SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS ANTONIO TIZZANO

vom 27. März 2001 [1]

1. Mit Beschluss vom 23. März 1999 hat das Bundesarbeitsgericht gemäß Artikel 177 EG-Vertrag (jetzt Artikel 234 EG) eine Frage nach Auslegung des Artikels 119 EG-Vertrag (die Artikel 117 bis 120 EG-Vertrag sind durch die Artikel 136 EG bis 143 EG ersetzt worden) zur Vorabentscheidung vorgelegt. Im Einzelnen will das deutsche Gericht wissen, ob der in dieser Vorschrift enthaltene Begriff Arbeitgeber eine Pensionskasse einschließt, die von dem Arbeitgeber mit der Durchführung der eigenen betrieblichen Altersversorgung betraut worden ist, und ob demzufolge auch diese Kasse verpflichtet ist, den in Artikel 119 EG-Vertrag niedergelegten Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Bezug auf das Arbeitsentgelt in allen seinen Implikationen zu beachten.

Rechtlicher Rahmen

Gemeinschaftsrecht

2. Bekanntlich ist der Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen in Artikel 119 EG-Vertrag (jetzt Artikel 141 EG) niedergelegt. Nach dieser Vorschrift hat jeder Mitgliedstaat die Anwendung dieses Grundsatzes bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicherzustellen.

Artikel 119 Absatz 2 bestimmt dann:

„Unter ‚Entgelt' im Sinne dieses Artikels sind die üblichen Grund- oder Mindestlöhne und -gehälter sowie alle sonstigen Vergütungen zu verstehen, die der Arbeitgeber aufgrund des Dienstverhältnisses dem Arbeitnehmer unmittelbar oder mittelbar in bar oder in Sachleistungen zahlt."

Das deutsche Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (BetrAVG)

3. Wie aus dem Vorlagebeschluss und den schriftlichen Erklärungen der deutschen Regierung hervorgeht, werden die Leis-

1 — Originalsprache: Italienisch.

tungen der betrieblichen Altersversorgung in der Bundesrepublik Deutschland in verschiedenen Formen erbracht. Die einfachste besteht in der Übernahme derartiger Versorgungsverpflichtungen unmittelbar durch den Arbeitgeber, bei den anderen Formen wird dagegen auf die Einschaltung externer Einrichtungen zurückgegriffen, die diese Versorgungsverpflichtungen erfüllen. Der Arbeitgeber gewährt also keine Leistungen, sondern er sorgt dafür mittelbar, insbesondere durch eine „Direktversicherung", d. h. eine auf dem freien Markt tätige Versicherung, die der Arbeitgeber zugunsten des Arbeitnehmers abschließt, durch eine „Unterstützungskasse", d. h. eine Hilfs- oder Vorsorgekasse, oder aber — und dieser Fall interessiert uns hier — durch eine „Pensionskasse", d. h. eine Kasse, die vom Arbeitgeber mit der Durchführung der eigenen betrieblichen Altersversorgung betraut worden ist und mit von diesem gezahlten Beiträgen finanziert wird.

4. Bezüglich der letztgenannten Fallgestaltung ist darauf hinzuweisen, dass die Pensionskasse nach § 1 Absatz 3 des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (BetrAVG) eine rechtsfähige Versorgungseinrichtung ist, die dem Arbeitnehmer oder seinen Hinterbliebenen die ihnen zustehenden Leistungen gewährt, wobei sie die entsprechenden Versorgungsrisiken wie ein Versicherer übernimmt.

5. Zwar erbringt der Arbeitgeber unmittelbar keine Versorgungsleistungen, da er sich zu diesem Zweck der Pensionskasse bedient, er bleibt aber dennoch Schuldner der Versorgungsleistungen, da er dazu im Rahmen des zugrunde liegenden Arbeitsverhältnisses verpflichtet ist. Insbesondere muss der Arbeitgeber, wie vom vorlegenden Gericht hervorgehoben worden ist, gemäß § 1 Absatz 1 Satz 4 BetrAVG, wenn die nach der Satzung der Pensionskasse festgelegten Versicherungsbedingungen hinter den im Arbeitsvertrag vorgesehenen zurückbleiben, den Unterschied ausgleichen und für seine eigenen Vertragsverpflichtungen in Bezug auf den Gleichbehandlungsgrundsatz einstehen.

