

Sachbearbeiter:

Aktenzeichen:

Datum:

Dr. Sziegoleit

25-Lo

2. November 2009

Sekretariat: 58 60 2-25 Fr. Hür

D21/5199

Fax-Durchw.: 58 60 2-90

E-Mail: sziegoleit@friesrae.de

Pakt 50

Vortrag am 22.10.2009

Dr. Dieter Sziegoleit

Einstellung, Beschäftigung und Trennung von älteren Mitarbeitern – Relevanz des Alters im Arbeitsrecht

Folie 1: Einstellung älterer Arbeitnehmer

- Begriff „Alter“ meint jedes Lebensalter

Der Begriff „Alter“ im Sinne des AGG knüpft an das biologische Alters des Menschen an, ohne dabei ein bestimmtes Alter besonders hervorzuheben. Dies ergibt sich auch aus den Rechtfertigungsregeln in Art. 6 der RL 2000 – 78, die sowohl ältere als auch jüngere Arbeitnehmer betrifft. Der Schutzbereich erfasst grundsätzlich Jüngere wie auch Ältere. Aus den Begründungserwägungen zur RL 2000 – 78 ergibt sich jedoch, dass der Schutz und die Integration älterer Arbeitnehmer stärker betont sind. In Erwägungsgrund 6 zur Richtlinie heißt es, dass schon in der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer anerkannt wurde, wie wichtig die soziale und wirtschaftliche Eingliederung älterer Menschen sei. Noch deutlicher wird Erwägungsgrund 8, in dessen Satz 2 es heißt:

„Ferner wird betont, dass der Unterstützung älterer Arbeitnehmer mit dem Ziel der Erhöhung ihres Anteils an der Erwerbsbevölkerung besondere Aufmerksamkeit gebührt.“

Dies greift die Gesetzesbegründung des AGG auf, wenn sie in den Erläuterungen zu § 1 formuliert:

„Der Begriff ‚Alter‘ meint Lebensalter, schützt also die ungerechtfertigte, unterschiedliche Behandlung, die an das konkrete Lebensalter anknüpfen. Es geht also nicht ausschließlich um den Schutz älterer Menschen vor Benachteiligung, wenngleich dies ein Schwerpunkt des Anwendungsbereichs sein wird.“

Besonders hohe Benachteiligungswirkungen haben altersabhängige Entscheidungen im Bereich der Einstellung, der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, der Einstufung in Entgeltgruppen, des Übergangs in den Ruhestand und der Teilnahme an Weiterbildungsmaßnahmen.

- Schafft umfassendes Benachteiligungsverbot

Das sich hieraus ergebende umfassende Benachteiligungsverbot hat Auswirkungen auf all diese Bereiche und zwingt dazu, die Verwendung des Lebensalters als Differenzierungskriterium im Arbeitsrecht stets gesondert zu rechtfertigen. Hieraus folgt nicht, dass Altersunterschiede im Arbeitsverhältnis künftig unberücksichtigt bleiben müssen. Umfangreiche Ausnahmetatbestände zum Benachteiligungsverbot wegen des Alters sieht § 10 AGG vor.

Gleichwohl ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass nach § 7 AGG eine Benachteiligung wegen des Alters unzulässig ist und zur Unwirksamkeit entsprechender Vereinbarungen führen kann. Der Gesetzgeber wertet eine Benachteiligung wegen des Alters durch den Arbeitgeber als Verletzung von dessen vertraglichen Pflichten.

Die Unwirksamkeitsfolge aus § 7 Abs. 2 AGG gilt grundsätzlich für Vereinbarungen aller Art, neben Arbeitsverträgen also auch für Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen. Von dieser Rechtsfolge wird nur die verbotswidrige Bestimmung selbst erfasst, nicht der gesamte Arbeitsvertrag oder die regelmäßig mit einer Benachteiligung einhergehende Bevorzugung eines Dritten (LAG Baden-Württemberg 23.04.2007 – NZA-RR 2007, 630). Dieselbe Folge gilt für Regelungen in Kollektivverträgen (Wiedemann, NZA 2007, 950). Bei Schließung der so entstandenen Lücke durch eine Ersatzregelung ist die Rechtsprechung des EuGH zu „Angleichungen nach oben“ zu berücksichtigen (EuGH 27.06.1990 – Rs. C – 33/89, NZA 1990, 771). Auch das BAG geht diesen Weg für die Vergan-

genheit, wenn auf andere Weise eine Gleichbehandlung nicht herstellbar ist, weil der Arbeitgeber den Begünstigten für die Vergangenheit die Leistung praktisch nicht mehr entziehen kann (BAG 07.03.1995 – NZA 1996, 48).

