

Gleichbehandlung aller Mitarbeiter der Messe München GmbH

bei der Einbeziehung in die ZVK?

Rechtsgutachten

erstattet von

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

A. Sachverhalt

I. Die Ausgangssituation

Die Münchener Messe GmbH beschäftigt nach einer Auskunft der Arbeitgeberseite vom 28. 6. 2012 derzeit 593 Mitarbeiter. Dabei sind die Aushilfen und Praktikanten nicht mitgezählt.

Von diesen 593 Personen sind 295 als sog. Pflichtversicherte bei der ZVK angemeldet. Die Praxis, einen erheblichen Teil der Mitarbeiter bei der ZVK anzumelden, dürfte nach einer Auskunft des Betriebsrats vom 9. 7. 2012 seit Jahrzehnten, d. h. seit Gründung der Münchener Messe GmbH bestehen. Einbezogen werden diejenigen, die eine entsprechende Klausel in ihrem Arbeitsvertrag vereinbart haben.

Die Messe München GmbH ist nicht Mitglied in einem Arbeitgeberverband. Sie ist deshalb auch nicht an die Tarifverträge für den öffentlichen Dienst, insbesondere auch nicht an den Tarifvertrag über die zusätzliche Altersvorsorge der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes (ATV-K) gebunden. Dieser ist auch nicht für allgemeinverbindlich erklärt worden. Dennoch ist sie nach Auskunft der Geschäftsleitung wie des Betriebsrats Mitglied in der ZVK.

II. Die ZVK

Hinter der Abkürzung „ZVK“ verbirgt sich die „Zusatzversorgungskasse der bayerischen Gemeinden“, deren Satzung derzeit in der Fassung vom 22. Dezember 2011 gilt.

Abrufbar unter www.bvk-zusatzversorgung.de

Nach § 1 Abs. 1 ihrer Satzung wird die ZVK als gesonderte Einrichtung des Bayerischen Versorgungsverbandes geführt; das Kassenvermögen wird als nicht rechtsfähiges Sondervermögen getrennt von dem sonstigen Vermögen des Bayerischen Versorgungsverbandes verwaltet. § 1 Abs. 3 Satz 1 der Satzung umschreibt die Aufgabe, „den Beschäftigten (Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmer und Auszubildende) ihrer Mitglieder eine zusätzliche Alters-, Erwerbsminderungs- und Hinterbliebenenversorgung zu leisten.“ Die folgenden Bestimmungen regeln Zusammensetzung und Funktion der Organe: Die ZVK verfügt über einen Verwaltungsrat, der paritätisch aus Vertretern der Mitglieder und der versicherten Arbeitnehmer zusammengesetzt ist (§§ 4, 5). Die Geschäfte der ZVK werden durch die Versorgungskammer geführt, die sie auch gerichtlich und außergerichtlich vertritt (§ 6).

Die Mitgliedschaft ist im Einzelnen in § 11 geregelt. Danach sind primär erfasst die Mitglieder des Kommunalen Arbeitgeberverbandes Bayern und des Kommunalen Arbeitgeberverbandes Rheinland-Pfalz, soweit der frühere Regierungsbezirk Pfalz betroffen ist. Daneben können jedoch auch andere Kommunen sowie juristische Personen des Privatrechts einbezogen sein, soweit sie unter den Geltungsbereich des ATV-K fallen. Die Mitgliedschaft der Messe München GmbH beruht auf § 11 Abs. 1 Buchst. e aa) der Satzung, wonach auch „andere Arbeitgeber, die juristische Personen des Privatrechts sind,“ einbezogen werden können, sofern sie überwiegend öffentliche Aufgaben erfüllen. Dies ist bei der Messe München GmbH der Fall.

Nach § 11 Abs. 2 der Satzung muss das Mitgliedsunternehmen das geltende Versorgungstarifrecht oder ein Tarifrecht wesentlich gleichen Inhalts

anwenden, wobei eine allgemeine Aufnahme in die Arbeitsverträge ausreicht. Eine Tarifbindung wird nicht vorausgesetzt.

§ 11 Abs. 4 betrifft Sonderregeln. Einerseits kann die Aufnahme eines Mitglieds mit zusätzlichen Auflagen und Bedingungen versehen werden. Andererseits können mit Zustimmung des Verwaltungsrats auch „von der Satzung abweichende günstigere Regelungen“ festgelegt werden.

Nach § 18 Abs. 1 der Satzung unterliegen die Beschäftigten eines Mitglieds der Versicherungspflicht, wenn sie das 17. Lebensjahr vollendet haben und wenn sie vor Erreichen der Altersgrenze die Wartezeit von 60 Monaten nach § 32 noch erfüllen können. Faktisch sind somit zunächst fast alle Arbeitnehmer erfasst. Davon macht § 19 allerdings eine Reihe von genau beschriebenen Ausnahmen, zu denen u. a. anderweitig Versorgte sowie geringfügig Beschäftigte nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV und befristet Beschäftigte mit wissenschaftlicher Tätigkeit gehören. Die Versicherungspflicht ist der Regelfall; § 13 Abs. 3 Buchst. a verpflichtet deshalb das einzelne Mitglied, „unverzüglich seine sämtlichen der Versicherungspflicht unterliegenden Beschäftigten bei der Kasse anzumelden.“

Die Tatsache, dass grundsätzlich alle Beschäftigten in die Versicherung einbezogen sind, hängt mit dem Umlageverfahren zusammen. Nur dann, wenn der Kreis der Versicherten regelmäßig durch die neu Eingestellten, d. h. durch die „nachwachsende Generation“ ergänzt wird, kann auf Dauer die versprochene Leistung garantiert werden. Es geht um eine Art „Generationenvertrag“ im Kleinformat. Wird die Mitgliedschaft aufgekündigt oder auf andere Weise beendet, muss deshalb nach § 15 der

Satzung ein sog. Ausgleichsbetrag bezahlt werden, der die fortbestehenden Versorgungslasten der ZVK ausgleichen soll.

Eine Vorstudie der Heubeck AG „zur Weiterentwicklung der Versicherung von Mitarbeitern der Messe München GmbH in der Zusatzversorgungskasse der bayerischen Gemeinden“ vom 19. 2. 2009 beschreibt diese Situation wie folgt:

„Die ZVK finanziert ihre Leistungen im so genannten Deckungsabschnittsverfahren, d. h. kollektiv durch Erhebung von Umlagen für alle Pflichtversicherten. Darüber hinaus werden Zusatzbeträge erhoben mit dem Ziel, das Ausmaß der Kapitaldeckung der ZVK zu erhöhen. Die kollektiven Elemente in der Finanzierung machen es erforderlich, für eine dauerhaft stabile Entwicklung der Pflichtversichertenbestände Sorge zu tragen. Aus diesem Grunde sieht die ZVK-Satzung die Versicherungspflicht für alle Arbeitnehmer ihrer Mitglieder vor und sanktioniert die Beendigung von Mitgliedschaften durch Erhebung von Abgeltungs- oder Ausgleichsbeträgen. Aus versicherungsmathematischer Sicht ist für die Funktionsfähigkeit einer im Umlageverfahren agierenden Versorgungseinrichtung ausreichend, wenn die jeweils versicherten Bestände objektiv definiert und die Kontinuität der Umlagezahlungen gesichert ist. Eine Möglichkeit der objektiven Definition des zu versichernden Bestandes ist die vollständige Erfassung aller Arbeitnehmer eines Mitglieds. *Ein objektiv abgegrenzter Tatbestand würde diese Bedingungen – wenn auch auf niedrigerem Niveau – ebenso erfüllen wie der vollständige Personalbestand eines entsprechend kleineren Mitglieds.*“ (Hervorhebung nicht im Original).

