


Gericht:	VG Halle (Saale) 5. Kammer	Quelle:	
Entscheidungsdatum:	28.09.2011	Normen:	§ 1 AGG, § 24 Nr 1 AGG, § 3 Abs 1 AGG, § 6 Abs 1 AGG, § 27 Abs 1 BBesG, § 28 Abs 1 BBesG, Art 21 EUGrdRCh, § 17 BesG SN, § 27 Abs 2 BBesG, § 28 Abs 2 BBesG
Aktenzeichen:	5 A 63/10		
Dokumenttyp:	Urteil		

(Besoldung nach dem Besoldungsdienstalter; Altersdiskriminierung)

Leitsatz

1. Die Besoldung nach dem Besoldungsdienstalter wie sie §§ 27, 28 BBesG a.F. vorsieht, führt zu einer Altersdiskriminierung.(Rn.8)
2. Die diskriminierenden Regeln dürfen aufgrund des Anwendungsvorrangs des Europarechts nicht angewandt werden. Erfolgt die Besoldung aufgrund Landesrecht, geht das AGG den Besoldungsregeln vor.(Rn.24)
3. Die Diskriminierung kann nur durch die Besoldung aus der Endstufe der jeweiligen Besoldungsgruppe beseitigt werden.(Rn.26)
4. Europäisches Recht ist von jedem Träger der öffentlichen Gewalt anzuwenden. Eines (vorherigen) Antrages des Beamten bedarf es nicht.(Rn.28)

Gründe

- 1 Die zulässige Klage ist begründet.
- 2 Der Widerspruchsbescheid der Beklagten vom 15. April 2010 ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten. Der Kläger hat einen Anspruch auf Zahlung von Grundgehalt nach der höchsten Stufe seiner jeweiligen Besoldungsgruppe rückwirkend ab dem 1. Januar 2006 (dazu nachstehend unter I.) und Verzinsung des sich hieraus ergebenden Nachzahlungsbetrages mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10. Mai 2010 (dazu nachstehend unter II.).
- 3 I. Rechtlicher Anknüpfungspunkt für die vom Kläger ab dem 1. Januar 2006 begehrte Besoldung ist § 17 des Sächsischen Besoldungsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. Januar 1998 (SächsGVBl. S. 50), zuletzt geändert durch Art. 18 des Gesetzes vom 15. Dezember 2010 (SächsGVBl. S. 387, 399), i. V. m. § 27 Abs. 1 des Bundesbesoldungsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 6. August 2002 (BGBl. I S. 3020), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 19. Juli 2007 (BGBl. I S. 1457, 1458), - BBesG -. Dabei galten die Regelungen des Bundesbesoldungsgesetzes nach dem sächsischen Besoldungsgesetz in seiner Gültigkeit bis zum 31. Oktober 2007 unmittelbar als Bundesrecht und in seinen Fassungen ab dem 1. November 2007 kraft Überleitung als Landesrecht.
- 4 Die sich im vorliegenden Verfahren stellenden Rechtsfragen sind am Maßstab des Sächsischen Besoldungsgesetzes zu beurteilen, da dieses gemäß § 1 Abs. 1 Sächsisches Besoldungsgesetz auch für sonstige der Aufsicht des Freistaates Sachsen unterstehende Körperschaften des öffentlichen Rechts gilt. Der Kläger ist Beamter im Dienst der Beklagten, die nach § 1 Nr. 4 und 5 ihrer Satzung (vgl. Sächsisches Amtsblatt, Beilage Amtlicher Anzeiger Nr. 7/2006 vom 16. Fe-

bruar 2006; Ministerialblatt für das Land Sachsen-Anhalt Nr. 26/2006 vom 26. Juni 2006; Thüringer Staatsanzeiger Nr. 7/2006 vom 13. Februar 2006) eine rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts ist, die der Aufsicht des Freistaates Sachsen untersteht.