Die Wirkung für die Zukunft ist allerdings umstritten. Während der EuGH die Anpassung für die Zukunft fordert und insoweit den Gedanken der Gleichbehandlung über den Schutz der Tarifautonomie stellt, wird in der nationalen Diskussion die Auffassung vertreten, den Tarifvertragsparteien die Chance zur Anpassung ihrer tariflichen Regelungen zu geben.

- Verbot der Altersdiskriminierung ist allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts

Nach Auffassung des EuGH ist der Grundsatz der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf nicht in der Richtlinie 2000/78/EG selbst verankert. Die Richtlinie dient nach ihrem Art. 1 nämlich lediglich der Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung. Das grundsätzliche Verbot dieser Formen der Diskriminierung hat seinen Ursprung in verschiedenen völkerrechtlichen Verträge und den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedsstaaten, wie sich aus der ersten und der vierten Begründungserwägung der Richtlinie ergibt. Damit ist das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters als ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechtes anzusehen (EuGH 22.11.2005 – C – 144/04 „Mangold“ – NZA 2005, 1345, 1348). Dieser Auffassung hat sich das BAG angeschlossen (BAG 11.04.2006 – NZA 2007, 1217; 26.04.2006 – NZA 2006, 1163; 27.06.2006 – NZA 2006, 1276).

- Unterschiedliche Behandlung wegen des Alters

Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters ist zulässig, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingung ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt. Dies setzt voraus, dass der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist, § 8 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 Satz 1 AGG.

§ 10 Satz 1 und Satz 2 formulieren eine Generalklausel im Verhältnis zu § 8 AGG, mit der eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters unter bestimmten Bedingungen für zulässig erklärt wird. Voraussetzung hierfür ist, dass die unterschiedliche Behandlung objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Die Voraussetzungen der Ausnahmen gemäß § 10 AGG entsprechen den zur Rechtfertigung einer mittelbaren Benachteiligung gemäß § 3 Abs. 2 AGG. Die Benachteiligung wegen des Alters unterscheidet sich daher von den anderen Merkmalen gemäß § 1 AGG, für die Ausnahmen vom Verbot der unmittelbaren Benachteiligung nur unter deutlich strengen Voraussetzungen zugelassen werden als für die Rechtfertigung einer mittelbaren Benachteiligung. Dies ist sachangemessen, da legitime Ziele die Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung sein können. Es ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen, dass die eingesetzten Differenzierungsmittel das angestrebte Ziel auch tatsächlich fördern können und die Interessen der benachteiligten Gruppe nicht unverhältnismäßig stark vernachlässigt werden. Das Bundesarbeitsgericht hat beispielsweise das Angebot günstigerer Vertragsbedingungen an solche Beschäftigte, denen wegen Unterschreitens bestimmter Altersgrenzen ein Arbeitgeberwechsel noch möglich wäre, den davon ausgeschlossenen Beschäftigten gegenüber als angemessenes Mittel eingestuft (BAG 11.04.2006 – NZA 2006, 1217). Problematisch ist auch die Nichtberücksichtigung von Beschäftigungszeiten vor dem 25. Lebensjahr durch die Berechnung der

gesetzlichen Kündigungsfristen gemäß § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB. Das LAG Düsseldorf hat mit Beschluss vom 13.12.2007 (EWS 2008, 160) dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt. In dem Verfahren vor dem EuGH (Az.: C – 555/07) hat der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen vom 07.07.2009 die Auffassung vertreten, dass § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB gegen das gemeinschaftsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung verstößt. An diesem Beispiel zeigt sich, dass das „Alter“ jüngere als auch ältere Arbeitnehmer gleichermaßen trifft.

