

# Entscheidungen

---



Siehe auch: **Pressemitteilung Nr. 59/11 vom 20.7.2011**

BUNDEARBEITSGERICHT Urteil vom 19.7.2011, 3 AZR 434/09

Betriebliche Altersversorgung - Altersdiskriminierung

Leitsätze

Die Regelungen in § 7 Abs. 2 Satz 3 und Satz 4, § 2 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG zur Berechnung der insolvenzgeschützten Betriebsrentenanwartschaft und der gesetzlich unverfallbaren Anwartschaft bei vorzeitigem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis verstoßen nicht gegen das unionsrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen des Alters.

Tenor

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 6. Mai 2009 - 9 Sa 1/09 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über die Höhe der Betriebsrentenanwartschaft des Klägers, für die der Beklagte als Träger der gesetzlichen Insolvenzversicherung einzustehen hat. Der Kläger macht geltend, die im Betriebsrentengesetz vorgesehene Berechnungsmethode für die Höhe insolvenzgeschützter Betriebsrentenanwartschaften sei altersdiskriminierend.
- 2 Der Kläger ist 1952 geboren. Er war seit dem 1. November 1982 bei der späteren Insolvenzschuldnerin, der er im vorliegenden Verfahren den Streit verkündet hat, beschäftigt. Über deren Vermögen wurde am 1. September 2005 das Insolvenzverfahren eröffnet. In dessen Rahmen wurde ein Insolvenzplan erstellt. Danach steht der Beklagte für 65,3206 % der insolvenzgesicherten Anwartschaften ein. Die weiterhin bestehende Streitverkündete hat für die restlichen Anwartschaften aufzukommen. Zum 31. Dezember 2007 schied der Kläger aus dem Arbeitsverhältnis mit der Streitverkündeten aus.
- 3 Für das Arbeitsverhältnis des Klägers galt eine Versorgungsordnung vom 1. Januar 1979. Sie lautet auszugsweise:

„...“

#### § 1 Art der Firmenrenten

Nach Aufnahme in das Versorgungswerk und nach Erfüllung der jeweiligen Anspruchsvoraussetzungen werden als Versorgungsleistungen gewährt:

- a) Altersrenten an Betriebsangehörige, die nach Erreichen der Altersgrenze in den Ruhestand treten.

...“

#### § 4 Altersrenten

- (1) Altersrente wird den Mitarbeitern gewährt, die die Altersgrenze erreicht haben und aus den Diensten des Unternehmens ausgeschieden sind. Altersgrenze ist bei Männern und Frauen das vollendete 65. Lebensjahr.
- (2) Mitarbeiter, die vor Erreichen der Altersgrenze und durch Vorlage des Rentenbescheides eines Sozialversicherungsträgers nachweisen, daß sie Altersruhegeld aus der gesetzlichen Rentenversicherung ... beziehen, haben Anspruch auf vorgezogene Altersrente. ...“

#### § 6 Höhe der Firmenrente

- (1) Als Altersrente, vorgezogene Altersrente ... erhält der Mitarbeiter ...

für die ersten 10 anrechenbaren Dienstjahre pro Jahr 0,15 %

vom 11. bis 15. anrechenbaren Dienstjahr pro Jahr 0,25 %

vom 16. bis 20. anrechenbaren Dienstjahr pro Jahr 0,30 %

vom 21. bis 25. anrechenbaren Dienstjahr pro Jahr 0,35 %

vom 25. bis 30. anrechenbaren Dienstjahr pro Jahr 0,40 %

höchstens jedoch 8 % des ruhegeldfähigen Einkommens bis zur jeweiligen Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung nach 30 anrechenbaren Dienstjahren.

...

#### § 11 Unverfallbare Anwartschaften bei vorzeitigem Ausscheiden

- (1) Auch vor Eintritt des Versorgungsfalles ausgeschiedene Mitarbeiter erhalten ihre Anwartschaften auf Versorgungsleistungen, sofern sie bei ihrem Ausscheiden mindestens das 35. Lebensjahr vollendet haben und die Versorgungszusage für sie mindestens 10 Jahre bestanden hat.

...

- (3) Die Höhe der Versorgungsleistungen wird aus der Leistung ermittelt, die den Mitarbeitern bzw. ihren Hinterbliebenen im Versorgungsfalle zustände, wenn die Mitarbeiter nicht vorzeitig ausgeschieden wären. Von dieser Leistung wird der Teil als Rente gezahlt, der dem Verhältnis der Dauer der tatsächlichen Betriebszugehörigkeit zu der Zeit von Beginn der Betriebszugehörigkeit bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres entspricht. ...“

