

Bundesarbeitsgericht

Betriebliche Altersversorgung und Antidiskriminierungsrecht

1. 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.

2. Bei einer dem AGG widersprechenden Diskriminierung ergibt sich aus der Wertung in § 2 Abs. 1 Nr. 2 und § 8 Abs. 2 AGG iVm. der zugrunde liegenden diskriminierenden Regelung, dass eine Grundlage für Ansprüche auf gleiches Entgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeit gegeben ist.

3. Es bleibt offen, ob bei der zeitlichen Anwendung des AGG auf den Leistungszeitraum für Betriebsrenten oder den Zeitraum des Erwerbs von Anwartschaften im Arbeitsverhältnis abzustellen ist.

BAG, Urteil vom 11. 12. 2007 - 3 AZR 249/06 (Lexetius.com/2007,4128)

- 1 Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 4. Januar 2006 - [17 Sa 1034/05](#) - wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die festgestellte Zahlungspflicht die Beklagten als Gesamtschuldner trifft.
- 2 Die Beklagten haben die Kosten des Verfahrens als Gesamtschuldner zu tragen.
- 3 Tatbestand: Die Parteien streiten darüber, unter welchen Voraussetzungen dem Ehemann der Klägerin eine Hinterbliebenenversorgung zu gewähren sein wird.
- 4 Die Klägerin ist am 24. September 1943 geboren. Seit dem 24. September 1993 ist sie - erneut - verheiratet. Von 1975 bis 2000 stand sie in einem Arbeitsverhältnis zur Beklagten zu 1. Auf Grund einer arbeitsvertraglichen Zusage besteht beim Beklagten zu 2. eine Versicherung zu ihren Gunsten.
- 5 Nach § 1 seiner Versicherungsbedingungen zahlt der Beklagte zu 2. "aufgrund der mit ihm geschlossenen Versicherungsverträge" bei Erreichen der Altersgrenze Ruhegeld und ua. für die Witwer der Versicherten Hinterbliebenenrente. Nach § 6 der Versicherungsbedingungen gelten als Versicherungsnehmer im Sinne dieser Bedingungen neben den Mitgliedsunternehmen auch deren versicherte Angestellte. In der bis zum 31. Dezember 1988 gültigen Fassung (hiernach: VB 1988) galten ua. folgende Regelungen über das Altersruhegeld und die Hinterbliebenenrente:

"§ 16

(1) Nach zurückgelegtem 65. Lebensjahr hat der Versicherte auch ohne Nachweis der eingetretenen Berufsunfähigkeit Anspruch auf Ruhegeld. ...

(2) Altersruhegeld erhalten auch weibliche Versicherte, die das 60. Lebensjahr vollendet haben und Ruhegeld aus der gesetzlichen Rentenversicherung in voller Höhe beziehen.

(3) Altersruhegeld erhalten auch männliche Versicherte, die ein vorgezogenes Altersruhegeld aus der gesetzlichen Rentenversicherung in voller Höhe beziehen. Die erworbene Rentenanswartschaft wird für männliche Versicherte um jeden Monat, um den das Altersruhegeld vor Vollendung des 65. Lebensjahres beginnt, um 0, 4 % gekürzt. ...

§ 22

(1) Beim Tode eines männlichen Versicherten oder eines männlichen Ruhegeldempfängers erhalten die Witwe und die ehelichen sowie die diesen gesetzlich gleichgestellten Kinder unter 21 Jahren Hinterbliebenenrente, wenn die Ehe vor Eintritt des Versicherungsfalles geschlossen war. ...

§ 24

(1) ...

(2) Hatte die versicherte Ehefrau den Unterhalt ihrer Familie überwiegend bestritten, so erhält der Ehemann gemäß § 22 der Versicherungsbedingungen Witwerrente. ..."
- 6 Mit Wirkung vom 1. Januar 1989 glich der Beklagte zu 2. die Versicherungsbedingungen für männliche und weibliche Versicherte an. Nunmehr mussten alle Versicherten im Falle eines vorgezogenen Altersruhegeldes eine Kürzung der Rente hinnehmen. Sowohl Witwern als auch

Witwen wurde eine Hinterbliebenenversorgung zugesagt, unabhängig davon, ob ihr Ehegatte zuvor den Familienunterhalt überwiegend bestritten hatte. Mit der Neuregelung wurde folgende Übergangsbestimmung in die Versicherungsbedingungen aufgenommen:

"§ 33

(1) § 15 Abs. 3, § 16 Abs. 2 und 4, § 22 Abs. 1, 3 und 6, §§ 23, 25 Abs. 1 sowie die Streichungen in § 16 Abs. 3 und § 24 der Versicherungsbedingungen i. d. F. vom 28. 10. 1987 gelten nicht für Versicherte, deren Mitgliedschaft vor dem 1. Januar 1989 begonnen hat.

(2) Weibliche Mitglieder mit Versicherungsbeginn vor dem 1. Januar 1989, die das 60. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und bei denen der Versicherungsfall wegen Berufsunfähigkeit noch nicht eingetreten ist, können dem Verein gegenüber erklären, daß die in Abs. 1 genannten Bestimmungen für ihre Versicherung gelten sollen. Die Erklärungsfrist endet am 31. Dezember 1989."

