

g) Rechtfertigung der Diskriminierung wegen Rasse/ethnischer Herkunft

Umstritten ist die Rechtfertigung einer Benachteiligung wegen Rasse/ethnischer Herkunft unter dem Gesichtspunkt der **Authentizität**. Darf etwa ein Chinarestaurant einen Farbigen als Kellner ablehnen und muss ein Thai-Massagesalon eine polnische Masseuse einstellen? (verneinend *Bauer/Göpfert/Krieger* § 8 Rz. 42). Geht es nur um das Lokalkolorit, wird man solche Gesichtspunkte wohl als unbeachtliche »Customer Preference« (s. C/Rz. 3847) ansehen müssen. Anders kann es allenfalls sein, wenn man einer Person ohne einschlägige ethnische Herkunft die Leistungserbringung schlicht nicht zutraut. Aber chinesisches kochen kann man lernen, so dass der Koch in einem Chinarestaurant nicht unbedingt Chinese sein muss. Und auch bei einem Studio für »tibetanische Heilkunde« erwartet das Publikum nicht notwendig einen Tibeter. Eine Diskriminierung bestimmter ethnischer Gruppen wird auch dann nicht gerechtfertigt sein, wenn auf Grund bestimmter tradierter Rivalitäten eine **Störung des Betriebsfriedens** droht (z. B. bei gleichzeitiger Beschäftigung von Juden und Palästinensern oder von Griechen und Türken). Das AGG will solchen ethnischen Klischees gerade vorbeugen und verweist den Arbeitgeber darauf, hier im Einzelfall Abhilfe zu schaffen (*Wisskirchen* DB 2006, 1493 Fn. 21).

h) Rechtfertigung der Altersdiskriminierung**aa) Übersicht**

Einen langen Ausnahmekatalog enthält das AGG hinsichtlich der Altersdiskriminierung. Die in § 10 AGG nominierten Ausnahmen, bei denen eine Differenzierung hinsichtlich des Alters zulässig ist, beziehen sich auf bestehende Gesetze, tarifübliche Regelungen sowie tradierte Gerechtigkeitsüberzeugungen der deutschen Arbeitswelt. § 10 AGG senkt die Schwelle für die Rechtfertigung einer Altersdiskriminierung ab, hier soll jede Ungleichbehandlung zulässig sein, wenn sie nur »**objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt**« ist. Der Ausnahmekatalog des § 10 AGG läuft darauf hinaus, in weiten Teilen das allgemeine Diskriminierungsverbot »wegen Alters« letztlich wieder zu konterkarieren und die Bevorzugung Älterer gegenüber Jüngeren in vielerlei Hinsicht doch wieder zu erlauben. »Altes Alter« ist dem Gesetzgeber – zu Recht! – tendenziell schutzwürdiger als »junges Alter«.

§ 10 AGG folgt der »Regelbeispieltechnik«. Zunächst werden in Sätzen 1 und 2 allgemeine Voraussetzungen aufgestellt, unter denen eine Ungleichbehandlung wegen des Alters zulässig ist. Diese Voraussetzungen sind erheblich weicher als die nach § 8 AGG für die Rechtfertigung wegen anderer Diskriminierungsmerkmale. In Satz 3 Nrn. 1 bis 6 folgen dann Beispiele für gerechtfertigte Altersdifferenzierungen. Im Anwendungsbereich dieser Regelbeispiele braucht nach richtiger Ansicht nicht mehr geprüft zu werden, ob die allgemeinen Voraussetzungen des § 10 S. 1 und 2 vorliegen (**a. A.** *Bauer/Göpfert/Krieger* § 10 Rz. 25). § 10 Abs. 3 AGG zählt folgende **Regelbeispiele** auf:

bb) Berufliche Eingliederung, Förderung, Schutz (Nr. 1)

