

BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 526/09
12 Sa 8/09
Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
27. Januar 2011

URTEIL

Kaufhold, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27. Januar 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Brühler, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Spelge sowie die ehrenamtlichen Richter Knauß und Lauth für Recht erkannt:

1. Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg - Kammern Mannheim - vom 17. Juni 2009 - 12 Sa 8/09 - wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Hemmung der Stufenlaufzeit im TVöD während der Inanspruchnahme von Elternzeit. 1

Die Klägerin war vom 8. September 2003 bis zum 31. Dezember 2009 bei der Beklagten beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis fand kraft einzelvertraglicher Vereinbarung zunächst der Bundesmanteltarifvertrag für die Arbeiter gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe (*BMT-G II*) Anwendung, seit dem 1. Oktober 2005 der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst vom 13. September 2005 (*TVöD*). Die Klägerin war in der Kostümabteilung des von der beklagten Stadt unterhaltenen Theaters tätig. Dort verrichtete sie zusammen mit etwa sieben weiteren Beschäftigten Schneiderarbeiten und Änderungsarbeiten. Bei Bedarf bügelte, wusch und reparierte sie auch Kostüme. 2

Nach der Geburt ihres zweiten Kindes und Ablauf der Mutterschutzfrist nahm die Klägerin Elternzeit vom 28. April 2005 bis zum 29. Februar 2008. Bei der Überleitung in den TVöD gruppierte die Beklagte die Klägerin tarifgerecht in die Entgeltgruppe 5 ein. Nach Wiederaufnahme ihrer Tätigkeit am 1. März 2008 ordnete die Beklagte die Klägerin der Entgeltstufe 2 dieser Entgeltgruppe zu. 3

Gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 TVÜ-VKA richtet sich der weitere Stufenaufstieg der Arbeiter nach ihrer ersten Zuordnung in das Entgeltsystem des TVöD nach den Regelungen des TVöD, die wie folgt lauten: 4

„§ 15 Tabellenentgelt.

(1) Die/Der Beschäftigte erhält monatlich ein Tabellenentgelt. Die Höhe bestimmt sich nach der Entgeltgruppe, in die sie/er eingruppiert ist, und nach der für sie/ihn geltenden Stufe.

...

§ 16 (VKA) Stufen der Entgelttabelle.

(1) ¹Die Entgeltgruppen 2 bis 15 umfassen sechs Stufen.

...

(3) ¹Die Beschäftigten erreichen - von Stufe 3 an die jeweils nächste Stufe in Abhängigkeit von ihrer Leistung gemäß § 17 Abs. 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,

...

§ 17 Allgemeine Regelungen zu den Stufen.

...

(3) ¹Den Zeiten einer ununterbrochenen Tätigkeit im Sinne des ... § 16 Abs. 3 Satz 1 stehen gleich:

- a) Schutzfristen nach dem Mutterschutzgesetz,
- b) Zeiten einer Arbeitsunfähigkeit nach § 22 bis zu 39 Wochen,
- c) Zeiten eines bezahlten Urlaubs,
- d) Zeiten eines Sonderurlaubs, bei denen der Arbeitgeber vor dem Antritt schriftlich ein dienstliches bzw. betriebliches Interesse anerkannt hat,
- e) Zeiten einer sonstigen Unterbrechung von weniger als einem Monat im Kalenderjahr,
- f) Zeiten der vorübergehenden Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit.

²Zeiten der Unterbrechung bis zu einer Dauer von jeweils drei Jahren, die nicht von Satz 1 erfasst werden, und Elternzeit bis zu jeweils fünf Jahren sind unschädlich, werden aber nicht auf die Stufenlaufzeit angerechnet. ...“

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Elternzeit müsse auf die Stufenlaufzeit angerechnet werden. Sie habe deshalb bereits seit Wiederauf-

5

nahme ihrer Tätigkeit der Stufe 3 ihrer Entgeltgruppe zugeordnet werden müssen. Nach wie vor würden Frauen, die Elternzeit nähmen, mittelbar diskriminiert, weil sie durchschnittlich Elternzeit länger in Anspruch nähmen als Männer. Längere Unterbrechungen der Berufstätigkeit führten nicht zwingend zum Verlust von Erfahrungswissen. Jedenfalls sei nicht verständlich, warum Schutzfristen nach dem Mutterschutzgesetz, nicht aber die Elternzeit auf die Stufenlaufzeit angerechnet würden. Auch sei es nicht gerechtfertigt, dass eine Arbeitsunfähigkeit bis zu 39 Wochen anders als eine Elternzeit von gleicher Dauer für den Stufenaufstieg unschädlich sei. Ebenso wenig sei Sonderurlaub aus betrieblichen Gründen zwingend mit einem Gewinn an einschlägiger Berufserfahrung verbunden. Elternzeit könne nicht als „Nullum“ an beruflich verwertbarer Erfahrung betrachtet werden. Erfahrungen in der Erziehung vermittelten eine soziale Kompetenz, die für die konkrete Tätigkeit der Klägerin nützlich sei. Dies kompensiere auch ein Weniger an Berufserfahrung. Ohnehin habe die Klägerin während der Elternzeit zumindest teilweise ihre beruflichen Fertigkeiten fortentwickelt.

Die Klägerin hat zuletzt unter Klagerücknahme im Übrigen beantragt: 6

Es wird festgestellt, dass die Beklagte die Klägerin bereits ab 1. März 2008 (Wiederaufnahme der Arbeitsleistung der Klägerin nach Rückkehr aus der Elternzeit) bis zum 31. Dezember 2009 nach Stufe 3 der Entgeltgruppe 5 TVöD zu vergüten hat.

Sie hat weiter sinngemäß beantragt, 7

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin für die Monate März 2008 bis August 2008 jeweils 97,94 Euro brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem jeweiligen Fälligkeitszeitpunkt zu zahlen und der Klägerin für die Monate März 2008 bis August 2008 eine ordnungsgemäße Gehaltsabrechnung, basierend auf einem Gesamtbrutto-Gehalt in Höhe von 2.289,83 Euro, zu erteilen.

Die Beklagte hat ihren Klageabweisungsantrag darauf gestützt, dass 8
eine ununterbrochene Tätigkeit zu mehr Wissen, Arbeitspraxis und Routine führe, weswegen Arbeitsvorgänge schneller und besser erledigt werden könn-

ten. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz mache der TVöD nur für Zeiten kürzerer Unterbrechungen, bei denen von einer Erweiterung bzw. Erhaltung des bisherigen Wissens ausgegangen werden könne. Längere Unterbrechungen der Tätigkeit führten dagegen nach allgemeiner Lebenserfahrung zu Wissensseinbußen. Eine mittelbare Diskriminierung weiblicher Arbeitnehmer erfolge dadurch nicht. Eine klare Gruppenbildung dahin, dass von der Gesamregelung wesentlich mehr Frauen als Männer betroffen seien, sei angesichts der Vielzahl anderer schädlicher Unterbrechungstatbestände nicht möglich. Im Gegensatz zu den anderen Unterbrechungstatbeständen sei die Elternzeit mit einer Unschädlichkeitsfrist von fünf Jahren privilegiert. Jedenfalls rechtfertige das Ruhen des Arbeitsverhältnisses die Hemmung der Stufenlaufzeit.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit ihrer vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter. Erstmals in der Revision rügt sie eine unmittelbare Diskriminierung von Frauen, die Elternzeit beanspruchen, durch die Regelung des § 17 Abs. 3 TVöD-AT. Zwischen Elternzeit und Mutterschaft lasse sich keine eindeutige Abgrenzung finden. Es müsse sichergestellt werden, dass kein Wertungswiderspruch zu den in § 3 Abs. 1 Satz 2 AGG genannten Tatbeständen der Schwangerschaft bzw. Mutterschaft auftrete.

9

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet.

10

A. Die Feststellungsklage ist nur teilweise zulässig.

11

I. Der Eingruppierungsfeststellungsklage fehlt das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse, soweit der Antrag den Zeitraum vom 1. März 2008 bis zum 31. August 2008 erfasst, für den die Klägerin die Vergütungsdifferenz zwischen der von ihr erhaltenen und der begehrten Vergütung beziffert geltend macht. Sie hat nicht vorgetragen, welches über die mit der Leistungsklage verfolgten Zahlungen hinausgehende Interesse für diesen

12

Zeitraum an der begehrten Feststellung besteht. Die Klage ist dagegen hinsichtlich der Monate September 2008 bis Dezember 2009, für die keine Überschneidung mit der Leistungsklage vorliegt, als Eingruppierungsfeststellungsklage zulässig (*Senat 27. Januar 2011 - 6 AZR 578/09 - Rn. 14, 18*). Das gilt ungeachtet des Umstands, dass sich diese Klage auf einen abgeschlossenen Zeitraum in der Vergangenheit bezieht (*Senat in st. Rspr. seit 13. August 2009 - 6 AZR 330/08 - Rn. 13, AP BGB § 241 Nr. 4*).

