

Bundesarbeitsgericht
Sechster Senat

Urteil vom 23. Februar 2017
- 6 AZR 244/16 -
ECLI:DE:BAG:2017:230217.U.6AZR244.16.0

I. Arbeitsgericht Stuttgart

Urteil vom 29. Juli 2015
- 29 Ca 1319/15 -

II. Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Urteil vom 18. Januar 2016
- 1 Sa 17/15 -

Entscheidungsstichworte:

Stufenzuordnung nach § 16 Abs. 2 TV-L - Zulässigkeit der Privilegierung
der beim selben Arbeitgeber erworbenen einschlägigen Berufserfahrung?
- Arbeitnehmerfreizügigkeit

Hinweis des Senats:

Überwiegende Parallelentscheidung zu führender Sache - 6 AZR 843/15 -

BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 244/16

1 Sa 17/15

Landesarbeitsgericht

Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
23. Februar 2017

URTEIL

Gaßmann, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

beklagtes, berufungsklagendes und revisionsbeklagtes Land,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. Februar 2017 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, die Richterin am Bundesarbeitsgericht

Gallner, den Richter am Bundesarbeitsgericht Krumbiegel sowie den ehrenamtlichen Richter Geyer und die ehrenamtliche Richterin Klar für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 18. Januar 2016 - 1 Sa 17/15 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die tarifliche Stufenzuordnung des Klägers. 1

Der Kläger ist seit 1. Oktober 2011 bei dem beklagten Land als Schulpsychologe in einer Beratungsstelle tätig. Auf das Arbeitsverhältnis ist jedenfalls aufgrund vertraglicher Bezugnahme der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) anzuwenden. Der Kläger ist in Entgeltgruppe E 13 TV-L eingruppiert. Bei seiner Einstellung wurde er Stufe 3 zugeordnet. Bei einer Teilzeittätigkeit von 75 % der regelmäßigen Arbeitszeit belief sich sein Bruttomonatsentgelt zunächst auf 2.952,09 Euro. Am 1. Oktober 2014 erreichte der Kläger Stufe 4 mit einem Entgelt von 3.243,97 Euro brutto. 2

Der Kläger ist Diplom-Psychologe. Nach anderen Vorbeschäftigungen in Baden-Württemberg war er vom 1. September 2000 bis 8. Februar 2002 bei den H Werkstätten für Behinderte mit einer halben Stelle Mitarbeiter eines Projekts und erhielt Entgelt nach Vergütungsgruppe IIa des Bundes-Angestellten-tarifvertrags (BAT). Vom 18. März 2002 bis 31. Dezember 2009 war der Kläger als Psychologe bei der Stiftung L tätig. Dabei war er in Vergütungsgruppe 2 AVR Caritas eingruppiert. Vom 1. Januar 2010 bis 30. September 2011 war der Kläger als Psychologe bei der Werkstätten E GmbH gegen Vergütung der Entgeltgruppe 13 TVöD-V beschäftigt. 3

§ 16 TV-L lautet auszugsweise:

4

„Stufen der Entgelttabelle

- (1) ¹Die Entgeltgruppen 9 bis 15 umfassen fünf Stufen und die Entgeltgruppen 2 bis 8 sechs Stufen. ...
- (2) ¹Bei der Einstellung werden die Beschäftigten der Stufe 1 zugeordnet, sofern keine einschlägige Berufserfahrung vorliegt. ²Verfügen Beschäftigte über eine einschlägige Berufserfahrung von mindestens einem Jahr aus einem vorherigen befristeten oder unbefristeten Arbeitsverhältnis zum selben Arbeitgeber, erfolgt die Stufenzuordnung unter Anrechnung der Zeiten der einschlägigen Berufserfahrung aus diesem vorherigen Arbeitsverhältnis. ³Ist die einschlägige Berufserfahrung von mindestens einem Jahr in einem Arbeitsverhältnis zu einem anderen Arbeitgeber erworben worden, erfolgt die Einstellung in die Stufe 2, beziehungsweise - bei Einstellung nach dem 31. Januar 2010 und Vorliegen einer einschlägigen Berufserfahrung von mindestens drei Jahren - in Stufe 3. ⁴Unabhängig davon kann der Arbeitgeber bei Neueinstellungen zur Deckung des Personalbedarfs Zeiten einer vorherigen beruflichen Tätigkeit ganz oder teilweise für die Stufenzuordnung berücksichtigen, wenn diese Tätigkeit für die vorgesehene Tätigkeit förderlich ist.

Protokollerklärungen zu § 16 Absatz 2:

1. Einschlägige Berufserfahrung ist eine berufliche Erfahrung in der übertragenen oder einer auf die Aufgabe bezogen entsprechenden Tätigkeit.
 - ...
 3. Ein vorheriges Arbeitsverhältnis im Sinne des Satzes 2 besteht, wenn zwischen dem Ende des vorherigen und dem Beginn des neuen Arbeitsverhältnisses ein Zeitraum von längstens sechs Monaten liegt; bei Wissenschaftlerinnen/Wissenschaftlern ab der Entgeltgruppe 13 verlängert sich der Zeitraum auf längstens zwölf Monate.
- (2a) Der Arbeitgeber kann bei Einstellung von Beschäftigten im unmittelbaren Anschluss an ein Arbeitsverhältnis im öffentlichen Dienst (§ 34 Absatz 3 Satz 3 und 4) die beim vorherigen Arbeitgeber nach den Regelungen des TV-L, des TVÜ-Länder oder eines

vergleichbaren Tarifvertrages erworbene Stufe bei der Stufenzuordnung ganz oder teilweise berücksichtigen; Absatz 2 Satz 4 bleibt unberührt.

