

1 Bernd Weller,
2 Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Frankfurt
3 a. M.*

4 5 **Personalabbau nach Einführung des AGG --** 6 **ein Fall von Diskriminierung?**

7
8 Nach dem Hype vor Einführung des *Allgemeinen*
9 *Gleichbehandlungsgesetzes (AGG)* ist es in den letzten
10 Monaten scheinbar ruhiger um das Thema geworden.
11 *Kothe-Heggemann* hat im Herbst 2007 ein verhalten
12 positives Zwischenresümee gezogen (GmbHR 2007,
13 R 337 f.). Der von vielen Unternehmen für das Jahr 2010
14 geplante Personalabbau rückt das AGG erneut in den
15 Fokus. Es verbietet schließlich jede Benachteiligung
16 wegen des Alters, wenn diese nicht nach § 10 AGG
17 gerechtfertigt ist. Zugleich verlangt das
18 *Kündigungsschutzgesetz (KSchG)* vom Arbeitgeber, seine
19 Entscheidung über die Auswahl des zu kündigenden
20 Arbeitnehmers anhand der Kriterien Alter,
21 Unterhaltungspflichten, Betriebszugehörigkeit und
22 Schwerbehinderung zu treffen, also entweder direkt oder
23 zumindest mittelbar einzelne Arbeitnehmer wegen ihres
24 (zu geringen) Alters zu benachteiligen. Dieser Beitrag soll
25 die sich bei Personalabbaumaßnahmen in diesem
26 Spannungsfeld am häufigsten stellenden Fragen
27 aufgreifen: Ist § 622 Abs. 2 S. 2 BGB, demzufolge
28 Beschäftigungszeiten vor dem vollendeten 25. Lebensjahr
29 für die Länge der Kündigungsfrist unbeachtlich sind,
30 altersdiskriminierend? Sind tarifvertragliche
31 Unkündbarkeitsregeln rechtswidrig? Darf das Kriterium
32 „Alter“ bei der Sozialauswahl berücksichtigt werden?
33 Darf die Höhe von Sozialplanabfindungen vom Alter des
34 Arbeitnehmers abhängen?

35 36 **Diskriminierung jüngerer Arbeitnehmer?**

37 Mit Urte. v. 19.1.2010 -- C-555/07 hat der EuGH auf
38 Vorlage des LAG Düsseldorf (12 Sa 1311/07)
39 entschieden, dass § 622 Abs. 2 S. 2 BGB eine
40 europarechtswidrige Diskriminierung jüngerer
41 Arbeitnehmer darstellt (s. dazu auch *Kothe-Heggemann*,
42 GmbHR 2010, R ??? -- in diesem Heft). Der EuGH ist --
43 wie die wohl überwiegende Literaturmeinung und der
44 Generalanwalt in seinen Schlussanträgen v. 7.7.2009 -- C-
45 555/07 -- davon ausgegangen, dass die in § 622 Abs. 2
46 S. 2 BGB vorgesehene Nichtberücksichtigung von
47 Beschäftigungszeiten vor dem 25. Lebensjahr mangels
48 sachlicher Rechtfertigung dafür europarechtswidrig ist.
49 Die hypothetisch größere Flexibilität jüngerer
50 Arbeitnehmer sei kein solcher Grund; § 622 Abs. 2 S. 2
51 BGB wirke sich schließlich auch auf die Länge der
52 Kündigungsfrist von (älteren) Arbeitnehmern aus, soweit
53 diese ihre Tätigkeit vor dem 25. Lebensjahr
54 aufgenommen haben. In der Praxis hat dies letztlich nur
55 die Auswirkung, dass sich die Kündigungsfristen jüngerer
56 Arbeitnehmer verlängern. Damit geht „nur“ eine
57 überschaubare finanzielle Belastung einher; die