§ 10 S. 3 Nr. 1 AGG erlaubt die Festlegung besonderer Bedingungen für Einstellung, Beschäftigung, Entlohnung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses, um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen, älteren Beschäftigten oder Personen mit Fürsorgepflichten zu fördern oder zu schützen. Hierhin gehören beispielsweise Altersteilzeitverträge, die den gleitenden Übergang älterer Arbeitnehmer in die Verrrentung sicherstellen. Auch tarifliche Regelungen zur Übernahme von Auszubildenden fallen unter Nr. 1 (wären aber wohl auch als Affirmative Action nach § 5 AGG zulässig, s. Rz. 3876). Kritisch ist dagegen § 622 Abs. 2 S. 2 BGB, wonach bei der Berechnung der gesetzlichen Kündigungsfrist Beschäftigungszeiten vor Vollendung des 25. Lebensjahres nicht berücksichtigt werden dürfen. Die Vorschrift war schon vor Inkrafttreten des AGG kaum noch zu rechtfertigen, jetzt erst recht nicht mehr (*Willemsen/Schweibert* NJW 2006, 2586). Zulässig, weil dem Schutz älterer Arbeitnehmer dienend, dürfte die in Tarifverträgen teilweise vorgesehene Staffelung der Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit nach dem Lebensalter sein (*Bauer/Göpfert/Krieger* § 10 Rz. 28). Hierin gehört auch die vom EuGH verworfene Regelung des § 14 Abs. 3 TzBfG, wonach Arbeitsverhältnisse mit älteren Arbeitnehmern befristet werden durften (*EuGH* 22.11.2005 EZA § 14 TzBfG Nr. 21 = NZA 2005, 1345; *Mangold*). Nach Auffassung des EuGH war der mit Art. 14 Abs. 3 TzBfG bezweckte Effekt, nämlich die berufliche Eingliederung arbeitsloser älterer Arbeitnehmer, zwar grundsätzlich ein legitimes objektives angemessenes Ziel. Nach Auffassung des EuGH hatte der Gesetzgeber jedoch bei der Bestimmung der einge-

setzen Mittel seinen Ermessensspielraum überschritten, weil keine Höchstgrenze für die Dauer bzw. die Verlängerung der Befristungen vorgesehen war und die Zulässigkeit der Befristung auch nicht von einer vorangegangenen Arbeitslosigkeit oder deren Dauer abhängig gemacht worden war. Damit hat der EuGH eine an der Struktur des jeweiligen Arbeitsmarkts und der persönlichen Situation der Betroffenen ausgerichtete Prüfung der Zweck-Mittel-Relation gefordert (ausf. *Bauer/Arnold* NJW 2006, 8). Der Gesetzgeber wird das bei der geplanten Neuregelung des § 14 Abs. 3 TzBfG zu beachten haben.

cc) Mindestanforderungen bei Einstellung (Nr. 2)

- 3857 § 10 S. 3 Nr. 2 AGG erlaubt die Festlegung von **Mindestanforderungen an Alter, Berufserfahrung oder Dienstalster für eine Einstellung oder bestimmte Vorteile**. Dass es gerechtfertigt sein muss, für bestimmte Positionen eine Mindestbeschäftigungszeit oder eine Mindestberufserfahrung zu verlangen, ist selbstverständlich. Je verantwortungsvoller, schwieriger und besser bezahlt eine Position ist, desto größere Bedeutung hat die vorangegangene Berufserfahrung. Kaum denkbar ist jedoch, dass das Erreichen eines bestimmten Alters als Bedingung einer Einstellung gerechtfertigt sein könnte. Ähnlich ist es bei Vergütungssystemen. Dass diese mit zunehmender Dienstzeit und zunehmender Berufserfahrung steigende Vergütungen oder sinkende Wochenarbeitszeiten (*Löwisch* DB 2006, 1730) vorsehen können, ist anerkannt, auch wenn darin eine mittelbare Altersdiskriminierung liegt (zuletzt *EuGH* 3.10.2006 *Cadman* DB 2006, 2350; vgl. *Löwisch* DB 2006, 1730). Kaum vertretbar dürfte es allerdings sein, die Vergütung oder einen automatischen Aufstieg ausschließlich ans Alter zu knüpfen.

dd) Höchstalter bei Einstellung (Nr. 3)

- 3858 § 10 S. 3 Nr. 3 AGG erlaubt die Festsetzung eines **Höchstalters für die Einstellung** auf Grund **spezieller Ausbildungsanforderungen** eines bestimmten Arbeitsplatzes oder auf Grund der **Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand**. Bei speziellen Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes geht es typischerweise um »**Traineeprogramme**«, die auf einen langfristigen Karriereweg innerhalb eines Unternehmens gerichtet und deshalb sehr breit über alle Geschäftsbereiche angelegt sind. Von solchen Programmen kann der Arbeitgeber ältere Mitarbeiter ausschließen. Zu vielen Berufen muss ein Schul-/Hochschulabsolvent zunächst innerbetrieblich weitergebildet werden. Dabei kann eine vorangehende Berufstätigkeit bei anderen Unternehmen eher hinderlich denn nützlich sein. So ist bspw. die Tätigkeit in einer wirtschaftsberatenden Großkanzlei so verschieden von der eines Einzelanwalts, dass Großkanzleien beschließen können, nur Berufseinsteiger bis zu einem gewissen Alter einzustellen. In den genannten Fällen wird aber ohnehin meist keine feste Altersgrenze festgelegt, sondern durch Anknüpfen an die konkrete Lebenssituation lediglich mittelbar das Alter tangiert (»**Berufsanfänger**«, »**Hochschulabsolvent**« etc.). Dann liegt allenfalls eine mittelbare Altersdiskriminierung vor, die ohnehin über § 3 Abs. 2 AGG leichter zu rechtfertigen ist.