- (3) ¹Die Beschäftigten erreichen die jeweils nächste Stufe - von Stufe 3 an in Abhängigkeit von ihrer Leistung gemäß § 17 Absatz 2 - nach folgenden Zeiten einer ununterbrochenen Tätigkeit innerhalb derselben Entgeltgruppe bei ihrem Arbeitgeber (Stufenlaufzeit):
- Stufe 2 nach einem Jahr in Stufe 1,
 - Stufe 3 nach zwei Jahren in Stufe 2,
 - Stufe 4 nach drei Jahren in Stufe 3,
 - Stufe 5 nach vier Jahren in Stufe 4 und
 - Stufe 6 nach fünf Jahren in Stufe 5 bei den Entgeltgruppen 2 bis 8.“

Der Kläger hat monatliche Entgeltdifferenzen zwischen Stufe 3 und Stufe 5 für die Zeit von Februar 2014 bis September 2014 und zwischen Stufe 4 und Stufe 5 für die Zeit von Oktober 2014 bis Februar 2015 verlangt. Er habe 16 Jahre Berufserfahrung bei anderen Arbeitgebern gesammelt. Wäre diese einschlägige Berufserfahrung angerechnet worden, hätte er bei der Einstellung Stufe 5 zugeordnet werden müssen. Nach dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 5. Dezember 2013 (- C-514/12 - [*Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH*]) sei es unzulässig, die bei anderen Arbeitgebern erworbenen Berufserfahrungszeiten unberücksichtigt zu lassen. Es sei unerheblich, dass die herangezogene Entscheidung die Anrechnung von Dienstzeiten betreffe, während § 16 Abs. 2 TV-L Berufserfahrungszeiten regle. In beiden Fällen seien ausländische Arbeitnehmer mit weitaus größerer Wahrscheinlichkeit betroffen als inländische Arbeitnehmer. Es fehle auch nicht an einem grenzüberschreitenden Element. Dass er selbst nicht grenzüberschreitend tätig geworden sei, sei unschädlich. Die Grundfreiheit der Arbeitnehmerfreizügigkeit müsse nicht ausgeübt werden. Für eine mittelbare Diskriminierung genüge es, dass eine Bestimmung das in Art. 45 AEUV sowie Art. 7 Abs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer inner-

5

halb der Union (*ABl. EU L 141 vom 27. Mai 2011 S. 1, Freizügigkeitsverordnung*) verankerte Diskriminierungsverbot verletzen und die Freizügigkeit beeinträchtigen könne. Der Eingriff in die Arbeitnehmerfreizügigkeit sei nicht gerechtfertigt. Die Regelung in § 16 Abs. 2 TV-L sei kein geeignetes Mittel, die Bindung von Arbeitnehmern an den Arbeitgeber zu fördern. Mit ihr werde nicht nur die Treue zum Arbeitgeber belohnt. Bei einem so großen Arbeitgeber wie dem beklagten Land werde vielmehr auch der Arbeitsmarkt abgeschottet.

Der Kläger hat - soweit für die Revision von Interesse - beantragt,

6

an ihn für die Monate Februar 2014 bis September 2014 jeweils 692,10 Euro brutto und für die Monate Oktober 2014 bis Februar 2015 jeweils 401,03 Euro brutto nebst Zinsen in im Einzelnen genannter, gestaffelter Höhe zu zahlen.

Das beklagte Land hat beantragt, die Klage abzuweisen. Es hat die Auffassung vertreten, die Regelung in § 16 Abs. 2 TV-L unterscheide sich grundlegend von den österreichischen Vorschriften, über die der Gerichtshof der Europäischen Union in dem vom Kläger herangezogenen Urteil entschieden habe. Im Fall des Klägers fehle der erforderliche Auslandsbezug, weil er seine einschlägige Berufserfahrung nur in Baden-Württemberg erworben habe. Zudem führe § 16 Abs. 2 Satz 3 TV-L nicht zu einer mittelbaren Diskriminierung von Wanderarbeitnehmern. Werde die Ansicht des Klägers zu Ende gedacht, handle es sich schon dann um eine unzulässige mittelbare Diskriminierung, wenn die Regelung nur einen einzigen inländischen Arbeitnehmer privilegiere oder einen einzigen Wanderarbeitnehmer benachteilige. Jedenfalls bestehe ein legitimes Interesse an der unterschiedlichen Behandlung bei der Stufenzuordnung. Anders als in dem Fall, über den der Gerichtshof der Europäischen Union mit Urteil vom 5. Dezember 2013 (- C-514/12 - [*Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH*]) entschieden habe, komme es nach § 16 Abs. 2 TV-L nicht auf die Vordienstzeit, sondern auf die Zeiten einer einschlägigen Berufserfahrung an. Nur die beim selben Arbeitgeber zurückgelegten Zeiten würden vollständig berücksichtigt. Die Tarifregelung in § 16 Abs. 2 TV-L sei objektiv gerechtfertigt und stehe auch in einem angemessenen

7

Verhältnis zum verfolgten Ziel. Es sei allgemein bekannt, dass die Einstiegsgehälter im öffentlichen Dienst nicht sehr hoch seien. Die Tarifvertragsparteien hätten Anreize dafür schaffen wollen, auch jüngere Personen für eine Tätigkeit im öffentlichen Dienst zu gewinnen. Werde die von den Tarifvertragsparteien getroffene Regelung beanstandet, sei dies ein schwerwiegender Eingriff in die Tarifautonomie.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat sie abgewiesen. Mit der Revision will der Kläger das erstinstanzliche Urteil wiederhergestellt wissen. 8

