

Ulrich Becker/Markus Roth (Hrsg.)

Recht der Älteren

De Gruyter Handbuch

Ulrich Becker/Markus Roth (Hrsg.)

Recht der Älteren

DE GRUYTER

Professor Dr. *Ulrich Becker*, LL.M. (EHI), Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik,
München;
Professor Dr. *Markus Roth*, Fachbereich Rechtswissenschaften, Universität Marburg.

ISBN 978-3-11-024830-2
e-ISBN 978-3-11-024831-9

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

© 2013 Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston
Einbandabbildung: Christopher Robbins/Digital Vision/Thinkstock
Satz: jürgen ullrich typesatz, Nördlingen
Druck: Hubert & Co. GmbH & Co. KG, Göttingen
☺ Gedruckt auf säurefreiem Papier
Printed in Germany

www.degruyter.com

Recht der Älteren

Das hier vorgestellte Recht der Älteren vereint zwei Zugänge zur Erfassung der Rolle des Rechts in einer älter werdenden (und zugleich kleiner werdenden) Gesellschaft. Es verbindet die theoretisch fundierte Herausarbeitung altersrelevanter Rechtsgrundsätze mit einer verlässlichen und weiterführenden Aufarbeitung altersbezogener Rechtsgebiete. Damit verbindet es auch das rechtswissenschaftliche Interesse an einer Ordnung des Rechts mit dem Ziel, dessen Inhalte für die Rechtsanwendung aufzubereiten. Es schließt eine rechtswissenschaftliche Lücke mit dem der Rechtsdogmatik eigenen Anspruch, Erklärungen und Handreichungen für die Rechtspraxis zu liefern.

Das Projekt geht zurück auf einen wissenschaftlichen Austausch im Rahmen eines von der Max-Planck-Gesellschaft eingerichteten Netzwerks, dem *Max Planck Research Network on Aging*. Dieses Netzwerk, das 2004 von Paul Baltes ins Leben gerufen worden war, hat sich über mehrere Jahre in interdisziplinärer und internationaler Zusammensetzung mit vielen Fragen des Alterns beschäftigt. Wir haben diesem Netzwerk angehört und davon in verschiedenster Weise profitiert.

Dank schulden wir in erster Linie den Autoren: für deren Interesse an dem Projekt, für deren Einsatz bei dessen Realisierung und nicht zuletzt für deren Geduld. Ebenfalls zu Dank verpflichtet sind wir dem De Gruyter-Verlag. Dieser hat das Projekt tatkräftig gefördert und die Herausgeber in vorbildlicher Weise unterstützt. Schließlich danken wir unseren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern für deren Hilfe, insbesondere Manuel Benz vom Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht am Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Marburg für die Aufbereitung der Manuskripte und Olga Chesalina vom Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik für die Erstellung des Stichwortverzeichnisses.

Marburg und München, im Oktober 2012

Ulrich Becker
Markus Roth

Inhaltsübersicht

Autorenverzeichnis — IX

Erster Teil: Grundlagen

- § 1 Einführung (*Ulrich Becker*) — 3
- § 2 Die Geschichte des Rechts der Älteren (*Stefan Ruppert*) — 27
- § 3 Herausbildung einzelner Rechtsgebiete (*Kathrin Brunozzi*) — 49
- § 4 Die internationale Entwicklung des Rechts der Älteren (*Markus Roth*) — 69

Zweiter Teil: Prinzipien und Instrumente

- § 5 Selbstbestimmung im Alter aus verfassungsrechtlicher Perspektive (*Wolfram Höfling*) — 85
- § 6 Selbstbestimmungsfähigkeiten (*Andreas Spickhoff*) — 101
- § 7 Das Recht der Älteren im Strafrecht – Bedeutung und Reichweite des Grundsatzes der Patientenautonomie (*Michael Pawlik*) — 127
- § 8 Altersgrenzen als altersspezifisches Regelungsinstrument (*Gerhard Igl*) — 165

Dritter Teil: Besondere Rechtsgebiete

A. Familienbeziehungen und Betreuung

- § 9 Großelternschaft im Familienrecht und alternde Bevölkerung als Gestaltungsaufgabe für das Erbrecht (*Tobias Helms*) — 195
- § 10 Ansprüche Älterer gegen ihre Kinder (*Frauke Wedemann*) — 221
- § 11 Grundstrukturen und Grundzüge des Betreuungsrechts einschließlich Patientenverfügung (*Andreas Spickhoff*) — 247

B. Arbeit und Renten

- § 12 Alterdiskriminierung im Arbeitsrecht (*Ulrich Preis*) — 285
- § 13 Staatliche Alterssicherung (*Ulrich Becker*) — 321
- § 14 Private Altersvorsorge (*Markus Roth*) — 361

C. Gesundheit, Pflege und Infrastruktur

- § 15 Gesundheitsversorgung (*Christian Rolfs und Golo Wiemer*) — 401
- § 16 Altenhilfe, Pflege und altersgerechte Infrastruktur (*Felix Welti*) — 427
- § 17 Private Pflege (*Markus Roth*) — 455
- § 18 Das Recht der Älteren im Planungs- und Baurecht (*Gerrit Manssen*) — 495

Stichwortverzeichnis — 507

Autorenverzeichnis

- Prof. Dr. *Ulrich Becker*, LL.M. (EHI), Direktor am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, München
- Dr. *Kathrin Brunozzi*, Richterin am Landgericht Kassel, vormals Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt a.M.
- Prof. Dr. *Tobias Helms*, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Philipps-Universität Marburg
- Prof. Dr. *Wolfram Höfling*, M.A., Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Finanzrecht sowie Gesundheitsrecht an der Universität zu Köln
- Prof. Dr. *Gerhard Igl*, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Sozialrecht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel
- Prof. Dr. *Gerrit Manssen*, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere deutsches und europäisches Verwaltungsrecht an der Universität Regensburg
- Prof. Dr. *Michael Pawlik*, LL.M. (Canterb.), Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Regensburg
- Prof. Dr. *Ulrich Preis*, Institut für Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht an der Universität zu Köln
- Prof. Dr. *Christian Rolfs*, Institut für Versicherungsrecht an der Universität zu Köln
- Prof. Dr. *Markus Roth*, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Deutsches und Europäisches Handels- und Wirtschaftsrecht an der Philipps-Universität Marburg
- PD Dr. *Stefan Ruppert*, Leiter der Forschungsgruppe "Lebensalter und Recht" am Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt a.M., Mitglied des Deutschen Bundestages
- Prof. Dr. *Andreas Spickhoff*, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Medizinrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Georg-August-Universität Göttingen
- Prof. Dr. *Frauke Wedemann*, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches sowie Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster
- Prof. Dr. *Felix Welti*, Institut für Sozialwesen, Fachgebiet Sozialrecht der Rehabilitation und Recht der behinderten Menschen an der Universität Kassel
- Golo Wiemer*, Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Versicherungsrecht an der Universität zu Köln



Erster Teil: **Grundlagen**

§ 1 Einführung

Literatur: *Akademiennguppe Altern in Deutschland*, Altern in Deutschland, Bd. 1–9, 2009; *Baltes, Paul/Mittelstraß, Jürgen (Hrsg.)*, Zukunft des Alterns und gesellschaftliche Entwicklung, 1992; *Barta, Heinz/Ganner, Michael (Hrsg.)*, Alter, Recht und Gesellschaft, Rechtliche Rahmenbedingungen der Alten- und Pflegebetreuung, 1998; *Becker, Ulrich*, Die alternde Gesellschaft – Recht im Wandel, JZ 2004, S. 929ff.; *Bednarz, Hendrik*, Demographischer Wandel und kommunale Selbstverwaltung, 2010; *Birg, Herwig*, Die demographische Zeitenwende, Der Bevölkerungsrückgang in Deutschland und Europa, 4. Aufl. 2005; *Flick, Cornelia (Hrsg.)*, Das demographische Problem als Gefahr für Rechtskultur und Wirtschaft, 2010; *Gruss, Peter (Hrsg.)*, Die Zukunft des Alterns, 2007; *Heilemann, Ullrich (Hrsg.)*, Demografischer Wandel in Deutschland, Befunde und Reaktionen, 2010; *Herring, Jonathan*, Older People in Law and Society, 2009; v. *Hoff, Konrad*, Das Verbot der Altersdiskriminierung aus Sicht der Rechtsvergleichung und der ökonomischen Analyse des Rechts, 2009; *Igl, Gerhard/Klie, Thomas (Hrsg.)*, Das Recht der älteren Menschen, 2007; *Kaufmann, Franz-Xaver*, Schrumpfende Gesellschaft. Vom Bevölkerungsrückgang und seinen Folgen, 2005; *Kersten, Jens*, Daseinsvorsorge und demographischer Wandel – Wie ändert sich das Raum- und Staatsverständnis, in: *Raumforschung und Raumordnung (RuR)* 2006, S. 245ff.; *ders.*, Demographie als Verwaltungsaufgabe, in: *Die Verwaltung* 40 (2007), S. 309ff.; *ders./Neu, Claudia/Vogel, Berthold*, Demografie und Demokratie, 2012; *Lipp, Volker*, Die alternde Gesellschaft und das Grundgesetz, in: *Vortragsreihe 60 Jahre Grundgesetz des Instituts für Wirtschaftsrecht der Universität Kassel*, abrufbar unter: <http://www.uni-kassel.de/upress/online/frei/978-3-86219-002-7.volltext.frei.pdf>; *Pitschas, Rainer*, Zur rechtlichen Verfassung der Lebenslage „Alter“, in: *Festschrift für Krasney*, 1997, S. 355ff.; *Seel, Barbara (Hrsg.)*, Sicherungssysteme in einer alternden Gesellschaft, 1998; *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg.)*, Alter und Recht, 2012 (angek. f. 9/2012); *Richter, Ronald/Doering-Striening, Gudrin/Schröder, Anne/Schmidt, Bettina*, Seniorenrecht in der anwaltlichen und notariellen Praxis, 2. Aufl. 2011; *Trebeck, Joachim*, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Altersgrenzen – unter besonderer Berücksichtigung der Wesentlichkeitstheorie, 2008.

Inhaltsübersicht

- | | |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none">I. Einleitung — 1II. Demographische Entwicklungen und das Recht — 5<ul style="list-style-type: none">1. Längeres Leben in einer kleineren Gesellschaft — 52. Reaktionen des Rechts — 10<ul style="list-style-type: none">a) Instrumentale Bedeutung des Rechts — 11b) Leitfunktion des Rechts — 17c) Zur territorialen Differenzierung der staatlichen Aufgabewahrnehmung — 26 | <ul style="list-style-type: none">3. Das Recht der Älteren — 29III. Konzeption und Inhalte des Buchs — 33<ul style="list-style-type: none">1. Grundlagen — 332. Rechtliche Prinzipien und Instrumente — 353. Besondere Rechtsgebiete — 38<ul style="list-style-type: none">a) Familienbeziehungen und Betreuung — 38b) Arbeit und Renten — 41c) Gesundheit, Pflege, Infrastruktur — 43 |
|--|---|

I. Einleitung

- 1 1. Die Deutschen werden älter. Das ist alles andere als eine neue Erkenntnis. Schon zu Beginn der 1960er Jahre wurden die Alterung der Bevölkerung und die damit verbundenen Folgen in der Wissenschaft thematisiert.¹ Aber in Zeiten des Wirtschaftswunders konnten demographisch begründete und weit in die Zukunft reichende Besorgnisse nicht irritieren. Sie ließen sich aber auch nicht aus der Welt schaffen, indem man sie verschwieg. Der Deutsche Juristentag beschäftigte sich im Jahr 1984 auch mit den Folgen der demographischen Entwicklungen auf das Sozialrecht.² Weitergehende Kreise zog das zunächst noch nicht, vielleicht auch deshalb, weil in Deutschland die Wiedervereinigung zu der vorrangig zu bewältigenden Aufgabe wurde. Immerhin beauftragte im Jahr 1989 das damalige Bundesministerium für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit, noch bevor die „Senioren“ zu seinem Namensbestandteil wurden,³ eine Sachverständigenkommission mit der Erstellung eines Gesamtberichts zur Lage der älteren Generation in der Bundesrepublik Deutschland.⁴ Diese legte 1993 ihren Bericht vor, der dann als erster Altenbericht bekannt wurde.⁵
- 2 Spätestens seit der Jahrtausendwende werden die mit einer alternden Bevölkerung verbundenen Folgen auch in der breiteren Öffentlichkeit wahrgenommen.⁶ Was für den Einzelnen eine zumeist positive Perspektive verheißt,⁷ nämlich die Steigerung der individuellen Lebenserwartung, löst, als gesellschaftliches Phänomen betrachtet, Sorgen aus. Nicht selten standen und stehen immer noch Bedrohungsszenarien im Mittelpunkt der Berichterstattung: Wenn etwa nicht mehr von

1 Vgl. Kaufmann, Die Überalterung. Ursachen, Verlauf, wirtschaftliche und soziale Auswirkungen des demographischen Alterungsprozesses, 1960.

2 Stolleis, Möglichkeiten der Fortentwicklung des Rechts der Sozialen Sicherheit zwischen Anpassungszwang und Bestandsschutz, DJT 1984, N, S. 9ff.

3 Das Ministerium wurde 1991 geteilt und trägt seitdem wie auch nach der 1994 wieder erfolgten Zusammenlegung das Wort „Senioren“ in seiner Bezeichnung (vgl. <http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/Ministerium/geschichte.html>).

4 BT-Drs. 12/5897.

5 Und auf den fünf weitere Altenberichte folgten (vgl. <http://www.dza.de/politikberatung/geschaeftsstelle-altenbericht/die-bisherigen-altenberichte.html>); der 7. Altenbericht ist in Vorbereitung.

6 Als besonders einflussreich erwies sich – wohl nicht zuletzt wegen vieler sprachlicher Zuspitzungen und der daran anknüpfenden Kritik – Schirrmachers Buch „Das Methusalem-Komplott“, das 2004 erschienen ist.

7 Wenn auch nicht ohne Bangen, von Balthes deshalb als „Hoffnung mit Trauerflor“ bezeichnet, vgl. P. Balthes, Über die Zukunft des Alterns, in: M. Balthes/Montada (Hrsg.), Produktives Leben im Alter, 1996, S. 29ff. Wie unterschiedlich das eigene Altern erfahren und bewertet werden kann, belegen schon einige wenige, weithin bekannte Quellen: Cicero, Cato Maior – de senectute, S. 15ff.; Bobbio, Vom Alter – De senectute, 1997, S. 31ff.; ausf. zu Altersbildern und Altersdiskursen Göckenjan, Das Alter würdigen, 2000, S. 36ff.

einer Alterung, sondern von Überalterung gesprochen wird, die Rede von einer kollektiven „Vergreisung“⁸ in einer „Altenrepublik“⁹ ist, vor demographischen Fallen oder tickenden Alterungsbomben gewarnt wird.¹⁰ Diese negativen Bilder sind einseitig. Hilfreich können sie immerhin sein, wenn sie nicht der Verängstigung dienen, sondern erst verstören und dann aufrütteln. Denn dass die demographischen Entwicklungen große Herausforderungen an Gesellschaft und Gemeinschaft stellen, dass sie insbesondere zu politischen Reaktionen führen müssen, unterliegt keinem Zweifel. Eine umfassende wissenschaftliche Bestandsaufnahme hat dies für die verschiedensten Lebens- und Politikbereiche aus der Perspektive vieler Fachdisziplinen belegt.¹¹ Der Handlungsbedarf ist mittlerweile auch in der Politik anerkannt. Die Bundesregierung hat unter dem Schlagwort „Jedes Alter zählt“ nach eigenem Bekunden eine „Demografiestrategie“ vorgestellt,¹² wenn auch diese so genannte Strategie bisher vor allem eine Zusammenstellung einzelner Aufgabenfelder und weniger ein in sich geschlossenes Handlungsprogramm darstellt. Ein entsprechendes Programm zu entwickeln bleibt aber deshalb erforderlich, weil mit vereinzelt und kurzfristig angelegten Maßnahmen die Folgen der demographischen Alterung nicht bewältigt werden können – denn diese Alterung wird unsere Gesellschaft ebenso dauerhaft wie in sehr vielfältiger Weise prägen. Das zu betonen ist auch im schon wieder auslaufenden „Europäischen Jahr für aktives Altern und Solidarität zwischen den Generationen“¹³ nicht völlig überflüssig.

2. Recht dient dazu, Verhalten zu steuern und diesem eine verlässliche Grundlage zu geben. Es nimmt auf soziale Verhältnisse Bezug und wirkt auf diese ein. Deshalb sind die angesprochenen demographischen Veränderungen auch für das Recht von Bedeutung, ist die Alterung der Bevölkerung auch ein Thema für Juristen. Dieser Zusammenhang ist zunächst aus Sicht der Anwendungspraxis in den USA rechtlich aufgearbeitet worden.¹⁴ Er wurde mittlerweile auch in Deutschland zum Gegenstand verschiedener Veröffentlichungen, monographische Abhandlungen eingeschlossen.¹⁵

Das vorliegende Buch nimmt die Themenstellung in grundsätzlicher und umfassender Form auf. Es verbindet rechtswissenschaftliche, auf eine systemische Er-

⁸ Vgl. FAZ v. 7.8.2003, S. 13; vgl. auch Schriftl. Erklärung der EP-Abg. Claeys, Dillen, Gollnisch u. Borghezio für die Organisation einer europäischen multidisziplinären Konferenz über Demographie, Vergreisung und die europäische Identität, PE 342.102.

⁹ Titel einer Fachtagung am 5.6.2002 in der Akademie der Diözese Rottenburg-Stuttgart; vgl. aber auch die Erzählung von *Strecker*, *Die Altenrepublik*, 1988.

¹⁰ Nachweise dazu bei *Druyen*, *Olymp des Lebens*, 2003, S. 27ff.

¹¹ Vgl. Akademiengruppe *Altern in Deutschland*, *Altern in Deutschland*, Bd. 1–9.

¹² BT-Drs. 17/9529.

¹³ <http://europa.eu/ey2012/ey2012main.jsp?catId=971&langId=de>.

¹⁴ Vgl. dazu *Roth*, § 3 Rn. 3ff.

¹⁵ *Igl/Klie*, *Das Recht der älteren Menschen*; *Richter/Doering-Striening/Schröder/Schmidt*, *Seniorenrecht in der anwaltlichen und notariellen Praxis*.

fassung der mit der demographischen Alterung verbundenen rechtlichen Fragen gerichtete Ansätze mit einer Darstellung einzelner Regelungsbereiche. Dabei erhebt es nicht den Anspruch, vollständig zu sein. Es will aber wesentliche rechtliche Prinzipien für die künftige Gestaltung der auch durch Alterung geprägten Gesellschaft ebenso herausarbeiten wie einen verlässlichen und handbuchartigen Überblick über die wichtigsten Rechtsmaterien geben, die für das Leben der Älteren von besonderer Bedeutung sind. Bevor das näher erläutert wird (vgl. unten, III.), soll zunächst kurz auf die bis jetzt nur angedeuteten demographischen Veränderungen und deren Zusammenhang zum Recht eingegangen werden (unten, II.).

II. Demographische Entwicklungen und das Recht

1. Längeres Leben in einer kleineren Gesellschaft

- 5 Die Alterung der Bevölkerung beruht vor allem auf zwei demographischen Prozessen: zum einen auf der Steigerung der Lebenserwartung, zum anderen auf der über lange Zeit gesunkenen und immer noch niedrigen Geburtenrate. Beide zusammen führen dazu, dass die Bevölkerung in Deutschland zumindest über die nächsten Jahrzehnte abnehmen und der Anteil der Älteren an ihr zunehmen wird.¹⁶ Über die genauen Berechnungen lässt sich, da sie zwangsläufig auf einer Reihe von Annahmen beruhen,¹⁷ streiten; über die Entwicklungstrends und den Umstand, dass die Alterung der Bevölkerung zu erheblichen Veränderungen führen wird, hingegen nicht. Daran kann auch der dritte Faktor für die demographische Entwicklung, die Migration, nur wenig ändern.¹⁸
- 6 a) Die durchschnittliche Lebenserwartung der neu geborenen Deutschen betrug im Jahr 2010 77,5 bzw. 82,6 Jahre.¹⁹ Je nach Annahme wird damit gerechnet, dass die 2060 geborenen Jungen ein Alter von 85 bis 87,7 Jahren, die Mädchen eines von 89,2

¹⁶ Einen Überblick gibt der vom BMI herausgegebene Demografiebericht der Bundesregierung aus dem Jahr 2001, S. 11ff. (abrufbar unter: http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Broschueren/2011/demografiebericht.pdf?__blob=publicationFile).

