



Rechtsanwälte Dr. Bauer & Kollegen  
RECHTSANWÄLTE & FACHANWÄLTE  
in NEUNKIRCHEN / SAAR seit 1935  
[www.1arechtsanwaelte.de](http://www.1arechtsanwaelte.de)

---

**Arbeitsgericht Osnabrück**  
**Urteil vom 05.02.2007 – 3 Ca 721/06**

Leitsätze

1. § 2 Abs. 4 AGG, der das Kündigungen vom Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes ausnimmt, verstößt gegen die Richtlinie 2000/78/EG.
2. Auf Kündigungen ist daher § 7 AGG anzuwenden. Kündigungen können deshalb wegen Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot wegen des Alters unwirksam sein.
3. Der kündigende Arbeitgeber kann seiner Sozialauswahl nur dann Altergruppen zugrunde legen, wenn er ein an den Zwecken des Diskriminierungsschutzes gemessenes betriebliches berechtigtes Interesse an der Alterszusammensetzung konkret darlegt.

Tenor

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 18.09.2006 nicht aufgelöst worden ist.
2. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.
3. Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 7.731,00 EUR festgesetzt

I. Tatbestand

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit der von der Beklagten aufgrund des am 8.9.2006 geschlossenen Interessenausgleichs und Sozialplans ausgesprochene betriebsbedingte Kündigung vom 18.9.2006.

Der Kläger ist seit dem 03.09.1984 bei der Beklagten im Rohbau beschäftigt. Sein durchschnittliches Bruttomonatsgehalt beträgt 2.577,00 €.

Laut Angaben zur Massentlassungsanzeige (Anlage 17 des Schriftsatzes der Beklagten vom 18.12.2006) waren bei der Beklagten im September 2006 insgesamt 5.331 Arbeitnehmer beschäftigt. Im Rahmen der betriebsbedingten Kündigung des Klägers kündigte die Beklagte weiteren 618 Beschäftigten betriebsbedingt.

Beginnend ab dem 1.6.2006 fanden zwischen der Beklagten und dem Betriebsrat Gespräche zur Vorbereitung eines Interessenausgleichs nebst Sozialplan statt. Auf der Grundlage dieser Gespräche und nach einer Betriebsversammlung am 16.8.2006 wurde der vereinbarte Sozialplan und Interessenausgleich Nr. 17/06 am 8.9.2006 vom Betriebsratsvorsitzenden mit Wirkung für den



Betriebsrat unterzeichnet. Aufgrund der kollektiven Vereinbarungen wurden 619 betriebsbedingte Kündigungen ausgesprochen (vgl. Anlage 15 des Schriftsatzes der Beklagten vom 18.12.2006). In dem Sozialplan und Interessenausgleich Nr. 17/06 haben die Betriebsparteien unter 2 c) folgendes zur Sozialauswahl vereinbart:

„ Die Sozialauswahl wird zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes gemäß § 1 Ab. 3 Satz 2 KSchG nach verschiedenen Altersgruppen durchgeführt. Es werden die folgenden Altersgruppen gebildet:

bis zum vollendeten 25. Lebensjahr  
älter als 25 Jahre und bis zum vollendeten 35. Lebensjahr  
älter als 35 Jahre und bis zum vollendeten 45. Lebensjahr  
älter als 45 Jahre und bis zum vollendeten 55. Lebensjahr  
älter als 55 Jahre

Innerhalb der Kreise der vergleichbaren Beschäftigten sollen die aufgeführten Altersgruppen bezogen auf die Altersstruktur des Betriebes – möglichst prozentual gleichmäßig betroffen werden. Die Betroffenheit der Altersgruppe ab 55 Jahre wird dadurch erreicht, dass aus dieser Altersgruppe im gesamten Unternehmen alle diejenigen Beschäftigten eine Beendigungskündigung erhalten, die beginnend ab dem 1.10.2006 die Möglichkeit haben, nach Ablauf von 30 Monaten (12 Monate Transfergesellschaft und 18 Monate Arbeitslosengeldbezug) eine Altersrente (gekürzt oder ungekürzt) zu beziehen. Aus dieser Altersgruppe wird es im Rahmen dieser Maßnahme keine weiteren Kündigungen geben. Die Durchführung der Sozialauswahl nach den Altersgruppen ist erforderlich zum Erhalt der Wettbewerbsfähigkeit, weil ohne Berücksichtigung der Altersgruppen die Altersstruktur erheblich verschlechtert würde.“