Entscheidungsgründe

Die Revision ist zulässig, aber unbegründet. 9

A. Sie ist entgegen der Auffassung des beklagten Landes ordnungsgemäß ausgeführt. 10

I. Zur ordnungsgemäßen Begründung der Revision müssen nach § 72 Abs. 5 ArbGG, § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ZPO die Revisionsgründe angegeben werden. Bei Sachrügen sind diejenigen Umstände bestimmt zu bezeichnen, aus denen sich die Rechtsverletzung ergibt (§ 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a ZPO). Die Revisionsbegründung muss den angenommenen Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts so aufzeigen, dass Gegenstand und Richtung des Revisionsangriffs erkennbar sind. Das erfordert eine Auseinandersetzung mit den tragenden Gründen der angefochtenen Entscheidung (*st. Rspr., vgl. zB BAG 17. Februar 2016 - 10 AZR 600/14 - Rn. 11 mwN*). 11

II. Diesen Erfordernissen ist genügt. 12

1. Das angefochtene Urteil stützt sich auf zwei selbständig tragende Begründungen. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der sachliche An- 13

wendungsbereich des Art. 45 Abs. 2 AEUV und des Art. 7 Abs. 1 der Freizügigkeitsverordnung sei nicht eröffnet. Jedenfalls sei eine unterstellte mittelbare Benachteiligung durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt.

2. Das beklagte Land rügt nicht, die Revision habe sich nicht mit der Frage des sachlichen Anwendungsbereichs der Arbeitnehmerfreizügigkeitsbestimmungen und dem Problem der (mittelbaren) Benachteiligung von Wanderarbeitnehmern auseinandergesetzt. Das Land beanstandet vielmehr, die Revision habe sich nicht hinreichend mit der Rechtfertigung der Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit befasst. Ferner sei die Revision nicht auf Art. 3 Abs. 1 GG eingegangen. 14

3. Die Revision hat die Frage der Rechtfertigung der mittelbaren Benachteiligung ausreichend behandelt. 15

a) Sie hat unionsrechtlich legitime Ziele und zwingende Gründe des Allgemeininteresses mit näherer Argumentation verneint. So hat die Revision die vom Landesarbeitsgericht aufgeworfenen Fragen der Bindung an einen bestimmten Arbeitgeber, der Wahrung von Besitzständen und der Förderung der Betriebstreue erörtert. Sie hat den Bindungszweck unterstellt. Dieser sei nach der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 5. Dezember 2013 (- C-514/12 - [*Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH*]) aber nicht geeignet, die Verwirklichung dieses Ziels zu gewährleisten. Letztlich werde durch § 16 Abs. 2 TV-L nicht die Treue eines Arbeitnehmers zu einem bestimmten Arbeitgeber honoriert, sondern die Mobilität innerhalb einer Gruppe verschiedener Arbeitgeber. Dem stehe nicht entgegen, dass es sich beim beklagten Land um einen einzigen Arbeitgeber handle. Bei so großen Arbeitgebern habe der Gerichtshof der Europäischen Union wegen der vielfältigen Einsatzmöglichkeiten vor allem in der Sache Köbler angenommen, dass nicht nur die Treue zum Arbeitgeber belohnt werde. Vielmehr werde zugleich der Arbeitsmarkt abgeschottet (vgl. *EuGH 30. September 2003 - C-224/01 - Slg. 2003, I-10239: mehrere Universitäten*). Diese Überlegungen seien auf die Beschäftigungsmöglichkeiten beim beklagten Land übertragbar. 16

- b) Damit wird die Revision den Begründungsanforderungen mit Blick auf die Frage der Rechtfertigung der mittelbaren Benachteiligung gerecht. Auf die Gleichheitswidrigkeit nach dem nationalen Verfassungsrecht des Art. 3 Abs. 1 GG kommt es für sie nicht mehr an, weil sie § 16 Abs. 2 Satz 3 TV-L aufgrund der von ihr angenommenen Unionsrechtswidrigkeit für nichtig und folglich eine „Anpassung nach oben“ für geboten hält. 17
- B. Die Revision ist jedoch unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat das Urteil des Arbeitsgerichts zu Recht abgeändert und die Klage abgewiesen. Der Kläger war bei seiner Einstellung am 1. Oktober 2011 Stufe 3 und seit 1. Oktober 2014 Stufe 4 der Entgeltgruppe 13 TV-L zugeordnet. 18
- I. Der Kläger wäre bei seiner Einstellung am 1. Oktober 2011 allerdings Stufe 5 der Entgeltgruppe 13 TV-L zuzuordnen gewesen, wenn er seine Berufserfahrung in einem Arbeitsverhältnis mit dem beklagten Land erworben hätte. 19
1. Nach der Protokollerklärung Nr. 1 zu § 16 Abs. 2 TV-L ist einschlägige Berufserfahrung eine berufliche Erfahrung in der übertragenen oder einer auf die Aufgabe bezogen entsprechenden Tätigkeit. Die Protokollerklärung ist dahin zu verstehen, dass erworbene Berufserfahrung bei der Einstellung nur dann zu berücksichtigen ist, wenn die frühere Tätigkeit im Wesentlichen unverändert fortgesetzt wird oder zumindest gleichartig war. Das setzt grundsätzlich voraus, dass der Beschäftigte die Berufserfahrung in einer Tätigkeit erlangt hat, die in ihrer eingruppierungsrechtlichen Wertigkeit der Tätigkeit entspricht, die er nach seiner Einstellung auszuüben hat (*vgl. BAG 17. Dezember 2015 - 6 AZR 432/14 - Rn. 40; 5. Juni 2014 - 6 AZR 1008/12 - Rn. 31, BAGE 148, 217*). 20
2. Diesen Maßstäben entsprechen jedenfalls die drei jüngeren Arbeitsverhältnisse des Klägers vor seiner Beschäftigung beim beklagten Land. 21
- a) Für die Arbeitsverhältnisse mit den H Werkstätten für Behinderte vom 1. September 2000 bis 8. Februar 2002, mit der Stiftung L vom 18. März 2002 bis 31. Dezember 2009 und mit der Werkstätten E GmbH vom 1. Januar 2010 bis 30. September 2011 war prägend, dass der Kläger als Diplom-Psychologe 22

beratend, anleitend und überwachend tätig war. Darüber hinaus wirkte er bei der Erstellung und Durchführung von Konzeptionen und Präsentationen mit. Die Tätigkeit des Klägers als Schulpsychologe ist im Wesentlichen gleichartig. Er kann sein früher erworbenes Wissen und Können in seiner jetzigen Tätigkeit nach den ungerügten Feststellungen des Landesarbeitsgerichts unverändert einsetzen.

