

„Ob“ der Berücksichtigung der abschließenden Probezeitbeurteilungen kann daher ohne Weiteres zugestimmt werden.

Anders als das VG Düsseldorf hat sich das OVG NRW jedoch nicht zu der Frage geäußert, ob abschließende Probezeitbeurteilungen zeitlich unbegrenzt oder lediglich zeitlich begrenzt – so wie vom VG Düsseldorf dargelegt – als zulässiges Auswahlkriterium in Betracht kommen können.

Die diesbezüglichen Erwägungen des VG Düsseldorf dürften Bedenken begegnen. Zur Begründung einer zeitlich lediglich begrenzten Verwendbarkeit der abschließenden Probezeitbeurteilungen wird pauschal auf Grundsätze verwiesen, die in Verwaltungsbereichen gelten, in denen Beamte regelmäßig beurteilt werden. Gerade in diesem wesentlichen Punkt unterscheidet sich das Beurteilungssystem von Lehrern indes grundlegend von dem in anderen Verwaltungsbereichen. Anders als die wohl meisten anderen Beamtengruppen werden die Lehrer nach ihrer Lebenszeitverbeamtung nicht regelmäßig beurteilt. De lege lata werden Lehrer allein in ihrer Probezeit dienstlich beurteilt. Nach dem Ende der Probezeit erfolgen dienstliche Beurteilungen allein aus einem der in Ziff. 3.1 BU-RL genannten Anlässe. Die abschließenden Probezeitbeurteilungen stellen damit bis auf Weiteres die letzte dienstliche Beurteilung von Lehrern dar. Eine schlichte Übertragung der für andere Beamtengruppen geltenden Grundsätze auf das Beurteilungssystem von Lehrern erscheint daher bereits vom Ansatz her zweifelhaft.

Hinzu kommt, dass die Erwägung des VG Düsseldorf, es bedürfe keiner besonderen Begründung, dass ältere Beurteilungen im Laufe der Zeit ihre Aufgabe, Rückschlüsse und Prognosen über die künftige Bewährung zu ermöglichen, einbüßen könnten, mit ihrem apodiktischen Inhalt keineswegs zwingend ist. Auch wenn sich das Leistungsbild eines Beamten in bestimmter Hinsicht im Laufe der Zeit verändern mag, so können doch auch länger zurückliegende dienstliche Beurteilungen durchaus bestimmte Äußerungen enthalten, die eine bleibende Aussagekraft besitzen und daher auch zu einem späteren Zeitpunkt sehr

wohl noch berücksichtigungsfähig sein können (z. B. positive oder negative Aussagen über Charaktereigenschaften, Kenntnisse, Fähigkeiten und Verwendungen²⁸). Dies gilt umso mehr, als gerade die abschließenden Probezeitbeurteilungen prognostische laufbahnbezogene Aussagen zur Leistungsentwicklung in der betreffenden Laufbahn enthalten, deren fortbestehende vollständige, teilweise oder lediglich punktuelle Aktualität im Einzelfall nicht pauschal zu verneinen, sondern vielmehr differenziert zu prüfen und zu beurteilen sein dürfte.

Schließlich handelt es sich bei der Berücksichtigung abschließender Probezeitbeurteilungen immerhin um ein leistungsbezogenes Auswahlkriterium, das nach Möglichkeit gegenüber leistungsfernen Hilfskriterien wie z. B. dem rein formellen Kriterium Dienstalter (mag es für sich genommen anerkanntermaßen sachgerecht sein) vorzuziehen ist.

III. Fazit

Abschließende Probezeitbeurteilungen von Lehrern haben durch die Entscheidung des OVG NRW vom 9.12.2016 – neben ihrer weichenstellenden Relevanz in laufbahn- und statusrechtlicher Hinsicht – eine zusätzliche Bedeutung für den weiteren beruflichen Werdegang von Lehrern gewonnen. Für Lehrer ist es daher wichtiger denn je, dass ihre abschließenden Probezeitbeurteilungen nicht nur hinsichtlich der Feststellung der Bewährung, sondern gleichermaßen auch in Bezug auf die diese Feststellung tragenden Aussagen im Text der Beurteilung rechtlich einwandfrei sind.

