

Kündigungsschutz

Kündigungen nach Altersgruppen und das AGG

Dr. Klaus Bertelsmann, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Hamburg

Darf die soziale Auswahl bei betriebsbedingten Kündigungen so gesteuert werden, dass in einer Betriebsvereinbarung Altersgruppen vereinbart werden und erst danach die soziale Auswahl innerhalb der Altersgruppen erfolgt – mit dem Resultat, dass dadurch erheblich mehr Ältere gekündigt werden als bei der „normalen“ sozialen Auswahl? Einige neue Entscheidungen zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) haben diese Problematik aufgeworfen. Es ist auch angesichts etlicher Literaturstimmen zu befürchten, dass durch die Akzeptanz einer „ausgewogenen Personalstruktur“ das Verbot der Diskriminierung von Älteren aufgeweicht werden soll.

1. Einführung¹

Bei betriebsbedingten Kündigungen hat der AG gem. § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG eine notwendige soziale Auswahl nach den Kriterien Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltspflichten und Schwerbehinderung durchzuführen. Aus der sozialen Auswahl kann der AG bestimmte Beschäftigte bei Vorliegen besonderer Kriterien (z. B. besondere Kenntnisse, Fähigkeiten oder Leistungen) nach § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG herausnehmen. Beschäftigte können nach dieser Regelung aber auch aus der sozialen Auswahl herausgenommen werden, wenn dies „zur **Sicherung** einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes im berechtigten betrieblichen Interesse liegt“². Diese „Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur“ war erstmals in der Zeit v. 1. 10. 1996 bis 31. 12. 1998 gesetzlich geregelt, wurde dann wieder abgeschafft und ab 1. 1. 2004 erneut in das KSchG eingefügt. Für Kündigungen, die unter der Geltung dieser Norm ausgesprochen worden waren, sah die Rechtsprechung auch des BAG eine Auswahl nach Alter unter Berufung auf die Sicherung einer ausgewogenen Altersstruktur als zulässig an.

Nach Inkrafttreten des AGG am 18. 8. 2006 und dem Verbot der diskriminierenden Ungleichbehandlung wegen des Alters hat sich die rechtliche Situation verändert. In Anwendung des AGG hat eine Kammer des ArbG *Osnabrück* in einer größeren Zahl von inhaltlich gleich gelagerten Fällen Kündigungen, die in Anwendung eines Punkteschemas innerhalb von gebildeten Altersgruppen im Autowerk der Wilhelm Karmann AG ausgesprochen worden waren, für unzulässig erklärt³, während das ArbG *Bielefeld* im Falle einer anderen Firma gegenteilig entschied⁴. Das LAG *Niedersachsen* hat eine der Entscheidungen des ArbG *Osnabrück* mit Urteil v. 13. 7. 2007 aufgehoben⁵, die Revision wurde zugelassen.

Untersucht werden soll hier, ob die „Sicherung der Personalstruktur“ (i. S. v. Altersstruktur) gemessen an den Vorgaben des AGG und der diesem zugrunde liegenden RL 2000/78/EG zulässig ist⁶. Die vom ArbG *Osnabrück* mit entschiedenen Probleme der Nichtigkeit des § 2 Abs. 4 AGG bzw. seiner notwendigen europarechtskonformen Auslegung werden hier nicht angesprochen, ebenso wenig die Frage, ob innerstaatliche Gerichte eigenständig durchentscheiden können oder eine Vorlage zum EuGH erfolgen müsste. Auch die Sonderproblematik einer Herausnahme aller Beschäftigten über 55 Jahre bei der sozialen Auswahl bleibt unbehandelt⁷.

2. Ausgewogene Altersstruktur i. S. v. § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG

Der Gesetzestext spricht von der Sicherung einer „ausgewogenen Personalstruktur“. Als einziger praktischer Anwendungsfall ist das Alter relevant⁸ – und zwar auch nur in der Form, dass die Beendigung der Arbeitsverhältnisse Jüngerer möglichst abgeschwächt werden soll.

Ein vereinfachtes Beispiel zur Verdeutlichung: Im Zusammenhang mit Umsatzrückgängen werden 20% der Beschäftigten in der Lebensmittelproduktion entlassen. In den betroffenen Bereichen werden Altersgruppen gebildet (z. B. AN bis 25, zwischen 25 bis 35, über 35 bis 45, über 45 bis 55, über 55 bis 65). Jeweils 20% der Arbeitsverhältnisse der Betriebsangehörigen aus der jeweiligen Gruppe werden gekündigt, innerhalb der jeweiligen Altersgruppe werden die Kriterien des § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG (Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltspflichten und Schwerbehinderung) angewandt.

- Ergebnis wäre bei „normaler“ sozialer Auswahl, dass insbes. auch die Betriebszugehörigkeit positiv gewichtet werden würde und tendenziell stärker jüngere Beschäftigte mit geringeren Betriebszugehörigkeitszeiten den Arbeitsplatz verlieren würden.
- Bei der Altersgruppenbildung dagegen würden in jeder Altersgruppe 20% der Beschäftigten dieser Gruppe ihren Arbeitsplatz durch betriebsbedingte Kündigung verlieren, es würden also die jüngeren Beschäftigten deutlich weniger stark, die Älteren deutlich stärker betroffen sein.