Innerhalb der jeweiligen Altersgruppen nahmen die Betriebsparteien eine Sozialauswahl vor, wobei die Kriterien Lebensalter, Betriebszugehörigkeit, Unterhaltspflichten und Schwerbehinderung anhand eines Punktesystems berücksichtigt wurden. Dem Interessenausgleich wurde eine Namensliste beigefügt (Anlage 6 des Schriftsatzes der Beklagten vom 18.12.2006). Im Anhörungsschreiben vom 8.9.2006 (Anlage 15 des Schriftsatzes der Beklagten vom 18.12.2006) wird der Betriebsrat von der Beklagten aufgefordert, zu den ausgesprochenen Kündigungen der in der Namensliste bezeichneten Mitarbeiter Stellung zu nehmen. Mit Schreiben gleichen Datums, in dem auf beiliegende Anlagen Namensliste und Anhörung des Betriebsrats Bezug genommen wird, wurde die Schwerbehindertenvertretung zu ihrer Mitwirkung aufgefordert. In einem mit Eingangsstempel der Agentur für Arbeit Osnabrück vom 11.9.2006 versehenen Schreiben zeigt die Beklagte an, dass 619 Mitarbeitern betriebsbedingt gekündigt werden soll.

Mit Schreiben vom 22.9.2006, das den Eingangsstempel „Leitung Personal Werk Osnabrück“ vom 27.9.2006 trägt, bestätigte die Bundesagentur für Arbeit, dass die Anzeige wirksam erstattet sei und die Sperrfrist am 11.10.2006 ende (Anlage 19. des Schriftsatzes der Beklagten vom 18.12.2006).

Nach dem 11.9.2006 bestand für die bei der Beklagten Beschäftigten die Möglichkeit, im Rahmen eines dreiseitigen Vertrages (Anlage 7 des Schriftsatzes der Beklagten vom 18.12.2006) in die bei der Beklagten gebildete Transfergesellschaft zu wechseln.

Der Kläger ist der Ansicht, die Kündigung sei sozialwidrig ausgesprochen worden und damit rechtsunwirksam. Mit seiner am 27.09.2006 beim Arbeitsgericht Osnabrück erhobenen Kündigungsschutzklage wendet er sich deshalb gegen die betriebsbedingte Kündigung und beantragt,

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 18.09.2006 nicht aufgelöst worden ist.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie ist der Ansicht, die Kündigung sei rechtswirksam auf der Grundlage des Interessenausgleichs und Sozialplans ausgesprochen worden. Diese kollektiven Vereinbarungen seien erforderlich gewesen, da aufgrund von Absatzschwierigkeiten Personal habe abgebaut werden müssen. So seien als Beispiel im Januar 2006 noch 57 Fahrzeuge des Modells „Crossfire“ gebaut worden; im Mai dagegen nur noch



19 Stück. Ab Juli 2008 laufe dieser Auftrag insgesamt aus. Dieser Umstand dokumentiere sich in dem Sozialplan Nr. 12 aus 2005, in dem umfangreiche Kurzarbeit vereinbart worden sei. Aufgrund des wirksamen Interessenausgleichs und Sozialplans sei das Vorliegen eines „dringenden betrieblichen Erfordernisses“ gem. § 1 Abs. 5 KSchG zu unterstellen. Ebenso sei die Sozialauswahl wirksam durchgeführt worden. Nach § 1 Abs. 5 KSchG sei diese ohnehin nur auf „grobe Fehlerhaftigkeit“ zu überprüfen. Grobe Fehlerhaftigkeit läge aber auch hinsichtlich der gebildeten Altersgruppen nicht vor. Es sei notwendig gewesen, Altersgruppen zu bilden. So habe sich die Altersstruktur durch die vorangegangenen Sozialpläne bereits verschlechtert, wie die von der Beklagten als Anlagen 5 a) bis m) beigefügten Übersichten zeigen. Die Verschlechterung sei darin zu sehen, dass der Altersdurchschnitt von Juni 2004 (37 Jahre) über Februar 2005 (Altersdurchschnitt (41 Jahre) über Juli 2005 (Altersdurchschnitt 42 Jahre) bis Januar (Altersdurchschnitt 43 Jahre) insgesamt um 6 Jahre gestiegen sei. Hätte die Beklagte – wie sie in ihrer Übersicht (Anlage 5 e) –f) des Schriftsatzes vom 18.12.2006) zeigt – die betriebsbedingten Kündigungen und die Sozialauswahl zwischen den zu kündigenden Arbeitnehmer ohne Altersgruppen vorgenommen, hätte sich der Altersdurchschnitt um weitere vier Jahre erhöht. Bei Mitbewerbern – die Beklagte nennt BMW und VW als Vergleich – sei der Altersdurchschnitt erheblich niedriger (Zahlen für 2005 BMW 40,6 und VW 41,1 Jahre).