- 7** Im Zusammenhang mit der Änderung stellte die Beklagte zu 1. ihren Arbeitnehmerinnen ein Formular zur Verfügung, auf dem diese durch Ankreuzen eine Wahl treffen sollten. Das Formular lautete auszugsweise:

"Ich entscheide mich für:

- die Beibehaltung der bestehenden Regelung (bedingte Witwerrente, aber ungekürzte Altersrente auch bei Rentenbeginn vor Alter 65)

- die Anwendung der neuen Regelung für meine Versicherung (unbedingte Witwerrente, aber gekürzte Altersrente bei Rentenbeginn vor Alter 65)

Die Änderungen der Versicherungsbedingungen ab 1. 1. 1989 ergeben sich aus der Rückseite dieser Renteninformation."

- 8** Unter dem 23. Februar 1989 gab die Klägerin das ausgefüllte Formular ab. Dort findet sich ein Kreuz vor der ersten Wahlalternative.

- 9** Durch eine weitere Änderung der Versicherungsbedingungen wurden für ab dem 1. Oktober 1995 erdiente Anwartschaften gleiche Bedingungen für Männer und Frauen eingeführt. Anwartschaften aus der Zeit vom 18. Mai 1990 bis zum Inkrafttreten dieser Neuregelung am 1. Oktober 1995 werden für Männer und Frauen nach der für den Versicherungsnehmer jeweils günstigsten Regelung behandelt.

- 10** Im Zusammenhang mit Nachfragen erklärte der Beklagte zu 2. gegenüber der Klägerin unter dem 7. Dezember 1999 Folgendes:

"Sehr geehrte Frau S,

nach der alten Regelung des § 24 Abs. 2 der Versicherungsbedingungen (VB) erhält beim Tode eines weiblichen Versicherten der Witwer dann eine Witwerrente - unter Anwendung des § 22 VB -, wenn die versicherte Ehefrau den Unterhalt der Familie überwiegend bestritten hatte. 'Überwiegend' bedeutet hierbei zu mehr als der Hälfte des Familienunterhalts. Sofern sich bei der Prüfung der Höhe der Unterhaltsbeiträge der Ehegatten Zweifelsfragen ergeben, bemüht sich der B selbstverständlich um eine genaue Aufklärung des Sachverhalts.

Maßgeblich ist in jedem Fall der letzte wirtschaftliche Dauerzustand. Als letzter Dauerzustand werden in der Regel die letzten 12 Kalendermonate vor dem Tode des Versicherten angesehen, wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse der Familie über längere Zeit im Wesentlichen unverändert waren. Ist in diesem Zeitraum eine wesentliche Änderung eingetreten, die nach den Umständen ohne den Tod eine längere Zeit angedauert hätte, so beginnt der letzte wirtschaftliche Dauerzustand mit dem Eintritt dieser Änderung. Bei der Änderung kann es sich z. B. um die Arbeitsaufnahme oder Arbeitsaufgabe oder den Beginn des Rentenbezuges eines der beiden oder beider Ehegatten handeln. Solche Änderungen können völlig unterschiedliche Ergebnisse zur Folge haben.

Ob nach dieser Regelung einmal beim zukünftigen Todesfall ein Anspruch auf Witwerrente besteht, kann aus heutiger Sicht im Allgemeinen nicht beurteilt werden."

- 11** Die Klägerin schied am 1. September 2000 auf Grund einer Vorruhestandsvereinbarung aus dem Arbeitsverhältnis bei der Beklagten zu 1. aus. Sie verfügt über einen Grad der Behinderung von 50. Seit dem 30. September 2003 nimmt sie vorgezogene Altersrente in Anspruch. Der Rentenbescheid des Beklagten zu 2. für die Klägerin vom 12. September 2003 lautet ua.:

"... Aufgrund Ihrer Entscheidung für die weitere Anwendung der vor dem 1. 1. 1989 geltenden Versicherungsbedingungen (VB) erhalten Sie für die bis zum 30. 9. 1995 erworbenen Anwartschaften das ungekürzte Ruhegeld. Für die ab 1. 10. 1995 erworbenen Anwartschaften erhalten Sie das gekürzte vorgezogene Altersruhegeld.

Im Falle Ihres Ablebens besteht aus den Anwartschaften, die nach dem 30. 04. 1990 erworben wurden, ein unbedingter Witwerrentenanspruch. Aus Anwartschaften für die Zeit bis zum 30. 04. 1990 besteht ein Anspruch auf Witwerrente gem. § 24 VB, wenn Sie den Unterhalt der Familie überwiegend bestritten haben. ..."