II. Die Klage ist für die Zeit der Überschneidung von Leistungs- und Feststellungsantrag auch nicht als Zwischenfeststellungsklage nach § 256 Abs. 2 ZPO zulässig. Die Frage, ab wann die Klägerin die begehrte Vergütung aus der Stufe 3 der Entgeltgruppe 5 verlangen kann, wirkt sich infolge ihres Ausscheidens aus dem Arbeitsverhältnis zur Beklagten am 31. Dezember 2009 nicht mehr auf den Zeitpunkt ihres Aufstiegs in die höheren Stufen ihrer Entgeltgruppe aus. Auch unter Zugrundelegung ihrer Rechtsauffassung wäre sie erst zum 1. März 2011 in die Stufe 4 aufgestiegen. Rechtsfolgen aus der begehrten Feststellung, die über das mit der erfolgreichen Leistungsklage Erreichte hinausgehen, sind damit nicht mehr möglich (*vgl. Senat 27. Januar 2011 - 6 AZR 578/09 - Rn. 15 - 17*). 13

B. Die Elternzeit der Klägerin vom 28. April 2005 bis zum 29. Februar 2008 ist nach § 17 Abs. 3 Satz 2 TVöD-AT nicht auf die Stufenlaufzeit des § 16 Abs. 3 TVöD-AT (VKA) anzurechnen. Diese Hemmung der Stufenlaufzeit ist mit höherrangigem Recht vereinbar. 14

I. Die Klägerin wird durch § 17 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 TVöD-AT nicht wegen ihres Geschlechts diskriminiert. Diese Bestimmung entfaltet weder unmittelbar noch mittelbar geschlechtsdiskriminierende Wirkung. 15

1. Eine unmittelbare Diskriminierung der Klägerin wegen ihres Geschlechts liegt nicht vor. 16

a) Nur Vorschriften, die nicht gleichermaßen für Männer und Frauen gelten, können unmittelbar diskriminierende Wirkung wegen des Geschlechts 17

entfalten (*EuGH 7. Dezember 2000 - C-79/99 - [Schnorbus] Rn. 33, Slg. 2000, I-10997*). § 17 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 TVöD-AT knüpft nicht an das Geschlecht, sondern an die Elternzeit an, die gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 BEEG von Männern und Frauen in Anspruch genommen werden kann. Damit kann die tarifliche Regelung zur Hemmung der Stufenlaufzeit allenfalls zu einer mittelbaren Geschlechtsdiskriminierung führen (*vgl. v. Roetteken AGG Stand November 2010 § 3 Rn. 41*).

b) Entgegen der Auffassung der Revision folgt aus § 3 Abs. 1 Satz 2 AGG nichts anderes. Danach liegt eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts auch im Falle einer ungünstigeren Behandlung einer Frau wegen Schwangerschaft und Mutterschaft vor. Der von der Revision aus dem Begriff „Mutterschaft“ über die Brücke des früher im Mutterschutzgesetz geregelten Mutterschaftsurlaubs gezogene Rückschluss, damit sei auch die Elternzeit erfasst, trägt nicht. 18

aa) Der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch unterfällt in vollem Umfang dem zeitlichen Geltungsbereich des AGG. Anknüpfungszeitpunkt für die von der Klägerin behauptete Benachteiligung ist die Wiederaufnahme ihrer Tätigkeit am 1. März 2008. Zu diesem Zeitpunkt galt das AGG bereits. 19

bb) Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs stellt jede im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft erfolgende Schlechterstellung von Frauen eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar (*EuGH 18. November 2004 - C-284/02 - [Sass] Rn. 35 f., Slg. 2004, I-11143; v. Roetteken AGG Stand November 2010 § 3 Rn. 137 mwN*). Das hat Eingang in Art. 2 Abs. 7 Unterabs. 3 der 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 (*RL 76/207/EWG*) idF der Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG (*RL 2002/73/EG*) sowie später in Art. 2 Abs. 2 Buchst. c der die Richtlinie 76/207/EWG ablösenden Richtlinie 20

2006/54/EG 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 (RL 2006/54/EG) gefunden (siehe nur Erwägungsgrund 23 RL 2006/54/EG). Dies beruht darauf, dass Schwangerschaft und Mutterschaft untrennbar mit dem Geschlecht verbunden sind, diese Differenzierungsmerkmale also ausschließlich Frauen nachteilig treffen können.

cc) Einen weitergehenden Bedeutungsinhalt hat § 3 Abs. 1 Satz 2 AGG nicht. Der nationale Gesetzgeber wollte damit unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH lediglich klarstellen, dass eine unmittelbare Benachteiligung auch dann vorliegt, wenn die Unterscheidung wegen eines Merkmals erfolgt, das mit dem Geschlecht in untrennbarem Zusammenhang steht. Er hat angenommen, dass dies für die Situation von „Schwangerschaft und Mutterschaft“ einer Frau der Fall ist (BT-Drucks. 16/1780 S. 32). § 3 Abs. 1 Satz 2 AGG geht also nicht über die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben hinaus (v. Roetteken AGG Stand November 2010 § 3 Rn. 149; vgl. auch Wendeling-Schröder/Stein AGG § 1 Rn. 25). 21

dd) Aus Art. 11 Abs. 2 des 1985 ratifizierten UN-Übereinkommens vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau - CEDAW - (BGBl. 1985 II S. 648) folgt entgegen der Auffassung der Revision nichts anderes. 22

Art. 11 Abs. 2 CEDAW bestimmt: 23

„Um eine Diskriminierung der Frau wegen Eheschließung oder Mutterschaft zu verhindern und ihr ein wirksames Recht auf Arbeit zu gewährleisten, treffen die Vertragsstaaten geeignete Maßnahmen

- a) zum - mit der Androhung von Sanktionen verbundenen - Verbot der Entlassung wegen Schwangerschaft oder Mutterschaftsurlaub sowie der Diskriminierung aufgrund des Familienstands bei Entlassungen;
- b) zur Einführung des bezahlten oder mit vergleichbaren sozialen Vorteilen verbundenen Mutterschaftsurlaubs ohne Verlust des bisherigen Arbeits-

platzes, des Dienstalters oder sozialer Zulagen;

...“

Auch diese Verpflichtungen - die im Übrigen die Bundesrepublik Deutschland und nicht die Tarifvertragsparteien treffen - beziehen sich nur auf Schwangerschaft und Mutterschaftsurlaub, nicht dagegen auf die hier allein streitbefangenen Nachteile durch die Inanspruchnahme von Elternzeit. 24

2. § 17 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 TVöD-AT führt auch nicht zu einer nach § 7 Abs. 1, Abs. 2 AGG iVm. §§ 1, 3 Abs. 2 AGG untersagten mittelbaren Diskriminierung von Frauen, die Elternzeit in Anspruch nehmen. 25

a) Die Klägerin hat eine mittelbare Diskriminierung bereits nicht hinreichend dargelegt. 26

aa) Für die Annahme einer mittelbaren Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 2 AGG ist nicht zwingend ein statistischer Nachweis erforderlich, dass Träger eines der Merkmale des § 1 AGG zahlenmäßig wesentlich stärker von einer Vorschrift benachteiligt werden als Personen, bei denen dieses Merkmal nicht vorliegt. Mittelbare Diskriminierungen können statistisch nachgewiesen werden, können sich aber auch aus anderen Umständen ergeben. Eine derartige Auslegung des § 3 Abs. 2 AGG entspricht dem unionsrechtlichen Gebot des *effet utile*. Eine mittelbare Diskriminierung ist danach gegeben, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften ihrem Wesen nach geeignet sind, Personen oder Personengruppen aus den in § 1 AGG genannten Gründen in besonderer Weise zu benachteiligen. Dies kann der Fall sein, wenn Vorschriften im wesentlichen oder ganz überwiegend Personen, die eines der verpönten Merkmale erfüllen, betreffen, wenn sie an Voraussetzungen knüpfen, die von Personen, die von § 1 AGG nicht erfasst sind, leichter erfüllt werden oder wenn sich die Tatbestandsvoraussetzungen einer Norm besonders zum Nachteil von Personen, für die ein Merkmal des § 1 AGG gilt, auswirken (*Senat 22. April 2010 - 6 AZR 966/08 - Rn. 20 f. mwN, AP GG Art. 3 Nr. 322 = EzTöD 320 TVÜ-VKA § 5 Abs. 2 Ortszuschlag Nr. 20*). 27

bb) Zur Feststellung dieser Voraussetzungen sind Vergleichsgruppen zu bilden, die dem persönlichen Geltungsbereich der Differenzierungsregel entsprechend zusammengesetzt sind. Bei Tarifverträgen ist deshalb auf den gesamten Kreis der von der fraglichen Bestimmung erfassten Normunterworfenen abzustellen (*für Gesetze siehe EuGH 30. November 1993 - C-189/91 - [Kirsammer-Hack] Slg. 1993, I-6185; allgemein 13. Januar 2004 - C-256/01 - [Allonby] Rn. 73 f., Slg. 2004, I-873*). Der Gesamtheit der Personen, die von der Regelung erfasst werden, ist die Gesamtheit der Personen gegenüber zu stellen, die durch die Regelung benachteiligt werden. Im Vergleich dieser Gruppen ist zu prüfen, ob die Träger eines Merkmals des § 1 AGG im oben genannten Sinn besonders benachteiligt sind (*vgl. Schiek Anm. zu Senat 3. April 2004 - 6 AZR 633/01 - AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 185; dies. Frauengleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder 2. Aufl. Rn. 36, 929*).

cc) Die Klägerin hat nicht dargelegt, dass durch § 17 Abs. 3 Satz 2 TVöD-AT weibliche Beschäftigte, die Elternzeit in Anspruch nehmen, im Vergleich zu anderen Beschäftigten, bei denen wegen Unterbrechungen in der tatsächlichen Tätigkeit die Stufenlaufzeit ebenfalls gehemmt wird, in besonderer Weise nachteilig betroffen sind.

