

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

Zweiter Senat

- Der Vorsitzende und Berichterstatter

2 BvR 1989/12

Karlsruhe, 17.10.2013

Durchwahl 9101-200

1. Land Nordrhein-Westfalen
vertreten durch die Bezirksregierung Köln
Zeughausstraße 2 - 10
50667 Köln
2. Landesregierung Nordrhein-Westfalen
vertreten durch die Ministerpräsidentin
Staatskanzlei
40190 Düsseldorf
3. Landtag Nordrhein-Westfalen
vertreten durch den Präsidenten
Haus des Landtags
Postfach 10 11 43
40002 Düsseldorf
4. Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen
Martin-Luther-Platz 40
40212 Düsseldorf
5. Ministerium für
Schule und Weiterbildung
des Landes Nordrhein-Westfalen
40190 Düsseldorf



Verfassungsbeschwerde
der Frau [REDACTED] B[REDACTED],
[REDACTED] Köln,

- Bevollmächtigte: CBH Rechtsanwälte Cornelius,
Bartenbach, Haesemann & Partner,
Bismarckstraße 11-13, 50672 Köln -

1. unmittelbar gegen

- a) den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Juli 2012 - BVerwG 2 B 35.12 (2 B 26.11) -,
- b) den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. März 2012 - BVerwG 2 B 26.11 -,
- c) den Beschluss des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 2. Dezember 2010 - 6 A 1695/10 -,
- d) das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 7. Juli 2010 - 3 K 5879/09 -,
- e) den Bescheid der Bezirksregierung Köln vom 14. August 2009 - 47.5-Pe -,

2. mittelbar gegen §§ 6 Abs. 1 Satz 1, 52 Abs. 1, 84 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 der Laufbahnverordnung (LVO NRW) in der seit dem 18. Juli 2009 geltenden Fassung

6 Anlagen

Anbei übersende ich Ihnen gemäß §§ 94, 77 BVerfGG Abdrucke der Beschwerdeschrift und der angefochtenen Entscheidungen. Sie erhalten Gelegenheit zur Äußerung bis zum 15. Februar 2014.

Eine etwaige Stellungnahme sollte sich insbesondere mit der Frage befassen, ob Einstellungshöchstaltersgrenzen für Beamte im Hinblick auf den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes in einer Verordnung geregelt werden können und - falls ja - ob die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage hinreichend bestimmt ist. Bitte teilen Sie auch mit, ob und welche Erwägungen insoweit im Gesetzgebungsverfahren angestellt wurden. Ferner sollte die Stellungnahme Ausführungen zum Ziel der Altersgrenzenregelung, zu den Gründen für die Anhebung des Einstellungshöchstalters von 35 auf 40 Jahre und zu diesbezüglichen personalwirtschaftlichen, fiskalpolitischen und/oder sonstigen Erwägungen des Ordnungsgebers beinhalten. Dies gilt insbesondere für mögliche finanzielle Mehrbelastungen bei einer Verbeamtung im Vergleich zur Anstellung eines Lehramtsanwärters mit Rücksicht auf §§ 11, 14, 55 des Landesbeamtenversorgungsgeset-

zes. Auch insoweit sollten etwaige Überlegungen aus dem Verfahren über den Erlass der Laufbahnverordnung wiedergegeben werden.

Sie haben Gelegenheit, bis zum gleichen Datum auch zur Höhe des Gegenstandswertes Stellung zu nehmen.

Ich wäre Ihnen dankbar, wenn Sie Ihre Stellungnahme in 30 Stücken abgeben würden.

Prof. Dr. Andreas Voßkuhle
Präsident

Beglaubigt

Seiffge

(Seiffge)
Amtsinspektorin



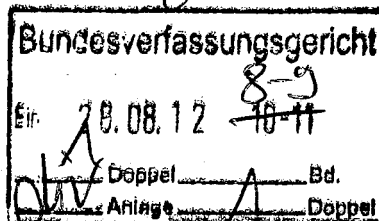
AR 6953/12

CBH
RECHTSANWÄLTE

CORNELIUS
BARTENBACH
HAESEMANN
& PARTNER

Cornelius Bartenbach Haesemann & Partner
Bismarckstraße 11-13, D-50672 Köln
Bundesverfassungsgericht
Schloßbezirk 3
76131 Karlsruhe

kein Faxeingang



Registernummer
11/600038 86/ha

Telefon
+49.221.95190-86

Telefax
+49.221.95190-96

E-Mail
m.pagenkopf@cbh.de

Köln, den 24. August 2012

Verfassungsbeschwerde

der Lehrerin [REDACTED] B [REDACTED] Köln,

Beschwerdeführerin,

Prozessbevollmächtigte: C-B-H Rechtsanwälte Cornelius,
Bartenbach, Haesemann & Partner,
Bismarckstraße 11-13, 50672 Köln

1. unmittelbar gegen

- a) die Bescheide der Bezirksregierung Köln vom 14.08.2009 und (gleichlautend) vom 18.08.2009 - Ablehnung des Antrages auf Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe
- b) das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 07.07.2010 - 3 K 4856/09 Köln
- c) den auf § 130a VwGO gestützten Beschluss des OVG NRW vom 26.10.2010 - 6 A 1690/10
- d) den Beschluss des BVerwG vom 26.03.2012 - BVerwG 2 B 26.11 - über die Nichtzulassung der Revision ✓
- e) den Beschluss des BVerwG vom 19.07.2012 - - über die Zurückweisung der Anhörungsgrüge - BVerwG 2 B 35.12 ✓
- Eingang bei den Prozessbevollmächtigten am 31.07.2012

Dr. Gert Cornelius ^{bis 1999}
Prof. Dr. Kurt Bartenbach ^{1 4}
Manfred Haesemann ²
Verner M. Mues ¹
Dr. Manfred Hecker ⁵
Dr. Joachim Strieder
Ernst Eisenbeis ¹
Dieter Maier-Peveling ^c
Prof. Dr. Stefan Hertwig ^{2 3}
Dieter Korten M.A.
Arnd Holzapfel ³
Stefan Rappen ²
Dr. Jörg Laber ¹
Paul H. Assies ⁷
Paul M. Kiss
Dr. Ingo Jung ⁴
Johannes Ristelhuber
Jens Kunzmann ⁴
Falk Newi ^{6 c}
Volker Werxhausen ¹
Markus Vogelheim ³
Andrea Heuser ⁸
Doris Deucker
Stefan Koch ²
André Ueckert ¹
Nadja Siebertz ⁴, Mediatorin
Franziska Anneken
Dr. Martin Quodbach, LL.M. ⁴
Dr. Markus Rüttig ⁴
Dr. Eike N. Najork, LL.M.
Dr. Tassilo Schiffer ²
Andreas Haupt ²
Dr. Markus J. Goetzmann, LL.M.
Panagiotis Paschalis
Dr. Helmut Krein, WP
Christian Schmitt ⁴
Christine Püschmann
Nils Mrazek ³
Torsten Bork ³
Dr. Anja Bartenbach-Fock, LL.M. ⁴
Dr. Sascha Vander, LL.M. ¹⁰
Christopher Küas
Dr. Jochen Hentschel
Dr. Falk Müller, LL.M. ^{19 c}
Tobias Gabriel
Dr. Marie Teworte-Vey
Lars Christoph ²
Niklas Kinting
Alexander Brierley, LL.M. ¹
Dr. Cornelia Wellens
Kristin Kingerske, LL.M.
Katharina Slawinski
Andrea Renvert, LL.M.
Dr. Thomas Gerdorn
Dr. Christoph Naendrup, LL.M.
Linda Kulczynski
Dr. Carolin Dahmen
Frederik Bockelmann
Christoph Römer, LL.M.

Prof. Dr. Max Dietlein ^{bis 2005}
Präsident des OVG und VGH NRW a.D.

Dr. Gabriele Wurzel
Staatssekretärin a.D.

Prof. Dr. Winfried Pinger
Unternehmensnachfolge und Erbrecht

Dr. Martin Pagenkopf
Richter am BVerwG a.D.

Dr. Herbert Ferger
Recht der wirtschaftlichen Selbstverwaltung

- 1 Fachanwalt für Arbeitsrecht
2 Fachanwalt für Verwaltungsrecht
3 Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
4 Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz
5 Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht
6 Fachanwalt für Versicherungsrecht
7 Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
8 Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
9 Fachanwalt für Strafrecht
10 Fachanwalt für Informationstechnologierecht
C. Kanzlei Cottbus

2. mittelbar gegen §§ 6 Abs. 1 Satz 1, 52 Abs. 1, 84 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 der Laufbahnverordnung - LVO NRW - in der seit dem 18.07.2009 geltenden Fassung

Die behördlichen und gerichtlichen Entscheidungen sind in den **Anlagen CBH 1 bis CBH 5** beigelegt.

Gemäß der als **Anlage CBH 6** beigelegten Prozessvollmacht zeigen wir an, dass wir die Beschwerdeführerin anwaltlich vertreten.

Namens und im Auftrag der Beschwerdeführerin erheben wir

Verfassungsbeschwerde

gegen die obengenannten Bescheide und gerichtlichen Entscheidungen sowie gegen die genannten Bestimmungen der Laufbahnverordnung NRW. Hinsichtlich der Bescheide, der ergangenen gerichtlichen Entscheidungen sowie der angegriffenen Normen rügen wir die Verletzung der Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte der Beschwerdeführerin aus Art. 33 Abs. 2, Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 80 GG und Art. 20 Abs. 1 und 3 GG, Art. 19 Abs. 4 GG, auch i.V.m. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 103 Abs. 1 GG und Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG.

Wir **beantragen**,

die o. g. Bescheide der Bezirksregierung Köln, das o. g. Urteil des Verwaltungsgerichts Köln, den o. g. Beschluss des OVG NRW sowie die o. g. Beschlüsse des BVerwG aufzuheben.

Weiterhin wird **beantragt**,

die §§ 6 Abs. 1 Satz 1, 52 Abs. 1 und § 84 Abs. 2 LVO NRW n.F. für nichtig zu erklären.

Zur Begründung tragen wir Folgendes vor:

A

Sachverhalt

Die am 25.05.1959 geborene Beschwerdeführerin legte am 3. 8. 1984 die erste Staatsprüfung für das Lehramt –Sekundarstufe II – und am 25.09.1984 die erste Staatsprüfung für das Lehr-

amt –Sekundarstufe I – in den Fächern katholische Religion und Geschichte ab. Nach Ableistung des Vorbereitungsdienstes legte sie am 15.06.1987 mit der Lehramtsbefähigung für beide Sekundarstufen ab. Die Beschwerdeführerin ist verheiratet und hat zwei am 20.12.1988 und am 05.05.1991 geborene Söhne. Ab dem 31.08.1992 war die Beschwerdeführerin als hauptberufliche Lehrkraft mit den Fächern katholische Religion und Geschichte an dem [REDACTED] in Düsseldorf tätig. Am 25.03.1994 stellte sie einen Antrag auf Verbeamtung zum Schuljahr 1994/95, wobei sie um Berücksichtigung der Erziehungszeiten ihrer beiden Kinder bat. Es erging ein ablehnender Bescheid durch den Schulträger, das Erzbistum Köln, unter dem 22.04.1994. Am 16.07.1998 erfolgte eine Zusicherung einer Planstelle durch die Schulleiterin des genannten Gymnasiums, die später nicht anerkannt wurde.

Seit dem 20.08.2001 steht die Beschwerdeführerin in einem unbefristeten Angestelltenverhältnis im öffentlichen Schuldienst des Landes NRW. Ihren am 21.05.2004 gestellten Antrag auf Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe lehnte das Land mit Bescheid vom 22.06.2004 ab. Unter dem 20.04.2009 beantragte die Beschwerdeführerin erneut die Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe, diesmal unter Hinweis auf das Urteil des BVerwG vom 19.02.2009 - 2 C 18.09 (BVerwGE, 133, 143), das die bisherige Höchstaltersgrenze von 35 Jahren für den Eintritt in den öffentlichen Dienst beanstandet hatte. Zusätzlich mit Schreiben vom 22. und 25.06.2009 beantragte die Beschwerdeführerin das Wiederaufgreifen des früheren Verbeamtungsverfahrens aus dem Jahre 2004.

Unter dem 30.07.2009 hat die Beschwerdeführerin beim Verwaltungsgericht Köln Untätigkeitsklage erhoben. Mit Bescheid vom 11.08.2009, der der Beschwerdeführerin zugestellt wurde, und gleichlautendem Bescheid vom 18.08.2009, der ihren Prozessbevollmächtigten zugestellt wurde, lehnte die Bezirksregierung Köln den Antrag auf Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe ab, da die Höchstaltersgrenze von 40 Jahren nach der nunmehr am 19. 7. 2009 in Kraft getretenen Neufassung LVO NRW überschritten sei.

Mit Urteil vom 07.07.2010 wies das Verwaltungsgericht Köln - ohne vorausgegangene mündliche Verhandlung - die Klage ab. Auf den Inhalt des Urteils wird zur Vermeidung übermäßigen Lesestoffs Bezug genommen.

Die vom Verwaltungsgericht zugelassene Berufung wies das OVG NRW mit Beschluss vom 26.10.2010 zurück. Der Beschluss ist auf § 130a VwGO gestützt, also ohne mündliche Verhandlung und ohne Beteiligung der ehrenamtlichen Richter ergangen, weil der Senat sie ein-

stimmig für unbegründet und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht für erforderlich hielt. Auch auf den Inhalt des trotz Widerspruchs der Beschwerdeführerin im vereinfachten Verfahren ergangenen OVG-Beschlusses wird Bezug genommen.

Gegen die gleichfalls ausgesprochene Entscheidung des OVG, die Revision nicht zuzulassen, hat die Beschwerdeführerin beim BVerwG eine Nichtzulassungsbeschwerde unter dem 23.12.2010 eingelegt, die unter dem 28.01.2011 begründet wurde. Auf den Inhalt der Begründung der Nichtzulassungsbeschwerdeschrift vom 28.01.2011 wird Bezug genommen (**Anlage CBH 7**).

Der 2. Senat des BVerwG hat nach über einem Jahr Verfahrensdauer die Nichtzulassungsbeschwerde mit Beschluss vom 26.03.2012 - BVerwG 2 B 25.11 - zurückgewiesen. Zur Begründung hat er sich dabei weitgehend auf Gesichtspunkte berufen, die bereits vor Erhebung dieser Nichtzulassungsbeschwerde. Unmittelbar vor der Entscheidung in der Sache der Beschwerdeführerin fand vor dem 2. Senat eine mündliche Verhandlung mit der gleichen Thematik der Zulässigkeit von Höchstaltergrenzen mit anderen Beteiligten statt. Ausweislich der Pressemitteilung des BVerwG vom 23.02.2012 sind aufgrund einer mündlichen Verhandlung in den Verwaltungsstreitverfahren BVerwG 2 C 76.10, 79.10 und 2.11 - jeweils nach vorausgegangener mündlicher Verhandlung vor dem Senat - Urteile am 23.02.2012 ergangen. Laut dieser Pressemitteilung ist in diesen Verfahren die Vereinbarkeit der Altersgrenze von 40 Jahren für die Einstellung und Übernahme in das Beamtenverhältnis als Lehrer mit Verfassungsrecht und Europarecht als vereinbar angesehen worden. Weder die Beschwerdeführerin noch ihre Prozessbevollmächtigten waren über diese Vorgehensweise des Senats informiert worden. Auf den Inhalt des Beschlusses des 2. Senats vom 26.03.2012 - 2 B 26.11 - wird wiederum Bezug genommen.

b)

Gegen den am 16.04.2012 bei den Prozessbevollmächtigten der Beschwerdeführerin eingegangenen Beschluss des BVerwG haben diese unter dem 27.04.2012 eine Anhörungsrüge erhoben (**Anlage CBH 8**). Auf ihren Inhalt wird Bezug genommen.

Eine Entscheidung über die Anhörungsrüge erfolgte erst nach gemächlichem Zeitablauf durch Beschluss des BVerwG vom 19.07.2012 - BVerwG 2 B 35.12. Die Anhörungsrüge ist darin zurückgewiesen worden, ohne dass auf wesentliche vorgetragene Gesichtspunkte eingegangen wurde.

a

Der Beschluss zur Anhörungsrüge ist bei den Prozessbevollmächtigten der Beschwerdeführerin am 31.07.2012 eingegangen. Die vorliegende Verfassungsbeschwerde ist damit innerhalb der vorgesehenen Monatsfrist eingelegt.

B

Rechtliche Würdigung

I. Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig. Die Beschwerdeführerin hat den Rechtsweg gemäß § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG erschöpft. Damit hat sie zugleich die ihr mittelbar gegen die angegriffene Norm zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten im Rahmen des fachgerichtlichen Rechtsschutzes ausgeschöpft. Der Beschluss über die Anhörungsrüge der Beschwerdeführerin ist auch fristgerecht mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen. Die Monatsfrist des § 93 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG ist gewahrt.

Vertiefende Bemerkungen zu den übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Verfassungsbeschwerde sind hier nicht veranlasst. Insbesondere ist die Beschwerdeführerin gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG beteiligtenfähig und parteifähig. Sie kann als „jedermann“ Verfassungsbeschwerde erheben, da sie in ihren Grundrechten und grundrechtsgleichen Rechten, namentlich der Art. 33 Abs. 2, Art. 3 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1, Art. 19 Abs. 4, Art. 103 Abs. 1 und Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt sein kann. Zu den Akten der öffentlichen Gewalt gehören die ergangenen Verwaltungsentscheidungen, die Gerichtsentscheidungen und das Handeln des Verordnungsgebers im Lande NRW.

Zweifel an der Beschwerdebefugnis der Beschwerdeführerin bestehen nicht. Eine Verletzung der genannten Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechten erscheint jedenfalls nicht ausgeschlossen, da der Beschwerdeführerin der Zutritt zum Beamtenverhältnis aus rechtswidrigen Gründen verwehrt wurde, sie einer Ungleichbehandlung infolge einer Altersdiskriminierung ausgesetzt sein kann, und ihre allgemeine Handlungsfreiheit durch den Erlass einer rechtswidrigen Laufbahnverordnung beeinträchtigt wird. Zusätzlich liegt ein Gehörsverstoß nach Art. 103 Abs. 1 GG nahe, wie in der Anhörungsrüge dargelegt wurde, und ebenso kann das Recht auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG deshalb verletzt sein, weil das letztinstanzliche Verwaltungsgericht den Europäischen Gerichtshof nicht angerufen hat. Ferner kann ein Verstoß gegen den Grundsatz wenigstens einer mündlichen Verhandlung in einem Gerichtsverfahren nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK vorliegen. Ebenso ist nicht ausgeschlossen,

dass die ergangenen gerichtlichen Entscheidungen die Reichweite der in Betracht kommenden Grundrechte verkannt haben, insbesondere auch eine willkürliche Handhabung des einfachen Rechts darstellen.

II.

Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

1. Zum Prüfungsmaßstab

a. Zur Urteilsverfassungsbeschwerde

Soweit sich die Beschwerdeführerin gegen die erlassenen gerichtlichen Entscheidungen wendet, sind hier die Grundsätze der Überprüfung einer Urteilsverfassungsbeschwerde anzuwenden. Das BVerfG prüft demnach nur, ob der Einfluss der Grundrechte oder einer einschlägigen Verfassungsnorm durch das Fachgericht vollständig oder auch nur in Teilbereichen verkannt wurde, die Rechtsanwendung als solche willkürlich war oder die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung überschritten wurden. Es geht damit nur um die Prüfung von spezifischem Verfassungsrecht (vgl. nur BVerfGE 18, 85 [92]). Vorliegend liegen Eingriffe durch die jeweils negative Beschlussformel der Gerichtsentscheidungen vor, aber auch durch den Ablauf des Gerichtsverfahrens selbst. Dabei ist der Beschwerdeführerin bewusst, dass die Auslegung und Anwendung des Gesetzesrechts Aufgabe der Fachgerichte ist. Sie können - abgesehen von Verstößen gegen das Willkürverbot - nur darauf überprüft werden, ob sie Auslegungsfehler enthalten, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung des betroffenen Grundrechts, insbesondere vom Umfang seines Schutzbereichs, beruhen. Das ist aber der Fall, wenn die von den Fachgerichten vorgenommene Auslegung der Norm die Tragweite des Grundrechts nicht hinreichend berücksichtigt oder im Ergebnis zu einer unverhältnismäßigen Beschränkung der grundrechtlichen Freiheit führt (vgl. BVerfGE 18, 85 [92 f., 96]; 33, 125 [168]; BVerfGE 85, 248 [257 f.]).

Soweit sich die Verfassungsbeschwerde gegen die Verwaltungsentscheidungen und die ergangenen Gerichtsentscheidungen richtet, ist die grundrechtswidrige Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts durch die Behörde und die Gerichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu rügen. Denn die Grundrechte sind nicht nur Maßstab für die Gültigkeit der Rechtsnorm, sondern auch für die Auslegung und Anwendung

der Normen maßgebend (vgl. BVerfGE 51, 304 [323]). Die Gerichte haben die verfassungsrechtlichen Vorgaben, insbesondere aus Art. 33 Abs. 2 GG, bei der Auslegung der Laufbahnverordnung NRW verkannt.

b. Zur gleichzeitig erhobenen – eingebetteten - Rechtssatzverfassungsbeschwerde

Mit der Urteilsverfassungsbeschwerde ist vorliegend aber eine zugleich erhobene Rechtssatzverfassungsbeschwerde verbunden, mit der die Verfassungswidrigkeit der genannten Bestimmungen der Laufbahnverordnung gerügt wird. Treffen aber eine Urteilsverfassungsbeschwerde und zugleich eine Rechtssatzverfassungsbeschwerde – wie vorliegend - zusammen, da hier nämlich in die Urteilsverfassungsbeschwerde eine Normenkontrolle eingebettet ist, ist damit zunächst vorrangig die Frage der Verfassungsmäßigkeit der von den Fachgerichten herangezogenen Normen - in vollem Umfang - zu prüfen (vgl. nur Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl. 2010 a.a.O., S. 201 mwN).

Es wird deshalb vorab begründet, weshalb die Bestimmungen der Laufbahnverordnung verfassungswidrig und damit nichtig sind. Erst in einem zweiten Schritt geht es bei Annahme der Verfassungsmäßigkeit der Norm um die Frage der verfassungsmäßigen (abstrakten) Auslegung der Norm, wobei es auf die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte ankommt, und in einem weiteren Schritt geht es um die verfassungsmäßige konkrete Anwendung der Norm auf den Einzelfall. Denn sowohl bei der Frage der verfassungsmäßigen Auslegung oder Rechtsanwendung kommt die Berücksichtigung der Grundrechte als auch eine Abwägung zwischen den widerstreitenden Grundrechtspositionen in Betracht (vgl. Schlaich/Korioth, aaO S. 181 m.w.N.).

2. Verfassungswidrigkeit der §§ 6 Abs. 1 Satz 1, 52 Abs. 1 und § 84 Abs. 2 LVO NRW n.F.

a. Ungeeigneter, verfassungswidriger Reparaturversuch

Die genannten Bestimmungen der Laufbahnverordnung NRW stellen den Versuch dar, die vom 2. Senat des BVerwG in seinem Urteil vom 19.02.2009 festgestellte Nichtigkeit der früheren Laufbahnverordnung mit ihrer Altersgrenze von 35 Jahren zu reparieren. Der Ordnungsgeber hat jedoch die vom BVerwG damals angemahnte Abwägung zwischen dem Leistungsprinzip nach Art. 33 Abs. 2 GG, auf das sich die

„altgedienten“ Lehrer besonders berufen können, und anderen relevanten öffentlichen Belangen nicht vorgenommen. Die Problematik von Altersgrenzen hat der Verordnungsgeber überhaupt nicht erfasst. Die genannten Bestimmungen der Laufbahnverordnung stehen mit Art. 33 Abs. 2 GG, Art. 20 Abs. 3, Art. 80 GG und der Wesentlichkeitsrechtsprechung des BVerfG nicht in Einklang.

b. Keine Beachtung der Wesentlichkeitsrechtsprechung des BVerfG

Der Verordnungsgeber hat verkannt, dass im vorliegenden Fall ein Parlamentsgesetz zur Regelung der Altersgrenzen bei der Frage des Zugangs zum öffentlichen Dienst notwendig war. Das BVerfG hat aus den einzelnen grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten, aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) die Verpflichtung des Gesetzgebers abgeleitet, nicht nur im Bereich der unmittelbaren Grundrechtsausübung, sondern auch in allen grundlegenden normativen Bereichen die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen (BVerfGE 49 89 [126]; BVerfGE 77, 170 [230]). Auch wenn damit Ermächtigungsgrundlagen zum Erlass ergänzender Regelungen - etwa durch eine Rechtsverordnung - nicht ausgeschlossen sind, müssen aber die wesentlichen Entscheidungen einschließlich etwaiger Ermächtigungsnormen in einem Parlamentsgesetz enthalten sein. Nur wenn dieser Vorbehalt des Gesetzes nicht eingreift, sind auch Ermächtigungen zum Erlass von Rechtsverordnungen zulässig, die Einfluss auf den Inhalt von Gesetzen haben können (st. Rspr. des BVerfG, vgl. nur die Zusammenfassung bei BVerfG in NStZ-RR 1997, 342 m.w.N.).

Im vorliegenden Fall der Festsetzung von Altersgrenzen für den Zugang zum öffentlichen Dienst durfte die Legislative von vornherein nicht die Bereiche ihrer rechtssetzenden Gewalt auf die Exekutive übertragen. Die auf der Grundlage der Wesentlichkeitstheorie nach dem Grad der Wesentlichkeit zu stellende Frage, nämlich ob der parlamentsgesetzliche Vorbehalt gilt oder nur der materiell-gesetzliche Vorbehalt, der auch bei Rechtsverordnungen und anderen untergesetzlichen Normen besteht, ist dahin zu beantworten, dass mit der Frage einer Altersgrenze bei der Zugangsgewährung zum öffentlichen Dienst ein zentrales Element der Eignung angesprochen wird. Maßgebend für die Beurteilung der Intensität der Wesentlichkeit, die dem zur Regelung anstehenden normativen Gegenstand beizumessen ist, sind die Tiefe und das Ausmaß eines damit verbundenen etwaigen Grundrechtseingriffs. Bei allen normativ

zu regelnden Angelegenheiten von besonderer Wichtigkeit, wie bei intensiven grundrechtlichen Eingriffen oder normativen Grundsatzfragen, muss der Parlamentsgesetzgeber selbst diese Regelung treffen. Nur wenn einem Gegenstand diese besondere Wichtigkeit fehlt, sind damit Rechtsverordnungen zulässig. Ist das nicht der Fall, so bewirkt das Eingreifen der Wesentlichkeitstheorie eine Delegationssperre (vgl. nur Mann, in: Sachs, GG, Rn. 21 und 22 Art. 80 GG m.w.N.).

Damit sind jegliche Global- oder Pauschalermächtigungen für die Exekutive ausgeschlossen. Inwieweit durch das bisherige überkommene Beamtenrecht und seine Orientierung an herkömmlichen Laufbahnvorstellungen, die bisher im Verordnungswege vorgenommen wurden, grundlegende normative - wesentliche - Bereiche berührt sind, lässt sich anhand einer komplexen Gesamtschau klären. Dabei spielt sowohl die Rechtsentwicklung im Gemeinschaftsrecht als auch diejenige im Bund und in den einzelnen Bundesländern eine wesentliche Rolle.

