

## Information

zur Frage der Altersdiskriminierung bei der **Festlegung des Besoldungsdienstalters nach § 28 Abs. 1 Bundesbesoldungsgesetz** in der Fassung vom 28. August 2006 (BBesG a.F.)

Das Besoldungsdienstalter eines Beamten oder Soldaten beginnt am Ersten des Monats, in dem dieser das 21. Lebensjahr vollendet hat, vgl. § 28 Abs. 1 BBesG a.F..

§ 28 Abs. 2 und 3 BBesG a.F. beziehen sich hingegen auf die Beamten, die im Zeitpunkt ihrer Verbeamtung bereits das 31. Lebensjahr vollendet haben und legt fest, wie und ob sich bestimmte Zeiten auf die Festsetzung des Besoldungsdienstalters auswirken.

### I. Zusammenfassende Beurteilung

1. Die erstmalige Festsetzung des Besoldungsdienstalters **der unter 31jährigen Beamtinnen und Beamten** gem. § 28 Abs. 1 BBesG a.F. an deren tatsächliches Lebensalter zu knüpfen, könnte eine Diskriminierung der Jüngeren innerhalb dieser Gruppe sowie im Vergleich zu den über 31jährigen ebenfalls „Neuverbeamteten“ darstellen. Je älter eine Beamtin bzw. ein Beamter zum Zeitpunkt seiner Verbeamtung war oder ist, desto höher fiel bzw. fällt die Eingangsstufe in ihrer/seiner Besoldungsgruppe aus.
2. Mit der Novellierung des BBesG durch das Dienstrechtsneuordnungsgesetz 2009 stellt sich für den Bund die Frage der Altersdiskriminierung bei der Festsetzung des Besoldungsdienstalters gem. § 28 Abs. 1 BBesG a.F. nicht mehr. Ob **Bundesbeamten** eventuell Ansprüche aus dem Zeitraum vom Januar 2009 bis Inkrafttreten des neuen BBesG zustehen und diese auch geltend machen können, ist strittig. Denn sollte das Erfordernis der Geltendmachung eines Anspruchs im jeweilig laufenden Haushaltsjahr zu berücksichtigen sein, so wären nach 2009 gestellte Widersprüche bzw. Anträge hinsichtlich evtl. Ansprüche aus 2009 verfristet.
3. Einige Bundesländer haben bislang von ihrer Gesetzgebungskompetenz für die **Landesbeamten** keinen Gebrauch gemacht bzw. diese erst nach 2009 genutzt. In ihnen gilt bzw. galt gemäß § 125 a Abs. 1 GG das BBesG in der bis zum 31.08.2006 geltenden Fassung fort. Auch hier ist nicht geklärt, ob Ansprüche bestehen und für welchen Zeitraum diese ggf. rückwirkend geltend gemacht werden können.
4. Die Durchsetzung eventueller Ansprüche könnte - selbst wenn diese nicht verjährt sind - an der nicht **zeitnahen Geltendmachung** dieser scheitern.
5. **Unabhängig von der rechtlichen Bewertung sollte berücksichtigt werden**, dass in vielen Dienststellen z.T. ein erheblicher Beförderungsbedarf für dienstältere Beamtinnen und Beamte besteht. Darüber hinaus ist angesichts der mutwillig herbeigeführten Krise öffentlicher Haushalte (insbes. einer Finanzierungslücke und der Schuldenbremse) zu bedenken, dass die betroffenen Dienstherren versucht sein könnten, im Rahmen der nächsten Besoldungsrunde die ggf. erfolgreich eingeklagten Ansprüche mit den berechtigten und alle Beschäftigten betreffenden Besoldungsforderungen zu verrechnen. Sofern es also zu einer Verbesserung für jüngere Beamte kommen sollte, könnte dies ggf. zu einer Gerechtigkeitslücke führen. Vor diesem Hintergrund sollte im Wege einer moderaten Informationspolitik auf sämtliche Aspekte eingegangen und vielmehr eine Verbesserung

der Situation aller Beamtinnen und Beamten angestrebt werden. Eine Orientierung auf rein rechtliche Maßnahmen könnte zu Unfrieden in der Belegschaft führen. Davon unberührt bleibt aber, dass die aus der Untätigkeit einzelner Landesgesetzgeber erwachsenen rechtlichen Ansprüche der Mitglieder der DGB-Gewerkschaften des öffentlichen Dienstes gewahrt werden müssen.

