

## **BUNDESARBEITSGERICHT**

### **BAG, Urteil vom 7. 9. 2004 - 3 AZR 550/ 03**

Betriebliche Altersversorgung: Mittelbare Diskriminierung durch Pensionskasse

Verstößt die Leistungsordnung einer Pensionskasse gegen Art. 141 EG, muss die wegen des Geschlechts benachteiligte Gruppe ebenso behandelt werden wie die begünstigte. Die sich hieraus ergebenden Ansprüche richten sich nicht nur gegen die Pensionskasse (vgl. EuGH 9. Oktober 2001 - Rs. C-379/ 99 - Menauer - EuGHE I 2001, 7275; BAG 19. November 2002 - 3 AZR 631/ 97 - BAGE 103, 373), sondern auch gegen den Arbeitgeber.

1. Auf die Revisionen der Parteien und der Streitverkündeten wird das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 23. Juli 2003 - 8 Sa 739/ 02 - aufgehoben.
2. Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

#### **Tatbestand**

Die Parteien streiten darum, ob der Kläger von der Beklagten über die von der streitverkündeten Pensionskasse gezahlte Betriebsrente hinaus Versorgungsleistungen verlangen kann. Der Kläger beruft sich darauf, er werde durch die Versorgungsregelungen der Pensionskasse wegen seiner Geschlechtszugehörigkeit diskriminiert.

Der Kläger ist am 13. Dezember 1938 geboren. Er war bei der Beklagten in der Zeit seit dem 1. Januar 1970 als wissenschaftlicher Mitarbeiter zu einem Jahresgehalt von zuletzt 119. 652, 00 DM beschäftigt.

Der Arbeitsvertrag der Parteien vom 24./ 27. Oktober 1969 enthält wegen einer zusätzlichen Altersversorgung des Klägers die folgenden Regelungen:

"§ 3. Der Pensionskassenbeitrag von 7 % (soweit Angestelltenversicherungspflicht besteht) bzw. 12 % (soweit Angestelltenversicherungspflicht nicht besteht) des pensionsfähigen Arbeitsverdienstes wird nach Massgabe des § 4 vom Institut zusätzlich zum Gehalt abgeführt und pauschal versteuert. Als pensionsfähiger Arbeitsverdienst gilt der gesamte Arbeitsverdienst.

§ 4. Herr Dr. J wird nach erfolgreichem Ablauf seiner Probefristzeit bei der Pensionskasse der chemischen Industrie Deutschlands, D, als Mitglied angemeldet. Die Gültigkeit dieses Arbeitsvertrages hat die Aufnahme als Mitglied in diese Kasse zur Voraussetzung."

Die Beklagte meldete den Kläger in der Folgezeit bei der Pensionskasse, die sich zwischenzeitlich in die Streitverkündete umbenannt hat, zu deren Tarif A an. Sie zahlte alle anfallenden Beiträge. Der Kläger machte darüber hinaus von der in Tarif A § 1 Nr. 2 der "Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) und Tarifbedingungen (TaB)" vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch, zur Erhöhung der Pensionsanwartschaft laufend zusätzliche Beiträge an die Pensionskasse zu entrichten.

In der genannten Bestimmung heißt es:

"2. Mitgliedern, die nach Tarif A versichert sind, kann die Pensionskasse auf Antrag gestatten, zur Erhöhung der Pensionsanwartschaft laufend zusätzliche Beiträge zu entrichten."

Zur Höhe der Alterspension bestimmt § 24 AVB ua.:

"§ 24. Alterspension. 1. Altersgrenze ist das Ende des Monats, in dem das Mitglied das 65. Lebensjahr vollendet. Für die am 31. 12. 1994 versicherten weiblichen Mitglieder ist Altersgrenze entsprechend das Ende des Monats, in dem das Mitglied das 60. Lebensjahr vollendet. 2. Alterspension erhält das Mitglied, das die Altersgrenze erreicht hat. . 4. Einem Mitglied, das das 60. Lebensjahr vollendet hat, wird auf Antrag vorgezogene Alterspension gewährt. 5. Die Höhe der vorgezogenen Alterspension richtet sich nach der erreichten Grundpension (Ziffer 6). Zum Ausgleich für die ohne Berufsunfähigkeit bewirkte und daher nicht kalkulierte längere Leistungsdauer muß diese Pension um einen versicherungsmathematisch notwendigen Prozentsatz gekürzt werden. Die Grundpension wird deshalb für jeden Monat, um den der Pensionsbeginn vor Erreichung der Altersgrenze (Ziffer 1) verlangt wird, um 0, 4 % gekürzt. 6. Grundpension ist bei Tarif A: die zu Beginn der vorgezogenen Alterspension erreichte Pensionsanwartschaft, . 7. Mitglieder, die nach Tarif A versichert sind, erhalten, sofern die Alterspension nicht zur Altersgrenze beantragt wird, diese ab Beginn des Monats, der bei Firmenmitgliedern von der Kassenfirma bei der Abmeldung bzw. bei Einzelmitgliedern in einem zu stellenden Antrag genannt wird (hinausgeschobene Alterspension), spätestens ab Vollendung des 68. Lebensjahres, mit einem Pensionszuschlag für verkürzte Leistungsdauer. Der Pensionszuschlag beträgt für jeden Monat, für den Leistungen nach der Altersgrenze nicht bezogen werden, 0, 6 % der jeweils in einem Kalenderjahr gemäß A § 5 TaB erreichten Pensionsanwartschaft."