¹⁷ Dazu *Birg*, Die demographische Zeitenwende, S. 88ff.

¹⁸ Vgl. zu den Möglichkeiten und Grenzen eines Ausgleichs durch Migration („replacement migration“) nur den 2000 veröffentlichten Bericht der VN (Population Division of the Department of Economic and Social Affairs, abrufbar unter: <http://www.un.org/esa/population/publications/migration/migration.htm>). Zur deutschen Ausländer-, Migrations- und Integrationspolitik v. *Loeffelholz*, Demografischer Wandel und Migration, in: Heilemann, Demografischer Wandel in Deutschland, S. 93ff.

¹⁹ Statistisches Bundesamt, Sterbetafeln Für Deutschland v. 22.9.2011. (<https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Sterbefaelle/Tabellen/SterbetafelDeutschland.html>).

bis 91,2 Jahren erreichen werden.²⁰ Ob die Verlängerung der durchschnittlichen Lebensdauer aus biologischen Gründen ein Ende haben wird, ist nicht absehbar. Darüber ist schon früh nachgedacht worden.²¹ Ein vergleichender Rückblick zeigt bis heute einen nicht zum Stillstand gekommenen Anstieg.²² Wie weit er gehen kann und wird, entzieht sich einer Festlegung. Für Deutschland geht das Statistische Bundesamt aber in seinen Vorausberechnungen von einem verlangsamten Anstieg aus.²³

Wichtiger als die Frage nach dem Endpunkt ist die nach der Bedeutung des 7 Lebensalters für die Fähigkeiten der alternden Menschen. Die Altersforschung unterscheidet insofern zwei Phasen: Das „junge“ oder das „dritte“ Alter, das bei 60 oder eher 65 Jahren beginnt, sowie das „alte“, „hohe“ oder „vierte“ Alter, ab etwa 80 oder 85 Jahren.²⁴ Während für die jungen Alten gilt, dass sich ihre Lebensbedingungen gegenüber früheren Kohorten gleichen Alters verbessert haben, sieht die Lage der alten Alten weniger günstig aus.²⁵ Im vierten Alter steigen die Fälle von Demenzerkrankungen und Pflegebedürftigkeit in signifikanter Weise an.²⁶ Allerdings gilt für beide Phasen des Alters, dass die verbleibenden individuellen Fähigkeiten je nach Gesundheitszustand unterschiedlich sind, dieser wahrscheinlich nicht zuletzt vom Stand der Bildung sowie fortgeführten geistigen und körperlichen Anstrengungen und anderen Lebensumständen abhängt, wofür wiederum soziale Faktoren sehr viel wichtiger zu sein scheinen als genetische. Zudem besteht auch im Alter eine Plastizität, eine Möglichkeit für Veränderungen, obwohl in biologisch wie institutionell bedingten Grenzen.

b) Die zusammengefasste Geburtenziffer in Deutschland ist seit Jahren sehr 8 niedrig. Sie hat zwar den Tiefpunkt von 1,243 im Jahr 1994 überschritten, bleibt aber

20 Statistisches Bundesamt, 12. koordinierte Bevölkerungsvorausberechnung, 2009, S. 30 (abrufbar unter: <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Bevoelkerungsvorausberechnung/Bevoelkerungsvorausberechnung.html>).

21 Vgl. den Aufklärer *Condorcet* (Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain, 1793–1794, neu editiert 1970, p. 237): „Sans doute l'homme ne deviendra pas immortel; mais la distance entre le moment où il commence à vivre et l'époque commune où naturellement, sans maladie, sans accident, il éprouve la difficulté d'être, ne peut-elle s'accroître sans cesse?“ (zitiert nach <http://socserv.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/condorcet/esquis10.htm>).

22 Wenn auch in der Gesamtbetrachtung verschiedene Länder zu verschiedenen Zeiten an der Spitze der Entwicklung standen, vgl. *Oeppen/Vaupel*, Broken limits of life expectancy, *Science* 296 (2002), S. 1029ff.

23 12. koordinierte Bevölkerungsvorausberechnung (Fn. 20), S. 29.

24 P. Baltes, Alter und Altern als unvollendete Architektur der Humanontogenese, in: Altern und Lebenszeit, *Nova Acta Leopoldina* Bd. 81 Nr. 314, 1999, S. 379, 395f. (mit noch niedrigeren Zahlen).

25 Vgl. dazu den 4. Altenbericht, Risiken, Lebensqualität und Versorgung Hochaltriger – unter besonderer Berücksichtigung demenzieller Erkrankungen, 2002 (<http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/Service/Publikationen/publikationsliste,did=5362.html>).

26 P. Baltes, in: *Nova Acta Leopoldina* Bd. 81 Nr. 314 (Fn. 24), S. 396f.; *ders./Smith*, New frontiers in the future of aging: From successful aging of the young old to the dilemmas of the fourth age, *Gerontology* 2003, S. 123ff.

unter 1,4, wenn sie auch im Jahr 2010 mit 1,393 den zuletzt höchsten Stand erreicht hat.²⁷

- 9 Folge dieser weit unter der Erhaltung der Bevölkerungszahl liegenden Fertilität²⁸ ist, dass die Bevölkerung in Deutschland schrumpft. Je nach Annahme wird sie bis zum Jahr 2060 zwischen 65 und 70 Millionen betragen.²⁹ Zugleich verschiebt sich der Altersaufbau der Bevölkerung. Bestand diese im Jahr 2009 zu 19% aus Kindern und jungen Menschen unter 20 Jahren, zu 61% aus Menschen zwischen 20 und 65 Jahren und zu 20% aus über 65 Jahre alten Menschen, so gehen die Prognosen des Statistischen Bundesamtes von einem Anstieg der zuletzt genannten Gruppe Älterer auf 34% bis 2060 aus.³⁰ Insbesondere die Menschen im hohen oder vierten Alter ab 80 Jahren werden mehr: von heute gut 4 Millionen bis auf voraussichtlich 10 Millionen im Jahr 2050.³¹

2. Reaktionen des Rechts

- 10 Für die Beantwortung der Frage, wie Recht nicht nur auf die angerissenen demographischen Prozesse reagiert, sondern auch reagieren soll, empfiehlt es sich, zwei Aspekte auseinander zu halten: zum einen die instrumentale Bedeutung des Rechts als Steuerungsinstrument, d.h. die Rolle des Rechts zur Umsetzung der – mehr oder weniger bereichsbezogenen – politischen Entscheidungen, die zur möglichst gelungenen Bewältigung der zu erwartenden gesellschaftlichen Veränderungen getroffen werden (a), zum anderen die leitende Bedeutung des Rechts im Sinne normativer Vorgaben für die Lenkung der politischen Entscheidungen selbst (b). Beide Aspekte verbinden sich vor allem dort, wo der Staat selbst als gewährender oder gewährleistender, als Sozialstaat in einem umfassenderen Sinn, tätig werden muss. Dabei werden künftig in einem besonderen Maße Überlegungen zur territorialen Differenzierung dieser staatlichen Aufgabenwahrnehmung innerhalb Deutschlands eine Rolle spielen (c).

a) Instrumentale Bedeutung des Rechts

- 11 Es fehlt nicht an Vorschlägen, wie auf den erwarteten Anstieg des Anteils Älterer an der Bevölkerung reagiert werden sollte. Diese beziehen sich auf praktisch alle Umstände, die das Leben von der Geburt bis zum Tod hin prägen. Sie scheinen aber

27 Wobei die Zahlen in den neuen Ländern wieder leicht über denen in den alten liegen, vgl. Statistisches Bundesamt, Zusammengefasste Geburtenziffern nach Kalenderjahren, <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Geburten/Tabellen/GeburtenZiffer.html>.

28 Die bei 2,1 liegt, dazu und zu der Entwicklung BMI, Demografiebericht (Fn. 16), S. 14ff.

29 Statistisches Bundesamt, 12. koordinierte Bevölkerungsvorausberechnung (Fn. 20), S. 12.

30 12. koordinierte Bevölkerungsvorausberechnung (Fn. 20), S. 14.

31 Statistisches Bundesamt (Fn. 20), S. 16.

keineswegs ausschließlich oder in besonderem Maße altersspezifisch zu sein. Die Bedeutung eines auch altersmäßig gemischten Wohnumfelds etwa mag immer der gesellschaftlichen Integration dienen,³² wird aber schwerer herstellbar sein, wenn schon die Gesamtgesellschaft eine weniger ausgewogene Bevölkerungsstruktur aufweist. Oder um ein grundsätzlicheres Beispiel zu nennen: Die Verbesserung des Gesundheitszustands und von Bildungschancen kann, nach allem was man darüber weiß und ohne deren Wechselbezüglichkeit im Einzelnen zu belegen, maßgeblich zu einem gelungenen Altern beitragen. Das ist von individueller wie gesellschaftlicher Bedeutung – dass entsprechende Forderungen aber auch völlig unabhängig von ihrem Zusammenhang zum Altern erhoben werden, liegt auf der Hand. Eben weil die demographischen Veränderungen umfassend wirken, geraten auch sehr grundlegende Verbesserungsvorschläge in den Blick. Für diese lässt sich nur dann ein spezifischer Bezug zur demographischen Alterung herstellen, wenn daraus deren besondere Dringlichkeit abgeleitet wird.

Der Themenbezug ist also manchmal unscharf. Ungeachtet dessen sind doch **12** einige allgemeine Folgerungen weitgehend anerkannt. Volkswirtschaftlich betrachtet stellt die Alterung die Aufrechterhaltung der gesellschaftlichen Produktivität vor besondere Herausforderungen.³³ Daraus ergeben sich Erwartungen an die Erwerbsbeteiligung von Frauen und damit Konsequenzen für die innerfamiliäre Rollenverteilung, was zugleich von gleichstellungspolitischer Bedeutung ist.³⁴ Weitere Überlegungen beziehen sich auf die (Wieder-)Eingliederung von Erwerbsfähigen in den Arbeitsmarkt, die bereits Ziel einer aktivierenden Sozialpolitik³⁵ ist. Ebenfalls nicht zu übersehen ist die Bedeutung altersgerechter Arbeitsplätze innerhalb von Unternehmen³⁶ und die Nutzung betrieblicher Gesundheitsförderung³⁷ – denn auch die Belegschaft dieser Unternehmen wird älter werden.³⁸ Ein zweites, nicht minder wichtiges und grundsätzliches Themenfeld betrifft die schon angesprochenen Vor-

32 Vgl. etwa *Beetz/Müller/Beckmann/Hüttl*, Altern in Gemeinde und Region, in: Altern in Deutschland Bd. 5: Alter in Gemeinde und Region, S. 147f.

33 Näher *Börsch-Supan/Erlinghagen/Jürges/Hank/Wagner*, Produktivität, Wettbewerbsfähigkeit und Humanvermögen in alternden Gesellschaften, in: Altern in Deutschland Bd. 4: Produktivität in alternden Gesellschaften, S. 9ff. Oft wird nur die unselbständige Erwerbstätigkeit berücksichtigt, was allerdings zu eng ist, vgl. etwa *Gottschalk/Theuer*, Die Auswirkungen des demografischen Wandels auf das Gründungsgeschehen in Deutschland, ZEW Discussion Paper 08–032.

34 Vgl. nur *BMFSFJ/MPI für Sozialrecht (Hrsg.)*, Rollenleitbilder und -realitäten in Europa: Rechtliche, ökonomische und kulturelle Dimensionen, 2009.

35 Dazu nur *Kingreen*, Rechtliche Gehalte sozialpolitischer Schlüsselbegriffe – Vom daseinsvorsorgenden zum aktivierenden Sozialstaat, SDSRV 52 (2004), S. 7ff.

36 Dazu etwa *Backes-Gellner*, Ergebnisse und Schlußfolgerungen, in: Altern in Deutschland Bd. 3: Altern Arbeit und Betrieb, S. 145ff.

37 § 20a SGB V.

38 Statistisches Bundesamt, https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Bevoelkerung/VorausberechnungBevoelkerung/BevoelkerungDeutschland2060Presse5124204099004.pdf?__blob=publicationFile.

aussetzungen für ein gelingendes Altern. Daraus folgt die besondere Bedeutung nicht nur der frühen Befähigung durch Betreuungseinrichtungen und Schule, sondern auch einer lebenslangen Bildung,³⁹ ebenso wie die Forderung, die Gesundheitspolitik stärker als bisher präventiv auszurichten. Beide Punkte stehen in einem engen Verhältnis zu Arbeitsmarkt und Produktivität⁴⁰ wie zur sozialen Sicherung,⁴¹ womit die Komplexität der Zusammenhänge angedeutet ist.

- 13** Welche Veränderungen angestrebt werden, bedarf schon angesichts der auch damit verbundenen Kosten und Bewertungen der politischen Entscheidung. Das Recht ist hier vor allem gefragt als Instrument der Umsetzung. In diesem Zusammenhang stellen sich aber auch der Rechtswissenschaft eigene Aufgaben.
- 14** (1) Die Frage nach der Wirksamkeit einzelner Maßnahmen gehört zunächst nicht dazu. Sie wird aber spätestens dann rechtlich relevant, wenn mit den Maßnahmen besondere Belastungen verbunden sind, die der Rechtfertigung bedürfen. Umgekehrt kann das Recht über sein unmittelbares Regelungsziel hinausgehende Wirkungen entfalten: So ist mit der Anhebung des Rentenalters nicht nur eine – allerdings umsetzungsabhängige – Verminderung des Anstiegs der durchschnittlichen Rentenbezugsdauer verbunden, sondern auch eine neue Definition der Lebensphase der Erwerbstätigkeit. Zur Bevölkerung im Erwerbsalter zählen heute die Menschen bis zu einem Lebensalter von 65, künftig aber von 67 Jahren.⁴² Insofern wirkt das Recht auf die Bilder der Lebensphasen und des Alters zurück.⁴³
- 15** (2) Zu beachten sind zweitens Wirkungsbedingungen des Rechts selbst. Neue Vorschriften bedürfen der Einbettung in die bestehende Systematik, um eine reibungslose und vor allem den Gesetzeszwecken entsprechende Anwendung zu gewährleisten.
- 16** (3) Schließlich bleibt zu überlegen, ob und in welcher Hinsicht der Gesetzgeber nicht auch verfassungsrechtlich verpflichtet ist, auf die demographische Alterung zu reagieren. Einen Ansatzpunkt dafür bietet die Forderung nach angemessener Berücksichtigung für die Erhaltung der Lebensgrundlage künftiger Generationen,⁴⁴

39 Vgl. *Staudinger/Heidemeier*, Eckpunkte für Handlungsansätze, in: *Altern in Deutschland* Bd. 2: *Altern, Bildung und lebenslanges Lernen*, S. 269ff.

40 Vgl. die Beiträge zu dem Kapitel über *Gesundes Altern im Kontext*, in: *Kochsiek* (Hrsg.), *Altern in Deutschland* Bd. 7: *Altern und Gesundheit*, S. 77ff.

41 Nicht nur auf Leistungsseite, sondern auch auf Versicherungsseite, soweit eine Unterbrechung der Erwerbstätigkeit eine Rolle spielt.

42 Statistisches Bundesamt, 12. koordinierte Bevölkerungsvorausberechnung (Fn. 20), S. 17f.

43 Es „formt das Alter“, so *Stolleis*, *Geschichtlichkeit und soziale Relativität des Alters*, in: *Gruss* (Hrsg.), *Die Zukunft des Alterns*, S. 258, 275, zugleich mit Hinweisen auf die Beeinflussbarkeit von Verhaltensweisen.

44 Vgl., bezogen auf die grundrechtlichen Schutzpflichten, *Isensee*, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, in: *HStR* IX, 3. Aufl. 2011, § 191 Rn. 191, wonach in den Schutz durch die Grundrechte die „Zukunftsperspektive der Verantwortung für die kommenden Generationen“ eingeschlossen ist.

auch wenn die deutsche Verfassung das ausdrücklich⁴⁵ nur im Zusammenhang mit dem Umweltschutz erwähnt.⁴⁶ Dass der Gesetzgeber späteren Generationen Perspektiven erhalten muss,⁴⁷ hindert ihn zwar nicht daran, für die Gestaltung der Zukunft absehbar für richtig gehaltene Entscheidungen zu treffen, er hat aber die damit verbundenen Belastungen zu berücksichtigen. Insofern sind die noch nicht Geborenen (und noch nicht Wahlberechtigten oder Anspruchsberechtigten) in den Schutz der Verfassung einbezogen.⁴⁸ Allerdings lassen sich daraus schon im Hinblick auf die Unsicherheiten künftiger Entwicklungen und die angedeutete Komplexität möglicher Maßnahmen für eine bestimmte Reaktion auf die Alterung der Bevölkerung kaum konkrete Verpflichtungen ableiten.⁴⁹ Nicht anders steht es mit einem allgemeinen Interesse an der Erhaltung der Gesellschaft und ihrer Institutionen selbst, um den historisch belasteten Begriff der Bevölkerungspolitik⁵⁰ zu vermeiden.

b) Leitfunktion des Rechts

Die Alterung der Bevölkerung ist kein revolutionärer Prozess, der die bestehende 17 verfassungsrechtliche Rahmenordnung mit ihren Vorgaben für die Ausübung hoheit-

45 In der knappgefassten Präambel des GG wird das nicht ausdrücklich erwähnt; vgl. aber auch die Präambel der Charta der Grundrechte der EU, 6. Abs.: „Die Ausübung dieser Rechte ist mit Verantwortlichkeiten und Pflichten sowohl gegenüber den Mitmenschen als auch gegenüber der menschlichen Gemeinschaft und den künftigen Generationen verbunden“.

46 Vgl. allgemein *Sommerrmann*, Staatsziele und Staatsbestimmungen, 1997, S. 190ff. Zu Art. 20a GG („Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen ...“) *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 20a Rn. 38: „Allgemein geht es um eine ‚intergenerationelle‘ Gerechtigkeit, die Verteilungskonflikte i.S. einer ‚Fairneß‘ gegenüber künftigen Generationen nicht zu Lasten der noch Ungeborenen entscheidet. Das natürliche und kulturelle Erbe ist durch Erhaltung von Artenvielfalt und Ressourcen künftigen Generationen so zu übergeben, dass diesen eine Vielfalt von Möglichkeiten der Lebens- und Sozialgestaltung bleibt.“

47 Vgl. zum „Pioniertext der verfassungsstaatlichen Entwicklung, der das Generationenproblem beim Namen nennt und die künftigen Generationen freistellt“, Art. 28 der französischen Verfassung von 1793 („Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut pas assujettir à ses lois les générations futures“), *Häberle*, Ein Verfassungsrecht für künftige Generationen – Die „andere“ Form des Gesellschaftsvertrages: der Generationenvertrag, in: FS für Zacher, 1998, S. 215, 221.

48 Dazu *Hofmann*, Nachweltschutz als Verfassungsfrage, ZRP 1986, S. 87, 88: „Gleichviel ob eine gegenwärtig praktizierte Technik Leben und Gesundheit von Menschen heute, in 100 oder erst in 1000 Jahren bedroht, verpflichtet Art. 2 II 1 GG hier und jetzt zu Gegenmaßnahmen ... Dies bedeutet, dass der Staat späteren Generationen auch einer fernen Zukunft das nicht antun darf, was ihm gegenüber den Lebenden verboten ist.“

49 Anders hingegen im Hinblick auf die Förderung der Erwerbstätigkeit von Frauen *Brosius-Gersdorf*, Demografischer Wandel und Familienförderung, 2011, S. 405ff.

