

Sachgebiet:

BVerwGE: nein
Fachpresse: ja

Recht des öffentlichen Dienstes einschließlich des Beamten-
disziplinarrechts und des Dienstrechts der Soldaten sowie des
Rechts der Wehrpflichtigen und der Zivildienstpflichtigen

Rechtsquelle/n:

GG	Art. 20 Abs. 3
BBesG	§ 6 Abs. 1
BBesG a.F.	§ 46 Abs. 1 Satz 1
ThürBesÜG a.F.	§ 4 Abs. 4
ThürBG 1999	§ 76e
ThürBG 2009	§ 75
ThürVerf	Art. 100 Abs. 1 Nr. 2
VwGO	§ 161 Abs. 2

Titelzeile:

Zulage gemäß § 46 BBesG a.F. auch in der Freistellungsphase einer Altersteilzeit im
Blockmodell

Stichworte:

Beamter; Regelschullehrer; Altersteilzeit; Blockmodell; Freistellungsphase; Zulage;
Verwendungszulage; Dienstleistungsphase; Arbeitsphase; anteilige Zahlung; höher-
wertiges Amt; tatsächliche Wahrnehmung der Aufgaben; haushaltsrechtliche Voraus-
setzungen; vorläufige Haushaltsführung; Streichung der Zulage; unzulässige Rück-
wirkung eines Gesetzes; pro rata temporis-Grundsatz; Erledigung der Hauptsache.

Leitsätze:

1. Ein Beamter, dem Altersteilzeit im Blockmodell bewilligt und dem in der Dienstleistungsphase wegen der Wahrnehmung der Aufgaben eines höherwertigen Amtes die Zulage nach § 46 BBesG a.F. anteilig gewährt worden ist, hat mit Blick auf § 6 Abs. 1 BBesG und den "pro rata temporis"-Grundsatz auch in der Freistellungsphase einen Anspruch auf anteilige Zahlung dieser Zulage (im Anschluss an das Urteil vom 28. Oktober 2015 - 2 C 15.15 - Buchholz 240 § 45 BBesG Nr. 2 Rn. 14 ff., dort zu einer Zulage gemäß § 45 BBesG).
2. Die Streichung der Gewährung der Zulage nach § 46 BBesG a.F. durch den Thüringer Landesgesetzgeber mit Wirkung auch für bereits in der Freistellungsphase befindliche Beamte, denen Altersteilzeit im Blockmodell gewährt worden war, stellt eine verfassungsrechtlich unzulässige Rückwirkung des Gesetzes dar, weil die Be-



troffenen sich den Anspruch auf die Zulage bereits durch ihre Vorleistung in der Dienstleistungsphase "erdient" hatten.

Beschluss des 2. Senats vom 24. Februar 2017 - BVerwG 2 C 6.16

- I. VG Meiningen vom 13. April 2011
Az: VG 1 K 201/10 Me
- II. OVG Weimar vom 30. Juni 2015
Az: OVG 2 KO 535/14



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 2 C 6.16
OVG 2 KO 535/14

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 24. Februar 2017
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Domgörgen
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. von der Weiden und
Dr. Hartung

beschlossen:

Das Verfahren wird eingestellt.

Das Urteil des Verwaltungsgerichts Meiningen vom
13. April 2011 und das Urteil des Thüringer Oberverwal-
tungsgerichts vom 30. Juni 2015 sind wirkungslos, soweit
sie Gegenstand des Revisionsverfahrens waren.

Der Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens in allen
Rechtzügen, soweit das Klagebegehren Gegenstand der
Revision war.

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisions-
verfahrens auf 11 881,92 € festgesetzt.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Kläger stand bis zu seinem Eintritt in den Ruhestand (mit Ablauf des 31. Juli 2014) als Regelschullehrer im Dienst des beklagten Landes. Auf seinen Antrag war ihm zuletzt Altersteilzeit im Blockmodell (mit einer Teilzeitquote von 50 v.H.) gewährt worden. Deren dreieinhalbjährige Dienstleistungsphase begann am 1. August 2007 und mündete ab dem 1. Februar 2011 in die gleich lange Freistellungsphase, die bis zum Eintritt des Klägers in den Ruhestand reichte.
- 2 Der Kläger begehrt die Zahlung einer Zulage für die Wahrnehmung eines höherwertigen Amtes, ursprünglich für einen Zeitraum ab dem 13. Juli 2001. Der Beklagte hat die Gewährung der Zulage abgelehnt. Das Verwaltungsgericht hat die Klage abgewiesen. Während des Berufungsverfahrens hat der Beklagte dem Kläger die begehrte Zulage (entsprechend seiner Teilzeitquote) für die Zeit

