



# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

## **IM NAMEN DES VOLKES**

### **URTEIL**

BVerwG 2 C 38.09  
OVG 1 A 3565/07

Verkündet  
am 27. Mai 2010  
Hardtmann  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
auf die mündliche Verhandlung vom 27. Mai 2010  
durch die Richter am Bundesverwaltungsgericht Groepper und Dr. Heitz,  
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Thomsen und  
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Maidowski und Dr. Hartung

für Recht erkannt:

Das Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land  
Nordrhein-Westfalen vom 25. Juni 2009 und der Ge-  
richtsbescheid des Verwaltungsgerichts Düsseldorf vom  
19. November 2007 werden aufgehoben, soweit die Be-  
klagte zur Zahlung erhöhter Besoldung für das dritte Kind  
des Klägers für die Jahre 2003 bis 2006 verurteilt worden  
ist.

Die Klage wird auch insoweit abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Verfahrens in allen  
Rechtzügen.

#### G r ü n d e :

##### I

- 1 Die Beteiligten streiten darum, ob die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger erhöhte Besoldung zur Deckung des Bedarfs seines dritten Kindes für die Jahre 2003 bis 2006 zu zahlen.
- 2 Der Kläger steht als Zollamtmann im Dienst der Beklagten. Er ist Vater dreier Kinder, für die er im hier maßgebenden Zeitraum kindergeldberechtigt war.

- 3 Mit Schreiben vom 1. Februar 2007 legte der Kläger Widerspruch gegen die Höhe des ihm für das dritte Kind gewährten Familienzuschlags rückwirkend für die letzten drei Jahre und für das Jahr 2007 ein. Die nach Zurückweisung des Widerspruchs erhobene Klage hatte teilweise Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat sie hinsichtlich der Jahre 2000 bis 2002 abgewiesen. Für die Jahre 2003 bis 2006 hat es die Beklagte verurteilt, dem Kläger erhöhte Besoldung von insgesamt 860,82 € zu zahlen. Die gegen den stattgebenden Teil der erstinstanzlichen Entscheidung gerichtete Berufung der Beklagten hat das Oberverwaltungsgericht zurückgewiesen, wobei es von der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts abgewichen ist. In dem Berufungsurteil heißt es:

Bei Anwendung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts in dem Beschluss vom 24. November 1998 (BVerfGE 99, 300) für die Berechnung der verfassungsrechtlich gebotenen Alimentation kinderreicher Beamter habe der Kläger Ansprüche auf erhöhte Besoldung zur Deckung des Mehrbedarfs seines dritten Kindes für die Jahre 2003 bis 2006 in der vom Verwaltungsgericht festgestellten Höhe. Das Bundesverfassungsgericht habe derartige Ansprüche nicht davon abhängig gemacht, dass der Beamte sie gegenüber dem Dienstherrn geltend mache. Eine Pflicht des Beamten, auf berechnete finanzielle Belange des Dienstherrn Rücksicht zu nehmen, bestehe nicht, weil sich die Dienstherrn nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 24. November 1998 auf finanzielle Mehrbelastungen hätten einstellen müssen. Das Gericht habe sich nicht darauf beschränkt, ein verfassungswidriges Alimentationsdefizit festzustellen. Vielmehr habe es den Beamten Zahlungsansprüche auf höhere Besoldung nach Maßgabe seiner Berechnungsvorgaben eingeräumt, falls der Besoldungsgesetzgeber das Defizit nicht bis Ende 1999 beseitigt habe. Diese Ansprüche stünden gesetzlichen Besoldungsansprüchen gleich, weil sie für die Dauer des verfassungswidrigen Zustandes an deren Stelle träten. Der Zweck der Alimentation als Gegenleistung für die Dienste der Beamten schließe es aus, verfassungsrechtlich gebotene Alimentationsleistungen nur auf Antrag zu gewähren. Den kinderreichen Beamten könne nicht zugemutet werden, auf die familienneutralen Besoldungsbestandteile zurückzugreifen, um den Bedarf ihrer Kinder zu decken.

- 4 Mit der Revision rügt die Beklagte die Verletzung materiellen Rechts und beantragt,

das Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 25. Juni 2009 und den Gerichtsbescheid des Verwaltungsgerichts Düsseldorf vom 19. November 2007 aufzuheben, soweit die Beklagte zur Zahlung erhöhter Besoldung für das dritte Kind des Klägers für die Jahre 2003 bis 2006 verurteilt worden ist, und die Klage auch insoweit abzuweisen.

