

Sachgebiet:

BVerwGE: ja

Fachpresse: ja

Allgemeines Beamtenrecht

Rechtsquelle/n:

GG	Art. 33 Abs. 2
BHO 2017	§ 48
BHO 1994	§ 48
BerRehaG	§ 1 Abs. 1, § 3 Abs. 1, § 12 Abs. 2
VwGO	§ 113 Abs. 1 Satz 4

Titelzeile:

Allgemeine Einstellungshöchstaltersgrenze für Bundesbeamte

Stichworte:

Beamter; Einstellung; Einstellungsbewerber; Tarifbeschäftigter; Übernahme in das Beamtenverhältnis; allgemeine Altersgrenze; Einstellungshöchstaltersgrenze; Verfassungsmäßigkeit; Vereinbarkeit mit Unionsrecht; Rechtsgrundlage; Parlamentsgesetz; Bundeshaushaltsordnung; Erlass; ministerielles Rundschreiben; Ausnahmen; Analogie; analoge Anwendung; Regelungslücke; erweiternde Auslegung; verfassungskonforme Auslegung; Berufliches Rehabilitierungsgesetz; politische Verfolgung in der DDR; verfolgter Schüler; anerkannte Verfolgungszeit; Fortsetzungsfeststellungsklage; Feststellungsinteresse; Präjudizinteresse; beabsichtigter Schadensersatzprozess; Erfolgsaussicht; offensichtliche Aussichtslosigkeit.

Leitsätze:

1. Die in § 48 BHO 2017 geregelte allgemeine Einstellungshöchstaltersgrenze von 50 Jahren für Bundesbeamte unterliegt weder verfassungs- noch unionsrechtlichen Bedenken.
2. Als politische Verfolgung gemäß § 3 i.V.m. § 1 BerRehaG anerkannte Zeiten müssen im Rahmen der Anwendung der Einstellungshöchstaltersgrenze gemäß § 48 BHO 2017 nicht (zusätzlich) zugunsten des Einstellungsbewerbers berücksichtigt werden.
3. Ein auf ein Präjudizinteresse wegen eines beabsichtigten Schadensersatzprozesses gestützter Feststellungsantrag, dass die Ablehnung eines Einstellungsbewerbers auf der Grundlage von § 48 BHO 1994 und des dazu ergangenen Rundschreibens des Bundesministeriums der Finanzen rechtswidrig war, ist begründet (und ein Schadensersatzbegehren nicht offensichtlich aussichtslos), weil die Ablehnung auf einer verfassungsrechtlich unzureichenden Rechtsgrundlage beruht.



Urteil des 2. Senats vom 20. September 2018 - BVerwG 2 A 9.17



Bundesverwaltungsgericht

IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

BVerwG 2 A 9.17

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
ohne weitere mündliche Verhandlung am 20. September 2018
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Domgörgen
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. von der Weiden,
Dr. Hartung, Dollinger und Dr. Günther

für Recht erkannt:

Es wird festgestellt, dass der Bescheid des Bundeskanzler-
amts vom 28. Februar 2017 in der Gestalt des Wider-
spruchsbescheids vom 19. Juli 2017 rechtswidrig ist.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens tragen der Kläger zu 2/3 und
die Beklagte zu 1/3.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Kläger ist Tarifbeschäftigter beim Bundesnachrichtendienst (BND). Er be-
anspruchte seine Übernahme in das Beamtenverhältnis.
- 2 Der im August 1965 geborene Kläger wuchs in der DDR auf. Im Jahr 1982 wur-
de er von der 2. Erweiterten Oberschule Rostock "relegiert" (verwiesen) und an
der Musikhochschule Berlin abgelehnt, weil er einen Aufnäher mit der Parole
"Schwerter zu Pflugscharen" getragen hatte. In der Folgezeit besuchte er ein
Kirchliches Oberseminar und legte dort 1985 das Abitur ab. Von 1985 bis 1988
war er als Krankenträger, Altenpfleger und Telefonist in einem Klinikum und in
einem Stift beschäftigt. Im Jahr 1987 stellte er einen Ausreiseantrag. Am 4. No-
vember 1988 reiste er in die Bundesrepublik aus. Mit Bescheid vom 24. April
1997 wurde der Kläger als verfolgter Schüler im Sinne des Beruflichen Rehabili-
tierungsgesetzes anerkannt und festgestellt, dass seine Schulausbildung vom
1. September 1982 bis 4. November 1988 unterbrochen gewesen sei.
- 3 Von 1989 bis 1998 studierte der Kläger Rechtswissenschaften. Im Jahr 1998
begann er ein Studium der Politikwissenschaft an der Fernuniversität H., das er

2002 mit dem Bachelor of Arts abschloss. Ab dem Jahr 2002 folgte ein Masterstudium im Hauptfach Politikwissenschaft, das er im November 2011 erfolgreich beendete.

- 4 Seit dem 1. August 2004 arbeitet der Kläger als Tarifbeschäftigter beim BND. Er war zunächst als Bürosachbearbeiter vergleichbar dem mittleren Dienst eingruppiert, ab Februar 2007 als Sachbearbeiter vergleichbar dem gehobenen Dienst. Im Januar 2012 (nach Abschluss des Masterstudiums) bewarb sich der Kläger auf die Ausschreibung eines Dienstpostens des vergleichbar höheren Dienstes, nahm im September 2012 erfolgreich an dem Auswahlverfahren teil und wurde ab dem 1. Januar 2013 auf einem Dienstposten als Referent eingesetzt; dementsprechend wurde er mit Wirkung vom 1. Januar 2013 in die Entgeltgruppe 13 und seit dem 1. Januar 2014 in die Entgeltgruppe 14 der Anlage A zum TVöD-Bund eingruppiert. Zum 1. September 2016 wechselte er auf einen anderen Referenten-Dienstposten.
- 5 Bereits unter dem 20. März 2009 hatte der Kläger (damals noch als Tarifbeschäftigter im vergleichbar gehobenen Dienst) erstmals einen Antrag "auf Verbeamtung nach dem neuen Laufbahnrecht" gestellt und eine Bescheinigung über den erworbenen Bachelor-Abschluss beigefügt. Der BND lehnte den Antrag ab; der Kläger verfolgte dieses Begehren nicht weiter.
- 6 Im November 2014 beantragte der Kläger erneut seine Übernahme in das Beamtenverhältnis. Der Antrag wurde als ein solcher auf Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe im höheren nichttechnischen Verwaltungsdienst des BND gewertet. Der BND erwog, die anerkannte Verfolgungszeit des Klägers zu dessen Gunsten zu berücksichtigen. Mit Schreiben vom 1. August 2016 übersandte der BND den Antrag des Klägers auf Übernahme in das Beamtenverhältnis an das Bundeskanzleramt als Ernennungsbehörde für den höheren Dienst. Da der Kläger zu diesem Zeitpunkt das 50. Lebensjahr bereits vollendet hatte, ersuchte das Bundeskanzleramt am 23. September 2016 das Bundesministerium der Finanzen gemäß der damaligen Erlasslage zur Bundeshaushaltsordnung um Einwilligung zur Übernahme des Klägers in das Beamtenverhältnis. Mit Schreiben vom 4. Oktober 2016 verweigerte das Bundesministerium der Finanzen seine Einwilligung. Das Bundeskanzleramt lehnte daraufhin den Übernah-

meantrag des Klägers mit Bescheid vom 28. Februar 2017 ab. Den dagegen eingelegten Widerspruch wies das Bundeskanzleramt mit Widerspruchsbescheid vom 19. Juli 2017 zurück.