§ 17 Abs. 3 Satz 2 TVöD-AT erfasst nicht nur weibliche Beschäftigte, die Elternzeit nehmen, sondern unabhängig von ihrem Geschlecht auch alle Beschäftigten, denen Sonderurlaub aus privaten Gründen bewilligt worden ist, die eine Rente auf Zeit beziehen, weswegen gemäß § 33 Abs. 2 Satz 6 TVöD-AT das Arbeitsverhältnis ruht, oder die arbeitsunfähig erkrankt sind, ohne dass die Voraussetzungen des § 17 Abs. 3 Satz 1 Buchst. b TVöD-AT erfüllt sind. Weder hat das Landesarbeitsgericht festgestellt noch hat die Klägerin behauptet, dass weibliche Beschäftigte, die Elternzeit beanspruchen, deutlich stärker, sei es überproportional häufig oder materiell besonders gravierend, durch die Hemmung der Stufenlaufzeit betroffen werden als der übrige von § 17 Abs. 3 Satz 2 TVöD-AT erfasste Personenkreis. Dies ist auch nicht offenkundig. Immerhin haben die Tarifvertragsparteien bei der Elternzeit einen Zeitraum von

fünf Jahren als lediglich hemmend angesehen, während bei den übrigen Unterbrechungstatbeständen gemäß § 17 Abs. 3 Satz 3 TVöD-AT bereits nach drei Jahren eine Rückstufung erfolgt.

b) Die Hemmung der Stufenlaufzeit durch § 17 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 TVöD-AT führt aber auch dann nicht zu einer unzulässigen mittelbaren Geschlechtsdiskriminierung, wenn nur auf die von dieser Vorschrift erfasste Teilgruppe der Beschäftigten, die Elternzeit beanspruchen, abgestellt wird. Dabei kann aufgrund der Feststellungen des Landesarbeitsgerichts zugunsten der Klägerin davon ausgegangen werden, dass Frauen von Nachteilen durch die Inanspruchnahme von Elternzeit immer noch stärker getroffen werden als Männer, weil insbesondere die Dauer der von Männern genommenen Elternzeit deutlich kürzer ist als die von Frauen. 31

aa) Der Aufstieg aus der Stufe 2 in die Stufe 3 der Entgeltgruppe erfolgt unabhängig von der Leistung des Beschäftigten nach zwei Jahren. Erst ab der Stufe 3 kann gemäß § 16 Abs. 3 Satz 1 TVöD-AT (VKA) iVm. § 17 Abs. 2 TVöD-AT leistungsabhängig eine Verkürzung oder Verlängerung der Stufenlaufzeit erfolgen. Die Kriterien dafür, ob eine nach § 7 Abs. 1, Abs. 2 AGG iVm. §§ 1, 3 Abs. 2 AGG verbotene mittelbare Geschlechtsdiskriminierung vorliegt, sind deshalb nicht Art. 157 AEUV zu entnehmen, sondern der durch das AGG umgesetzten RL 76/207/EWG idF der RL 2002/73/EG bzw. für die Ansprüche seit dem 15. August 2009 der RL 2006/54/EG. Letzten Endes verwehrt § 17 Abs. 3 Satz 2 TVöD-AT den Elternzeitern nicht den Stufenaufstieg, sondern verzögert ihn nur. Es geht also nicht um das „ob“ des Stufenaufstiegs, sondern dessen „wann“. Eine derartige Präzisierung der Bedingungen des Zugangs zu einer höheren Stufe der beruflichen Rangordnung unterfällt dem Anwendungsbereich der RL 76/207/EWG bzw. der RL 2006/54/EG (vgl. für den Bewährungsaufstieg nach § 23a BAT-O EuGH 18. November 2004 - C-284/02 - [Sass] Rn. 30 f., Slg. 2004, I-11143 in Abgrenzung zur Entscheidung vom 7. Februar 1991 - C-184/89 - [Nimz] Rn. 9 f., Slg. 1991, I-297). Darüber hinaus sind etwaige weitergehende Vorschriften des nationalen Rechts heranzuziehen. 32

bb) Das Verbot mittelbarer Diskriminierung ist eine besondere Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes, wonach gleiche Sachverhalte nicht ohne sachlichen Grund ungleich behandelt werden dürfen. Eine mittelbare Diskriminierung kann daher nur vorliegen, wenn die benachteiligten und die begünstigten Personen vergleichbar sind (*EuGH 12. Oktober 2004 - C-313/02 - [Wippel] Rn. 55 f., Slg. 2004, I-9483; vgl. auch 16. Juli 2009 - C-537/07 - [Gómez-Limón] Rn. 56, Slg. 2009, I-6525; v. Roetteken AGG Stand November 2010 § 3 Rn. 15, 181 mwN*). 33

(1) Die Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis während der Elternzeit unter Suspendierung der wechselseitigen Hauptpflichten ruht, und die aktiven Beschäftigten sind grundsätzlich nicht vergleichbar (*vgl. EuGH 21. Oktober 1999 - C-333/97 - [Lewen] Rn. 37, Slg. 1999, I-7243; 16. Juli 2009 - C-537/07 - [Gómez-Limón] Rn. 57, Slg. 2009, I-6525*). Die Elternzeit darf darum bei Entgeltbestandteilen, die auf das aktive Arbeitsverhältnis abstellen, anspruchsmindernd berücksichtigt werden (*vgl. EuGH 21. Oktober 1999 - C-333/97 - [Lewen] Rn. 38, aaO; BAG 20. April 2010 - 3 AZR 370/08 - Rn. 30 mwN, EzA GG Art. 3 Nr. 109; 21. Mai 2008 - 5 AZR 187/07 - Rn. 25, BAGE 126, 375*). Der Stufenaufstieg im TVöD knüpft in rechtlich zulässiger Weise an den Erfahrungsgewinn im aktiven Arbeitsverhältnis. Bereits deswegen führt die Hemmung der Stufenlaufzeit für die Dauer der Elternzeit im Ausgangspunkt nicht zu einer mittelbaren Diskriminierung (*v. Roetteken AGG Stand November 2010 § 3 Rn. 40*). 34

Der Stufenaufstieg im Entgeltsystem des TVöD soll die gewonnene Berufserfahrung honorieren. Die Tarifvertragsparteien sind davon ausgegangen, dass die Beschäftigten durch die Ausübung der ihnen übertragenen Tätigkeit laufend Kenntnisse und Erfahrungen sammeln, die die Arbeitsqualität und -quantität verbessern (*Breier/Dassau/Kiefer/Lang/Langenbrinck TVöD Stand Januar 2011 § 16 [VKA] Rn. 13 f.*). Erfahrungswissen kann auch nach längerer Dauer des Arbeitsverhältnisses noch wachsen (*BAG 21. Mai 2008 - 5 AZR 187/07 - Rn. 25, BAGE 126, 375*). Diese Annahme einer Produktivitätssteigerung durch Erfahrungsgewinn entspricht der Lebenserfahrung (*vgl. BAG* 35

21. Oktober 1992 - 4 AZR 73/92 - zu III 2 c aa der Gründe, AP TVG § 1 Tarifverträge: Milch-Käseindustrie Nr. 1 = EzA TVG § 4 Milchindustrie Nr. 1; vgl. auch 4. Mai 2010 - 9 AZR 184/09 - Rn. 45, AP BAT-O § 23a Nr. 4) und steht im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH, wonach Berufserfahrung Arbeitnehmer befähigt, ihre Arbeit besser zu verrichten (EuGH 3. Oktober 2006 - C-17/05 - [Cadman] Rn. 34 f., Slg. 2006, I-9583).

In der Zeit, in der das Arbeitsverhältnis wegen der Inanspruchnahme von Elternzeit unter Suspendierung der beiderseitigen Hauptpflichten ruht, wird keine Berufserfahrung gewonnen. Die Tarifvertragsparteien durften darum regeln, dass der Arbeitgeber für die Zeit, in der das Arbeitsverhältnis ruht, auch keine indirekten Leistungen durch die Anrechnung dieser Zeit auf die Stufenlaufzeit erbringen muss (vgl. BAG 18. Juni 1997 - 4 AZR 647/95 - AP BAT § 23b Nr. 3 = EzA EWG-Vertrag Art. 119 Nr. 49). Die Tarifvertragsparteien haben auf die konkrete Tätigkeit am zugewiesenen Arbeitsplatz und nicht auf den unbestrittenen Zuwachs an allgemeiner Lebenserfahrung, sozialer Kompetenz und Organisationsfähigkeit durch Mutterschaft und Erziehung von Kindern abgestellt, auf den die Klägerin verweist. Der Zuwachs an solchen Fähigkeiten wird nach dem ihre Einschätzungsprärogative nicht überschreitenden Willen der Tarifvertragsparteien bei der Stufenlaufzeit nicht berücksichtigt.

36

(2) Differenzierungskriterium in § 17 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 TVöD-AT ist im Übrigen nicht das Geschlecht, sondern das Ruhen des Arbeitsverhältnisses und das damit verbundene Fehlen eines Zuwachses an Erfahrungswissen. Das sind objektive Kriterien ohne Bezug zu einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, die die Nichtberücksichtigung der Elternzeit bei der Stufenlaufzeit zulassen (vgl. EuGH 21. Oktober 1999 - C-333/97 - [Lewen] Rn. 37 f., Slg. 1999, I-7243; BAG 21. Mai 2008 - 5 AZR 187/07 - Rn. 25, BAGE 126, 375; 18. Juni 1997 - 4 AZR 647/95 - zu II 2 d der Gründe, AP BAT § 23b Nr. 3 = EzA EWG-Vertrag Art. 119 Nr. 49; 9. November 1994 - 10 AZR 3/94 - zu II 2 a der Gründe, AP BAT § 23a Nr. 33 = EzA BAT § 23a Nr. 3; Senat 10. November 1994 - 6 AZR 486/94 - BAGE 78, 264, 271; vgl. auch BFH 5. Dezember 2000 - VII R 18/00 - zu II 2 der Gründe, BFHE 193, 234 für die fehlende Anrechnung

37

des Erziehungsurlaubs auf die nach § 36 Abs. 2 Nr. 1 StBerG vorgeschriebene Dauer einer berufspraktischen Tätigkeit).

cc) Allerdings wäre die Gleichstellung der Beschäftigten, deren Arbeitsverhältnis wegen der Inanspruchnahme von Elternzeit ruht, und der aktiven Beschäftigten anzunehmen, wenn es Vorschriften gäbe, die bei einer Fortsetzung der Berufstätigkeit nach Beendigung der Elternzeit ungeachtet des grundsätzlichen Unterschiedes zwischen ruhendem und aktivem Arbeitsverhältnis die Fiktion des Erwerbs von Berufserfahrung während der Elternzeit geböten (*vgl. zur Anrechnung des Wochenurlaubs nach § 244 AGB-DDR auf die Beschäftigungszeit für den Fall, dass es sich dabei um einen gesetzlichen Urlaub zum Schutz der Frau nach der Entbindung gehandelt hätte EuGH 18. November 2004 - C-284/02 - [Sass] Rn. 48, Slg. 2004, I-11143; v. Roetteken AGG Stand November 2010 § 3 Rn. 37 ff., 160*). Derartige Bestimmungen finden sich jedoch weder im Unions- noch im nationalen Recht.

