

---

**Datum:** 29.02.2012  
**Gericht:** Landesarbeitsgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 12. Kammer  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 12 Sa 1430/11  
**ECLI:** ECLI:DE:LAGD:2012:0229.12SA1430.11.00

---

**Vorinstanz:** Arbeitsgericht Essen, 2 Ca 2754/10  
**Schlagworte:** Höchstaltersgrenze von 50 Jahren in der betrieblichen Altersversorgung  
**Normen:** §§ 1, 2, 3, 7, 10, 33 AGG; §§ 1b, 30 f BetrAVG; § 75 BetrVG; § 256 ZPO; Art. 18 RL 2000/78/EG  
**Sachgebiet:** Arbeitsrecht  
**Leitsätze:**  
1. Schließt eine Versorgungsordnung Arbeitnehmer von jeglichen Versorgungsleistungen aus, welche ihre Tätigkeit nach dem vollendeten 50. Lebensjahr aufnehmen, liegt darin eine unzulässige Diskriminierung wegen des Alters. Ein derart niedriges Höchstalter ist unverhältnismäßig i.S.v. § 10 Sätze 1, 2 AGG.  
2. Eine Wartezeit von 10 Jahren in der Versorgungsordnung beinhaltet keine unzulässige Altersdiskriminierung. 3. Kombiniert eine Versorgungsordnung eine unzulässige Höchstaltersgrenze mit einer Wartezeit, beginnt die Wartezeit erst mit In-Kraft-Treten des AGG am 18.08.2006 zu laufen.

---

**Tenor:**

1.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Essen vom 11.10.2011 - 2 Ca 2754/10 - wird zurückgewiesen.

2.

Die Kosten der Berufung werden der Klägerin auferlegt.

---

T A T B E S T A N D:	1
Die am 08.11.1944 geborene Klägerin war vom 26.02.1996 bis zum 30.06.2010 auf der Grundlage des Arbeitsvertrags vom 26.02.1996 als Verkäuferin bei der I. E.-Schuhe GmbH & Co. KG, der jetzigen E. SE beschäftigt. Für Mitarbeiterinnen, die bis zum 30.06.1997 eintraten, bestand folgender Leistungsplan der Unterstützungskasse der E.-Schuhe GmbH & Co. KG (LP), der jetzt als Unterstützungskasse der E. SE firmierenden Beklagten. In diesem hieß es u.a.:	2
"§ 1 Arten der Leistungen	3
(1) Die Unterstützungskasse gewährt:	4
a) Altersrenten - § 6 -	5
b) Invalidenrenten - § 7 - .	6
§ 2 Voraussetzungen für die Leistungen	7
(1) Versorgungsleistungen werden gewährt, wenn der Betriebsangehörige	8
a) Eine anrechnungsfähige Dienstzeit (§ 3) von mindestens zehn Jahren (Wartezeit) erfüllt	9
§ 3 Anrechnungsfähige Dienstzeit	10
(1) Als anrechnungsfähige Dienstzeit gilt rentenbegründend die Zeit, die der Betriebsangehörige ununterbrochen in den Diensten der Firma verbracht hat. . Als rentensteigernde Dienstzeit werden nur Dienstjahre angerechnet, in denen der Arbeitnehmer für mehr als 6 volle Monate in einem entgeltpflichtigen Arbeitsverhältnis zur Firma gestanden hat.	11
Nach dem vollendeten 60. Lebensjahr werden Dienstjahre nicht mehr angerechnet.	12
Es werden nur die ersten 30 rentenbegründenden Dienstjahre für die Ermittlung des Rentenanspruchs berücksichtigt.	13
Bei Aufnahme der Tätigkeit nach dem vollendeten 50. Lebensjahr kann eine Anwartschaft auf Versorgungsleistungen nicht mehr erworben werden. .	14
§ 4 Rentenfähiges Einkommen	15
(1) Als rentenfähiges Einkommen gilt der monatliche Durchschnitt des Brutto-Arbeitseinkommens, das der Betriebsangehörige von der Firma in den letzten 5 Dienstjahren bezogen hat. .	16
§ 5 Höhe der Renten	17
(2) Die Renten werden wie folgt errechnet:	18
	19