- 4 Der Beklagte erteilte dem Kläger am 7. Februar 2007 einen Anwartschaftsausweis, wonach er für die zu sichernde unverfallbare Rentenanwartschaft in Höhe von 229,54 Euro eintrittspflichtig ist. Bei der Berechnung setzte er die Zeit zwischen dem Beginn des Arbeitsverhältnisses und der Insolvenzeröffnung ins Verhältnis zur möglichen Betriebszugehörigkeit ab Beginn des Arbeitsverhältnisses bis zur festen Altersgrenze von 65 Jahren. Als insolvenzgeschützt sah er den diesem Verhältnis entsprechenden Teil der bei einer Betriebszugehörigkeit bis zur festen Altersgrenze erreichbaren Vollrente an.
- 5 Der Kläger hat die Ansicht vertreten, diese Berechnung sei nicht richtig. Die von § 2 Abs. 1 BetrAVG bestimmte zeitrationale Kürzung verstoße gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters, weil Arbeitnehmer, die ihre Betriebszugehörigkeit in jüngeren Jahren erbracht haben, gegenüber Arbeitnehmern, die die gleiche Betriebszugehörigkeit in höherem Alter erbracht haben, benachteiligt würden. Das sei mit dem Recht der Europäischen Union unvereinbar. Da die Versorgungsordnung den Aufbau von Versorgungsanwartschaften nur bis zu einer 30jährigen Betriebszugehörigkeit vorsehe, sei bei der Berechnung des Unverfallbarkeitsfaktors gemäß § 2 Abs. 1 BetrAVG die tatsächliche Betriebszugehörigkeit bis zur Insolvenzeröffnung nur zu einer möglichen Betriebszugehörigkeit von 30 Jahren ins Verhältnis zu setzen und nicht zu einer möglichen Betriebszugehörigkeit bis zum 65. Lebensjahr. Danach belaufe sich der Zeitwertfaktor auf 0,761110, so dass der Beklagte für eine insolvenzgeschützte Anwartschaft in Höhe von 296,34 Euro monatlich einzustehen habe.
- 6 Der Kläger hat zuletzt beantragt
  1. festzustellen, dass er bei Eintritt des Versorgungsfalles mit Vollendung des 65. Lebensjahres Anspruch auf eine Betriebsrente von 296,34 Euro monatlich hat,
  2. hilfsweise festzustellen, dass bei der Berechnung seiner betrieblichen Altersversorgung ein Zeitwertfaktor von 0,761110 zugrunde zu legen ist.
- 7 Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.
- 8 Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die dagegen gerichtete Berufung zurückgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger die zuletzt gestellten Klageanträge weiter. Der Beklagte begehrt die Zurückweisung der Revision.

#### Entscheidungsgründe

- 9 Die Revision hat keinen Erfolg. Zu Recht haben die Vorinstanzen der Klage nicht stattgegeben.
- 10 A. Gegen die Zulässigkeit der Klage bestehen keine Bedenken.
- 11 I. Der Kläger hat Gegenstand und Grund des erhobenen Anspruchs bestimmt genug angegeben (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Er begehrt Feststellungen zur Berechnung der Höhe seiner insolvenzgeschützten Versorgungsanwartschaft und des dafür maßgebenden Zeitwertfaktors. Dabei wendet er sich nicht dagegen, dass die für ihn geltende Versorgungsordnung den Erwerb von Versorgungsanwartschaften nur für Beschäftigungszeiten bis zu 30 Jahren vorsieht. Sein Begehren ist ausschließlich auf die Feststellung gerichtet, dass der Zeitwertfaktor nach § 2 Abs. 1 BetrAVG nicht unter Zugrundelegung einer möglichen Betriebszugehörigkeit bis zum 65. Lebensjahr, sondern unter Zugrundelegung einer maximalen Betriebszugehörigkeit von 30 Jahren zu errechnen ist.
- 12 II. Die Klage ist als Feststellungsklage zulässig.
- 13 Nach § 256 Abs. 1 ZPO kann auf die Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde. Die Klage muss sich dabei nicht auf das Rechtsverhältnis im Ganzen beziehen. Es reicht, wenn sie sich - wie hier - auf einzelne daraus ergebende Rechte oder Folgen beschränkt, sofern dafür ein Feststellungsinteresse besteht (vgl. BAG 12. Oktober 2004 - 3 AZR 444/03 - zu I der Gründe, AP TVG § 1 Tarifverträge: Rundfunk Nr. 44 = EzA TVG § 1 Auslegung Nr. 39). Die Klage richtet sich auf die Feststellung eines Rechtsverhältnisses, nämlich des Umfangs der Verpflichtung des Beklagten zur Absicherung von Versorgungsanwartschaften. Das erforderliche Feststellungsinteresse ist gegeben, da der Beklagte die Einstandspflicht in der vom Kläger geforderten Höhe verneint. Der Vorrang der Leistungsklage lässt das Feststellungsinteresse hier schon deshalb nicht entfallen, weil der Versorgungsfall noch nicht eingetreten ist und daher derzeit keine Zahlungspflicht des Beklagten besteht. Das Feststellungsinteresse besteht auch vor Eintritt des Versorgungsfalles (BAG 7. März 1995 - 3 AZR 282/94 - zu A III 1 der Gründe, BAGE 79, 236).
- 14 B. Die Klage ist unbegründet. Der Beklagte hat für die bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens erworbene Versorgungsanwartschaft des Klägers einzustehen. Er hat die insolvenzgeschützte Rentenanwartschaft des Klägers zutreffend

ermittelt. Die gesetzlich vorgesehene Berechnungsweise ist nicht altersdiskriminierend.