Alter soll danach als **erstes Kriterium** (Bildung von Altersgruppen) genommen werden, es soll also bei Entscheidungen über Entlassungen im ersten Schritt direkt auf das Alter abgestellt werden. Erst anschließend spielen weitere Gründe für die soziale Auswahl eine Rolle.

1 Für jede Diskussion über sozialrechtliche oder arbeitsrechtliche Fragen der Altersdiskriminierung sollte man die umfassenden Beiträge aus der Veröffentlichung *Rust/Lange/Pfannkuche*, Altersdiskriminierung und Beschäftigung, Loccumer Protokolle 04/06, Loccum 2006, heranziehen.

2 Noch weiter gehender ist die gesetzliche Regelung mit der sozialen Auswahl bei Kündigungen zur „**Herstellung** einer ausgewogenen Personalstruktur“ nach § 125 Abs. 1 S. 1 InsO.

3 Z. B. Urteil v. 5. 2. 2007 im Verfahren 3 Ca 721/06, AuR 2007, 103; 3 Ca 778/06, BB 2007, 1504 f.; 3 Ca 677/06, DB 2007, 1200 ff.; v. 29. 1. 2007 – 3 Ca 716/06, LAGE Nr. 1 zu § 2 AGG; v. 3. 7. 2007 – 3 Ca 199/07, AuR 2007, 321.

4 ArbG *Bielefeld* 25. 4. 2007 – 6 Ca 2886/06, BB 2007, 1961 ff. mit Anm. *Neufeld*.

5 LAG *Niedersachsen* 13. 7. 2007 – 16 Sa 269/07, AuR 2007, 388, in diesem Heft, mit Anm. *Wendeling-Schröder* (Aufhebung der Entscheidung des ArbG *Osnabrück* v. 29. 1. 2007 – 3 Ca 728/06).

6 „Richtlinie des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf“ – Rahmenrichtlinie Gleichbehandlung 2000/78/EG v. 27. 11. 2000.

7 Allgemein zum Verhältnis von Kündigungsschutz und Diskriminierungsschutz *Benecke*, AuR 2007, 229 ff.; vgl. auch ArbG *Osnabrück* v. 3. 7. 2007 – 3 Ca 199/07, AuR 2007, 321 f.

8 Ausführlich dazu APS-*Kiel*, Kündigungsrecht, 3. Aufl. 2007, § 1 KSchG Rn. 765 ff.; früher ausführlich schon *Boecken*, Wie sollte der Übergang vom Erwerbsleben in den Ruhestand rechtlich gestaltet werden? Gutachten für den 62. DJT, 1988, B 58 ff., B 29 ff. Auch *Bauer/Lingemann*, NZA 1993, 626 ff.; *Wank*, RdA 2006, 238 ff.

Warum möglichst mehr Ältere als bei normaler Sozialauswahl mit in die Kündigungswellen einbezogen werden sollen, sagt das ArbG *Bielefeld* ganz deutlich: Es „zeigt die tägliche Erfahrung im Gerichtssaal, dass ältere AN i. d. R. mit zunehmendem Lebensalter an Leistungsfähigkeit einbüßen“⁹. Damit glaubt es, zu überprüfende sozialwissenschaftliche Erkenntnisse ersetzen zu können durch übliche Vorurteile. Das ArbG *Osnabrück* hingegen hat zutreffend unter Verweis auf entsprechende Untersuchungen darauf hingewiesen, dass jedenfalls der pauschale Hinweis darauf, „dass ältere AN an sich weniger leistungsfähig seien, ... ein Vorurteil aufgreift, dem das AGG gerade entgegengesetzt ist. Es existieren keine empirischen Belege dafür, dass die Leistungsfähigkeit mit zunehmendem Alter generell schwindet“¹⁰.

Die Rechtfertigung der Altersgruppenbildung wird stets mit der ansonsten drohenden „Verschlechterung“ der Altersstruktur begründet – nicht etwa mit dem sprachlich korrekten Wort „Veränderung“. Die behaupteten Gründe und angestrebten Ziele der AG für Kündigungen nach Altersgruppen – ohne Kommentierung hier wiedergegeben – waren und sind klar¹¹:

- Höhere körperliche Leistungen der jüngeren AN,
- oft geringere Fehlzeiten jüngerer AN,
- besserer Umgang Jüngerer mit neuen Technologien,
- besserer aktueller Ausbildungsstand bei Jüngeren, dadurch Einfließen neuerer Erkenntnisse auch bei den älteren Kollegen,
- Motivation für jüngere Mitarbeiter,
- mehr Kreativität, Phantasie und Ideenvielfalt bei Jüngeren,
- Betreuung von jüngeren Kunden auch durch jüngere Beschäftigte,
- bessere Basis für langfristige Personal- und Nachwuchsplanung,
- möglichst gleich junge oder jüngere Belegschaften wie die Konkurrenz.

Die Rspr. des BAG hat vor dem AGG zu verschiedenen Fallkonstellationen das Prinzip akzeptiert, bei Kündigungen auf die Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur abzustellen. Es handelte sich dabei um Kündigungen, die zu Zeitpunkten ausgesprochen worden waren, in denen die „Sicherung der ausgewogenen Personalstruktur“ im Gesetz enthalten war.