6. Das vorlegende Gericht unterstreicht schließlich, dass der sich hieraus für den einzelnen Arbeitnehmer ergebende Anspruch nach § 7 BetrAVG bei Insolvenz des Arbeitgebers geschützt sei. In einem solchen Fall müsse die dafür vorgesehene öffentliche Einrichtung, der Pensions-Sicherungs-Verein a. G., für die Leistungen des Arbeitgebers einstehen.

Die Satzung der Pensionskasse für die Angestellten der Barmer Ersatzkasse

7. In Bezug auf den vorliegenden Fall ist außerdem darauf hinzuweisen, dass § 11 der Satzung der Pensionskasse für die Angestellten der Barmer Ersatzkasse (im Folgenden: Pensionskasse), die im vor-

liegenden Fall Arbeitgeber ist, u. a. Folgendes vorsieht:

„Leistungsarten

Als Leistungen werden gewährt an Mitglieder, die wegen des Eintritts des Versorgungsfalles aus den Diensten der BEK ausscheiden...:

1. ...

2. Pensionen an Hinterbliebene nach Wegfall der Pensionszahlung an Mitglieder bzw. der Dienstbezüge:

   a) Witwenpension an die Witwe des verstorbenen Mitglieds. Witwerpension erhält der Ehemann nach dem Tode seiner versicherten Ehefrau, wenn die Verstorbene den Unterhalt ihrer Familie überwiegend bestritten hat."

Sachverhalt und Verfahren

8. Ausgangspunkt des vorliegenden Verfahrens ist ein bei den deutschen Gerichten anhängiger Rechtsstreit zwischen Hans Menauer, dem Kläger und Revisionsbeklagten (im Folgenden: Kläger), und der Pensionskasse darüber, ob diese verpflichtet ist, dem Kläger einen Anspruch auf eine Witwerrente zuzuerkennen.

9. Der Kläger ist Witwer von Frau Margitta Menauer, die vom 1. September 1956 bis zu ihrem Tod am 12. November 1993 bei der Bezirksverwaltung der Barmer Ersatzkasse in Straubing beschäftigt war. Auf das Arbeitsverhältnis der Frau Menauer war kraft einzelvertraglicher Bezugnahme der für die Barmer Ersatzkasse geltende Tarifvertrag anwendbar. Nach diesem Tarifvertrag schuldete die Barmer Ersatzkasse ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern Leistungen der betrieblichen Altersversorgung. Diese Leistungen setzen sich zusammen aus einem Ruhegeld, das die Arbeitgeberin selbst schuldet, und einer Pension, die von der Pensionskasse an die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter bezahlt wird, die Mitglieder der Pensionskasse sind. Ebenfalls nach diesem Tarifvertrag hatte die Barmer Ersatzkasse für ihre Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die Beiträge zur Pensionskasse zu tragen.

10. Frau Menauer war während der gesamten Dauer ihres Arbeitsverhältnisses Mitglied der beklagten Pensionskasse.

Nach ihrem Tod hatte der Kläger als ihr Witwer von der Barmer Ersatzkasse und der Pensionskasse erfolglos die Zahlung einer Hinterbliebenenrente verlangt.

11. Der Kläger beschloss daraufhin, das Arbeitsgericht anzurufen, um die Zahlung dieser Rente zulasten der Barmer Ersatzkasse und der Pensionskasse zu fordern. Er machte geltend, die in der Satzung der Pensionskasse vorgesehene Bedingung für die Gewährung der Hinterbliebenenrente an den Witwer — dass nämlich die verstorbene Arbeitnehmerin den Unterhalt der Familie überwiegend bestritten habe — sei wegen Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz rechtswidrig, weil sie nur bei Arbeitnehmerinnen vorgeschrieben sei.

12. Das Arbeitsgericht gab der Klage gegenüber der Pensionskasse statt, wies sie aber ab, soweit sie sich gegen die Barmer Ersatzkasse richtete. Gegen dieses Urteil legte die Pensionskasse Berufung ein, die aber vom Landesarbeitsgericht zurückgewiesen wurde. Dagegen richtet sich die Revision der Pensionskasse beim Bundesarbeitsgericht.