- 7 Der Kläger hat am 26. Juli 2017 Klage zum Bundesverwaltungsgericht erhoben, mit der er die Übernahme in das Beamtenverhältnis weiterverfolgt; mit Schriftsatz vom 23. November 2017 hat er zusätzlich hilfsweise einen Fortsetzungsfeststellungsantrag gestellt.
- 8 Zur Begründung trägt der Kläger im Wesentlichen vor: Er habe einen Anspruch auf Neubescheidung. In ihrer seit August 2017 geltenden Neufassung eröffne die Vorschrift der Bundeshaushaltsordnung über Einstellungshöchstaltersgrenzen im öffentlichen Dienst des Bundes Ermessen nur in den dort ausdrücklich normierten Fällen. Der damit bewirkte Ausschluss anderer Gesichtspunkte sei mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht vereinbar. Die Regelung bedürfe daher - über ihren Wortlaut hinaus - einer erweiternden verfassungskonformen Auslegung, die es ermögliche, bei der Entscheidung über eine Übernahme in das Beamtenverhältnis auch Wertungen anderer bundesgesetzlicher Regelungen zu berücksichtigen. Zu diesen gehörten die im Beruflichen Rehabilitationsgesetz enthaltenen Wertungen, nach denen u.a. Verfolgungszeiten als Anrechnungszeiten in der gesetzlichen Rentenversicherung zu berücksichtigen seien.
- 9 Hiervon ausgehend sei zugunsten des Klägers vor allem zu berücksichtigen, dass seine schulische Ausbildung während eines langen Zeitraums unterbrochen gewesen sei. Nach dem Abschluss der zehnstufigen allgemeinen Oberschule habe er keine zum Abitur führende Erweiterte Oberschule in der DDR besuchen dürfen. Dies habe nicht nur zu einer späten Aufnahme seines Studiums geführt, sondern zu einer Veränderung seines gesamten Lebensweges. Jedenfalls hätte er ohne die verfolgungsbedingte Unterbrechung seiner schulischen Ausbildung die Hochschulausbildung wesentlich früher abschließen und damit auch die Voraussetzungen für die Übernahme in das Beamtenverhältnis entsprechend früher erfüllen können.

- 10 Auch sei der Übernahmeantrag nicht innerhalb angemessener Zeit beschieden worden; wäre dies geschehen, hätte er schon vor Vollendung des 50. Lebensjahres in ein Beamtenverhältnis berufen werden können.
- 11 Der hilfsweise gestellte Feststellungsantrag diene der beabsichtigten Durchsetzung eines Schadensersatzanspruchs des Klägers mit dem Ziel, ihn so zu stellen, als wäre sein Antrag auf Übernahme in das Beamtenverhältnis positiv beschieden worden. Die Vorgängervorschrift der derzeit geltenden Regelung über Einstellungshöchstaltersgrenzen auf Bundesebene habe nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen aus dem Parlamentsvorbehalt genügt. Selbst wenn man dies anders sehe, seien die streitgegenständlichen Bescheide ermessensfehlerhaft, weil weder die verfolgungsbedingte Unterbrechung der Ausbildung des Klägers noch die Dauer der Bearbeitung seines Übernahmeantrags hinreichend gewürdigt worden seien. Angesichts des weiten Ermessensspielraums der früheren Regelung sei Raum für die Berücksichtigung von persönlichen Interessen und Umständen der Bewerber gewesen. Ihre Berücksichtigung sei im Fall des Klägers auch geboten gewesen. Wäre seine Ausbildung nicht während eines Zeitraums von mehr als sechs Jahren unterbrochen worden, hätte er die Berufsausbildung wesentlich früher abgeschlossen und auch wesentlich früher die Voraussetzungen für eine Berufung in ein Beamtenverhältnis in der Laufbahngruppe des höheren Dienstes erfüllt. Auch hätte über den Antrag entschieden werden müssen, bevor er das 50. Lebensjahr vollendet hatte.
- 12 Der Kläger beantragt,

den Bescheid des Bundeskanzleramts vom 28. Februar 2017 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 19. Juli 2017 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, über den Antrag des Klägers auf Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe im höheren nichttechnischen Verwaltungsdienst im Bundesnachrichtendienst und Ernennung zum Regierungsrat unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden,

hilfsweise

festzustellen, dass der Bescheid des Bundeskanzleramts vom 28. Februar 2017 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 19. Juli 2017 rechtswidrig gewesen ist.

13 Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

14 Sie erwidert: Der Hauptantrag sei nicht begründet. Bei der Entscheidung über die Berufung in ein Beamtenverhältnis nach Vollendung des 50. Lebensjahres sei ein Ermessensspielraum allein in den gesetzlich normierten Fällen eröffnet. Eine Berücksichtigung von Verfolgungszeiten, die nach dem Beruflichen Rehabilitierungsgesetz als Verfolgungszeiten anerkannt seien, sei nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift nicht möglich und entspreche auch nicht dem Normzweck. Für die vom Kläger geforderte erweiternde verfassungskonforme oder analoge Anwendung bestehe kein Raum.

15 Die frühere politische Verfolgung habe zudem keinen nennenswerten Einfluss auf die Überschreitung der Altersgrenze für die Übernahme in das Beamtenverhältnis gehabt. Der Kläger habe die Voraussetzungen für eine solche Übernahme erstmals mit Ablauf des 30. Juni 2015 erfüllt, also erst weniger als zwei Monate vor Erreichen der Altersgrenze. Für die Anerkennung der Laufbahnbefähigung für den höheren Dienst sei - neben dem an einer Hochschule erworbenen Master- oder einem gleichwertigen Abschluss - eine hauptberufliche Tätigkeit von mindestens zwei Jahren und sechs Monaten erforderlich; diese müsse dem durch Ausbildung und Berufswahl geprägten Berufsbild entsprechen oder nahe kommen. Da nur Dienstposten des vergleichbar höheren Dienstes diese Voraussetzungen erfüllten, habe die anrechenbare hauptberufliche Tätigkeit des Klägers erst mit seiner Umsetzung auf den Referenten-Dienstposten am 1. Januar 2013 begonnen; seine davor liegenden Tätigkeiten im vergleichbar mittleren Dienst und im vergleichbar gehobenen Dienst genügten hierfür nicht. Der Kläger habe lange vor Erreichen der Altersgrenze die Möglichkeit gehabt, die Voraussetzungen für eine Verbeamtung im höheren Dienst zu schaffen. Wie sein von 1989 bis 1998 betriebenes Studium der Rechtswissenschaften zeige, sei der Kläger durch seine politische Verfolgung zu Schülerzeiten de facto nicht daran gehindert gewesen, ein Studium aufzunehmen, dessen Abschluss ihm einen früheren Eintritt in den höheren Dienst ermöglicht hätte. Zudem hätte der Kläger bereits während seiner mehr als achtjährigen Tätigkeit als Tarifbeschäftigter

im vergleichbar mittleren und sodann gehobenen Dienst seine Verbeamtung in der jeweiligen Laufbahngruppe beantragen und dann ggf. aufsteigen können.