Für das Gemeinschaftsrecht, auf das wegen der seitens der Gerichte unterbliebenen Vorlage zum EuGH näher einzugehen sein wird (siehe unten S. 46ff), ist an dieser Stelle festzuhalten, dass nach Art. 19 Abs. 1 AEUV der Rat im Zuständigkeitsbereich der Union ermächtigt ist, Regelungen gegen altersbezogene Diskriminierungen zu erlassen. Art. 21 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der EU enthält ebenfalls ein absolutes Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters, wobei gemäß Art. 6 Abs. 1 des Vertrages über die Europäische Union vom 13.12.2007 die Charta der Grundrechte der EU mit den EU-Verträgen rechtlich gleichrangig ist. Im Sekundärrecht der EU ist die Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 (ABl. Nr. L 303 S. 16) maßgebend, und zwar „zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf“. Diese durch zahlreiche Entscheidungen des EuGH inzwischen konkretisierte Richtlinie soll u. a. Diskriminierungen aufgrund des Alters verhindern und einen allgemeinen Rahmen zur Bekämpfung der Diskriminierung in den Mitgliedstaaten schaffen. Hier ist insbesondere auf Art. 6 der Richtlinie hinzuweisen (siehe unten S. 46ff).

Auch in einzelnen Bundesländern und im Bund spielt die Frage von Altershöchstgrenzen eine wesentliche Rolle. Diese sind etwa im Bund und einigen Ländern aus dem Gesichtspunkt der Altersdiskriminierung abgeschafft worden. Stellt man dann zusätzlich auf den subjektiven Gehalt des grundrechtsgleichen Rechts aus Art. 33

Abs. 2 GG ab, wonach das Leistungsprinzip im öffentlichen Dienstrecht gilt, so drängt sich das Eingreifen der Wesentlichkeitstheorie nahezu auf und damit das Vorliegen einer Delegationssperre.

Besonderen Anlass, das Problem der Altersdiskriminierung im Beamtenrecht gerade in Gesetzesform zu regeln, hatte der NRW-Normgeber deshalb, weil infolge der Urteile des BVerwG vom 19.02.2009 zahlreiche Sonderfälle für Beamtenbewerber auftraten, die jeweils einer komplexen Lösung bedurften. Mit einer bloßen Änderung des bisherigen Laufbahnrechts im Wege einer Verordnung konnte eine sachgerechte Lösung dieser wesentlichen Fragen nicht erreicht werden. Das BVerwG selbst hat für die nordrhein-westfälische Rechtslage in seinem Urteil vom 19.02.2009 auf die zum Ausgleich zu bringenden gegensätzlichen Ansätze hingewiesen, insbesondere einerseits auf die Bedeutung der Altersgrenze auf das Lebenszeitprinzip und das damit verbundene Interesse an möglichst langen aktiven Dienstzeiten und andererseits auf die mit Altersgrenzen verbundene empfindliche Beeinträchtigung des verfassungsrechtlichen Leistungsgrundsatzes.

Das Gericht sprach damals von einer notwendigen Gewichtung im grundrechtsrelevanten Bereich und damit auch im grundlegenden normativen Bereich des Beamtenrechts. Von daher drängte sich eine Parlamentsbefassung mit diesem Fragenkreis auf. Denn für derart gravierende Entscheidungen mit Auswirkungen auf Grundrechte und wesentliche Merkmale der Beamtenrechtsstruktur in einem Bundesland, soweit es um die konkrete Handhabung des Verbots der Altersdiskriminierung geht, bedurfte es einer Parlamentsentscheidung, die allein den demokratischen Willen des jeweiligen Landesvolks repräsentieren kann. Nur das parlamentarische Verfahren selbst mit seiner sorgfältigen Entscheidungsvorbereitung, der umfassenden Tatsachen- und Rechtserörterung von Gesetzesentwürfen, deren Begleitung durch die Landesregierung und die einzelnen Ressorts, durch parlamentarische Ausschüsse und durch sachkundige Anhörverbände und eine interessierte Öffentlichkeit können gewährleisten, dass das erforderliche Abwägungsmaterial für eine richtige gesetzliche Entscheidung geschaffen wird und die sodann volle rechtliche Dimension in transparenter Weise erfasst wird. Begreiflicherweise kann ein ministerieller Ordnungsgeber diese Aufgabe weder von seiner Legitimation noch von seiner Sachkunde her leisten. Deshalb greift hier die Wesentlichkeitsrechtsprechung des BVerfG in besonders deut-

licher Weise ein. Denn erst nach einer parlamentarischen Klärung der zentralen gesellschaftlich und politisch bedeutsamen Fragen konnte ggf. eine zielgenaue Verordnungsermächtigung auch zur Durchsetzung des Verbots der Altersdiskriminierung im Beamtenrecht erfolgen, aber insbesondere auch zur Sicherung des verfassungsrechtlich abgesicherten Leistungsgrundsatzes. Dafür spricht insbesondere auch, dass nach dem Erlass des Urteils des BVerwG vom 19.02.2009, die die bisherigen Altersgrenzen im Laufbahnrecht, eine große, flächendeckende Rechtsunsicherheit bei zahlreichen Beamtenbewerbern in NRW entstand, wofür Hunderte von Verwaltungsgerichtsverfahren der Beleg sind. Eine schlichte Tätigkeit der Exekutive auf der Grundlage einer allgemein pauschalisierenden Verordnung, die ganz im Sinne des herkömmlichen Laufbahnrechts erlassen wurde und gar nicht die Gesichtspunkte der Altersdiskriminierung im Blick hatte, konnte hier keine ernsthaft zu diskutierende Abhilfe darstellen.

Diese vollständige Vernachlässigung wesentlicher Belange durch die Entscheidung der Exekutive wird durch die amtliche Begründung des Änderungsentwurfs zur Laufbahnverordnung (zum Text s. unten S. 32f.) bestätigt. Aus dieser Begründung wird in keiner Weise klar, inwieweit der Verordnungsgeber überhaupt die gegenläufigen Interessen im Zusammenhang mit der Höchstaltersgrenzenproblematik und deren schließlich erfolgte Festsetzung auf 40 Jahre gegenübergestellt und letztlich auch gewichtet hat. Die zentrale Frage, ob und inwieweit die sich aus der Schaffung einer normativen Altersgrenze ergebende Beeinträchtigung des einzelnen Beamtenbewerbers für eine sachgerechte Ausgestaltung unter Berücksichtigung des Art. 33 Abs. 2 GG bei den Überlegungen des Verordnungsgebers eine Rolle gespielt haben, lässt sich weder den Normen selbst noch ihrer Begründung, noch den ergangenen gerichtlichen Entscheidungen, die hier angegriffen werden, entnehmen. Es erschließt sich in keiner Weise, weshalb gerade die Höchstaltersgrenze von 40 Jahren der Herstellung eines angemessenen Verhältnisses zwischen aktiver Dienstzeit und Versorgungsansprüchen dienen kann, zumal gerade der Deutsche Beamtenbund und der DGB sich im Vorfeld für eine Höchstaltersgrenze von 45 Jahren ausgesprochen hatten und der Bund und andere Bundesländer überhaupt von der Beibehaltung jeder Höchstaltersgrenze Abstand genommen haben. Die Änderungsverordnung verstößt damit gegen die Wesentlichkeitsrechtsprechung und zugleich gegen das Rechtsstaatsprinzip.

c. Verstoß gegen Art. 80 Abs. 1 GG

Die Änderungsverordnung der Landesregierung verletzt auch Art. 80 Abs. 1 GG. Es fehlt an einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage für die Änderungsverordnung. Nach § 5 Abs. 1 des Landesbeamtengesetzes in der ab 01.04.2009 geltenden Fassung lag zwar eine Ermächtigungsgrundlage vor. Diese entspricht jedoch nicht den sich aus Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG ergebenden Anforderungen, was Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz betrifft.

Die Ermächtigung muss ihrerseits so ausgestaltet sein, dass schon aus ihr und nicht erst aus der ermächtigten Verordnung erkennbar und vorhersehbar ist, was vom Bürger gefordert werden kann. Der parlamentarische Gesetzgeber selbst muss die maßgebenden Vorschriften erlassen. Er soll sich nicht in der Weise seiner Verantwortung entziehen dürfen, dass er einen Teil seiner ureigenen Gesetzgebung auf die Exekutive überträgt (vgl. nur Maunz, in: Maunz/Dürig, GG, 58. Ergänzungslieferung 2010, Rn. 28 zu Art. 80 m.w.N.).

Bezogen auf das Verbot der Altersdiskriminierung enthält die Ermächtigungsgrundlage des § 5 LBG NRW n.F. keinerlei Anhaltspunkte. Es ist überhaupt nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber durch den allgemeinen Hinweis auf das Laufbahnrecht, das zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums zählt - Art. 33 Abs. 5 GG, bereits konkrete Überlegungen zur Verhinderung einer Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienst im Blick hatte. Erst durch die dargelegte gemeinschaftsrechtliche Entwicklung und den Umstand, dass im Bund und einzelnen Bundesländern Altershöchstgrenzen gestrichen wurden, ist das Problem einer Altersdiskriminierung auch im Beamtenrecht überhaupt ins allgemeine Blickfeld geraten. Daran hat der Gesetzgeber in NRW aber offensichtlich nicht mehr gedacht.

Es besteht ein weiterer Mangel bei der Ermächtigungsnorm. Eine Ermächtigungsnorm ist nämlich in negativer Hinsicht durch die mangelnde Voraussehbarkeit des Inhalts der Rechtsverordnung begrenzt. Wenn eine Ermächtigung so unbestimmt ist, dass nicht mehr voraussehbar ist, in welchen Fällen, in welche Richtung und mit welchem Inhalt die auf die Ermächtigung gestützte Verordnung erlassen wird, so liegt ein Verstoß gegen Art. 80 Abs. 1 GG vor (vgl. nur BVerfGE 1, 60; E 29, 210). Es muss deshalb ersichtlich sein, welche Entscheidung der Gesetzgeber selbst getroffen hat,

welche Fragen er geregelt wissen wollte, welche Grenzen er festgesetzt und angegeben hat und welchen Zielen die Regelung dienen soll. Nur dann kann die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage zum Verordnungserlass die erforderliche Voraussehbarkeit aufweisen (vgl. BVerfGE 2, 334; E 38, 83). An dieser Voraussehbarkeit fehlt es aber im vorliegenden Fall. Nach Erlass der Urteile des BVerwG vom 19.02. 2009) war für viele Betroffene in NRW vollkommen überraschend der Gesichtspunkt des Verbots der Altersdiskriminierung auch für das Beamtenrecht zum Tragen gebracht worden. Damit war ein völlig neuer rechtlicher Gesichtspunkt in diesem Rechtsbereich aufgetaucht, der nicht von dem Programm der alten Ermächtigungsgrundlage erfasst war.

Bei dem Verstoß gegen Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG ist auch noch zusätzlich zu berücksichtigen, dass die Ermächtigungsgrundlage in § 5 LBG NRW n.F. in einem wesentlichen Punkt von dem bis zum 31.03.2009 geltenden Recht abweicht. Denn nach § 15 Abs. 1 LBG NRW a.F. war beim Erlass einer Verordnung immer ausdrücklich das Einvernehmen mit dem Landtagsausschuss für innere Verwaltung herzustellen, um auf diese Weise eine breite parlamentarische Legitimation und Absicherung der Laufbahnregelung zu erzielen. Davon hat der Gesetzgeber in NRW offensichtlich aus Verwaltungsvereinfachungsgründen - allerdings unter Zurücksetzung der demokratischen Mitverantwortung des Parlaments beim Verordnungserlass - Abstand genommen. Auch deshalb kann § 5 LBG NRW n.F. keine wirksame Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der Änderungsverordnung sein.

d. Vereinbarkeit der Änderungsverordnung mit Art. 33 Abs. 2 GG

Die Änderungsverordnung verletzt Art. 33 Abs. 2 GG. Nach diesem grundrechtsgleichen Recht hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Die Interessen der Bewerber um ein öffentliches Amt sollen geschützt werden (BVerfGE 122, 147 [149]). Zugleich wird aber im Rahmen einer objektiven Wertentscheidung das Interesse der Allgemeinheit gesichert, möglichst qualifizierte Bewerber in die öffentlichen Ämter zu berufen (BVerfGE 56, 146 [163]). Art. 33 Abs. 2 GG dient damit dem Leistungsprinzip. Mit dem Begriff der Eignung ist das umfassendste Qualifikationsmerkmal dargestellt, das die ganze Persönlichkeit eines Bewerbers über rein fachliche Merkmale hinaus erfasst und damit die beiden anderen Merkmale der Befähigung und der fachlichen

Leistung mit umschließt (vgl. Badura, in: Maunz/Dürig, GG, 58. Ergänzungslieferung 2010, Rn. 30 zu Art. 33 GG; auch Jarass, in: Jarass/Pieroth GG, 12. Aufl. 2012 Rn. 14 zu Art. 33 GG).

aa. Schutzbereich und Eingriff

An der Eröffnung des Schutzbereichs ist nicht zu zweifeln, denn es geht um den Zugang zu einem öffentlichen Amt, eben die Verbeamtung. Das Grundrecht der eignungsbezogenen Gleichbehandlung beim Zugang zu öffentlichen Ämtern wird durch jede Ungleichbehandlung des Grundrechtsinhabers im Vergleich zu anderen Bewerbern beim Zugang zu diesem Amt beeinträchtigt (Jarass, a.a.O., Rn. 12 zu Art. 33). Höchstes Einschränkungspotential weisen dabei die Altersgrenzen auf, die dem Leistungsgrundsatz diametral entgegenstehen können. Dessen Geltung soll durch Art. 33 Abs. 2 GG gerade den Zugang zu jedem öffentlichen Amt ohne jede Schranke und ohne jeden Vorbehalt gewährleisten (vgl. BVerwG, Urteil vom 24.09.2009 - NVwZ 2010, 251 [252]). Wenn aber nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung eine Bewerberin oder ein Bewerber nur aus Gründen zurückgewiesen werden kann, die unmittelbar seine Eignung, Befähigung und fachliche Leistung betreffen, ist eine Zurückweisung von bereits langjährig im staatlichen Schuldienst oder Ersatzschuldienst angestellten Lehrern bei der Übernahme als Beamter in den Vorbereitungsdienst schlicht sinnwidrig. Denn im Gegensatz zu bisher nicht berufstätigen Neubewerbern können sie bereits auf mess- und bewertbare Nachweise über ihre Befähigung und Leistungskraft aufgrund ihrer bisherigen Dienstzeiten verweisen.

In der Rechtsprechung des BVerwG ist anerkannt, dass das Alter „nur dann ein Eignungsmerkmal i.S.d. Art. 33 Abs. 2 darstellen kann, wenn daraus geschlossen werden kann, dass der Bewerber typischerweise den Anforderungen des Amtes nicht mehr genügt, wenn er ein bestimmtes Alter überschritten hat“ (BVerwGE 122, 147 [150]). Das mag bei Ämtern und Laufbahnen nahe liegen, die mit erhöhten körperlichen Anforderungen verbunden sind, etwa dem Militärdienst, dem Polizeivollzugs- oder dem Feuerwehrdienst. Diese Fälle sind mit dem Schuldienst von vornherein nicht vergleichbar. Denn bei einer Fallgruppe derjenigen Lehrer, die bereits langjährig im staatlichen Schuldienst oder Ersatzschuldienst angestellt sind, werden in aller Regel keine Zweifel an ihrer Befähigung, an den auch allgemein der Lehrtätigkeit zugute kommenden Fähigkeiten, die u.a. aus Begabung, Allgemeinwissen, Lebenserfah-

rung, allgemeine Ausbildung abzielen, bestehen können (vgl. BVerfGE 110, 304 [333]). Bezogen auf die fachliche Leistung, also was Fachwissen, Fachkönnen und Bewährung im Fach betrifft, dürften ebenso wenig Zweifel bestehen. Soweit es um den Eignungsbegriff im engeren Sinne geht, der alle sonstigen geistigen, körperlichen, psychischen und charakterlichen Eigenschaften erfasst (BVerfGE 92, 140 [151]) bestehen gerade bei den besonders geeigneten und bewährten Lehrern, denen aber der Einstieg in ein Beamtenverhältnis wegen Überschreitens der Höchstaltersgrenze verwehrt wird, bedeutend weniger Zweifel als etwa bei Berufsanfängern.

bb. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Wird wie vorliegend durch die Festsetzung der Altersgrenze und die Regelungen der Laufbahnverordnung in das grundrechtsgleiche Recht des Art. 33 Abs. 2 GG eingegriffen, so kann eine eignungswidrige Ungleichbehandlung nur durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt sein (BVerfGE 122, 237 [239]; Jarass a.a.O. Rn. 17 zu Art. 33).

Es bedarf immer einer gesetzlichen Grundlage für die Zulässigkeit eines Eingriffs. Diese muss ausreichend bestimmt auf die vorgesehene Abweichung vom Leistungsgrundsatz bezogen sein. Wie oben bei der Prüfung des Art. 80 GG dargelegt, fehlt es im vorliegenden Fall an einer geeigneten Ermächtigungsgrundlage. § 5 LBG n.F. befasst sich überhaupt nicht mit dem Verbot einer Altersdiskriminierung. Abgesehen davon muss ein gesetzlich vorgesehener Eingriff in den Leistungsgrundsatz, der den Betroffenen eine grundrechtsgleiche Rechtsposition vermittelt, seinerseits erforderlich, geeignet und angemessen sein. Dabei ist der hohe Stellenwert des Leistungsprinzips gem. Art. 33 Abs. 2 GG für die gesamte Allgemeinheit von hohem Rang und besonders zu beachten.

aaa. Möglichst niedrige Altersgrenze in allen Laufbahnen

Es kann hier nicht auf die allgemein hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamten-tums zurückgegriffen werden, die das Problem der Altersdiskriminierung überhaupt nicht erfasst haben. Die Argumentation des BVerwG, dass das Beamtenverhältnis ein lebenslanges Dienst- und Treueverhältnis darstelle und deshalb ein Interesse des Dienstherrn daran bestehe, die Altersgrenze in allen Laufbahnen so niedrig wie möglich festzusetzen und damit den Beamten also so früh wie möglich einzustellen, um

möglichst lange von seiner Arbeitskraft zu profitieren und so eine möglichst lange aktive Dienstzeit seiner Beamten sicherzustellen (BVerwG, NVwZ 2009, 840) stellt nur einen einzigen Abwägungsgesichtspunkt dar, der aus dem überkommenen Verständnis des Berufsbeamtentums resultiert. Denn bereits aus den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben ergibt sich, dass das Verbot einer Altersdiskriminierung in allen Lebensbereichen und damit auch im Beamtenrecht zu verwirklichen ist. Es ist weder ein geeigneter, erforderlicher noch angemessener Schritt, wenn beim Lehrerberuf die ausschließliche Einstellung von jungen Laufbahnbewerbern, also Berufsanfängern, postuliert wird. Die Lebenserfahrung und die durch langjährige Lehrertätigkeit unter Beweis gestellte Eignung bei Lehrern, die die gesetzliche Altersgrenze von 40 Jahren bereits überschritten haben, tragen zu einer effizienteren Aufgabenbewältigung im Schuldienst bei, als wenn nur junge und unerfahrene Bewerber bevorzugt würden, die ihrerseits ja wiederum erst ein Lebensalter durchlaufen müssen.

bbb. Kriterium eines angemessenen Verhältnisses von Arbeitsleistung und Versorgungsansprüchen

Im Rahmen der Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit kann das von der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte angeführte Kriterium eines angemessenen Verhältnisses von Arbeitsleistung und Versorgungsansprüchen keine ausschlaggebende Rolle spielen. Die Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand wird damit begründet, dass ein angemessenes Verhältnis zwischen der Beschäftigungszeit und dem späteren Anspruch auf Versorgung herzustellen ist, also letztlich mit einem „Amortisations“-Interesse des Dienstherrn (vgl. hierzu OVG NRW, Urteil vom 15.03.2007 - 6 A 4625/05 - Beck RS 2007, 23206 Rn. 50). Dieses Urteil ist durch das Urteil des BVerwG vom 19.02.2009 (NVwZ 2009, 840) aufgehoben worden. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ergibt sich die Ungeeignetheit dieses Arguments bei der Frage der Herbeiführung einer Altersdiskriminierung durch Setzung von Höchstaltersgrenzen.

Bei bereits langjährig im staatlichen Schuldienst oder im gleichwertigen Ersatzschuldienst beschäftigten angestellten Lehrern, die nunmehr in ein Beamtenverhältnis wechseln wollen, besteht von vornherein **kein Missverhältnis von Dienstzeit und Versorgungslast**. Denn die Höhe der Versorgungsbezüge der Beamten richtet sich nach dem Beamtenversorgungsgesetz. Es sieht vor, dass der Beamte/die Beamtin

regelmäßig erst nach fünf Jahren ein Ruhegehalt in Höhe von 35 % der ruhegehaltstfähigen Dienstbezüge erhält (§ 14 Abs. 4 BeamtVG). Pro Dienstjahr wird dann eine Versorgung in Höhe von 1,79375 % der ruhegehaltstfähigen Dienstbezüge erarbeitet (§ 14 Abs. 1 BeamtVG). Wenn man diese beiden Zahlen in Beziehung setzt, so ergibt sich, dass für das bereits nach fünf Dienstjahren ausgeworfene Ruhegehalt in Höhe von 35 % der o.g. Dienstbezüge an sich eine Tätigkeit von 19,51 Jahren notwendig ist. Andererseits erwirbt die Beamtin/der Beamte das volle Ruhegehalt von 71,75 % erst nach Ableistung von 40 Dienstjahren (§ 14 Abs. 1 BeamtVG). Eine übermäßige Belastung des Dienstherrn tritt damit nur innerhalb der ersten fünf Dienstjahre ein. Das Kriterium des angemessenen Verhältnisses von Dienstleistung und Versorgungsansprüchen trifft daher schon im Ansatz nicht zu.

Zudem sind die angeblichen Versorgungslasten für die öffentliche Hand schon infolge der **Anrechnung von Rentenansprüchen** gemindert. Bei zuvor langjährig beschäftigten Lehrern im Angestelltenstatus wird die Höhe des Ruhegehalts von vornherein dadurch vermindert, dass Rentenansprüche der Ruhestandsbeamten (§ 14 Abs. 5 BeamtVG) auf die Mindestversorgung angerechnet werden (vgl. BVerfG NJW 1988, 1015; auch BVerfG, NVwZ-RR 2010, 118). Aus Art. 33 Abs. 5 GG wird dann geschlossen, dass die Ruhegehaltsbezüge sowohl das zuletzt bezogene Dienst Einkommen als auch die Zahl der Dienstjahre widerspiegeln (ständ. Rspr. seit BVerfGE 11, 203). Es gibt auch keinen althergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums, wonach Renten auf die Versorgungsbezüge nicht in der in § 55 Abs. 1 BeamtVG vorgesehenen Art angerechnet werden dürften (vgl. BVerfG, NVwZ-RR 2010, 118). Vielmehr kann sich der Dienstherr von seiner Alimentationspflicht dadurch entlasten, dass er „den Versorgungsberechtigten auf Einkünfte aus einer anderen öffentlichen Kasse verweist, sofern diese ebenfalls der Existenzsicherung des Versorgungsberechtigten und seiner Familie zu dienen bestimmt sind“ (BVerfG, Beschluss vom 16.03.2009 - 2 BvR 1003/08 in NVwZ-RR 2010, 118).

Daraus folgt, dass die Angemessenheit des Verhältnisses von Dienstleistung und Versorgungsansprüchen überhaupt nicht in Frage gestellt ist, wenn dem bereits langjährig in einem Angestelltenverhältnis tätigen Lehrer seinerseits anrechenbare Rentenansprüche zustehen. Denn die Versorgungslast des Staates wird von vornherein gemindert durch diese bestehenden Rentenansprüche. Die vom OVG NRW vertrete-

ne und vom BVerwG in seinem Nichtzulassungsbeschluss bestätigte Auffassung über ein Missverhältnis von Dienstzeit und Versorgungslast trifft bei langjährig tätigen Lehrern in einem Angestelltenverhältnis mit eigenen Rentenansprüchen von vornherein nicht zu. Dieser Gesichtspunkt kann von vornherein kein legitimes Ziel für die Rechtfertigung einer Altersdiskriminierung sein.

ccc. Das Ziel der Sicherung des Lebenszeitprinzips

Kein geeignetes Abwägungskriterium im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung kann das vom Verordnungsgeber in NRW verfolgte Ziel „der Sicherung des Lebenszeitprinzips - als eines der wesentlichen Strukturelemente des Beamtentums“ sein. Zu diesem Grundsatz rechnet das BVerwG mit einer einzelnen nicht näher festgelegten Dauerhaftigkeit und einem bestimmten Maß an personeller Konstanz, wobei auch das Interesse an einer sparsamen Haushaltsführung in Zusammenhang gebracht wird (BVerwG, NVwZ 2009 Seite 840 Rn. 16). Diese Rechtsprechung steht jedoch im Gegensatz zur Auffassung des 2. Senats des BVerfG (vgl. Beschluss vom 28.05.2008 - BVerfGE 121, 205 [224]). Nach der Auffassung des BVerfG bezieht sich das Lebenszeitprinzip entgegen der Auffassung des BVerwG nicht auf eine gewisse Dauerhaftigkeit oder ein bestimmtes Maß an Kontinuität, also nur solcher Gesichtspunkte, die allein dem Dienstherrn zugute kommen. Vielmehr dient das Lebenszeitprinzip allein der Sicherung der Unabhängigkeit des Beamten im Interesse einer rechtsstaatlichen Verwaltung. Deshalb soll der Beamte beispielsweise nicht willkürlich oder nach freiem Ermessen politischer Entscheidungsträger aus seinem Amt entfernt werden können. Deshalb ist der Rechtsprechung des BVerwG zu Recht entgegengehalten worden, dass die dem Beamten im Interesse seiner Integrität mit der lebenszeitlichen Statusbegründung und Versorgung gewährleisteten Unabhängigkeit mit einem möglichst frühen Beginn seines Beamtendaseins überhaupt nichts zu tun hat (vgl. Kühling/Bertelsmann, NVwZ 2010, 87 [92]). Die gewisse Dauerhaftigkeit der Beamtenstellung und die personelle Kontinuität sind damit von vornherein im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung keine geeigneten Kriterien, um eine Altersdiskriminierung zu rechtfertigen.

ddd. Sicherung einer sparsamen Haushaltsführung und Altersdiskriminierung

Der Ordnungsgeber in NRW hat unter Zustimmung der Rechtsprechung des BVerwG (vgl. Urteil vom 19.02.2009 - 2 C 18/07 Rn. 16) das Ziel einer sparsamen Haushaltsführung als objektives und legitimes Ziel angesehen. Ihm ist das OVG NRW in dem streitigen Urteil vom 27.07.2010 (6 A 858/07) gefolgt. Das BVerwG hat sich ohne eigene Begründung insoweit auf die beiden Urteile des EuGH (vom 22.11.2005, NZA 2005, 1445 Rn. 61 - Mangold - und vom 16.10.2007, NZA 2007, 1219, Rn. 66 - Felix Palacios de la Villa) zurückgezogen. In diesen beiden Entscheidungen des EuGH ist von einer sparsamen Haushaltsführung aber keine Rede, vielmehr geht es in einem Fall nur um die berufliche Eingliederung arbeitsloser älterer Arbeitnehmer und im anderen Fall um eine Regulierung eines nationalen Arbeitsmarktes, um Arbeitslosigkeit zu bekämpfen. Das BVerwG hat bei dieser Entscheidung offenbar übersehen, dass der Zweck, öffentliche Ausgaben zu verhindern, nicht zu einer Diskriminierung beitragen darf. Das hat der EuGH in seinem Urteil vom 23.10.2003 (Rs. C-4/02 u. C-5/05 Rn. 5 - Schönheit/Becker) in aller Deutlichkeit ausgeführt, als es um die Frage der Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung von Frauen ging.

