

Pflicht zu Unisex-tarifen in der betrieblichen Altersversorgung – auch für die Vergangenheit?*

1. Diskussionsstand

Die Unisexentscheidung des EuGH vom 1.3.2011¹ (nachstehend „Test-Achats-Urteil“) hat eine rege rechtswissenschaftliche Debatte ausgelöst².

Die EU-Kommission vertritt in einer Mitteilung³ unter Verweis auf den 18. Erwägungsgrund der Gender-Richtlinie 2004/113/EG, wonach eine abrupte Umstellung des Marktes zu vermeiden sei, die Rechtsmeinung, dass das Test-Achats-Urteil nur Auswirkungen auf neue private *vom Arbeitsverhältnis unabhängige* Versicherungsverträge habe, die nach dem 21. Dezember 2012 geschlossen werden und dass deshalb Unisextarife ohne Ausnahme erst für ab diesem Zeitpunkt abgeschlossene Neuverträge anzuwenden seien⁴. Die betriebliche Altersversorgung werde durch das Test-Achats-Urteil nicht berührt⁵. Höfer hat die Rechtsauffassung⁶, dass das Test-Achats-Urteil nicht nur Auswirkungen auf private Versicherungsverträge, sondern auch auf Versicherungsverträge im Bereich der betrieblichen Altersversorgung habe. Auch Neuzusagen auf betriebliche Altersversorgung, die nach dem 21. Dezember 2012 getätigt werden, müssten auf Unisextarife umgestellt werden⁷.

2. Problemstellung

Auch ich bin – wie Höfer – der Rechtsauffassung, dass für Neuzusagen im Bereich der betrieblichen Altersversorgung, die nach dem 21. Dezember 2012 gemacht werden, Unisex-tarife anzuwenden sind⁸. Bisher nicht näher untersucht wurde das Problem, ob darüber hinaus nicht nur Neuzusagen, sondern auch Altzusagen auf betriebliche Altersversorgung, die vor dem 21.12.2012 getätigt wurden, aufgrund des deutschen Arbeitsrechts, *insbesondere des AGG*, auf Unisextarife umzustellen sind und wenn ja, ob nur Dienstzeiten ab dem 21.12.2012 oder auch Dienstzeiten vor dem 21.12.2012 davon berührt sind. Im folgenden will ich dieser Frage nachgehen.

* Überarbeitete Version eines Vortrags gehalten auf der aba-Herbsttagung am 28.10.2011 in Köln.

1 EuGH, Urteil vom 1.3.2011 – C-236/09 –, BetrAV 2011 S. 168 ff.

2 Höfer, BetrAV 2011 S. 586; ders., DB 2011 S. 1134 ff.; Kisters-Kölkes, BetrAV 2011 S. 451 ff.; Mönich, VersR 2011 S. 1092 ff.; Rolfs/Binz, VersR 2011 S. 714 ff.; Kömer, ArbuR 2011 S. 331 ff.; Kerschbaumer, AiB 2011 S. 363 ff.

3 Leitlinien zur Anwendung der Richtlinie 2004/113/EG des Rates auf das Versicherungswesen im Anschluss an das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Rechtssache C-236/09 (Test-Achats) vom 22.12.2011, BetrAV 2012 S. 78.

4 Leitlinien Rz. 7, 21.

5 Leitlinien Rz. 21.

6 Höfer, a.a.O. (Fn. 2), S. 587 f.

7 So Höfer, a.a.O. (Fn. 2), S. 587, der wohl Neuzusagen meint, wenn er von Neuverträgen spricht.

8 Birk, DB 2011 S. 819 ff. = BetrAV 2011 S. 441 ff.

3. Europarecht

Geschlechtergerechtigkeit und Geschlechtergleichheit sind europarechtlich zunächst in den Art. 21 und 23 der EU-Charta angesprochen, wonach Diskriminierungen wegen des Geschlechts verboten sind und die Gleichheit von Männern und Frauen in allen Bereichen, einschließlich des Arbeitsentgelts, sicherzustellen ist.