- 3859 Bei der zweiten Alternative der Nr. 3, einer **angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand**, geht es um den Zugang zu Berufen, die eine **aufwändige innerbetriebliche Ausbildung** voraussetzen. Diese ist einem Arbeitgeber nicht zuzumuten, wenn das Arbeitsverhältnis kurz nach Abschluss der Ausbildung durch Eintritt in den Ruhestand enden würde. Paradebeispiel ist die Pilotenausbildung. Man kann von einer Fluggesellschaft nicht verlangen, einen 56,5-Jährigen einzustellen und drei Jahre lang zum Piloten zu schulen, wenn dieser ein halbes Jahr nach dem Ausbildungsende die (derzeit noch übliche) tarifliche Altersgrenze von 60 für Piloten erreichen und ausscheiden würde (*Bauer/Göpfert/Krieger* § 10 Rz. 34). Nr. 3 ist aber auch außerhalb formalisierter Ausbildungen anwendbar. Wenn etwa ein einzustellender Personalchef oder Vertriebsleiter typischerweise zwei Jahre braucht, bis er die Belegschaft bzw. die Außendienstler gut genug kennt, um seine Tätigkeit vernünftig ausüben zu können, dann kann der Arbeitgeber bei der Einstellung ein gewisses Höchstalter festlegen. In der Literatur (*Bauer/Göpfert/Krieger* § 10 Rz. 34) wird als Faustformel vorgeschlagen, dass der Arbeitgeber festlegen kann, dass die verbleibende Beschäftigungszeit nach dem Ende der Ausbildungs- bzw. Einarbeitungszeit mindestens dreimal so lang sein muss wie die Ausbildungs- bzw. Einarbeitungszeit selbst.

ee) Altersgrenzen im BetrAVG (Nr. 4)

- 3860 § 10 S. 3 Nr. 4 AGG erlaubt Altersgrenzen bei Systemen der betrieblichen Altersversorgung (ausf. *Renner* NZA 2006, 1254 ff.). Gesetzestechnisch ist das völlig verunglückt, da gemäß der Ausnahmeregelung in § 2 Abs. 2 das AGG eigentlich für die betriebliche Altersversorgung gar nicht gelten soll (s. C/Rz. 3840), die Regelung hätte also ins BetrAVG gehört. Dass es im Bereich der betrieblichen Al-

tersversorgung zulässig ist, den Bezug bestimmter Leistungen vom Erreichen eines bestimmten Alters abhängig zu machen (betriebliche Altersrente ab 65), ist nie bezweifelt worden. Das gilt auch für Invaliditätsleistungen, die davon abhängig gemacht werden können, dass bei Eintritt der Invalidität ein bestimmtes Lebensalter erreicht ist. Zulässig ist auch, die Mitgliedschaft in Versorgungssystemen von bestimmten Altersgrenzen abhängig zu machen. So bleibt bspw. § 1b Abs. 1 S. 1 BetrAVG wirksam, wonach Anwartschaften auf betriebliche Altersversorgung nicht entstehen, wenn der Arbeitnehmer bereits vor Erreichen des 30. Lebensjahres das Unternehmen wieder verlässt. Ebenso kann geregelt werden, dass ältere Arbeitnehmer nicht mehr in die betriebliche Altersversorgung einbezogen werden, wenn sie erst oberhalb einer gewissen Altersgrenze in das Unternehmen eintreten und ohnehin keine nennenswerten Ansprüche mehr erwerben könnten.

ff) Altersgrenzen für die Beendigung von Arbeitsverhältnissen (Nr. 5)