In den ersten zehn Jahren (Wartezeit) für jedes	20
anrechnungsfähige Dienstjahr (§ 3)1,0 v.H.	21
und für jedes nach der Wartezeit zurückgelegte weitere	22
anrechnungsfähige Dienstjahr0,5 v.H.	23
Die Höchstgrenze beträgt 20 v.H. des rentenfähigen Einkommens. .	24
§ 5 Altersrente	25
(1) Altersrente wird den Betriebsangehörigen gewährt, die das 65. Lebensjahr vollendet haben und aus der Firma oder den Diensten des derzeitigen Arbeitgebers ausgeschieden sind. ."	26
Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den zur Akte gereichten Leistungsplan Bezug genommen. Das Versorgungswerk wurde aufgrund des Beschlusses des Vorstands der Beklagten vom 25.06.2001 geschlossen.	27
Die Klägerin ist der Ansicht gewesen, ihr stehe gemäß §§ 1 Abs. 1 a, 6 Abs. 1 LP eine Altersrente in Höhe von 12% des monatlichen Durchschnitts ihres Bruttoarbeitseinkommens, das sie in den letzten 5 Dienstjahren von der E. SE bezogen hat, zu. Der Ausschluss von Arbeitnehmern aus dem Leistungsplan, welche das 50. Lebensjahr vollendet haben, sei eine unzulässige Diskriminierung wegen des Alters i.S.v. § 1 AGG, mithin gemäß § 7 Abs. 2 AGG unwirksam. Eine Rechtfertigung gemäß § 10 AGG komme nicht in Betracht. Dies gelte ebenfalls für den Ausschluss der anrechnungsfähigen Dienstjahre ab dem 60. Lebensjahr. Das AGG komme zur Anwendung, weil der Leistungsfall nach In-Kraft-Treten des AGG eingetreten sei. Auf das Risiko einer Invaliditätsrente käme es nicht an, weil sie lediglich eine Rente wegen Alters begehre. Zudem sehe § 13 LP eine Härtefallklausel vor.	28
Die Klägerin hat zuletzt beantragt,	29
festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr mit Wirkung ab dem 01.07.2010 eine betriebliche Altersrente in Höhe von 12% des monatlichen Durchschnitts ihres Bruttoarbeitseinkommens, das sie in den letzten 5 Dienstjahren von der E. SE bezogen hat, zu zahlen und zwar nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit und dann jeweiliger Fälligkeit.	30
Die Beklagte hat beantragt,	31
die Klage abzuweisen.	32
Sie hat die Ansicht vertreten, der Ausschluss von Arbeitnehmern, die das 50. Lebensjahr vollendet haben, aus dem Leistungsplan sei rechtswirksam. Das AGG finde auf den vorliegenden Fall gemäß § 33 AGG keine Anwendung. Aber selbst wenn man dies anders sehe, käme eine - unterstellte - Unwirksamkeit des genannten Ausschlusses in § 3 Abs. 1 LP erst mit In-Kraft-Treten des AGG am 18.08.2006 zum Tragen. Nach diesem Zeitpunkt habe die Klägerin die Wartezeit von zehn Jahren jedoch nicht mehr erfüllen können. Dies müsse insbesondere deshalb gelten, weil das Bundesarbeitsgericht die hier streitige Regelung im Jahre 1986 gebilligt habe. Es liege insoweit auch kein Verstoß gegen gesetzliche Unverfallbarkeitsbestimmungen vor. Aber selbst, wenn man dies anders sehen wollte, wäre die Ungleichbehandlung gemäß § 10 Satz 3 Nr. 4 AGG gerechtfertigt. Da der Leistungsplan	33

auch eine Invaliditätsrente vorsehe, bestehe ein legitimes Interesse der Beklagten, die besondere Risikogruppe der älteren Mitarbeiter auszuschließen. Zudem dürfe der Arbeitgeber den Versorgungsplan so definieren, dass die Betriebstreue die Rentenverbindlichkeiten rechtfertige. Dies gelte insbesondere deshalb, weil gemäß § 5 Abs. 2 LP bereits in den ersten zehn Jahren die Hälfte der Betriebsrente verdient werden könne. Sie selbst dürfe den Dotierungsrahmen bestimmen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage mit Urteil vom 11.10.2011 abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass das AGG auf den vorliegenden Fall gemäß § 33 AGG ebenso keine Anwendung finde wie die RL 2000/78/EG. Der Ausschluss von Arbeitnehmern, welche das 50. Lebensjahr vollendet haben, sei gemäß § 75 Abs. 1 BetrVG nicht zu beanstanden. Gegen das ihr am 16.11.2011 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 12.12.2011 Berufung eingelegt und diese am 16.01.2012 begründet. 34

Sie ist der Ansicht, das Arbeitsgericht habe zu Unrecht die zeitliche Anwendbarkeit des AGG verneint, denn bis zum Zeitpunkt des Leistungsfalls am 30.06.2010 habe das Arbeitsverhältnis im zeitlichen Anwendungsbereich des AGG noch bestanden. Durch den Ausschluss aus dem Versorgungsplan werde sie wegen ihres Alters diskriminiert. Es gebe auch kein legitimes Ziel, weshalb Zeiten nach dem 60. Lebensjahr nicht mehr anrechnungsfähig sein sollten. 35

Die Klägerin beantragt, 36

das Urteil des Arbeitsgerichts Essen vom 11.10.2011 zum Az. 2 Ca 2754/10 abzuändern und festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr mit Wirkung ab dem 01.07.2010 eine betriebliche Altersrente in Höhe von 12 Prozent des monatlichen Durchschnitts ihres Bruttoarbeitseinkommens, das sie in den letzten 5 Dienstjahren von der E. SE bezogen hat, zu zahlen und zwar nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit und dann jeweiliger Fälligkeit. 37

Die Beklagte beantragt, 38

die Berufung zurückzuweisen. 39

Sie ist der Ansicht, dass das AGG gemäß § 33 AGG keine Anwendung finde. Es fehle bereits an einem Versorgungsvertrag, weil die Klägerin vor In-Kraft-Treten des AGG wirksam von dem Leistungsplan ausgeschlossen worden sei. Allenfalls komme eine Unwirksamkeit ex nunc in Betracht, die im konkreten Fall aufgrund der Wartezeit zu keinem Anspruch der Klägerin führe. Jedenfalls sei der Ausschluss gemäß § 10 Satz 3 Nr. 4 AGG gerechtfertigt. Die Versorgungsrisiken älterer Arbeitnehmer seien höher. 40

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen in beiden Instanzen Bezug genommen. 41

**ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:** 42

Die zulässige Berufung der Klägerin ist unbegründet. 43

A.Die Berufung ist unbegründet, weil das Arbeitsgericht die zulässige Klage zu Recht als unbegründet abgewiesen hat. 44