Die Bildung von Altersgruppen widerspreche nicht den Regelungen des AGG, wenn man das Gesetz trotz der Ausnahmeregelung in § 2 Abs. 4 AGG auf Kündigungen anwenden wolle. In § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG sei ausdrücklich geregelt, dass eine ausgewogene Personalstruktur des Betriebs, die im berechtigten betrieblichen Interesse liegt, bei der Sozialauswahl zu berücksichtigen ist. Es sei ständige Rechtsprechung, dass Altersgruppen daher so gebildet werden können, dass sich die vorhandene Altersstruktur nicht verschlechtere. Diese Ausnahmeregelung sei notwendig, um die Existenz der Betriebe zu sichern. Im Betrieb der Beklagten hätten sich Kündigungen, ohne Berücksichtigung der Altersgruppen so ausgewirkt, dass „insbesondere vor dem Hintergrund der weiteren noch zu erwartenden Entwicklungen fast nur noch ältere Arbeitnehmer im Betrieb gewesen wären und damit die Produktion bereits mittelfristig nicht weiter hätte aufrechterhalten werden können. Insbesondere auch vor dem Hintergrund der sich aus den Benchmarkkennziffern ergebenden sehr viel günstigeren Altersstrukturen der Konkurrenzunternehmen in Deutschland würde die Gefahr bestehen, dass die Beklagte keine weiteren Aufträge mehr erlangen würde“ (Schriftsatz der Beklagten vom 18.12.2006 dort S. 28).

Für das übrige Vorbringen wird auf die gewechselten Schriftsätze sowie auf die Niederschriften der öffentlichen Sitzungen Bezug genommen.

## II. Entscheidungsgründe

Die Klage ist zulässig und begründet.

1. Die Klage ist zulässig. Die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen folgt aus § 2 Abs. 1 Nr. 3 b) ArbGG. Die örtliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts Osnabrück ergibt sich aus § 46 Abs. 2 ArbGG i.V.m. § 29 ZPO.

2. Die Klage ist begründet, da die der Kündigung zu Grunde liegende Sozialauswahl nicht wirksam gemäß § 1 Abs. 3 i.V.m. Abs. 5 S. 2 KSchG vorgenommen wurde.

a) Die Klage ist innerhalb der Frist des § 4 KSchG erhoben worden.

b) Die Kündigung ist am Maßstab des § 1 Abs. 5 KSchG in Verbindung mit § 1 Abs. 2 KSchG zu messen. Danach wird bei einem wirksamen Interessenausgleich das dringende betriebliche Erfordernis vermutet. Nach § 1 Abs. 5 S. 2 KSchG kann die Sozialauswahl in diesem Fall nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden. Trotz dieses eingeschränkten Prüfungsmaßstabes ist die Kündigung sozial ungerechtfertigt.

c) Dabei sind zunächst die Voraussetzungen des § 1 Abs. 5 KSchG erfüllt. Die Kündigung wurde aufgrund einer Betriebsänderung gemäß § 111 BetrVG ausgesprochen. Eine wesentliche Einschränkung des ganzen Betriebs oder wesentlicher Betriebsteile im Sinne von § 111 Abs. 1 Satz 3 BetrVG kann auch ein bloßer Personalabbau sein. Bei Großbetrieben ist dafür ein Personalabbau von 5 % der Gesamtbelegschaft erforderlich. Da die Beklagte in der ersten Stufe ihres Personalabbaus



insgesamt 619 Beendigungskündigungen in dem Interessenausgleich zugrunde gelegt hat, ist die maßgebliche Zahl erreicht. Maßgeblich ist dabei die Gesamtzahl der Arbeitnehmer, die - wenn auch in mehreren Wellen - betroffen ist, auch wenn zwischen dem Ablauf der Kündigungsfrist der unterschiedlichen Arbeitnehmer mehrere Monate liegen (vgl. BAG, 22.01.2004 - 2 AZR 111/02 - AP Nr. 1 zu § 112 BetrVG 1972 Namensliste).

Nach den Grundsätzen über die Darlegungs- und Beweislast hat der Arbeitgeber das Vorliegen der Voraussetzungen des § 1 Abs. 5 KSchG vorzutragen, d.h. das Vorliegen einer Betriebsänderung und eines ordnungsgemäß zustande gekommenen Interessenausgleichs mit Namensliste. Unstreitig ist das Schriftformerfordernis des § 112 Abs. 1 Satz 1 BetrVG in Verbindung mit §§ 125, 126 BGB gewahrt, wofür es bereits ausreicht, wenn - wie hier - die Namensliste von der Betriebspartnern unterzeichnet und im Interessenausgleich auf sie Bezug genommen wird (vgl. BAG, AP Nr. 1 zu § 112 BetrVG - Namensliste (C III 4 a d. Gr.)).