- 5 Der Kläger beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

- 6 Der Vertreter des Bundesinteresses beteiligt sich am Verfahren.

## II

- 7 Die Revision der Beklagten ist begründet. Der Kläger hat keine Ansprüche auf gesetzlich nicht vorgesehene Besoldung für das dritte Kind für die Jahre 2003 bis 2006, weil er die Höhe des kinderbezogenen Teils seiner Dienstbezüge erst im Jahr 2007 beanstandet hat. Derartige Ansprüche auf der Grundlage der Vollstreckungsanordnung des Bundesverfassungsgerichts in dem Beschluss vom 24. November 1998 - 2 BvL 26/91 u. a. - (BVerfGE 99, 300 <304>) bestehen erst ab demjenigen Haushaltsjahr, in dem der Beamte gegenüber dem Dienstherrn erstmals geltend gemacht hat, dass er den kinderbezogenen Anteil seiner Alimentation für unzureichend hält (wie Urteil vom 13. November 2008 - BVerwG 2 C 16.07 - Buchholz 11 Art. 33 Abs. 5 GG Nr. 101 = ZBR 2009, 166).
- 8 1. Besoldungsleistungen dürfen nur gewährt werden, wenn und soweit sie gesetzlich festgelegt sind (vgl. § 2 Abs. 1 und Abs. 2 BBesG). Aufgrund des in Art. 33 Abs. 5 GG verankerten besoldungsrechtlichen Gesetzesvorbehalts und des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers im besoldungsrelevanten Bereich gilt dies auch dann, wenn das Bundesverfassungsgericht festgestellt hat,

dass die Alimentation der Beamten, d.h. ihr Nettoeinkommen, verfassungswidrig zu niedrig festgesetzt ist. Auch in diesen Fällen wird den Beamten zugemutet abzuwarten, bis der Gesetzgeber aufgrund der verfassungsgerichtlichen Feststellung eine Neuregelung getroffen hat. Diese muss den Zeitraum ab der Feststellung der Verfassungswidrigkeit erfassen (vgl. Urteile vom 20. Juni 1996 - BVerwG 2 C 7.95 - Buchholz 240 § 2 BBesG Nr. 8 S. 3 f., vom 20. März 2008 - BVerwG 2 C 49.07 - BVerwGE 131, 20 = Buchholz 11 Art. 33 Abs. 5 GG Nr. 94 <jeweils Rn. 29> und vom 17. Dezember 2008 - BVerwG 2 C 40.07 - Buchholz 11 Art. 33 Abs. 5 GG Nr. 102 Rn. 13).

- 9 Ansprüche auf Nachzahlung der Differenz zwischen gesetzlich vorgesehener und verfassungsrechtlich gebotener Besoldung für die Zeit vor der verfassungsgerichtlichen Feststellung erkennt das Bundesverfassungsgericht Beamten erst ab dem Haushaltsjahr zu, in dem sie das Alimentationsdefizit gegenüber dem Dienstherrn geltend gemacht haben. Diese Rügepflicht folgt aus der Pflicht des Beamten, auf die finanziellen Belastungen des Dienstherrn und dessen Gemeinwohlverantwortung Rücksicht zu nehmen. Daher muss die Alimentation der untätig gebliebenen Beamten nicht rückwirkend auf das verfassungsrechtlich gebotene Niveau erhöht werden (BVerfG, Beschlüsse vom 22. März 1990 - 2 BvL 1/86 - BVerfGE 81, 363 <384 f.> und vom 24. November 1998 a.a.O. S. 331).
- 10 Auch diese Nachzahlungsansprüche für die Zeit ab der Geltendmachung des Alimentationsdefizits bis zur verfassungsgerichtlichen Feststellung des Alimentationsdefizits entstehen erst, wenn der Gesetzgeber die nachzuzahlenden Beträge festlegt (Urteil vom 21. September 2006 - BVerwG 2 C 5.06 - Buchholz 240 § 40 BBesG Nr. 38 Rn. 8; Beschluss vom 25. Januar 2006 - BVerwG 2 B 36.05 - Buchholz 240 § 3 BBesG Nr. 7 Rn. 13 f.). Dementsprechend hat der Gesetzgeber aufgrund des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 24. November 1998 (a.a.O.) durch Art. 9 § 1 des Gesetzes über die Anpassung von Dienst- und Versorgungsbezügen in Bund und Ländern vom 19. November 1999 - BBVAnpG 99 (BGBl I S. 2198) Nachzahlungsansprüche für die Jahre 1988 bis 1998 begründet, die an das Jahr der Geltendmachung des Alimentationsdefizits anknüpfen.

