**H…. S…, F.**

**StbAbt ./MilKdo OÖ**

**Fliegerhorst VOGLER**

**Kasernenstraße 15**

**4063 HÖRSCHING** HÖRSCHING, ………………

An

Bundesverwaltungsgericht

der Republik Österreich

Erdbergstraße 192 – 196

1030 WIEN

im Wege der Dienstbehörde

Kommando Streitkräfte

Schwarzenberg-Kaserne

5071 WALS

Postfach 566

**Feststellung des BDA (Vergleichsstichtag)**

Bezug:

GZ P………………………….

**Beschwerdeführer:** S…. H….., FI.

geb. ..….., LVId ……– MilKdo OÖ/StbAbt .

Wohnhaft in ……………………………….

…………………………………

**Belangte Behörde:** Kommando Streitkräfte

Schwarzenberg-Kaserne

5071 WALS

**wegen:** Bescheid vom ……………….,

GZ P………………..

# Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht

Ich, H……………S……………, erhebe

**BESCHWERDE**

an das Bundesverwaltungsgericht gegen den Bescheid vom Kommando Streitkräfte des Bundesministeriums für Landesverteidigung vom ……………….,

GZ P……………….

1. **Rechtzeitigkeit:**

Die im gegenständlichen Bescheid bekannt gegebene gesetzliche Beschwerdefrist beträgt vier Wochen. Den Bescheid habe ich am ………….. nachweislich übernommen. Die heutige zur Post gegebene Beschwerde ist daher rechtzeitig erhoben.

1. **Erklärung**

**der Anfechtung/Beschwerde:**

Der gegenständliche Bescheid wird in seiner Gesamtheit angefochten, wobei ich die inhaltliche Europarechtswidrigkeit geltend mache, vor allem aber die nach wie vor bestehende Altersdiskriminierung im Rahmen des Gleichheitsgrundsatzes. Die Entscheidung wird auf ein verfassungswidriges Gesetz gestützt.

1. **Begründung**

**der Beschwerde:**

Der Europäische Gerichtshof kippte die bisherige Regelung bei der Anrechnung von Vordienstzeiten (BDA) vor dem 18. Lebensjahr, da diese Praxis altersdiskriminierend und somit rechtswidrig war.

Mit 08.07.2019 trat die 2. Dienstrechts-Novelle 2019, BGBl. I Nr. 58/2019, in Kraft. Damit war der Gesetzgeber angehalten, auf die vom EuGH erkannte unzureichende Umsetzung der „Gleichbehandlungsrichtlinie“ (RL 2000/78/EG) zu reagieren und eine altersdiskriminierungsfreie Rechtslage zu schaffen.

Vorauszuschicken ist, dass der Umfang der Modalitäten, die zur Berechnung des Besoldungsdienstalters/Vorrückungs- bzw. des Vergleichsstichtages notwendig sind, samt den zahlreichen Verweisen und unterschiedlichen Inkrafttretensdaten (vgl. § 175 Abs. 98 GehG 1956 idF BGBl. I Nr. 58/2019) zu einer zunehmenden Unlesbarkeit des Gesetzes geführt haben, die die Berechnung des Besoldungsalters/Vorrückungs- und des Vergleichsstichtages in der gebotenen Einfachheit verhindern. Der Gesetzgeber verletzt damit seine Pflicht aus § 18 B-VG, das Handeln der Verwaltung hinreichend zu determinieren beziehungsweise das Gesetz entsprechend bestimmt zu formulieren (vgl. *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht 12, Rz 601 ff mwN; VfSlg 19.448/2011; VfSlg 18.886/2009).

Gemäß § 169 f Abs. 1 GehG ist bei Beamten,

1. die sich am Tag der Kundmachung der 2. Dienstrechts-Novelle 2019, BGBl I Nr. 58/2019, dh am 08.07.2019, im Dienststand befinden, und

2. die nach § 169 c Abs. 1 GehG (allenfalls in Verbindung mit § 169d Abs. 3, 4 oder 6 GehG) übergeleitet wurden, und

3. deren erstmalige Festsetzung des Vorrückungsstichtags für das laufende Dienstverhältnis unter Ausschluss der vor Vollendung des 18. Lebensjahres zurückgelegten Zeiten erfolgt ist, und

4. bei denen nach der erstmaligen Festsetzung nach Z 3 nicht die vor Vollendung des 18. Lebensjahres zurückgelegten Zeiten nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 82/2010 vorangestellt und durch Außerachtlassung der mit diesem Bundesgesetz bewirkten Verlängerung des für die erste Vorrückung erforderlichen Zeitraums zur Gänze für die Einstufung wirksam geworden sind,

die besoldungsrechtliche Stellung von Amts wegen bescheidmäßig neu festzusetzen.