b) Für diese drei vorangegangenen Arbeitsverhältnisse ist das weitere Erfordernis gewahrt, dass sich die früheren Tätigkeiten und die jetzige Tätigkeit in ihrer eingruppierungsrechtlichen Wertigkeit entsprechen. Der Kläger war bei den H Werkstätten für Behinderte in Vergütungsgruppe IIa BAT eingruppiert. Während des Arbeitsverhältnisses mit der Stiftung L war er in Vergütungsgruppe 2 der AVR Caritas eingruppiert. Bei der Werkstätten E GmbH war der Kläger in Entgeltgruppe 13 TVöD-V eingruppiert. Alle drei Vergütungs- oder Entgeltgruppen entsprechen Entgeltgruppe 13 TV-L, wie das Landesarbeitsgericht ohne Rechtsfehler angenommen hat. 23

c) Der Kläger erfüllt zudem die weitere Voraussetzung, dass zwischen den genannten Arbeitsverhältnissen und dem Arbeitsverhältnis mit dem beklagten Land seit 1. September 2000 keine Unterbrechung von mehr als sechs Monaten lag. Der tariflich unregelmäßige Fall, welche Unterbrechungen bei einem Wechsel von einem anderen Arbeitgeber unschädlich sind, verlangt nach der Rechtsfolge des geregelten Falls der erneuten Einstellung durch denselben Arbeitgeber. Der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, die beiden Personengruppen gleichzubehandeln. Die Protokollerklärung Nr. 3 zu § 16 Abs. 2 TV-L ist daher auch auf § 16 Abs. 2 Satz 3 TV-L anzuwenden (*vgl. BAG 3. Juli 2014 - 6 AZR 1088/12 - Rn. 24*). 24

d) Bei der vereinbarten Aufnahme der Arbeit mit dem beklagten Land hatte der Kläger einschlägige Berufserfahrung von zehn Jahren und mehr als elf Monaten erworben. Damit hätte er die erforderliche Zeit von zehn Jahren für die Zuordnung zu Stufe 5 bei Beginn des Arbeitsverhältnisses mit dem beklagten Land am 1. Oktober 2011 überschritten gehabt, wenn die Zeiten seiner Arbeits- 25

verhältnisse mit anderen Arbeitgebern aus Gründen des Unionsrechts oder des nationalen Verfassungsrechts anrechnungsfähigen Zeiten mit dem beklagten Land gleichzustellen wären.

II. Die Zuordnung des Klägers zunächst zu Stufe 3 und seit 1. Oktober 2014 zu Stufe 4 der Entgeltgruppe 13 TV-L widerspricht jedoch weder dem Unionsrecht noch dem deutschen Verfassungsrecht. 26

1. § 16 Abs. 2 Satz 3 TV-L verstößt nicht gegen Art. 45 Abs. 2 AEUV und Art. 7 Abs. 1 der Freizügigkeitsverordnung, wenn Arbeitnehmer nur in der Bundesrepublik Deutschland beschäftigt waren und keine Qualifikationen in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union erworben haben. Der Anwendungsbereich der Freizügigkeitsvorschriften ist nicht eröffnet. Das ist durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union geklärt. 27

a) Die Regelungen über die Arbeitnehmerfreizügigkeit sind auf den Kläger persönlich anwendbar. 28

aa) Er ist unbedenklich Arbeitnehmer iSd. autonom zu bestimmenden und nicht eng auszulegenden Arbeitnehmerbegriffs in Art. 45 AEUV. Als angestellter Schulpsychologe erbringt er während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält (vgl. zB *EuGH 10. September 2014 - C-270/13 - [Haralambidis] Rn. 27 f.; 28. Februar 2013 - C-544/11 - [Petersen] Rn. 30; BAG 15. Dezember 2016 - 6 AZR 430/15 - Rn. 54 mwN*). 29

bb) Der Kläger ist auch nicht in der öffentlichen Verwaltung iSd. Ausnahmeregelung des Art. 45 Abs. 4 AEUV beschäftigt. 30

(1) Der Begriff der öffentlichen Verwaltung iSv. Art. 45 Abs. 4 AEUV ist unionsweit einheitlich auszulegen. Er betrifft diejenigen Stellen, die eine unmittelbare oder mittelbare Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und an der Wahrnehmung von Aufgaben mit sich bringen, die auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staats oder anderer öffentlicher Körperschaften ge- 31

richtet sind. Solche Belange setzen ein Verhältnis besonderer Verbundenheit des jeweiligen Stelleninhabers zum Staat sowie die Gegenseitigkeit der Rechte und Pflichten voraus, die der Staatsangehörigkeit zugrunde liegen. Die Ausnahme in Art. 45 Abs. 4 AEUV gilt dagegen nicht für Stellen, die zwar dem Staat oder anderen öffentlich-rechtlichen Einrichtungen zuzuordnen sind, jedoch keine Mitwirkung bei der Erfüllung von Aufgaben mit sich bringen, die zur öffentlichen Verwaltung im eigentlichen Sinn gehören (*vgl. EuGH 10. September 2014 - C-270/13 - [Haralambidis] Rn. 42 bis 45 mwN*).