vom 1. Januar 2006 bis zum 31. Dezember 2009 sowie für die Zeit vom 15. Mai 2010 bis zum 31. Januar 2011 bewilligt; insoweit ist das Verfahren vor dem Obergerverwaltungsgericht in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt worden. Für die weitergehenden Zeiträume hat das Obergerverwaltungsgericht die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Der Senat hat mit Beschluss vom 11. April 2016 - 2 B 92.15 - (Buchholz 240 § 46 BBesG Nr. 9) hinsichtlich der vor der Freistellungsphase der Altersteilzeit liegenden Zeiträume die Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen. Streitgegenständlich im Revisionsverfahren war noch der Zeitraum der Freistellungsphase der dem Kläger bewilligten Altersteilzeit im Blockmodell (vom 1. Februar 2011 bis 31. Juli 2014).

- 3 Nach einem gerichtlichen Hinweis hat der Beklagte mit Schreiben vom 20. Dezember 2016 mitgeteilt, dass dem Kläger die begehrte Zulage in Höhe des Unterschiedsbetrags zwischen der Besoldungsgruppe A 13 Stufe 12 und der Besoldungsgruppe A 14 Stufe 12 entsprechend seinem Altersteilzeitumfang von 50 v.H. zuzüglich der entsprechenden Erhöhungen des Altersteilzeitzuschlags für den im Revisionsverfahren noch anhängigen Zeitraum gewährt und ausbezahlt werde. Ausgenommen seien allerdings zwei Teilzeiträume von 4 Monaten und 14 Tagen sowie von einem Monat und 7 Tagen, weil insoweit die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen für die Gewährung der Zulage nicht vorgelegen hätten. Der erstgenannte Zeitraum entspreche in seinem Umfang der Dauer einer vorläufigen Haushaltsführung (vom 1. Januar bis 14. Mai 2010) während der Dienstleistungsphase des Klägers, die spiegelbildlich auch in der Freistellungsphase zu berücksichtigen sei; während des zweitgenannten Zeitraums (vom 1. Januar bis 7. Februar 2013) habe erneut eine vorläufige Haushaltsführung in der Freistellungsphase bestanden.
- 4 Daraufhin haben die Beteiligten den Rechtsstreit in der Hauptsache insgesamt übereinstimmend für erledigt erklärt.

II

- 5 Nachdem die Beteiligten den Rechtsstreit in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt haben, ist das Verfahren entsprechend § 141 Satz 1, § 125 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 92 Abs. 3 Satz 1 VwGO einzustellen. Die bereits ergangenen Entscheidungen der Vorinstanzen sind, soweit sie aufgrund der Teilzulassung der Revision Gegenstand des Revisionsverfahrens waren, wirkungslos (§ 173 VwGO i.V.m. § 269 Abs. 3 Satz 1 ZPO).
- 6 Die somit allein noch anstehende Entscheidung darüber, wer die Kosten des Verfahrens (auch in den Vorinstanzen) zu tragen hat, soweit es Gegenstand der (nur teilweise zugelassenen) Revision war, ist gemäß § 161 Abs. 2 VwGO nach billigem Ermessen zu treffen. Dabei ist der voraussichtliche Ausgang des Verfahrens zu berücksichtigen, soweit dies im Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses überblickt werden kann und ohne dass dabei schwierige, bislang nicht entschiedene Rechtsfragen beantwortet werden müssen (stRspr, vgl. BVerwG, Urteil vom 6. April 1989 - 1 C 70.86 - BVerwGE 81, 356 <363> und Beschluss vom 7. November 2014 - 2 C 8.14 - Buchholz 237.6 § 44 NdsLBG Nr. 1 Rn. 2).
- 7 Die im Mittelpunkt des Streitfalls stehenden Rechtsfragen können aufgrund vorhandener höchstrichterlicher Rechtsprechung beantwortet werden (nachfolgend unter 1. und 2.). Zu der Frage, ob eine Gewährung der Zulage während der beiden in dem Schreiben des Beklagten vom 20. Dezember 2016 bezeichneten Teilzeiträume ausgeschlossen ist, liegt Rechtsprechung des Senats, anhand derer dies abschließend beurteilt werden könnte, dagegen nicht vor (nachfolgend unter 3.).
- 8 Hiernach sind die Kosten für den noch revisionsgegenständlichen Teil des Verfahrens dem Beklagten aufzuerlegen. Denn die Revision des Klägers hätte - jedenfalls hinsichtlich des überwiegenden Teils des noch streitigen Zeitraums - aller Voraussicht nach Erfolg gehabt.
- 9 1. Der Kläger hat - worauf der Senat bereits in dem o.a. (Teil-)Zulassungsbeschluss hingewiesen hat - auch während der Freistellungsphase der ihm ge-