Geschlechtergleichheit in der betrieblichen Altersversorgung ist in den zwei Gleichheits-Richtlinien der EU, nämlich der *Gender-Richtlinie 2004/113/EG* vom 13.12.2004 und der *Lohn-gleichheits-Richtlinie 2006/54/EG* vom 5.7.2006 verankert.

Bis zur Unisex-Entscheidung des EuGH gab es sowohl in Art. 5 Abs. 2 der Gender-Richtlinie als auch in Art. 9 Abs. 1 h, j der Lohn-gleichheits-Richtlinie *Ausnahmeregelungen* vom Verbot der Geschlechterdiskriminierung bzw. vom Gebot der Entgeltgleichheit von Männern und Frauen bei der Tarifgestaltung. Deshalb waren bisher geschlechtsspezifische Tarife in der betrieblichen Altersversorgung *europarechtlich* zulässig.

Nun hat der EuGH im Test-Achats-Urteil die Ausnahmeregelung des Art. 5 Abs. 2 der Gender-Richtlinie 2004/113/EG wegen Verstoßes gegen Art. 21 und 23 der EU-Charta mit Wirkung vom 21. Dezember 2012 für ungültig erklärt.

Prüfungsgegenstand der Unisexentscheidung des EuGH war zwar nur die Ausnahmeregelung des Art. 5 Abs. 2 der Gender-Richtlinie 2004/113/EG. Die Ausnahmeregelungen in Art. 9 Abs. 1 h, j der Lohn-gleichheits-Richtlinie waren davon nicht betroffen.

Es ist jedoch davon auszugehen, dass der EuGH nicht nur die Ausnahmeregelungen der Art. 5 Abs. 1 h, j der Lohn-gleichheits-Richtlinie 2006/54/EG wegen Verstoßes gegen das *höherrangige Recht der Art. 21 und 23 der EU-Charta* für europarechtswidrig erklären würde. Es macht keinen Sinn, geschlechtsspezifische Tarife z.B. im Bereich privater Krankenversicherung europarechtlich zu verbieten, aber im Bereich der betrieblichen Altersversorgung weiter zuzulassen⁹. Insofern hat die Unisexentscheidung des EuGH auch für die Lohn-gleichheits-Richtlinie präjudizielle Wirkung.

4. Europäisches Richtlinienrecht – AGG – betriebliche Altersversorgung

Nach Art. 288 AEUV ist eine Richtlinie als zweistufiger Rechtsakt angelegt, indem sie zunächst an die Mitgliedstaaten gerichtet ist, die sie anschließend in ihr nationales Recht umsetzen¹⁰. Die Umsetzung der Lohn-gleichheits-Richtlinie und der Gender-Richtlinie erfolgte in Deutschland durch das AGG.

a) Die Struktur des AGG

Zunächst soll ein Überblick über den Aufbau des AGG gegeben werden, um die Zuordnung der betrieblichen Altersversorgung zum AGG besser verstehen zu können. Abschnitt 1 des AGG enthält in den §§ 1-5 einen allgemeinen Teil, der sowohl für den arbeitsrechtlichen wie für den zivilrechtlichen Abschnitt maßgeblich ist. Hervorzuheben ist hier § 1 AGG, der sechs „verpönte“¹¹ Merkmale, darunter das Geschlecht, benennt, die keine Diskriminierung zur Folge haben dürfen. § 2 AGG regelt den persön-