- 15 I. Der Beklagte hat für die bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens erworbenen Versorgungsanwartschaften einzustehen, da der Kläger bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine gesetzlich unverfallbare Versorgungsanwartschaft aufgrund einer Direktzusage der Streitverkündeten als seiner Arbeitgeberin erworben hatte. Bei Insolvenzeröffnung hatte der Kläger das 35. Lebensjahr vollendet und die vor dem 1. Januar 2001 erteilte Versorgungszusage bestand zu diesem Zeitpunkt mehr als zehn Jahre (§ 7 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, §§ 1b, 30f Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 Nr. 1 BetrAVG).
- 16 II. Der Beklagte hat die nach dem Betriebsrentengesetz bestehende insolvenzgeschützte Versorgungsanwartschaft des Klägers richtig berechnet.
- 17 1. Die Berechnung der unverfallbaren Anwartschaft richtet sich nach § 7 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 iVm. § 2 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG. Dabei verweist § 7 Abs. 2 Satz 3 und Satz 4 BetrAVG auf die Berechnungsmethode in § 2 Abs. 1 BetrAVG, mit der im Falle des Ausscheidens des Arbeitnehmers mit gesetzlich unverfallbarer Betriebsrentenanwartschaft die Höhe der unverfallbaren Betriebsrentenanwartschaft berechnet wird. Jedoch tritt der Zeitpunkt des die Eintrittspflicht des Beklagten auslösenden Sicherungsfalls - hier der Insolvenzeröffnung (§ 7 Abs. 2 Satz 1 BetrAVG) - an die Stelle des Zeitpunkts des Ausscheidens. Die Höhe der insolvenzgeschützten Anwartschaft ist danach zeiträtterlich zu berechnen. Diese Berechnung erfolgt dergestalt, dass die Dauer des Arbeitsverhältnisses von dessen Beginn bis zum Sicherungsfall in das Verhältnis gesetzt wird zur möglichen Betriebszugehörigkeit vom Beginn des Arbeitsverhältnisses bis zum Erreichen der festen Altersgrenze. Insolvenzgeschützt ist der diesem Verhältnis entsprechende Teil der bei einer Betriebszugehörigkeit bis zur festen Altersgrenze nach der maßgeblichen Versorgungsordnung erreichbaren „fiktiven“ Vollrente (vgl. BAG 21. April 2009 - 3 AZR 640/07 - Rn. 24 ff., BAGE 130, 202).
- 18 2. Entsprechend dieser Berechnungsmethode hat der Beklagte die insolvenzgeschützte Betriebsrentenanwartschaft des Klägers ermittelt. Danach ergibt sich eine Versorgungsanwartschaft in Höhe von 229,54 Euro monatlich, für die der Beklagte einzustehen hat.
- 19 III. Die gesetzlichen Regelungen in § 7 Abs. 2 Satz 3 und Satz 4, § 2 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG zur Berechnung der insolvenzgeschützten Versorgungsanwartschaft sind wirksam. Sie bewirken keine unzulässige Benachteiligung wegen des Alters.
- 20 1. Der Kläger kann sich nicht auf das AGG und das dort geregelte Verbot der Benachteiligung wegen des Alters (§§ 1, 7 Abs. 1 AGG) stützen. Zwar enthält § 2 Abs. 2 Satz 2 AGG, wonach für die betriebliche Altersvorsorge, also betriebliche Altersversorgung, das Betriebsrentengesetz gilt, keine „Bereichsausnahme“ für die betriebliche Altersversorgung. Soweit das Betriebsrentengesetz jedoch bestimmte Unterscheidungen enthält, die einen Bezug zu den in § 1 AGG genannten Merkmalen haben können, hat das AGG keinen Vorrang, sondern es verbleibt bei den Regelungen im Betriebsrentengesetz (BAG 11. Dezember 2007 - 3 AZR 249/06 - Rn. 22 ff., BAGE 125, 133; 14. Januar 2009 - 3 AZR 20/07 - Rn. 15, BAGE 129, 105). Das gilt auch für die hier in Frage stehenden Regelungen in § 7 Abs. 2 Satz 3 und Satz 4 sowie § 2 Abs. 1 BetrAVG.
- 21 2. Der Kläger kann zu seinen Gunsten nichts aus dem Unionsrecht herleiten. Zwar ist die gesetzliche Regelung in § 7 Abs. 2 Satz 3 und Satz 4, § 2 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG anhand des Unionsrechts auf einen Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters zu überprüfen. Ein solcher Verstoß liegt jedoch nicht vor. Eine Pflicht zur Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union besteht nicht.
- 22 a) Es kann dahingestellt bleiben, ob gegen den Beklagten unmittelbar Rechte aus der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. EG L 303 vom 2. Dezember 2000 S. 16; künftig: Rahmenrichtlinie), die als Teil des Sekundärrechts der Union auch die Diskriminierung wegen des Alters verbietet (Art. 1 und Art. 2), hergeleitet werden können. Die Richtlinie könnte - soweit man ihre Anwendung nicht nach Art. 3 Abs. 3 verneint, weil der Beklagte unter die in Art. 3 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie vorgesehene Ausnahme für staatliche Systeme der sozialen Sicherheit und des sozialen Schutzes fällt - unmittelbar anwendbar sein, weil es sich beim Beklagten um eine staatliche Einrichtung im Sinne des Unionsrechts handelt (vgl. zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien gegenüber staatlichen Organisationen: EuGH 12. Juli 1990 - C-188/89 - [Foster] Rn. 16 ff., Slg. 1990, I-3313; zur Rechtsstellung des Beklagten: BAG 29. September 2010 - 3 AZR 546/08 - Rn. 15, AP BetrAVG § 9 Nr. 23). Unabhängig von dieser Frage ist die gesetzliche Regelung über die Berechnung der Höhe insolvenzgeschützter Betriebsrentenanwartschaften jedenfalls am primärrechtlichen Verbot der Diskriminierung wegen des Alters, das nunmehr in Art. 21 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (künftig: GR-Charta) niedergelegt ist, zu messen. Unterschiedliche Prüfungsmaßstäbe ergeben sich dadurch nicht. Der primärrechtliche Grundsatz des Verbots der Diskriminierung wegen des Alters wird durch Art. 1, Art. 2 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie konkretisiert (EuGH 19. Januar 2010 - C-555/07 - [Kücükdeveci] Rn. 21, 28, 33, Slg. 2010, I-365).
- 23 aa) Das primärrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen des Alters gilt für die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Rechts der Union (Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GR-Charta). Unterfällt eine gesetzliche Regelung des nationalen Rechts dem Anwendungsbereich des Unionsrechts, sind die Gerichte der Mitgliedstaaten verpflichtet, die dem Primärrecht der Union und damit auch Art. 21 Abs. 1 der GR-Charta widersprechende nationale gesetzliche Vorschrift unangewendet zu lassen, sogar wenn dies zu Ansprüchen zwischen Privaten führt. Die deutschen Gerichte dürfen daher gesetzliche Bestimmungen, die dem primärrechtlichen Verbot der Altersdiskriminierung widersprechen, nicht anwenden (vgl. EuGH 19. Januar 2010 - C-555/07 - [Kücükdeveci] Rn. 50 ff., Slg. 2010, I-365). Der dadurch begründete Anwendungsvorrang des Unionsrechts ist verfassungsrechtlich durch Art. 23 Abs. 1 GG legitimiert und Teil des vom Grundgesetz gewollten Integrationsauftrages (BVerfG 30. Juni 2009 - 2 BvE 2/08 ua. - Rn. 331 ff., BVerfGE 123, 267; 18. November 2008 - 1 BvL 4/08 - BVerfGK 14, 429).
- 24 bb) Der Anwendungsbereich des Unionsrechts ist im Streitfall eröffnet. Dies ergibt sich aus Art. 8 der Richtlinie 2008/94/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers (ABl. EU L 283 vom 28. Oktober 2008 S. 36; künftig: Insolvenzschutzrichtlinie) und der Vorgängerregelung in Art. 8 der Richtlinie 80/987/EWG des Rates vom 20. Oktober 1980 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers (ABl. EG L 283 vom 28. Oktober 1980 S. 23 mit späteren Änderungen). Nach diesen Regelungen haben sich die Mitgliedstaaten zu vergewissern, dass die notwendigen