Der Gesichtspunkt der sparsamen Haushaltsführung zur Rechtfertigung der Einführung einer Höchstaltersgrenze trägt auch aus einem anderen Gesichtspunkt nicht. Denn die Verbeamtung von Lehrern führt nach den Erfahrungen im Bundesland Schleswig-Holstein gerade dazu, dass der **Staat mit weniger Kosten belastet** wird, als wenn er Lehrer im Angestelltenverhältnis beschäftigt. Denn die laufenden Kosten für die Beschäftigung eines angestellten Lehrers sind wegen der Höhe der Sozialbeiträge, die die Anstellungskörperschaft zeitnah zu entrichten hat, höher als die Beamtenbesoldung. Zudem kann der Grund einer Vermeidung einer Mehrbelastung aus fiskalischen Gründen durch Einführung eines generellen Einstellungshöchstalters von vornherein nicht gelten, da eine solche weder im Bund noch in den Ländern Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein besteht.

eee. Das Kriterium einer ausgewogenen Altersstruktur im öffentlichen Dienst

Im Rahmen der Rechtfertigungsüberlegungen kann auch das Ziel der Herstellung einer ausgewogenen Altersstruktur im öffentlichen Dienst kein geeignetes Abwägungsmerkmal sein. Das BVerwG (Urteil vom 19.02.2009 - BVerwGE 133, 143 - Rn. 153) hat diesen Gesichtspunkt als legitimes Ziel angeführt. Allerdings verlangt es, dass dieses Inte-

resse an ausgewogenen Altersstrukturen „nur auf der Grundlage einer plausiblen und nachvollziehbaren Planung berücksichtigt werden kann und sich nicht in formelhaften Behauptungen erschöpfen darf“ (BVerwGE 133, 143 Rn. 21). Der hier angegriffene Beschluss des OVG NRW vom 02.12.2010 vernachlässigt aber das Erfordernis einer plausiblen und nachvollziehbaren Planung. Dasselbe gilt für den Verordnungsgeber in NRW. Es geht an keiner Stelle der Begründung der Verordnung hervor, dass eine plausible und nachvollziehbare Planung bezüglich etwaiger Altersstrukturen vorliegt. Es war andererseits nicht mit Schwierigkeiten verbunden, von der Aufgabenstellung und dem Zweck einer Dienststelle oder eines Unternehmens her Kriterien für eine sich stimmige und damit ausgewogene Altersstruktur zu gewinnen. Stellt man dabei in Erwägung, dass soweit es um den Einsatz physischer Kräfte geht, möglicherweise jüngere Beschäftigte einen Vorrang haben können, so steht dem gegenüber, dass die durch Erfahrung gewonnene Eignung und Lebensreife gerade bei den älteren Beschäftigten anzutreffen ist. In welcher Art und Weise die meist ein Lebensalter durchlaufenden Mitarbeiter im öffentlichen Dienst eingesetzt werden, dürfte sich per se einer generalisierenden Betrachtung entziehen.

fff. Altersdiskriminierung bei alternativer Stellenbesetzung mit Beamten oder Angestellten

Die durch Verordnung eingeführte Höchstaltersgrenze ist auch deshalb nicht verhältnismäßig, weil sie im Bereich der alternativen Stellenbesetzung mit Beamten oder Angestellten per se eine nicht gerechtfertigte Altersdiskriminierung mit sich bringt. Ausgangspunkt für diese Überlegung ist der in Art. 33 Abs. 4 GG geregelte Funktionsvorbehalt, wonach die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen ist, die in einem öffentlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Damit dürfen nur Beamte diese hoheitlichen Befugnisse ausüben (vgl. Jarass, a.a.O. Rn. 40 f. zu Art. 33 GG). Für den Bereich der öffentlichen Schulen und damit für die Anstellung von Lehrerinnen und Lehrern gilt aber dieser Funktionsvorbehalt nicht. Den Einstellungskörperschaften bleibt damit immer die Alternative einer Stellenbesetzung mit Beamten oder durch Abschluss eines Dienstvertrages mit Angestellten. Der Dienstherr hat damit die Wahl zwischen Beamten- und Angestelltenstatus (vgl. Masing-Dreier, GG, 2. Aufl. 2006, Rn. 67 zu Art. 33 m.w.N.). Entscheidet sich der Dienstherr nun für eine Ausschreibung einer Beamtenstelle, so schließt er damit von vornherein, falls in seinem Hoheitsbereich gesetzliche Altershöchstgrenzen beste-

hen („eine besonders drastische Form der Altersdiskriminierung“ – Kühling/Bertelsmann, a.a.S. 89), zugleich alle Bewerber aus, die ein bestimmtes Alter überschritten haben. Eine Altersdiskriminierung erfolgt damit schon mit der Entscheidung des Dienstherrn, ob er einen Lehrer im Beamten- oder Angestelltenstatus einstellen will.

ggg. Beweislast für das Vorliegen einer Rechtfertigung

Bei der Frage der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung einer Altersdiskriminierungsregelung wird auch zu berücksichtigen sein, dass nach dem Gemeinschaftsrecht die Beweislast über die Rechtmäßigkeit des zur Rechtfertigung angeführten Ziels bei den jeweiligen Mitgliedsstaaten selbst liegt. Hierfür gelten nach der Rechtsprechung des EuGH hohe Anforderungen (vgl. EuGH, Urteil vom 05.03.2009, NZA 2009, 305 – Rs. C-388/07 – Age Concern England). Bei einer gemeinschaftskonformen Interpretation des deutschen Rechts wird man an einer solchen Beweislastumkehr nicht herumkommen. Selbst wenn aber Zweifel bestehen würden, ob nicht doch einzelne hier geprüfte Ziele als rechtfertigende Momente in Betracht kommen, träfe jedenfalls den Verordnungsgeber die Beweislast, was die im vorliegenden Fall ergangenen Gerichtsentscheidungen gar nicht bemerkt haben. Die bisherigen Darlegungen zeigen zudem, dass die Änderungsverordnung mit der Einführung von bestimmten Höchstaltersgrenzen keineswegs widerspruchsfrei hinsichtlich der einzelnen angeführten Ziele ist, was schon ausreicht, um zu einer Europarechtswidrigkeit zu gelangen (vgl. EuGH, Urteil vom 18.06.2009, NVwZ 2009, 1089, Rn. 46 – Rs. David Hütter). Wenn die Verwaltungsgerichtsinstanzen übrigens das Gebot der Nichtanwendung von europarechtswidrigem Nationalrecht beachtet hätten, hätten sie die Änderungsverordnung wegen des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts gar nicht anwenden dürfen.

Nach allem ist die Festlegung der Altershöchstgrenze in der Neufassung der Laufbahnverordnung NRW vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht gedeckt. Es liegt damit eine Verletzung des Art. 33 Abs. 2 GG vor.

e. Keine Vereinbarkeit der Änderungsverordnung mit Art. 20 Abs. 3 – Verstoß gegen den Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes

Die Erlasse des Ministeriums für Schule und Weiterbildung MSD NRW, die nach dem Urteil des BVerwG vom 19.02.2010 ergangen waren, zeigen, dass mangels einer hinreichenden Rechtsbildung in der Laufbahnverordnung gegen den Grundsatz des Vorrangs

des Gesetzes, ein Wesensmerkmal des Rechtsstaatsprinzips nach Art. 20 Abs. 3 GG, verstoßen wurde. Erst in diesen Erlassen zeigt sich eine gewisse Abwägung der gegenläufigen verfassungsrechtlich geschützten Belange. Da es hier im vorliegenden Fall – wie oben dargelegt – um wesentliche Strukturfragen des Beamtenrechts, eben dem altersbedingten Zugang zu öffentlichen Ämtern geht, hätte nicht einmal der Verordnungsgeber, der immerhin in Rechtssatzform handelt, tätig werden dürfen, erst recht dann aber nicht der Erlassgeber im Wege von verwaltungsinternen Weisungen. Es kann der Exekutive nicht erlaubt sein, Entscheidungen zu treffen, die dem Gesetzgeber vorbehalten sind. Die Verwaltungspraxis in NRW bei der Frage der Handhabung einer Höchstaltersgrenze zeigt aber ausweislich der einschlägigen Erlasse, dass das entscheidende Gewicht bei der Verhandlung der Eignungsfrage und des Verbots der Altersdiskriminierung gerade der Verwaltung eingeräumt wurde. Das wird deutlich, wenn die Erlasspraxis der verschiedenen Bezirksregierungen herangezogen wird.

aa. Die Erlasspraxis in den Regierungsbezirken

Mit Runderlass vom 30.07.2009, der an die Bezirksregierungen Arnsberg, Detmold, Düsseldorf, Köln und Münster gerichtet war, teilte das Ministerium für Schule und Weiterbildung - MSW - in NRW die seit Erlass der Urteile des BVerwG vom 19.02.2009 erfolgten Änderungen der Verordnungen mit und gab fallbezogene generelle Handlungsanweisungen zur Handhabung der bei den Bezirksregierungen anhängigen „zahlreichen“ Anträgen auf Verbeamtung. Damit hat das Ministerium aber ureigene Aufgaben des Gesetzgebers wahrgenommen, der selbst normativ die entstandenen Schwierigkeiten bei einer altersmäßigen Begrenzung des Zugangs zum öffentlichen Dienst hätte klären müssen. Die folgenden Ausführungen erhellen, dass hier die Verwaltung als Quasi-Gesetzgeber tätig wurde, was verfassungsrechtlich ausgeschlossen ist. Denn im Einzelnen wurde die Verfahrensweise bei offenen oder ruhenden Anträgen für alle denkbaren Fallsituationen geregelt: Bei Bewerberinnen oder Bewerbern, die das 40. Lebensjahr oder bei einer Schwerbehinderung das 43. Lebensjahr noch nicht vollendet hatten, sollte bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen die Verbeamtung vorzunehmen sein. Bei Bewerbern, bei denen zum Antragszeitpunkt das 40. Lebensjahr oder, wie im vorgenannten Falle, das 43. Lebensjahr noch nicht vollendet war, dieses aber beim Erlasszeitpunkt überschritten war, sollte ebenfalls eine Verbeamtung erfolgen, sofern die übrigen Voraussetzungen vorgelegen hätten und seit der Antragstellung noch kein Jahr vergangen sei. Wenn diese Frist überschritten wäre, sollte im Wege einer Einzelausnahme

„analog § 84 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 LVO“ vorgegangen werden („Ermessensreduzierung auf Null“) und bei einer dritten Gruppe von Bewerbern und Bewerberinnen, die bereits zum Antragszeitpunkt das 40. Lebensjahr oder bei Vorliegen einer Schwerbehinderung das 43. Lebensjahr vollendet hätten, sei eine Verbeamtung ausgeschlossen. Gründe für eine Ausnahmeentscheidung im Wege der Billigkeit gäbe es in diesen Fällen nicht, da „ein Vertrauenstatbestand in eine höhere Altersgrenze als 35 Jahre bis zum 19.02.2009 nicht gegeben“ war und auch nicht durch die Urteile des BVerwG vom 19.02.2009 begründet worden wären. Ein Vertrauen in einen regellosen Zustand sei nicht schutzwürdig, zumal das BVerwG „nur die normtechnische Ausgestaltung, nicht jedoch die Altersgrenze, generell für unzulässig“ erklärt habe. Zudem würde gerade drei Monate nach Zustellung der schriftlichen Urteilsgründe der Urteile des BVerwG vom 19.02.2009 eine neue Regelung der Altersgrenzen in Kraft treten. Weitere Handlungsanweisungen enthält der Erlass für den Fall, dass bereits verwaltungsgerichtliche Urteile vorliegen. Auch hier werden verschiedene Regelungsmodelle vorgestellt.

Ein weiterer Erlass des MSW vom 10.09.2009 bezieht sich ebenfalls auf die Neuregelung der Höchstaltersgrenze für die Übernahme in das Beamtenverhältnis, soweit es um die Übernahme von tarifbeschäftigten Lehrkräften im Beförderungsamte geht. Auch dabei sind Fälle behandelt, bei denen die neue Höchstaltersgrenze von 40 Jahren noch nicht überschritten wurde. Im Erlass des MSW vom 01.09.2010 findet sich zum Komplex der Festsetzung einer Höchstaltersgrenze nur die allgemeine Aussage, dass die Festsetzung einer neuen Höchstaltersgrenze „evident“ gewesen sei, um so ein ausgewogenes Verhältnis zwischen den im aktiven Beamtenverhältnis verbrachten Zeiten und den korrespondierenden Versorgungsansprüchen zu schaffen.

Der Eindruck einer fehlenden tatsächlichen und rechtlichen Durchdringung des Komplexes der Altershöchstgrenzen auf der Ebene der Exekutive ist durch die Antwort der Landesregierung auf eine kleine Anfrage des Abgeordneten Trampe-Brinkmann vom 14.12.2009 bestätigt worden (LT-Drucks. 14/10426 und LT-Drucks. 14/10580). Die sich mit der Verbeamtungsproblematik und dem Eingreifen von Höchstaltersgrenzen betreffende Anfrage ist unter dem 25.01.2010 beantwortet worden. Aus dieser Antwort geht nicht hervor, ob und weshalb die Festsetzung der Höchstaltersgrenze von 40 Jahren auf der Grundlage einer konkreten Gegenüberstellung und Abwägung der gegenläufigen Interessen erfolgte.

Die Erlasse, aber auch die parlamentarische Antwort der Landesregierung in NRW zeigen, dass eine rechtliche Durchdringung des Verbots der Altersdiskriminierung bei Zulassung einer Höchstaltersgrenze bei einer Verbeamtung ausblieb. Mangels entsprechender Überlegungen und Tatsachenermittlung wird man von einem Abwägungsausfall und Abwägungsdefizit schon auf der – ohnehin schon rechtlich nicht zuständigen – Verwaltungsebene sprechen müssen. Schon hier fällt auf, dass die von der Beschwerdeführerin eingeschalteten Gerichte diesen Umstand, obschon er sich angesichts der Untersuchungsmaxime der Gerichte aufdrängen musste, vollkommen außer Acht gelassen haben. Bedeutsam ist dabei auch, dass die Änderung der Laufbahnverordnung sich überhaupt nicht mit den Alt- und Übergangsfällen befasst hat, sondern dass erst im Erlasswege hier nach Abhilfe gesucht wurde. Gleichwohl hat sich das OVG NRW in dem angegriffenen Beschluss auf den Standpunkt gestellt, die Änderungsverordnung habe das Vergangene mit geregelt. Das ist gedanklich mehr als widersprüchlich. Denn eine Verordnung kann nur Geltung von ihrer Bekanntmachung an beanspruchen und sie berührt sich hier nach ihrem ausdrücklichen Inhalt gerade keiner Geltungskraft auf bereits abgeschlossene Sachverhalte. Die Frage einer Rückwirkung oder der Notwendigkeit einer Übergangsregelung ist in der Verordnungsbegründung in keiner Weise thematisiert worden.

cc. Prüfung der weiteren rechtlichen Mängel der Änderungsverordnung

Bei der in einer Urteilsverfassungsbeschwerde eingebetteten Normenkontrolle ist auch zu prüfen, ob bei einer Rechtsverordnung ein Verstoß gegen das übrige vorrangige Gesetzesrecht vorliegt (vgl. Schlaich/Korioth, a.a.O., S. 141 m.w.N.)

Unabhängig davon, dass die ergangene Änderungsverordnung schon nicht von der Ermächtigungsgrundlage des § 6 LBG NW gedeckt ist (s.o.), liegt darüber hinaus auch ein Verstoß gegen § 94 Abs. 1 S. 1 LBG NW n.F. (früher § 106 Abs. 1 und 2 LBG NW in der bis zum 31.03.2009 geltenden Fassung) vor. Denn nach dieser Norm besteht ein gesetzlich **gesichertes Beteiligungsverfahren der Spitzenorganisation** der zuständigen Gewerkschaften und Berufsverbände. Nach § 94 S. 1 LBG NW sind Entwürfe zu allgemein beamtenrechtlichen Regelungen den Spitzenorganisationen mit einer angemessenen Frist im Rahmen der vertrauensvollen Zusammenarbeit zur Stellungnahme zuzuleiten. Diese müssen auf Verlangen erörtert werden. Weiterhin können diese Spitzenorganisationen verlangen, dass ihre Vorschläge, die in Gesetzentwürfen keine Berücksichti-

gung finden, mit Begründung und mit einer Stellungnahme der Landesregierung dem Landtag mitgeteilt werden. Eine solche Beteiligung und Anhörung der Spitzenorganisationen ist offensichtlich bei Erlass der Änderungsverordnung unterblieben. Das OVG NRW hat sich mit diesem Umstand lediglich mittels folgender Bemerkung befasst:

„Schließlich hätte entgegen vereinzelt erhobener Bedenken eine nicht ordnungsgemäße oder gar fehlende Beteiligung der Spitzenorganisationen (vgl. § 53 BeamStG, § 94 Abs. 2 LBG NW) nicht die Unwirksamkeit der Neuregelung zur Höchstaltersgrenze zur Folge.“ (Beschlussabdr. S. 7)

Zur Untermauerung seines – falschen – Standpunkts führt das OVG einen alten Beschluss des BVerwG vom 25.10.1979 (2 N 1.78 – BVerwGE 59, 48 – NJW 1982, 763) sowie verschiedene Literaturangaben an. An diesem Beschluss hält der 2. Senat des BVerwG auch noch in seinem Beschluss vom 26.03.2012 (S. 11) fest. Die unterbliebene Beteiligung der Spitzenorganisationen bei Erlass einer Rechtsverordnung sei unerheblich. Der Gesetzgeber habe an solche Sanktionen nicht gedacht und sie offenbar nicht gewollt, wobei die Widersprüchlichkeit einer solchen Argumentation ins Auge fällt, denn es erweist sich im Nachhinein als widersprüchlich, wie man Dinge gewollt oder nicht gewollt haben will, an die man gar nicht gedacht hat (NJW 1982, S. 64).

Die Rechtsmeinung des BVerwG aus dem Jahre 1979 steht im Übrigen mit dem Beschluss des BVerfG vom 12.12.2010 (2 BvF 1/07) nicht in Einklang, wonach dem **gesetzlichen Beteiligungs- und Anhörgebot von Fachgremien zentrale Bedeutung** für den Bestand einer Rechtsverordnung beigemessen wurde. Aus einer nicht ordnungsgemäßen Anhörung des beim Verordnungserlass eingeschalteten Fachgremiums, wozu auch eine Anhörung, die nicht in der gebotenen Offenheit stattgefunden hat, gehört, hat das BVerfG die Nichtigkeit der betreffenden Verordnung bejaht. Die Begründung des BVerfG, dass ein Anhörungserfordernis aus einer Norm darauf abzielt, das Ergebnis der Anhörung als **informativische Grundlage in die Abwägungsentscheidung** des Normgebers mit einfließen zu lassen (BVerfG, Beschluss vom 12.12.2010, Rn. 105) kommt auch vollständig beim Erlass der Änderung der Laufbahnverordnung zum Tragen. Ohne Beteiligung der auf das Lehramt bezogenen Spitzenorganisationen ist dem Verordnungsgeber wichtiges Abwägungsmaterial vorenthalten geblieben. Es liegt insoweit ein deutliches Abwägungsdefizit vor.

Die Einhaltung des Beteiligungs- und Anhörungserfordernisses bezüglich der Spitzenorganisationen hat im Beamtenrecht die besondere Bedeutung, dass die Exekutive die Erfahrungen und Erkenntnisse der Spitzenorganisationen bei ihrer Entscheidungsfindung zu berücksichtigen hat, um ein umfassendes Bild von dem zu regelnden Sachverhalt zu gewinnen. Die Exekutive kann ihren durch den Gesetzgeber eröffneten Gestaltungsspielraum bei Erlass untergesetzlicher Normen im Laufbahnrecht nicht angemessen ausfüllen, wenn ihr besondere Lehrer- und berufsbezogene Tatsachenkenntnisse und Rechtserwägungen der zu beteiligenden Spitzenorganisationen vorenthalten bleiben.

Hinzu kommt hier, dass auch eine **Beteiligung des Landtages in Form einer Ausschussbeteiligung**, wie das das frühere Recht vorsah, nicht mehr gegeben war. Mangels ausreichender Beteiligung der berufsbezogenen Spitzenverbände liegt damit ein Abwägungsdefizit bei Erlass der Änderungsverordnung auf der Hand.

Ein Beteiligungsgebot bezüglich der betroffenen Fachgremien verlangt im Übrigen auch das Gemeinschaftsrecht, soweit es um Altersdiskriminierung geht. Gem. **Art. 13 der Richtlinie 2000/78/EG** treffen nämlich die Mitgliedsstaaten im Einklang mit den einzelstaatlichen Gepflogenheiten und Verfahren geeignete Maßnahmen zur Förderung des sozialen Dialogs zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern mit dem Ziel, die Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes durch Überwachung der betrieblichen Praxis, durch Tarifverträge, Verhaltenskodizes, Forschungsarbeiten oder durch einen Austausch von Erfahrungen und bewährten Verfahren voranzubringen. Dazu zählt offenkundig auch der wichtige Komplex der Verhinderung einer Altersdiskriminierung. Die beteiligten Gerichtsinstanzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit und der Ordnungsgeber in NRW haben diesen Gesichtspunkt bei der Auslegung und Anwendung der Laufbahnverordnung NRW verkannt.

dd. Einfluss des unionsrechtlichen Vertrauensschutzes auf den Inhalt der Änderungsverordnung

Die betroffenen Gerichtsinstanzen haben ebenso wie der Ordnungsgeber in NRW den unionsrechtlichen Vertrauensschutz außer Acht gelassen. Seit Existenz der EU-Richtlinie 2000/78/EG und den o.g. primärrechtlichen Regelungen zum Verbot einer Altersdiskriminierung steht für alle Unionsbürger fest, dass ein Vertrauensschutz bezüglich der Verhinderung von ungerechtfertigten Altersdiskriminierungen bestehen muss. Die

Verneinung eines Vertrauensschutzes im vorliegenden Fall, da dieser nur für Verbeamtungsfälle gelten soll, die vor Ergehen der Entscheidung des BVerwG vom 19.02.2009 verfahrensmäßig – bezogen auf ein bestimmtes Lebensalter – eingeleitet worden sei, steht mit dem Gemeinschaftsrecht nicht in Einklang. Der EuGH hat in seinem Urteil vom 19.01.2010 (Rs. C-555/07 – NZA 2010, 85, Rn. 21 und 22 – Seda Küçükdeveci) betont, dass ein Verbot der Diskriminierung wegen des Alters besteht, dass ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts anzuerkennen ist (vgl. EuGH, NJW 2005, 3695, Rn. 75). Die Richtlinie 2000/78/EG konkretisiert diesen bereits seit Langem bestehenden Grundsatz (vgl. EuGH, NJW 178, 2068, Rn. 54). Infolge der neuesten Rechtsentwicklung der Europäischen Gemeinschaft wies der EuGH ausdrücklich auf Art. 129 AEUV und Art. 21 Abs. 1 der EU-Grundrechtscharta hin, wonach jede Diskriminierung „insbesondere wegen des Alters“ verboten ist (EuGH, NZA 2010, 85, Rn. 22). Das Verbot der Altersdiskriminierung ist damit ein allgemeiner Rechtsgrundsatz geworden, auf den sich alle Unionsbürger berufen können. Er ist damit auch für einen deutschen Verordnungsgeber verbindlich. Er hat aber offensichtlich bei der Entscheidung, eine Änderungsverordnung zu erlassen, ausweislich der vorliegenden Erläuterungen keinerlei Rolle gespielt.

3. Verletzung spezifischen Verfassungsrechts durch die Instanzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Unabhängigkeit von der Verfassungswidrigkeit der Bestimmung der Laufbahnverordnung haben die Instanzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit bei der Auslegung und Anwendung der Fachgesetze spezifisches Verfassungsrecht verletzt, insbesondere auch die Ausstrahlungswirkung von Grundrechten und grundrechtsgleichen Rechten sowie von Verfassungsgrundsätzen verkannt.

Die Ausnahmeregelung des § 6 Abs. 2 LVO NRW n.F. ist in eindeutigem Widerspruch zu Art. 33 Abs. 2, aber auch zu den europarechtlichen Vorgaben bezüglich des Verbots der Altersdiskriminierung ausgelegt worden. Der hier ergangene Beschluss des OVG, den das BVerwG bestätigt hat, übersieht schon, dass seine Annahme einer Beweislastverteilung zu Lasten des jeweiligen Beamtenbewerbers in krassem Widerspruch zur europarechtlichen Beweislastverteilung steht. Denn Art. 6 Abs. 1, RL 2000/78/EG erlegt gerade den Mitgliedsstaaten - und nicht etwa irgendwelchen Privatpersonen - die Beweislast dafür auf, dass das zur Rechtfertigung angeführte Ziel rechtmäßig ist und stellt an diesen Beweis sehr hohe Anforderungen (EuGH, NZA 2009, 305, Rn. 67 – Age

Concern England). Die vom OVG angestellten strengen und pauschalisierten Kausalitätserfordernisse zu Lasten der Bürger stehen mit dieser Beweislastverteilung in keiner Weise in Einklang. Das OVG NRW – unter Billigung des BVerwG – operiert mit dem **Begriff der gesellschaftlich erwünschten Tätigkeiten** und erkennt, dass bei einer materiellen Sicht die jahrelange Berufstätigkeit der Klägerin im kirchlichen Ersatzschuldienst, aber auch im staatlichen Schuldienst, und das zeitgleiche Betreuen einer Familie mit 2 Kindern wohl eine besonders hochwertige gesellschaftliche und natürlich erwünschte Tätigkeit vorliegt. Das OVG NRW – unter Billigung durch das BVerwG – hat in dem angefochtenen Beschluss verkannt, dass die vom Verordnungsgeber kleinlich zugeschnittenen Ausschlussgründe in der Neufassung der LVO an den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben, aber auch an den Vorgaben aus Art. 33 Abs. 2 und Abs. 5 GG vorbei agiert.

Auch bei der Auslegung des § 84 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 LVO NW n.F. hat das OVG NW - unter Billigung des BVerwG – die besondere Ausstrahlungswirkung der verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Schutzbestimmungen gegen Altersdiskriminierungen verkannt. Das OVG hält ein Eingreifen der Höchstaltersgrenze von 40 Jahren im Fall der Klägerin für nicht unbillig, weil die Verzögerung „wegen ihrer langjährigen Tätigkeit im Kirchenschuldienst“ eingetreten sei. Hier wird verkannt, dass die Tätigkeit im staatlichen Schuldienst und im hier gegebenen Ersatzschuldienst vollständig gleichwertig sind. Denn der Ersatzschuldienst ist von einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft, hier dem Erzbistum Köln (vgl. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV und Art. 7 Abs. 4 GG) eingerichtet worden. Diese Institution verfügt über eigene Kirchenbeamte. Im Personalbereich der Ersatzschulen gibt es staatliche Bestätigungs- und Genehmigungsvorbehalte. Das Abstellen auf den beruflichen Werdegang ausschließlich im öffentlichen Schuldienst durch das OVG (vgl. BA S. 11) verkennt daher auch die besondere verfassungsrechtlich abgesicherte Existenz des Ersatzschuldienstes. Das OVG NRW – unter Billigung des BVerwG – hat ebenso rechtsfehlerhaft in einer Zusammenschau der § 6 Abs. 2 und § 84 LVO NW n.F. die bei der Beschwerdeführerin unstreitig eingetretenen Fehlzeiten infolge von Kinderbetreuung auf „rechtssystematischem Wege“ unter den Tisch fallen lassen. Die Ermessensentscheidung nach § 84 LVO NW n.F. ist vom OVG in Verkennung der verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Vorgaben in dem Sinne verkürzt worden, dass die langjährige erfolgreiche Tätigkeit im Ersatzschuldienst und im staatlichen Schuldienst und die erfolgten Kinderbetreuungszeiten ausgeblendet wurden.

4. Verstöße der Fachgerichte gegen Verfahrensgrundrechte

a. Die Verletzung des Gebots auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG).

Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Anhörungsrüge zahlreiche Versäumnisse des 2. Senats des BVerwG bezüglich der Wahrung des Gebots des rechtlichen Gehörs vorgetragen. Das BVerwG hat zentrales Vorbringen der Beschwerdeführerin in ihrer Nichtzulassungsbeschwerde vom 23.12.2010 und ihrer Begründung vom 28.01.2011 nicht zur Kenntnis genommen oder nur unzureichend berücksichtigt. Eine fachgerichtliche Nachbesserung nach erfolgter Anhörungsrüge ist nicht eingetreten. Es sind deshalb die entscheidenden Gehörsverletzungen an dieser Stelle nochmals aufzuführen.

aa. Fehlende oder unzureichende Kenntnisnahme oder Würdigung von nach deutschem Recht zu beurteilenden Rechtsfragen

Der Beschluss des 2. Senats fasst in grober Verkürzung der deutlich spezifizierten und abgeschichteten Rechtsfragen der Nichtzulassungsbeschwerde das Vorbringen der Beschwerde zunächst dahin gehend zusammen:

„Die Beschwerde wirft unter verfassungsrechtlichen und unionsrechtlichen Aspekten sowie im Hinblick auf Regelungen des einfachen Rechts die Frage auf, ob §§ 6, 52 Abs. 1 und 84 Abs. 2 LVO NRW n.F. wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht unwirksam sind. Diese Frage kann jedoch anhand der vorliegenden Senatsrechtsprechung (vor allem Urteil vom 19.02.2009 – BVerwG 2 C 18.07 – BVerwGE 133, 143 – Buchholz, 237.7, § 15 NW LBG Nr. 6, Beschlüsse vom 24.01.2011 – BVerwG 2 B 2.11 – Buchholz, 237.7, § 15 NW LBG Nr. 9 und vom 06.04.2011 – BVerwG 2 B 58.11 -) beantwortet werden, ohne dass es der Durchführung eines Revisionsverfahrens bedarf.“ (Rn 6 Beschlussabdruck BVerwG – im folgenden immer BA)

Allein schon die Zurückstellung der schwierigen gemeinschaftsrechtlichen Fragen und ihre Verkürzung auf die Fragestellungen auf S. 9 BA zeigt, dass sich der Senat mit der eigentlichen fortwirkenden Problematik der Altersdiskriminierung im öffentlichen Dienstrecht unzureichend befasst hat. Obschon die gemeinschaftsrechtliche Würdigung in der Nichtzulassungsbeschwerde einen zentralen Begründungspunkt einnimmt, klammert der erkennende Senat in seiner Begründung diesen Gesichtspunkt zunächst völlig aus und

beruft sich auf seine früheren Entscheidungen, die sich allein wegen der Zeitabläufe mit der neueren gemeinschaftsrechtlichen Entwicklung überhaupt nicht befassen konnten.

bb. Verfehlte Übertragung der Rechtsetzung auf den Verordnungsgeber

Soweit das BVerwG dann auf die Befugnis des Gesetzgebers zur Übertragung der Festlegung der Höchstaltersgrenze einschließlich der unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit erforderlichen Ausnahmeregelungen auf den Verordnungsgeber eingeht (Rn. 7 BA), finden sich nur apodiktische Äußerungen, die auf die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Frage:

„Ob auf der Grundlage der Wesentlichkeitsrechtsprechung des BVerfG nicht die wesentlichen Entscheidungen zur Einführung einer Höchstaltersgrenze im Laufbahnrecht einschließlich von Ausnahmetatbeständen angesichts der Rechtsentwicklung im Gemeinschaftsrecht, aber auch im Bund und einzelnen Bundesländern, die Altershöchstgrenzen aus dem Gesichtspunkt der Altersdiskriminierung abgeschafft haben, und auch im Hinblick auf das Grundrecht des Art. 33 Abs. 2, und auf zahlreiche infolge der Urteile des BVerfG vom 19.02.2009 eingetretenen Sonderfallkonstellationen für Beamtenbewerber, in einem Parlamentsgesetz einschließlich der Ermächtigungsnorm geregelt werden?“ (S.9 der Beschwerdebegründungsschrift - im Folgenden BBS.)

Ohne jede nachvollziehbare Begründung hat der erkennende Senat die Klärung dieser schwierigen Frage unterlassen. Es wird dem exekutiven Verordnungsgeber lapidar das zugewiesen, was allein wesensmäßig dem Parlamentsgesetzgeber oblag. Über die Frage des angemessenen Ausgleichs der einer Altersdiskriminierung ausgesetzten Beamtenbewerber und dem „Interesse des Dienstherrn an einer möglichst langen Lebensdienstzeit“ (Rn. 7, BA) kann schon wegen der gravierenden Grundrechtsrelevanz und den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben, die das bisherige deutsche Regelungssystem sprengen, nicht einfach die Exekutivspitze entscheiden. In der Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde ist ausführlich dargelegt worden, dass eine Global- oder Pauschalermächtigung für die Exekutive dann ausgeschlossen sein muss, wenn die Bahnen des bisherigen Beamtenrechts und seine Orientierung an herkömmlichen Laufbahnvorstellungen, die bisher allerdings im Verordnungswege vorgenommen wurden, durch Gemeinschaftsrecht eine grundlegende normative Umgestaltung erfahren haben. Diese komplexe Neuorientierung, die die Rechtsentwicklung im Gemeinschaftsrecht mit sich

gebracht hat, aber auch die Konkretisierung der in Art. 33 Abs. 2 GG geschützten zentralen Belange des Dienstrechts erfordern gerade eine Delegationssperre für den Verordnungsgeber.

Mit diesen Gesichtspunkten hat sich das BVerwG überhaupt nicht näher auseinander gesetzt. Im Gegenteil dürfte das BVerwG die von ihm selbst aufgezeigte Bahn in seinem Urteil vom 19.02.2009 durch den zurückweisenden Beschluss vom 26.03.2012 verlassen haben. Damals hat der 2. Senat auf die zum Ausgleich zu bringenden gegensätzlichen Ansätze im öffentlichen Dienstrecht hingewiesen. Er hat einerseits die Bedeutung der Altersgrenze für das Lebenszeitprinzip und damit das Interesse an einer möglichst langen aktiven Dienstzeit betont, auf der anderen Seite aber auf die mit Altersgrenzen verbundene empfindliche Beeinträchtigung des durch Art. 33 Abs. 2 GG gewährleisteten Leistungsgrundsatzes mit Grundrechtscharakter hingewiesen. Insoweit ist eine notwendige Gewichtung verlangt worden. Eine solche Gewichtung im grundrechtsrelevanten Bereich kann aber nicht ein Verordnungsgeber leisten, der allein der Exekutive zugeordnet ist und besonderen Sparsamkeitsbemühungen auch im öffentlichen Dienstrecht ausgesetzt ist.

Hier handelt es sich um einen grundlegenden normativen Kernbereich, den ein ministerieller Verordnungsgeber nicht leisten kann. Es ist seitens des erkennenden Senats nicht erkannt worden, dass nur das parlamentarische Verfahren mit sorgfältiger Entscheidungsvorbereitung, umfassender Tatsachen- und Rechtserörterung von Gesetzentwürfen, dem damit verbundenen rationalen Diskurs und der stärkeren demokratischen Legitimation, mit der kritischen Begleitung durch die Landesregierung und einzelne Ressorts, durch parlamentarische Ausschüsse und Anhörung von sachkundigen Anhörverbänden und vor den Augen und Ohren einer interessierten Öffentlichkeit gewährleisten kann, dass das erforderliche normative Abwägungsmaterial für eine richtige gesetzliche Entscheidung geschaffen wird und sodann die volle rechtliche Dimension in transparenter Weise erfasst und sachgerecht ausgestaltet wird.

Dem BVerwG konnte nicht entgangen sein, dass aufgrund seiner Entscheidung vom 19.02.2009 eine große Rechtsunsicherheit bei zahlreichen Beamtenbewerbern in NRW, man spricht von weit über 1.000 Rechtsmittelverfahren, einfach durch eine schlichte Tätigkeit der Exekutive auf der Grundlage einer allgemein pauschalierenden Verordnung behoben werden konnte. Der Verordnungsgeber hat sich dabei – wie seit Jahrzehnten,

ausgehend von den obrigkeitsstaatlichen Wurzeln des Beamtenrechts gewohnt – durch eine untergesetzliche Änderung des Laufbahnrechts einfach begnügt – ohne jede Beteiligung der Öffentlichkeit oder der beamtenrechtlichen Spitzenverbände, die sich auf die Koalitionsfreiheit gemäß Art. 9 GG berufen können.

cc. Fehlende Kenntnisnahme und fehlende Würdigung des Ausfalls von Gewichtung und Abwägung der geänderten Normen in der LVO NRW

Die vom Verordnungsgeber vorgelegte Entwurfsbegründung zu § 6 und § 84 LVO zeigt in aller Deutlichkeit, dass die exekutive Rechtssetzung die vom BVerwG in seinem Urteil vom 19.02.2009 geforderten Ausgleichsansätze, insbesondere die in einem grundrechtsrelevanten Bereich notwendige Gewichtung überhaupt nicht vorgenommen hat. Die Begründung zu Art. 1 Nr. 6 (§ 6 LVO) lautet:

„§ 6 fasst die in den verschiedenen Vorschriften enthaltene Höchstaltersgrenze zusammen und wurde ausgehend von der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts neu gefasst. Die in § 6 neu geregelten Altersgrenzen tragen dem in Art. 33 Abs. 2 GG normierten Leistungsgrundsatz einerseits Rechnung, gewährleisten andererseits, dass die Dienstzeit des Beamten mit dem Anspruch auf Versorgung während des Ruhestandes in ein angemessenes Verhältnis gebracht wird und tragen zugleich der Sicherstellung des Lebenszeitprinzips als einem wesentlichen Strukturelement des Berufsbeamtentums Rechnung. § 6 Abs. 2 ff. regeln die Voraussetzungen, unter denen die in Abs. 1 normierten Höchstaltersgrenzen überschritten werden dürfen. Zum Nachweis einer Pflegebedürftigkeit im Sinne des Abs. 2 Nr. 1d wird es im Regelfall ausreichen, dass eine ärztlich bescheinigte Pflegestufe vorgelegt wird. Nach Abs. 3 dürfen schwerbehinderte und ihnen gleichgestellte Menschen vor vollendetem 43. Lebensjahr eingestellt oder übernommen werden. Dieses Hinausschieben der Höchstaltersgrenze soll der besonderen Lebenssituation von schwerbehinderten und ihnen gleichgestellten Menschen, die sich gerade auch in einer verzögerten Ausbildung niederschlagen kann, Rechnung tragen und ihnen noch in einem höheren Lebensalter den Zugang zum öffentlichen Dienst ermöglichen.

Bei der Regelung in Abs. 5 handelt es sich um eine Folgeanpassung. Das Gesetz über die Finanzierung der Ersatzschulen (Ersatzschulfinanzierungsgesetz: EFG) vom 27.06.1961, zuletzt geändert durch Gesetz vom 27.01.2004, trat gemäß § 130 Abs. 2 zum 31.12.2005 außer Kraft und § 11 EFG wurde durch die Regelung in § 111 Schulgesetz ersetzt“.

Die Begründung zu Art. 1 Nr. 54 (§. 84 LVO) :

„§ 84 Abs. 1 wurde neu gefasst und redaktionelle Folgeänderungen vorgenommen. Folgende Änderungen inhaltlicher Art wurden aufgenommen: Die Ausnahmeregelungen des § 84 Abs. 1 Nr. 1 wurden ausgehend von der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts als Abs. 2 neu gefasst. Die Regelung in § 84 Abs. 1 Nr. 7 war zu streichen. Mit der Zweckbestimmung der hauptberuflichen Tätigkeit (Erwerb der Laufbahnbefähigung) ist eine Kürzung nicht vereinbar. Mit dem Wegfall des Landesinstituts für Schule und Weiterbildung ist die diesbezügliche Ausnahmemöglichkeit § 84 Abs. 1 Nr. 8 a.F. bzw. § 84 Abs. 1 Nr. 6 entbehrlich geworden.“

Die nachfolgenden Absätze befassen sich mit dem Rotationsgrundsatz des § 41a Abs. 1 und mit der Ausnahmeregelung in § 84 Abs. 2 alt, wonach eine Beförderung innerhalb von zwei Jahren vor Eintritt in den Ruhestand nicht mehr versorgungswirksam wird.

Wörtlicher Wiedergabe bedarf hier aber der Schlussabsatz der Begründung:

„Vor dem Hintergrund mehrerer Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts wurden in Abs. 2 neu die Ausnahmen zu den Höchstaltersgrenzen neu gefasst. Das Bundesverwaltungsgericht hatte in mehreren Entscheidungen (vgl. Az.: 2 C 37.07) die Regelung von Höchstaltersgrenzen grundsätzlich für zulässig erklärt. Allerdings hat es im Hinblick auf die starren Altersgrenzen die Zulassung von Ausnahmen für erforderlich gehalten. Die Entscheidung über die Voraussetzungen der Ausnahmen darf allerdings nicht der Verwaltung überlassen bleiben, vielmehr müssen die Voraussetzungen normenklar geregelt werden. Die in Abs. 2 normierten Ausnahmetatbestände tragen sowohl den Interessen des Dienstherrn als auch den Interessen des Einzelnen in Härtefällen Rechnung. In Abs. 2 Satz 2 sieht der Normgeber zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals dienstliches Interesse ein Regelbeispiel vor, mit dem der Normgeber den Ausnahmecharakter der Vorschrift verdeutlicht.“

Der Begründungsteil, der davon spricht, dass die Entscheidung über die Voraussetzungen der Ausnahmen „nicht der Verwaltung überlassen bleiben darf“, zeigt also deutlich, dass der Verordnungsgeber in NRW selbst, der ja Teil der Verwaltung ist, die Notwendigkeit einer normativen Regelung durch den parlamentarischen Gesetzgeber sieht. Das hat wiederum das BVerwG übersehen.

Dass eine auf Sparsamkeit und Effizienz des Verwaltungshandelns bedachte Exekutivspitze, wie der ministerielle Verordnungsgeber, der, wie diesseits vorgetragen wurde, nach der Neuregelung im nordrhein-westfälischen Organisationsrecht nicht mehr an eine parlamentarische Zustimmung gebunden ist, allzu leicht nur eine am Interesse des Dienstherren orientierte Lösung wählt, wird allzu deutlich, wenn man die Erlasse des Ministeriums für Schule und Weiterbildung (MSW) des Landes Nordrhein-Westfalen betrachtet, mit denen die beamtenrechtlichen Höchstaltersgrenzen im Schulalltag umgesetzt wurden. Insbesondere der Erlass vom 30.07.2009 zeigt präzise, dass hier von keiner interessengerechten Abwägung der unterschiedlichen Rechtspositionen ausgegangen werden kann, sondern nur eine auf Verwaltungsvollzug bedachte Stelle unter Hintanstellung der Belange der betroffenen Beamtenbewerber tätig wurde. Dass im Übrigen die vom Verordnungsgeber angeführten Gesichtspunkte des Lebenszeitprinzips als wesentliches Strukturelement des Berufsbeamtentums im Hinblick auf die Rechtsentwicklung im Gemeinschaftsrecht zur Altersdiskriminierung nicht mehr tragfähig sind, ist oben ausführlich dargelegt worden.

dd. Außerachtlassen von wesentlichen Rechtsfragen zur Notwendigkeit einer Altfallregelung

Das BVerwG auch insoweit wesentliches Vorbringen der Beschwerde außer Acht gelassen, als es auf die rechtsgrundsätzliche Frage in der Nichtzulassungsbeschwerde,

„ob nicht der Landesgesetzgeber verpflichtet war, für Altfälle eine gesetzliche Übergangsregelung oder ob nicht zumindest der Verordnungsgeber in der Neufassung der Verordnung Altfälle berücksichtigen musste, insbesondere für zuvor langjährig im staatlichen und/oder im Ersatzschuldienst beschäftigte Lehrer im Angestelltenstatus, die zum Zeitpunkt, als eine normative laufbahnrechtliche Regelung über eine Höchstaltersgrenze fehlte, einen Antrag auf Verbeamtung gestellt hatten“ (Beschwerdebegründungsschrift S. 12)

eine nicht nachvollziehbare Antwort gegeben hat. Das BVerwG meint nämlich, dass es keiner Übergangsregelung bei Erlass der Neufassung der Laufbahnverordnung bedurfte, da die Härtefallregelung des § 84 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 LVO NRW es unter dem Gesichtspunkt der Folgenbeseitigungslast ermöglicht habe, unverhältnismäßige Einschränkungen des Art. 33 Abs. 2 GG zu vermeiden. Es blendet mit der nachfolgenden Formulierung die Problematik aus: „Insbesondere sind nach der Praxis des Berufungsgerichts

(Urteil vom 27.07.2010 – 6 A 282/08 – juris Rn. 71 f.; seit dem st. Rspr. des OVG) Übernahmeanträge, die vor dem Bekanntwerden des Urteils vom 19.02.2009 (a.a.O.) gestellt und unter Berufung auf die alte unwirksame Altersgrenze, jedoch noch nicht bestands- oder rechtskräftig abgelehnt worden sind, auch bei solchen Bewerbern positiv zu bescheiden, die im Laufe des Verfahrens auch die neue Altersgrenze überschritten haben. In dieser Auslegung und Handhabung übernimmt die Härtefallregelung die Funktion einer Übergangsvorschrift, so dass die Frage, ob es einer gesonderten Übergangsvorschrift bedurft hätte, ohne Durchführung eines Revisionsverfahrens verneint werden kann.“ (Rn. 8 BA)

Dieser Begründungsteil des BVerwG zeigt in aller Deutlichkeit, dass die mit der rechtsgrundsätzlichen Frage gestellte Problematik der Notwendigkeit eines Handelns des Gesetzgebers überhaupt nicht erkannt wurde. Es kann nicht sein, dass anstelle des demokratisch handelnden Gesetzgebers ein oberes Verwaltungsgericht in jeweiligen Einzelfallentscheidungen die Funktion eines Ersatzgesetzgebers übernehmen kann, um so die schwierige Problematik der „Altfälle“ zu meistern. Die vom BVerwG in seinen Urteilen vom 19.02.2009 selbst angemahnte Abwägung zwischen dem Leistungsprinzip nach Art. 33 Abs. 2 GG, auf das sich gerade die altgedienten Lehrer besonders stützen können und den anderen relevanten öffentlichen Belangen kann nicht in einem bloßen Handeln der Exekutive oder gar eines oberen Landesgerichts im Wege einer Einzelfalljudikatur vorgenommen werden. Wie in diesem Zusammenhang in der Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde vorgetragen, aber vom 2. Senat des BVerwG vollkommen ausgeblendet, besteht die besondere Situation der angestellten Lehrer gerade darin, dass sie die gleiche Tätigkeit wie die bereits verbeamteten Lehrerkollegen ausüben. Gerade deshalb müssten für das Bestehen eines sachgerechten Differenzierungsgrundes irgendwelche Anhaltspunkte bestehen. Den Gesichtspunkt der vollen Vergleichbarkeit verbeamteter Lehrkräfte mit den angestellten Lehrern hat aber weder der exekutive Verwaltungsgeber noch das OVG NRW, noch nunmehr das BVerwG in den Blick genommen, obwohl hierzu nach dem Vortrag in der Nichtzulassungsbeschwerde besonderer Anlass bestand.

ee. Mangelnde Würdigung der Auswirkungen etwaiger Rechtsfehler

Auch die Behandlung der in der Beschwerdebegründungsschrift aufgeworfenen, rechtsgrundsätzlichen Frage,

„ob Rechtsfehler bei der Normierung einzelner Ausnahmetatbestände in der ÄnderungsVO nicht dazu führen, dass die Regelungen über die Altersgrenzen insgesamt rechtswidrig sind“ (S. 13 BBS)

die das OVG ohne jede Begründung verneint hat, hat das BVerwG unter Verstoß des Gehörgrundsatzes in unzureichender Weise durchgeführt.. Der erkennende Senat stellt nur die apodiktische Behauptung auf, dass die Neuregelung ja deshalb nicht so pauschal sei, dass sie erst durch ministerielle Erlasse hinreichend konkretisiert werden müsse, weil „sie sich anhand des Normtextes und der vorliegenden Rechtsprechung ohne weiteres im verneinenden Sinne beantworten lässt“ (Rn. 9 BA). Aus dem Verordnungstext geht bei objektivierter Sicht eindeutig hervor, dass hier die Ausnahmetatbestände vollkommen restriktiv zugeschnitten wurden und den gemeinschaftsrechtlichen Gesichtspunkt der Altersdiskriminierung überhaupt nicht erfasst haben. Die Einzelfallrechtsprechung des Berufungsgerichts kann hier in keiner Weise Abhilfe schaffen. Den Zuschnitt von interessen- und grundrechtsgerechten Ausnahmetatbeständen hätte nur der parlamentarische Gesetzgeber selbst vornehmen können. Die Versuche des erkennenden Senats (in den Rn. 10 und 11 BA) die Regelungen der §§ 6 Abs. 2 und 84 Abs. 2 LVO NRW n.F. anhand der eigenen früheren Rechtsprechung zu interpretieren, die die europarechtliche Seite mangels Vorlage der betreffenden Fragen an den Europäischen Gerichtshof verengend nur in altherkömmlicher Weise interpretieren, zeigt einen weiteren Gehörsverstoß. Der Versuch des BVerwG, hier mit „Fragen des Einzelfalls, die sich einer abstrakt-generellen Regelung im Verordnungsrecht ebenso wie einer rechtsgrundsätzlichen Klärung im Revisionsverfahren entziehen“ (Rn. 11 BA), zeigt, dass das eigentliche Vorbringen in der Beschwerdeschrift nicht zur Kenntnis genommen wurde.

ff. Übergehen der gestellten Rechtsfrage zur verfehlten pauschalen Sichtweise des Verordnungsgebers.

Die weiterhin in der Beschwerdeschrift aufgeworfene Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung

„ob der beamtenrechtliche Verordnungsgeber die vom 2. Senat des BVerwG für erforderlich gehaltene Abwägung (vgl. BVerwG, Urteile vom 19.02.2009, a.a.O.) so allgemein und pauschal bei Schaffung der Veränderungsverordnung vorgenommen hat, dass erst später im Erlasswege die konkrete Regelung erfolgt“ (S. 13 der Beschwerdebegründungsschrift)

hat der 2. Senat des BVerwG nicht behandelt. Insbesondere hat er keine Antwort darauf gegeben, ob nicht aus den Unterlagen zur Normsetzung, die die Höchstaltersgrenzen betreffen, hervor gehen muss, inwieweit der Verordnungsgeber die gegenläufigen Interessen gewichtet, gegenüber gestellt und dabei die sich aus einer Altersgrenze ergebende einschneidende Beeinträchtigung des Leistungsgrundsatzes gemäß Art. 33 Abs. 2 GG erkannt hat. Der erkennende Senat hat auch nicht gewürdigt, dass die Existenz von Erlassen (Runderlasse vom 30.07.2009, vom 01.09.2009 und vom 10.09.2009 des MSW NRW) gerade dafür spricht, dass eine hinreichende Abwägung auf normativer Ebene ausgeblieben ist. Denn erst in den og. Erlassen des Fachressorts werden abwägungsrelevante Einzelheiten der Höchstaltersgrenze in NRW aufgeführt. Sie sind aber gerade nicht Gegenstand des Verordnungsinhaltes (vgl. hierzu schon VG Gelsenkirchen, 1 K 4596/09, Urteil vom 10.11.2010, Rn. 39).

Vollkommen übersehen hat der Beschluss Senat des BVerwG, dass nach dem Erlass des MSW vom 01.09.2010 gerade die Festsetzung einer neuen Höchstaltersgrenze „evident“ gewesen sein soll, um so das ausgewogene Verhältnis zwischen den im aktiven Beamtenverhältnis verbrachten Zeiten und den korrespondierenden Versorgungsansprüchen zu schaffen. Angesichts gänzlich anderer Regelung der Höchstaltersgrenze im Bund und in anderen Bundesländern lässt sich für diese „Evidenz“ überhaupt keine rationale Argumentation anbieten. Das BVerwG geht auf diesen Gesichtspunkt überhaupt nicht ein.

gg. Verkennen der Bedeutung der Beteiligung der Spitzenorganisationen

Soweit das BVerwG die gestellte rechtsgrundsätzliche Frage fallübergreifenden Gewichts,

„ob die beim Erlass der Änderung der LVO NW unterbliebene oder jedenfalls nicht ordnungsgemäße Beteiligung der Spitzenorganisationen gemäß § 53 BeamStG, § 94 Abs. 1 LBG NRW nicht entgegen der bisherigen Rechtsprechung (vgl. BVerwGE 59, 48) die Unwirksamkeit der Neuregelung zur Folge hat“ (S. 14 Beschwerdebegründungsschrift)

verneint hat, wird die neue verfassungsrechtliche Entwicklung über die Beteiligungsrechte im „Vorfeld“ oder - bei richtiger Ansicht - bereits im Gesetzgebungsverfahren nicht ausreichend zur Kenntnis genommen (Rn. 14 und 23 BA).

Ohne nachvollziehbare Begründung stellt das BVerwG dabei die Behauptung auf, „die Regelungen des § 53 BeamStG und des § 94 Abs. 1 LBG NRW sind nach der Rechtsprechung des Senats nicht Bestandteil des Normsetzungsverfahrens“ (S. 11 BA). Allein diese Aussage ist missverständlich. Offenbar meint der erkennende Senat, dass die in diesen Normen vorgesehene Beteiligung der Spitzenorganisationen nicht Bestandteil des jeweiligen Normsetzungsverfahrens im Beamtenrecht sein soll. Das Festhalten an dem 1979 ergangenen Beschluss zeigt aber, dass gerade die Bedeutung der Beteiligung der Spitzenorganisationen bei Rechtssetzungsakten im Gegensatz zur neueren Rechtsprechung des BVerfG verkannt wird. Gesetzliche Beteiligungs- und Anhörgebote von Fachgremien, die ihrerseits unter den Schutzbereich des Art. 9 GG fallen, haben zentrale Bedeutung für den Bestand einer Rechtsverordnung. Gerade die Beteiligung der Spitzenorganisationen ermöglicht dem Normgeber, hinreichende informatorische Grundlagen für seine Abwägungsentscheidung zu gewinnen. Eine beschränkte, oft einseitige Erkenntnismöglichkeit aus den Einzelfallentscheidungen durch die Verwaltung selbst oder aus (in noch geringerem Maße) Einzelfallentscheidungen der Gerichte kann eine Information durch sachkundige Verbände nicht ersetzen. Auf die Wichtigkeit der Beratungsoffenheit bei einer angemessenen Umsetzung einer Verordnungsermächtigung ist in der Beschwerdebegründungsschrift ausdrücklich hingewiesen worden (S. 16 der Begründungsschrift).

Das BVerwG hat nicht erkannt, dass den Spitzenorganisationen im Beamtenrecht gerade auch zum Schutz der einzelnen Beamten und Beamtenbewerber die wichtige Aufgabe zukommt, dem Normgeber ihre Erfahrungen und Erkenntnisse bei der beamtenspezifischen Entscheidungsfindung zu vermitteln, um so ein umfassendes Bild von den zu regelnden Sachverhalten zu gewinnen. Gerade die Vielzahl der durch die Höchstaltersproblematik betroffenen Beamtenbewerber in NRW erhärtet die Wichtigkeit einer Beteiligung gerade der Spitzenorganisationen beim Normerlass.

In diesem Zusammenhang ist dem erkennenden Senat ein weiterer Gehörsverstoß unterlaufen. Mit keinem Wort geht er nämlich darauf ein, dass die Einhaltung von Beteiligungs- und Anhörungserfordernissen **durch das Gemeinschaftsrecht der EU zwin-**

gend vorgeschrieben ist. Bei der Neuregelung einer laubahnrechtlichen Höchstaltersgrenze ergibt sich das zwingende Anhörungserfordernis nämlich aus Art. 13 der RL 2000/78/EG. Danach sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, geeignete Maßnahmen zur Förderung des Dialogs zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern mit dem Ziel, die Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, insbesondere auch im Hinblick auf etwaige Altersdiskriminierungen u.a. durch einen Austausch von Erfahrungen und bewährten Verfahren voran zu bringen. Da der 2. Senat des BVerwG auf diesen Gesichtspunkt trotz des Vorbringens auf S. 16 f. der Beschwerdebegründungsschrift überhaupt nicht eingegangen ist, hat er auch nicht die Frage geklärt, ob nicht eine europarechtskonforme Auslegung der Beteiligungsvorschriften des § 53 BeamStG und § 94 LBG NRW geboten ist. Gegebenenfalls hätte das BVerwG diese Frage zwingend dem Europäischen Gerichtshof zur Klärung vorlegen müssen.