(1) Das Unionsrecht verlangt allerdings in Art. 2 Abs. 7 Unterabs. 2 RL 76/207/EWG idF der RL 2002/73/EG sowie in Art. 15 RL 2006/54/EG die Anrechnung des Mutterschaftsurlaubs auf Beschäftigungszeiten (*vgl. für die Zeit vor Inkrafttreten dieser Richtlinien bereits EuGH 21. Oktober 1999 - C-333/97 - [Lewen] Rn. 41 f., Slg. 1999, I-7243*). Dieser Urlaub bezweckt den Schutz der körperlichen Verfassung der Frau während und nach der Schwangerschaft sowie der besonderen Beziehung von Mutter und Kind während der Zeit unmittelbar nach der Entbindung (*EuGH 14. April 2005 - C-519/03 - [Kommission/Luxemburg] Rn. 32, Slg. 2005, I-3067*). Demselben Zweck dienen die Schutzfristen nach dem MuSchG (*vgl. Senat 16. Juni 2005 - 6 AZR 108/01 - BAGE 115, 113*), die Art. 8 RL 92/85/EWG ins nationale Recht umsetzen (*vgl. BT-Drucks. 13/2763 S. 9; BT-Drucks. 14/8525 S. 8*). Diese Zeiten werden nach § 17 Abs. 3 Satz 1 Buchst. a TVöD-AT auf die Stufenlaufzeit angerechnet und sind nicht streitbefangen.

(2) Die Anrechnung der Elternzeit auf die Stufenlaufzeit im Entgeltsystem des TVöD ist dagegen unionsrechtlich nicht geboten. Nach Paragraph 2 Nr. 6 der Rahmenvereinbarung über Elternurlaub im Anhang zur Richtlinie 96/34/EG

des Rates vom 3. Juni 1996 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub bleiben die Rechte, die der Arbeitnehmer zu Beginn des Elternurlaubs erworben hatte oder dabei war zu erwerben, bis zum Ende des Elternurlaubs bestehen. Im Anschluss an den Elternurlaub finden diese Rechte mit den Änderungen Anwendung, die sich aus den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften, Tarifverträgen oder Gepflogenheiten ergeben.

(a) Diese Bestimmung verpflichtet die Mitgliedstaaten nicht, den Arbeitnehmern während der Zeit des Elternurlaubs zu garantieren, dass sie Rechte auf künftige Leistungen des Arbeitgebers in demselben Umfang erwerben, als ob sie weiterhin eine (Vollzeit-)Tätigkeit ausgeübt hätten (*vgl. EuGH 16. Juli 2009 - C-537/07 - [Gómez-Limón] Rn. 40, 43, Slg. 2009, I-6525; BAG 20. April 2010 - 3 AZR 370/08 - Rn. 47, EzA GG Art. 3 Nr. 109*). Es muss lediglich sichergestellt sein, dass die Rechte, die der Arbeitnehmer bei Antritt des Elternurlaubs bereits erworben hatte oder dabei war, zu erwerben, bis zum Ende des Elternurlaubs bestehen bleiben und sich der Arbeitnehmer im Anschluss an den Elternurlaub im Hinblick auf diese Rechte in derselben Situation befindet wie vor dem Urlaub (*EuGH 22. Oktober 2009 - C-116/08 - [Meerts] Rn. 38 f., Slg. 2009, I-10063*). Alle übrigen Regelungen hinsichtlich des Status des Arbeitsverhältnisses während des Elternurlaubs überlässt Paragraph 2 Nr. 7 der Rahmenvereinbarung über Elternurlaub den Mitgliedstaaten und/oder den Sozialpartnern. Dazu gehört auch die Frage, ob und inwieweit ein Arbeitnehmer, der Elternurlaub beansprucht, während der Dauer des Elternurlaubs weiterhin Anwartschaften oder sonstige Ansprüche gegen seinen Arbeitgeber erwirbt. 41

(b) § 17 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 TVöD-AT genügt diesen Anforderungen. Die vor Beginn der Elternzeit absolvierte Stufenlaufzeit bleibt erhalten, nur ihr weiterer Ablauf wird für die Zeit der Unterbrechung gehemmt und setzt nach Wiederaufnahme der Tätigkeit nahtlos wieder ein (*Fieberg GKÖD Stand Dezember 2010 § 17 TVöD/TV-L Rn. 35; Breier/Dassau/Kiefer/Lang/Langenbrinck TVöD Stand Januar 2011 § 17 Rn. 32*). Damit befinden sich die Be- 42

schäftigten im Anschluss an die Elternzeit im Hinblick auf die Stufenlaufzeit in derselben Situation wie vor der Elternzeit. Ob auch § 17 Abs. 3 Satz 3 TVöD-AT, wonach bei Elternzeiten von mehr als fünf Jahren eine Rückstufung erfolgt, mit Paragraph 2 Nr. 6 der Rahmenvereinbarung über Elternurlaub vereinbar ist, hatte der Senat nicht zu entscheiden.

(3) Auch Art. 2 Abs. 7 Unterabs. 4 Satz 2 und 3 RL 76/207/EWG idF der 43
RL 2002/73/EG bzw. Art. 16 der diese mit Wirkung zum 15. August 2009
ersetzenden RL 2006/54/EG lässt sich kein Anspruch auf eine Fiktion der
Berufserfahrung während der Dauer der Elternzeit und damit der Anrechnung
dieser Zeit auf die Stufenlaufzeit entnehmen. Nach diesen Bestimmungen bleibt
das Recht der Mitgliedstaaten unberührt, Vaterschaftsurlaub und/oder Adop-
tionsurlaub anzuerkennen. Haben sie derartige Rechte zugebilligt, müssen sie
sicherstellen, dass den Arbeitnehmern nach ihrer Rückkehr an ihren Arbeits-
platz alle Verbesserungen der Arbeitsbedingungen, auf die sie während ihrer
Abwesenheit Anspruch gehabt hätten, zugute kommen.

(a) Aus diesen Bestimmungen folgt nicht, dass Beschäftigte nach ihrer 44
Rückkehr aus der Elternzeit Anspruch auf Gleichstellung mit den Beschäftigten
haben, die durch ihre aktive Tätigkeit Berufserfahrung gewonnen haben. Die für
den Vaterschafts- und Adoptionsurlaub geltenden Normen in den
RL 76/207/EWG und 2006/54/EG sind nicht auf den Elternurlaub und damit
nicht auf die Elternzeit nach § 15 BEEG zu übertragen. Sie erfassen aus-
schließlich Arbeitnehmer, die aus dem Männern vorbehaltenen Vaterschafts-
urlaub bzw. dem Adoptionsurlaub zurückkehren. Vaterschafts- und Adoptions-
urlaub kennt das deutsche Recht nicht. Das Unionsrecht verpflichtet die Mit-
gliedstaaten auch nicht dazu, diese Institute zu schaffen. Art. 2 Abs. 7 Unter-
abs. 4 Satz 3 RL 76/207/EWG und Art. 16 RL 2006/54/EG haben daher für das
deutsche Recht aktuell keine Bedeutung (*aA v. Roetteken AGG Stand
November 2010 § 3 Rn. 40 f., 157, 160 f., 324; ders. Anm. zu EuGH
22. Oktober 2009 - C-116/08 - [Meerts] jurisPR-ArbR 49/2009 Anm. 1 unter D;
ders. BGleiG § 15 BGleiG Stand Oktober 2010 Rn. 10a, 62a*).

(aa) Art. 2 Abs. 7 Unterabs. 4 Satz 3 RL 76/207/EWG bezieht sich nur auf den Vaterschafts- und Adoptionsurlaub, nicht aber auch auf den Eltern- und Mutterschaftsurlaub (*aA möglicherweise v. Roetteken AGG Stand November 2010 § 3 Rn. 155*). Nur Vaterschafts- bzw. Adoptionsurlaub können von den Mitgliedstaaten anerkannt werden, während Eltern- und Mutterschaftsurlaub für Arbeitnehmer im nationalen Recht zwingend vorzusehen sind. Etwaige Zweifel am Verständnis dieser Norm sind jedenfalls durch die RL 2006/54/EG geklärt. Nach Art. 15 bzw. Art. 16 dieser Richtlinie haben nur die Arbeitnehmer, die aus dem Mutter- oder Vaterschaftsurlaub bzw. dem Adoptionsurlaub zurückkehren, Anspruch auf die Verbesserungen der Arbeitsbedingungen, auf die sie während ihrer Abwesenheit Anspruch gehabt hätten. Art. 16 RL 2006/54/EG übernimmt unverändert Art. 2 Abs. 7 Unterabs. 4 zweiter Teil der RL 76/207/EWG, soweit dieser festgelegt hat, dass das Recht der Mitgliedstaaten unberührt bleibt, eigene Rechte auf Vaterschafts- und/oder Adoptionsurlaub anzuerkennen (*Vorschlag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften für eine Richtlinie zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen vom 21. April 2004 KOM (2004) 279 endgültig S. 31*). Nach der Entsprechungstabelle im Anhang II der RL 2006/54/EG entspricht Art. 16 (nur) der früheren Bestimmung in Art. 2 Abs. 7 Unterabs. 4 Sätze 2 und 3, während Art. 2 Abs. 7 Unterabs. 4 Satz 1 RL 76/207/EWG sich nunmehr in Art. 28 Abs. 2 RL 2006/54/EG wiederfindet. Soweit in Art. 16 Satz 2 RL 2006/54/EG - auf den ersten Blick irritierend - von „männlichen und weiblichen Arbeitnehmern“ die Rede ist, erklärt sich dies daraus, dass Art. 16 auch den Adoptionsurlaub erfasst. Dieser wiederum kommt für Männer und Frauen in Betracht (*vgl. Erwägungsgrund 27 RL 2006/54/EG*).