Maßnahmen zum Schutz der Arbeitnehmer sowie der Personen, die zum Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers bereits ausgeschieden sind, hinsichtlich ihrer erworbenen Rechte und Anwartschaften auf Leistungen bei Alter aus betrieblichen oder überbetrieblichen Zusatzversorgungseinrichtungen außerhalb der einzelstaatlichen gesetzlichen Systeme der sozialen Sicherheit getroffen werden. Damit haben die dem Auftrag des Beklagten zugrunde liegenden Rechtsvorschriften, also auch § 7 Abs. 2 Satz 3 und Satz 4, § 2 Abs. 1 BetrAVG, einen unionsrechtlichen Bezug, denn sie dienen der Absicherung von Rechten der Arbeitnehmer auf Versorgungsleistungen bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers. Darauf, dass die Regelungen des Betriebsrentengesetzes aus dem Jahr 1974 stammen (*Gesetz vom 19. Dezember 1974, BGBl. I S. 3610*) und damit älter sind als die derzeitige Insolvenzschutzrichtlinie aus dem Jahr 2008 und die Vorgängerrichtlinie aus dem Jahr 1980, kommt es nicht an. Mit Ablauf der Umsetzungsfrist einer Richtlinie wird der Anwendungsbereich des Unionsrechts auch für nationale Regelungen eröffnet, die bei ihrem Inkrafttreten bereits erlassen waren und den Regelungsbereich der Richtlinie betreffen (*davon geht auch der EuGH aus: vgl. 19. Januar 2010 - C-555/07 - [Kücükdeveci] Rn. 24 ff., Slg. 2010, I-365*).