Der 2. Senat des BVerwG hat auch nicht erkannt, dass die Beteiligung der Spitzenorganisationen der zuständigen Gewerkschaften und Berufsverbände allein schon deshalb geboten ist, weil aufgrund der Neufassung des § 5 des LBG in NRW entgegen der früheren Rechtslage bei Erlass von beamtenrechtlichen Verordnungen nicht mehr eine parlamentarische Zustimmung vorgesehen ist. Denn von der Erteilung des Einvernehmens mit dem Ausschuss für innere Verwaltung des Landtages ist abgesehen worden, obschon auf diese Weise nur eine breite parlamentarische Legitimation und Absicherung der Laufbahnregelung erzielt werden konnte. Gerade das stellte die bis zum 31.03.2009 geltende Regelung in § 15 Abs. 1 LBG a.F. sicher. Der 2. Senat des BVerwG hat dieses Vorbringen (S. 17 der Beschwerdebegründungsschrift) vollkommen übergangen. Im Ergebnis hat hier die als Bürokratieabbau gedachte Neuregelung eine „**demokratieabbauende**“ Wirkung.

Fernerhin dürfte der obrigkeitsstaatliche Ansatz im Beschluss vom 25.10.1979 zwar der damaligen Sicht der Dinge in etwa entsprochen haben. Er verkennt aber die Wichtigkeit der demokratischen Beteiligungs- und Mitwirkungsrechte in einem erheblich sensiblen Bereich, bei dem Hoheitsakte unmittelbar die Ausgestaltung eines Dienstverhältnisses beeinflussen können. Bereits darin kann auch eine Diskriminierung der betroffenen Berufsgruppe liegen.

hh. Die Behandlung der Rechtsfrage zur Nichtbeteiligung der Gleichstellungsbeauftragten

Auch mit der Frage,

„ob die Nichtbeteiligung der Gleichstellungsbeauftragten bei einer Entscheidung über einen Verbeamtungsantrag einen absoluten Verfahrensfehler darstellt, der die Anwendung des § 46 VwVfG nicht ausschließt, wenn nach der Ausnahmegvorschrift des § 84 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 LVO NRW n.F. eine Ermessensentscheidung eröffnet ist und bei den Ermessenserwägungen eine langjährige Vortätigkeit einer Beamtenbewerberin im kirchlichen Ersatzschuldienst und im staatlichen Schuldienst sowie das Vorliegen von Kindererziehungszeiten zu berücksichtigen sind“ (S. 17 der Beschwerdebegründungsschrift)

hat sich das BVerwG nur in gehörsrechtswidriger Weise befasst. Es behauptet hierzu, dass nur eine „Einzelfallkonstellation“ vorliege und eine Klärung mit Bedeutung über den Einzelfall damit nicht möglich sei (Rn. 16 BA). Das Problem der langjährigen Vortätigkeit eines Beamtenbewerbers in den unterschiedlichen Schuldienstformen und das Vorliegen von Kindererziehungszeiten wird mit einer solchen Argumentation zu einer „Einzelfallkonstellation“ degradiert, obwohl eine Vielzahl von entsprechenden Beamtenbewerbern in derartigen Lebenssituationen stecken. Die Hilfsargumentation des 2. Senats, dass sich eine solche Frage im Revisionsverfahren gar nicht stellen würde, weil die übrigen verordnungsrechtlichen Bestimmungen die Ablehnung des Übernahmeantrages ohnehin rechtfertigen würden, verkennt, dass gerade deren Wirksamkeit mit den übrigen Zulassungsfragen in Zweifel gezogen wurde. Der 2. Senat des BVerwG übersieht in diesem Zusammenhang völlig, dass die Beteiligung der Gleichstellungsbeauftragten gerade bei Frauen geboten ist, die einerseits über langjährige Beschäftigungszeiten entweder im staatlichen Schuldienst oder kirchlichen Ersatzschuldienst verfügen und zugleich über mehrjährige Kindererziehungszeiten. Diese Gesichtspunkte können naturgemäß bei einer Ermessensentscheidung des Dienstherrn, die von einer Stellungnahme der Gleichstellungsbeauftragten durchaus beeinflusst werden kann, eine Rolle spielen. Fehlsam ist dem gegenüber die Rechtsauffassung, dass das materielle Recht dem beklagten Land schon überhaupt keinen Entscheidungsspielraum eröffnen soll (vgl. OVG NRW, BA S. 5).

ii. Die Behandlung von Rechtsfragen unter rein pauschalisierender Betrachtungsweise

Soweit sich der 2. Senat des BVerwG mit den in Beschwerdebegründungsschrift nach § 133 VwGO unter IV. gestellten Rechtsfragen mit Bezug zur Auslegung und Anwendung der hier als gültig unterstellten Änderungsverordnung zur LVO NW befasst (S. 18 bis 22 der Beschwerdebegründungsschrift), nimmt er hierzu nur allzu lapidar oberflächliche Bewertungen vor (Rn. 17 und 18 S. 7 f. BA). Nachvollziehbare Antworten enthalten die Ausführungen des 2. Senats nicht. Erneut wird hier das Vorliegen von Einzelfallkonstellationen behauptet oder die Möglichkeit angedeutet, dass sich anhand des Normtextes und der Senatsrechtsprechung die gestellten Fragen beantworten könnten (Rn. 17 BA).

jj. Unzureichendes Eingehen auf Rechtsfragen zur Auslegung des § 84 LVO NRW n.F.

Der 2. Senat des BVerwG hat auch wesentliches Vorbringen der Klägerin in nicht ausreichendem Maße zur Kenntnis genommen und sich mit ihm nicht in der gebotenen Weise auseinander gesetzt, so weit es um die zur Auslegung des § 84 LVO NRW n.F. formulierten Fragen geht (Rn. 17 und 18 BA).

Die Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde hatte die rechtsgrundsätzliche Frage zur Auslegung des § 84 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 LVO NRW n.F. herausgearbeitet,

„was inhaltlich unter dem Begriff der „von dem Bewerber nicht zu vertretenden Gründe“ im Zusammenhang mit dem „Unbillig-Erscheinen“ der Anwendung der Höchstaltersgrenze zu verstehen ist“ (S. 18 der Beschwerdebegründungsschrift)

Diese abstrakt-generelle Fragestellung ist dahin gehend konkretisiert worden, „ob eine langjährige Tätigkeit als angestellte Lehrerin im kirchlichen Ersatzschuldienst und anschließend im staatlichen Schuldienst als ein von der Beamtenbewerberin zu vertretender Umstand gewertet werden kann, der ein Überschreiten der Höchstaltersgrenze als nicht unbillig erscheinen lässt“ (S. 18 der Beschwerdebegründungsschrift). Mit dieser Formulierung hat die Beschwerde an die Äußerung des OVG NRW angeknüpft, nach der sich der berufliche Werdegang der Klägerin „nicht aus von ihr nicht zu vertretenden Gründen derart verzögert hat, dass das Entgegenhalten der Höchstaltersgrenze unbillig erschiene, sondern wegen ihrer langjährigen Tätigkeit im kirchlichen Schuldienst“. Das

OVG hat damit die Tätigkeit im Kirchenschuldienst im Rahmen der Billigkeitsentscheidung negativ berücksichtigt.

Wenn dem gegenüber der 2. Senat des BVerwG meint, die aufgeworfene Frage, die fallbezogen näher aufbereitet worden ist, ließe sich „anhand des Normtextes und der Senatsrechtsprechung ohne weiteres beantworten“ (Rn. 17 BA), so setzt sich das Gericht mit wesentlichem Vorbringen in keiner Weise auseinander. Das Ausweichen auf Umstände des Einzelfalles durch den erkennenden Senat zeigt nur, dass er sich um eine Begriffsklärung nicht bemüht. Er berücksichtigt dabei in keiner Weise, dass nach Auffassung des OVG NRW die genannte Ausnahmeregelung eine Härteklausel darstellen soll, „die an eine persönliche Situation im Einzelfall anknüpft“ (BA OVG S. 7). Unter diesen Umständen liegt es geradezu auf der Hand, dass die persönliche Situation eines Beamtenbewerbers durch die langjährige Vortätigkeit im kirchlichen Ersatzschuldienst und anschließend im staatlichen Schuldienst gekennzeichnet ist. Dann können aber diese Umstände in Anwendung der Härtefallregelung nicht im Rahmen eines „Unbilligkeitsurteils“ zu Lasten des Beamtenbewerbers verwertet werden.

kk. Gehörsrechtswidrige Behandlung der Reichweite der Härteklausel

Der 2. Senat des BVerwG hat auch die weitere fallübergreifende Rechtsfrage grundsätzlicher Art,

„ob Kindererziehungszeiten bei der Ermessensentscheidung ohne Bedeutung sind, obschon es sich bei dieser Norm um eine Härteklausel soll, die an die persönliche Situation im Einzelfall knüpft (so die Wertung des OVG NRW, S. 7 BA)“ – S. 19 der Beschwerdebegründungsschrift

nicht in ausreichendem Maße zur Kenntnis genommen und schon gar nicht in der gebotenen Weise fachlich gewürdigt. Der erkennende Senat begnügt sich mit einem bloßen Hinweis auf die Regelung in § 6 Abs. 2 Satz 1 Buchstabe c) und Satz 2 LVO NRW n.F. und meint dann ohne jede normative Argumentation, dass eine weitere Überschreitung auf der Grundlage des § 84 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 LVO NRW n.F. ausgeschlossen sei. Es wird dabei übersehen, dass die persönliche Situation einer Beamtenbewerberin gerade durch die familienbedingten Auszeiten geprägt sein kann. Durch die Inanspruchnahme der Kindererziehungszeiten, die dem Gemeinwohl in besonderer Weise dienen, wird zwangsläufig – unter Zugrundelegung früherer tatsächlicher Verhältnisse, als es Einrich-

tungen zur Kleinkinderbetreuung weitgehend nicht gab – von dem üblichen beruflichen Werdegang abgewichen.

Schließlich hat sich das BVerwG mit der rechtsgrundsätzlich gestellten Frage,

„ob der vom OVG NRW entwickelte Rechtssatz zum Eingreifen der Ausnahmegvorschrift des § 86 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 LVO NRW n.F. für den Fall, dass ein Antrag auf Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe rechtswidrig unter Hinweis auf die von Anfang an unwirksame Höchstaltersgrenze alten Rechts abgelehnt wurde, der Bewerber hiergegen Rechtsmittel eingelegt hat und zwischenzeitlich die neue Höchstaltersgrenze überschritten hat (OVG BA S. 10), nicht auch für solche im Ersatzschuldienst und/oder im staatlichen Schuldienst beschäftigte Lehrer gilt, die nach Erlass der Urteile des 2. Senats des BVerwG vom 19.02.2009 – u.a. 2 C 18/07 – aber vor Inkrafttreten der Neufassung der LVO NRW einen Antrag auf Verbeamtung gestellt haben“

(S. 19 f. der Beschwerdebeurteilungsschrift)

nur unzureichend befasst. Das BVerwG begnügt sich mit dem Hinweis, diese Frage könne ohne weiteres verneint werden, da diese Bewerber gerade damit rechnen mussten, „dass der Verordnungsgeber alsbald eine Neuregelung erlassen würde, die nach den allgemeinen Vorschriften für ihre Anträge maßgeblich sein würden“ (BA S. 8). Das Eingreifen der europarechtlichen Vorgaben aus der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (Abl. Nr. L303, S. 16 – EU-Dok-Nr. 3, 2000 L0078 – im Folgenden RL) wird dabei vollkommen übersehen. Auch der nordrhein-westfälische Normgeber musste sich mit den Vorgaben der Gleichbehandlungsrichtlinie umfassend auseinander setzen und konnte nicht einfach – wie bisher – anhand der überkommenen nationalen Strukturen des Beamtenrechts „einfach so weiter machen“ wie bisher.

Der Beschlussenat des BVerwG hat bei seiner lapidaren Antwort ausgeblendet, dass die aufgeworfene Frage in einer Vielzahl von diesbezüglichen Verwaltungsstreitigkeiten im Lande NRW eine Rolle spielte und für die Auslegung und Anwendung der Härtefallklausel von allgemeiner Bedeutung ist. Die entscheidende rechtliche Frage, ob wirklich ein zu anderen Rechtsfolgen führender Unterschied zwischen dem vom OVG NRW gebildeten Fall und der Fallgruppe der Antragsteller besteht, die nach Ergehen des Urteils

des BVerwG am 19.02.2009, also im Zustand des Fehlens einer normierten Höchstaltersgrenze, einen Verbeamtungsantrag gestellt haben, wird ausgeblendet. Der 2. Senat übersieht, dass gerade in diesen Fällen durch eine zögerliche behördliche Behandlung der Verbeamtungsanträge eine Entscheidung nach der Interimsrechtslage verhindert wurde. Hätte nämlich die Einstellungsbehörde zeitnah über den Verbeamtungsantrag entschieden, so hätte im Ablehnungsfalle der Bewerber auch hiergegen Rechtsmittel einlegen können. Auf das Überschreiten der später eingeführten Höchstaltersgrenze konnte zu diesem Zeitpunkt gar nicht abgestellt werden, da diese eben zum Zeitpunkt der Antragstellung überhaupt noch nicht normiert war.

II. Behandlung der Rechtsfrage zur Kumulation verschiedener Härtefallumstände

Der 2. Senat des BVerwG hat auch wesentliches Vorbringen der Klägerin insoweit nur in unzureichendem Maße zur Kenntnis genommen, als es um seine Antwort auf die gestellte rechtsgrundsätzliche Frage geht,

„ob bei der Anwendung der Härtefallklausel des § 84 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 LVO NRW nicht kumulativ die verschiedensten persönlichen Umstände mit zu berücksichtigen sind, nämlich einmal der bisherige berufliche Werdegang im staatlichen Schuldienst und/oder kirchlichen Ersatzschuldienst, die dort gezeigten besonderen Leistungen, die mehrjährigen Auszeiten durch Betreuung der eigenen Kinder, sowie das Fehlen einer normativ geregelten Höchstaltersgrenze bei Stellung des Antrags auf Übernahme in das Beamtenverhältnis“ (S. 20 der Beschwerdebegründungsschrift)

Das BVerwG meint lapidar, es sei nicht erkennbar, welche konkreten Rechtsfragen damit aufgeworfen worden sein sollen (S. 8 BA). Diese Aussage ist in keiner Weise nachvollziehbar. Denn es liegt auf der Hand, dass verschiedene persönliche Umstände kumulativ zur Annahme der Billigkeit des Abweichens von einer erst später eingeführten normativen Höchstaltersgrenze führen können. Wie in der Beschwerdeschrift dargelegt, ist gerade dem Normtext, aber auch dessen Begründung in keiner Weise zu entnehmen, dass derartige persönliche Umstände bedeutungslos für die Annahme der Billigkeit des Abweichens von einer später eingeführten normativen Höchstaltersgrenze sein sollen.

mm. Rechtsfrage zum Verhältnis der verschiedenen Ausnahmeregelungen

Auch mit der rechtsgrundsätzlichen, ob nicht die wesentlich höhere Höchstaltersgrenze gemäß § 6 Abs. 5 LVO NRW im Rahmen der Ermessensentscheidung nach § 84 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 LVO NRW n.F. zu berücksichtigen sind oder ob angesichts der gesetzlichen Wertung in § 6 Abs. 5 LVO NRW nicht noch weitergehend der Verordnungsgeber für diese Gruppe von langjährig beschäftigten Lehrern im Angestelltenverhältnis eine über § 52 Abs. 1 LVO NRW n.F. hinausgehende Altersgrenze einführen musste (Beschwerdebegründungsschrift S. 21), befasst sich das BVerwG wiederum in nicht zureichendem Maße. Die Bemerkung des Senats, dass es sich bei der genannten Norm nur um eine eng begrenzte Ausnahme vom Regeleinstellungshöchstalter handele, deren Ausdehnung auf weitere Anwendungsfälle mit dem Lebenszeitprinzip nicht zu vereinbaren wäre, verkennt, dass schon nach dem Gemeinschaftsrecht das Lebenszeitprinzip kein geeignetes Kriterium für eine Altersdiskriminierung sein kann, das im Übrigen auch nach der Rechtsprechung des BVerwG kein geeignetes Kriterium für eine Regeleinstellung sein kann.

nn. Rechtsfrage zum „Nachteilsausgleich für gesellschaftlich erwünschte Tätigkeiten“

Wesentliches Vorbringen hat das BVerwG auch insoweit nicht zur Kenntnis genommen, als er auf die weitere rechtsgrundsätzliche Frage,

„was der Begriff „Nachteilsausgleich“ für gesellschaftlich erwünschte Tätigkeiten (BA OVG S. 9) beinhalten soll, den das OVG NRW als Rechtssatz bei der Auslegung der weiteren Ausnahmegesetzvorschrift des § 6 Abs. 2 LVO NRW n.F. verwendet.“ (S. 21 Beschwerdebegründungsschrift)

Ein derartiger Nachteilsausgleich für gesellschaftlich erwünschte Tätigkeiten würde problemlos zur Härtefallregelung des § 84 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 LVO NRW passen. In diesem Zusammenhang hätte der 2. Senat des BVerwG allen Anlass gehabt, klarzustellen, dass die mit der Formulierung des OVG NRW verbundene Fehlvorstellung, dass die Tätigkeit von bereits langfristig im staatlichen Schuldienst und/oder Ersatzschuldienst angestellten Lehrern, zumal wenn sie über eine beträchtliche Zeit ihre eigenen Kinder betreut haben, nicht als „gesellschaftlich erwünscht“ einzuordnen sind. Das Auslegungskriterium des OVG NRW bezüglich eines Nachteilsausgleichs für gesellschaftlich erwünschte Tätigkeit

hat seinerseits wiederum diskriminierenden Charakter gerade gegenüber denjenigen, die langjährig im aufreibenden Schuldienst beschäftigt waren und zur gleichen Zeit auch ihre eigenen Kinder betreut haben. Hierzu ist jede Äußerung des 2. Senats des BVerwG zu vermissen.

b. Unzureichende Kenntnisnahme und Würdigung der Rechtsfragen mit gemeinschaftsrechtlichem Bezug

Mit den von der Beschwerde aufgeworfenen gemeinschaftsrechtlichen Rechtsfragen, die unmittelbar mit dem Bestand der Änderungsverordnung zur LVO NRW in Zusammenhang stehen, hat sich der 2. Senat des BVerwG in unzureichender Weise auseinander gesetzt. Der Versuch einer Zusammenfassung der gestellten Fragen unter Rn. 19 BA zeigt schon, dass hier wesentliches Vorbringen der Klägerin in nicht ausreichendem Maße zur Kenntnis genommen wurde.

aa. Gehörsrechtswidrige Befassung mit der Zielsetzung des Art 6 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 .

Die zunächst gestellte rechtsgrundsätzliche Frage mit gemeinschaftsrechtlichem Bezug,

„ob die vom Verordnungsgeber mit der Änderungsverordnung zur LVO NW (§§ 6 Abs. 1, 52 Abs. 1, 84 LVO NRW n.F.) verfolgte und vom OVG NRW gebilligte Zielsetzung des Verordnungsgebers mit Art. 6 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 in Einklang steht“ (S. 2 Beschwerdebegründungsschrift),

wird nur unzureichend erfasst. Wenn die Neuregelungen der LVO NRW gewährleisten sollen, dass die Dienstzeit des Beamten mit dem Anspruch auf Versorgung während des Ruhestandes in ein angemessenes Verhältnis gebracht wird und zugleich der Sicherstellung des Lebenszeitprinzips als ein wesentliches Strukturelement des Berufsbeamtentums Rechnung tragen sollen, stellt sich zwingend die Frage nach der Zulässigkeit einer solchen Zielsetzung im Hinblick auf Art. 6 der RL 2000/78/EG. Mit den von der Beschwerde angeführten zahlreichen neueren Entscheidungen des EuGH hat sich der 2. Senat des BVerwG nur unzureichend auseinander gesetzt. Er zitiert zwar das Urteil des EuGH vom 13.09.2011 (Rs.-C-447/09 – Prigge u.a. – NJW 2011, 3209 Rn. 81), das zur Verwerfung der Altersgrenze von 60 Jahren bei Piloten von Verkehrsflugzeugen ge-

führt hat. Ebenso wird das Urteil vom 21.07.2011 – C-159 und 160/10 – Fuchs und Köhler – NVwZ 2011, 1249 Rn. 61; 73 und 80 angeführt. Der 2.- Senat stellt dabei lapidar die Behauptung auf, dass Interesse des Dienstherrn an einem ausgewogenen Verhältnis von Lebensdienstzeit und Ruhestandszeit der Beamten sei ein legitimes Ziel im Sinne der RL. Insbesondere sei die unionsrechtliche Anerkennung des Interesses an einer adäquaten Lebensdienstzeit durch Art. 6 Abs. 1 Satz 2 Buchstabe c) der RL belegt, wonach Ungleichbehandlungen wegen des Alters insbesondere die Festlegung eines Höchstalters für die Einstellung aufgrund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand einflößen. Deshalb stelle eine Höchstaltersgrenze für den Zugang zum Beamtenverhältnis dem Grunde nach ein geeignetes und erforderliches Mittel dar, um eine angemessene, die Versorgung rechtfertigende Lebensdienstzeit sicherzustellen. Dies rechtfertige auch die systembedingt unterschiedliche Behandlung von Angestellten und Beamten, da nur bei letzteren die Versorgung aus dem letzten Amt gewährt würde und deshalb regelmäßig höhere Versorgungsansprüche begründet seien. Die auch unionsrechtlich geforderte Verhältnismäßigkeit der Ungleichbehandlung werde dadurch sichergestellt, dass die Höchstaltersgrenze bei anerkannten und normativ fixierten, insbesondere bei familiären und gemeinnützigen Verzögerungsgründen in angemessenem Umfang überschritten werden dürfe (BA S. 10).

Mit dem Hinweis auf die beiden neueren Entscheidungen des EuGH widerlegt der 2. Senat des BVerwG sich schon selbst mit seiner grundlegenden Argumentation auf S. 3 des BA, wonach die Frage des Verstoßes gegen höherrangiges Recht, also auch gegen das Unionsrecht, sich bereits aus seinem Urteil vom 19.02.2009 und den genannten Beschlüssen vom 24.01.2011 und 06.04.2011 ergeben soll. Den Inhalt der Entscheidungen des EuGH vom 21.07. und 13.09.2011 konnte der 2. Senat damals sicherlich noch nicht ahnen.

bb. Gehörsrechtswidriges Ausblenden der Situation der seit Jahrzehnten tätigen angestellten Lehrer

Unabhängig von diesem gedanklich verfehlten Begründungsansatz hat der 2. Senat des BVerwG die entscheidende Frage, ob die Änderung der LVO NW nicht zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung aus Gründen des Alters führt, sofern es um die Nichteinstellung von solchen Beamtenbewerbern geht, die bereits seit Jahrzehnten an-

gestellte Lehrer sind, nicht hinreichend erfasst (vgl. S. 3 der Beschwerdebegründungsschrift). Gerade das Ziel der Vermeidung eines Missverhältnisses von Dienstzeit und Versorgungslast dürfte weder objektiv noch angemessen noch legitim sein. Die Beschwerdebegründung hat ausführlich dargelegt, weshalb bei langjährig im staatlichen Schuldienst oder im gleichwertigen Ersatzschuldienst beschäftigten angestellten Lehrern, die in das Beamtenverhältnis wechseln wollen, eine besondere Sicht der Dinge notwendig ist, denn die Höhe der Versorgungsbezüge der Beamten richtet sich nach dem Beamtenversorgungsgesetz. Die Auswirkungen wurden oben näher dargelegt. Eine übermäßige Belastung des Dienstherrn kann danach nur innerhalb der ersten fünf Dienstjahre eintreten. Diesen Gesichtspunkt hat der 2. Senat des BVerwG vollkommen ausgeblendet.

Ebenso wenig hat er sich mit dem diesseitigen Vorbringen in der Beschwerdeschrift befasst, dass bei zuvor langjährig beschäftigten Lehrern im Angestelltenstatus die Höhe des Ruhegehalts von vornherein dadurch vermindert wird, dass Rentenansprüche der Ruhestandsbeamten nach § 14 Abs. 5 BeamtVG auf die Mindestversorgung angerechnet werden (vgl. BVerfG, NVwZ- RR 2010, 118). Nicht zur Kenntnis genommen wurde damit, dass die Renten auf Versorgungsbezüge in der in § 55 Abs. 1 BeamtVG vorgesehenen Art angerechnet werden können. Das aber führt gerade zu einer Entlastung der Alimentationspflicht des Dienstherrn, da er den Versorgungsberechtigten auf Einkünfte aus anderen öffentlichen Kassen verweisen kann (BVerfG, NVwZ-RR2010, 118). Die Annahme eines Missverhältnisses von Dienstzeit und Versorgungslasten, die angeblich nach der Auffassung des OVG NRW, und jetzt aber auch nach dem Inhalt des Beschlusses des 2. Senats eintreten soll, liegt damit nicht vor. Zu Unrecht unterstellt der 2. Senat damit, dass eine objektiv und angemessene und einem legitimen Ziel entsprechende Rechtfertigung einer Altersdiskriminierung vorliegt.

cc. Gehörsrechtswidriges Übergehen der Bedeutung des „Lebenszeitprinzips als wesentliches Strukturelement“

Der 2. Senat des BVerwG hat auch insoweit wesentliches europarechtsbezogenes Vorbringen der Klägerin in unzureichendem Maße zur Kenntnis genommen, als er die in der Beschwerdeschrift angesprochene Problematik der Anerkennung des „Lebenszeitprinzips als wesentliches Strukturelement“ (S. 4 f. der Beschwerdebegründungsschrift) nur unzureichend gesehen hat. Dort wurde vorgetragen, dass der EuGH bisher die auf 100

Jahre beruhende Tradition des deutschen Berufsbeamtentums „mit seinen wesentlichen Strukturelementen“ nicht überprüft hat. Bisher hat nur das BVerwG darüber judiziert, dass zum Grundsatz der Sicherung des Lebenszeitprinzips eine gewisse Dauerhaftigkeit und ein bestimmtes Maß an personeller Konstanz gehören, womit auch das Interesse an einer sparsamen Haushaltsführung in Zusammenhang stehen soll (BVerwG, NVwZ 2009, 840 Rn. 16). Eine derartige Umschreibung des Grundsatzes der Sicherung des Lebenszeitprinzips steht jedoch, wie in der Beschwerdeschrift umfassend aufgezeigt worden ist (S. 5 BBS) mit der Rechtsprechung des BVerfG (Beschluss vom 28.05.2008 – BVerfGE 121, 205 [224]) nicht in Einklang (siehe auch oben). Das ist im übrigen treffsicher in der rechtswissenschaftlichen Literatur umfassend herausgearbeitet worden (vgl. Kühling/Bertelsmann, NVwZ 2010, 87). Die gewisse Dauerhaftigkeit der Beamtenstellung und die personelle Kontinuität können keine objektiven und auch legitimen Ziele im Sinne des Art. 6 Abs. 1 S. 1 der RL 2000/78/EG sein. Mit diesem Gesichtspunkt hat sich der Beschluss des BVerwG nicht auseinander gesetzt.

dd. Rechtsfrage zum Gesichtspunkt der Sicherung einer sparsamen Haushaltsführung

Die weiterhin in der Beschwerdeschrift gestellte rechtsgrundsätzliche Frage (S. 5 f. Beschwerdebegründungsschrift),

„ob der Gesichtspunkt der Sicherung einer sparsamen Haushaltsführung als rechtfertigender Grund im Sinne der genannten Richtlinien in Betracht kommt“

ist vom 2. Senat des BVerwG ebenso wenig behandelt worden. In der Beschwerdeschrift wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass entgegen der Darstellung im Urteil des erkennenden Senats vom 19.02.2009 – 2 C 18/07 Rn. 16 – in den vom 2. Senat herangezogenen Urteilen des EuGH vom 22.11.2005 und vom 16.10.2007 keinerlei Aussage über eine sparsame Haushaltsführung enthalten ist. Im Urteil des EuGH „Mangold“ konnte der Gesichtspunkt der sparsamen Haushaltsführung schon deshalb keine Rolle spielen, da es nur um eine berufliche Eingliederung arbeitsloser älterer Arbeitnehmer ging. Im Urteil des EuGH „Palacios“ ging es hingegen nur darum, den nationalen Arbeitsmarkt zu regulieren und auf diese Weise die Arbeitslosigkeit zu bekämpfen.

