

# Europäisches Arbeitsrecht

Thüsing

4. Auflage 2024  
ISBN 978-3-406-81999-5  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

gung einer mittelbaren Benachteiligung. Keine mittelbare Benachteiligung liegt aber beispielsweise dann vor, wenn bei der Gehaltseinstufung die bei einem anderen Unternehmen des selben Konzerns erlangte Berufserfahrung nicht berücksichtigt wird, denn dies ist unabhängig von dem Alter bei der Einstellung (Rs. Tyrolean Airways). Die Entlohnung der Betriebstreue selbst stellt sicherlich ein legitimes Ziel dar und fraglich kann nur die Reichweite möglicher Differenzierungen sein. Die Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers dürfte hier nicht allzu sehr eingeengt sein (BT-Drs. 17/1780, 36: „hinsichtlich des Entgelts dürfte etwa eine Anknüpfung an die Berufserfahrung eher zu rechtfertigen sein als an das bloße Lebensalter“; s. auch *Schmidt/Senne RdA* 2002, 88; *Rieble/Zedler ZfA* 2006, 273). So erkennt bereits die Rahmenvereinbarung Befristung (enthalten in RL 1999/70/EG) in ihrem § 4 Abs. 4, dass der Wille, bestimmte Leistungen von einer gewissen Betriebszugehörigkeit abhängig zu machen, eine hinreichende Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung ist. Dies hat der deutsche Gesetzgeber in der Begründung zum Teilzeit- und Befristungsgesetz ausdrücklich wiederholt (BT-Drs. 14/4374, 16). Die Verhältnismäßigkeit ist jedoch zu beachten (s. auch die Anträge des Generalanwalts *Maduro* Rs. *Cadman* in Bezug auf die mittelbare Geschlechtsdiskriminierung). Das ausländische Recht gibt dies zuweilen ausdrücklich vor. Für die als mittelbare Benachteiligung wegen des Alters einzuordnende Differenzierung – auch, aber nicht nur – des Entgelts nach der Betriebs- und Unternehmenszugehörigkeit bestimmt Schedule 9, Part 2, sec. 10 Equality Act 2010: „It is not an age contravention for a person (A) to put a person (B) at a disadvantage when compared with another (C), in relation to the provision of a benefit, facility or service in so far as the disadvantage is because B has a shorter period of service than C.“ Dies gilt der Sache nach auch für das deutsche Recht. Wann eine Differenzierung nach der Betriebstreue danach nicht mehr angemessen ist, kann *in abstracto* schwerlich gesagt werden. Insbesondere wenn es sich nicht um das Grundentgelt, sondern um zusätzliche Sozialleistungen handelt, wird man im Zweifel von der Zulässigkeit einer Unterscheidung ausgehen können. Die Differenzierung der Vergütung nach Betriebstreue darf jedoch kein bloßer **Umweg zur Differenzierung nach dem Alter** sein. Dass ist etwa der Fall, wenn sachgrundlos fremde Vordienstzeiten angerechnet werden, an denen der Arbeitgeber selber keinen eigenen Nutzen hatte. Hierauf sind insbesondere Tarifverträge zu überprüfen.

108

Rs. Cadman

Dies ist auch die Linie, die der *EuGH* in der **Entscheidung Cadman** verfolgt hat. Der *EuGH* entschied, dass Arbeitgeber grundsätzlich auf das Kriterium des Dienstalters zur Bestimmung des Lohnniveaus ohne besondere Begründung zurückgreifen dürfen. „Der Rückgriff auf dieses Kriterium des Dienstalters [ist] in der Regel zur Erreichung des legitimen Zieles geeignet, Berufserfahrung zu honorieren, die den Arbeitnehmer befähigt, seine Arbeit besser zu verrichten (...)“. Ein auf das Dienstalter aufbauendes Bezahlungsschema steht grundsätzlich nicht im Widerspruch zum Prinzip des gleichen Entgelts für Männer und Frauen. Hat ein Arbeitnehmer Zweifel an einem solchen System und liefert Anhaltspunkte, die geeignet sind, ernsthafte Zweifel aufkommen zu lassen, muss der Arbeitgeber die Zugrundelegung des Dienstalters begründen. Gleiches gilt dann nicht nur für die mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts, sondern auch für die mittelbare Benachteiligung wegen des Alters.