Besonders umstritten in den Diskussionen vor Inkrafttreten des AGG waren tarifliche und einzelvertragliche Altersgrenzen. § 10 S. 3 Nr. 5 AGG bestimmt dazu jetzt, dass solche Regelungen weiterhin zulässig sind, § 41 SGB VI soll allerdings davon unberührt bleiben. Im Einzelnen bedeutet dies, dass die üblichen auf das **Erreichen des 65. Lebensjahres** gezogenen Altersgrenzen in Einzelarbeitsverträgen und vor allem Tarifverträgen weiterhin **wirksam bleiben** (an ihrer Stelle werden nach der Neuregelung des Renteneintrittsalters Regelungen bzgl. des 67. Lebensjahres treten). Europarechtlich ist § 10 S. 3 Nr. 5 AGG entgegen einer weit verbreiteten Auffassung unproblematisch, da nach Erwägungsgrund 14 der EG-Richtlinie 2000/78 einzelstaatliche Bestimmungen über die Festsetzung von Altersgrenzen für den Eintritt in den Ruhestand unberührt bleiben. Tatsächlich ist nicht zu verkennen, dass Altersgrenzen ein legitimes Ziel verfolgen, nämlich den Arbeitsmarkt für den Zugang jüngerer Arbeitnehmer offen zu halten. Allerdings ist insbesondere im angelsächsischen Rechtskreis die Überzeugung verbreitet, Altersgrenzen seien generell altersdiskriminierend und unzulässig (*Wiedemann/Thüsing* NZA 2002, 1238; *Thüsing* NZA 2001, 1064).

3861

Der Hinweis auf § 41 SGB VI bedeutet, dass es nach wie vor grundsätzlich unzulässig ist, ein Arbeitsverhältnis statt auf den Zeitpunkt des Bezugs der Regelaltersrente (derzeit 67 Jahre) bereits auf ein niedrigeres Alter zu befristen, in dem der Arbeitnehmer nur vorgezogene (gekürzte) Altersrente in Anspruch nehmen kann. Eine Befristung auf ein geringeres Alter als 67 ist nach § 41 S. 2 SGB VI nur dann wirksam, wenn sie innerhalb der letzten drei Jahre vor dem geplanten Ausscheidenszeitpunkt abgeschlossen oder vom Arbeitnehmer bestätigt worden ist.

3862

Nicht unter § 10 S. 3 Nr. 5 AGG fallen Altersgrenzen, die nichts mit der gesetzlichen Altersversorgung oder dem Offenhalten des Arbeitsmarkts zu tun haben, sondern die in besonders gefährlichen und gefährdenden Berufen aus Gründen der **Gefahrenabwehr** ein niedrigeres Höchstalter vorsehen. Dies betrifft insbes. die im Bereich der Luftfahrt verbreiteten Altersgrenzen von 60 Jahren für Cockpit-Besatzungen. Diese Altersgrenzen sind – auch nach der Einschränkung der öffentlich-rechtlichen Flugverbote für über 60-jährige Piloten – von der Rechtsprechung immer als wirksam angesehen worden, da es medizinischen Erfahrungswerten entspreche, dass Fehlleistungen ab einem Alter von 60 zunehmen (zuletzt *BAG* 27.11.2002 EzA § 620 BGB 2002 Altersgrenze Nr. 1 = NZA 2003, 812; 21.7.2004 EzA § 620 BGB – Altersgrenze Nr. 5; ausf. *Schmidt/Senne* RdA 2002, 87 f.). Die Rechtfertigung ergibt sich hier sowohl aus § 8 AGG (»wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung«) als auch aus der Generalklausel des § 10 S. 1 und 2 AGG. Für Kabinenpersonal sind dagegen spezielle Altersgrenzen nicht gerechtfertigt (*BAG* 31.7.2002 EzA Art. 9 GG Nr. 78 = NZA 2002, 1155).

3863

gg) Differenzierungen in Sozialplänen (Nr. 6)

§ 10 S. 3 Nr. 6 (ursprünglich Nr. 8) erlaubt in gewissem Umfang und unter bestimmten Voraussetzungen alters- und dienstzeitabhängige Differenzierungen in Sozialplänen. Die Regelung muss entsprechend für freiwillige Sozialpläne gelten, die außerhalb von Betriebsänderungen nach § 111 Nr. 1 bis 5 BetrVG die Folgen betriebsbedingter Kündigungen abfedern (*Löwisch* DB 2006, 1730; *Bauer/Göpfert/Krieger* § 10 Rz. 51). Das Gleiche muss für entsprechende Richtlinien nach dem SprAuG sowie für Tarifsozialpläne gelten, jedenfalls über § 10 S. 1 und 2 AGG. Nr. 6 privilegiert entgegen dem Wortlaut (»oder«) auch solche Sozialpläne, die gleichzeitig (»und/oder«) nach Alter und Betriebszugehörigkeit differenzieren (*Bauer/Göpfert/Krieger* § 10 Rz. 52 gegen *Löwisch* DB 2006, 1731). Nr. 6 knüpft an die allgemein anerkannte »Überbrückungsfunktion« des Sozialplans (*BAG* 31.7.1996 EzA § 112 BetrVG NR. 86 = NZA 1997, 166) an und erlaubt zwei – an sich völlig konträre Abweichungen –

