SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS FRANCIS G. JACOBS
vom 17. Juli 1997 *

1. Im vorliegenden Fall ersucht das Arbeitsgericht Hamburg den Gerichtshof um eine Vorabentscheidung über die Vereinbarkeit einer Bestimmung eines Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst mit Artikel 48 des Vertrages und Artikel 7 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1612/68 [1].

Sachverhalt

2. Die griechische Staatsangehörige Dr. Kalliope Schöning-Kougebetopoulou (im folgenden: Klägerin) ist seit 1. August 1993 als Fachärztin bei der Stadt Hamburg beschäftigt. Sie übt diese Tätigkeit nicht als Beamtin, sondern als Angestellte im Rahmen eines Arbeitsvertrags aus. Gemäß ihrem Arbeitsvertrag gilt für ihr Beschäftigungsverhältnis der Bundesangestelltentarifvertrag (im folgenden: BAT).

3. Als Fachärztin mit entsprechender Tätigkeit ist die Klägerin nach dem BAT in Vergütungsgruppe Ib eingruppiert. Ihrer Ansicht nach wäre sie jedoch in eine höhere Vergütungsgruppe, die Vergütungsgruppe Ia, einzustufen. Nach dem BAT ist ein Facharzt mit entsprechender Tätigkeit nach achtjähriger ärztlicher Tätigkeit in Vergütungsgruppe Ib (als praktischer Arzt oder Facharzt) in Vergütungsgruppe Ia einzugruppieren. Dadurch, daß der BAT vorschreibt, daß die achtjährige Tätigkeit in Vergütungsgruppe Ib erfolgen muß, schließt er aus, daß Beschäftigungszeiten berücksichtigt werden, die In- oder Ausländer im Ausland oder auch in Deutschland bei einem privaten Arbeitgeber, als Beamte im deutschen öffentlichen Dienst oder als Angestellte ohne BAT-Anwendung bzw. ohne entsprechende Eingruppierung in Vergütungsgruppe Ib des BAT zurückgelegt haben.

4. Vor ihrer Tätigkeit für die Stadt Hamburg war die Klägerin vom 1. Oktober 1986 bis zum 31. August 1992 als Fachärztin im öffentlichen Dienst in Griechenland beschäftigt. Sie ist der Auffassung, die Stadt Hamburg habe gegen die Artikel 48 des Vertrages und 7 Absätze 1 und 4 der Verordnung Nr. 1612/68 verstoßen, indem sie diese Vorbeschäftigungszeit bei ihrer Eingruppierung nicht berücksichtigt habe.

* Originalsprache: Englisch.

1 — Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (ABl. L 257, S. 2).

5. Artikel 7 Absätze 1 und 4 lauten:

„(1) Ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats ist, darf auf Grund seiner Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere im Hinblick auf Entlohnung, Kündigung und, falls er arbeitslos geworden ist, im Hinblick auf berufliche Wiedereingliederung oder Wiedereinstellung, nicht anders behandelt werden als die inländischen Arbeitnehmer.

...

(4) Alle Bestimmungen in Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen oder sonstigen Kollektivvereinbarungen betreffend Zugang zur Beschäftigung, Beschäftigung, Entlohnung und alle übrigen Arbeits- und Kündigungsbedingungen sind von Rechts wegen nichtig, soweit sie für Arbeitnehmer, die Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten sind, diskriminierende Bedingungen vorsehen oder zulassen."

6. Das nationale Gericht weist darauf hin, daß der BAT zwar keine unmittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit enthalte, daß aber die Voraussetzung für eine Eingruppierung in Vergütungsgruppe Ia nicht im Ausland, sondern nur durch inländische Tätigkeit von In- und Ausländern erworben werden könne. Es sei wahrscheinlich, daß der Anteil von Ausländern unter den nachteilig Betroffenen erheblich höher sei als unter den von der Regelung Begünstigten. Es könne jedoch dahingestellt bleiben, ob diese Zahlen über der „Erheblichkeitsgrenze" lägen, da die Voraussetzung für die Höhergruppierung objektiv gerechtfertigt sei. Die spätere Höhergruppierung stelle eine Treuebelohnung und auch Motivation durch finanzielle Verbesserung ohne berufliche Veränderung dar. Sie diene also dazu, Fachpersonal an den öffentlichen Arbeitgeber zu binden, und sei mit privatwirtschaftlichen, auf der Zahl der Jahre der Betriebszugehörigkeit beruhenden Gratifikationsregelungen vergleichbar. Schließlich würde die gegenteilige Auffassung zu einer Diskriminierung von in- und ausländischen Medizinern mit innerdeutschen Vorbeschäftigungszeiten ohne entsprechende BAT-Eingruppierung führen.