(bb) Das Unionsrecht verwendet die Begrifflichkeiten „Mutterschaftsurlaub“, „Vaterschaftsurlaub“, „Adoptionsurlaub“ und „Elternurlaub“. Der Elternurlaub ist sowohl nach dem Kreis der Personen, die ihn in Anspruch nehmen können, als auch hinsichtlich Dauer und Zeitraum seiner Inanspruchnahme sowie der mit ihm verfolgten Zwecke streng vom Mutterschafts-, Vaterschafts- und Adoptionsurlaub zu unterscheiden.

(aaa) Mutterschaftsurlaub iSv. Art. 8 RL 92/85/EWG sind die 14 Wochen vor und/oder nach der Entbindung, die der Mutter als Arbeitsbefreiung zu gewähren sind. Dieser Urlaub kann begriffsnotwendig nur von Frauen in Anspruch genommen werden. Er dient wie ausgeführt dem Schutz der körperlichen Verfassung der Frau während und nach der Schwangerschaft sowie dem Schutz der besonderen Beziehung zwischen der Mutter und ihrem Kind während der Zeit unmittelbar nach der Entbindung. 47

(bbb) Vaterschaftsurlaub ist im unionsrechtlichen Kontext ein individuelles, nicht übertragbares Recht männlicher Arbeitnehmer, das nach der Geburt oder Adoption eines Kindes unter Wahrung der bestehenden arbeitsbezogenen Rechte gleichzeitig mit dem Mutterschaftsurlaub in Anspruch genommen werden kann (vgl. Ziff. 2b i der EntschlieÙung des Rates und der im Rat Vereinigten Minister für Beschäftigung und Sozialpolitik vom 29. Juni 2000 über eine ausgewogene Teilhabe von Frauen und Männern am Berufs- und Familienleben, ABl. EG C 218 vom 31. Juli 2000 S. 5; vgl. auch Erwägungsgrund 13 RL 2002/73/EG und Erwägungsgrund 26 RL 2006/54/EG). Dieser Urlaub korrespondiert mit dem Mutterschaftsurlaub. Es handelt sich um einen kurzen Urlaub für Väter zur Zeit der Geburt bzw. Adoption eines Kindes (3.1 der Mitteilung der Kommission vom 3. Oktober 2008 an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen - Bessere Work-Life-Balance). Dadurch soll der Vater ab der Geburt eines Kindes in die häuslichen und familiären Verpflichtungen eingebunden werden (3.2 des Berichts der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen zur Gleichstellung von Frauen und Männern - 2007 vom 7. Februar 2007). 48

Bisher gibt es bezüglich des Vaterschaftsurlaubs noch keine unionsrechtlichen Rechtsvorschriften (Erwägung C der EntschlieÙung des Europäischen Parlaments vom 10. Februar 2010 zur Gleichstellung von Frauen und Männern in der Europäischen Union - 2009, ABl. EU C 341E vom 16. Dezember 2010 S. 35). Das Europäische Parlament hat in Nr. 23 der EntschlieÙung 49

vom 10. Februar 2010 die Notwendigkeit unterstrichen, de lege ferenda die Frage des Vaterschaftsurlaubs „anzugehen“ und die Kommission ersucht, jeden Vorstoß zu unterstützen, der dazu diene, einen Vaterschaftsurlaub auf europäischer Ebene einzuführen. Es hat dabei die Auffassung vertreten, Mutterschafts- und Vaterschaftsurlaub müssten dergestalt verknüpft werden, dass die in der Gesellschaft vorherrschenden Klischeevorstellungen in Bezug auf die Inanspruchnahme dieses Urlaubs bekämpft würden. De lege lata erkennt das Unionsrecht in Art. 2 Abs. 7 Unterabs. 4 Satz 2 RL 76/207/EWG bzw. in Art. 16 RL 2006/54/EG lediglich die bestehenden nationalen Regelungen über Vaterschaftsurlaub an und setzt dafür rechtliche Mindestbedingungen. Derartige Regelungen bestehen etwa in Frankreich, Großbritannien und Schweden (*Rüling/Kassner Familienpolitik aus der Gleichstellungsperspektive - Ein europäischer Vergleich S. 97 bis 99*), nicht dagegen in der Bundesrepublik Deutschland (*vgl. Haderer NZA 2003, 77, 80; Rüling/Kassner aaO S. 95*).

(ccc) Adoptionsurlaub ist eine neue Urlaubsform, die wie der Vaterschaftsurlaub bisher keine unionsrechtliche Ausgestaltung erfahren hat (*siehe nur 2.1 des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Durchführung der Rahmenvereinbarung über Elternurlaub und zur Aufhebung der RL 96/34/EG und 2 des Vorschlags für eine Richtlinie zur Änderung der RL 92/85/EWG*). Nach dem Verständnis der Kommission soll dieser wie Mutterschutzurlaub zur Zeit der Adoption eines Kindes gewährt werden (*3.1 der Mitteilung der Kommission vom 3. Oktober 2008 an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen - Bessere Work-Life-Balance*). Auch diesen Urlaub gibt es bisher im deutschen Recht nicht.

50

(ddd) Demgegenüber ist der Elternurlaub ein seit langem im Unionsrecht anerkanntes Institut. Gemäß Paragraph 2 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über Elternurlaub kann er von erwerbstätigen Männern und Frauen im Fall der Geburt oder der Adoption eines Kindes genommen werden, damit sie sich mindestens drei Monate um dieses Kind kümmern können. Gemäß Art. 28 Abs. 2 RL 2006/54/EG bleibt dieser Urlaub von den Bestimmungen der Gleich-

51

behandlungsrichtlinie unberührt. Ungeachtet des Art. 16 der RL 2006/54/EG kann also nach wie vor im Falle der Adoption eines Kindes Elternurlaub genommen werden. Damit ist nach den eindeutigen unionsrechtlichen Bestimmungen zu unterscheiden zwischen Elternurlaub, der wegen der Adoption eines Kindes genommen wird einerseits und Adoptionsurlaub, der - bei Bestehen entsprechender Regelungen im nationalen Recht - wegen der Adoption eines Kindes beansprucht wird.

Elternurlaub soll gemäß der Präambel der Rahmenvereinbarung über Elternurlaub die Vereinbarkeit von Berufs- und Familienleben und die Chancengleichheit von Männern und Frauen fördern. Die Rahmenvereinbarung legt Mindestanforderungen und Vorschriften für einen vom Mutterschutz getrennten Elternurlaub fest (*Erwägungsgrund 9*). Dieser Urlaub muss nicht im zeitlichen Zusammenhang mit dem Mutterschaftsurlaub genommen werden, sondern kann bis zu einem Alter von acht Jahren des Kindes beansprucht werden. 52

(cc) Auch in Paragraph 5 Nr. 2 der Neufassung der Rahmenvereinbarung über Elternurlaub aus dem Jahr 2009 im Anhang der Richtlinie 2010/18/EU des Rates vom 8. März 2010 zur Durchführung der von BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP und EGB geschlossenen überarbeiteten Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub und zur Aufhebung der Richtlinie 96/34/EG ist wie bisher in Paragraph 2 Nr. 6 der Rahmenvereinbarung über Elternurlaub lediglich vorgesehen, dass erworbene Rechte und Anwartschaften erhalten bleiben. Einen Anspruch auf die Anrechnung von Zeiten des Elternurlaubs als Beschäftigungszeit sieht auch die überarbeitete Rahmenvereinbarung über Elternurlaub nicht vor. Es stünde jedoch in unauflösllichem Widerspruch, wenn einerseits in Art. 2 Abs. 7 Unterabs. 4 Satz 1 RL 76/207/EWG bzw. in Art. 28 Abs. 2 RL 2006/54/EG bestimmt wird, dass die Richtlinien zum Elternurlaub und Mutterschutz unberührt bleiben, andererseits aber die Gleichbehandlungsrichtlinie weit darüber hinausgehende Ansprüche der Elternurlauber vorsähe. 53

(dd) Dementsprechend ist unter den Beispielen für Diskriminierungen in Art. 9 RL 2006/54/EG unter Buchst. g lediglich die Unterbrechung der Aufrechterhaltung oder des Erwerbs von Ansprüchen während eines gesetzlich oder 54

tarifvertraglich festgelegten Mutterschutzurlaubs oder Urlaubs aus familiären Gründen, der vom Arbeitgeber bezahlt wird, aufgeführt. Zeiten des (*unbezahlten*) Elternurlaubs iSd. Rahmenvereinbarung über Elternurlaub sind nicht genannt.