Die kursiv hervorgehobene Aussage will deutlich machen, dass die Satzung nach Auffassung der Heubeck AG auch den bei der Messe München GmbH bestehenden Zustand zulässt, sofern das Finanzierungsprinzip als solches gewahrt bleibt und außerdem eine Sonderregelung nach § 12 Abs. 4 Satz 2 der Satzung mit Zustimmung des Verwaltungsrats bewilligt wird. Dass dies zu irgendeinem Zeitpunkt geschehen ist, lässt sich den Unterlagen nicht

entnehmen; auch die Heubeck-Vorstudie geht nur davon aus, dass in Zukunft eine solche Regelung denkbar wäre.

III. Die Differenzierung zwischen den Beschäftigten

Mit Schreiben vom 31. 7. 2012 hat der Betriebsrat zwei Listen übersandt, auf denen jeweils die versicherten bzw. die nicht versicherten Personen mit Personalnummer, Vor- und Zuname sowie ihrer Hay Eingruppierung aufgeführt sind. Nicht versichert sind danach 311 Personen, während Beiträge zur ZVK für 279 Personen bezahlt werden. Die Abweichung von den Zahlen der unter I wiedergegebenen Mitteilung werden nicht näher erklärt, doch kommt es auf die ganz genauen Zahlenverhältnisse nicht an.

Geht man, wie eingangs zugrunde gelegt, von 593 Beschäftigten und von 295 Pflichtversicherten aus, so beläuft sich ihr Anteil an der Gesamtbelegschaft auf 49,75 %. Legt man die auf den beiden Listen genannten Zahlen zugrunde, so ergibt sich eine Gesamtzahl von 590 Beschäftigten. 279 Versicherte machen dann einen Anteil von 47,29 % aus. In beiden Fällen handelt es sich um eine (knappe) Minderheit. Rechtlich sind diese Unterschiede – dies sei vorweg genommen – ohne Bedeutung.

Kriterien, die für die Einbeziehung in die ZVK maßgebend sind, lassen sich aus dem vorliegenden Material nicht erkennen. Auch die Heubeck-Vorstudie gibt insoweit keinen Aufschluss.

Denkbar wäre, dass an die Verantwortung für das Unternehmen angeknüpft würde, was dazu führen müsste, dass der Anteil der Versicherten unter den Führungskräften besonders hoch wäre. Dies ist aber nicht der Fall.

Führungskräfte sind nach Hay von A bis C2 eingruppiert. Legt man die

beiden Listen zugrunde, so sind 36 Personen versichert, 40 dagegen nicht; dies ergibt einen Versichertenanteil von 47,37 %, was praktisch genau auf den Durchschnitt hinausläuft.

Um mögliche Kriterien zu erschließen, hat der Betriebsrat auf dem Organisationsplan Stand 1. August 2012 alle jene Beschäftigten farblich gekennzeichnet, die bei der ZVK angemeldet sind. Auch auf dieser Grundlage lassen sich aus Sicht des Gutachters keine „Regeln“ oder „Gesetzmäßigkeiten“ erkennen. Nimmt man beispielsweise den Geschäftsbereich 1, so bleibt unklar, weshalb in der Projektgruppe 1.1 vier Personen und in der Projektgruppe 1.2 drei Personen versichert sind, während in der Projektgruppe 1.3 niemand und in der Projektgruppe 1.4 nur der Leiter erfasst ist. Im Geschäftsbereich 2 finden sich nur in zwei (von vier) Projekten versicherte Mitarbeiter. Abgesehen vom Geschäftsbereichsleiter und seiner Assistentin sind dabei nur Personen erfasst, die als Referenten oder Assistenten in der Hierarchie nicht oben angesiedelt sind. Im Zentralbereich Personal sind in der Abteilung Personalservice lediglich eine Referentin (von dreien) und eine Assistentin (von zweien) erfasst, wobei keinerlei Anhaltspunkte ersichtlich sind, weshalb gerade diese Personen, jedoch nicht die anderen (die vermutlich weitgehend gleiche Aufgaben haben) einbezogen sind.

IV. Die rechtliche Problematik

Im Folgenden ist zu untersuchen, inwieweit die nicht versicherten Beschäftigten ihre Einbeziehung in die ZVK verlangen können. Als Rechtsgrundlage hierfür kommt in erster Linie der Gleichbehandlungsgrundsatz in Betracht. Dabei werden zunächst seine normative Verankerung sowie sein konkreter Inhalt zu behandeln sein. In

diesem Rahmen tauchen dann das Problem der Ausklammerung von Individualvereinbarungen sowie das Erfordernis des „sachlichen Grundes“ auf. Weiter ist von Interesse, ob der Gleichbehandlungsgrundsatz nur eine zu Unrecht ausgeschlossene Minderheit von Individuen schützt oder ob er auch der Mehrheit das Recht gibt, gleich wie eine begünstigte Minderheit behandelt zu werden. Soweit das Gleichbehandlungsprinzip eingreift, stellt sich die Folgefrage, ob dies auch für die Vergangenheit gilt, ob also die bisher nicht Versicherten mit Rückwirkung „nachversichert“ werden müssen. Würde man dies bejahen, müsste man auch dem weiteren Problem nachgehen, wie in der Zwischenzeit Ausgeschiedene zu behandeln sind. Auch stellen sich Probleme der Ausschluss- und der Verjährungsfristen. Schließlich wäre von Interesse, inwieweit befristet Beschäftigte (einschließlich der „gelegentlich“ tätigen Personen nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV) aus der Versicherung ausgeklammert werden können.

Nicht untersucht werden soll zunächst, inwieweit die Satzung der ZVK, die die Versicherungspflicht grundsätzlich auf alle Arbeitnehmer eines Mitgliedsunternehmens erstreckt, Wirkungen gegenüber den bisher nicht versicherten Arbeitnehmern entfalten kann. Dies liegt m. E. außerhalb des erteilten Auftrags.

B. Rechtliche Würdigung

I. Voraussetzungen für einen Anspruch auf Gleichbehandlung

Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist ein allgemein anerkanntes Prinzip des Arbeitsrechts. In seiner allgemeinsten Formulierung verlangt er, dass Gleiches gleich und Ungleiches seiner Eigenart nach ungleich behandelt wird.