- 11 In dem Beschluss vom 24. November 1998 (a.a.O.) hat das Bundesverfassungsgericht Beamten durch eine Vollstreckungsanordnung nach § 35 BVerfGG Anspruch auf Zahlung weiterer familienbezogener Besoldungsbestandteile zur Deckung des Mehrbedarfs des dritten und jedes weiteren unterhaltsberechtigten Kindes für den Fall zugesprochen, dass der Gesetzgeber das insoweit festgestellte verfassungswidrige Alimentationsdefizit nicht bis zum 31. Dezember 1999 beseitigt hat. Ob der Anspruch im jeweiligen Haushaltsjahr besteht, ist nach der Methode der Bedarfsberechnung zu ermitteln, die das Gericht in den Entscheidungsgründen vorgegeben hat (BVerfG, Beschluss vom 24. November 1998 a.a.O. S. 304).
  
- 12 Durch diese Vollstreckungsanordnung hat das Bundesverfassungsgericht den Gesetzesvorbehalt hinsichtlich der kinderbezogenen Besoldungsleistungen für das dritte und jedes weitere unterhaltsberechtigten Kind mit Wirkung für die Zukunft außer Kraft gesetzt. Solange die vom Gericht bestimmten Voraussetzungen vorliegen, müssen die Beamten nicht mehr zuwarten, bis der Gesetzgeber seine Verpflichtung zum Erlass einer verfassungsgemäßen Neuregelung erfüllt hat. Vielmehr gibt ihnen die Vollstreckungsanordnung als normersetzende Interimsregelung unmittelbar Zahlungsansprüche in Höhe des Differenzbetrags, wenn ihr gesetzliches Nettoeinkommen nach Abzug des kinderbezogenen Mehrbedarfs nach den Berechnungsvorgaben des Bundesverfassungsgerichts hinter dem verfassungsrechtlich gebotenen Nettoeinkommen zurückbleibt (Urteil vom 17. Juni 2004 - BVerwG 2 C 34.02 - BVerwGE 121, 91 <94 ff.> = Buchholz 11 Art. 33 Abs. 5 GG Nr. 79; zur Geltung der Vollstreckungsanordnung für das Jahr 1999 Urteil vom 17. Dezember 2008 a.a.O.).
  
- 13 2. Damit ist jedoch noch keine Aussage darüber getroffen, ob die durch die Vollstreckungsanordnung vermittelten Besoldungsansprüche ab dem Jahr 1999 ebenso wie Nachzahlungsansprüche für die Jahre 1988 bis 1998 davon abhängen, dass sie der Beamte gegenüber dem Dienstherrn geltend macht. Das Bundesverfassungsgericht hat sich zu dieser Frage in dem Beschluss vom 24. November 1998, a.a.O., nicht geäußert. Anhaltspunkte für ein beredtes Schweigen vermag der Senat den Beschlussgründen nicht zu entnehmen.

- 14 Der Senat hält daran fest, dass das Erfordernis der rechtzeitigen Geltendmachung für Ansprüche aufgrund der Vollstreckungsanordnung für die Zeit nach der verfassungsgerichtlichen Feststellung des Alimentationsdefizits ebenso gilt wie für Nachzahlungsansprüche für die davor liegende Zeit. Diese Anspruchsvoraussetzung, die das Entstehen des Anspruchs an die Erfüllung einer Rückgepflicht knüpft, ist Ausdruck des beamtenrechtlichen Grundsatzes, dass Beamte die nach den Umständen gebotene Rücksicht auf berechnigte Belange des Dienstherrn nehmen müssen. Der Senat hält es nach Abwägung der gegenläufigen Interessen von Beamten und Dienstherrn nach wie vor für gerechtfertigt, an der Rücksichtnahmepflicht hinsichtlich der von der Vollstreckungsanordnung für die Jahre ab 1999 vermittelten Besoldungsansprüche festzuhalten. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