(2) Dem als Schulpsychologen beschäftigten Kläger sind beim beklagten Land keine hoheitlichen Aufgaben übertragen. Seine Tätigkeit ist deswegen nicht nach Art. 45 Abs. 4 AEUV von den Bestimmungen über die Arbeitnehmerfreizügigkeit ausgenommen. 32

b) Der sachliche Anwendungsbereich des Art. 45 Abs. 2 AEUV und des ihn ausformenden Art. 7 Abs. 1 der Freizügigkeitsverordnung ist demgegenüber nicht eröffnet. Der Anwendung von Art. 45 AEUV steht zwar nicht entgegen, dass es sich bei § 16 Abs. 2 Satz 3 TV-L um eine Tarifnorm handelt. Art. 45 AEUV erstreckt sich nicht nur auf behördliche Maßnahmen, sondern auch auf Vorschriften anderer Art, die dazu dienen, unselbständige Arbeit kollektiv zu regeln (*vgl. EuGH 10. März 2011 - C-379/09 - [Casteels] Rn. 19 mwN, Slg. 2011, I-1379; 16. März 2010 - C-325/08 - [Olympique Lyonnais] Rn. 30 mwN, Slg. 2010, I-2177*). Art. 45 Abs. 2 AEUV und Art. 7 Abs. 1 der Freizügigkeitsverordnung sind aber nicht anzuwenden, weil der Sachverhalt den erforderlichen Auslandsbezug nicht aufweist. Der Kläger war nie in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union als in der Bundesrepublik Deutschland und auch nicht im Europäischen Wirtschaftsraum beschäftigt. Er hat in anderen Staaten keine Qualifikationen erworben. Der Senat darf den grenzüberschreitenden Bezug selbst verneinen. Die Frage ist durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union geklärt. 33

aa) Ein nationales letztinstanzliches Gericht muss seiner Vorlagepflicht aus Art. 267 Unterabs. 3 AEUV nachkommen, wenn sich in einem Verfahren eine 34

Frage des Unionsrechts stellt, die entscheidungserheblich ist und nicht bereits Gegenstand einer Auslegung durch den Gerichtshof der Europäischen Union war, wenn die richtige Anwendung des Unionsrechts nicht derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum bleibt (vgl. in jüngerer Vergangenheit etwa: EuGH 9. September 2015 - C-72/14 und C-197/14 - [van Dijk] Rn. 55 ff.; 9. September 2015 - C-160/14 - [João Filipe Ferreira da Silva e Brito ua.] Rn. 38 ff.; grundlegend EuGH 6. Oktober 1982 - 283/81 - [C.I.L.F.I.T.] Rn. 21, Slg. 1982, 3415; weiterentwickelt von EuGH 15. September 2005 - C-495/03 - [Intermodal Transports] Rn. 33 ff., Slg. 2005, I-8151).

bb) Das letztinstanzliche Hauptsachegericht muss sich hinsichtlich des materiellen Unionsrechts hinreichend kundig machen. Etwaige einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union hat es auszuwerten und seine Entscheidung daran zu orientieren. Auf dieser Grundlage muss sich das Fachgericht unter Anwendung und Auslegung des materiellen Unionsrechts die vertretbare Überzeugung bilden, dass die Rechtslage entweder von vornherein eindeutig (sog. *acte clair*) oder durch die Rechtsprechung des EuGH in einer Weise geklärt ist, die keinen vernünftigen Zweifel lässt (sog. *acte éclairé*). Hinsichtlich der Voraussetzungen eines *acte clair* oder *acte éclairé* kommt dem letztinstanzlichen Hauptsachegericht ein Beurteilungsrahmen zu (vgl. BVerfG 15. Dezember 2016 - 2 BvR 221/11 - Rn. 36 f. mwN; 15. Januar 2015 - 1 BvR 499/12 - Rn. 8 f. mwN).

cc) Danach besteht keine Vorlagepflicht. Die Frage des Auslandsbezugs im Zusammenhang mit Art. 45 Abs. 2 AEUV und Art. 7 Abs. 1 der Freizügigkeitsverordnung ist durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union geklärt.

(1) Art. 45 Abs. 2 AEUV verbietet jede auf der Staatsangehörigkeit beruhende unterschiedliche Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen. Art. 7 Abs. 1 der Freizügigkeitsverordnung stellt nur eine besondere Ausprägung des in Art. 45 Abs. 2 AEUV enthaltenen Diskriminierungsverbots auf dem speziellen

Gebiet der Beschäftigungsbedingungen und der Arbeit dar. Die Verordnungsnorm ist ebenso auszulegen wie Art. 45 Abs. 2 AEUV (vgl. *EuGH 15. Dezember 2016 - C-401/15 - [Depesme] Rn. 35 mwN*).