- 5 Nach § 27 Abs. 1 Satz 1 BBesG wird das Grundgehalt, soweit die Besoldungsordnungen nichts anderes vorsehen, nach Stufen bemessen. Das Aufsteigen in den Stufen bestimmt sich gemäß Satz 2 der Regelung nach dem Besoldungsdienstalter und der Leistung. Das Grundgehalt steigt nach § 27 Abs. 2 BBesG bis zur fünften Stufe im Abstand von zwei Jahren, bis zur neunten Stufe im Abstand von drei Jahren und darüber hinaus im Abstand von vier Jahren. Bei dauerhaft herausragenden Leistungen kann für Beamte und Soldaten der Besoldungsordnung A gemäß § 27 Abs. 3 Satz 1 BBesG die nächsthöhere Stufe als Grundgehalt vorweg festgesetzt werden (Leistungsstufe). Dabei darf nach Satz 2 der Regelung die Zahl der in einem Kalenderjahr bei einem Dienstherrn vergebenen Leistungsstufen 15 vom Hundert der Zahl der bei dem Dienstherrn vorhandenen Beamten und Soldaten der Besoldungsordnung A, die das Endgrundgehalt noch nicht erreicht haben, nicht übersteigen.
- 6 Gemäß § 28 Abs. 1 BBesG beginnt das Besoldungsdienstalter am ersten des Monats, in dem der Beamte oder Soldat das 21. Lebensjahr vollendet hat. Der Beginn des Besoldungsdienstalters nach § 28 Abs. 1 BBesG wird um Zeiten nach Vollendung des 31. Lebensjahres, in denen kein Anspruch auf Besoldung bestand, hinausgeschoben, und zwar um ein Viertel der Zeit bis zum vollendeten 35. Lebensjahr und um die Hälfte der weiteren Zeit, § 28 Abs. 2 Satz 1 BBesG.
- 7 Die von der Beklagten in Anwendung dieser Regelungen vorgenommene Festsetzung des Besoldungsdienstalters des Klägers auf den ersten des Monats, in dem dieser sein 21. Lebensjahr vollendete, und die Gewährung eines Grundgehalts der entsprechenden Stufe der jeweiligen Besoldungsgruppe stellt eine unionsrechtlich nicht gerechtfertigte Diskriminierung wegen des Alters dar (dazu nachstehend unter 1.). Der Kläger hat deshalb einen Anspruch auf Zahlung eines Grundgehalts nach der höchsten Stufe seiner jeweiligen Besoldungsgruppe (dazu nachstehend unter 2.). Dieser Anspruch besteht rückwirkend ab dem 1. Januar 2006 (dazu nachstehend unter 3.).
- 8 1. Die Festsetzung des klägerischen Besoldungsdienstalters auf den 1. September 1991 und die Gewährung von Grundgehalt nach der entsprechenden Stufe der jeweiligen Besoldungsgruppe des Klägers verstößt gegen Unionsrecht und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz.
- 9 Für den Zeitraum ab 1. Januar bis 17. August 2006 ist die Rechtslage am Maßstab des unionsrechtlichen Primärrechts zum Verbot der Altersdiskriminierung zu messen. Denn nach dem Gerichtshof der Europäischen Union (vgl. EuGH, Urteile vom 22. November 2005, C-144/04 - *Mangold*, zitiert nach juris, Rdnr. 66 ff., und vom 19. Januar 2010, C- 555/07 - *Kücükdeveci*, zitiert nach juris, Rdnr. 21 - 25) gelangt vor dem Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie 2000/78/EG das primärrechtliche Altersdiskriminierungsverbot zur Anwendung. Dieses Verbot der Diskriminierung wegen des Alters stellt einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts dar, der seinen Ursprung in verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen und den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten hat (vgl. EuGH, Urteile vom 22. November 2005, C-144/04 - *Mangold*, a. a. O., Rdnr. 75, und vom 16. Oktober 2007, C-411/05 - *Palacios de la Villa*, NZA 2007, S. 1219, Rdnr. 77). Zudem sind nach Art. 21 der bereits vor ihrer Ratifizierung als Auslegungshilfe relevanten Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ABl. EU 2007, C 303, S. 7) - GRC - Diskriminierungen insbesondere wegen des Alters verboten. In diesem Zusammenhang vermag die Beklagte nicht mit Erfolg geltend zu machen, die auf den Kläger anzuwendenden nationalen besoldungsrechtlichen Regelungen seien vorrangig. Denn das Unionsrecht genießt im Verhältnis zu den im Range von Bundesrecht geltenden Regelungen des Besoldungsgesetzes Anwendungsvorrang (vgl. hierzu EuGH, Urteil vom 15. Juli 1964, Rs. 6/64 - *Costa/ENEL*, Slg. 1964, 1141; EuGH, Urteil vom 17. Dezember 1970, Rs. 11/70 - *Internationale Handelsgesellschaft*, Slg. 1970, 1125; EuGH, Urteil vom 9. März 1978, Rs. 106/77 - *Simmenthal II*, Slg. 1978, 629).
- 10 Für die Zeit vom 18. August bis 1. Dezember 2006 ist die Rechtslage am Maßstab des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes und - gegebenenfalls, sollte dieses im Hinblick auf das unionsrechtliche Altersdiskriminierungsverbot defizitär ausgestaltet sein - des Primärrechts der Europäischen Union zu überprüfen. Denn das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz trat zum 18. August 2006 in Kraft. Lediglich die zivilrechtlichen Bestimmungen der §§ 19 bis 21 sind nach § 33 Abs. 3 AGG nicht auf Schuldverhältnisse anzuwenden, die vor dem 1. Dezember 2006 begründet wurden. Auch insoweit kann die Beklagte aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unions-