Mit keinem Wort ist der 2. Senat des BVerwG auch auf die Frage der europarechtlichen Vereinbarkeit der Änderungsverordnung eingegangen, so weit es um die Objektivität und die Angemessenheit und Legitimität des Ziels insoweit geht, als nach den Erfahrungen im Bundesland Schleswig-Holstein gerade die Verbeamtung von Lehrern dazu führt, dass der Staat von vornherein mit weniger Kosten belastet wird, als wenn die Lehrer im Angestelltenverhältnis beschäftigt werden. Auf diesen Gesichtspunkt ist in der Beschwerdeschrift ausdrücklich hingewiesen worden und als Begründung angeführt, dass die laufenden Kosten für die Beschäftigung eines angestellten Lehrers wegen der Höhe der Sozialbeiträge, die die Anstellungskörperschaft alsbald zu entrichten hat, höher ausfallen als die Beamtenbesoldung. Hierzu findet sich im Beschluss des BVerwG kein Wort. Ebenso wenig hat sich der 2. Senat mit der Frage beschäftigt, dass nach der neuesten Rechtsprechung des EuGH die Beweislast für eine angebliche Mehrbelastung, soweit es um die Rechtfertigung von Altersdiskriminierung geht und damit um die Legitimität des zur Rechtfertigung einer Altersdiskriminierung angeführten Ziels, der Normgeber trägt (EuGH, EuZW 2009, 340 Rn. 67 – Age Concern England). Da in der Änderungsverordnung zur LVO sich hierzu keiner Ausführungen finden, hätte der 2. Senat des BVerwG sich unbedingt mit dieser Beweislastthematik auseinander setzen müssen.

ee. Fehlende Befassung mit der gemeinschaftsrechtlichen Relevanz einer ausgewogenen Altersstruktur

Der 2. Senat des BVerwG hat auch insoweit wesentliches Vorbringen der Klägerin in nicht ausreichendem Maße zur Kenntnis genommen und sich mit ihm nicht in der gebotenen Weise auseinander gesetzt, als die rechtsgrundsätzliche Frage mit europarechtlichem Bezug gestellt wurde :

„Kann, bezogen auf die Verbeamtung von bisher langjährig angestellten Lehrern, die Herstellung einer ausgewogenen Altersstruktur einen die Altersdiskriminierung rechtfertigenden Grund i.S.d. Art. 6 der RL 2000/78/EG darstellen?“

Unklar ist schon von vornherein, was der Rechtsbegriff einer ausgewogenen Altersstruktur bedeuten soll. Der erkennende Senat des BVerwG hatte in seinem Urteil vom 19.02.2009 - BVerwGE 133, 143 – einschränkend judiziert, dass das Interesse an ausgewogenen Altersstrukturen „nur auf der Grundlage einer plausiblen und nachvollziehbaren Planung berücksichtigt werden kann und sich nicht in formelhaften Behauptungen

erschöpfen darf“. Diesem Ansatz ist das OVG NRW in dem angefochtenen Beschluss vom 02.12.2010, wie in der Beschwerdebegründungsschrift auf S. 7 dargelegt, schon nicht gefolgt. Erst recht ist weder der Änderungsverordnung noch der hierzu ergangenen Begründung irgendwie zu entnehmen, ob überhaupt eine plausible und nachvollziehbare Planung zum Erhalt einer Altersstruktur seitens des Normgebers erfolgt ist.

Der 2. Senat des BVerwG hatte damit allen Anlass gehabt, die europarechtliche Seite der Rechtfertigung des Gesichtspunkts einer ausgewogenen Altersstruktur im öffentlichen Dienst zu klären. Dass hier besondere Strukturen gerade im Bereich der Lehrerschaft gelten, liegt dabei auf der Hand. Die Beschwerdeschrift hatte die Gesichtspunkte herausgearbeitet, ob sich etwa der Einsatz physischer oder psychischer Kräfte der jeweiligen Arbeitnehmer im Rahmen der Ausgewogenheit der Altersstruktur auswirken soll, inwieweit durch Erfahrung gewonnene Eigenschaften und die Lebensreife, insbesondere bei einer Lehrerschaft, die bei jüngeren Bewerbern natürlich nicht einschlägig sein kann, maßgebend sein sollen. Insbesondere ist die Frage aufgeworfen, ob die Art und Weise der jeweils ein Lebensalter durchlaufenden Mitarbeiter in einem Unternehmen oder in einem Kollegium in der Schule per se sich einer generalisierenden Betrachtung entziehen. Der 2. Senat ist ausdrücklich mit dem Umstand konfrontiert worden, dass die RL 2000/78/EG weder in ihren Begründungserwägungen noch im Normtext den Begriff der Altersstruktur verwendet. Vielmehr sind die früheren Forderungen nach Berücksichtigung eines solchen Begriffes im Europarecht ausdrücklich abgelehnt worden (vgl. nur Adomeit/Mohr, AGG 2007, § 7 Rn. 22 m.w.N.).

Dabei ist dem 2. Senat des BVerwG in der Beschwerdebegründungsschrift (S. 7) auch die Überlegung näher gebracht worden, dass eine gleichbleibende Altersstruktur durch ein festgelegtes Einstellungshöchstalter in der Praxis von vornherein nicht erreicht werden kann. Denn diese wird von den im jeweiligen Haushalt ausgewiesenen Stellen und von der Zahl der Neueinstellungen in einem bestimmten Zeitintervall abhängig sein, wie sich insbesondere bei den verschiedenen Lehrerkollegien zeigt. Gerade bei Lehrerkollegien erweist sich nämlich die Stellenbesetzung mit Beamtenbewerbern, die ein verschiedenes Lebensalter aufweisen, als besonders sinnvoll, um eine übermäßige Überalterung des Kollegiums oder auch eine übermäßige Verjüngung des Kollegiums infolge zahlreicher Neueinstellungen von erst gerade ausgebildeten, berufsunerfahrenen Lehrern zu verhindern. Es kommt hinzu, dass der eingestellte Beamte mit einem höheren

Lebensalter wesentlich dazu beitragen kann, dass seine Stelle alsbald wieder neu besetzt werden kann. Im Übrigen hängt die Beschaffenheit der Altersstruktur gerade bei den Lehrerkollegien ganz entscheidend von der weiteren demografischen Entwicklung ab. All diese Gesichtspunkte hat der erkennende Senat in seinem Beschluss nicht behandelt.

ff. Übersehen der Rechtsfrage zum gemeinschaftsrechtlichen Problem einer alternativen Stellenbesetzung mit Beamten oder Lehrern

Der 2. Senat des BVerwG hat weiterhin die europarechtsbezogene Rechtsfrage grundsätzlicher Art mit fallübergreifender Gewichtung nicht in ausreichendem Maße zur Kenntnis genommen:

„Kann die Rechtfertigung einer Altersdiskriminierung gemäß Art. 6 RL in solchen Fällen zulässig sein, bei denen es um eine alternative Stellenbesetzung mit Beamten oder Angestellten geht?“

(S. 7 der Beschwerdebegründungsschrift)

Die Beschwerdeschrift hatte herausgearbeitet, dass nach dem Funktionsvorbehalt in Art. 33 Abs. 4 GG die Ausübung hoheitlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel nur solchen Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen ist, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Daraus ergibt sich, dass nur Beamte diese hoheitlichen Funktionen ausüben können. Für den Bereich der öffentlichen Schulen, aber auch der kirchlichen Ersatzschulen gilt aber gerade dieser Funktionsvorbehalt nicht. Deshalb haben die betreffenden Einstellungskörperschaften immer den Weg einer alternativen Stellenbesetzung mit Beamten oder mittels eines Dienstvertrages mit Angestellten. Es hängt damit von der Entscheidung des Dienstherrn ab, ob ein Beamten- oder ein Angestelltenstatus eingeräumt wird. Entschließt sich aber ein Dienstherr für die Ausschreibung einer Beamtenstelle, so schließt er damit zugleich, wenn beamtenrechtlichen Höchstaltersgrenzen bestehen sollten, alle anderen Bewerber aus, die ein bestimmtes Alter überschritten haben. Darin wird nach einer gründlichen rechtswissenschaftlichen Untersuchung eine nicht zu rechtfertigende Altersdiskriminierung bereits mit der Entscheidung des Dienstherrn gesehen (vgl. Kühling/Bertelsmann, NVwZ 2010, 87 (93)). In einem derartigen Fall ist eine Rechtfertigung im Sinne des Art. 6 Abs. 1 RL ausgeschlossen. Eine Altersdiskriminierung liegt in einem derartigen Fall

nämlich von vornherein in der Entscheidung des Dienstherrn. Diese rechtsgrundsätzliche Frage des Gemeinschaftsrechts ist in keiner Weise bisher geklärt. Das BVerwG hat sich inhaltlich mit dieser Frage in keiner Weise auseinander gesetzt, sondern einfach die Behauptung aufgestellt, sie ließe sich auf dem Boden der Senatsrechtsprechung und der Rechtsprechung des EuGH beantworten (BA Rn. 19).

gg. Gehörsrechtswidrige Behandlung der Rechtsfrage zum Anwendungsvorrang ohne Stellung einer Vorlagefrage

Schließlich hat der 2. Senat des BVerwG sich auch mit der rechtsgrundsätzlichen Frage mit Gemeinschaftsrechtsbezug in gehörsrechtswidriger Weise befasst, nämlich,

„ob nicht das OVG von vornherein in Anwendung des Art. 6 Abs. 1 RL ohne Vorlage an den EuGH die ÄnderungsVO zur LVO hätte unangewendet lassen müssen, um den Anwendungsvorrang des Europarechts zu respektieren“.

(S. 8 Beschwerdebegründungsschrift)

Der 2. Senat des BVerwG meint hierzu lapidar, die Frage nicht Nichtanwendung der LVO NRW im Hinblick auf den Anwendungsvorrang des Unionsrechts stelle sich „vor diesem Hintergrund“ nicht (Rn. 20 BA). Er übergeht damit die in der Beschwerdebegründungsschrift angeführte Entscheidung des EuGH vom 19.01.2010 (NZA 2010, 85 Nr. 45 bis 48 und 51 bis 53 – Seda Küçükdeveci).

c. Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter gem. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

- aa. Durch die Nichtzulassung der Revision in dem Beschluss des OVG NRW und die Zurückweisung der hiergegen gerichteten Beschwerde der Klägerin, verletzt das BVerwG das Recht der Klägerin auf den gesetzlichen Richter gem. Art. 101 Abs. 1, S. 2 GG. Die die Nichtzulassung der Revision bestätigende Entscheidung des 2. Senats ist in weiten Punkten nicht nachvollziehbar begründet, obschon die Zulassung der Revision nahegelegen hätte. Es ist in der Rechtsprechung des BVerfG anerkannt, dass durch eine willkürliche Auslegung oder Anwendung der Revisionszulassungsnorm der Zugang zur Revision unter Verletzung Art. 101 Abs. 1, S. 2 GG, versperrt wird (BVerfG, Beschluss vom 21.03.2012 - 1 BvR 2365/11 m.w.N.).

Nach der Rechtsprechung des BVerfG müssen für den Fall, dass ein Fachgericht ein Rechtsmittel nicht zulässt, dessen Urteilsgründe das BVerfG in die Lage versetzen zu überprüfen, „ob das Gericht dabei ein von der jeweiligen Rechtsordnung grundsätzlich eröffnetes Rechtsmittel ineffektiv gemacht hat“ (BVerfGE 104, 220, 231 f. m.w.N.). Insoweit besteht eine Begründungsobliegenheit und, wenn die Nichteröffnung der weiteren Instanz als Entzug des gesetzlichen Richters gerügt wird, ist dieser Entzug nach Art. 101 Abs. 1, S. 2 GG zu werten.

Wird eine nachvollziehbare Begründung der Nichtzulassungsentscheidung oder ihre Bestätigung durch ein Fachgericht unterlassen, kommt bereits eine Aufhebung einer derartigen Entscheidung durch das Bundesverfassungsgericht dann in Betracht, „wenn die Zulassung des Rechtsmittels nahegelegen hätte“ (BVerfG, Beschluss vom 30.08.2010 - 1 BvR 1631/08 und BVerfG, Beschluss vom 21.03.2012 - 1 BvR 2363/11). Aus dem gesamten Vorbringen im Rahmen der auf Art. 103 bezogenen Anhörungsrüge ergibt sich, dass der 2. Senat des BVerwG zwingenden Anlass zur Zulassung des Rechtsmittels gehabt hatte. So sind die in der Beschwerde und in der Anhörungsrüge aufgeworfenen rechtsgrundsätzlichen Fragen für die Fortentwicklung und Vertiefung des Dienstrechts im Hinblick auf Lebensaltersgrenzen und die damit verbundene gemeinschaftsrechtliche Diskriminierung von erheblicher Bedeutung für die Fortentwicklung des Rechts.

- bb. Im Übrigen verletzt der hier angegriffene Beschluss des 2. Senats des BVerwG die Klägerin in ihrem Recht aus Art. 101 Abs. 1, S. 2 GG insoweit, als das BVerwG die Notwendigkeit einer Vorlage der Sache an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft missachtet hat. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG ist der EuGH gesetzlicher Richter i.S.d. Art. 101 Abs. 1, S. 2 GG (vgl. nur BVerfGE 73, 339 [366 f.]). Diesem gesetzlichen Richter wird ein Kläger dann entzogen, wenn ein mit der Rechtssache befasstes Gericht einer Pflicht zur Vorlage gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV (ex Art. 234 EGV) nicht nachkommt (vgl. BVerfGE 82, 159 [195]). Vorliegend hat das BVerwG die mit der Beschwerdeschrift aufgeworfenen gemeinschaftsrechtlichen Fragen bei einer normativen Festlegung eines Höchstalters für die Einstellung in den öffentlichen Dienst ohne jede Vorlagebereitschaft und allein aus der nationalrechtlichen Sicht beantwortet

wollen. Gerade die Befassung des EuGH mit den Besonderheiten des deutschen Dienstrechts im Hinblick auf die Altersdiskriminierungsrichtlinie der EU lag gewissermaßen auf der Hand. An dieser Stelle kann zur Vermeidung von Wiederholungen auf die geltend gemachten Gehörsverstöße Bezug genommen werden, die dem BVerwG bei der ausgebliebenen Klärung der gemeinschaftsrechtlichen Fragen unterlaufen sind.

d. Verstoß gegen Artikel 19 Abs. 4 GG

Artikel 19 Abs. 4 GG gewährleistet vor den Gerichten den Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes. Der erkennende Senat hat durch seine Verfahrensweise die grundrechtlich gewährleistete Effektivität dieses Rechtsschutzes im konkreten Fall eindeutig verletzt. Er hat über ein Jahr lang mit seiner Ablehnungsentscheidung gewartet, obwohl er in dem Beschluss selbst anführt, dass aus seiner früheren Rechtsprechung bereits sich die Ablehnungsgründe ergeben. Dies ergibt sich eindeutig aus der Feststellung des Senats (Rn. 6 BA) : „Diese Frage kann jedoch anhand der vorliegenden Senatsrechtsprechung vor allem vom 19.02.2009 ...(Beschlüsse vom 24.01.2011 und vom 06.04.2011) beantwortet werden, ohne dass es der Durchführung eines Revisionsverfahrens bedarf“. Wenn die Sachlage so wäre, hätte es keinerlei Verzögerungsgrund gegeben, eine zeitnahe Entscheidung im Falle der Klägerin zu treffen. Diese hätte dann die Möglichkeit gehabt, viel eher die Richtigkeit der Ausführungen des BVerwG an geeigneter Stelle überprüfen zulassen. Im Hinblick auf das Verbot einer Altersdiskriminierung wirkt sich eine Verfahrensweise wie die vorliegende sogar faktisch als altersdiskriminierend aus, da die Beschäftigungszeit durch das fortschreitende Lebensalters vermindert wird.

e. Verstoß gegen das Willkürverbot das Willkürgebot gem. Art. 3 Abs. 1 GG

In ständiger Rechtsprechung hat das BVerfG anerkannt, dass eine Urteilsverfassungsbeschwerde immer dann erfolgreich ist, wenn die Rechtsauslegung oder Rechtsanwendung durch ein Fachgericht, bezogen auf das einfache Rechte, bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich sind und deshalb der Schluss sich aufdrängt, dass die Entscheidung auf sachfremden Erwägungen beruht und damit willkürlich ist. Es muss sich dann allerdings um schlechthin unhaltbare und deshalb objektiv willkürlich und eindeutig unan-

gemessene Entscheidungen handeln (vgl. BVerfGE 58, 162 [163]; E 80, 48 [42]). Denn wenn eine Entscheidung derart unverständlich ist, dass sie sachlich schlechthin unhaltbar ist, ist sie auch objektiv willkürlich (vgl. BVerfG, NJW 1996, 116). Dabei kommt es nicht etwa auf subjektive Umstände oder gar auf ein Verschulden des erkennenden Gerichts an. Vielmehr stellt eine derartige Entscheidung einen Verstoß gegen das Art. 3 Abs. 1 GG abzuleitende Verbot dar, offensichtlich unsachliche Erwägungen zur Grundlage einer staatlichen Entscheidung zu machen (vgl. BVerfGE 58, 163 [167]).

Soweit der 2. Senat des BVerwG das Problem der ausgewogenen Altersstruktur im öffentlichen Dienst anspricht, verkennt er im Ansatz, dass eine gleichbleibende Altersstruktur durch ein festgelegtes Einstellungshöchstalter in der Praxis von vornherein nicht erreicht werden kann. Insoweit handelt es sich um unsachliche Erwägungen.

Zur rechtsgrundsätzlich gestellten Frage,

„ob nicht die wesentlichen Entscheidungen zur Einführung einer Höchstaltersgrenze im Laufbahnrecht einschließlich von Ausnahmetatbeständen angesichts der Rechtsentwicklung im Gemeinschaftsrecht aber auch im Bund und in den einzelnen Bundesländern, die Altershöchstgrenzen aus dem Gesichtspunkt der Altersdiskriminierung abgeschafft haben, und auch im Hinblick auf das Grundrecht des Art. 33 Abs. 2 GG, und auf zahlreiche, infolge der Urteile des BVerwG vom 19.02.2009 eingetretenen Sonderfallkonstellationen für Beamtenbewerber, in einem Parlamentsgesetz einschließlich der Ermächtigungsnorm geregelt werden? (S. 9 Beschwerdebegründungsschrift),“

unternimmt das BVerwG eine völlig unzureichende Befassung, die nur willkürlich einzelne Begründungselemente herausgreift. Die Notwendigkeit einer Parlamentsbefassung wird mit nicht nachvollziehbaren Erwägungen verneint. Dasselbe gilt für die Notwendigkeit einer normativen Regelung der Altfälle. In den Bereich der Unsachlichkeit fallen auch die Erwägungen zum Grundsatzproblem, dass die dem Verordnungsgeber seitens des erkennenden Senats vorbehaltende Regelungsbereiche eigentlich erst im Erlasswege verwirklicht werden. Auch mit der unterbliebenen Beteiligung der Spitzenorganisationen bei Erlass einer Rechtsverordnung hat sich das BVerwG nur unzureichend befasst. Auf unsachliche Erwägungen beruht auch die

Einstufung etlicher rechtsgrundsätzlich gestellter Fragen aus dem Landesrecht als Einzelfallkonstellation. Eine Einzelfallkonstellation ist in keinem der Fälle aufgezeigt worden, sondern immer die fallübergreifende allgemeine Bedeutung. Mit dem überaus zweifelhaften Gesichtspunkt eines „Nachteilsausgleich für gesellschaftlich erwünschte Tätigkeiten“, gerade bei solchen Lehrern, die bereits langjährig im Schuldienst standen und nebenher ihre Kinder versorgt und betreut haben, hat sich der Senat in keiner Weise korrigierend befasst. Unsachliche Erwägungen treten auch bei der Behandlung der Verfahrensrügen auf. Die geltend gemachten Verstöße gegen den Überzeugungsgrundsatz werden nicht nachvollziehbar abgehandelt, das gilt insbesondere auch für die Auswirkungen einer Nichtbeteiligung der Gleichstellungsbeauftragten. Ebenso enthalten die Überlegungen zum Fehlen einer Notwendigkeit einer mündlichen Verhandlung in einem Verwaltungsstreitverfahren keine nachvollziehbaren sachlichen Erwägungen.

f. Verletzung des Anspruchs auf Rechtsschutzgleichheit

Schließlich hat der 2. Senat des BVerwG den aus Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG folgenden **Anspruch auf Rechtsschutzgleichheit** (vgl. hierzu BVerfGE 81, 347 [356 ff.], Beschluss vom 29.05.2006 - 1 BvR 430/03 Rn. 17) verletzt. Es läuft dem Gebot einer Rechtsschutzgleichheit zuwider, wenn ein Fachgericht schwierige materiell-rechtliche und prozessuale Fragen im Beschlussverfahren ohne eine mündliche Verhandlung und damit ohne nähere Beteiligung und intensive Vorbereitung des Rechtsstreits in einer mündlichen Verhandlung im Beschlusswege klären will, obwohl die entscheidungserheblichen Rechtsfragen erhebliches Gewicht besitzen. Die mit der Nichtzulassungsbeschwerde aufgeworfenen verfassungsrechtlichen, europarechtlichen und schwierigen Fragen des einfachen Rechts hätten zwingend eine Befassung in einem Revisionsverfahren erfordert.

Der Verstoß gegen die Rechtsschutzgleichheit tritt auch deshalb besonders zutage, weil der 2. Senat des BVerwG ausweislich der Pressemitteilung des Bundesverwaltungsgerichts vom 23.02.2012 aufgrund einer mündlichen Verhandlung in den Verwaltungsstreitverfahren BVerwG 2 C 76.10, 79.10 und 2.11 jeweils nach vorausgegangener mündlicher Verhandlung Urteile im Revisionsverfahren am 23.02.2012 erlassen hat. Mit diesen klageabweisenden Urteilen hat der 2. Senat lt. Pressemitteilung gerade die Vereinbarkeit einer Altersgrenze von 40 Jahren für die Einstellung

und Übernahme in das Beamtenverhältnis als Lehrer mit dem Verfassungsrecht und Europarecht bejaht. Mit dem Anspruch auf Rechtsschutzgleichheit ist es nicht vereinbar, wenn der Klägerin, die bereits ein Jahr zuvor umfassend zur Europarechts- und Verfassungswidrigkeit einer Altersgrenze vorgetragen hat, der Weg in ein Revisionsverfahren mit der gebotenen vollständigen Überprüfung der Sach- und Rechtslage verwehrt worden ist, während in anderen Fällen genau die gleiche Problematik in einem umfassenden Revisionsverfahren unter voller Ausschöpfung der mit einer mündlichen Verhandlung gegebenen Möglichkeiten der Prozessbevollmächtigten behandelt wird. Jede Beteiligungsmöglichkeit in einem Revisionsverfahren ist der Klägerin auf diese Weise vorenthalten worden.

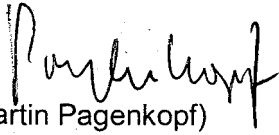
g. Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK i.V.m. Art. 20 Abs. 3 und Art. 19 Abs. 4 GG

Die Gerichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit haben im Falle der Beschwerdeführerin gegen das aus Art. 6 Abs. 1 EMRK folgende Gebot, dass jedenfalls eine mündliche Verhandlung in einem Verwaltungsstreitverfahren erfolgt sein muss, verstoßen. Es muss jeder Person im Rahmen des Geltungsbereichs der EMRK gewährleistet sein, dass über ihre Streitigkeiten in einem fairen Verfahren öffentlich und innerhalb angemessener Frist und unter Durchführung einer mündlichen Verhandlung entschieden wird. In Verkennung der Maßstäbe, die für § 130 a VwGO gelten, nämlich nur in einfach gelagerten Fällen, in denen die Berufung einstimmig für begründet oder einstimmig für unbegründet gehalten wird, konnte im vereinfachten Verfahren ohnehin erreichende verfahrensrechtliche Sicherung, die eine mündliche Verhandlung einschließlich ihrer Vorbereitung mit sich bringt, vorgegangen werden. Dabei spielt eine besondere Rolle, dass bei dem Beschluss nach § 130 a VwGO auch eine Mitwirkung der ehrenamtlichen Richter ausscheidet, die gerade in den vorliegenden Fällen des Eingreifens einer Altersdiskriminierung zu einer besonderen Legitimation der gerichtlichen Entscheidung beitragen konnten. Die Argumentation des 2. Senats in dem Beschluss vom 26.03.2012 verkennt gerade das Gebot der Durchführung einer mündlichen Verhandlung nach Art. 6 Abs. 2 EMRK, wenn darauf abgestellt wurde, dass die Klägerin ja in 1. Instanz eine mündliche Verhandlung hätte erzwingen können. Dies hat sie aber gerade, wie im Beschluss mitgeteilt wird, gerade deshalb nicht getan, weil über Musterverfahren verhandelt wurde, deren Ergebnisse aber noch nicht vorlagen. Im Berufungsverfahren konnte die Klägerin sich damit überhaupt nicht auf die neue Situation näher einstellen. Es kommt hinzu, dass die Beschwerdeführerin ge-

gen eine Entscheidung im Wege eines „Schellverfahrens“ nach § 130 a VwGO erhebliche Bedenken erhoben hatte, zuletzt mit Schriftsatz vom 03.12.2010. Darauf ist das OVG NW aber nicht mehr infolge des Wechsels der Prozessbevollmächtigten eingegangen. Dem neuen Prozessbevollmächtigten der Beschwerdeführerin war damit die Möglichkeit genommen, im Berufungsverfahren noch aufzutreten. Unter diesen Umständen stellt die Verweigerung einer mündlichen Verhandlung in einem Verwaltungsstreitverfahren einen eindeutigen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK dar. Angesichts der im vorliegenden Fall besonders wichtigen Tatsachenfragen, die sich bei der Anwendung der Ausnahmeregelung der Laufbahnverordnung NRW ergaben, durfte in der 2. Instanz nicht einfach über den Kopf der Beschwerdeführerin hinweg vom „grünen Tisch“ ohne jede Beteiligung der ehrenamtlichen Richter und ohne mündliche Verhandlung damit eine sie gravierend belastende Entscheidung getroffen werden.

**C.
Ergebnis**

Nach allem kann der Verfassungsbeschwerde der Beschwerdeführerin gegen die ergangenen Entscheidungen der Verwaltung und der Gerichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit, aber auch gegen die verfassungswidrigen Normen, der Erfolg nicht versagt werden. Im Hinblick auf die Thematik der Altersdiskriminierung, die sich für die Beschwerdeführerin ja von Tag zu Tag aktualisiert, wird der erkennende Senat des Bundesverfassungsgerichts gebeten, dem Zeitmoment bei einer zu erwartenden Entscheidung besondere Aufmerksamkeit zu schenken.


(Dr. Martin Pagenkopf)
Rechtsanwalt



Anlage 4
13
1

Anlage CBH 1

Bezirksregierung Köln, 50606 Köln

Gegen Empfangsbekenntnis
Frau



Köln

Antrag auf Verbeamtung

Ihr Antrag vom 15.05.09

Sehr geehrte Frau B. [Redacted]

mit Bezugsschreiben haben Sie Ihre Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe beantragt. Diesen Antrag lehne ich ab.