- 109 **bb) Einzelfragen: Höchstalter bei Einstellung und Zwangspensionierung.** § 10 Nr. 3 AGG lässt die Festlegung eines Höchstalters für die Einstellung zu. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass bei älteren Beschäftigten, deren Rentenalter bereits absehbar ist, einer aufwendigen Einarbeitung am Arbeitsplatz auch eine betriebswirtschaftlich sinnvolle Mindestdauer einer produktiven Arbeitsleistung gegenüberstehen muss (BT-Drs. 16/1780, 36). Auch hier gilt jedoch das **Gebot der Verhältnismäßigkeit**, das solchen Beschränkungen engere Grenzen zieht, als sie in der Praxis oftmals zu finden sind. Wenn der Personalfluss so hoch ist, dass ein Großteil der Arbeitnehmer das Unternehmen jenseits der Einstellungsgrenze vor Erreichen des Ruhestands verlässt, dann greift das Argument ebenso wenig, wie wenn jüngere Arbeitnehmer in entsprechender Zeit zu einem erheblichen Teil den Arbeitgeber wechseln: Wenn nur wenige Arbeitnehmer tatsächlich zehn Jahre im Unternehmen bleiben, dann können 55-jährige Bewerber nicht mit dem Argument zurückgewiesen werden, eine aufwändige Einarbeitung sei nicht sinnvoll.

- 110 Bei der Ausdeutung des § 10 Nr. 3 AGG sind diese Zeiten als **Mindestrahmen** anzunehmen, der Arbeitgeber wird jedoch deutlich darüber hinaus gehen können, schon weil der Ruhestand das sichere Ausscheiden aus dem Betrieb bedeutet, nach Ablauf der Bindungsfrist jedoch der Arbeitnehmer durchaus noch weiterbeschäftigt werden kann und idR auch wird. Bei Zeiten jenseits von fünf Jahren wird man jedoch vorsichtig sein müssen. Je höherwertig die

Position ist, desto eher wird man einen Ausschluss rentennaher Jahrgänge begründen können.

Zwischenzeitlich hat der Gerichtshof klargestellt, dass auch besonders hohe **körperliche Anforderungen** einen sachlichen Grund für ein Einstellungshöchstaltes darstellen können (EuGH v. 12.1.2010 – C-229/08, Slg 2010, I-1). In dem konkreten Fall ging es um ein Einstellungshöchstaltes von 30 Jahren für die Einstellung in die Laufbahn des mittleren feuerwehrtechnischen Dienstes. Weil die Angehörigen dieser Laufbahn erfahrungsgemäß besonderen körperlichen Belastungen ausgesetzt sind, hielt der *EuGH* hier eine solche Altersgrenze für gerechtfertigt. 111

Gleiches gilt für **Polizeibeamte** welche ausschließlich Einsatz- und Vollzugsaufgaben wahrnehmen, welche die Anwendung körperlicher Gewalt und die Erfüllung der Aufgaben unter schwierigen oder gar extremen Einsatzbedingungen zur Folge haben können. (vgl. EuGH v. 15.11.2016 – C-258/15) Anderes hingegen gelte, so der *EuGH* zuvor, wenn die Polizeibeamten vornehmlich administrative Aufgaben erfüllen. Hier stellen körperliche Eignungstests, deren Nichtbestehen zum Ausschluss führt eine weniger einschränkende Maßnahme zur Sicherstellung, dass die örtlichen Polizisten über die besondere für die Ausübung ihres Berufs notwendige körperliche Kondition verfügen, dar. (vgl. EuGH v. 13.11.2014 – C-416/13) 112

Auch für die Schiedsrichterei agieren Verbände teilweise mit Höchstaltersgrenzen, um die Leistungsfähigkeit der **Schiedsrichter** sicherzustellen. Eine feste Altersgrenze von 47 Jahren für Fußballschiedsrichter seitens des DFB hält das *LG Frankfurt a. M.* für willkürlich gewählt. Einer starren Grenze seien, die ohnehin regelmäßig erfolgenden, Leistungstests vorzuziehen (*LG Frankfurt a. M.* v. 25.1.2023 – 12-16 O 22/21, zur Vertiefung: *Michl/Berscheid SpuRt 2023*, 290 ff.) 113