- 25 b) Unter Heranziehung der den primärrechtlichen Grundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung konkretisierenden Regelungen in Art. 1, Art. 2 und Art. 6 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie verstößt die in § 7 Abs. 2 Satz 3 und Satz 4 iVm. § 2 Abs. 1 BetrAVG vorgesehene Berechnung der Höhe einer insolvenzgeschützten Betriebsrentenanwartschaft nicht gegen das unionsrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen des Alters. Die betriebsrentenrechtlichen Vorschriften bewirken weder eine unmittelbare Diskriminierung noch eine unzulässige mittelbare Benachteiligung wegen des Alters.
- 26 aa) Eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Alters liegt nach Art. 2 Abs. 2 Buchst. a der Rahmenrichtlinie vor, wenn eine Person wegen ihres Alters in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Eine mittelbare Diskriminierung ist nach Art. 2 Abs. 2 Buchst. b der Rahmenrichtlinie gegeben, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen eines bestimmten Alters in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, diese Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.
- 27 Nach Art. 6 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass Ungleichbehandlungen wegen des Alters keine Diskriminierung darstellen, sofern sie objektiv und angemessen sind und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel, insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung, gerechtfertigt sind und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Das sind jedenfalls Ziele, die im Allgemeininteresse liegen (*EuGH 5. März 2009 - C-388/07 - [Age Concern England] Rn. 46, Slg. 2009, I-1569; zur Berücksichtigung betriebs- und unternehmensbezogener Zwecke vgl. BAG 6. November 2008 - 2 AZR 523/07 - Rn. 53 mwN, BAGE 128, 238*). Art. 6 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie gilt für die unmittelbare Anknüpfung an das Alter und daher erst recht, wenn lediglich eine mittelbare altersbezogene Auswirkung in Rede steht (*EuGH 5. März 2009 - C-388/07 - [Age Concern England] Rn. 62, 65, 66, aaO; BAG 26. Mai 2009 - 1 AZR 198/08 - Rn. 40, BAGE 131, 61*). Die Mitgliedstaaten verfügen über einen weiten Ermessensspielraum hinsichtlich der Wahl der Maßnahmen zur Erreichung ihrer Ziele im Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik. Dieser Wertungsspielraum darf allerdings nicht dazu führen, dass der Grundsatz des Verbots der Diskriminierung wegen des Alters ausgehöhlt wird (*EuGH 12. Oktober 2010 - C-499/08 - [Andersen] Rn. 33 mwN, AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 17 = EZA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2000/78 Nr. 17*).
- 28 bb) Da § 7 Abs. 2 Satz 3 und Satz 4, § 2 Abs. 1 BetrAVG nicht an das Lebensalter anknüpfen, scheidet eine unmittelbare Diskriminierung aus. Jedoch können Personen eines bestimmten Alters von den dem Anschein nach neutralen Berechnungsregeln des Betriebsrentengesetzes in besonderer Weise benachteiligt werden. Damit ist die für das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung erforderliche größere Betroffenheit gegeben (*Art. 2 Abs. 2 Buchst. b der Rahmenrichtlinie*). Für die Feststellung einer möglichen Benachteiligung ist kein statistischer Nachweis erforderlich, dass eine bestimmte Altersgruppe durch die in Frage stehende Regelung tatsächlich wegen ihres Alters benachteiligt wird. Es ist ausreichend, wenn das darin enthaltene Kriterium hierzu typischerweise geeignet ist (*vgl. BAG 18. August 2009 - 1 ABR 47/08 - Rn. 29, BAGE 131, 342*). Das ist hier der Fall.
- 29 (1) Die in § 7 Abs. 2 Satz 3 und Satz 4 BetrAVG in Bezug genomene Bestimmung in § 2 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG über die zeiträtlerische Berechnung einer Anwartschaft kann typischerweise zu einer Benachteiligung wegen jüngeren Alters führen.
- 30 (a) Die Regelung bewirkt, dass Personen, die ihre Betriebszugehörigkeit in einem jüngeren Lebensalter zurückgelegt haben, gegenüber Personen benachteiligt werden können, die die gleiche Betriebszugehörigkeit in höherem Lebensalter erbracht haben. Je länger die mögliche Betriebszugehörigkeit bis zur festen Altersgrenze ist, desto geringer ist der Anteil der tatsächlichen Betriebszugehörigkeit daran, auch wenn er absolut derjenigen eines mit einem höheren Lebensalter in den Betrieb eingetretenen Arbeitnehmers entspricht (*vgl. Rolfs NZA 2008, 553, 555; Rengier RdA 2006, 213, 215 f.*).
- 31 (b) Diese potentiell unterschiedlichen Auswirkungen sind auf das Alter zurückzuführen, weil die Betriebszugehörigkeit je nach Lebensalter zu unterschiedlichen Ansprüchen führen kann (*vgl. auch EuGH 19. Januar 2010 - C-555/07 - [Kücükdeveci] Rn. 30, Slg. 2010, I-365 zur Benachteiligung früher eintretender Arbeitnehmer bei Nichtberücksichtigung im jungen Lebensalter geleisteter Arbeit bei der Berechnung der Kündigungsfrist sowie Generalanwältin Sharpston in ihrem Schlussantrag in der Sache „Bartsch“ vom 22. Mai 2008 - C-427/06 - Rn. 66 ff., Slg. 2008, I-7245 zum „relativen Alter“*). Dass sich der Nachteil erst dann verwirklicht, wenn der Versorgungsfall eingetreten ist und die Arbeitnehmer deshalb das gleiche Lebensalter haben, ändert daran nichts.
- 32 (2) Die unterschiedliche Behandlung wird auch durch die gesetzliche Regelung und nicht nur durch die jeweilige Versorgungsordnung bewirkt.
- 33 Allerdings führt die im Gesetz vorgesehene zeiträtlerische Kürzung nicht in jedem Fall zu einer Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer. Diese tritt nur dann ein, wenn nach der maßgeblichen Versorgungsordnung die Voraussetzungen der Höchstrente bereits erfüllt werden können, bevor die feste Altersgrenze erreicht ist. Das ist zB dann der Fall, wenn nach der Versorgungsordnung Versorgungsanwartschaften nur bis zu einer bestimmten Dauer der Betriebszugehörigkeit - etwa wie hier 30 Jahre - erworben werden können und sich eine darüber hinausgehende Betriebszugehörigkeit nicht mehr unmittelbar rentensteigernd auswirkt. Sieht die Versorgungsordnung dagegen eine gleichmäßige Steigerung der Anwartschaften bis zum Erreichen der festen Altersgrenze vor, tritt der in der Regelung des § 2 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG zur zeiträtlerischen Berechnung angelegte Effekt nicht ein. Dann wird die nachteilige Wirkung der zeiträtlerischen Berechnung durch eine höhere fiktive Vollrente