Der Kläger schied zum 28. Februar 1997 bei der Beklagten aus. Seit dem 1. Januar 2000 nimmt er vorgezogene gesetzliche Rente und eine vorgezogene Alterspension in Anspruch, welche die Pensionskasse an ihn zahlt. Bis zum Eintritt in den Ruhestand hatte der Kläger eine Anwartschaft auf eine nach Vollendung des 65. Lebensjahres zu zahlende Jahrespension von 28. 104, 91 DM erreicht. Sie setzte sich zusammen aus der Anwartschaft auf Grund der von der Beklagten eingezahlten Beiträge und der Anwartschaft auf Grund der vom Kläger zusätzlich geleisteten freiwilligen Beiträge. Hinzu kamen "Gewinnanteile". Die Anwartschaft von 28. 104, 91 DM kürzte die Pensionskasse um den für Männer vorgesehenen versicherungsmathematischen Abschlag von 19, 2 %. Die sich hieraus ergebende Jahrespension von 22. 708, 77 DM, also 1. 892, 40 DM monatlich, sowie einen hierauf entfallenden, bis Ende 2001 befristeten "Gewinnzuschlag" von 25 %, insgesamt also 2. 365, 00 DM monatlich, zahlte die Pensionskasse ab dem 1. Januar 2000 an den Kläger aus.

Mit Wirkung zum 1. Januar 2001 erhöhte die Pensionskasse den Gewinnanteil um 2, 5 %, so dass sich die unbefristete Pension ab diesem Zeitpunkt auf monatlich 1. 939, 71 DM, unter Einschluss des zunächst weiter gewährten Gewinnzuschlags also auf 2. 424, 64 DM monatlich belief. Vom 1. Januar 2002 bis 30. Juni 2003 betrug der befristete Gewinnzuschlag nur noch 15 %; danach entfiel er. Die unbefristete Pension des Klägers belief sich damit seit dem 1. Januar 2002 auf 991, 76 Euro monatlich; unter Berücksichtigung des reduzierten befristeten Gewinnzuschlags ergab sich ein Auszahlungsbetrag von 1. 140, 52 Euro monatlich.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, das an die unterschiedlichen Rentenzugangsalter für Männer und Frauen anknüpfende Zu- und Abschlagssystem des § 24 Nr. 5 und Nr. 7 AVB verstoße gegen den Gleichheitssatz und das europarechtliche Verbot der Entgeltdiskriminierung wegen des Geschlechts. Für die Zeit nach dem 17. Mai 1990, dem Tag der Verkündung des Urteils des EuGH in Sachen Barber, sei er wie weibliche Mitglieder der Pensionskasse zu stellen. Von den in der Folgezeit verdienten Versorgungsanwartschaften seien keine versicherungsmathematischen Abschläge vorzunehmen; er müsse vielmehr insoweit wegen der Inanspruchnahme der Pension erst nach Vollendung des 61. Lebensjahres die in den Versicherungsbedingungen genannten Zuschläge von insgesamt 7,2 % erhalten. Für die Jahre 2000 und 2001 hat er einen Nachzahlungsbetrag von insgesamt 3.269,79 Euro errechnet und für die Zeit ab 1. Januar 2002 eine unbefristete monatliche Pension iHv. 1.102,09 Euro, der noch der befristete Gewinnzuschlag in seiner gegenwärtigen Höhe hinzuzurechnen sei. Für den gesamten Versorgungsanspruch habe die Beklagte als seine frühere Arbeitgeberin einzustehen.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, 1. an ihn 3.269,79 Euro nebst Zinsen iHv. 5 Prozentpunkten oberhalb des Basiszinssatzes seit 8. Februar 2002 zu zahlen, 2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihm ab dem 1. Januar 2002 eine monatliche Rente iHv. 1.102,09 Euro zuzüglich des jeweiligen befristeten Gewinnzuschlages gemäß § 15a der AVB zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, sie habe den Kläger nicht diskriminiert. Mit der Anmeldung des Klägers bei der Pensionskasse und ihrer Zahlung von gleich hohen Beiträgen für Männer und Frauen habe sie ihre Pflichten diskriminierungsfrei erfüllt. Auf die Gestaltung der Leistungsbestimmungen der Pensionskasse habe sie keinen Einfluss gehabt. Der Kläger könne sich nur an die Pensionskasse halten. Auf alle Fälle könne sie nur subsidiär in Anspruch genommen werden. Vorsorglich hat die Beklagte geltend gemacht, die auf den zusätzlichen und freiwilligen Beiträgen des Klägers beruhenden Leistungen könnten in keinem Fall bei der Berechnung einer diskriminierungsfreien Leistung zu ihren Lasten berücksichtigt werden.