In seiner Entscheidung v. 23. 11. 2000 sah es eine Auswahl nach Altersgruppen unter Berufung auf die Sicherung einer ausgewogenen Alterstruktur als zulässig an, ansonsten „*ließe sich daher bei der Kündigung eines erheblichen Teils der AN eine den berechtigten betrieblichen Interessen zuwiderlaufende Überalterung der Belegschaft kaum vermeiden*“¹². Es handelte sich in dem Fall um die Kündigung ca. der Hälfte der Beschäftigten des erzieherischen Betreuungspersonals. In diesen „Kindergartenfällen“ wurde insbes. auf die pädagogische Zielrichtung abgestellt, die Betreuung/Erziehung der Kinder durch Erzieher/innen jeglichen Alters stattfinden zu lassen – zur Vermeidung einer Erziehung ausschließlich durch Bezugspersonen der „Großmüttergeneration“¹³.

Weitere „Kindergarten-Fälle“ wurden vom BAG in einer großen Zahl gleich gelagerter Urteile v. 6. 7. 2006 entschieden¹⁴, inhaltlich anknüpfend an die Entscheidung des BAG v. 23. 11. 2000. Der Kern: „*Wie der Senat schon entschieden hat, würde bei einer derart einschneidenden Personalkürzung wie der vorliegenden eine Auswahl allein nach sozialen Gesichtspunkten zu dem kaum mehr tragbaren Ergebnis führen, dass in den Kindereinrichtungen nach erfolgter Massenentlassung überwiegend nur noch Erziehungspersonal kurz vor der Pensionierung beschäftigt würde, das dann absehbar in verhältnismäßig kurzer Zeit zu einem erheblichen Teil durch Berufs-*

anfängerinnen ersetzt werden müsste. ... das Durchschnittsalter (wäre) auf über 50 Jahre angestiegen“ (Rz. 55 des Urteils)¹⁵.

In einem (Kosten-)Beschluss v. 20. 4. 2005 führte das BAG in summarischer Prüfung aus, dass die Bildung der Altersgruppen in 5-Jahres-Schritten erfolgen könne. Dass die Sicherung einer ausgewogenen Altersstruktur im Gesetz enthalten ist, „dient dem Zweck, betriebstechnische, wirtschaftliche oder sonstige gravierende Nachteile zu vermeiden, die sich aus der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG a. F. ergeben. (...) Ob ein berechtigtes betriebliches Bedürfnis am Erhalt einer ausgewogenen Altersstruktur besteht, ist immer im Hinblick auf die speziellen Betriebszwecke und ggf. deren Umsetzung zu entscheiden“¹⁶.

Auch andere Entscheidungen der Arbeitsgerichtsbarkeit gingen von der Zulässigkeit einer Kündigungsauswahl auch durch Altersgruppenbildung zur Sicherung einer ausgewogenen Altersstruktur aus¹⁷ – alle (wie auch die BAG-Entscheidungen) jedoch für Kündigungen, die zu einer Zeit ausgesprochen worden waren, bei denen die „ausgewogene Personalstruktur“ im KSchG enthalten war (also 1996-1998, dann wieder ab 2004).

3. Verstoß gegen RL 2000/78/EG und AGG?

Es ist nach Inkrafttreten des AGG umstritten, ob die Herausdrängung Älterer aus dem Betrieb wegen des Ziels einer vermeintlich „ausgewogenen Altersstruktur“ gegen das Verbot der Altersdiskriminierung in der RL und im deutschen AGG verstößt. In der Lit. wird die Zulässigkeit unter der Geltung des AGG z. T. bejaht¹⁸, wenn-

9 ArbG *Bielefeld* v. 25. 4. 2007 – 6 Ca 2886/06, BB 2007, 1962.

10 ArbG *Osnabrück* v. 5. 2. 2007 – 3 Ca 721/06, Fn. 3.

11 Zusammengefasst aus: *Bütefisch*, Anm. zu AP Nr. 114 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, Bl. 8 und 8R; *Krause*, Anm. zu ArbG *Osnabrück*, LAGE Nr. 1 zu § 2 AGG.

12 BAG v. 23. 11. 2000 – 2 AZR 533/99, AP Nr. 114 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = AuR 2001, 237; unter 4b der Gründe.

13 Bei den Erziehern/innen hätte es keine Beschäftigten mehr unter 39 Jahren mehr gegeben – s. Anm. von *Bütefisch*, Fn. 11, Bl. 8.

14 U.a. unter 2 AZR 442/06, AP Nr. 82 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl; 2 AZR 443/05, NZA 2007, 197 ff.; jeweils in den Entscheidungsgründen gleich (von 19 an diesem Tag ergangenen Urteilen zu diesem Thema).

15 Letzteres Argument geht fehl: nach den Massenkündigungen würden einige Jahre später beim Ausscheiden Älterer für Neueinstellungen eine Vielzahl gut ausgebildeter und auch schon berufserfahrener Erzieher/innen zur Verfügung stehen – ein Ersatz der herausgehenden älteren Beschäftigten wäre unproblematisch möglich, die herbeigesehnte Altersmischung wieder gegeben. Natürlich nur, wenn nicht bei den Einstellungen nach Alter diskriminiert werden würde ...

16 BAG 2 AZR 201/04, NZA 2005, 877, Kostenbeschluss nach § 91a Abs. 1 ZPO (Gewerblicher Beschäftigter in Fensterbankproduktion). Rn. 16 und 17 des Beschlusses. Im konkreten Fall sah das BAG jedoch die Darlegungen des beweispflichtigen AG als unzureichend an.