ausgeglichen (vgl. *Preis BetrAV 2010, 513, 515 sowie die Berechnungsbeispiele bei Diller NZA 2011, 725*).

- 34 Daraus folgt allerdings nicht, dass sich die gesetzliche Berechnungsvorschrift nicht benachteiligend auswirken kann (aA *Diller NZA 2011, 725 f.*). Denn welcher gesetzliche Mindestschutz sich im Insolvenzfall ergibt, richtet sich nicht nach der Versorgungsordnung, sondern nach dem Gesetz. Dass die Auswirkungen des Gesetzes je nach Versorgungsordnung unterschiedlich sind, ändert nichts daran, dass es sich um Auswirkungen der gesetzlichen Regelung handelt.
- 35 cc) Die für die Berechnung der insolvenzgeschützten Anwartschaft maßgebliche gesetzliche Regelung bewirkt jedoch keine mittelbare Diskriminierung wegen des Alters, da der Regelung ein legitimes, im Allgemeininteresse bestehendes Ziel zugrunde liegt und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind (*Art. 6 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie*).
- 36 (1) Die für die Berechnung der insolvenzgeschützten Anwartschaft in § 7 Abs. 2 Satz 3 und Satz 4 BetrAVG enthaltene Verweisung auf die der Berechnung einer gesetzlich unverfallbaren Anwartschaft bei Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis zugrunde liegenden Regeln verfolgt das Ziel, nicht nur die Voraussetzungen des Schutzes (§ 7 Abs. 2 Satz 1 iVm. § 1b BetrAVG), sondern auch die Berechnungsmethoden in beiden Fällen anzugleichen. Das ist schon deshalb im Allgemeininteresse liegend, legitim, angemessen und erforderlich, weil eine andere Regelung zu Wertungswidersprüchen führen würde.
- 37 Da § 2 Abs. 1 BetrAVG für die zeiträtlerische Berechnung allein auf den Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Arbeitsverhältnis abstellt und nicht nach den Ursachen des Ausscheidens unterscheidet, gilt diese Regelung auch dann, wenn das Arbeitsverhältnis allein aus Gründen endet, die im Bereich des Arbeitgebers liegen, zB wegen einer betriebsbedingten Kündigung. Es macht aus der Sicht des durch die Regelungen geschützten Arbeitnehmers keinen Unterschied, ob die Höhe der gesetzlich unverfallbaren Betriebsrentenanwartschaft festzustellen ist, weil er seinen Arbeitsplatz verliert, ohne dass der Arbeitgeber insolvent wird oder ob seine Anwartschaft zu berechnen ist, weil der Arbeitgeber in Insolvenz fällt. Zudem kommt beides oft zusammen, wenn die Insolvenz zum Arbeitsplatzverlust führt.
- 38 Das mit der gesetzlichen Regelung verfolgte Ziel musste im Gesetz nicht ausdrücklich benannt werden. Die aus dem allgemeinen Kontext der gesetzlichen Regelung abgeleiteten Anhaltspunkte ermöglichen die Feststellung des Zwecks und damit eine Überprüfung der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Bestimmung. Das entspricht unionsrechtlichen Vorgaben (vgl. *EuGH 5. März 2009 - C-388/07 - [Age Concern England] Rn. 45, Slg. 2009, I-1569; BAG 30. November 2010 - 3 AZR 754/08 - Rn. 31 mwN, AP BetrAVG § 16 Nr. 72 = EzA BetrAVG § 16 Nr. 57*).
- 39 (2) Eine unzulässige Altersdiskriminierung ergibt sich auch nicht deshalb, weil die in § 2 Abs. 1 BetrAVG bestimmte Methode der zeiträtlerischen Berechnung der Versorgungsanwartschaft bei vorzeitigem Ausscheiden des Arbeitnehmers in ihrem eigentlichen Anwendungsbereich gegen das unionsrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen des Alters verstößt. Das ist nicht der Fall.