Die Pensionskasse, die dem Rechtsstreit in der Berufungsinstanz auf Seiten der Beklagten beigetreten ist, hat ebenfalls Klageabweisung beantragt und sich den Argumenten der Beklagten mit der Maßgabe angeschlossen, dass allenfalls diese, nicht aber sie zur Zahlung verpflichtet sei.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen.

Das Landesarbeitsgericht hat der Klage unter Abänderung des arbeitsgerichtlichen Urteils überwiegend entsprochen und dem Kläger Rückstände in Höhe von 2.400,51 Euro zugesprochen sowie gegenüber der Beklagten für die Zeit ab dem 1. Januar 2002 einen unbefristeten Anspruch auf eine Alterspension in Höhe von 1.072,76 Euro zuzüglich des jeweiligen befristeten Gewinnzuschlages festgestellt. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger sein Begehren in vollem Umfang weiter, wobei er im Rahmen seines Feststellungsantrags auch etwaige Leistungsherabsetzungen nach § 22 Abs. 4 der Pensionskassensatzung berücksichtigt. Die Beklagte und die Streitverkündete streben demgegenüber mit ihren Revisionen die Abweisung der Klage an.

## **Entscheidungsgründe**

Die Revisionen der Parteien und des Streitverkündeten sind begründet. Sie führen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht. Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts kann noch nicht ermittelt werden, auf welchen Betrag sich die Betriebsrente beläuft, welche jedenfalls auch die Beklagte zu zahlen hat.

### **A.**

Die Klage ist auch zulässig, was den Feststellungsantrag zu 2. des Klägers angeht.

I. Der Kläger macht zwar mit diesem Antrag den gesamten, ihm nach seiner Auffassung ab dem 1. Januar 2002 zustehenden Betriebsrentenbetrag mit Ausnahme der befristeten Gewinnzuschläge geltend (§ 15a AVB) und nimmt dabei etwaige Leistungsherabsetzungen nach § 22 Abs. 4 der Pensionskassensatzung aus dem Streit der Parteien. Es ist jedoch eindeutig, dass der Kläger keine zweimalige Zahlung der Betriebsrente verlangt, einmal durch die streitverkündete Pensionskasse und einmal durch die Beklagte. Es geht ihm um die Feststellung der ihm insgesamt von Rechts wegen zustehenden Betriebsrente ab dem 1. Januar 2002, die jedenfalls auch die Beklagte schuldet und die er von dieser selbst oder durch diese verschafft verlangt. Dabei hat der Kläger den Streitgegenstand von Anfang an im Hinblick auf die differenzierte Regelung der Allgemeinen Versicherungsbedingungen zum Rentenzugangsalter auf die Höhe der Ausgangsrente beschränkt und die der Höhe nach hiervon abhängigen vorübergehenden Erhöhungen oder Absenkungen nach Maßgabe der Leistungsregelungen der Streitverkündeten außer Streit gestellt. Die Veränderung des Klageantrags in der Revisionsinstanz war demgemäß keine Klageänderung im Rechtssinne, sondern nur eine Klarstellung des Klageantrags im Sinne des ursprünglichen Rechtsschutzziels, die ohne weiteres statthaft ist.