chen und sachlichen Geltungsbereich des Gesetzes. Das AGG gilt gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1-4 insbesondere für das Arbeitsrecht und gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 insbesondere für das Zivilrecht. Dem arbeits- bzw. zivilrechtlichen Geltungsbereich sind die in Abschnitt 2 bzw. Abschnitt 3 geregelten arbeits- bzw. zivilrechtlichen Bestimmungen der §§ 6-18 bzw. 19-21 zugeordnet. Hervorzuheben ist das Verbot der Geschlechterdiskriminierung beim Arbeitsentgelt (arbeitsrechtlicher Teil – §§ 1, 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG) und bei der Ausgestaltung von der Öffentlichkeit zur Verfügung stehenden Dienstleistungen, auch Versicherungsverträgen¹² (zivilrechtlicher Teil – §§ 1, 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG). Von der h.M. wird das Tatbestandsmerkmal „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ so ausgelegt, dass es sich um eine Dienstleistung an einen unbestimmten, nicht personalisierbaren Personenkreis handeln muss¹³. Sofern es sich bei der Dienstleistung um einen Versicherungsvertrag handelt, ist hier bisher nach § 20 Abs. 2 AGG eine geschlechtsspezifische Unterscheidung aus versicherungsmathematischen Gründen zulässig.

b) Die Zuordnung der betrieblichen Altersversorgung zu den einzelnen Abschnitten des AGG

Die im AGG in den Abschnitten 1-3 vorgenommene Abgrenzung zwischen Arbeitsrecht und Zivilrecht bzw. zwischen Lohn-gleichheits-Richtlinie und Gender-Richtlinie betrifft auch die betriebliche Altersversorgung. Hier ist zu unterscheiden, welches Rechtsverhältnis betroffen ist. Das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber fällt bei allen Durchführungswegen immer unter die Lohn-gleichheits-Richtlinie bzw. unter die arbeitsrechtlichen Bestimmungen der §§ 2 Abs. 1 Nr. 2, 6-18 AGG.

Bei mittelbaren Versorgungszusagen (Unterstützungskasse, Pensionskasse, Direktversicherung, Pensionsfonds) ist zu unterscheiden. Das Rechtsverhältnis zwischen mittelbarem Versorgungsträger und Arbeitgeber bzw. Rückdeckungsversicherer fällt unter die Gender-Richtlinie bzw. unter die zivilrechtlichen Bestimmungen der §§ 2 Abs. 1 Nr. 8, 19-21 AGG.

Fraglich ist lediglich, ob bei mittelbaren beitragsorientierten Versorgungszusagen auch die Rechtsbeziehung zwischen Arbeitnehmer und mittelbarem Versorgungsträger unter den arbeits- (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG) oder den zivilrechtlichen Geltungsbereich (§ 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG) fällt. Bei den aus den Beiträgen resultierenden Leistungen des mittelbaren Versorgungsträgers handelt es sich um *Arbeitsentgelt*¹⁴ im Sinne des Art. 157 Abs. 2 AEUV an einen personalisierten, nicht unbestimmten Personenkreis der begünstigten Arbeitnehmer. Diese Rechtsbeziehung ist deshalb unter den arbeits- und nicht unter den zivilrechtlichen Anwendungsbereich des AGG zu subsumieren. Auch aus dem Rechtsgedanken des § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG ergibt sich diese Schlussfolgerung.

5. Umsetzung der Ausnahmeregelung des Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113/EG in das deutsche Zivilrecht

Der deutsche Gesetzgeber hat die Ausnahmemöglichkeit des Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113/EG in das Zivilrecht durch § 20 Abs. 2 AGG umgesetzt und bestimmt, dass auch nach deutschem Recht eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts hinsichtlich der Prämien oder Leistungen bei *Versicherungsverträgen* im Sinne des § 2 Abs. 1

9 So auch Höfer, a.a.O. (Fn. 2), S. 588; ebenso Körner, a.a.O. (Fn. 2), S. 334; a.A. wohl Willensen/Döring, BetrAV 2011 S. 432 (439).

10 Vgl. zu diesem Komplex z.B. Nettesheim in: Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 4. Auflage, § 10 Rn. 93 ff.

11 So die Formulierung von Däubler in: Däubler/Bertzbach, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2. Auflage, § 1 Rn. 13.