- 40 (a) Allerdings ist auch diese Regelung in ihrem eigenen Anwendungsbereich anhand des primärrechtlichen Verbots der Diskriminierung wegen des Alters, wie es nunmehr in Art. 21 Abs. 1 GR-Charta niedergelegt ist, zu überprüfen. Auch § 2 Abs. 1 BetrAVG dient der Durchführung des Rechts der Union (*Art. 51 Abs. 1 GR-Charta*), da er in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt. Dieser ist, soweit es um die Überprüfung anhand des Verbots der Diskriminierung wegen des Alters geht, durch die Rahmenrichtlinie eröffnet, da am 2. Dezember 2006 hinsichtlich dieses Merkmals die Frist zur Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht abgelaufen ist (*Art. 18 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie; vgl. EuGH 19. Januar 2010 - C-555/07 - [Küçükdeveci] Rn. 9, 24 ff., Slg. 2010, I-365*).
- 41 Auch insoweit bewirkt die gesetzliche Regelung jedoch keine Diskriminierung wegen des Alters. Unter Berücksichtigung des weiten Gestaltungsspielraums der Mitgliedstaaten besteht für sie ein im Allgemeininteresse liegendes legitimes Ziel und die Mittel zur Verwirklichung dieses Ziels sind angemessen und erforderlich.
- 42 (b) Das Ziel der gesetzlichen Regelung ist es, für die Berechnung der Höhe der unverfallbaren Anwartschaft bei vorzeitigem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis eine Regelung zu finden, die dem verbreiteten Verständnis des Betriebsrentenrechts gerecht wird, wie es den üblichen Versorgungsordnungen zugrunde liegt.
- 43 Wie dem Senat aus der Vielzahl von ihm anzuwendender und zu beurteilender Versorgungsordnungen bekannt ist, gehen Versorgungsordnungen üblicherweise davon aus, dass der Arbeitnehmer erst mit Erreichen des Versorgungsfalls aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet. Die vom Arbeitgeber zu erbringende betriebliche Altersversorgung wird als Gegenleistung für die gesamte Betriebszugehörigkeit zwischen dem Beginn des Arbeitsverhältnisses und dem Erreichen der festen Altersgrenze aufgefasst. Ein reines „Entgeltprinzip“ besteht nicht (aA *Rengier RdA 2006, 213, 216*).
- 44 Das Ziel des Gesetzes, an dieses Verständnis von betrieblicher Altersversorgung anzuknüpfen, ergibt sich hinreichend deutlich sowohl aus der Entstehungsgeschichte als auch aus der aktuellen Fassung des Gesetzes. Dieses Verständnis hat schon den historischen Gesetzgeber der Ursprungsfassung des Betriebsrentengesetzes zu der in § 2 Abs. 1 BetrAVG enthaltenen Regelung bestimmt (vgl. *die Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung BT-Drucks. 7/1281 S. 24*). Es liegt auch weiterhin der aktuellen Regelung zugrunde. Das folgt daraus, dass der Gesetzgeber für besondere Fallgestaltungen der betrieblichen Altersversorgung, die nicht auf diesem Verständnis beruhen, gesonderte Regelungen trifft (vgl. *zu diesem Aspekt Rolfs NZA 2008, 553, 555*). Das gilt etwa für die Entgeltumwandlung (§ 2 Abs. 5a BetrAVG), weil es sich bei ihr nicht um eine arbeitgeberseitige Leistung handelt, mit der Betriebszugehörigkeit belohnt wird. Ebenfalls besonders geregelt sind Zusagen, die auch beitragsbezogene Elemente enthalten und bei denen nur die beitragsbezogenen Elemente, nicht jedoch die Rentenleistung von der Betriebszugehörigkeit abhängen (§ 2 Abs. 5b BetrAVG).
- 45 Damit knüpft die gesetzliche Regelung an ein allgemein akzeptiertes Modell der betrieblichen Altersversorgung an und ermöglicht dessen Beibehaltung. Dies dient der Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung und damit einem sozialpolitischen Ziel von Allgemeininteresse (*zu diesem Aspekt: BAG 20. April 2010 - 3 AZR 509/08 - Rn. 81, AP BetrAVG § 1 Hinterbliebenenversorgung Nr. 26 = EzA BetrAVG § 1 Hinterbliebenenversorgung Nr. 14; 11. August 2009 - 3 AZR 23/08 - Rn. 39 f., BAGE 131, 298*).
- 46 Die Berücksichtigung der tatsächlichen Situation im Mitgliedstaat Deutschland entspricht auch Erwägungsgrund 25 der Rahmenrichtlinie. Danach können Ungleichbehandlungen wegen des Alters unter bestimmten Umständen gerechtfertigt sein und sie erfordern daher besondere Bestimmungen, die je nach der Situation in den Mitgliedstaaten unterschiedlich sein können.