Die Vorabentscheidungsfrage

13. An dem Widerspruch zwischen § 11 Nummer 2 Buchstabe a der Satzung der Pensionskasse, soweit dieser die Leistung zugunsten des Witwers davon abhängig macht, dass die verstorbene Arbeitnehmerin den Unterhalt der Familie überwiegend bestritten hat, und dem in Artikel 119 EG-Vertrag niedergelegten Grundsatz des gleichen Entgelts hat das deutsche Gericht anscheinend keine Zweifel. Sobald festgestellt ist, dass die Hinterbliebenenrente eine der „sonstigen Vergütungen" ist, die „Entgelt" im Sinne dieser Vorschrift darstellten, liegt der diskriminierende Charakter des § 11 Nummer 2 Buchstabe a der Satzung der Pensionskasse nämlich insoweit auf der Hand, als diese Bestimmung den Anspruch des Witwers auf die Hinterbliebenenrente der Arbeitnehmerin unter eine einschränkende Bedingung stellt, die für den entsprechenden der Witwe eines Arbeitnehmers zustehenden Anspruch, nicht gilt. Das vorlegende Gericht selbst stellt also diese Unvereinbarkeit der deutschen Versorgungsregelung mit Artikel 119 des Vertrages und die im Licht der Rechtsprechung des Gerichtshofes [2] bestehende Notwendigkeit heraus, diese Bestimmung bei der Entscheidung des vorliegenden Falles nicht anzuwenden.

14. Im vorliegenden Fall fragt das Bundesarbeitsgericht sich jedoch, ob der Kläger den Anspruch auf Hinterbliebenenversorgung außer gegenüber dem Arbeitgeber auch gegenüber der Pensionskasse geltend machen könne; allgemeiner fragt es sich, ob der in Artikel 119 des Vertrages niedergelegte Grundsatz des gleichen Entgelts auch gegenüber einer Einrichtung wie der Pensionskasse gelte, und dies nicht nur mit Rücksicht auf die rechtliche Selbständigkeit der Kasse, sondern auch deshalb, weil diese, wie aus-

2 — Urteile vom 8. April 1976 in der Rechtssache 43/75 (Defrenne II, Slg. 1976, 455, Randnr. 40) und vom 7. Februar 1991 in der Rechtssache C-184/89 (Nimz, Slg. 1991, I-297, Randnr. 21).

geführt, die Rechtsnatur eines Versicherungsunternehmens habe; als solche unterliege sie der Kontrolle der Organe der Versicherungsaufsicht nach dem Versicherungsaufsichtsgesetz und dem eigenständigen versicherungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, der es gebiete, gleiche Leistungen für gleiche Beiträge zu erbringen.

15. Gerade aus diesen Gründen, so führt das vorlegende Gericht aus, werde in der deutschen Lehre überwiegend abgelehnt, dass eine Pensionskasse, die zwar als Versicherer bestimmte Versorgungs- und Unterstützungsleistungen im Sinne von § 1 Absatz 3 BetrAVG (siehe oben, unter 4.) übernehme, für die sich aus der Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ergebenden Verpflichtungen unmittelbar haften könne. Würde nämlich das Volumen der satzungsmäßigen Versicherungsverbindlichkeiten der Kasse erhöht, so müssten die sich daraus ergebenden Kosten nach dem genannten versicherungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz durch eine parallele Erhöhung der Beiträge ausgeglichen werden; dies würde sich jedoch in dem nicht ungewöhnlichen Fall, dass der Arbeitgeber die Zahlung der Beiträge der Arbeitnehmer nicht in vollem Umfang allein übernommen habe, auf die Gehälter der Mitglieder auswirken.

16. In diesem Fall würde eine Erstreckung des Geltungsbereichs des Artikels 119 auf die in Rede stehenden Einrichtungen zu schwerwiegenden Ungereimtheiten im deutschen System führen, ohne dass im Übrigen eine solche Erstreckung wirklich erforderlich sei, um einen Schutz des Arbeitnehmers wegen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu gewährleisten. In der deutschen Rechtsordnung sei nämlich das Grundverhältnis zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer, das den Vorschriften des Arbeitsrechts unterliege, von dem Verhältnis zwischen dem Arbeitgeber und der Versorgungseinrichtung, das dem Versicherungsrecht unterliege, zu unterscheiden. Gerade diese Unterscheidung erlaube es, die Beachtung des in Artikel 119 niedergelegten Grundsatzes zu gewährleisten, da, wie bereits ausgeführt, der Arbeitgeber weiter Schuldner der Versorgungsverbindlichkeiten zugunsten des Arbeitnehmers bleibe. Immer dann, wenn der Versicherungsträger Leistungen gewähre, die nicht dem Grundsatz des gleichen Entgelts entsprächen, sei der Arbeitgeber verpflichtet, die geschuldete Leistung so zu ergänzen, dass die Beachtung dieses Grundsatzes sichergestellt werde. Außerdem sei der Arbeitgeber — darauf wurde bereits hingewiesen — auch bei Insolvenz des Arbeitgebers geschützt.