- Festlegung besonderer Bedingungen, um Eingliederungen älterer Arbeitnehmer zu erleichtern

Ein legitimes Ziel wird in § 10 Satz 3 Nr. 1 AGG konkretisiert: Die Förderung der beruflichen Eingliederung solcher Personen, die gegenwärtig als Problemgruppe des Arbeitsmarktes bezeichnet werden. Durch dieser Regelung wird ausdrücklich gestattet, besondere Bedingungen nicht nur für den Zugang zur Beschäftigung und Berufsbildung, sondern auch besondere Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlohnungs- oder Entlassungsbedingungen vorzusehen, um die Eingliederung von Problemgruppen – hier: ältere Arbeitnehmer – in das Arbeitsleben voranzutreiben. Nach Auffassung des EuGH gewährt die Richtlinie den Mitgliedsstaaten insoweit einen weiten Ermessensspielraum (EuGH 16.10.2007 – NZA 2007, 1219), mit welchen Maßnahmen die legitimen Ziele verwirklicht werden sollen. Grundsätzlich dürfen keine verallgemeinernden Annahmen über Arbeitnehmergruppen zugrundegelegt werden. Ist Ziel die Wiedereingliederung älterer Arbeitsloser, darf nicht ausschließlich das Lebensalter zum Anknüpfungskriterium der Sondervorschriften über erleichterte Vertragsbefristungen gemacht werden. Mehrfach belastende Maßnahmen, d.h. Maßnahmen, die sowohl aus Sicht der von der Maßnahme ausgeschlossenen Mitglieder eine Benachteiligung darstellen, weil durch die Maßnahme deren Chancen auf dem Arbeitsmarkt durch Einführung

zusätzlicher Konkurrenz belastet werden, als auch aus Sicht der Mitglieder der angesprochenen Altersgruppe, denen eine direkte merkmalsbezogene Diskriminierung zugemutet wird. Solche Maßnahmen sind nur dann akzeptabel, wenn der Gesetzgeber mit ihnen ein wichtiges Allgemeininteresse verfolgt, das arbeitsmarktpolitische Ziel der Eingliederung von Problemgruppen in den Arbeitsmarkt. Diese Begründung wird auch für die erleichterte Zulassung von befristeten Arbeitsverträgen bei älteren Bewerbern herangezogen (EuGH 22.11.2005 – NZA 2005, 1345). Trotz der grundsätzlichen Zulässigkeit derartiger Maßnahmen ist die Verhältnismäßigkeit im Einzelfall vorzunehmen (BAG 18.09.2007 – Az.: 9 AZR 788/06).

Folie 2: Einstellung älterer Arbeitnehmer (2)

Als Folge der *Mangold*-Entscheidung des EuGH vom 22.11.2005 ist durch das Gesetz zur Verbesserung der Beschäftigungschancen älterer Menschen vom 19.04.2007 der § 14 Abs. 3 TzBfG mit Wirkung zum 01.05.2007 geändert worden. Die Neufassung dient der Anpassung an das Europarecht. Er lautet nunmehr:

„Die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes ist bis zu einer Dauer von fünf Jahren zulässig, wenn der Arbeitnehmer bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das 52. Lebensjahr vollendet hat und unmittelbar vor Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses mindestens vier Monate beschäftigungslos im Sinne des § 119 Abs. 1 Nr. 3 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch gewesen ist, Transferkurzarbeitergeld bezogen oder an einer öffentlich geförderten Beschäftigungsmaßnahme nach dem Zweiten oder Dritten Buch Sozialgesetzbuch teilgenommen hat. Bis zu der Gesamtdauer von fünf Jahren ist auch die mehrfache Verlängerung des Arbeitsvertrags zulässig.“

Damit hat sich der Gesetzgeber bemüht, die Vorgaben des EuGH aus der *Mangold*-Entscheidung umzusetzen. Die Regelung knüpft nicht mehr ausschließlich an das Alter des Arbeitnehmers an. Weitere Voraussetzung ist vielmehr die mindestens 4-monatige Beschäftigungslosigkeit oder gleichgestellte Tatbestände und damit die persönliche Arbeitsmarktsituation des Arbeitnehmers.

- Mindestalter

Die sachgrundlose Befristung nach § 14 Abs. 3 TzBfG darf nur vereinbart werden, wenn die Arbeitnehmer bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das 52. Lebensjahr vollendet haben. Unter Berücksichtigung von § 187 Abs. 2 Satz 2 BGB darf der erste Tag des Arbeitsverhältnisses der 52. Geburtstag des Arbeitnehmers sein.