I.Die Klage ist als Feststellungsklage zulässig. 45

46

1. Bei der begehrten Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin ab dem 01.07.2010 eine betriebliche Altersrente in der beantragten Höhe zu zahlen, handelt es sich um ein Rechtsverhältnis i.S.v. § 256 Abs. 1 ZPO. Zwar können nach § 256 Abs. 1 ZPO nur Rechtsverhältnisse Gegenstand einer Feststellungsklage sein, nicht hingegen bloße Elemente oder Vorfragen eines Rechtsverhältnisses. Eine Feststellungsklage muss sich allerdings nicht notwendig auf ein Rechtsverhältnis insgesamt erstrecken. Sie kann sich vielmehr auf einzelne Beziehungen oder Folgen aus einem Rechtsverhältnis, auf bestimmte Ansprüche oder Verpflichtungen sowie auf den Umfang einer Leistungspflicht beschränken (BAG 29.01.2008 - 3 AZR 214/06, NZA-RR 2008, 438 Rn. 13; BAG 23.08.2011 - 3 AZR 650/09, NZA 2012, 37 Rn. 30). So ist es hier. Gegenstand des Feststellungsantrags sind das betriebsrentenrechtliche Rechtsverhältnis als solches, der Umfang der Leistungspflicht in Höhe der von der Klägerin begehrten 12 % des rentenfähigen Einkommens sowie die begehrten Zinsen. Letztere können ebenfalls Gegenstand eines Feststellungsantrages sein (vgl. z.B. BAG 20.04.2011 - 4 AZR 241/09, NZA-RR 2011, 584 Rn. 6, 10; BAG 08.12.2011 - 6 AZR 291/10, juris Rn. 8, 12).

2. Der Feststellungsantrag weist das nach § 256 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse auf. 47  
Die Beklagte bestreitet eine Leistungspflicht, was das erforderliche rechtliche Interesse begründet. Dem steht nicht entgegen, dass die Klägerin auf künftige Leistungen klagen könnte. Für eine Feststellungsklage kann trotz der Möglichkeit einer Leistungsklage ein Feststellungsinteresse bestehen, wenn durch sie der Streit insgesamt beseitigt und das Rechtsverhältnis der Parteien abschließend geklärt werden kann (BAG 23.08.2011 a.a.O. Rn. 31). So verhält es sich hier. Zwischen den Parteien ist streitig, ob die Beklagte dem Grunde nach zur Zahlung der Altersrente verpflichtet ist, sowie mit welchem Prozentsatz sie eine Leistung - berechnet aus dem rentenfähigen Einkommen - erbringen soll. Durch die Klärung dieser Vorfragen wird der Streit der Parteien insgesamt beigelegt. Über die sich aus diesen Parametern im Übrigen ergebende Berechnung der Altersrente besteht kein Streit. Unabhängig davon gilt der Grundsatz des Vorrangs der Leistungsklage vor der Feststellungsklage nicht für Klagen auf künftige Leistungen nach § 257 bis § 259 ZPO. Denn der Rechtsschutz sollte durch diese nachträglich in die ZPO eingefügten Bestimmungen im Verhältnis zu der bis dahin schon möglichen Feststellungsklage nicht eingeschränkt, sondern erweitert werden (BAG 20.01.2004 - 9 AZR 43/09, ZTR 2004, 203 Rn. 35).

II. Die Klage ist unbegründet. Der Klägerin steht kein Anspruch auf die von ihr begehrte 48  
Altersrente gemäß §§ 6 Abs. 1, § 2 Abs. 1 LP zu. Zur Überzeugung der Kammer ist allerdings die Regelung des § 3 Abs. 1 LP, mit der Arbeitnehmer von der Versorgung ausgeschlossen werden, die bei Aufnahme der Tätigkeit das 50. Lebensjahr vollendet haben, gemäß § 7 Abs. 2, Abs. 1 1. Halbs. AGG i.V.m. § 1 AGG wegen unzulässiger Altersdiskriminierung unwirksam. Zwar findet das AGG gemäß § 33 AGG auf den vorliegenden Sachverhalt Anwendung. Dies führt zur Überzeugung der Kammer aber nur zu einer Unwirksamkeit ex nunc, d.h. für die Zukunft. Für die Zeit bis zum In-Kraft-Treten des AGG ist der Ausschluss unwirksam, weil er mit den bis dahin geltenden nationalen Vorschriften vereinbar war. Ab dem In-Kraft-Treten des AGG am 18.08.2006 hat die Klägerin die in § 2 Abs. 1 lit a) LP vorgesehene Wartezeit von 10 Jahren bis zum 30.06.2010 nicht mehr erfüllt. Sie hat deshalb keinen Anspruch auf die von ihr begehrte Altersrente erworben.

1. Die Klage ist nicht bereits deshalb unbegründet, weil die Klägerin ihre Ansprüche gegen die 49  
Beklagte als Unterstützungskasse verfolgt. Der Arbeitnehmer kann einen Anspruch auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung unmittelbar gegen die Unterstützungskasse richten. Der Ausschluss des Rechtsanspruchs in § 15 Abs. 1 LP ist lediglich als ein an sachliche Gründe gebundenes Widerrufsrecht zu verstehen, womit dem Arbeitnehmer

durchaus ein Anspruch auf die zugesagten Leistungen eingeräumt wird (BAG 10.12.2001 - 3 AZR 3/02, DB 2003, 124 Rn. 34; BAG 21.03.2006 - 3 AZR 374/05, DB 2006, 2354 Rn. 14). Eine Unterstützungskasse ist zudem über die jeweilige Versorgungsordnung hinaus verpflichtet, die Versorgungszusage des Unternehmens nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen, also auch gemäß der Pflicht zur Gleichbehandlung umzusetzen (BAG 10.12.2001 a.a.O. Rn. 34). Dies schließt die Pflicht zur Nicht-Diskriminierung ein (Rolfs in Blomeyer/Otto/Rolfs, BetrAVG 5. Aufl. 2010, Anh. § 1 Rn. 963; ErfK/Steinmeyer, 12. Aufl. 2012 BetrAVG Vorbem. Rn. 41 m.w.N.).