58 Wirksamkeit von Kündigungen wird durch die „falsche“
59 Kündigungsfrist nicht berührt.

60

61 **Rechtmäßigkeit tarifvertraglicher**
62 **Unkündbarkeitsregeln?**

63 Zur Rechtmäßigkeit tariflicher Unkündbarkeitsregeln gibt
64 es noch keine belastbare Rechtsprechung. Das LAG
65 Baden-Württemberg hat schon 2007 (Beschl. v. 15.3.2007
66 -- 21 Sa 97/06) die sehr großzügige Regelung in § 4.4 des
67 Manteltarifvertrags der Metallindustrie
68 Nordwürttemberg/Nordbaden, wonach Unkündbarkeit bei
69 einem Alter von mehr als 53 Jahren und einer
70 Betriebszugehörigkeit von mehr als drei Jahren besteht,
71 für unbedenklich erachtet; die streitgegenständliche
72 Kündigung wurde vor Inkrafttreten des AGG
73 ausgesprochen. Nach Meinung des LAG Baden-
74 Württemberg wirke sich selbst eine Rechtswidrigkeit des
75 Tarifvertrags nicht auf das Arbeitsverhältnis aus, wenn
76 der Tarifvertrag arbeitsvertraglich in Bezug genommen
77 werde. Diese Hilferwägung vermag nicht zu überzeugen.
78 Ein Tarifvertrag, der gegen höherrangiges Recht -- ob
79 AGG oder primärrechtliches
80 Altersdiskriminierungsverbot -- verstößt, ist zumindest
81 insoweit unwirksam. Die Beantwortung der
82 Ausgangsfrage hängt davon ab, ob die tarifliche
83 Unkündbarkeitsregelung ältere Arbeitnehmer wegen
84 deren schlechterer Aussichten auf dem Arbeitsmarkt
85 angemessen gegenüber jüngeren Arbeitnehmern
86 privilegiert, ob also die Altersdifferenzierung durch § 10
87 AGG gerechtfertigt wird. Bei den zumeist üblichen
88 Tarifvertragsklauseln, die für die Unkündbarkeit neben
89 dem Lebensalter auch eine signifikante
90 Betriebszugehörigkeit fordern, erscheint dies tendenziell
91 gerechtfertigt. Die vom LAG Baden-Württemberg
92 überprüfte Regelung in § 4.4 des Manteltarifvertrags der
93 Metallindustrie Nordwürttemberg/Nordbaden hingegen
94 erscheint bedenklich: Die dort neben dem Lebensalter
95 geforderte Mindestbeschäftigungsdauer von mehr als drei
96 Jahren ist so kurz, dass z.B. die Privilegierung eines
97 53jährigen gegenüber einem 52jährigen mit 30jähriger
98 Betriebszugehörigkeit kaum gerechtfertigt erscheint. Es
99 bleibt abzuwarten, wie sich die Rechtsprechung dazu
100 äußern wird.

101

102 **Berücksichtigung des Kriteriums „Alter“ bei der**
103 **Sozialauswahl?**

104 2 Abs. 4 AGG erklärt das AGG für Kündigungen für
105 unanwendbar und damit die herkömmliche Sozialauswahl
106 nach § 1 Abs. 3 KSchG -- u.a. nach dem Alter -- als
107 scheinbar unproblematisch. Die Wirksamkeit dieser
108 Bestimmung wurde jedoch von Beginn an bezweifelt (vgl.
109 *Sagan*, NZA 2006, 1257 ff.; *Schrader*, DB 2006, 2571 ff.;
110 *Freckmann*, BB 2007, 1049 ff.; *Löwisch*, BB 2006,
111 2190 ff.). Das ArbG Osnabrück (Urt. v. 5.2.2007 -- 3 Ca
112 724/06, NZA 2007, 626) legte § 2 Abs. 4 AGG
113 europarechtskonform so aus, dass das AGG auch auf
114 Kündigungen anwendbar sei. Es lenkte die Diskussion
115 zudem auf die Frage, ob eine Sozialauswahl getrennt nach

116 Altersgruppen zulässig ist. Dabei wird der Personalabbau
117 proportional gleichmäßig in allen Altersklassen der
118 Belegschaft durchgeführt und die Bedeutung der
119 Sozialauswahlkriterien damit nivelliert. Das ArbG
120 Osnabrück hielt dieses Vorgehen für eine unzulässige
121 Benachteiligung älterer Arbeitnehmer. Die h.M. (LAG
122 Niedersachsen v. 13.7.2007 -- 16 Sa 269/07, LAGE § 1
123 KSchG Interessenausgleich Nr. 13; ArbG Bielefeld v.
124 25.4.2007 -- 6 Ca 2886/06, BB 2007, 1961; LAG Berlin-
125 Brandenburg v. 13.4.2007 -- 13 Sa 2208/06, LAGE § 1
126 KSchG Soziale Auswahl Nr. 54; BAG v. 8.11.2008 -- 2
127 AZR 701/07) bejahen die Zulässigkeit von Altersgruppen
128 im Rahmen der Sozialauswahl hingegen völlig zu recht.
129 Die Bildung von Altersgruppen relativiert schließlich die
130 Bedeutung des Kriteriums Alter für die Kündigung und
131 vermindert damit die nach § 1 Abs. 3 KSchG geforderte
132 Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer. Zudem sei der
133 Erhalt der Altersstruktur in der Belegschaft ein
134 grundsätzlich sachlich gerechtfertigtes Ziel. Abgesehen
135 von Extremfällen dürfte damit die Bildung von
136 Altersgruppen bei der Sozialauswahl rechtssicher sein.
137 Die Bildung von Altersgruppen ist jedoch nicht zwingend.
138 Das LAG Düsseldorf (Urt. v. 16.4.2008 -- 2 Sa 1/08) hält
139 auch die Sozialauswahl anhand eines Punkteschemas mit
140 sich linear erhöhenden Werten für das Lebensalter (1
141 Punkt je Lebensjahr, gekappt bei 55 Punkten) für zulässig.
142 Das AGG finde gemäß § 2 Abs. 4 AGG keine
143 Anwendung auf Kündigungen. Dies sei nicht
144 europarechtswidrig, da die Vorgaben der Richtlinie
145 2000/78/EG auch durch eine europarechtskonforme
146 Auslegung des KSchG erfüllt werden könnten. Das linear
147 ansteigende Punkteschema beruhe auf dem
148 Erfahrungssatz, dass Arbeitnehmer mit zunehmendem
149 Alter größere Schwierigkeiten auf dem Arbeitsmarkt
150 haben. Diese typisierende Betrachtung sei durch Art. 6
151 Abs. 1 RL 2000/78/EG gerechtfertigt. Eine
152 Einzelfallbetrachtung sei vom Arbeitgeber weder zu
153 leisten noch durch Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG
154 gefordert. Eine spezifischere Betrachtung sei nur dann
155 gefordert, wenn die Verhältnisse im Arbeitsmarkt einer
156 konkreten Region oder Branche von den allgemeinen
157 Erfahrungswerten abweichen und dies vom Arbeitnehmer
158 substantiiert dargelegt und bewiesen werde. Mit
159 wohltuendem Blick für die praktischen Gegebenheiten
160 tendiert die Rechtsprechung dazu, trotz des AGG und der
161 RL 2000/78/EG die bisherige Rechtsprechung zur
162 Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG -- ggf. mit neuer
163 Begründung -- fortzuführen. Bei der Vereinbarung neuer
164 Punkteschemata ist allerdings darauf zu achten, das
165 Kriterium Alter nicht übermäßig zu berücksichtigen,
166 sondern stärker auf die anderen Kriterien (insbesondere
167 Betriebszugehörigkeit) abzustellen.