## II. Hintergrund

Im September 2011 entschied der Europäische Gerichtshof, dass das durch § 27 BAT in Verbindung mit dem Vergütungstarifvertrag Nr. 35 zum BAT geschaffene Vergütungssystem zu einer nicht gerechtfertigten unmittelbar auf dem Kriterium des Alters beruhenden Ungleichbehandlung im Sinne der Bestimmungen des Art. 2 Abs. 1 und 2a) der RL 2000/78/EG führt, weil Betroffene bei ihrer Einstellung anhand ihres Lebensalters in die Vergütungstabelle eingestellt wurden (Hennings-Mai-Entscheidung, Urteil vom 8.09.2011 - C-297/10 und C-298/10).

Der Gerichtshof führte aus, dass:

Bei der Einstellung eines Angestellten werde zur Festsetzung der Grundvergütung innerhalb der jeweiligen Vergütungsgruppe auf dessen Lebensalter abgestellt. Die Grundvergütung, die zwei Angestellte verschiedenen Alters erhalten, die am selben Tag in derselben Vergütungsgruppe eingestellt werden, differiere demnach aufgrund des Lebensalters der zwei Betroffenen **zum Zeitpunkt ihrer Einstellung**. Zwar habe der Gerichtshof anerkannt, dass die Honorierung der von einem Arbeitnehmer erworbenen Berufserfahrung in der Regel ein legitimes Ziel der Entgeltpolitik sei, doch werde ein Angestellter ohne Berufserfahrung eingestellt, so erfolge bei seiner Einstellung die erstmalige Einstufung in eine bestimmte Stufe einer bestimmten Vergütungsgruppe allein anhand des Lebensalters. Darüber hinaus sei keineswegs dargelegt, dass der finanzielle Bedarf älterer Arbeitnehmer höher ist als derjenige der jüngeren Kollegen. Ein Kriterium, das auf dem Dienstalter oder die Berufserfahrung beruht, ohne am Lebensalter anzuknüpfen, scheine im Hinblick auf die Richtlinie 2000/78/EG für die Verwirklichung des o.g. Ziels geeigneter.

Es stellt sich nun die Frage, ob diesem Urteil eine **Indizwirkung für den Beamtenbereich** zukommen kann und die Festsetzung des Besoldungsdienstalters nach § 28 Abs. 1 BBesG a.F. ebenfalls gegen das Verbot der Altersdiskriminierung verstößt.

Das Verwaltungsgericht Halle bejaht dies mit folgender Begründung (Urteile vom 28.09.2011 - 5 A 63/10 HAL, u.a.)

Das VG Halle hat in insgesamt acht Verfahren entschieden, dass die **Festsetzung des Besoldungsdienstalters** nach Maßgabe des § 28 Abs. 1 BBesG a.F. eine unionsrechtlich nicht gerechtfertigte Diskriminierung wegen des Alters und einen Verstoß gegen das AGG darstellt. Das AGG trete nicht hinter das BBesG zurück, da es europarechtliche Vorgaben umsetze, an deren Maßstab sich auch dieses Gesetz messen lassen müsse. Die Festsetzung des Besoldungsdienstalters auf den ersten des Monats, in dem das 21. Lebensjahr vollendet wurde, und die daran anknüpfende Besoldung nach Besoldungsdienstaltersstufen stelle eine unmittelbare Benachteiligung im Sinne des § 3 Abs. 1 AGG dar. Die auf dem Einstellungslebensalter beruhende Differenz des Besoldungsdienstalters bleibe erhalten, weil das Besoldungsdienstalter genau wie das Lebensalter anwächst. Der Aufstieg des lebensälteren Beamten erfolge dementsprechend früher, er erreiche mit einem geringeren Dienstalter und damit geringerer Berufserfahrung die höheren Stufen des Grundgehalts und auch die Endstufe. Erst mit Erreichen der Endstufe, sei der Ausgleich erreicht. Das in der Hennings-Mai-Entscheidung für altersdiskriminierend befundenen Regelungssystem des Bundesangestelltentarifvertrages entspreche im Wesentlichen demjenigen der hier einschlägigen §§ 27, 28 BBesG a.F. Die Benachteiligung sei zudem ebenso nicht gerechtfertigt. Zwar sei der Rückgriff auf das Kriterium des