- 12** Mit der vorliegenden Klage wendet sich die Klägerin dagegen, dass aus den bis zum 30. April 1990 erworbenen Anwartschaften ihrem Ehemann eine Witwerrente nur dann zugebilligt wird, wenn sie Haupternährerin gewesen ist. Die unterschiedliche Behandlung von Männern und Frauen in den VB 1988 sei rechtswidrig. Die Beklagte zu 1. habe sie im Rahmen der Erklärung vom 23. Februar 1989 nicht ausreichend über die Folgen einer Wahl unterrichtet. Sie habe vielmehr den Anschein erweckt, eine Entscheidung für die bisherigen Versicherungsbedingungen sichere die Witwerrente für ihren Ehemann.
- 13** Die Klägerin hat zuletzt beantragt festzustellen, dass die Beklagten verpflichtet sind, aus Anwartschaften, die sie vor dem 30. April 1990 verdient hat, Witwerrente auch dann zu zahlen, wenn sie den ehelichen Unterhalt nicht überwiegend bestritten hat.
- 14** Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen. Sie haben die Ansicht vertreten, die VB 1988 enthielten keine unzulässige Diskriminierung. Männern und Frauen sei eine unterschiedliche, jedoch wertgleiche Versorgung zugesagt worden. Das ergebe sich aus der Möglichkeit für Frauen, ein abschlagsfreies vorgezogenes Ruhegeld in Anspruch zu nehmen. Dem entsprechend sei der Beitrag für Männer und Frauen gleich hoch gewesen. Europarecht sei auf den streitgegenständlichen Zeitraum nicht anzuwenden. Eine unzulässige Ungleichbehandlung nach nationalem Recht habe nicht vorgelegen. Jedenfalls müsse sich die Klägerin die Ausübung ihres Wahlrechts auf Grund der Erklärung vom 23. Februar 1989 entgegenhalten lassen.
- 15** Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgen die Beklagten das Ziel einer Klageabweisung weiter. Die Klägerin begehrt die Zurückweisung der Revision.
- 16** Entscheidungsgründe: Die Revision ist unbegründet. Gegen die Zulässigkeit der Klage bestehen keine durchgreifenden Bedenken. Die Beklagten haben dem Ehemann der Klägerin unabhängig von der Frage, wer den Familienunterhalt überwiegend bestritten hat, Hinterbliebenenversorgung zu gewähren. Diese Verpflichtung trifft sie - was im Tenor klarzustellen ist - als Gesamtschuldner.
- 17** I. Die Klage ist als Feststellungsklage zulässig (§ 256 Abs. 1 ZPO).
- 18** Sie richtet sich auf die Feststellung des Inhalts eines betriebsrentenrechtlichen Rechtsverhältnisses, das hier mit Eintritt des Versorgungsfalles bereits begründet ist. Dass der Nachversorgungsfall noch nicht eingetreten ist, ist unerheblich, da die für diesen Fall entstehenden Verpflichtungen bereits jetzt Teil des Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien sind (vgl. für die Klärung des Inhalts des betriebsrentenrechtlichen Rechtsverhältnisses vor Eintritt des Versorgungsfalles auch BAG 7. März 1995 - 3 AZR 282/94 - BAGE 79, 236, zu A III 1 der Gründe).
- 19** Auch ein Feststellungsinteresse, dessen Vorliegen noch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu überprüfen ist (BAG 10. Dezember 1991 - 9 AZR 319/90 - AP ZPO § 253 Nr. 20 = EzA ZPO § 253 Nr. 11, zu 2 a der Gründe), liegt vor. Die Beklagten bestreiten ihre Leistungspflicht. Unerheblich für das Feststellungsinteresse ist die Frage, ob die Klägerin während des Arbeitsverhältnisses oder nach Eintritt des Versorgungsfalles den Familienunterhalt überwiegend bestritten hat oder nicht:
- 20** Das gilt ohne Weiteres dann, wenn entsprechend der außergerichtlich vertretenen Ansicht des Beklagten zu 2. bei der Auslegung der streitbefangenen VB 1988 darauf abzustellen ist, wie sich die Lage in der Zeit unmittelbar vor Eintritt des Nachversorgungsfalles darstellt (so für die vergleichbare frühere sozialrechtliche Rechtslage auch BSG 16. März 2006 - B 4 RA 15/05 R - SozR 4-2600 § 46 Nr. 3, zu 2 b der Gründe mwN). Der dann maßgebliche Sachverhalt steht noch nicht fest und kann auch nicht zwingend aus der aktuellen Sachlage geschlossen werden. Auch Rentner können durch ihr Spar- und Konsumverhalten bestehenden Versorgungslücken Rechnung tragen (vgl. BAG 7. März 1995 - 3 AZR 282/94 - BAGE 79, 236, zu A III 2 a der Gründe; 18. September 2001 - 3 AZR 689/00 - BAGE 99, 92, zu A der Gründe). Es ist deshalb ohne Weiteres möglich, dass die Situation eintritt, hinsichtlich derer das Klärungsinteresse besteht.