Die im nordrhein-westfälischen Lehrerdienstrecht ergangene Entscheidung des OVG NRW wirft abschließend – fast zwangsläufig – die Folgefrage auf, ob und ggf. inwieweit diese Entscheidung auf ein einer Beförderung vorangehendes Auswahlverfahren, in denen Beamte anderer Verwaltungsbereiche miteinander konkurrieren, übertragbar sein könnte. Aus rechtlicher Sicht wird diese Frage prinzipiell zu bejahen sein. Ob die Entscheidung in solchen Fällen allerdings eine vergleichbare praktische Relevanz erlangen dürfte, scheint zumindest mit Blick auf die Verwaltungsbereiche, in denen die Beamten regelmäßig beurteilt werden, eher fraglich.

28) Vgl. z. B. BVerwG Urteil vom 27.2.2003 – 2 C 16/02 – juris, Rn. 15; VGH Bayern Urteil vom 17.5.2013 – 3 CE 12.2469 – juris, Rn. 34.

Beamtenbesoldung – immer noch altersdiskriminierend?

Karl Otte

Nach § 28 BBesG in der seit 1957 geltenden Fassung knüpfte die erstmalige Zuordnung eines Beamten zu einer Besoldungsstufe an das Lebensalter an. Das führte dazu, dass lebensältere Beamte bei Einstellung, unabhängig von möglicher Berufserfahrung, höhere Bezüge erhielten, als lebensjüngere. Es war evident, dass diese Bestimmung, die auch nach Inkrafttreten der Föderalismusreform 2006 in den Ländern weiter galt, gegen das unionsrechtlich normierte Verbot der Altersdiskriminierung verstieß. Der Bundesgesetzgeber und die Landesgesetzgeber meinen, ihre Hausaufgaben gemacht zu haben. Die Regelung wurde abgeschafft, das am Besoldungsalter orientierte System durch einen auf Erfahrungszeiten basierenden

Stufenaufstieg ersetzt. Dabei wurde etwas Wesentliches übersehen: dass nämlich der aus dem alten System übernommene stufenweise Anstieg der Bezüge über extrem lange Zeiträume ebenfalls altersdiskriminierend sein kann.

I. Berufserfahrung als diskriminierungsfreies Kriterium

Das Verbot der Altersdiskriminierung, das zunächst als ungeschriebener allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts galt¹, ist seit dem 01.12.2009 in Art. 21 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ausdrücklich normiert. Seine Konkretisierung hat es in Art. 1 und 6 der Richtlinie zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung

1) EuGH – C-144/04 (*Mangold*), Slg. 2005, S. I-9981-10042, Rn. 75.

der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf² erfahren. Da diese eine klare und eindeutige Verpflichtung der Mitgliedstaaten enthält, ist sie nach Ablauf der Umsetzungsfrist³, soweit sie nicht ordnungsgemäß umgesetzt wurde, gegenüber dem öffentlich-rechtlichen Dienstherrn unmittelbar anwendbar⁴ und geht dabei deutschem Gesetzesrecht, hier Besoldungsrecht, vor. In deutsches Recht umgesetzt wurde das Diskriminierungsverbot durch §§ 1 und 10 AGG⁵.

Das Verbot der Altersdiskriminierung ist weniger streng ausgestaltet, als andere Diskriminierungstatbestände. In Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG ist ein besonderer Rechtfertigungsgrund normiert. Ungleichbehandlungen wegen des Alters stellen keine Diskriminierung dar, sofern sie objektiv und angemessen sind und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel, worunter insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung verstanden werden, gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Explizit wird ausgeführt, dass die Festlegung von Mindestanforderungen an das Dienstalter ein zulässiger Rechtfertigungsgrund für bestimmte mit Beschäftigung verbundene Vorteile sein kann.