- 16 Auch die Dauer der Bearbeitung des Übernahmeantrags sei nicht zu beanstanden. Zum Zeitpunkt der Antragstellung am 28. November 2014 hätten die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen noch nicht vorgelegen, sondern erst mit Ablauf des 30. Juni 2015. In der Zeit zwischen dem 1. Juli und dem 18. August 2015 (Erreichen der Altersgrenze) sei im BND niemand im vergleichbar höheren Dienst verbeamtet worden. Da die Zahl der Bewerber die der verfügbaren Planstellen überstiegen habe, habe der BND in dieser Zeit mit dem Bundeskanzleramt einen Priorisierungskatalog erarbeitet, anhand dessen eine Auswahl unter den Bewerbern vorgenommen werden sollte. Aufgrund dessen sei bereits am 28. April 2015 ein Verbeamtungsstopp im höheren Dienst verfügt worden. Der Kläger habe keinen Anspruch auf Durchführung einer Verbeamtungsrunde; deren Planung und Durchführung unterfalle dem Organisationsermessen des Dienstherrn. Der Übernahmeantrag des Klägers hätte auch nicht vorab (vor Erreichen der Altersgrenze) beschieden werden können. Es sei zwar erwogen worden, seinen Antrag vor einer Einigung über den Priorisierungskatalog zu bescheiden. Doch hätte dies gegen den auch für Entscheidungen über eine Verbeamtung geltenden Leistungsgrundsatz verstoßen, weil eine darin liegende Bevorzugung des Klägers wegen seines Alters eine Altersdiskriminierung zu Lasten jüngerer Bewerber gewesen wäre.
- 17 Auch der Hilfsantrag sei nicht begründet. Nach der insoweit maßgeblichen Vorgängerregelung zur heutigen Rechtslage hätte eine Übernahme des Klägers in das Beamtenverhältnis wegen Überschreitens der vom Bundesministerium der Finanzen (BMF) allgemein festgesetzten Altersgrenze der Einwilligung des BMF bedurft. Die nach der damaligen Erlasslage maßgeblichen Ausnahmeveraussetzungen hätten nicht vorgelegen: Im Bereich Politikwissenschaft habe es keinen außerordentlichen Mangel an geeigneten jüngeren Bewerbern für den BND gegeben; auch hätten keine Umstände vorgelegen, aufgrund derer die Übernahme des Klägers einen erheblichen Vorteil für den Bund bedeutet oder die Ablehnung zu einer erheblichen Schädigung von Bundesinteressen geführt hätte.

- 18 Die verfolgungsbedingte Unterbrechung der Schulausbildung des Klägers sei im Rahmen der Ermessensausübung geprüft worden. Eine Berücksichtigung der anerkannten Verfolgungszeit des Klägers sei abgelehnt worden, weil das Berufliche Rehabilitierungsgesetz selbst keine Regelung über die Berücksichtigung solcher Zeiten bei einer Verbeamtung enthalte und eine analoge Anwendung mangels planwidriger Lücke ausscheide. Nach dem Gesetzeszweck und der Erlasslage sei allein das Bundesinteresse für die Frage der Verbeamtung maßgeblich, nicht aber persönliche Umstände des Bewerbers.
- 19 In der mündlichen Verhandlung am 17. Mai 2018 haben die Beteiligten nach rechtlichen Hinweisen des Senats erklärt, dass sie eine einvernehmliche Beilegung des Rechtsstreits prüfen wollten. Mitte September 2018 hat die Beklagte mitgeteilt, dass ihr eine solche nicht möglich sei.

II

- 20 Die Klage, für die das Bundesverwaltungsgericht gemäß § 50 Abs. 1 Nr. 4 VwGO erstinstanzlich zuständig ist und über die der Senat im Einverständnis der Beteiligten ohne weitere mündliche Verhandlung entscheidet (§ 101 Abs. 2 VwGO), hat teilweise Erfolg. Der Hauptantrag bleibt ohne Erfolg (1.), dem Hilfsantrag ist dagegen zu entsprechen (2.).
- 21 1. Der Hauptantrag ist unbegründet.
- 22 a) Die mit dem Hauptantrag verfolgte Verpflichtung der Beklagten zur erneuten Entscheidung über die Übernahme des Klägers in das Beamtenverhältnis (Neubescheidung) richtet sich nach dem im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz geltenden Recht, im vorliegenden Verfahren also nach dem Recht im Zeitpunkt der Entscheidung des Senats, mithin nach dem derzeit geltenden Recht (stRspr, vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 11. Oktober 2016 - 2 C 11.15 - BVerwGE 156, 180 Rn. 13 f. m.w.N.).
- 23 Die maßgebliche Vorschrift ist § 48 Bundeshaushaltsordnung vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1284) in der am 18. August 2017 in Kraft getretenen Neufas-

sung durch Art. 11 Nr. 4 des Gesetzes zur Neuregelung des bundesstaatlichen Finanzausgleichssystems ab dem Jahr 2020 und zur Änderung haushaltsrechtlicher Vorschriften vom 14. August 2017 (BGBl. I S. 3122) - nachfolgend: § 48 BHO 2017.

- 24 Gemäß § 48 Abs. 1 Satz 1 BHO 2017 dürfen Berufungen in ein Beamtenverhältnis oder Versetzungen in den Bundesdienst nur erfolgen, wenn (Nr. 1) die Bewerberin oder der Bewerber das 50. Lebensjahr noch nicht vollendet hat oder (Nr. 2) ein außerordentlicher Mangel an gleich geeigneten jüngeren Bewerberinnen und Bewerbern besteht und die Berufung oder Versetzung einen erheblichen Vorteil für den Bund bedeutet. Die im weiteren Verlauf des § 48 BHO 2017 (in Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 und 3) geregelten abweichenden Altersgrenzen für besondere Fall- und Personengruppen sind im Streitfall sämtlich nicht einschlägig. Gemäß § 48 Abs. 4 BHO 2017 trifft die Entscheidung über Berufungen in ein Beamtenverhältnis oder über Versetzungen in den Bundesdienst die jeweils zuständige oberste Bundesbehörde für ihren Geschäftsbereich.
- 25 b) Der Hauptantrag, gerichtet auf eine Neubescheidung des Antrags des Klägers auf Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe im höheren nichttechnischen Verwaltungsdienst im Bundesnachrichtendienst und Ernennung zum Regierungsrat, ist auf der Grundlage von § 48 BHO 2017 unbegründet.
- 26 aa) Die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des § 48 BHO 2017 für eine Übernahme in ein Beamtenverhältnis auf Probe sind nicht erfüllt.
- 27 Der Kläger hat das 50. Lebensjahr bereits überschritten (§ 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BHO 2017). Die Ausnahmetatbestände des § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BHO 2017 liegen nicht vor: Weder besteht ein außerordentlicher Mangel an gleich geeigneten jüngeren Bewerberinnen und Bewerbern noch würde die Berufung des Klägers in das Beamtenverhältnis einen erheblichen Vorteil für den Bund bedeuten. Die Voraussetzungen des § 48 Abs. 1 Satz 2 BHO 2017, durch die die Altersgrenze auf die Vollendung des 55. Lebensjahres hinausgeschoben würde, liegen ebenfalls nicht vor; insbesondere ist kein Fall des § 107b BeamtVG gegeben (anteilige Übernahme von Versorgungslasten).

- 28 Auch der Kläger selbst trägt nicht vor, dass er nach dem Wortlaut der Norm einen Übernahme-(Neubescheidungs-)Anspruch habe, sondern leitet dies aus einer von ihm für nötig erachteten analogen Anwendung (bb) oder verfassungskonformen Auslegung (cc) der Norm ab. In Beidem kann ihm nicht gefolgt werden.
- 29 bb) Für eine analoge Anwendung von § 48 Abs. 1 BHO 2017 fehlt es an einer unbewussten, d.h. vom Normgeber nicht gesehenen Regelungslücke.
- 30 Wesensmerkmal der Analogie ist es, dass durch sie die durch eine Norm angeordnete Rechtsfolge auf einen Sachverhalt übertragen wird, der nicht dem Tatbestand der Norm unterfällt. Eine Analogie darf nur vorgenommen werden, um eine echte Regelungslücke auszufüllen. Darunter ist eine Unvollständigkeit des Tatbestandes einer Norm wegen eines versehentlichen, dem Normzweck zuwiderlaufenden Regelungsversäumnisses des Normgebers zu verstehen. Eine solche Lücke darf von den Gerichten im Wege der Analogie nur geschlossen werden, wenn sich aufgrund der gesamten Umstände feststellen lässt, dass der Normgeber die von ihm angeordnete Rechtsfolge auch auf den nicht erfassten Sachverhalt erstreckt hätte, wenn er ihn bedacht hätte (stRspr, vgl. etwa BVerwG, Urteile vom 14. März 1974 - 2 C 33.72 - BVerwGE 45, 85 <90> und vom 13. Dezember 1978 - 6 C 46.78 - BVerwGE 57, 183 <186 f.>; Beschlüsse vom 7. Juli 1993 - 6 P 15.91 - Buchholz 251.2 § 40 BlnPersVG Nr. 1 S. 3 f. und vom 11. September 2008 - 2 B 43.08 - Buchholz 237.7 § 23 NWLBG Nr. 1 Rn. 7).
- 31 Eine solche Regelungslücke liegt nicht vor. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber es unbedachterweise unterlassen hätte, in § 48 BHO 2017 eine weitere (Ausnahme-)Regelung vorzusehen, die die vom Kläger erlittene politisch motivierte Benachteiligung während seiner Schulzeit in der DDR berücksichtigt hätte. Der Gesetzgeber hat sich - wie nachfolgend anhand der Gesetzesmaterialien näher darzustellen ist - vielmehr bewusst für eine relativ hohe Altersgrenze entschlossen, die "Luft nach oben" lässt auch für die Berücksichtigung anderer (aus anerkennungswürdigen Gründen eingetretener) Verzögerungen im Lebenslauf, verbunden mit einer eng gefassten, allein an den Interessen des Dienstherrn orientierten Ausnahmeregelung. Er hat bewusst auf einen ausdifferenzierten Katalog von Ausnahmetatbeständen (wie etwa in § 14