7. Obwohl das nationale Gericht offensichtlich keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit seiner Auffassung hat, hat es dem Gerichtshof folgende Fragen vorgelegt:

1. Liegt ein Verstoß gegen Artikel 48 EG-Vertrag und Artikel 7 Absätze 1 und 4 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft vor, wenn ein Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst einen Zeitaufstieg nach achtjähriger Tätigkeit nur in einer

bestimmten Vergütungsgruppe des für alle Angestellten des öffentlichen Dienstes der Bundesrepublik Deutschland geltenden Tarifvertrags BAT vorsieht, vergleichbare Tätigkeit im öffentlichen Dienst eines anderen Mitgliedstaats also außer Betracht bleibt?

8. Die Klägerin, die deutsche und die französische Regierung sowie die Kommission haben schriftliche und mündliche Erklärungen abgegeben. Die spanische Regierung hat keine schriftlichen Erklärungen eingereicht, jedoch an der mündlichen Verhandlung teilgenommen. Ferner hat der Gerichtshof den Mitgliedstaaten eine schriftliche Frage gestellt, auf die dänische, die deutsche, die finnische, die französische, die griechische, die irische, die luxemburgische, die niederländische, die österreichische, die schwedische und die spanische Regierung sowie die Regierung des Vereinigten Königreichs geantwortet haben.

2. Für den Fall der Bejahung der Frage 1:

Frage 1

9. Die Klägerin macht geltend, die Regelung des BAT verletze die Artikel 48 des Vertrages und 7 der Verordnung Nr. 1612/68. Sie stelle eine mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit dar und sei nicht objektiv gerechtfertigt. Die Kommission unterstützt die Auffassung der Klägerin.

Gebietet es Artikel 48 in Verbindung mit der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, daß für solche Ärzte, die ärztliche Tätigkeiten im öffentlichen Dienst eines anderen Mitgliedstaats absolviert haben, diese Zeit auf den Zeitaufstieg des BAT ebenfalls angerechnet wird, oder darf das Gericht im Hinblick auf eine Regelungsautonomie der Tarifvertragsparteien keine solche Entscheidung treffen, sondern muß diese vielmehr den Tarifvertragsparteien überlassen?

10. Dagegen macht die deutsche Regierung geltend, die Regelung enthalte weder eine unmittelbare noch eine mittelbare Diskriminierung und sei jedenfalls objektiv gerechtfertigt. Die französische und die spanische Regierung schließen sich dieser Auffassung an.

11. Es besteht Übereinstimmung darüber, daß die Regelung des BAT keine unmittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit enthält. Zu prüfen bleibt jedoch, ob sie mittelbar diskriminierend ist. Ein umfassender Überblick über die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur mittelbaren Diskriminierung im Sinne von Artikel 48 des Vertrages findet sich in dem kürzlich ergangenen Urteil O'Flynn [2], in dem der Gerichtshof ausgeführt hat:

„Als mittelbar diskriminierend sind daher Voraussetzungen des nationalen Rechts anzusehen, die zwar unabhängig von der Staatsangehörigkeit gelten, aber im wesentlichen (Urteile vom 15. Januar 1986 in der Rechtssache 41/84, Pinna, Slg. 1986, 1, Randnr. 24, vom 30. Mai 1989 in der Rechtssache 33/88, Allué u. a., Slg. 1989, 1591, Randnr. 12, und Le Manoir, a. a. O., Randnr. 11) oder ganz überwiegend (Urteile vom 17. November 1992 in der Rechtssache C-279/89, Kommission/Vereinigtes Königreich, Slg. 1992, I-5785, Randnr. 42, und vom 20. Oktober 1993 in der Rechtssache C-272/92, Spotti, Slg. 1993, I-5185, Randnr. 18) Wanderarbeitnehmer betreffen, sowie unterschiedslos geltende Voraussetzungen, die von inländischen Arbeitnehmern leichter zu erfüllen sind als von Wanderarbeitnehmern (Urteile Kommission/Luxemburg, a. a. O., Randnr. 10, und vom 4. Oktober 1991 in der Rechtssache C-349/87, Paraschi, Slg. 1991, I-4501, Randnr. 23). Eine mittelbare Diskriminierung ist auch in Voraussetzungen zu sehen, bei denen die Gefahr besteht, daß sie sich besonders zum Nachteil von Wanderarbeitnehmern auswirken (Urteile vom 8. Mai 1990 in der Rechtssache C-175/88, Biehl, Slg. 1990, I-1779, Randnr. 14, und vom 28. Januar 1992 in der Rechtssache C-204/90, Bachmann, Slg. 1992, I-249, Randnr. 9).

