

scheidet sich das Dienstverhältnis des Beamten fundamental von Arbeitsverhältnissen im Privatsektor. Beamten- und Arbeitsrecht dienen unterschiedlichen Zwecken, sie unterliegen daher unterschiedlichen Maßstäben und müssen dementsprechend unterschiedliche Rechtsinstrumente bereithalten. Sie sind letztlich inkommensurabel.

(10) Aus eben diesem Grunde dürfen Personalmanagementkonzepte aus dem Privatsektor, die der ökonomischen Optimierung des Unternehmens und der effektiven Nutzung der Ressource „Arbeitnehmer“ zu dienen bestimmt sind, nicht unbesehen auf das öffentliche Dienstrecht übertragen werden. Sie sind vielmehr stets darauf zu untersuchen, ob sie das Paradigma der Unabhängigkeit des Beamten und die sich daraus ableitende Rechts- und Pflichtenstellung des Beamten in nicht vertretbarer Weise gefährden.

(11) Dies gilt insbesondere für die Einführung von Führungspositionen auf Zeit, von leistungsbezogenen Bezügebestandteilen (in mehr als nur symbolischem Ausmaß), für von objektiver Prüfungskontrolle weitgehend befreite modularisierte Aufstiegskonzepte sowie für sonstige Flexibilisierungen des Laufbahnrechts, die objektiv nicht fassbare Privilegierungen ermöglichen und damit potenzielle Abhängigkeiten und politisch opportunistische Amtsführung generieren können. Es sollte zudem über eine Beseitigung oder zumindest Einschränkung des Instituts des politischen Beamten nachgedacht werden.

(12) Im Beamtenrecht bereits vorgesehene, traditionelle Rechtsinstitute, die in der Praxis durchaus sanktionierenden Charakter haben und damit präventiv zu opportunistischer Amtsführung verleiten können – wie vor allem die dienstliche Beurteilung, Versetzung, Abordnung und Umsetzung – sind im Hinblick auf ihre Gefährdungspotenziale für das Unabhängigkeitsparadigma stärker zu sensibilisieren.

(13) Jenseits der rechtlichen Gestaltung und Sicherung des Unabhängigkeitsparadigmas kann dieses seine Funktion (faktisch) nur erfüllen, wenn es in der täglichen Realität in den Behörden, insbesondere den Ministerien (und dort in der Führungsebene) mit Leben gefüllt, also konkret „gelebt“ wird. Einsatzbereitschaft für Rechtsstaat, Grundrechte und Gemeinwohl, die Verteidigung dieser Verfassungsgüter im Einzelfall auch gegen dienstliche Anordnungen, ggf. die Konfrontation der politischen Führung mit der Rechtswidrigkeit ihrer Vorhaben – all dies setzt Mut, Anstrengung und letztlich intrinsische Motivation, zusammengefasst das voraus, was man früher Beamtenthos nannte und heute auch wieder so nennen sollte.

(14) Angesichts seiner fundamentalen Bedeutung für die Funktionsfähigkeit der freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie sollte das beamtenverfassungsrechtliche Unabhängigkeitsparadigma zu den Bereichen gezählt werden, die dem Zugriff des verfassungsändernden Gesetzgebers entzogen sind (Art. 79 Abs. 3 GG).

Das Beamtenrecht im Fokus des Unionsrechts – Eine Einführung anhand ausgewählter unionsrechtlicher Problemstellungen im Beamtenrecht

Juhani M. V. Korn

Auch das deutsche Beamtenrecht wirft unionsrechtlich zu beurteilende Fragestellungen auf, welche sowohl die Gerichte als auch die Verwaltungsbehörden vor Herausforderungen stellen. Dieser Beitrag soll anhand ausgewählter Rechtsprobleme einen systematischen Überblick schaffen sowie Beispiele und Lösungswege für unionsrechtliche Problemstellungen im Beamtenrecht anbieten.