Abs. 5 bis 10 LBG NRW in der Fassung vom 14. Juni 2016, GV.NRW. S. 310, 642, mit der Berücksichtigung von Wehrdienst-, Kinderbetreuungs- und Pflegezeiten, für Schwerbehinderte usw.) verzichtet. Dies zeigt, dass in der Nichtaufnahme einer allgemein formulierten Ausnahmeregelung oder speziell einer solchen für Verfolgungstatbestände nach dem Beruflichen Rehabilitierungsgesetz, namentlich für die Benachteiligung von Schülern, keine unbedachte Regelungslücke gesehen werden kann.

- 32 cc) Voraussetzung für eine vom Kläger geforderte verfassungskonforme Auslegung wäre, dass das vorstehende, allein auf einer wortlautgetreuen Anwendung der Norm beruhende Ergebnis der Rechtsanwendung verfassungswidrig wäre und nur durch die vom Kläger geforderte Berücksichtigung von Wertungen des Beruflichen Rehabilitierungsgesetzes ein verfassungskonformes Ergebnis erreicht werden könnte. Auch das ist nicht der Fall.
- 33 (1) Die aus dem Parlamentsvorbehalt folgenden Anforderungen an den Regelungsgehalt und die Bestimmtheit von Grundrechtseingriffen (i.S.d. sog. "Wesentlichkeitstheorie"), hier in der Fallkonstellation von Einstellungshöchstaltersgrenzen im öffentlichen Dienst, sind im Lauf der Zeit insbesondere durch Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts kontinuierlich fortentwickelt worden (vgl. die Darstellung dieser Entwicklung in BVerwG, Urteil vom 17. November 2017 - 2 C 25.17 - NJW 2018, 1185 Rn. 36 ff.). Diese Entwicklung hat in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur bis dahin bestehenden Regelung einer solchen Einstellungshöchstaltersgrenze im Land Nordrhein-Westfalen im Rang einer Rechtsverordnung (§ 52 Abs. 1 LVO NRW a.F.) ihren derzeitigen Abschluss gefunden (BVerfG, Beschluss vom 21. April 2015 - 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12 - BVerfGE 139, 19 Rn. 52 ff.). Hiernach ist es mit dem Grundgesetz unvereinbar, wenn eine für die Grundrechte aus Art. 33 Abs. 2 und Art. 12 Abs. 1 GG derart wesentliche Regelung wie eine allgemeine Einstellungshöchstaltersgrenze (im Fall des § 52 Abs. 1 LVO NRW a.F. von 40 Jahren) durch eine Rechtsverordnung getroffen wird. Eine solche Entscheidung muss vielmehr der Gesetzgeber selbst (durch Parlamentsgesetz) treffen.
- 34 Das Bundesverfassungsgericht hat in dem o.a. Beschluss zugleich deutlich gemacht, dass der durch eine gesetzliche Einstellungshöchstaltersgrenze bewirkte

Eingriff in die genannten Grundrechte gerechtfertigt sein könne. Einstellungshöchstaltersgrenzen stellen hiernach - außerhalb bestimmter Einsatzberufe (Militär, Polizei, Feuerwehr) - weder ein Eignungsmerkmal noch ein eignungsergänzendes Hilfskriterium dar. Schranken für die Rechte des Bewerbers aus Art. 33 Abs. 2 und Art. 12 Abs. 1 GG können sich aber aus Art. 33 Abs. 5 GG, namentlich dem Lebenszeitprinzip und dem Alimentationsprinzip ergeben. Einstellungshöchstaltersgrenzen dienen in diesem Zusammenhang der Schaffung eines ausgewogenen zeitlichen Verhältnisses zwischen Lebensdienstzeit und Ruhestandszeit. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass sich die Alimentation des Beamten im Ruhestand nur rechtfertigt, wenn dessen Arbeitskraft dem Dienstherrn zuvor über einen längeren Zeitraum zur Verfügung gestanden hat. Die Einstellungshöchstaltersgrenze ist zwar nicht betriebswirtschaftlich oder unter Ansetzung eines wirtschaftlich berechneten Amortisationsinteresses festzusetzen. Sie kann jedoch eine wesentliche Grundlage für die Finanzierbarkeit und Funktionsfähigkeit des beamtenrechtlichen Versorgungssystems darstellen und damit der Sicherung des Alimentations- und des Lebenszeitprinzips dienen. Wird berücksichtigt, dass dem Beamten auch bei sehr kurzer aktiver Dienstzeit ein Mindestruhegehaltssatz von 35 % zusteht (§ 14 Abs. 4 Satz 1 BeamtVG) und er nach 40 Dienstjahren einen maximalen Ruhegehaltssatz von 71,75 % (§ 14 Abs. 1 Satz 1 BeamtVG) erreicht, so führt z.B. eine Einstellungshöchstaltersgrenze von 40 Jahren bei regulärem Eintritt in den Ruhestand mit 67 Jahren zu einer Überschreitung einer amortisierenden Zeitspanne von 19,5 Jahren um mindestens siebeneinhalb Jahre. Allerdings sind neben dieser Amortisation weitere Aspekte zu berücksichtigen. Hierzu gehören u.a. die Anrechnung anderer Versorgungsanswartschaften und die Auswirkung eines frühen Einstellungsalters auf die Gesamtkosten der Beihilfe sowie die unionsrechtlichen Vorgaben der Richtlinie 2000/78/EG vom 27. November 2000 (ABl. EG Nr. L 303 S. 16). Das Erfordernis einer ausgewogenen Altersstruktur ist hingegen zur Rechtfertigung von Einstellungshöchstaltersgrenzen weitgehend ungeeignet, weil die Altersstruktur von der Zahl der im Haushalt vorgesehenen Stellen und der Zahl der Neueinstellungen in einem bestimmten Zeitraum abhängt und deshalb eine ausgewogene Altersstruktur folglich eher durch ein variables Einstellungsalter gesichert werden könnte (BVerfG, Beschluss vom 21. April 2015 - 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12 - BVerfGE 139, 19 Rn. 74 ff., insbes. Rn. 91; BVerwG, Urteil vom 11. Oktober 2016 - 2 C 11.15 - BVerwGE 156, 180 Rn. 17 f.).