3864

vom Gebot der altersneutralen Dotierung. Auf der einen Seite dürfen ältere Arbeitnehmer (und/oder solche mit längerer Beschäftigungsdauer) höhere Sozialplanleistungen erhalten als jüngere mit niedrigerer Betriebszugehörigkeit, weil ältere Arbeitnehmer typischerweise schwerer vermittelbar sind und deshalb eines besseren/längeren Schutzes bedürfen (erste Alternative). Gleichzeitig ist es aber wegen der Überbrückungsfunktion des Sozialplans auch zulässig, dass diejenigen älteren Arbeitnehmer keine oder nur noch geringe Sozialplanleistungen erhalten, die unmittelbar oder gegebenenfalls nach Bezug von Arbeitslosengeld in Altersrente gehen können (zweite Alternative).

- 3865 Welche der in der Praxis üblichen Sozialplangestaltungen unter § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG noch zulässig sind, ist angesichts des unklaren Regelungsinhalts und der Vielzahl der verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe nicht prognostizierbar. Wenn das Gesetz beispielsweise von den »wesentlich vom Alter abhängenden Chancen auf dem Arbeitsmarkt« als Rechtfertigungsgrund spricht, muss dann im Einzelfall nachgewiesen werden, dass in der betreffenden Region und Branche die Chancen auf dem Arbeitsmarkt wesentlich vom Alter abhängen oder ist diese Formulierung nur inhaltslose Gesetzeslyrik mit der Folge, dass stets ohne weitere Prüfung unterstellt werden kann, dass die Arbeitsmarktchancen vom Alter abhängen und deshalb eine Differenzierung zulässig ist? Genauso unklar ist, ob die »verhältnismäßig starke« (?) Betonung des Alters tatsächlich – wie es der Wortlaut nahe legt – Voraussetzung der Rechtfertigung nach § 10 S. 3 Nr. 6 AGG sein soll oder ob nicht bei verhältnismäßig geringer Betonung des Alters erst recht die Sozialplanregelung wirksam sein muss.

Letztlich spricht einiges dafür, dass im Wesentlichen all das weiter zulässig sein wird, was in der Praxis verbreitet ist, nämlich:

- gleiche Abfindung für jeden betroffenen Arbeitnehmer ohne Berücksichtigung von Alter und Betriebszugehörigkeit,
- Formel »Monatsgehalt × Dienstjahre × Faktor«
- Formel »(Monatsgehalt × Dienstjahre × Alter): Divisor«.