12 Vgl. BT-Drucksache 16/1780, S. 32.

13 So Ambrosius in: Däubler/Bertzbach, a.a.O. (Fn. 11), § 2 Rn. 58a m.w.N.; Schlachter, Erfurter Kommentar, 11. Auflage, § 2 AGG, Rn. 13.

14 EuGH, Urteil vom 28.9.1994 – C-200/91 (Coloroll) –, BetrAV 1994 S. 243.

Nr. 8 AGG aus versicherungsmathematischen Gründen zulässig ist. Er wird deshalb als Folge obigen EuGH-Urteils die Ausnahmemöglichkeit des § 20 Abs. 2 AGG zumindest für Zeiträume ab dem 21. Dezember 2012 streichen müssen, ansonsten handelt er europarechtswidrig¹⁵. Auf die Rechtsbeziehung zwischen mittelbarem Versorgungsträger und Arbeitgeber bzw. Rückdeckungsversicherer findet dann ausschließlich § 19 Abs. 1 AGG Anwendung, wonach eine Diskriminierung wegen des Geschlechts im Versicherungsvertragsrecht unzulässig ist.

6. Auch Umsetzung der Ausnahmeregelung des Art. 9 Abs. 1 h, j der Lohngleichheits-Richtlinie in das deutsche Arbeitsrecht?

a) Entsprechende Ausnahmeregelung im arbeitsrechtlichen Teil des AGG?

Zunächst ist festzuhalten, dass der arbeitsrechtliche Teil des AGG trotz der in § 2 Abs. 2 Satz 2 enthaltenen Verweisung auf das BetrAVG auch für die betriebliche Altersversorgung gilt¹⁶. Ein Blick in den arbeitsrechtlichen Teil des AGG zeigt, dass es hier *keine Ausnahmeregelung* einer unterschiedlichen Behandlung wegen des Geschlechts bei versicherungsmathematischen Faktoren gibt, wie dies § 20 Abs. 2 AGG im zivilrechtlichen Teil des AGG zumindest bis zum 21. Dezember 2012 zulässt.

Geschlechtsspezifische Tarife könnten arbeitsrechtlich nur auf § 8 AGG gestützt werden. Hiernach ist eine Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts nur wegen zwingender unterschiedlicher beruflicher Anforderungen gerechtfertigt. Diese Ausnahmeregelung greift sicher nicht.

Auch die Ausnahmeregelung des § 10 Satz 3 Nr. 4 AGG greift nicht, da hiernach nur Alterskriterien, nicht auch geschlechtsspezifische Kriterien für die versicherungsmathematische Berechnung von Versorgungszusagen zulässig sind.

Der Gesetzgeber hat folglich die Ausnahmeregelung des Art. 9 Abs. 1 h, j der Lohngleichheits-Richtlinie *nicht* in den arbeitsrechtlichen Teil des AGG umgesetzt.

b) Ausnahmeregelung durch analoge Anwendung des § 20 Abs. 2 AGG?

Es stellt sich das Problem, ob der arbeitsrechtliche Teil des AGG nicht richtlinienkonform dahingehend auszulegen ist, dass hier zumindest für Zeiten bis zum 21. Dezember 2012 § 20 Abs. 2 AGG analog gilt, da nationales Recht so auszulegen ist, dass Widersprüche zum Gemeinschaftsrecht vermieden werden¹⁷. Dann müsste eine planwidrige Regelungslücke vorliegen. Man könnte die Position vertreten, der Gesetzgeber habe eine Umsetzung der Ausnahmeregelung des Art. 9 Abs. 1 h, j der Lohngleichheits-Richtlinie in das Arbeitsrecht einfach planwidrig „vergessen“.

Eine richtlinienkonforme Auslegung scheidet bereits daran, dass, wie bereits oben ausgeführt, auch die Ausnahmeregelung des Art. 9 Abs. 1 h, j der Lohngleichheits-Richtlinie europarechtswidrig ist.