- 35 Hiervon ausgehend hat das Bundesverwaltungsgericht die im Nachgang zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts erforderlich gewordene Neuregelung der Einstellungshöchstaltersgrenze im öffentlichen Dienst des Landes Nordrhein-Westfalen für verfassungsgemäß erachtet (BVerwG, Urteil vom 11. Oktober 2016 - 2 C 11.15 - BVerwGE 156, 180 Rn. 19.).
- 36 (2) Bei Anwendung dieser Maßstäbe ist auch die Neuregelung in § 48 BHO 2017 verfassungsgemäß.
- 37 Die vom Gesetzgeber mit der Neuregelung verfolgten Ziele sind der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zum "Gesetz zur Neuregelung des bundesstaatlichen Finanzausgleichssystems ab dem Jahr 2020 und zur Änderung haushaltsrechtlicher Vorschriften" zu entnehmen, der die hier maßgebliche Änderung der Bundeshaushaltsordnung in Art. 11 dieses Artikelgesetzes vorsah (BT-Drs. 18/11135 vom 13. Februar 2017, S. 6, 61 f., 67, 96 ff.): Hiernach wollte der Bundesgesetzgeber erklärtermaßen den formellen Vorgaben (Parlamentsgesetz) und materiellen Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts Rechnung tragen. Er hat die Neuregelung gerechtfertigt mit einem anzustrebenden angemessenen Verhältnis zwischen der aktiven Dienstzeit und der den Dienstherrn treffenden Versorgungslast; die Dienstleistungsverpflichtung des Beamten oder der Beamtin und die Alimentationspflicht des Dienstherrn seien gegeneinander abzuwägen. Ausnahmen von der allgemeinen Einstellungshöchstaltersgrenze seien nur zulässig, wenn die Einstellung oder Übernahme der konkreten Bewerberin oder des konkreten Bewerbers in den Bundesdienst durch einen maßgeblichen nicht-monetären Vorteil des Bundes aufgewogen werde und es keine jüngeren Bewerberinnen oder Bewerber gebe, bei denen das Verhältnis zwischen aktiver Dienstzeit und Versorgungslast a priori ausgewogener sei.
- 38 Nach der Begründung des Gesetzentwurfs ist der Gesetzgeber bei der Festlegung der konkreten Höhe der allgemeinen Einstellungshöchstaltersgrenze ausdrücklich davon ausgegangen, dass nach den Maßstäben des Bundesverfassungsgerichts auch eine Altersgrenze von 47 Jahren keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen würde. Diese Ableitung folge aus der derzeit für Be-

amte, die nach dem 31. Dezember 1963 geboren sind, geltenden Regelaltersgrenze von 67 Jahren (§ 51 BBG) und der Dauer von knapp 20 Jahren, in der gemäß § 14 BeamtVG bei dem derzeit geltenden linearen Steigerungssatz von 1,79375 v.H. p.a. ein Ruhegehalt in Höhe der Mindestversorgung von 35 v.H. erreicht werden könne. Dennoch solle es bei der allgemeinen Altersgrenze von 50 Jahren bleiben, die nach der bisherigen Verwaltungspraxis - noch ausgehend von einer Regelaltersgrenze von 65 Jahren - ausschlaggebend war. Zum einen sollten die Bewerberinnen und Bewerber nicht dadurch schlechter gestellt werden, dass die bisherige Regelung und Verwaltungspraxis durch ein Gesetz abgelöst werden. Zum anderen sollten hierdurch potentiell drei Jahre für sozial anerkennungswürdige außerberufliche Tätigkeiten wie die Kindererziehung oder die Pflege von Angehörigen aufgefangen werden.

- 39 Der von diesen Erwägungen getragene Gesetzentwurf ist sodann – soweit hier von Interesse - unverändert Gesetz geworden. Hiernach hat der Gesetzgeber bei der Umsetzung des von ihm hauptsächlich verfolgten Anliegens eines ausgeglichenen Verhältnisses zwischen aktiver Dienstzeit und lebenslangem Versorgungsanspruch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in verschiedener Hinsicht Rechnung getragen, nämlich - erstens - durch eine (verglichen mit neueren Landesregelungen) deutlich höhere Festlegung der allgemeinen Altersgrenze bei (erst) 50 Jahren (§ 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BHO 2017), weiter - zweitens - durch die Stufung der Altersgrenzen für bestimmte Bereiche des öffentlichen Dienstes (Polizei, Soldaten) und bei der Übernahme von Versorgungslasten (§ 48 Abs. 1 Satz 2 BHO 2017), sowie - drittens - durch die Ausnahmeregelung des § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BHO 2017 (bei Vorliegen eines außerordentlichen Bewerbermangels oder eines erheblichen Vorteils für den Bund). Die zur Festlegung der allgemeinen Höchstaltersgrenze bei 50 Jahren herangezogene "Amortisierungsrechnung" entspricht derjenigen, die sowohl das Bundesverfassungsgericht (Beschluss vom 21. April 2015 - 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12 - BVerfGE 139, 19 Rn. 84 f.) als auch der Senat (Urteil vom 11. Oktober 2016 - 2 C 11.15 - BVerwGE 156, 180 Rn. 19) angestellt haben. Dass die allgemeine Altersgrenze dennoch nicht bei 47, sondern bei 50 Jahren festgesetzt, also ein "Zuschlag" oder "Puffer" von drei Jahren vorgesehen wurde, begründet der Gesetzentwurf in zweierlei Hinsicht. Zum einen sollten "hierdurch potentiell drei Jahre für sozial anerkennungswürdige außerberufliche Tätigkeiten wie Kindererziehung

oder Pflege von Angehörigen aufgefangen" werden (BT-Drs. 18/11135 S. 97). Zum anderen entspreche dies der bisherigen Rechtslage, die nicht verschlechtert werden solle (die bisherige Altersgrenze lag zwar nominell bei 40 Jahren, doch galt die gemäß § 48 BHO 1994 erforderliche Zustimmung des BMF nach der bisherigen Erlasslage für Fälle bis 50 Jahre als allgemein erteilt; vgl. BT-Drs. 18/11135 S. 96 f.). Aufgrund dessen erscheint es auch unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten unbedenklich, wenn der Bundesgesetzgeber sich entschlossen hat, die Ausnahmeregelung des § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BHO 2017 auf eng gefasste Fälle eines objektiven dienstlichen Interesses zu begrenzen und auf einen Katalog von weiteren ausdifferenzierten Ausnahmetatbeständen zu verzichten (wie z.B. in § 14 LBG NRW 2016) sowie stattdessen einen pauschalen "Zuschlag" anzusetzen, mit dem gerade solchen (und wegen der Pauschalität der Regelung auch anderen) Verzögerungen wie den z.B. in § 14 LBG NRW 2016 normierten Ausnahmegründen Rechnung getragen wird. Bei der Festlegung derartiger Ausnahmeregelungen hat der Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum.

- 40 dd) Der Senat vermag der Argumentation des Klägers zum Beruflichen Rehabilitierungsgesetz auch im Übrigen nicht zu folgen:
- 41 Zwar können Zeiten einer politisch motivierten Verfolgung eines Schülers in der DDR nach dem Beruflichen Rehabilitierungsgesetz im Rahmen der Rentenversicherung (Sechstes Buch Sozialgesetzbuch - SGB VI -) grundsätzlich Berücksichtigung finden. Dies folgt aus § 3 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 12 Abs. 2 BerRehaG. Während Verfolgte i.S.v. § 1 Abs. 1 BerRehaG (uneingeschränkt) die Ansprüche "nach diesem Gesetz" haben (§ 1 Abs. 1 a.E.), haben Schüler i.S.v. § 3 Abs. 1 BerRehaG nur Anspruch auf Leistungen "nach dem Zweiten Abschnitt" (§ 3 Abs. 1 Satz 1), also auf bevorzugte berufliche Fortbildung und Umschulung (so die Überschrift dieses Abschnitts). Der "Ausgleich von Nachteilen in der Rentenversicherung" ist dagegen im Vierten Abschnitt des Beruflichen Rehabilitierungsgesetzes geregelt, auf den in § 3 Abs. 1 Satz 1 BerRehaG gerade nicht verwiesen wird. Allerdings wird aus diesem Abschnitt eine einzelne Vorschrift, nämlich § 12 Abs. 2 BerRehaG, ausdrücklich für anwendbar erklärt (§ 3 Abs. 1 Satz 2 BerRehaG). Die Vorschrift ist durch Art. 7 Nr. 1 des Zweiten Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Anspruchs- und Anwartschaftsüberführungsge-

setzes (2. AAÜG-Änderungsgesetz - 2. AAÜG-ÄndG) vom 27. Juli 2001 (BGBl. I S. 1939 <1943>) eingefügt worden.