50 Dazu *Kaufmann*, Schrumpfende Gesellschaft, S. 162ff.; vgl. zu älteren Wurzeln *Fuhrmann*, Volksvermehrung als Staatsaufgabe?, 2002.

licher Tätigkeiten und den internationalen, europäischen und deutschen Menschen- und Grundrechten als solche in Frage stellen würde. Die mit ihr verbundenen gesellschaftlichen Veränderungen sind vielmehr auf der Basis der vorhandenen Verfassungsordnung zu bewältigen – im Sinne eines normativen Anspruchs wie auch im Sinne einer tatsächlichen Möglichkeit. Herausforderungen für die Rechtsordnung stellen sich aber in verschiedener Hinsicht, und zwar über die vorstehend angesprochenen Fragen hinaus, weil sie auch die Einhaltung grundlegender Prinzipien betreffen.

- 18 (1) Das bezieht sich zunächst auf den Schutz der Menschenwürde und die Möglichkeit zur Freiheitsbetätigung. Nicht umsonst wird die Verbesserung der Chancen, bis in das hohe Alter das „Leben selbständig und eigenverantwortlich zu gestalten“, als eine zentrale Zukunftsaufgabe angesehen.⁵¹ Natürlich ist das – zusammen mit der ebenfalls grundlegenden Forderung nach der Ermöglichung gesellschaftlicher Partizipation – ein sehr allgemeines Ziel. Durch die Zunahme der älteren Bevölkerung rücken die potentiellen Gefährdungen für die Erreichung dieses Ziels aber besonders in den Blickpunkt.⁵²
- 19 Ein weniger offensichtlicher, aber im Zusammenhang mit vielen denkbaren Reformmaßnahmen stehender Gesichtspunkt betrifft das Freiheitsverständnis selbst. Die sich um die künftige Funktionsfähigkeit der Gesellschaft sorgende Politik tendiert dazu, Handlungsanleitungen zu geben, „gutes“ Verhalten zu fördern, wenn nicht gar „schlechtes“ zu verbieten.⁵³ Dagegen ist, soweit es um die Voraussetzungen der Gewährung von staatlichen Leistungen geht, wenig einzuwenden.⁵⁴ Auch kann ein vorausblickender Staat nicht auf Anreize zur Verhaltenssteuerung, etwa im Hinblick auf die Erhaltung der Gesundheit oder die Verbesserung der Bildung, verzichten.⁵⁵ Er darf aber nicht nur nicht Unmögliches verlangen, sondern muss sich auch vor Bevormundung und Stigmatisierung von abweichendem Verhalten hüten, will er nicht ein freiheitsfeindliches Klima schaffen.
- 20 (2) Wie die Gewährung von Freiheit wird auch die der Gleichheit durch die demographische Alterung berührt. Recht bezieht sich nicht selten auf das Lebens-

51 Gewonnene Jahre, Empfehlungen der *Akademiengruppe Altern in Deutschland*, Altern in Deutschland Bd. 9, S. 16 (Hervorheb. i. Orig.).

52 Vgl. dazu auch *Lipp*, in: Vortragsreihe 60 Jahre Grundgesetz, S. 192ff.

53 Vgl. – „weiche“ Anreize verteidigend – *Thaler/Sunstein*, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, 2008.

54 Vgl. dazu *Becker*, Sozialmodell und Menschenbild in der „Hartz-IV“ Gesetzgebung, in: Behrends/Schumann (Hrsg.), *Gesetzgebung, Menschenbild und Sozialmodell im Familien- und Sozialrecht*, Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, 2008, S. 39, 56ff. Ganz umgekehrt aber zum aktivierenden Sozialstaat vor dem Hintergrund einer Abkehr von paternalistischem Fürsorgedenken *Heinig*, Paternalismus im Sozialstaat, in: Anderheiden/Bürkli/Heinig/Kirste/Seelmann (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 157, 173ff. m.w.N.

55 Vgl. zu einem „weichen Paternalismus“ auch *Pawlik*, § 7 Rn. 29ff., und zu den Unterscheidungen *Eidenmüller*, *Liberaler Paternalismus*, JZ 2011, S. 814ff.

alter von Menschen: indem es etwa mit der Erreichung eines bestimmten Alters Volljährigkeit eintreten lässt⁵⁶ und damit die volle Geschäftsfähigkeit verbindet,⁵⁷ indem es für die Ausübung von Ämtern altersbezogene Voraussetzungen aufstellt⁵⁸ oder mit der Regelaltersgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung den Beginn eines Lebensalters markiert, ab dem eine Erwerbstätigkeit nicht mehr erwartet wird.⁵⁹ Auch innerhalb einzelner Lebensphasen knüpft Recht herkömmlicherweise in verschiedener Form und verschiedener Hinsicht an die Erreichung eines bestimmten Alters positive oder negative Folgen.

Diese Differenzierungen geraten unter Rechtfertigungsdruck, weil mit der **21** RL 2000/78⁶⁰ und der Umsetzung durch das AGG⁶¹ Benachteiligungen wegen des Alters grundsätzlich verboten sind, was nun durch die Grundrechtecharta der Europäischen Union bekräftigt wird.⁶² Allerdings stellt das Alter ein besonderes Diskriminierungskriterium dar. Denn es ist zwar nicht disponibel, aber doch nicht unveränderlich, sondern über den Lebenslauf von jedem Menschen zu erreichen.⁶³ Nicht umsonst war das Alter in den als Vorbild dienenden US-amerikanischen Antidiskriminierungsvorschriften zunächst ausgeklammert und erst relativ spät, durch den Age Discrimination in Employment Act 1967⁶⁴, in den Katalog der unzulässigen Differenzierungskriterien aufgenommen worden.⁶⁵ Die EU-Richtlinie und das AGG sehen deshalb ausdrücklich vor, dass selbst unmittelbare Ungleichbehandlungen wegen des Alters zulässig sein können, nämlich wenn sie objektiv und angemessen sind.⁶⁶ An dem Erfordernis, unmittelbare und mittelbare⁶⁷ Ungleichbehandlungen aufgrund des Alters in jedem Einzelfall zu rechtfertigen, ändert das allerdings nichts. Insbesondere wird dafür die Einhaltung der Verhältnismäßigkeit vorausgesetzt.⁶⁸

56 Wie in § 2 BGB Geschäftsfähigkeit.

57 Vgl. §§ 104 Nr. 1, 106 BGB.

58 Vgl. nur Art. 54 Abs. 1 S. 2 für die Wählbarkeit des Bundespräsidenten und § 3 Abs. 1 BVerfGG für die Qualifikation von Richtern des BVerfG.

59 Dazu und den Veränderungen *Becker*, § 13 Rn. 2.

60 RL 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABL. L 303/2000, S. 16).

61 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz v. 14.8.2006 (BGBl. I S. 1897).

62 Art. 21 Abs. 1 EU-GRC.

63 Vgl. auch *Herring*, *Older People in Law and Society*, S. 31f.

64 29 USC § 621; Text unter <http://www.eeoc.gov/policy/adea.html>; dazu *Fenske*, *Das Verbot der Altersdiskriminierung im US-amerikanischen Arbeitsrecht*, 1998; *Wiedemann*, *Die Gleichbehandlungsgebote im Arbeitsrecht*, 2001, S. 69f.

65 Vgl. auch den Age Discrimination Act von 1975, 29 USC § 6101, Text unter http://www.dol.gov/oasam/regs/statutes/age_act.htm.

66 Art. 6 RL 2000/78; § 10 AGG; dazu v. *Hoff*, *Das Verbot der Altersdiskriminierung*, S. 192ff.

67 Dazu EuGH v. 7.6.2012, Rs. C-132/11 (Tyrolean Airways), n.v., Rn. 29.

68 Dazu zuletzt nur EuGH v. 5.7.2012, Rs. C-141/11 (Hörnfeldt), n.v., Rn. 30ff.

- 22 Dementsprechend müssen auch alle Altersgrenzen geeignet, erforderlich und angemessen sein.⁶⁹ Für deren Rechtfertigung können zudem die Erkenntnisse der Altersforschung nicht unberücksichtigt bleiben. Wenn es richtig ist, dass die Fähigkeiten der sog. jüngeren älteren Menschen im Schnitt über die Zeit wachsen und insofern Kohorteneffekte belegbar sind,⁷⁰ andererseits aber mit dem Alter im Vergleich zwischen den Mitgliedern desselben Lebensalters einer Kohorte die Varianz zwischen den Fähigkeiten ebenfalls zunimmt, so spricht das gegen die Verwendung von altersbezogenen Typisierungen im Recht. Das Recht muss nicht nur flexiblere Übergänge zwischen einzelnen Lebensphasen ermöglichen, zum Teil auch die Zuordnung bestimmter Tätigkeiten zu diesen Phasen aufgeben; es muss auch stärker auf die individuelle Leistungsfähigkeit älterer Menschen eingehen.
- 23 Allerdings wird es nicht bei dem Abbau von Handlungsbarrieren bleiben können. So wie der Staat nicht nur die Freiheit schützen, sondern auch für die Bedingungen deren tatsächlicher Wahrnehmung sorgen muss,⁷¹ wird er sich möglicherweise verstärkt um die Vermeidung sozialer Ungleichheiten zu kümmern haben. In einem längeren Leben werden nachteilige Ausgangspositionen, insbesondere was die Gesundheit und Bildung betrifft, gravierendere Folgen haben, und diese stehen, ohne Kausalitäten vorschnell behaupten zu wollen, in einem Zusammenhang zur sozialen Herkunft.⁷² Die Eröffnung von tatsächlich nutzbaren Teilnahmemöglichkeiten an Bildungseinrichtungen ist deshalb von großer Wichtigkeit. Dass die Verfolgung dieses Ziels nicht nur durchaus differenzierende Regelungen voraussetzt, sondern auch den angesprochenen Konflikt zwischen Paternalismus und Freiheitsbewahrung berührt, ist allerdings nicht zu übersehen.
- 24 (3) Eine besondere Ausprägung der Gleichbehandlung erfährt durch die demographische Alterung Aufmerksamkeit, nämlich die Gleichbehandlung in der Zeit. Kurz und prägnant wird von Generationengerechtigkeit gesprochen. Bei ihr geht es um die Betrachtung der jeweiligen Behandlung von Kohorten in einem Längsschnittvergleich. Allerdings bedarf diese Vergleichbarkeit einer besonderen Begründung, die Zusammenfassung von aufeinander folgenden Generationen über Gleichheitsanforderungen der rechtlichen „Verklammerung“:⁷³ Denn grundsätzlich

69 Dazu *Trebeck*, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Altersgrenzen, S. 85ff.

70 Vgl. oben, II.2.b).

71 In diesem Sinne schon *Lorenz von Stein*, Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage, Bd. 3, Das Königtum, die Republik und die Souveränität der französischen Gesellschaft seit der Februarrevolution 1848, 3. Aufl. 1921, S. 104.

72 Bis hin zur Dauer eines Rentenbezugs, vgl. dazu nur *Becker*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für Sozialversicherungsreformen, ZVersWiss. Bd. 99 (2010), S. 585, 604f.

73 Unmittelbar an einem Gegenseitigkeitsverhältnis ansetzend aber *Haverkate*, Verfassungslehre, 1992, S. 251.

kann und muss Recht geändert werden.⁷⁴ Die Verfassung kann vor notwendigen Anpassungen nicht schützen. Das ist der Grund, warum der Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG), der formale Bindungen begründet, zwar seinerseits unbeschränkt zeitlich gilt und auch den Vergleich nacheinander ablaufender Sachverhalte ermöglicht, aber Bezugspunkte grundsätzlich nur innerhalb der Geltungsdauer des Gesetzesrechts zulässt, das die Gleich- oder Ungleichbehandlungen erst verursacht.

Die Generationengerechtigkeit kann dennoch eine auch rechtlich und nicht nur politisch⁷⁵ fassbare Rolle spielen, die über die schon angesprochene allgemeine verfassungsrechtliche Forderung nach Berücksichtigung der Lebensbedingungen künftiger Generationen hinausgeht.⁷⁶ Das gilt dann, wenn der Gesetzgeber Einrichtungen so ausgestaltet hat, dass die Belange und insbesondere die späteren Belastungen nachfolgender Generationen notwendiger Teil der Anlage sind, wenn also Systementscheidungen notwendigerweise diese nachfolgenden Generationen betreffen. Das ist insbesondere der Fall, wenn umlagefinanzierte Sicherungssysteme eine Ansparfunktion besitzen – wobei allerdings das am besten greifbare Beispiel der gesetzlichen Rentenversicherung zeigt, wie komplex die Vergleichbarkeit ausfällt, wenn alle die Sicherungsfunktion mitbestimmenden Faktoren einberechnet werden sollen.⁷⁷ Der Gerechtigkeit ist auch in zeitlicher Dimension durch Generationenbilanzen kaum überzeugend näher zu kommen, sie lässt sich nicht durch Rechentechniken einfangen, sondern nur konsensual konkretisieren.

c) Zur territorialen Differenzierung der staatlichen Aufgabenwahrnehmung

Gleichheit spielt eine besondere Rolle, wenn durch den Bund, die Länder oder Kommunen Leistungen zur Verfügung zu stellen sind. Sie bezieht sich auf den Zugang, aber auch auf die Gleichbehandlung bei der Leistungsgewährung. Dabei kommt es nicht darauf an, ob Hoheitsträger selbst oder dritte Personen die Leistungen erbringen. Zu Recht wird zwar darauf hingewiesen, nicht zuletzt angesichts der demographischen Veränderungen gewinne der Gewährleistungsstaat an Bedeutung.⁷⁸ Jedoch ist die Einschaltung Privater in die Leistungserbringung sowohl in der Daseinsvorsorge (Wasser, Energie, Telekommunikation und Internet, Verkehr) als auch bei sozialen Diensten (ärztliche Versorgung, Krankenhäuser, Pflege,

⁷⁴ Vgl. aber auch *Roelleke*, Stabilisierung des Rechts in Zeiten des Umbruchs, in: Gröschner/Morlok (Hrsg.), Rechtsphilosophie und Rechtsdogmatik in Zeiten des Umbruchs, ARSP Beih. 71 (1997), S. 68, 71.

⁷⁵ Dazu *Streeck*, Politik in einer alternden Gesellschaft: Vom Generationenvertrag zum Generationenkonflikt?, in: Gruss (Hrsg.), Die Zukunft des Alterns, S. 279ff.

⁷⁶ Vorstehend, II.2.a).

⁷⁷ Dazu näher *Becker*, § 13, Rn. 69ff.

⁷⁸ Vgl. *Kersten*, Die Verwaltung 40 (2007), S. 309, 344f.; zu Recht das notwendige Nebeneinander verschiedener Erbringungsmodalitäten betonend *ders./Neu/Vogel*, Demografie und Demokratie, 2012, S. 86ff.

Rehabilitations- und Erziehungseinrichtungen, Arbeitsvermittlung und -förderung) ohnehin heute schon die Regel.

- 27 Die Vorhaltung aller genannten Dienste sowie von Bildungseinrichtungen in der Fläche wird künftig vermehrt Probleme aufwerfen, wenn auch differenziert nach der Ortsgebundenheit einzelner Einrichtungen.⁷⁹ Wie viel Uniformität insofern auf dem gesamten Territorium gefordert ist, legt das Grundgesetz nicht fest. Hinweise ergeben sich aus den Vorschriften über die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes. Zunächst regeln diese, unter welchen Voraussetzungen der Bund Gesetze erlassen darf. Dafür hat schon die Verfassungsreform von 1994 den Bezugspunkt geändert: Es geht seitdem nicht mehr um die Herstellung „einheitlicher“, sondern „gleichwertiger Lebensverhältnisse“,⁸⁰ nicht mehr um Uniformität, sondern um eine wertende Akzeptanz von Unterschiedlichem. Dass diese Umformulierung mehr betrifft als die Abgrenzung von Kompetenzen, erhellt der Kontext der Reform: Obwohl Bundesgesetze zurückgedrängt werden sollten, nahm man eine Absenkung der für ihren Erlass geltenden Anforderungen in Kauf. Das ist nur sinnvoll, wenn ein übergeordnetes Ziel angestrebt wird: Nämlich in der Verfassung anzudeuten, wie viel Gleichheit in den Lebensverhältnissen in der Bundesrepublik herrschen muss. Das BVerfG hat das zum Anlass für eine Änderung seiner Rechtsprechung genommen und mittlerweile in mehreren Entscheidungen zur Konkretisierung ausgeführt: „Zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse ist eine bundesgesetzliche Regelung erst dann erforderlich, wenn sich die Lebensverhältnisse in den Ländern der Bundesrepublik in erheblicher, das bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigender Weise auseinander entwickelt haben oder sich eine derartige Entwicklung konkret abzeichnet.“⁸¹ Auch innerhalb der Länder ergeben sich territoriale Verteilungsschwierigkeiten, für die zusätzlich Vorgaben der Landesverfassungen zu beachten sind. So soll in Bayern, dem größten Land der Bundesrepublik, eine „möglichst gleichmäßige Befriedigung der wirtschaftlichen Bedürfnisse aller Bewohner“ angestrebt werden (Art. 155 S. 1 BV).⁸²
- 28 Die Zielbestimmungen sind im Zusammenhang mit den unions-⁸³ und grundrechtlichen Verbürgungen für eine Eröffnung gleicher Entfaltungs- und Teilhabe-

⁷⁹ Dazu *Kersten*, a.a.O., S. 338ff. Vgl. zu den Auswirkungen auf die kommunale Aufgabenwahrnehmung *Bednarz*, Demographischer Wandel und kommunale Selbstverwaltung, S. 103ff.

⁸⁰ Art. 72 Abs. 2 GG.

⁸¹ BVerfGE 106, 62, 144 (Altenpflege); E 111, 226, 253 [v. 27.7.2004, 2 BvF 2/02, Rn. 98] (Juniorprofessur); E 112, 226, 244 [v. 26.1.2005, 2 BvF 1/03, Rn. 67] (Studiengebühren).

⁸² Vgl. in diesem Zusammenhang den durchaus umstrittenen Bericht des Zukunftsrats der Bayerischen Staatsregierung, abrufbar unter: <http://www.bayern.de/Zukunftsrat-.2623.10337985/index.htm>.

⁸³ Vgl. die Betonung des Zugang für die soziale Sicherheit und Unterstützung, für Gesundheitseinrichtungen sowie zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in Art. 34, 35 und 36 EU GRCh.

möglichkeiten zu sehen, auch wenn diese Rechte keine unmittelbaren Ansprüche auf Leistungen begründen. Tatsächliche Gleichheit im Hinblick auf alle Dienste wird allerdings kaum aufrecht zu erhalten sein. Differenzierungen dürften unumgänglich werden, deren Folgen durch den Einsatz neuer Techniken möglicherweise zum Teil aufgefangen werden können,⁸⁴ die aber einer stärker als bisher integrierten angelegten Planung und der Mitwirkung der Bürger bedürfen.⁸⁵

3. Das Recht der Älteren

Dass die vorstehend angedeuteten Reaktionen des Rechts auf die demographische Alterung hier unter dem Titel „Recht der Älteren“ zusammengefasst werden, bedarf einer Erläuterung. Denn dieser Titel ist zwar prägnant, aber durchaus mit der Gefahr verbunden, missverstanden zu werden. Der in der englischen Sprache mögliche Ausweg, das genau Gemeinte offen zu lassen („Elder Law“⁸⁶ kann sich sowohl auf das Recht als auch die vom Recht adressierten Personen beziehen), steht im Deutschen nicht zur Verfügung. Alternativen sind ebenfalls mit Schwierigkeiten behaftet: Durch das bei Anwälten aus verständlichen Gründen beliebte „Seniorenrecht“ werden sie auf keinen Fall geringer, und „Recht in der alternden Gesellschaft“ scheint, unabhängig von der genauen Wortwahl,⁸⁷ nahezulegen, dass sich das Recht insgesamt durch die demographische Alterung verändert, was zumindest in dieser allgemeinen Form den oben wiedergegebenen Ausgangsüberlegungen nicht entsprochen hätte.

Klargestellt wird durch den Titel zunächst, dass sich das vorliegende Buch auf einen demographischen Prozess konzentriert, nämlich die steigende Lebenserwartung. Es beschäftigt sich hingegen nicht mit dem Geburtenrückgang, auch wenn dieser, wie eingangs beschrieben, zur demographischen Alterung beiträgt. Auch lässt es einen wesentlichen Aspekt insofern außer Betracht, als die Bewältigung des Alterns gerade Änderungen für die Jüngeren erfordert. Angesichts der ohnehin sehr vielfältigen Anfragen, die schon ein längeres Leben an das Recht stellt (vgl. II.2.a), schien eine Eingrenzung aber unvermeidlich. Zudem geht es uns nicht um die Herausarbeitung politischer Notwendigkeiten. Die Konsequenz dessen ist, dass die frühkindliche und schulische Bildung in den folgenden Beiträgen ausgespart wird, ebenso die für die Kindererziehung vorgesehenen Sozialleistungen, obwohl

⁸⁴ Vgl. die Beiträge in Lindenberger/Nehmer u.a. (Hrsg.), *Altern und Technik, Altern in Deutschland* Bd. 6, S. 113ff.