Der Arbeitgeber bleibt auch in den Fällen des § 1 Abs. 5 KSchG grundsätzlich verpflichtet, dem Arbeitnehmer auf dessen Verlangen hin Auskunft über die Entscheidung zur sozialen Auswahl zu erteilen. Er muss also dem Arbeitnehmer auf dessen Verlangen die Gründe mitteilen, die ihn zu der getroffenen Sozialauswahl bewegt haben, d.h. er muss substantiiert die Gründe vortragen, die ihn zu seiner Auswahl veranlasst haben. Kommt der Arbeitgeber dem Verlangen des Arbeitnehmers nicht nach, ist die streitige Kündigung ohne weiteres als sozialwidrig anzusehen. Erst nach Erfüllung der Auskunftspflicht trägt der Arbeitnehmer die volle Darlegungslast für die Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl (BAG, st. Rspr, zuletzt 22.01.2004 - 2 AZR 111/02 - AP Nr. 1 zu § 112 BetrVG 1972 Namensliste (C IV d.Gr.)). Der einzige Unterschied zu einer nicht auf einer Namensliste basierenden Kündigung ist also im Bereich der Sozialauswahl, dass der Arbeitnehmer nach Erfüllung der Auskunftspflicht des Arbeitgebers nicht nur darlegen muss, dass die Sozialauswahl fehlerhaft ist (§ 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG), sondern grundsätzlich die „grobe“ Fehlerhaftigkeit nachweisen muss.

d) Die gesetzliche Abmilderung des gerichtlichen Überprüfungsmaßstabs auf „grobe Fahrlässigkeit“ greift aber nur dann, wenn der Interessenausgleich selbst wirksam ist. Verstößt die kollektive Regelung selbst gegen ein gesetzliches Verbot oder widerspricht sie den Vorgaben des KSchG ist die Sozialauswahl unwirksam, ohne dass die Maßstabsbeschränkung greifen kann (zuletzt ArbG Essen 30.8.2005 – 2 Ca 670/05 – NZA-RR 2006, 77). Vereinbaren die Betriebsparteien eine Namensliste, ist die Überprüfung der Kündigungsentscheidung auf eine Altersdiskriminierung nicht ausgeschlossen (Annuß, BB 2006, 325, 326). Nach Auffassung der Kammer ist die Kündigung schon deshalb unwirksam, weil die von der Beklagten gem. § 1 Abs. 3 und 5 KSchG durchgeführte Sozialauswahl auf der Basis der im Interessenausgleich und Sozialplan Nr. 17/06 unter 2 c) vorgenommenen Altersgruppenbildung nicht mit § 7 AGG zu vereinbaren ist.

Zwar haben die Beklagte und der für den Betrieb zuständige Betriebsrat die Kriterien der Sozialauswahl im Interessenausgleich Nr. 17/06 geregelt und die zu kündigenden Arbeitnehmer in der Namenliste genannt. Die unter 2 c) des Sozialplans getroffene Vereinbarung zur Bildung von Altersgruppen und die daran anknüpfende Sozialauswahl innerhalb der Gruppen verstoßen aber gegen § 7 Abs. 1 AGG und sind nach § 7 Abs. 2 AGG unwirksam. Die Beklagte kann sich deshalb bei der von ihr durchgeführten Sozialauswahl nicht auf die zu Grunde gelegten Altersgruppen berufen.

aa) Die Vorschriften des AGG finden auf die Kündigung trotz der in § 2 Abs. 4 AGG geregelten Ausnahme Anwendung. Zunächst ist das AGG auf den am 8.9.2006 zwischen der Beklagten und dem Betriebsrat abgeschlossene Interessenausgleich gem. § 33 AGG anwendbar. Danach findet das Gesetz ab dem Zeitpunkt seines Inkrafttretens am 18.8.2006 grundsätzlich ohne Übergangsfristen Anwendung. Zwar heißt es in § 2 Abs. 4 AGG, dass für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz gelten sollen. Nach einhelliger Ansicht in der Literatur (zuletzt zusammenfassend Sagan, NZA 2006, 1257; Bauer/Preis/Schunder, NZA 2006, 1261; Däubler/Bertzbach-Hinrichs, HaKo-AGG, § 2 Rn. 262; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, § 2 Rn. 62; Bayreuther, DB 2006, 1842, 1843; Diller/Krieger/Arnold, NZA 2006, 887; Wisskirchen, DB 2006, 1495) ist diese Ausnahmevorschrift jedoch in ihrem Wortlaut europarechtswidrig, da sich die Richtlinie 2000/78/EG in ihrem Anwendungsbereich unstrittig auch auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bezieht (EuGH 11.7.2006 – Rs. C 13/05, „Navas“ NZA 2006, 839). Die Reichweite der europarechtskonformen Auslegung der Vorschrift wird allerdings unterschiedlich beurteilt.

