

Dr. Bernd Weller, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht,  
Frankfurt a. M.\*

## Personalabbau nach Einführung des AGG – ein Fall von Diskriminierung?

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

### Diskriminierung jüngerer Arbeitnehmer?

Mit Urte. v. 19.1.2010 – C-555/07 hat der EuGH auf Vorlage des LAG Düs-

seldorf (12 Sa 1311/07) entschieden, dass § 622 Abs. 2 S. 2 BGB eine europarechtswidrige Diskriminierung jüngerer Arbeitnehmer darstellt (s. dazu auch *Kothe-Heggemann*, GmbHR 2010, R 58 – in diesem Heft). Der EuGH ist – wie die wohl überwiegende Literaturmeinung und der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen v. 7.7.2009 – C-555/07 – davon ausgegangen, dass die in § 622 Abs. 2 S. 2 BGB vorgesehene Nichtberücksichtigung von Beschäftigungszeiten vor dem 25. Lebensjahr mangels sachlicher Rechtfertigung europarechtswidrig ist. Die hypothetisch größere Flexibilität jüngerer Arbeitnehmer sei kein solcher Grund; § 622 Abs. 2 S. 2 BGB wirke sich schließlich auch auf die Länge der Kündigungsfrist von (älteren) Arbeitnehmern aus, soweit diese ihre Tätigkeit vor dem 25. Lebensjahr aufgenommen haben. In der Praxis hat dies letztlich nur die Auswirkung, dass sich die Kündigungsfristen jüngerer Arbeitnehmer verlängern. Damit geht „nur“ eine überschaubare finanzielle Belastung einher; die Wirksamkeit von Kündigungen wird durch die „falsche“ Kündigungsfrist nicht berührt.

### Rechtmäßigkeit tarifvertraglicher Unkündbarkeitsregeln?

Zur Rechtmäßigkeit tariflicher Unkündbarkeitsregeln gibt es noch keine belastbare Rechtsprechung. Das LAG Baden-Württemberg hat schon 2007 (Beschl. v. 15.3.2007 – 21 Sa 97/06) die sehr großzügige Regelung in § 4.4 des Manteltarifvertrags der Metallindustrie Nordwürttemberg/Nordbaden, wonach Unkündbarkeit bei einem Alter von

mehr als 53 Jahren und einer Betriebszugehörigkeit von mehr als drei Jahren besteht, für unbedenklich erachtet; die streitgegenständliche Kündigung wurde vor Inkrafttreten des AGG ausgesprochen. Nach Meinung des LAG Baden-Württemberg wirke sich selbst eine Rechtswidrigkeit des Tarifvertrags nicht auf das Arbeitsverhältnis aus, wenn der Tarifvertrag arbeitsvertraglich in Bezug genommen werde. Diese Hilferwägung vermag nicht zu überzeugen. Ein Tarifvertrag, der gegen höherrangiges Recht – ob AGG oder primärrechtliches Altersdiskriminierungsverbot – verstößt, ist zumindest insoweit unwirksam. Die Beantwortung der Ausgangsfrage hängt davon ab, ob die tarifliche Unkündbarkeitsregelung ältere Arbeitnehmer wegen deren schlechterer Aussichten auf dem Arbeitsmarkt angemessen gegenüber jüngeren Arbeitnehmern privilegiert, ob also die Altersdifferenzierung durch § 10 AGG gerechtfertigt wird. Bei den zumeist üblichen Tarifvertragsklauseln, die für die Unkündbarkeit neben dem Lebensalter auch eine signifikante Betriebszugehörigkeit fordern, erscheint dies tendenziell gerechtfertigt. Die vom LAG Baden-Württemberg überprüfte Regelung in § 4.4 des Manteltarifvertrags der Metallindustrie Nordwürttemberg/Nordbaden hingegen erscheint bedenklich: Die dort neben dem Lebensalter geforderte Mindestbeschäftigungsdauer von mehr als drei Jahren ist so kurz, dass z.B. die Privilegierung eines 53jährigen gegenüber einem 52jährigen mit 30jähriger Betriebszugehörigkeit kaum gerechtfertigt erscheint. Es bleibt abzuwarten, wie sich die Rechtsprechung dazu äußern wird.