17 Neuere Entscheidungen z. B. ArbG *Essen* v. 30. 8. 2005 – 2 Ca 670/05, AuR 2006, 74 (Kündigung eines Offsetdruckers bei Bildung von Altersgruppen); LAG *Köln* v. 2. 2. 2006 – 6 Sa 1287/05, LAGE Nr. 51a zu § 1 KSchG Soziale Auswahl (Kündigung eines älteren Grafikdesigners nach Altersgruppen, da aufgrund von vermuteten Kundenanforderungen jüngere Designer vorhanden sein müssen).

18 Z. B. *APS-Kiel*, Fn. 8, § 1 Rn. 765; *ErkK-Ascheid/Oetker*, KSchG § 1 Rn. 502, ohne das AGG auch nur zu problematisieren; *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 10 Rn. 5; *Bauer/Krieger*, NZA 2007, 674 ff.; *Däubler/Bertzbach/Däubler*, AGG, 2007, § 7 Rn. 255; *Löwisch*, NZA 2003, 689; *Nupnau*, DB 2007, 1203 f.; *Schleusener u.a./Voigt*, AGG, § 10 Rn. 16; *Thüsing*, in: Münchener Kommentar BGB, 5. Aufl. 2007, AGG § 10 Rn. 50; *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2006, Rn. 460; *Wank*, RdA 2006, 241; *Wolf*, FA 2006, 262; *Wolf*, FA 2006, 262; wohl auch *Linsenmaier*, RdA Sonderheft 5/2003, 29.

gleich teilweise an höhere Anforderungen als bisher geknüpft¹⁹, von anderen dagegen wegen Verstoßes gegen das AGG bzw. die EG-RL 2000/78/EG generell verneint²⁰.

3.1 Bildung von Altersgruppen als Ungleichbehandlung

Dass es bei der Problematik um eine **Frage der Ungleichbehandlung** wegen des Alters geht, sollte offensichtlich sein. Das ArbG *Bielefeld* meint zwar, es sei „schon zweifelhaft, ob die Altersgruppenbildung überhaupt eine Diskriminierung wegen des Alters vorliegt“, weil die älteren AN nicht schlechter behandelt worden seien als die jüngeren älteren AN, nämlich in Anwendung der gleichen Kriterien. Hier wird verkannt, dass der **erste Schritt** schon die Diskriminierung ist: Auswahl der Gruppen ausschließlich nach Alter, erst dann innerhalb dieser Gruppen die Anwendung gleicher Kriterien. Es ist „geradezu ein Ziel der Altersgruppenbildung, mehr Alte als Junge kündigen zu können“²¹.

In der Lit. wird zum Teil argumentiert, die Bildung von Altersgruppen habe „einen antidiskriminierenden Effekt“²², es würden „ältere AN nicht benachteiligt, sondern nur ihre durch die Sozialauswahl begründete rechtliche Bevorzugung begrenzt“²³, es handele sich „lediglich um die Reduzierung eines Vorteils, der bestimmten ANn aufgrund ihres Alters gewährt wird“²⁴. Ähnlich auch das LAG Niedersachsen: „Hierbei ist beachtlich, dass das KSchG grundsätzlich bei der sozialen Auswahl an das Alter anknüpft und damit zunächst jüngere AN benachteiligt, die vor den älteren AN zu kündigen sind“, die Altersgruppenbildung neutralisiere den durch § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG bewirkten Vorrang älterer AN²⁵.

Diese Argumentationen vernebeln die Problematik. Sie knüpfen unzulässigerweise an die Interpretation des § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG vor dem AGG an. Damals war es gängige Auffassung, dass höheres Alter **als solches** ein soziales Kriterium war, das wie Betriebszugehörigkeit, Unterhaltungsverpflichtungen und Schwerbehinderung generell zu erhöhtem Schutz führte. Resultat waren z. B. Punkttabellen, die für jedes Jahr der Betriebszugehörigkeit ebenso Punkte gaben wie für jedes Lebensjahr. Höheres Alter wurde pauschal als sozial schützenswerter als jüngeres Alter bewertet.

Eine solche unbeschränkte Berücksichtigung des Alters ist jetzt nach dem AGG, das ja die RL 2000/78/EG umsetzen soll, nicht mehr möglich – Altersdiskriminierung umfasst jedes Alter, auch jüngeres. Vielmehr muss § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG jedenfalls seit Inkrafttreten des AGG europarechtskonform relativiert werden. Die vorher geltende Interpretation war wegen der darin liegenden Diskriminierung jüngeren Lebensalters nicht mehr haltbar. Der Gesetzgeber hat dies auch selbst so bei Schaffung des AGG gesehen und deshalb neu geregelt. Nach § 10 Ziff. 6 AGG a. F. sollte eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters bei der Sozialauswahl zulässig sein, „so weit dem Alter kein genereller Vorrang gegenüber anderen Auswahlkriterien zukommt, sondern die Besonderheiten des Einzelfalls und die individuellen Unterschiede zwischen den vergleichbaren Beschäftigten, insbes. die Chancen auf dem Arbeitsmarkt, entscheiden“²⁶. Dies war die **gesetzgeberische** Entscheidung, die bisherige generelle positive Bewertung eines höheren Alters europarechtskonform zu reduzieren. Auch der spätere Wegfall ändert an dieser Vorgabe nichts, da im Gesetzgebungsverfahren argumentiert wurde, dass dies sowieso Inhalt der Interpretation der sozialen Auswahl sei²⁷.