I. Einleitung

Das Unionsrecht – vormals „Europäisches Gemeinschaftsrecht“ – stellt eine autonome Rechtsordnung dar und steht grundsätzlich neben dem nationalen Recht (sog. „Mehrebenen-system“).¹ Dennoch bewirkt das Unionsrecht Rechtsfolgen auch innerhalb der nationalen Rechtsordnung. Dies kann auf unterschiedliche Weise geschehen. Das Primärrecht – auch teilweise als unionales „Verfassungsrecht“ bezeichnet – bestimmt die Organisation und Arbeitsweise der Union sowie deren Verhältnis zu den Mitgliedstaaten.² Bereits dieses Organisationsrecht im weiteren Sinne – namentlich bestehend aus EUV³, AEUV⁴, der Charta der Grundrechte⁵ (GrCh) sowie den Protokollen zu den Vertragswerken – entfaltet durch die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, dem Unionsrecht maximale Geltung zu verleihen (sog. „*effet utile*“), Rechtswirkungen im nationalen Recht.⁶ Die garantierten Grundfreiheiten als grundrechtsähnliche Rechte stellen subjektive Rechte der Unionsbürger dar, die als solche auch rügefähig sind.⁷ Das Sekundärrecht der Union

in Form von Richtlinien und Verordnungen kommt hinzu.⁸ Der Verordnung kommt unmittelbare Geltung in den Mitgliedstaaten zu, sie verpflichtet jedermann, der im Geltungsbereich des Unionsrechts agiert (Art. 288 Abs. 2 AEUV). Soweit die Regelung der Verordnung reicht, entfaltet sie Sperrwirkung gegenüber dem nationalen Gesetzgeber. So insbesondere im Zollrecht, wo lediglich das Verfahren sich nach dem Verwaltungsverfahrenrecht der Mitgliedstaaten bestimmt.⁹ Die Richtlinie hingegen ist ausschließlich an die Mitgliedstaaten adressiert. Sie gibt lediglich ein zu erreichendes Ziel vor und konturiert

- 1) EuGH, Slg. 1962, S. 3; BVerfGE 37, 271 (277 ff.); vgl. auch *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 4. Aufl. 2009, § 5, Rn. 25.
- 2) Vgl. zur Verfassungsqualität des Primärrechts *Möllers*, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 250 ff.
- 3) Vertrag über die Europäische Union, ABl. 2007 Nr. 378, S. 3.
- 4) Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), ABl. 2008 Nr. C 115, S. 47.
- 5) Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GrCh), ABl. 2007 Nr. C 303, S. 1.
- 6) Auch Ungeschriebenes, meist Richterrecht – wie die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts – zählt hierzu, vgl. *Oppermann/Classen/Nettesheim*, (Fn. 1) § 10, Rn. 24 ff.
- 7) *Ehlers*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl. 2005, § 7, Rn. 8.
- 8) Der Typus der Beschlüsse wird mangels aktueller praktischer Relevanz ausgeklammert.
- 9) Vgl. *Ohler*, Die fiskalische Integration in der Europäischen Gemeinschaft, 1997, S. 91

den Weg dorthin.¹⁰ So ist das Ziel der Emissionshandelsrichtlinie¹¹ die Förderung des Klimaschutzes durch Emissionsreduzierung; der vorgesehene Weg dorthin besteht in einem markt-basierten Emissionshandelssystem. Vorgegeben ist hier die Funktionsweise des Emissionshandelssystems auf unionaler Ebene. Die Richtlinie belässt den Mitgliedstaaten Gestaltungsspielräume, im Emissionshandel bspw. hins. der Verwirklichung des Emissionshandelssystems auf nationaler Ebene. Verpflichtet werden so lediglich die Mitgliedstaaten, der Bürger kann einen Richtlinienverstoß grundsätzlich nicht unmittelbar rügen. Nur im Falle einer verspäteten oder fehlerhaften Umsetzung der Richtlinie durch den jeweils zuständigen mitgliedstaatlichen Gesetzgeber kann der Richtlinie – sofern deren Inhalt hinreichend bestimmt ist – unmittelbare Geltung zukommen.¹² Nur dann kann sich der Bürger auf Regelungen einer Richtlinie unmittelbar berufen. Für subjektive Rechte des Bürgers ist dies allgemein anerkannt.¹³