währten Altersteilzeit im Blockmodell (§ 76e ThürBG 1999, nunmehr § 75 ThürBG 2009) einen Anspruch auf die zu Beginn seiner Altersteilzeit nach Thüringer Landesrecht eröffnete Gewährung einer Zulage für die Wahrnehmung eines höherwertigen Amtes (§ 46 Abs. 1 BBesG a.F. i.V.m. § 4 Abs. 4 Thür-BesÜG a.F.). Diese Zulage war ihm für den Zeitraum seiner Dienstleistungsphase entsprechend der Quote der bewilligten Altersteilzeit in Höhe von 50 v.H. (durch die teilweise Klaglosstellung während des Berufungsverfahrens) gewährt und ausgezahlt worden - mit Ausnahme des Zeitraums vom 1. Januar 2010 bis 14. Mai 2010 wegen der während dieser Zeit der Dienstleistungsphase geltenden vorläufigen Haushaltsführung (Art. 100 Abs. 1 ThürVerf). Insoweit fehlte es an den nach § 46 Abs. 1 BBesG a.F. erforderlichen haushaltsrechtlichen Voraussetzungen für die Gewährung der Zulage (vgl. dazu BVerwG, Beschluss vom 11. April 2016 - 2 B 92.15 - Buchholz 240 § 46 BBesG Nr. 9 Rn. 19 ff. m.w.N.).

- 10 Dass der Kläger während des hier in Rede stehenden Zeitraums der Freistellungsphase der Altersteilzeit das höherwertige Amt tatsächlich nicht wahrgenommen hat, weil er - wie es dem Wesen der Freistellungsphase entspricht - keinen Dienst geleistet hat, steht seinem Anspruch auf die Zulage nicht entgegen. Bei einer Altersteilzeit im Blockmodell muss die Wahrnehmung des Dienstpostens - für die Dauer der Freistellungsphase - fingiert werden, um sowohl § 6 Abs. 1 BBesG als auch dem unionsrechtlichen pro rata temporis-Grundsatz Rechnung zu tragen. Dies hat der Senat bezogen auf eine Zulage gemäß § 45 BBesG bereits entschieden (BVerwG, Urteil vom 28. Oktober 2015 - 2 C 15.15 - Buchholz 240 § 45 BBesG Nr. 2 Rn. 10 ff.). Dies ist auf die Zulage gemäß § 46 BBesG a.F. zu übertragen. Für sie kann nichts anderes gelten.
- 11 2. Dem Anspruch des Klägers hätte - aller Voraussicht nach - für den Zeitraum vom 1. Oktober 2011 bis zum 31. Juli 2014 auch nicht entgegengestanden, dass der Thüringer Landesgesetzgeber die Zahlung der Zulage nach § 46 Abs. 1 BBesG a.F. durch Art. 5 des Thüringer Gesetzes zur Anpassung der Besoldung und der Versorgung in den Jahren 2011 und 2012 sowie zur Änderung besoldungs- und versorgungsrechtlicher Vorschriften vom 22. September 2011 (ThürAnpG), GVBl. S. 235, abgeschafft hat. Die Streichung der Zulage ist in

denjenigen Fällen, in denen der betroffene Beamte - wie hier der Kläger - in der aktiven Phase seiner Altersteilzeit im Blockmodell die Zulage bereits vollständig (auch für den anschließenden Zeitraum der Dienstleistungsphase) "erdient" hatten, sowohl mit Verfassungs- (a) als auch mit Unionsrecht (b) nicht vereinbar. Denn durch die Gesetzesänderung wird seine darin liegende "Anwartschaft" nachträglich entwertet.