Es liegt auch *keine planwidrige Regelungslücke* vor. Art. 27 Abs. 1 der Lohngleichheits-Richtlinie erlaubt nämlich, dass der deutsche Gesetzgeber Vorschriften erlassen oder beibehalten kann, die „im Hinblick auf die Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes günstiger als die in dieser

Richtlinie vorgesehenen Vorschriften sind“. Insofern gebietet die Lohngleichheits-Richtlinie *nicht* zwingend, dass auch die Ausnahmeregelung des Art. 9 Abs. 1 h, j in nationales Arbeitsrecht umzusetzen ist. Der deutsche Gesetzgeber kann diese Ausnahmen in deutsches Recht übernehmen, muss es aber nicht. Deshalb spricht sehr viel dafür, dass es sich nicht um ein planwidriges Unterlassen handelt, sondern der Gesetzgeber den vor Verabschiedung des AGG geltenden Lohngleichheitsgrundsatz des § 612 Abs. 3 Satz 1 BGB, der ebenfalls keine versicherungsmathematischen Ausnahmeregelungen vorsah, lediglich unverändert in das AGG übernehmen wollte. Eine richtlinienkonforme analoge Anwendung des § 20 Abs. 2 AGG im arbeitsrechtlichen Teil des AGG für Zeiten bis zum 21. Dezember 2012 ist deshalb wenig plausibel.

7. Konsequenzen

a) Für Zeiten seit Inkrafttreten des AGG

Wie bereits herausgearbeitet, finden im Rechtsverhältnis des Arbeitnehmers zum Arbeitgeber bzw. zum mittelbaren Versorgungsträger ausschließlich die Bestimmungen der §§ 2 Abs. 1 Nr. 2, 6-18 AGG Anwendung, die eine Diskriminierung wegen des Geschlechts beim Arbeitsentgelt, somit auch bei der betrieblichen Altersversorgung verbieten. Entgegenstehende Regelungen wie unterschiedliche Tarife für Männer und Frauen sind nach den §§ 7 Abs. 1 und 2 AGG, 134 BGB *rechtsunwirksam*. Als Rechtsfolge dieser Teilnichtigkeit wird bei Entgeltansprüchen eine *Angleichung nach oben* anerkannt¹⁸. Auch das BAG leitet aus den Wertungen der §§ 2 Abs. 1 Nr. 2 und 8 Abs. 2 AGG einen Anspruch auf gleiches Entgelt bei gleicher Arbeit ab¹⁹. Der/die bei der Entgeltzahlung wegen seines/ihrer Geschlechts benachteiligte Arbeitnehmer(in) hat deshalb einen Anspruch auf die höhere Leistung²⁰.

Nicht nur Neuzusagen auf betriebliche Altersversorgung ab dem 22.12.2012, sondern auch *Altzusagen* sind hiervon betroffen. Ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin mit einer Altzusage, der/die wegen seines/ihrer Geschlechts eine niedrigere Altersversorgung als das andere Geschlecht erhält, kann die höhere Leistung nicht nur für zukünftige Dienstzeiten, sondern auch für die Vergangenheit *seit Inkrafttreten des AGG am 18.8.2006 rückwirkend* fordern. Für Anwartschaften gilt die 30-jährige Verjährungsfrist nach § 18a Satz 1 BetrAVG und für laufende Leistungen die 3-jährige Verjährungsfrist nach §§ 18a Satz 2 BetrAVG, 195 BGB.

Der Anspruch auf die höhere Leistung richtet sich bei einer mittelbaren Versorgungszusage (Unterstützungskasse, Pensionskasse, Direktversicherung, Pensionsfonds) nach § 421 BGB *gesamtschuldnerisch* sowohl gegen den Arbeitgeber als auch gegen den externen Versorgungsträger²¹.