(2) Die Vorschriften des AEUV über die Freizügigkeit und die zu ihrer Durchführung ergangenen Verordnungen sind jedoch nicht auf Tätigkeiten anzuwenden, die keinerlei Berührungspunkte mit einem der Sachverhalte aufweisen, auf die das Unionsrecht abstellt und die mit keinem Element über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweisen (vgl. *EuGH 6. Oktober 2015 - C-298/14 - [Brouillard] Rn. 26; 15. November 2011 - C-256/11 - [Dereci ua.] Rn. 60 mwN, Slg. 2011, I-11315; 11. Juli 2002 - C-60/00 - [Carpenter] Rn. 28, Slg. 2002, I-6279*). Anderes gilt, wenn berufliche oder akademische Qualifikationen in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen erworben wurden, dessen Staatsangehöriger der Betroffene ist (vgl. *EuGH 6. Oktober 2015 - C-298/14 - [Brouillard] Rn. 27; 31. März 1993 - C-19/92 - [Kraus] Rn. 16 f.*). Art. 45 AEUV erfasst dagegen keine rein internen, auf einen Mitgliedstaat beschränkten Sachverhalte (vgl. *noch zu Art. 39 EG: EuGH 16. Dezember 2004 - C-293/03 - [My] Rn. 40, Slg. 2004, I-12013; 5. Juni 1997 - C-64/96 und C-65/96 - [Uecker und Jacquet] Rn. 16 f.*). Die Arbeitnehmerfreizügigkeit kann deshalb nicht auf die Situation von Personen angewandt werden, die von dieser Freiheit nie Gebrauch gemacht haben (vgl. *EuGH 25. Juli 2002 - C-459/99 - [MRAX] Rn. 39, Slg. 2002, I-6591*). Die rein hypothetische Aussicht, das Recht auf Freizügigkeit auszuüben, stellt keinen Bezug zum Unionsrecht her, der eng genug wäre, um die Unionsbestimmungen anzuwenden (vgl. *EuGH 8. November 2012 - C-40/11 - [Iida] Rn. 77; 29. Mai 1997 - C-299/95 - [Kremzow] Rn. 16, Slg. 1997, I-2629; 28. Juni 1984 - 180/83 - [Moser] Rn. 18, Slg. 1984, 2539*). Gleiches gilt für die rein hypothetische Aussicht einer Beeinträchtigung dieses Rechts (vgl. *EuGH 8. November 2012 - C-40/11 - [Iida] aaO; ErfK/Wißmann 17. Aufl. Art. 45 AEUV Rn. 14*).

38

(3) Ein Unionsbürger kann sich gegenüber nationalen Normen daher nicht auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen, wenn er - wie der Kläger - niemals in

39

einem anderen Mitgliedstaat gewohnt, gearbeitet, studiert, ein Hochschuldiplom oder einen Berufsabschluss erworben oder anderweitig von seinem Recht auf Arbeitnehmerfreizügigkeit Gebrauch gemacht hat (vgl. *EuGH 2. Juli 1998 - C-225/95, C-226/95, C-227/95 - [Kapasakalis ua.] Rn. 21, Slg. 1998, I-4239*). Die Unionsbürgerschaft bezweckt nicht, den sachlichen Anwendungsbereich der Verträge auf interne Sachverhalte auszudehnen, die keinerlei Bezug zum Unionsrecht aufweisen (vgl. *noch zu Art. 17 EG EuGH 1. April 2008 - C-212/06 - [Gouvernement de la Communauté française] Rn. 39 mwN, Slg. 2008, I-1683*). Das gilt auch für die mittlerweile in Art. 20 AEUV geregelte Unionsbürgerschaft nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1. Dezember 2009.

(4) Die Rechtsprechungslinie des Gerichtshofs der Europäischen Union zu dem für die Freizügigkeitsbestimmungen nötigen grenzüberschreitenden Bezug ist durch dessen Entscheidung vom 5. Dezember 2013 (*- C-514/12 - [Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH]*) nicht aufgegeben worden. 40

(a) Die in der Sache Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH behandelte kollektive Streitigkeit zwischen dem Zentralbetriebsrat und der österreichischen Krankenhausgesellschaft wies ohne Weiteres einen Auslandsbezug auf. 113 der 716 Ärzte und 340 der 2.850 nicht-ärztlichen Beschäftigten stammten aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder dem Europäischen Wirtschaftsraum (vgl. *EuGH 5. Dezember 2013 - C-514/12 - [Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH] Rn. 10*). 41

(b) Der Annahme, die Frage des Auslandsbezugs sei durch die Rechtsprechung des EuGH geklärt, steht nicht entgegen, dass die Gründe, aus denen sich ein Wanderarbeitnehmer dafür entscheidet, von seinem Recht auf Freizügigkeit innerhalb der Union Gebrauch zu machen, bei der Beurteilung des diskriminierenden Charakters einer nationalen Vorschrift nicht berücksichtigt werden dürfen. Die Möglichkeit, sich auf eine so grundlegende Freiheit wie die 42

Freizügigkeit zu berufen, kann zwar nicht durch Überlegungen rein subjektiver Art eingeschränkt werden (vgl. *EuGH 5. Dezember 2013 - C-514/12 - [Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH] Rn. 33; 23. Mai 1996 - C-237/94 - [O'Flynn] Rn. 21, Slg. 1996, I-2617*). Sowohl in der Sache Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH als auch in der Sache O'Flynn waren aber - zumindest auch - Wanderarbeitnehmer betroffen (vgl. *EuGH 5. Dezember 2013 - C-514/12 - [Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH] Rn. 10; 23. Mai 1996 - C-237/94 - [O'Flynn] Rn. 6, aaO*). Voraussetzung des sachlichen Anwendungsbereichs der Arbeitnehmerfreizügigkeit ist ein grenzüberschreitender Bezug. Ist ein Auslandsbezug zu bejahen, kommt es dagegen nicht auf die Beweggründe des Wanderarbeitnehmers oder Grenzgängers an, von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen (vgl. *EuGH 5. Dezember 2013 - C-514/12 - [Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH] Rn. 33; 23. Mai 1996 - C-237/94 - [O'Flynn] Rn. 21, aaO*).