- 21** Nichts anderes gilt, wenn man mit der Entscheidung des Senats vom 26. September 2000 (- 3 AZR 387/99 - EzA BetrAVG § 1 Hinterbliebenenversorgung Nr. 8, zu II der Gründe) auf eine "Gesamtbetrachtung" abstellen wollte. In der genannten Entscheidung ist es offengelassen, auf welchen Zeitraum sich diese Gesamtbetrachtung zu beziehen hat und inwieweit auch Verhältnisse nach Eintritt des Versorgungsfalles zu berücksichtigen sind. Selbst wenn man davon ausgeht, die Klägerin habe während irgendeines in der Vergangenheit liegenden Zeitraums überwiegend den Unterhalt der Familie bestritten, kann sie nicht darauf verwiesen werden, zunächst zu klären, inwieweit deshalb die Voraussetzungen des § 24 Abs. 2 VB 1988 erfüllt sind und daher ihrem hinterbliebenen Ehegatten im Nachversorgungsfall ohnehin Ansprüche zustehen. Damit würde der Klägerin unnötig ein Prozess aufgedrängt werden, der bei Erfolg ihres Feststellungsantrages keine Bedeutung hätte.
- 22** II. Wie die Klägerin in der Revisionsinstanz klargestellt hat, richtet sich ihr Klageantrag auf die Feststellung einer gesamtschuldnerischen Verpflichtung der Beklagten. Die darauf gerichtete Klage ist begründet. Dahingestellt bleiben kann, ob auf die aktuelle Rechtslage nach Inkrafttreten des AGG abzustellen ist oder ob die Rechtslage während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses maßgeblich bleibt. Das AGG ist auch auf die betriebliche Altersversorgung anwendbar. Aus ihm ergibt sich ebenso wie nach der früheren Rechtslage ein Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts. Die Versicherungsbedingungen der Beklagten verstoßen gegen diesen Grundsatz. Die Klägerin hat deshalb für den Nachversorgungsfall gegen beide Beklagte einen gesamtschuldnerischen Anspruch auf Leistung von Hinterbliebenenversorgung an ihren Ehemann unabhängig davon, ob sie überwiegend den Familienunterhalt bestritten hat.
- 23** 1. Dahingestellt bleiben kann, ob auf Grund der Übergangsbestimmung in § 33 Abs. 1 AGG dieses Gesetz bereits auf den vorliegenden Fall angewendet werden kann oder ob auf die Rechtslage während des laufenden Arbeitsverhältnisses abzustellen ist. Alle in Betracht kommenden deutschen Rechtsgrundlagen enthalten ein Verbot der Geschlechtsdiskriminierung auch für die betriebliche Altersversorgung. EG-Recht ist nicht einschlägig.
- 24** a) Nach § 7 iVm. § 1 AGG, das am 18. August 2006 in Kraft getreten ist (Art. 4 des "Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung" vom 14. August 2006, BGBl. I S. 1897), ist nunmehr eine Benachteiligung ua. "wegen des Geschlechts" unzulässig. Der Anwendung dieses Gesetzes in sachlicher Hinsicht - seine zeitliche Anwendbarkeit unterstellt - steht nicht die Bestimmung des § 2 Abs. 2 Satz 2 AGG entgegen. Nach dieser Vorschrift "gilt" für die betriebliche Altersvorsorge, also Altersversorgung, das Betriebsrentengesetz. Diese Regelung im AGG enthält keine "Bereichsausnahme" für die betriebliche Altersversorgung.
- 25** Der historische Gesetzgeber hat durch die Regelung "klargestellt, dass für die betriebliche Altersversorgung die auf der Grundlage des Betriebsrentengesetzes geregelten Benachteiligungsverbote" gelten. Darüber hinaus hat er als weiterhin maßgeblich die Richtlinie zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit (vom 24. Juli 1986, 86/378/EWG, ABl. EG Nr. L 225 vom 12. August 1986 S. 40, geändert durch Richtlinie vom 20. Dezember 1996, 96/97/EG, ABl. EG Nr. L 46 vom 17. Februar 1997 S. 20) bezeichnet, die nach Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens in der Richtlinie zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen vom 5. Juli 2006 (2006/54/EG, ABl. EG Nr. L 204 vom 26. Juli 2006 S. 23) aufgegangen ist (vgl. zur Entstehungsgeschichte BT-Drucks. 16/1780 S. 32). Damit wurde die Begründung für eine gleich formulierte Regelung im nicht Gesetz gewordenen Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes aus der 15. Legislaturperiode nicht mehr aufgegriffen. Die Ausschussfassung dieses Entwurfes war insoweit noch damit begründet worden, die europarechtlich erforderlichen Anpassungen sollten bei einer späteren Novellierung des Betriebsrentengesetzes dort vorgenommen werden und müssten noch sorgfältig geprüft werden (BT-Drucks. 15/5717 S. 36; Rust/Falke AGG § 2 Rn. 212).
- 26** Ein Wille des historischen Gesetzgebers des AGG, das im Gegensatz zum Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes tatsächlich Gesetz geworden ist, das AGG nicht auf die betriebliche Altersversorgung anzuwenden, ist deshalb nicht erkennbar. Im Gegenteil genießen nach § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG auch ausgeschiedene Beschäftigte den Schutz des AGG, was auf Betriebsrentner ausgerichtet ist (BT-Drucks. 16/1780 S. 34). In § 10 Satz 3 Nr. 4 AGG sind betriebliche Systeme der sozialen Sicherheit ausdrücklich erwähnt, was in Deutschland praktisch nur die betriebliche Altersversorgung betrifft.
- 27** § 2 Abs. 2 Satz 2 AGG wird dadurch auch nicht gegenstandslos. Vielmehr behält diese Bestimmung als Kollisionsregel Bedeutung. Während § 32 AGG vorsieht, dass die allgemeinen Bestimmungen nur gelten, soweit im AGG nichts Abweichendes bestimmt ist, gilt dieser Vorrang

des AGG bezogen auf das Betriebsrentengesetz nicht. Wenn und soweit das BetrAVG Aussagen hinsichtlich bestimmter Unterscheidungen enthält, die einen Bezug zu den in § 1 AGG erwähnten Merkmalen haben, hat das AGG gegenüber diesen älteren Bestimmungen keinen Vorrang. Vielmehr bleibt es bei den Regelungen im Betriebsrentengesetz. Das gilt zB hinsichtlich der an das Merkmal "Alter" anknüpfenden Vorschriften zur gesetzlichen Unverfallbarkeit (§ 1b BetrAVG) und im Hinblick darauf, dass das Betriebsrentengesetz eine feste Altersgrenze voraussetzt (§ 2 Abs. 1 BetrAVG).