Das Erfordernis der rechtzeitigen Geltendmachung wird durch den Zweck der Alimentation nahe gelegt, die der Deckung eines gegenwärtigen Bedarfs dient. Den Beamten werden fortlaufend Mittel zur Verfügung gestellt, um sie in die Lage zu versetzen, damit kontinuierlich den amtsangemessenen Lebensunterhalt für sich und ihre Familie sicherzustellen (BVerfG, Beschluss vom 22. März 1990 a.a.O. S. 385). Daher obliegt es dem einzelnen Beamten zu entscheiden, ob er die gesetzlich gewährte Besoldung als ausreichend ansieht oder ob er sie für unzureichend hält, um einen amtsangemessenen Lebenszuschnitt zu ermöglichen. Der Beamte kann nicht erwarten, in den Genuss von Besoldungsleistungen für zurückliegende Haushaltsjahre zu kommen, obwohl er sich mit der gesetzlichen Alimentation zufrieden gegeben und nicht beanstandet hat, sie reiche für eine amtsangemessene Lebensführung nicht aus. Aufgrund der Untätigkeit des Beamten ist es nicht unbillig, nach Ablauf der Haushaltsjahre vom Gesetzgeber nicht festgelegte Zahlungen unter Verweis auf die finanziellen Mehrbelastungen zu verweigern. Dies gilt für Besoldungsansprüche für Zeiten vor und nach der verfassungsgerichtlichen Feststellung des Alimentationsdefizits gleichermaßen.

- 15 Die Rüge, die Höhe der Alimentation sei zu niedrig festgesetzt, ist dem Beamten auch zumutbar. Die Erklärung unterliegt nur geringen inhaltlichen Anforder-

rungen. Es genügt, dass der Beamte schriftlich zum Ausdruck bringt, aus welchem Grund er seine Dienstbezüge für zu niedrig hält. Die Erklärung soll den Dienstherrn auf ein mögliches Alimentationsdefizit aufmerksam machen, damit er sich auf mögliche finanzielle Mehrbelastungen einstellen kann. Dagegen kann nicht eingewandt werden, dem Beamten werde auferlegt, Ansprüche geltend zu machen, deren Existenz und Umfang sich noch nicht absehen lassen. Ein Erfolgsrisiko ist mit vielen Anträgen und Rechtsbehelfen verbunden. Zudem trifft Beamte bei erfolglosen Anträgen und Widersprüchen in dienstrechtlichen Angelegenheiten keine Kostenerstattungspflicht (vgl. § 80 Abs. 1 Satz 3 zweiter Halbsatz VwVfG; Urteil vom 15. November 2007 - BVerwG 2 C 29.06 - Buchholz 316 § 80 VwVfG Nr. 53 Rn. 17).

- 16 Das Erfordernis der rechtzeitigen Geltendmachung entfällt auch nicht im Hinblick darauf, dass der Vollstreckungsanordnung des Bundesverfassungsgerichts für die Dauer ihrer Geltung die Bedeutung einer normersetzenden Interimsregelung zukommt, die die gesetzlich festgelegte Besoldung bis zu der verfassungsrechtlich gebotenen Höhe aufstockt (Urteil vom 17. Juni 2004 a.a.O. S. 93). Aus der regelmäßigen monatlichen Zahlung der gesetzlichen Besoldung kann nicht geschlossen werden, dies müsse auch für Ansprüche aufgrund der Vollstreckungsanordnung gelten. Zwischen beiden Ansprüchen bestehen erhebliche Unterschiede, die eine Gleichstellung ausschließen:

Aufgrund des besoldungsrechtlichen Gesetzesvorbehalts ist die Höhe der Dienstbezüge im Gesetz selbst betragsgenau festgelegt. Demgegenüber stehen ergänzende Ansprüche aufgrund der Vollstreckungsanordnung unter dem Vorbehalt, dass der Gesetzgeber das verfassungswidrige Alimentationsdefizit noch nicht beseitigt hat. Dies muss für jedes Haushaltsjahr durch Anwendung der Berechnungsvorgaben des Bundesverfassungsgerichts festgestellt werden. Dabei können mit zunehmendem zeitlichen Abstand zu dessen Entscheidung immer mehr Parameter aufgrund von Änderungen besoldungsrelevanter Gesetze und veränderter Tatsachengrundlagen in den Jahren nach 2000 nicht mehr unmittelbar angewandt werden, sondern müssen im Lichte der Entscheidung fortentwickelt werden (Beschluss vom 28. November 2007 - BVerwG 2 B 66.07 - juris Rn. 8). Aus diesen Gründen ist das Ausmaß der finanziellen Mehr-



belastung auch in den hier maßgebenden Jahren für den Dienstherrn schwer abzuschätzen gewesen. Das Erfordernis der rechtzeitigen Geltendmachung erhöhter Besoldung stellt ein geeignetes Mittel dar, um diese Ungewissheit zu verringern.