⁸⁵ Vgl. zu der Bedeutung partizipatorischer Elemente gerade auf kommunaler Ebene *Kersten*, RuR 2006, S. 245, 254.

⁸⁶ So *Frolík/Kaplan*, *Elder Law in a Nutshell*, 5. Aufl. 2010.

⁸⁷ Zu der häufig negativen Konnotation *Gewonnene Jahre*, Empfehlungen der *Akademiengruppe Altern in Deutschland*, *Altern in Deutschland* Bd. 9, S. 14.

die grundlegende Umstellung durch die Einführung des Elterngeldes⁸⁸ ganz unübersehbar nicht nur auf die Steigerung der Geburtenrate,⁸⁹ sondern auch auf die Veränderung der Erwerbsbeteiligung von Müttern abzielt.⁹⁰

31 Zugegebenermaßen ist zweitens der Begriff der Älteren offen. Zumeist wird mit dem „Ältersein“ ein Lebensabschnitt gemeint sein, in dem gesellschaftlich nicht mehr, jedenfalls nicht mehr als Regel, die Bestreitung des eigenen Lebensunterhalts durch Erwerbstätigkeit erwartet wird – also bis vor wenigen Jahren im internationalen Vergleich ab einem Lebensalter von 65 Jahren.⁹¹ Im Arbeitsleben selbst gelten aber schon Arbeitnehmer über 45 oder 50 Jahre als „älter“. Diese Unsicherheiten und vor allem die Kontextabhängigkeit des Begriffs der Älteren sind unvermeidbar. Ihnen sind auch Vorschriften wie Art. 25 der Grundrechtecharte der Europäischen Union ausgesetzt, die den Schutz „älterer Menschen“ bezwecken.⁹² Entscheidend bleibt deshalb aus der ohnehin nicht allein maßgeblichen individuellen Sicht, dass aufgrund eines höheren Lebensalters ein besonderer Schutzbedarf entstehen kann, wenn damit auch je nach Gefährdung unterschiedliche Personengruppen eingeschlossen sind. Zudem wären an einem bestimmten Lebensalter orientierte Grenzziehungen auch deshalb wenig sinnvoll, weil das mit dieser Grenzziehung Gemeinte selbst, wie die schon erwähnte Veränderung des Renteneintrittsalters zeigt, variabel sein kann. Wer in einer Gesellschaft als alt oder älter angesehen wird, unterliegt dem Wandel.⁹³

32 Offen ist aber nicht nur der Begriff des älteren Menschen. Offen ist auch die Frage, ob das „Recht der Älteren“ Züge eines eigenständigen Rechtsgebietes trägt. Das würde die Feststellung von Gemeinsamkeiten, prägenden Grundsätzen, voraussetzen, die dieses Gebiet von anderen abzugrenzen in der Lage wären. Stattdessen weist der hier gewählte Titel nur auf eine gemeinsame Besonderheit hin, nämlich den spezifischen Bezug des Rechts zu der Lebenssituation Älterer. Er bietet eine

88 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) v. 5.12.2006 (BGBl. I S. 2748).

89 Der Erfolg ist – wie der Misserfolg – durch einen schnellen Blick auf die Entwicklung der Geburtenziffern nicht zu belegen, und selbst der Vergleich von monatlichen Zahlen sowie die Einbeziehung der zeitlichen Verschiebung von Geburten im Lebensverlauf der Mütter erhellen das Bild nur schwach; vgl. auch *Neyer*, Elterngeld nur ein Teil in einem großen Puzzle – Sozialpolitik und ihr Effekt auf die Geburtenentwicklung in den nordischen Ländern, *Demografische Forschung* 2006, Nr. 2, S. 3 (<http://www.demografische-forschung.org/archiv/defo0602.pdf>).

90 Dazu nur *Becker*, Das neue Elterngeld, in: FS für Buchner, 2009, S. 67, 68.

91 Dazu, dass die Heraufsetzung der Regelaltersgrenzen für den Bezug von Altersrenten im internationalen Trend liegt, nur *Becker*, Alterssicherung im internationalen Vergleich, in: FS für Ruland, Alterssicherung in Deutschland, 2007, S. 575, 589ff.

92 Vgl. etwa für einen offenen Begriff bei Art. 25 EU-GRC: *Ross*, in: Schwarze u.a. (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 25 GRC Rn. 4; *Maruhn*, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der europäischen Grundrechte, 2006, § 42 Rn. 20; für eine Abgrenzung vom „mittleren Alter“ *Mann*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Europäische Grundrechtecharta, 2006, Art. 25 Rn. 11.

93 Dazu, und vor allem auch zu den damit verbundenen Zuschreibungen, die Beiträge in: *Ehmer/Höffe* (Hrsg.), Bilder des Alterns im Wandel, Altern in Deutschland, Bd. 1.

Grundlage, um die einschlägigen rechtlichen Vorschriften zusammenzustellen und sichten zu können sowie ihre Bedeutung für den Gesamtprozess der demographischen Alterung herauszuarbeiten. Diese bewusste Offenhaltung hängt zum einen damit zusammen, dass der Versuch einer systematischen Erfassung bisher in umfassender Weise nicht unternommen worden ist. Er bringt zum anderen aber auch eine Zurückhaltung zum Ausdruck. Sie liegt in dem Umstand begründet, dass die rechtliche Bewältigung der demographischen Alterung eine im Rahmen der bestehenden Rechtsordnung zu bewältigende Aufgabe darstellt, ein Sonderrecht für einen Teil der Bevölkerung zumindest nicht im Sinne spezieller normativer Vorgaben oder rechtsdogmatischer Eigenheiten bestehen kann.⁹⁴

III. Konzeption und Inhalte des Buchs

1. Grundlagen

Vor dem Hintergrund der beschriebenen Ausgangspunkte verfolgt das Buch ein **33** doppeltes Ziel: Es stellt erstens die Rechtsgebiete, die für die Älteren von besonderer Bedeutung sind, handbuchartig dar. Dabei werden die Bezüge zur demographischen Alterung herausgestellt. Die Anlage der einzelnen Beiträge ist in diesem Rahmen durchaus unterschiedlich. Wo es erforderlich erschien, wurden einzelne Materien möglichst vollständig behandelt. Wo es sinnvoll erschien, wurden Schwerpunkte auf spezifische und aktuelle Einzelfragen gelegt. Zweitens ist es Ziel des Buchs, die für das Recht der Älteren grundlegenden Aspekte hervorzuheben. Gemeint sind damit die das Recht prägenden, also aus höherrangigen Vorgaben ableitbaren und im positiven Recht auffindbaren Prinzipien sowie die spezifisch auf das Alter bezogenen Regelungsinstrumente. In dieser Hinsicht wird keine Vollständigkeit angestrebt. Auch sind die in den einzelnen Beiträgen verfolgten Zugänge und die ihnen vorausliegenden Vorstellungen über die Rolle des Rechts durchaus unterschiedlich. Das eröffnet verschiedene Perspektiven und deutet zu der zentralen Frage der Selbstbestimmung älterer Menschen das Spektrum möglicher und durchaus unterschiedlicher Einordnungen und Bewertungen an.

Das Buch konzentriert sich in bewusstem Verzicht auf mögliche und sicher **34** weiterführende interdisziplinäre Ansätze auf das Recht. In seinem ersten Kapitel,

94 Einen spezifischen Altersbezug mag man wenigstens dann für eine ausreichende, ein Rechtsgebiet prägende Besonderheit halten, wenn damit eine bestimmte Entwicklungsphase des Menschen mit einem darauf bezogenen Regelungsbedarf erfasst wird, in diesem Sinn *Ramm*, Jugendrecht, 1990, S. 6f. (in einer Abgrenzung und mit Erklärung eines „doppelten Spannungsverhältnisses“ zum – im Original in Anführungsstriche gesetzten – „Erwachsenenrecht“).

dem Grundlagenteil, eröffnet es geschichtliche und internationale Perspektiven. Es beleuchtet zunächst den historischen Hintergrund eines Rechts der Älteren. Dabei geht es zum einen um eine Geschichte dieses Rechts (Stefan Ruppert). Der Beitrag belegt nicht nur, dass auch die Beschäftigung des Rechts mit dem Alter und dem Altern nicht neu ist, sondern erklärt die Entwicklung der einschlägigen Rechtsvorschriften. In ihm wird, der besonderen Bedeutung der hier ebenfalls betonten verfassungsrechtlichen Vorgaben entsprechend, ein besonderes Gewicht auf die Rolle der Grundrechte und der Vorkehrungen zum Schutz vor Altersdiskriminierung gelegt. Zum anderen wird die Entstehung altersspezifischer Rechtsgebiete dargestellt (Kathrin Brunozi). Im Mittelpunkt stehen dabei das Sozial-, das Heim- und das Betreuungsrecht. Deren Anfänge und wesentlichen Entwicklungsschritte werden nachvollzogen, und zwar materienspezifisch vom Beginn bis zu den bis heute prägenden Reformen, woraus sich unterschiedliche Zeithorizonte ergeben, die bei den jüngeren Rechtsgebieten bis in die Gegenwart hineinreichen. Einen Blick über die deutsche Rechtsordnung hinaus eröffnet der letzte Beitrag des Grundlagenteils über die internationale Entwicklung des Rechts der Älteren (Markus Roth). In ihm wird dargelegt, dass „Elder Law“ in den USA bereits als eigenes Rechtsgebiet behandelt und gelehrt wird, es werden dessen Inhalt und Entwicklung vorgestellt sowie dessen internationale Verbreitung nachverfolgt. Zudem wird darauf hingewiesen, dass die Europäische Union auch das Recht der Älteren zunehmend mitgestaltet.

2. Rechtliche Prinzipien und Instrumente

- 35 Der zweite, quer liegenden Grundsatzfragen gewidmete Teil des Buchs beschäftigt sich näher mit der Selbstbestimmung des Menschen. Im Alter ist sie besonderen Gefährdungen ausgesetzt. Sie wird deshalb aus den Blickwinkeln des Verfassungs-, des Zivil- und des Strafrechts thematisiert. Am Beginn steht die verfassungsrechtliche Perspektive (Wolfram Höfling). Sie wird genutzt zur Herausarbeitung der Frage, was im Sinne der Verfassung unter Selbstbestimmung zu verstehen ist, welche Dimensionen rechtlichen Schutz genießen und inwiefern dieser Schutz „altersspezifisch“ ist, mit dem Hinweis auf eine mögliche Unterscheidung vom voraussetzungsvolleren Begriff der Autonomie. Am Ende werden diese allgemeinen und grundlegenden Ausführungen fruchtbar gemacht zur Lösung besonderer, als Referenzbereiche eingestufte Problemkonstellationen. Der folgende Beitrag über Selbstbestimmungsfähigkeiten (Andreas Spickhoff) geht ebenfalls von den verfassungsrechtlichen Vorgaben aus, widmet sich dann aber der zivilrechtlichen Ausgestaltung der Selbstbestimmung. In ihm werden die verschiedenen Formen und Stufen positiv-rechtlich gefasster Handlungsmöglichkeiten im Einzelnen beschrieben und näher gewürdigt. Dabei wird insbesondere die Figur der relativen Geschäftsfähigkeit, die eine Differenzierung nach dem Schwierigkeitsgrad von Rechtsgeschäf-

ten erlaubt, als angemessene rechtliche Reaktion auf eine nachlassende Fähigkeit zur freien Willensbestimmung empfohlen. Aus strafrechtlicher Sicht schließlich steht die Bedeutung und Reichweite des Grundsatzes der Patientenautonomie im Mittelpunkt (Michael Pawlik). Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass sich am Lebensende und damit oftmals in hohem Alter Fragen nach den Voraussetzungen und den Grenzen der Selbstbestimmung in besonderer Dringlichkeit stellen, nämlich wenn es um verschiedene Formen der Sterbehilfe geht: durch Behandlungsabbruch, Beendigung des Leidens oder Hilfe bei der Selbsttötung. Das wirft Folgefragen nach der Auslegung und Rechtfertigung des Verbots einer Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) auf. Der Beitrag entfaltet die Konfliktlinien im Einzelnen, analysiert das hinter den Lösungsvorschlägen stehende Freiheitsverständnis, arbeitet wirtschaftliche Aspekte heraus und wendet sich auch einer möglichen objektiven Behandlungspflicht zu. Er verdeutlicht, dass ein weites Autonomieverständnis nicht ohne die Gefahr dessen Fehlgebrauchs zu realisieren ist.

Recht nimmt auf das Lebensalter vor allem Bezug, um Altersgrenzen zu errichten.⁹⁵ Diese Grenzen stellen deshalb das wohl wichtigste rechtliche Instrument im Zusammenhang mit dem Alter dar, weshalb ihnen als altersspezifischem Regelungsinstrument ein eigenes Kapitel gewidmet ist (Gerhard Igl). Darin geht es zunächst um die Systematisierung der weit verstreuten und unterschiedlichen Zielen dienenden Altersgrenzen im Recht, und dann um die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die mit ihnen naturgemäß verbundenen Ungleichbehandlungen gerechtfertigt werden können. Auch hier sind pauschale Lösungen kaum weiterführend. Der Beitrag plädiert für einen Handlungsspielraum des Gesetzgebers auf der Grundlage des geltenden Rechts, zugleich aber auch für eine stärkere Berücksichtigung des Individualisierungsgrundsatzes.

Zu dem prinzipiengeleiteten Ansatz hätte die Aufnahme eines eigenständigen Beitrags zur Altersdiskriminierung gepasst, zumal so die freiheitsrechtlich fundamentierte Selbstbestimmung eine gleichheitsrechtliche Entsprechung gefunden hätte. Jedoch wären damit weitgehende Überschneidungen verbunden gewesen. Die Entwicklung des Verbots der Altersdiskriminierung wird im ersten historischen Beitrag eingehend gewürdigt. Die gesondert abgehandelten Altersgrenzen liefern den wichtigsten allgemeinen Anwendungsfall. Und in der Praxis spielt die Altersdiskriminierung vor allem im Arbeitsverhältnis eine Rolle. Diese rechtlichen Fragen werden entsprechend ihrer Bedeutung ebenfalls eigenständig in dem auf die Arbeit bezogenen Kapitel des dritten Teils behandelt.

⁹⁵ Vgl. schon *Zacher*, Sozialrecht, in: *Baltes/Mittelstraß* (Hrsg.), *Zukunft des Alterns und gesellschaftliche Entwicklung*, S. 305, 306f.

3. Besondere Rechtsgebiete

a) Familienbeziehungen und Betreuung

- 38 Ausgangspunkt für die Beiträge zu besonderen Rechtsgebieten ist die Familie. Sie ist Unterhaltsverband,⁹⁶ wenn auch in der bürgerlichen Gesellschaft nicht mehr von „umfassender Wirksamkeit“.⁹⁷ Wo gesellschaftliche Institutionen für den notwendigen Schutz sorgen können, ist staatliche Unterstützung subsidiär. Auf den durch die Familie gewährten Schutz kann sich allerdings der Wohlfahrtsstaat nicht mehr verlassen. Er interveniert in verschiedenen Formen bis hin zur pädagogischen Hilfestellung, und er fördert die Zuwendung zum Kind,⁹⁸ nicht zuletzt um auch in Reaktion auf gesellschaftliche Veränderungen⁹⁹ seine eigene Existenz zu sichern.¹⁰⁰ Dabei muss er dem Wandel familiärer Strukturen und Rollen Rechnung tragen, unter Umständen neue, auf ein gegenseitiges Füreinander-Einstehen gerichtete Formen des Zusammenlebens einbeziehen.¹⁰¹ Zugleich sind die staatlichen Regelungen vielfältig und wechselbezüglich, was insbesondere für das Verhältnis von Unterhaltsrecht, Sozial- und Steuerrecht gilt.¹⁰² Unabhängig davon prägt das Zivilrecht immer noch die Beziehungen zwischen den Generationen, die, wie die zwei der Familie gewidmeten Beiträge in diesem Band zeigen, in verschiedener Hinsicht in einer alternden Bevölkerung Relevanz entfalten.
- 39 Unter dem Titel „Großelternschaft im Familienrecht und alternde Bevölkerung als Gestaltungsaufgabe für das Erbrecht“ (Tobias Helms) wird zunächst darauf hingewiesen, dass die Konzentration des Familienrechts auf die Beziehungen innerhalb der Kernfamilie zu Verkürzungen führt, weil sie das insbesondere für die Erbringung von Betreuungsleistungen zunehmend wichtige Verhältnis zwischen Großeltern und Enkeln ausblendet. Dem Erbrecht kommt nicht nur die Aufgabe zu, einfachgesetzlich vor Gefährdungen der Testierfreiheit zu schützen. Es kann auch dazu eingesetzt werden, Pflegeleistungen zu sichern: indem diese bei einer Erbauseinandersetzung berück-

96 Vgl. *Zacher*, Ehe und Familie in der Sozialrechtsordnung, in: v. Maydell/Eichenhofer (Hrsg.), *Abhandlungen zum Sozialrecht*, 1993, S. 555, 577ff.

97 *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 238.

98 Dazu schon *Ruland*, *Familiärer Unterhalt und Leistungen der sozialen Sicherheit*, 1973.

99 Zum Teil wird angenommen, er habe diese insbesondere durch den Ausbau der Rentenversicherung selbst mitverursacht, vgl. *Sinn*, *Ist Deutschland noch zu retten?*, 2003, S. 423; vgl. zu den beachtlichen Gegenargumenten *Fasshauer*, *Besteht ein Zusammenhang zwischen Alterssicherungssystemen und Geburtenrate?*, DRV 2006, S. 305, 321.

100 Vgl. schon *Wingen*, *Bevölkerungsbewußte Familienpolitik, Grundlagen, Möglichkeiten und Grenzen*, 2003.

101 Dazu das Lebenspartnerschaftsgesetz v. 16.2.2001 (BGBl. I S. 266). Dass davon auch das Verfassungsrecht eingeholt wird, zeigt die Entwicklung der Rechtsprechung des BVerfG: vgl. BVerfGE 105, 313; 124, 199; zuletzt BVerfG v. 19.6.2012, 2 BvR 1397/09, und BVerfG, NJW 2012, S. 2719.

102 *Kahn-Freund*, *Comparative Law as an Academic Subject*, 1965, S. 22; vgl. auch *Scheiwe*, *Was ist ein funktionales Äquivalent in der Rechtsvergleichung? Eine Diskussion an Hand von Beispielen aus dem Familien- und Sozialrecht*, KritV 2000, S. 30, 31, 37ff.

sichtigt werden und eine Erbeinsetzung an eine Pflegeverpflichtung gekoppelt werden kann. Ebenfalls an einem möglichen Pflegebedarf knüpft der folgende Beitrag „Ansprüche Älterer gegen ihre Kinder“ (Frauke Wiedemann) an, betrachtet die damit verbundenen finanziellen Folgen aber in ihrer Bedeutung für mögliche Leistungsverpflichtungen der Kinder. Dabei geht es zunächst um den Elternunterhalt und die Bedeutung, die ihm als Indikator für die Reichweite familialer Solidarität nach der Entwicklung der Rechtsprechung zukommt. Die Abgrenzung zwischen dem Regressinteresse der Allgemeinheit und dem Schutzinteresse der Kinder wird berührt von der Frage nach den Voraussetzungen einer Rückforderung wegen Verarmung des Schenkers, wobei im Verhältnis zum Elternunterhalt statt einer Gleichbehandlung eine Neujustierung empfohlen wird. Schließlich wird auf Vorbehaltsrechte und Gegenleistungen bei lebzeitigen Vermögensübertragungen eingegangen, die im Fall einer Heimunterbringung überleitungs-fähige Zahlungsansprüche auslösen können.