2.Zur Überzeugung der Kammer ist die Regelung des § 3 Abs. 1 LP, mit der Arbeitnehmer von der Versorgung ausgeschlossen werden, die bei Aufnahme der Tätigkeit das 50. Lebensjahr vollendet haben, gemäß § 7 Abs. 2, Abs. 1 1. Halbs. AGG i.V.m. § 1 AGG wegen unzulässiger Altersdiskriminierung unwirksam. 50

a)Das am 18.08.2006 in Kraft getretene AGG findet auf den vorliegenden Sachverhalt Anwendung. Die Vorschriften des AGG gelten nach § 33 Abs. 1 AGG für alle Benachteiligungen wegen eines der in § 1 AGG genannten Merkmale, die sich ab Inkrafttreten des AGG ereignen. § 33 Abs. 1 AGG bezieht sich entgegen seinem Wortlaut nicht nur auf Benachteiligungen wegen des Geschlechts und sexueller Belästigungen, sondern auf alle Diskriminierungen wegen der in § 1 AGG genannten Merkmale (BAG 17.06.2009, SAE 2010, 279 Rn. 37). Nach § 33 Abs. 1 AGG ist das vor Inkrafttreten des AGG geltende Recht auf Sachverhalte anzuwenden, die am 18.08. 2006 bereits abgeschlossen waren (BAG 14.01.2009 - 3 AZR 20/07, NZA 2009, 489 Rn. 55; BAG 15.02.2011 - 9 AZR 750/09, NZA 2011, 740 Rn. 23). Neues Recht ist anzuwenden, wenn nach dem 17.08.2006 Tatsachen entstanden sind, für die die Benachteiligungsverbote des AGG erheblich sind. Maßgeblich ist die Benachteiligungshandlung. Dies ist i.d.R die zugrunde liegende benachteiligende Maßnahme oder Entscheidung des Arbeitgebers (BAG 14.01.2009 a.a.O. Rn. 55; BAG 17.06.2009 a.a.O. Rn. 37). Allerdings stellen der weitere Bestand des Dauerschuldverhältnisses und die in ihm laufend ausgeübte Benachteiligung ebenfalls eine die Benachteiligung begründende Tatsache dar, welche die zeitliche Anwendbarkeit des AGG auslöst (BAG 14.01.2009 a.a.O. Rn. 55; BAG 17.06.2009 a.a.O. Rn. 37; BAG 20.04.2010 - 3 AZR 509/08, DB 2010, 2000 Rn. 63). So liegt es hier. Zwar war - wie noch auszuführen ist - der Ausschluss der Klägerin aus der Versorgungsordnung nach dem bis zum In-Kraft-Treten des AGG geltenden Recht wirksam. Dies ändert aber nichts daran, dass die Klägerin nach dem 18.08.2006 weiter in einem Arbeitsverhältnis zur E. SE gestanden hat und der Versorgungsfall erst im Jahre 2010, d.h. nach In-Kraft-Treten des AGG eingetreten ist. Erst zu diesem Zeitpunkt verwirklichte sich die Benachteiligung (vgl. BAG 20.04.2010 a.a.O. Rn. 63; BAG 15.02.2011 a.a.O. Rn. 23). Die Klägerin hat nach dem 18.08.2006 weiter unter den Bedingungen des Leistungsplans ihre Arbeitsleistung erbracht. Durch den Ausschluss aus der Versorgungsordnung wurde sie ab dem 18.08.2006 fortlaufend in ihrem Arbeitsverhältnis diskriminiert. 51

b)Das AGG gilt trotz der in § 2 Abs. 2 Satz 2 enthaltenen Verweisung auf das Betriebsrentengesetz auch für die betriebliche Altersversorgung, soweit das Betriebsrentenrecht nicht vorrangige Sonderregelungen enthält (BAG 20.04.2010 a.a.O. Rn. 62). Letzteres ist nicht der Fall. 52

c)Die Regelung des § 3 Abs. 1 LP, mit der Arbeitnehmer von der Versorgung ausgeschlossen werden, die bei Aufnahme der Tätigkeit das 50. Lebensjahr vollendet haben, ist gemäß § 7 Abs. 2, Abs. 1 1. Halbs. AGG i.V.m. § 1 AGG wegen unzulässiger Altersdiskriminierung unwirksam. 53

aa) Mit der genannten Bestimmung in § 3 Abs. 1 LP nimmt der Leistungsplan eine unmittelbar an das Alter anknüpfende Benachteiligung vor. Dies ist gemäß § 7 Abs. 1 AGG i.V.m. § 1 AGG grundsätzlich unzulässig. Allerdings erlaubt § 10 AGG unter den dort genannten Voraussetzungen eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters. Gemäß § 10 Satz 3 Nr. 4 AGG kann die unterschiedliche Behandlung die Festsetzung von Altersgrenzen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit als Voraussetzung für die Mitgliedschaft oder den Bezug von Altersrente einschließen. Zusätzliche Voraussetzung ist gemäß § 10 Sätze 1, 2 AGG, dass die unterschiedliche Behandlung objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Die Mittel zur Erreichung des Ziels müssen zudem angemessen und durch ein legitimes Ziel erforderlich sein. Weil es sich bei § 10 Satz 3 Nr. 4 AGG nur um ein Beispiel innerhalb der gesetzlichen, nicht abschließenden Aufzählung der möglichen legitimen Ziele (so ErfK/Schlachter, 12. Aufl. 2012 § 10 AGG Rn. 4) handelt, ist nicht jede Ungleichbehandlung mit dieser Zielsetzung zulässig. Geboten ist eine Prüfung der Angemessenheit und der Erforderlichkeit der Mittel die zur Erreichung des verfolgten Zwecks eingesetzt werden (so für § 10 Satz 3 Nr. 4 AGG: BAG 11.08.2009 - 3 AZR 23/08, NZA 2010, 404 Rn. 41; LAG Düsseldorf 09.04.2010 - 9 Sa 690/09, NZA-RR 2010, 653 Rn. 78; LAG Baden-Württemberg 23.11.2011 - 2 Sa 77/11, juris Rn. 48; Höfer, Betriebsrentenrecht, Stand Juni 2011, ART 805.9).