Die Leistungspflicht des Arbeitgebers ergibt sich aus § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG. Danach hat der Arbeitgeber für die Erfüllung der von ihm zugesagten Leistungen auch dann einzustehen, wenn die Durchführung nicht unmittelbar über ihn erfolgt. Die Leistungspflicht des externen Versorgungsträgers ergibt sich aus seinen Versorgungs- bzw. Versicherungsbestimmungen in Verbindung mit dem Lohngleichheitsgrundsatz, da auch ein externer Versorgungsträger zur Einhaltung des Lohngleichheitsgrundsatzes verpflichtet ist²².

18 Dette in: Däubler/Bertzbach, a.a.O. (Fn. 11), § 7 Rn. 104a m.w.N.

19 So BAG, Urteil vom 11.12.2007 – 3 AZR 249/06 –, BetrAV 2008 S. 413, Rn. 45; zustimmend Schlachter, a.a.O. (Fn. 13), § 2 Rn. 8.

20 BAG, a.a.O. (Fn. 19).

21 BAG, a.a.O. (Fn. 19), Rn. 48.

22 So BAG vom 19.11.2002 – 3 AZR 631/97 –, BetrAV 2003 S. 269; EuGH vom 9.10.2001 – C-379/99 –, BetrAV 2002 S. 93.

15 Ebenso Rolfs/Binz, a.a.O. (Fn. 2), S. 716.

16 BAG, Urteil vom 11.12.2007 – 3 AZR 249/06 –, BetrAV 2008 S. 413 (Ls. 1).

17 Däubler/Bertzbach, a.a.O. (Fn. 11), Einleitung Rn. 77.

b) Für Zeiten vor Inkrafttreten des AGG

Das BAG vertritt die Rechtsauffassung, dass bereits für die *Zeit ab 21. August 1980* bis Inkrafttreten des AGG am 18.8.2006 der damals gültige § 612 Abs. 3 Satz 1 BGB eine Geschlechterdiskriminierung auch in der betrieblichen Altersversorgung verbot²³. Der vom BAG zu entscheidende Fall betraf die Diskriminierung einer Arbeitnehmerin in der Hinterbliebenenversorgung. Für Arbeitnehmer gab es eine uneingeschränkte Witwenversorgung, für Arbeitnehmerinnen dagegen wurde die Witwenversorgung davon abhängig gemacht, dass die Arbeitnehmerin den Unterhalt der Familie überwiegend bestritten hatte. Diese unerlaubte Benachteiligung wegen des Geschlechts war nach Rechtsauffassung des BAG bereits vor Inkrafttreten des AGG wegen § 612 Abs. 3 Satz 1 BGB unzulässig.

Für eine Geschlechterdiskriminierung bei der Tarifgestaltung kann eigentlich nichts anderes gelten. Deshalb kann ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin, der/die wegen seines/ihrer Geschlechts eine niedrigere Altersversorgung als das andere Geschlecht erhält, die höhere Leistung auch für Zeiten vor Inkrafttreten des AGG ab 21. August 1980 rückwirkend fordern.

8. Vertrauensschutz der Arbeitgeber und Versorgungsträger gegen eine rückwirkende Angleichung der Versicherungstarife?

Da eine rückwirkende Angleichung der Versicherungstarife nach oben für die betroffenen Arbeitgeber und Versorgungsträger mit finanziellen Mehrbelastungen verbunden ist, stellt sich die Frage, ob diese nicht in die Rechtmäßigkeit geschlechtsspezifischer Tarife vertrauen durften und deshalb zumindest eine Rückwirkung auszuschließen ist.