Ich habe mich am …………… im Dienststand befunden. Ich wurde auch nach § 169 c Abs. 1 GehG übergeleitet. Die erstmalige Festsetzung des Vorrückungsstichtags für das laufende Dienstverhältnis ist unter Ausschluss der vor Vollendung des 18. Lebensjahres zurückgelegten Zeiten erfolgt. Nach der erstmaligen Festsetzung sind die vor Vollendung des 18. Lebensjahres zurückgelegten Zeiten nicht nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 82/2010 vorangestellt und durch Außerachtlassung der mit diesem Bundesgesetz bewirkten Verlängerung des für die erste Vorrückung erforderlichen Zeitraums zur Gänze für die Einstufung wirksam geworden. Die Voraussetzungen des § 169 f Abs. 1 GehG liegen in meinem Fall daher vor.

Nach § 169f Abs. 3 GehG idF BGBl. I Nr. 58/2019 erfolgt bei den am Tag der Kundmachung der 2. Dienstrechtsnovelle BGBl. I Nr. 58/2019 (Anm. das ist der 08.07.2019) anhängigen Verfahren, welche die Frage der Anrechnung zusätzlicher Vordienstzeiten, der Neufestsetzung des Vorrückungsstichtages, insbesondere nach § 113 Abs. 10 GehG idF BGBl. I Nr. 82/2010, der Neufestsetzung des Besoldungsdienstalters oder der Festsetzung der besoldungsrechtlichen Stellung für einen Beamten nach Abs. 1 Z 3 als Hauptfrage zum Gegenstand haben, eine Neufestsetzung im Rahmen dieser Verfahren.

Gemäß § 169f Abs. 4 GehG idF BGBl. I Nr. 58/2019 erfolgt die Neufestsetzung nach Abs. 1 bis 3 nach Ermittlung des Vergleichsstichtags (§ 169g) durch Feststellung des Besoldungsdienstalters zum Ablauf des 28. Februar 2015. Das Besoldungsdienstalter nach § 169c GehG erhöht sich um den zwischen dem Vergleichsstichtag und dem Vorrückungsstichtag liegenden Zeitraum, wenn der Vergleichsstichtag vor dem Vorrückungsstichtag liegt, andernfalls vermindert es sich um diesen Zeitraum. Für den Vergleich ist der letzte Vorrückungsstichtag maßgebend, der unter Ausschluss der vor Vollendung des 18. Lebensjahres zurückgelegten Zeiten festgesetzt wurde.

Gemäß § 169 g GehG wird der Vergleichsstichtag dadurch ermittelt, dass die nach Erreichen des Mindestalters für eine Beschäftigung im Rahmen eines Systems der dualen Ausbildung nach Art 4 Abs. 2 lit b der Richtlinie 94/33/EG des Rates vom 22. Juni 1994 über den Jugendarbeitsschutz, in der Fassung ABl Nr. L 216 vom 20.8.1994 S. 12, zurückgelegten Zeiten, die bei der Ermittlung des Vorrückungsstichtags voranzustellen waren oder bei Außerachtlassung der Altersgrenze von 18 Jahren voranzustellen gewesen wären, nach Maßgabe der Abs. 2 bis 6 dem Tag der Anstellung vorangestellt werden.

Für die Ermittlung des Vergleichsstichtags sind gemäß § 169 g Abs. 2 GehG folgende Bestimmungen über den Vorrückungsstichtag nach Maßgabe der Abs. 3 bis 6 anzuwenden:

1. § 12 in der Fassung der 2. Dienstrechts-Novelle 2007, BGBl. I Nr. 96/2007,
2. § 12a in der Fassung der Dienstrechts-Novelle 2011, BGBl. I Nr. 140/2011,
3. § 113 in der Fassung der Dienstrechts-Novelle 2004, BGBl. I Nr. 176/2004,
4. § 113a in der Fassung der Dienstrechts-Novelle 2007, BGBl. I Nr. 53/2007   
    und
5. die Anlage 1 in der Fassung der Dienstrechts-Novelle 2004, BGBl. I Nr.   
    176/2004.

Maßgebend sind die Bestimmungen für jene Verwendungsgruppe, welcher die Beamtin oder der Beamte im Zeitpunkt der Festsetzung des Vorrückungsstichtags nach § 169 f Abs. 4 letzter Satz angehört hat.