bb) Der über § 3 Abs. 1 LP erfolgte Ausschluss von Arbeitnehmern von der Altersrente, welche bereits das 50. Lebensjahr vollendet haben, ist nicht angemessen i.S.v. § 10 Satz 1, 2 AGG. Es ist zwar richtig, dass das Bundesarbeitsgericht bis zum In-Kraft-Treten des AGG die hier streitige Ausschlussregelung für wirksam erachtet hat. Es hat die Regelung aber sowohl im Rahmen der Prüfung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes als auch im Rahmen der Prüfung des § 75 Abs. 1 Satz 2 BetrVG in der bis zum 18.08.2006 geltenden Fassung, wonach "darauf zu achten ist", dass Altersstufen nicht als benachteiligendes Differenzierungsmerkmal verwandt werden, letztlich lediglich einer Willkürkontrolle unterzogen. Die verschiedenen Altersstufen bezeichnen unterschiedliche Versorgungsrisiken. Da der Arbeitgeber frei sei, ob er überhaupt eine Versorgungszusage erteilen will, könne es ihm auch nicht verwehrt sein, das höhere und daher kostspieligere Risiko älterer Arbeitnehmer auszuschließen (BAG 14.01.1986 - 3 AZR 456/84, DB 1986, 2030; s.a. BAG 19.04.2005 - 3 AZR 469/04, juris Rn. 33 m.w.N.). Der Kontrollmaßstab gemäß § 10 Satz 1, 2 AGG ist strenger (ausdrücklich Rengier, NZA 2006, 1251, 1254). Es ist zu prüfen, ob das verfolgte Interesse auf tatsächlichen und nachvollziehbaren Erwägungen beruht und ob die Ungleichbehandlung nicht nur aufgrund von bloßen Vermutungen oder subjektiven Einschätzungen vorgenommen wird. Ferner ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen. Danach muss das verfolgte Ziel in einem angemessenen Verhältnis zu der Ungleichbehandlung stehen (Begriff "angemessen"). Dafür ist eine Abwägung zwischen dem Schutz vor Ungleichbehandlung und dem verfolgten Ziel vorzunehmen. Die Ungleichbehandlung muss letztlich durch das verfolgte Ziel sachlich gerechtfertigt sein. Daneben ist gemäß § 10 Satz 2 AGG zu prüfen, ob auch die eingesetzten Mittel zur Erreichung des Ziels verhältnismäßig sind (BAG 22.01.2009 - 8 AZR 906/07, NZA 2009, 945 Rn. 55 m.w.N.). Es kann offen bleiben, ob eine Höchstaltersgrenze für den Zugang zur betrieblichen Altersversorgung überhaupt zulässig ist. Dafür spricht § 10 Satz 3 Nr. 4 AGG (vgl. z.B. BAG 11.08.2009 a.a.O. Rn. 42; Rengier, NZA 2006, 1251, 1254; Rolfs, NZA 2008, 553, 556; ErfK/Steinmeyer a.a.O. BetrAVG Vorbem. Rn. 45; a.A. Höfer a.a.O. ART Rn. 805.15). Zur Überzeugung der Kammer darf eine Höchstaltersgrenze aber nicht unverhältnismäßig sein (Rolfs, NZA 2008, 553, 556). Je niedriger die Höchstaltersgrenze ist, desto gewichtiger müssen die Gründe i.S.v. § 10 Satz 1, 2 AGG sein (LAG Baden-Württemberg 23.11.2011 a.a.O. Rn. 51). Zwar sind bei leistungsbezogenen Systemen zur Finanzierung der gleichen Leistung bei älteren Arbeitnehmern höhere Aufwendungen

erforderlich. Angesichts der Anhebung der Regelaltersgrenze auf 67 Jahre wird aber vertreten, dass ein niedrigeres Höchstalter als das 52. Lebensjahr unangemessen niedrig sei (so Rolfs, NZA 2008, 553, 556) bzw. dass man die Höchstaltersgrenze evtl. bei 55 Jahren ansetzen könne (Rengier, NZA 2006, 1251, 1255).

cc)Die von der Beklagten vorgebrachten Gründe rechtfertigen in dem dargestellten Sinne bezogen auf die konkrete Ausgestaltung des Leistungsplans keinen vollständigen Ausschluss der Arbeitnehmer, welche das 50. Lebensjahr vollendet haben, von der Altersrente. Für eine derartig niedrige Altersgrenze sind keine hinreichend gewichtigen Gründe dargetan. Es handelt sich bei dem Leistungsplan um eine leistungsorientierte Versorgung. Lediglich anknüpfend an die erbrachte Betriebstreue - ausgedrückt in anrechnungsfähigen Dienstjahren - wird für jedes Jahr der anrechnungsfähigen Dienstzeit gemäß § 5 Abs. 2 LP ein Prozentsatz des rentenfähigen Einkommens als Betriebsrente zugesagt. Es ist auch richtig, dass dabei die Hälfte der maximal erreichbaren Betriebsrente in Höhe von 20 v.H. des rentenfähigen Einkommens bereits nach den ersten zehn Jahren erreicht wird. Es wird also zu Beginn der Dienstzeit eine höhere Betriebsrente erworben als danach, weil die ersten zehn Jahre mit dem Faktor 1,0 v.H. und die nachfolgenden Jahre mit dem Faktor 0,5 v.H. bewertet sind. Dies lässt einen vollständigen Ausschluss derjenigen Mitarbeiter, die bei Eintritt das 50. Lebensjahr erreicht haben aber nicht verhältnismäßig erscheinen. Die konkrete Ausgestaltung der Versorgungsordnung hat zur Folge, dass ein Mitarbeiter 15 Jahre lang betriebstreu sein kann und keinerlei Betriebsrente verdient, während hingegen z.B. ein 48jähriger Mitarbeiter für die gleiche Dienstzeit eine Betriebsrente in Höhe von 12,5 % des rentenfähigen Einkommens erwirbt. Ausreichende Gründe, welche diesen vollständigen und langfristigen Ausschluss rechtfertigen, sind nicht ersichtlich und auch von der Beklagten nicht vorgetragen. Soweit sie sich darauf beruft, dass der Leistungsplan auch eine Invalidenrente enthält, ist dies richtig. Dies kann aber nicht zur Rechtfertigung für den Ausschluss von der Altersrente herangezogen werden. Einem etwaigen höheren Invaliditätsrisiko bei älteren Arbeitnehmern kann durch einen alleine darauf bezogenen Ausschlussbestand begegnet werden (vgl. insoweit Höfer a.a.O. ART Rn. 805.12 ff. und Rn. 805.15). Soweit die Beklagte darauf hinweist, sie müsse eine ausreichende Betriebstreue für die Gewährung der Betriebsrente verlangen können, ist dies richtig. Eine Höchstaltersklausel ist dafür aber nicht erforderlich. Ausreichend und zulässig ist für diesen Zweck eine Wartezeit, welche der Leistungsplan auch vorsieht. Wenn die Beklagte im Übrigen darauf abstellt, dass es ihr obliege, den Dotierungsrahmen festzulegen und damit das Höchstalter begründet, genügt dies den nach § 10 Satz 1, 2 AGG zu stellenden Anforderungen ebenso wenig wie der pauschale Hinweis, dass dem Arbeitgeber ein ausreichender Finanzierungszeitraum bis zum Erreichen der Altersgrenze verbleiben muss.