Dienstalters in der Regel zur Erreichung des legitimen Ziels geeignet, die Berufserfahrung zu honorieren. Dieser Rechtfertigungsgrund laufe hinsichtlich der Festsetzung des Besoldungsdienstalters gemäß § 28 Abs. 1 BBesG a.F. jedoch ins Leere. Vielmehr bewirke § 28 Abs. 1 BBesG a.F., dass die Berufserfahrung eines im Alter von 21 Jahren verbeamteten nun 30jährigen im Unterschied zu einem erst im Alter von 30 Jahren verbeamteten Kollegen, der ein Grundgehalt aus derselben Besoldungsstufe erhalten würde, nicht honoriert wird. Aus diesem Grund erscheine es bereits zweifelhaft, ob § 28 Abs. 1 BBesG a.F. überhaupt als zur Erreichung des behaupteten Ziels geeignet angesehen werden kann. Das Gericht ist des Weiteren der Ansicht, dass die geltend gemachten Ansprüche nicht verjährt sind. Zwar seien aufgrund der Besonderheiten des Beamtenverhältnisses Ansprüche zeitnah geltend zu machen, doch laufe diese Voraussetzung dem Effektivitätsgrundsatz zuwider. Dieser besage, dass von den Geschädigten nicht verlangt werden kann, systematisch alle ihnen zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten zu gebrauchen. Darüber hinaus legt das Gericht dar, dass es nationale - gegen Unionsrecht verstoßende - Bestimmung wie bspw. Gesetze nicht anwenden dürfe.

Darüber hinaus existieren weitere erstinstanzliche Urteile deutscher Verwaltungsgerichte, die - mit vergleichbaren Begründungen - einen Verstoß gegen das Verbot der Altersdiskriminierung verneinen. **Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass sich die Gerichte nicht explizit mit dem Umstand der Festsetzung des Besoldungsdienstalters der unter 31jährigen, sondern vielmehr mit dem Aufstieg in den Stufen der jeweiligen Besoldungsgruppe befasst haben.**

Verwaltungsgericht Berlin (Urteil vom 24.06.2010 - Az. VG 5 K 17.09)

Das VG Berlin hatte die Frage zu beantworten, ob die Bemessung des Grundgehalts nach Stufen **im Sinne des § 27 Abs. 1 BBesG a.F.** gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) verstößt. Das Gericht verneinte dies und führte aus, dass das BBesG als das speziellere Gesetz Vorrang vor dem AGG genieße. Des Weiteren stellte die zuständige Kammer fest, dass aus der Richtlinie 2000/78/EG kein Anspruch auf Besoldung aus der höchsten Dienstalterstufe folge. Die Richtlinie sei nicht selbstvollziehend, da sie keinen Einzelnen inhaltlich unbedingt und hinreichend genau begünstige. Ob die Besoldung nach Dienstaltersstufen eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung im Sinne des Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie darstelle, könne dahinstehen. Art. 6 der Richtlinie erlaube eine Ungleichbehandlung wegen des Alters, sofern sie objektiv und angemessen ist sowie ein legitimes Ziel verfolge. Dies sei vorliegend mit der Berücksichtigung der Berufserfahrung beim Aufstieg in den Stufen der jeweiligen Besoldungsgruppe gegeben.

Verwaltungsgericht Chemnitz (Urteil vom 03.02.2011 - Az. 3 K 613/10)

Das Verwaltungsgericht Chemnitz hatte zu entscheiden, ob die Abhängigkeit der Höhe der Besoldung vom Besoldungsdienstalter nationales oder europäisches Recht verletzt. Das Gericht kam zu dem Ergebnis, dass weder ein Verstoß gegen Art. 33 Abs. 5 GG und Art. 3 Abs. 1 GG vorliege, noch die Richtlinie 2000/78/EG verletzt sei. Es führte aus, dass den **mit zunehmenden Dienstalter steigenden Bezügen** die Vorstellung zugrunde liege, dass mit steigender Berufserfahrung im Amt in der Regel auch qualifiziertere - bei der Höhe der Besoldung zu berücksichtigende - Leistungen erbracht werden. Darüber hinaus sei nicht klar, ob die Richtlinie 2000/78/EG im System der Beamtenbesoldung überhaupt Anwendung finde. Schließlich knüpfe die Besoldung an das jeweilige Besoldungsdienstalter an, für das das Lebensalter lediglich ein pauschalierender Rechnungsfaktor sei. Selbst wenn man unterstelle, dass eine (un)mittelbare Diskriminierung vorliege, so sei diese - da objektiv angemessen und ein legitimes Ziel in Form der Berücksichtigung der Berufserfahrung verfolgend - gerechtfertigt.