(c) Der Gerichtshof der Europäischen Union hat seine Rechtsprechungslinie zu dem für die Anwendbarkeit der Arbeitnehmerfreizügigkeit notwendigen Auslandsbezug auch nach dem Urteil vom 5. Dezember 2013 in der Sache Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH (- C-514/12 -) bekräftigt. 43

(aa) Besonders augenfällig wird das in der Sache Brouillard (*EuGH 6. Oktober 2015 - C-298/14 - Rn. 26 f.*). Dort führt der EuGH in Rn. 26 zu Art. 45 AEUV zunächst aus, dass die Vorschriften des AEUV über die Freizügigkeit nach ständiger Rechtsprechung nicht auf Tätigkeiten anwendbar seien, die keinerlei Berührungspunkte mit irgendeinem der Sachverhalte aufwiesen, auf die das Unionsrecht abstelle, und die mit keinem Element über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinauswiesen. Dazu nimmt der Gerichtshof ua. Bezug auf die Sache Uecker und Jacquet (*EuGH 5. Juni 1997 - C-64/96 und C-65/96 - Rn. 16*). In Rn. 27 der Sache Brouillard präzisiert der Gerichtshof diese Aussa- 44

ge unter Hinweis auf die Sache Kraus (*EuGH 31. März 1993 - C-19/92 - Rn. 16 f.*). Er weist darauf hin, dass die Freizügigkeit nicht voll verwirklicht wäre, wenn die Mitgliedstaaten die Anwendung der Vorschriften des AEUV denjenigen Staatsangehörigen versagen dürften, die dank der Erleichterungen der Freizügigkeit berufliche Qualifikationen oder die Grundausbildung ergänzende akademische Qualifikationen in einem anderen Mitgliedstaat als ihrem Herkunftsstaat erworben hätten.

(bb) Auch in der Sache Kohll und Kohll-Schlesser ist der grenzüberschreitende Bezug deutlich ausgedrückt (*vgl. EuGH 26. Mai 2016 - C-300/15 - Rn. 22*). Der Gerichtshof weist dort darauf hin, dass jeder Unionsbürger, der vom Recht auf Arbeitnehmerfreizügigkeit Gebrauch gemacht und in einem anderen Mitgliedstaat als seinem Wohnsitzstaat eine Berufstätigkeit ausgeübt habe, unabhängig von seinem Wohnort und seiner Staatsangehörigkeit in den Anwendungsbereich des Art. 45 AEUV falle. Er nimmt hierfür Bezug auf die Sache Petersen (*EuGH 28. Februar 2013 - C-544/11 - Rn. 34 mwN*). 45

(cc) In allen Individualstreitigkeiten im Rahmen von Vorabentscheidungsersuchen, die in jüngerer Vergangenheit die Arbeitnehmerfreizügigkeit zum Gegenstand hatten, handelte es sich um Wanderarbeitnehmer oder Grenzgänger oder es bestand zB durch eine Angehörigeneigenschaft ein Bezug zu mindestens zwei Mitgliedstaaten (*vgl. EuGH 15. Dezember 2016 - C-401/15 - [Depesme] Rn. 17 ff.; 27. Oktober 2016 - C-465/14 - [Wieland, Rothwangl] Rn. 24 ff.; 13. Juli 2016 - C-187/15 - [Pöpperl] Rn. 19 ff. mit Besprechung Reinecke AuR 2016, 396; 12. April 2016 - C-561/14 - [Genc] Rn. 35 ff.; 7. April 2016 - C-284/15 - [ONEm] Rn. 9; 15. September 2015 - C-67/14 - [Alimanovic] Rn. 25 ff.; 23. April 2015 - C-382/13 - [Franzen, Giesen, van den Berg] Rn. 23 ff., 30 ff., 33 ff.; 26. Februar 2015 - C-623/13 - [de Ruyter] Rn. 39 ff.; 24. Februar 2015 - C-512/13 - [Sopora] Rn. 9; 18. Dezember 2014 - C-523/13 - [Larcher] Rn. 34 ff.; 5. November 2014 - C-103/13 - [Somova] Rn. 1 f.; 20. Juni 2013 - C-20/12 - [Giersch] Rn. 37 ff.*). Ein grenzüberschreitender Bezug war auch in zwei jüngeren Vertragsverletzungsverfahren vorhanden, 46

in denen Verstöße gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit bejaht wurden (vgl. *EuGH 21. Januar 2016 - C-515/14 - [Kommission/Republik Zypern] Rn. 1; 5. Februar 2015 - C-317/14 - [Kommission/Königreich Belgien] Rn. 22 f.*).

dd) Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist geklärt, dass sich der Kläger nicht auf die Grundfreiheit der Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen kann, um die Zuordnung zu einer höheren Stufe der Entgeltgruppe 13 TV-L zu erlangen. Dem steht entgegen, dass er weder in einem anderen Mitgliedstaat als der Bundesrepublik Deutschland oder im Europäischen Wirtschaftsraum gearbeitet noch dort eine Qualifikation erlangt hat. Dieser Fall unterscheidet sich insofern auch von der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Sache *Casteels (EuGH 10. März 2011 - C-379/09 - Rn. 6, 22 f., Slg. 2011, I-1379)*. Dort verstieß eine Tarifnorm gegen Art. 45 AEUV, die in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union zurückgelegte Dienstjahre bei demselben Arbeitgeber für eine tarifliche Zusatzrente nicht berücksichtigte. Der klagende Arbeitnehmer war in verschiedenen Mitgliedstaaten beschäftigt. 47

ee) Der Senat ist deshalb an einem Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 Unterabs. 3 AEUV gehindert. Eine eigene abschließende Entscheidung des Senats ist auf der Grundlage der geklärten Rechtslage sogar geboten, weil der Gerichtshof der Europäischen Union den nationalen Gerichten im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV keine Auslegungshinweise geben kann, wenn die innerstaatliche Regelung einen Fall betrifft, der nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt (vgl. *EuGH 29. Mai 1997 - C-299/95 - [Kremzow] Entscheidungsformel und Rn. 16 bis 19, Slg. 1997, I-2629*). 48

2. Wegen des fehlenden grenzüberschreitenden Bezugs des Sachverhalts und des aus diesem Grund nicht eröffneten Anwendungsbereichs von Art. 45 Abs. 2 AEUV und Art. 7 Abs. 1 der Freizügigkeitsverordnung stellt sich die Frage einer mittelbaren Diskriminierung des Klägers durch § 16 Abs. 2 TV-L aus Gründen des Unionsrechts nicht. 49