Preis, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 12. Aufl., München 2012, § 611 BGB Rn 574 (im Folgenden: ErfK-Bearbeiter)

Soweit betriebliche Sozialleistungen betroffen sind, verbietet er die willkürliche Schlechterstellung einzelner Beschäftigter innerhalb einer Gruppe. Gleichgestellt ist der Fall, dass die Gruppe der Leistungsempfänger ihrerseits „sachfremd“ oder „willkürlich“ abgegrenzt wurde.

Die Rechtsgrundlage des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist bis heute nicht endgültig geklärt. Er wird als „privatrechtliche Ausprägung“ des verfassungsrechtlichen Gleichheitsgebots nach Art. 3 Abs. 1 GG qualifiziert;

BAG, Urteil v. 22. 12. 2009 – 3 AZR 136/08 – NZA-RR 2010, 541, 544 Tz. 39; BAG, Urteil vom 21. 8. 2007 – 3 AZR 269/06 – NZA-RR 2008, 649 Tz. 21; ebenso in der Literatur Linck, in: Schaub (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, 14. Aufl., München 2011, § 112 Rn 1 (im Folgenden: Schaub-Bearbeiter)

auch inhaltlich werde er durch dieses geprägt.

S. statt aller ErfK-Schmidt Art. 3 GG Rn 29

Bisweilen wird der Gleichbehandlungsgrundsatz auch aus der Treue- und Fürsorgepflicht, aus Treu und Glauben sowie aus dem Gedanken hergeleitet, der Arbeitgeber müsse sich an die von ihm selbst aufgestellten Grundsätze halten;

S. ErfK-Preis § 611 BGB Rn 574; Thüsing, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht. Kommentar, 5. Aufl., Köln 2012, § 611 BGB Rn 181 (im Folgenden: HWK-Bearbeiter)

wer selbst Regeln aufstellen und Maßnahmen treffen dürfe, habe dabei unsachliche Benachteiligungen zu vermeiden.

S. Wiedemann, Die Gleichbehandlungsgebote im Arbeitsrecht, Tübingen 2001, S. 10/11.

Letztlich kann die Frage nach der Rechtsgrundlage jedoch dahinstehen, da die Existenz des Gleichbehandlungsgrundsatzes gerade im hier interessierenden Bereich betrieblicher Sozialleistungen allgemein anerkannt ist und zudem für den Bereich der betrieblichen Altersversorgung in § 1b Abs. 1 Satz 4 BetrAVG eine ausdrückliche spezialgesetzliche Garantie erfahren hat. Insoweit ist in der Rechtsprechung und der Literatur mit Recht von einer gewohnheitsrechtlichen Anerkennung die Rede.

BAG, Urteil v. 3. 12. 2008 – 5 AZR 74/08 – NZA 2009, 367 Tz 15; Boemke NZA 1993, 532, 535; ErfK-Preis § 611 BGB Rn 574, Müller-Glöge, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 4, 6. Aufl., München 2012, § 611 BGB Rn 1122 (im Folgenden: MüKo-Bearbeiter); Boemke, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath (Hrsg.), Handkommentar Arbeitsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2012, § 611 BGB Rn 379 (im Folgenden: HK-ArbR-Bearbeiter – 3. Aufl. im Erscheinen); unentschieden HWK-Thüsing § 611 BGB Rn 181.

Wird ein Arbeitnehmer unter Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz benachteiligt, so sind nicht etwa die mit dem

Begünstigten getroffenen Vereinbarungen unwirksam. Vielmehr kann der Berechtigte Gleichstellung, d. h die Gewährung derselben Leistungen, verlangen.

S. etwa BAG, Urteil v. 21. 10. 2009 – 10 AZR 664/08 – NZA-RR 2010, 289; MüKo-Müller-Glöge § 611 BGB Rn 1142; Zwanziger, in: Kittner/Zwanziger/Deinert (Hrsg.), Arbeitsrecht. Handbuch für die Praxis, 6. Aufl., Frankfurt/Main 2011, § 92 Rn 28 (im Folgenden: KZD-Bearbeiter) u. a.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz hat insoweit anspruchsbegründende Wirkung.

BAG, Urteil v. 23. 4. 1997 – 10 AZR 603/96 - NZA 1997, 1177; Schaub-Linck, § 112 Rn 31

Jede andere Form der Herstellung von Gleichheit verbietet sich, weil der Arbeitgeber die den begünstigten Personen gewährten Leistungen rechtlich wie faktisch nicht zurückfordern kann.

Bepler, Gleichbehandlung in Betrieb, Unternehmen, Konzern, Sonderbeilage zu NZA Heft 18/2004, S. 3

Ohne Bedeutung ist, ob die bisherige Praxis die Zustimmung des Betriebsrats gefunden hat. Auch wenn der Betriebsrat trotz seines Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG

Eingehende Nachweise dazu bei Wiese, in: Wiese/Kreutz/Oetker u. a., Gemeinschaftskommentar zum BetrVG, 9. Aufl., Köln 2010, § 87 Rn 845 ff. (im Folgenden: GK-Bearbeiter)

übergangen wurde, wären die den Begünstigten gewährten Zusagen zwar rechtswidrig, doch würde der Arbeitgeber gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn er sich darauf berufen und so Vorteile aus seinem eigenen betriebsverfassungswidrigen Verhalten ziehen würde. Sie sind deshalb als wirksam zu behandeln und vermitteln den Begünstigten die zugesagten Rechte.

Fitting, Handkommentar zum BetrVG, 26. Aufl., München 2012, § 87 Rn 604; Klebe, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.), Kommentar zum BetrVG, 13. Aufl., Frankfurt/Main 2012, § 87 Rn 5 (im Folgenden: DKKW-Bearbeiter); GK-Wiese § 87 Rn 125 und 960

Unter den hier interessierenden Gleichbehandlungsaspekten ist es daher ohne Interesse, ob der Betriebsrat eingeschaltet wurde und ob er der bisherigen Praxis seine Zustimmung erteilt hat oder nicht.

II. Begrenzungen des Gleichbehandlungsprinzips

1. Vertragsfreiheit

Der Gleichbehandlungsgrundsatz schließt es nicht aus, dass einzelne Arbeitnehmer für ihren individuellen Fall eine abweichende Regelung aushandeln. Dies hat das BAG für die Vergütung,

BAG, Urteil v. 13. 2. 2002 – 5 AZR 713/00 – NZA 2003, 215

aber auch für den Abschluss von Aufhebungsverträgen ausdrücklich bejaht.

BAG, Urteil v. 17. 12. 2009 – 6 AZR 242/09 – NZA 2010, 273

In der Literatur wird ganz überwiegend der Standpunkt vertreten, diese Individualvereinbarung müsse mit dem einzelnen Arbeitnehmer „frei ausgehandelt“ sein.

Bepler, Sonderbeilage zu NZA Heft 18/2004, S. 7; ErfK-Preis, § 611 BGB Rn 575; MüKo-Müller-Glöße § 611 BGB Rn 1125; Schaub-Linck § 112 Rn 8, 9; HWK-Thüsing § 611 BGB Rn 187; Wiedemann, Gleichbehandlungsgebote, S. 19

Insoweit würden dieselben Grundsätze wie im AGB-Recht gelten.