- 3866 Bei richtigem Verständnis von § 10 S. 3 Nr. 6 AGG müssen aber auch Sozialplanstaffelungen zulässig sein, die Alter und Betriebszugehörigkeit zwar anspruchserhöhend berücksichtigen, aber nicht linear. So wird beispielsweise auch künftig nichts einzuwenden sein gegen Sozialpläne, die **altersunabhängige Mindestbeträge** (»Sockel«) vorsehen oder die zu berücksichtigenden Lebensjahre und/oder Dienstjahre auf einen bestimmten **Höchstbetrag kappen** (BAG 19.10.1999 EzA § 112 BetrVG Nr. 102 = AP 135 zu § 112 BetrVG zur früheren Rechtslage). Unabhängig von § 10 S. 3 Nr. 6 AGG problematisch dürfte dagegen das Herausrechnen von Erziehungszeiten/Elternzeiten sein, weil hier regelmäßig eine mittelbare Frauendiskriminierung vorliegen dürfte. Unabhängig von § 10 S. 3 Nr. 6 AGG wird auch künftig nichts dagegen einzuwenden sein, wenn **Teilzeitbeschäftigte** Abfindungen nur anteilig erhalten und **geringfügig Beschäftigte** ganz aus Sozialplänen herausgenommen werden (Bauer/Göpfert/Krieger § 10 Rz. 55). Nicht diskriminierend sind Sozialplanzuschläge für Schwerbehinderte sowie für Unterhaltspflichten (Spitzfindige könnten zwar in Kinderzuschlägen eine mittelbare Diskriminierung Homosexueller sehen, aber dies wäre jedenfalls sachlich gerechtfertigt, weil nicht an der Kinderzahl angeknüpft wird, sondern an den diesbezüglichen Unterhaltspflichten).
- 3867 In der zweiten Alternative gestattet § 10 S. 3 Nr. 6 AGG den **Ausschluss von Sozialplanleistungen** für solche **älteren Beschäftigten**, die wirtschaftlich abgesichert sind, weil sie, ggf. nach Bezug von Arbeitslosengeld, **rentenberechtigt** sind. Entgegen dem Wortlaut muss nach Sinn und Zweck der Vorschrift nicht nur eine völlige Herausnahme gerechtfertigt sein, sondern auch eine Reduzierung der Leistungen (LAG Köln 4.6.2007 – 14 Sa 201/07 – BB 2007, 2572; Bauer/Göpfert/Krieger § 10 Rz. 54), dies entspricht auch der bisherigen Rechtslage (BAG 31.7.1996 EzA § 112 BetrVG Nr. 86 = NZA 1996, 165; krit. Leuchten NZA 2002, 1260; Fischer DB 2002, 1997). Das Gesetz stellt nur auf die Rentenberechtigung ab, ohne dass es darauf ankäme, ob es sich um Regelaltersrente oder (gekürzte) vorgezogene Altersrente handelt. Auch stellt das Gesetz klar, dass solche Arbeitnehmer von Sozialplanleistungen ausgeschlossen werden können, die zwar noch nicht sofort in (vorgezogene) Rente gehen können, aber nahtlos nach Bezug von Arbeitslosengeld. Die finanzielle Einbuße wegen des gegenüber dem Nettogehalt niedrigeren Arbeitslosengelds braucht also nicht ausgeglichen zu werden. Nr. 6 wird man entsprechend auch auf diejenigen Fälle anwenden können, in denen zwar der nahtlose Übergang vom Arbeitsverhältnis ins Arbeitslosengeld und von dort in die Altersrente nicht gelingt, aber die dazwischen liegenden, nicht durch Sozialleistungen abgedeckten Zeiträume nur sehr kurz sind; in solchen Fällen kann sich der Sozialplan darauf beschränken, diese Zeiten finanziell zu überbrücken. Bei

schwerbehinderten Menschen ist zu berücksichtigen, dass sie regelmäßig schon mit 60 Jahren in Rente gehen können (a. A. Fischer DB 2002, 1997). Fraglich ist, ob sich aus der zweiten Alternative des § 10 S. 3 Nr. 6 AGG ergibt, dass lineare Steigerungen der Abfindung mit zunehmendem Alter wegen Benachteiligung der Jüngeren unzulässig sind, wenn für rentennahe Jahrgänge keine Abschläge vorgesehen sind (s. *Annufß* BB 2006, 1634).

hh) Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG

Schon im Vorfeld besonders heftig umstritten waren die Auswirkungen des Verbots der Altersdiskriminierung auf die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG sowie auf tarifvertragliche Unkündbarkeitsregelungen. Die ursprünglich in § 10 S. 3 Nr. 6 und 7 AGG a. F. enthaltenen Regelungen sind durch das Korrekturgesetz vom 2.12.2006 (BGBl. I S. 2742) wieder gestrichen worden. Sie waren gesetzestechnisch unvereinbar mit § 2 Abs. 4 AGG, wonach das gesamte AGG für Kündigungen nicht gilt (s. Rz. 3841). Für die Praxis ist durch diese Streichung nichts gewonnen. Die Unklarheiten sind eher noch größer als vorher, da sich der Gesetzgeber aus unerfindlichen Gründen nicht getraut hat, die gestrichenen Regelungen ins KSchG zu übernehmen (wo sie ohnehin systematisch hingehört hätten, vgl. oben C/Rz. 3821). Im Hinblick auf die Sozialauswahl wird in der Literatur so gut wie alles vertreten (gute Übersicht bei *Gaul/Bonanni* BB 2008, 318). Während einige der Auffassung sind, das Alter dürfe überhaupt nicht mehr berücksichtigt werden, vertreten andere die Auffassung, gegenüber dem bisherigen Verständnis von § 1 Abs. 3 KSchG ändere sich – jedenfalls nach der Streichung von § 10 S. 3 Nr. 6 a. F. – gar nichts (*Bauer/Göpfert/Krieger* § 10 Rn. 41 ff.). Zur richtigen Lösung gelangt man, wenn man vom Wortlaut des § 1 Abs. 3 KSchG ausgeht. Dort steht das Alter ausdrücklich als eines der zu berücksichtigenden Kriterien. Dabei geht der Normbefehl der gestrichenen Nr. 6 a. F., wonach dem Alter kein genereller Vorgang gegenüber den anderen Auswahlkriterien zukommen durfte, ohnehin an der Praxis und der Rechtsprechung des BAG vorbei, weil dem Alter nie ein genereller Vorrang gegenüber anderen Auswahlkriterien zugute gekommen war (*ErfK/Ascheid*, § 1 KSchG Nr. 485). Wegen des klaren Wortlauts des § 1 Abs. 3 KSchG käme man an der Berücksichtigung des Alters bei der Sozialauswahl nur dann hinweg, wenn die Vorschrift europarechtswidrig wäre. Das ist sie aber schon deshalb nicht, weil i. S. v. § 10 S. 1 und 2 AGG mit zunehmendem Alter tendenziell die Chancen auf dem Arbeitsmarkt sinken und deshalb der Schutz der Älteren vor Kündigungen geboten ist. Bedenklich wäre allerdings eine Bevorzugung älterer Arbeitnehmer bei Kündigungen auch dann, wenn diese schon rentennah sind, sie also unmittelbar oder nach Bezug von Arbeitslosengeld Altersrente in Anspruch nehmen können. Hier läge in der Parallelwertung zu Nr. 6 n. F. (Nr. 8 a. F.) nahe, eine unzulässige Privilegierung der Älteren gegenüber den Jüngeren anzunehmen, was durch europarechtskonforme einschränkende Auslegung von § 1 Abs. 3 KSchG zu korrigieren wäre. Die Sozialauswahl nach **Altersgruppen** ist nach richtiger Ansicht weiterhin zulässig (*LAG Nds.* 13.7.2007 LAGE § 2 AGG Nr. 3; *Bauer/Krieger* NZA 2007, 674). Im Übrigen ändert das Inkrafttreten des AGG nichts daran, dass die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG eine Auswahlentscheidung ist, bei der der Arbeitgeber einen erheblichen **Wertungsspielraum** hat; die Sozialauswahl muss nur »ausreichend« vorgenommen werden (*BAG* 5.12.2002 EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 49 = NZA 2003, 791 und 2.6.2005 EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 63 = NJW 2006, 315).