Mit dem Beitrag „Grundstrukturen und Grundzüge des Betreuungsrechts (einschließlich Patientenverfügung)“ (Andreas Spickhoff) wird die Familie verlassen, wenn auch Betreuer oft Familienangehörige sind. Jedoch ist es Ziel des Betreuungsrechts, dem Betreuten in allen Rechtsbeziehungen möglichst viel Selbstbestimmung zu erhalten, ihm aber auch die notwendige Unterstützung durch einen Betreuer in möglichst schonendem Umfang zukommen zu lassen. Angesichts der besonderen praktischen Bedeutung dieser Materie wird sowohl auf die Voraussetzungen einer Betreuung als auch das Betreuungsverhältnis näher eingegangen, wobei ein Schwerpunkt auf die Bedeutung der Betreuung bei medizinischen Maßnahmen gelegt und zugleich das Verhältnis zu Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen geklärt wird. Die Beendigung der Betreuung und verfahrensrechtliche Fragen stehen am Schluss des Beitrags. 40

b) Arbeit und Renten

Arbeit wird auch in einer älter werdenden Bevölkerung ihre zentrale Rolle für die Lebensgestaltung und Unterhaltssicherung des Einzelnen wie als Produktionsfaktor für die Volkswirtschaft nicht verlieren – nicht obwohl, sondern gerade weil Arbeitskräfte in einer schrumpfenden Gesellschaft knapper werden. Dieser Umstand und auch das bereits genannten Erfordernis, alter(n)sgerechte Arbeitsplätze zu schaffen,¹⁰³ berühren die rechtliche Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses in verschiedenster Weise. Sie sprechen etwa für die Ermöglichung größerer Flexibilität bei der Verteilung der Arbeitszeit.¹⁰⁴ In diesem Band wird mit der „Altersdiskriminierung im 41

¹⁰³ Vgl. oben, II.2.a).

¹⁰⁴ Vgl. dazu *Schilling*, Alternsgerechte Arbeitszeitgestaltung, in: Lorenz/Schneider (Hrsg.), Alternsgerechtes Arbeiten, 2008, S. 89ff.; *Loichinger*, Der fehlende Faktor: Zur Bedeutung altersspezifischer Arbeitszeit für das Erwerbspotenzial, in: Salzmänn/Skirbekk/Weiberg (Hrsg.), Wirtschaftspolitische Herausforderungen des demografischen Wandels, 2010, S. 35ff.; *Spitznagel*,

Arbeitsrecht“ (Ulrich Preis) der für die Arbeitsbeziehungen wichtigste und am umfassendsten angelegte rechtliche Schutz älterer Menschen näher beleuchtet. Auf der Grundlage einer kritischen Bestandsaufnahme der rechtlichen Vorgaben werden die Auswirkungen des Diskriminierungsverbots analysiert – von der Anbahnung über die Durchführung bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Dabei wird einerseits betont, dass die Altersdiskriminierung zu weiteren Korrekturen der bisherigen arbeitsrechtlichen Praxis führen wird, andererseits aber punktuell wirken wird und kaum allein zu einer umfassenden Umgestaltung der Arbeitsverhältnisse hin zu einer umfassenden Förderung der Erwerbsbeteiligung Älterer führen kann.

- 42 Für die Unterhaltssicherung nach der Erwerbstätigkeit sollen Systeme der Alterssicherung sorgen. In einer alternden Bevölkerung gerät nicht nur deren Finanzierung unter Druck, sondern wird auch die Abgrenzung zwischen Lebensphasen mit und ohne Erwartung an eigene Erwerbstätigkeit in Frage gestellt.¹⁰⁵ In Deutschland wurden zu Beginn des Jahrtausends Reformen vorgenommen, deren Ziel es ist, auf die demographischen Herausforderungen zu reagieren. Dazu gehört die stärkere Verteilung der Alterssicherung auf mehrere Sicherungsschichten, auch wenn dieser Ansatz bis heute nicht unumstritten ist. Ein Kernbestandteil der veränderten Gesamtarchitektur bleibt die staatliche Alterssicherung (Ulrich Becker), die mit ihren verschiedenen Leistungssystemen in diesem Band vorgestellt wird. Ihr wichtigster Pfeiler ist die gesetzliche Rentenversicherung, deren Anlage und Durchführung dementsprechend im Fokus der Darstellung steht, nicht ohne die sozialpolitischen und rechtlichen Fragen ihrer Zukunft zu erörtern. Eigenständig abgehandelt wird daneben die private, d.h. betriebliche und individuelle, Altersvorsorge (Markus Roth). In dem Beitrag geht es zunächst um den Begriff, die Bedeutung und Verbreitung sowie die steuerliche Behandlung privater Altersvorsorge. Im Anschluss werden zunächst die betriebliche und dann die individuelle Vorsorge in ihren vielfältigen Erscheinungsformen erläutert. Auf dieser Grundlage lassen sich die gemeinsamen Grundsätze und die Leistungen beschreiben. Am Ende des Beitrags steht ein Überblick über die Kriterien für die Auswahl von Altersvorsorgeverträgen.

c) Gesundheit, Pflege, Infrastruktur

- 43 Dass nicht nur die Alterssicherung, sondern auch andere Sozialleistungssysteme durch die demographische Alterung berührt werden, liegt auf der Hand.¹⁰⁶ Insbe-

Ist die Demografie unser Schicksal? Expansive Arbeitszeitpolitik – eine übersehene Option, in: Heilemann (Hrsg.), *Demografischer Wandel in Deutschland*, 2010, S. 55, 65ff.

¹⁰⁵ In dieser Hinsicht sind arbeitsrechtliche, nämlich tarifvertragliche Lösungen denkbar, die branchenspezifisch flexible Übergänge in den Ruhestand ermöglichen; vgl. etwa *Mostert*, *Demografie und Altersübergang – Tarifpolitische Lösungsansätze in der chemischen Industrie*, *SozSich* 2012, S. 97ff.

¹⁰⁶ Vgl. schon *Breyer*, *Individuelle und kollektive Sicherungsversprechen im demographischen Wandel*, in: *Seel* (Hrsg.), *Sicherungssysteme in einer alternden Gesellschaft*, S. 48, 54ff.

sondere bei der Versorgung mit Gesundheits- und Pflegeleistungen steht aber nicht nur die Finanzierungsbasis der darauf ausgerichteten Sicherungssysteme in Frage, zumal deren Entwicklung von einer Reihe unterschiedlicher Annahmen abhängig ist.¹⁰⁷ Von zentraler Bedeutung ist in ihrem Rahmen die künftige Sicherstellung der sozialen Dienste in einem weiten Sinn. Das betrifft angesichts der knapper werdenden Arbeitskräfte die Ausbildung und Bezahlung von professionellen Pflegekräften¹⁰⁸ wie die Einbindung nicht beruflicher Kräfte,¹⁰⁹ also die Beteiligung der Zivilgesellschaft. Ebenso betroffen ist die Bereitstellung dieser Dienste und von Leistungen der Daseinsvorsorge im Raum, die angesichts der zunehmend ungleichen Verteilung der Bevölkerung absehbar besonderer Planung bedarf.¹¹⁰ Die für das Recht der Älteren wichtigsten Aspekte werden in einer Reihe von Beiträgen behandelt.

An ihrem Beginn steht die Gesundheitsversorgung (Christian Rolfs und Golo 44 Wiemer). In diesem Rahmen wird auf die wesentlichen Facetten der gesetzlichen Krankenversicherung eingegangen, die Begründung und der Umfang des Versicherungsschutzes, die Leistungen und die Finanzierung. Angesichts des derzeit in Deutschland bestehenden Nebeneinanders von gesetzlicher und privater Krankenversicherung¹¹¹ sind die Besonderheiten der privaten Absicherung von großer praktischer Bedeutung, zumal durch die Altersrückstellung dort eine Kapitalbildung erfolgt. Neben den Leistungen und der Finanzierung wird in diesem Zusammenhang insbesondere der Zugang zur PKV abgehandelt. Der Beitrag über „Altenhilfe, Pflege und altersgerechte Infrastruktur“ (Felix Welti) beginnt mit den Zusammenhängen zwischen Alter, Pflegebedürftigkeit und Behinderung und bietet einen Überblick über die breit gestreuten Regelungen, die sich mit den entsprechenden Bedarfslagen beschäftigen. Das betrifft zum einen das Sozialrecht, das Hilfe- und Förderleistungen wie auch mit der Pflegeversicherung einen eigenen Sozialversicherungszweig umfasst und für die rehabilitativen Leistungen bereichsübergreifende Ansätze enthält. Zum anderen werden Infrastrukturenregelungen zusammengefasst, die weit verstreut sind: vom Sozialrecht über spezielle Pflege-, Gleichstellungs- und Heimgesetze bis zum Baurecht und zum Kommunalrecht. Daran schließt sich ein Beitrag

107 Vgl. dazu etwa *Jacobs/Drähter*, Demographischer Wandel und gesetzliche Krankenversicherung, in: Kerschbaumer/Schroeder (Hrsg.), Sozialstaat und demographischer Wandel, 2005, S. 97ff.; *Felder*, Gesundheitsausgaben und demografischer Wandel, BGesBl. 2012, S. 614ff.

108 Vgl. zum Recht der Gesundheitsberufe in diesem Zusammenhang auch *Kluth*, Verlangt der demografische Wandel eine neue Zuroednung der ärztlichen und sonstigen Gesundheitsdienstleistungen?, MedR 2010, S. 372, 373ff.

109 Vgl. etwa *Becker/Lauerer*, Zur Unterstützung von Pflegepersonen – Reformnotwendigkeiten und -optionen, in: BMFSFJ (Hrsg.), Zeit für Verantwortung im Lebensverlauf – politische und rechtliche Handlungsstrategien, 2011, S. 121ff.

110 Dazu oben, II.2.c).

111 Vgl. dazu auch die Beratungen des 69. DJT, Abteilung Sozialrecht, 2012.

über die „private Pflege“ (Markus Roth) an. Dieser beginnt mit den leistungserbringungsrechtlichen Zusammenhängen zwischen Sozial- und Privatrecht und wendet sich dann der privatrechtlichen Gestaltung ambulanter und stationärer Pflege zu, die für die Praxis eine große Rolle spielt, aber noch der eingehenderen rechtswissenschaftlichen Aufarbeitung bedarf. Ein erster Ansatz wird dafür vorgelegt, nicht ohne am Ende auf die rechtliche Stellung der Träger von Wohn- und Pflegeeinrichtungen einzugehen. Schließlich wird, wieder im Sinne einer Querschnittsbeurteilung, das „Recht der Älteren im Planungs- und Baurecht“ (Gerrit Manssen) behandelt. Dieser Beitrag belegt noch einmal die umfassende Bedeutung der demographischen Alterung und geht zwei Fragen nach, nämlich wie sich angesichts dieser Alterung die Anforderungen an das Wohnen und an die Bereitstellung von Einrichtungen der Daseinsvorsorge ändern und welcher rechtliche Anpassungsbedarf dadurch jeweils ausgelöst wird.

§ 2 Die Geschichte des Rechts der Älteren

Literatur: *Adomeit, Klaus*, Auf Biegen und Brechen, in FAZ vom 3. Juli 2006; *Allmendinger, Jutta*, Lebensverlauf und Sozialpolitik. Die Ungleichheit von Mann und Frau und ihr öffentlicher Ertrag, 1994; *Baltes, Paul B./Smith, Jacqui*, New frontiers in the future of aging: From successful aging of the young old to the dilemmas of the fourth age, *Gerontology* Bd. 49 (2003), S. 123ff.; *Becker, Arnold/Laureys, Marc/Neuhausen, Karl August/Rudinger, Georg (Hrsg.)*, Theodosius Schoepffers „Gerontologia seu Tractatus de jure senum“. Kulturwissenschaftliche Studien zu einem vergessenen Traktat über das Altenrecht, 2011; *Behl Christian/Mossmann, Bernd*, Molekulare Mechanismen des Alterns. Über das Altern der Zellen und den Einfluss von oxidativem Stress auf den Alternsprozess, in: *Staudinger, Ursula M./Häfner, Heinz (Hrsg.)*, Was ist Alter(n)? Neue Antworten auf eine scheinbar einfache Frage, 2008, S. 9ff.; *Börsch-Supan, Axel*, Unsere gewonnenen Jahre, in: FAZ vom 25.2.2011, S. 11; *Borscheid, Peter*, Geschichte des Alters. Vom Spätmittelalter bis zum 18. Jahrhundert, Münster 1987; *Bouchouaf, Ssoufian*, Altersdiskriminierung durch rechtliche Altersgrenzen aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: *Ruppert, Stefan (Hrsg.)*, Lebensalter und Recht. Zur Segmentierung des menschlichen Lebenslaufs durch rechtliche Regelungen seit 1750 im gleichnamigen Tagungsband, 2010, S. 241ff.; *Brandt, Hartwin*, Wird auch silbern mein Haar. Eine Geschichte des Alters in der Antike, 2002; *Conrad, Christoph/v. Kondratowitz, Hans-Joachim (Hrsg.)*, Gerontologie und Sozialgeschichte, 1983; *Conrad, Christoph*, Vom Greis zum Rentner. Der Strukturwandel des Alters in Deutschland zwischen 1830 und 1930, 1994; *Dichgans Johannes*, Jugend ist Stärke und Alter ist Schwäche der Reparaturmechanismen, in: *Staudinger, Ursula M./Häfner, Heinz (Hrsg.)*, Was ist Alter(n)? Neue Antworten auf eine scheinbar einfache Frage, 2008, S. 57ff.; *Duve, Thomas*, Generationengerechtigkeit und Altersversorgung in der juristischen Literatur zur Rechtsstellung alter Menschen des 17. und frühen 18. Jahrhunderts, in: *Brakensiek, Stefan/Wunder, Heide/Stolleis, Michael (Hrsg.)*, Generationengerechtigkeit? Normen und Praxis im Ehe und Ehegüterrecht 1500–1850, 2006, S. 45ff.; *Duve, Thomas*, Die Bedeutung des Lebensalters im frühneuzeitlichen Recht, in: *Brendecke Arndt/FuchsRalf-Peter/Koller, Edith (Hrsg.)*, Die Autorität der Zeit in der Frühen Neuzeit, 2007, S. 93ff.; *Duve, Thomas*, Sonderrecht in der Frühen Neuzeit – Studien zum *ius singular* und den *privilegia miserabilium personarum, senum* und *indorum* in Alter und Neuer Welt, 2008, S. 205; *Ehmer, Josef*, Sozialgeschichte des Alters, 1990; *Ehmer, Josef*, Bevölkerungsgeschichte und historische Demographie, 2004; *Ehmer, Josef*, Das Alter in Geschichte und Geschichtswissenschaft, in: *Staudinger, Ursula M. (Hrsg.)*, Was ist Alter(n). Neue Antworten auf eine scheinbar einfache Frage, 2008; *Elm, Dorothee/Fitzon, Thorsten/Liess, Kathrin/Linden, Sandra*, Alterstopoi. Das Wissen von den Lebensaltern in Literatur, Kunst und Theologie, 2009; *Frolik, Lawrence A.*, The Developing Field of Elder Law: A historical Perspective, *The Elder Law journal*, 1993, Vol 1, number 1, S. 1ff.; *Frolik, Lawrence A.*, The Developing Field of Elder Law Redux: Ten Years After, *The Elder Law Journal* 2002, Vol 10, number 1, S. 1ff.; *Ganner, Michael*, Neue Entwicklungen im Altenrecht, in: *Barta, Heinz/Ganner, Michael/Lichtmanegger, Helmuth (Hrsg.)*, Rechtstatsachenforschung- heute, 2008, S. 111ff.; *Göckenjan, Gerd*, Altersbilder und Altersgrenzen. Ihre Bedeutung in der Frühgeschichte der Sozialpolitik, in: *Dressel, Werner (Hrsg.)*, Lebenslauf, Arbeitsmarkt und Sozialpolitik, 1990, S. 221ff.; *Göckenjan, Gerd*, Das Alter würdigen. Altersbilder und Bedeutungswandel des Alters, 2000; v. *Greyerz, Kaspar*, Passagen und Stationen. Lebensstufen zwischen Mittelalter und Moderne, 2010; *Groß, Daniela*, Die Rechtfertigung einer Altersdiskriminierung auf der Grundlage der Richtlinie 2000/78/EG, 2010; *Häberle, Peter*, Altern und Alter des Menschen als Verfassungsproblem, in: *Badura, Peter/Scholz, Rupert (Hrsg.)*, Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, 1993, S. 189ff.; *Karl Hagemann/Heinrich Webler*, Jahrbuchs des Jugendrechts Nachfolgepublikation und Archiv für Jugendrecht; *Hardach, Gerd*, Der Generationenvertrag. Lebenslauf und Lebenseinkommen in Deutschland in zwei Jahrhunderten, 2006; *Hardach, Gerd*, Die Ökonomie

der Lebensalter, in: Ruppert, Stefan (Hrsg.), *Lebensalter und Recht. Zur Segmentierung des menschlichen Lebenslaufs durch rechtliche Regelungen seit 1750* im gleichnamigen Tagungsband, 2010, S. 323ff.; *Hartmann von Schlotheim, Hans*, *Recht im Alter*. Kleine Handreichung für die Altenarbeit, 1978; *Haerendel, Ulrike*, *Die Frauenaltersgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung: Geschichte, Funktion, Vergleiche mit dem Ausland*, in: Ruppert, Stefan (Hrsg.), *Lebensalter und Recht. Zur Segmentierung des menschlichen Lebenslaufs durch rechtliche Regelungen seit 1750*, 2010, S. 127ff.; *Ho, Anthony D./Wagner, Wolfgang/Eckstein, Volker*, *Was ist Alter? Ein Mensch ist so alt wie seine Stammzellen*, in: Staudinger, Ursula M./Häfner, Heinz (Hrsg.), *Was ist Alter(n)? Neue Antworten auf eine scheinbar einfache Frage*, 2008, S. 33ff.; *v. Hoff, Konrad*, *Das Verbot der Altersdiskriminierung aus Sicht der Rechtsvergleichung und der ökonomischen Analyse des Rechts*, 2009; *Hoffmann, Conrad Philipp*, *Tractatio juridica de matrimonio sexagenarii cum quinquagenaria, senis cum juvenula et vetulae cum juvene sive: Vom Heyrathen alter Persohnen, Regimonti 1722*; *Igl, Gerhard*, *Das „Recht der älteren Menschen“ – Ist es wünschenswert, für die älteren Menschen besondere rechtliche Vorkehrungen zu treffen?*, *Zeitschrift für Gerontologie* 1990, S. 62ff.; *Igl, Gerhard/Klie, Thomas (Hrsg.)*, *Das Recht der älteren Menschen*, 2007; *Imhof, Arthur E.*, *Einführung in die Historische Demographie*, 1977; *Imhof, Arthur E.*, *Die Zunahme unserer Lebensspanne seit 300 Jahren und ihre Folgen*, 1996; *Jacobs, Klaus/Kohli, Martin/Rein, Martin*, *Germany: The diversity of pathways*, in: Kohli, Martin/Rein, Martin/Guillemard, Anne-Marie/van Gunsteren, Herman, *Time for Retirement. Comparative Studies of early Exit from the Labour Force*, Cambridge 1991, S. 181ff.; *Joerissen, Peter/Will, Cornelia (Hrsg.)*, *Die Lebensalterterappe. Bilder der menschlichen Lebensalter. Eine Ausstellung des Landesverbandes Rheinland*, 1983; *Kempermann, Gerd*, *Altern ist auch adulte Neurogenese. Neue Nervenzellen für alternde Gehirne*, in: Staudinger, Ursula M./Häfner, Heinz (Hrsg.), *Was ist Alter(n)? Neue Antworten auf eine scheinbar einfache Frage*, 2008, S. 47ff.; *Kohli, Martin*, *Die Institutionalisierung des Lebenslaufs. Historische Befunde und theoretische Argumente*, in: *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 1985, S. 1ff.; *Kohli, Martin*, *Der institutionalisierte Lebenslauf: ein Blick zurück und nach vorn*, in: Allmendinger, Jutta (Hrsg.), *Entstaatlichung und Soziale Sicherheit. Verhandlungen des 31. Kongresses der Deutschen Gesellschaft für Soziologie in Leipzig 2002 Bd. 1*, 2003, S. 525ff.; *Kruse, Andreas/Schmitt, Eric*, *Potenziale des Alters im Kontext individueller und gesellschaftlicher Entwicklung*, in: Kruse, Andreas (Hrsg.), *Potenziale im Altern. Chancen und Aufgaben für Individuum und Gesellschaft*, 2010, S. 3ff.; *Macnicol, John*, *Age Discrimination. An Historical and Contemporary Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge 2006; *Mayer, Karl Ulrich/Schoepflin, Urs*, *New Trends in Life Course Research*, in: *Annual Review of Sociology* Bd. 35 (2009), S. 493ff.; *Mayer, Karl Ulrich/Schoepflin*, *The state and the life course*, in: *Annual Review of Sociology* 1989, S. 187ff.; *Mitterauer, Michael*, *Problemfelder einer Sozialgeschichte des Alters*, in: Konrad, Helmut (Hrsg.), *Der alte Mensch in der Geschichte*, Wien 1982, S. 9ff.; *de Montaigne, Michel*, in: *Erste moderne Gesamtübersetzung von Stilet, Hans*, 1998 57. Essay „Über das Alter“, S. 163f.; *Cotter, Anne-Marie Mooney*, *Just a Number. An International Legal Analysis on Age Discrimination*, Aldershot 2008; *Naegele, Gerhard/Gerling, Vera*, *Sozialpolitik für ältere Menschen in Deutschland – Grundlagen, Strukturen, Entwicklungstrends und neue fachliche Herausforderungen*, in: Igl, Gerhard/Klie, Thomas (Hrsg.), *Das Recht der älteren Menschen*, 2007, S. 49ff.; *Neuhausen, Karl August*, *Einführung in Theodosius Schoepffers Leben und Werk*, in: Becker, Arnold/Laureys, Marc/Neuhausen, Karl August/Rudinger, Georg (Hrsg.), *Theodosius Schoepffers „Gerontologia seu Tractatus de jure senum“*. Kulturwissenschaftliche Studien zu einem vergessenen Traktat über das Altenrecht, 2011, S. 103ff.; *Noll, Dorothea*, „... ohne Hoffnung im Alter jemals auch nur einen Pfennig Rente zu erhalten...“. Die Geschichte der weiblichen Erwerbsbiographie in der gesetzlichen Rentenversicherung, 2010; *Peil, Johann*, *De privilegiis senum, quibus illi apud Deum et homines gaudent*, Wesel 1643; *Pfister, Christian*, *Bevölkerungsgeschichte und historische Demographie 1500–1800*, 1994; *Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard*, *Grundrechte. Staatsrecht II*, 25. Auflage 2009; *Polloczek, Tobias*, *Altersdiskriminierung im Licht des Europarechts*, 2008; *Ramm, Thilo*, *Jugendrecht. Ein Lehr-*