So HWK-Thüsing § 611 BGB Rn 187

Das bedeutet, dass der Arbeitgeber die Leistung ernsthaft zur Disposition gestellt haben muss, dass er bereit war, in dem fraglichen Punkt auch eine ganz andere Vereinbarung zu treffen, beispielsweise statt der Zusatzversorgung ein höheres Gehalt zu gewähren. Der Arbeitnehmer muss dabei die reale Chance haben, den Inhalt des Vertrages zu beeinflussen.

BGH, Urteil v. 3. 11. 1999 – VIII ZR 269/98 – NJW 2000, 1110; Deinert, in: Däubler/Bonin/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 3. Aufl., München 2010, § 305 Rn 24 m. w. N.

Würde man auch Standardbedingungen genügen lassen, die in jedem Einzelfall ausdrücklich vereinbart wären, könnte dem Gleichbehandlungsgrundsatz ein großer Teil seines Anwendungsbereichs genommen werden.

Etwas abweichend Richardi, in: Richardi/Wlotzke/Wißmann/Oetker, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1, 3. Aufl., München 2009 (im Folgenden: MünchArbR-Bearbeiter), § 9 Rn 49, der „vorformulierte Bedingungen“ genügen lassen will, wenn sie nach § 307 BGB nicht zu beanstanden sind.

Auch das BAG gewährt eine Ausnahme vom Gleichbehandlungsgrundsatz nur dann, wenn es um individuell vereinbarte Löhne und Gehälter geht „und der Arbeitgeber nur einzelne Arbeitnehmer besser stellt.“

BAG, Urteil vom 13. 2. 2002 – 5 AZR 713/00 – NZA 2003, 215 LS

2. Begünstigung einer sehr kleinen Gruppe

Nach allgemeiner Auffassung schützt der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht nur Minderheiten, denen bestimmte der Mehrheit gewährte Vorteile vorenthalten werden. Vielmehr greift er auch dann ein, wenn die begünstigte Gruppe kleiner als die von der Leistung ausgeschlossene ist.

BAG, Urteil v. 25. 1. 1984 – 5 AZR 251/82 - NZA 1984, 323, bestätigt durch BAG, Urteil vom 30. 3. 1994 – 10 AZR 681/92 – NZA 1994, 786 rechte Spalte; BAG, Urteil v. 21. 10. 2009 – 10 AZR 664/08 – NZA-RR 2010, 289 Tz 29 m. w. N.

Auch in der Literatur wird diese Auffassung allgemein geteilt.

S. statt aller ErfK-Preis § 611 BGB Rn 579, 590; HWK-Thüsing § 611 BGB Rn 198; MüKo-Müller-Glöge § 611 BGB Rn 1125; MünchArbR-Richardi § 9 Rn 50; KZD-Zwanziger, § 92 Rn 27

Umstritten ist lediglich, ob bei ganz kleinen Gruppen von Begünstigten etwas anderes gelten muss. Die Rechtsprechung des BAG ist insoweit uneinheitlich. Eine Entscheidung des 9. Senats stellt überhaupt nicht auf die Gruppengröße, sondern allein darauf ab, ob der Arbeitgeber ein generalisierbares Prinzip zugrunde legt. Ist dies der Fall, schadet es auch nicht, wenn nur 4 Beschäftigte begünstigt und gleichzeitig 180 von der Leistung ausgeschlossen sind.

BAG, Urteil v. 8. 8. 2000 – 9 AZR 517/99 – Tz 18 – juris. Im Grundsatz zustimmend Bepler, Sonderbeilage zu NZA Heft 18/2004, S. 7. Ähnlich BAG 24. 1. 2012 – 9 AZR 131/11 – juris: Besserstellung einiger nach bestimmten Kriterien genügt. Ebenso HK-ArbR-Boemke § 611 BGB Rn 382

Eine Entscheidung des 5. Senats wandte demgegenüber den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht an, als lediglich 4 % der Belegschaft begünstigt waren. Die Zusatzbelastung, die in einem solchen Fall auf den Arbeitgeber zukommen würde, wurde nicht ganz zu Unrecht als „übermäßig“ angesehen und eine Grenzziehung bei 5 % erwogen.

BAG, Urteil v. 13. 2. 2002 – 5 AZR 713/00 – AP Nr. 184 zu § 242 BGB
Gleichbehandlung = NZA 2003, 215

Angesichts der Tatsache, dass im vorliegenden Fall die beiden Gruppen der Begünstigten und der Ausgeschlossenen fast gleich groß sind, bedarf die Frage der „Untergrenze“ keiner Vertiefung.

III. Der sachliche Grund für eine unterschiedliche Behandlung

1. Die Bestimmung des „Sachlichen“

Der Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet lediglich eine unterschiedliche Behandlung ohne „sachlichen Grund“. Wann ein solcher vorliegt, lässt sich nicht abstrakt bestimmen. In der Rechtsprechung und Literatur ist von „vernünftigen einleuchtenden Erwägungen“

BAG, Urteil v. 17. 3. 2010 – 5 AZR 168/09 – NZA 2010, 696 Tz 16; HWK-Thüsing, § 611 BGB Rn 202; MüKo-Müller-Glöge § 611 BGB Rn 1129

und von „billigenswerten Gründen“ die Rede.

Schaub-Linck § 112 Rn 19

Maßstab ist insbesondere bei betrieblichen Sozialleistungen der vom Arbeitgeber verfolgte Zweck, den er selbst bestimmen kann, der aber seinerseits nicht „willkürlich“ sein darf. Soll etwa die in der Vergangenheit geleistete Arbeit Anerkennung finden, wäre es sachwidrig, solche Arbeitnehmer auszuschließen, die gekündigt haben, um bei einem anderen Arbeitgeber weiterzuarbeiten, oder die das Rentenalter erreicht haben. Geht es umgekehrt darum, Arbeitnehmer an den Betrieb zu binden, so wäre der Ausschluss der Ausscheidenden durchaus schlüssig und konsequent (und wird deshalb meist auch ausdrücklich festgeschrieben).

Bei der Bestimmung des sachlichen willkürfreien Grundes ist auch zu berücksichtigen, dass sich die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG im Laufe der Jahrzehnte weiterentwickelt hat. Wird zwischen Personen differenziert (was im Arbeitsleben die Regel ist), so reicht nicht jede irgendwie einleuchtende oder vernünftig klingende Erwägung aus. Vielmehr muss der Grund so gewichtig sein, dass er die Ungleichbehandlung rechtfertigt; beide müssen ins Verhältnis zueinander gesetzt werden.

BVerfG, Beschluss v. 23. 6. 2004 – 1 BvL 3/98, 1 BvL 9/02, 1 BvL 2/03 – BVerfGE 111, 115 ff. = DVBl 2004, 1104; weitere Nachweise bei ErfK-Schmidt Art. 3 GG Rn 31.

Dies ist auch bei der Handhabung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu beachten.