Anders verhält es sich nur dann, wenn diese Vorschriften durch objektive, von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer unabhängige Erwägungen gerechtfertigt sind und in einem angemessenen Verhältnis zu dem Zweck stehen, der mit den nationalen Rechtsvorschriften zulässigerweise verfolgt wird (in diesem Sinn Urteile Bachmann, a. a. O., Randnr. 27, Kommission/Luxemburg, a. a. O., Randnr. 12, und vom 2. August 1993 in den Rechtssachen C-259/91, C-331/91 und C-332/91, Allué u. a., Slg. 1993, I-4309, Randnr. 15)." [3]

12. Meines Erachtens ist klar, daß sich die Regelung des BAT besonders zum Nachteil von Wanderarbeitnehmern auswirkt. Für Fachärzte, die während eines Teils ihrer Laufbahn im öffentlichen Dienst eines anderen Mitgliedstaats beschäftigt waren, ergibt sich der Nachteil, daß ihre Tätigkeit in diesem Mitgliedstaat für die Eingruppierung niemals berücksichtigt werden kann. Dagegen haben Fachärzte, die ununterbrochen im Geltungsbereich des BAT tätig gewesen sind, Anspruch darauf, daß die gesamte Zeit ihrer ärztlichen Tätigkeit berücksichtigt wird.

13. Für öffentliche Bedienstete, die während ihrer ganzen Laufbahn in Deutschland beschäftigt waren, ergibt sich der gleiche Nachteil wie für Wanderarbeitnehmer nur dann, wenn sie von einer Tätigkeit ohne BAT-Anwendung zu einer Tätigkeit mit BAT-Anwendung wechseln. Es wird sich dabei wahrscheinlich um einen kleinen Anteil der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes in Deutschland handeln. Der weite Anwendungsbereich des BAT ermöglicht

2 — Urteil vom 23. Mai 1996 in der Rechtssache C-237/94 (O'Flynn, Slg. 1996, I-2617).

3 — Randnrn. 18 und 19.

den öffentlichen Bediensteten eine weitgehende Mobilität zwischen den Arbeitgebern der öffentlichen Verwaltung ohne finanzielle Nachteile. Ferner trifft nicht zu, daß alle Ärzte, die im öffentlichen Dienst ohne BAT-Anwendung beschäftigt sind, tatsächlich durch die Regelung des BAT benachteiligt werden. Für die meisten nicht in den Geltungsbereich des BAT fallenden Arbeitnehmer bestehen eigene, zum Teil vorteilhaftere Karriereregelungen, wie das Beamtenrecht, andere Tarifverträge oder speziell mit ihrem Arbeitgeber geschlossene vertragliche Vereinbarungen [4]. Dagegen wirkt sich die Regelung des BAT zum Nachteil jedes Wanderarbeitnehmers aus, der eine Beschäftigung im deutschen öffentlichen Dienst aufnimmt.

14. Daß sich durch die mangelnde Abstimmung zwischen den für die verschiedenen Beschäftigtengruppen geltenden Vereinbarungen auch für manche deutschen Beschäftigten des öffentlichen Dienstes der gleiche Nachteil wie für Wanderarbeitnehmer ergibt, rechtfertigt wohl kaum, daß allen Wanderarbeitnehmern, die eine Beschäftigung im deutschen öffentlichen Dienst aufnehmen, Vorteile vorenthalten werden, die einer ganzen — anscheinend der größten — Gruppe der Beschäftigten des deutschen öffentlichen Dienstes gewährt werden.