Das Unionsrecht genießt Vorrang vor dem nationalen Recht. Sofern es zu Kollisionen zwischen nationalem und unionalem Recht kommt, sind die unionsrechtswidrigen Normen im Einzelfall nicht anzuwenden (sog. „Anwendungsvorrang“).¹⁴ Sie bleiben gleichwohl bestehen, es kommt anders als im deutschen Recht im Falle der Verfassungswidrigkeit nicht zu einer Nichtigkeit. Der Rechtsanwender setzt sich dann über die unionsrechtswidrige Norm hinweg, als existiere sie im Einzelfall nicht.¹⁵ Im Bereich der Exekutive wird der Anwendungsvorrang – wie in Fällen mit ausschließlich national-rechtlichem Bezug – durch die Remonstrationspflicht (vgl. § 63 Abs. 2 BBG) gelöst.¹⁶ Dies ist auch mit der unionsrechtlichen Pflicht der Verwaltung zur Nicht-Anwendung vereinbar, da erst die an den Bürger gerichtete Verwaltungsentscheidung Außenwirkung entfaltet und eine Normanwendung darstellt.¹⁷

10) Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2009, Art. 288 AEUV, Rn. 23.

11) RL 2003/87/EG vom 13.10.2003, Abl. 2003 Nr. L 274, S. 32.

12) Oppermann/Classen/Nettesheim (Fn. 1), § 10, Rn. 121.

13) Ebenfalls unstreitig ist, dass sich der Staat im Falle der Nicht-Umsetzung nicht zulasten des Bürgers auf eine Richtlinie berufen kann. Für Sonderfälle vgl. Ruffert (Fn. 10), Art. 288, Rn. 57 ff.

14) Statt vieler BVerfGE 126, 286 (301); grundlegend EuGH, Slg. 1964, S. 1253 (1268).

15) Schmidt-Aßmann/Schenk, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Einleitung, Rn. 111.

16) Sauerland, ZBR 2007, S. 191 (193 f.).

17) EuGH, Slg. 1999, I-2517, Rn. 30.

18) Muckel/Ogorek, Sozialrecht, 4. Aufl. 2011 widmen dem unter § 21 ein eigenes Kapitel.

19) So löst der EuGH Fälle mit Bezug zum deutschen Beamtenrecht unter Rekurs auf seine arbeits- bzw. sozialrechtliche Rechtsprechung.

20) Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, BGBl. 2006 I, S. 1897.

21) VG Lüneburg, Urteil vom 15.2.2012 – 1 A 106/10 –, Rn. 17.

22) OVG Koblenz, NVwZ 2007, S. 1099 (1100).

23) Dazu ergingen die Entscheidungen: VG Chemnitz, Urteil vom 3.2.2011 – 3 K 613/10, VG Halle, Urteil vom 28.9.2011 – 5 A 64/10, VG Lüneburg, Urteil vom 15.2.2012 – 1 A 106/10; diese Fragestellung hat nunmehr das VG Berlin mit Beschluss vom 23.10.2012 – 7 K 21/11 – dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt; vgl. zur Problematik auch Lenders, PersR 2012, S. 162.

24) Bundesbesoldungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 19.6.2009, BGBl. 2009 I, S. 1434.

25) In Schleswig-Holstein bspw. § 28 Abs. 1 SHBesG.

26) Dies gilt für die Länder nur soweit das BBesG noch gem. Art. 125a GG fortgilt; sofern Länder wie Schleswig-Holstein eigene Besoldungsgesetze erlassen haben, beansprucht hier das AGG als Bundesgesetz und somit höherrangiges Recht Geltung, vgl. VG Berlin, Urteil vom 24.6.2010 – 5 K 17.09 –, Rn. 14.

27) VG Berlin (Fn. 26), im Vorlagebeschluss zweifelt das Gericht bereits an der Relevanz des AGG, da es sich um Legislativunrecht handelt und geht auf die Bedeutung für den einzelnen Besoldungsbescheid nicht weiter ein (Fn. 23), Rn. 77.