II. Mit diesem Inhalt hat der Kläger für seinen Antrag das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche rechtlich geschützte Interesse. Der Antrag ist geeignet, den Streit der Parteien über die Berechnung der dem Kläger zustehenden Betriebsrente auch für die Zukunft in seinem zentralen Punkt zu klären, so dass auch die nach den Leistungsbestimmungen möglichen Erhöhungen und Absenkungen eine sichere Grundlage erhalten.

### **B.**

Es kann noch nicht abschließend entschieden werden, in welchem Umfang die Klage begründet ist. Dem Kläger steht zwar eine höhere als die von der streitverkündeten Pensionskasse gezahlte Betriebsrente zu, weil die Versorgungsordnung den Kläger im Zusammenhang mit ihrer Regelung zum Rentenzugangsalter wegen des Geschlechts diskriminiert. Die sich hieraus ergebenden Differenzbeträge kann der Kläger jedenfalls auch von der Beklagten verlangen. Es kann auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen aber noch nicht ermittelt werden, welche genaue Höhe der zugunsten des Klägers verbleibende monatliche Differenzbetrag hat.

I. Es verstößt gegen das Verbot der Entgeltdiskriminierung wegen des Geschlechts (Art. 141 Abs. 1 EG), dass auf Grund des in § 24 Nr. 1 AVB vorgesehenen unterschiedlichen Rentenzugangsalters und der hieran anknüpfenden Berechnungsregeln in § 24 Nr. 5 und Nr. 7 AVB unter ansonsten gleichen Bedingungen Beschäftigte, die mit unverfallbarer Versorgungsanwartschaft vorzeitig ausgeschieden sind und später nach § 6 BetrAVG vorgezogen

Betriebsrente in Anspruch nehmen, unterschiedlich hohe Versorgungsleistungen erhalten, je nach dem, ob es sich um Frauen oder Männer handelt. Das gilt allerdings nicht für den Teil der Versorgungsleistungen, die der Kläger auf Grund der von ihm freiwillig gezahlten Beiträge zusätzlich von der Streitverkündeten erhält.

1. Art. 141 EG ist ebenso wie die Vorgängerbestimmung des Art. 119 EG-Vertrag in Deutschland als einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft unmittelbar geltendes Recht (EuGH 8. April 1976 - Rs. 43/ 75 - Defrenne - EuGHE Erster Teil 1976, 455 f., 472 f.; BAG 20. November 1990 - 3 AZR 613/ 89 - BAGE 66, 264). Der Anwendungsbereich der Bestimmung erstreckt sich auch auf betriebliche Versorgungsleistungen. Nach Art. 141 Abs. 2 EG sind unter "Entgelt" im Sinne des Diskriminierungsverbots des Art. 141 EG neben den üblichen Grund- und Mindestlöhnen oder -gehältern alle sonstigen Vergütungen zu verstehen, die der Arbeitgeber auf Grund des Dienstverhältnisses dem Arbeitnehmer unmittelbar oder mittelbar zahlt. Hierzu zählen auch Leistungen der betrieblichen Altersversorgung (EuGH 13. Mai 1986 - Rs. 170/ 84 - Bilka - EuGHE Zweiter Teil 1986, 1607 = AP EWG-Vertrag Art. 119 Nr. 10). Daran, dass es sich um eine "sonstige Vergütung" iSv. Art. 141 Abs. 2 EG handelt, ändert auch der Umstand nichts, dass eine Versorgungsleistung nicht durch den Arbeitgeber selbst, sondern durch eine von ihm eingeschaltete, rechtlich selbständige Stelle wie eine Pensionskasse erbracht werden soll (EuGH 28. September 1994 - Rs. C-200/ 91 - Coloroll - EuGHE I 1994, 4389, Rn. 20 = AP EWG-Vertrag Art. 119 Nr. 57; BAG 19. November 2002 - 3 AZR 631/ 97 - BAGE 103, 373, 376 mwN).

2. Bei den Leistungen, welche die streitverkündete Pensionskasse auf Grund ihrer Einschaltung durch die Beklagte und der Beitragsleistungen durch diese an den Kläger zu erbringen hat, handelt es sich um Leistungen der betrieblichen Altersversorgung, die in den Anwendungsbereich des Art. 141 EG fallen.

a) Die Beklagte beruft sich demgegenüber zu Unrecht darauf, sie habe nur versprochen, zugunsten des Klägers Beiträge an die Pensionskasse abzuführen. Dies habe sie getan, ohne gegen das Verbot der Entgeltdiskriminierung zu verstoßen. Weitere Pflichten habe sie nicht. Damit meint sie im Ergebnis, sie habe dem Kläger lediglich eine reine Beitragszusage erteilt.