- 28** Die Anwendbarkeit des AGG auch auf die betriebliche Altersversorgung folgt somit aus nationalem Recht. Es ist daher nicht erforderlich, dieses Ergebnis (für Anwendbarkeit des AGG auf die betriebliche Altersversorgung auch: Rust/Falke § 2 Rn. 214 ff.; Meinel/Heyn/Herms AGG § 2 Rn. 56; Schleusener in Schleusener/Suckow/Voigt AGG § 2 Rn. 18; Thüsing Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz Rn. 116) europarechtlich abzuleiten (so zB Schrader/Schubert in Däubler/Bertzbach AGG § 2 Rn. 136 ff.) oder es auf den Anwendungsbereich von EG-Recht zu beschränken (so Steinmeier ZfA 2007, 2731 ff.). EG-Recht steht ihm auch nicht entgegen.
- 29** b) Auch soweit man auf die Rechtslage während des laufenden Arbeitsverhältnisses der Klägerin abstellt, galten Bestimmungen, nach denen die Benachteiligung wegen des Geschlechts in der betrieblichen Altersversorgung verboten war.
- 30** aa) Mit Wirkung zum 21. August 1980 wurde durch das "Arbeitsrechtliche EG-Anpassungsgesetz" (BGBl. I S. 1308) ua. § 612 Abs. 3 Satz 1 BGB eingefügt. Danach durfte bei einem Arbeitsverhältnis für gleiche oder für gleichwertige Arbeit nicht wegen des Geschlechts des Arbeitnehmers eine geringere Vergütung vereinbart werden als bei einem Arbeitnehmer des anderen Geschlechts. Vergütung im Sinne dieser Vorschrift sind alle Leistungen, die der Arbeitgeber in Bezug auf die Arbeitsleistung unmittelbar oder mittelbar gewährt und damit auch die betriebliche Altersversorgung (MünchKommBGB/Müller-Glöge 5. Aufl. § 612 Rn. 47; ErfK/Preis 7. Aufl. § 612 BGB Rn. 51). Denn diese Leistungen sind, auch hinsichtlich der Hinterbliebenenversorgung, in erster Linie Lohn des berechtigten Arbeitnehmers, den er als Gegenleistung für die im Arbeitsverhältnis erbrachte Betriebstreue erhält (vgl. zB BAG 10. März 1972 - 3 AZR 278/71 - BAGE 24, 177, zu A II 2 a der Gründe; 5. September 1989 - 3 AZR 575/88 - BAGE 62, 345, zu II 1 b der Gründe).
- 31** bb) Für Zeiten vorher folgt dasselbe Ergebnis aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, dessen Geltung für die betriebliche Altersversorgung durch das Betriebsrentengesetz ausdrücklich anerkannt wurde (nunmehr § 1b Abs. 1 Satz 4 2. Alt. BetrAVG). Dieser Rechtsgrundsatz ist durch die Wertungen des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes in Art. 3 GG geprägt (BAG 15. November 1994 - 5 AZR 682/93 - BAGE 78, 272, zu I 1 der Gründe). Damit ist er auch im Lichte des Verbotes der Benachteiligung wegen des Geschlechts in Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG auszulegen (BAG 5. September 1989 - 3 AZR 575/88 - BAGE 62, 345, zu I 1 der Gründe). In § 612 Abs. 3 BGB wurde deshalb lediglich ohnehin geltendes Recht konkretisiert (BT-Drucks. 8/3317 S. 6).
- 32** c) Ohne Bedeutung für die Ansprüche der Klägerin sind europarechtliche Vorschriften.
- 33** Nach der in Maastricht beschlossenen Protokollerklärung zu Art. 119 EWG-Vertrag, die als Protokoll zu Art. 141 EG weiter in Kraft ist, gilt das in dieser Regelung enthaltene Verbot der Entgeltdiskriminierung nicht für Leistungen auf Grund eines betrieblichen Systems der sozialen Sicherheit, soweit sie auf Beschäftigungszeiten vor dem 17. Mai 1990 zurückgeführt werden können. Das Protokoll ist gem. Art. 311 EG Bestandteil des Vertrages. Es berücksichtigt, was der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache "Barber" (17. Mai 1990 - C-262/88 - Rn. 44, EuGHE I 1990, 1889) ausgeführt hat, und gilt auch für Hinterbliebenenrenten (EuGH 28. September 1994 - C-200/91 - Rn. 51 ff., [Coloroll] EuGHE I 1994, 4389 und 6. Oktober 1993 - C-109/91 - Rn. 20, [Ten Oever] EuGHE I 1993, 4879). Damit sind Leistungen auf Grund von Anwartschaften, die die Klägerin im streitbefangenen Zeitraum erworben hat, nicht Gegenstand von Ansprüchen, die aus EG-Recht her- oder abgeleitet werden. Umgekehrt begrenzt das EG-Recht aber auch nicht Ansprüche, die auf nationalem Recht beruhen (vgl. EuGH 10. Februar 2000 - C-270 und 271/97 - [Sievers und Schrage] EuGHE I 2000, 929; BVerfG 5. August 1998 - 1 BvR 264/98 - AP GG Art. 101 Nr. 56 = EzA EWG-Vertrag Art. 119 Nr. 53, zu III 2 b (2) der Gründe; BAG 7. März 1995 - 3 AZR 282/94 - BAGE 79, 236, zu B IV 3 b bb der Gründe).
- 34** 2. Die Klägerin wird im Sinne der einschlägigen Rechtsgrundlagen hinsichtlich ihrer Hinterbliebenenversorgung unerlaubt wegen des Geschlechts benachteiligt.
- 35** a) Maßgeblich ist dabei auf die in den Versicherungsbedingungen vorgesehenen Leistungen abzustellen, nicht auf die von der Beklagten zu 1. an den Beklagten zu 2. gezahlten Beiträge. Zwischen den Parteien besteht Einigkeit darüber, dass die Beklagte zu 1. der Klägerin eine Zusage für Leistungen der betrieblichen Altersversorgung erteilt hat, die über den Beklagten zu 2.