Ein sich aus Art. 12 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG ergebender Vertrauensschutz kommt bei der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes in Betracht, wenn der Betroffene in schutzwürdiger Weise in die Rechtmäßigkeit eines Gesetzes vertrauen konnte²⁴. Es gibt und gab aber *kein deutsches Gesetz*, das geschlechtsspezifische Tarife erlaubte. Die betroffenen Arbeitgeber und Versorgungsträger konnten und können sich auch *nicht* auf einen durch die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte begründeten Vertrauensschutz berufen, da sich das BAG bisher hierzu nicht geäußert hat. Es ist auch keine diesbezügliche Entscheidung eines LAG bekannt. Es gab bisher lediglich eine im Schrifttum mehrheitlich vertretene Meinung, dass geschlechtsspezifische Tarife rechtmäßig seien²⁵. Diese Rechtsauffassung war aber bestritten²⁶. Somit ist es auch nicht möglich, den Vertrauensschutz mit einer allgemein anerkannten Auslegung bestimmter Vorschriften zu begründen. Die betroffenen Arbeitgeber und Versorgungsträger waren auch nicht unter Marktgesichtspunkten gezwungen, geschlechtsspezifische Tarife anzuwenden, da es auch in der Vergangenheit in der betrieblichen Altersversorgung nicht geschlechterdiskriminierende Durchführungswege und geschlechtsneutrale Tarife gab. Hieraus ergibt sich m.E., dass Vertrauensschutzgesichtspunkte einer rückwirkenden Angleichung *nicht* entgegenstehen.

²³ BAG, a.a.O. (Fn. 19), Rn. 28.

²⁴ Zur Problematik der Rückwirkung vgl. insbesondere BAG, Urteil vom 26.4.2006 – 7 AZR 500/04 –, DB 2006 S. 1734 = BetrAV 2006 S. 577 und hierzu BVerfG, Urteil vom 6.7.2010, 2 BvR 2661/06, Rz. 81 ff.

²⁵ Rolfs in: Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebsrentengesetz, 5. Auflage, § 1 Rn. 147 und Anhang § 1 Rn. 51; Steinmeyer, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 9. Auflage, 2009, BetrAVG Vorbemerkung Rn. 40; ders., ZfA 2007 S. 36; Höfer, Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, Ergänzungslieferung Mai 2008, Rz. 769 ff.; Beck OK, BetrAVG § 1, Rn. 105; Langohr-Plato, Betriebliche Altersversorgung, 4. Auflage, Rn. 1425; differenzierend Thüsing, Münchner Kommentar, § 8 AGG, Rn. 56.

²⁶ Birk, BetrAV 2003 S. 197 ff.; Henschel, NZA 2004 S. 828.

9. Abänderungsmöglichkeiten

a) Abänderungsmöglichkeiten für die Vergangenheit

Es stellt sich die Frage, ob ein Arbeitgeber, der für die Vergangenheit geschlechtsspezifische Tarife in der betrieblichen Altersversorgung zugesagt hat, dies nachträglich ändern kann.

Rechtlich zulässig und sozial verträglich wäre es, wenn der Arbeitgeber für die Vergangenheit eine *Anpassung nach oben* vornehmen würde, da in diesem Fall kein Arbeitnehmer und keine Arbeitnehmerin bereits erworbene Besitzstände verlieren würden. Der Arbeitgeber müsste hier die Leistung, die die benachteiligte Arbeitnehmergruppe – in der Regel die Frauen – erhält, auf das Niveau der besser gestellten Gruppe aufstocken. Dies wäre mit Mehrkosten für den Arbeitgeber verbunden.

Die in der Vergangenheit liegende Ungleichbehandlung aufgrund geschlechtsspezifischer Tarife kann aber *nicht* mehr rückwirkend *kostenneutral* auf mittlerem Niveau egalisiert werden. Dies wäre nur möglich, wenn in bereits erworbene vergangenheitsbezogene Besitzstände der Arbeitnehmer eingegriffen würde. Dies würde nach der 3-Stufen-Theorie des BAG²⁷ zwingende Gründe voraussetzen, die *nicht* vorhanden sind.

b) Abänderungsmöglichkeiten für die Zukunft

Arbeitgeber und externe Versorgungsträger haben aber regelmäßig – sofern die Anspruchsgrundlage für die betriebliche Altersversorgung eine Betriebsvereinbarung ist – die Möglichkeit, auch für Altszusagen *zukünftige Dienstzeiten* auf Unisex-tarife umzustellen.