Verwaltungsgericht Weimar (Urteil vom 09.01.2012 - Az. 4 K 1005/10 We)

Das VG Weimar Anfang des Jahres 2012 entschieden hat, dass die **Bemessung des Grundgehalts nach § 27 BBesG a.F.** weder gegen das AGG noch gegen die Richtlinie 2000/78/EG verstößt. Die Festsetzung des Besoldungsdienstalters sei nicht als rechtswidrige Diskriminierung verboten. Im Beamtenbereich seien keine Lebensalterstufen eingeführt worden. Vielmehr seien für die Bestimmung des für die Einordnung in die Besoldungsstufen maßgeblichen Besoldungsdienstalters für die Tätigkeit im Beamtenverhältnis als wertvoll anerkannte Berufserfahrungen – einschließlich solcher mit anerkannter Sozialrelevanz – zu berücksichtigen. Das Lebensalter der Beamten bilde lediglich einen pauschalisierenden Berechnungsfaktor, dessen Konkretisierung durch den individuellen beruflichen Werdegang erfolge (§ 28 Abs. 2 und 3 BBesG a.F.).

### III. rechtliche Einschätzung

Festzustellen ist:

1. Zwischen der **Festsetzung des Besoldungsdienstalters** nach § 28 BBesG a.F. und dem späteren **Aufstieg in der jeweiligen Besoldungsgruppe** nach §§ 27, 28 BBesG a.F. ist zu unterscheiden.
2. Des Weiteren muss berücksichtigt werden, dass die **Festsetzung des Besoldungsdienstalters** des **das 31. Lebensjahr noch nicht vollendet habenden „Neuverbeamteten“** gemäß § 28 Abs. 1 BBesG a.F. **anhand des Lebensalters** erfolgt, während **bei älteren „Neuverbeamteten“** gemäß § 28 Abs. 2 und § 28 Abs. 3 BBesG a.F. eine Ermittlung des Besoldungsdienstalters unter Berücksichtigung konkreter Zeiten wie Berufserfahrungen erfolgt.
3. Zudem ist zu beachten, dass das Bundesverwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung davon ausgeht, dass aufgrund der Besonderheiten des Beamtenverhältnisses Ansprüche zeitnah - also im jeweils laufenden Haushaltsjahr - geltend zu machen sind. Legt ein Betroffener demnach nicht im laufenden Haushaltsjahr Widerspruch gegen seine Bezügemitteilungen ein bzw. stellt er nicht in diesem Zeitraum einen Antrag auf Höherbesoldung, so wird diese formelle Voraussetzung nicht erfüllt und die Frage nach dem Bestehen des Anspruchs stellt sich überhaupt nicht. **Demnach ist dringend zwischen der Frist zur Geltendmachung eines Anspruchs bzw. zur Einlegung eines Rechtsmittels und der Verjährung eines Anspruchs (grds. gem. § 195 BGB 3 Jahre) zu unterscheiden.** Es ist demzufolge also möglich, dass ein Anspruch besteht und auch noch nicht verjährt ist, jedoch aufgrund des Verstreichens der zu berücksichtigenden Frist zur Geltendmachung dieses Anspruchs, nicht durchgesetzt - also eingefordert - werden kann.
4. Bei der Festsetzung des Besoldungsdienstalters handelt es sich um einen **feststellenden Verwaltungsakt, der nach Verstreichen lassen der Rechtsbehelfsfrist bestandskräftig (d.h. er ist grds. nicht mehr zu beseitigen) wird.**

unter Berücksichtigung dieser Tatsachen ergibt sich Folgendes:

- Bei Beurteilung der Rechtslage anhand der vorliegenden Urteile der Verwaltungsgerichte muss unterschieden werden, ob die Gerichte die diskriminierende Wirkung bei der Festsetzung des Besoldungsdienstalters **oder** aber beim Aufstieg in der jeweiligen Besoldungsgruppe geprüft haben.
- Das den Anspruch auf Einstufung in die Endstufe anerkennende VG Halle löste das Problem der Voraussetzung der zeitnahen Anspruchsgeltendmachung mit dem Hinweis auf den Effektivitätsgrundsatz. **Ob dieses Argument greift ist zumindest fraglich:** Es ließe sich argumentieren,

dass durch die Voraussetzung der zeitnahen Geltendmachung nicht die Einlegung **sämtlicher** möglicher Rechtsmittel, sondern vielmehr die fristgerechte Einlegung **eines** Rechtsmittels in Form eines Widerspruchs bzw. einer fristgerechte Antragsstellung erforderlich sei.