15. Die Unhaltbarkeit der von der deutschen Regierung vertretenen Auffassung wird besonders deutlich, wenn man sich die Lage vor Augen führt, die sich ergeben würde, wenn die Regelung des BAT auch in die für andere Arbeitgeber und Beschäftigtengruppen des öffentlichen Dienstes geltenden Vereinbarungen aufgenommen würde. Würde man der Auffassung der deutschen Regierung folgen, so wäre angesichts der Existenz anderer, nicht unter die Vereinbarungen fallender Gruppen von Beschäftigten und Arbeitgebern des öffentlichen Dienstes keine dieser Vereinbarungen für sich betrachtet diskriminierend. Dennoch würden diese Vereinbarungen zusammen bewirken, daß Wanderarbeitnehmer im gesamten öffentlichen Dienst in Deutschland hinsichtlich der Einstufung benachteiligt wären.

Zur objektiven Rechtfertigung der Regelung

16. Im vorliegenden Verfahren sind zwei — einander widersprechende — Argumente für eine objektive Rechtfertigung der Regelung des BAT vorgetragen worden. Einerseits haben die französische und die spanische Regierung ausgehend vom Vorbringen des nationalen Gerichts [5] ausgeführt, daß die Beschränkungen der Mobilität durch die besondere Natur des öffentlichen Dienstes gerechtfertigt würden. Dagegen macht die deutsche Regierung geltend, der BAT sei mit den Tarifverträgen der Privatwirtschaft vergleichbar; sie stellt sogar in Abrede, daß er ausschließlich für den öffentlichen Dienst gelte. Sein Zweck bestehe darin, die Konstanz des Personals zu fördern, indem die Treue zu den in den Geltungsbereich des

4 — So hat etwa die deutsche Regierung in ihrer Antwort auf die schriftlichen Fragen des Gerichtshofes ausgeführt, daß das Land Berlin zwar nicht länger in den Geltungsbereich des BAT falle, aber in einem besonderen Tarifvertrag die Übernahme der von der Tarifgemeinschaft deutscher Länder (nunmehr nur noch für die restlichen Länder) abgeschlossenen Tarifverträge vereinbart habe.

5 — Vgl. oben, Nr. 6.

BAT fallenden Arbeitgebern als Gruppe belohnt werde. Ich werde nacheinander auf diese Argumente eingehen.

Rechtfertigung durch die Natur des öffentlichen Dienstes

17. Zunächst ist unstreitig, daß die Stellung des Facharztes nicht unter Artikel 48 Absatz 4 des Vertrages fällt. Wie der Gerichtshof ausgeführt hat, gilt diese Bestimmung nur für Stellen, die „ein Verhältnis besonderer Verbundenheit des jeweiligen Stelleninhabers zum Staat sowie die Gegenseitigkeit von Rechten und Pflichten [voraussetzen], die dem Staatsangehörigkeitsband zugrunde liegen" [6]. Jedenfalls kann Artikel 48 Absatz 4, wenn ein Ausländer für die fragliche Stelle eingestellt wird, keine unterschiedliche Behandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit etwa in bezug auf Entlohnung oder sonstige Arbeitsbedingungen rechtfertigen [7].

18. Im vorliegenden Fall kann daher nicht von einer Verbundenheit zum Staat in diesem Sinne gesprochen werden. Es bleibt jedoch zu prüfen, ob die Regelung des BAT durch die Besonderheiten der Beschäftigung im öffentlichen Dienst gerechtfertigt werden kann. Auszugehen ist hierbei vom Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Scholz [8]. In diesem Fall legte eine öffentliche Einrichtung, eine italienische Universität, für die Einstellung eines Bediensteten der Universitätskantine u. a. die Dauer der bisherigen Beschäftigung im öffentlichen Dienst als Auswahlkriterium zugrunde. Der Gerichtshof hat entschieden, daß die Nichtberücksichtigung einer Tätigkeit des Bewerbers im öffentlichen Dienst eines anderen Mitgliedstaats (der deutschen Postverwaltung) eine ungerechtfertigte mittelbare Diskriminierung darstellte.