abgewickelt wird. Der Klägerin wurde deshalb eine Leistungszusage erteilt, keine reine Beitragszusage. Eine reine Beitragszusage wäre keine betriebliche Altersversorgung iSd. Betriebsrentengesetzes (vgl. BAG 12. Juni 2007 - 3 AZR 14/06 - Rn. 24, DB 2007, 2722 und 7. September 2004 - 3 AZR 550/03 - BAGE 112, 1, zu B I 2 a der Gründe). Davon ausgehend ist für die Beurteilung, ob eine geschlechtsbezogene Benachteiligung vorliegt, allein auf die Regelung zur Witwer-/Witwenversorgung abzustellen und keine "Gesamtschau" anzustellen, um den maßgeblichen Überprüfungsgegenstand zu ermitteln. Anderenfalls wäre ein sachgerechter Vergleich nicht möglich. Leistungen außerhalb des jeweiligen Sachkomplexes können allenfalls zur Rechtfertigung von Unterscheidungen herangezogen werden.

- 36** b) Wird - wie hier - männlichen Arbeitnehmern eine betriebliche Altersversorgung einschließlich einer unbedingten Witwenversorgung gewährt und zugleich weiblichen Arbeitnehmern nur eine betriebliche Altersversorgung mit einer Witwerversorgung zugesagt, die unter der Bedingung steht, dass die Ehefrau den überwiegenden Teil des Unterhalts bestritten hat, so liegt hierin eine unterschiedliche Entlohnung, die allein auf dem Geschlecht beruht (vgl. BAG 5. September 1989 - 3 AZR 575/88 - BAGE 62, 345, zu II 1 der Gründe sowie 26. September 2000 - 3 AZR 387/99 - EzA BetrAVG § 1 Hinterbliebenenversorgung Nr. 8, zu III der Gründe).
- 37** c) Diese Ungleichbehandlung kann hier - unabhängig davon, ob eine Rechtfertigung dieser unmittelbaren Benachteiligung wegen des Geschlechts überhaupt denkbar ist - nicht gerechtfertigt werden.
- 38** aa) Kein Rechtfertigungsgrund ist zunächst, dass die VB 1988 weiblichen Arbeitnehmern die Möglichkeit einräumte, das Altersruhegeld vor Erreichen der festen Altersgrenze ohne Abschläge in Anspruch zu nehmen.
- 39** Allerdings hat der Senat für den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz in einem nicht die Benachteiligung wegen des Geschlechts betreffenden Fall entschieden, dass Vergünstigungen beim Arbeitsentgelt den Ausschluss aus der betrieblichen Altersversorgung rechtfertigen können, wenn die ausgeschlossene Arbeitnehmergruppe durchschnittlich eine erheblich höhere Vergütung als die begünstigte Arbeitnehmergruppe erhält (21. August 2007 - 3 AZR 269/06 - Rn. 27, EzA-SD 2007 Nr. 23 S. 11). Im Rahmen des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes ist es deshalb grundsätzlich möglich, Benachteiligungen in der betrieblichen Altersversorgung mit Vergünstigungen an anderer Stelle zu rechtfertigen. Dieser Gedanke ist hier jedoch wegen der Besonderheiten der streitbefangenen Regelung nicht anwendbar.
- 40** Die begünstigende Regelung, nämlich die Möglichkeit der abschlagsfrei vorgezogenen Inanspruchnahme des Altersruhegeldes, ist dadurch gekennzeichnet, dass sie nicht allen Arbeitnehmerinnen zugute kommt, sondern nur solchen, die sich tatsächlich entscheiden, den vorgezogenen Ruhestand in Anspruch zu nehmen. Abgesichert durch die Versorgungsordnung wird deshalb kein unabhängig vom Willen der Arbeitnehmerin eintretendes Risiko - wie etwa das "Erlebensrisiko" im Alter -, sondern eine konkrete Entscheidung, die die Arbeitnehmerin treffen kann oder auch nicht. Dabei besteht keinerlei Zusammenhang zur Hinterbliebenenversorgung, da auch Arbeitnehmerinnen, die keinen mit der Witwerversorgung abzusichernden Ehemann haben, von dieser Möglichkeit Gebrauch machen können. Umgekehrt müssen Arbeitnehmerinnen, die diese Möglichkeit nicht nutzen und bis zur festen Altersgrenze im Betrieb tätig sind, trotzdem den Nachteil der Benachteiligung der Hinterbliebenenversorgung in Kauf nehmen, soweit sie verheiratet sind. Die beiden Regelungen stehen so wenig in einem Zusammenhang, dass die Vergünstigung bei der vorgezogenen Inanspruchnahme der Altersrente nicht zur Rechtfertigung der Nachteile in der Hinterbliebenenversorgung herangezogen werden kann.
- 41** bb) Auch ein unterschiedlicher "Versorgungsbedarf" kann die Unterscheidung nicht rechtfertigen, da dies dem Entgeltcharakter der betrieblichen Altersversorgung widerspräche (vgl. BAG 5. September 1989 - 3 AZR 575/88 - BAGE 62, 345, zu II 1 b der Gründe). Auf diesen Gesichtspunkt berufen sich die Beklagten deshalb zu Recht nicht.
- 42** cc) Eine andere Beurteilung ist auch nicht deshalb gerechtfertigt, weil die Klägerin von der in § 33 Abs. 2 der geänderten Versorgungsordnung eingeräumten Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht hat, die diskriminierungsfreie Neuregelung in Anspruch zu nehmen und dabei aber zwar die Hinterbliebenenversorgung abzusichern, jedoch die Möglichkeit der abschlagsfreien vorgezogenen Inanspruchnahme des Altersruhegeldes aufzugeben. Weder liegt darin ein Rechtfertigungsgrund noch lässt dies die Geltendmachung von Ansprüchen treuwidrig (§ 242 BGB) erscheinen.
- 43** Es kann dahingestellt bleiben, ob und inwieweit es rechtlich zulässig gewesen wäre, dass die Beklagten die Neuregelung gegenüber der Klägerin einseitig hätten durchsetzen können. Entscheidend ist, dass sie dies nicht getan und damit ihrerseits keine gleiche Regelung für

Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen getroffen haben. Damit stellt sich allein die Frage, ob die Möglichkeit, unter Inkaufnahme von Nachteilen an anderer Stelle eine diskriminierungsfreie Regelung zu wählen, die Beibehaltung einer Diskriminierung in der alten Versorgungsordnung rechtfertigt. Dies ist, soweit es um eine Benachteiligung wegen des Geschlechts geht, kein Rechtfertigungsgrund. Denn die nach Art. 3 Abs. 2 GG gebotene Angleichung der Lebensverhältnisse von Männern und Frauen lässt es nicht zu, dass eine Diskriminierung in einzelnen Regelungsbereichen wegen einer in anderen Bereichen sichergestellten Gleichberechtigung hinzunehmen ist (vgl. für den Fall, dass dies in unterschiedlichen Versorgungssystemen geschieht: BVerfG 5. April 2005 - 1 BvR 774/02 - BVerfGE 113, 1, zu B I 3 c der Gründe). Ob diese Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Alterssicherungssystemen oder innerhalb eines Sicherungssystems durch Anwendung unterschiedlicher Versorgungsregeln geschieht, ist dabei unerheblich: Diskriminierungsfreiheit soll nicht durch Nachteile erkauft werden.

- 44** Im Übrigen kann es nach dem allgemeinen Gleichheitssatz zwar zulässig sein, eine unterschiedliche Behandlung an eine freiwillig getroffene Entscheidung anzuknüpfen (vgl. BVerfG 21. März 2002 - 1 BvR 2119/01 - NJW 2002, 2307). Eine Wahlmöglichkeit stellt jedoch dann keinen Rechtfertigungsgrund dar, wenn die Entscheidungsalternativen für den Wählenden unzumutbar sind (vgl. BAG 23. Januar 2007 - 3 AZR 398/05 - Rn. 43 ff., AP SGB VI § 172 Nr. 1 = EzA BetrAVG § 1 Gleichbehandlung Nr. 28). Eine zumutbare Wahlmöglichkeit war durch § 33 Abs. 2 der neu geregelten Versicherungsbedingungen nicht gewährleistet. Eine sachgemäße Wahl zwischen der Möglichkeit der vorgezogenen Inanspruchnahme des Altersruhegeldes ohne Abschläge bei Verzicht auf eine unbedingte Hinterbliebenenversorgung einerseits und einer unbedingten Hinterbliebenenversorgung ohne die Möglichkeit einer vorzeitigen Inanspruchnahme des Ruhegeldes andererseits bereits vor Eintritt des Versorgungsfalles verlangt nicht - was für die betriebliche Altersversorgung typisch wäre - eine Abschätzung biologischer Risiken, sondern eine Entscheidung unter Einschluss von Prognosen zur höchstpersönlichen Lebensplanung. Auf eine derartige Wahlmöglichkeit mussten sich die Arbeitnehmerinnen aus Anlass der Änderung der Versicherungsbedingungen nicht verweisen lassen.
- 45** 3. Auf Grund dieser Ungleichbehandlung kann die Klägerin die geltend gemachte Hinterbliebenenversorgung für ihren Ehemann verlangen. Der Anspruch richtet sich gegen beide Beklagte, die als Gesamtschuldner haften.
- 46** a) Alle in Betracht kommenden Rechtsgrundlagen geben dem unerlaubt benachteiligten Arbeitnehmer oder der unerlaubt benachteiligten Arbeitnehmerin einen Anspruch auf die vorenthaltene Leistung.
- 47** Das gilt zunächst nach dem AGG. Der bei der Entgeltzahlung unerlaubt benachteiligte Arbeitnehmer hat entsprechend der zugrunde liegenden Regelung - hier die Zusage der Beklagten zu 1. iVm. den Versicherungsbedingungen des Beklagten zu 2. - einen Anspruch auf die vorenthaltene Leistung. Aus der Wertung in § 2 Abs. 1 Nr. 2 und § 8 Abs. 2 AGG ergibt sich, dass bei einer diesem Gesetz widersprechenden Diskriminierung eine Grundlage für Ansprüche auf gleiches Entgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeiten gegeben ist (BT-Drucks. 16/1780 S. 35). Auch § 612 Abs. 3 BGB stellte, trotz seiner Formulierung als Verbotsnorm, eine Anspruchsgrundlage für die vorenthaltenen Entgeltbestandteile dar (BAG 20. August 2002 - 9 AZR 710/00 - BAGE 102, 225, zu B I der Gründe mwN). Ebenso gibt der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz den benachteiligten Arbeitnehmern einen Anspruch auf die Leistungen, die ihnen vorenthalten wurden (vgl. nur BAG 15. November 1994 - 5 AZR 682/93 - BAGE 78, 272, zu I 1 der Gründe).
- 48** b) Dieser Anspruch richtet sich gegen beide Beklagte, die als Gesamtschuldner haften.
- 49** aa) Die Eintrittspflicht der Beklagten zu 1. als ehemaliger Arbeitgeberin ergibt sich aus § 1 Abs. 1 Satz 3 iVm. dem Rechtsgedanken aus § 1b Abs. 1 Satz 4 2. Alt. BetrAVG. Danach hat der Arbeitgeber für die Erfüllung der von ihm zugesagten Leistungen auch dann einzustehen, wenn die Durchführung nicht unmittelbar über ihn erfolgt. Dabei stehen auf dem Grundsatz der Gleichbehandlung beruhende Verpflichtungen den auf einer Versorgungszusage beruhenden Verpflichtungen gleich. Für Verpflichtungen aus gesetzlich besonders geregelten Gleichbehandlungssätzen kann vor allem dann nichts anderes gelten, wenn sie - wie hier - letztlich auch auf der verfassungsrechtlichen Vorgabe des Gebots der Gleichbehandlung der Geschlechter in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG beruhen.
- 50** Im vorliegenden Fall kann dahingestellt bleiben, ob aus der Formulierung, wonach der Arbeitgeber für derartige Leistungen "auch" dann einzustehen hat, wenn die Durchführung nicht unmittelbar über ihn erfolgt, zu schließen ist, dass die Einstandspflicht dieselbe Wirkung hat wie die bei einer Direktzusage und der Arbeitgeber deshalb ohne Weiteres in Anspruch genommen