Das Unionsrecht lässt kaum ein Rechtsgebiet unberührt. So haben sich im Arbeits- und Sozialrecht verschiedene Problemstellungen ergeben,¹⁸ bspw. bezüglich der Arbeitszeit und der sozialen Sicherheit. Dienst- und Versorgungsfragen stellen sich auch im Beamtenrecht. Es liegt auf der Hand, dass ungeachtet der unterschiedlichen Systeme im Beamten- und im Sozialrecht strukturelle Parallelen bestehen, sodass unionsrechtliche Probleme des einen Rechtsgebiets sich auch im jeweils anderen ergeben können.¹⁹ Im Folgenden soll anhand aktueller Rechtsprobleme im Bereich des Beamtenrechts verdeutlicht werden, welche Wirkungen das Unionsrecht in diesem Rechtsgebiet entfalten kann. Der Rechtsanwender soll mittels dieser Beispiele sensibilisiert werden. Es soll aufgezeigt werden, an welchen Stellen der Rechtsanwendung besonders auf eine mögliche Unionsrechtsrelevanz zu achten ist und wie entsprechende Rechtsprobleme gelöst werden können.

II. Altersdiskriminierung

1. Rechtsrahmen

Das Anti-Diskriminierungsrecht beruht auf Richtlinienrecht, welches durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)²⁰ in das deutsche Recht umgesetzt wurde. Das AGG ist somit das zunächst maßgebliche Regelwerk, welches gem. § 24 Nr. 1 auch im Beamtenrecht anwendbar ist.²¹ Es modifiziert so den Rechtsrahmen bspw. für die Berufungsentscheidung, sodass ungeachtet der Anwendung an sich beamtenrechtsfremder Normen, die Streitigkeit sich weiterhin nach dem jeweiligen Fachrecht beurteilt. Dies gilt selbst dann, wenn die Rechtsgrundlage für einen eingeklagten Anspruch aus dem AGG folgt. Die Normen des AGG werden im konkreten Anwendungsfall zu (auch-)beamtenrechtlichen Regelungen. Für Ersatzansprüche wegen Diskriminierungen im Beamtenverhältnis oder bspw. in Zusammenhang mit der Berufung ist demnach – dies sei ergänzend bemerkt – der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, da die Rechtsnatur des Ersatzanspruchs der Rechtsnatur des die Ersatzpflicht begründenden Verhaltens folgt.²²

2. Besoldungsstufen und Dienstaltersstufen

In mehreren Fällen wurde geltend gemacht, das System der Dienstaltersstufen zur Bestimmung der Besoldung stelle eine Diskriminierung wegen Alters dar.²³ Das BBesG in der Fassung bis 2009 (BBesG a. F.)²⁴ legte der Bestimmung des Dienstalters zunächst das Lebensalter zugrunde (§ 28 BBesG a. F.). Die Besoldungsgesetzgeber in Bund und Ländern haben weitestgehend auf die im Folgenden darzustellende Problematik reagiert und haben das bisherige System durch das neue – aus Sicht des Anti-Diskriminierungsrechts optimalere – System der Erfahrungsstufen ersetzt.²⁵ Der Nachteil in der Besoldung, welche sich aus der nach altem Recht erfolgten Bestimmung des Dienstalters ergab, besteht jedoch weiterhin fort. Daher beanspruchen die bisherige Rechtslage und das ihr immanente Problem der Ungleichbehandlung wegen des Alters noch immer Relevanz.

a) Rechtsgrundlage des Diskriminierungsverbots

Bevor zu dem eigentlichen Problem Stellung genommen werden kann, ist dessen rechtliche Grundlage zu fixieren. Das AGG scheidet aus, da es in der Normenhierarchie gleichrangig neben dem BBesG steht.²⁶ Letzteres geht dann im Wege der Gesetzeskonkurrenz als *lex specialis* vor.²⁷ Dieses Ergebnis – dies sei höchstvorsorglich klargestellt – kann jedoch nicht unreflektiert auf jeden beliebigen Sachverhalt übertragen werden. Stets ist zu fragen, ob das Beamtenrecht tatsächlich spezieller regelt, ande-