Entsprechend der vorgenannten Bestimmungen ist der Vergleichsstichtag daher dadurch zu ermitteln, dass – unter Ausschluss der vor der Vollendung des 14. Lebensjahres liegenden Zeiten und unter Beachtung der einschränkenden Bestimmungen der Abs. 4 bis 8 – dem Tag der Anstellung vorangesetzt werden:

1. die im § 12 Abs. 2 in der Fassung der 2. Dienstrechts-Novelle 2007   
    angeführten Zeiten zur Gänze,

2. sonstige Zeiten, die

a) die Erfordernisse der Abs. 3 oder 3a erfüllen, zur Gänze,

b) die die Erfordernisse der Abs. 3 oder 3a nicht erfüllen,

aa) bei Beamten, auf welche die Übergangsbestimmung des § 113 Abs. 5 Anwendung findet, zur Hälfe,

bb) bei allen anderen Beamten bis zu insgesamt sieben Jahren zur Hälfte.

Somit sind ein Teil meiner Schulzeit an der Bundeshandelsschule ……., sowie meine Berufstätigkeit ab 0…….bis ……….., als sonstige Zeiten anzuerkennen.

Mit § 169g Abs. 4 GehG idF BGBl. I Nr. 58/2019 werden für alle Bediensteten sonstige Zeiten einheitlich nur insoweit zur Hälfte angerechnet, als diese das Ausmaß von vier Jahren zur Hälfte (also das anrechenbare Ausmaß von zwei Jahren) übersteigen. Durch diese Maßnahme sollen „zufällig erscheinende Veränderungen“ der sonstigen Zeiten, die wegen ihrer geringeren Wertigkeit zur Verwaltungsvereinfachung in pauschaler Durchschnittsbetrachtung zur Hälfte angerechnet werden, deutlich reduziert werden (vgl. AB 675 BlgNR 26 GP 9).

Durch die gesetzliche Regelung des § 169g Abs. 4 GehG idF BGBl. I Nr. 58/2019 wird erneut eine benachteiligende und damit **nicht der RL 2000/78/EG und Art 21 der Charta der Grundrechte der EU entsprechende Rechtslage** geschaffen. Es werden sonstige Zeiten nur angerechnet, als sie das Ausmaß von vier Jahren zur Hälfte (also das anrechenbare Ausmaß von zwei Jahren) übersteigen. Mathematisch bedeutet das, dass jemand, der sonstige Zeiten vor dem 18. Lebensjahr erworben hat, keine Anrechnung dieser Zeiten zu erwarten hat, zumal bei keinem Bediensteten zwischen dem 14. und dem 18. Lebensjahr mehr als 4 Jahre liegen. Das unionsrechtliche Mindestalter für eine Beschäftigung im Rahmen einer dualen Ausbildung beträgt 14 Jahre (Art 2 Abs. 2 lit b RL94/33/EG) und dient auch in § 169g Abs. 1 GehG idF BGBl. I Nr. 58/2019 als Anknüpfungspunkt. Beginnt daher jemand bei Vollendung des 14. Lebensjahres eine Beschäftigung, die zum Erwerb sonstiger Zeiten führt, kann er bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres maximal vier Jahre an potenziell anrechenbaren Zeiten erwerben. Handelt es sich dabei um „sonstige Zeiten“, sind diese aber dann nur im Ausmaß von zwei Jahren anrechenbar. Sie können diese zwei Jahre aber zeitlich unmöglich übersteigen, sofern nicht bereits ein Dienstverhältnis bei einer öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaft bestanden hat. Es wird daher durch § 169g Abs. 4 GehG für Personen, die im Rahmen einer dualen Ausbildung sonstige anrechenbare Zeiten erwerben, eine Rechtslage geschaffen, die es defacto unmöglich macht, sonstige Zeiten, die vor dem 18. Lebensjahr erworben wurden, anrechnen zu lassen. Anders ist es jedoch bei Bediensteten, die in diesem Lebensabschnitt bereits in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis standen. Damit wird erneut eine Lage von benachteiligten und begünstigten Beamten geschaffen, nämlich jene, die vor Vollendung des 18. Lebensjahres lediglich sonstige Zeiten (zur Hälfte anrechenbare) erworben haben (benachteiligte Personengruppe) und jene, die voll anrechenbare Zeiten erworben haben (begünstigte Personengruppe). Damit wird der bisher vom EuGH als diskriminierend erkannte Rechtszustand erneut erzeugt und nicht beseitigt.