19. Nach Auffassung der französischen und der spanischen Regierung lassen sich die im Urteil Scholz für die Einstellung in den öffentlichen Dienst entwickelten Grundsätze jedoch nicht auf den vorliegenden, eine Einstufung betreffenden Fall übertragen. In Systemen, wie sie in ihren Staaten bestünden, sei die Beschäftigung im öffentlichen Dienst mit der Übernahme gegenseitiger Verpflichtungen durch Arbeitnehmer und Arbeitgeber verbunden. Da eine Angleichung der Vorschriften über die Karrierestrukturen und die Gehälter nicht erfolgt sei, würde die Anerkennung von im öffentlichen Dienst eines anderen Mitgliedstaats zurückgelegten Vorbeschäftigungszeiten die Strukturen ihrer öffentlichen Dienste sprengen.

20. In der mündlichen Verhandlung hat die spanische Regierung auf das Beispiel von zwei in verschiedenen Mitgliedstaaten beschäftigten Lehrern oder Ärzten verwiesen. Der Angestellte im Mitgliedstaat A müsse abwarten, bis sein Gehalt automatisch nach Maßgabe seiner Dienstzeit steige, während der Angestellte im Mitgliedstaat B von

6 — Urteile vom 17. Dezember 1980 in der Rechtssache 149/79 (Kommission/Belgien, Slg. 1980, 3881, Randnr. 10), und vom 3. Juni 1986 in der Rechtssache 307/84 (Kommission/Frankreich, Slg. 1986, 1725, Randnr. 12).

7 — Urteil vom 12. Februar 1974 in der Rechtssache 152/73 (Sotgiu, Slg. 1974, 153, Randnr. 4).

8 — Urteil vom 23. Februar 1994 in der Rechtssache C-419/92 (Slg. 1994, I-505).

Anfang an aufgrund einer flexibleren Einstufungsregelung höher bezahlt werde. Werde vom Mitgliedstaat A verlangt, die von dem letztgenannten Arbeitnehmer im Mitgliedstaat B zurückgelegte Beschäftigungszeit zu berücksichtigen, so würden unvergleichbare Beschäftigungsjahre gleichgestellt.

21. Die französische Regierung hat jedoch in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, daß sich die Belange der Freizügigkeit und des Erhalts der Strukturen der nationalen öffentlichen Dienste in Fällen der vorliegenden Art dadurch miteinander in Einklang bringen ließen, daß verlangt werde, daß erstens der Wanderarbeitnehmer die Beschäftigungszeit im öffentlichen Dienst oder bei einer öffentlichen Interessen dienenden Körperschaft zurückgelegt habe und daß zweitens ein Vergleich der Tätigkeiten, der verlangten Qualifikationen und der Bezüge vorgenommen werde.

22. Wie in meinen Schlußanträgen in der Rechtssache Scholz [9] ausgeführt, bin ich bereit, anzuerkennen, daß öffentliche Bedienstete ein besonderes Ethos teilen, das dafür von Bedeutung sein mag, ob Beschäftigungszeiten für die Einstellung in den öffentlichen Dienst und die Beförderung berücksichtigt werden sollten. Öffentliche Bedienstete sind möglicherweise durch Faktoren motiviert, die sich von den im privaten Sektor vorherrschenden wesentlich unterscheiden. Eine Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung setzt typischerweise die Bereitschaft voraus, ein vergleichsweise bescheidenes Entgelt für eine größere langfristige Sicherheit hinzunehmen, verbunden vielleicht mit der Befriedigung, der Allgemeinheit einen Dienst zu leisten. Beförderungen mögen zum Teil eine Gegenleistung für diesen Dienst darstellen.

23. Obwohl eine Eingrenzung der dem öffentlichen Dienst zuzurechnenden Bereiche möglicherweise schwierig sein wird, halte ich daher den Vorschlag der französischen Regierung für richtig, daß ein Mitgliedstaat die zu berücksichtigenden Beschäftigungszeiten auf im öffentlichen Dienst zurückgelegte Zeiten beschränken kann. Wie in meinen Schlußanträgen in der Rechtssache Scholz ausgeführt, bin ich jedoch nicht der Auffassung, daß das besondere Ethos des öffentlichen Dienstes die Nichtberücksichtigung von in einem anderen Mitgliedstaat zurückgelegten Dienstzeiten rechtfertigen kann.