\* Heuking Kühn Lüer Wojtek

### Berücksichtigung des Kriteriums „Alter“ bei der Sozialauswahl?

§2 Abs.4 AGG erklärt das AGG für Kündigungen für unanwendbar und damit die herkömmliche Sozialauswahl nach §1 Abs.3 KSchG – u.a. nach dem Alter – für scheinbar unproblematisch. Die Wirksamkeit dieser Bestimmung wurde jedoch von Beginn an bezweifelt (vgl. *Sagan*, NZA 2006, 1257ff.; *Schrader*, DB 2006, 2571 ff.; *Freckmann*, BB 2007, 1049ff.; *Löwisch*, BB 2006, 2190ff.). Das ArbG Osnabrück (Urt. v. 5.2.2007 – 3 Ca 724/06, NZA 2007, 626) legte §2 Abs.4 AGG europarechtskonform so aus, dass das AGG auch auf Kündigungen anwendbar sei. Es lenkte die Diskussion zudem auf die Frage, ob eine Sozialauswahl getrennt nach Altersgruppen zulässig ist. Dabei wird der Personalabbau proportional gleichmäßig in allen Altersklassen der Belegschaft durchgeführt und die Bedeutung der Sozialauswahlkriterien damit nivelliert. Das ArbG Osnabrück hielt dieses Vorgehen für eine unzulässige Benachteiligung älterer Arbeitnehmer. Die h.M. (LAG Niedersachsen v. 13.7.2007 – 16 Sa 269/07, LAGE §1 KSchG Interessenausgleich Nr.13; ArbG Bielefeld v. 25.4.2007 – 6 Ca 2886/06, BB 2007, 1961; LAG Berlin-Brandenburg v. 13.4.2007 – 13 Sa 2208/06, LAGE §1 KSchG Soziale Auswahl Nr.54; BAG v. 8.11.2008 – 2 AZR 701/07) bejahen die Zulässigkeit von Altersgruppen im Rahmen der Sozialauswahl hingegen völlig zu recht. Die Bildung von Altersgruppen relativiert schließlich die Bedeutung des Kriteriums Alter für die Kündigung und vermindert damit die nach §1 Abs.3 KSchG geforderte Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer. Zudem sei der Erhalt der Altersstruktur in der Belegschaft ein grundsätzlich sachlich gerechtfertigtes Ziel. Abgesehen von Extremfällen dürfte damit die Bildung von Altersgruppen bei der Sozialauswahl rechtssicher sein. Die Bildung von Altersgruppen ist jedoch nicht zwingend. Das LAG Düsseldorf (Urt. v. 16.4.2008 – 2 Sa 1/08) hält auch die Sozialauswahl anhand eines Punkteschemas mit sich linear erhöhenden Werten für das Lebensalter (1 Punkt je Lebens-

jahr, gekappt bei 55 Punkten) für zulässig. Das AGG finde gemäß §2 Abs.4 AGG keine Anwendung auf Kündigungen. Dies sei nicht europarechtswidrig, da die Vorgaben der Richtlinie 2000/78/EG auch durch eine europarechtskonforme Auslegung des KSchG erfüllt werden könnten. Das linear ansteigende Punkteschema beruhe auf dem Erfahrungssatz, dass Arbeitnehmer mit zunehmendem Alter größere Schwierigkeiten auf dem Arbeitsmarkt haben. Diese typisierende Betrachtung sei durch Art.6 Abs.1 RL 2000/78/EG gerechtfertigt. Eine Einzelfallbetrachtung sei vom Arbeitgeber weder zu leisten noch durch Art.6 Abs.1 RL 2000/78/EG gefordert. Eine spezifischere Betrachtung sei nur dann gefordert, wenn die Verhältnisse im Arbeitsmarkt einer konkreten Region oder Branche von den allgemeinen Erfahrungswerten abweichen und dies vom Arbeitnehmer substantiiert dargelegt und bewiesen werde. Mit wohltuendem Blick für die praktischen Gegebenheiten tendiert die Rechtsprechung dazu, trotz des AGG und der RL 2000/78/EG die bisherige Rechtsprechung zur Sozialauswahl nach §1 Abs.3 KSchG – ggf. mit neuer Begründung – fortzuführen. Bei der Vereinbarung neuer Punkteschemata ist allerdings darauf zu achten, das Kriterium Alter nicht übermäßig zu berücksichtigen, sondern stärker auf die anderen Kriterien (insbesondere Betriebszugehörigkeit) abzustellen.

### Abhängigkeit von Sozialplanabfindungen vom Alter?

Auch bei Sozialplänen spielt das Alter der Arbeitnehmer bislang – direkt oder mittelbar – eine große Rolle. Nach den beiden am weitesten verbreiteten Berechnungsformeln wird die Höhe der Sozialplanabfindung maßgeblich durch die Dauer der Betriebszugehörigkeit oder das Lebensalter bestimmt. Die Zulässigkeit dieses hergebrachten Vorgehens kann vor dem Hintergrund des AGG mit gewichtigen Argumenten bezweifelt werden. Das BAG (Urt. v. 26.5.2009 – 1 AZR 198/08; Urt. v. 21.7.2009 – 1 AZR 566/08) räumt Ar-

beitgebern und Betriebsräten jedoch auch insoweit einen erfreulich weiten Gestaltungsspielraum ein. Die Festlegung von Kappungs- bzw. Höchstgrenzen für die Sozialplanabfindung ist nach seiner Auffassung völlig unbedenklich. Auch die Vereinbarung von nach Lebensalter oder Betriebszugehörigkeit gestaffelten Abfindungsregelungen soll zulässig sein. Zur Rechtfertigung wird die schon für die Zulässigkeit von Punkteschemata angeführte typisierte Betrachtung herangezogen; ältere Arbeitnehmer seien von einer Kündigung – wegen der schlechteren Aussichten auf dem Arbeitsmarkt – schwerer betroffen, und ein höherer Ausgleich für den Verlust des Arbeitsplatzes sei daher gerechtfertigt. Aus denselben Erwägungen heraus sei auch die Reduzierung von Abfindungen für rentennahe Arbeitnehmer oder der vollständige Ausschluss von Abfindungszahlungen für rentenberechtigte Arbeitnehmer zulässig. Die Abfindungen seien schließlich ein Ersatz für die durch den Verlust des Arbeitsplatzes entstehenden wirtschaftlichen Nachteile. Diese Nachteile seien bei rentennahen oder gar rentenberechtigten Arbeitnehmern aber, wenn überhaupt, deutlich geringer als bei rentenfernen Arbeitnehmern. Ergänzend führt das BAG §10 Abs.3 Nr.6 AGG an.

### Fazit

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