168

169 **Abhängigkeit von Sozialplanabfindungen vom Alter** 170 **des Arbeitnehmers?**

171 Auch bei Sozialplänen spielt das Alter der Arbeitnehmer
172 bislang -- direkt oder mittelbar -- eine große Rolle. Nach
173 den beiden am weitesten verbreiteten
174 Berechnungsformeln wird die Höhe der
175 Sozialplanabfindung maßgeblich durch die Dauer der

176 Betriebszugehörigkeit oder das Lebensalter bestimmt. Die
177 Zulässigkeit dieses hergebrachten Vorgehens kann vor
178 dem Hintergrund des AGG mit gewichtigen Argumenten
179 bezweifelt werden. Das BAG (Urt. v. 26.5.2009 -- 1 AZR
180 198/08; Urt. v. 21.7.2009 -- 1 AZR 566/08) räumt
181 Arbeitgebern und Betriebsräten jedoch auch insoweit
182 einen erfreulich weiten Gestaltungsspielraum ein. Die
183 Festlegung von Kappungs- bzw. Höchstgrenzen für die
184 Sozialplanabfindung ist nach seiner Auffassung völlig
185 unbedenklich. Auch die Vereinbarung von nach
186 Lebensalter oder Betriebszugehörigkeit gestaffelten
187 Abfindungsregelungen soll zulässig sein. Zur
188 Rechtfertigung wird die schon für die Zulässigkeit von
189 Punkteschemata angeführte typisierte Betrachtung
190 herangezogen; ältere Arbeitnehmer seien von einer
191 Kündigung -- wegen der schlechteren Aussichten auf dem
192 Arbeitsmarkt -- schwerer betroffen, und ein höherer
193 Ausgleich für den Verlust des Arbeitsplatzes sei daher
194 gerechtfertigt. Aus denselben Erwägungen heraus sei
195 auch die Reduzierung von Abfindungen für rentennahe
196 Arbeitnehmer oder der vollständige Ausschluss von
197 Abfindungszahlungen für rentenberechtigte Arbeitnehmer
198 zulässig. Die Abfindungen seien schließlich ein Ersatz für
199 die durch den Verlust des Arbeitsplatzes entstehenden
200 wirtschaftlichen Nachteile. Diese Nachteile seien bei
201 rentennahen oder gar rentenberechtigten Arbeitnehmern
202 aber, wenn überhaupt, deutlich geringer als bei
203 rentenfernen Arbeitnehmern. Ergänzend führt das BAG
204 § 10 Abs. 3 Nr. 6 AGG an.

205

206 **Fazit**

207 Insgesamt halten die Arbeitsgerichte ihre bisherige
208 Rechtsprechung und die daran ausgerichtete Praxis
209 aufrecht -- trotz Einführung des AGG. Das gewährt den
210 Arbeitgebern in den ohnehin schwierigen Verhandlungen
211 mit Betriebsräten zu begrüßende Rechtssicherheit und
212 Gestaltungsspielräume. Historische Vorbehalte von
213 Betriebsräten gegen die Bildung von Altersgruppen, die
214 Festlegung von Kappungsgrenzen für
215 Sozialplanabfindungen und die Vereinbarung degressiver
216 Faktoren für rentennahe Arbeitnehmer scheinen durch das
217 AGG sogar aufgeweicht zu werden. Alles in allem hat
218 sich das AGG bislang nicht als weiterer Hemmschuh für
219 Personalabbau erwiesen.

220

221

222

223 * Heuking Kühn Lüer Wojtek.

224