24. Was das Vorbringen der französischen und der spanischen Regierung in bezug auf Unterschiede hinsichtlich der Karrierestrukturen anlangt, räume ich ein, daß zwischen den Vorschriften der Mitgliedstaaten zur Regelung der Tätigkeit im öffentlichen Dienst erhebliche Unterschiede bestehen. In seiner erwähnten schriftlichen Frage hat der Gerichtshof die Mitgliedstaaten um Auskunft darüber gebeten, ob in einem anderen Mitgliedstaat zurückgelegte Beschäftigungszeiten bei der Gewährung eines Zeitaufstiegs

9 — Vgl. Nrn. 27 und 28.

im öffentlichen Dienst ihres Landes berücksichtigt würden. Die Antworten lassen erhebliche Unterschiede zwischen den Strukturen der öffentlichen Dienste der Mitgliedstaaten erkennen; die Skala reicht von einem äußerst flexiblen, auf individuell festgesetzten Gehältern beruhenden System in Schweden bis zu eher starren Systemen in Frankreich, Spanien und Deutschland. Offensichtlich wird in einigen Mitgliedstaaten, darunter Dänemark, die Niederlande, Österreich, Schweden und das Vereinigte Königreich, einschlägige Berufserfahrung, einschließlich in anderen Mitgliedstaaten erworbener Berufserfahrung, zumindest in gewissem Umfang bei der Einstellung berücksichtigt, während die Dienstzeit bei späteren Einstufungen keine automatische Rolle spielt. In anderen Mitgliedstaaten, insbesondere Frankreich, Deutschland, Luxemburg und Spanien, kommt der Dienstzeit eine formelle Rolle für den Aufstieg in höhere Dienstalterstufen und den Gehaltsanstieg zu. Ferner werden in anderen Mitgliedstaaten zurückgelegte Vorbeschäftigungszeiten zur Zeit nicht oder kaum berücksichtigt [10]; eine Ausnahme bildet anscheinend Griechenland, das zwar auch ein System automatischer Besoldungsentwicklung anwendet, aber kürzlich ein Gesetz erlassen hat [11], das ausdrücklich vorsieht, daß im öffentlichen Dienst anderer Mitgliedstaaten zurückgelegte Dienstzeiten bei der Besoldungsentwicklung zu berücksichtigen sind.

25. Trotz der Unterschiede hinsichtlich der Struktur des öffentlichen Dienstes erfüllen die öffentlichen Bediensteten in den verschiedenen Mitgliedstaaten im wesentlichen ähnliche Aufgaben und haben zweifellos eine ähnlich geartete Motivation. Daß für einen öffentlichen Bediensteten im öffentlichen Dienst eines anderen Mitgliedstaats andere Bedingungen galten, kann die Nichtanerkennung von im Dienst dieses Mitgliedstaats zurückgelegten Beschäftigungszeiten nicht rechtfertigen. Andernfalls könnte ein Mitgliedstaat einen Wanderarbeitnehmer auf Dauer gegenüber Angehörigen des nationalen öffentlichen Dienstes allein aus dem Grund benachteiligen, daß für ihn in der Vergangenheit eine flexiblere Karrierestruktur gegolten hat oder haben mag. Dies würde zu einer Abschottung der nationalen öffentlichen Dienste beitragen und ein wesentliches Hindernis für die Mobilität im Bereich des öffentlichen Dienstes in der Gemeinschaft darstellen.

26. Jedenfalls übersehen die französische und die spanische Regierung m. E. einige Faktoren. Zwar lassen die flexibleren Karrierestrukturen der öffentlichen Dienste mancher Mitgliedstaaten möglicherweise höhere Anfangsgehälter und eine raschere Beförderung mancher öffentlicher Bediensteter zu. Doch sind mit dieser größeren Flexibilität auch höhere Anforderungen an die öffentlichen Bediensteten verbunden, die Beförderung und sogar die weitere Beschäftigung können in gewissem Umfang leistungsabhängig sein. Das Vorbringen, es sei ungerecht gegenüber den Kollegen eines Wanderarbeitnehmers, seine Dienstzeit in einem anderen Mitgliedstaat anzuerkennen, berücksichtigt nicht, welche Nachteile andererseits für ihn bestanden haben mögen.

10 — Gemäß einem Gesetz vom 16. Dezember 1996 berücksichtigt Frankreich nunmehr offensichtlich in einem anderen Mitgliedstaat oder in einem EWR-Staat abgeleistete Zeiten des allgemeinen Wehr- oder Ersatzdienstes bei der Festsetzung des Dienstalters.