ErfK-Schmidt Art. 3 GG Rn 29; Bepler, Sonderbeilage zu NZA Heft 18/2004, S. 7.
Wiedemann (Gleichbehandlungsgebote, S. 54) kritisiert, diese „neue Rechtsprechung“ des BVerfG sei im Arbeitsrecht noch zu wenig rezipiert worden.

In der Praxis orientiert man sich meist an Beispielfällen, in denen das Vorliegen eines „sachlichen Grundes“ bejaht oder abgelehnt wurde.

Überblick bei ErfK-Preis § 611 Rn 598

2. Fehlende Gründe

Denkbar, wenn auch in der Praxis nicht besonders häufig ist der Fall, dass für eine Gruppenbildung oder für die Ausklammerung einzelner Gruppenangehöriger überhaupt keine Gründe angeführt werden oder ersichtlich sind. Lässt sich hier überhaupt von „willkürlicher“ oder „gleichheitswidriger“ Differenzierung sprechen?

Im Bereich der Vergütung hatte sich das BAG mit der Frage zu befassen, dass ein Arbeitgeber eine (kleinere) Gruppe von Beschäftigten durch Anwendung des BAT besser gestellt, eine andere (größere) Gruppe aber als „Stundenlöhner“ beschäftigt hatte. Dabei hatte er auf ein generalisierendes Prinzip verzichtet, also keine Aussage darüber getroffen, weshalb bestimmte Beschäftigte der einen und bestimmte Beschäftigte der anderen Gruppe zugeordnet wurden. Das BAG (Urteil vom 19. 8. 1992 – 5 AZR 513/91 – NZA 1993, 171) führte dazu aus:

„Gleiches (d. h. Anwendbarkeit des Gleichbehandlungsgrundsatzes – W. D.) muss gelten, wenn der Arbeitgeber, ohne nach einem erkennbaren und generalisierenden Prinzip vorzugehen, im Betrieb mehrere Vergütungssysteme anwendet und dabei nicht nur einzelne Arbeitnehmer besser stellt. Andernfalls wäre der Arbeitgeber im Vorteil, der von

vornherein keine allgemeinen Grundsätze aufstellt, sondern nach Gutdünken verfährt. Das ist ihm im Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes, also wenn es sich nicht um individuelle Vereinbarungen handelt, verwehrt.“

Die Literatur hat dem – soweit ersichtlich – generell zugestimmt.

ErfK-Preis § 611 BGB Rn 580; Schaub-Linck § 112 Rn 11; HWK-Thüsing § 611 BGB Rn 210

Das Fehlen eines (erkennbaren) Grundes ist daher wie ein willkürliches Vorgehen zu behandeln, was sich unschwer mit dem BAG damit rechtfertigen lässt, dass ein so vorgehender Arbeitgeber nicht besser als jene gestellt werden darf, die sich die Mühe einer (vielleicht missglückten) sachlichen Begründung machen. Andernfalls würde überdies die Gefahr bestehen, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz dadurch unterlaufen würde, dass durch Verschweigen der Gründe jede Überprüfung einer Differenzierung unmöglich gemacht würde. Die neuere Rechtsprechung des BAG hat dies im Übrigen in der Sache bestätigt und auf den Fall übertragen, dass die vom Arbeitgeber zugrunde gelegten Kriterien „nicht hinreichend bestimmt“ sind, also ähnlich wie fehlende Gründe eine (fast) beliebige Differenzierung ermöglichen.

BAG, Urteil v. 19. 8. 2008 – 3 AZR 194/07 – NZA 2009, 196

3. Probleme der Darlegungs- und Beweislast

Angesichts dieser rechtlichen Rahmenbedingungen gewinnt die Frage an Bedeutung, wie im Streitfalle das Vorliegen eines sachlichen Grundes belegt werden kann.

Steht die Bildung von Gruppen (etwa der Empfänger und der Nichtempfänger einer Leistung) fest, so ist es Sache des Arbeitgebers, die Gründe für die Differenzierung offen zu legen. Dabei muss er diese so substantiiert beschreiben, dass eine Beurteilung im Hinblick auf ihre „Sachlichkeit“ möglich ist.

BAG, Urteil v. 17. 3. 2010 – 5 AZR 168/09 – NZA 2010, 696 Tz 17; ebenso BAG, Urteil v. 23. 2. 2011 – 5 AZR 84/10 – NZA 2011, 693 Tz 13; BAG, Urteil v. 3. 12. 2008 – 5 AZR 74/08 – NZA 2009, 367 Tz 17; BAG, Urteil v. 14. 3. 2007 – 5 AZR 420/06 – NZA 2007, 862 Tz 19; ebenso in der Literatur ErfK-Preis § 611 BGB Rn 605; HK-ArbR-Boemke § 611 BGB Rn 384; HWK-Thüsing § 611 BGB Rn 209; MüKo-Müller-Glöge § 611 BGB Rn 1139; Schaub-Linck § 112 Rn 30

Fraglich ist der Zeitpunkt, bis zu dem der Arbeitgeber die Gründe benennen muss. Nach der älteren Rechtsprechung des BAG muss er die Gründe für die Differenzierung spätestens dann offen legen, wenn ein von der Vergünstigung ausgeschlossener Arbeitnehmer Gleichbehandlung verlangt. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der Grund ohne weiteres erkennbar ist.

BAG, Urteil v. 5. 3. 1980 – 5 AZR 881/78 – NJW 1980, 2374; ebenso BAG, Urteil v. 9. 9. 1981 – 5 AZR 1182/79 – NJW 1982, 461 und zuletzt BAG, Urteil v. 20. 7. 1993 – 3 AZR 52/93 – NZA 1994, 125

Im ersten der genannten Verfahren hatte der Arbeitgeber erst im gerichtlichen Verfahren die höhere Weihnachtsgratifikation der Angestellten damit begründet, es bestehe ein verstärkter Bedarf, sie ihrer schwierigen Ersetzbarkeit wegen ans Unternehmen zu binden. Das BAG ließ ein solches „Nachschieben“ von Gründen nicht zu; der Arbeitgeber war mit einem solchen Vorbringen präkludiert. Im Jahre 1995 wurde diese Rechtsprechung erstmals in Frage gestellt,

BAG, Urteil v. 8. 3. 1995 – 10 AZR 208/94 – NZA 1996, 418 Ls 2; ebenso BAG, Urteil v. 21. 5. 2003 – 10 AZR 524/02 – NZA 2003, 1274

in jüngster Zeit jedoch ausdrücklich aufgegeben: Es komme allein darauf an, ob objektiv ein sachlicher Grund vorliege oder nicht. Das Gericht müsse lediglich inhaltlich prüfen, ob ein nachträglich genannter Grund vorgeschoben sei oder nicht.

BAG, Urteil v. 23. 2. 2011 – 5 AZR 84/10 – NZA 2011, 693 Tz 16.

Auch die Literatur tendiert mittlerweile mehrheitlich in diese Richtung.