Jedenfalls seit Inkrafttreten des AGG am 18. 8. 2006 kann man anders als bisher nicht mehr mit Zunahme des Lebensalters eine gleitende höhere Schutzbedürftigkeit anerkennen können oder eine lineare Berücksichtigung des Alters als Punktwert vertreten. Eine

pauschale Bevorzugung des jeweils Lebensälteren gegenüber dem relativ Jüngeren ist nicht mit der RL 2000/78/EG vereinbar²⁸. In dieser notwendigen europarechtskonformen Auslegung werden jüngere AN nicht durch die Berücksichtigung des Lebensalters zurückgesetzt, sondern ein bestimmtes Lebensalter wird ausschließlich für solche Gruppen positiv gewertet, die mehr Schwierigkeiten auf dem Arbeitsmarkt haben. Dies können ältere Beschäftigte sein, jedoch auch Jüngere. Nicht das Alter allein zählt, vielmehr kann die soziale Schutzbedürftigkeit nur in Zusammenhang mit den Chancen gewichtet werden, die die jeweilige Altersgruppe, der der AN angehört, auf dem Arbeitsmarkt in seiner jeweiligen Berufsgruppe hat²⁹.

Das EG-Recht **ermöglicht** es den Einzelstaaten, **zum Schutz** älterer Beschäftigter zu agieren – pauschale Anknüpfungen an das Alter jedoch sind untersagt. Das Alter kann inzwischen nur noch reduziert bei der sozialen Auswahl angeführt werden – für den Fall, dass es Auswirkungen auf die **Vermittelbarkeit auf dem Arbeitsmarkt** hat³⁰. Dies ist Erfüllung des Schutzzwecks der RL und des § 10 Ziff. 1 AGG, der als zulässig normiert, die „unterschiedliche Behandlung wegen des Alters, um die berufliche Eingliederung von Älteren zu fördern oder ihren Schutz sicherzustellen“. Dies ist die Zielsetzung, dies rechtfertigt nach EG-Recht die Berücksichtigung höheren Alters zugunsten von Beschäftigten. Nicht älteres Alter als solches wird geschützt, sondern nur im Rahmen des notwendigen Schutzes Älterer.

Mit der Argumentation „*bei Berücksichtigung älteren Alters werden Jüngere diskriminiert*“ kann man nach heute notwendiger europarechtskonformer Auslegung des § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG nicht

19 Kamanabrou, RdA 2007, 203; wohl auch Kittner/Zwanziger/Becker, Arbeitsrecht-Handbuch, 4. Aufl. 2007, § 92 Rn. 44 f. und Krause, Fn. 11, S. 32 und 33. Kohte, Anm. zu ArbG Osnabrück, jurisPR-ArbR 31/2007, Anm. 1: jedenfalls notwendig konkrete betriebsbezogene Argumentation, nicht allein Hinweis auf den statistischen Altersdurchschnitt.

20 U. a. Däubler/Bertzbach/Brors, AGG, § 10 Rn. 109 ff.; detaillierte Abwägung s. Brors, AuR 2005, 43 ff.; KR/Griebeling, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 8. Aufl. 2007, § 1 KSchG Rn. 645a; Kittner/Däubler/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, 4. Aufl. 2006, § 1 KSchG Rn. 495h. Früher schon ausführlich Boecken, aaO, B 58 ff.; wohl auch Leuchten, NZA 2002, 1259. Auch Schiek-M.Schmidt, AGG, 2007, § 10 Rn. 32; Annuß, BB 2006, 326 und BB 2006, 1633 f., denn sie sehen nur eine Altersgruppenbildung nach Arbeitsmarktchancen als zulässig an, also gerade nicht nach Alter.

21 Neufeld, Anm. zu ArbG Bielefeld, BB 2007, 1964.

22 So aber Bauer/Krieger, NZA 2007, 676.

23 So Thüsing, Diskriminierungsschutz, Rn. 460.

24 So Krause, Anm. zu ArbG Osnabrück LAGE § 2 AGG Nr. 1; ähnlich Nupnau, DB 2007, 1202; Thüsing, BB 2007, 1506.

25 LAG Niedersachsen v. 13. 7. 2007, Fn. 5.

26 So der Text des § 10 S. 3 Ziff. 6 AGG i. d. F. v. 14. 8. 2006, wieder aufgehoben mit Wirkung ab 12. 12. 2006. Zu dieser gesetzgeberischen Fehlleistung s. eingehend Rust/Falke-Bertelsmann, AGG, 2007, § 10 Rn. 173 ff.

27 „Bei der Änderung des § 10 handelt es sich um eine redaktionelle Anpassung an § 2 Abs. 4.“ – so Drs. des Ausschusses für Arbeit und Soziales, 16(11)371neu, S. 8. Die Beibehaltung der inhaltlichen Aussage sieht auch Thüsing, BB 2007, 1508.