buch, 1990; *Richter, Ronald/Conradis, Wolfgang (Hrsg.)*, Seniorenrecht in der anwaltlichen Praxis, 2006; *Roth, Markus*, Die Rechtsgeschäftslehre im demographischen Wandel. Stärkung der Autonomie sowie Schutzkonzepte bei Älteren und Minderjährigen, AcP 2008, S. 451ff.; *Ruppert, Stefan*, Alter im Recht, Rechtsgeschichte Bd. 9 (2006), S. 138ff.; *Ruppert, Stefan*, Die Segmentierung des menschlichen Lebenslaufs am Beispiel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Altersgrenzen, in: Rust, Ursula/Lange, Joachim/Pfannkuche, Henning (Hrsg.), Altersdiskriminierung und Beschäftigung (Loccumer Protokolle 04/06), 2006, S. 17ff.; *Ruppert, Stefan*, Neues „Jugendrecht“ und Fabrikenschutzgesetzgebung im Vormärz. Zur Bedeutung von Normativität für die Entstehung der Lebensphase Jugend, in: Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte, Bd. 1, 2008, S. 55ff.; *Ruppert, Stefan (Hrsg.)*, Lebensalter und Recht. Zur Segmentierung des menschlichen Lebenslaufs durch rechtliche Regelungen seit 1750, 2010; *Ruppert, Stefan*, Lebensalter und Recht. Zur Segmentierung des menschlichen Lebenslaufs durch rechtliche Regelungen seit 1750, in: Ruppert, Stefan (Hrsg.) Lebensalter und Recht, 2010, S. VIIIff.; *Ruppert, Stefan/Lovric-Pernak, Kristina*, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, im Erscheinen; *Scherbov, Sergei/Sanderson, Warren*, Negative Folgen der Alterung bislang überbewertet. Neue Maßzahlen für aktuelle Bevölkerungsentwicklung, in: Demografische Forschung aus erster Hand, Heft 4/2010, S. 1f.; *Scherger, Simone*, Lebenslaufmuster im Wandel – Das Beispiel des Auszugs aus dem Elternhaus, in: Ruppert, Stefan (Hrsg.), Lebensalter und Recht. Zur Segmentierung des menschlichen Lebenslaufs durch rechtliche Regelungen seit 1750, 2010, S. 263ff.; *Schmeiser, Martin*, Von der „äußeren“ zur „inneren“ Institutionalisierung des Lebenslaufs. Eine Strukturgeschichte, Bios, Bd. 19 (2006), S. 51ff.; *Schmitz, Winfried*, Theodosius Schoepffers Gerontologia im Spiegel der antiken Tradition, in: Becker, Arnold/Laureys, Marc/Neuhausen Karl, August/Rudinger, Georg (Hrsg.), Theodosius Schoepffers „Gerontologia seu Tractatus de jure senum“. Kulturwissenschaftliche Studien zu einem vergessenen Traktat über das Altenrecht, 2011, S. 129ff.; *Schmoeckel, Mathias*, Die Aussagen alter Menschen vor Gericht und ihre Beweiskraft in der Entwicklung der Lehre vom Zeugenbeweis. Aspekte einer Rechtsgeschichte des Alters, in: Becker, Arnold/Laureys, Marc/Neuhausen Karl, August/Rudinger, Georg (Hrsg.), Theodosius Schoepffers „Gerontologia seu Tractatus de jure senum“. Kulturwissenschaftliche Studien zu einem vergessenen Traktat über das Altenrecht, 2011, S. 205ff.; *Schoepffer, Theodosius*, Gerontologia seu Tractatus de jure senum, Quedlinburg 1705, S. 4; *Staudinger, Ursula M./Häfner, Heinz (Hrsg.)*, Was ist Alter(n)? Neue Antworten auf eine scheinbar einfache Frage, 2008; *Dolzer, Rudolf/Großhof, Karin u.a. (Hrsg.)*, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 94. Lieferung 2000; *Struve, Georg Adam/Wildt, Gottfried*, Jura ac privilegia senectutis, Jena 1664; *Thane, Pat (Hrsg.)*, Das Alter. Eine Kulturgeschichte, 2005; *Timmer, Jan*, Altersgrenzen politischer Partizipation in antiken Gesellschaften, 2008; *Udsching, Peter*, in Die Entwicklung des Sozialrechts für ältere Menschen am Beispiel der Pflegeversicherung, in: Igl, Gerhard/Klie, Thomas (Hrsg.), Das Recht der älteren Menschen, 2007, S. 75ff.

Inhaltsübersicht

- | | |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> I. Einleitung — 1 II. Das Recht der Älteren und die Entstehung des institutionalisierten Lebenslaufs — 12 III. Das Recht der Älteren aus grundrechtlicher Perspektive — 19 | <ul style="list-style-type: none"> IV. Das Recht gegen Altersdiskriminierung — 25 V. Schluss — 37 |
|--|---|

I. Einleitung

- 1 Das Recht der Älteren ist jung. Alte Menschen hingegen gab es schon immer, wenn auch in geringerer Zahl. Es lohnt sich diesem Befund aus rechtshistorischer Perspektive etwas nachzugehen. Bereits vor der Zeit gestiegener Lebenserwartung und des demographischen Wandels im 20. Jahrhundert wurden Menschen sehr alt.¹ Ihre Zahl war geringer, sie erreichten aber im Einzelfall durchaus wie heute ein sehr hohes Alter. Diese Banalität muss deshalb einmal explizit ausgesprochen werden, weil noch nie so viel über Alter geschrieben worden ist wie in den letzten 25 Jahren. Der Altersdiskurs hat also ungeahnte Konjunktur, ohne allerdings seinerseits neu zu sein. Die Debatten über das Alter, über Weisheit und Kompetenz auf der einen und Gebrechlichkeit und Todesnähe auf der anderen Seite sind alt.² Ebenso alt sind die Aufforderungen, das Alter zu ehren oder sich altersgerecht zu verhalten.³ Mal dominierte das Alterslob, mal wurden alte Menschen eher kritisch beäugt.⁴ Dies blieb nicht ohne Konsequenz für ihre rechtliche Stellung, wie man etwa an den juristischen Debatten über die Glaubwürdigkeit älterer Zeugen sehen kann.⁵
- 2 Heute hat sich die Qualität dieser Debatten grundlegend verändert und dieser Wandel wird auch von Juristen rezipiert. Unter dem Stichwort des demographischen Wandels erscheint die Vielzahl alter Menschen allzu oft als ein Bedrohungsszenario.⁶ Die alternde Gesellschaft ist ein Problem, das Ökonomen, Politiker und eben auch Juristen zu lösen haben. Seltener werden Chancen und Gestaltungsmöglichkeiten dieser Entwicklung gewürdigt. In der Tat müssen praktische juristische Prob-

1 Vgl. zur historischen Demographie *Imhof*, Einführung in die Historische Demographie; *ders.*, Die Zunahme unserer Lebensspanne; einen Überblick über Forschungsstand und Gegenstand geben *Ehmer*, Bevölkerungsgeschichte und historische Demographie; analog zur älteren Zeit *Pfister*, Bevölkerungsgeschichte und historische Demographie jeweils m.w.N.

2 Vgl. aus kulturgeschichtlicher Sicht *Borscheid*, Geschichte des Alters; vgl. für die Antike *Brandt*, Wird auch silbern mein Haar.

3 Vgl. zur Geschichte dieser Altersdiskurse *Göckenjan*, Das Alter würdigen.

4 Zur Geschichte des Alters vgl. aus der Masse der Veröffentlichungen seit etwa 1980 *Mitterauer*, in: Konrad (Hrsg.), Der alte Mensch in der Geschichte, S. 9ff.; *Conrad/v. Kondratowitz* (Hrsg.), Gerontologie und Sozialgeschichte; speziell zur Altersversorgung *Conrad*, Vom Greis zum Rentner; aus diskurstheoretischer Sicht *Göckenjan*, Das Alter würdigen; kultur- und sozialgeschichtlich besonders wichtig sind die Arbeiten von *Ehmer*, Sozialgeschichte des Alters; *ders.*, in: Staudinger (Hrsg.), Was ist Alter(n), S. 149ff. m.w.N.; *Borscheid*, Geschichte des Alters; *Pat Thane* (Hrsg.), Das Alter. Eine Kulturgeschichte.

5 Vgl. dazu *Schmoeckel*, in: Becker/Laureys/Neuhausen/Rudinger (Hrsg.), Theodosius Schoepffers „Gerontologia seu Tractatus de jure senum“, S. 205ff.

6 Dieser allgemeinen Einschätzung wird auch immer wieder entgegengetreten, vgl. dazu jüngst *Börsch-Supan*, Unsere gewonnenen Jahre, in: FAZ vom 25.2.2011, S. 11; interessant auch die Relativierung aus demographischer Perspektive vgl. hierzu etwa die sachliche Einordnung von *Scherbov/Sanderson*, Negative Folgen der Alterung bislang überbewertet. Neue Maßzahlen für aktuelle Bevölkerungsentwicklung, in: Demografische Forschung aus erster Hand, Heft 4/2010, S. 1f.

leme gelöst werden. Entsprechend nimmt die Frequenz altersrechtlicher Veröffentlichungen eindeutig zu und die Debatte wird auch unter neuen Vorzeichen geführt. Neu ist zudem eine allgemeine Tendenz zur Verrechtlichung aller Lebensphasen von Anbeginn an durch die Präimplantationsdiagnostik bis zur Juridifizierung des Sterbens. Für Juristen liegt es nahe, diese Entwicklung systematisch zu ordnen. Es erscheint deshalb zumindest unter analytischen Gesichtspunkten sinnvoll, die vielen Ansätze in tradierten und vielen neuen altersspezifischen Normen zu einem „Recht der Älteren“ zu verdichten.⁷

Solche Versuche sind keineswegs neu. Die wohl erste systematischen Darstellung des Rechts älterer Menschen stammt von Theodosius Schoepffer, der im Jahr 1705 seine „Gerontologia seu Tractatus de jure senum“ publizierte.⁸ Der Autor wiederum knüpft seinerseits an bestehende Rechtstraditionen in der mittelalterlichen juristischen Literatur an. Dort wurden alte Menschen als Sonderfall der Rechtsfigur der „persona miserabilis“ thematisiert.⁹ Aus dieser Rechtsposition resultierten einerseits verschiedene rechtliche Privilegien. Andererseits rückten die juristischen Werke alte Menschen zumeist in die Nähe von Kranken und Gebrechlichen. Es wird deutlich, dass ein Defizitmodell des Alters die Diskussion beherrscht. Neben Übersichten über die Rechte alter Menschen wurden auch Spezialfragen wie etwa die rechtliche Einordnung der Heirat (alters-)ungleicher Paare behandelt.¹⁰

Wer ist eigentlich alt in diesen juristischen Abhandlungen? Hier fällt ein erheblicher Unterschied zur Rechtssetzung im 19. und 20. Jahrhundert auf. Wer im jeweiligen Kontext als alt zu gelten hat wird in diesen Schriften nicht mittels Altersgrenzen, sondern eher durch die Bestimmung eines Altersstatus definiert.¹¹ Neben dem eigentlichen Lebensalter sind es die sozialen Bedingungen, die den Menschen zu unterschiedlichen Zeitpunkten alt machen.¹² Entsprechend hatte der diese „Altersrechte“ anwendende Richter im Einzelfall zu entscheiden, ob der Adressat der jeweiligen Norm bereits als alter Mensch zu klassifizieren sei.¹³ Dieses Rechtsverständnis mag dem heutigen Juristen fremd erscheinen, weil die Gesetze zu einer Art Arsenal werden, aus dem man sich je nach vorliegendem Fall unterschiedlich bedienen kann, um aus der Sicht des Rechtsanwenders zu „gerechten“ Ergebnissen zu

⁷ Vgl. etwa aus neuerer Zeit Igl/Klie (Hrsg.), *Das Recht der älteren Menschen*.

⁸ Schoepffer, *Gerontologia seu Tractatus de jure senum*, S. 4. Der Autor beruft sich dabei auf eine längere und juristisch anerkannte Tradition.

⁹ Nachweise finden sich umfassend bei Duve, *Sonderrecht in der Frühen Neuzeit*, S. 205.

¹⁰ Hoffmann, *Tractatio juridica de matrimonio sexagenarii cum quinquagenaria, senis cum juvenula et vetulae cum juvene sive: Vom Heyrathen alter Persohnen*.

¹¹ Duve, in: Arndt Brendecke/Ralf-Peter Fuchs/Edith Koller (Hrsg.), *Die Autorität der Zeit in der Frühen Neuzeit*, S. 93ff., insbesondere S. 110f.

¹² Vgl. hierzu Duve, in: Stefan Brakensiek/Heide Wunder/Michael Stolleis (Hrsg.), *Generationengerechtigkeit?*, S. 45ff.

¹³ Duve, *Sonderrecht in der Frühen Neuzeit*, S. 219.

kommen. In gewisser Weise knüpft aber das moderne Recht der Älteren wieder an diese Rechtstradition an, wenn es etwa im Heimrecht gerade keine spezifische Altersgruppe, sondern einen häufig mit der Alterung einhergehenden gesundheitlichen Zustand oder eben den Status des Heimbewohners im Blick hat, an den sich dann bestimmte Rechtsfolgen knüpfen.

- 5 Das Werk Schoepffers aus dem Jahr 1705 ist in jeder Hinsicht bemerkenswert, liefert es doch einen ausführlichen Überblick der Rechtsstellung älterer Menschen und ordnet diese nach der Systematik des römischen Rechts.¹⁴ Dieser umfassende Ansatz dekliniert somit in vielfältigen Rechtsbereichen die jeweiligen Rechte alter Menschen durch. Eher mittelbar scheint in der Darstellung die Vielfalt antiker Altersbilder von der Weisheit, der Lebenserfahrung und Besonnenheit, aber auch der sozialen Ausgrenzung und der Gebrechlichkeit durch.¹⁵ Der wissenschaftlich gebildete Anwalt Schoepffer und nicht etwa ein Mediziner prägte mit seinem Werk den Begriff der „Gerontologie“. Auch wenn er die erste ausführliche und systematische Darstellung des „Rechts der Älteren“ verfasste, so stand Schoepffer doch auch in einer juristischen Tradition. Bereits seit dem 16. Jahrhundert hatten Juristen in zu meist kurzen Dissertationen einzelne Aspekte des „Rechts der Älteren“ bearbeitet. 92Vielfach wurden die rechtlichen Privilegien alter Menschen thematisiert.¹⁶ Auch nach Schoepffers Buch erschienen im 18. Jahrhundert weitere Titel zum Altenrecht.¹⁷ Allerdings blieben entsprechende Darstellungen immer Einzelfälle und wurden schon bald wieder vergessen. Wissenschaftsgeschichtlich lassen sie sich in die juristische Literatur zu Sonderrechten einordnen.¹⁸ Ein „Recht der Älteren“ in einem modernen Sinne schufen sie, wenn überhaupt, dann nur in Ansätzen. Im 19. Jahrhundert wurden die entsprechenden Werke nicht wieder aufgelegt, fanden auch keine Nachahmer und gerieten in Vergessenheit.
- 6 Das „Recht der Älteren“ kann also auf eine lange Tradition von Alterstopoi seit der Antike zurückgreifen. Allerdings brechen das 19. und die erste Hälfte des 20. Jahrhunderts mit dieser Tradition. Die älteren Topoi stecken aber bis heute fast

¹⁴ Sehr lesenswert ist die wissenschaftsgeschichtliche Einordnung des Werks durch *Becker/Laureys/Neuhausen/Rudinger (Hrsg.)*, Theodosius Schoepffers „Gerontologia seu Tractatus de jure senum“.

¹⁵ Vgl. hierzu *Schmitz*, Theodosius Schoepffers Gerontologia im Spiegel der antiken Tradition, in: *Becker/Laureys/Neuhausen/Rudinger (Hrsg.)*, Theodosius Schoepffers „Gerontologia seu Tractatus de jure senum“, S. 129ff.

¹⁶ Vgl. dazu etwa *Peil*, De privilegiis senum, quibus illi apud Deum et homines gaudent; *Struve/Wildt*, Jura ac privilegia senectutis, zu weiteren Beispielen und ihrer Einordnung vgl. *Neuhausen*, in: *Becker/Laureys/Neuhausen/Rudinger (Hrsg.)*, Theodosius Schoepffers „Gerontologia seu Tractatus de jure senum“, S. 103ff., insbesondere S. 109–113.

¹⁷ Nachweise bei *Neuhausen*, in: *Becker/Laureys/August Neuhausen/Georg Rudinger (Hrsg.)*, Theodosius Schoepffers „Gerontologia seu Tractatus de jure senum“, S. 103ff., insbesondere S. 111.

¹⁸ Vgl. dazu *Duve*, Sonderrecht in der Frühen Neuzeit, S. 204–244.

abschließend den Referenzrahmen der juristischen Diskussionen ab. Seit den juristischen Ansätzen in der Frühen Neuzeit wird immer wieder auf den gebrechlichen, den weisen und den von seiner angestammten Position nicht weichenden Alten zurückgegriffen. Ein Kompetenzmodell des weisen und ehrwürdigen Alten konkurriert und existiert neben dem Modell vom defizitären Alter.