rechts nicht mit Erfolg einwenden, die Regelungen des Bundesbesoldungsgesetzes gingen den Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes vor. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz setzt europarechtliche Vorgaben um, an deren Maßstab sich auch das Bundesbesoldungsgesetz messen lassen muss. Aufgrund dessen folgt die Kammer nicht der Auffassung, nach der das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz neben dem Bundesbesoldungsgesetz keine Anwendung bei der Überprüfung einer ungleichen Besoldung nach Besoldungsdienstaltersstufen finden soll (vgl. VG Berlin, Urteil vom 24. Juni 2010, 5 K 17.09, zitiert nach juris, Rdnr. 14).

- 11 Prüfungsmaßstab für die Zeit ab dem 2. Dezember 2006 bildet ebenfalls das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz. Ergänzend ist gegebenenfalls auf die das primärrechtliche Unionsgrundrecht des Verbots der Diskriminierung wegen des Alters konkretisierende Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. EG L 303, S. 16) – RL 2000/78/EG – abzustellen (vgl. EuGH, Urteil vom 16. Oktober 2007, C-411/05 – *Palacios de la Villa*, a. a. O.; EuGH, Urteil vom 19. Januar 2010, C-555/07 – *Küçükdeveci*, a. a. O., Rdnr. 21). Denn ab dem 2. Dezember 2006 ist die für Deutschland unter anderem im Hinblick auf das Diskriminierungskriterium des Alters verlängerte Umsetzungsfrist der RL 2000/78/EG abgelaufen gewesen. Für diesen Zeitraum sind mithin neben dem unionsrechtlichen Primärrecht die sekundärrechtlichen Vorgaben des Unionsrechts zu beachten. Auch insoweit hat der Einwand der Beklagten keinen Erfolg, die auf den Kläger anzuwendenden besoldungsrechtlichen Regelungen seien vorrangig. Denn unbeschadet der Frage, ob die Richtlinie 2000/78/EG unmittelbar anwendbar ist (vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 28. Oktober 2010, 2 C 10.09, zitiert nach juris), muss die deutsche Rechtslage aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts jedenfalls dessen Vorgaben genügen. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz setzt Vorgaben des Unionsrechts um, an deren Maßstab sich das Bundesbesoldungsgesetz messen lassen muss. Zudem bricht Bundesrecht nach Art. 31 GG Landesrecht und gelten die hier einschlägigen Regelungen des Bundesbesoldungsgesetzes ab dem 1. November 2007 aufgrund der Überleitungsnorm im sächsischen Besoldungsgesetz ohnehin „nur“ im Range von Landesrecht.
- 12 Der Kläger unterfällt dem persönlichen Anwendungsbereich des AGG. Dieses entfaltet seine Schutzwirkung gemäß § 6 AGG in den Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgebern und ihren Beschäftigten. Beschäftigte sind gemäß § 6 Abs. 1 AGG Arbeitnehmer, zur Berufsbildung Beschäftigte, Personen in arbeitnehmerähnlichen Verhältnissen sowie Bewerber um ein Beschäftigungsverhältnis und Personen, deren Beschäftigungsverhältnis beendet ist. Nach § 24 Nr. 1 AGG gelten die Vorschriften dieses Gesetzes für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse unter Berücksichtigung ihrer besonderen Rechtsstellung unter anderem entsprechend für die Beamten der Länder.
- 13 Die Festsetzung des Besoldungsdienstalters auf den ersten des Monats, in dem das 21. Lebensjahr vollendet wurde, und daran anknüpfende Besoldung nach Besoldungsdienstaltersstufen ist eine unmittelbare Benachteiligung im Sinne des § 3 Abs. 1 AGG. Danach liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes – hier: des Alters – eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Dies ist hier der Fall. Denn der Kläger erfuhr (und erfährt noch immer) eine weniger günstige Behandlung als ein anderer Beamter der Beklagten erfahren hat (und erfährt), der über dieselbe Berufserfahrung wie der Kläger verfügt und für den die Beklagte lediglich aufgrund seines höheren Lebensalters ein früheres Besoldungsdienstalter festsetzte und eine Besoldung aus einer höheren Stufe gewährte. Damit erfahren Personen in einer vergleichbaren Situation wegen des Alters eine verschiedene Behandlung. Denn der Stufenaufstieg nach einer bestimmten Anzahl von Jahren ausgehend vom Besoldungsdienstalter bewirkt, dass zwei Beamte mit dem gleichen Dienstalter aber unterschiedlichem Lebensalter hinsichtlich ihres Grundgehaltes ungleich behandelt werden.
- 14 Der diesbezügliche Einwand der Beklagten, eine Benachteiligung wegen des Alters liege nicht vor, da Anknüpfungspunkt nicht das Lebensalter, sondern das Dienstalter sei (so ebenfalls noch: VG Chemnitz, Urteil vom 28. Oktober 2010, 3 K 543/10; VG Berlin, Urteil vom 24. Juni 2010, 5 K 17.09, a. a. O., Rdnr. 16), rechtfertigt keine andere rechtliche Beurteilung. Zwar stellt die Begründung zum Gesetzentwurf klar, dass der Begriff „Alter“ das Lebensalter meint und insoweit gegen ungerechtfertigte unterschiedliche, an das konkrete Lebensalter anknüpfende Behandlungen schützt. Dort heißt es jedoch weitergehend, dass es also nicht ausschließlich um den Schutz älterer Menschen vor Benachteiligung gehe, wengleich dies ein Schwerpunkt des Anwendungsbereichs sein werde (vgl. BT-Drs. 16/1780, S. 31). Dies verdeutlicht, dass sich das