28 So ErfK/Schlachter, § 10 AGG Rn. 8; auch Perreng, AiB 2007, 581. Im Prinzip auch Nupnau, DB 2007, 1203 – der dann aber auf die „Ausgleichsfunktion“ der Berücksichtigung der Altersstruktur abstellt, statt die bisherige Auslegung von „Alter“ in § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG europarechtskonform zu machen.

29 Boemke/Danko, AGG im Arbeitsrecht, 2007, § 6 Rn. 86 unter Verweis auch auf Löwisch, BB 2006, 2191.

30 So z. B. Annuß, BB 2006, 326; Perreng, AiB 2007, 581; wohl auch Thüsing, Diskriminierungsschutz, Rn. 459. Krause, Fn. 11, Bl. 27 ff., geht anscheinend von der uneingeschränkten Weitergeltung des Alterskriteriums von § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG aus – nur so kann er bei der „ausgewogenen Altersstruktur“ nur den Ausgleich der Benachteiligung Jüngerer sehen.

mehr gehört werden. Es besteht der Eindruck, dass die alte (auch durch gesetzgeberische Entscheidungen) überholte Interpretation teilweise deshalb aufrecht erhalten wird, um so die Diskriminierung durch die „ausgewogene Altersstruktur“ rechtfertigen zu können.

3.2 Keine Ausnahme nach § 8 AGG

Eine zulässige Ausnahme von dem generellen Verbot der Altersdiskriminierung ist rechtlich nur möglich in Anwendung entweder von § 8 AGG oder § 10 AGG. § 8 AGG lässt eine unterschiedliche Behandlung (hier) wegen Alters nur zu, „wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist“. Erstaunlicherweise hat das LAG *Niedersachsen* die Aufhebung des Urteils des ArbG *Osnabrück* darauf gegründet. „Entscheidend ist aber, dass in einem Produktionsbetrieb wie dem der Bkl. sämtliche Fähigkeiten vorhanden sein müssen ... und damit eine durchmischte Altersstruktur als wesentliche und berufliche Anforderung i. S. v. § 8 Abs. 1 AGG bzw. Art. 4 RL 2000/78/EG gewertet werden kann“³¹. Diese Argumentation ist nicht haltbar.

Eine Interpretation des § 8 AGG ist durch die früher zum Bereich Geschlechterdiskriminierung ergangene Rechtsprechung insbes. des *EuGH* so konkretisiert, dass die Ausnahmeregelung eng auszulegen ist – ähnlich der vor dem AGG für Differenzierungen nach dem Geschlecht benutzten Begriffe „unverzichtbar“³². Man mag vielleicht noch diskutieren können, ob die pauschale Altersgrenze 60 für Piloten oder Sonderregelungen für Feuerwehrleute gerade noch durch § 8 AGG gerechtfertigt werden können, wenn starke öffentliche Schutzinteressen und pauschale Wertungen (hier: des im Alter vermuteten „üblichen“ Gesundheitszustandes) das Individualinteresse überwiegen³³. Für eine (zudem unbenannte) Altersmischung eines Betriebs kann man dies nicht mehr – die Beibehaltung einer Altersmischung ist nicht unverzichtbar, sondern (wenn überhaupt) vielleicht ökonomisch für den AG günstiger. Die Ausnahmemöglichkeit nach § 8 Abs. 1 AGG erfordert ein bestimmtes Alter als wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung für die Art der auszuübenden beruflichen Tätigkeit. Es muss ein Bezug hergestellt werden zwischen dem einzelnen AN und der Tätigkeit. Mit dem Argument „ausgewogene Personalstruktur“ nach Alter wird gerade nicht angeknüpft an den Bezug AN/konkrete Tätigkeit. § 8 AGG kann kein Ansatzpunkt sein für die Rechtfertigung einer „ausgewogenen Altersstruktur“.

3.3 Keine zulässige Ungleichbehandlung nach § 10 AGG

Aber auch § 10 AGG kann die Bildung von Altersgruppen vor anschließend erfolgreicher Anwendung der sozialen Auswahl nicht rechtfertigen. Nach § 10 AGG kann eine Ungleichbehandlung wegen des Alters zulässig sein, wenn sie durch ein legitimes Ziel sachlich und vernünftig³⁴ gerechtfertigt ist und wenn die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.

3.3.1 Keine Benennung der Ausnahme

Gegen eine Zulässigkeit der Bildung von Altersgruppen bei Massenkündigungen spricht bereits, dass Art. 6 der RL 2000/78/EG, der die Vorgabe für Art. 10 AGG ist, an Zielen, die eine Ungleichbehandlung „insbes.“ rechtfertigen können, „Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung“ nennt. Dies sind Ziele, die grob als „staatliche Ziele“ umrissen werden können, nicht aber abstellen auf eine konkrete Zusammensetzung der Belegschaft in speziellen Betrieben, also auf Interessen Privater³⁵.

Zumindest müssten die Interessen Privater ein ähnliches Gewicht haben wie die in der RL genannten Ziele³⁶.

Auch in § 10 AGG, in dem die Ausnahmeregelungen behandelt sind, taucht die „ausgewogene Altersstruktur“ nicht auf. Der Gesetzgeber muss jedoch den Anwendungsbereich und das Ziel benennen, ansonsten kann nicht eine Ungleichbehandlung aus Interessen Privater für gerechtfertigt erklärt werden³⁷.