56

3.Die zu A. II. 2 ausgeführte Rechtsunwirksamkeit von § 3 Abs. 1 LP führt nicht dazu, dass die Klägerin von der Beklagten die beantragte Betriebsrente verlangen kann. Diese Unwirksamkeit führt zur Überzeugung der Kammer nur zu einer Nichtigkeit ex nunc, d.h. für die Zukunft. Für die Zeit bis zum In-Kraft-Treten des AGG ist der Ausschluss wirksam, weil er mit den bis dahin geltenden nationalen Vorschriften vereinbar war. Ab dem In-Kraft-Treten des AGG am 18.08.2006 hat die Klägerin die in § 2 Abs. 1 lit a) LP vorgesehene Wartezeit von 10 Jahren bis zum 30.06.2010 nicht mehr erfüllt. Sie hat deshalb keinen Anspruch auf die von ihr begehrte Altersrente erworben.

57

a)Bis zum 18.08.2006 war die in § 3 Abs. 1 enthaltene Ausschlussregelung gemäß den bis dahin geltenden nationalen Vorschriften wirksam. Wie bereits ausgeführt, hat das Bundesarbeitsgericht bis zum In-Kraft-Treten des AGG die hier streitige Ausschlussregelung für wirksam erachtet hat. Es hat die Regelung sowohl im Rahmen der Prüfung des

58

allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes als auch im Rahmen der Prüfung des § 75 Abs. 1 Satz 2 BetrVG in der bis zum 18.08.2006 geltenden Fassung, wonach "darauf zu achten ist", dass Altersstufen nicht als benachteiligendes Differenzierungsmerkmal verwandt werden, für zulässig erachtet. Die verschiedenen Altersstufen bezeichnen unterschiedliche Versorgungsrisiken. Da der Arbeitgeber frei sei, ob er überhaupt eine Versorgungszusage erteilen will, könne ihm auch nicht verwehrt sein, das höhere und daher kostspieligere Risiko älterer Arbeitnehmer auszuschließen (BAG 14.01.1986 - 3 AZR 456/84, DB 1986, 2030; s.a. BAG 19.04.2005 a.a.O. Rn. 33 m.w.N.). Diese Rechtsprechung hatte das Bundesverfassungsgericht gebilligt (BVerfG 27.11.1989 - 1 BvR 945/86, AP Nr. 5a zu § 1 BetrVG Gleichbehandlung). Gründe gegen diese Rechtsprechung, die nicht im AGG wurzeln, hat die Klägerin nicht vorgebracht. Auch die Kammer sieht - schon aus Gründen der Rechtssicherheit - keinen Anlass von dieser Rechtsprechung für die Zeit vor In-Kraft-Treten des AGG abzuweichen.