Eine solche Zusage ist zwar rechtlich ohne weiteres möglich. Sie unterfällt aber nicht dem Recht der betrieblichen Altersversorgung. Mit ihr werden keine künftigen Versorgungsleistungen versprochen, wie dies § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG verlangt, sondern nur zusätzliche Zahlungen während des aktiven Arbeitslebens, die vergleichbar vermögenswirksamen Leistungen zur Bildung von Vermögen oder von Versorgungsanswartschaften an Dritte ausbezahlen sind und bei denen der Arbeitnehmer das volle Anlage- und Insolvenzrisiko trägt. Auf solche Zusagen passt weder der gesetzliche Verschaffungsanspruch aus § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG noch das Unverfallbarkeitsrecht des § 2 BetrAVG.

Die Beklagte hat dem Kläger aber keine reine Beitragszusage erteilt. Sie hat in § 4 des Arbeitsvertrages die Pflicht übernommen, den Kläger bei einer bestimmten Pensionskasse, der Streitverkündeten, anzumelden, an die bestimmte Beiträge abzuführen sind, damit der Kläger gegen diese einen Versorgungsanspruch erwirbt. Damit hat sie im Arbeitsvertrag eine typische betriebsrentenrechtliche Versorgungszusage erteilt, auf Grund deren sie verpflichtet ist, dem Kläger Leistungen der betrieblichen Altersversorgung durch die Streitverkündete zu verschaffen. Die Versorgungszusage der Beklagten wird durch die Regelungen der Pensionskasse ausgefüllt,

aus denen sich ergibt, dass dem Kläger insgesamt eine beitragsorientierte Leistungszusage iSv. § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrAVG erteilt worden ist. In Tarif A § 4 der Allgemeinen Tarifbedingungen der Pensionskasse wird der Rechenweg offen gelegt, der auf der Grundlage der gezahlten Beiträge zum Pensionsanspruch führt. Dass die Beklagte von dieser Bewertung abweichend ausnahmsweise eine Beitragszusage außerhalb des Betriebsrentenrechts erteilen wollte, hat sie an keiner Stelle deutlich gemacht.

Auch § 3 des Arbeitsvertrages steht einer Qualifizierung der Zusage der Beklagten als beitragsorientierte Leistungszusage unter Einschaltung einer Pensionskasse nach Maßgabe des Betriebsrentenrechts nicht entgegen. In dieser Vertragsbestimmung wird lediglich die Höhe der Beitragsleistung festgelegt und deren volle Übernahme durch die Beklagte vereinbart.

b) Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts gehören zu den unter das Diskriminierungsverbot des Art. 141 EG fallenden Leistungen der betrieblichen Altersversorgung nicht die Versorgungsleistungen, welche die Pensionskasse auf Grund eigener Beiträge des Klägers nach Tarif A § 1 Nr. 2 TaB an diesen zu erbringen hat. Insoweit besteht für die Beklagte auch keine Einstandspflicht. Darauf, ob die Streitverkündete insoweit an ein Diskriminierungsverbot gebunden ist, kommt es deshalb im Verhältnis zur Beklagten nicht an.

aa) Tarif A § 1 Nr. 2 TaB eröffnete dem Kläger die im Arbeitsvertrag nicht vorgesehene Möglichkeit, durch eigene Beiträge weitere Versorgungsansprüche zu erwerben. Diese ergab sich aus seiner Mitgliedschaft bei der Streitverkündeten und war ihm nicht durch die Beklagte eingeräumt worden. Ob und wie lange er derartige Beiträge leistete, stand ihm frei. Für auf solche Weise entstandene Versorgungsrechte hat die Beklagte nicht einzustehen. Aus dem Umstand, dass in den Tarifbedingungen der Streitverkündeten von einer "Aufstockung" der Pensionsanwartschaft die Rede ist, ergibt sich nichts anderes. Da die Beitragsleistungen des Klägers in seinem Belieben standen, kann der sich daraus ergebende Anspruch nicht als unselbständiger Teil eines einheitlichen Betriebsrentenanspruchs angesehen werden.

Dem entspricht es, dass der auf die Versorgungszusage der Beklagten noch nicht anwendbare § 1 Abs. 2 Nr. 4 BetrAVG (idF des Gesetzes vom 21. Juni 2002; BGBl. I S. 2167) arbeitnehmerfinanzierte Versorgungsanwartschaften nur dann zur betrieblichen Altersversorgung rechnet, wenn die Versorgungszusage des Arbeitgebers auch die Leistungen aus den so aufgebrachten Beiträgen umfasst.