System der Beamtenbesoldung auch dann am Maßstab des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes rechtfertigen lassen muss, wenn dieses unmittelbar nicht an das Lebensalter, sondern an das Besoldungsdienstalter anknüpft. Das Lebensalter bildet nämlich für die Festsetzung des für den Aufstieg in den Stufen maßgeblichen Besoldungsdienstalters einen pauschalierenden Berechnungsfaktor.

- 15 Schließlicly steht einer im Hinblick auf das unionsrechtliche Altersdiskriminierungsverbot rechtlich bedeutsamen Unterscheidung zwischen dem Lebens- und Besoldungsdienstalter die Entscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Union vom 9. September 2011 (vgl. EuGH, Urteil vom 9. September 2011, C-297/10 und C-298/10 – *Hennigs und Mai*, zitiert nach juris) entgegen. Der Inhalt des in dieser Entscheidung vom Gerichtshof der Europäischen Union für altersdiskriminierend befundenen Regelungssystems des Bundesangestelltentarifvertrages entspricht nämlich im Wesentlichen demjenigen der hier einschlägigen §§ 27, 28 BBesG. Nach dem Bundesangestelltentarifvertrag war – wie im vorliegenden Fall – die Grundvergütung in den Vergütungsgruppen nach Lebensaltersstufen zu bemessen und wurde die Grundvergütung der ersten Lebensaltersstufe vom Beginn des Monats an gezahlt, in dem der Angestellte das 21. oder 23. Lebensjahr vollendet hatte. Der nach Vollendung seines 31. oder 35. Lebensjahres eingestellte Angestellte, erhielt die Grundvergütung der Lebensaltersstufe, die sich ergibt, wenn das bei der Einstellung vollendete Lebensalter um die Hälfte der Lebensjahre vermindert wird, die der Angestellte seit Vollendung des 31. oder 35. Lebensjahres zurückgelegt hatte; jeweils mit Beginn des Monats, in dem der Angestellte ein Lebensjahr mit ungerader Zahl vollendete, erhielt er bis zum Erreichen der Endgrundvergütung die Grundvergütung der folgenden Lebensaltersstufe. Die vor der Einstellung des Angestellten erworbene Berufserfahrung konnte unter bestimmten Voraussetzungen berücksichtigt werden, um ihn in eine höhere als die ihm normalerweise aufgrund seines Alters zuzuordnende Stufe einzustufen.
- 16 Diese Benachteiligung ist nicht gerechtfertigt. Diesbezüglich hier nicht einschlägig ist § 8 Abs. 1 AGG. Danach ist eine unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes zulässig, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist. Danach muss nicht der Grund, auf den die Ungleichbehandlung gestützt ist, sondern ein mit diesem Grund im Zusammenhang stehendes Merkmal eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellen (vgl. zum Beispiel zur Rechtfertigung der Höchstaltersgrenze für die Einstellung von Beamten der Feuerwehrlaufbahn am Maßstab des Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG: EuGH, Urteil vom 12. Januar 2010, C- 229/08 – *Wolf*, zitiert nach juris). Das Gericht vermag im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte dafür zu erkennen, dass das Alter des sich in der Laufbahngruppe 2, erstes Einstiegsamt befindenden Klägers – beispielsweise aufgrund des mit dem von ihm wahrgenommenen Amt verbundenen Maßes an Lebenserfahrung – eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt.
- 17 Die Benachteiligung ist sachlich auch nicht nach § 10 AGG gerechtfertigt. Gemäß Satz 1 dieser Regelung (vgl. auch EuGH, Urteil vom 16. Oktober 2007, C-411/05 – *Palacios de la Villa*, a. a. O., Rdnr. 77) ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist; Satz 2 der Vorschrift verlangt, dass die Mittel zur Erreichung des Ziels angemessen und erforderlich sind. Dabei verfügen die Mitgliedstaaten sowohl bei der Entscheidung, welches von mehreren Zielen sie (im Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik) konkret verfolgen wollten, als auch bei der Festlegung der Maßnahmen zu dessen Erreichung über einen weiten Ermessensspielraum (vgl. EuGH, Urteil vom 16. Oktober 2007, C-411/05 – *Palacios de la Villa*, a. a. O., Rdnr. 68; EuGH, Urteil vom 22. November 2005, C-144/04 – *Mangold*, a. a. O., Rdnr. 63; EuGH, Urteil vom 19. Januar 2010, C-555/07 – *Kücükdeveci*, a. a. O., Rdnr. 38).
- 18 Zwar ist das mit dem Aufstieg in den Besoldungsstufen nach einer bestimmten Anzahl von Jahren verfolgte Ziel legitim, die Berufserfahrung zu honorieren. Denn Berufserfahrung darf honoriert werden, wenn sie den Arbeitnehmer befähigt, seine Arbeit besser zu verrichten. Ist dies der Fall, bedarf die Ungleichheit des Entgelts aufgrund der Anwendung des Dienstalterkriteriums (Anciennität) grundsätzlich keiner besonderen Rechtfertigung (vgl. EuGH, Urteil vom 3. Oktober 2006, C-17/05 – *Cadman*, Rdnr. 34 ff. mit Anm. Zedler, NJW 2007, S. 49; EuGH, Urteil vom 7. Februar 1991, C-184/89 – *Nimz*, Slg. 1991, I-297 ff.; EuGH, Urteil vom 17. Oktober 1989, Rs. 109/88 – *Danfoss*, zitiert nach juris, Rdnr. 24 f.). Der Rückgriff auf das Kriterium des Dienstalters ist nämlich in der Regel zur Erreichung des legitimen Ziels geeignet, die Berufserfahrung zu ho-