- Beschäftigungslosigkeit im Sinne von § 119 Abs. 1 Nr. 1 SGB III

Beschäftigungslosigkeit kann auch in einem noch rechtlich bestehenden Arbeitsverhältnis gegeben sein. Es ist allein auf den leistungsrechtlichen

Gesichtspunkt nach § 119 Abs. 1 SGB III abzustellen. Danach gilt nicht als Beschäftigung im Sinne dieser Vorschrift: Arbeitstherapie als Maßnahme der Kranken- und Heilbehandlung oder medizinischen Rehabilitation, gemeinnützige und zusätzliche Arbeiten bzw. Arbeitsgelegenheiten, wenn dafür nicht das übliche Arbeitsentgelt, sondern eine Entschädigung für Mehraufwendungen bzw. Hilfe zum Lebensunterhalt gezahlt wird, sowie ehrenamtliche Tätigkeit. Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis unwirksam gekündigt worden ist, sind während des laufenden Kündigungsrechtsstreits beschäftigungslos im Sinne von § 119 Abs. 1 Nr. 1 SGB III, solange sie nicht vorläufig weiterbeschäftigt werden oder ein anderes Arbeitsverhältnis begründen. Aufgrund der ausdrücklichen Verweisung von § 14 Abs. 3 TzBfG auf § 119 Abs. 1 Nr. 1 SGB III findet die Ausnahmenvorschrift des § 119 Abs. 3 SGB III keine Anwendung.

- Bezug von Transferkurzarbeitergeld

Neben der Beschäftigungslosigkeit ist der Bezug von Transferkurzarbeitergeld nach § 216b SGB III als weitere Tatbestandsvoraussetzung aufgenommen worden. Dies wird damit begründet, dass ältere Arbeitnehmer, die durch eine Betriebsänderung ihren Arbeitsplatz verlieren, besonderer Hilfe bedürfen, um eine Anschlussbeschäftigung zu finden und Arbeitslosigkeit vermeiden zu können.

- Teilnahme an geförderter Beschäftigungsmaßnahme

Den Zeiten der Beschäftigungslosigkeit werden auch Zeiten gleichgestellt, in denen der Arbeitnehmer an einer öffentlich geförderten Beschäftigungsmaßnahme teilgenommen hat. Die Teilnehmer einer solchen Maßnahme befinden sich in einer ähnlich schwierigen Situation wie beschäftigungslose Arbeitnehmer. Beispiele hierfür sind Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen und Arbeitsgelegenheiten.

- 4-Monatszeitraum

In den letzten vier Monaten vor Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses muss der Arbeitnehmer durchgängig beschäftigungslos im Sinne des Gesetzes gewesen sein oder Transferkurzarbeitergeld bezogen haben oder an einer öffentlich geförderten Beschäftigungsmaßnahme teilgenommen haben. Die Frist orientiert sich an den Vorgaben der *Mangold*-Entscheidung des EuGH. Sie ist zu bestimmen beginnend mit dem letzten Tag vor dem rechtlichen Beginn des Arbeitsverhältnisses durch Rückrechnung. Nicht entscheidend ist der Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung. Eine Unterbrechung des 4-Monatszeitraums ist schädlich.

- Kalendermäßige Befristung

§ 14 Abs. 3 TzBfG in der jetzt geltenden Fassung ist allein auf kalendermäßige Befristungen beschränkt. eine Zweckbefristung kann nicht auf § 14 Abs. 3 TzBfG gestützt werden. Auch eine auflösende Bedingung kann hierüber nicht gerechtfertigt werden.

- Der Befristungszeitraum nach § 14 Abs. 3 TzBfG ist auf fünf Jahre begrenzt. Die Frist rechnet ab dem rechtlichen Beginn des Arbeitsverhältnisses. Innerhalb der Gesamtdauer ist auch die mehrfache Verlängerung möglich. Die Zahl der Verlängerungsverträge ist nicht limitiert. Der Verlängerungsvertrag ist formbedürftig. Bei der Verlängerung sind jeweils die Vorgaben des BAG zu beachten, dass Änderungen des Vertrages im Zuge der Verlängerung schädlich sind, da sie als Neuabschluss eines Arbeitsverhältnisses gewertet werden.

Folie 3: Beschäftigung älterer Arbeitnehmer

- Es gelten die gleichen Arbeitsbedingungen.