Begründung:

Am 18.07.2009 ist die Verordnung zur Änderung der Laufbahnverordnung (LVO) vom 30.06.2009 mit der Verkündung im Gesetz- und Verordnungsblatt NRW in Kraft getreten. In der neu gefassten LVO ist gem. § 6 Abs. 1 in Verbindung mit § 52 Abs. 1 die Höchstaltersgrenze für eine Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe für Lehrkräfte in NRW von 35 auf 40 Jahre angehoben worden.

Da Sie am 03.11.1959 geboren sind, haben Sie zum Antragszeitpunkt das 40. Lebensjahr überschritten. Eine Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe ist daher auch nach der neuen Rechtslage nicht möglich.

Datum: 14.08.2009

Seite 1 von 2

Aktenzeichen:

47.5-~~0~~ Pz

Auskunft erteilt:

Frau Perez Christobo

christine.perez@bezreg-

koeln.nrw.de

Zimmer: G 807

Telefon: (0221) 147 - 2563

Fax: (0221) 147 - 2908

Zeughausstraße 2-10,
50667 Köln

DB bis Köln Hbf,
U-Bahn 3,4,5,16,18
bis Appellhofplatz

Telefonische Erreichbarkeit:

mo. - do.: 8:00 - 16:30 Uhr,

freitags: 8:00 - 15:00 Uhr

Besuchertag:

donnerstags: 8:30 - 15:00 Uhr

Landeskasse Köln:

Dt. Bundesbank, Filiale Köln

BLZ 370 000 00,

Kontonummer 370 015 20

WestLB, Düsseldorf

BLZ 300 500 00,

Kontonummer 965 60

Hauptsitz:

Zeughausstr. 2-10, 50667 Köln

Telefon: (0221) 147 - 0

Fax: (0221) 147 - 3185

poststelle@brk.nrw.de

www.bezreg-koeln.nrw.de



Datum: 14.08.2009
Seite 2 von 2

Unabhängig von der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes vom 19.02.2009, Az.: 2 C 18/07 u.a., mit der die bisherige Regelung zur Höchstaltersgrenze aufgehoben worden ist, ist die jetzige Rechtslage für die Entscheidung über Ihren Antrag maßgeblich. Ein Vertrauen in einen regelungslosen Zustand, wie er zum Zeitpunkt Ihres Antrages galt, ist nicht schutzwürdig. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner Entscheidung bestätigt, dass eine Höchstaltersgrenze grundsätzlich zulässig ist. Lediglich die normtechnische Ausgestaltung der bisherigen Regelung war beanstandet und daher aufgehoben worden. Der Gesetzgeber hat deshalb von seinem Recht Gebrauch gemacht, eine Neuregelung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Bundesverwaltungsgerichtes zu schaffen.

Ich bedaure, Ihrem Antrag nicht stattgeben zu können.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Bescheid können Sie innerhalb eines Monats nach Zugang Klage vor dem Verwaltungsgericht :

Verwaltungsgericht Köln

Appellhofplatz

50667 Köln

erheben. Die Klage ist schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle dieses Gerichtes zu erklären. Sollten eine von Ihnen bevollmächtigte Person diese Frist versäumen, so ist Ihnen dieses zuzurechnen.

Mit freundlichen Grüßen


(Siefen)



VERWALTUNGSGERICHT KÖLN

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

3 K 5879/09

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

der Frau [REDACTED] B [REDACTED], [REDACTED] Köln,

Klägerin,

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Alfred Bongard II, (Gerichtsfach K 1065), Weißhausstraße 23,
50939 Köln,

gegen

das Land Nordrhein-Westfalen, vertreten durch die Bezirksregierung Köln, Zeughaus-
straße 2-10, 50667 Köln, Gz.: 47.5 - Mo,

Beklagten,

wegen Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe

hat die 3. Kammer

ohne mündliche Verhandlung in der Sitzung

vom 7. Juli 2010

durch

die Richterin am Verwaltungsgericht
als Einzelrichterin

Hempel

für Recht erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Die Berufung wird zugelassen.

T a t b e s t a n d

Die am 3. November 1959 geborene Klägerin steht als Lehrerin im Angestelltenverhältnis im öffentlichen Schuldienst des beklagten Landes. Sie begehrt ihre Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe.

Die Klägerin bestand am 3. August 1984 die Erste Staatsprüfung für das Lehramt für die Sekundarstufe II und am 25. September 1984 die Erste Staatsprüfung für das Lehramt für die Sekundarstufe I in den Fächern Geschichte und Katholische Religion. Nach Ableistung des Vorbereitungsdienstes legte sie am 5. Juni 1987 die Zweite Staatsprüfung für das Lehramt für die Sekundarstufe II und für die Sekundarstufe I ab. Anschließend war sie bis 1988 als Mitarbeiterin der Hausaufgabenbetreuung am [REDACTED] in Köln tätig. Danach widmete sie sich der Betreuung und Erziehung ihrer am 20. Dezember 1988 und 5. Mai 1991 geborenen Söhne. Ab August 1992 war sie zunächst als Vertretungslehrerin mit befristeten Arbeitsverträgen und schließlich ab 1995 mit einem unbefristeten Arbeitsvertrag im katholischen Ersatzschuldienst tätig. Eine Übernahme der Klägerin in das Beamtenverhältnis erfolgte nicht, da eine Planstelle nicht zur Verfügung stand. Aufgrund ihrer Bewerbung vom 8. Februar 2001 wurde sie mit Wirkung vom 1. August 2001 als Lehrkraft mit voller Pflichtstundenzahl am [REDACTED] in Köln eingestellt.

Unter dem 14. Mai 2009 beantragte die Klägerin unter Hinweis auf die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur Unwirksamkeit der Höchstaltersgrenze ihre Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe. Diesen Antrag lehnte die Bezirksregierung Köln mit Bescheid vom 14. August 2009, zugestellt am 27. August 2009, ab.

Die Klägerin hat am 8. September 2009 Klage erhoben, zu deren Begründung sie im Wesentlichen vorträgt, ihr könne nicht entgegen gehalten werden, dass mit dem Inkrafttreten der geänderten Laufbahnverordnung am 18. Juli 2009 eine neue Sach- und Rechtslage eingetreten sei, die im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung maßgebend sei. Bei Antragstellung sei der geltend gemachte Anspruch nämlich begründet gewesen, da eine wirksame Altersgrenze nicht bestanden habe. Aus Vertrauensschutzgründen könne sie nunmehr nicht schlechter gestellt werden. Im Zeitraum vom 20. Februar 2009 bis 17. Juli 2009 habe ein regelungsfreier Zustand bestanden mit der Folge, dass sie bei unverzüglicher Bescheidung ihres Antrags in das Beamtenverhältnis hätte übernommen werden müssen. Unabhängig davon werde aber auch die Neufassung der Laufbahnverordnung den Anforderungen des Bundesverwaltungsgerichts nicht gerecht, so dass nach wie vor keine wirksame Höchstaltersgrenze bestehe. Selbst wenn von der Wirksamkeit der neu festgesetzten Höchstaltersgrenze ausgegangen werde, stehe ihr ein Anspruch auf Verbeamtung aus Billigkeitsgesichtspunkten zu.

Die Klägerin beantragt,

das beklagte Land unter Aufhebung des Bescheides vom 14. August 2009 zu verpflichten, über ihren Antrag auf Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden.

Der Beklagte beantragt;

die Klage abzuweisen.

Er vertritt die Auffassung, der Klägerin stehe nach der für die Entscheidung über die Klage maßgeblichen Sach- und Rechtslage ein Anspruch auf Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe nicht zu. Ausnahmetatbestände, die ein Hinausschieben der

Altersgrenze zulassen würden, seien nicht gegeben. Für die Annahme einer Billigkeitsentscheidung nach § 84 Abs. 2 Satz 1 LVO sei hier nichts dargetan.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den sonstigen Inhalt der Gerichtsakte sowie der beigezogenen Verwaltungsvorgänge des Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Mit Einverständnis der Beteiligten konnte das Gericht ohne mündliche Verhandlung entscheiden (§ 101 Abs. 2 VwGO).

Die Klage ist zulässig, aber unbegründet.

Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Neubescheidung ihres Übernahmeantrages unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts (vgl. § 113 Abs. 5 VwGO). Der ablehnende Bescheid des Beklagten vom 14. August 2009 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten.

Einer Übernahme der Klägerin in das Beamtenverhältnis auf Probe steht entgegen, dass sie die nach der Laufbahnverordnung in der derzeit geltenden Fassung einzuhaltende Höchstaltersgrenze überschritten hat.

Rechtsgrundlage für das Übernahmebegehren der Klägerin sind die §§ 6 Abs. 1, 52 Abs. 1 der Verordnung über die Laufbahnen der Beamten im Lande Nordrhein-Westfalen, zuletzt geändert durch Verordnung zur Änderung der Laufbahnverordnung und anderer dienstrechtlicher Vorschriften vom 30. Juni 2009 (GV. NRW. S. 381) – LVO n. F.. Danach darf als Laufbahnbewerber nach § 5 Abs. 1 Buchst. a LVO in das Beamtenverhältnis auf Probe nur eingestellt oder übernommen werden, wer das 40. Lebensjahr noch nicht vollendet hat.

Die vorgenannte Neufassung der Laufbahnverordnung, die am 18. Juli 2009 in Kraft getreten ist, ist hier zugrunde zu legen, da für die Beurteilung eines Verpflichtungs- bzw. Bescheidungsbegehrens grundsätzlich die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung maßgeblich ist. Denn gemäß § 113 Abs. 5 VwGO darf einer Verpflichtungs- oder Bescheidungsklage nur dann stattgegeben werden, wenn der Kläger im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung einen Anspruch auf den mit der Klage begehrten Verwaltungsakt hat.

Eine Fallgestaltung, die unter Berücksichtigung des insoweit ausschlaggebenden materiellen Rechts einen abweichenden Beurteilungszeitraum gebietet, liegt hier nicht vor. Ändert sich nämlich während des Verfahrens das materielle Recht, so ist auf der Grundlage dieser Änderung zu entscheiden, ob das neue Recht einen durch das alte Recht begründeten Sachverhalt beseitigt, verändert oder unberührt lässt. Entscheidend ist, ob sich das geänderte Recht nach seinem zeitlichen und inhaltlichen Geltungsanspruch auf den festgestellten Sachverhalt erstreckt.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 11. Februar 1999 – 2 C 4.98 –, Juris.

Nach Maßgabe dieser Grundsätze ist ein Abstellen auf eine frühere Rechtslage nicht geboten. Eine Übergangsregelung, die bestimmt, dass eine frühere Rechtslage für in der Vergangenheit liegende Sachverhalte weiter gelten soll, existiert nicht. Dem einschlägigen Fachrecht ist auch nicht zu entnehmen, dass hier ein Anspruch, dessen Entstehen an einen in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt anknüpft, wegen einer späteren Änderung der Sach- und Rechtslage nicht untergehen soll. Denn die Einstellung in ein Beamtenverhältnis ist nur möglich, wenn sämtliche beamten- und laufbahnrechtlichen Voraussetzungen, zu denen auch die Einhaltung einer Altersgrenze gehört, im Zeitpunkt der Begründung des Beamtenverhältnisses erfüllt sind. Zudem ist die Begründung eines Beamtenverhältnisses nicht rückwirkend, sondern nur mit Wirkung für die Zukunft möglich (§ 8 Abs. 4 i. V. m. Abs. 1 Nr. 1 BeamtStatG).

Ein Abstellen auf eine frühere Rechtslage ist schließlich auch nicht aus Gründen der Billigkeit geboten, weil sonst ein effektiver Rechtsschutz verweigert würde. Der Umstand, dass die nach der Laufbahnverordnung in der früheren Fassung (LVO a. F.) bestehende Höchstaltersgrenze durch das Bundesverwaltungsgericht mit Urteilen vom 19.

Februar 2009 für unwirksam erklärt wurde, bedeutet nicht, dass im Zeitpunkt der Antragstellung der Klägerin ein regelungsfreier Zustand bestand, aufgrund dessen eine Übernahme in das Beamtenverhältnis ohne Berücksichtigung einer Höchstaltersgrenze zulässig gewesen wäre. Denn der Ausspruch des Bundesverwaltungsgerichts beschränkt sich auf die Beteiligten der damaligen Verwaltungsstreitverfahren. Für die Klägerin des vorliegenden Verfahrens bedeutet das, dass sie, solange nicht der Ausspruch der Unwirksamkeit der früheren Höchstaltersgrenze in einem von ihr selbst geführten Klageverfahren erfolgt war, noch immer dieser früheren Höchstaltersgrenze unterworfen war.

Ebenso VG Aachen, Urteil vom 11. Dezember 2009 – 1 K 1640/09 –; so im Ergebnis auch VG Düsseldorf, Urteile vom 6. Oktober 2009 – 2 K 7399/09 – und vom 23. März 2010 – 2 K 7973/09 – m. w. N., alle veröffentlicht in NRWE.

Es begegnet auch keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken, dass über den Antrag der Klägerin auf Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe vom 14. Mai 2009 nicht bereits vor dem Inkrafttreten der geänderten Laufbahnverordnung entschieden wurde. Denn es konnte nach Vorliegen der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Februar 2009 dem Ordnungsgeber zunächst Gelegenheit gegeben werden, diese Entscheidungen umzusetzen. Der Zeitraum von nur etwas mehr als drei Monaten zwischen der Zustellung der schriftlichen Urteilsgründe Anfang April 2009 und dem Inkrafttreten der geänderten Laufbahnverordnung am 18. Juli 2009 ist angesichts des Umstandes, dass nicht nur eine politische Grundsatzentscheidung bezüglich der Anhebung der Höchstaltersgrenze auf nunmehr 40 Jahre zu treffen war, sondern auch die Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichts bei der Umsetzung dieser Neuregelung insbesondere in Bezug auf die Ausnahmebestimmungen zu beachten waren, nicht unangemessen lang. Das Abwarten der (angekündigten) Neuregelung stellt deshalb keine willkürliche Verzögerung der Bescheidung des Übernahmeantrags der Klägerin dar.

Die am 18. Juli 2009 in Kraft getretene Neuregelung der Höchstaltersgrenze in den §§ 6, 52 Abs. 1 und 84 LVO n. F. ist auch wirksam.

Diese Regelungen sind durch die Verordnungsermächtigung des § 5 Abs. 1 LBG NRW gedeckt. Auch wenn die Bestimmung von Altersgrenzen für die Übernahme in das Be-

amtenverhältnis in dieser Vorschrift nicht ausdrücklich erwähnt ist, bildet sie eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Regelung laufbahnrechtlicher Altersgrenzen, da Altersgrenzen zu den Regelungen gehören, durch die herkömmlicherweise das Laufbahnwesen der Beamten gestaltet wird.

Vgl. BVerwG, Urteile vom 19. Februar 2009 – 2 C 18.07 u.a. –. Juris.

Bedenken gegen das formell ordnungsgemäße Zustandekommen der Änderungsverordnung bestehen nicht. Solche Bedenken ergeben sich nicht schon daraus, dass möglicherweise eine hinreichende Beteiligung der zuständigen Gewerkschaften und Berufsverbände unterblieben ist, weil diese Organisationen nur zu einem Entwurf gehört worden sein sollen, der danach noch in wesentlichen Punkten geändert wurde. Denn die fehlende Beteiligung der Spitzenorganisationen der zuständigen Gewerkschaften führt nicht zur Nichtigkeit einer Rechtsverordnung zur Regelung beamtenrechtlicher Verhältnisse.

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 25. Oktober 1979 – 2 N 1.78 –. Juris.

Die geänderten Regelungen der Laufbahnverordnung sind auch materiell rechtmäßig.

Der Leistungsgrundsatz (Art. 33 Abs. 2 GG) gebietet keinen Verzicht auf eine Höchstaltersgrenze. Laufbahnrechtliche Altersgrenzen für eine Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe werden auch nicht durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) ausgeschlossen. Die unterschiedliche Behandlung der Laufbahnbewerber unter Berücksichtigung ihres Alters verfolgt das im Sinne von § 10 Abs. 1 AGG legitime Ziel der Gewährleistung eines angemessenen Verhältnisses zwischen Dienstzeit und Versorgung im Ruhestand und von ausgewogenen Altersstrukturen. Zur Erreichung dieser Ziele kann die Bestimmung einer Altersgrenze erforderlich und angemessen im Sinne von § 10 Satz 2 AGG sein.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 19. Februar 2009 - 2 C 18.07 –, Juris.

Mit der Heraufsetzung der bisherigen Altersgrenze von 35 auf 40 Jahre hat der Verordnungsgeber eine in diesem Sinne erforderliche und angemessene Regelung geschaf-

40

fen. Die Regelung hält sich insgesamt noch im Rahmen des Gestaltungsspielraums, der dem Normgeber nach Maßgabe der vorgenannten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eingeräumt ist. Zwar führt auch die nunmehr auf 40 Jahre angehobene Altersgrenze zu einer Beeinträchtigung des Leistungsgrundsatzes. Dem wird jedoch durch eine Erweiterung der Ausnahmegvorschriften, die eine Überschreitung dieser Höchstgrenze zulassen, Rechnung getragen, so dass der Ordnungsgeber eine insgesamt ausgewogene Regelung getroffen hat, die die widerstreitenden Interessen der Bewerber um ein Beamtenverhältnis einerseits und die öffentlichen Interessen des Landes, ein ausgewogenes Verhältnis von Arbeitsleistung und Versorgungsansprüchen sicherzustellen, andererseits hinreichend gewichtet.

Vgl. VG Aachen, Urteil vom 11. Dezember 2009 – 1 K 1640/09 – und VG Düsseldorf, Urteil vom 6. Oktober 2009 – 2 K 7399/08 –, NRW.

Auch die Ausnahmefälle hat der Ordnungsgeber durch die neu gefasste Laufbahnverordnung nunmehr in ausreichendem Maße selbst bestimmt. Zum einen sind die zwingend zu beachtenden Überschreitungsgründe (§ 6 Abs. 2 LVO n. F.) erweitert worden (Dienstpflicht nach Art. 12 a GG, freiwilliges soziales Jahr, Verzögerungen im Übernahmeverfahren). Zum anderen ist die Zulassung von Ausnahmen im Ermessenswege nicht mehr voraussetzungslos möglich, sondern von dem Vorliegen der in § 84 Abs. 2 Nr. 1 und 2 LVO n. F. näher umschriebenen Voraussetzungen abhängig. Mit der hier erfolgten Festlegung tatbestandlicher Voraussetzungen für die im Übrigen in das Ermessen gestellten Ausnahmen von der Altersgrenze ist der vom Bundesverwaltungsgericht in den Urteilen vom 19. Februar 2009 an den Ordnungsgeber gerichteten Aufforderung, die Bestimmung von Ausnahmetatbeständen nicht der Verwaltung zu überlassen, diese vielmehr im Wesentlichen selbst zu regeln, in ausreichendem Maße Rechnung getragen worden.

Durchgreifende rechtliche Bedenken gegen die Ausnahmeregelungen in § 84 Abs. 2 LVO n. F. ergeben sich nicht etwa deshalb, weil bei der Bezeichnung der tatbestandlichen Voraussetzungen für die Ermessensbetätigung mehrfach auf unbestimmte Rechtsbegriffe (dienstliches Interesse, beruflicher Werdegang, nicht zu vertretende Gründe, unbillig) zurückgegriffen worden ist. Denn dem Ordnungsgeber muss es möglich bleiben, die abschließende Regelung einzelner Sachverhalte oder Gruppen von

Sachverhalten der Verwaltung zu überlassen. Durch die Verwendung auch ansonsten gebräuchlicher Rechtsbegriffe, für deren Auslegung die in der Rechtsprechung dazu entwickelten Grundsätze herangezogen werden können, wird einerseits der Verwaltung genügend Spielraum eingeräumt, zeitnah und effektiv Einzelfallregelungen bei der Anwerbung von Fachkräften zu treffen, und andererseits einer für die Bewerber unüberschaubaren und ggf. willkürlichen Verwaltungspraxis vorgebeugt.

Vgl. auch VG Aachen, Urteil vom 11. Dezember 2009 – 1 K 1640/09 – und VG Düsseldorf, Urteil vom 23. März 2010 – 2 K 7973/09 –, NRWE.

Die Neuregelung der Laufbahnverordnung erweist sich schließlich auch nicht deshalb als unwirksam, weil Übergangsregelungen hinsichtlich der Höchstaltersgrenze fehlen. Denn die hier allenfalls vorliegende unechte Rückwirkung, nämlich das Einwirken auf einen noch nicht – durch eine Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe – abgeschlossenen Sachverhalt, ist jedenfalls zulässig, weil etwaige „Bestandsinteressen“ der betroffenen Bewerber nicht die Veränderungsgründe des Ordnungsgebers überwiegen. Die bei den Einstellungsbewerbern geweckten Erwartungen, in den Genuss der durch die Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Februar 2009 kurzzeitig eröffneten Möglichkeit einer von einer Höchstaltersgrenze unabhängigen Übernahme in das Beamtenverhältnis zu kommen, sind nicht so gewichtig, dass sie das Interesse des Dienstherrn an der Sicherstellung eines angemessenen Verhältnisses von Arbeitsleistung und Versorgungsansprüchen erreichen oder gar überwiegen würden.

So auch VG Düsseldorf, Urteil vom 23. März 2010 – 2 K 7973/09 –, NRWE.

Die Bezirksregierung Köln hat ihre ablehnende Entscheidung in rechtlich nicht zu beanstandender Weise auf die Neuregelungen der Laufbahnverordnung gestützt. Die Klägerin ist jetzt 50 Jahre alt und hat damit die Höchstaltersgrenze von 40 Jahren deutlich überschritten, so dass sie auch unter Berücksichtigung der maximalen Hinausschiebenszeit wegen Kindererziehung von sechs Jahren nicht mehr in das Beamtenverhältnis auf Probe übernommen werden kann. Selbst unter Zugrundelegung des Zeitpunkts des Abschlusses des unbefristeten Arbeitsvertrages bzw. der Stellung des Antrages vom 14. Mai 2009 – die Klägerin war damals 41 bzw. 48 Jahre alt – ergäbe sich nichts anderes.

Die ablehnende Entscheidung ist auch nicht etwa deshalb ermessensfehlerhaft, weil die Bezirksregierung Köln die nach § 84 Abs. 2 LVO n. F. zu treffende Billigkeitsentscheidung unterlassen hat.

Anhaltspunkte für die Annahme, dass hier die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Ausnahme nach § 84 Abs. 2 LVO vorliegen könnten, sind von der insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Klägerin nicht vorgetragen worden und ergeben sich auch nicht aus den dem Beklagten vorliegenden Unterlagen zum beruflichen Werdegang der Klägerin und dem von ihr abgedeckten fachspezifischen Bedarf. Angesichts dessen bedurfte es weder Ermessenserwägungen des Beklagten noch einer entsprechenden Begründung im Bescheid vom 14. August 2009.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

Die Berufung ist hier trotz Übertragung des Rechtsstreits auf die Einzelrichterin gemäß § 124 a Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO zugelassen worden, weil die zu Grunde liegende Rechtsfrage zwar bei dem erkennenden Gericht, noch nicht aber beim Oberverwaltungsgericht grundsätzlich geklärt ist.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Urteil steht den Beteiligten die Berufung an das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen zu. Die Berufung ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des vollständigen Urteils schriftlich bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, einzulegen. Sie muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Die Berufung ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des vollständigen Urteils zu begründen. Die Begründung ist schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr bei den Verwaltungsgerichten und den Finanzgerichten im Lande Nordrhein-Westfalen – ERVVO VG/FG – vom 23. November 2005 (GV. NRW. S. 926) bei dem Oberverwaltungsgericht, Aegidiikirchplatz 5, 48143 Münster einzureichen, sofern sie nicht zugleich mit der Einlegung der Berufung erfolgt; sie muss einen bestimmten Antrag und die im Einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung (Berufungsgründe) enthalten.

Vor dem Oberverwaltungsgericht und bei Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Oberverwaltungsgericht eingeleitet wird, muss sich jeder Beteiligte durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten lassen. Als Prozessbevollmächtigte sind Rechtsan-

wälte oder Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule im Sinne des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt, für Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts auch eigene Beschäftigte oder Beschäftigte anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. Darüber hinaus sind die in § 67 Abs. 4 der Verwaltungsgerichtsordnung im übrigen bezeichneten ihnen kraft Gesetzes gleichgestellten Personen zugelassen.

Die Berufungsschrift sollte dreifach eingereicht werden.

Hempel

B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf die Wertstufe bis

30.000,00 €

festgesetzt.

G r ü n d e

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 52 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 GKG.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diesen Beschluss kann schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, Beschwerde eingelegt werden.

Die Beschwerde ist innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat, einzulegen. Ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf dieser Frist festgesetzt worden, so kann sie noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden.

Die Beschwerde ist nur zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200 Euro übersteigt.

Die Beschwerdeschrift sollte dreifach eingereicht werden.



Mandant hat Abschrift
6.12.10 mw

6 A 1695/10
3 K 5879/09 Köln

Verf.	Frist not	KF/ KfA	Mat.
RA	EINGEGANGEN		Vermit. KfA
SB	06. DEZ. 2010		Rück- spr.
Rück- spr.	LLR Legerlotz Laschet Rechtsanwälte		Zahl- ung
zdA			Stell- ung

B e s c h l u s s

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

der Lehrerin [REDACTED] Köln,

Klägerin,

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Alfred Bongard, Weißhausstraße 23,
50939 Köln,

g e g e n

das Land Nordrhein-Westfalen, vertreten durch die Bezirksregierung Köln,
Zeughausstraße 2 - 10, 50667 Köln, Az.: 47.5-Mo,

Beklagten,

wegen Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe
hier: Berufung

hat der 6. Senat des

OBERVERWALTUNGSGERICHTS FÜR DAS LAND NORDRHEIN-WESTFALEN

am 2. Dezember 2010

durch

den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht Prof. Dr. W i l l e m s ,

die Richterin am Oberverwaltungsgericht S c h u l t e - T r u x ,

die Richterin am Verwaltungsgericht Dr. D a h m e

auf die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom
7. Juli 2010

beschlossen:

Die Berufung wird zurückgewiesen.

- 2 -

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 v.H. des beizutreibenden Betrages abwenden, wenn nicht das beklagte Land vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 v.H. des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Der Streitwert wird auch für das Berufungsverfahren auf die Wertstufe bis 30.000 Euro festgesetzt.

G r ü n d e :

I.

Die am 3. November 1959 geborene Klägerin steht seit dem 1. August 2001 in einem unbefristeten Angestelltenverhältnis im öffentlichen Schuldienst des beklagten Landes. Sie ist Mutter von zwei in den Jahren 1988 und 1991 geborenen Kindern. Von 1992 bis 2001 war sie beim Erzbistum Köln als Lehrerin angestellt. Mit Schreiben vom 14. Mai 2009 beantragte sie unter Bezugnahme auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Februar 2009 die Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe. Dies lehnte die Bezirksregierung Köln durch Bescheid vom 14. August 2009 mit der Begründung ab, sie habe die Höchstaltersgrenze gem. §§ 6 Abs. 1, 52 Abs. 1 LVO NRW n.F. überschritten. Die Klägerin hat am 8. September 2009 Klage erhoben.

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand des angegriffenen Urteils Bezug genommen.