Die Besonderheit der vom Kläger durch Eigenbeiträge zusätzlich erworbenen Versorgungsrechte im Verhältnis zu den von der Beklagten finanzierten betriebsrentenrechtlichen Versorgungsanwartschaften wird schließlich auch dadurch deutlich, dass die Streitverkündete die beiden Rentenstämme - die Betriebsrente und die Privatvorsorge aus Eigenbeiträgen - gesondert berechnet und ausweist. Diese Stämme werden lediglich deswegen von der Streitverkündeten zusammengeführt, weil sie die entstandenen Versorgungsansprüche insgesamt erfüllen muss. Dies ändert aber nichts daran, dass es sich bei den von ihr aufzubringenden Zahlungen nur teilweise um Leistungen der betrieblichen Altersversorgung handelt.

bb) Die Bewertung, dass nur die von der Beklagten finanzierten, nicht die zusätzlich und freiwillig allein vom Kläger finanzierten Anteile der von der Pensionskasse geschuldeten Versorgungsleistungen Leistungen der betrieblichen Altersversorgung sind und deshalb dem Diskriminierungsverbot des Art. 141 EG unterfallen, entspricht der Rechtsprechung des

Europäischen Gerichtshofs. Er muss deshalb nicht nach Art. 234 Abs. 3 EG um eine Vorabentscheidung ersucht werden (vgl. ErfK/ Wißmann Art. 234 EG Rn. 32 mwN).

In seinem Urteil vom 28. September 1994 (- Rs. C-200/ 91 - Coloroll - EuGHE I 1994, 4389, Rn. 90 f. = AP EWG-Vertrag Art. 119 Nr. 57) hat der Europäische Gerichtshof darauf erkannt, dass Leistungen dann nicht unter Art. 119 EG-Vertrag (jetzt: Art. 141 EG) fallen, wenn sie auf freiwillig und zusätzlich vom Arbeitnehmer übernommene Beiträge zurückgehen und gesondert und nach dem Wert der gezahlten Beiträge berechnet werden. Diese Voraussetzungen sind im Fall der durch Eigenbeiträge des Klägers finanzierten Versorgungsanwartschaft erfüllt. Soweit der Gerichtshof außerdem erwähnt, dass die eingezahlten Beiträge in einen besonderen Fonds eingezahlt und dort getrennt verwaltet werden, war dies erkennbar nur durch den konkret behandelten Rechtsstreit veranlasst ("Wie sich nämlich aus dem Vorlagebeschluß ergibt, ."); eine zusätzliche Voraussetzung sollte damit nicht aufgestellt werden. Entscheidend sind nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs die auch vorliegend erfüllten Merkmale einer vom Versicherten unabhängig vom Arbeitgeber freiwillig und zusätzlich übernommenen Beitragspflicht und die gesonderte Behandlung der sich aus diesen Beiträgen ergebenden Versorgungsrechte: "Zusätzliche Leistungen, die auf freiwilligen Beitragszahlungen der Arbeitnehmer beruhen, fallen nicht in den Anwendungsbereich des Art. 119, soweit ein Betriebsrentensystem den ihm angeschlossenen Personenkreis lediglich den erforderlichen organisatorischen Rahmen hierfür zur Verfügung stellt." (EuGH 28. September 1994 - Rs. C-200/ 91 - aaO, Rn. 93).

3. Die Festlegung eines unterschiedlichen Rentenzugangsalters für Männer und Frauen in § 24 Nr. 1 Satz 1 AVB der Streitverkündeten und das daran anknüpfende Zuschlags- und Abschlagssystem in § 24 Nr. 5 Satz 2, 3 und Nr. 7 AVB verstoßen gegen das europarechtliche Lohnleichheitsgebot aus Art. 141 EG.

Männer, die vorgezogen Alterspension in Anspruch nehmen, müssen im Gegensatz zu Frauen gem. § 24 Nr. 5 Satz 2 und 3 AVB Abschläge von der von ihnen erdienten Jahrespension hinnehmen. Bei einer hinausgeschobenen Alterspension erhalten Männer außerdem erst von einem wesentlich späteren Zeitpunkt an als Frauen einen Zuschlag nach § 24 Nr. 7 AVB für die verkürzte Leistungsdauer. Die Ungleichbehandlung wird im Falle des Klägers besonders deutlich. Eine Frau in seiner Position, die während identischer Dauer des Arbeitsverhältnisses eine gleich hohe Versorgungsanwartschaft erdient hätte und zum gleichen Zeitpunkt in den Ruhestand gewechselt wäre, hätte nach den Versorgungsbestimmungen bei dem von ihr bis zu ihrem Ausscheiden erdienten nicht, wie der Kläger, einen Abschlag von 19,2 % hinnehmen müssen, sondern einen Zuschlag in Höhe von 7,2 % erhalten.