Aufgrund des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes gelten für die Beschäftigung älterer Arbeitnehmer keine abweichenden Bestimmungen im Verhältnis zu jüngeren Arbeitnehmern. Dies betrifft insbesondere die wesentlichen Inhalte des Arbeitsverhältnisses wie Arbeitszeit, Arbeitsentgelt, Sonderleistungen und Urlaub.

Staffelt sich der einzelvertraglich gewährte Urlaubsanspruch im Betrieb nach der Betriebszugehörigkeit, gelten diese Regelungen grundsätzlich auch für ältere Arbeitnehmer. Diese müssen ebenfalls erst die entsprechende Betriebszugehörigkeit aufweisen, um in den Genuss des höheren Urlaubsanspruches zu kommen.

- Branchenspezifische Anforderungen im Gesundheitsschutz

Hier sind im Einzelfall besondere Anforderungen für ältere Arbeitnehmer denkbar. Dies gilt im Bereich Arbeitsschutz oder Arbeitssicherheit. Je nach Tätigkeit und Exposition des Arbeitnehmers gegenüber schädigenden Einflüssen ist eine häufigere ärztliche Betreuung durch den Betriebsarzt denkbar. Als Beispiel kann hier genannt werden die regelmäßige Fahrtauglichkeitsuntersuchung bei Berufskraftfahrern ab vollendetem 50. Lebensjahr.

- Tarifliche Sonderregelungen

Auf viele Arbeitsverhältnisse finden auch heute tarifliche Regelungen Anwendung. Dies kann zum einen der Fall sein aufgrund beidseitiger Tarifbindung. In Betracht kommt aber auch, dass die Tarifverträge aufgrund

einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung unmittelbare und zwingende Anwendung auf das Arbeitsverhältnis finden. Dies gilt beispielsweise in weiten Bereichen von Bau und Handwerk, aber auch bei der Gebäudereinigung. Als dritte Möglichkeit kommt in Betracht, dass die Arbeitsvertragsparteien die Geltung eines Tarifvertrages für das Arbeitsverhältnis vereinbart haben.

In den Tarifverträgen, beispielsweise in der Metall- und Elektroindustrie, finden sich Regelungen über einen Sonderkündigungsschutz für ältere Arbeitnehmer. Die Möglichkeit einer betriebsbedingten Kündigung wird bei Vorliegen eines bestimmten Lebensalters und einer bestimmten Betriebszugehörigkeit ausgeschlossen.

Ebenso kommen Urlaubsregelungen vor, bei denen älteren Arbeitnehmern ein höherer Urlaubsanspruch zugebilligt wird.

Diese Regelungen knüpfen in den seltensten Fällen allein am Lebensalter an. Es muss häufig die zweite Komponente „Betriebszugehörigkeit“ hinzutreten. Entsprechende Regelungen – gerade beim Kündigungsschutz – sind beispielsweise die Vollendung des 50. Lebensjahres und 15-jährige Betriebszugehörigkeit oder die Vollendung des 55. Lebensjahres und 10 Jahre Betriebszugehörigkeit. Bei Einstellung eines Arbeitnehmers über 50 werden diese Voraussetzungen erst später erfüllt.

Anzumerken ist, dass gerade der Kündigungsschutz bei betrieblichen Umstrukturierungsmaßnahmen in der Regel aufgrund entsprechender Öffnungsklauseln nicht mehr greift.

- Höhe des Arbeitsentgeltes

Das LAG Hessen hat in seiner Entscheidung vom 22.04.2009 (Az.: 2 Sa 1689/08 – NZA 2009, 799 ff.) entschieden, dass eine tarifliche Regelung

(BAT), in der die Grundvergütung der Höhe nach nach Lebensalterstufen gestaffelt wird, wegen unmittelbarer Benachteiligung des Alters im Sinne des §§ 1, 3 unwirksam ist. Die hierdurch eintretende unmittelbare Benachteiligung ist nach Auffassung des LAG nicht im Sinne des AGG gerechtfertigt. Als Folge dieses Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot wegen des Alters sind die leistungsgewährenden, nicht benachteiligenden Tarifvertragsbestimmungen auf diejenigen Personen zu erstrecken, die entgegen den Benachteiligungsverboten von den tariflichen Leistungen ausgeschlossen wurden. Der Arbeitgeber kann sich hiergegen nicht auf Vertrauensschutzgesichtspunkte berufen.

Gegen diese Entscheidung ist Revision eingelegt zum BAG unter dem Az.: 6 AZR 481/09.