Zum Teil wird danach differenziert, ob die Kündigung aus einem diskriminierenden Motiv ausgesprochen worden ist (Diller/Krieger/Arnold, NZA 2006, 887, 888). Zum anderen wird § 2 Abs. 4 AGG als eine eindeutige Grenze einer richtlinienkonformen Auslegung angesehen, so dass Kündigungen grundsätzlich nicht dem AGG unterfallen (Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, § 2 Rn. 66 f.).



Dagegen wird vertreten, dass § 2 Abs. 4 AGG als europarechtswidrige Norm von den deutschen Gerichten nicht anzuwenden ist (Bayreuther, DB 2006, 1842). Die beiden erst genannten Ansätze berücksichtigen das europäische Recht nicht genügend.

Danach kommt es für das Vorliegen einer Diskriminierung nicht auf die Motivation des Arbeitgebers an. Allein die Verwirklichung des objektiven Tatbestands reicht aus, damit die Maßnahme unwirksam ist. Gegen die Ansicht, dass der eindeutige Wortlaut des § 2 Abs. 4 AGG eine Auslegung sperre, spricht die vom EuGH in der Mangoldentscheidung (EuGH 22.11.2005 – C 144/04 – NZA 2005, 1345; BAG 26.4.2006 -7 AZR 500/04 –DB 2006, 1734) vertretene Auffassung. Gerade wegen seines eindeutigen – und europarechtswidrigen - Wortlauts war § 14 Abs. 3 TzBfG nicht mehr anzuwenden. Nähme man einen wirksamen Ausschluss der europarechtskonformen Auslegung durch § 2 Abs. 4 AGG an, so unterstellte man bereits die Wirksamkeit der am höherrangigem europäischen Recht noch zu überprüfenden Regelung.

Dies ist ein Zirkelschluß.

Der europarechtskonformen Auslegung des § 2 Abs. 4 AGG ist letztlich die vom EuGH in der Mangoldentscheidung (EuGH 22.11.2005 – C 144/04 – NZA 2005, 1345; folgend BAG 26.4.2006 -7 AZR 500/04 –DB 2006, 1734) vertretene Sichtweise zu Grunde zu legen.

Verstößt die Vorschrift als Umsetzungsnorm gegen das europäische Recht, ist sie von den Gerichten nicht anzuwenden. Ging es in der Mangoldentscheidung um § 14 Abs. 3 TzBfG, so ist hier zu prüfen, ob die Umsetzungsnorm des § 2 Abs. 4 AGG den Regelungszwecken der Richtlinie 2000/78/EG entgegenläuft (so auch Sagan, NZA 2006, 1257). Da die Beendigung des Arbeitsverhältnisses den Diskriminierungsverboten der Richtlinie 2000/78/EG unterliegt, wäre eine Bereichsausnahme des Kündigungsschutzes nur dann zulässig, wenn die nationalen Schutznormen die Diskriminierungsverbote bereits umfassen und deshalb als nationale Umsetzungsnormen somit schon den europäischen Standards genügen würden. Das bedeutet aber, dass die Regelungen des KSchG nicht automatisch von dem Anwendungsbereich des AGG ausgenommen sind, sondern nur dann, wenn die einzelne Vorschrift den europäischen Diskriminierungsverbot entspricht.

bb) Mit der Bildung von Altersgruppen werden ältere Arbeitnehmer entgegen § 7 Abs. 1 AGG bei den von der Beklagten ausgesprochenen Kündigungen benachteiligt. Die bei der Sozialauswahl zugrunde gelegten Altersgruppen führen nach eigenem Vortrag der Beklagten zueiner unmittelbar an das Alter an knüpfenden Schlechterstellung der älteren Arbeitnehmer.