17. In diesem Fall sei es daher nicht erforderlich, dass auch eine außerhalb der Beziehung zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer bestehende Einrichtung dafür einzustehen habe, dass die Ansprüche des Arbeitnehmers gegenüber Verstößen gegen Artikel 119 des Vertrages geschützt würden. Da diese Schlussfolgerung im Licht der Rechtsprechung des Gerichtshofes in den Urteilen Coloroll und Fisscher [3] alles andere als feststehend war, wie wir in Kürze sehen werden, hat das Bundesarbeitsgericht dem Gerichtshof ge-

3 — Urteile vom 28. September 1994 in der Rechtssache C-200/91 (Coloroll Pension Trustees, Slg. 1994, I-4389) und in der Rechtssache C-128/93 (Fisscher, Slg. 1994, I-4583).

mäß Artikel 177 EG-Vertrag folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Muss Artikel 119 EG-Vertrag dahin ausgelegt werden, dass Pensionskassen als Arbeitgeber anzusehen sind und Gleichbehandlung von Mann und Frau bei Leistungen der betrieblichen Altersversorgung schulden, obwohl den benachteiligten Arbeitnehmern gegenüber ihren unmittelbaren Versorgungsschuldnern, den Arbeitgebern als Parteien der Arbeitsverträge, ein insolvenzgeschützter, die Diskriminierung ausschließender Anspruch zusteht?

Rechtliche Würdigung

Vorbemerkung

18. Beim Übergang zur Prüfung der Vorlagefrage muss ich sogleich unterstreichen, wie dies im Übrigen auch die Kommission und die niederländische Regierung in ihren jeweiligen Erklärungen tun, dass die Antwort auf die im Vorlagebeschluss genannten und eben zusammengefassten Argumente sich weitgehend in der Rechtsprechung des Gerichtshofes selbst findet, wie in gewisser Weise auch das Bundesarbeitsgericht bestätigt. Ich werde daher die Prüfung dieser Argumente weitgehend gestützt auf diese Rechtsprechung vornehmen.

Zur Erheblichkeit der Rechtsnatur der Rentenkasse

19. Wie bereits zu sehen war, hängt eines der vom Bundesarbeitsgericht angeführten Hauptargumente — das sich auch die Pensionskasse und die deutsche Regierung zu Eigen gemacht haben — für den Ausschluss der Anwendung des Artikels 119 EG-Vertrag auf die Pensionskassen mit deren Rechtsnatur und mit den negativen Auswirkungen zusammen, zu denen die Anwendung dieser Vorschrift in der deutschen Rechtsordnung führen würde.

20. In diesem Zusammenhang möchte ich vor allem — einstweilen ganz allgemein formuliert — darauf hinweisen, dass dieses Argument, auch wenn es diese Auswirkungen geben sollte, nicht ausschlaggebend sein könnte, weil es ein feststehender Grundsatz des Gemeinschaftsrechts ist, dass dessen Umsetzung in der Rechtsordnung der Mitgliedstaaten nicht durch Schwierigkeiten oder Ungereimtheiten gehemmt werden darf, die sich aus dieser Umsetzung ergeben könnten [4].

4 — *Ex multis* und mit spezifischem Bezug zu dem hier geprüften Argument vgl. Urteil Coloroll, Randnrn. 41 ff.

21. Für die These von der Anwendbarkeit des Artikels 119 des Vertrages auf Pensionskassen gibt es aber noch spezifischere und passendere Anknüpfungspunkte in der Rechtsprechung des Gerichtshofes. An erster Stelle weise ich darauf hin, dass nach einer gefestigten Tendenz dieser Rechtsprechung eine Leistung bei Alter, die aufgrund eines durch einen Tarifvertrag geschaffenen betrieblichen Versorgungssystems gewährt wird, ein „Entgelt" im Sinne des in dieser Hinsicht in Artikel 119 des Vertrages niedergelegten Diskriminierungsverbots darstellt. Eine solche Rente wird nämlich aufgrund des zuvor bestehenden Dienstverhältnisses unabhängig davon gewährt, ob das betriebliche Rentensystem an die Stelle des gesetzlichen Systems getreten ist oder ob es sich um ein ergänzendes System handelt [5].