Gleichlautend zum BAT hat sich zuvor das LAG Berlin-Brandenburg in seinem Urteil vom 11.09.2008 (Az.: 20 Sa 2244/07 – NZA-RR 2009, 378 ff.) geäußert. Auch gegen diese Entscheidung ist die Revision anhängig vor dem BAG (Az.: 6 AZR 148/09).

Folie 4: Trennung von älteren Arbeitnehmern

- Lebensalter als ein Sozialkriterium

Für die Sozialauswahl gibt § 1 KSchG die Kriterien Lebensalter, Betriebszugehörigkeit, Unterhaltspflichten und GdB vor. Keinem dieser gesetzlichen Kriterien kommt ein absoluter Vorrang zu (BAG 09.11.2006 – AP KSchG 1969, § 1 Soziale Auswahl Nr. 87). Die aufgezählten Kriterien sind nur „ausreichend“ zu berücksichtigen. Dem Arbeitgeber verbleibt daher in Zweifelsfällen ein Wertungsspielraum (BAG 09.11.2006 a.a.O.). Ausreichend ist, wenn die Auswahlentscheidung vertretbar ist.

Die Berücksichtigung des Abwägungskriteriums „Lebensalter“ stellt keinen Verstoß gegen das aus dem primären Gemeinschaftsrecht folgenden Verbot einer Diskriminierung wegen des Alters dar, sofern dieses im Hinblick auf die Vermittlungschancen im Arbeitsmarkt und etwaigen Versorgungsleistungen bezogen wird (LAG Niedersachsen 23.05.2005 – NZA-RR 2005, 584). Die mit der Suche nach einem neuen Arbeitsplatz verbundenen Schwierigkeiten sind einem jüngeren Arbeitnehmer eher zuzumuten als einem älteren.

- Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur

Die Ausnahmeregelung in § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG ermöglicht dem Arbeitgeber, eine ausgewogene Personalstruktur seines Betriebes zu sichern. Sein Bestreben muss final auf diese Zielsetzung ausgerichtet sein. Der Begriff Personalstruktur erfasst die Altersstruktur. Eine Ausgewogenheit setzt im Hinblick auf ältere Arbeitnehmer voraus, dass nicht nur ihnen gekündigt wird. Die Bildung von Altersgruppen, innerhalb der zur Auswahl anstehenden Personen und dann anteilmäßige Kündigungen aus den jeweiligen Altersgruppen, ist zulässig (BAG 20.04.2005 – NZA 2005, 877; 06.07.2006 – AP KSchG 1969, § 1 Soziale Auswahl Nr. 82). Die Bildung

von Altersgruppen verstößt nicht gegen § 7 Abs. 2 AGG (LAG Niedersachsen 09.11.2007 – NZA-RR 2008, 348).

- Bildung von Altersgruppen bei Sozialauswahl zulässig

Das Bundesarbeitsgericht hat ausdrücklich klargestellt, dass die Bildung von Altersgruppen nach § 10 Satz 1 AGG durch legitime Ziele gerechtfertigt sein kann. Nach seiner Auffassung ist davon regelmäßig auszugehen, wenn die Altersgruppenbildung bei Massenkündigungen aufgrund einer Betriebsänderung erfolgt.

- Tariflicher Sonderkündigungsschutz

Wie bereits erwähnt, greift der tarifliche Sonderkündigungsschutz in aller Regel bei Umstrukturierungen nicht. Ältere Arbeitnehmer, soweit sie diesem tariflichen Sonderkündigungsschutz unterfallen, können im Rahmen von Betriebsteil- oder Betriebsstilllegungen daher mit in die Personalabbaumaßnahmen einbezogen werden.

- Richtige Planung und Vorgehensweise

Bei Nutzung der gesetzlichen Instrumente sind daher nicht nur die jüngeren Arbeitnehmer bei Massenentlassungen betroffen. Es gibt keinen absoluten Kündigungsschutz für ältere Arbeitnehmer. Auch diese können im Rahmen einer Sozialauswahl zu dem betroffenen Kreis der zu kündigenden Arbeitnehmer gehören. Im Interesse einer Gleichbehandlung und Vermeidung von Diskriminierungen ist die Bildung von Altersgruppen und der prozentuale Ausspruch von Kündigungen in den Altersgruppen geboten (Pyramidenmodell).