- 42 Soweit sich die gegenteilige Ansicht der Beklagten auf Rechtsprechung der Sozialgerichte stützen kann (vgl. etwa LSG Chemnitz, Urteil vom 21. Juni 2016 - L 5 KN 564/13 - ZOV 2016, 127 Rn. 21 ff. und LSG Essen, Urteil vom 30. September 2016 - L 21 R 334/14 - juris Rn. 23 ff.), wird übersehen, dass diese Entscheidungen sich an zentraler Stelle auf gesetzgeberische Erwägungen aus der Entstehungszeit des Stammgesetzes (Ursprungsfassung des Beruflichen Rehabilitationsgesetzes, 12. Legislaturperiode) berufen, während § 3 Abs. 1 Satz 2 BerRehaG erst später durch das o.a. Änderungsgesetz aus dem Jahr 2001 in der 14. Legislaturperiode eingefügt wurde.
- 43 Jedoch trägt der Hinweis auf § 3 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 12 Abs. 2 BerRehaG nicht die Schlussfolgerung des Klägers, dass die darin liegende Wertung auf die Entscheidung betreffend eine Übernahme in ein Beamtenverhältnis übertragen werden müsse. Die jeweiligen Gesetzesmaterien - dort das Sechste Buch Sozialgesetzbuch, hier das Beamtenrecht (BBG/BBesG/BeamtVG) - regeln unterschiedliche Gegenstände und verfolgen unterschiedliche Ziele: Dort geht es um die durch Beitrags- und sonstige anererkennungsfähige Leistungen des Betroffenen erworbenen Ansprüche aus einem Sozialversicherungssystem, hier geht es um die nach anderen Gesichtspunkten zu regelnde lebenslange Alimentation (Besoldung und Versorgung) durch einen öffentlich-rechtlichen Dienstherrn.
- 44 Wenn überhaupt - wollte man dem Gedanken des Klägers näher treten - wäre das Beamtenversorgungsgesetz der zutreffende Gesetzesbereich, um dort eine dem § 12 Abs. 2 BerRehaG parallele Regelung zu verorten (auch dort findet sich dergleichen aber nicht). Wäre die vom Kläger gewünschte Schlussfolgerung richtig, läge die Forderung nahe, auch weitere Wertungen, die anderen sozialpolitischen Vergünstigungen in anderen Gesetzen zugrunde liegen, wie z.B. die Berücksichtigung von Mutterschutz- und Kinderbetreuungszeiten oder Pflegezeiten, im Rahmen eines Verbeamtungsbegehrens ebenso zu berücksichtigen. Dass der Gesetzgeber dies nicht wollte, ergibt sich aber aus der o.a. Begründung im Gesetzgebungsverfahren für das Hinaufsetzen der Altersgrenze um einen "Drei-Jahres-Puffer" auf 50 Jahre (BT-Drs. 18/11135 S. 97).

- 45 ee) Gegen § 48 BHO 2017 bestehen auch keine unionsrechtlichen Bedenken (vgl. auch BVerwG, Urteil vom 11. Oktober 2016 - 2 C 11.15 - BVerwGE 156, 180 Rn. 20 ff. <zu § 14 LBG NRW 2016>). Ein allein in Betracht kommender Verstoß gegen die 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. L 303 S. 16) sowie gegen das zur Umsetzung dieser Richtlinie ergangene Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897) liegt nicht vor.
- 46 Zwar stellt eine Einstellungshöchstaltersgrenze eine Benachteiligung wegen des Alters i.S.d. § 1 AGG dar. Nach § 10 Satz 1 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Nach Satz 2 müssen die Mittel zur Erreichung des Ziels angemessen und erforderlich sein. Diese Regelungen stimmen inhaltlich mit Art. 6 Abs. 1 Satz 1 RL 2000/78/EG überein.
- 47 Legitime Ziele i.S.v. § 10 Satz 1 AGG können sich insbesondere aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung ergeben; daneben kommt jedes weitere sozialpolitische Ziel in Betracht (EuGH, Urteil vom 13. September 2011 - C-447/09, Prigge u.a. - NJW 2011, 3209 Rn. 81). Die Mitgliedstaaten verfügen über einen weiten Spielraum bei der Wahl der Maßnahmen, die sie zur Erreichung eines legitimen Ziels für erforderlich halten. Die Wahl kann auf politischen, wirtschaftlichen, sozialen, demografischen oder fiskalischen Erwägungen beruhen, wobei letztere für sich allein nicht ausreichen (EuGH, Urteil vom 21. Juli 2011 - C-159/10, Fuchs und C-160/10, Köhler - NVwZ 2011, 1249 Rn. 61, 73 f. und 80 f.). Bei der Beurteilung der Angemessenheit und Erforderlichkeit einer Maßnahme verfügen die Mitgliedstaaten über einen weiten Wertungsspielraum (EuGH, Urteil vom 13. November 2014 - C-416/13, Pérez - NVwZ 2015, 427 Rn. 67). Sie ist nachgewiesen, wenn die Maßnahme im Hinblick auf das verfolgte Ziel nicht unvernünftig erscheint und auf Beweismittel gestützt ist, deren Beweiskraft das nationale Gericht zu beurteilen hat (EuGH, Urteil vom 21. Juli 2011 - C-159/10, Fuchs und C-160/10, Köhler - NVwZ 2011, 1249 Rn. 83). Somit ist § 10 AGG Ausdruck des Grundsatzes der Verhältnismä-

Bigkeit (BVerwG, Urteil vom 19. Februar 2009 - 2 C 18.07 - BVerwGE 133, 143 Rn. 15).

- 48 Das Interesse des Dienstherrn an einem ausgewogenen Verhältnis von Lebensdienstzeit und Ruhestandszeit der Beamten, das der Höchstaltersgrenze nach § 48 BHO 2017 zugrunde liegt, stellt ein legitimes Ziel im Sinne von § 10 Satz 1 AGG dar. Die Berechtigung dieser Erwägung ergibt sich aus dem Zusammenhang zwischen der Dienstleistung der Beamten und den Versorgungsleistungen im Ruhestand. Die unionsrechtliche Anerkennung des daraus folgenden Interesses an einer adäquaten Lebensdienstzeit wird durch Art. 6 Abs. 1 Satz 2 Buchst. c RL 2000/78/EG (§ 10 Satz 3 Nr. 3 AGG) belegt, wonach die Festlegung eines Höchstalters für die Einstellung aufgrund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand eine gerechtfertigte Ungleichbehandlung wegen des Alters sein kann (EuGH, Urteil vom 13. November 2014 - C-416/13, Pérez - NVwZ 2015, 427 Rn. 65). Eine Höchstaltersgrenze für den Zugang zum Beamtenverhältnis stellt dem Grunde nach ein geeignetes und erforderliches Mittel dar, um eine angemessene, die Versorgung rechtfertigende Lebensdienstzeit sicherzustellen.
- 49 Die Höchstaltersgrenze des vollendeten 50. Lebensjahres nach § 48 Abs. 1 Satz 1 BHO 2017 ist in Anbetracht des unionsrechtlich anerkannten weiten Spielraums des Ordnungsgebers auch angemessen i.S.v. § 10 Satz 2 AGG.
- 50 2. Das mit dem Hilfsantrag verfolgte Feststellungsbegehren, dass die eine Übernahme des Klägers in das Beamtenverhältnis ablehnenden Bescheide der Beklagten rechtswidrig waren, ist dagegen begründet.
- 51 a) Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung dieses Feststellungsantrags ist das zum Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung geltende Recht, mithin die bei Erlass des Widerspruchsbescheids des Bundeskanzleramtes vom 19. Juli 2017 (noch) geltende Vorgängerfassung zur oben (1.) dargestellten derzeit geltenden Regelung.