3868

ii) Unkündbarkeit

Der ebenfalls durch das Korrekturgesetz vom 2.12.2006 gestrichene § 10 S. 3 Nr. 7 a. F. betraf die Rechtfertigung einzelvertraglicher oder tarifvertraglicher Unkündbarkeitsregeln, nach denen ab einem bestimmten Alter, gegebenenfalls kombiniert mit einer gewissen Mindestdienstzeit, die ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist (vgl. § 34 Abs. 2 TVöD: Ausschluss der ordentlichen Kündigung ab Alter 40 bei mindestens 15 Jahren Dienstzeit). Nr. 7 a. F. hatte solche Unkündbarkeitsregeln für wirksam gehalten, sofern sie nicht im Einzelfall im Rahmen der Sozialauswahl den Kündigungsschutz anderer Beschäftigter grob fehlerhaft mindern. Der Gesetzgeber hatte sich also für die Lösung entschieden, Unkündbarkeitsregeln grundsätzlich für wirksam zu erklären und sie lediglich im Einzelfall durch die Grundsätze der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG zu überspielen. Da der Gesetzgeber diese Regelung zwar im AGG gestrichen, aber (unverständlicherweise) nicht ins KSchG übernommen hat, steht die Praxis vor der ungelösten Frage, wie sie künftig mit Alterssicherung umgehen soll. Denkbar wäre die Lösung, individual- und tarifvertragliche Unkündbarkeitsregelungen nach wie vor für an

3869

sich wirksam zu halten (so *LAG BW* 15.3.2007 – 21 Sa 97/06 – juris), sie jedoch in Grenzfällen europarechtskonform dahingehend **einschränkend auszulegen**, dass sie nicht zu einer **groben Unbilligkeit** gegenüber nicht altersgesicherten Arbeitnehmern führen dürfen. Das entspräche im Wesentlichen dem Prüfungsmaßstab, den die Arbeitsgerichte bei Vorliegen einer Namensliste nach § 1 Abs. 5 KSchG im Verhältnis zu § 1 Abs. 3 KSchG vornehmen (ähnlich *Bauer/Göpfert/Krieger* Nachtrag S. 6). Sollte dagegen die Rechtsprechung zu dem Ergebnis kommen, dass individual- und tarifvertragliche Unkündbarkeitsregelungen generell diskriminierend sind, würde sich die spannende Frage nach der Fehlerkorrektur stellen. An sich ist allgemeiner Grundsatz des Diskriminierungsrechts, dass eine diskriminierende Bevorzugung einer Personengruppe dadurch ausgeglichen wird, dass der jeweilige Vorteil auch den diskriminierten Arbeitnehmern zugute kommt. Bei einer diskriminierenden Unkündbarkeitsregelung würde das heißen, dass sämtliche Arbeitnehmer unkündbar wären. Ein wahrhaft absurdes Ergebnis! Deshalb müsste die Fehlerkorrektur hier ausnahmsweise so erfolgen, dass die Regelung insgesamt unwirksam ist und kein Mitarbeiter unkündbar ist.