werden kann. Jedenfalls fordert das Gebot der Effektivierung von Diskriminierungsverboten, dass der aus einer Versorgungsordnung Berechtigte jedenfalls auch dann unmittelbar gegen seinen früheren Arbeitgeber vorgehen kann, wenn sich die Ansprüche - wie im vorliegenden Fall - nicht aus dem Wortlaut der Leistungsordnung des externen Versorgungsträgers herleiten lassen, sondern sich erst aus deren Inhaltskontrolle ergeben (vgl. BAG 7. September 2004 - [3 AZR 550/03](#) - [BAGE 112, 1](#), zu B II der Gründe). Ob dieses Diskriminierungsverbot europarechtlich oder - wie hier - verfassungsrechtlich abgeleitet ist, macht dabei keinen Unterschied.

- 51** bb) Auch der Beklagte zu 2., über den die Versorgung durchgeführt wurde, ist Anspruchsgegner.
- 52** Soweit seine Versicherungsbedingungen in Frage stehen, ergibt sich dies daraus, dass auch die versicherten Arbeitnehmer "Versicherungsnehmer" sind (vgl. [§ 1 VVG](#)). Die Versicherungsbedingungen sollten also sicherstellen, dass die Versorgungszusage des Arbeitgebers zumindest auch zu Rechtsansprüchen gegen den Beklagten zu 2. führen sollte (vgl. dazu [§ 1b Abs. 3 BetrAVG](#)). Ist - wie hier - die der Versorgungszusage entsprechende Regelung des Trägers der mittelbaren Versorgung diskriminierend und folgen daraus nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen weitergehende Ansprüche, so richten diese sich auch gegen die Versorgungseinrichtung. Das ergibt sich aus den Wertungen des Betriebsrentengesetzes:
- 53** Nach [§ 1b Abs. 3 Satz 1 BetrAVG](#) gilt dann, wenn die betriebliche Altersversorgung - wie hier - von einer rechtsfähigen Versorgungseinrichtung durchgeführt wird, die dem Arbeitnehmer oder seinen Hinterbliebenen auf ihre Leistungen einen Rechtsanspruch gewährt, Abs. 1 dieser Regelung entsprechend. Dadurch ist auch der dort in Satz 4 2. Alt. enthaltene Rechtsgrundsatz für entsprechend anwendbar erklärt und in Bezug genommen, dass Versorgungsverpflichtungen, die auf dem Grundsatz der Gleichbehandlung beruhen, solchen aus einer Versorgungszusage gleichstehen. Damit ist zum Ausdruck gebracht, dass sich in diesen Fällen der Anspruch letztlich aus den der Rentenberechnung zugrunde liegenden Bestimmungen - hier also auch der Satzung des Beklagten zu 2. - ergibt. Gründe des Schutzes der Versorgungseinrichtung stehen dem so lange nicht entgegen, als - wie hier - der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin tatsächlich in die Versorgungseinrichtung aufgenommen wurde, also ein "Versicherungsbeginn" iSv. [§ 1b Abs. 3 Satz 2 BetrAVG](#) vorliegt, und die unerlaubte Benachteiligung sich auch aus den Leistungsregelungen der Einrichtung ergibt, an deren Aufstellung sie beteiligt ist (teilweise abweichend wohl noch BAG 23. März 1999 - [3 AZR 631/97 \(A\)](#) - [BAGE 91, 155](#), zu II 5 b der Gründe und zB Oetker Anm. SAE 2003, 355, 358). Das Risiko ist dann sowohl für den Versorgungsträger als auch die Aufsichtsbehörde kalkulierbar.
- 54** cc) Damit sind die Beklagten jeweils verpflichtet, die ganze Leistung zu bewirken, die Klägerin ist jedoch nur berechtigt, die Leistung einmal zu fordern. Die Beklagten haften deshalb als Gesamtschuldner ([§ 421 BGB](#)).