norieren, die den Arbeitnehmer befähigt, seine Arbeit besser zu verrichten. Denn das Dienstalter geht mit der Berufserfahrung einher, und diese befähigt den Arbeitnehmer im Allgemeinen, seine Arbeit besser zu verrichten.

- 19 Indes führt das von der Beklagten zur Rechtfertigung des § 27 BBesG angeführte Ziel, die Berufserfahrung zu honorieren, hinsichtlich der Festsetzung des Besoldungsdienstalters auf den ersten des Monats der Vollendung des 21. Lebensjahres nicht weiter. Denn § 28 Abs. 1 BBesG bewirkt, dass die vom Kläger seit seiner Verbeamtung erworbene Berufserfahrung im Unterschied zu einem beispielsweise erst im Alter von 30 Jahren verbeamteten Kollegen, der ein Grundgehalt aus derselben Besoldungsstufe wie der Kläger erhielte, nicht honoriert wird. Die Regelung berührt mithin junge Beamte ungleich und trifft – im Unterschied zu den erst später in das Berufsleben Eingetretenen – diejenigen, die ihre Beamten Tätigkeit bereits früh aufnehmen (vgl. EuGH, Urteil vom 19. Januar 2010, C-555/07 – *Kücükdeveci*, a. a. O., Rdnr. 41 f. zum dort angeführten Ziel einer Verstärkung des Schutzes der Arbeitnehmer entsprechend der Dauer ihrer Betriebszugehörigkeit). Deshalb erscheint es bereits zweifelhaft, ob § 28 Abs. 1 BBesG überhaupt als zur Erreichung des behaupteten Ziels der Honorierung von Berufserfahrung geeignet angesehen werden kann.
- 20 Jedenfalls aber geht die Regelung über das hinaus, was zur Erreichung des Ziels „Berücksichtigung bereits erworbener Berufserfahrung“ erforderlich und angemessen ist. Insoweit erschiene ein Kriterium, das ebenfalls auf dem Dienstalter oder der Berufserfahrung beruht, ohne auf das Lebensalter abzustellen, im Hinblick auf die Richtlinie 2000/78/EG für die Verwirklichung des legitimen Zieles geeigneter. Dass bei vielen der in jungen Jahren Verbeamteten die Lebensaltersstufe der erworbenen Berufserfahrung entsprechen und das aus dem Lebensalter abgeleitete Kriterium sich in den meisten Fällen mit ihrem Lebensalter decken wird, ändert daran nichts (vgl. EuGH, Urteil vom 9. September 2011, C-297/10 und C-298/10 – *Hennigs und Mai*, a. a. O., Rdnr. 77).
- 21 An dieser rechtlichen Beurteilung vermag die seit dem 1. Juli 2009 geltende Neuregelung der Beamtenbesoldung des Bundes durch Art. 2 Nr. 18 des Dienstrechtsneuordnungsgesetzes (BGBl. I 2009, 160) bereits deshalb nichts zu ändern, weil die landesrechtlichen Verweisungen diese Neufassung des Bundesbesoldungsgesetzes nicht für anwendbar erklären.
- 22 Aus dem der rechtlichen Prüfung für die Zeit vom 1. Januar bis 17. August 2006 im Übrigen zugrunde zu legenden unionsrechtlichen Primärrecht ergibt sich nichts anderes.
- 23 2. Der Kläger hat einen Anspruch auf Zahlung seines Grundgehalts nach der höchsten Stufe seiner jeweiligen Besoldungsgruppe.
- 24 Rechtsfolge der Benachteiligung des Klägers durch das dem Streit zugrunde liegende besoldungsrechtliche Regelungssystem ist, dass dieses unwirksam ist. Denn Bestimmungen in Vereinbarungen, die gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG verstoßen, sind gemäß § 7 Abs. 2 AGG unwirksam. Zwar erfasst die Regelung ihrem Wortlaut nach keine Gesetze, so dass das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz seinem Wortlaut nach überhaupt keine Rechtsfolge an die Gleichheitswidrigkeit einer gesetzlichen Regelung knüpft. Da indes weder die Richtlinie 2000/78/EG noch der Gerichtshof der Europäischen Union Gesetze von ihren Vorgaben ausnehmen, dürfen auch diskriminierende Gesetze nicht mehr angewendet werden (vgl. Krebber, EuZA 2009, S. 200 [210]).
- 25 Was inhaltlich anstelle der unwirksamen benachteiligenden Regelung gelten soll, regelt zwar auch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz nicht ausdrücklich. Vorliegend kommt indes lediglich eine „Anpassung nach oben“ dergestalt in Betracht, dass dem Kläger Grundgehalt nach der höchsten Stufe seiner jeweiligen Besoldungsgruppe zu gewähren ist (vgl. auch LAG Hessen, Urteil vom 22. April 2009, 2 Sa 1689/08, a. a. O., Rdnr. 52 ff.; LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 11. September 2008, 20 Sa 2244/07, zitiert nach juris, Rdnr. 33 ff.; a. A: ArbG Berlin, Urteil vom 22. August 2007, 86 Ca 1696/07, zitiert nach juris, Rdnr. 97).
- 26 Da ein Gleichheitsverstoß des Gesetzgebers nach nationalem Rechtsverständnis verschieden behoben werden kann, indem eine Gruppe ebenso wie die andere, die andere ebenso wie die eine oder beide auf eine dritte Weise behandelt werden, dehnt die deutsche Rechtsprechung eine Begünstigung, die ein Rechtssatz einer Gruppe vorbehält, zwar nur mit besonderer Zurückhaltung auf die andere Gruppe aus. Eine Gesetzeslücke durch Ausdehnung des Kreises der Begünstigten zu schließen, sieht sich das Bundesverfassungsgericht deshalb nur berechtigt, wenn