- 52 Die hiernach maßgebliche Vorgängerregelung der Bundeshaushaltsordnung vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1284) in der Fassung der Änderung durch Art. 1 Nr. 8 des Fünften Gesetzes zur Änderung der Bundeshaushaltsordnung vom 22. September 1994 (BGBl. I S. 2605) - nachfolgend: § 48 BHO 1994 - bestimmte (lediglich), dass Einstellung und Versetzung von Beamten in den Bundesdienst der Einwilligung des Bundesministeriums der Finanzen bedurften, wenn der Bewerber ein vom Bundesministerium der Finanzen allgemein festzusetzendes Lebensalter überschritten hat.
- 53 Das Nähere war seinerzeit geregelt in dem Rundschreiben des Bundesministers der Finanzen (BMF) vom 23. März 1995 (- II A 2 - H 1224 - 5/95 - GMBI 1996, S. 79, abgedruckt in: Gröpl, BHO/LHO, 2011, Anlage zu § 48 nach Rn. 16, nachfolgend: BMF-Rundschreiben 1995). Dieses Rundschreiben hat das BMF nach Inkrafttreten von § 48 BHO 2017 am 22. August 2017 aufgehoben. Das Rundschreiben lautete auszugsweise:

"Einstellung und Versetzung von Beamten und Richtern in den Bundesdienst sowie Übernahme von Berufssoldaten und Soldaten auf Zeit in die Bundeswehr; Einwilligung des Bundesministeriums der Finanzen nach § 48 BHO und § 115 Satz 1 BHO

Nach § 48 BHO bedarf die Einstellung und Versetzung von Beamten in den Bundesdienst (Übernahme) meiner Einwilligung, wenn der Bewerber ein allgemein festzusetzendes Lebensalter überschritten hat.

I. Grundsatz

Als Lebensalter, bei dessen Überschreitung meine Einwilligung bei der Übernahme eines Bewerbers in das Bundesbeamtenverhältnis nach § 48 BHO notwendig ist, setze ich das vollendete 40. Lebensjahr fest.

(...)

II. Personen, die das 50. Lebensjahr überschritten haben

1. Der Übernahme von Personen in das Beamtenverhältnis, die das 50. Lebensjahr vollendet haben, stimme ich allgemein zu, soweit diese Personen
 - a) aus dem Dienstbereich einer bundesunmittelbaren Körperschaft, Anstalt oder Stiftung des öffentlichen Rechts (mittelbare Bundesbeamte) in den Dienstbereich des Bundes versetzt werden,

- b) aus einem Richterverhältnis zum Bund in ein Beamtenverhältnis zum Bund berufen werden,
- c) mit der Ernennung zum Beamten nach § 125 Beamtenrechtsrahmengesetz aus einem Dienstverhältnis zum Bund als Berufssoldaten entlassen sind,
- d) das 62. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und bereits auf Grund des BeamtVG, SVG oder BPolBG Anspruch auf Alters- und Hinterbliebenenversorgung nach beamtenrechtlichen Vorschriften oder Grundsätzen zu Lasten des Bundes haben.

In den Fällen des Buchstaben d) gilt die Zustimmung nur dann als erteilt, wenn das für den Bewerber vorgesehene Amt einer niedrigeren, der gleichen oder einer entsprechenden Laufbahngruppe angehört wie das Amt, aus dem er zuletzt Dienstbezüge erhalten hat.

Bei Bewerbern, die das 50. Lebensjahr vollendet haben und die Voraussetzungen nach Buchstaben a) bis d) nicht erfüllen, ist meine Einwilligung im Einzelfall erforderlich.

2. Der Übernahme von Bewerbern in das Bundesbeamtenverhältnis, die das 50. Lebensjahr vollendet haben und bei denen die Voraussetzungen des § 107b BeamtVG nicht vorliegen, kann grundsätzlich nicht zugestimmt werden. Ausnahmen sind nur gerechtfertigt, wenn bei einem außerordentlichen Mangel an geeigneten jüngeren Bewerbern unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere auch der entstehenden Versorgungslasten, die Übernahme offensichtlich einen erheblichen Vorteil für den Bund bedeutet oder die Ablehnung der Übernahme zu einer erheblichen Schädigung der Bundesinteressen führen könnte. Hierbei ist auch auf eine ausgewogene Altersstruktur des Behördenpersonals zu achten.

Der Übernahme von Bewerbern, die das 55. Lebensjahr vollendet haben, wird nur in besonders begründeten Einzelfällen zugestimmt.

(...)"

- 54 b) Die Klage ist mit dem Hilfsantrag als Fortsetzungsfeststellungsklage nach Erledigung des zunächst angefochtenen Verwaltungsaktes zulässig (§ 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO).
- 55 Der Kläger beansprucht die Feststellung, dass die sein Übernahmebegehren seinerzeit ablehnenden Bescheide rechtswidrig sind. Das erledigende Ereignis ist die Änderung der Rechtslage durch die Neufassung des § 48 BHO mit deren Inkrafttreten am 18. August 2017. Zu diesem Zeitpunkt war die (mit dem auf

Neubescheidung gerichteten Hauptantrag erhobene) Klage bereits anhängig gemacht.

- 56 Für diese Konstellation ist anerkannt, dass der Kläger den begonnenen Prozess fortsetzen kann, wenn er ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung hat. Ein solches Fortsetzungsfeststellungsinteresse macht der Kläger geltend, weil er eine Schadensersatzklage beabsichtige mit dem Ziel, dass die Beklagte verurteilt werde, "ihn durch Gewährung von Schadensersatz so zu stellen, als wäre sein Antrag auf Übernahme in das Beamtenverhältnis positiv beschieden worden" (Klagebegründung S. 3). Dies stellt grundsätzlich ein anerkanntenswertes Feststellungsinteresse dar (Präjudizinteresse).
- 57 Die Klagebegründung verzichtet zwar darauf, näher darzustellen, auf welche Rechtsgrundlagen der Kläger dieses Schadensersatzbegehren zu stützen gedenkt; in Betracht käme jedenfalls der von der Rechtsprechung entwickelte sog. beamtenrechtliche Schadensersatzanspruch, ggf. auch ein (verschuldensabhängiger) Schadensersatzanspruch wegen am Alter anknüpfender Benachteiligung gemäß § 15 Abs. 1 AGG (i.V.m. § 24 Nr. 1 AGG) oder ein verschuldensunabhängiger Entschädigungsanspruch gemäß § 15 Abs. 2 AGG (ebenfalls i.V.m. § 24 Nr. 1 AGG) aus demselben Grund. Voraussetzung ist weiter, dass der angestrebte Schadensersatzprozess nicht offensichtlich aussichtslos ist (stRspr, vgl. etwa BVerwG, Urteile vom 26. September 2012 - 2 C 74.10 - BVerwGE 144, 186 Rn. 7, 22 ff. und vom 20. Juni 2013 - 8 C 17.12 - Buchholz 11, Art. 12 GG Nr. 286 Rn. 26). Jedenfalls für den erstgenannten Anspruch erscheint ein darauf gestütztes Schadensersatzbegehren nicht offensichtlich aussichtslos. Den vorstehend weiter genannten denkbaren Ansprüchen dürfte dagegen entgegenstehen, dass der Kläger die Frist zur Geltendmachung solcher Ansprüche gemäß § 15 Abs. 4 AGG versäumt hat.
- 58 c) Der (Fortsetzungs-)Feststellungsantrag ist auch begründet. Die ursprünglich angefochtenen, auf der Grundlage von § 48 BHO 1994 i.V.m. dem BMF-Rundschreiben 1995 ergangenen ablehnenden Bescheide sind rechtswidrig. Dies folgt bereits daraus, dass sie auf einer verfassungsrechtlich unzureichenden Rechtsgrundlage beruhen.