Hätte sie den Kündigungen eine Sozialauswahl ohne eine entsprechende Altersgruppenbildung zugrunde gelegt, „hätte sich die Altersstruktur ... dramatisch weiter verschlechtert, mit der Folge, dass fast nur noch ältere Arbeitnehmer im Betrieb gewesen wären...“ (vgl. S. 28 des Schriftsatzes vom 18.12.2006). Es liegt damit eine Diskriminierung älterer Arbeitnehmer vor, da die Altersgruppenbildung dazu führt, dass mehr ältere Arbeitnehmer gekündigt worden sind als dies ohne die Altersgruppenbildung geschehen wäre. Eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Alters liegt vor, wenn der Arbeitnehmer wegen seines Alters weniger günstig behandelt wird als ein vergleichbarer Arbeitnehmer (Däubler/Bertzbach-Däubler, Hako-AGG, § 1 Rn. 83; Runggaldier, FS Doralt (2004), S. 511, 526; für die österreichische Umsetzung Windisch-Graetz in Rebhahn/GIBG §17 Rn. 36).

cc) Diese Schlechterstellung der älteren Arbeitnehmer durch eine Altersgruppen bezogene Sozialauswahl kann nach Ansicht der Kammer grundsätzlich gerechtfertigt sein. Dabei ist die Kammer der Ansicht, dass die Berücksichtigung des Alters innerhalb der Sozialauswahl gem. § 10 Abs. 1 AGG i.V.m. § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG grundsätzlich gerechtfertigt ist (vgl. auch zur Rechtslage vor den Änderungen vom 18.10.2006 durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Betriebsrentengesetzes (BT-Ds. 16/3007) Preis, NZA 2006, 401, 409; Linsenmeier, RdA 2003, 22, 32; Bertelsmann, ZESAR 2005, 242, 247), so dass die Vorschrift nicht per se europarechtswidrig ist.

Eine Differenzierung wegen des Alters ist nach § 10 S. 1 AGG als Umsetzung von Art. 6 der Richtlinie 2000/78/EG zulässig, wenn sie „objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist.“ Weiterhin wird in § 10 verlangt (vgl. auch Art. 6 der Richtlinie 2000/78/EG), dass die Mittel zur Umsetzung dieses legitimen Ziels verhältnismäßig sind. Nach Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG werden zur Rechtfertigung insbesondere Ziele aus dem Bereich Arbeitsmarkt, Beschäftigungspolitik und berufliche Bildung genannt. Die Aufzählung ist nicht abschließend, setzt aber voraus, dass es sich um Ziele des Allgemeinwohls handelt, die in Form eines Gesetzes vorliegen (Däubler/Bertzbach-Brors, Hako-AGG, § 10 Rn. 109 ff; Thüsing, ZfA 2001, 397, 408; Wiedemann/Thüsing, NZA 2002, 1234, 1237; Kummer, S. 59; wohl auch Boecken, NZS 2005, 393, 395; Kuras, RdA 2003, Sonderbeilage Heft 5, 11, 15; Hahn, S. 123; Lüderitz, S 89). Individuelle Zwecksetzungen reichen





wegen der eindeutigen europäischen Vorgaben nicht aus (a.A. Linsenmeier, RdA 2003, Sonderbeilage Heft 5, 22, 26; König, ZESAR 2005, 218, 220). In § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG kommt das allgemeinwohlbezogene Ziel zum Ausdruck, ältere Arbeitnehmer wegen ihrer schlechteren Chancen auf dem Arbeitsmarkt gegenüber jüngeren in der Sozialauswahl zu bevorzugen (Kittner in: Kittner/Däubler/Zwanziger, § 1 KSchG Rn. 480; Schmidt/Senne, RdA 2002, 80, 84). Inwieweit die Sozialauswahl unter der Geltung des AGG zu modifizieren ist, muss die Kammer nicht entscheiden. Die Berücksichtigung des Alters kann jedenfalls nach § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG grundsätzlich gerechtfertigt sein.

Nach Auffassung der Kammer kann der kündigende Arbeitgeber seiner Sozialauswahl gem. § 1 Abs. 5 S. 1, Abs. 3 S. 2 AGG grundsätzlich Altersgruppen zugrunde legen, wenn er ein an den Zwecken des Diskriminierungsschutzes gemessenes betriebliches berechtigtes Interesse an der Alterszusammensetzung konkret darlegt. Dabei reicht nicht jegliches Interesse aus, selbst wenn darauf abgestellt wird, dass es sich bei der Altersgruppenbildung um die Rücknahme des nach § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG gewährten Schutzes handelt. Der gewährte Schutz darf nicht willkürlich, sondern nur berechtigt zurückgenommen werden, da die verschlechternde Anknüpfung an das Alter nach § 7 Abs. 1 AGG stets eine Diskriminierung ist.