- 47 (c) Von diesem Regelungszweck her ist es naheliegend und damit angemessen, wenn der Gesetzgeber zur Berechnung der Höhe einer gesetzlich unverfallbaren Anwartschaft bei vorzeitigem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis zeiträtterlich auf die Dauer der tatsächlichen Betriebszugehörigkeit im Verhältnis zur möglichen Betriebszugehörigkeit bis zum Erreichen der festen Altersgrenze abstellt. Diese Berechnungsweise sichert dem Arbeitnehmer seine Anwartschaften entsprechend dem von ihm erbrachten Anteil der für die Vollrente als Gegenleistung vorausgesetzten Leistung (*ebenso Cisch/Böhm BB 2007, 602, 608 f.; Rolfs NZA 2008, 553, 555 f.; im Ergebnis ebenso Adomeit/Mohr ZfA 2008, 449, 465*). Die heute erheblich höhere Fluktuation und der Entgeltcharakter der Altersversorgung führen vor dem Hintergrund des verfolgten Ziels nicht zur Unangemessenheit der gesetzlichen Regelung (*aA Meinel/Heyn/Herms AGG 2. Aufl. § 10 Rn. 65; Rengier RdA 2006, 213, 216*). Arbeitnehmer, die vor dem Eintritt des Versorgungsfalls aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden, behalten bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen eine unverfallbare Anwartschaft. Ihre Interessen bleiben daher nicht in unangemessener Weise unberücksichtigt.
- 48 Die gesetzliche Regelung geht auch nicht über das hinaus, was zur Erreichung des Ziels erforderlich ist (*zu dieser Voraussetzung EuGH 12. Oktober 2010 - C-499/08 - [Andersen] Rn. 36 ff., AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 17 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2000/78 Nr. 17*). Eine der üblichen Konzeption von Versorgungsordnungen angepasste Berechnungsregelung kann nicht anders gestaltet werden.
- 49 (3) Die gesetzlichen Vorschriften führen nicht zu einer Aushöhlung des Verbots der Diskriminierung aus Gründen des Alters. Denn die Auswirkungen der gesetzlichen Regelung verringern sich deutlich dadurch, dass die Versorgungsordnungen ihrerseits dem Verbot der Altersdiskriminierung entsprechen müssen. Sie unterliegen insoweit der Beurteilung nach dem AGG (§§ 1, 7 Abs. 1 AGG; *vgl. zur Anwendung des AGG in der betrieblichen Altersversorgung: BAG 11. Dezember 2007 - 3 AZR 249/06 - Rn. 22 ff., BAGE 125, 133*).
- 50 c) Der Senat kann eine abschließende Sachentscheidung treffen. Es besteht entgegen der Auffassung des Klägers keine Verpflichtung, ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union zu richten (*Art. 267 AEUV*).
- 51 Die Auslegung des unionsrechtlichen Grundsatzes des Verbots der Diskriminierung wegen des Alters einschließlich des Rückgriffs auf die Rahmenrichtlinie zur Konkretisierung des primärrechtlichen Grundsatzes ist durch die Entscheidung des Gerichtshofs in der Sache „Kücükdeveci“ (*EuGH 19. Januar 2010 - C-555/07 - Slg. 2010, I-365*) geklärt, so dass eine Vorlagepflicht entfällt (*vgl. EuGH 6. Oktober 1982 - Rs. 283/81 - [C.I.L.F.I.T.] Slg. 1982 S. 3415*). Es liegt ein Fall des „acte éclairé“ vor (*vgl. zur Begrifflichkeit: BVerfG 30. August 2010 - 1 BvR 1631/08 - Rn. 56 f., NJW 2011, 288*). Ob ein Grund iSd. Art. 6 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie gegeben ist, der eine Diskriminierung wegen des Alters ausschließt, ist von den nationalen Gerichten zu prüfen (*EuGH 5. März 2009 - C-388/07 - [Age Concern England] Rn. 47 ff., Slg. 2009, I-1569*).
- 52 3. Die Berechnungsvorschriften in § 7 Abs. 2 Satz 3 und Satz 4, § 2 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG verstoßen nicht gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz (*Art. 3 Abs. 1 GG*). Dieser stellt keine weitergehenden Anforderungen als das Unionsrecht. Das Bundesverfassungsgericht hat die Regelung in § 2 BetrAVG als „praktikabel“ bezeichnet (*BVerfG 15. Juli 1998 - 1 BvR 1554/89 ua. - zu C I 3 a der Gründe, BVerfGE 98, 365*).
- 53 C. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Gräfl

Zwanziger

Schlewing

Oberhofer

H. Kappus