- ein Verfassungsauftrag oder sonst eine Verfassungsbestimmung eine begünstigende Behandlung des Bürgers verlangt und der Gesetzgeber diese einer Gruppe von Bürgern gleichheitswidrig vorenthalten hat oder wenn der Gesetzgeber ein komplexes Regelungssystem geschaffen hat, an dem er erkennbar festhalten will und das nur konsequent und stimmig bleibt, wenn eine Begünstigung auf eine übersehene Gruppe ausgedehnt wird. Sind diese Voraussetzungen für eine Ausdehnung der Begünstigung nicht gegeben, stellt das Bundesverfassungsgericht lediglich die Verfassungswidrigkeit des Ausschlusses von der Begünstigung fest und fordert es den Gesetzgeber auf, eine verfassungsgemäße Rechtslage herzustellen (vgl. Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 11. Auflage, München 2011, Art. 3 Rdnr. 40 ff.).
- 27 Insofern ist das nationale Recht jedoch zu modifizieren, um es mit den Vorgaben des Unionsrechts in Einklang zu bringen. Nach dem Unionsrecht kann eine Diskriminierung nämlich lediglich für die Zukunft durch eine Angleichung nach oben als auch nach unten oder durch eine Mittellösung erfolgen. Nur eine Angleichung nach oben ist hingegen zulässig, solange die bestehende (diskriminierende) Regelung „das einzige Bezugssystem bildet“, also keine Anpassungsmaßnahmen getroffen wurden (vgl. EuGH, Urteile vom 27. Juni 1990, C-33/89 – *Kowalska*, zitiert nach juris, Rdnr. 20, und vom 7. Februar 1991, C-184/89 – *Nimz*, a. a. O., Rdnr. 18 f., 21; Schwarze, EU-Kommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2009, Art. 141 EGV Rdnr. 33, m. w. N.). Demgemäß hat ein Arbeitnehmer des benachteiligten Geschlechts nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union zum Gebot der Entgeltgleichheit für die Vergangenheit einen Anspruch auf das Entgelt, das dieser dem bevorzugten Geschlecht gewährt hat; der Arbeitgeber darf die Gleichbehandlung nicht herstellen, indem er das Entgelt des bevorzugten Geschlechts auf das niedrigere Niveau kürzt (vgl. Krebber, EuZA 2009, S. 200 [202 f.] m. w. N.).
- 28 3. Der klägerische Anspruch auf Zahlung von Grundgehalt nach der höchsten Stufe der jeweiligen Besoldungsgruppe besteht, soweit er nicht verjährt ist, mithin – der Kläger stellte den Antrag mit bei der Beklagten am 30. Dezember 2009 eingegangenem Widerspruch vom 29. Dezember 2009 – rückwirkend ab dem 1. Januar 2006.