Eine unionsrechtliche Altersgrenze von 65 Jahren für Piloten hält der *EuGH* für zulässig und verweist diesbezüglich auf die Ziele der Flugsicherheit, die sich aus Art. 2 RL 216/2008 ergeben. Dem Gesetzgeber stehe bei derart sicherheitsrelevanten Maßnahmen ein weites Ermessen zu. (EuGH v. 5.7.2017 – C-190/16) 113a

Wird ein Mitarbeiter zum **Führungskräftenachwuchs** gesucht, dann kann auch ein sehr junges Höchstaltes gerechtfertigt sein. Maßgeblich ist, welche Zeit nach den regelmäßigen Karrierewegen des Unternehmens erforderlich wäre, um die angestrebte Führungsposition zu erreichen, und welche Zeit dann noch angemessen ist, diese Position im Unternehmen ausführen zu können. Generell gilt, dass Altersgrenzen eher akzeptabel sind, wo sie als weiche Zielvorgaben mit der Möglichkeit zur Einzelabwägung formuliert werden als harte Ausschlusskriterien, die auch bei geringfügiger Überschreitung einen Bewerber aus dem Auswahlpool ausschließen („Der Bewerber sollte Anfang 40 sein“ ist also vorzuzugswürdig gegenüber „Wir suchen einen Bewerber bis Alter 45 Jahre“). 114

- 115 Eine mittelbare Diskriminierung wegen des Alters, die einen ähnlichen Effekt wie die Festsetzung von Höchst- und Mindestalter haben kann, ist das Erfordernis einer bestimmten Anzahl von Jahren **Berufserfahrung**. Als Mindestqualifikation kann sie gerechtfertigt sein durch die Erfordernisse der Tätigkeit und auch zur Vermeidung von überqualifizierten Bewerbern kann sie als Höchststrahlen erlaubt sein („Wir suchen Bewerber von drei bis sechs Jahren Berufserfahrung.“). Hinsichtlich der Vermeidung von Überqualifikationen dürfte jedoch ein strengerer Maßstab angebracht sein als im Hinblick auf eine Mindestdauer von Berufsjahren. Die Gefahr der Umgehung des Verbots der Altersdiskriminierung ist offensichtlich.
- 116 Der zu den Altersgrenzen bei der Einstellung umgekehrte Fall betrifft Altersgrenzen bei der Dauer der Tätigkeit. Der EuGH hat sich mehrfach mit nationalen Vorschriften auseinandergesetzt, die eine **Zwangspensionierung** vorsehen (Rs. Georgiev; Rs. Hörnfeldt; Rs. Rosenblatt). Als sachliche Gründe hat er eine verbesserte Leistungsfähigkeit sowie eine ausgewogene, generationenübergreifende Altersstruktur der Belegschaft anerkannt. Auch hier ist letztlich die Verhältnismäßigkeit der Regelung entscheidend. Eine Altersgrenze kann aber auch in einem Tarifvertrag vorgesehen sein. Beruht diese aber auf den körperlichen Anforderungen des Berufes und liegt sie gleichzeitig unterhalb der diesbezüglich bestehenden nationalen und internationalen Regelungen, schließt dies eine Rechtfertigung aus (Rs. Prigge).
- 116a Über die **Höchstaltersgrenze für Notare**, deren Amt gem. § 48a BNotO mit Vollendung des 70. Lebensjahres nach § 47 BNotO erlischt hatte sich jüngst der *BGH* zu befassen. Dieser entschied, dass der „Zwangsruhestand“ nicht gegen das sich aus Art. 21 Abs. 1 GrC sowie Art. 1, Art. 2 Abs. 2 lit. a) der RL 2000/78/EG ergebende Verbot der Diskriminierung wegen des Alters verstößt. Vielmehr sei dies im Sinn von Art. 6 Abs. 1 der RL 2000/78/EG objektiv und angemessen und durch das legitime Ziel gerechtfertigt, den Generationenwechsel zu erleichtern und den Berufsstand der Notare zu verjüngen (*BGH v. 21.8.2023 – NotZ (4/22)*). Letzte Zweifel an der Europarechtskonformität vermag diese Entscheidung jedoch nicht auszuräumen.
- 117 cc) **Einzelfragen: Kündigung und Alter**. Mit der ganz hM ist davon auszugehen, dass der in § 2 Abs. 4 AGG festgeschriebene Ausschluss der Kündigung aus dem Anwendungsbereich des AGG in