Folie 5: Trennung von älteren Arbeitnehmern (2)

- Nach Alter gestaffelte Leistungen

§ 10 Satz 1 AGG lässt unterschiedliche Behandlungen wegen des Alters zu. Dies schließt insbesondere eine unterschiedliche Behandlung in Sozialplänen nach § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG mit ein.

Ziel des Sozialplanes ist der Ausgleich oder die Abmilderung wirtschaftlicher Nachteile, die aus einer Betriebsänderung bestehen. Eine Differenzierung nach der Schwere der auftretenden Belastung ist daher zulässig. Entscheidend bleibt, wann Arbeitsmarktchancen altersabhängig derart unterschiedlich sind, dass diese durch unterschiedlich hohe Sozialplanleistungen ausgeglichen werden dürfen. Die Ausnahmebestimmung soll sich nach beiden Richtungen auswirken können: Ältere Arbeitnehmer können bevorzugt werden, um ihre vergleichsweise schlechten Chancen auf dem Arbeitsmarkt auszugleichen. Dies entspricht den Anforderungen der Richtlinie, sofern die Gruppenbildung nicht linear nach dem Alter, sondern nach den Chancen am Arbeitsmarkt differenziert. Rentennahe Jahrgänge sollen zum anderen aber benachteiligt werden dürfen, indem sie von Sozialplanleistungen ausgeschlossen werden, zumindest wenn sie nach dem Ausscheiden in den vorgezogenen Ruhestand gehen können (LAG Köln 04.06.2007 – DB 2007, 2572). Die Höchstbegrenzung von altersabhängig ansteigenden Abfindungsregelungen ist keine Benachteiligung (BAG 02.10.2007 – DB 2008, 69), soweit sie lediglich eine altersabhängige Vergünstigung umfangmäßig beschränkt.

- Europarechtliche Zulässigkeit, § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG

Das BAG hat mit Urteil vom 26.05.2009 – Az.: 1 AZR 198/08 – ausdrücklich klargestellt, dass § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG nicht gegen das gemeinschaftsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung verstößt. Nach Auffas-

sung des BAG entspricht es einem allgemeinen sozialpolitischen Interesse, dass Sozialpläne danach unterscheiden können, welche wirtschaftlichen Nachteile den Arbeitnehmern drohen, die durch eine Betriebsänderung ihren Arbeitsplatz verlieren.

- Reduzierung des Abfindungsanspruches bei Anspruch auf vorgezogenes Ruhegeld

Das BAG hat mit Urteil vom 20.01.2009 festgestellt, dass Betriebsparteien in einem Sozialplan die Reduzierung oder gar den völligen Ausschluss von Leistungen bei den Arbeitnehmern vorsehen können, die Anspruch auf vorgezogenes Altersruhegeld haben. Danach soll jedenfalls die Möglichkeit der Reduzierung von Abfindungen bestehen auch für Arbeitnehmer rentennaher Jahrgänge, die nach einem relativ kurzen, vollständig oder überwiegend durch den Bezug von Arbeitslosengeld überbrückbaren Zeitraum gesetzliche Altersrente beziehen können (BAG 20.01.2009 – Az.: 1 AZR 740/07, NZA 2009, 495 ff.).

Folie 6: Übergang in Rentenphase

- Ende der Altersteilzeitförderung 31.12.2009

Die Förderung der Altersteilzeit nach dem Altersteilzeitgesetz endet zum 31.12.2009. Nach § 16 Altersteilzeitgesetz wird eine Förderung durch die Bundesagentur für Arbeit nur noch für die Altersteilzeitverhältnisse erbracht, bei denen die Fördervoraussetzungen vor dem 01.01.2010 vorgelegen haben. Dies bedeutet, dass zukünftig eine Erstattung der Aufstockungsleistungen durch die Bundesagentur für Arbeit nur noch erfolgt, wenn das Altersteilzeit-Arbeitsverhältnis spätestens am 31.12.2009 in Vollzug gesetzt worden, d.h. dies der erste Tag des Altersteilzeit-Arbeitsverhältnisses gewesen ist.

Ob eine Verlängerung des Altersteilzeitgesetzes in der bestehenden Form oder eine Modifikation der Förderrichtlinien erfolgen wird, ist derzeit noch nicht absehbar. Etwaige Absichten der neuen Regierungskoalition sind derzeit (Stand 15.10.2009) nicht bekannt.