22. Ebenfalls nach ständiger Rechtsprechung fällt die Hinterbliebenenrente unter den in Artikel 119 des Vertrages enthaltenen Begriff „sonstige Vergütungen", die der Arbeitgeber aufgrund des Dienstverhältnisses dem Arbeitnehmer auf dem Weg über die Errichtung eines betrieblichen Rentensystems zahlt. Auch wenn die Rente nicht dem Arbeitnehmer, sondern dem hinterbliebenen Ehegatten gewährt wird, ist die Rentenleistung nämlich eine Vergütung, die ihren Ursprung in der Zugehörigkeit des Ehegatten des Hinterbliebenen zu dem betrieblichen Versorgungssystem hat [6].

23. Schließlich — und dies ist der Punkt, der uns stärker interessiert — weise ich darauf hin, dass der Entgeltcharakter einer betrieblichen Versorgungsleistung nicht einmal dadurch ausgeschlossen wird, dass die Leistung nicht von dem Arbeitgeber selbst, sondern durch eine von diesem geschaffene externe und rechtlich selbständige Einrichtung gewährt wird; daher fällt auch ein solches Versorgungssystem nach Auffassung des Gerichtshofes in den Anwendungsbereich des Artikels 119 des Vertrages [7].

24. Diese Tendenz ist im Urteil Barber zum Ausdruck gebracht worden, in dem die Anwendbarkeit des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen auch in Bezug auf private Betriebsrentensysteme bestätigt worden ist, die „*treuhänderisch* ausgestaltet... [sind] und von *Treuhändern* verwaltet... [werden], die vom Arbeitgeber formal unabhängig sind, da Artikel 119 auch für Vergütungen gilt, die der Arbeitgeber mittelbar zahlt" [8]. Diese Tendenz ist dann — darauf weist auch das Bundesarbeitsgericht hin — in den folgenden Urteilen Coloroll und Fisscher bekräftigt worden, in denen der Gerichtshof entschieden hat, dass sowohl die Treuhänder im Sinne des Rechts des Vereinigten Königreichs als auch die Verwalter eines Betriebsrentensystems nach holländischem Recht, obwohl sie über eine formale Autonomie gegenüber dem Arbeitgeber verfügen und obwohl sie „am Arbeitsverhältnis nicht beteiligt sind, mit der Erbringung von Leistungen betraut sind, die ein Entgelt im Sinne von Artikel 119 darstellen", mit der Folge, dass „sie gehalten [sind], diese Bestimmung in der Weise zu beachten, dass sie alles in ihrer Zuständigkeit Liegende

5 — Siehe Urteile vom 13. Mai 1986 in der Rechtssache 170/84 (Bilka, Slg. 1986, 1607, Randnr. 20), vom 17. Mai 1990 in der Rechtssache C-262/88 (Barber, Slg. 1990, I-1889, Randnr. 28) und vom 14. Dezember 1993 in der Rechtssache C-110/91 (Moroni, Slg. 1993, I-6591, Randnrn. 15 ff.).

6 — Vgl. Urteil vom 6. Oktober 1993 in der Rechtssache C-109/91 (Ten Oever, Slg. 1993, I-4879, Randnrn. 8 ff.), Urteil Coloroll, Randnr. 18, und Urteil vom 17. April 1997 in der Rechtssache C-147/95 (Evrenopoulos, Slg. 1997, I-2057, Randnr. 22).

7 — Siehe Urteile Barber, Randnrn. 28 und 29, Coloroll, Randnr. 20, und Fisscher, Randnr. 31.

8 — Urteil Barber, Randnr. 29; Hervorhebung durch mich.

tun, um die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung auf diesem Gebiet sicherzustellen" [9].