Ein solches berechtigtes Interesse hat die dafür darlegungspflichtige Beklagte (vgl. schon zur Rechtslage vor Inkrafttreten des AGG: BAG 20.4.2005 – 2 AZR 201/04 – NZA 2005, 877; Brors, ArbUR 2005, 41; KR/Etzel 7. Aufl. § 1 KSchG Rn. 655; Fischermeier NZA 1997, 1093; BBDW-Bram § 1 KSchG Rn. 323e; Bütefisch, Die Sozialauswahl, S. 328 f.; KR/Etzel aaO § 1 KSchG Rn. 655; Stahlhacke/Preis/Vossen Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis Rn. 1140; BBDW-Bram § 1 KSchG Rn. 323e; Quecke RdA 2004, 89) nicht vorgetragen.

Unter der Anwendbarkeit des § 7 AGG hat sich nach Auffassung der Kammer der Maßstab für die Überprüfung der Sozialauswahl sicherlich nicht dahingehend geändert, dass diese Darlegungslast erleichtert wird. Für die berechtigte Bildung von Altersgruppen genügt nicht jedes wirtschaftliche Interesse. Das berechtigte Interesse muss im Lichte des gesetzlichen Diskriminierungsschutzes gerechtfertigt sein. Schon nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG 20.4.2005 – 2 AZR 201/04 – NZA 2005, 877; BAG 23.11.2000 – 2 ABR 533/99 – NZA 2001, 601) unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung und Literatur vor Erlass des AGG (ArbG Elmshorn - 2Ca 1160/93 - BB 1994, 791; MünchArbR/Berkowsky § 151 Rn. 49 ff.; Hueck/von Hoyningen-Huene KSchG 12. Aufl. § 1 Rn. 479 b; KR-Etzel 4. Aufl. § 1 KSchG Rn. 598 a; Rumpfenhorst NZA 1991, 214) konnte es ausreichen, dass die Erhaltung einer ausgewogenen Altersstruktur nach betriebstechnischen, wirtschaftlichen oder sonstigen berechtigten betrieblichen Bedürfnissen der Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten entgegenstand. Ein solches berechtigtes betriebliches Bedürfnis sollte nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung anzunehmen sein, wenn insbesondere bei einer Massenentlassung die Gefahr bestehen konnte, dass es durch eine Auswahl allein nach sozialen Gesichtspunkten zu erheblichen Verschiebungen in der Altersstruktur des Betriebes kam, die im betrieblichen Interesse nicht hinnehmbar waren.

Dabei war nach der Rechtsprechung bei der Frage, was als berechtigtes betriebliches Interesse gelten kann, zu berücksichtigen, dass das Gesetz durch die Benennung von Beispielen die Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur grundsätzlich als vorteilhaft für den Betrieb wertete (KR-Etzel 5. Aufl. § 1 KSchG Rn. 644).

Bei der Frage, welche betrieblichen Interessen die Bildung von Altersgruppen rechtfertigen konnten, hatte der Arbeitgeber nach der Rechtsprechung vor Erlass der Regelungen des AGG einen Beurteilungsspielraum (BAG 20.4.2005 – 2 AZR 201/04 – NZA 2005, 877). Da im KSchG für die Rechtfertigung keine inhaltlichen oder zeitlichen Vorgaben für die Bildung der entsprechenden Altersgruppen vorgeschrieben waren, konnte ein berechtigtes betriebliches Bedürfnis am Erhalt einer ausgewogenen Altersstruktur im Hinblick auf die speziellen Betriebszwecke und ggf. deren Umsetzung bestehen. Die Sicherung einer ausgewogenen Altersstruktur konnte z.B. darin liegen, dass die Personalstruktur aufgrund eines vom Arbeitgeber zu Grunde gelegten pädagogischen Konzepts eine Altersdurchmischung erforderte (BAG 23.11.2000 – 2 AZR 533/99, NZA 2001, 601) oder aufgrund der beruflichen Anforderungen ein gewisser Prozentsatz jüngerer Arbeitnehmer beschäftigt sein musste (LAG Köln 2.2.2006 - 6 Sa 1287/05 n.v. für Graphikdesigner). Dabei ist zum Teil in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung auch vertreten worden, dass der Arbeitgeber dann kein besonderes betriebliches Interesse darlegen müsse, wenn er die bestehende Altersstruktur erhalten, nicht aber verändern will (LAG Köln 2.2.2006 – 6 Sa 1287/05 n.v.). Mit der Neufassung des § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG zum 01.01.2004 habe der Gesetzgeber nämlich grundsätzlich anerkannt, dass die Erhaltung einer ausgewogenen Personalstruktur ein berechtigtes betriebliches Interesse darstellt. Nur wenn der Arbeitgeber im Rahmen der betriebsbedingten Kündigung die Struktur zu seinen Gunsten verändern wolle, müsse er Sachgründe vortragen, die die Herausnahme einzelner Mitarbeiter



aus der Sozialwahl rechtfertigen können. Wolle er hingegen nur die bisherige Altersstruktur erhalten, so müsse dies als sachlicher Grund ausreichen (vgl. so wohl auch Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Auflage, Rz. 1141; HWK/Quecke, § 1 KSchG, Rz. 402, 404).