- 12 a) Die vorbezeichnete Gesetzesänderung stellt eine unechte Rückwirkung dar, die nach den Kriterien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (aus jüngerer Zeit vgl. etwa BVerfG, Beschlüsse vom 10. Oktober 2012 - 1 BvL 6/07 - BVerfGE 132, 302 <318> und vom 17. Dezember 2013 - 1 BvL 5/08 - BVerfGE 135, 1 <13>, jeweils m.w.N.) in der vorliegenden Konstellation unzulässig war. Ein Beamter, dem Altersteilzeit im Blockmodell bewilligt worden war, hat durch seine volle Dienstleistung bei gleichzeitigem Verzicht auf die volle Besoldung in der Dienstleistungsphase eine Vorleistung erbracht und sich damit einen Vorteil "erkauft" (BVerwG, Urteil vom 16. Oktober 2008 - 2 C 15.07 - Buchholz 237.7 § 78b NWLBG Nr. 2 Rn. 20). Er durfte daher darauf vertrauen, dass diese Vorleistung in der Freistellungsphase auch ausgeglichen wird. Das war die Geschäftsgrundlage dieser von dem Beamten gewählten Variante der Altersteilzeit (BVerwG, Urteil vom 28. Januar 2016 - 2 C 10.15 - Buchholz 240 § 6 BBesG Nr. 32 Rn. 12). Diesem Bestandsinteresse des Klägers steht kein anerkanntes Änderungsinteresse des Landesgesetzgebers gegenüber, das die Rückwirkung rechtfertigen könnte. Bei der Abschaffung der Zulage ging der Landesgesetzgeber - irrtümlich - davon aus, dass es keine Zahlfälle mehr gebe (LT-Drs. 5/2987, S. 34). Er wollte somit gar nicht in bestehende "Anwartschaften" eingreifen; möglicherweise hätte er in Kenntnis der Sach- und Rechtslage die Zulage erst zu einem späteren Zeitpunkt abgeschafft (jedenfalls für Fallkonstellationen wie die vorliegende).
- 13 b) Die Streichung der Zulage stellt in der vorliegenden Fallkonstellation zudem eine unionsrechtswidrige Diskriminierung Teilzeitbeschäftigter dar. Dies ergibt sich aus folgender Vergleichsbetrachtung: Bezogen auf den Zeitraum der Dienstleistungsphase haben ein Teilzeitbeamter und ein Vollzeitbeamter gleichermaßen eine vollzeitige Dienstleistung in Wahrnehmung der Aufgaben eines

höherwertigen Amtes erbracht. Der Altersteilzeitbeamte wird jedoch gegenüber dem Vollzeitbeamten schlechter behandelt, weil er für diese Phase trotz voller Dienstleistung nur eine hälftige Zulage nach § 46 Abs. 1 BBesG a.F. erhält. Der vergleichbare Vollzeitbeamte hat mithin - wie der Kläger in der Dienstleistungsphase - zu 100 v.H. Dienst geleistet und dafür - anders als der Kläger - eine Zulage nach § 46 Abs. 1 BBesG a.F. in vollem Umfang erhalten. Ursächlich für diese unterschiedliche Behandlung ist die dem Kläger im Blockmodell gewährte Altersteilzeit. Während im Normalfall diese Ungleichbehandlung dadurch gerechtfertigt wird, dass der Teilzeitbeamte in der Freistellungsphase die anteilige Zulage erhält, entfällt in der hier gegebenen Konstellation durch die Streichung der Zulage eine Kompensation, so dass der Teilzeitbeamte gegenüber dem Vollzeitbeamten diskriminiert wird.