Erschwerend kommt hinzu, dass in dem vor dem AGG geschaffenen § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG ausschließlich von „ausgewogener Personalstruktur“ die Rede ist. Wenn nun eine die Rechtsordnung sehr verändernde RL durch ein neues Gesetz, das AGG, umgesetzt wird, müsste der Gesetzgeber für den Fall, dass er Ungleichbehandlungen wegen des Alters zulassen will, den sehr interpretierbaren Begriff „Personalstruktur“ mit dem Begriff Alter und weiteren Details ausdrücklich ausfüllen. Nicht angängig ist es, den Begriff Personalstruktur als „Platzhalterbegriff“ für Alter verwenden zu lassen. Was vom Gesetzgeber unter Personalstruktur gemeint ist (Haarfarbe, Religion, sexuelle Identität?), hätte zumindest im Hinblick auf die geschützten Merkmale des § 1 AGG definiert und entschieden werden müssen. Dies ist nicht erfolgt.

3.3.2 Keine Rechtfertigung durch ein legitimes Ziel

Selbst wenn einmal unterstellt werden würde, dass die Benennung der „Personalstruktur“ in § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG und § 125 Abs. 1 S. 1 InsO ausreichen würde und auch die „Altersstruktur“ umfassen würde, müssten dennoch die beiden Eingangssätze von § 10 AGG erfüllt werden: die sachliche und vernünftige Rechtfertigung der Ungleichbehandlung durch ein legitimes Ziel und die Angemessenheit und Erforderlichkeit der gewählten Mittel.

Dass mit dem Mittel Kündigung zur Sicherung einer ausgewogenen Altersstruktur das Ziel „Förderung der Beschäftigung Jugendlicher“ (nicht Jüngerer) oder das Ziel „Schutz älterer AN“ i. S. v. § 10 Ziff. 1 AGG angestrebt und erreicht werden könnte³⁸, kann nicht ernsthaft behauptet werden. Selbst wenn man meint, die Eingangssätze von § 10 AGG unabhängig von den Ziff. 1–6 des § 10 anwenden zu können, muss das legitime Ziel insbes. auch in Bezug gesetzt werden zur Art der Benachteiligung und der Schwere des Eingriffs: hier bei den Altersgruppen geht es nicht um Zuschüsse für AG für die Beschäftigung bestimmter Altersgruppen, sondern um die Bestand des

31 LAG *Niedersachsen* v. 13. 7. 2007, Fn. 5, unter 1.1.1.4 der Begründung.
 32 Detaillierte Darstellung der engen Vorgaben s. *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 322 ff.; *Schiek-M.Schmidt*, AGG, § 8 Rn. 1 ff.
 33 Näher *Rust/Falke-Falke*, AGG, § 8 Rn. 43 ff.
 34 Die in § 10 AGG stehenden Worte „objektiv und angemessen“ beruhen auf einer falschen Übersetzung – s. eingehend *Rust/Falke-Bertelsmann*, AGG, § 10 Rn. 48.
 35 Näher dazu *Hahn*, Auswirkungen der europäischen Regelungen zur Altersdiskriminierung im deutschen Arbeitsrecht, 2006, 122 f. und 89; *Däubler/Bertzach-Brors*, AGG, § 10 Rn. 20 ff.; *Rust/Falke-Bertelsmann*, AGG, § 10 Rn. 50 ff.; zur Problematik auch *Krause*, Fn. 11, 32 f. *Waltermann*, NZA 2005, 1268, sieht das Interesse an ausgewogener Personalstruktur als öffentliches Interesse anerkannt.
 36 So z. B. *Perreng*, AiB 2007, 580 m.w. N.
 37 Diese Auffassung ist jedoch stark umstritten – näher dazu s. *Rust/Falke-Bertelsmann*, AGG, § 10 Rn. 50 ff. m.w. N.; *Löwisch*, DB 2006, 1730; in diese Richtung auch *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 422, der allerdings der Tarifvertragsparteien weiter gehende Regelungsmöglichkeiten zugestehen einzelnen AG.
 38 Dies erwähnt aber LAG *Niedersachsen* v. 13. 7. 2007, Fn. 5, unter 1.1.1.3 der Begründung.

Arbeitsverhältnisses Älterer. Es ist bezogen auf diese Schwere des Eingriffs nicht erkennbar, welches **berechtigte** Ziel die „Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur“ anstreben soll. Ziele wie für den AG ökonomisch günstigere Altersstruktur oder pädagogisch sinnvollere Beschäftigtenmischung rechtfertigen nicht die Wertung, dass die Ungleichbehandlung der älteren und nach Sozialkriterien schützenswerteren Beschäftigten durch ein legitimes Ziel sachlich und vernünftig gerechtfertigt ist und dass die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.

– Wie kann zulässigerweise auf den einzelnen Betrieb abgestellt werden, der das Ziel einer günstigeren Personalkostenstruktur anstrebt?

– Wie kann an die gerade zufällig vorhandene Personalstruktur eines Betriebes (status quo) angeknüpft werden, unabhängig davon, wie sie zustande gekommen ist (z. B. durch Diskriminierung Älterer bei der Einstellung)? Soll der Betrieb, der stets bei der Einstellung diskriminiert hat, auch noch bei Entlassungen gefördert werden?

– Müsste nicht – wenn überhaupt – die Altersstruktur der erwerbstätigen Bevölkerung als Maßstab herangezogen werden?