Diese Ansicht ist angesichts des europäischen Diskriminierungsschutzes nach Auffassung der Kammer nicht mehr haltbar. Der Verweis auf den status quo der Altersstruktur ist als solcher schon kein Rechtfertigungsgrund, da die Altersdiskriminierung bislang im deutschen Arbeitsrecht zulässig gewesen ist. Die Berufung auf den status quo könnte daher ohne einen berechtigten Grund dazu führen, dass sich ein bereits auf Diskriminierungen beruhender Zustand verfestigt. Es muss daher ein über die bloße Berufung auf die Faktizität hinaus gehender Sachgrund vorgetragen werden. Eine § 7 AGG widersprechende Diskriminierung ist nur dann gerechtfertigt, wenn ein gesetzlicher Rechtfertigungsgrund, wie ihn der deutsche Gesetzgeber in §§ 5, 8 und 10 AGG umgesetzt hat, erfüllt ist. Nur wenn diese Rechtfertigungsgründe das geltend gemachte betriebliche Interesse umfassen, kann der kündigende Arbeitgeber an bestimmten Altersstrukturen festhalten.

Eine solche Rechtfertigung wird zum Teil darin gesehen, dass sich über § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG ein legitimes Beschäftigungsziel verwirklichen kann (Bertelsmann, ZESAR 2005, 242, 249).

Weiter wird ein Rechtfertigungsgrund anzunehmen sein, wenn – wie es schon in der Rechtsprechung vor Erlass des AGG – die Altersstruktur eine wesentliche Voraussetzung für die berufliche Tätigkeit selbst ist (Däubler/Bertzach-Brors, HaKo-AGG, § 10 Rn. 112).

Solche Gründe hat die Beklagte nicht vorgetragen. Wenn sie mit dem Argument, mittelfristig sei die Produktion mit älteren Arbeitnehmern nicht mehr aufrecht zu erhalten gewesen, meint, dass ältere Arbeitnehmer an sich weniger leistungsfähig seien, so greift sie damit ein Vorurteil auf, dem das AGG gerade entgegengesetzt ist. Es existieren keine empirischen Belege, dass die Leistungsfähigkeit mit zunehmendem Alter generell schwindet (vgl. zuletzt zusammenfassend Hahn, Auswirkungen der europäischen Regelung zur Altersdiskriminierung im deutschen Arbeitsrecht, 2006, S. 25). Falls sich die Beklagte darauf berufen will, dass ältere Arbeitnehmer aufgrund des arbeitsrechtlichen Senioritätsschutzes oftmals kostenintensiver sind, so ist dieses Argument ebenso nicht tragfähig. Den Lohnkosten liegen eigene privatautonom getroffene Vereinbarungen der Beklagten, bzw. der für sie handelnden kollektiven Interessenvertreter zu Grunde. Auf derartige finanzielle Nachteile kann sich die Beklagte nicht berufen, da sie diese selbst verursacht hat. Sie ist an diese abgegebenen Versprechen gebunden. Eine derartige Argumentation – sollte sie denn gemeint sein - ist selbstwidersprüchlich.

Der Verstoß gegen § 7 Abs. 2 AGG führt dazu, dass die von der Beklagten durchgeführte Sozialauswahl insgesamt fehlerhaft und damit nicht gem. § 1 Abs. 3 KSchG durchgeführt worden ist. Daher ist es nicht erforderlich, dass der Kläger einzelne weniger schutzwürdige Arbeitnehmer benennt. Da die Regelung in 2 c) des Interessenausgleichs und Sozialplans insgesamt unwirksam ist, kann die Kammer auch nicht anstelle der Beklagten eine Sozialauswahl vornehmen und bestimmen, ob der Kläger in diesem Fall sozial schutzwürdig gewesen wäre.

3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 46 Abs. 2 ArbGG i.V. m. § 91 Abs. 1 ZPO. Der Streitwert ist gem. § 61 Abs. 1 ArbGG i.V.m. § 42 Abs. 4 S. 1 GKG festgesetzt worden. Die Berufung ist nach § 64 Abs. 2 c) zulässig. Eine gesonderte Zulassung nach § 64 Abs. 3 ArbGG war so nicht erforderlich.