b) Die Unwirksamkeit des in § 3 Abs. 1 enthaltenen Leistungsausschlusses gemäß § 7 Abs. 2, 59 Abs. 1 1. Halbs. AGG i.V.m. § 1 AGG wegen unzulässiger Altersdiskriminierung wirkt nur für die Zukunft. Die erkennende Kammer schließt sich der Auffassung der 9. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf (Urteil vom 09.04.2010 a.a.O. Rn. 80 ff.) an. Letztlich handelt es sich bei den genannten Vorschriften des AGG um ein Verbotsgesetz, das wie ausgeführt, die streitige Regelung in § 3 Abs. 1 LP erfasst. Dies führt zur Überzeugung der Kammer jedoch lediglich dazu, dass der Ausschluss von Arbeitnehmern, welche das 50. Lebensjahr vollendet haben, im konkreten Fall für die Zukunft nichtig wird. Das Verbotsgesetz erstreckt sich auf alle Sachverhalte, die sich seit seinem In-Kraft-Treten in seinem Geltungsbereich verwirklichen (BAG 16.12.2008 - 9 AZR 985/07, NZA-RR 2010, 32 Rn. 38). Bei der hier streitigen Altersgrenze ist die laufend in dem Arbeitsverhältnis ausgeübte Beschäftigung diejenige Tatsache, welche die Benachteiligung auslöst (vgl. BAG 17.06.2009 a.a.O. Rn. 38). Dann ist es folgerichtig, wenn jedenfalls in dem konkret zur Entscheidung anstehenden Fall lediglich diese Zeiten für die Wartezeit berücksichtigt werden. Richtig ist zwar, dass die Beklagte nicht vorgetragen hat, dass das finanzielle Gleichgewicht ihrer Altersversorgung durch eine zeitlich rückwirkende Berücksichtigung der Beschäftigungszeiten erschüttert würde. Ein gemeinschaftsrechtlicher Vertrauensschutz ist deshalb nicht angezeigt (vgl. EuGH 01.04.2008 - C-267/06, Maruko, AP Nr. 9 zu Richtlinie 2000/78/EG Rn. 77 f.; BAG 14.01.2009 a.a.O. Rn. 57). Darum geht es jedoch nicht. Letztlich wird die von der Beklagten bzw. von der Arbeitgeberin zugesagte Versorgung durch den Wegfall der Altersgrenze in § 3 Abs. 1 LP lückenhaft. Die in § 2 Abs. 1 lit. a) enthaltene Wartezeit bleibt bestehen. Stellt man alleine auf den Wortlaut ab, hätte die Klägerin diese Wartezeit allerdings - berücksichtigte man die Zeiten seit dem 26.02.1996 und auch solche nach dem vollendeten 60. Lebensjahr - erfüllt. Ein solcher Wille kann aber weder der ehemaligen Arbeitgeberin der Klägerin noch der Beklagten unterstellt werden. Es sollte gerade durch die Kombination von Wartezeit und Altershöchstgrenze das wirtschaftliche Risiko in der zugesagten betrieblichen Altersversorgung begrenzt werden. Wird nunmehr einer dieser Parameter unwirksam, konnte die Klägerin nach Treu und Glauben nicht erwarten, dass nunmehr auch die Wartezeit rückwirkend beginnt (vgl. LAG Düsseldorf 09.04.2010 a.a.O. Rn. 83), zumal sie angesichts der zitierten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts zunächst nicht davon ausgehen konnte, überhaupt eine betriebliche Altersversorgung zu erhalten. Änderte sich dies aufgrund der Unwirksamkeit der Altershöchstgrenze durch das In-Kraft-Treten des AGG, hätte sie sich darauf einlassen müssen, dass auch die Wartezeit erst ab diesem Zeitpunkt zu laufen beginnt. Ob ganz generell aufgrund der langfristig angelegten Struktur der betrieblichen Altersversorgung in dieser in Fällen der Altersdiskriminierung immer nur Beschäftigungszeiten seit dem In-Kraft-Treten des AGG zu berücksichtigen sind (so Bauer/Arnold, NJW 2008, 3377, 3881, 3882; allg. Meinel/Heyn/Herms, AGG 2007, § 33 Rn. 8

("gespaltene Rechtsanwendung"); abl. BAG 14.01.2009 a.a.O. Rn. 57 und allg. Hey, AGG 2009, § 33 Rn. 4; Suckow in Schleusener/Suckow/Voigt, AGG 3. Aufl. 2011, § 33 Rn. 4), lässt die Kammer offen. Jedenfalls dann, wenn bei einer Kombination von Wartezeit und Höchstaltersgrenze einer der Parameter unwirksam wird und die bislang verwandte Regelung national verfassungsrechtlich abgesichert war, ist diese Rechtsfolge aus den oben genannten Gründen zu bejahen. Wäre die Klägerin vor In-Kraft-Treten des AGG aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden, hätte sie angesichts des bis dahin wirksamen Ausschlusses in § 3 Abs. 1 LP keine unverfallbare Anwartschaft erwerben können. Mithin hätte sie bei Erreichen des 65. Lebensjahres nach In-Kraft-Treten des AGG überhaupt keine Leistungen beanspruchen können (vgl. dazu, dass es für die Anwendbarkeit des AGG ausreicht, dass der Arbeitnehmer mit einer unverfallbaren Anwartschaft ausgeschieden ist BAG 20.04.2010 a.a.O. Rn. 63). Auch dies belegt zur Überzeugung der Kammer, dass die nach dem 18.08.2006 erbrachte Arbeitsleistung für weitere vier Jahre die Wartezeit nicht obsolet macht, sondern diese erst mit In-Kraft-Treten des AGG zu laufen begann.

Es ist im Übrigen kein unmittelbares, dem Gemeinschaftsrecht zu entnehmendes Verbot der Diskriminierung aus Gründen des Alters anzuwenden, dessen Schutz die Gerichte der Mitgliedstaaten vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie 2000/78/EG zu gewährleisten haben, weil die möglicherweise diskriminierende Behandlung keinen gemeinschaftsrechtlichen Bezug aufweist (EuGH 23.09.2008 - C 427/06, Bartsch, NJW 2008, 3417; s.a. BAG 19.07.2011 - 3 AZR 434/09, DB 2012, 294 Rn. 24). Dieser gemeinschaftsrechtliche Bezug fehlt im Hinblick auf den streitigen Leistungsplan. Die Umsetzungsfrist lief gemäß Art. 18 Abs. 1 RL 2000/78/EG am 02.12.2003 ab. Allerdings hat die Bundesrepublik Deutschland von der Möglichkeit in Art. 18 Abs. 2 AGG, die Umsetzungsfrist hinauszuschieben, Gebrauch gemacht und diese bis zum 02.12.2006 verlängert. Aber selbst wenn man auf den 02.12.2003 abstellen wollte, wäre die Wartezeit von zehn Jahren im konkreten Fall nicht erfüllt. 60