- Arbeitszeitguthaben/Wertguthaben

Arbeitszeitguthaben entstehen, wenn die vom Arbeitnehmer geleistete Arbeitszeit nicht unmittelbar vergütet, sondern einem Arbeitszeitkonto gutgeschrieben wird. Für welchen Zweck das Arbeitszeitguthaben verwendet wird, ist zwischen den Arbeitsvertragsparteien zu vereinbaren. So kann sich der Arbeitnehmer eine längere bezahlte Freistellungsphase erarbeiten, um etwa über Altersteilzeit sich einen gleitenden Übergang in den Ruhestand zu verschaffen.

Im Sozialrecht spricht man dagegen vom „Wertguthaben“, wenn der Arbeitnehmer für Zeiten, in denen er von seiner Arbeitspflicht vertraglich freigestellt ist, Anspruch auf Arbeitsentgelt hat, das er sich vor oder nach

der Freistellung erarbeitet hat. Trotz Freistellung steht er dann in einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis.

Sozialversicherungsrechtlich besteht grundsätzlich das Problem, dass keine sozialversicherungsrechtliche Versicherungspflicht besteht, wenn der Arbeitnehmer zwar Arbeitsentgelt erhält, dafür aber keine Arbeitsleistung erbringt. Diesem Problem hat der zum 01.01.1998 in Kraft getretene § 7 Abs. 1a SGB IV Rechnung getragen, der eine Regelung zur Verbesserung des Sozialversicherungsschutzes für sämtliche Arbeitszeitkonten-Modelle traf. Seitdem ist die sozialrechtliche Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen möglich. Die geleistete Arbeitszeit kann in einem besonderen Wertguthaben oder Zeitguthaben angesammelt und zu einem späteren Zeitpunkt zur kurz-, mittel- oder langfristigen Freistellung von der Arbeit eingesetzt werden.

- Voraussetzungen für die Erhaltung der Versicherungspflicht in Freistellungsphasen:
 - Entgeltzahlung aus angesparten Wertguthaben während der Freistellung
- Die Versicherungspflicht in der SV bleibt erhalten, wenn während der Freistellung Arbeitsentgelt aus einem Wertguthaben nach § 7b SGB IV fällig wird und das monatliche Arbeitsentgelt nicht unangemessen von dem für die vorausgegangenen 12 Kalendermonate abweicht, in denen Arbeitsentgelt bezogen wurde.
- Es muss eine Vereinbarung über Wertguthaben und Abgrenzung zur arbeitsvertraglichen Gleitzeit vorliegen. Diese ist an fünf Voraussetzungen geknüpft:
 - Der Aufbau des Wertguthabens muss aufgrund einer schriftlichen Vereinbarung erfolgen.

- Ziel der Vereinbarung muss von vornherein eine längerfristige Freistellung von der Arbeit gegen Zahlung von Arbeitsentgelt aus dem Wertguthaben sein.
- Die Einbringung von Arbeitsentgelt in das Wertguthaben muss mit dem Ziel geregelt werden, es für Zeiten der Freistellung von der Arbeitsleistung oder der Verringerung der vertraglich vereinbarten Zeit zu entnehmen.
- Es muss vorgesehen werden, dass das aus dem Wertguthaben fließende fällige Arbeitsentgelt aus einer Arbeitsleistung erzielt wird.
- Das fällige Arbeitsentgelt muss im Regelfall monatlich 400,00 € übersteigen. Seit 01.01.2009 können jedoch auch geringfügig Beschäftigte ein Wertguthaben aufbauen. In diesem Fall können aus dem Wertguthaben auch Beträge unter 400,00 € monatlich gezahlt werden.

Soweit keine Regelungen zur Fortgeltung des Altersteilzeitgesetzes geschaffen werden, erscheinen Arbeitszeitkonten/Zeitwertkonten als Alternative für einen gleitenden Einstieg in die Rente. Durch entsprechende Vereinbarungen kann Arbeitnehmern die Möglichkeit verschafft werden, Überstunden über die Jahre anzusparen und für einen vorzeitigen Ausstieg aus dem Berufsleben zu nutzen. Dies ist auch für Arbeitgeber interessant, da die Fälligkeit des Arbeitsentgeltes und die hierauf entfallenden Sozialversicherungsbeiträge nach hinten geschoben wird.

Dr. Dieter Sziegoleit

- Rechtsanwalt -