25. Dieser Rechtsprechung lässt sich meines Erachtens generell entnehmen, dass die Dritten, die vom Arbeitgeber mit der Verwaltung des betrieblichen Versorgungssystems betraut sind, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art und Weise, in der ihnen die Verwaltung der Rentenansprüche übertragen worden sind, die sich für den Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis ergeben, den in Artikel 119 EG-Vertrag niedergelegten Grundsatz zu beachten haben. Auch in den zitierten Präzedenzfällen ist der Dritte, der vom Arbeitgeber mit der Verwaltung des eigenen betrieblichen Rentenfonds betraut worden ist — wie die Pensionskasse, mit der wir uns hier befassen —, gegenüber dem Arbeitgeber förmlich selbständig und unabhängig, dies ist aber nach Auffassung des Gerichtshofes kein ausreichender Grund, um ihn der Anwendung des Artikels 119 des Vertrages zu entziehen. Ebensowenig ist die Rechtsform, die die Versorgungseinrichtung aufgrund der Besonderheiten des jeweiligen nationalen Rechtssystems annehmen kann, als ausschlaggebend angesehen worden. Dagegen hat der Gerichtshof als ausschlaggebend angesehen, dass solche Einrichtungen „mit der Erbringung von Leistungen betraut sind, die ein Entgelt im Sinne von Artikel 119 darstellen" [10]. Dies veranlasst mich daher zu der Schlussfolgerung, dass die rechtliche Selbständigkeit der Pensionskasse im Verhältnis zum Arbeitgeber und ihre Rechtsnatur als Versicherungsunternehmen nicht ausreichen, um sie der Beachtung dieses fundamentalen Grundsatzes zu entziehen, während der Umstand, dass die Pensionskasse vom Arbeitgeber mit der Gewährung von Betriebsrentenleistungen betraut worden ist, mich zu der Feststellung veranlasst, dass sie bei der Ausübung dieser Tätigkeit verpflichtet ist, diesen Grundsatz zu beachten.

26. Meines Erachtens kann man sich dieser Schlussfolgerung auch nicht mit einem anderen bereits genannten Argument entziehen, wonach die Anwendung des Artikels 119 des Vertrages auf die Pensionskasse, da der im Versicherungsrecht geltende Gleichheitsgrundsatz die Gewährung von den gezahlten Beiträgen entsprechenden Versicherungsleistungen gebiete, zu einer Erhöhung der Beitragsleistungen führen könnte. Ich weise in diesem Zusammenhang darauf hin, dass dieser Einwand bereits in dem schon genannten Urteil Coloroll abgehandelt und zurückgewiesen worden war. Der Gerichtshof hatte nämlich in diesem Präzedenzfall festgestellt, dass „die Tatsache, dass die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts mit Schwierigkeiten verbunden ist, die sich aus der Unzulänglichkeit der von den *Treuhändern* verwalteten Mittel oder dem Unvermögen des Arbeitgebers ergeben, zusätzliche Mittel zur Verfügung zu stellen, ein Problem des nationalen Rechts ist", so dass „etwaige Probleme, die sich aus der Unzulänglichkeit der von den *Treuhändern* verwalteten Mittel für die Angleichung der Leistungen ergeben, auf der Grundlage des nationalen Rechts und im Licht des Grundsatzes des gleichen Entgelts zu lösen sind", also unter voller Beachtung des Artikels 119 des Vertrages [11].

27. Meines Erachtens sind im vorliegenden Fall keine Argumente vorgebracht worden,

9 — Urteile Fisscher, Randnr. 31, und Coloroll, Randnr. 22.
10 — Urteil Fisscher, Randnr. 31.
11 — Urteil Coloroll, Randnrn. 42 und 43; Hervorhebung durch mich.

die dazu Anlass geben könnten, von dieser Schlussfolgerung abzugehen. Wie die Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen ausgeführt hat, kann, auch wenn man bejaht, dass die Anwendung des in Artikel 119 EG-Vertrag niedergelegten Grundsatzes zu einer Erhöhung der Beitragsleistungen führt, dies keine Einschränkung der Anwendung des allgemeinen Grundsatzes rechtfertigen, und es wird gegebenenfalls Sache der Pensionskasse sein, diese Folge zur Kenntnis zu nehmen und weitere finanzielle Beiträge vorzusehen.

Die subjektive Tragweite des Artikels 119 EG-Vertrag

28. Um sich diesen Einwänden zu entziehen, greifen sowohl das Bundesarbeitsgericht als auch die deutsche Regierung auf andere Argumente zurück, die ebenfalls bereits genannt worden sind. Vor allem unterstreichen sie, dass der Arbeitgeber im Fall der Pensionskasse weiter Schuldner der Versorgungsleistungen bleibe, da er sich dazu in dem zugrunde liegenden Arbeitsvertrag verpflichtet habe. Wenn die in der Satzung der Pensionskasse vorgesehenen Leistungen hinter dem zurückbleiben sollten, was der Arbeitgeber aufgrund dieses Vertrages sicherzustellen habe, so könne der Arbeitnehmer also die Gewährung einer zusätzlichen Versorgungsleistung erlangen, indem er sich an den Hauptschuldner der Versorgungsleistung wende, d. h. an den Arbeitgeber selbst. Außerdem wird darauf hingewiesen, dass im deutschen System der Anspruch des Arbeitnehmers oder eines Rechtsnachfolgers auch gegen das Risiko der Insolvenz des Arbeitgebers geschützt sei.