- 14 c) Der hiernach - aller Voraussicht nach - gegebenen Verfassungs- und Unionsrechtswidrigkeit hätte der Senat durch eine eigene Entscheidung in der Sache Rechnung getragen. Er wäre nicht gehalten gewesen, wegen der aufgezeigten unzulässigen Rückwirkung der in Rede stehenden Gesetzesänderung das Verfahren auszusetzen und die Sache dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen (Art. 100 Abs. 1 GG). Vielmehr wäre er wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts befugt gewesen, die dessen Durchsetzung entgegenstehende unionsrechtswidrige Gesetzesänderung des Thüringer Gesetzgebers unangewendet zu lassen. Hiernach hatte der Kläger auch für den Zeitraum der Dienstleistungsphase der Altersteilzeit - trotz der Streichung der Zulage - dem Grunde nach Anspruch auf die Zulage gemäß § 46 Abs. 1 BBesG a.F. i.V.m. § 4 Abs. 4 ThürBesÜG a.F.).
- 15 3. Offen bleiben kann, ob der Anspruch für zwei Teilzeiträume der Dienstleistungsphase des Klägers nicht besteht, weil insoweit die haushaltsrechtlichen Voraussetzungen i.S.v. § 46 Abs. 1 BBesG a.F. nicht vorgelegen haben:
- 16 a) Der Beklagte steht ausweislich seines Schriftsatzes vom 20. Dezember 2016 auf dem Standpunkt, dies sei für einen ersten Zeitraum vom 4 Monaten und 14 Tagen deswegen der Fall, weil während der Dienstleistungsphase der Altersteilzeit für einen Zeitraum gleicher Dauer - wie bereits oben erwähnt - eine vor-

läufige Haushaltsführung (Art. 100 Abs. 1 ThürVerf) bestanden hat; diese Haushaltsbeschränkung müsse "spiegelbildlich", also fiktiv, in die Dienstleistungsphase übertragen werden. Darüber hinaus stehe dem Kläger die Zulage auch für einen zweiten Zeitraum von 1 Monat und 7 Tagen Dauer nicht zu, weil in der Freistellungsphase eine weitere vorläufige Haushaltsführung von dieser Dauer bestand.

- 17 b) Ob dieser Argumentation zu folgen ist, lässt der Senat an dieser Stelle offen. Für die "spiegelbildliche" Herausnahme des erstgenannten Zeitraums könnte sprechen, dass bei haushalterischer Betrachtung in der Freistellungsphase lediglich die zuvor in der Dienstleistungsphase "eingesparten" Bezüge verwendet werden (vgl. BVerwG, Urteil vom 28. Oktober 2015 - 2 C 15.15 - Buchholz 240 § 45 BBesG Nr. 2 Rn. 20). Gegen die Herausnahme des zweitgenannten Zeitraums ließe sich anführen, dass dem vorbezeichneten Senatsurteil eine Betrachtung zugrunde liegt, die für die Frage der Zulagengewährung allein darauf abstellt, ob deren tatbestandlichen Voraussetzungen während der Dienstleistungsphase erfüllt sind, weil der Beamte allein in dieser Phase seine anspruchsbegründende Vorleistung erbringt. So dürfte etwa ein vom Dienstherrn kraft seines Organisationsermessens verfügter Wegfall des Dienstpostens während der Freistellungsphase schwerlich dazu führen, dass die "Auskehr" der von dem Beamten während der Dienstleistungsphase "erdienten" Zulage entfielen. Im Übrigen spricht viel dafür, dass jedenfalls nur eine, keinesfalls aber beide Abzüge rechtens sein können. Dies muss hier aber nicht entschieden werden. Eine Entscheidung über die Verteilung der Kosten nach übereinstimmender Erledigungserklärung in der Hauptsache ist nicht dazu bestimmt, ungeklärte Rechtsfragen abschließend zu beantworten.
- 18 c) Die hiernach als offen anzusehende Beurteilung der beiden Teilzeiträume, die der Beklagte in seinem Schreiben vom 20. Dezember 2016 aus der Zulagengewährung ausgenommen hat, führt nicht dazu, den Kläger anteilig mit Kosten zu belasten. Die beiden nach dem Vorstehenden als rechtlich offen anzusehende Teilzeiträume von insgesamt 5 Monaten und 21 Tagen sind angesichts des im Revisionsverfahren insgesamt anhängigen Zeitraums von 42 Monaten

(3 ½ Jahren) von deutlich geringem Gewicht, zumal jedenfalls nicht beide Abzüge rechtmäßig sein dürften.

- 19 4. Die Festsetzung des Werts des Streitgegenstandes für das Revisionsverfahren beruht auf § 40, § 47 Abs. 1 Satz 1 und § 52 Abs. 3 GKG; Grundlage ist die vom Beklagten vorgelegte Berechnung des Nachzahlungsbetrags zuzüglich eines Teilbetrags (überschlägig 1 610,10 €) für die beiden vom Beklagten in dieser Berechnung ausgenommenen, aber streitgegenständlichen Teilzeiträume.

Domgörgen

Dr. von der Weiden

Dr. Hartung