Für diese allein an die Geschlechtszugehörigkeit anknüpfende Ungleichbehandlung beim Versorgungsentgelt gibt es europarechtlich keine Rechtfertigung. Sie ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts nicht hinzunehmen hinsichtlich der Versorgungsanwartschaften, die auf die Zeit nach der Verkündung der Entscheidung in Sachen "Barber" (EuGH 17. Mai 1990 - Rs. C-262/ 88 - EuGHE I 1990, 1889 = AP EWG-Vertrag Art. 119 Nr. 20 = EzA EWG-Vertrag Art. 119 Nr. 4) zurückgehen (BAG 3. Juni 1997 - 3 AZR 910/ 95 - BAGE 86, 79; 23. September 2003 - 3 AZR 304/ 02 - AP BetrAVG § 1 Gleichberechtigung Nr. 14 = EzA BetrAVG § 1 Gleichberechtigung Nr. 13). Insoweit dürfen die Bestimmungen, welche die männlichen Beschäftigten beim (Versorgungs-) Entgelt diskriminieren, nicht angewendet werden. Die für die begünstigte Arbeitnehmergruppe geltenden Regeln sind auch für die benachteiligte

Gruppe maßgeblich (BAG 19. November 2002 - 3 AZR 631/ 97 - BAGE 103, 373, 376 f.). Dies bedeutet, dass die auf die betriebliche Versorgungszusage und die Beitragszahlungen der Beklagten bis zum 17. Mai 1990 einschließlich zurückgehenden Versorgungsanwartschaften zwar nach dem Wortlaut des § 24 Nrn. 1, 5 und 7 AVB zu berechnen sind. Soweit die vom Kläger bis zu seinem Ausscheiden erdiente arbeitgeberfinanzierten Versorgungsanwartschaften aber in der Beschäftigungszeit ab dem 18. Mai 1990 erdient wurden, sind sie so zu berechnen, als wäre auch für den Kläger eine feste Altersgrenze 60 festgelegt worden. Von dem auf diese Beschäftigungszeit zurückgehenden Teil der Versorgungsanwartschaft ist mithin kein versicherungsmathematischer Abschlag von 19, 2 % vorzunehmen. Der Kläger kann insoweit vielmehr einen Zuschlag in Höhe von 7, 2 % verlangen.

II. Die sich aus dieser Pflicht zu diskriminierungsfreier Anspruchsberechnung ergebenden Differenzbeträge schuldet nicht nur die streitverkündete Pensionskasse (EuGH 9. Oktober 2001 - Rs. C-379/ 99 - Menauer - EuGHE I 2001, 7275 = AP BetrAVG § 1 Pensionskasse Nr. 5 = EzA EG-Vertrag 1999 Art. 141 Nr. 7; BAG 19. November 2002 - 3 AZR 631/ 97 - BAGE 103, 373, 376 f.), sondern auch die Beklagte (vgl. auch Steinmeyer BetrAV 2004, 436, 439). Dieser Verschaffungsanspruch (vgl. BAG 7. März 1995 - 3 AZR 282/ 94 - BAGE 79, 236) ergibt sich heute aus § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG.

Es kann dahinstehen, ob der Arbeitgeber auch bei Einschaltung eines versicherungsförmig handelnden externen Versorgungsträgers grundsätzlich und ohne weiteres wegen der zu verschaffenden Versorgungsleistungen in Anspruch genommen werden kann. Gegen eine solche allgemeine Aussage und dafür, dass ein begünstigter Arbeitnehmer im Regelfall zunächst den Versorgungsträger in Anspruch nehmen muss, spricht der Umstand, dass der Arbeitgeber für den begünstigten Arbeitnehmer erkennbar einen solchen Durchführungsweg auch deshalb wählt, weil er nicht selbst Versorgungsleistungen erbringen will. Es ergibt sich aber schon aus dem Gebot der Effektivierung von Diskriminierungsverboten, dass ein Versorgungsgläubiger jedenfalls dann auch unmittelbar gegen seinen früheren Arbeitgeber vorgehen kann, wenn sich die Zahlungsansprüche nicht aus dem Wortlaut der Leistungsordnung des externen Versorgungsträgers herleiten lassen, sondern sich erst aus deren Inhaltskontrolle ergeben. In einem solchen Fall muss es dem diskriminierten Versorgungsberechtigten frei stehen, ob er sich zur Durchsetzung seiner Rechte aus Art. 141 EG auf die verschaffte Rechtsbeziehung oder den gegenüber dem früheren Arbeitgeber begründeten Verschaffungsanspruch stützt.