Zu einer systematischen Erschließung der Rechte älterer Menschen unter den Bedingungen moderner Verfassungsstaaten ist es nicht gekommen. Das Rechtsgebiet steckt bis heute in den Anfängen. Seit wenigen Jahrzehnten mehren sich jedoch eindeutig wieder die juristischen Veröffentlichungen zum rechtlichen Status älterer Menschen. Die Entwicklung begann in den Achtzigerjahren des 20. Jahrhunderts in den Vereinigten Staaten unter dem Stichwort „elder law“.¹⁹ In Deutschland gab es seit langem vereinzelte meist praxisorientierte Ratgeberliteratur.²⁰ In der Rechtswissenschaft finden sich zu Beginn der Neunzigerjahre erste umfassendere Bestandsaufnahmen. Zu nennen sind hier insbesondere die Arbeiten von Gerhard Igl²¹ und Peter Häberle.²² Als Fach tut sich das „Recht der Älteren“ mit seinem übergreifenden juristischen Ansatz im verfestigten Fächerkanon Deutschlands besonders schwer. Eine einheitliche Begrifflichkeit hat sich noch nicht durchgesetzt. Neben dem „Altenrecht“²³ findet sich das „Recht der Älteren“²⁴ und auch das „Seniorenrecht“.²⁵ Auch weiterhin dominieren auf den jeweiligen Kontext bezogene Titel etwa zum Recht gegen Altersdiskriminierung.²⁶ Unzweifelhaft häuft sich allerdings die Zahl der Veröffentlichungen in der Rechtswissenschaft.²⁷ An juristischen Fakultäten finden erste Seminare zum „Altenrecht“ statt²⁸ und es bilden sich erste Rechtsanwaltskanzleien mit dem Tätigkeitsschwerpunkt Seniorenrecht.²⁹ Sie spezialisieren sich auf „rechtliche Probleme, die sich typischerweise im fortgeschrittenen Alter stellen“ mit dem Ziele, „eine möglichst selbstbestimmte Lebensplanung im Alter zu

19 *Frolík*, The Elder Law Journal 1993, Vol 1, number 1, S. 1ff.; *ders.*, The Elder Law Journal 2002, Vol 10, number 1, S. 1ff.

20 Ein frühes Beispiel ist etwa *von Schlotheim*, Recht im Alter, 1978.

21 *Igl*, Zeitschrift für Gerontologie 1990, S. 62ff.

22 *Häberle*, in: FS für Lerche, S. 189ff.

23 Vgl. hierzu etwa *Ganner*, in: Barta/Ganner/Lichtmannegger (Hrsg.), Rechtstatsachenforschung – heute, S. 111ff.

24 Vgl. hierzu *Igl/Klie* (Hrsg.), Das Recht der älteren Menschen.

25 *Richter/Conradis* (Hrsg.), Seniorenrecht in der anwaltlichen Praxis.

26 Vgl. alleine aus jüngerer Zeit *Groß*, Die Rechtfertigung einer Altersdiskriminierung; v. *Hoff*, Das Verbot der Altersdiskriminierung, jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

27 Besonders lesenswert aus jüngerer Zeit *M. Roth*, AcP 208 (2008), S. 451ff.

28 So etwa an der Universität Innsbruck vgl. hierzu die Darstellung im Internet unter <http://www.uibk.ac.at/zivilrecht/mitarbeiter/ganner/altenrecht.html>.

29 So etwa die Rechtsanwaltskanzlei Georg Zenker in Berlin vgl. hierzu <http://www.kanzlei-seniorenrecht.de/>; ebenso die Kanzlei Dr. Lang und Kollegen in München, vgl. hierzu <http://www.anwaltskanzlei-muenchen.de/seniorenrecht/>.

ermöglichen“.³⁰ Die Rechtsentwicklungen und ihre Rezeption scheint gerade eine neue Qualität zu gewinnen.

- 8 Wenn das Recht der Älteren also jung ist, wozu braucht es dann eine rechts-historische Einleitung? Wie soll die Geschichte eines sich erst etablierenden Fachs geschrieben werden? Auf diese Frage gibt es zwei mögliche Antworten. Zum einen sind rechtliche Normen für alte Menschen durchaus sehr alt.³¹ Schon immer gab es einzelne Altersgrenzen für Ältere und schon seit den Zeiten des antiken Rechts gibt es altersspezifische Normierungen.³² Folgt man dieser Antwort, dann bietet sich eine handbuchartige historische Zusammenstellung all dieser Altersgrenzen an. Eine solche Vorgehensweise verlöre aber den in unterschiedlichen Zeiten höchst unterschiedlichen sozialen Kontext der jeweils gesetzten Norm aus dem Blick. Eine solche Darstellung enthielte zwar sicherlich gewisse immer wiederkehrende Regelungsbe-reiche. Auch eine gewisse Kontinuität, gerade bei den gewählten Altersgrenzen etwa von 60 oder 65 Jahren, ließe sich zeigen. Das disparate Bild lieferte aber gerade keinen Beweis dafür, dass sich in den letzten Jahrzehnten so etwas wie ein eigenes, zumindest in Ansätzen durchaus konturiertes und abgeschlossenes Rechtsgebiet des „Rechts der Älteren“ zu bilden beginnt. Zu analysieren bleibt, warum sich gerade im 20. Jahrhundert verstärkt rechtliche Regelungen mit älteren Menschen befas-sen. Deshalb erscheint eine zweite Antwort auf die Frage nach der adäquaten Dar-stellung der Geschichte des „Rechts der Älteren“ sinnvoller. Sie geht der Frage nach, welche zum Teil tradierten und zum Teil neuen Rechtsgebiete in ihrer Ge-samtschau zum neuen „Recht der Älteren“ in den letzten Jahrzehnten beitragen. Dabei ist zu unterscheiden zwischen Normen, die entweder alte Menschen aus-schließlich oder zumindest vorrangig adressieren, wie etwa das Recht gegen Alters-diskriminierung oder das Heimrecht auf der einen Seite. Auf der anderen Seite ste-hen eher allgemeine Disziplinen wie etwa das Strafrecht, die aber zunehmend neue altersspezifische Normen, Urteile und Einzelfallentscheidungen zur richtigen recht-lichen Behandlung alter Menschen aufweisen. Der vorliegende Beitrag will sich vor-rangig mit der recht kurzen Geschichte des neuen Rechts der Älteren und seinen ebenfalls neuen Rechtsgebieten befassen. Es wird davon ausgegangen, dass wir uns zurzeit in einer historischen Durchgangsphase mit offenem Ausgang bei der Etab-lierung eines Rechtsgebiets befinden. Denkbar ist zum einen, dass in Zukunft die altersspezifische Adressierung einzelner Lebensphasen in allen Teildisziplinen des Rechts eine größere Rolle spielen wird, ohne dass sich ein eigenes Rechtsgebiet mit Fachpublikationen, Zeitschriften, Lehrstühlen und interdisziplinärer Forschung

³⁰ So nach eigener Aussage die Kanzlei „Menschen und Rechte“, vgl. hierzu <http://www.menschenundrechte.de/rechtsgebiete,5,seniorenrecht.php>

³¹ Darauf verweist schon in der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts *de Montaigne* in seinen Essais: Erste moderne Gesamtübersetzung von *Stilett*. Es handelt sich um das 57. und letzte Essay des ersten Bandes „Über das Alter“, S. 163f.

³² Vgl. hierzu etwa *Timmer*, Altersgrenzen politischer Partizipation.

herausbildet. Denkbar erscheint zum anderen, dass die enorme praktische Relevanz des Themas gerade zu dieser Entwicklung führt. Schaute man alleine auf den älteren Versuch ein „Jugendrecht“ zu etablieren,³³ dann lässt sich heute für das „Recht der Älteren“ noch keine blendende Zukunft prognostizieren. Trotz mehrerer Anläufe und der Herausgabe eines „Jahrbuchs des Jugendrechts“³⁴ bereits in den Zwanzigerjahren des 20. Jahrhunderts hat sich ein entsprechendes Fach bisher allenfalls in Ansätzen etabliert. Allerdings dürfte die große Zahl alter Menschen mit ihren spezifischen auch juristischen Problemen in jedem Fall die Zahl altersspezifischer Normen steigern und zu einer verstärkten Konjunktur des Themas in der Rechtswissenschaft führen.

Der vorliegende Beitrag will das „Recht der Älteren“ rechtshistorisch einordnen. 9 Dabei wird die These vertreten, dass nicht nur das Alter, sondern jede Lebensphase in den letzten 200 Jahren Gegenstand einer Verrechtlichung geworden ist. Das bedeutet, dass es nicht nur ein Recht der Älteren, sondern auch ein „Jugendrecht“ und in Ansätzen auch ein Recht der Erwerbstätigen gibt, wobei Letztere gleichsam den Normalfall des Rechtssystems darstellen. Es wird hier davon ausgegangen, dass seit dem ausgehenden 18. Jahrhundert ein maßgeblich durch rechtliche Regelungen determiniertes dreigeteiltes Lebenslaufmodell aus Jugend, Erwerbsbiographie und einem durch den Ruhestand geprägten Alter entstanden ist.³⁵ Insofern orientiert sich der Beitrag am Modell des dreigeteilten institutionalisierten Lebenslaufs wie ihn in der Lebenslaufsoziologie etwa Martin Kohli³⁶ und Karl Ulrich Mayer³⁷ entwickelten. Die in der Soziologie und Demographie meist empirische Untersuchung der klassischen Zäsuren in zahlreichen Lebensläufen wird hier um eine normative Betrachtung ergänzt. Aus dieser Perspektive erscheint das „Recht der Älteren“ als Konsequenz eines demographischen und vor allem ökonomischen Wandels. Allein die juristische Bewirtschaftung einzelner Lebensphasen beschreibt den Wandel aber nur ungenügend. Während die oben genannte Lebenslaufstruktur entstand, wandelten sich auch individuelle Rechtspositionen aller Alterskohorten. Unter den Bedingungen des modernen Verfassungsstaats mit seinen einklagbaren Grundrechten verbesserte sich insbesondere die Rechtsposition junger und alter Menschen. An die Stelle des Greises, der Rechte allenfalls aus moralischer Verpflichtung oder sozialem Status ableiten konnte, trat der alte Mensch als Inhaber von Grundrechten. Diese

33 Der vorerst letzte Versuch dieses übergreifend darzustellen stammt von *Ramm*, Jugendrecht.

34 Das Jahrbuch wurde seit 1922 und bis 1943 zunächst von *Hagemann* und später von *Webler* herausgegeben. Nach dem 2. Weltkrieg erschien als Nachfolgepublikation noch das Archiv für Jugendrecht seit 1952, dieses wurde aber 1958 ebenfalls eingestellt.

35 Vgl. hierzu bereits *Ruppert*, Lebensalter und Recht, S. VII–XXIII; davor bereits *ders.*, Alter im Recht, Rechtsgeschichte Bd. 9 (2006), S. 138ff.

36 Vgl. hierzu *Kohli*, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 1985, S. 1ff.; *ders.*, in: Allmendinger (Hrsg.), Entstaatlichung und Soziale Sicherheit, S. 525ff.

37 Vgl. *Mayer/Schoepflin*, Annual Review of Sociology 1989, S. 187ff.; aus neuerer Zeit vgl. *ders.*, Annual Review of Sociology Bd. 35 (2009), S. 493ff. m.w.N.

konnte er zunehmend nicht nur sich aktiv verteidigend gegen den intervenierenden Staat geltend machen, sondern der Schutz seiner Würde und Autonomie wurde immer mehr zur staatlichen Aufgabe.

- 10** Thesenhaft kann man sagen, dass das „Recht der Älteren“ seine gestiegene Bedeutung auf der normativen Ebene zwei Ursachen verdankt:
1. Der Verrechtlichung aller Lebensphasen und der Entstehung eines normativ geprägten Lebenslaufmodells ganz allgemein
 2. Der gestärkten Grundrechtsposition älterer Menschen und der daraus resultierenden Verrechtlichung.
- 11** In einem ersten Schritt soll der angedeutete allgemeine Verrechtlichungsprozess kurz skizziert und auf seine Ursachen hin untersucht werden. In einem zweiten Schritt soll auf die Bedeutung des gewandelten Grundrechtsverständnisses für die Entstehung des „Rechts der Älteren“ eingegangen werden. Neuere Grundrechtskonzeptionen finden etwa im Recht gegen Altendiskriminierung ihren Ausdruck, wie nun gezeigt werden soll. Ein kurzer Ausblick steht am Schluss des Beitrags.

II. Das Recht der Älteren und die Entstehung des institutionalisierten Lebenslaufs

- 12** Was ist es eigentlich das uns alt macht oder altern lässt? Die Frage ist nur scheinbar banal. Bereits die naturwissenschaftlichen Antworten der Alterungstheorien fallen keineswegs eindeutig aus³⁸ und ein ganzes Max-Planck-Institut in Köln forscht ausschließlich in diesem Bereich.³⁹ Naturwissenschaftliche Antworten, so wichtig und interessant sie sind, fallen ohne eine geisteswissenschaftliche Ergänzung aber ausgesprochen eindimensional aus. Schließlich ist Alter natürlich das Resultat einer sozialen Definition⁴⁰ und an dieser Definition haben rechtliche Regelungen in Form von Altersgrenzen und altersspezifischen Vorschriften einen erheblichen Anteil. Die Rentenaltersgrenze etwa versetzt uns von einem auf den anderen Tag in einen an-

38 Verschiedene Erklärungsansätze liefern die Überblicksdarstellungen in: Staudinger/Häfner (Hrsg.), *Was ist Alter(n)?*: Behl/Mossmann, Molekulare Mechanismen des Alterns. Über das Altern der Zellen und den Einfluss von oxidativem Stress auf den Alternsprozess, S. 9ff.; Ho/Wagner/Eckstein, *Was ist Alter?* Ein Mensch ist so alt wie seine Stammzellen, S. 33ff.; Kempermann, *Altern ist auch adulte Neurogenese. Neue Nervenzellen für alternde Gehirne*, S. 47ff.; Dichgans, *Jugend ist Stärke und Alter ist Schwäche der Reparaturmechanismen*, S. 57ff.

39 Es handelt sich um das Max-Planck-Institut für die Biologie des Alters, das im Wesentlichen durch Forschungen an der Fruchtfliege *Drosophila*, dem Fadenwurm und bestimmter Mäuse Rückschlüsse für das menschliche Altern ziehen will. Vgl. zum Forschungsprofil <http://www.age.mpg.de>.

40 Vgl. zu meinen früheren Überlegungen diesbezüglich Ruppert, *Lebensalter und Recht*, S. VII–XXIII; davor bereits *ders.*, *Alter im Recht, Rechtsgeschichte Bd. 9* (2006), S. 138ff.

deren Status. Das wirkt sich natürlich allenfalls sehr mittelbar auf das biologische Alter aus und doch verändert sich die Selbst- und Fremdwahrnehmung des Betroffenen eindeutig. So lässt sich etwas plakativ sagen: Recht macht alt. Man kann auch sagen: Recht macht jung. Rechtliche Regelungen in Form von Altersgrenzen und altersspezifischen Normen weisen uns in jeder Lebenssituation einen rechtlichen Altersstatus zu. Dies reicht von einem Zeitpunkt vor der eigentlichen Geburt bis zum Tod, ja sogar einige Rechte nach dem Ableben werden normiert.⁴¹ Wir bleiben bis zu unserem 18. Geburtstag in mancher Hinsicht jung, weil wir nicht wahlberechtigt oder voll geschäftsfähig sind und am gesellschaftlichen Leben nur eingeschränkt teilhaben können. Das Erreichen des 65. oder in Zukunft des 67. Geburtstags wiederum lässt uns bisweilen vor oder nach der Zeit rechtlich altern, weil der Ruhestand nicht zum gewünschten Zeitpunkt, sondern eben zu früh oder zu spät eintritt.⁴²

Zahllose Normen definieren also zu jedem Zeitpunkt unseres Lebens einen **13** komplexen Altersstatus. Man kann diesen Status isoliert betrachten und sieht dann, welche Rechte und Pflichten dem Individuum in einem bestimmten Alter zukommen. Im Verlauf eines Lebens setzen wirkmächtige Altersgrenzen bedeutsame Zäsuren. Bei Erreichen der nächsten einschlägigen Altersgrenze verändert sich der Altersstatus. Neben der Definition des jeweils aktuellen rechtlichen Jugend- oder Altersstatus bilden diese vielfältigen Normen in ihrer Gesamtheit also auf einer normativen Ebene in gewisser Weise ein Standardlebenslaufmodell. Fast alle Menschen durchlaufen diese rechtlichen Lebenslaufstationen mit ihren Statuswechseln und sie orientieren sich in ihrer subjektiven Lebenslaufplanung bewusst oder unbewusst an ihnen.⁴³ Wenn man es mit der Definition von Lebenslaufsoziologen wie Martin Kohli⁴⁴ sagen will, so ist Recht eine der Institutionen, die an der Institutionalisierung des Alters als eigener Lebensphase beteiligt ist. Es sind nämlich vor allem rechtliche Regelungen in Form von Altersgrenzen, altersspezifischen Regeln und Anwartschaften, die zu der Abgrenzung der Lebensphasen beigetragen haben und weiter beitragen. Der seit dem ausgehenden 18. Jahrhundert entstandene Standardlebenslauf löste die zuvor eher standes-, geschlechts- und berufsbezogenen älteren Lebenslaufmodelle ab. In der Frühen Neuzeit zeigen die sehr populären Darstellungen der Lebenstreppe, dass es eine kollektive Vorstellung vom Lebensverlauf durch-

41 So erlischt zum Beispiel das Urheberrecht gem. § 64 UrhG siebenzig Jahre nach dem Tod des Urhebers. Allerdings ist das genau genommen natürlich keine Regelung eines Altersstatus.

42 Neben den Rentenregelungen bedingt der 65. Geburtstag den regelmäßigen Eintritt des Beamten in den Ruhestand gem. § 41 Abs. 1 BBG und man kann das Amt des ehrenamtlichen Richters an Sozial- und Arbeitsgerichten ablehnen, §§ 18 Abs. 1 Nr. 1, 35 Abs. 1, 47 SGG und §§ 24 Abs. 1 Nr. 1, 37 Abs. 2, 43 Abs. 3 ArbGG.

43 Vgl. hierzu *Schmeiser*, Von der „äußeren“ zur „inneren“ Institutionalisierung des Lebenslaufs. Eine Strukturgeschichte, in: *Bios*, Bd. 19 (2006), S. 51ff.

44 Vgl. hierzu *Kohli*, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 1985, S. 1ff.; *ders.*, in: *Allmendinger* (Hrsg.), *Entstaatlichung und Soziale Sicherheit*, S. 525ff.

aus gab.⁴⁵ Allerdings erreichten nur sehr wenige Menschen tatsächlich das auf den letzten Stufen dargestellte Lebensalter von neunzig oder hundert Jahren.⁴⁶ Auch waren die Übergänge von einer Lebensphase in die nächste weniger von rechtlichen Bestimmungen als vielmehr von „rites de passage“ bestimmt.⁴⁷ Diese sind keinesfalls völlig verschwunden oder tauchen in neuer Form wieder auf. Noch immer ist das Studium eine Übergangsphase zwischen Jugend und Erwerbsbiographie, und die Altersteilzeit führt zu einem gleitenden Übergang in den Ruhestand. Heute ist der Lebenslauf aber viel stärker normativ reguliert.

