

Dr. Friedrich-Wilhelm Lehmann, RA

# EuGH zur Abgrenzung von Tarifautonomie und Europarecht

## Altersdiskriminierung bei Vergütung nach Lebensaltersstufen – Herstellung der Gleichbehandlung

Der EuGH hat in zwei Urteilen vom 8.9.2011<sup>1</sup> erklärt, dass die im (ehemaligen) BAT enthaltene Bemessung der Grundvergütung nach Lebensaltersstufen eine Ungleichbehandlung der Angestellten des öffentlichen Dienstes darstellt. Die ehemaligen tariflichen Lebensaltersstufen des BAT stünden der europäischen Richtlinie über die Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf<sup>2</sup> entgegen.

Zugleich hat der EuGH die bisher in Recht und Praxis diskutierte Auflösung der Kollision zwischen dem im Recht der Europäischen Union als primäres Recht gewährleisteten Gleichheitssatz und dem durch die Charta für europäische Grundrechte gewährleisteten Recht der Sozialpartner auf Kollektivverhandlungen unter dem Blickpunkt des Europarechts geklärt – soweit die zur Entscheidung stehenden Fälle dies zuließen.

Der Autor hält diese beiden Urteile des EuGH im Hinblick auf die vom EuGH europarechtlich dargestellte Reichweite nationaler Tarifautonomie unter dem Dach des Europarechts nicht für eine Einschränkung der in Deutschland geübten Tarifautonomie. Er stellt nicht nur die Kernpunkte der Auffassung des EuGH als obersten Richter im europäischen Arbeitsrecht auf, sondern zeigt auch die zukünftige Positionierung der Tarifvertragsparteien.

### I. Neue Dimension der Rechtsprechung des EuGH: Endgültiger Übergang von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung auf Europa – Gerichtliche Kontrolle von Tarifverträgen auf Übereinstimmung mit Europarecht

Der 8.9.2011 ist ein Datum, das in die Geschichte eingehen kann. Eine neue Ära für den deutschen Gesetzgeber, die Justiz, die Verwaltung und für die Tarifvertragsparteien hat am 8.9.2011 begonnen. An diesem Tag hat der EuGH eine staatsrechtlich sehr weitgreifende Entscheidung getroffen.

Der EuGH hat durch die Entscheidung nochmals mittelbar bekräftigt, dass Gesetzgeber, Justiz, Verwaltung und Tarifvertragsparteien dem Europarecht unterstellt sind. Der EuGH lässt in Übereinstimmung mit dem deutschen Bundesverfassungsgesetz (Fall Honeywell vom 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06 –) keinen Zweifel daran, dass er – der EuGH – der oberste Richter in allen europäischen Nationen ist, soweit es Europarecht betrifft. Das Bundesverfassungsgericht wird sich aufgrund eigener Vorgaben auf die Kontrolle von außerhalb des Europarechts liegenden Normen und ihrer Übereinstimmung mit dem deutschen Verfassungsrecht beschränken.

Gesetzgeber, Rechtsprechung und Verwaltung – nicht zuletzt auch die Tarifvertragsparteien – werden sich darauf einstellen müssen. Sie haben zwar ebenso wie der Gesetzgeber einen weiten Ermessensspiel-

raum; dieser reicht aber nur soweit, wie es das höchste deutsche Gericht – der Europäische Gerichtshof – beurteilt.

Richtschnur wird nach wie vor für den Gesetzgeber und für die Tarifvertragsparteien sein, dass sie ein legitimes Ziel verfolgen und sich bei der Wahl ihrer Mittel und Maßnahmen an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit halten. Die Mittel bzw. Maßnahmen zur Erreichung des Ziels müssen den Kriterien des EuGH entsprechen. Sie müssen erforderlich und angemessen sein.

### II. Diskriminierung wegen Alters in Vergütungssystemen des öffentlichen Dienstes

Der 6. Senat des Bundesarbeitsgerichtes hatte vor seinem Ersuchen auf Vorabentscheidung des EuGH in Revisionsverfahren darüber zu entscheiden, ob die Bemessung der Grundvergütung nach Maßgabe des § 27 Abschnitt A des Bundes-Angestellten-Tarifvertrages (BAT) in Verbindung mit den jeweils geltenden Vergütungstarifverträgen dem Europarecht unterzuordnen oder in den durch europäisches Primärrecht gesetzten Rahmen einzuordnen ist.

Auf dem Prüfstand der Revision stand die mögliche Kollision zwischen der europäischen Richtlinie über die Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (RL 2000/78/EG)<sup>3</sup> mit der Tarifautonomie, die in Deutschland durch Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz (GG) und auf der Ebene Europas durch Art. 28 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden Charta) gewährleistet ist.

Die Antwort des EuGH bringt sowohl dem nationalen Gesetzgeber als auch den Tarifvertragsparteien die Verpflichtung, sich an europäisches Recht, das den Vorrang hat, zu halten. Jedoch räumt der EuGH dem Gesetzgeber und den Tarifvertragsparteien einen weiten Ermessensspielraum bei der Gestaltung der Gesetzesnormen bzw. Tarifnormen ein.

Erneut ist durch die Entscheidung des EuGH deutlich geworden: Einen rückwirkenden Vertrauensschutz des Anwenders eines Gesetzes oder einer Tarifnorm gibt es bei einem Verstoß des Normengebers gegen Europarecht nicht. Es kommt nach der Rechtsprechung des EuGH und des Bundesarbeitsgerichtes (vgl. den Fall Mangold) zur Überraschung vieler gesetzestreuer Bürger oder tariftreuer Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht darauf an, ob der Staat, die Tarifvertragsparteien oder andere Anwender der Normen glauben durften, sich auf die Legitimität von rechtsstaatlich zustande gekommenen Normen verlassen zu können.

<sup>1</sup> EuGH, 8.9.2011 – C-297/10 – Sabine Hennigs / Eisenbahn-Bundesamt und – C-298/10 – Land Berlin / Alexander Mai-EZA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2000/78 Nr. 21.

<sup>2</sup> Richtlinie 2000/78 EG des Rates vom 27.11.2000/78 EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, die als AGG = Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz in deutsches Recht transformiert ist.

<sup>3</sup> Die Inhalte der Richtlinie sind in Deutschland weitgehend in das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz AGG umgesetzt worden.

Diese Rechtsprechung kann allerdings sukzessiv in ein Misstrauen gegenüber dem Gesetzgeber und/oder den Tarifvertragsparteien umschlagen. Im Extremfall wird ein Bürger berechtigt und sogar zu seinem eigenen Schutz verpflichtet sein, gegen eine Norm Klage auf Feststellung der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit zu erheben. Dies wird zu einem Überdenken der nach wie vor etwas sperrigen Rechtsprechung über das Feststellungsinteresse führen müssen.

### III. Ein Sahnehäubchen des BAG für die Benachteiligten

Mit den Antworten des EuGH zum Vorabentscheidungsersuchen des BAG in den Fällen Hennigs und Mai hat der EuGH ist nur geklärt, dass die in § 27 Abschnitt A BAT angeordnete Bemessung der Grundvergütungen in den jeweiligen Vergütungsgruppen nach dem Kriterium des Lebensalters gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters verstößt. Das Verbot der Diskriminierung ist durch die „Richtlinie des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (RL 2000/78) konkretisiert worden. Damit hat der EuGH aber noch nicht darüber entschieden, auf welche Art und Weise der Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot zu beseitigen ist.