- a) Der Senat kann mit Blick auf den nicht gegebenen Auslandsbezug offenlassen, ob nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union hinreichend sicher im Sinn eines *acte éclairé* geklärt ist, dass es durch § 16 Abs. 2 Satz 3 TV-L zu einer mittelbaren Ungleichbehandlung von Wanderarbeitnehmern und Grenzgängern kommt. Vor allem kann dahinstehen, ob geklärt ist, dass eine etwaige mittelbare Benachteiligung dieser Personengruppen gerechtfertigt wäre und es daher nicht zu einer Diskriminierung käme. 50
- aa) Der Entscheidung in der Sache Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH (*EuGH 5. Dezember 2013 - C-514/12 - Rn. 36 ff.*) ging zwar eine schon etwas ältere Rechtsprechungslinie des Gerichtshofs der Europäischen Union voraus. Sie lässt gewisse Rückschlüsse auf die unionsrechtlichen Rechtfertigungserfordernisse für die unterbleibende Anrechnung von Dienstzeiten und Berufserfahrungszeiten bei Verstößen gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit zu (*vgl. insbesondere EuGH 10. März 2005 - C-178/04 - [Marhold] Rn. 30 ff.; 30. September 2003 - C-224/01 - [Köbler] Rn. 108 ff., Slg. 2003, I-10239; 30. November 2000 - C-195/98 - [Österreichischer Gewerkschaftsbund] Rn. 45 ff., Slg. 2000, I-10497; 12. März 1998 - C-187/96 - [Kommission/Griechische Republik] Rn. 22 f., Slg. 1998, I-1095; 15. Januar 1998 - C-15/96 - [Schöning-Kougebetopoulou] Rn. 25 ff., Slg. 1998, I-47; 23. Februar 1994 - C-419/92 - [Scholz] Rn. 11; dazu im Einzelnen Resch ZESAR 2014, 155, 156 ff.*). 51
- bb) Die sehr unterschiedlichen Gründe, die zur Rechtfertigung der mittelbaren Benachteiligungen in den zitierten Entscheidungen angeführt wurden, könnten jedoch für ein nötiges Vorabentscheidungsersuchen in Fällen eines grenzüberschreitenden Bezugs sprechen. Ein *acte éclairé* setzt voraus, dass die Fragen des Unionsrechts in einer Weise geklärt sind, die keinen vernünftigen Zweifel an der Beantwortung der Frage der Rechtfertigung eines möglichen Verstoßes von § 16 Abs. 2 Satz 3 TV-L gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit lässt (*vgl. zu dieser Anforderung: BVerfG 15. Dezember 2016 - 2 BvR 221/11 - Rn. 36 f. mwN; 15. Januar 2015 - 1 BvR 499/12 - Rn. 8 f. mwN*). 52

cc) In der Sache Köbler hat der Gerichtshof der Europäischen Union im Rahmen einer Staatshaftungsprüfung selbst die Annahme eines acte éclairé durch das nationale Fachgericht gerügt (vgl. *EuGH 30. September 2003 - C-224/01 - Rn. 117 bis 119, Slg. 2003, I-10239*). Der Verwaltungsgerichtshof habe nicht davon ausgehen dürfen, die Frage, ob die mit einer Treueprämie einhergehende Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit gerechtfertigt sein könne, sei einer gesicherten Rechtsprechung des Gerichtshofs zu entnehmen und lasse keinen Raum für einen vernünftigen Zweifel. Selbst wenn die Dienstalterszulage als Treueprämie qualifiziert werden könne, handle es sich um eine Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit (vgl. *EuGH 30. September 2003 - C-224/01 - [Köbler] aaO*). 53

b) Die Regelungen in Satz 2 und Satz 3 des § 16 Abs. 2 TV-L sind auch anders gestaltet als die Bestimmung des BAT, die der Entscheidung des Gerichtshofs der damaligen Europäischen Gemeinschaften in der Sache Schöning-Kougebetopoulou zugrunde lag (vgl. *EuGH 15. Januar 1998 - C-15/96 - Rn. 22 ff., Slg. 1998, I-47*). Die Vorschrift des BAT nahm Zeiten in einem vergleichbaren Betätigungsfeld im öffentlichen Dienst eines anderen Mitgliedstaats von einem Zeitaufstieg nach achtjähriger Tätigkeit in einer bestimmten Vergütungsgruppe aus. Zeiten in einer vergleichbaren Betätigung in der gesamten Bundesrepublik wurden im Unterschied dazu - abweichend von § 16 Abs. 2 Satz 2 TV-L - angerechnet. Der Gerichtshof hielt die Benachteiligung der Wanderarbeitnehmerin für ungerechtfertigt (vgl. *EuGH 15. Januar 1998 - C-15/96 - [Schöning-Kougebetopoulou] aaO*). 54

3. Die Unterscheidung zwischen verschiedenen Vorbeschäftigungszeiten in § 16 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 TV-L ist mit innerstaatlichem Recht, insbesondere mit Art. 3 Abs. 1 GG, vereinbar. Der weite Gestaltungsspielraum, den die von Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tarifautonomie den Tarifvertragsparteien einräumt, ist nicht überschritten. Das hat der Senat mit ausführlicher Begründung entschieden (vgl. *BAG 23. September 2010 - 6 AZR 180/09 - Rn. 11 ff.*, 55

BAGE 135, 313; sh. auch 21. Februar 2013 - 6 AZR 524/11 - Rn. 18 ff., BAGE 144, 263). Daran hält er fest.

C. Der Kläger hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen. 56

Fischermeier

Gallner

Krumbiegel

M. Geyer

C. Klar