dieser Absolutheit europarechtswidrig ist. Das BAG ist dieser Ansicht im Grunde beigetreten, hält aber eine richtlinienkonforme Auslegung des § 2 Abs. 4 AGG iVm § 1 KSchG dahingehend für möglich, dass die Diskriminierungsverbote in den Tatbestand des § 1 KSchG „hineingelesen“ werden und eine diskriminierende Kündigung sozialwidrig ist (grundlegend BAG v. 6.11.2008 – 2 AZR 523/07, BAGE 128, 238). Gleichwohl darf das Lebensalter bei der Sozialauswahl berücksichtigt werden, soweit dies nach § 10 S. 1 und 2 AGG gerechtfertigt ist (BAG v. 5.11.2009 – 2 AZR 676/08, NJW 2010, 1395 Tz. 25). Wurde im Vorfeld der Kündigungen ein Interessenausgleichsverfahren durchgeführt, werden Namensliste und Interessenausgleich durch einen Verstoß gegen das Verbot der Altersdiskriminierung nicht unwirksam und wird die Vermutung des § 1 Abs. 5 S. 1 KSchG nicht ausgeschlossen. Vielmehr kann die Sozialauswahl dann nur iSd § 1 Abs. 5 S. 2 KSchG „grob fehlerhaft“ sein (BAG v. 5.11.2009 – 2 AZR 676/08, NJW 2010, 1395 Tz. 15). Weiter hat das BAG entschieden, dass eine Kündigungserklärung selbst als rechtsgestaltende Willenserklärung zwar keine unzulässige Diskriminierung darstellen kann, wohl aber die ihr zugrunde liegenden Motive (BAG v. 22.10.2009 – 8 AZR 642/08, NZA 2010, 280 Tz. 29).

Schon durch die Zulässigkeit positiver Maßnahmen nach § 5 118 AGG ist es allerdings grundsätzlich gedeckt, wenn die Kündigung des Arbeitsverhältnisses von einem gewissen Alter an eingeschränkt oder ausgeschlossen wird. Die Rechtsprechung muss gegen Tarifvertragsbestimmungen nicht einschreiten, die älteren Arbeitnehmer unkündbar stellen oder mit zunehmender Betriebszugehörigkeit längere Kündigungsfristen vorschreiben (vgl. § 34 Abs. 2 TVöD/AT). Auch der Gesetzgeber braucht § 622 Abs. 2 S. 1 BGB nicht zu ändern, denn der ältere Arbeitnehmer trägt im Regelfall ein höheres Kündungsrisiko und hat geringere Chancen auf eine Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt. Deshalb ist es gerechtfertigt, bei längerer Dauer der Beschäftigung – welche nur ältere Arbeitnehmer aufweisen können (mittelbare Diskriminierung Jüngerer) – die Kündigungsfristen zu verlängern. Den Nachteil älterer Arbeitnehmer können auch Arbeitgeber und Tarifvertragsparteien ausgleichen. Dies grundsätzlich anerkennend bestimmte daher § 10 Nr. 7 AGG aF weitergehend auch die Zulässigkeit einer individual- oder kollektivrechtlichen Vereinbarung der Unkündbarkeit von Beschäftigten eines bestimmten Alters und einer bestimmten Betriebszugehörigkeit, soweit dadurch nicht der Kündigungsschutz anderer Beschäftigter im Rahmen der

Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG grob fehlerhaft gemindert wird. Die Regelung wurde durch das **Zweite Gesetz zur Änderung des Betriebsrentengesetzes** vom 2.12.2006 (BGBl. 2006 I 2724) im Hinblick auf § 2 Abs. 4 AGG gestrichen.

119 Unionsrechtswidrig und **unanwendbar ist hingegen der mittlerweile gestrichene § 622 Abs. 2 S. 2 BGB** (Rs. Kükükdeveci, NJW 2010, 427; BAG v. 1.9.2010 – 5 AZR 700/09, NJW 2010, 3740 Tz. 19). Dieser sah vor, dass bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer Zeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahrs des Arbeitnehmers liegen nicht berücksichtigt werden. Die darin liegende Diskriminierung jüngerer Arbeitnehmer stellte nach Ansicht des *EuGH* einen nicht durch hinreichende sachliche Gründe gerechtfertigte Ungleichbehandlung jüngerer Arbeitnehmer dar. Sie begründet damit einen Verstoß gegen das primärrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen des Alters, welches unmittelbar auch zwischen Privaten wirkt. Da der Gerichtshof das Verbot aus dem Primärrecht ableitet, kommt es auf eine unmittelbare horizontale Wirkung der RL 2000/78/EG zur Begründung dieses Ergebnisses nicht an (hierzu → § 1 Rn. 40 ff.). Auch Art. 288 Abs. 3 AEUV, wonach sich Richtlinien unmittelbar nur an die Mitgliedstaaten richten, steht dem Ergebnis nach dieser Argumentation nicht entgegen. Die dogmatische Konzeption des *EuGH* ist nicht frei von Kritik geblieben (vgl. *Thüsing* ZIP 2010, 199), stellt aber nach der Rechtsprechung des *BVerfG* keinen „ausbrechenden Rechtsakt“ dar (BVerfG v. 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06, NJW 2010, 3422 – Mangold).