Durch die Anwendung der vierjährigen Reduzierung der sonstigen Vordienstzeiten durch den Gesetzgeber wäre wiederum eine Fortschreibung der Altersdiskriminierung, wie dies schon zum Zeitpunkt des Beginns der Vorrückungsstichtagsproblematik durch die Verlängerung des Zeitraumes der ersten Vorrückung von 2 auf 5 Jahre erfolgt ist und welche durch den EuGH als Perpetuierung der Diskriminierung der Altbeamten aufgehoben wurde, gegeben.

Das nationale Gericht ist, wenn nationale Rechtsvorschriften nicht im Einklang mit der Gleichbehandlungsrichtlinie (2000/78/EU) ausgelegt werden können, verpflichtet, den Rechtsschutz, der dem Einzelnen aus dieser Richtlinie erwächst, zu gewährleisten und für ihre volle Wirkung zu sorgen, indem es erforderlichenfalls jede entgegenstehende nationale Vorschrift unangewendet lässt. Das Gericht hätte die Bestimmung des § 169 g Abs. 4 GehG idF BGBl I Nr. 58/2019 bei der Berechnung des Vergleichsstichtages daher unangewendet zu lassen (EuGH C-396/17, EuGH C-24/17).

Wenn eine unionsrechtswidrige Diskriminierung vorliegt und solange keine Maßnahmen zur Wiederherstellung der Gleichbehandlung erlassen wurden, setzt die Wiederherstellung der Gleichbehandlung in Fällen wie in meinem Fall somit voraus, dass den durch die alten Systeme benachteiligten Beamten in Bezug auf die Berücksichtigung vor Vollendung des 18. Lebensjahrs zurückgelegter Vordienstzeiten die gleichen Vorteile gewährt werden wie den durch diese Systeme begünstigten Beamten (EuGH C-396/17, EuGH C-24/17).

Auf meinen Fall angewendet bedeutet dies, dass mir die Zeiten, die ich in der Absolvierung der Bundeshandelsschule …………… und der anschließenden Berufstätigkeit ab ………… – …………., vor Vollendung des 18. Lebensjahres erworben habe, voranzustellen wären. Unter Zugrundelegung der Gesetzesbestimmung des § 12 Gehaltsgesetz idF BGBl.I Nr. 96/2007 sind Lehrzeiten und Zeiten in einer inländischen Schule zur Gänze anzurechnen. Dies hat die Dienstbehörde bei der nunmehrigen Anstellung der Berechnung des Vergleichsstichtages jedoch unterlassen. **Der Vergleichsstichtag bzw. der diskriminierungsfreie Vorrückungsstichtag - der Stichtag für das diskriminierungsfreie Besoldungsdienstalter - ist daher mit wesentlich früher als der …….. anzusetzen. Anders ist eine richtlinienkonforme Anwendung in Verbindung mit der bereits erfolgten Rechtsprechung durch den EuGH nicht gewährleistet.**

Der EuGH hat mehrfach in ähnlichen Fällen entschieden, so hat er auch am 08. Mai 2019 im Fall „Leitner“ sinngemäß klargestellt, dass eine rückwirkende Streichung der Bestimmungen zur Thematik „Vorrückungsstichtag“ rechtswidrig ist, weil dadurch eine gerichtliche Überprüfung (Anm.: Wie in meinem bis zu dieser Entscheidung ausgesetzten Verfahren erforderlich) verunmöglicht wird. Das BVwG hat dazu am 27.06.2019 zu Zl. W 213 2149874-1 auch schon folgende Klarstellung getroffen:

Wie sich nunmehr aus dem Urteil des EuGHs vom 08.05.2019, C-396/17 (Rs. Leitner) ergibt, sind Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und Art. 9 der Richtlinie 2000/78 dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, die den Umfang der Kontrolle, die von den nationalen Gerichten ausgeübt werden kann, einschränkt, indem Fragen im Zusammenhang mit der Grundlage des anhand des alten Besoldungs- und Vorrückungssystems berechneten „Überleitungsbetrags“ ausgeschlossen werden.

Daraus folgt zwingend, dass nunmehr unter Berücksichtigung der zum Antragszeitpunkt in Kraft stehenden Bestimmungen die Behebung der von mir bekämpften Diskriminierung unter Anwendungsvorrang von Unionsrecht zu erfolgen hat (siehe dazu auch VwGH zu Zl. 2012/12/0007).

Das Bundesverwaltungsgericht hat dies auch nach dem Urteil des EuGH im Fall Leitner von 08. Mai 2019 in dem oben zitierten Fall und mehreren vergleichbaren Fällen so entschieden und die korrekte Einstufung samt Nachzahlung angeordnet.