- 29 Das von der Rechtsprechung im deutschen Beamtenrecht entwickelte Erfordernis einer zeitnahen Geltendmachung steht dem vorliegend nicht entgegen. Nach diesem hat ein Beamter Besoldungsansprüche grundsätzlich zeitnah, das heißt noch während des laufenden Haushaltsjahres, gerichtlich geltend zu machen. Aus den Besonderheiten des Beamtenverhältnisses als einem wechselseitig bindenden Treueverhältnis ergeben sich nämlich in bestimmten Fällen Einschränkungen für die Geltendmachung der Ansprüche von Beamten (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 24. November 1998, 2 BvL 26/91 u. a., BVerfGE 99, 300 [330] und vom 22. März 1990, 2 BvL 1/86, BVerfGE 81, 363 [384 f.]; OEUfach0000000014, Beschluss vom 6. Februar 2009, 1 L 101/08, zitiert nach juris, Rdnr. 53 f.; OVG Koblenz, Urteil vom 12. Februar 2008, 10 A 10925/07, DÖD 2008, S. 186 [187]).
- 30 Die von den Mitgliedstaaten aufgrund fehlender unionsrechtlicher Bestimmungen für Klagen festgelegten Verfahrensmodalitäten müssen jedoch den Äquivalenz- sowie Effektivitätsgrundsatz wahren (vgl. EuGH, Urteile vom 14. Dezember 1995, C-312/93 – *Peterbroeck*, Slg. 1995, I-4599, Rdnr. 12, und vom 29. Oktober 2009, C-63/08 – *Pontin*, EuZW 2010, S. 190 [193], Rdnr. 43). Das Erfordernis einer zeitnahen Geltendmachung läuft dem Effektivitätsgrundsatz zuwider, indem es die Durchsetzung des Unionsrechts übermäßig erschwert (vgl. EuGH, Urteil vom 25. November 2010, C-429/09 – *Fuß II*, zitiert nach juris, Rdnr. 72 – 87). Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union widerspricht es dem Grundsatz der Effektivität, von den Geschädigten zu verlangen, systematisch alle ihnen zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten zu gebrauchen, selbst wenn dies zu übermäßigen Schwierigkeiten führen würde oder ihnen nicht zugemutet werden könnte. So würde beispielsweise die Ausübung der dem Einzelnen aus den unmittelbar anwendbaren Vorschriften des Unionsrechts erwachsenden Rechte zumindest übermäßig erschwert, müsste eine auf den Verstoß gegen das Unionsrecht gestützte Schadensersatzklage bereits abgewiesen werden, weil der Betroffene das ihm durch die Unionsbestimmungen verliehene und vom nationalen Recht verweigerte Recht nicht geltend gemacht hat, um mittels der dafür vorgesehenen Rechtsbehelfe unter Berufung auf den Vorrang und die unmittelbare Wirkung des Unionsrechts gegen die Ablehnung durch den Mitgliedstaat vorzugehen (vgl. EuGH, Urteil vom 24. März 2009, C-445/06 – *Danske Slagterier*, Slg. 2009, I-2119, Rdnr. 62 f.).
- 31 Vorliegend kann der sich im Vergleich zu seinem Dienstherrn in einer schwächeren Position befindende Kläger davon abgeschreckt werden, seine Rechte diesem gegenüber ausdrücklich gel-