In der Fortsetzung des vorübergehend ausgesetzten Verfahrens der Revision hat das BAG am 10.11.2011 den Fall Mai<sup>4</sup> und am 8.12.2011<sup>5</sup> den Fall Hennigs abschließend entschieden.

*Der 6. Senat ist zu dem die zukünftige Rechtsprechung möglicherweise in Zukunft prägenden Ergebnis gekommen, dass der benachteiligte Beschäftigte den Anspruch darauf hat, in die letzte Stufe der zutreffenden Grundvergütung umgestuft zu werden, damit die Gleichbehandlung von jüngeren und älteren Beschäftigten hergestellt ist. Jedoch sind Ausschlussfristen bzw. Verjährungsfristen zu beachten.*

Der 6. Senat des BAG hat im Leitsatz das Signal an alle vormalig Benachteiligten gegeben, dass alle vom Geltungsbereich der illegitimen Norm erfassten Beschäftigten den Anspruch auf das Grundgehalt in der höchsten Lebensaltersstufe ihrer Vergütungsgruppe haben, sofern sie die Ansprüche innerhalb der tariflichen Ausschlussfrist geltend machen.

Rückwirkend kann im Rahmen von Ausschluss- oder Verjährungsfristen die Korrektur einer Besitzstandszulage oder Überleitungszulage möglich sein, wenn der Mitarbeiter vor der Überleitung nicht in der höchsten Lebensaltersstufe eingestuft war und infolgedessen nach der Überleitung in das neue System die Besitzstandszulage zu niedrig bemessen ist.

*Der vom BAG entschiedene Fall über die Herstellung der Gleichbehandlung durch Umstufung in die höchste Dienstaltersstufe lässt sich grundsätzlich auf das Beamtenrecht übertragen. Dennoch sind in allen Einzelfällen sowohl im Tarifrecht als auch im Beamtenrecht rechtliche Prüfungen darüber erforderlich, ob und inwieweit Ansprüche bestehen.*

### IV. Auflösung der Kollision zwischen europäischem Primärrecht und der geschützten Tarifautonomie

Die Urteile des EuGH vom 8.9.2011 haben für die Tarifvertragsparteien eine für die Zukunft große Bedeutung. Sie geben erstmals eine Antwort auf die Frage, wie eine Kollision zwischen europäischem Primärrecht und der deutschen grundrechtlich geschützten Tarifautono-

mie unionsrechtlich aufzulösen ist. Die Urteile beruhen auf einem Vorabentscheidungsersuchen des BAG zur Weiterentwicklung der Rechtsprechung des EuGH.<sup>6</sup>

Die in Deutschland grundrechtlich durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tarifautonomie ist beispielhaft für Europa. Sie sichert in Deutschland – wenn auch zuweilen mit einigen harten Auseinandersetzungen – den sozialen Frieden. Das deutsche Grundgesetz legt die Aufgabe der Gestaltung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in die Verantwortung von tariffähigen Organisationen. Wegen dieser Verfassungsgarantie hat der Staat die Regelung der Arbeitsbedingungen grundsätzlich den Koalitionen in eigener Verantwortung und im Wesentlichen ohne staatliche Einflussnahme zu überlassen.<sup>7</sup>

Der deutsche Gesetzgeber setzt mit arbeitsrechtlichen Schutzgesetzen – wenn auch teilweise auf der Grundlage der Vorgaben europäischer Richtlinien und ihrer Transformation in deutsches Recht – einen Rahmen mit und ohne Öffnungen für die Gestaltungsfähigkeit und Gestaltungsmöglichkeit der Tarifvertragsparteien. Der Staat darf in die grundrechtlich gewährleistete Tarifautonomie nicht eingreifen.

Auf der Ebene der europäischen Union schützt die Charta der Grundrechte in Art. 28 GRC das Recht der Sozialpartner auf Kollektivverhandlungen und den Abschluss von Kollektivverträgen. Das Grundrecht der Tarifautonomie in Deutschland spiegelt sich uneingeschränkt in den europäischen Grundrechten wider. Die Grundrechtscharta legt in ihrem Art. 28 GRC unter dem Kapitel „Solidarität“ fest, dass die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber oder ihre jeweiligen Organisationen nach dem Gemeinschaftsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten das Recht haben, Tarifverträge auf den geeigneten Ebenen auszuhandeln und zu schließen sowie bei Interessenkonflikten kollektive Maßnahmen zur Verteidigung ihrer Interessen, einschließlich Streiks, zu ergreifen.

Das BAG hat daher im Wege des Vorabentscheidungsersuchens beim EuGH angefragt, ob eine tarifliche Entgeltregelung, die wie § 27 Bundesangestelltentarifvertrag (BAT) in Verbindung mit dem Vergütungstarifvertrag zum BAT<sup>8</sup> die Grundvergütungen in den einzelnen Vergütungsgruppen nach Lebensaltersstufen bemisst, deshalb keine ungerechtfertigte Benachteiligung wegen des Alters im Sinne des aus dem Primärrecht der Europäischen Union abgeleiteten Verbots der Altersdiskriminierung in seiner Konkretisierung durch die Richtlinie 2000/78/EG beinhaltet, weil sie bei generalisierender Betrachtung Berufserfahrung honoriert. Soweit es bei der Beantwortung dieser Frage auf das ebenfalls im europäischen Primärrecht gewährleistete Recht auf Kollektivverhandlungen ankommt, könne die Auflösung einer Kollision mit dem allgemeinen Gleichheitssatz bzw. dem Verbot der Diskriminierung wegen des Alters ebenfalls nur durch den EuGH erfolgen.<sup>9</sup>

Es geht in diesem Urteil des EuGH also nicht allein um die Frage, ob die Lebensaltersstufenregelung des in Bund und Kommunen nicht

4 BAG, 10.11.2011 – 6 AZR 148/09 – zu EuGH – C-298/10 – Fall Mai.

5 BAG, 8.12.2011 – 6 AZR 319/10 – zu EuGH – C-297/10 – Fall Hennigs; das Urteil wird aktuell erst zugestellt.

6 BAG, 20.5.2010 – 6 AZR 148/09, NZA 2010, 961.

7 So der vom BAG im Vorlagebeschluss vom 20.5.2010 – AZR 148/09, u. a. in: NZA 2010, 961 – mit Hinweisen auf den durch die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gekennzeichneten rechtlichen Rahmen.

8 Vergütungstarifvertrag Nr. 35 zum BAT.

9 Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter ist verletzt bei (1) der Verkenning der Vorlagepflicht und (2) bewusstem Abweichen von einer Europarichtlinie ohne Vorlagebereitschaft sowie (3) noch bestehender Unvollständigkeit der Rechtsprechung des EuGH im Interesse der Fortentwicklung europäischen Rechts. (BVerfG, 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06 (Honeywell), NZA 2010, 995.

mehr bestehenden BAT gegen das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot aus Art. 21 der Grundrechtscharta u. a. wegen des Lebensalters eines Beschäftigten verstößt, sondern um die im Hintergrund sichtbare viel größere Dimension des Verhältnisses von Europarecht zu der in Deutschland durch Art. 9 Abs. 3 GG grundrechtlich geschützten Tarifautonomie.

Die Antwort des EuGH enthält im Kern die Klarstellung, dass die Sozialpartner (Tarifvertragsparteien) – ebenso wie der nationale Gesetzgeber – die Vorgaben der Europa-Richtlinien einhalten müssen; allerdings steht ihnen die Entscheidung des Weges der Verwirklichung von Maßnahmen und hierzu ein weiter Ermessensspielraum zu.

Diese Klarstellung stellt an die Tarifvertragsparteien die Anforderung, sich mit der gemeinschaftsrechtlichen Bewertung des EuGH näher zu befassen. Dazu gehört auch die bisherige nationale Meinung, um festzustellen, ob der Bewegungsspielraum für die Tarifvertragsparteien nunmehr enger wird.

Das Ergebnis einer ersten Bewertung der Aussagen des EuGH spricht gegen eine Verengung. Bereits bisher war den Tarifvertragsparteien – zumindest durch sachkundige Beratung – deutlich, dass sie mit dem Zusammenwachsen der Europäischen Union und der unionsrechtlichen Verflechtung selbstverständlich auch die Grundrechte der Charta auf Nichtdiskriminierung (Art. 21 GRC) und des Rechts auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen (Art. 28 GRC) gegeneinander abwägen und bei der Gestaltung der Tarifnormen beachten müssen. Ihnen ist nicht anzulasten, dass sie vor mehr als vier Jahrzehnten bei der Gestaltung der Lebensaltersstufen im BAT noch nicht die tiefgreifenden rechtlichen Entwicklungen von Gesetz, Rechtsprechung, Europarecht und eines noch nicht etablierten EuGH voraussehen konnten.

Im Folgenden sind die einzelnen Prüfschritte des EuGH und deren Ergebnisse im Hinblick auf das vom BAG begründete Vorabentscheidungsersuchen dargestellt.

## V. Hintergrund der Anfrage des BAG beim EuGH

Der 6. Senat des Bundesarbeitsgerichts hatte mit Beschluss vom 20.5.2010<sup>10</sup> an den EuGH die Frage gerichtet, ob eine tarifliche Entgeltregelung für die Angestellten im öffentlichen Dienst, die wie der Bundesangestelltentarifvertrag (BAT) die Grundvergütung in den einzelnen Vergütungsgruppen nach Lebensaltersstufen bemisst (§ 27 BAT), auch unter Berücksichtigung des primärrechtlich gewährleisteten Rechts der Tarifvertragsparteien auf Kollektivverhandlungen (Art. 28 Grundrechtscharta „GRC“) gegen das primärrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen des Alters (Art. 21 I GRC) in seiner Konkretisierung durch die europäische Richtlinie<sup>11</sup> verstößt.

Das BAG hat in der Begründung seines Vorabentscheidungsersuchens ausgeführt, es sei in der Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich anerkannt, dass Berufserfahrung honoriert werden darf, wenn sie den Arbeitnehmer befähigt, seine Arbeit besser zu verrichten.<sup>12</sup> Die Ungleichheit des Entgelts auf Grund des Dienstalterskriteriums (Anciennität) bedürfe dann keiner darüber hinausgehenden besonderen Rechtfertigung. Somit könne § 27 BAT bei generalisierender Betrachtung die Berufserfahrung eines Beschäftigten in diesem Sinne honorieren. Eine solche generalisierende Betrachtung könnte jedenfalls Tarifvertragsparteien auf Grund ihrer Tarifautonomie erlaubt sein. Jedoch sei die Auflösung einer Kollision zwischen dem im Recht der

EU primärrechtlich gewährleisteten allgemeinen Gleichheitssatz bzw. dem Verbot der Diskriminierung<sup>13</sup> wegen des Alters und dem ebenfalls primärrechtlich gewährleisteten Recht auf Kollektivverhandlungen<sup>14</sup> sowie der dabei den Tarifvertragsparteien zustehenden Tarifautonomie unionsrechtlich noch nicht abschließend geklärt. Sie könne nicht durch das BAG erfolgen, sondern sei dem EuGH vorbehalten.<sup>15</sup> Der 6. Senat betont im Vorlagebeschluss, dass das nationale Recht in Deutschland angesichts der Bedeutung der Tarifautonomie den Tarifvertragsparteien wegen deren Sachnähe zu den zu regelnden Sachverhalten einen Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum in Form der „Einschätzungsprärogative“ zubilligt. Es stelle sich jedoch die vom EuGH bisher nicht entschiedene Frage, ob die Tarifvertragsparteien aufgrund ihrer Sachnähe auch die Einhaltung des Gleichheitssatzes tarifautonom selbst beurteilen dürfen.

Nach nationalem Rechtsverständnis werde die Kollision zwischen dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und der ebenfalls grundrechtlich gewährleisteten Tarifautonomie nach Art. 9 Abs. 3 als besondere Ausprägung der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz zum Ausgleich gebracht.

Das BAG fügt hinzu, dass das Recht auf Durchführung kollektiver Maßnahmen nach der Rechtsprechung des EuGH als (europäisches) Grundrecht anerkannt ist.<sup>16</sup> Der EuGH habe bisher lediglich zur Kollision von Grundfreiheiten und Grundrechten Stellung genommen. Außer Zweifel stehe allerdings, dass die Koalitionen trotz Tarifautonomie nicht zwingende unionsrechtliche Vorgaben umgehen und Diskriminierungsverbote aushebeln dürfen. Nicht geklärt sei jedoch, welche Bedeutung und welches Gewicht der Tarifautonomie bei der Prüfung der Vereinbarkeit von tariflichen Entgeltregelungen mit dem Verbot der Altersdiskriminierung als Ausprägung des Gleichheitssatzes zukommt.

## VI. Antwort des EuGH: Weiter Ermessensspielraum der Tarifvertragsparteien

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) gibt die Antwort, dass sich in der Europäischen Union die nationalen Gesetz- und Verordnungsgeber sowie nationale Sozialpartner – dies sind in Deutschland die Tarifvertragsparteien – an die europäische Richtlinie über die Gleichbehandlung halten müssen. Der nationale Gesetzgeber und die nationalen Sozialpartner verfügten „jedoch“ über einen weiten Ermessensspielraum nicht nur bei der *Entscheidung*, welches konkrete Ziel von mehreren im Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik sie verfolgen wollen, sondern auch bei der *Festlegung von Maßnahmen* zur Erreichung des Ziels. Der EuGH bekräftigt, dass diese Aussage *nicht* der in Art. 28 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union anerkannte Grundrecht, Tarifverträge auszuhandeln und abzuschließen, entgegensteht.

10 BAG, 20.5.2010 – 6 AZR 148/09, NZA 2010, 961.

11 112244 Richtlinie des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf – Richtlinie 2000/78/EG vom 27.11.2000 – in Deutschland umgesetzt durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz AGG.

12 So im Fall Cadmann vom 3.10.2006 – C-17/05.

13 Art. 20 GRC.

14 Art. 28 GRC.

15 Das BAG bezieht sich mit dieser Aussage insbesondere auf die Feststellung des Bundesverfassungsgerichts vom 6.7.2010 (Fall Honeywell), dass der EuGH auch im Arbeitsrecht der gesetzliche (oberste) Richter nach Art. 103 GG ist.

16 So EuGH vom 18.12.2007 im Fall Laval, EuZW 2008, 775 = NZA 2008, 1599.

Es fällt bei der Analyse des Wortlauts der Begründung der Antwort auf, dass der EuGH nicht den vom BAG<sup>17</sup> für zutreffend erachteten Begriff „Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum“ wiederholt, sondern dass er den Tarifvertragsparteien einen „weiten Ermessensspielraum“ zuerkennt. Dies ist nicht nur wegen des Wortes „weit“ eine für die Tarifautonomie erfreuliche Handreichung des EuGH an die Tarifvertragsparteien, sondern ist allein schon wegen des Begriffs „Ermessen“ ein weiter Bewegungsspielraum, den die Tarifvertragsparteien durch die Entscheidung über das konkrete Ziel und die Festlegung von Maßnahmen (Tarifnormen) bewahren oder sogar nun ausdrücklich durch den EuGH zuerkannt erhalten. Denn der Begriff „Ermessensspielraum“ lässt im Rahmen der europäischen Vorgabe unterschiedliche Lösungen zu.<sup>18</sup>

Dies hat der EuGH durch den Hinweis auf das Recht der Tarifvertragsparteien zur Entscheidung, welches konkrete Ziel von mehreren sie verfolgen wollen und welche Maßnahmen sie hierbei festlegen (normieren), so auch klar ausgedrückt. Demgegenüber lässt der Begriff „Beurteilung“ ähnlich wie ein Urteil eines Gerichts nur eine bestimmte Entscheidung zu. Der erweiterte Begriff „Beurteilungsspielraum“ lässt zwar Spielraum, aber es bleibt bei einer einzig möglichen Entscheidung. Über die Auslegung dieses Begriffs „weiter Ermessensspielraum“ wird es wegen der Bedeutung der Bewegungsfreiheit der Tarifvertragsparteien möglicherweise in Zukunft noch weitere Vorlagen an den EuGH geben.

## VII. Grundvergütung nach dem Lebensalter im BAT-Diskriminierung

Nach dieser die Prüfung einer Diskriminierung vorbereitenden grundsätzlichen Klärung wendet sich der EuGH der Prüfung zu, ob und inwieweit die Lebensaltersstufen im Vergütungssystem des BAT der Gleichbehandlungsrichtlinie entgegenstehen, weil sie jüngere Beschäftigte im Vergleich zu älteren Beschäftigten benachteiligt.

Die Prüfstufe wirft die Frage auf, weshalb der EuGH eine seit dem 1.10.2005 durch den TVöD<sup>19</sup> ersetzte Bestimmung des abgelösten BAT (§ 27) und des Vergütungstarifvertrages Nr. 35 zum BAT überhaupt noch auf die Übereinstimmung mit Europarecht untersucht, während das im TVöD geschaffene Entgeltsystem die Vergütung nicht mehr nach den noch im BAT vorhandenen Lebensaltersstufen bemisst, sondern nur noch nach den Kriterien Tätigkeit, Berufserfahrung und Leistung. Die Antwort liegt auf der Hand: Wenn das Ergebnis der Prüfung ergibt, dass die Lebensaltersstufen die jüngeren Beschäftigten in der Vergütung benachteiligen, so ist weiter zu untersuchen, ob die Benachteiligung nach der Überleitung der Beschäftigten aus dem BAT in den TVöD durch den Überleitungstarifvertrag TVÜ-Bund<sup>20</sup> noch weiter anhält.

### 1. Zur Legitimität des Ziels der Tarifvertragsparteien

Der EuGH führt in den wesentlichen Urteilsgründen aus:

*Ziel* der deutschen Bundesregierung bei der Schaffung des BAT sei das Bestreben gewesen, eine Entgeltregelung für Angestellte im öffentlichen Dienst zu schaffen, die deren *Berufserfahrung* berücksichtigen soll.

Bei diesem Ziel sei grundsätzlich davon auszugehen, dass es eine Ungleichbehandlung wegen des Alters im Sinne der europäischen Richtlinie über die Gleichbehandlung im Rahmen des nationalen Rechts objektiv und angemessen rechtfertigt.

Daher habe der Gerichtshof zu einem ihm vorgelegten Fall entschieden, dass die Honorierung der von einem Arbeitnehmer erworbenen Berufserfahrung, die es ihm ermöglicht, seine Arbeit besser zu verrichten, in der Regel ein legitimes Ziel der Entgeltpolitik darstellt (so im Urteil Cadman vom 3.10.2006 – C-17/05).

Demzufolge sei auch der Rückgriff auf das Kriterium des Dienstalters in aller Regel zur Erreichung dieses Ziels angemessen, weil das Dienstalter mit der Berufserfahrung einhergeht.

### 2. Angemessenheit und Erforderlichkeit des Inhaltes der Tarifnorm § 27 BAT

Nach diesen generellen Ausführungen prüft der EuGH die auf dem Prüfstand stehende Tarifnorm des § 27 BAT, ob sie angemessen und erforderlich ist.

Auf den ersten Blick erscheint zwar die Prüfung der Übereinstimmung des BAT mit europarechtlichen Vorgaben entbehrlich, weil der BAT durch den TVöD abgelöst ist. Es gilt das Prinzip, dass der spätere Tarifvertrag den früheren Tarifvertrag im gleichen fachlichen, räumlichen und persönlichen Geltungsbereich ablöst. Jedoch ist die Prüfung des abgelösten Tarifvertrags allein schon deshalb erforderlich, weil die bei der Überleitung in das neue Tarifwerk bewahrten Besitzstände in neuer Gestalt eine Fortwirkung einer vormaligen Ungleichbehandlung auslösen können. Daher prüft der EuGH zunächst die Übereinstimmung des durch den TVöD bzw. den Überleitungstarifvertrag TVÜ-Bund abgelösten Vergütungssystems (Entgeltsystems) des BAT. Der EuGH kommt zu dem Ergebnis, dass die Tarifnorm des § 27 BAT trotz des weiten Gestaltungsspielraums der Tarifvertragsparteien nicht angemessen und erforderlich ist, sondern dass es geeignetere Mittel zur Erreichung des Ziels gegeben hätte.

Somit stellt die Bemessung der tariflichen Vergütung nach Lebensaltersstufen, die mit der Berufserfahrung einhergehen, eine europarechtswidrige Ungleichbehandlung dar.

Das europäische Gericht geht bei der Beurteilung der Konformität der Stufenbildung im (ehemaligen) BAT mit der europäischen Gleichbehandlungsrichtlinie davon aus, dass die tariflichen Lebensaltersstufen die Berufserfahrung des einzelnen Beschäftigten berücksichtigen sollen, wie die Bundesregierung in dem Rechtsstreit vorgetragen hat. Jedoch erkennt der EuGH eine Ungleichbehandlung in der Stufenbildung nach Berufserfahrung in Verbindung mit dem Lebensalter.

*Vom EuGH gebildetes Beispiel:*

*So erhalte ein Angestellter ohne jede Berufserfahrung, der nach dem Stufensystem des BAT im Alter von 30 Jahren eingestellt wird, ab seiner Einstellung die gleiche Grundvergütung wie ein gleichaltriger Angestellter, der die gleiche Tätigkeit ausübt, aber im Alter von 21 Jahren eingestellt wurde und in seiner Tätigkeit ein Dienstalter und eine Berufserfahrung von neun Jahren aufweist. Dass die Grundvergütung eines Angestellten im öffentlichen Dienst bei der Einstellung anhand des Lebensalters festgesetzt wird, gehe folglich über das angeführte legitime Ziel (Honorierung der Berufserfahrung) hinaus.*

17 BAG, 20.5.2010 – 6 AZR 148/09 NZA 2010, 961.

18 Vgl. auch § 315 BGB, bei dem das weitere Ermessen durch die Voraussetzung der Billigkeit allerdings zum Teil wieder eingeschränkt wird.

19 Für die Arbeitnehmer der Länder ist mit Wirkung vom 1.11.2006 der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) in Kraft getreten, der in großen Teilen mit dem TVöD identisch ist. TVöD und TV-L haben den BAT einschließlich Ost, den Manteltarifvertrag für Arbeiterinnen und Arbeiter des Bundes und der Länder (MTarb/-O) und den Bundesmanteltarifvertrag für Arbeiter der Gemeinden (BMT-G-II) abgelöst.

20 Die Einzelheiten der Neueinstufung regelt der Tarifvertrag zur Überleitung der Beschäftigten des Bundes in den TVöD und zur Regelung des Übergangsrechts (TVÜ-Bund).

Insoweit erscheint dem EuGH ein *anderes Kriterium, das zwar auf dem Lebensalter oder der Berufserfahrung beruht, aber nicht auf das Lebensalter abstellt, für die Verwirklichung des vorgenannten legitimen Ziels geeigneter*.

### 3. Zwischenfeststellung des EuGH: Diskriminierende Lebensaltersstufen im BAT

Der EuGH stellt fest, dass die Art. 2 und 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/08 sowie Art. 28 der Charta der Grundrechte dahin auszulegen seien, „dass sie einer in einem Tarifvertrag vorgesehenen Maßnahme entgegenstehen, wonach sich innerhalb der jeweiligen Vergütungsgruppe die Grundvergütung eines Angestellten im öffentlichen Dienst bei dessen Einstellung nach dem Alter bemisst“.

Jedoch bezieht sich die Feststellung des EuGH über die dem Gemeinschaftsrecht entgegenstehende Ungleichbehandlung zunächst nur auf den durch den TVöD ab 1.10.2005 ersetzten BAT. Konsequenterweise prüft der EuGH im weiteren Schritt, ob und inwieweit die Überleitungsregelung des Tarifvertrags TVÜ-Bund mit der nach spätestens zwei Jahren erfolgenden Überleitung die Ungleichbehandlung beseitigt.

### 4. Keine Einengung der Tarifvertragsparteien entgegen der Charta der Grundrechte

Der EuGH betont, dass durch diese rechtliche Bewertung (Verstoß der Tarifnorm gegen Europarecht) das in Art. 28 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union anerkannte Recht, Tarifverträge auszuhandeln und abzuschließen, nicht beeinträchtigt wird, weil es für die Verwirklichung des Ziels der Tarifnorm geeignete andere Wege gebe.

## VIII. Besitzstandswahrung in einer Zwischenstufe im Überleitungstarifvertrag

Der EuGH misst die Überleitungsregelung des TVÜ-Bund an der Legitimität des Ziels der Tarifvertragsparteien und am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz mit dessen Kriterien der Angemessenheit und Erforderlichkeit der Mittel.

### 1. Legitimes Ziel der Tarifvertragsparteien

Der EuGH stellt klar, dass unter dem Begriff „*legitimes Ziel*“ insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen *Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung* zu verstehen sind. Der Begriff „insbesondere“ lässt darauf schließen, dass der EuGH den vorgenannten Zielen für die Verfolgung eines Ziels eine hohe Bedeutung beimisst, aber dass die Aufzählung nur beispielhaft ist. Daher sollten Tarifvertragsparteien weitere von ihnen als legitimes Ziel erachtete Kriterien an der vergleichbaren Bedeutung der vom EuGH genannten Kriterien messen.

Weitere Voraussetzung sei, so der EuGH, dass die *Mittel* zur Erreichung dieses Ziels *angemessen und erforderlich* sind. Dieses sind die Kriterien des auch im europäischen Recht herrschenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

Der EuGH erkennt an, dass die Tarifvertragsparteien des öffentlichen Dienstes mit der Ablösung des Vergütungssystems des BAT durch das neue Vergütungssystem des TVöD ein legitimes Ziel verfolgt und hierbei von angemessenen und erforderlichen Mitteln Gebrauch gemacht haben. Besonders positiv hebt der EuGH den sozialen Gedanken der Besitzstandswahrung zur Vermeidung von Einkommensverlusten der Beschäftigten hervor. So habe der Gerichtshof entschieden, dass sich aus der Tatsache, dass es den Sozialpartnern überlassen

ist, einen Ausgleich zwischen ihren jeweiligen Interessen festzulegen, eine nicht unerhebliche Flexibilität ergibt, da jede der Parteien gegebenenfalls die Vereinbarung kündigen kann.<sup>21</sup>

### 2. Fortsetzung der Ungleichbehandlung in der Zwischenstufe des TVÜ-Bund

Bei der Prüfung, ob die Besitzstandsregelung des TVÜ-Bund angemessen und erforderlich ist, stellt der EuGH zunächst klar, dass die Ungleichbehandlung auch nach der Überleitung der Beschäftigten aus dem BAT in eine durch den TVÜ-Bund gebildete Zwischenstufe fortwirkt. Nach der im TVÜ-Bund bestehenden Überleitungsregelung erhielt jeder von der Neueinstufung betroffene Angestellte ein so genanntes „Vergleichsentgelt“ in Höhe seiner bisherigen Vergütung. Dieses Vergleichsentgelt entsprach einer individuellen Zwischenstufe, die für die Dauer von zwei Jahren zugewiesen wurde. Danach wurde die endgültige Neueinstufung in das Vergütungssystem des TVöD durch die Überleitung aus der individuellen Zwischenstufe in die nächsthöhere reguläre Stufe der für den Angestellten einschlägigen Vergütungsgruppe des TVöD vollzogen.

## IX. Fortsetzung der Ungleichbehandlung bei der Überleitung vom BAT in den TVöD in der Zwischenstufe

Im Weiteren prüft der EuGH, ob die Ungleichbehandlung sich dadurch fortgesetzt hat, dass die Angestellten des Bundes mit Wirkung ab 1.10.2005 vom BAT unter Wahrung ihres Besitzstands nach Durchlaufen einer Zwischenstufe in den TVöD übergeleitet worden sind.

Ogleich die Ungleichbehandlung in der Zwischenstufe des TVÜ-Bund noch in der individuellen Zwischenstufe fortwirke, sei diese Regelung des TVÜ-Bund durch das Ziel der Besitzstandswahrung legitim. Nach Angaben der deutschen Regierung gegenüber dem EuGH hätten 55% der Angestellten des Bundes eine monatliche Einkommenseinbuße von durchschnittlich 80 Euro erlitten, wenn der Wechsel vom BAT-System zum TVöD System ohne Übergangsregelungen stattgefunden hätte.

Um diese negative Folge abzumildern, hätten die Sozialpartner die Beibehaltung der bisherigen Vergütungen vorgesehen. Die Schaffung einer Übergangsregelung sei Teil eines zwischen den Sozialpartnern beim Abschluss des TVöD gefundenen Kompromisses gewesen.<sup>22</sup> Nach Auffassung des EuGH waren die hierzu von den Tarifvertragsparteien angewandten Mittel zur Erreichung des Ziels angemessen und erforderlich.

Insoweit führe das BAG zutreffend aus, die einzige Möglichkeit, eine Absenkung der Vergütungen der Angestellten zu verhindern, sei die Einstufung in eine individuelle Zwischenstufe gewesen, die ein der bisherigen Vergütung entsprechendes Entgelt gewährleistet.

### 1. Jedoch: Wahrung des Besitzstands als ein legitimes Ziel

Der EuGH hebt die Bedeutung von Besitzstandsregelungen bei der Ablösung von Tarifverträgen hervor.

Das Gericht sieht zwar in der Umstufung in eine im TVÜ-Bund festgelegte Zwischenstufe, in der die bisherige tarifliche Vergütung des Beschäftigten in Form des Vergleichsentgelts zunächst als Besitzstand

<sup>21</sup> Der EuGH verweist auf die Urteile *Palacios de la Villa*, Rn. 74, und *Rosenblatt*, Rn. 67.

<sup>22</sup> Tarifrechtlich wäre ohne die Überleitungsregelung der neue TVöD an die Stelle des bisherigen BAT getreten und hätte die unmittelbare und zwingende Geltung der Tarifnormen des TVöD herbeigeführt.

bewahrt ist, eine Fortsetzung des bisherigen Status der Ungleichbehandlung.

Jedoch bleibt das Gericht bei dieser Bewertung nicht stehen und führt aus:

Das bisherige Vergütungssystem des BAT, das zur Diskriminierung wegen des Alters führt, sei durch ein auf objektive Kriterien gestütztes neues Vergütungssystem ersetzt worden. Zugleich seien die diskriminierenden Auswirkungen des BAT bei der Bildung der Zwischenstufe durch die tarifliche Überleitungsregelung (*nur*) für einen befristeten Zeitraum bestehen geblieben.

Jedoch sei das legitime Ziel der Tarifvertragsparteien gewesen, durch die Vorschriften über die Besitzstandswahrung im TVÜ-Bund Einkommensverluste der Angestellten zu vermeiden. Die Einkommensverluste hätten nach den unbestrittenen Angaben der Bundesregierung ohne diese tarifliche Regelung über die Bewahrung des Besitzstands bei der Mehrheit der Angestellten zu einer Einkommensbuße in Höhe von durchschnittlich 80.– Euro monatlich geführt. Daher habe jeder betroffene Mitarbeiter in der Zwischenstufe ein so genanntes Vergleichsentgelt in Höhe seiner bisherigen Vergütung erhalten.

## 2. Zwischenstufe als angemessenes und erforderliches Mittel

Die Besitzstandswahrung hätten die Tarifvertragsparteien durch die zeitlich befristete Einordnung in eine Zwischenstufe, die das Vergleichsentgelt garantiert, sichergestellt.

Nach Ablauf von spätestens zwei Jahren werde der Beschäftigte in die zutreffende Stufe des TVöD übergeleitet. Dieses Mittel sei nicht unangemessen. Es sei auch geeignet und erforderlich.

Unter Berücksichtigung des den nationalen Sozialpartnern zustehenden weiten Gestaltungsspielraums im Bereich der Festlegung der Vergütungen nach Art. 28 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union seien die Tarifvertragsparteien bei der Schaffung der Überleitungsregelung *nicht über das zur Erreichung dieses legitimen Ziels erforderliche Maß* hinausgegangen.

## X. EuGH zum Vergütungssystem des TVöD

Das im TVöD bestehende Entgeltssystem bemisst die Vergütung – anders als der frühere BAT – nicht nach Lebensaltersstufen, sondern bestimmt diese nach objektiven – nicht zur Ungleichbehandlung führenden – Kriterien wie *Tätigkeit, Berufserfahrung und Leistung* des Angestellten.

Die beiden letztgenannten Kriterien der Berufserfahrung und der Leistung sind maßgeblich für die Vergütungsstufe innerhalb der Vergütungsgruppe. Der EuGH hält diese Kriterien für sachgerecht. Sie legitimierten das Ziel der Tarifvertragsparteien, das zum Teil auf das Lebensalter bezogene Vergütungssystem des BAT aufzugeben und mit angemessenen und erforderlichen Mitteln auf dem Weg über einen Überleitungsvertrag durch den TVöD zu ersetzen.

## XI. Hilfreiche Hinweise des EuGH an Tarifvertragsparteien

Soweit es noch Tarifbereiche mit Tarifverträgen gibt, in denen bei der Bemessung der tariflichen Vergütung auf das Lebensalter abgestellt ist, sind die Tarifvertragsparteien in der Verantwortung ihre Tarifautonomie nach Art. 9 Abs. 3 GG, die Tarifnormen auf die Übereinstimmung mit dem Europarecht zu überprüfen.

Einen Anhaltspunkt für eine entsprechende und möglicherweise relativ leichte Korrektur einer tariflichen Vergütungsordnung zur Anpassung an die europäische Richtlinie gibt der EuGH in den Entscheidungsgründen.

Bei dem Ziel der nationalen Sozialpartner, eine Entgeltregelung zu schaffen, die die steigende Berufserfahrung berücksichtigen soll, sei grundsätzlich davon auszugehen, dass dies eine Ungleichbehandlung wegen des Alters – i.S.v. Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 – im Rahmen nationalen Rechts „objektiv und angemessen“ rechtfertigt. Der EuGH hat bekräftigt, „dass die Honorierung der von einem Arbeitnehmer erworbenen Berufserfahrung, die es diesem ermöglicht, seine Arbeit besser zu verrichten, in der Regel ein legitimes Ziel der Entgeltspolitik darstellt“ (Rn. 72 der Urteilsgründe).

Als eine wertvolle Handreichung für Tarifvertragsparteien bei der Gestaltung von Tarifnormen in einem Vergütungssystem (Entgeltssystem) fügt der EuGH als *obiter dictum* hinzu:<sup>23</sup>

*„Insoweit erscheint ein Kriterium, das ebenfalls auf das Dienstalter oder der Berufserfahrung beruht, ohne (bei der Bemessung der Vergütung) auf das Lebensalter abzustellen, im Hinblick auf die Richtlinie 2000/78 für die Verwirklichung des vorgenannten legitimen Ziels geeigneter. Dass bei einer großen Zahl in jungen Jahren eingestellter Angestellter die Lebensaltersstufe der erworbenen Berufserfahrung entsprechen und das aus dem Lebensalter abgeleitete Kriterium sich in den meisten Fällen mit ihrem Dienstalter decken wird, ändert daran nichts.“*

## XII. Hilfreiche Hinweise des BAG im Vorlagebeschluss vom 20.5.2010

Es empfiehlt sich, nicht allein die Begründung des Urteils des EuGH zu lesen oder zu analysieren, sondern es kann für die zukünftige Gestaltung einer auf das Lebensalter bezogenen Vergütung oder anderer im deutschen AGG gestaltungsoffener, das Lebensalter berührender kollektiver Regelungen hilfreich sein, dieses Urteil des EuGH im Kontext zur Beschlussvorlage des 6. Senats des BAG anzuschauen. Denn der EuGH hat im Ergebnis den Rahmen je nach Standpunkt ebenso weit wie zugleich eng wie das BAG in der Begründung des Vorlagebeschlusses gezogen. Insoweit könnten Tarifvertragsparteien hierin einige hilfreiche Anhaltspunkte finden, wenn das Lebensalter unmittelbar oder auch nur mittelbar die Tarifnormen beeinflusst.

*Das BAG sieht zutreffend die Unterscheidung nach dem Alter nicht als von vornherein diskriminierend an.* Bringt man den Gleichheitssatz auf einen *Merksatz*, so ist zu behalten: *„Gleiches ist gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln. Dies ist Gleichheit.“*

Im Übrigen könnten Tarifvertragsparteien aus dem Vorlagebeschluss des BAG vom 20.5.2010 in Übereinstimmung mit der Antwort des EuGH vom 8.9.2011 für die Gestaltung von Tarifnormen, in die das Lebensalter hineinspielt, sich an folgender Markierung im Vorlagebeschluss orientieren:

Das BAG hat in der Begründung zur Frage der Gleichbehandlung bei den tariflichen Dienstaltersstufen, die zugleich das Lebensalter widerspiegeln, in Kenntnis des von den Tarifnormen erfassten betrieblichen Alltags ausgeführt, der objektive Charakter des Kriteriums des Dienstalters hänge von den Umständen des Einzelfalls ab und insbesondere davon, welche Beziehung zwischen der ausgeübten Tätigkeit und der Berufserfahrung besteht. Ob Mindestanforderungen an das Dienstal-

<sup>23</sup> Urteilsbegründung Rn. 77.

ter oder die Berufserfahrung dem legitimen Ziel der Honorierung der Steigerung der Qualifikation dienen, könnte deshalb stets eine Frage des Einzelfalls sein. Es gebe Berufe, in denen die Berufserfahrung fortwährend die Qualifikation erhöht, während in anderen Tätigkeiten nach einer anfänglichen Qualifikationssteigerung eine Stagnation folgt. Die könnte einer generalisierenden Betrachtung und pauschalen Bemessung der Grundvergütungen in den einzelnen Vergütungsgruppen des BAT nach Lebensaltersstufen entgegenstehen und einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot wegen des Alters begründen. Im Weiteren hat das BAG im Vorlagebeschluss ausgeführt, dass die Einschätzungsprärogative in der Praxis nicht zu einem Vorrang der Tarifautonomie gegenüber dem Gleichheitssatz führe. Das BAG habe wiederholt entschieden, dass die Grenzen der autonomen Regelungsbefugnis überschritten sind, und es habe den ungerechtfertigt Benachteiligten Anspruch auf die versagte Leistung gewährt. Diese Einwendungen nützen dem Arbeitgeber daher derzeit nicht. Gleichwohl wird er bestraft, wenn er aufgrund besserer persönlicher Einsicht ein Gesetz oder eine Tarifnorm zu Lasten eines Arbeitnehmers überschreitet.

### XIII. Signale des EuGH an die Tarifvertragsparteien

Der EuGH gibt den nationalen Sozialpartnern in der allgemeinen Tariflandschaft nützliche Signale, damit sie Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht vermeiden. Die Tarifvertragsparteien sollten diese Signale des EuGH als indirekte Empfehlungen verstehen. Aus den Urteilsgründen des EuGH sind insbesondere folgende Kernaussagen von Bedeutung für die Tarifpolitik und das Tarifrecht.

1. *Tarifvertragsparteien verfügen* – ebenso wie die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft – nicht nur bei der Entscheidung darüber, welches konkrete Ziel von mehreren im Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik sie verfolgen wollen, sondern auch *bei der Festlegung der Maßnahmen zu seiner Erreichung des Ziels über ein weites Ermessen*.

2. Das Wesen durch Tarifvertrag erlassener Maßnahmen unterscheidet sich vom Wesen einseitig im Gesetz- und Verordnungsweg von den Mitgliedstaaten erlassener Maßnahmen dadurch, dass die Sozialpartner bei der Wahrnehmung ihres in Art. 28 der Grundrechts-Charta anerkannten Grundrechts auf Kollektivverhandlungen (Tarifautonomie) darauf achten, einen Ausgleich zwischen ihren jeweiligen Interessen festzulegen.

*Aus der Tatsache, dass es den Sozialpartnern überlassen ist, einen Ausgleich zwischen ihren jeweiligen Interessen festzulegen, ergibt sich eine nicht unerhebliche Flexibilität, da jede der Parteien gegebenenfalls die Vereinbarung kündigen kann.*

3. Die Ziele der Tarifvertragsparteien müssen legitim sein, wie Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung.

4. Die Mittel zur Erreichung legitimer Ziele müssen angemessen und erforderlich im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sein.

5. *Die Tarifvertragsparteien sind in der Verantwortung, jeweils zu prüfen, ob ungleiche Sachverhalte vorliegen, die ungleich zu normieren sind. Auch hierbei haben sie einen weiten Ermessensspielraum. Dieser vom EuGH gesetzte Rahmen ist erheblich größer als (nur) ein Beurteilungsspielraum.*

Als Richtschnur gilt: Gleiches ist gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln.

**Beispiel:** Heben von Lasten durch weibliche oder männliche Beschäftigte.

Unter diesem Blickwinkel ist die *Ungleichbehandlung wegen des Alters* nicht durch die Europäische „Richtlinie 2000/78 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf“ verboten. Vielmehr kann auch eine Ungleichbehandlung zur Herstellung von Gleichheit angemessen und erforderlich sein.

6. Der EuGH hat erkannt, dass die Honorierung der von einem Arbeitnehmer erworbenen *Berufserfahrung*, die es diesem ermöglicht, seine Arbeit besser zu verrichten, in der Regel *ein legitimes Ziel* der Entgeltpolitik darstellt.

*Das Gericht hält die Kriterien „Tätigkeit, Leistung und Berufserfahrung“ zur Bemessung der Vergütung für geeignet.*

Das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters, das in Art. 21 der Charta der Grundrechte verankert und durch die Richtlinie 2000/78 konkretisiert worden ist, ist dahin auszulegen, dass die Richtlinie einer Tarifnorm entgegensteht, wonach sich innerhalb der jeweiligen Vergütungsgruppe die Grundvergütung eines Angestellten im öffentlichen Dienst bei dessen Einstellung nach seinem Alter bemisst.

7. *Lebensaltersstufen können auch zugleich Stufen für eine sich steigernde Berufserfahrung sein. Aber in diesem Fall muss sich bei der Einstellung eines Beschäftigten dessen Berufserfahrung so auswirken, dass sich die Zuordnung zu einer Vergütungsstufe nicht nur nach dem Lebensalter, sondern abweichend davon auch individuell nach der Berufserfahrung richtet.*

Insoweit erscheint dem EuGH ein *Kriterium*, das auf dem Dienstalter oder der Berufserfahrung beruht, *ohne auf das Lebensalter abzustellen*, im Hinblick auf die Richtlinie 2000/78 für die Verwirklichung des legitimen Ziels *geeigneter*. Dass bei einer großen Zahl in jungen Jahren eingestellter Angestellter die Lebensaltersstufe der erworbenen Berufserfahrung entspricht, ändert an der Aussage des EuGH über eine geeignetere Lösung nichts.

8. Ein *legitimes Ziel* kann die *Umstellung eines tariflichen Vergütungssystems von weniger geeigneten oder nicht mehr passenden Vergütungskriterien auf neue passende Kriterien sein*. Ebenso können sich *Veränderungen aus einem Tarifvertragswechsel oder einer anderen Innovation ergeben*. Die Maßnahmen müssen zur Erreichung des legitimen Ziels angemessen und erforderlich sein.

Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn die Tarifvertragsparteien *tarifliche Regelungen über die Bewahrung des Besitzstands* zur Verhinderung von erheblichen Einkommensverlusten des Beschäftigten schaffen oder wenn sie die *Einkommensverluste an anderer Stelle des Tarifwerks ausgleichen*.

*Der EuGH empfiehlt, die Tarifvertragsparteien sollten darauf achten, dass die Besitzstände eingegrenzt werden, beispielsweise nur für die bisher Beschäftigten normiert werden, damit nicht Ungleichheiten von den Tarifvertragsparteien bei der Zäsur generiert werden; ferner – so ausdrücklich der EuGH – dass die einschränkende Maßnahme nicht über das zur Wahrung des Besitzstands Erforderliche hinausgeht.*

Eine Zäsur zwischen der alten, für bisher Beschäftigte fortbestehende Tarifregelung und einer neuen veränderten Tarifregelung für Neubeschäftigte stellt wegen ungleicher Sachverhalte keinen Verstoß gegen die Gleichbehandlung dar.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> Lehmann, ZTR 2010, 116 ff.

## XIV. Ausblick

Die Rechtsprechung des BAG und des EuGH zu Umfang und Grenzen der Tarifautonomie wird wohl kaum mit diesem Urteil des EuGH vom 8.9.2011 beendet sein. *Denn wenn ein Arbeitsgericht bei der Prüfung einer Tarifnorm Zweifel an der Konformität mit europäischem Recht hat, ist es gemäß dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts verpflichtet, den Rechtsfall dem EuGH vorzulegen.*<sup>25</sup>

Zu den europarechtlich vom EuGH noch nicht überprüften Tarifnormen gehört die Frage, ob die im Tarifvertrag oder in anderen Regelungen vereinbarte Einschränkung der ordentlichen Kündigung zum Schutz der älteren Arbeitnehmer (so genannte „Unkündbarkeit“) dem Diskriminierungsverbot der Richtlinie 2000/78/EG entgegensteht. Zwar sprechen legitime sachliche Gründe im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips für altersbezogene Vereinbarungen.<sup>26</sup> *Aber auch diese für die Sozialpartner wichtige Frage der Unkündbarkeit wegen Alters- und Betriebszugehörigkeit wird durch den EuGH noch zu klären sein.* Somit müssen und werden die Tarifvertragsparteien die Bedeutung des EuGH für die Tarifautonomie im Blick behalten.

Nicht wenige Arbeitgeber im öffentlichen Dienst werden nach Kenntnisnahme von diesem Urteil möglicherweise aufatmen haben, weil während der Prozessdauer und nach mehreren – zum Teil verlorenen – Rechtsstreitigkeiten in unteren Instanzen über ihren Köpfen ein Damoklesschwert gehangen hat. Das Schwert ist nicht bei Überleitung der Beschäftigten von einem illegitimen in ein legitimes neues Vergütungssystem gefallen. Wenn es gefallen wäre, hätten Bund und Kommunen mit finanziellen Lasten aus den Auswirkungen einer altersbedingten Diskriminierung fertig werden müssen. Aber soweit

noch die Vergütung nach dem Lebensalter bemessen wird oder die Korrektur der Höhe einer Besitzstandzulage noch innerhalb der Ausschlussfrist oder Verjährung geltend gemacht werden kann, kommen Lasten auf den Arbeitgeber oder Dienstherrn zu.

Einen Schutz des Arbeitgebers in die Vergangenheit gibt es nicht. In Tarifbereichen, in denen Teile des Vergütungssystems ganz oder teilweise am Lebensalter ausgerichtet sind, sollten die Tarifvertragsparteien prüfen, ob die Tarifnormen in Konkordanz mit dem Gemeinschaftsrecht stehen. *Ergibt die Prüfung einen – wenn auch nur leisen Zweifel – an der Konformität mit Europarecht, sollten die Tarifvertragsparteien unverzüglich und ohne Verhandlungsmarathon interessengerechte Lösungen schaffen.*

## // Autor

**Dr. Friedrich-Wilhelm Lehmann** ist Rechtsanwalt in Schliersee und Krefeld sowie Berater vornehmlich im kollektiven Arbeitsrecht. Er ist der Initiator des Tarifforums ([www.arbeitsrecht.com](http://www.arbeitsrecht.com)).



<sup>25</sup> Vgl. Fn. 7 Wenn ein Gericht eine für das Europarecht wichtige Rechtsfrage nicht dem EuGH vorlegt, ist der klagenden Partei der gesetzliche Richter (Art. 102 I 2 GG) entzogen.

<sup>26</sup> Thüsing, in: Thüsing/Laux/Lembke (Hrsg), Kommentar Kündigungsschutzgesetz, 1. Aufl. 2007, dort zum AGG Anm. 14, 17, 18; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG Kommentar, 3. Aufl. 2011, 3. Rn. 46 ff. zu § 10 AGG S. 192, 193; sämtliche Autoren mit dem Hinweis auf eine richtlinienkonforme Auslegung unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

# BAG: „Equal Pay“-Anspruch des Leiharbeitnehmers und Ausschlussfrist

**BAG**, Urteil vom 23.3.2011 – 5 AZR 7/10

Volltext des Urteils: [// BB-ONLINE](#) BBL2012-124-1

unter [www.betriebs-berater.de](http://www.betriebs-berater.de)

## LEITSATZ

**Kann der Leiharbeitnehmer von seinem Vertragsarbeitgeber, dem Verleiher, nach § 10 Abs. 4 AÜG die Erfüllung der wesentlichen Arbeitsbedingungen verlangen, wie sie der Entleiher vergleichbaren eigenen Arbeitnehmern gewährt, muss er die im Entleiherbetrieb geltenden Ausschlussfristen nicht einhalten.**

RL 2008/104/EG Art. 3 Abs. 1 Buchst. f, Art. 3 Abs. 2, Art. 5 Abs. 1 Unterabs. 2, Art. 6 Abs. 4, Art. 9 Abs. 1; AÜG § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4, § 11 Abs. 1, § 12 Abs. 1 Satz 3, § 13

## SACHVERHALT

Die Parteien streiten über Vergütungsansprüche aus einem beendeten Arbeitsverhältnis. Der Kläger war vom 25.10.2005 bis zum 30.6.2008 bei der Beklagten nach Maßgabe eines schriftlichen Anstellungsvertrags als Berater beschäftigt. Die Parteien vereinbarten eine wöchentliche Arbeitszeit von 40 Stunden. Der Kläger war verpflichtet, monatlich weitere acht Überstunden ohne besondere Vergütung zu leisten. Das Bruttogehalt be-

trug zunächst 3462,00 Euro, ab April 2007 3850,00 Euro. Darüber hinaus zahlte die Beklagte Sondervergütungen, Prämien und einen monatlichen Mietzuschuss. Anfänglich stand dem Kläger Erholungsurlaub von 25 Arbeitstagen, ab 2007 von 30 Arbeitstagen zu. Eine Ausschlussfrist vereinbarten die Parteien nicht.

Die Beklagte setzte den Kläger – mit Ausnahme der Monate Juni und Juli 2006 – während der gesamten Beschäftigungsdauer im Rahmen einer gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung bei der C GmbH als Entwicklungsingenieur ein. Die Entleiherin war kraft Verbandsmitgliedschaft an die Tarifverträge der Bayerischen Metall- und Elektroindustrie gebunden, arbeitsvertraglich traf sie entsprechende Gleichstellungsabreden. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bat der Kläger die Entleiherin um Auskunft über die wesentlichen Arbeitsbedingungen vergleichbarer Arbeitnehmer. Mit Schreiben vom 28.7.2008 und 27.3.2009 antwortete der Bayerische Unternehmensverband Metall und Elektro e.V. für sein Mitgliedsunternehmen, dass vergleichbare Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs während des ersten Einsatzes des Klägers von Oktober 2005 bis zum 31.5.2006 bei einer Wochenarbeitszeit von 35 Stunden eine Monatsgrundvergütung gemäß Gehaltsgruppe SBA VI 1 von 3.250,00 Euro brutto erhalten hätten. Zum 1.8.2006 hätte sich die Grundvergütung auf 3348,00 Euro brutto erhöht. Mit Einführung des neuen tariflichen Entgeltrahmenabkommens (ERA) zum