11 — Gesetz Nr. 2470 vom 21. März 1997.

27. Ferner ist nicht vorgetragen worden, daß die unterschiedlichen Karrierestrukturen als solche öffentliche Bedienstete veranlaßten, vom öffentlichen Dienst eines Mitgliedstaats in den öffentlichen Dienst eines anderen zu wechseln. Zudem bestehen zwischen den Mitgliedstaaten möglicherweise auch im privaten Sektor, insbesondere bei den freien Berufen, wesentliche Unterschiede hinsichtlich der Karrierestrukturen.

Treue gegenüber einem Arbeitgeber oder einer Gruppe von Arbeitgebern

28. Die deutsche Regierung beruft sich nicht auf spezifische Merkmale der Tätigkeit im öffentlichen Dienst. Die die langjährige Treue gegenüber dem Arbeitgeber honorierende Regelung des BAT unterscheide sich nicht von dem, was ein privater Arbeitgeber oder eine Anzahl privater Arbeitgeber als Gruppe tun würden. Tatsächlich werde der BAT auch in Teilen des privaten Sektors angewandt.

29. Wie die Kommission zu Recht ausführt, bewirken Regelungen eines Unternehmens (oder einer Gruppe von Unternehmen), durch die eine langjährige Betriebszugehörigkeit honoriert werden soll, nicht notwendig eine ungerechtfertigte Diskriminierung. Wie sie ferner vorträgt, leuchtet jedoch kaum ein, inwiefern die Regelung des BAT mit der Honorierung von Treue durch einen bestimmten privaten Arbeitgeber gleichgesetzt werden kann, da jede Tätigkeit bei einem Arbeitgeber im Geltungsbereich des BAT berücksichtigt wird. Offensichtlich gilt der BAT für eine große Zahl rechtlich voneinander unabhängiger Arbeitgeber mit zum Teil gegensätzlichen Interessen und Politiken und nur begrenzt gemeinsamen Strukturen, Arbeitsmethoden oder Aufgaben.

30. Die deutsche Regierung entgegnet, es sei vorstellbar, daß mehrere private Arbeitgeber eine Kollektivvereinbarung über eine Regelung träfen, wie sie der BAT enthalte. In der mündlichen Verhandlung hat sie als Beispiel zwei Autohersteller genannt, die gemeinsam eine Vereinbarung mit den zuständigen Gewerkschaften schließen, durch die sie sich verpflichten, in ihre Treueregelungen die Anerkennung von Beschäftigungszeiten bei der anderen Gesellschaft aufzunehmen.

31. Eine solche Regelung würde sich jedoch — ihre Vereinbarkeit mit Artikel 85 des Vertrages unterstellt — angesichts der Mehrheit von Arbeitgebern nicht auf die Honorierung von Treue im üblichen Wortsinn beziehen. Die Tätigkeit für einen Wettbewerber wird kaum als ein Treuebeweis für den eigenen Arbeitgeber angesehen werden können. Jedenfalls könnte der Zweck einer solchen Regelung nicht ausschließlich in der Honorierung von Treue bestehen, da spezifische Vereinbarungen der einzelnen Arbeitgeber diesem Zweck eher entsprechen würden.

32. Das gleiche gilt für den BAT. Bestünde der Zweck des BAT allein darin, die Treue eines Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber zu honorieren, so wäre es ausreichend, daß jeder Arbeitgeber seine eigene Regelung träfe, oder, falls die Geltung einheitlicher Bedingungen angestrebt würde, daß die Arbeitgeber eine Kollektivvereinbarung über unabhängig voneinander anzuwendende Bedingungen, ohne gegenseitige Anerkennung von Beschäftigungszeiten, träfen. Dies wäre jedoch vermutlich für die Parteien des BAT aus eben dem Grund unannehmbar, aus dem die geltende Regelung Wanderarbeitnehmer benachteiligt. Dadurch würde nämlich die Mobilität nicht nur der Wanderarbeitnehmer (und einiger Angehöriger des deutschen öffentlichen Dienstes), sondern der Mehrzahl der öffentlichen Bediensteten in Deutschland durch Abschottungen innerhalb des deutschen öffentlichen Dienstes ausgeschlossen. Der BAT geht also über eine bloße Honorierung von Treue hinaus, indem er zusätzlich für eine Mehrheit der öffentlichen Bediensteten eine umfangreiche Mobilität schafft.