tend zu machen; die Einforderung dieser Rechte könnte ihn Maßnahmen des Dienstherrn aussetzen, die sich zu seinem Nachteil auf das Beamtenverhältnis auswirken können (vgl. EuGH, Urteil vom 25. November 2010, C-429/09 – *Fuß II*, a. a. O., Rdnr. 80 f.). Das Erfordernis der zeitnahen Geltendmachung ermöglicht dem Dienstherrn, durch die Verpflichtung für den betroffenen Beamten, einen Antrag auf Beseitigung der diskriminierenden Besoldung zu stellen, um Ersatz des ihm aufgrund dieses Verstoßes entstandenen Schadens erhalten zu können, die Aufgabe, auf die Einhaltung dieser Bestimmungen zu achten, systematisch auf den Einzelnen zu verlagern, indem dem Dienstherrn ermöglicht wird, sich von der Einhaltung dieser Bestimmungen zu befreien, wenn ein solcher Antrag nicht gestellt wurde (vgl. EuGH, Urteil vom 25. November 2010, C-429/09 – *Fuß II*, a. a. O., Rdnr. 83). Kann sich der Einzelne jedoch vor den nationalen Gerichten auf die Bestimmungen einer Richtlinie berufen, so sind alle Träger öffentlicher Gewalt der Mitgliedstaaten, gegebenenfalls in ihrer Eigenschaft als öffentliche Arbeitgeber, allein deshalb verpflichtet, diese Bestimmungen anzuwenden (vgl. EuGH, Urteil vom 25. November 2010, C-429/09 – *Fuß II*, a. a. O., Rdnr. 85).

- 32 Dem steht schließlich auch nicht der besoldungsrechtliche Gesetzesvorbehalt nach § 2 Abs. 1 BBesG entgegen. Er nimmt nicht an den Verfassungsgrundsätzen teil, die den Anwendungsvorrang des Unionsrechts in Frage stellen könnten (vgl. BVerwG, Urteil vom 28. Oktober 2010, 2 C 10.09, juris, Rdnr. 29; BVerfG, Urteil vom 30. Juni 2009, 2 BvE 2/08 u. a., BVerfGE 123, 267 [353 ff.]). Das Gericht hat im Rahmen seiner Zuständigkeit jede in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallende und möglicherweise entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet zu lassen, um hierdurch den rechtlichen Schutz, der sich für den Einzelnen aus dem Unionsrecht und insbesondere dem Verbot der Diskriminierung wegen des Alters in seiner Konkretisierung durch die Richtlinie 2000/78/EG ergibt, zu gewährleisten und die volle Wirksamkeit des Unionsrechts zu garantieren, indem es jede möglicherweise entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet lässt (vgl. EuGH, Urteil vom 22. November 2005, C-144/04 – *Mangold*, a. a. O., Rdnr. 77; EuGH, Urteil vom 19. Januar 2010, C-555/07 – *Kücükdeveci*, a. a. O., Rdnr. 51; EuGH, Urteil vom 7. Februar 1991, C-184/89 – *Nimz*, a. a. O., Rdnr. 18 f., 21). Dies gilt auch für förmliche Bundes- oder Landesgesetze. Einer Vorlage des Verfahrens an den Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 UAbs. 3 VAEU durch das nicht letztinstanzlich entscheidende Gericht bedarf es insoweit nicht, da die den Streit entscheidenden Rechtsfragen europarechtlich geklärt sind. Eine Vorlagepflicht nach Art. 100 Abs. 1 GG zum Bundesverfassungsgericht besteht ebenfalls nicht, da das Unionsrecht im Rahmen eines solchen Verfahrens kein Prüfungsmaßstab ist (vgl. Krois, DB 2010, S. 1704 [1707 f.]; Lindner, BayVBl. 2010, S. 271 [272] m. w. N.).
- 33 II. Der Anspruch auf Prozesszinsen ab Rechtshängigkeit der Klage folgt aus §§ 291 Satz 1, 288 Abs. 1 Satz 2, 247 BGB, die im öffentlichen Recht entsprechend anwendbar sind, soweit das einschlägige Fachgesetz – wie hier – keine gegenteilige Regelung enthält (vgl. BVerwG, Urteil vom 30. Oktober 2002, 2 C 24.01, zitiert nach juris). Der Ausschluss von Verzugszinsen in § 3 Abs. 6 BBesG umfasst als spezialgesetzlich abweichende Regelung nicht zugleich den Anspruch auf Prozesszinsen (vgl. BVerwG, Urteil vom 22. Februar 2001, 5 C 34.00, zitiert nach juris).
- 34 Aufgrund des Erfolgs des Hauptantrags ist über den Hilfsantrag nicht zu entscheiden.
- 35 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Danach trägt der unterliegende Teil die Kosten des Verfahrens.
- 36 Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 Abs. 1 VwGO, §§ 709 Satz 1 und 2 ZPO.