120 Weil daneben auch die RL 2000/78/EG auf das Kündigungsrecht anwendbar ist, ist auch bei der Unkündbarkeit älterer Arbeitnehmer die **Verhältnismäßigkeit** zu beachten, weil hier – anders als bei *längerer* Kündigungsfristen älterer Arbeitnehmer – die Besserstellung älterer Arbeitnehmer durch Ausschluss der ordentlichen Kündbarkeit im Fall einer betriebsbedingten Kündigung zu einem höheren Kündungsrisiko für den nicht so geschützten jüngeren Kollegen führt (*Stahlhacker/Preis/Vossen* Kündigung Rn. 1056; s. auch *Bütefisch*, Die Sozialauswahl, 2000, S. 128 ff.). Hier sind an die Verhältnismäßigkeit strengere Maßstäbe anzulegen als bei der schlichten Bevorzugung älterer Arbeitnehmer: Den jüngeren Arbeitnehmer mag es nicht kümmern, dass der Arbeitgeber zu anderen gut ist (Mt. 20, 15), doch diese Bevorzugung älterer Arbeitnehmer verschlechtert seinen *status quo*. Eben deshalb fordert das BAG generell bei Vereinbarungen, welche die Sozialauswahl zulasten Dritter beeinflussen können,

einen sachlichen Grund (BAG v. 2.6.2005 – 2 AZR 480/04, AP Nr 75 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl). Um den Konflikt zu entschärfen, mag man einen Tarifvertrag bei hinreichenden Anhaltspunkten dahin auslegen, dass die Unkündbarkeitsregel die Einbeziehung des Arbeitnehmers in eine Sozialauswahl nicht ausschließen soll, der Arbeitnehmer also vor einer aus diesem Anlass ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung nicht geschützt wird (Wiedemann/*Thüsing* TVG § 1 Rn. 645; Kempen/*Zachert/Kempen* Grundlagen Rn. 280). Der Wortlaut der Regelungen lässt dies jedoch oftmals nicht zu (§ 34 TVöD). Gelingt eine solche Wahrung der Verhältnismäßigkeit durch Auslegung nicht, dann muss der Maßstab sein, wie sich das Zahlenverhältnis der Unkündbaren zu den Kündbaren verhält, und ob der Schutz der älteren zu einer (nahezu) zwangsläufigen Kündigung der jüngeren Arbeitnehmer führt. Die Grenze kann – auch nach Streichung des ehemaligen § 10 Nr. 7 AGG – da liegen, wo die Fehlge- wichtung durch den eingeschränkten Auswahlpool zu einer grob fehlerhaften Auswahl iSd § 1 Abs. 4, 5 KSchG führen würde. Dies hatte der Gesetzgeber auf Vorschlag der Expertenanhörung im März 2005 ausdrücklich so formuliert und mit Wirkung zum 3.12.2006 wieder aufgehoben (*Thüsing* FA 2005, Beilage Heft 4, S. 1; vorher bereits *Zwanziger* DB 2000, 2168).