33. Schließlich läßt das Vorbringen der deutschen Regierung, der BAT werde auch in Teilen des privaten Sektors angewandt, es zweifelhaft erscheinen, ob eine Berücksichtigung nur von im öffentlichen Dienst zurückgelegten Beschäftigungszeiten rechtmäßig wäre. Das nationale Gericht ist jedoch bei seinen Fragen davon ausgegangen, daß der BAT eine Regelung des öffentlichen Dienstes sei, und jedenfalls steht fest, daß die Klägerin zuvor als Ärztin im öffentlichen Dienst Griechenlands beschäftigt war.

Frage 2

34. Mit seiner zweiten Frage möchte das nationale Gericht wissen, ob es, falls die Regelung des BAT rechtswidrig ist, die Anrechnung der in einem anderen Mitgliedstaat zurückgelegten Beschäftigungszeiten anordnen oder, in Anbetracht der Regelungsautonomie der Tarifvertragsparteien diesen die Entscheidung überlassen müßte.

35. Ich teile die Auffassung der Kommission, daß sich insoweit aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, insbesondere aus dem Urteil McDermott und Cotter [12] sowie dem Urteil Van Cant [13], Anhaltspunkte ergeben. Gemäß Artikel 7 Absatz 4 der Verordnung Nr. 1612/68 ist die Regelung des BAT von Rechts wegen nichtig, soweit sie für Arbeitnehmer, die Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten sind, diskriminierende Bedingungen vorsieht oder zuläßt. Es ist Sache der Parteien des BAT, die für die Beseitigung der Diskriminierung erforderlichen Änderungen vorzunehmen. Solange solche Änderungen nicht erfolgt sind, ist jedoch die für die begünstigte Gruppe geltende Regelung das einzig gültige Bezugssystem.

12 — Urteil vom 24. März 1987 in der Rechtssache 286/85 (McDermott und Cotter, Slg. 1987, 1453, Randnr. 19).

13 — Urteil vom 1. Juli 1993 in der Rechtssache C-154/92 (Van Cant, Slg. 1993, I-3811, Randnr. 20).

36. Wie die Kommission ausführt, muß das nationale Gericht in einem solchen Fall prüfen, ob die im öffentlichen Dienst des anderen Mitgliedstaats zurückgelegten Beschäftigungszeiten vergleichbar sind. Dies ist jedoch im Fall der Klägerin offensichtlich unstreitig. Der BAT schreibt für einen Zeitaufstieg nach Vergütungsgruppe Ia eine achtjährige ärztliche Tätigkeit vor, und die Parteien gehen offensichtlich übereinstimmend davon aus, daß die Klägerin während der Beschäftigungsjahre, deren Anerkennung sie verlangt, als Ärztin im griechischen öffentlichen Dienst beschäftigt war.

Ergebnis

37. Ich schlage daher vor, die Fragen des Arbeitsgerichts Hamburg wie folgt zu beantworten:

1. Eine Bestimmung eines Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst eines Mitgliedstaats, die einen Zeitaufstieg nach achtjähriger Tätigkeit in einer bestimmten Vergütungsgruppe des Tarifvertrags vorsieht und vergleichbare Tätigkeit im öffentlichen Dienst eines anderen Mitgliedstaats außer Betracht läßt, verstößt gegen Artikel 48 des Vertrages und Artikel 7 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und ist gemäß Artikel 7 Absatz 4 dieser Verordnung von Rechts wegen nichtig, soweit sie für Arbeitnehmer, die Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten sind, diskriminierende Bedingungen vorsieht oder zuläßt.

2. Solange die Diskriminierung nicht durch eine Änderung des Tarifvertrags beseitigt ist, sind gemäß Artikel 48 des Vertrages in Verbindung mit Artikel 7 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1612/68 die durch den Tarifvertrag eingeräumten Vergünstigungen auch einem Wanderarbeitnehmer zu gewähren, so daß eine vergleichbare Tätigkeit im öffentlichen Dienst eines anderen Mitgliedstaats in gleicher Weise anerkannt wird.