- Dem Argument, dass Lebensalter stelle nur einen pauschalisierenden Berechnungsfaktor (d.h. das Alter sei ein Faktor, der in der Zusammenschau mit anerkannten Erfahrungszeiten das Besoldungsdienstalter ergebe) dar - wie VG Berlin, VG Chemnitz und VG Weimar argumentieren - steht gegenüber, dass die für die Tätigkeit im Beamtenverhältnis als wertvoll anerkannten Berufserfahrungen - einschließlich solcher mit anerkannter Sozialrelevanz - nach **§ 28 Abs. 2 und Abs. 3 a.F. nicht bei der Festsetzung des Besoldungsdienstalters von Personen, die vor Vollendung des 31. Lebensjahrs verbeamtet werden, Berücksichtigung finden. Bei dieser Personengruppe erfolgt gem. § 28 Abs. 1 BBesG a.F. die bei Verbeamtung vorzunehmende Einstufung in eine bestimmte Stufe der jeweiligen Besoldungsgruppe allein anhand des Lebensalters.**
- Auch der Hinweis auf die seit 1997 im BBesG verankerte **Leistungskomponente** vermag nicht zu überzeugen. Dieser kommt **bei der Festsetzung des Besoldungsdienstalters nach § 28 Abs. 1 BBesG a.F. keine Relevanz** zu, sondern betrifft ausschließlich den späteren Stufenaufstieg in der jeweiligen Besoldungsgruppe. Es bestand insoweit zum Tariffbereich kein Unterschied. Da der **EuGH in seinen Ausführungen** genau auf diesen Umstand abstellt (also die alleinige Berücksichtigung des Lebensalters bei der Einstellung des Angestellten für die Festsetzung der Grundvergütung) und nicht das Durchlaufen der Vergütungstabelle mit ihren Lebensaltersstufen betrachtet hat („Das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters, das in Art. 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankert und durch die Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf konkretisiert worden ist, und insbesondere die Art. 2 und 6 Abs. 1 dieser Richtlinie sind dahin auszulegen, dass sie einer in einem Tarifvertrag vorgesehenen Maßnahme wie der in den Ausgangsverfahren streitigen entgegenstehen, wonach sich innerhalb der jeweiligen Vergütungsgruppe die Grundvergütung eines Angestellten im öffentlichen Dienst **bei dessen Einstellung** nach dessen Alter bemisst.“) könnten die Urteilsgründe als Indiz für die Europarechtswidrigkeit des § 28 Abs. 1 BBesG a.F. herangezogen werden. Zudem muss - wenn man denn auf die Leistungskomponente verweist - bedacht werden, dass die Leistungen nur in einem begrenzten Umfang Berücksichtigung finden (vgl. § 27 Abs. 3 BBesG a.F.) und nicht generell bei allen BeamtInnen herangezogen werden können.
- **Der** - sollte § 28 Abs. 1 BBesG gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen - **betroffene Personenkreis unterscheidet sich danach, ob man die Geltendmachung im jeweiligen Haushaltsjahr für erforderlich hält: Folgt man der Argumentation des VG Halle**, so müssten Landesbeamte, deren Bundesländer bislang keinen bzw. erst nach 2009 von ihrer Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht haben und in denen demnach gemäß § 125 a Abs. 1 GG das BBesG in der bis zum 31.08.2006 geltenden Fassung fortgilt bzw. fortgalt, bis zum 31.12.2012 ihre seit 2009 bestehenden Ansprüche geltend machen können. In diesem Fall müsste auch den Bundesbeamten für den Zeitraum vom 01.01.2009 bis zum Inkrafttreten des neuen BBesG ein solcher Anspruch zustehen. Folgt man hingegen der Auffassung, dass das Erfordernis der zeitnahen Geltendmachung erfüllt sein muss, so können nunmehr **keine Ansprüche** für zurückliegende Jahre geltend gemacht werden.
- Darüber hinaus wurde bisher von den Gerichten nicht berücksichtigt, dass es sich bei der Festlegung des Besoldungsdienstalters um einen **feststellenden Verwaltungsakt** handelt. Ein solcher wird nach Ablauf der Rechtsbehelfsfrist bindend und kann grds. nicht mehr beseitigt werden. Allerdings besteht hier die Möglichkeit, dass der Dienstherr bei Feststellung der Europarechtswidrigkeit des § 28 Abs. 1 BBesG a.F. verpflichtet ist, die Festsetzungsbescheide zurückzunehmen (§ 48 (L)VwVfG).