(b) Einer Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 AEUV zur Reichweite von Art. 2 Abs. 7 Unterabs. 4 Satz 3 RL 76/207/EWG bzw. Art. 16 RL 2006/54/EG bedurfte es nicht (*aA v. Roetteken Anm. zu EuGH 22. Oktober 2009 - C-116/08 - [Meerts] jurisPR-ArbR 49/2009 Anm. 1*). 55

(aa) Ist die richtige Anwendung des Unionsrechts derart offenkundig, dass für einen vernünftigen Zweifel auch unter Berücksichtigung der Eigenheiten dieses Rechts, der besonderen Schwierigkeiten seiner Auslegung und der Gefahr voneinander abweichender Entscheidungen innerhalb der Europäischen Union keinerlei Raum verbleibt, ist eine Vorlage auch durch ein letztinstanzliches Gericht wie das Bundesarbeitsgericht entbehrlich. Ob ein sog. „acte clair“ vorliegt, bleibt allein der Beurteilung des nationalen letztinstanzlichen Gerichts überlassen (*EuGH 6. Oktober 1982 - C-283/81 - [CILFIT] Rn. 16 ff., Slg. 1982, I-3415; 15. September 2005 - C-495/03 - [Intermodal Transports] Rn. 33, 37, Slg. 2005, I-8151*). 56

(bb) Die Voraussetzungen eines „acte clair“ sind hier erfüllt. Die Unterscheidung zwischen Mutterschafts-, Vaterschafts-, Adoptions- und Elternurlaub im Unionsrecht ist so eindeutig, dass sowohl für den EuGH als auch für die Gerichte der Mitgliedstaaten der Europäischen Union Gewissheit bestünde, dass Art. 2 Abs. 7 Unterabs. 4 Satz 3 RL 76/207/EWG und Art. 16 RL 2006/54/EG auf die unionsrechtlichen Bestimmungen über den Elternurlaub und die diese in das nationale Recht umsetzenden Regelungen keine Anwendung findet. Die unterschiedlichen Sprachfassungen der RL 2006/54/EG erlauben keinerlei Zweifel daran, dass es sich bei Mutterschafts-, Vaterschafts-, Adoptions- und Elternurlaub um vier unterschiedliche Institute handelt: 57

- in der französischen Fassung der RL 2006/54/EG ist Art. 15 mit „Retour de congé de maternité“, Art. 16 mit „congé de paternité ou d'adoption“ überschrieben. Für den Elternurlaub wird dagegen die Bezeichnung „congé parental“ benutzt (s. nur Erwägungsgrund 24);
- in der englischen Fassung ist von „maternity leave“ für den Mutterschaftsurlaub, von „paternity leave“ für den Vaterschaftsurlaub, „adoption leave“ für den Adoptionsurlaub und schließlich von „paternal leave“ für den Elternurlaub die Rede;
- die niederländische Fassung verwendet die Bezeichnungen „zwangerschaps en bevallingsverlof“ für den Mutterschaftsurlaub, „vaderschapsverlof“ für den Vaterschaftsurlaub, „adoptieverlof“ für den Adoptionsurlaub und schließlich „ouderschapsverlof“ für den Elternurlaub;
- die italienische Fassung unterscheidet zwischen „congedo di maternità“, „congedo di paternità“, „congedo di adozione“ und „congedo parentale“;
- die spanische Fassung verwendet die Begriffe „permiso de maternidad“, „permiso de paternidad“, „permiso de adopción“ und „permiso parental“;
- die portugiesische Fassung differenziert zwischen „licença de maternidade“, „licença de paternidade“, „licença por adopção“ und „licença parental“;
- in der griechischen Fassung heißt es „άδεια μητρότητας“ für Mutterschaftsurlaub, „άδεια πατρότητας“ für Vaterschaftsurlaub, „άδεια υιοθεσίας“ für Adoptionsurlaub und schließlich „γονική άδεια“ für Elternurlaub.

In allen ausgewerteten Sprachfassungen wird also streng zwischen den vier Instituten differenziert. Regelungen, die sich auf den Vaterschaftsurlaub bzw. den Adoptionsurlaub beziehen, können darum nicht auf das gänzlich anders gelagerte Institut des „Elternurlaubs“ übertragen werden.

58

(cc) Soweit in der Literatur abweichend von diesem eindeutigen Auslegungsergebnis die Auffassung vertreten wird, Art. 2 Abs. 7 Unterabs. 4 Satz 3 RL 76/207/EWG bzw. Art. 16 RL 2006/54/EG fände auf die Elternzeit gemäß § 15 BEEG Anwendung, wird nicht ansatzweise begründet, warum Bestimmungen des Unionsrechts, die sich auf den Vaterschafts- bzw. Adoptionsurlaub beziehen, auf das rechtlich davon zu unterscheidende Institut des Elternurlaubs zu übertragen sein sollen. Dieser vereinzelt gebliebenen, wenn auch breit gestreuten Meinung (v. Roetteken AGG Stand November 2010 § 3 Rn. 40 f., 157, 160 f., 324; ders. Anm. zu EuGH 22. Oktober 2009 - C-116/08 - [Meerts] jurisPR-ArbR 49/2009 Anm. 1; ders. BGleiG § 15 BGleiG Stand Oktober 2010 Rn. 10a, 62a) ist darum gegenüber der vom Senat vertretenen

59

nicht eindeutig der Vorzug zu geben (vgl. BVerfG 25. Februar 2010 - 1 BvR 230/09 - Rn. 19, 21, EzA KSchG § 17 Nr. 21).

(c) Die Elternzeit nach § 15 BEEG entspricht dem Elternurlaub im Sinne der Rahmenvereinbarung über Elternurlaub, wobei sie in zeitlicher Hinsicht weit über das unionsrechtlich verlangte Mindestmaß hinausgeht (*Buchner/Becker Mutterschutzgesetz Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz 8. Aufl. Vor §§ 15 - 21 BEEG Rn. 17; v. Roetteken AGG Stand November 2010 Rn. 156*), nicht aber dem Vaterschafts- oder Adoptionsurlaub iSv. Art. 2 Abs. 7 Unterabs. 4 RL 76/207/EWG bzw. Art. 16 RL 2006/54/EG. 60

(aa) Die Elternzeit verfolgt einen anderen Zweck als der Vaterschaftsurlaub im unionsrechtlichen Sinn. Der Anspruch auf Elternzeit soll sicherstellen, dass das Kind eine ständige Betreuungsperson hat (*BT-Drucks. 10/3792 S. 19 für den Erziehungsurlaub*). Er soll die Ausübung des Erziehungsrechts ohne Verlust des Arbeitsplatzes erleichtern und dient der Förderung der Betreuung und Erziehung des Kindes in den ersten Lebensjahren durch die Eltern sowie der besseren Vereinbarung von Familie und Beruf (*Senat 18. Dezember 2008 - 6 AZR 287/07 - Rn. 30, BAGE 129, 93*). 61

(bb) Auch in den Fällen, in denen Arbeitnehmer Elternzeit ab Aufnahme eines adoptierten Kindes in ihren Haushalt in Anspruch nehmen können (§ 15 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b BEEG), handelt es sich nicht um Adoptionsurlaub iSv. Art. 16 RL 2006/54/EG, sondern um Elternzeit, die nach dem Willen des nationalen Gesetzgebers entsprechend den Vorgaben in Paragraph 2 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über Elternurlaub auch Adoptiveltern gewährt werden kann. § 15 BEEG setzt insoweit die Vorgaben der Rahmenvereinbarung über Elternurlaub ausreichend in deutsches Recht um. Ein weitergehender Umsetzungsbedarf besteht nicht, weil Art. 16 RL 2006/54/EG keinen zwingenden Charakter hat. Ein Arbeitnehmer, der ein Kind adoptiert und Elternzeit in Anspruch genommen hat, kann damit nicht unter Berufung auf Art. 16 RL 2006/54/EG die Anrechnung seiner Zeit der Abwesenheit auf die Stufenlaufzeit verlangen. 62

- (4) Die weiteren unionsrechtlichen Bestimmungen über den Elternurlaub sind nicht rechtlich bindend und begründen daher keinen Anspruch der Klägerin, während der Elternzeit den Gewinn von Berufserfahrung für den Stufenaufstieg zu fingieren. 63
- (a) Art. 33 Abs. 2 GRC sieht lediglich den Anspruch auf Elternurlaub vor, ohne daran rechtliche Vorgaben zu knüpfen. 64
- (b) Die Empfehlung des Rates vom 31. März 1992 zur Kinderbetreuung (92/241/EWG) (ABl. EG L 123 vom 8. Mai 1992 S. 16) entfaltet gemäß Art. 288 AEUV ebenfalls keine verbindliche Wirkung. Im Übrigen wird auch darin nur vorgeschlagen, Initiativen zu ergreifen, die es Frauen und Männern ermöglichen, ihre beruflichen, familiären und erzieherischen Pflichten im Hinblick auf die Kindesbetreuung miteinander in Einklang zu bringen. 65
- (5) Nationale, über den Gewährleistungsinhalt des Unionsrechts hinausgehende Gleichstellungsvorschriften, die es geböten, die Elternzeit auf die Stufenlaufzeit anzurechnen, bestehen nicht. 66
- (a) Aus dem Gesetz zur Verwirklichung der Chancengleichheit von Frauen und Männern im öffentlichen Dienst des Landes Baden-Württemberg vom 11. Oktober 2005 (*Chancengleichheitsgesetz - ChancenG, GBl. 650*) lässt sich kein Anspruch der Klägerin auf Anrechnung der Elternzeit auf die Stufenlaufzeit ableiten. Gemäß § 3 Abs. 2 ChancenG gilt dieses Gesetz ua. für Kommunen nur eingeschränkt. Aus §§ 23 und 24 ChancenG lassen sich keine konkreten Ansprüche einzelner Beschäftigter ableiten. 67
- (b) Das Bundesgleichstellungsgesetz findet auf die bei einer Kommune beschäftigte Klägerin keine Anwendung. Darum kann dahinstehen, ob § 9 Abs. 2 Nr. 1 BGleiG und/oder § 15 Abs. 3 und Abs. 4 BGleiG Beschäftigten des Bundes Anspruch auf die Anrechnung der Elternzeit auf die Stufenlaufzeit gewähren (*in diesem Sinne v. Roetteken AGG Stand November 2010 § 3 Rn. 161; das BMI geht davon aus, dass nur keine Rückstufung gemäß § 17* 68

Abs. 3 Satz 3 TVöD erfolgen darf [Rundschreiben vom 8. Dezember 2005 - D II 2-220-210-2/0 - S. 44]).