29. Mit dem ersten Argument beginnend muss ich allgemein vorausschicken, dass der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung eindeutig festgestellt hat, „dass der Grundsatz des gleichen Entgelts zu den Grundlagen der Gemeinschaft gehört und dass Artikel 119 für die Bürger Rechte begründet, die die nationalen Gerichte zu gewährleisten haben“ [12]. Aus dieser Feststellung hat der Gerichtshof gefolgert, dass die Wirksamkeit dieser Vorschrift nicht auf die vertikalen Beziehungen zwischen der öffentlichen Gewalt und dem Einzelnen beschränkt ist, sondern sich auf alle Tarifverträge zur kollektiven Regelung der abhängigen Erwerbstätigkeit wie auch auf Verträge zwischen Privatpersonen erstreckt.

30. Geht man davon aus, so steht meines Erachtens außer Zweifel, dass zu diesen Verträgen auch die Vereinbarungen gehören müssen, die vom Arbeitgeber mit den Dritten getroffen werden, denen die Verwaltung von Rentensystemen übertragen wird. Der Gerichtshof selbst hat diese Schlussfolgerung ja bestätigt, als er festgestellt hat, dass „die praktische Wirksamkeit von Artikel 119 des Vertrages jedoch beträchtlich geschmälert und der für eine wirkliche Gleichstellung notwendige Rechtsschutz stark eingeschränkt [würde], wenn sich ein Arbeitnehmer oder seine anspruchsberechtigten Angehörigen auf diese Bestimmung nur gegenüber dem Arbeitgeber berufen könnten und nicht gegenüber den *Treuhändern*, die ausdrücklich mit der Erfüllung der Verpflichtungen des Arbeitgebers betraut sind“ [13]. Wäre dies nicht der

12 — Siehe Urteil Defrenne II, Randnrn. 12 und 39, Urteil vom 27. Juni 1990 in der Rechtssache C-33/89 (Kowalska, Slg. 1990, I-2591, Randnr. 12) und Urteil Coloroll, Randnr. 26.

13 — Urteil Coloroll, Randnr. 23; im gleichen Sinne in Bezug auf Verwalter eines Rentensystems Urteil Fisscher, Randnr. 31; Hervorhebung durch mich.

Fall, so würde sich dem Arbeitgeber die Möglichkeit bieten, „sich den ihm gemäß Artikel 119 des Vertrages obliegenden Verpflichtungen... dadurch [zu] entziehen, dass er das Betriebsrentensystem in der Rechtsform eines *Treuhandverhältnisses* ausgestaltet“ [14].

31. Im hier vorliegenden Fall würden diese Verpflichtungen vielleicht nicht umgangen, da der Arbeitgeber, wie ich dargelegt habe, auf jeden Fall für sie einstehen muss; den Inhaber des Anspruchs auf die Hinterbliebenenrente dazu zu zwingen, sich an den Arbeitgeber zu wenden, würde jedoch unzweifelhaft bewirken, dass die praktische Wirksamkeit des Artikels 119 EG geschmälert würde. Wie die Kommission vorgetragen hat, erscheint die Pensionskasse nämlich zum einen dem Arbeitnehmer (oder dessen anspruchsberechtigten Angehörigen) als der logische und in gewisser Weise natürliche Schuldner der Rente, mit der Folge, dass der Arbeitgeber geneigt sein wird, sich unmittelbar an die Kasse zu wenden, um die Zahlung der Rente zu erreichen; zum anderen kann die einheitliche und allgemeine Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts nur dann verwirklicht werden, wenn die mit der Auszahlung der Rente betraute Einrichtung die Beachtung dieses Grundsatzes unmittelbar und von sich aus sicherstellt, ohne den Berechtigten dazu zu zwingen, die Rente von dem Arbeitgeber zu fordern oder sogar den Rechtsweg einzuschlagen.