Die Zugrundelegung jener Rechtslage, wie sie vor der Überleitung im Februar 2015 für mich in gleicher Weise gegolten hat, wie für diese Verfahrensfälle, muss im Sinne einer gebotenen Gleichbehandlung auch für meinen Fall erfolgen. Anderenfalls wäre der Anspruch auf die begehrte Verbesserung allein von dem Umstand abhängig, ob über die Beschwerde vor oder nach Inkrafttreten der Novellierung des Gehaltsgesetzes 2019 entschieden wird. Die Anwendung der neuen Gesetzeslage würde mich somit gegenüber jenen Beamten, über deren Beschwerden bereits im Sommer 2019 unter Heranziehung der zum Zeitpunkt der Antragstellung geltenden Bestimmungen entschieden wurde, ohne sachliche Rechtfertigung benachteiligen und sowohl dem österreichischen Gleichheitsgrundsatz wie auch der europarechtlichen Gleichbehandlungsrichtlinie widersprechen.

Ich erlaube mir festzuhalten, dass ich meinen ersten Antrag, auf Anrechnung von Zeiten vor dem 18. Lebensjahr, mit ……… gestellt habe und aus meiner Sicht seit diesem Tage ein laufendes – nicht abgeschlossenes Verfahren besteht.

Mit Bescheid GZ P………….vom ……….. wurde mein Antrag mangels Rechtsgrundlage als unzulässig zurückgewiesen. Ich habe dagegen mit Schreiben vom …………., innerhalb offener Frist, Beschwerde erhoben. Meine Beschwerde wurde seitens der belangten Behörde dem Bundesverwaltungsgericht vorgelegt. Das Bundesverwaltungsgericht hat mit GZ W136 2110129-1/3Z vom 14.12.2015 das Verfahren gemäß § 34 Abs. 3 VwGVG ausgesetzt.

Meiner Rechtsauffassung nach können daher keine Gesetze zur Anwendung kommen, die am 05.02.2015 noch keine Gültigkeit hatten. Insofern können auch die gesetzlichen Bestimmungen des BGBl. I Nr. 58/2019 – Berechnung Vergleichsstichtag – nicht zur Anwendung kommen.

Die neuen gesetzlichen Bestimmungen, die von ihnen angeführt wurden, sind am 08.07.2019 kundgemacht worden und rückwirkend in Kraft getreten. Diese können in meinem Fall, da dieses seit 04.02.2015 ein laufendes Verfahren ist, nicht zur Anwendung kommen, weil:

* 1. würden im hypothetischen Fall diese neuen mit Rückwirkung ausgestatteten Gesetze zur Anwendung kommen, wäre ich somit jenen Fällen gegenüber schlechter gestellt, bei denen das Verfahren beim BVwG schneller abgewickelt wurde, also schon vor dem 08.07.2019 beendet wurde und dies würde bedeuten,
  2. dass der Ausgang meines Verfahrens - hinsichtlich der Entscheidung bzw. hinsichtlich der Anwendung von Gesetzesbestimmungen von der Entscheidungsgeschwindigkeit des oder der Gerichte abhängen würde.

1. **Antrag / Begehren**

Das Bundesverwaltungsgericht möge darauf erkennen, dass der von der belangten Behörde berechnete Vergleichsstichtag gegen das Unionsrecht verstößt, weiter altersdiskriminierend ist und nicht den Vorgaben der Europäischen Rechtsprechung entspricht. Mich der im angefochtenen Bescheid festgelegte Vergleichsstichtag wieder diskriminiert und der im EuGH Urteil vom 08. Mai 2019 zu EuGH C-396/17 festgestellten Verstoß weiter im Besoldungs- und Vorrückungssystem der Bundesbediensteten besteht und gegen Europarecht verstößt, sowie das Urteil „HÜTTER“ wieder nicht berücksichtigt wurde und auch die durch das BVwG der Republik Österreich bereits gefällten Erkenntnisse, wie z.B. GZ: W213 2157710-1/6E vom 08.07.2019 oder W129 2131143-1/8E vom 03.12.2019, keine Berücksichtigung finden.

Das Bundesverwaltungsgericht möge meiner vor und nach meinem 18. Geburtstag erworbenen Vordienstzeiten zu 100% anrechnen und einen diskriminierungsfreien Vorrückungsstichtag / Vergleichsstichtag festsetzen.

Da meinem Wissen nach, eine erhebliche Anzahl von anhängigen oder in naher Zukunft zu erwartende Verfahren anhängig sind, erlaube ich mir, auf § 34 Abs. 3 VwGVG zu verweisen.

**Im Falle einer nicht zur Gänze zu erkennenden Stattgebung meines Antrages, ersuche ich um Durchführung einer mündlichen Verhandlung.**

Hochachtungsvoll

(……………………………………)