c)Die Klägerin hat ab dem 18.08.2006 die in § 2 Abs. 1 lit a) LP vorgesehene Wartezeit von 10 Jahren bis zum 30.06.2010 nicht mehr erfüllt. Es kann insoweit offen bleiben, ob der Ausschluss von Dienstjahren, die nach dem vollendeten 60. Lebensjahr erbracht wurden (§ 3 Abs. 1 LP), wirksam ist. Hiergegen sprechen bei einer leistungsorientierten Versorgung allerdings erhebliche Gründe (vgl. dazu Rolfs in Blomeyer/Otto/Rolfs, a.a.O. Anh. 1 Rn. 46 m.w.N.). Letztlich kommt es hierauf nicht an. Selbst wenn man die nach dem 60. Lebensjahr zurückgelegten Dienstzeiten berücksichtigt, ist die Wartezeit von zehn Jahren nicht erfüllt. 61

aa) Die Vereinbarung einer Wartezeit ist auch unter Geltung des AGG nach wie vor zulässig. Wartezeiten für den Leistungsbezug stellen nicht unmittelbar auf das Lebensalter ab und sind damit keine unmittelbare Diskriminierung. Sie können aber als eine mittelbare Diskriminierung wegen des Alters (§§ 7, 3 Abs. 2 AGG) anzusehen sein, weil ältere Arbeitnehmer gegebenenfalls bis zum Erreichen des Renteneintrittsalters nicht mehr die Möglichkeit haben, die geforderte Dienstzeit zu erfüllen. Wie das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg (Urteil vom 23.11.2011 a.a.O. Rn. 50) geht auch die erkennende Kammer davon aus, dass eine zehnjährige, schon bislang zulässige Wartezeit (vgl. z.B. BAG 19.04.2005 a.a.O. Rn. 26) auch unter der Geltung des AGG zulässig bleibt. Mit Wartezeiten lassen sich das Versorgungsrisiko und damit die Kosten der Altersversorgung beschränken und das Interesse der Arbeitnehmer an längerer Betriebszugehörigkeit fördern (BAG 19.04.2005 a.a.O. Rn. 26). Wartezeiten an sich knüpfen nicht an das Alter an, sie gelten durchweg für jeden Arbeitnehmer und sind vom Alter beim Dienstantritt unabhängig. Dies spricht für die Zulässigkeit der Wartezeitbedingung auch bei Dienstetritten im höheren Alter. Müsste man wegen des Dienstetrtritts im höheren Alter die Wartezeit wegen vermeintlicher mittelbarer 62

Diskriminierung abkürzen oder sogar ganz außer Kraft setzen, würden die im hohen Alter eintretenden Mitarbeiter im Vergleich zu den in jüngerem Alter eintretenden Arbeitnehmern bevorzugt. Dies bezweckt das AGG geht jedoch nicht. Es will nur eine Benachteiligung wegen des Alters an sich ausschließen, jedoch keine altersabhängige Privilegierung. Diesen Ausführungen des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg (Urteil vom 23.11.2011 a.a.O. Rn. 50; ebenso für weitere Zulässigkeit der Wartezeiten in der betrieblichen Altersversorgung z.B. Rolfs in Blomeyer/Otto/Rolfs a.a.O. Anh. § 1 Rn. 167) schließt sich die erkennende Kammer an.

bb)Die Wartezeit in § 2 Abs. 1 lit a) LP verstößt entgegen der Ansicht der Klägerin nicht gegen die gesetzlichen Unverfallbarkeitsbestimmungen. Der Arbeitgeber ist bis zur Grenze des Rechtsmissbrauchs frei, einen Zeitraum festzulegen, den ein Arbeitnehmer mindestens im Arbeitsverhältnis zurückgelegt haben muss, um einen Versorgungsanspruch zu erwerben. Er kann auch festlegen, zu welchem Zeitpunkt diese sog. Wartezeit zu laufen beginnt, und bestimmen, von welcher Beschäftigungsdauer an Betriebszugehörigkeitszeiten anwartschaftssteigernd wirken (BAG 24.02.2004 - 3 AZR 5/03, DB 2004, 1158 Rn. 16). Diese Regelungen sind von den Bestimmungen über die Unverfallbarkeit (§§ 1 b, 30 f BetrAVG) zu unterscheiden. Durch die Wartezeit wird eine zusätzliche Anspruchsvoraussetzung für den Versorgungsanspruch festgelegt, die dazu führt, dass Teile der Belegschaft aus dem Versorgungswerk ausgenommen sind (BAG 19.04.2005 a.a.O. Rn. 28). Dies ist bezogen auf die Klägerin - wie ausgeführt - auch nach In-Kraft-Treten des AGG der Fall. 63

4.Gründe, die Ausnahmeregelung in § 3 Abs. 3 LP bezogen auf die anrechnungsfähige Dienstzeit anzuwenden, bestehen nicht. Umstände, die im Einzelfall der Klägerin wurzeln und einen begründeten Ausnahmefall darstellen, sind nicht ersichtlich. Eine allgemeine Korrektur der Wartezeit in der gefundenen Auslegung über die Ausnahmeregelung in § 3 Abs. 3 LP kommt nicht in Betracht. Es liegt auch keine unverschuldete Unterbrechung der Dienstzeit vor. Anhaltspunkte für eine besondere Not oder Härte (§ 13 LP) bestehen ebenfalls nicht. 64

B.Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 65

C. Die Revision ist gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zugelassen worden. 66

RECHTSMITTELBELEHRUNG 67

Gegen dieses Urteil kann von der klagenden Partei 68

REVISION 69

eingelegt werden. 70

Für die beklagte Partei ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben. 71

Die Revision muss innerhalb einer Notfrist\* von einem Monat schriftlich beim 72

Bundesarbeitsgericht 73

Hugo-Preuß-Platz 1 74

99084 Erfurt 75

Fax: 0361-2636 2000 76

77

eingelegt werden.

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung. 78

Die Revisionsschrift muss von einem Bevollmächtigten unterzeichnet sein. Als Bevollmächtigte sind nur zugelassen: 79

1.Rechtsanwälte, 80

2.Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder, 81

3.Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet. 82

In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionsschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben. 83

Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten. 84

\* eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden. 85

Dr. Gotthardt Dziwis Graßmann 86