- 17 Daran ändert nichts, dass das Bundesverfassungsgericht in dem Beschluss vom 24. November 1998 (a.a.O.) Vorgaben für die verfassungskonforme Berechnung des kinderbezogenen Bedarfs gemacht hat. Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers war nicht darauf reduziert, das Alimentationsdefizit nach dieser Berechnungsmethode zu beseitigen. Ihm war zunächst nicht die Möglichkeit genommen, sich mit den von ihm als vorzugswürdig angesehenen Maßnahmen um die Erfüllung seines verfassungsrechtlichen Auftrags zu bemühen. Der Alimentationsgrundsatz gemäß Art. 33 Abs. 5 GG gibt dem Gesetzgeber nur das Ergebnis vor, ein verfassungswidrig zu niedriges Alimentationsniveau anzuheben. Damit korrespondiert ein grundrechtsgleiches Recht des Beamten auf amtsangemessene Alimentation. Dem hergebrachten Grundsatz lassen sich jedoch keine konkreten Handlungsaufträge für den Gesetzgeber entnehmen. Es bleibt ihm überlassen, welche Maßnahmen er ergreift, um das Gebot amtsangemessener Alimentation zu erfüllen (Urteil vom 20. März 2008 - BVerwG 2 C 49.07 - BVerwGE 131, 20 = Buchholz 11 Art. 33 Abs. 5 GG Nr. 94 <jeweils Rn. 27>).
  
- 18 Die Abhängigkeit des Alimentationsanspruchs von der rechtzeitigen Geltendmachung führt auch nicht zu einer Entwertung der Alimentation als Gegenleistung für die vom Beamten erbrachten Dienste. Diese Argumentation des Obergerichtes verkennt das Verhältnis von Dienstleistungspflicht des Beamten und Alimentationspflicht des Dienstherrn. Beide sind zwar aufeinander bezogen und stehen in einem engen inhaltlichen Zusammenhang. Jedoch besteht zwischen ihnen kein unmittelbares Gegenseitigkeitsverhältnis wie zwischen Arbeitsleistung und Vergütung in Arbeitsverhältnissen. Vielmehr soll die Alimentation dem Beamten eine amtsangemessene Lebensführung als Gegenleistung dafür ermöglichen, dass er sich dem Dienstherrn mit der ganzen Persönlichkeit zur Verfügung stellt und die ihm übertragenen Aufgaben nach besten Kräften erfüllt. So ist der Beamte grundsätzlich gehalten, die Aufgaben ei-

nes höherwertigen Dienstpostens ohne finanziellen Ausgleich wahrzunehmen oder über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus Dienst zu leisten, wenn dienstliche Bedürfnisse dies erfordern. Andererseits führt ein unverschuldetes Fernbleiben vom Dienst nicht zu besoldungsrechtlichen Nachteilen (Urteile vom 10. April 1997 - BVerwG 2 C 29.96 - BVerwGE 104, 230 <234> = Buchholz 240 § 9a BBesG Nr. 2 und vom 29. April 2004 - BVerwG 2 C 9.03 - Buchholz 240 § 48 BBesG Nr. 8 S. 1 f.).

19 Die gegenteilige Auffassung des Oberverwaltungsgerichts hätte zur Folge, dass vom Gesetzgeber nicht festgelegte Besoldungsleistungen generell nicht an das Erfordernis der rechtzeitigen Geltendmachung geknüpft werden dürften. Bei verfassungsgerichtlicher Feststellung eines Alimentationsdefizits müssten allen Beamten für die zurückliegenden Zeiten Nachzahlungen zum Ausgleich des Defizits gewährt werden, um die erbrachten Dienste nicht zu entwerten. Dem steht die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gegenüber, wonach Beamte hinzunehmen haben, dass sie für ihre Dienste verfassungswidrig zu niedrig alimentiert worden sind, wenn sie die Höhe ihrer Alimentation nicht rechtzeitig beanstandet haben (BVerfG, Beschlüsse vom 22. März 1990, a.a.O. S. 385 und vom 24. November 1998 a.a.O. S. 330).

20 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

Groepper

Dr. Heitz

Thomsen

Dr. Maidowski

Dr. Hartung

B e s c h l u s s  
vom 2. Juni 2010

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren gemäß § 47 Abs. 1 Satz 1, § 52 Abs. 3 GKG auf 860,82 € festgesetzt.

Groepper

Dr. Heitz

Dr. Maidowski