(6) Auch § 15 Abs. 2 Satz 6 BEEG gebietet keine Berücksichtigung der Elternzeit für den Stufenaufstieg im Entgeltsystem des TVöD (*vgl. BAG 20. April 2010 - 3 AZR 370/08 - Rn. 49, EzA GG Art. 3 Nr. 109; 21. Mai 2008 - 5 AZR 187/07 - Rn. 29, BAGE 126, 375*). Zwar kann von den Vorschriften über den Erziehungsurlaub auch nicht durch Tarifvertrag abgewichen werden. Die Tarifvertragsparteien müssen aber nicht für einen Ausgleich der Nachteile sorgen, die sich aus der gesetzlichen Ausgestaltung des Erziehungsurlaubs für die Arbeitnehmer ergeben (*BAG 15. Dezember 1998 - 3 AZR 251/97 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Lufthansa Nr. 25 = EzA BErzGG § 15 Nr. 12*).

69

dd) Der Gleichberechtigungsgrundsatz in seiner Ausprägung durch Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 GG ist ebenfalls nicht verletzt. Zwar verbieten auch diese Bestimmungen sowohl eine unmittelbare als auch mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts (*BVerfG 27. November 1997 - 1 BvL 12/91 - BVerfGE 97, 35, 43; 18. Juni 2008 - 2 BvL 6/07 - Rn. 48 f., BVerfGE 121, 241*). Die Gewährleistungen des Art. 3 GG gehen insoweit jedoch nicht über das Unionsrecht hinaus (*vgl. BAG 20. April 2010 - 3 AZR 370/08 - Rn. 28, EzA GG Art. 3 Nr. 109; BFH 5. Dezember 2000 - VII R 18/00 - zu II 3 der Gründe, BFHE 193, 234*).

70

II. Auch Art. 6 GG ist nicht verletzt.

71

1. Die Tarifvertragsparteien haben nicht die Pflicht, durch tarifliche Regelungen zum besonderen Schutz von Ehe und Familie beizutragen. Der Schutzauftrag aus Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 GG richtet sich nicht an die Tarifvertragsparteien, sondern an den Staat (*Senat 18. Dezember 2008 - 6 AZR 287/07 - Rn. 20, BAGE 129, 93*). Gleichwohl darf die von ihnen vorgenommene Gruppenbildung die durch Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 GG geschützten Belange von Ehe und Familie nicht gleichheits- und sachwidrig außer Betracht lassen (*vgl. zu dieser Grenze der Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien Senat*

72

30. Oktober 2008 - 6 AZR 712/07 - Rn. 15, BAGE 128, 219). Diesen Anforderungen genügt § 17 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 TVöD-AT.

Das neue Entgeltsystem des TVöD stellt durch den Stufenaufstieg innerhalb der Entgeltgruppe auf die Berufserfahrung und die darin zum Ausdruck kommende Leistungsfähigkeit ab. Diese Entgeltkomponente hat keinerlei Bezug zu den Gewährleistungen des Art. 6 GG. Die Tarifvertragsparteien durften typisierend annehmen, dass während der Elternzeit kein Zuwachs an Erfahrungswissen erfolgt und durften darum vorsehen, dass diese Zeit nicht auf die Stufenlaufzeit anzurechnen ist. Nach ihrer typisierenden Betrachtung unterscheidet sich die Arbeitsleistung durchgehend aktiv Beschäftigter und der Beschäftigten, die nach einer Elternzeit die Beschäftigung wieder aufnehmen. Nach Sinn und Zweck der Entgeltsteigerung durch den Aufstieg in den Stufen war es daher nicht geboten, die Elternzeit auf die Stufenlaufzeit anzurechnen. Im Gegenteil würde es dem Sinn und Zweck des Stufenaufstiegs widersprechen, wenn Zeiten ohne tatsächliche Arbeitsleistung, die über die in § 17 Abs. 3 Satz 1 TVöD-AT aufgezählten hinausgehen, berücksichtigt würden.

73

2. Die Rechtslage bei Sozialplanabfindungen gibt keinen Anlass zu einer abweichenden Würdigung. Danach widerspricht es den in Art. 6 GG enthaltenen Wertungen, die über § 75 BetrVG auch in die Prüfung von Sozialplänen Eingang finden, wenn die Betriebspartner bei der Höhe der Abfindung zwar auch die Dauer der Beschäftigung berücksichtigen, nicht aber Zeiten des Erziehungsurlaubs (*BAG 12. November 2002 - 1 AZR 58/02 - BAGE 103, 321*). Die Sozialplanabfindung hat keinen Entgeltcharakter und soll nicht die geleisteten Dienste vergüten. Ihr kommt vielmehr eine zukunftsbezogene Ausgleichs- und Überbrückungsfunktion zu (*vgl. nur BAG 23. März 2010 - 1 AZR 832/08 - Rn. 29, AP BetrVG 1972 § 75 Nr. 55 = EzA BetrVG 2001 § 112 Nr. 35*). Sinn und Zweck der Sozialplanabfindung bedingen also gerade nicht das Außerachtlassen von Elternzeiten (*vgl. BAG 12. November 2002 - 1 AZR 58/02 - BAGE 103, 321, 327 f.*). Darin liegt der Unterschied zur Stufenlaufzeit.

74

3. Art. 6 Abs. 4 GG scheidet als Prüfungsmaßstab aus. Aus dieser Norm können für Sachverhalte, die nicht allein Mütter betreffen, keine besonderen

75

Rechte hergeleitet werden. § 17 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 TVöD-AT gilt jedoch für alle Beschäftigten, die Elternzeit in Anspruch nehmen, egal ob sie Väter oder Mütter sind. Auch wenn sich die Hemmung des Stufenaufstiegs tatsächlich vor allem zulasten der Mütter auswirkt, weil diese auch heute noch durch die Inanspruchnahme von Elternzeit jedenfalls länger als die Väter ihre Berufstätigkeit unterbrechen, ist der Schutzbereich des Art. 6 Abs. 4 GG nicht berührt (vgl. *BVerfG 12. März 1996 - 1 BvR 609/90, 1 BvR 692/90 - BVerfGE 94, 241; BAG 20. April 2010 - 3 AZR 370/08 - Rn. 42, EzA GG Art. 3 Nr. 109*).

III. Art. 3 Abs. 1 GG ist durch den Zuschnitt der Personenkreise, bei denen in § 17 Abs. 3 Satz 1 TVöD-AT Unterbrechungen der Arbeitsleistung mit Zeiten einer ununterbrochenen Tätigkeit gleichgestellt worden sind, nicht verletzt. 76

1. Die Klägerin macht insoweit geltend, es sei nicht verständlich, warum eine Arbeitsunfähigkeit bis zu 39 Wochen als Zeit einer ununterbrochenen Tätigkeit angesehen werde, während eine Elternzeit von gleicher Dauer schädlich sei. Nach § 17 Abs. 3 Satz 1 Buchst. b TVöD-AT werden die Zeiten einer Arbeitsunfähigkeit bis zu 39 Wochen angerechnet. Das gilt für jeden Fall der Arbeitsunfähigkeit, wobei bei Fortsetzungserkrankungen alle rechtlich im Fortsetzungszusammenhang stehenden Zeiten als eine Arbeitsunfähigkeit gelten (*Fieberg GKÖD Stand Dezember 2010 § 17 TVöD/TV-L Rn. 32*). In Einzelfällen kann daher die anrechnungsfähige Zeit mehrerer unterschiedlicher Arbeitsunfähigkeiten die Dauer der die Stufenlaufzeit hemmenden Elternzeit übersteigen. Das führt jedoch nicht dazu, dass jedenfalls 39 Wochen der Elternzeit der Klägerin auf die Stufenlaufzeit anzurechnen wären. 77

a) Tarifvertragsparteien sind bei der tariflichen Normsetzung nicht unmittelbar grundrechtsgebunden. Die Schutzfunktion der Grundrechte verpflichtet die Arbeitsgerichte jedoch dazu, Tarifregelungen die Durchsetzung zu verweigern, die zu gleichheits- und sachwidrigen Differenzierungen führen und deshalb Art. 3 GG verletzen. Dabei kommt den Tarifvertragsparteien als selbständigen Grundrechtsträgern allerdings aufgrund der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Wie weit dieser reicht, hängt von den im Einzelfall vorliegenden Differenzierungs- 78

merkmalen ab, wobei den Tarifvertragsparteien in Bezug auf die tatsächlichen Gegebenheiten und betroffenen Interessen eine Einschätzungsprärogative zusteht (*Senat 18. Dezember 2008 - 6 AZR 287/07 - BAGE 129, 93*). Art. 3 GG untersagt auch einen gleichheitswidrigen Begünstigungsausschluss. Auch wenn man berücksichtigt, dass sich die Regelung in § 17 Abs. 3 Satz 2 TVöD-AT auf die grundrechtlich geschützte Freiheit, Elternzeit zu beanspruchen, auswirken kann, und deshalb einen Rechtfertigungsgrund verlangt, der im angemessenen Verhältnis zum Grad der Ungleichbehandlung steht (*vgl. BVerfG 15. März 2000 - 1 BvL 16/96 ua. - BVerfGE 102, 68, 87*), begünstigt die Regelung in § 17 Abs. 3 Satz 1 Buchst. b TVöD-AT unter Berücksichtigung der Einschätzungsprärogative der Tarifvertragsparteien Arbeitsunfähige nicht gleichheitswidrig gegenüber den Beschäftigten, die nach einer Elternzeit ihre Tätigkeit wieder aufnehmen.