Bepler, Sonderbeilage zu NZA Heft 18/2004, S. 6; ErfK-Preis § 611 BGB Rn 605; MüKo-Müller-Glöge § 611 BGB Rn 1140; anders KZD-Zwanziger § 92 Rn 34; HK-ArbR-Boemke § 611 BGB Rn 384.

Legt der Arbeitgeber seine Differenzierungsgründe nicht dar (oder lassen sie sich nicht als sachlich qualifizieren), so kann die schlechter gestellte Gruppe verlangen, genauso wie die besser gestellte behandelt zu werden.

BAG, Urteil v. 14. 3. 2007 – 5 AZR 420/06 – NZA 2007, 862 Tz 19 a. E.; BAG, Urteil v. 3. 12. 2008 – 5 AZR 74/08 – NZA 2009, 367 Tz 17; Schaub-Linck § 112 Rn 30.

IV. Rechtsfolgen bei Fehlen eines sachlichen Grundes

1. Der Grundsatz

Wird ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmergruppe ohne sachlichen Grund von einer Leistung ausgeschlossen, so kann er die Gewährung dieser

Leistung verlangen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz begründet insoweit Ansprüche.

So das BAG in ständiger Rechtsprechung. S. etwa BAG, Urteil v. 15. 7. 2009 – 5 AZR 486/08 – NZA 2009,1203 Tz 14; BAG, Urteil v. 5. 8. 2009 – 10 AZR 666/08 – NZA 2009, 1135 Tz 9; ebenso ErfK-Preis § 611 BGB Rn 606; HK-ArbR-Boemke § 611 Rn 387; HWK-Thüsing § 611 BGB Rn 211; MüKo-Müller-Glöge § 611 BGB Rn 1142; Schaub-Linck § 112 Rn 31; KZD-Zwanziger § 92 Rn 28

Dabei wird keinerlei Verschulden des Arbeitgebers vorausgesetzt; es geht um einen „Erfüllungsanspruch“ des Arbeitnehmers.

BAG, Urteil v. 28. 7. 1992 – 3 AZR 173/92 – NZA 1993, 215 Leitsatz 7: „Der Anspruch des Arbeitnehmers setzt nicht voraus, dass der Arbeitgeber schuldhaft gehandelt hat. Der Arbeitnehmer, der Gleichbehandlung begehrt, verlangt nicht Schadenersatz, sondern Erfüllung des Anspruchs auf Gleichbehandlung“; ebenso BAG, Urteil v. 23. 4. 1997 – 10 AZR 603/96 – NZA 1997, 1177, 1179; ErfK-Preis § 611 BGB Rn 606; etwas anders MünchArbR-Richardi § 9 Rn 52, der bei schon erbrachten Leistungen einen Anspruch auf Schadensersatz gewähren will, ohne allerdings ausdrücklich Verschulden zu verlangen.

2. Leistungsgewährung für die Vergangenheit

Besondere Probleme ergeben sich, wenn die Gleichbehandlung mit den Begünstigten nicht nur eine einmalige Leistung wie eine Weihnachtsgratifikation oder einen Bonus betrifft, sondern auch Leistungen erfasst, die an die Begünstigten bereits in der Vergangenheit erbracht wurden. Die Rechtsprechung hatte sich insbesondere mit der Frage zu befassen, welche Konsequenzen der Ausschluss einer bestimmten Beschäftigtengruppe wie der Teilzeitkräfte aus der betrieblichen Altersversorgung mit sich brachte.

Grundsätzlich verlangt der Gleichbehandlungsgrundsatz Geltung auch für zurückliegende Zeiträume; seine Tragweite hängt ersichtlich nicht davon ab, ob und wann Benachteiligte sich auf ihn berufen und Gleichstellung mit den Begünstigten verlangen. Einzige Grenzen sind eventuelle Ausschlussfristen und das Verjährungsrecht; ein vor vielen Jahren entstandener Anspruch auf Gleichbehandlung kann deshalb möglicherweise in der Gegenwart nicht mehr durchgesetzt werden.

BAG, Urteil v. 13. 11. 1985 – 4 AZR 234/84 – NZA 1986, 321; ähnlich BAG, Urteil v. 21. 10. 2009 – 10 AZR 664/08 – NZA-RR 2010, 289 Tz 36 (Gleichbehandlung bei der Ausgabe von Aktienoptionen in der Vergangenheit); ErfK-Preis § 611 BGB Rn 607; HWK-Thüsing § 611 BGB Rn 213, 215; MüKo-Müller-Glöge § 611 BGB Rn 1142

Die rückwirkende Gleichstellung wird auch bei der betrieblichen Altersversorgung bejaht.

BAG, Urteil v. 20. 11. 1990 – 3 AZR 613/89 – AP Nr. 8 zu § 1 BetrAVG Gleichberechtigung; BAG, Urteil v. 28. 7. 1992 – 3 AZR 173/92 – NZA 1993, 215 = AP Nr. 18 zu § 1 BetrAVG Gleichberechtigung; BAG, Urteil v. 7. 3. 1995 – 3 AZR 282/94 – NZA 1996, 48 = DB 1995, 2020

Sie kann für den Arbeitgeber mit außerordentlich großen wirtschaftlichen Belastungen verbunden sein. So wird in der Literatur zu Recht ein Urteil als „hart“ kritisiert, durch das der Arbeitgeber verpflichtet wurde, Teilzeitkräfte zurück bis in Jahr 1952 in seine betriebliche Altersversorgung einzubeziehen.

Wiedemann, Gleichbehandlungsgebote, S. 39 unter Bezugnahme auf BAG, Urteil v. 20. 11. 1990 – 3 AZR 613/89 – AP Nr. 8 zu § 1 BetrAVG Gleichberechtigung

Soweit eine „Nachversicherung“ nicht möglich ist, muss der Arbeitgeber darüber hinaus notfalls durch eigene Zusagen („Selbsteintritt“) einen gleichwertigen Versicherungsschutz gewähren.

BAG, Urteil v. 25. 4. 1995 – 3 AZR 446/94 – NZA 1996, 84, 87; HWK-Thüsing § 611 BGB Rn 213 m. w. N.

Denkbar ist allerdings in Einzelfällen, dass der Arbeitgeber darauf vertrauen konnte, dass die von ihm vorgenommene Differenzierung mit der Rechtsordnung in Einklang stand. In diesem Fall wird ihm eine „Übergangsfrist“ eingeräumt; erst nach deren Ablauf muss er die rückwirkende Gleichheit praktizieren. Auf diesem Wege soll eine übermäßige und überdies nicht vorhersehbare Belastung vermieden werden,

BAG, Urteil v. 28. 7. 1992 – 3 AZR 173/97 – NZA 1993, 215; BAG, Urteil v. 7. 3. 1995 – 3 AZR 282/94 – NZA 1996, 48; ErfK-Preis § 611 BGB Rn 607; HWK-Thüsing § 611 BGB Rn 216; MüKo-Müller-Glöge § 611 BGB Rn 1143; MünchArbR-Richardi § 9 Rn 51; KZD-Zwanziger § 92 Rn 28

doch handelt es sich dabei nur um Extremfälle.