jj) Kündigungsfristen

- 3870 Als **unproblematisch** werden die mit zunehmender Betriebszugehörigkeit steigenden Kündigungsfristen des § 622 Abs. 2 BGB angesehen (z. B. *Willemsen/Schweibert* NJW 2006, 2586). Unhaltbar dürfte dagegen § 622 Abs. 2 S. 2 BGB sein, wonach bei den Betriebszugehörigkeitszeiten für die Berechnung der Kündigungsfrist nur die Zeiten **nach Vollendung des 25. Lebensjahres** zählen sollen (*LAG Bln.* 24.7.2007 – 7 Sa 561/07 – BB 2008, 283; *LAG Düsseld.* 21.11.2007 BB 2008, 116; *Willemsen/Schweibert* a. a. O.; *Preis* NZA 2006, 408).

i) Rechtfertigung von Diskriminierung wegen Religion/Weltanschauung

- 3871 Ebenso wie § 10 AGG besondere Rechtfertigungsmöglichkeiten für bestimmte Formen der Altersdiskriminierung enthält, sieht § 9 AGG für die Diskriminierung wegen Religion und Weltanschauung großzügigere Rechtfertigungsregelungen vor (ausf. *Belling* NZA 2004, 885 zur Gesetzgebungsgeschichte und den europarechtlichen Vorgaben). Dabei geht es vor allem um den Schutz des Selbstverwaltungsrechts der Kirchen und der übrigen Religionsgesellschaften (Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 ff. Weimarer Reichsverfassung).

aa) Differenzierung nach Religionszugehörigkeit

- 3872 § 9 Abs. 1 AGG erlaubt den Religionsgemeinschaften eine unterschiedliche Behandlung der Beschäftigten nach Religion und Weltanschauung, wenn die geforderte Religion oder Weltanschauung nach Art der Tätigkeit und im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaft eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt. Der Wortlaut stellt klar, dass es nicht auf einen objektiven Maßstab ankommt, sondern auf das Selbstverständnis der Religionsgemeinschaft. Darüber hinaus muss man bei Abs. 1 nach der Art der Tätigkeit differenzieren. Je näher eine Tätigkeit dem »**verkündungsnahen Bereich**« (*Bauer/Göpfert/Krieger* § 9 Rz. 14) steht, desto eher ist eine Differenzierung gerechtfertigt. So darf beispielsweise die katholische Kirche oder eine muslimische Glaubensgemeinschaft sicherlich darauf bestehen, dass ihre Religionslehrer dem zu lehrenden Glauben selbst angehören. Ob dagegen auch der Hausmeister oder die Putzfrau der Kirche dem »richtigen« Glauben angehören, ist unerheblich und rechtfertigt eine Differenzierung nicht (*Wisskirchen* DB 2006, 1492). Geschützt von § 9 Abs. 1 AGG sind nicht nur die Kirchen/Religionsgemeinschaften selbst, sondern auch die ihnen **zugeordneten Einrichtungen** ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform. Entscheidender Maßstab ist das Ausmaß der institutionellen Verbindung zwischen der Einrichtung und der Religionsgemeinschaft. Von Abs. 1 geschützt sind beispielsweise auch Hospitäler als karitative Einrichtungen der katholischen Kirche (*BVerfG* 11.10.1977 EzA § 118 BetrVG Nr. 15 = *BVerfGE* 46, 73) sowie kirchliche Bildungseinrichtungen (*BVerfG* 21.9.1976 AP 5 zu Art. 140 GG). Der geschützte Bereich ist aber enger als bspw. bei § 118 BetrVG.

§ 9 Abs. 1 AGG erlaubt den Religionsgemeinschaften nur die Differenzierung hinsichtlich der Religionszugehörigkeit bzw. der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Weltanschauung. Andere Differenzierungen dagegen sind nicht von § 9 Abs. 1 privilegiert und deshalb nur über die allgemeinen Rechtfertigungsregeln des § 8 AGG aufrecht zu erhalten. Das Gebot der katholischen Kirche, dass Priester männlich sein müssen, ist deshalb über § 9 Abs. 1 AGG nicht zu rechtfertigen.