b) Zwar kann während der Zeit einer Arbeitsunfähigkeit ebenso wie während der Elternzeit, in der das Arbeitsverhältnis ruht, kein für den Stufenaufstieg relevantes Erfahrungswissen erworben werden. Die Tarifvertragsparteien durften aber davon ausgehen, dass typischerweise auch im öffentlichen Dienst Zeiten langdauernder ununterbrochener Arbeitsunfähigkeit Ausnahmefälle darstellen. Weniger als 5 % aller Arbeitsunfähigkeitsfälle der in den gesetzlichen Krankenkassen Versicherten dauern über die gesetzliche Entgeltfortzahlung von sechs Wochen hinaus (*Badura/Schröder/Klose/Macco Fehlzeiten-Report 2010 S. 439 Abb. 29.6*). Auch die Dauer der Arbeitsunfähigkeit der AOK-Mitglieder im öffentlichen Dienst überstieg nur in 11,5 % aller Arbeitsunfähigkeitsfälle 21 Tage. Lediglich in 4,2 % aller Fälle lag dabei eine Arbeitsunfähigkeit von mehr als 42 Tagen vor (*Badura/Schröder/Klose/Macco aaO S. 400 Tabelle 28.10.5*). Die durchschnittliche Dauer eines Arbeitsunfähigkeitsfalles unter den bei der AOK Versicherten ist von etwas mehr als 12 Tagen im Jahr 2004 auf knapp unter 12 Tagen im Jahr 2009 gesunken (*Badura/Schröder/Klose/Macco aaO S. 398 Tabelle 28.10.1*). Das gilt trotz des Umstandes, dass die in den öffentlichen Verwaltungen beschäftigten AOK-Mitglieder eine ungünstigere Altersstruktur aufweisen als die in der freien Wirtschaft Beschäftigten und in der AOK die Berufsgruppen des öffentlichen Dienstes mit

79

einer besonders hohen Arbeitsbelastung überrepräsentiert sind (*Badura/Schröder/Klose/Macco aaO S. 279*). Selbst bei den Berufsgruppen mit den höchsten Fehlzeiten lag die Dauer der Arbeitsunfähigkeit je Fall bei knapp unter 16 Tagen (*Badura/Schröder/Klose/Macco aaO S. 399 Tabelle 28.10.4*).

Zwischen einzelnen Krankheiten oder Krankheitsphasen kommt es also auch im öffentlichen Dienst typischerweise, gerade auch bei Fortsetzungs-erkrankungen, immer wieder zu Zeiten tatsächlicher Arbeitsleistung und damit des Erfahrungsgewinns. Durch die Inanspruchnahme von Elternzeit, bei der das Arbeitsverhältnis ruht, tritt also bei typisierender Betrachtung eine erheblich längere Unterbrechung des Erfahrungsgewinns ein als durch Arbeitsunfähigkeit. Das durften die Tarifvertragsparteien ihrer Regelung zugrunde legen.

80

Des Weiteren durften die Tarifvertragsparteien darauf abstellen, dass Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von 39 Wochen nicht zur gänzlichen Suspendierung der Vergütungspflicht führt. Nach Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums steht dem Beschäftigten gemäß § 22 Abs. 3 Satz 1 TVöD-AT bei einer Beschäftigungszeit von mehr als drei Jahren nach § 22 Abs. 2 TVöD-AT ein Krankengeldzuschuss bis zum Ende der 39. Woche der Arbeitsunfähigkeit zu. Demgegenüber ruht das Arbeitsverhältnis während der Elternzeit unter Suspendierung aller wechselseitigen Pflichten. Bei der notwendigerweise pauschalisierenden Bewertung, welche Zeiten der Unterbrechung der Tätigkeit sie einer tatsächlichen Beschäftigung gleichstellen wollten, hält es sich noch im Rahmen des Gestaltungsspielraums der Tarifvertragsparteien, solche Zeiten einer Arbeitsunfähigkeit, für die noch ein Anspruch auf Krankengeldzuschuss bestehen kann und damit die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis auf Arbeitgeberseite nicht gänzlich suspendiert sind, auf die Stufenlaufzeit anzurechnen und demgegenüber auch Elternzeiten von weniger als 39 Wochen als Hemmung der Stufenlaufzeit zu werten (*vgl. BAG 9. November 1994 - 10 AZR 3/94 - AP BAT § 23a Nr. 33 = EzA BAT § 23a Nr. 3 für die Anrechnung der Arbeitsunfähigkeit auf die Bewährungszeit nach § 23a BAT*).

81

2. Auch der Einwand der Klägerin, Sonderurlaub aus betrieblichen Gründen sei nicht zwingend mit einem Gewinn an einschlägiger Berufserfahrung

82

verbunden, ist nicht geeignet, eine gleichheitswidrige Begünstigung des von § 17 Abs. 3 Satz 1 Buchst. d TVöD-AT erfassten Personenkreises aufzuzeigen.

Sonderurlaub, bei dem der Arbeitgeber vor dem Antritt schriftlich ein dienstliches oder betriebliches Interesse anerkannt hat, wird gemäß § 17 Abs. 3 Satz 1 Buchst. d TVöD-AT unabhängig von seiner Dauer auf die Stufenlaufzeit angerechnet. Ein solcher Sonderurlaub wird typischerweise dann gewährt, wenn sich der einzelne Beschäftigte qualifizieren will und der Arbeitgeber sich diese Qualifikation später zunutze machen will (*Künzl GKÖD Stand Dezember 2010 § 34 TVöD/TV-L Rn. 424*). Gleiches gilt, wenn die Übernahme der Tätigkeit, für die die Beurlaubung erfolgt, im dienstlichen Interesse liegt (*Fieberg GKÖD Stand Dezember 2010 § 28 TVöD/TV-L Rn. 28*). So liegt die Tätigkeit von Bundesbediensteten in öffentlichen zwischenstaatlichen oder überstaatlichen Organisationen im deutschen Interesse. Die Beurlaubung (*Entsendung*) zur Dienstleistung bei Internationalen Organisationen fördert das Leistungsniveau und die Verwendbarkeit auch im nationalen Dienst. Darum ist Beschäftigten des Bundes bei einer solchen Entsendung Sonderurlaub nach § 28 TVöD zu gewähren, der im dienstlichen Interesse liegt und daher bei Erfüllung der formellen Anforderungen auf die Beschäftigungszeit anzurechnen ist (*I und IV der Richtlinien für die Entsendung von Bundesbediensteten in öffentliche zwischenstaatliche oder überstaatliche Organisationen (Entsendungsrichtlinien - EntsR -) vom 26. September 2005, GMBI. S. 1074*). Aus denselben Gründen ist Beschäftigten des Bundes Sonderurlaub für Aufgaben der Entwicklungszusammenarbeit zu gewähren (*I und IV der Richtlinien für die Beurlaubung von Bundesbediensteten zur Übernahme von Aufgaben der Entwicklungszusammenarbeit (Beurlaubungsrichtlinien - BeurIR) vom 25. Oktober 2000, GMBI. S. 1112*). Die Anrechnung der Zeiten des Sonderurlaubs auf die Stufenlaufzeit erklärt sich also daraus, dass sich während der Beurlaubung typischerweise die berufliche Qualifikation und Verwendbarkeit verbessern. Darauf durften die Tarifvertragsparteien bei typisierender Betrachtung abstellen.

83

IV. Eine Altersdiskriminierung rügt die Klägerin nicht. Ein auf Berufserfahrung abstellendes Entgeltsystem wie das des TVöD ist nicht per se alters-

84

diskriminierend. Es ist vielmehr ein legitimes Ziel der Entgeltpolitik, Berufserfahrung zu honorieren, die den Arbeitnehmer befähigt, seine Arbeit besser zu verrichten (*EuGH 3. Oktober 2006 - C-17/05 - [Cadman] Rn. 34, Slg. 2006, I-9583*). Da die Klägerin keine Indizien für eine auch nur mittelbare Altersdiskriminierung durch das auf Berufserfahrung abstellende Stufensystem des TVöD aufgezeigt hat, war keine Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung des EuGH über die Vorlage des Senats vom 20. Mai 2010 (- 6 AZR 319/09 (A) -) geboten.

C. Auf den von der Klägerin angeführten besonderen Umstand, dass sie ihre beruflichen Fertigkeiten während der Elternzeit weiter entwickelt haben will, kommt es nicht an. Darüber hinaus ist ihr Vortrag insoweit unsubstantiiert. 85

I. Die Tarifvertragsparteien haben typisierend darauf abgestellt, dass bei der Mehrzahl der vom TVöD erfassten Berufsbilder während der Elternzeit keine für die geschuldete Tätigkeit förderliche Berufserfahrung erworben wird. Dies gilt auch für die Entgeltgruppe 5, in die die Klägerin eingruppiert war. In dieser Entgeltgruppe sind die frühere Vergütungsgruppe VII des BAT sowie die Lohngruppen 5 (*mit Aufstieg nach 5a*) und 4 (*mit Aufstieg nach 5 und 5a*) und damit eine Vielzahl von Berufsbildern nicht nur häuslichen Zuschnitts zusammengefasst worden (*Anlage 3 zum TVÜ-VKA*). Darauf, ob im Einzelfall bei Beschäftigten während der Elternzeit bezogen auf ihre berufliche Tätigkeit ein Erfahrungszuwachs eintritt, kommt es damit nicht an, zumal es auch in diesen Fällen an der Eingliederung in die betriebliche Organisation fehlt, die essentiell für die von den Tarifvertragsparteien angenommene Verbesserung von Arbeitsqualität und -quantität ist. 86

II. Der Hinweis der Klägerin, sie habe während der Elternzeit zumindest teilweise ihre beruflichen Fertigkeiten als Schneiderin fortentwickelt, ist darüber hinaus unsubstantiiert. Sie behauptet nicht konkret, dass sie ihre Kerntätigkeit als Schneiderin auch während der Elternzeit in einem Maße verrichtet habe, das dem Erwerb weiterer Berufserfahrung durch die von ihr geschuldete Tätigkeit gleichgekommen wäre. 87

D. Die Klägerin hat im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat 88
klargestellt, dass es sich bei den auf Gehaltsabrechnung bezogenen Anträgen
um unechte Hilfsanträge für den Fall des Obsiegens mit den Zahlungsanträgen
handelt. Diese Anträge sind darum nicht zur Entscheidung angefallen.

E. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1, § 269 Abs. 3 Satz 2 89
ZPO.

Fischermeier

Brühler

Spelge

D. Knauß

U. Lauth