- 59 § 48 BHO 1994 war keine verfassungsrechtlich tragfähige Rechtsnorm, auf deren Grundlage das Übernahmebegehren des Klägers abgelehnt werden durfte. Zwar ist § 48 BHO 1994 (selbst) eine Rechtsnorm im Range eines materiellen (Parlaments-)Gesetzes. Doch regelt diese Norm nur, dass Einstellungen jenseits einer - im Gesetz nicht bestimmten - Altersgrenze der - nach ebenfalls nicht näher bestimmten Kriterien zu treffenden - Zustimmung des BMF bedurften. Damit waren die wesentlichen Voraussetzungen dieser Altersgrenze nicht vom Gesetz selbst geregelt. Dies genügt nicht den oben dargestellten Vorgaben der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Erforderlichkeit eines Parlamentsgesetzes bei der Regelung von Einstellungshöchstaltersgrenzen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 21. April 2015 - 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12 - BVerfGE 139, 19 Rn. 51 - 53 und 57 - 60).
- 60 Die Regelung entsprach darüber hinaus auch nicht dem seinerzeitigen Stand der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Diese hatte es - bis zu der erwähnten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts - für ausreichend erachtet, wenn Altersgrenzen im öffentlichen Dienst (jedenfalls) in einer Rechtsverordnung (z.B. einer Laufbahnverordnung) geregelt waren, also immerhin auf gesetzlicher Grundlage beruhten (vgl. Art. 80 Abs. 1 GG). Voraussetzung aber war, dass die Altersgrenze einschließlich etwaiger Ausnahmetatbestände in der Rechtsverordnung selbst geregelt waren; die Ausnahmen durften nicht der Verwaltungspraxis überlassen werden (BVerwG, Urteil vom 19. Februar 2009 - 2 C 18.07 - BVerwGE 133, 143 Rn. 9 und 25).
- 61 Dem genügten § 48 BHO 1994 i.V.m. dem BMF-Rundschreiben 1995 nicht. Zwar lag mit § 48 BHO 1994 eine Rechtsvorschrift (sogar) in Gesetzesform vor; doch handelte es sich um eine Blankett-Ermächtigung an das Bundesfinanzministerium zur Festlegung des wesentlichen Inhalts der Altersgrenze. Sie festzulegen - und ggf. abzuändern - lag im nicht näher durch gesetzliche Vorgaben gebundenen Ermessen der Ministerialverwaltung. Das war unzureichend (ebenso - mit Hinweis auf BVerwGE 133, 143 - bereits Häußler, in: Gröpl, BHO/LHO, 2011, § 48 Rn. 7; OVG Lüneburg, Urteil vom 24. Juli 2015 - 5 LA 194/14 - ZBR 2016, 55 <57>; OVG Münster, Beschluss vom 5. September 2012 - 1 A 584/10 - juris Rn. 23 <zu Berufssoldaten>).

- 62 d) Ob die ablehnenden Bescheide darüber hinaus aus weiteren, vom Kläger angeführten Gründen rechtswidrig sind, bedarf keiner Entscheidung.
- 63 e) Der Senat merkt an, dass mit dem Erfolg des Feststellungsantrags lediglich ein Element (von mehreren Voraussetzungen) des vom Kläger angestrebten beamtenrechtlichen Schadensersatzanspruchs feststeht. Dieser Anspruch findet seine Grundlage im Beamtenverhältnis selbst und in der Verletzung daraus resultierender Pflichten des Dienstherrn, insbesondere wegen Verletzung der Auswahlgrundsätze des Art. 33 Abs. 2 GG und des daraus resultierenden sog. Bewerbungsverfahrensanspruchs des betroffenen Bewerbers (stRspr, vgl. etwa BVerwG, Urteile vom 19. März 2015 - 2 C 12.14 - BVerwGE 151, 333 Rn. 9 ff. und vom 20. Oktober 2016 - 2 C 30.15 - Buchholz 11, Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 78 Rn. 18). Hiernach kann ein Bewerber von seinem Dienstherrn den Ersatz des ihm durch die Nichtberücksichtigung entstandenen Schadens verlangen, wenn der Dienstherr - erstens - bei der Vergabe des Amtes den aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Bewerbungsverfahrensanspruch des Bewerbers auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Auswahl (hier: leistungsgerechte Berücksichtigung bei der Übernahmeentscheidung) schuldhaft verletzt hat, wenn - zweitens - diese Rechtsverletzung für die Nichtberücksichtigung des Bewerbers adäquat kausal war und wenn - drittens - der Bewerber es nicht schuldhaft unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.
- 64 Ein solcher Schadensersatzanspruch ist grundsätzlich - dem Grunde nach - auch in der hier gegebenen Konstellation denkbar, dass ein Bewerber sich nicht gegen seine Nichtberücksichtigung bei der Auswahl um ein Beförderungsamts (einschließlich der Vorwirkungsfälle) wendet, sondern gegen seine Nichtberücksichtigung bei einer von ihm begehrten Übernahme in das Beamtenverhältnis, also bei der erstmaligen Begründung eines solchen. Denn Höchstaltersgrenzen für die Verbeamtung verwehren Bewerbern mit höherem Lebensalter den nach Maßgabe des Art. 33 Abs. 2 GG eröffneten Zugang zum Beamtenverhältnis (vgl. BVerwG, Urteile vom 25. Februar 2010 - 2 C 22.09 - BVerwGE 136, 140 Rn. 16 und vom 23. Februar 2012 - 2 C 76.10 - BVerwGE 142, 59 Rn. 15).
- 65 Hiernach wäre in dem vom Kläger angestrebten Schadensersatzanspruch u.a. der Frage nachzugehen, ob er unter der Vielzahl der (nach dem Beklagtenvor-

trag vorhandenen) Bewerber - im Sinne einer Ermessensreduzierung auf Null ("Beurteilungsermessen") - der am besten geeignete Übernahmekandidat war (stRspr, vgl. BVerwG, Urteil vom 17. November 2016 - 2 C 27.15 - BVerwGE 156, 272 Rn. 27).

- 66 Ferner wäre der Frage nachzugehen, ob ein - hier dem Grund nach unterstellter - Schadensersatzanspruch in seinem Umfang von vornherein auf die gesetzlich festgelegte Probezeit beschränkt ist, weil die dann zu treffende Entscheidung, ob der Bewerber sich in der Probezeit bewährt hat, unter dem Gesichtspunkt des hypothetischen Kausalverlaufs eine äußerste Grenze des überhaupt überschaubaren weiteren beruflichen Werdegangs des zu Unrecht abgelehnten Bewerbers darstellen könnte.
- 67 3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO und beruht in der Höhe der jeweiligen Kostenquote darauf, dass das hilfsweise Feststellungsbegehren in seiner Bedeutung für den Kläger deutlich hinter dem mit dem Hauptantrag verfolgten Übernahmebegehren zurück bleibt.

Domgörgen

Dr. von der Weiden

Dr. Hartung

Dollinger

Dr. Günther

B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird gemäß § 52 Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 GKG auf 24 926,58 € (sechs Monatsbezüge des Grundgehalts der Besoldungsgruppe A 13 in Höhe von 4 154,43 €) festgesetzt.

Domgörgen

Dr. von der Weiden

Dr. Hartung