MüKo-Müller-Glöge § 611 BGB Rn 1143

Einzubeziehen sind grundsätzlich auch Arbeitnehmer, die in der Zwischenzeit aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden sind, da auch ihre Ungleichbehandlung ausgeglichen werden muss. Entsprechend hat das BAG für den Fall der rückwirkenden Lohnerhöhung entschieden.

BAG, Urteil v. 4. 2. 1976 – 5 AZR 83/75 – AP Nr. 40 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = DB 1976, 1111; zustimmend MünchArbR-Richardi § 9 Rn 17; HK-ArbR-Boemke § 611 BGB Rn 386

3. Ausschluss- und Verjährungsfristen

Soweit sich in den Arbeitsverträgen Ausschlussfristen befinden, wonach Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis innerhalb einer bestimmten Frist geltend gemacht werden müssen, beziehen sie sich nicht auf den Anspruch, in die betriebliche Altersversorgung einbezogen zu werden. Das sog. Stammrecht aus der betrieblichen Altersversorgung verfügt über keinen Fälligkeitszeitpunkt, so dass schon von daher eine Ausschlussfrist keine Anwendung finden kann. Dies ist für die Fristen nach den Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes ausdrücklich entschieden worden,

BAG, Urteil v. 12. 1. 1974 – 3 AZR 114/73 – DB 1974, 680; BAG 27. 2. 1990 – 3 AZR 216/88 – DB 1990, 1572 = ZTR 1990, 344

doch kann für arbeitsvertragliche Abreden nichts anderes gelten. Möglich ist lediglich, Ansprüche auf betriebliche Altersversorgung und solche aus der betrieblichen Altersversorgung ausdrücklich und unmissverständlich einzubeziehen und auch insoweit einer Ausschlussfrist zu unterwerfen,

BAG, Urteil v. 12. 1. 1974 – 3 AZR 114/73 – DB 1974, 680; BAG 27. 2. 1990 – 3 AZR 216/88 – DB 1990, 1572 = ZTR 1990, 344

doch spricht alle Erfahrung dagegen, dass sich eine derartige Abmachung in Arbeitsverträgen solcher Arbeitnehmer befindet, die gerade nicht in die betriebliche Altersversorgung einbezogen wurden. Auch würde sich hier die Frage stellen, ob eine Abmachung nicht von vorne herein unwirksam wäre, in der sich der Arbeitgeber von Ansprüchen frei zeichnet, die auf sein bedingt vorsätzliches Verhalten zurückgehen.

Weiter könnte man daran denken, dass diejenigen Arbeitnehmer, die bereits in die Zusatzversorgung einbezogen wurden, in ihren Arbeitsverträgen eine Klausel haben, die sich ausdrücklich auf die betriebliche Altersversorgung bezieht, und dass diese auch für diejenigen gelten könnte, die nunmehr „Gleichbehandlung“ verlangen und einbezogen werden wollen.

Wollte man dies annehmen, würde man sich in Widerspruch zu der Rechtsprechung setzen, die sich mit den vergleichbaren Fragen der Einbeziehung von Teilzeitkräften bzw. der Gleichstellung von Leiharbeitnehmern mit Stammarbeitskräften zu befassen hatte. So vertritt das BAG den Standpunkt, Teilzeitkräfte müssten sich die Ausschlussfristen des öffentlichen Dienstes nicht entgegen halten lassen

BAG, Urteil v. 26. 9. 1990 – 5 AZR 112/90 – NZA 1991, 247; BAG, Urteil v. 12. 1. 1994 – 5 AZR 6/93 – AP Nr. 112 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 1994, 993

und dasselbe gelte für einen Leiharbeitnehmer, der mit Rücksicht auf die Unwirksamkeit eines Leiharbeitstarifs Gleichbehandlung mit den Stammkräften verlangt.

BAG 23. 3. 2011 - 5 AZR 7/10 - DB 2011, 1526

In beiden Fällen ist der seine Gleichstellung verlangende Arbeitnehmer noch kein „Insider“, dem die Wahrung der Ausschlussfrist als häufiger, manchmal auch selbstverständlicher Teil eines Arbeitsvertrags zugemutet werden könnte. Für ihn ist es in keiner Weise nahe liegend, sich nach Regeln zu richten, die für ein Recht gelten, das er erst erstreiten muss, das ihm bisher vorenthalten wurde.

In diese Richtung auch HWK-Thüsing § 611 BGB Rn 215

Unter diesen Umständen kommt allein die Anwendung der Verjährungsfristen in Betracht. Für die hier einschlägige betriebliche Altersversorgung gilt dabei die Sonderregelung des § 18a BetrAVG. Danach verjähren Ansprüche auf Leistungen aus der betrieblichen Altersversorgung in 30 Jahren, während die Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen, insbesondere auf Zahlung einer monatlichen Rente, nach der allgemeinen Drei-Jahres-Frist verjähren. In der Literatur ist man sich einig, dass die „Ansprüche auf Leistungen aus der betrieblichen Altersversorgung“ das sog. Stammrecht meinen, also das Recht überhaupt Versorgungsleistungen beziehen zu können. Ansprüche auf Einbeziehung in die betriebliche Altersversorgung sind nicht ausdrücklich erwähnt, doch wird mit Recht darauf verwiesen, dass in beiden Fällen die dauernde Alterssicherung auf dem Spiel steht, was eine einheitliche Behandlung erfordert.

ErfK-Wank § 18a BetrAVG Rn 2; HWK-Schipp § 18a BetrAVG Rn 1; vgl. weiter Schaub-Vogelsang § 85 Rn 326

Ebenso wurde zum früheren Recht entschieden,

BAG 5. 2. 1971 – 3 AZR 28/70 - AP Nr. 10 zu § 242 BGB Betriebliche Übung

und nach aktuellem Recht hat das BAG den Anspruch auf Einhaltung eines bestimmten Durchführungswegs gleichfalls der 30-jährigen Verjährung unterstellt.

BAG, Urteil v. 12. 6. 2007 – 3 AZR 186/06 – AP Nr. 47 zu § 1 BetrAVG = NZA-RR 2008, 537

Unter diesen Umständen kann für den aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz herzuleitenden Anspruch auf Einbeziehung nichts anderes angenommen werden. Dies bedeutet, dass nur solche Beschäftigungszeiten, die bei

Geltendmachung des Anspruchs länger als 30 Jahre zurückliegen, unberücksichtigt bleiben müssen, wenn der Arbeitgeber dies verlangt.

V. Anwendung auf den konkreten Fall

1. Der Grundsatz

Die Frage, ob im Prinzip alle Beschäftigten der Münchener Messe GmbH in die ZVK einzubeziehen sind, entscheidet sich nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz, dem jedenfalls bei betrieblichen Sozialleistungen mittlerweile gewohnheitsrechtlicher Charakter zukommt. Wer zu Unrecht von einer Leistung ausgeschlossen wird, kann danach die Leistung gleichwohl verlangen und so seine Gleichstellung mit den übrigen bewirken (näher oben I).