Der EuGH hat sich in verschiedenen Entscheidungen mit der Frage befasst, ob die Honorierung der von einem Arbeitnehmer erworbenen Berufserfahrung durch aufsteigende Altersstufen zulässig ist, wobei es zunächst nicht um Altersdiskriminierung sondern um die Frage ging, ob Frauen, die typischerweise über geringere Dienstzeiten verfügen als Männer, durch ein solches System benachteiligt werden. Die Honorierung von Berufserfahrung wurde erstmalig in der Entscheidung *Danfoss* vom 17.10.1989⁶ als zulässig angesehen. Eine Konkretisierung erfolgte in der grundsätzlichen Entscheidung *Cadman* vom 03.10.2006⁷. Der Generalanwalt hatte in diesem Verfahren in seinen Schlussanträgen dafür plädiert, dem Arbeitgeber die Beweislast dafür aufzuerlegen, dass die Anwendung des Kriteriums des Dienstalters als entgeltbestimmender Faktor in Bezug auf die betroffene Stelle die betrieblichen Bedürfnisse des Unternehmens berücksichtige und dass das Kriterium verhältnismäßig angewendet werde, um die nachteilige Wirkung für Frauen auf ein Mindestmaß zu verringern⁸. Dem ist das Gericht nicht gefolgt, differenziert jedoch wie folgt:

„Da der Rückgriff auf das Kriterium des Dienstalters in der Regel zur Erreichung des legitimen Zieles geeignet ist, die Berufserfahrung zu honorieren, die den Arbeitnehmer befähigt, seine Arbeit besser zu verrichten, hat der Arbeitgeber nicht besonders darzulegen, dass der Rückgriff auf dieses Kriterium zur Errichtung des genannten Ziels in Bezug auf einen bestimmten Arbeitsplatz geeignet ist, es sei denn, der Arbeitnehmer liefert Anhaltspunkte, die geeignet sind, ernstliche Zweifel in dieser Hinsicht aufkommen zu lassen. Dann ist es Sache des Arbeitgebers, zu beweisen, dass das, was in der Regel gilt, nämlich dass das Dienstalter mit der Berufserfahrung einhergeht und dass diese den Arbeitnehmer befähigt, seine Arbeit besser zu verrichten, auch in Bezug auf den fraglichen Arbeitsplatz zutrifft.“

In diesem Urteil, auf das sich der EuGH auch in späteren Entscheidungen beruft¹⁰, wird zunächst einmal klargestellt, dass Berufserfahrung kein zulässig honorierbarer Selbstzweck ist. Nicht die Berufserfahrung als solche, sondern die daraus resultierende „bessere Arbeit“ rechtfertigt einen an die Beschäftigungsdauer geknüpften Anstieg des Entgelts. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass eine Ungleichbehandlung bei Fehlen dieses Kausalverhältnisses nicht mehr gerechtfertigt ist. Das Gericht räumt ausdrücklich ein, dass es Konstellationen

geben kann, bei denen eine Honorierung des Dienstalters als altersdiskriminierend zu qualifizieren ist. Im Rahmen einer abgestuften Verteilung der Darlegungs- und Beweislast wird allerdings zunächst einmal unterstellt, dass die Honorierung von Berufserfahrung ein legitimes Ziel der Entgeltspolitik darstellt. Wollen Arbeitnehmer diese Unterstellung infrage stellen, müssen sie nicht etwa den vollen Gegenbeweis erbringen. Es reicht vielmehr, sie durch Anhaltspunkte, die Zweifel begründen, zu erschüttern. Sodann geht die Beweislast auf den Arbeitgeber über. Es stellt sich die Frage, ob sich aus dem System aufsteigender Gehälter solche Anhaltspunkte ergeben.