Für die Praxis ist zudem zu konstatieren, dass die „ausgewogene Altersstruktur“ bisher stets zum Herausdrängen Älterer („Verjüngung“) benutzt wurde, nie dagegen zur Herstellung einer Altersstruktur entsprechend der erwerbstätigen Bevölkerung.

3.3.3 Keine angemessenen und erforderlichen Mittel

Das Merkmal „ausgewogene Personalstruktur“ als mögliches Auswahlkriterium zur Kündigung ist durch den Gesetzgeber mal für sinnvoll erachtet worden (1. 10. 1996 bis 31. 12. 1998, wieder ab 1. 1. 2004) bzw. als nicht notwendig gewertet worden (seit Jahrzehnten bis zum 30.9.1996, dann v. 1. 1. 1999 bis 31. 12. 2003). Eine **zwingende Notwendigkeit** der Ungleichbehandlung Älterer im Sinne der beiden Eingangssätze von § 10 AGG wird bei solcher politischen Belieblichkeit wohl nicht begründet werden können.

Anzumerken ist auch, dass die demographische Entwicklung dahin geht, dass die Erwerbstätigkeit immer länger andauern soll. Lifelong-learning und stetige Fortbildung im Arbeitsverhältnis werden angestrebt. Wie ist das Herausdrängen Älterer unter Benutzung der „ausgewogenen Personalstruktur“ damit in Einklang zu bringen?

4. Zusammenfassung

Unter der Geltung der RL 2000/78/EG und des AGG sind die Bildung von Altersgruppen und eine danach anschließende soziale Auswahl nicht mehr zulässig. Ein legitimes Ziel, das die Diskriminierung rechtfertigen könnte, ist nicht gegeben, jedenfalls sind die Mittel zur Erreichung dieses Ziels nicht angemessen und erforderlich. Auch mit einer vermeintlich „überalterten“ Belegschaft kann der Betriebszweck Kindererziehung (vielleicht etwas schlechter) erfüllt werden³⁹. Auch in der Produktion sind Ältere ebenso einsetzbar wie Jüngere, auch wenn hier argumentiert werden sollte, dass die Beschäftigung u. U. höhere Kosten verursachen würde.

Wenn bei **Einstellungen** die Berücksichtigung des Alters nur in (direkt an die Tätigkeit anknüpfenden) Sonderfällen zulässig ist, kann nicht über die Hintertür „ausgewogene Altersstruktur“ das Gegenteil für **Entlassungen** angestrebt werden dürfen. Diskriminierung bei der Einstellung zu untersagen, die Diskriminierung dagegen bei der Entlassung aus einem schon bestehenden Arbeitsverhältnis zu erleichtern, wäre eine Absurdität⁴⁰.

Eine Bildung von Altersgruppen bei der sozialen Auswahl im Falle von betriebsbedingten Kündigungen kann nach § 8 AGG nicht gerechtfertigt werden. Denkbar wäre eine Anwendung von § 8 AGG bezüglich der Personalstruktur nur, wenn dauerhaft in jeglicher Hinsicht (Einstellung, Fortbildung, Beendigung) eine entsprechende betriebliche Politik z. B. der Altersmischung oder der angemessenen Vertretung von Frauen und Männern in der engen Auslegung von § 8 AGG bestünde – nicht nur dann, wenn ein AG solche Personalstrukturgedanken ausschließlich bei Entlassungen hat.

Auch eine Rechtfertigung nach § 10 AGG ist nicht gegeben – § 10 Ziff. 1 AGG sieht Ausnahmen bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen nur vor zum **Schutz älterer Beschäftigter** (schwierigere Arbeitsmarktchancen).

Die Möglichkeit der negativen Berücksichtigung höheren Alters kann nur über § 8 AGG erfolgen, wenn die konkrete Tätigkeit ein bestimmtes Alter als wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung verlangt. Davon unabhängig können auch die körperliche Leistungsfähigkeit oder spezielle Wissensanforderungen die Herausnahme Jüngerer aus der sozialen Auswahl (Kenntnisse, Fähigkeit und Leistungen) nach § 1 Abs. 3 S. 3 KSchG rechtfertigen.

Die Akzeptierung der „ausgewogenen Altersstruktur“ würde eine Aufweichung der Vorgaben der EG-RL zum Verbot der Altersdiskriminierung bedeuten. Die notwendigen Ausnahmemöglichkeiten sind mit der RL 2000/78/EG zu Recht eng begrenzt, sie dürfen entgegen den auch in anderen Feldern sichtbaren Tendenzen nicht verwässert werden.

39 Über Jahrzehnte erfolgte in Kindertagesstätten Betreuung fast ausschließlich durch Frauen. Muss „ausgewogene Personalstruktur“ in diesen Fällen auch die Gleichgewichtigkeit von Frauen und Männern berücksichtigen – oder ist Erziehung ausschließlich durch Frauen unproblematischer als die Erziehung ausschließlich durch Großmütter?

40 Konsequenz aber wegen des Verbots der Altersdiskriminierung abzulehnen die Auffassung von *Adomeit/Mohr*, Kommentar zum AGG, 2007, § 7 Anhang 2, Rn. 23, dass die Anerkennung der Sicherung der ausgewogenen Personalstruktur/Altersstruktur auch anerkannt werden müsse für die Auswahl bei der Einstellung.

[Abstract auf S. 408]