32. Ebenfalls nicht erheblich ist meines Erachtens das andere oben genannte Argument, wonach nämlich auch dann, wenn ein Fall der Insolvenz des Arbeitgebers eintreten sollte, der Rechtsschutz eines zu der diskriminierten Kategorie gehörenden Arbeitnehmers weder geschwächt noch eingeschränkt würde, da die zum Rechtsschutz bei Insolvenz des Arbeitgebers berufene öffentliche Einrichtung, der Pensions-Sicherungs-Verein a. G., verpflichtet sei, die Leistungen des insolventen Arbeitgebers zu übernehmen. Der Umstand, dass der Schutz der Versorgungsansprüche des Arbeitnehmers auch in dem beschriebenen Fall gewährleistet bleibt, ist meines Erachtens hier nicht erheblich und auf jeden Fall nicht ausschlaggebend dafür, die Pensionskasse von der Beachtung des Grundsatzes des gleichen Entgelts gemäß Artikel 119 EG-Vertrag freizustellen. Ich bin vielmehr der Auffassung, dass das genannte Systems des Rechtsschutzes bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers als das zu betrachten ist, was es wirklich darstellt, nämlich eine zusätzliche Garantie für die Ansprüche des Arbeitnehmers die nach den einschlägigen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts [15] und des innerstaatlichen Rechts geschaffen worden ist; dies hat aber nichts mit dem Problem der Anwendbarkeit des Artikels 119 EG-Vertrag auf Pensionskassen zu tun.

33. Schließlich findet die Anwendbarkeit dieser Vorschrift — darauf hat die niederländische Regierung in ihren Erklärungen hingewiesen — eine mittelbare Bestätigung auch in Artikel 6 Absatz 2 der Richtlinie 86/378/EWG [16]. Diese Bestimmung sieht

14 — Urteil Coloroll, Randnr. 21; Hervorhebung durch mich.

15 — Siehe dazu die Richtlinie 80/987/EWG des Rates vom 20. Oktober 1980 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers (ABl. L 283, S. 23).

16 — Richtlinie 86/378/EWG des Rates vom 24. Juli 1986 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit (ABl. L 225, S. 40). Diese Vorschrift ist in eben diesem Sinne von Generalanwalt Van Gerven in den Schlussanträgen vom 28. April 1993 in den bereits genannten Rechtssachen Ten Oever und Coloroll ausgelegt worden (Slg. 1993, I-4893, Nr. 57). In der sich aus der Richtlinie 96/97/EG des Rates vom 20. Dezember 1996 zur Änderung der Richtlinie 86/378/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit (ABl. L 46, S. 20) ergebenden Fassung ist ebenfalls zu lesen, dass die für das System zuständigen Verwaltungsstellen „dem Grundsatz der Gleichbehandlung Rechnung tragen [müssen]“.

nämlich vor, dass dann, wenn die Gewährung einer beruflichen Zusatz- oder Ersatzversorgungsleistung im Ermessen der für das System zuständigen Verwaltungsstellen steht, „diese dem Grundsatz der Gleichbehandlung Rechnung tragen [müssen]".

34. Aus diesen Gründen in ihrer Gesamtheit bin ich der Auffassung, dass dem Arbeitnehmer und seinen anspruchsberechtigten Angehörigen die Möglichkeit eingeräumt werden muss, sich auf Artikel 119 EG-Vertrag nicht nur gegenüber dem Arbeitgeber, sondern auch gegenüber Dritten zu berufen, die von dem Arbeitgeber mit der Verwaltung von Zusatzversorgungssystemen betraut worden sind, wie die Pensionskasse.

Ergebnis

35. Nach alledem schlage ich daher vor, die vom Bundesarbeitsgericht vorgelegte Frage wie folgt zu beantworten:

Artikel 119 EG-Vertrag (die Artikel 117 bis 120 EG-Vertrag sind durch die Artikel 136 EG bis 143 EG ersetzt worden) ist dahin auszulegen, dass Pensionskassen, die Leistungen der betrieblichen Altersversorgung gewähren, als Arbeitgeber anzusehen sind und den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen zu beachten haben, obwohl der Arbeitgeber auf jeden Fall Schuldner der Versorgungsleistungen bleibt und den benachteiligten Arbeitnehmern ein insolvenzgeschützter, die Diskriminierung ausschließender Anspruch zusteht.