Das BAG geht deshalb zu Recht davon aus, dass im Rahmen des § 10 AGG die Kriterien entsprechend anzuwenden sind, die nach § 1 Abs. 5 S. 2 KSchG eine Sozialauswahl „grob fehlerhaft“ machen würden (BAG v. 5.11.2009 – 2 AZR 676/08, NJW 2010, 1395 Tz. 15, 25). Hinsichtlich der sozialen Kriterien Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltspflichten und einer etwaigen Schwerbehinderteneigenschaft des Arbeitnehmers ist danach eine Namensliste im Interessenausgleich dann als grob fehlerhaft anzusehen, wenn die Gewichtung der Kriterien jede Ausgewogenheit vermissen lässt (vgl. BT-Drs. 15/1204, 12 unter Berufung auf BAG v. 2.12.1999 – 2 AZR 757/98, NZA 2000, 531; BAG v. 21.1.1999 – 2 AZR 624/98, NZA 1999, 866), so dass sich über die Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl nicht mehr ernsthaft diskutieren lässt (*Willemsen/Annufß* NJW 2004, 177, 181). Dies entspricht der Gesetzesbegründung zum ArbRBeschFG und dem damaligen Meinungsstand (BT-Drs. 13/4612, 9). Wurde einer der in § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG vorgegebenen Gesichtspunkte überhaupt nicht gewürdigt, ist die soziale Auswahl evident unausgewogen. Der Sicherung der Verhältnismäßigkeit dient es dabei, dass der Gesetzgeber ehemals nur die **kumulative Bindung**

der **Unkündbarkeit an Betriebszugehörigkeit und Alter** als ausdrücklich zulässig normiert hat, nicht aber die alternative Anknüpfung an diese Merkmale, wie auch ein Gegenschluss zu § 10 S. 2 Nr. 6 (ehemals Nr. 8) belegt (s. auch *Löwisch* BB 2006, 2189, 2191). Nach Streichung der Ziffer, und auch weil es sich bei den einzelnen Ziffern nur um Beispiele der Rechtfertigung handelt, kann freilich bei Wahrung der Verhältnismäßigkeit im Übrigen auch die alternative Bindung der Unkündbarkeit an Betriebszugehörigkeit und Alter möglich sein. Nicht erforderlich ist eine Bildung von Altersstufen, auch eine „lineare“ Berücksichtigung des Alters ist zulässig (BAG v. 5.11.2009 – 2 AZR 676/08, NJW 2010, 1395 Tz. 27; aA *Kaiser/Dahm* NZA 2010, 473).

- 122 Die **Prüfungsreihenfolge** ist damit weiterhin zweischrittig: Zuerst erfolgt eine Sozialauswahl ohne die unkündbaren Arbeitnehmer, danach unter Einbeziehung der Unkündbaren. Wenn der Vergleich zeigt, dass hier ein diskriminierungsrechtlich schlechterdings unvertretbares Ergebnis erreicht wurde, dann ist die Herausnahme unwirksam und die Sozialauswahl unter Einbeziehung auch der unkündbaren Arbeitnehmer des Betriebs vorzunehmen.
- 123 Die **Unwirksamkeit** geht so weit, wie es zur Erreichung eines in der Benachteiligung gerechtfertigten Ergebnisses erforderlich ist. Ggf. sind also nicht alle Vereinbarungen der Unkündbarkeit unwirksam, sondern nur so viele, wie es für die Vermeidung einer grob fehlerhaften Sozialauswahl erforderlich ist. Dieses Ergebnis dürfte auch beim tarifvertraglichen Kündigungsausschluss mit § 7 Abs. 2 AGG vereinbar sein. Wenn danach die benachteiligende Vereinbarung unwirksam ist, dann schließt dies zwar grundsätzlich eine geltungserhaltende Reduktion aus. Dies verbietet jedoch zumindest für vor dem Inkrafttreten des AGG abgeschlossene Tarifverträge – die ebenso wie Betriebs- und Dienstvereinbarungen von der RL 2000/78/EG erfasst sind (Rs. *Rosenblatt*, NJW 2010, 3767; zu Letzteren BAG v. 13.10.2009 – 9 AZR 722/08, NZA 2010, 327) – nicht die ergänzende (Tarif-)Vertragsauslegung. Das BAG ist einen vergleichbaren Weg bei der AGB-Kontrolle gegangen (BAG v. 12.1.2005 – 5 AZR 364/04, NZA 2005, 465) und auch hier erscheint dieser Weg im Interesse des Vertrauensschutzes richtig, zumal die ergänzende Vertragsauslegung bei Tarifverträgen durchaus praktiziert wird (BAG v. 29.4.2004 – 6 AZR 101/03, NZA 2005, 57). Freilich ist es besser, wenn die Tarifvertragsparteien hier einen entsprechenden Vorbehalt in den Tarifvertrag selbst aufnehmen, dass die Unkündbarkeit nur insoweit gilt, als dies nicht zur grob feh-