II. System aufsteigender Gehälter

Nach der Bestimmung des § 27 Abs. 2 BBesG in der bis zum 31.03.2009 geltenden Fassung, die bis zum 31.08.2006 zwingend auch für die Beamten der Länder und Kommunen galt¹¹, war für Beamte der Besoldungsordnung A¹² ein stufenweiser Anstieg des Grundgehalts wie folgt vorgesehen: Das Grundgehalt stieg zunächst im Abstand von zwei Jahren bis zur Stufe 5, sodann bis zur neunten Stufe im Abstand von drei Jahren und bis zur höchsten Stufe 11 in vier Jahren. Dabei waren nicht alle Stufen zu durchlaufen. Für Beamte der unteren Besoldungsgruppen war ein Aufstieg nur von der Stufe 1 bis zu den Stufen 7 bzw. 9 vorgesehen, Beamte der Besoldungsgruppen A 8 bis A 10 stiegen sogleich in die Stufe 2, der Besoldungsgruppen A 12 bis A 14 in die Stufe drei und solche der Besoldungsgruppen A 15 und 16 in die Stufe sechs ein. Bis zum Erreichen der höchsten Stufe benötigte ein Beamte der Besoldungsgruppe A 9 30 Jahre, der Besoldungsgruppe A 11 28 Jahre und der Besoldungsgruppe A 16 17 Jahre. Eine Verkürzung der Laufzeiten war bei höherem Einstiegsalter und Anrechnung von vor der Einstellung zurückgelegten Zeiten möglich. Für Angestellte des öffentlichen Dienstes bestand ein sehr ähnliches System¹³.

- 2) Richtlinie 2000/78/EG vom 27.11.2000.
- 3) Die Umsetzungsfrist lief am 2.12.2003 ab, Art. 18 der Richtlinie 2000/78/EG.
- 4) *Preis/Sagan*, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 1, Rn. 130.
- 5) Gesetz vom 14.8.2006, BGBl. I S. 1897, in Kraft getreten am 19.8.2006.
- 6) EuGH – Rs. 109/88 (*Danfoss*), NZA 1990, 772, juris, Rn. 24.
- 7) EuGH – C-17/05 (*Cadman*), Slg. 2006, S. I-9583-9626 = ZBR 2007, 44.
- 8) Schlussanträge des Generalanwalts *Maduro* vom 18.5.2006 in der Rechtssache C-17/05, curia.europa.eu.
- 9) EuGH – C-17/05 (*Cadman*), Slg. 2006, S. I-9583-9626 = ZBR 2007, 44, Leitsatz, ebenso Rn. 40.
- 10) EuGH – C-88/08, Slg. 2009, S. I-5325-5346, Rn. 47; EuGH – C-297/10 (*Hennigs und Mai*), Slg. 2011, S. I-7965-8002, Rn. 72, hier geht es explizit um Altersdiskriminierung.
- 11) Durch das 28. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 18.3.1971, BGBl. I S. 206, erhielt der Bund mit dem neu eingefügten Art. 74a GG die konkurrierende Gesetzgebungsbefugnis für die Beamtenbesoldung und Versorgung, von der er mit dem 2. BesVNG vom 23.5.1975, BGBl. I S. 1173, Gebrauch machte. Art. 74a GG wurde im Rahmen der Föderalismusreform, durch das Gesetz der Änderung des Grundgesetzes vom 28.8.2006, BGBl. I S. 2034, ersatzlos aufgehoben.
- 12) Die nachstehenden Ausführungen sind auf andere Beschäftigtengruppen mit aufsteigenden Gehältern übertragbar, so auf Richter der Besoldungsgruppen R 1 und R 2, sowie Professorinnen und Professoren der Besoldungsordnung C.
- 13) Nach § 27 Abs. 1 BAT und den zugehörigen Tabellen waren für Angestellte des Bundes und der Länder 15 Lebensaltersstufen vorgesehen für deren Durchlaufen bis maximal 28 Jahre benötigt wurden, für den Bereich der Kommunen 12 Stufen mit einer maximalen Laufzeit von 22 Jahren.