Der Gleichbehandlungsgrundsatz kennt zwei Ausnahmen. Er greift nicht ein, wenn eine abweichende Regelung im Einzelarbeitsvertrag ausgehandelt wurde. Hierfür liegen nach dem Sachverhalt keine Anhaltspunkte vor; auch die Heubeck-Vorstudie bezieht eine solche Möglichkeit nicht in ihre Überlegungen ein. Außerdem gilt diese Ausnahme nach der Rechtsprechung nur dann, wenn der Arbeitgeber auf diese Weise „einzelne Arbeitnehmer“ besser stellt; hier geht es aber um rund die Hälfte aller Beschäftigten (oben II 1). Eine weitere Ausnahme wird dann angenommen, wenn der Kreis der Begünstigten sehr klein ist, etwa nicht einmal 5 % der in Frage kommenden Arbeitnehmer beträgt. Davon kann hier gleichfalls nicht die Rede sein, da knapp die Hälfte aller Arbeitnehmer in die ZVK einbezogen sind (oben II 2).

Der Gleichbehandlungsgrundsatz lässt eine unterschiedliche Behandlung einzelner Arbeitnehmer oder von Arbeitnehmergruppen zu, wenn hierfür ein sachlicher, auch für Dritte einsichtiger Grund besteht. Nach der „Aktenlage“ ist ein solcher Grund für den Gutachter nicht ersichtlich, doch steht es der Münchener Messe GmbH frei, trotz der langen Zeiträume, in denen die Differenzierung praktiziert wurde, einen sachlichen Grund auch heute noch namhaft zu machen. Nach der neuesten Rechtsprechung des BAG tritt auch dann keine Präklusion ein, wenn Anfragen nicht oder nicht zutreffend beantwortet wurden. Werden definitiv keine oder keine sachlichen Gründe dargelegt, greift der Gleichbehandlungsgrundsatz ein und alle Beschäftigten können eine Einbeziehung in die ZVK verlangen (oben III).

Die Einbeziehung muss mit Rückwirkung erfolgen. Erfolgte bei den Begünstigten die Einbeziehung bereits mit Beginn des Arbeitsverhältnisses, so muss dies nachträglich auch für die nunmehr Gleichbehandlung Begehrenden der Fall sein. Ist eine „Nachversicherung“ nicht möglich, muss der Arbeitgeber selbst eine gleichwertige Leistung erbringen. Dies gilt auch für Personen, die das Unternehmen verlassen haben oder sich inzwischen in Rente befinden. Anhaltspunkte dafür, dass der Arbeitgeber eine „Anpassungsfrist“ in Anspruch nehmen könnte, weil er berechtigterweise auf den Fortbestand des bisherigen Zustands vertrauen konnte, sind nicht ersichtlich (oben IV 1 und 2), können aber grundsätzlich in der Zukunft noch dargelegt werden. Der Anspruch auf Einbeziehung in die ZVK unterliegt keinen Ausschlussfristen; anwendbar ist lediglich die 30-jährige Verjährungsfrist des § 18a BetrAVG (oben IV 3).

2. Ausnahmen für befristet Beschäftigte?

Nach § 4 Abs. 2 Satz 1 TzBfG darf ein befristete Beschäftigter wegen der Befristung nicht schlechter behandelt werden als ein vergleichbarer unbefristet beschäftigter Arbeitnehmer. Allerdings kann eine unterschiedliche Behandlung durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt werden. Diese Ausnahme wird vom BAG auch auf das Arbeitsentgelt und sonstige teilbare geldwerte Leistungen, die für einen bestimmten Zeitraum gewährt werden, erstreckt, obwohl der Wortlaut des § 4 Abs. 2 Satz 2 TzBfG diesen Vorbehalt nicht enthält.

BAG, Urteil v. 11. 12. 2003 – 6 AZR 64/03 – NZA 2004, 723 = AP Nr. 7 zu § 4 TzBfG mit kritischer Anm. Däubler

Für den hier interessierenden Bereich ist daher die Möglichkeit zugrunde zu legen, dass aus „sachlichem Grund“ befristet Beschäftigte anders als unbefristet Beschäftigte behandelt werden dürfen.

In der Literatur wird eine generelle Ausklammerung der Befristeten aus der betrieblichen Altersversorgung meist abgelehnt.

Däubler, in: Kittner/Däubler/Zwanziger (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, 8. Aufl., Frankfurt/Main 2011, § 4 TzBfG Rn 6 (im Folgenden: KDZ-Bearbeiter); HWK-Schmalenberg § 4 TzBfG Rn 27; ErfK-Preis § 4 TzBfG Rn 66; Bader, in: Etzel/Bader/Fischermeier u. a., Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 9. Aufl., Köln 2009, § 4 TzBfG Rn 27 (im Folgenden: KR-Bearbeiter)

Dabei stützt man sich auf eine Formulierung in der amtlichen Gesetzesbegründung, wonach ein sachlicher Grund für den Ausschluss dann vorliegt, wenn die anteilige Gewährung der Sozialleistung nur zu

geringfügigen Beträgen führen würde, die in keinem Verhältnis zum Zweck der Leistung stehen.

BT-Drucksache 14/4374 S. 16

Das BAG hat demgegenüber eine Ausklammerung von befristet Beschäftigten aus der betrieblichen Altersversorgung generell mit der Erwägung gerechtfertigt, es gehe (auch) um die Sicherung der Betriebstreue, die aus Sicht des Arbeitgebers bei Befristeten keine Rolle spiele.

BAG, Urteil v. 20. 8. 2002 – 3 AZR 14/01 – AP Nr. 9 zu § 1 BetrAVG Überversorgung:
„Es ist sachlich gerechtfertigt, dass vorübergehend beschäftigte Arbeitnehmer keine Versorgungszusage erhalten – der Arbeitgeber ist insoweit nicht an Betriebstreue interessiert.“ Ähnlich, aber bezogen auf den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz, BAG, Urteil v. 19. 4. 2005 – 3 AZR 128/04 – AP Nr. 7 zu § 1 TVG Tarifverträge:
Deutsche Post. Zustimmend Schaub-Vogelsang § 85 Rn 43

Legt man dies zugrunde, so ist eine Gleichbehandlung mit Unbefristeten nur in dem Ausnahmefall vorzunehmen, dass über viele Jahre hinweg immer wieder auf die Dienste einer bestimmten Person zurückgegriffen wird und ein Bedarf besteht, dies auch in Zukunft zu tun. So hat etwa schon vor Inkrafttreten des § 4 Abs. 2 TzBfG im Jahre 2001 das LAG Hamm entschieden, es sei ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG, wenn Saisonarbeitskräfte, die pro Jahr weniger als 1000 Stunden für den Arbeitgeber tätig seien, aus der betrieblichen Altersversorgung ausgeklammert würden.

LAG Hamm, Urteil v. 9. 1. 1996 – 6 Sa 867/95 – DB 1996, 632 = NZA-RR 1996, 337

Inwieweit es solche Arbeitskräfte im Bereich der Messe München GmbH gibt, ist den vorliegenden Unterlagen nicht zu entnehmen.