- 14 Der Befund, es bestehe ein auch juristisch definiertes Lebenslaufmodell, das nahezu alle Angehörigen einer Kohorte durchlaufen, steht auf den ersten Blick in deutlichem Widerspruch zum ebenfalls rechtlich garantierten Modell der allgemeinen Handlungsfreiheit, das gerade höchst unterschiedliche Lebensentwürfe zur Folge haben sollte. Deshalb ist es wichtig zu betonen, dass das dreigeteilte Lebenslaufmodell ausgesprochen offen ist für eine Vielzahl höchst unterschiedlicher Lebensläufe.⁴⁸ Weder gibt es den einen dreigeteilten Lebenslauf aus Jugend, Erwerbsbiographie und Ruhestand, noch setzen die Zäsuren und Übergänge immer an der gleichen Stelle ein. Menschen beenden ihre Jugend endgültig, indem sie wirtschaftlich selbständig werden und eine Berufstätigkeit aufnehmen. Das geschieht zu sehr unterschiedlichen Zeitpunkten. Auch der Eintritt in den Ruhestand erfolgt meist irgendwo zwischen dem sechsten und achten Lebensjahrzehnt. Die Selbstbestimmtheit der individuellen Lebenslaufplanung, die heute eben auch verfassungsrechtlich abgesichert ist, steht zum rechtlich strukturierten Lebenslaufmodell in einem komplementären Verhältnis. Die dreigeteilte Lebenslaufstruktur dient im Rahmen der eigenen Biographieplanung als Orientierung und Leitplanke. Gerade weil es dem Einzelnen erhebliche Kompetenzen abverlangt, sein eigenes Leben über einen gewissen zeitlichen Horizont zu planen, gibt die Strukturierung durch Altersgrenzen oder rechtlich strukturierte Abschnitte, wie etwa eine feste Ruhestandsgrenze, erhebliche Sicherheit. Individuell differieren diese Zäsuren aber sehr wohl. Abweichungen, etwa im Lebensverlauf von nicht berufstätigen Menschen oder Selbständigen, sind ebenso zu finden wie Unterschiede nach Geschlecht, sozialer Herkunft oder Bildungsstand. Die moderne Lebenslaufstruktur orientiert sich nach wie vor am männlichen Ernährermodell⁴⁹ und erst langsam und sehr zaghaft setzten

45 Eine Sammlung dieser Bilder und deren Einordnung findet sich bei *Joerßen/Will (Hrsg.)*, Die Lebensalterterappe.

46 Vgl. zu Lebenserwartung und demographischer Struktur in der Frühen Neuzeit *Pfister*, Bevölkerungsgeschichte und historische Demographie.

47 Vgl. zu der Lebenslaufstruktur in der Frühen Neuzeit und diesen „rites de passage“ vgl. von *Greyerz*, Passagen und Stationen, S. 233ff.

48 Vgl. deshalb zum Verhältnis von äußerer Struktur und individueller Planung *Schmeiser*, Von der „äußeren“ zur „inneren“ Institutionalisierung des Lebenslaufs. Eine Strukturgeschichte, *Bios*, Bd. 19 (2006), S. 51ff.

49 Vgl. hierzu aus allgemeiner Perspektive *Allmendinger*, Lebensverlauf und Sozialpolitik.

sich Modifikationen zugunsten weiblicher Lebenslaufkonzepte etwa in der Rentenversicherung durch.⁵⁰

Eine weitere Präzisierung des Modells der Dreiteilung aus juristischer Sicht ist 15 zwingend. Jede der drei Lebensphasen wird ihrerseits durch ein engmaschiges Netz weiterer Altersgrenzen und altersspezifischer Regelungen unterlegt. Sie verleihen den drei Lebensphasen eine Binnenstruktur. Am deutlichsten wird dies am Beispiel der Jugend. Das liegt auch an der historisch eindeutig späteren Entstehung des „Rechts der Älteren“. Die Jugend wurde bereits seit Beginn des 19. Jahrhunderts rechtlich konturiert. Dies geschah durch so unterschiedliche Rechtsgebiete wie das Schulrecht, mit dem Schulpflicht und Jahrgangsklassensystem durchgesetzt wurde, das Wehrrecht, das mit der durchgesetzten Wehrpflicht die männliche Jugend beendete.⁵¹ Auch das Jugendstrafrecht oder der Jugendschutz und die Arbeitsverbote für Jugendliche sind älter als jede Schutzgesetzgebung für ältere Menschen. Die Jugend ist heute bis zum Erreichen des 18. Lebensjahrs und teilweise darüber hinaus ihrerseits unterteilt in Rechte in der pränatalen Phase, frühkindliche Rechte, die spätestens mit Erreichen der Schulpflicht noch um Pflichten ergänzt werden sowie eine Schul- und Ausbildungszeit. Die Aufzählung von Straf- und Religionsmündigkeit, Geschäftsfähigkeit und Jugendschutz steht nur exemplarisch für eine Vielzahl von solchen Binnenstrukturierungen der Jugend. Bei der Entscheidung für eine religiöse Überzeugung ist man bereits mit 14 Jahren nicht mehr jung,⁵² die Zahlung von Kindergeld an die Eltern beendet die Jugend erst im Alter von 25 Jahren.⁵³

Weniger deutlich wird die Binnenstrukturierung in der Phase der Erwerbsbio- 16 graphie. Hier sind es vor allem die Anwartschaften der sozialen Sicherungssysteme mit den Gefahren lückenhafter Rentenbiographien, die Struktur gebend wirken. Aber auch rechtlich abgegrenzte Räume wie der Mutterschutz, das ALG I, das Sabbatjahr des Gymnasiallehrers oder Altersteilzeitmodelle sind Beispiele für eine normative Segmentierung. Die einmal erworbenen Rentenansprüche überwölben die Erwerbsbiographie und den Ruhestand.

Für das eigentliche Alter stellt sich der Befund etwas anders dar. Im Gegensatz 17 zur Jugend wird bei der Strukturierung durch das Recht der Älteren weniger an das kalendarische Alter angeknüpft. Lediglich der Beginn ist wesentlich durch das Erreichen der Renten- oder Pensionsgrenze bestimmt. Die immer wieder vorgenommene Unterscheidung von einem von Aktivität und Leistungsfähigkeit bestimmten Dritten Alter von einem von körperlichem Verfall und Schutzbedürftigkeit gekennzeichneten Vierten Alter orientiert sich nur teilweise am kalendarischen Alter. So

⁵⁰ Vgl. hierzu aus rechtshistorischer Sicht bezogen auf die Rentenversicherung vgl. *Noll*, „... ohne Hoffnung ...“.

⁵¹ Vgl. hierzu den Überblick von *Ruppert*, in: *Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte*, Bd. 1, Berlin 2008, S. 55ff. Sowie *Ruppert*, *Recht hält jung*, erscheint 2013.

⁵² Geregelt in § 5 des Gesetzes über die religiöse Kindererziehung vom 15. Juli 1921.

⁵³ So § 1 Abs. 2 a. E. des Bundeskindergeldgesetzes.

unterscheiden sich bereits die demographischen und medizinisch biologischen Definitionen von Hochaltrigkeit.⁵⁴ Juristisch ist der Übergang aber gerade nicht von einer strikten Altersgrenze gekennzeichnet. Vielmehr bestimmen tradierte und nicht selten zu hinterfragende Vorstellungen vom hohen Alter und seinen Begleiterscheinungen die Sichtweise des Gesetzgebers. Vorläufig lässt sich festhalten, dass eher das soziale und das biologische Alter auch in juristischer Hinsicht für eine Strukturierung der gesamten Lebensphase sorgen. Darauf wird bei der Darstellung der einzelnen Rechtsgebiete weiter einzugehen sein. Schon hier bleibt festzuhalten, dass die große Bandbreite der Lebenssituationen älterer Menschen höchst unterschiedliche rechtliche Adressierungen verlangen. Der demente und pflegebedürftige Alte hat ein gesteigertes Schutzbedürfnis, der leistungsfähige ältere Mensch wiederum darf nicht alleine wegen seines Alters gegenüber Jüngeren diskriminiert werden. Vorläufig lässt sich der Befund festhalten, dass das eigentliche Alter nicht so stark binnenstrukturiert ist wie etwa die Jugend oder die Erwerbsbiographie. Lebensalter ganz allgemein ist in den letzten 200 Jahren verstärkt zum Anknüpfungspunkt rechtlicher Regelungen geworden.⁵⁵ Während das Recht der Jugend also bereits seit dem frühen 19. Jahrhundert entstand, setzt das Recht der Älteren im Wesentlichen erst mit der Bismarckschen Rentenversicherung ein⁵⁶ und entwickelt sich dann im 20. Jahrhundert. Auch wenn man aus der Vergangenheit keine Prognosen für zukünftige Entwicklungen ableiten kann, so ist doch zu erwarten, dass sich das Recht der Älteren ähnlich dem Jugendrecht weiter ausdifferenzieren wird.

- 18 Gerade weil das Recht der Älteren zuvor eigenständige, aber meist ebenfalls junge Rechtsgebiete wie etwa das Recht gegen Altersdiskriminierung,⁵⁷ Teile des Familien- und vor allem des Sozialrechts unter einem neuen Oberbegriff zusammenfasst, muss der Frage nach der Entstehung dieser altersspezifischen Verrechtlichung im Einzelfall nachgegangen werden.

III. Das Recht der Älteren aus grundrechtlicher Perspektive

- 19 Im modernen Verfassungsstaat mit seiner weitreichenden Funktion von Grundrechten verändert sich auch der Normzweck vieler „Rechte der Älteren“. Neben die traditionelle Armenfürsorge, die eben auch und gerade alte Menschen betraf, trat die

⁵⁴ Vgl. zu der Unterscheidung *Baltes/Smith*, Gerontology Bd. 49 (2003), S. 123ff.

⁵⁵ Eine rechtshistorische Übersicht über diese Verrechtlichung aller Lebensphasen seit dem ausgehenden 18. Jahrhundert findet sich in Ruppert (Hrsg.), Lebensalter und Recht.

⁵⁶ Vgl. dazu *Göckenjan*, in: Dressel (Hrsg.), Lebenslauf, Arbeitsmarkt und Sozialpolitik, S. 221ff.; in Bezug auf den weiblichen Lebenslauf vgl. *Haerendel*, in: Ruppert (Hrsg.), Lebensalter und Recht, S. 127ff.

⁵⁷ Vgl. dazu aus völkerrechtlicher Perspektive *Ruppert/Lovric-Pernak*, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, im Erscheinen; zu seiner Entstehung vgl. *Macnicol*, Age Discrimination.

klassische Altenfürsorge und in der Bundesrepublik zunehmend der Gedanke einer Altenhilfe. Mit dem Inkrafttreten des Bundessozialhilfegesetzes 1962 wurde ein Rechtsanspruch auf Sozialhilfe eingeführt. Neben die materielle Absicherung tritt zunehmend auch die Intention, gesellschaftliche Teilhabe und Selbstbestimmung zu perpetuieren oder neu zu ermöglichen.⁵⁸

An dieser Stelle kann keine wissenschaftlich gestützte Prognose über die Zukunft **20** des dreigeteilten institutionalisierten Lebenslaufs gegeben werden. Im geltenden Recht ist er bezogen auf Ausbildung, Erwerbsbiographie und Ruhestand eindeutig noch vorherrschend und dies gilt trotz aller zarten Anzeichen für eine Destandardisierung von Lebensläufen.⁵⁹ Betrachtet man den Menschen als Inhaber von Grundrechten, dann werden andere Lebenslaufmodelle sichtbar. Viele Grundrechte gelten „lebenslang“. Altersgrenzen finden sich im Bereich der Grundrechte lediglich in Art. 12a GG für den Bereich der Dienstpflichten und in Art. 38 GG zum Wahlrecht, in denen jeweils auf das 18. Lebensjahr und die Volljährigkeit Bezug genommen wird. Das Eintreten der Grundrechtsmündigkeit wird vielfach durch einfachrechtliche Altersgrenzen konkretisiert.⁶⁰ Andere Grundrechte wie das Petitionsrecht kommen dem Individuum im Verlauf von Kindheit und Jugend sukzessive zu. Abgestellt wird hier nicht auf feste Altersgrenzen wie für das Wahlrecht oder die Religionsmündigkeit, sondern auf die Fähigkeit des Petenten, sein Anliegen zu verstehen und vorzutragen.⁶¹ Dem Hineinwachsen junger Menschen in die Rechtsposition der mit allen Rechten und Pflichten ausgestatteten Rechtspersönlichkeit steht am Ende des Lebens gerade kein rechtliches Abschmelzen dieser Rechte und Pflichten auf verfassungsrechtlicher Ebene gegenüber. Der Grundrechtslebenslauf jedes Individuums ist somit allenfalls zweigeteilt, auch wenn die faktische Beeinträchtigung von Grundrechten im Alter nicht zu übersehen ist. Im normativen Anspruch die Ausübung der Grundrechte sogar aktiv zu garantieren ist unbedingt eine Errungenschaft moderner Verfassungen zu sehen. Über ihre Grundrechtsgarantien verbürgen sie einen besseren Rechtsschutz älterer Menschen und steuern dem faktischen Verlust von Autonomie und Rechten im Alter mittlerweile aktiv entgegen. Das wird am deutlich veränderten Konzept des Betreuungsrechts aus dem Jahr 1992 ebenso sichtbar wie an der Stärkung von Autonomie im Heimrecht oder auch im Recht der Pflegeversicherung.⁶² Der faktischen Steuerungswirkung des Rechts sind Grenzen gesetzt und doch wirkt das neue „Recht der Älteren“ Grundrechtsverletzungen im Alter entgegen.

58 Vgl. zu den Veränderungen in der Bundesrepublik mit entsprechenden Periodisierungen *Naegele/Gerling*, in: Igl/Klie (Hrsg.), *Das Recht der älteren Menschen*, S. 49ff., zu den Periodisierungen insbesondere S. 52–55.

59 Vgl. zum Verhältnis dieser Anzeichen zum Standardlebensauf etwa für den Auszug aus dem Elternhaus *Scherger*, in: Ruppert (Hrsg.), *Lebensalter und Recht*, S. 263ff.

60 Vgl. hierzu den kurzen Überblick bei *Pieroth/Schlink*, *Grundrechte*, S. 37–39.

61 Vgl. hierzu *Stettner*, in: *Bonner Kommentar, GG*, Art 17 Rn. 63.

62 Vgl. zur Entwicklung des Rechts der Pflegeversicherung *Udsching*, in: Igl/Klie (Hrsg.), *Das Recht der älteren Menschen*, S. 75ff.

- 21** Mit dem Einzug der Grundrechte und ihrer verstärkten aktiven Durchsetzung in der Gesetzgebung der Bundesrepublik Deutschland verändert sich die Struktur des normativen Standardlebenslaufs, und dies bleibt für das Recht der Älteren nicht ohne Konsequenz. Die standes- und geschlechtsabhängigen Lebenslaufmodelle der frühen Neuzeit überdauerten zwar teilweise das 19. Jahrhundert und werden erst im 20. Jahrhundert durch eine altersadäquate rechtliche Adressierung verdrängt. Zunehmend entstehen aber seit den Sechzigerjahren des 20. Jahrhunderts Gesetze, die alte Menschen in ihrer spezifischen Lebenssituation adressieren. Zum Spezifikum der Moderne wird gerade die Verrechtlichung der Übergänge zwischen den einzelnen Lebensphasen. Normen treten, so kann man es etwas verkürzend sagen, an die Stelle eher kulturell, religiös und familiär geprägte „rites de passage“ wie sie Kaspar von Greyerz für die Frühe Neuzeit beschrieben hat.⁶³
- 22** Die Ausstattung des Einzelnen mit subjektiven Rechten und Grundrechten verlangt eine altersadäquate Behandlung. Viele in den letzten 200 Jahren entstandene Altersgrenzen wurden gerade deshalb normiert. Etwas vereinfachend kann man sagen, dass allgemeingültige Altersgrenzen im 19. Jahrhundert vielfach standesspezifische Regeln verdrängten und so zur Entstehung des normativen Standardlebenslaufs beitrugen. Im 20. Jahrhundert werden diese Altersgrenzen zunehmend hinterfragt. Ihre Generalisierungen führen zu Ungerechtigkeit im Einzelfall. Angesichts der Bandbreite von Leistungsfähigkeiten von Menschen an der Schwelle zum Rentenalter erscheint dies plausibel. Noch augenscheinlicher wird es wenn man berücksichtigt, dass deren Leistungsfähigkeit sich fundamental von derjenigen ihrer Altersgenossen um 1900 unterscheidet.⁶⁴ Aus dieser Perspektive erstaunt es, dass viele Altersgrenzen im gleichen Zeitraum nicht oder nur wenig verändert wurden. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat darin bislang kein Problem gesehen und die jeweils angegriffenen Altersgrenzen stets verteidigt.⁶⁵ Dies dürfte aber keineswegs noch lange so bleiben. Schon jetzt mehrten sich Entscheidungen, die pauschale Altersgrenzen für unwirksam erklären. Jüngstes Beispiel ist die zu Fall gebrachte Rentengrenze von 60 Jahren bei den Piloten der Lufthansa.⁶⁶
- 23** Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist der Lebenslauf also nicht drei- sondern allenfalls zweigeteilt. Der Altersgrenze von 18, mit der das Individuum in einen vollwertigen Rechtszustand hineinwächst, steht aus guten verfassungsrechtlichen Gründen keine rechtliche Altersgrenze im Alter gegenüber, bei deren Erreichen diese Rechte wieder genommen werden. Im Gegenteil versuchen das immer bedeutsamer werdende Recht gegen Altersdiskriminierung, aber auch das Betreuungs- und Heim-

63 V. Greyerz, *Passagen und Stationen*.

64 Vgl. zur Bedeutung gesellschaftlicher Rahmenbedingungen etwa *Kruse/Schmitt*, in: Kruse (Hrsg.), *Potenziale im Altern*, S. 3ff.

65 Vgl. hierzu *Ruppert*, in: Rust/Lange/Pfannkuche (Hrsg.), *Altersdiskriminierung und Beschäftigung*, S. 17ff.

66 EuGH Urteil v. 13.9.2011, Rs C-447/09.

recht einem faktischen Verlust an Rechten entgegen zu treten. Es wendet sich dabei zumindest in den Vereinigten Staaten von Amerika sogar gegen die Pensions- und Ruhestandsgrenzen. Auch wenn das Pensions- oder Ruhestandsalter die Bedeutung des dreigeteilten Lebenslaufs nach wie vor zementiert, muss doch auf die verfassungsrechtliche Konzeption eines allenfalls zweigeteilten Lebenslaufs hingewiesen werden. Mit einer verbesserten Durchsetzung von Kinderrechten und der Einräumung vieler Grundrechte auch für sehr junge Menschen rüttelt insbesondere die Rechtsprechung sogar an der Zweiteilung.

Das Recht der Älteren ist, so kann vorläufig festgehalten werden, nicht wirklich **24** neu. Es stützt sich auf eine Vielfalt von Alterstopoi seit der Antike, und auch Juristen der Frühen Neuzeit diskutierten die Sonderrechte älterer Menschen bereits intensiv. Allerdings brach diese Tradition im 19. Jahrhundert weitgehend ab. Unter den Vorzeichen des demographischen Wandels lebt nun einerseits eine ältere Rechtstradition wieder auf. Dies vollzieht sich andererseits unter deutlich gewandelten Vorzeichen. Zum einen ist das neue Recht der Älteren Teil einer Verrechtlichung des gesamten Lebenslaufs und ist stärker als in der Frühen Neuzeit auf die Erwerbsbiographie bezogen. Die intensive Verwendung von Altersgrenzen und insbesondere die gestiegene Bedeutung der Rentengrenze haben die Lebenssituation älterer Menschen nachhaltig verändert. Der eigentliche Ruhestand wird seinerseits zum anderen weiter verrechtlicht. Mittlerweile wird dies durch eine jüngere Entwicklung ergänzt und verstärkt. Die aktive Durchsetzung von Grundrechten und die Bemühungen um gesellschaftliche Teilhabe älterer Menschen stellen ihrerseits tradierte Altersgrenzen in Frage. An die Stelle der Generalisierung durch Annahmen, die an die Verwendung im Einzelfall geknüpft werden, treten konkretere Betrachtungen der Lebenssituationen jedes einzelnen älteren Menschen. Sichtbar wird dies bei der eingehenderen Betrachtung der Rechtsgebiete, die zur Konstituierung des Rechts der Älteren maßgeblich beigetragen haben.

IV. Das Recht gegen Altersdiskriminierung

Das Recht gegen Altersdiskriminierung gehört eher zu den jüngeren Schichten des **25** „Rechts der Älteren“. ⁶⁷ Gerade die Ungleichbehandlung von Menschen unterschiedlichen Alters tritt wegen des demographischen Wandels in vielen Industriegesellschaften in den Fokus von Gesetzgebern und Juristen. ⁶⁸ Allerdings ist hervorzuhe-

67 Eine umfassende Darstellung der Geschichte des Rechts gegen Altersdiskriminierung allerdings mit dem Schwerpunkt auf der angloamerikanischen Rechtstradition findet sich bei *Macnicol*, *Age Discrimination*.

68 Vgl. dazu alleine aus jüngerer Zeit *Groß*, *Die Rechtfertigung einer Altersdiskriminierung*, v. *Hoff*, *Das Verbot der Altersdiskriminierung*; *Polloczek*, *Altersdiskriminierung im Licht des Europarechts*, jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen.