

Michaela Windisch-Graetz (Hg.)



new academic press

Rechtsfragen des Entgelts

 65 Arbeits- und Sozialrecht

Michaela Windisch-Graetz (Hg.)

Wiener Beiträge zum Arbeits- und Sozialrecht

Herausgegeben von Univ.-Prof. MMag. Dr. Michaela Windisch-Graetz

Band 65

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages oder der Autoren/Autorinnen reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© 2022 by new academic press, Wien–Hamburg
www.newacademicpress.at

ISBN: 978-3-7003-2239-9

Umschlaggestaltung: www.b3k-design.de

Satz: Peter Sachartschenko

Druck: Prime Rate, Budapest

Michaela Windisch-Graetz (Hg.)

Rechtsfragen des Entgelts

 new academic press

Inhalt

Michaela Windisch-Graetz (Hg.)

Vorwort 7

Adam Sagan

**Gestaltung von Entgeltsystemen
aus unionsrechtlicher Sicht** 9

Thomas Pfalz

Rechtsfragen der Entgelttransparenz 35

Michael Friedrich

Entgeltgestaltung durch Betriebsvereinbarungen 61

Diana Niksova

Der Entgeltanspruch im Entsendungsfall 81

Johannes Heinrich

Steuerrechtliche Behandlung von Entgelt 115

Vorwort

Nachdem unsere Tagung im Jahr 2020 aufgrund der COVID-19 Pandemie ausfallen musste, haben wir die 48. Wissenschaftliche Tagung des Instituts für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien und der Hans Schmitz-Gesellschaft im Mai 2021 in hybridem Format abgehalten. An die 40 Personen waren persönlich in Traunkirchen im Klostersaal anwesend, weitere 50 Personen konnten das Geschehen online via Zoom verfolgen. Der vorliegende Tagungsband enthält die überarbeiteten Vorträge, die verschiedene Rechtsprobleme der Entgeltgestaltung im Arbeits- und im Steuerrecht behandeln. *Adam Sagan* gibt einen Überblick über unionsrechtliche Vorgaben, die bei der Gestaltung nationaler Entgeltsysteme zu beachten sind. *Thomas Pfalz* widmet sich Rechtsfragen der Entgelttransparenz. *Michael Friedrich* geht Entgeltgestaltungsmöglichkeiten der Betriebsparteien im Wege von Betriebsvereinbarungen nach. *Diana Niksova* untersucht die Auswirkungen der Entsende-RL neu auf den Entgeltanspruch entsandter Arbeitnehmer und *Johannes Heinrich* gibt einen Überblick über die steuerrechtlichen Parameter bei der Entgeltgestaltung.

Ich bedanke mich bei allen Vortragenden für die zeitgerechte Übersendung der Manuskripte, bei Herrn Dr. Knill von New Academic Press für die schnelle Drucklegung und bei meinem Assistenten Lukas Winkler für seine Unterstützung in Zusammenarbeit mit dem Verlag.

Wien, am 9. November 2021

Michaela Windisch-Graetz

Gestaltung von Entgeltsystemen aus unionsrechtlicher Sicht

Die Vergütung nach dem Dienstalter: Eine unionsrechtswidrige Diskriminierung?*

Adam Sagan

1. Einführung	10
2. Arbeitnehmerfreizügigkeit	10
2.1. Ausländerdiskriminierung	10
2.2. „Territoriale Diskriminierung“	11
2.3. Wegzugsbehinderungen	14
2.4. Diskriminierungsfreie Beschränkungen	14
2.5. Zusammenfassung	18
3. Entgeltgleichheit und Geschlechtsdiskriminierung	18
3.1. Honorierung der Berufserfahrung	19
3.2. Gleiche oder gleichwertige Arbeit	21
3.3. Abwesenheitszeiten	23
4. Befristung	24
5. Altersdiskriminierung	25
5.1. Systemwechsel	25
5.2. Das verflixte 18. Jahr	28
5.3. Anrechnung von Vorbeschäftigungen	32
6. Zusammenfassende Thesen	33

* Redigierter und punktuell um Fußnoten ergänzter Vortrag im Rahmen der 48. Wissenschaftlichen Tagung des Instituts für Arbeits- und Sozialrecht am 20. und 21. Mai 2021 in Traunkirchen/online.

1. Einführung

Die Bemessung der Vergütung nach dem Dienstalter hat im Arbeitsrecht eine lange Tradition und ist nach wie vor weit verbreitet. Lange Zeit galt die vergütungsrechtliche Anknüpfung an das Dienstalter als weitgehend unproblematisch.

Im Laufe der europäischen Integration und der damit verbundenen Europäisierung des Arbeitsrechts hat sich insoweit ein spürbarer Wandel vollzogen. Die Vergütung nach dem Dienstalter kann sich aus verschiedenen Gründen als unionsrechtlich unzulässige Diskriminierung darstellen. In der Folge hat sich der Spielraum verengt, der in den Mitgliedstaaten für die Gestaltung von Entgeltsystemen zur Verfügung steht. Das betrifft nicht nur die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber, sondern auch die Parteien des Arbeitsvertrages sowie die Kollektivvertragsparteien.

Der nachfolgende Beitrag zeichnet die rechtlichen Entwicklungen nach und lotet die Vorgaben aus, die sich aus dem Unionsrecht für Vergütungssysteme ergeben, die an das Dienstalter der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer anknüpfen. Im Einzelnen folgt gewissermaßen ein chronologischer Streifzug durch das Recht der Europäischen Union, der insgesamt vier Themenbereiche in den Blick nimmt: die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV), das Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts, das europäische Befristungsrecht sowie ferner das unionsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung.

2. Arbeitnehmerfreizügigkeit

Zum Recht der Arbeitnehmerfreizügigkeit sei vorweggeschickt, dass sich die betreffenden Ausführungen auf die primärrechtliche Grundfreiheit konzentrieren und etwaige Besonderheiten ausblenden, die sich aus dem Sekundärrecht ergeben.

2.1. Ausländerdiskriminierung

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit ist – vereinfacht gesprochen – in ihrem Kern das Recht jedes Unionsbürgers, sich in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben, dort eine abhängige Beschäftigung aufzunehmen und vom betreffenden Aufnahmemitgliedstaat grundsätzlich wie ein Inländer behandelt, d.h. nicht aufgrund der fremden Staatsangehörigkeit diskriminiert zu werden (Art. 45 Abs. 2 AEUV).¹

¹ Vgl. *Franzen*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 45 AEUV Rn. 81; *Krebber*, EuZA 2019, 62 (68 ff.); näher *Brameshuber*, ZESAR 2018, 16 (19 f.).

Im Hinblick auf die Vergütung nach dem Dienstalter sind m.E. vier Fallgruppen zu unterscheiden.

Die erste Fallgruppe betrifft die unmittelbare Benachteiligung wegen einer fremden Staatsangehörigkeit. Diese Konstellation ist in der Rechtsprechung des EuGH eine Randerscheinung. Es versteht sich von selbst, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit im Grunde stets verletzt ist, wenn die Vorbeschäftigungszeiten eines EU-Ausländers nicht anerkannt werden, die bei Inländern angerechnet würden.²

2.2. „Territoriale Diskriminierung“

Bedeutsamer ist die zweite Fallgruppe, in der Vorbeschäftigungszeiten nicht oder nicht voll angerechnet werden, weil sie in einem anderen Mitgliedstaat zurückgelegt wurden. Damit wird mittelbar nach der Staatsangehörigkeit unterschieden.³

2.2.1. Treueprämie

Im Ausgangspunkt dieser Fallgruppe entschied der EuGH in der Rs. *Scholz*, dass bei einer Einstellung im öffentlichen Dienst nicht danach unterschieden werden dürfe, ob eine Vorbeschäftigung im Inland oder in einem anderen Mitgliedstaat erfolgt ist.⁴

Diese Rechtsprechung übertrug er in *Schöning-Kougebetopoulou* auf die Anrechnung von Vorbeschäftigungszeiten für die Zwecke der Vergütung.⁵ Die deutsche Regierung hatte dort geltend gemacht, eine Vorbeschäftigung in Griechenland könne in Deutschland nicht angerechnet werden, weil das kollektivvertragliche Vergütungssystem, das in Rede stand, angeblich die „Treue“ des Arbeitnehmers honoriere.⁶ Diesen Einwand hat der Gerichtshof zu Recht zurückgewiesen. Der maßgebliche Kollektivvertrag galt nämlich für eine Vielzahl rechtlich voneinander unabhängiger Arbeitgeber, zwischen denen ein Arbeitnehmer unter Anrechnung seiner Vorbeschäftigungszeiten wechseln konnte.⁷

2 EuGH 15.5.2008 – C-276/07 (Delay), Slg. 2008, I-3636 Rn. 28.

3 *Resch*, ZESAR 2014, 155 (160).

4 EuGH 23.2.1994 – C-419/92 (Scholz), Slg. 1994, I-505 Rn. 11 f.

5 EuGH 15.1.1998 – C-15/96 (Schöning-Kougebetopoulou), Slg. 1998, I-47 Rn. 28.

6 EuGH 15.1.1998 – C-15/96 (Schöning-Kougebetopoulou), Slg. 1998, I-47 Rn. 19.

7 EuGH 15.1.1998 – C-15/96 (Schöning-Kougebetopoulou), Slg. 1998, I-47 Rn. 26 f.; so auch EuGH 30.11.2000 – C-195/98 (Österreichischer Gewerkschaftsbund u.a.), Slg. 2000, I-10497 Rn. 49; EuGH 5.12.2013 – C-514/12 (Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken), NZA 2014, 204 Rn. 40; zust. *Mayr*, DRdA 2001, 289 (291); *Resch*, ZESAR 2014, 157 (158); krit. *von Danwitz*, JZ 1998, 563 (564).

Mit dem Gedanken der Treueprämie ließe sich der Ausschluss von Vorbeschäftigungszeiten folgerichtig am ehesten dann rechtfertigen, wenn ausschließlich die Vorbeschäftigung bei einem bestimmten Arbeitgeber anerkannt wird.⁸ Aber selbst das genügt nicht immer. Dem EuGH zufolge kann es beispielsweise bei Lehrern unzulässig sein, allein die Vorbeschäftigung in einem bestimmten Bundesland anzuerkennen. Bei dem betreffenden Bundesland handelt es sich zwar formal um einen einzigen Arbeitgeber, doch stünden bei ihm eine Vielzahl von Schulen miteinander im Wettbewerb. Wenn bei einem Wechsel zwischen verschiedenen Schulen die Vorbeschäftigungen anerkannt würden, ist es daher nicht zulässig, allein das bei dem betreffenden Bundesland erworbene Dienstalter anzurechnen.⁹

2.2.2. Gegenseitige Anerkennung

Mehrfach hat es der EuGH abgelehnt, die Gleichwertigkeit des öffentlichen Dienstes verschiedener Mitgliedstaaten als entscheidende Voraussetzung für die (volle) Anrechnung einer Vorbeschäftigung anzuerkennen.¹⁰ Es gilt insoweit das für die Marktfreiheiten bestimmende Prinzip gegenseitiger Anerkennung: Ein Jahr im öffentlichen Dienst in Griechenland ist grundsätzlich ebenso viel wert wie ein Jahr im öffentlichen Dienst in der Bundesrepublik Deutschland.¹¹

Das müsste, soweit private Arbeitgeber an das sich aus der Arbeitnehmerfreizügigkeit ergebende Diskriminierungsverbot gebunden sind,¹² mutatis mutandis auch für die Privatwirtschaft gelten.¹³ Einschränkungen des Grundsatzes

8 EuGH 15.1.1998 – C-15/96 (Schöning-Kougebetopoulou), Slg. 1998, I-47 Rn. 26 f.; so auch EuGH 30.11.2000 – C-195/98 (Österreichischer Gewerkschaftsbund u.a.), Slg. 2000, I-10497 Rn. 49; EuGH 5.12.2013 – C-514/12 (Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken), NZA 2014, 204 Rn. 40; so auch *Vinzenz/Burger*, EuZA 2020, 522 (530); zust. *Mayr*, DRdA 2001, 289 (291); krit. *von Danwitz*, JZ 1998, 563 (564).

9 So für den Fall einer Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit: EuGH 23.4.2020 – C-710/18 (WN/Land Niedersachsen), NZA 2020, 779 Rn. 43 f.; s. auch EuGH 30.9.2003 – C-224/01 (Köbler), Slg. 2003, I-10239 Rn. 84; abl. *Rasche/Sülzle*, EuZA 2020, 476 (482 f.).

10 EuGH 15.1.1998 – C-15/96 (Schöning-Kougebetopoulou), Slg. 1998, I-47 Rn. 24; EuGH 30.11.2000 – C-195/98 (Österreichischer Gewerkschaftsbund u.a.), Slg. 2000, I-10497 Rn. 48; EuGH 12.5.2005 – C-278/03 (Kommission/Italien), Slg. 2005, I-3749 Rn. 16; vgl. *Ledesma*, PersR 1998, 300 (303).

Anfänglich stellte EuGH 15.1.1998 – C-15/96 (Schöning-Kougebetopoulou), Slg. 1998, I-47 Rn. 28 auf eine Tätigkeit in einem „vergleichbaren Betätigungsfeld“ ab; s. auch EuGH 12.3.1998 – C-187/96 (Kommission/Griechenland), Slg. 1998, I-1095 Rn. 22.

Derzeit anhängig Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León v. 11.2.2021 = EuGH – C-86/21 (Gerencia Regional de Salud de Castilla y León).

11 Treffend *von Danwitz*, JZ 1998, 563 (565); s. auch *Vinzenz/Burger*, EuZA 2020, 522 (530).

12 Grdl. EuGH 6.6.2000 – C-281/98 (Angonese), Slg. 2000, I-4139 Rn. 36; diff. *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459; abl. *Franzen*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 45 AEUV Rn. 95 m.w.N.

13 *Schörghofer*, DRdA 2014, 411 (415).

wechselseitiger Anerkennung sind gleichsam „territoriale Diskriminierungen“, die wegen der Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat benachteiligen.

Die entscheidende Testfrage lautet: Würden die Vorbeschäftigungszeiten anerkannt, wenn sie nicht in einem anderen Mitgliedstaat, sondern im Inland zurückgelegt worden wären? Wenn das zu bejahen ist, liegt eine (mittelbare) Diskriminierung vor, die allenfalls im Bereich der öffentlichen Verwaltung im Sinne des Art. 45 Abs. 4 AEUV,¹⁴ d.h. bei der unmittelbaren Ausübung genuiner Hoheitsgewalt¹⁵ zulässig sein kann.

Besonders pointiert hat der EuGH seinen Standpunkt in *Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken* zum Ausdruck gebracht. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit sei eine Marktfreiheit und zähle zu den grundlegenden Bestimmungen der Union.¹⁶ Unzulässig sei jede Beeinträchtigung, „mag sie auch unbedeutend sein“.¹⁷ Deswegen konnte eine Änderung des Vergütungssystems zum Zwecke der Transparenz und der Verwaltungsvereinfachung es nicht als zwingender Grund des Allgemeininteresses rechtfertigen, allein Vorbeschäftigungszeiten bei Dienststellen des Landes Salzburg voll anzurechnen.¹⁸ Dass in diesem Fall auch österreichische Staatsangehörige benachteiligt wurden, die aus anderen Landesteilen stammten, blieb als bloße Inländerdiskriminierung außer Betracht.¹⁹

Bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit herrscht, da es sich bei den Marktfreiheiten um das Herzstück der europäischen Integration handelt, mit guten Gründen ein gewisser „Rigorismus“.

14 So bereits EuGH 23.2.1994 – C-419/92 (Scholz), Slg. 1994, I-505 Rn. 12; statt vieler im Übrigen nur EuGH 26.10.2006 – C-371/04 (Kommission/Italien), Slg. 2006, I-10257 Rn. 16 m.w.N.

15 Näher EuGH 3.7.1986 – 66/85 (Lawrie-Blum), Slg. 1986, 2121 Rn. 27; ferner *Forsthoff*, in Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 73. Erg.-Lfg. (Mai 2021), Art. 45 AEUV Rn. 425 m.w.N.

16 EuGH 5.12.2013 – C-514/12 (*Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken*), NZA 2014, 204 Rn. 34.

17 EuGH 5.12.2013 – C-514/12 (*Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken*), NZA 2014, 204 Rn. 34.

18 EuGH 5.12.2013 – C-514/12 (*Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken*), NZA 2014, 204 Rn. 42; zust. *Resch*, ZESAR 2014, 157 (161 f.).

19 EuGH 5.12.2013 – C-514/12 (*Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken*), NZA 2014, 204 Rn. 31.

2.3. Wegzugsbehinderungen

Nur eine geringfügig andere Einkleidung haben die Fälle der dritten Gruppe, bei der im Inland zurückgelegte Dienstzeiten besonders vergütet werden.

So wurde in *Köbler* eine Zulage gezahlt, die eine Tätigkeit an einer Universität in Österreich voraussetzte. Demgegenüber wurden Dienstzeiten an Universitäten im heutigen EU Ausland nicht anerkannt. Er war seit 1986 an der Universität Innsbruck beschäftigt und verlangte 1996 die Anrechnung im Ausland zurückgelegter Vordienstzeiten.

Der EuGH blieb in *Köbler* – und der ähnlich gelagerten Rs. *Marhold* – streng. Er verwies darauf, dass entsprechende Regeln beim Zuzug unzulässig benachteiligen²⁰ – angesprochen ist damit die zweite Fallgruppe der hier sog. territorialen Diskriminierung. Ferner behindere die Dienstalterszulage beim Wegzug aus Österreich und führe insgesamt zu einer mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit unvereinbaren Abschottung des Arbeitsmarktes für Universitätsprofessoren.²¹ Als grenzüberschreitendes Element genügte, dass Arbeitnehmer möglicherweise davon abgehalten würden, das Land zu verlassen, weil ihre im Ausland zurückgelegten Beschäftigungszeiten nach einer – auch nur hypothetischen – Rückkehr nicht berücksichtigt würden.

2.4. Diskriminierungsfreie Beschränkungen

2.4.1. Anrechnung im Wesentlichen gleichwertiger Tätigkeiten

Die vierte und jüngste Fallgruppe bilden Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit, die nicht mit einer Diskriminierung verbunden sind (Art. 45 Abs. 1 AEUV).²² Das betrifft vor allem Begrenzungen der maximal anrechenbaren Vorbeschäftigungsdauer, die weder nach der Staatsangehörigkeit des Arbeitnehmers noch danach unterscheiden, in welchem Mitgliedstaat die Vorbeschäftigung erfolgte.

In *Österreichischer Gewerkschaftsbund* wurde die Anerkennung bestimmter Vorbeschäftigungen auf die maximale Dauer von zehn Dienstjahren beschränkt. Ausdrücklich stellte der EuGH fest, dass von dieser Regelung nicht einmal eine

²⁰ EuGH 30.9.2003 – C-224/01 (*Köbler*), Slg. 2003, I-10239 Rn. 73.

²¹ EuGH 30.9.2003 – C-224/01 (*Köbler*), Slg. 2003, I-10239 Rn. 74 und 86; EuGH 10.3.2005 – C-178/04 (*Marhold*), ECLI:EU:C:2005:164 Rn. 28 und 39; zur Verjährung von Dienstalterszulagen s. EuGH 15.4.2010 – C-542/08 (*Barth*), Slg. 2010, I-3189; ferner EuGH 16.1.2014 – C-429/12 (*Pohl*), NVwZ 2014, 433.

²² Zu diesem Gewährleistungsinhalt der Arbeitnehmerfreizügigkeit monographisch *Roloff*, Das Beschränkungsverbot des Art. 39 EG (Freizügigkeit) und seine Auswirkungen auf das nationale Arbeitsrecht, 2003.

mittelbare Diskriminierung ausgehe.²³ Sie mache für Arbeitnehmer aus dem EU-Ausland die Tätigkeit in Österreich aber weniger attraktiv und sei deswegen eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit.²⁴ Solche Beschränkungen lassen sich, wie die Rechtsprechung des EuGH zeigt, praktisch kaum aufgrund zwingender Gründe des Allgemeininteresses rechtfertigen.²⁵ Der Gerichtshof ist – etwas verkürzt zitiert – der Ansicht, dass Vorbeschäftigungen „zur Gänze berücksichtigt werden“²⁶ müssen.

Diese Rechtsprechung hat der EuGH anschließend fortentwickelt, indem er die tatbestandlichen Anforderungen an eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit angehoben hat. In *Krah* stand die Entscheidung der Universität Wien in Streit, Vordienstzeiten der Senior Lecturer höchstens im Umfang von bis zu vier Jahren anzuerkennen. Hier half die diskriminierungsrechtliche Testfrage nach Ansicht des EuGH nicht weiter. Nach seiner Ansicht wäre die über vier Jahre hinausgehende Beschäftigung auch dann nicht angerechnet worden, wenn sie in Österreich an einer anderen Universität als der Universität Wien erfolgt wäre. Deswegen soll keine mittelbare Diskriminierung vorgelegen haben. Insoweit vergleicht der Gerichtshof In- und Ausländer nur im Hinblick auf die Anerkennung von Vorbeschäftigungszeiten und lässt die Vorrückung im laufenden Arbeitsverhältnis unberücksichtigt. Denkbar blieb deswegen nur eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit, weil die Tätigkeit in Österreich für EU-Ausländer weniger attraktiv werde.²⁷

Dies machte der EuGH von einer neuen Voraussetzung abhängig. Er unterschied nun zwischen im Wesentlichen gleichwertigen und sonstigen Vorbeschäftigungen.²⁸ Eine tatbestandliche Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit liege nur dann vor, wenn *gleichwertige* Vordienstzeiten nicht anerkannt würden. Würde hingegen eine sonstige Vorbeschäftigung nicht angerechnet, läge keine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit vor.

Diese Rechtsprechung hat der EuGH in *WN gegen Land Niedersachsen* bestä-

23 EuGH 8.5.2019 – C-24/17 (Österreichischer Gewerkschaftsbund), EAS Teil C RL 2000/78/EG Art. 1 Nr. 10 Rn. 75.

24 EuGH 8.5.2019 – C-24/17 (Österreichischer Gewerkschaftsbund), EAS Teil C RL 2000/78/EG Art. 1 Nr. 10 Rn. 83.

25 EuGH 8.5.2019 – C-24/17 (Österreichischer Gewerkschaftsbund), EAS Teil C RL 2000/78/EG Art. 1 Nr. 10 Rn. 84.

26 EuGH 8.5.2019 – C-24/17 (Österreichischer Gewerkschaftsbund), EAS Teil C RL 2000/78/EG Art. 1 Nr. 10 Rn. 87.

27 EuGH 10.10.2019 – C-703/17 (*Krah*), NZA 2019, 1704 Rn. 38 und 41 ff.; insoweit zust. *Vinzenz/Burger*, EuZA 2020, 522 (528); krit. und für eine mittelbare Diskriminierung *Wienbracke*, NZA-RR 2020, 8 (10); abl. *Friedrich*, DRdA 2021, 24 (29 f.).

28 EuGH 10.10.2019 – C-703/17 (*Krah*), NZA 2019, 1704 Rn. 38 und 47 ff.; krit. *Pfeil*, FS Fuchs (2020), S. 265 (269 ff.); *Vinzenz/Burger*, EuZA 2020, 522 (528 f.).

tigt. Die dortige Klägerin war vom Land Niedersachsen als Lehrerin eingestellt worden. Von den 17 Jahren, die sie in Frankreich unterrichtet hatte, wurden für die Zwecke der Vergütung nach dem einschlägigen Kollektivvertrag jedoch nur drei Dienstjahre anerkannt. Der EuGH ging davon aus, dass diese Regelung nicht zu einer Diskriminierung führe.²⁹ In Betracht komme lediglich eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit, die aber voraussetze, dass die Vorbeschäftigung der Klägerin in Frankreich als gleichwertig anzusehen sei.³⁰

2.4.2. Konsequenzen

Die Folgen, die sich aus dieser jüngeren Rechtsprechung ergeben, lassen sich noch nicht in allen Details absehen.

Für die Ausfüllung des Begriffs der im Wesentlichen gleichwertigen Tätigkeit bietet es sich im Ausgangspunkt an, auf den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung zurückzugreifen. Das bedeutet, dass ein Jahr Lehre an der Universität München so viel wert ist wie ein Jahr Lehre an der Universität Wien.³¹ Im Übrigen können für den Vergleich die Kriterien zur Anwendung kommen, die im Rahmen der Entgeltgleichheit von Männern und Frauen (Art. 157 AEUV) für die Feststellung gleicher oder gleichwertiger Arbeit angelegt werden.³²

Unklar ist, inwieweit eine Höchstbegrenzung anrechnungsfähiger Vorbeschäftigungszeiten auf den Gedanken gestützt werden kann, dass sich die Qualität der Arbeitsleistung ab einem bestimmten Dienstalter nicht mehr verbessert. Für Lehrkräfte an Universitäten und Schulen hat der EuGH diesen Gedanken zu Recht nicht gelten lassen.³³ Bei geringqualifizierten Tätigkeiten könnte im Hinblick auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit anders zu entscheiden sein.³⁴

Sofern sich die Vergütung nach dem Dienstalter bemisst, wirft die Rechtsprechung des EuGH im Übrigen die Frage auf, ob gleichwertige Vorbeschäftigungszeiten in einem anderen Mitgliedstaat stets vollumfänglich angerechnet werden müssen. Darauf laufen *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Krahl* und *WN gegen Land Niedersachsen* meines Erachtens in den einschlägigen Fallkonstellationen erkennbar hinaus. Zugespitzt formuliert: Wer vorrücken lässt, der muss auch Vorbeschäftigungszeiten anerkennen. Anderenfalls leistet man einer Abschottung des inländischen Arbeitsmarktes Vorschub, die den Zuzug

29 EuGH 23.4.2020 – C-710/18 (WN/Land Niedersachsen), NZA 2020, 779 Rn. 21.

30 EuGH 23.4.2020 – C-710/18 (WN/Land Niedersachsen), NZA 2020, 779 Rn. 26 ff.

31 Vgl. EuGH 23.4.2020 – C-710/18 (WN/Land Niedersachsen), NZA 2020, 779 Rn. 32 (Feststellung nach Lage der Akten); dezidiert a.A. Pfeil, FS Fuchs (2020), S. 265 (273 f.).

32 S. unten III. 2.

33 EuGH 10.10.2019 – C-703/17 (Krahl), NZA 2019, 1704 Rn. 56 ff.; EuGH 23.4.2020 – C-710/18 (WN/Land Niedersachsen), NZA 2020, 779 Rn. 40; zust. Friedrich, DRdA 2021, 24 (30).

34 Zur Altersdiskriminierung s. unten V. 1.

aus dem EU-Ausland unzulässig beschränkt und mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit unvereinbar ist.

Deswegen ist der Ausschluss jeder Vordienstzeitanrechnung jedenfalls dann kein Ausweg, solange die Vergütung weiterhin nach dem Dienstalter bestimmt wird. Ob die anrechenbare Zeit in diesem Fall auf vier, drei oder null Jahre begrenzt wird, sollte keinen entscheidungserheblichen Unterschied machen. Die vollständige Nichtanrechnung wäre ganz im Gegenteil die weitergehende Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit.

Ferner wird befürchtet, Arbeitgeber dürften nicht mehr ausschließlich die bei ihnen zurückgelegte Beschäftigungszeiten honorieren. Der Rechtfertigungsgrund der Betriebstreue werde, wie es in der Literatur heißt, „ausgelöscht“.³⁵ Dies folgt m.E. nicht zwingend aus der Rechtsprechung des EuGH. Möglicherweise lässt sich lediglich der kontinuierliche Aufwuchs der Vergütung mit zunehmenden Dienstalter nicht mit dem Gedanken der Betriebstreue rechtfertigen. Er führt zu den dauerhaften Gehaltsunterschieden zwischen der mehrheitlich einheimischen Stammebelegschaft einerseits und den aus dem Ausland zugezogenen bzw. zurückgekehrten Arbeitskräften andererseits, gegen die sich der Gerichtshof implizit wendet.³⁶ Insoweit scheint er im Rechtfertigungsdiskurs dann doch die Anrechnung von Vordienstzeiten und die Vorrückung im laufenden Arbeitsverhältnis gleichermaßen wertend in den Blick zu nehmen. Das ist nach meinem Dafürhalten sachlich gerechtfertigt, da die Bemessung des Entgelts letztlich von beiden Faktoren abhängt.

Auch aus dieser Vergleichsperspektive stellen sich jedoch keine Vergütungsunterschiede ein, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer – unabhängig von der Dauer etwaiger Vorbeschäftigungen und ebenso unabhängig vom Dienstalter – mit einer Einmalzahlung dafür honoriert, dass dieser in einem bestimmten Zeitraum von seinem Kündigungsrecht keinen Gebrauch gemacht hat. Hiergegen bestehen m.E. im Hinblick auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit keine Bedenken. Es wäre daher zumindest erwägenswert, die sog. Betriebstreue nicht mit Zuwächsen des laufenden Entgelts, sondern mit etwa jährlich auszuzahlenden Halteprämien zu honorieren.

35 So *Vinzenz/Burger*, EuZA 2020, 522 (531); optimistischer noch *Schörghofer*, DRdA 2014, 411 (414 f.).

36 Vgl. EuGH 10.10.2019 – C-703/17 (Krah), NZA 2019, 1704 Rn. 68.

2.5. Zusammenfassung

Die Ausführungen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Die Arbeitnehmerfreizügigkeit verlangt nicht, dass die Vergütung nach dem Dienstalter bestimmt wird.³⁷ Ist dies nicht der Fall, besteht selbstverständlich keine Pflicht – und auch keine Veranlassung –, Vorbeschäftigungszeiten anzurechnen.
- Richtet sich die Vergütung aber nach dem Dienstalter, dann verbietet die Arbeitnehmerfreizügigkeit unzulässige Diskriminierungen. Das bedeutet, dass bei der Anerkennung von Vorbeschäftigungszeiten regelmäßig nicht danach unterschieden werden darf, wo sie zurückgelegt worden sind. Vorbeschäftigungen im EU-Ausland sind grundsätzlich wie Vorbeschäftigungen im Inland zu behandeln.
- Demgegenüber sind diskriminierungsfreie Regelungen, wie etwa Höchstbegrenzungen anrechnungsfähiger Vorbeschäftigungsjahre, wenn es sich um im Wesentlichen gleichwertige Vorbeschäftigungen handelt, Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit, die in der Regel unzulässig sind.

3. Entgeltgleichheit und Geschlechtsdiskriminierung

Damit möchte ich zum zweiten Themenkomplex übergehen, dem Verbot der Geschlechtsdiskriminierung. Einschlägig sind neben dem primärrechtlichen Grundsatz der Entgeltgleichheit für Männer und Frauen (Art. 157 AEUV) die Richtlinien, die Ungleichbehandlungen wegen des Geschlechts im Berufsleben verbieten.³⁸

37 *Erler*, ZESAR 2020, 185 (186 f.); *Vinzenz/Burger*, EuZA 2020, 522 (530); insoweit zutr. *Pfeil*, FS Fuchs (2020), S. 265 (275); abw. *Burger-Ehrnhofer*, ASoK 2019, 442 (446).

38 Aus heutiger Sicht Richtlinie 2006/54 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (ABl. L 204 v. 26.7.2006, S. 23). Vormals vor allem Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABl. L 39 v. 14.2.1976, S. 40) sowie Richtlinie 75/117/EWG des Rates vom 10. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen (ABl. L 45 v. 19.2.1975, S. 19).

3.1. Honorierung der Berufserfahrung

3.1.1. Grundsatz

Ausgangspunkt der Rechtsprechung für die Bemessung der Vergütung nach dem Dienstalter im Hinblick auf eine mögliche Geschlechtsdiskriminierung ist das Urteil *Danfoss* aus dem Jahr 1989.

Dort führte ein komplexes, im Einzelnen nicht mehr durchschaubares Entlohnungssystem dazu, dass männliche Arbeitnehmer im Durchschnitt ein höheres Entgelt erhielten als weibliche Arbeitnehmerinnen. Eines der Kriterien für die Bemessung der Vergütung war das Dienstalter. Hier formulierte der EuGH einen zentralen Gedanken, der seine Rechtsprechung fortan prägen sollte:

Der Gerichtshof erkannte zwar, dass die Vergütung nach dem Dienstalter zu einer Geschlechtsdiskriminierung führen könne, weil Frauen ihre Berufstätigkeit häufiger unterbrechen müssten als Männer.³⁹ Dennoch war er der Ansicht, mit dem Dienstalter gehe die Berufserfahrung einher, „die den Arbeitnehmer im allgemeinen befähigt, seine Arbeit besser zu verrichten“.⁴⁰ Deswegen bedürfe das Kriterium des Dienstalters keiner Rechtfertigung.

3.1.2. Teilzeit

Spätere Entscheidungen insbesondere im Bereich der Teilzeit zeigten, dass der Gerichtshof damit zu weit gegangen war.

In *Nimz* stand ein Tarifvertrag auf dem Prüfstand, der die Vergütung nach dem Dienstalter ausgestaltete, die Dauer bestimmter Teilzeitbeschäftigungen aber nur zur Hälfte als Beschäftigungszeit anerkannte. Nunmehr wurde das Dienstalter suspekt, weil es in diesem Kontext ersichtlich zu einer mittelbaren Diskriminierung teilzeitbeschäftigter Frauen führen konnte.⁴¹ Der Gerichtshof blieb aber noch defensiv. Immerhin sollte nun entscheidend sein, ob es aufgrund der Art der Tätigkeit nach einer bestimmten Dauer tatsächlich noch zu einer Verbesserung der Arbeitsleistung kommt.⁴² Das sollte das nationale Gericht kontrollieren.⁴³

39 EuGH 17.10.1989 – 109/88 (*Danfoss*), Slg. 1989, 3199 Rn. 24 zur RL 75/117/EWG.

40 EuGH 17.10.1989 – 109/88 (*Danfoss*), Slg. 1989, 3199 Rn. 24; abl. *Bertelsmann*, AuR 1991, 124 (126 f.); *Colneric*, EuZW 1991, 75 (75 f.).

41 EuGH 7.2.1991 – C-184/89 (*Nimz*), Slg. 1991, I-297 Rn. 12 zu Art. 119 EWG-Vertrag (heute Art. 157 AEUV).

42 EuGH 7.2.1991 – C-184/89 (*Nimz*), Slg. 1991, I-297 Rn. 14; darauf stellt auch *Runggaldier*, ZAS 2007, 156 (158) ab.

43 EuGH 7.2.1991 – C-184/89 (*Nimz*), Slg. 1991, I-297 Rn. 14.

In *Gerster* sowie in *Kording* setzte der EuGH diese Rechtsprechung in kritischen Teilzeitkonstellationen fort.⁴⁴

In *Hill und Stapleton* verengte die Vorlageentscheidung den Spielraum des EuGH. Das vorlegende Gericht, namentlich der irische Labour Court, hatte schon vorgegeben, dass Teilzeitbeschäftigte nach seiner Ansicht dieselbe Berufserfahrung erwerben wie Vollzeitbeschäftigte.⁴⁵ Deswegen ging der EuGH nicht auf einen Zugewinn an Berufserfahrung ein, sondern stellte, sollten andere Rechtfertigungsgründe ausscheiden, eine mittelbare Geschlechtsdiskriminierung fest.⁴⁶

In *Nikoloudi* fiel der Gerichtshof auf seine alte Rechtsprechung zurück. Wenig überzeugend, sogar weltfremd verlangte er im Fall einer Reinigungskraft vom nationalen Gericht, es möge prüfen, welche Berufserfahrung die Tätigkeit nach einer bestimmten Zahl geleisteter Arbeitsstunden mit sich bringe.⁴⁷ Dabei hatten schon die Schlussanträge der Generalanwältin *Stix-Hackl* zu Recht bezweifelt, dass es bei einer Reinigungskraft eine proportionale Beziehung zwischen der Zahl der geleisteten Arbeitsstunden und der erworbenen Berufserfahrung geben könne.⁴⁸

3.1.3. Konsolidierung

Eine Konsolidierung der nach *Danfoss* changierenden Rechtsprechung trat mit der Grundsatzentscheidung in *Cadman* ein. Hier hatte schon der Court of Appeal in seiner Vorlageentscheidung den Wandel in der Rechtsprechung des EuGH wahrgenommen.⁴⁹ Das veranlasste den Gerichtshof zu den folgenden Klarstellungen:

Einerseits sei die Bemessung des Entgelts nach dem Dienstalter als Honorierung der Berufserfahrung ein legitimes Ziel der Entgeltpolitik, weil sie den Arbeitnehmer befähigt, seine Arbeit besser zu verrichten. Den Arbeitgeber trifft deswegen im Ausgangspunkt keine Rechtfertigungslast.⁵⁰ Insoweit hat der Gerichtshof an *Danfoss* festgehalten.

Andererseits könne der Arbeitnehmer den Zusammenhang zwischen dem zunehmenden Dienstalter und der Berufserfahrung erschüttern und dadurch die

44 EuGH 2.10.1997 – C-1/95 (*Gerster*), Slg. 1997, I-5253 Rn. 39 ff.; EuGH 2.10.1997 – C-100/95 (*Kording*), Slg. 1997, I-5289 Rn. 23 jeweils zur RL 76/207/EWG.

45 EuGH 17.6.1998 – C-243/95 (*Hill und Stapleton*), Slg. 1998, I-3739 Rn. 27 zu Art. 119 EWG-Vertrag (heute Art. 157 AEUV) sowie zur RL 75/117/EWG.

46 EuGH 17.6.1998 – C-243/95 (*Hill und Stapleton*), Slg. 1998, I-3739 Rn. 44.

47 EuGH 10.3.2005 – C-196/02 (*Nikoloudi*), Slg. 2005, I-1789 Rn. 61 ff. zur RL 76/207/EWG.

48 GA *Stix-Hackl* 29.4.2004 – C-196/02 (*Nikoloudi*), Slg. 2005, I-1789 Rn. 62 [dort Fn. 28].

49 EuGH 3.10.2006 – C-17/05 (*Cadman*), Slg. 2006, I-9583 Rn. 23 zu Art. 141 EG (heute Art. 157 AEUV).

50 EuGH 3.10.2006 – C-17/05 (*Cadman*), Slg. 2006, I-9583 Rn. 33 ff.

Rechtfertigungslast des Arbeitgebers auslösen. Der Arbeitgeber müsse das Entgeltsystem dann zwar nicht in jedem konkreten Einzelfall, wohl aber bei generalisierender Betrachtung rechtfertigen.⁵¹ Diese Einschränkung von *Danfoss* ist in *Cadman* hinzugekommen.⁵²

Das Dienstalter ist im Hinblick auf eine etwaige Geschlechtsdiskriminierung nun kein „unschuldiges“ Kriterium mehr, das man bedenkenlos und frei von rechtlichen Risiken anwenden könnte. Führt ein Entlohnungssystem, das auch auf das Dienstalter abstellt, zu einer mittelbaren Benachteiligung insbesondere teilzeitbeschäftigter Frauen, lässt sich dies rechtfertigen, soweit sich bei der betreffenden Tätigkeit mit jeder zusätzlichen Arbeitsstunde die Berufserfahrung erhöht und deswegen die Arbeitspflicht besser erfüllt werden kann. Das wird man bei qualifizierten Tätigkeiten häufig bejahen können. Hierzu ist auf die Tätigkeit von Lehrern und Universitätsprofessoren im Kontext der Arbeitnehmerfreizügigkeit zu verweisen.⁵³ Bei geringqualifizierten Tätigkeiten wie den Reinigungstätigkeiten in *Nikoloudi* läuft die Anknüpfung an das Dienstalter nach *Cadman* jedoch Gefahr, mittelbar wegen des Geschlechts zu diskriminieren.

3.2. Gleiche oder gleichwertige Arbeit

Der primärrechtliche Grundsatz gleichen Entgelts für Männer und Frauen sieht die gleiche Vergütung für gleiche oder gleichwertige Arbeit vor (Art. 157 Abs. 1 AEUV). Das bezieht sich in erster Linie auf einen Vergleich der Tätigkeiten von Männern und Frauen. Bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit darf kein Geschlecht besser oder schlechter vergütet werden.

Der Vergleichsmaßstab gleicher oder gleichwertiger Arbeit kann aber auch bei der Anrechnung von Vordienstzeiten von Bedeutung sein. Eine unzulässige Diskriminierung wegen des Geschlechts kann sich etwa daraus ergeben, dass für die Berechnung des Entgelts bestimmte Vorbeschäftigungen anerkannt werden, gleiche oder gleichwertige Vorbeschäftigungen, die weit überwiegend Frauen vorweisen können, hingegen nicht oder nicht in voller Höhe angerechnet werden. Auf diese Weise können Dienstalter und das Kriterium gleicher oder gleichwertiger Arbeit miteinander verknüpft sein.

Aus diesem Grund möchte ich zumindest summarisch auf die Voraussetzungen gleicher oder gleichwertiger Arbeit eingehen, wie sie sich aus der Rechtsprechung des EuGH ergeben.

51 EuGH 3.10.2006 – C-17/05 (*Cadman*), Slg. 2006, I-9583 Rn. 38 f.

52 Zutr. *Runggaldier*, ZAS 2007, 156 (159); das übersieht *Schmitt-Rolfes*, AuA 2007, 7.

53 S. oben 2.4.2.

Danach setzt die Feststellung gleicher oder gleichwertiger Arbeit die wertende Betrachtung einer Gesamtheit von Faktoren voraus, insbesondere die Art der Arbeit, die Ausbildungsanforderungen und die Arbeitsbedingungen.⁵⁴

Wegen der Unterschiede in ihrer jeweiligen Berufsausbildung leisten, wie der EuGH in *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse* entschieden hat, Ärzte und Psychologen auch dann keine gleichwertige Arbeit, wenn sie gleichermaßen als Psychotherapeuten eingesetzt werden. Beide Gruppen unterscheiden sich im Hinblick auf ihr Studium sowie in ihren Einsatzmöglichkeiten, da die Ärzte, wie der EuGH hervorhob, berechtigt sind, auch anderweitige Tätigkeiten wahrzunehmen.⁵⁵ Es kommt danach zum einen darauf an, inwieweit die unterschiedlichen Ausbildungen zu Unterschieden in der jeweils ausgeübten Tätigkeit führen. Zum anderen ist diese Tätigkeit nicht allein entscheidend. Zu würdigen ist auch, welche weiteren Arbeiten den zu vergleichenden Personengruppen zugewiesen werden dürften.⁵⁶

Aufgrund des in den Blick zu nehmenden Kriterienbündels kann kein einzelner Faktor den Ausschlag für oder gegen die Vergleichbarkeit verschiedener Tätigkeiten geben. So genügt insbesondere nicht, dass die Tätigkeiten in einem Kollektivvertrag derselben Vergütungsgruppe zugeordnet werden.⁵⁷ Dieser Umstand kann Gleichwertigkeit allenfalls indizieren.⁵⁸

Insgesamt zeigt die Rechtsprechung des EuGH, dass der Begriff der gleichen oder gleichwertigen Arbeit wegen der Gesamtabwägung verschiedener Umstände notwendigerweise mit Unklarheiten verbunden bleiben muss. Insoweit gilt nichts anderes als etwa für den Begriff des Betriebsübergangs.⁵⁹ Der dort anzulegende Sieben-Punkte-Katalog führt mit Notwendigkeit dazu, dass kein einzelner Punkt entscheidend sein kann.⁶⁰ Ebenso wie dort überlässt der EuGH im Bereich der Entgeltgleichheit die Anwendung und Gewichtung

54 EuGH 31.5.1995 – C-400/93 (Royal Copenhagen), Slg. 1995, I-1275 Rn. 33; EuGH 11.5.1999 – C-309/07 (Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse), Slg. 1999, I-2865 Rn. 17; EuGH 26.6.2001 – C-381/99 (Brunnhöfer), Slg. 2001, I-4961 Rn. 43; EuGH 28.2.2013 – C-427/11 (Kenny u.a.), NZA 2013, 315 Rn. 27.

55 EuGH 11.5.1999 – C-309/07 (Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse), Slg. 1999, I-2865 Rn. 20 f.; s. auch EuGH 28.2.2013 – C-427/11 (Kenny u.a.), NZA 2013, 315 Rn. 28 f.

56 Diff. *Kietaibl*, DRdA 2014, 26 (27).

57 EuGH 11.5.1999 – C-309/07 (Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse), Slg. 1999, I-2865 Rn. 22.

58 EuGH 26.6.2001 – C-381/99 (Brunnhöfer), Slg. 2001, I-4961 Rn. 44 f.

59 Grdl. EuGH 19.5.1992 – C-29/91 (Redmond Stichting), Slg. 1992, I-3189 Rn. 24.

60 Instruktiv *Schlachter*, RdA-Beilage 2009, 31 (37): topische Methode der Interpretation.

der einzelnen Kriterien regelmäßig den vorlegenden Gerichten.⁶¹ Die Herausbildung von Fallgruppen, an denen sich die Rechtspraxis orientieren könnte, können daher allein die Gerichte der Mitgliedstaaten leisten.

3.3. Abwesenheitszeiten

In ausgesprochen unterschiedlichen Situationen hatte der EuGH zu entscheiden, ob Zeiten der Abwesenheit, insbesondere wegen der Betreuung von Kindern, zur Vermeidung einer Geschlechtsdiskriminierung auf das Dienstalter anzurechnen sind. Da sich insoweit in meinen Augen noch kein abschließendes Bild ergibt, möchte ich mich in diesem Bereich auf Kasuistik beschränken.

Im Grundsatz dürfen Kinder zu einer Verbesserung beim Dienstalter führen, das der Bemessung einer Pension zugrunde gelegt wird. Unzulässig war es in *Griesmar* aber, diese Verbesserungen allein bei Frauen ohne weitere Voraussetzungen vorzusehen, Männer jedoch selbst dann auszunehmen, wenn sie tatsächlich die Erziehung von Kindern wahrgenommen haben.⁶²

Für die Berechnung der Abfertigung hat der EuGH in der Rs. *Österreichischer Gewerkschaftsbund* entschieden, dass es keine unzulässige Diskriminierung wegen des Geschlechts sei, wenn zwar der Präsenzdienst, nicht aber Karenzurlaub nach dem Mutterschutzgesetz auf das Dienstalter angerechnet wird.⁶³

Grundsätzlich unzulässig war es in *Sass* hingegen, Zeiten des sogenannten Wochenurlaubs nach dem Recht der Deutschen Demokratischen Republik von der Berechnung der Beschäftigungsdauer auszunehmen.⁶⁴ Hier hat der EuGH in recht verallgemeinerungsfähiger Form entschieden, dass die Benachteiligung beim Dienstalter wegen eines Mutterschaftsurlaubs eine Diskriminierung wegen des Geschlechts darstellt.⁶⁵

Schließlich war es in *Sarkatzis Herrero* unzulässig, das Dienstantrittsdatum auf das Ende eines Mutterschaftsurlaubs zu verlegen.⁶⁶ Beginnt das Beschäfti-

61 EuGH 31.5.1995 – C-400/93 (Royal Copenhagen), Slg. 1995, I-1275 Rn. 35; EuGH 30.3.2000 – C-236/98 (Jämställdhetsombudsmannen), Slg. 2000, I-2189 Rn. 52; EuGH 26.6.2001 – C-381/99 (Brunnhöfer), Slg. 2001, I-4961 Rn. 50; EuGH 28.2.2013 – C-427/11 (Kenny u.a.), NZA 2013, 315 Rn. 26.

62 EuGH 29.11.2001 – C-366/99 (Griesmar), Slg. 2001, I-9383 Rn. 39 ff. zu Art. 119 EWG-V (heute: Art. 157 AEUV).

63 EuGH 8.6.2004 – C-220/02 (Österreichischer Gewerkschaftsbund), Slg. 2004, I-5907 Rn. 58 ff. zu Art. 141 EG (heute Art. 157 AEUV) sowie zur RL 75/117/EWG.

64 EuGH 18.11.2004 – C-284/02 (Sass), Slg. 2004, I-11143 Rn. 22 ff. zur RL 76/207/EWG.

65 EuGH 18.11.2004 – C-284/02 (Sass), Slg. 2004, I-11143 Rn. 36.

66 EuGH 16.2.2006 – C-294/04 (Sarkatzis Herrero), Slg. 2006, I-1513 Rn. 23 ff. zur RL 76/207/EWG.

ungsverhältnis während eines solchen Mutterschaftsurlaubs, dann muss auch diese Zeit bei der Berechnung des Dienstalters berücksichtigt werden.

4. Befristung

Zum Verbot der Benachteiligung wegen einer Befristung kann ich mich kurzfassen. § 4 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge⁶⁷ verbietet es, befristet beschäftigte Arbeitnehmer wegen der Befristung des Arbeitsverhältnisses schlechter zu behandeln, es sei denn, die unterschiedliche Behandlung ist aus sachlichen Gründen gerechtfertigt. Auch hieraus ergeben sich Schranken für vergütungsrechtliche Anknüpfungen an das Dienstalter.

Insbesondere darf bei Dienstalterszulagen grundsätzlich nicht zwischen den Dauerbeschäftigten und dem befristeten Personal unterschieden werden.⁶⁸ Eine solche Unterscheidung kann zwar möglicherweise gerechtfertigt sein. Die Befristung des Beschäftigungsverhältnisses ist jedoch für sich genommen kein hinreichender Sachgrund.⁶⁹

Unzulässige Diskriminierungen führen dazu, dass die befristet beschäftigten Arbeitnehmer einen Anspruch darauf haben, wie Dauerbeschäftigte behandelt und vergütet zu werden. Für rückwärtige Zeiträume führt das regelmäßig zu der im Diskriminierungsrecht typischen „Anpassung nach oben“,⁷⁰ d.h. zu einem Anspruch auf eine höhere dienstaltersabhängige Vergütung.

Dieser Anspruch ergibt sich, wenn sich das nationale Recht nicht richtlinienkonform auslegen lassen sollte, gegenüber staatlichen Arbeitgebern aus einer unmittelbaren Anwendung des sekundärrechtlichen Diskriminierungsverbots.⁷¹ Gegenüber privaten Arbeitgebern ist eine unmittelbare Anwendung von Richtlinien und damit auch der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge hingegen ausgeschlossen.⁷² Der EuGH hat das Verbot der Diskriminierung wegen einer befristeten Beschäftigung jedoch zu den besonders wichtigen Regeln des Sozialrechts der Union gezählt und dessen Nähe zu den allgemeinen Rechts-

67 Durchgeführt mit der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 (ABl. L 175 v. 10.7.1999, S. 43).

68 EuGH 13.9.2007 – C-307/05 (Del Cerro Alonso), Slg. 2007, I-7109 Rn. 57 f.

69 EuGH 22.12.2010 – C-444/09 und C-456/09 (Gavieiro Gavieiro und Iglesias Torres), Slg. 2010, I-14031 Rn. 57.

70 Vgl. EuGH 7.2.1991 – C-184/89 (Nimz), Slg. 1991, I-297 Rn. 18; ferner BAG v. 21.2.2013 – 8 AZR 68/12, NZA 2013, 955 Rn. 26.

71 EuGH 22.12.2010 – C-444/09 und C-456/09 (Gavieiro Gavieiro und Iglesias Torres), Slg. 2010, I-14031 Rn. 83; unberechtigte Kritik bei *Rolfs/de Groot*, ZESAR 2009, 5 (12 f.).

72 Statt vieler EuGH 5.10.2004 – C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer u.a.), Slg. 2004, I-8835 Rn. 108.

grundsätzen des Unionsrechts betont.⁷³ Es steht daher zu erwarten, dass er es als Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes ansieht, der sich aus Art. 20 GRC ergibt.⁷⁴ Das Grundrecht ist auch in einem Rechtsstreit gegen einen privaten Arbeitgeber zu berücksichtigen. Das würde letzten Endes dazu führen, dass auch bei privaten Arbeitgebern ein Anspruch auf „Anpassung nach oben“ bestehen kann.

5. Altersdiskriminierung

Damit gehe ich zum Verbot der Diskriminierung wegen des Alters über, das primärrechtlich in Art. 21 GRC und sekundärrechtlich in der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie⁷⁵ geregelt ist.

5.1. Systemwechsel

In der Bundesrepublik Deutschland mussten aufgrund des europarechtlichen Verbots der Altersdiskriminierung die Vergütungsstrukturen des öffentlichen Dienstes angepasst werden. Der vormalige Bundesangestelltentarifvertrag sah noch eine Vergütung nach dem Lebensalter vor, die offenkundig wegen des Alters diskriminierte und nicht zu rechtfertigen war.⁷⁶ Dieses System wurde abgelöst durch tarifvertragliche Regeln, die – vereinfacht gesprochen – zu einer Vergütung unter anderem nach dem Dienstalter übergangen, allerdings erworbene Besitzstände bewahrten. Die ursprünglich altersdiskriminierende Vergütungsstruktur wurde aufgrund besonderer Überleitungsbestimmungen übergangsweise fortgeführt.⁷⁷

Genau aus diesem Grund wurde das neue Vergütungssystem in *Hennigs und Mai* vor dem EuGH angegriffen. Die Kläger machten geltend, dass sich die ursprüngliche Altersdiskriminierung auch nach dem Systemwechsel noch aus-

73 EuGH 22.12.2010 – C-444/09 und C-456/09 (Gavieiro Gavieiro und Iglesias Torres), Slg. 2010, I-14031 Rn. 41.

74 Vgl. EuGH 19.1.2010 – C-555/07 (Kücükdeveci), Slg. 2010, I-365 Rn. 21 (der Sache nach zu Art. 21 GRC); EuGH 8.11.2018 – C-569/16 und C-570/16 (Bauer und Willmeroth), NZA 2018, 1467 Rn. 79 ff. (zu Art. 31 Abs. 2 GRC); allg. *Sagan*, in Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2019, Rn. 1.163 f.

75 Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABL L 303 v. 2.12.2000, S. 16).

76 So denn auch EuGH 8.9.2011 – C-297/10 und C-298/10 (Hennigs und Mai), Slg. 2011, I-7965 Rn. 77; zust. *Forst*, ZBR 2014, 312 (313).

77 Näher hierzu *Lenders*, PersR 2012, 162; ferner *Klimpe-Auerbach*, PersR 2012, 156 (159 f.).

wirkt und dies gegen das Unionsrecht verstoße.⁷⁸ Der EuGH ließ jedoch erhebliche Milde walten. Zwei Punkte verdienen es, hervorgehoben zu werden.

Erstens war der EuGH der Ansicht, die Bemessung des Entgelts nach dem Dienstalter sei grundsätzlich ohne Weiteres gerechtfertigt, da sie die Berufserfahrung honoriere, die es dem Arbeitnehmer ermöglicht, seine Arbeit besser zu verrichten.⁷⁹ Dafür verwies er ausdrücklich auf *Cadman*⁸⁰ und übernahm mithin einen Topos aus dem Recht der Geschlechtsdiskriminierung für das Recht der Altersdiskriminierung. Dabei stellt sich die Anknüpfung an das Dienstalter hier doch als ungleich problematischer dar. Das Dienstalter knüpft wesentlich direkter an das unzulässige Merkmal des Lebensalters an als an das Merkmal des Geschlechts. Dem EuGH zufolge bleibt es aber auch unter dem Verbot der Altersdiskriminierung bei dem Grundsatz, dass eine dienstaltersabhängige Vergütung die Berufserfahrung honorieren darf.⁸¹

Zweitens erkannte der EuGH die Wahrung erdienter Besitzstände als zwingenden Grundsatz des Allgemeininteresses an, der die Ungleichbehandlung nach dem Alter im Ergebnis rechtfertigte.⁸² Entscheidend war, dass sich das Lebensalter nach dem neuen Tarifsystem nicht mehr weiter auswirken konnte, die noch bestehenden Ungleichbehandlungen deswegen im Laufe der Zeit verschwinden würden. Die Überleitungsbestimmungen waren hingegen erforderlich, um Einkommensverluste zu vermeiden.⁸³ Es war daher nicht notwendig, das neue Vergütungssystem rückwirkend anzuwenden.⁸⁴

Insgesamt hatten die Tarifvertragspartner den ihnen zustehenden Gestaltungsspielraum nicht überschritten. Sie waren nach der Rechtsprechung des EuGH nicht verpflichtet, die Uhren gleichsam über Nacht auf null zu stellen. Das Verbot der Altersdiskriminierung durfte vielmehr langsam schleichend in einer Weise umgesetzt werden, wie man es sich in vergleichbarer Weise im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit oder dem Verbot der Geschlechtsdiskriminierung kaum vorstellen könnte.⁸⁵

78 Vgl. EuGH 8.9.2011 – C-297/10 und C-298/10 (Hennigs und Mai), Slg. 2011, I-7965 Rn. 30 und 41.

79 Vgl. EuGH 8.9.2011 – C-297/10 und C-298/10 (Hennigs und Mai), Slg. 2011, I-7965 Rn. 72; ebenso EuGH 14.3.2018 – C-482/16 (Stollwitzer), NZA 2018, 429 Rn. 39; zuvor bereits *Rungaldier*, ZAS 2007, 156 (160).

80 Dazu s. oben 3.1.3.

81 Dazu s. oben 3.1.3.

82 EuGH 8.9.2011 – C-297/10 und C-298/10 (Hennigs und Mai), Slg. 2011, I-7965 Rn. 90.

83 EuGH 8.9.2011 – C-297/10 und C-298/10 (Hennigs und Mai), Slg. 2011, I-7965 Rn. 96 und 98.

84 So nachfolgend EuGH 19.6.2014 – C-501/12 bis C-506/12, C-540/12 und C-541/12 (Specht u.a.), NZA 2014, 831 Rn. 80.

85 Vgl. *Rebhahn/Pfeil/Potacs*, wbl 2014, 1 (7 f.).

Ich nehme an, der EuGH wird es auch unter integrationspolitischen Gesichtspunkten nicht für zweckmäßig gehalten haben, hätte eine größere Zahl von Beschäftigten wegen des Unionsrechts Gehaltskürzungen hinnehmen müssen.⁸⁶ Auch aus diesem Grund wird er die Besitzstandswahrung akzeptiert haben.

Aufgrund dieser eher einmaligen Sondersituation bei der Einführung des Verbots der Altersdiskriminierung lassen sich die vom EuGH formulierten Grundsätze nicht ohne Weiteres auf andere Systemwechsel übertragen. Am ehesten wäre das denkbar für den Übergang von einer dienstaltersabhängigen Entlohnung zu einem Vergütungssystem, das nicht mehr nach dem Dienstalter unterscheidet. Auch in diesem Fall dürften die ursprünglichen Einkommensunterschiede wohl übergangsweise aufrechterhalten werden.

Nicht tragfähig wäre es hingegen, von *Hennigs und Mai* im Allgemeinen auf die Zulässigkeit von Stichtagen zu schließen, nach denen für die bisherige Stammebelegschaft ein bestimmtes Entlohnungssystem fortgeführt wird, neu eingestellte Arbeitnehmer hingegen einer für sie nachteilig abweichenden Vergütungsstruktur unterworfen werden. Die Stichtagsregelung mag sich erforderlichenfalls rechtfertigen lassen, hat aber kaum etwas mit den Besonderheiten gemein, die in *Hennigs und Mai* den Ausschlag gegeben haben.

Der Vollständigkeit halber ist zu ergänzen, dass der EuGH seine Rechtsprechung in *Specht* auf ähnlich gelagerte Fälle aus dem deutschen Beamtenrecht übertragen hat.⁸⁷ In *Unland* kam hingegen ein weiteres Problem hinzu. Der Gesetzgeber hatte – wiederum vereinfachend gesprochen – für ältere Richter im neuen Gehaltssystem einen schnelleren Stufenaufstieg vorgesehen. Hier wurden nicht nur erdiente Besitzstände gewahrt, sondern auch die Aussichten auf rasche Stufenaufstiege in der Zukunft. Doch auch das akzeptierte der EuGH, weil die Regelungen die Vergütungssumme in der Gesamtlaufbahn eines Richters sicherten und dazu führten, dass alle Richter im Alter von 49 Jahren die letzte Vergütungsstufe erreicht haben.⁸⁸ Das erachtete der EuGH für rundherum angemessen.

86 In diese Richtung auch *Forst*, ZBR 2014, 312 (313).

In EuGH 8.9.2011 – C-297/10 und C-298/10 (*Hennigs und Mai*), Slg. 2011, I-7965 Rn. 91 machte die deutsche Regierung geltend, ohne die Besitzstandswahrung nach den besonderen Überleitungsvorschriften hätten 55 % der Angestellten des Bundes eine Gehaltseinbuße in Höhe von durchschnittlich € 80 erlitten. EuGH 19.6.2014 – C-501/12 bis C-506/12, C-540/12 und C-541/12 (*Specht* u.a.), NZA 2014, 831 Rn. 65 hat angenommen, ohne die einschlägigen Überleitungsvorschriften hätten viele Beamte einen Gehaltsverlust von rund € 80 bis € 150 hinnehmen müssen.

87 EuGH 19.6.2014 – C-501/12 bis C-506/12, C-540/12 und C-541/12 (*Specht* u.a.), NZA 2014, 831; ebenso für einen Sonderfall EuGH 27.2.2020 – C-773/18 bis C-775/18 (*TK* u.a./Land Sachsen-Anhalt), NVwZ 2020, 944.

88 EuGH 9.9.2015 – C-20/13 (*Unland*), NVwZ 2016, 131 Rn. 56 ff.

Letztlich hat er in keinem aus Deutschland stammenden Fall, in dem der Übergang von einer Vergütung nach dem Lebensalter zu einer Vergütung nach dem Dienstalter in Rede stand, einen Verstoß gegen das Verbot der Altersdiskriminierung festgestellt.

5.2. Das verflixte 18. Jahr

5.2.1. Der Hütter-Grundsatz

Die anfänglich unscheinbar anmutende Entscheidung des EuGH in *Hütter* hat, schaut man auf seine nachfolgende Judikatur, offenbar eine wahre Klagewelle ausgelöst. In *Hütter* hat der EuGH – grob gesprochen – den Grundsatz formuliert, dass bei der Anrechnung von Vorbeschäftigungszeiten nicht danach unterschieden werden darf, in welchem Lebensalter die betreffenden Beschäftigungszeiten zurückgelegt worden sind.⁸⁹

Bereits hier griff der EuGH auf seine Rechtsprechung zur Entgeltgleichheit von Männern und Frauen, insbesondere auf *Cadman* zurück.⁹⁰ Auch im Bereich der Altersdiskriminierung darf der Arbeitgeber die Betriebserfahrung honorieren und bei der Vergütung nach dem Dienstalter differenzieren. Das Dienstalter ist daher auch im Bereich der Altersdiskriminierung nicht grundsätzlich suspekt. In *Hütter* ließ sich die Ausblendung der Beschäftigung vor dem 18. Lebensjahr jedoch nach Ansicht des EuGH nicht sachlich rechtfertigen.

5.2.2. Reparaturversuche

Im Nachgang zu *Hütter* kam es in Österreich zu Gesetzesänderungen, die das nationale Recht in Übereinstimmung mit dem Unionsrecht bringen sollten. In mehreren Fällen stellte der EuGH gleichwohl eine Altersdiskriminierung fest.

In *Schmitzer* hatte eine Gesetzesänderung es ermöglicht, vor der Vollendung des 18. Lebensjahres zurückgelegte Beschäftigungszeiten für die Berechnung des Vorrückungstichtages zu berücksichtigen. Die neue Gesetzeslage perpetuierte aber die vorherige Benachteiligung. Entscheidend war, dass sich bei den zuvor begünstigten Beschäftigten der Vorrückungstichtag nur änderte, wenn sie aus eigenem Antrieb einen Antrag stellten, an dem sie kaum jemals ein rechtes Interesse haben konnten.⁹¹ Für die vormals benachteiligten Beschäftigten verlängerten sich hingegen bei einer Neuberechnung des Vorrückungstichtages die für

89 EuGH 18.6.2009 – C-88/08 (*Hütter*), Slg. 2009, I-5325 Rn. 38; teilw. krit. *Sagan*, BB 2009, 1814 (1815).

90 EuGH 18.6.2009 – C-88/08 (*Hütter*), Slg. 2009, I-5325 Rn. 47; s. oben 3.1.3.

91 EuGH 11.11.2014 – C-530/13 (*Schmitzer*), ZESAR 2015, 180 Rn. 32; gleichwohl krit. *Schrammel*, DRdA 2015, 232 (238).

den Stufenaufstieg notwendigen Zeiträume.⁹² Damit wurde, so der EuGH, der Vorteil aus der Neuberechnung des Vorrückungstichtages neutralisiert.⁹³ Da die neue Gesetzeslage nach wie vor wegen des Alters diskriminierte, konnte der Systemwechsel nicht mit dem Gedanken der Besitzstandswahrung gerechtfertigt werden.⁹⁴

Dabei blieb es auch in *ÖBB Personenverkehr gegen Starjakob*. Dort stellte der EuGH klar, dass es keine Pflicht der Mitgliedstaaten gebe, Beschäftigten, die wegen ihres Alters diskriminiert wurden, auch für die Zukunft dauerhaft eine „Anpassung nach oben“⁹⁵ zu gewähren.⁹⁶ Die Mitgliedstaaten können jederzeit zu einem Vergütungssystem übergehen, das nicht wegen des Alters diskriminiert, und sind jedenfalls nicht nach dem Unionsrecht verpflichtet, für die bisherigen Vergütungen Bestandsschutz zu gewähren.

Daran hat der EuGH erneut in *Leitner* erinnert.⁹⁷ Auch in dieser Sache blieb es bei einer Altersdiskriminierung, weil die Regelungen zur Besitzstandswahrung gleichermaßen für die nach dem vorherigen Vergütungssystem begünstigten und benachteiligten Personen galten. Daher kam es nicht zu einer schrittweisen Angleichung und hierin unterschied sich die österreichische Rechtslage, wie der EuGH hervorhob, entscheidend von der Situation in *Specht* und *Unland*.⁹⁸

Für die Fälle der Vertragsbediensteten des öffentlichen Dienstes hat der EuGH seine Rechtsprechung auch in *Österreichischer Gewerkschaftsbund* bestätigt.⁹⁹

Insgesamt hat der EuGH einen aus meiner Sicht klaren Kerngedanken entwickelt: Nur wenn es nach dem Systemwechsel nicht mehr zu neuen Diskriminierungen wegen des Alters kommt, ist es zulässig, Besitzstände zu sichern und damit Diskriminierungen wegen des Alters übergangsweise fortzuführen. Erforderlich ist, dass die zuvor benachteiligten Personen über kurz oder lang aufholen, die altersdiskriminierenden Unterschiede also im Lauf der Zeit abschmelzen. Demgegenüber scheidet Besitzstandswahrung als Rechtfertigungsgrund aus,

92 EuGH 11.11.2014 – C-530/13 (Schmitzer), ZESAR 2015, 180 Rn. 31.

93 EuGH 11.11.2014 – C-530/13 (Schmitzer), ZESAR 2015, 180 Rn. 34; ähnl. *Rebhahn/Pfeil/Potacs*, wbl 2014, 1 (4): „egalisiert“; *Glowacka*, ZESAR 2016, 150 (158): kostenmäßige Nivellierung; s. auch *Kozak*, DRdA-InfAS 2015, 82 (83), der in diesem Zusammenhang von einem „Trauerspiel“ spricht.

94 EuGH 11.11.2014 – C-530/13 (Schmitzer), ZESAR 2015, 180 Rn. 44.

95 S. oben 4.

96 EuGH 28.1.2015 – C-417/13 (ÖBB Personenverkehr), NZA 2015, 217 Rn. 30 sowie 41 ff.

97 EuGH 8.5.2019 – C-396/17 (Leitner), ZESAR 2019, 492 Rn. 77; ebenso EuGH 14.3.2018 – C-482/16 (Stollwitzer), NZA 2018, 429 Rn. 28 ff.

98 EuGH 8.5.2019 – C-396/17 (Leitner), ZESAR 2019, 492 Rn. 48.

Resch, JBl 2013, 130 (132) verweist auf den Kompromisscharakter der kollektivvertraglichen Einigung; dagegen *Glowacka*, ZESAR 2016, 150 (156).

99 EuGH 8.5.2019 – C-24/17 (Österreichischer Gewerkschaftsbund u.a.), EAS Teil C RL 2000/78/EG Art. 1 Nr. 10 Rn. 26 ff.

wenn der Systemwechsel bestehende Nachteile nicht im Laufe der Zeit aufhebt.

Die Rechtsprechung des EuGH ist indes auf Kritik gestoßen. *Schrammel*¹⁰⁰ wendet ein, in *Schmitzer* sei der Gerichtshof von einer dauernden Diskriminierung ausgegangen, in *Hennigs* dagegen nur von einer temporären. Er habe aber nicht beantwortet, worin der Unterschied zwischen den beiden Entscheidungen liege. Erlaube man Besitzstandswahrung, müsste man auch akzeptieren, dass das bisherige Entlohnungssystem für längere Zeit beibehalten werde.

Meines Erachtens ist zu konzедieren, dass sich die mit der Besitzstandswahrung verbundene Perpetuierung der bisherigen Vergütung in *Hennigs* und *Schmitzer* nicht so nennenswert voneinander unterscheidet, dass sich damit die unterschiedlichen Ergebnisse rechtfertigen ließen. In dieser Hinsicht bestehen in der Tat Parallelen, auf die *Schrammel* zu Recht hinweist.

Ein Unterschied dürfte in der jeweiligen Ausgangssituation liegen. Das alte deutsche Tarifsysteм nach dem Bundesangestelltentarifvertrag regelte die Vergütung aller Arbeitnehmer nach dem Lebensalter. Die Benachteiligung wegen des Alters war sozusagen flächendeckend. Es gab keinen Arbeitnehmer, dessen Vergütung diskriminierungsfrei, d.h. unabhängig vom Lebensalter berechnet wurde. Man konnte nicht ermitteln, in welcher Höhe die Beschäftigten ohne die Berücksichtigung des Alters vergütet worden wären.

In diesem Punkt unterscheidet sich die typische *Hütter*-Konstellation. Hier führte die Altersdiskriminierung zu einer bestimmaren Vergütungsdifferenz, die man auf Heller und Pfennig beziffern konnte. Der EuGH unterscheidet auf dieser Grundlage in *Schmitzer* zwischen benachteiligten und begünstigten Personengruppen.¹⁰¹ Der insoweit spezifisch altersdiskriminierende Unterschied darf, so verstehe ich den EuGH, im neuen System nicht dauerhaft fortgeschrieben werden.¹⁰² Gelungen ist dies bei der ÖBB Personenverkehr, wie der EuGH in *Stollwitzer* anerkannt hat. Dort wurde das neue Entlohnungssystem unterschiedslos und diskriminierungsfrei sowohl auf die zuvor begünstigten als auch auf die zuvor benachteiligten Personen angewendet.¹⁰³

Dem EuGH ist darin zu folgen, dass spezifisch altersdiskriminierende Vergütungsdifferenzen bei einem Systemwechsel zumindest im Laufe der Zeit abgebaut werden müssen. Insoweit muss der Gedanke der Besitzstandswahrung zurücktreten. Freilich führt das dazu, dass Systemwechsel nicht zugleich sämtliche Besitzstände wahren und kostenneutral sein können. Entdiskriminierung gibt es nicht zum Nulltarif.

100 Auch zum Folgenden *Schrammel*, DRdA 2015, 232 (238); s. ferner *Rebhahn/Pfeil/Potacs*, wbl 2014, 1 (7 f.); tend. auch *Glowacka*, ZESAR 2019, 499 (499 f.).

101 EuGH 11.11.2014 – C-530/13 (*Schmitzer*), ZESAR 2015, 180 Rn. 27.

102 Tend. *Glowacka*, ZESAR 2019, 499 (500).

103 EuGH 14.3.2018 – C-482/16 (*Stollwitzer*), NZA 2018, 429 Rn. 33.

5.2.3. Vorrückungszeiträume

Ob der EuGH diesen Gedanken selbst stets konsequent angewandt hat, wird allerdings bezweifelt. In seine Systematik scheint sich das Urteil in *Bowman* nicht recht einzufügen. Dort ließ der EuGH im Zusammenhang mit der Anrechnung von Schulzeiten eine Verlängerung des ersten Vorrückungszeitraums um drei Jahre als nichtdiskriminierend passieren.¹⁰⁴ In der Literatur sprach man hingegen von einem „Trick“ des Gesetzgebers,¹⁰⁵ der nichts an der tatbestandlichen Ungleichbehandlung wegen des Alters ändern könne.¹⁰⁶ Ferner hätte man nach *Schmitzer* meinen können, auch in *Bowman* werde mit der Verlängerung des ersten Vorrückungszeitraums der Vorteil des vorverlagerten Vorrückungsstichtags neutralisiert.

Ein gewichtiger Unterschied liegt aber darin, dass in *Bowman* die Anrechnung von Schulzeiten mit der Verlängerung der ersten Vorrückungsstufe zusammenfiel.¹⁰⁷ Es gab vor der umstrittenen Änderung des Kollektivvertrages keine Beschäftigten, deren Schulzeiten angerechnet wurden und im Verhältnis zu denen Herr *Bowman* hätte benachteiligt werden können. Es ging nicht um die Fortschreibung eines zuvor altersdiskriminierenden Entlohnungssystems, sondern allein um die unterschiedliche Gestaltung von Vorrückungszeiträumen. Da die Anrechnung von Schulzeiten einheitlich für alle Arbeitnehmer eingeführt wurde,¹⁰⁸ konnte die Verlängerung des ersten Vorrückungszeitraums für sich genommen keine Ungleichbehandlung wegen des Alters darstellen. Die Entscheidung des EuGH ist deswegen im Ergebnis kein Systembruch, sondern passt sich nahtlos in seine sonstige Judikatur ein.

Zweifeln müsste man eher daran, ob *Hütter* die Anrechnung von Schulzeiten erforderlich gemacht hat, die nicht in den Anwendungsbereich der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie fallen.¹⁰⁹

5.2.4. Alterspension

Weitgehend Entwarnung kann man hingegen für den hier nur knapp anzusprechenden Bereich der Alterspensionen geben.

104 EuGH 21.12.2016 – C-539/15 (*Bowman*), NZA 2017, 109 Rn. 24 ff.; vgl. *Rebhahn/Pfeil/Potacs*, wbl 2014, 1 (4).

105 *Wachter*, Zur Beseitigung von Altersdiskriminierung à la viennoise, in *Wachter* (Hrsg.), Jahrbuch Altersdiskriminierung (2014), S. 299 (300); *Mair*, ZESAR 2017, 191 (192).

106 *Glowacka*, in *Krömer/Mitschka/Niksova/Pfalz* (Hrsg.), Arbeitsrecht und Arbeitswelt im europäischen Wandel (2016), S. 143 (150 ff.); *dies.*, ZESAR 2016, 150 (153 f.).

107 OGH 24.9.2015 – 9 ObA 20/15d – RdW 2016, 131 (unter VI.); dazu auch *Glowacka*, ZESAR 2016, 150 (152).

108 Vgl. EuGH 21.12.2016 – C-539/15 (*Bowman*), NZA 2017, 109 Rn. 30.

109 Vgl. *Rebhahn/Pfeil/Potacs*, wbl 2014, 1 (5); anders wohl *Kozak*, DRdA 2016, 17.

Bereits aus *Felber* folgt, dass sich der *Hütter*-Grundsatz nicht uneingeschränkt auf Alterspensionen umlegen lässt. Danach sind vor dem 18. Lebensjahr zurückgelegte Schulzeiten, in denen keine Beiträge zum Pensionssystem geleistet wurden, nach dem unionsrechtlichen Verbot der Altersdiskriminierung nicht notwendigerweise bei der Berechnung einer Pension zu berücksichtigen.¹¹⁰

Noch weiter ging der EuGH in *Lesar*. Er ging davon aus, dass es sich bei der Beamtenpension um ein betriebliches Pensionssystem für eine bestimmte Berufsgruppe handele, das an die Stelle der gesetzlichen Sozialversicherung trete.¹¹¹ Sodann verwies er darauf, nach der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie dürften die Mitgliedstaaten das Mindestalter für die Mitgliedschaft in Systemen der betrieblichen Altersversorgung festlegen.¹¹² Erforderlich sei lediglich, dass eine einheitliche Altersgrenze festgelegt werde.¹¹³ Unter Beachtung dieser Maßgabe dürfte *Hütter* im Grunde nicht für Betriebspensionen gelten.¹¹⁴

5.3. Anrechnung von Vorbeschäftigungen

Ebenso wie im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit ist im Hinblick auf das Verbot der Altersdiskriminierung die Frage aufgeworfen worden, welche Vorbeschäftigungszeiten anerkannt werden müssen, wenn sich die Vergütung nach dem Dienstalter richtet.

In *Tiroler Luftfahrt* sah der einschlägige Kollektivvertrag vor, dass nur Beschäftigungszeiten bei bestimmten Fluglinien anzurechnen sind. Das war aber, wie der EuGH überzeugend entschieden hat, keine Ungleichbehandlung wegen des Alters.¹¹⁵

Daran hat er in *Stollwitzer* festgehalten. Dort waren im Nachgang zu *Hütter* die vor dem 18. Lebensjahr zurückgelegten Beschäftigungszeiten nachträglich anerkannt worden, doch blieb dies im Kern auf Tätigkeiten im Eisenbahnsektor beschränkt. Auch das hat der EuGH akzeptiert, da damit weder unmittelbar noch mittelbar an das Alter angeknüpft werde.¹¹⁶

Das Verbot der Altersdiskriminierung belässt den Kollektivvertragsparteien

110 EuGH 21.5.2015 – C-529/13 (*Felber*), ZESAR 2016, 40 Rn. 29 ff. und 38. *Pfeil*, ZESAR 2016, 44 (46) zweifelt an der Vereinbarkeit mit *Hütter*.

111 EuGH 16.6.2016 – C-159/15 (*Lesar*), NZA 2016, 879 Rn. 28; so nun auch Art. 7 Abs. 2 RL 2006/54/EG; näher *Bokeloh*, ZESAR 2017, 244 (245 f.).

112 EuGH 16.6.2016 – C-159/15 (*Lesar*), NZA 2016, 879 Rn. 30 unter Verweis auf Art. 6 Abs. 2 RL 2000/78/EG.

113 EuGH 16.6.2016 – C-159/15 (*Lesar*), NZA 2016, 879 Rn. 32.

114 Vgl. *Schneller*, DRdA 2016 (284).

115 EuGH 7.6.2012 – C-132/11 (*Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt*), NZA 2012, 742 Rn. 30; zust. *Stupar*, ZAS 2013, 92 (94 f.).

116 EuGH 14.3.2018 – C-482/16 (*Stollwitzer*), NZA 2018, 429 Rn. 40.

folglich weitgehende Freiheit bei der Regelung anzuerkennender Vorbeschäftigungszeiten. Diese Freiheit ist gleichwohl mit Vorsicht zu genießen. Bei *Tiroler Luftfahrt* handelte es sich um einen reinen Inlandssachverhalt. Der EuGH hatte daher keine Veranlassung, zur Arbeitnehmerfreizügigkeit Stellung zu nehmen. In *Stollwitzer* genügte dem EuGH die knappe Feststellung, dass auch Vorbeschäftigungen in anderen Mitgliedstaaten angerechnet würden.¹¹⁷ Deswegen läge kein Verstoß gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit vor.

Ob er in einem grenzüberschreitenden Sachverhalt heute noch ebenso entscheiden würde, wird man zumindest bezweifeln müssen. Die jüngeren Entscheidungen in *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, *Krah* und *WN gegen Land Niedersachsen* deuten darauf hin, dass die sprichwörtliche Reise in eine andere Richtung gehen könnte.¹¹⁸

6. Zusammenfassende Thesen

Die wesentlichen Ergebnisse lassen sich verallgemeinernd wie folgt zusammenfassen:

1. Das Dienstalter ist nach dem Unionsrecht für die Bemessung des Entgelts von Arbeitnehmern kein unzulässiges Kriterium, berührt aber eine Reihe unionsrechtlicher Diskriminierungsverbote. Die einschlägigen Verbote werden vom EuGH unterschiedlich streng interpretiert. Trotz dieser Unterschiede hat sich in der Rechtsprechung des EuGH im Allgemeinen der Gedanke durchgesetzt, dass eine dienstaltersabhängige Vergütung zulässigerweise die Berufserfahrung honorieren kann.
2. a) Im Hinblick auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV) ist es eine grundsätzlich unzulässige Diskriminierung, wenn bei der Berechnung des Dienstalters im EU-Ausland zurückgelegte Vorbeschäftigungszeiten nicht anerkannt werden, die bei einer entsprechenden Tätigkeit im Inland angerechnet würden.
b) Höchstgrenzen für die Anrechnung von Vorbeschäftigungszeiten, die nicht nach der Staatsangehörigkeit unterscheiden, können die Arbeitnehmerfreizügigkeit unzulässig beschränken. Dem EuGH zufolge lassen sich solche Höchstgrenzen wohl nicht als Honorierung der sog. Betriebstreue rechtfertigen. Das dürfte jedoch nur für einen kontinuierlichen Gehaltsanstieg, nicht für jährlich auszuzahlende Halteprämien gelten.
3. a) Die Vergütung nach dem Dienstalter kann zu einer mittelbaren Benachtei-

117 EuGH 14.3.2018 – C-482/16 (*Stollwitzer*), NZA 2018, 429 Rn. 46.

118 S. oben 2.4.