Zu diesem Zwecke sind ab Umstellungsstichtag ein Rentestamm für vergangene und ein Rentestamm für zukünftige Dienstzeiten, also zwei Rentestämme, zu bilden.

Eine solche Umstellung ist nach den Grundsätzen für ablösende bzw. umstrukturierende Betriebsvereinbarungen arbeitsrechtlich zulässig. Eine bestehende Betriebsvereinbarung kann nämlich durch eine neue Betriebsvereinbarung verändert werden, wenn es hierfür zumindest sachliche Gründe gibt und wenn die bereits erdienten Besitzstände gewahrt werden. Es gilt nicht das Günstigkeitsprinzip, sondern die sogenannte Zeitkollisionsregel²⁸.

Allerdings dürften solche Pläne regelmäßig auf den Widerstand des Betriebsrats stoßen, der daran mitwirken müsste, dass einer Arbeitnehmergruppe zugunsten einer anderen Arbeitnehmergruppe etwas genommen wird. Hier gilt Folgendes: Die Änderung des Leistungsplans bei Wahrung des Dotierungsrahmens gehört zur mitbestimmungspflichtigen Lohngestaltung nach § 87 Abs. 1 Nr. 8, 10 des BetrVG²⁹. Kommt es zu keiner Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, können beide Seiten notfalls die Einigungsstelle (§§ 76, 87 Abs. 2 BetrVG) einschalten. Deshalb kann auch der Arbeitgeber den Betriebsrat in die Einigungsstelle zwingen, um bei Wahrung des Dotierungsrahmens für die Zukunft Unisex-tarife einzuführen.

²⁷ Zuletzt BAG vom 21.4.2009, 3 AZR 674/07.

²⁸ Ganz allgemeine Meinung, vgl. zuletzt BAG, Urteil vom 21.11.2000 – 3 AZR 91/00 –, AP Nr. 21 zu § 1 BetrAVG Hinterbliebenenversorgung = BetrAV 2001 S. 683.

²⁹ Ständige Rechtsprechung seit BAG vom 12.6.1975 – 3 ABR 13/74 –, BAG AP Nr. 1-4 zu § 87 BetrVG Altersversorgung.

10. Zusammenfassung

Unterschiedliche Tarife für Männer und Frauen im Bereich der betrieblichen Altersversorgung stellen *auch für Altzusagen* und für diese auch für *vergangene Dienstzeiten* eine *rechtswidrige Geschlechterdiskriminierung* dar. Dies ergibt sich innerhalb der Verjährungsgrenzen des § 18a BetrAVG aus nationalem Recht, nämlich für Dienstzeiten seit dem 18.8.2006 aus dem arbeitsrechtlichen Teil des AGG und für Dienstzeiten davor aus § 612 Abs. 3 Satz 1 BGB. Ein Rückgriff auf Europarecht ist gar nicht notwendig. Der/die bei der Entgeltzahlung wegen seines/ihrer Geschlechts benachteiligte Arbeitnehmer(in) hat auch für die Vergangenheit einen schuldrechtlichen Anspruch auf die höhere Leistung, der sich bei mittelbaren Versorgungszusagen gesamtschuldnerisch gegen Arbeitgeber und mittelbaren Versorgungsträger richtet.

Prof. Dr. Birk unterrichtet Arbeits- und Sozialrecht an der Universität Bamberg.
Ein Forschungsschwerpunkt ist die betriebliche Altersversorgung.

Weitere Informationen finden Sie unter <http://www.iba-profdrbirk.de/>
und http://de.wikipedia.org/wiki/Ulrich-Arthur_Birk