III. Nach alledem hat die Beklagte dem Kläger eine diskriminierungsfrei berechnete Versorgung zu verschaffen, soweit diese durch die von ihr geleisteten Beiträge finanziert wurde. Dies bedeutet, dass der Kläger wegen des ab dem 18. Mai 1990 - nicht, wie der Kläger und das Landesarbeitsgericht angenommen haben, seit dem 17. Mai 1990 - erdienten Teils seiner Betriebsrentenanwartschaft keine versicherungsmathematischen Abschläge in Höhe von 19, 2 % hinnehmen muss, sondern insoweit Zuschläge in Höhe von 7, 2 % verlangen kann. Solange die Streitverkündete die sich hieraus ergebenden Differenzbeträge nicht zahlt, muss die Beklagte dies tun.

Gleichwohl konnte der Senat nicht abschließend über die Klageforderung entscheiden, weil noch nicht feststeht, welcher Teil der vom Kläger auf Grund der Beitragsleistungen der Beklagten erdienten Versorgungsanwartschaft auf die Beschäftigungszeit seit dem 18. Mai 1990 entfällt.

1. Das Landesarbeitsgericht hat die insgesamt bis zum Versorgungsfall erdiente Versorgungsanwartschaft im Verhältnis der Beschäftigungszeit des Klägers bis zum Stichtag zur danach zurückgelegten Zeit aufgeteilt und für den zweiten Teil der Anwartschaft den auch von der Beklagten geschuldeten Zuschlag von 7, 2 % statt des versicherungsmathematischen Abschlags von 19, 2 % vorgenommen. Eine solche Berechnungsweise ist praktikabel und in vielen Fällen auch zulässig. Der Kläger wendet demgegenüber zu Unrecht ein, es müssten alle Zuwächse, welche die Versorgungsanwartschaft nach dem 17. Mai 1990 erfahren habe, in entsprechender Weise behandelt werden. Er verkennt, dass es darauf ankommt, welche Versorgungsanteile er in welchem Zeitraum verdient hat. Steigerungen dieses Anteils in der Folgezeit, die allein auf Zeitablauf oder Beschlüssen der Pensionskasse beruhen, sind dem bereits früher Erdienten zuzurechnen. Der überproportionale Wertanstieg der Versorgungsanwartschaft des Klägers in den letzten Jahren seines Beschäftigungsverhältnisses beruht wesentlich auch auf solchen Steigerungen der bis zum 17. Mai 1990 durch Arbeitsleistung verdienten Versorgungsanwartschaft. Sie können nicht der "Nach-Barber-Zeit" zugeordnet werden.

2. Aus dem zuletzt Angesprochenen ergibt sich zugleich, dass grundsätzlich jedenfalls dann, wenn dies mit vertretbarem Aufwand möglich ist, eine genaue Berechnung der auf die Beschäftigungszeit seit dem 18. Mai 1990 zurückgehenden Versorgungsansprüche geboten ist. Dies ist vorliegend der Fall. Die von der Pensionskasse erstellten "Aufrechnungsbescheinigungen" ermöglichen eine Ermittlung der bis zum 17. Mai 1990 erworbenen Versorgungsanwartschaft und der in der Folgezeit auf diese Anwartschaft entfallenden Gewinnanteile und Zinsen. Nur soweit über die sich hieraus insgesamt ergebenden Beträge hinaus in der Zeit nach dem 17. Mai 1990 eine Steigerung der arbeitgeberfinanzierten Pensionsanwartschaft eingetreten ist, kann der Kläger eine Gleichstellung mit den durch § 24 AVB begünstigten weiblichen Beschäftigten verlangen. Das Landesarbeitsgericht wird die Höhe der zugrunde zu legenden Beträge, gegebenenfalls durch Sachverständigengutachten, festzustellen und die sich hieraus in den verschiedenen Zeitabschnitten ergebenden Betriebsrentenansprüche zu ermitteln haben.