Durch Urteil vom 7. Juli 2010 hat das Verwaltungsgericht Köln die Klage abgewiesen. Dagegen richtet sich die vom Verwaltungsgericht zugelassene und rechtzeitig eingelegte und begründete Berufung der Klägerin, mit der sie vorträgt: Maßgeblicher

- 3 -

Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtslage sei die Antragstellung. Zu dem Zeitpunkt habe keine Höchstaltersgrenze bestanden; insoweit bestehe schutzwürdiges Vertrauen. Das Bundesverwaltungsgericht, das in seinen Entscheidungen vom 19. Februar 2009 dem beklagten Land keine Übergangsfrist zugebilligt habe, habe einen größeren Personenkreis von seiner Entscheidung profitieren lassen wollen. Die Ablehnungsentscheidung sei schon wegen Nichtbeteiligung der Gleichstellungsbeauftragten formell unwirksam. Die Neuregelungen zum Höchstalter seien ferner wegen fehlender Beteiligung der Spitzenorganisationen der zuständigen Gewerkschaften und Berufsverbände formell rechtswidrig. Sie seien auch materiell rechtswidrig, weil sie den Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichts nicht genügten. Der Neuregelung liege keine plausible und nachvollziehbare Planung zugrunde. Ferner sei die Gesamtregelung nicht angemessen. Dies folge zum einen aus der fehlenden Normenklarheit des § 84 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 LVO NRW n.F. und der Unbestimmtheit des § 84 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 LVO NRW n.F., zum anderen aus dem Umstand, dass § 6 Abs. 2 LVO NRW n.F. die Kausalität des Grundwehr- und Zivildienstes fordere und damit praktisch nicht zur Anwendung komme. Der Grundsatz der Gleichbehandlung sei massiv verletzt, wenn ein Bewerber durch die Ableistung des Pflichtdienstes das 40. Lebensjahr überschritten habe und deshalb nicht eingestellt werde, während ein um die Pflichtdienstzeit jüngerer Bewerber eingestellt werde, weil er die Höchstaltersgrenze noch nicht überschritten habe. Unabhängig davon habe sie gemäß § 84 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 LVO NRW n.F. aus Billigkeitsgründen einen Einstellungsanspruch. Die Geburt von zwei Kindern habe naturgemäß den beruflichen Werdegang unterbrochen. Zum Zeitpunkt der Einstellung in den Kirchenschuldienst sei die Altersgrenze nicht überschritten gewesen. Es liege ein Ermessensnichtgebrauch der Bezirksregierung vor, die eine Billigkeitsprüfung und -entscheidung unterlassen habe.

Die Klägerin beantragt,

das angefochtene Urteil zu ändern und das beklagte Land unter Aufhebung des Bescheides der Bezirksregierung Köln vom 14. August 2009 zu verpflichten, über ihren Antrag auf Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden.

- 4 -

Das beklagte Land beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der beigezogenen Verwaltungsvorgänge des beklagten Landes Bezug genommen.

II.

Der Senat entscheidet nach Anhörung der Beteiligten über die Berufung der Klägerin durch Beschluss nach § 130a VwGO, weil er sie einstimmig für unbegründet und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht für erforderlich hält.

Die dem angegriffenen Urteil zugrunde liegende Verpflichtungsklage ist unbegründet. Das beklagte Land ist nicht verpflichtet, über den Antrag der Klägerin, sie in das Beamtenverhältnis auf Probe zu übernehmen, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden. Die Ablehnung des Übernahmeantrages ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten (vgl. § 113 Abs. 5 VwGO).

Sie ist zwar mangels Beteiligung der Gleichstellungsbeauftragten formell rechtswidrig. Bei der Entscheidung über die Übernahme einer angestellten Lehrkraft in das Beamtenverhältnis auf Probe handelt es sich um eine der Mitwirkung der Gleichstellungsbeauftragten unterliegende personelle Maßnahme i.S.v. § 17 Abs. 1 LGG.

Vgl. OVG NRW, Urteile vom 27. Juli 2010 - 6 A 858/07, 6 A 228/08, 6 A 3302/08 -, juris; siehe ferner Urteile vom 3. September 2009 - 6 A 3083/06 -, ZBR 2010, 92, und vom 24. Februar 2010 - 6 A 1978/07 -, DVBl. 2010, 981, sowie Beschlüsse vom 1. Juni 2010 - 6 A 470/08 -, juris, und vom 22. Juni 2010 - 6 A 699/10 -, juris.

Dieser Verfahrensfehler ist aber gemäß § 46 VwVfG NRW unbeachtlich. Nach dieser Vorschrift kann die Aufhebung eines Verwaltungsaktes, der nicht nach § 44 nichtig ist, nicht allein deshalb beansprucht werden, weil er unter Verletzung von Vorschriften über das Verfahren zustande gekommen ist, wenn offensichtlich ist, dass die

- 5 -

Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat. Diese Voraussetzungen liegen vor. Die Nichtbeteiligung der Gleichstellungsbeauftragten begründet keinen absoluten – die Anwendung des § 46 VwVfG NRW ausschließenden – Verfahrensfehler.

Vgl. dazu näher OVG NRW, Urteil vom 24. Februar 2010 - 6 A 1978/07 -, a.a.O.

Es ist auch offensichtlich, dass die Nichtbeteiligung der Gleichstellungsbeauftragten die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat, weil das materielle Recht dem beklagten Land hier keinen Entscheidungsspielraum eröffnet. Die Entscheidung hätte auch bei Beteiligung der Gleichstellungsbeauftragten nicht anders ausfallen dürfen.

Die Übernahme der Klägerin in das Beamtenverhältnis auf Probe ist deshalb ausgeschlossen, weil sie im entscheidungserheblichen Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung die laufbahnrechtliche Altersgrenze überschritten hat.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung von Verpflichtungs- und Bescheidungsbegehren ist grundsätzlich die Sach- und Rechtslage zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung bzw. der gerichtlichen Entscheidung. Das insoweit maßgebende materielle Recht bietet hier keine Anhaltspunkte für die Annahme eines davon abweichenden Beurteilungszeitpunkts. Dem einschlägigen Fachrecht ist nicht zu entnehmen, dass die – durch die Verordnung zur Änderung der Laufbahnverordnung und anderer dienstrechtlicher Vorschriften vom 30. Juni 2009 (GV. NRW S. 381) mit Wirkung vom 18. Juli 2009 – neu gefassten Regelungen zur Höchstaltersgrenze die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche unberührt lassen sollen. Der Verordnungsgeber hat es in rechtlich nicht zu beanstandender Weise unterlassen, eine Übergangsregelung zu treffen, nach der die frühere Rechtslage in bestimmten Fällen fortgilt. Nach beamtenrechtlichen Grundsätzen sind ferner statusbegründende Entscheidungen nicht rückwirkend und damit grundsätzlich nur nach dem jeweils geltenden Recht möglich. Im Übrigen konnte die Klägerin allein aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Februar 2009 - 2 C 18.07 u.a. - nicht darauf vertrauen, das beklagte Land werde keine neue Höchstaltersgrenzenregelung treffen oder jedenfalls all diejenigen in das Beamten-

- 6 -

verhältnis auf Probe übernehmen, die mit ihrer Antragstellung von dieser Rechtsprechung profitieren wollten.

Gemäß §§ 6 Abs. 1 Satz 1, 52 Abs. 1 LVO NRW in der seit dem 18. Juli 2009 geltenden Fassung (im Folgenden: LVO NRW n.F.) darf als Laufbahnbewerber nach § 5 Abs. 1 Buchst. a) LVO NRW n.F. nur derjenige in das Beamtenverhältnis auf Probe eingestellt oder übernommen werden, der das 40. Lebensjahr noch nicht vollendet hat. Die Klägerin hat im maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidung des Senats aber bereits das 51. Lebensjahr vollendet.

Die Neuregelungen sind mit höherrangigem Recht vereinbar und auch nicht aus anderen Gründen unwirksam. Der Senat hat hierzu in den Urteilen vom 27. Juli 2010 - 6 A 858/07, 6 A 228/08, 6 A 3302/08 -, juris, ausgeführt:

Eine laufbahnrechtliche Höchstaltersgrenze für die Einstellung oder Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe wird, wie der Senat u.a. bereits im Urteil vom 15. März 2007 - 6 A 4625/04 -, ZBR 2008, 352, ausgeführt hat, weder durch 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) noch durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897) - mit dem die Richtlinie in nationales Recht umgesetzt worden ist -, zuletzt geändert durch Gesetz vom 5. Februar 2009 (BGBl. I S. 160), ausgeschlossen. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Rechtsauffassung des Senats bestätigt.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 19. Februar 2009 - 2 C 18.07 -, BVerwGE 133, 143, sowie Urteil vom 24. September 2009 - 2 C 31.08 -, NVwZ 2010, 251.

In Anbetracht der Zielsetzung des Ordnungsgebers (vgl. S. 31 seiner Begründung zum Entwurf der Verordnung zur Änderung der Laufbahnverordnung und anderer dienstrechtlicher Vorschriften) ist die in den §§ 6 Abs. 1, 52 Abs. 1 LVO NRW n.F. festgelegte Höchstaltersgrenze von 40 Jahren für die Einstellung oder Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe mit den Vorgaben des § 10 Satz 1 und 2 AGG vereinbar.

Vgl. zur Höchstaltersgrenze von 35 Jahren: OVG NRW, Urteil vom 15. März 2007 - 6 A 4625/04 -, a.a.O.

- 7 -

Die Höchstaltersgrenze erfährt eine Abmilderung durch die Möglichkeiten, verschiedene Verzögerungszeiten zu berücksichtigen, die auf den persönlichen Lebensumständen des jeweiligen Laufbahnbewerbers beruhen (vgl. § 6 Abs. 2 Satz 1 und 2 LVO NRW n.F.). Über die Ausnahmeregelung des § 84 LVO NRW n.F. können weitere Fallgestaltungen Berücksichtigung finden.

Der Verordnungsgeber hat mit den Neuregelungen zur Höchstaltersgrenze den Vorgaben und Bedenken des Bundesverwaltungsgerichts,

vgl. Urteil vom 19. Februar 2009 - 2 C 18.07 -,
a.a.O.,

hinreichend Rechnung getragen. Er hat die Gemengelage der Fallgestaltungen, die unter § 84 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 LVO NRW a.F. gefasst worden sind, aufgelöst. Nunmehr ist die Ableistung einer Dienstpflicht nach Art. 12a GG, die das Bundesverwaltungsgericht (a.a.O.) als Ausnahmegrund in § 6 Abs. 1 Satz 3 ff. LVO NRW a.F. vermisst hatte, sowie die Teilnahme an einem freiwilligen sozialen Jahr in den Katalog der zwingend zu beachtenden Verzögerungsgründe aufgenommen worden (vgl. § 6 Abs. 2 Buchst. a) und b) LVO NRW n.F.). Alle weiteren möglichen Ausnahmen sind jetzt nicht mehr, wie das Bundesverwaltungsgericht in Bezug auf § 84 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 LVO NRW a.F. beanstandet hatte, voraussetzungslos in das Ermessen der Verwaltung gestellt. § 84 Abs. 2 Satz 1 LVO NRW n.F. sieht zwei Ausnahmefälle mit benannten Tatbestandsvoraussetzungen vor. § 84 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 NRW n.F. eröffnet die Zulassung einer Ausnahme für einzelne Fälle oder Gruppen von Fällen und knüpft an ein erhebliches dienstliches Interesse des Dienstherrn an, Bewerber als Fachkräfte zu gewinnen oder zu behalten. Diese Regelung orientiert sich im Kern an den Beweggründen, die etwa dem sogenannten Mangelfacherlass des Ministeriums für Schule, Wissenschaft und Forschung vom 22. Dezember 2000 zu Grunde lagen. § 84 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 LVO NRW n.F. enthält daneben eine Härteklausele, die an die persönliche Situation im Einzelfall anknüpft. Schließlich ist die in § 84 Abs. 1 Satz 2 LVO NRW a.F. für den Fall der Verzögerung des Verwaltungsverfahrens enthaltene Ausnahmefiktion durch § 6 Abs. 2 Satz 5 LVO NRW n.F. ersetzt und damit - unter rechtsdogmatischen Aspekten folgerichtig - den besonders benannten Ausnahmefällen in § 6 LVO NRW n.F. zugeordnet worden.

Der Verordnungsgeber hat rechtsfehlerfrei von Übergangsregelungen abgesehen. Insbesondere ist nicht zu beanstanden, dass dem Zeitpunkt der Antragstellung nur im Rahmen des erwähnten § 6 Abs. 2 Satz 5 LVO NRW n.F. Bedeutung zukommt.

Schließlich hätte entgegen vereinzelt erhobenen Bedenken eine nicht ordnungsgemäße oder gar fehlende Beteiligung der Spitzenorganisationen (vgl. § 53 BeamStG, § 94 Abs. 1 LBG NRW) nicht die Unwirksamkeit der Neuregelungen zur Höchstaltersgrenze zur Folge.

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 25. Oktober 1979
- 2 N 1.78 -, BVerwGE 59, 48; Lechtermann, in:
Schütz/Maiwald, Beamtenrecht des Bundes und der

- 8 -

Länder, Loseblattslg. Stand: März 2009, § 106 LBG NRW a. F. Rn. 40; Plog/Wiedow, BBG, Loseblattslg. Stand: Juli 2010, § 94 Rn. 12a; a. A.: Fürst, GKÖD, Bd. I, Loseblattslg. Stand: Juli 2010, § 94 Rn. 14 ff.; Battis, BBG, 4. Aufl., § 118 Rn. 7.

Hieran hält der Senat auch unter Würdigung der Berufungsbegründung fest.

Die Klägerin hält zu Unrecht die neue Gesamtregelung mit der Begründung für materiell-rechtlich unwirksam, § 6 Abs. 2 LVO NRW n.F. enthalte unter Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz nach wie vor ein Kausalitätserfordernis und komme, auch angesichts der Beweislastregelung, praktisch nicht zur Anwendung.

Hat sich die Einstellung oder Übernahme a) wegen der Ableistung einer Dienstpflicht nach Artikel 12a GG, b) wegen der Teilnahme an einem freiwilligen sozialen Jahr, c) wegen der Geburt eines Kindes oder wegen der tatsächlichen Betreuung eines Kindes unter 18 Jahren, d) wegen der tatsächlichen Pflege eines nahen Angehörigen verzögert, so darf nach § 6 Abs. 2 LVO NRW n.F. die jeweilige Altersgrenze im Umfang der Verzögerung überschritten werden. Die Vergünstigung setzt, wie schon § 6 Abs. 1 Satz 3 LVO NRW a.F. für die Kinderbetreuung und die früheren Erlassregelungen für den Wehr- und Zivildienst, voraus, dass sich die Einstellung „wegen“ dieser Sachverhalte verzögert hat. Die genannten Tätigkeiten müssen damit die entscheidende und unmittelbare Ursache für die Überschreitung der Höchstaltersgrenze sein. Das schließt ein, dass eine ohne die jeweilige Tätigkeit mögliche frühere Bewerbung um Einstellung Erfolg gehabt hätte. Der Ursachenzusammenhang ist hingegen unterbrochen, wenn nach den Tätigkeiten andere, vom Bewerber zu vertretende Umstände bzw. vermeidbare Verzögerungen, wie etwa eine für die Einstellung nicht erforderliche Ausbildung oder Berufstätigkeit, die Einstellung hinausgeschoben haben. Für die Kausalität trägt der Bewerber grundsätzlich die materielle Beweislast.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 13. Juli 2000 - 2 C 17.99 -, ZBR 2001, 33, m.w.N.; OVG NRW, Urteile vom 7. September 1994 - 6 A 3377/93 -, ZBR 1995, 113, vom 28. Mai 2003 - 6 A 510/01 -, NVwZ-RR 2004, 122, und vom 23. Mai 2007 - 6 A 371/04 -, juris, sowie Beschlüsse vom 7. November 2000 - 6 A 3593/00 -, NWVBl. 2001, 145, und vom 22. September 2003 - 6 A 3861/02 -, juris.

- 9 -

Dieses Kausalitätserfordernis verstößt nicht gegen höherrangiges Recht. Bei der Regelung von Ausnahmetatbeständen zur Höchstaltersgrenze steht dem Verordnungsgeber ein Gestaltungsspielraum zu, bei dessen Ausfüllung eine Vielzahl von teils gegenläufigen Interessen zu berücksichtigen ist.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 19. Januar 2009 –
6 A 133/07 -, juris.

Die Ausnahmeregelung des § 6 Abs. 2 LVO NRW n.F. soll einen Nachteilsausgleich für gesellschaftlich erwünschte Tätigkeiten gewähren. Beruht die Einstellungsverzögerung über die Höchstaltersgrenze hinaus aber nicht unmittelbar auf diesen Tätigkeiten, sondern etwa auf erfolglosen Bewerbungen oder einer zunächst anderweitigen beruflichen Orientierung, überschreitet der Verordnungsgeber mit einer fehlenden Kompensation nicht seinen Gestaltungsspielraum und verletzt insbesondere nicht, wie von der Klägerin geltend gemacht, den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Ein hinreichender Nachteilsausgleich ist vielmehr dadurch gewährleistet, dass die Zeiten abgeleiteter Dienstpflichten oder eines freiwilligen sozialen Jahres, der Kinderbetreuung oder der Pflege von Angehörigen nur dann zugunsten des Bewerbers berücksichtigt werden, wenn sie unmittelbare Ursache für eine Überschreitung der Höchstaltersgrenze sind.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 7. November 2000
- 6 A 3593/00 -, a.a.O.

Die mit dem Kausalitätserfordernis im Einzelfall verbundene Benachteiligung eines Bewerbers, der solche Tätigkeiten absolviert hat, gegenüber den Bewerbern, die dies nicht getan haben, ist mit Blick auf den Zweck der Höchstaltersgrenze, ein angemessenes Verhältnis zwischen der Beschäftigungszeit als Beamter und dem Anspruch auf Versorgung im Ruhestand herzustellen sowie eine ausgewogene Altersstruktur in den jeweiligen Laufbahnen zu gewährleisten, hinreichend sachlich gerechtfertigt.

Dass damit die Ausnahmeregelung, für die sich die Beweislastverteilung aus allgemeinen Grundsätzen ergibt, nur noch in seltenen Fällen zum Tragen kommen mag, stellt ihre rechtliche Zulässigkeit nicht in Frage. Auch das Bundesverwaltungsgericht,

- 10 -

vgl. Urteil vom 19. Februar 2009 - 2 C 18.07 -,
a.a.O.,

hat entgegen der Auffassung der Klägerin nur die Schaffung von über § 6 Abs. 1 Satz 3 LVO NRW a.F. hinausgehenden, weiteren Verzögerungsgründen gefordert, zu denen es insbesondere die zuvor nur im Erlasswege geregelte Ableistung von Dienstverpflichtungen nach Art. 12a GG zählte. Damit ist nicht gesagt, dass ein voraussetzungsloses Hinausschieben der Höchstaltersgrenze um die Zeiten geleisteter Dienstpflichten rechtlich zwingend wäre.

Selbst wenn man aber § 6 Abs. 2 LVO NRW n.F. wegen des Kausalitätserfordernisses für rechtswidrig hält, führt dies jedenfalls nicht zur Rechtswidrigkeit der Gesamtregelung. Hat der Ordnungsgeber aus den oben genannten Gründen nunmehr die Ausnahmemöglichkeiten von der Höchstaltersgrenze selbst hinreichend geregelt und nicht mehr – mit der Folge eines schwer durchschaubaren Erlasswesens – allein der Verwaltung überlassen, führen Rechtsfehler bei der Normierung einzelner Ausnahmetatbestände nicht dazu, dass die Regelungen über die Altersgrenzen insgesamt rechtswidrig sind.

Auch die Bewilligung einer Ausnahme vom Höchstalter gemäß § 84 Abs. 2 LVO NRW n.F. scheidet aus. Die Klägerin erfüllt die Voraussetzungen der insoweit allein in Betracht kommenden Vorschrift des § 84 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 LVO NRW n.F. nicht.

Danach können Ausnahmen von dem Höchstalter für einzelne Fälle zugelassen werden, wenn sich nachweislich der berufliche Werdegang aus von dem Bewerber nicht zu vertretenden Gründen in einem Maße verzögert hat, das die Anwendung der Höchstaltersgrenze unbillig erscheinen ließe. Dies ist etwa der Fall, wenn ein Antrag auf Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe rechtswidrig unter Hinweis auf die – von Anfang an unwirksame – Höchstaltersgrenze alten Rechts abgelehnt wurde, der Bewerber hiergegen Rechtsmittel eingelegt hat und zwischenzeitlich die neue Höchstaltersgrenze überschritten ist. Ein solcher Geschehensablauf, bei dem sich der berufliche Werdegang des Bewerbers durch die behördliche Behandlung seines Verbeamtungsantrags verzögert hat, ließe im Sinne der Verordnung die Anwendung der Altersgrenze unbillig erscheinen.

- 11 -

Vgl. dazu OVG NRW, Urteile vom 27. Juli 2010 - 6 A 858/07, 6 A 228/08, 6 A 3302/08 -, juris.

Im Fall der Klägerin, der gänzlich anders liegt, sind die Voraussetzungen des § 84 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 LVO NRW n.F. hingegen nicht erfüllt. Ihr beruflicher Werdegang – im öffentlichen Schuldienst – hat sich nicht aus von ihr nicht zu vertretenden Gründen derart verzögert, dass das Entgegenhalten der Höchstaltersgrenze unbillig erschien, sondern wegen ihrer langjährigen Tätigkeit im Kirchenschuldienst. Verzögerungen durch Kinderbetreuungszeiten werden bereits mit der Vorschrift des § 6 Abs. 2 Satz 1 lit. c) LVO NRW n.F. abschließend erfasst. Auch die behördliche Behandlung des Verbeamtungsantrages der Klägerin erfüllt nicht die Voraussetzungen des § 84 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 LVO NRW n.F. Der unter dem 14. Mai 2009, also unter Ausnutzung der Übergangszeit zwischen den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Februar 2009 - 2 C 18.07 u.a. - und dem Inkrafttreten der Neuregelungen zur Höchstaltersgrenze am 18. Juli 2009, gestellte Antrag auf Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe wurde nicht – mit der Folge einer Verzögerung ihres beruflichen Werdegangs – rechtswidrig unter Berufung auf die LVO NRW a.F. abgelehnt. Der Bescheid vom 14. August 2009 stützt sich vielmehr auf die Neuregelungen, deren zeitnahes Inkrafttreten das beklagte Land, das am laufbahnrechtlichen Institut einer Höchstaltersgrenze festhalten wollte, hier auch abwarten durfte. Vor diesem Hintergrund lässt allein der Umstand, dass zur Zeit der Antragstellung keine Höchstaltersgrenze bestand, die Anwendung der neuen Altersgrenze nicht unbillig i.S.v. § 84 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 LVO NRW n.F. erscheinen.

Liegen damit schon die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 84 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 LVO NRW n.F. nicht vor, musste und durfte das beklagte Land entgegen der Auffassung der Klägerin auch keine Ermessensentscheidung über die Bewilligung einer Ausnahme vom Höchstalter treffen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 VwGO und des § 127 BRRG nicht vorliegen. Der Senat knüpft bei der Auslegung und Anwendung der §§ 6 Abs. 2, 84 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 LVO NRW n.F. an die Recht-

- 12 -

sprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Senats zum früheren Recht an und führt diese lediglich fort. Grundsätzlich klärungsbedürftige Fragen sind dadurch nicht aufgeworfen. Dass sie sich in vielen ähnlich gelagerten Streitfällen ebenfalls stellen, genügt für eine Revisionszulassung nicht.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf den §§ 40, 47 Abs. 1 GKG i.V.m. § 52 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 GKG.

Rechtsmittelbelehrung

Die Nichtzulassung der Revision kann durch Beschwerde angefochten werden.

Die Beschwerde ist beim Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Aegidiikirchplatz 5, 48143 Münster, innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Beschlusses schriftlich einzulegen. Die Beschwerde muss den angefochtenen Beschluss bezeichnen.

Bot. auf 15.12.10
VF: 8.12.10 mw

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Beschlusses zu begründen. Die Begründung ist bei dem oben genannten Gericht schriftlich einzureichen.

Bot. 7.2.10
VF: 3.1.10 mw

Statt in Schriftform können die Einlegung und die Begründung der Beschwerde auch in elektronischer Form nach Maßgabe der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr bei den Verwaltungsgerichten und den Finanzgerichten im Lande Nordrhein-Westfalen – ERVVO VG/FG - vom 23. November 2005 (GV. NRW. S. 926) erfolgen.

Im Beschwerdeverfahren müssen sich die Beteiligten durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen; dies gilt auch für die Einlegung der Beschwerde und für die Begründung. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte und Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule im Sinne des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt sowie die ihnen kraft Gesetzes gleichgestellten Personen zugelassen. Auf die zusätzlichen Vertretungsmöglichkeiten für Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen

- 13 -

Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse wird hingewiesen (vgl. § 67 Abs. 4 Satz 4 VwGO in der Fassung gemäß Art. 13 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts vom 12. Dezember 2007, BGBl. I S. 2840, und § 5 Nr. 6 des Einführungsgesetzes zum Rechtsdienstleistungsgesetz.

Die Streitwertfestsetzung ist unanfechtbar.

Prof. Dr. Willems

Schulte-Trux

Dr. Dahme



Ausgefertigt

Bauer, Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Aktenzeichen

Anlage CBH 4



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 2 B 26.11
OVG 6 A 1695/10

In der Verwaltungsstreitsache

der Frau [REDACTED],
[REDACTED] Köln,

Klägerin, Berufungsklägerin
und Beschwerdeführerin,

- Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Cornelius, Bartenbach, Haesemann & Partner,
Bismarckstraße 11 - 13, 50672 Köln -

g e g e n

das Land Nordrhein-Westfalen,
vertreten durch die Bezirksregierung Köln,
Zeughausstraße 2 - 10, 50667 Köln,

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Beschwerdegegner,

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 26. März 2012
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Herbert und
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Maidowski und Dr. Hartung

beschlossen:

Die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Beschluss des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 2. Dezember 2010 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Wert des Streitgegenstandes für das Beschwerdeverfahren wird auf die Wertstufe bis 30 000 € festgesetzt.

G r ü n d e :

- 1 Die Nichtzulassungsbeschwerde bleibt ohne Erfolg.
- 2 Die 1959 geborene Klägerin legte nach einem Studium der Fächer Geschichte und Katholische Religionslehre 1984 und 1987 die Erste und Zweite Staatsprüfung für das Lehramt an der Sekundarstufe I und II ab. Sie ist Mutter von zwei 1988 und 1991 geborenen Kindern. Von 1992 bis 2001 war sie als Lehrerin an einer Schule des Erzbistums Köln tätig; seitdem steht sie als Angestellte im öffentlichen Schuldienst des beklagten Landes. Im Mai 2009 beantragte sie die Übernahme in das Beamtenverhältnis. Die Bezirksregierung Köln lehnte dies durch Bescheid vom 14. August 2009 ab, weil die Klägerin die Höchstaltersgrenze von 40 Jahren gem. § 6 Abs. 1 und § 52 Abs. 1 der Verordnung über die Laufbahnen der Beamten im Lande Nordrhein-Westfalen in der seit dem 18. Juli 2009 geltenden Fassung (LVO NRW n.F.) überschritten habe. Ihr Begehren blieb vor dem Verwaltungsgericht und dem Oberverwaltungsgericht erfolglos.
- 3 Die von der Beschwerde geltend gemachten Zulassungsgründe führen nicht zur Zulassung der Revision.
- 4 1. Die Rechtssache hat nicht die grundsätzliche Bedeutung (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO), die die Klägerin ihr zumisst.
- 5 Eine Rechtssache hat grundsätzliche Bedeutung, wenn sie eine abstrakte, in dem zu entscheidenden Fall erhebliche Frage des revisiblen Rechts mit einer über den Einzelfall hinausgehenden allgemeinen Bedeutung aufwirft, die im

Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsprechung oder im Interesse der Rechtsfortbildung in einem Revisionsverfahren geklärt werden muss. Diese Voraussetzungen sind insbesondere dann nicht erfüllt, wenn eine von der Beschwerde aufgeworfene Frage bereits geklärt ist, auf Grund des Gesetzeswortlauts mit Hilfe der üblichen Regeln sachgerechter Auslegung und auf der Grundlage der einschlägigen Rechtsprechung ohne Durchführung eines Revisionsverfahrens beantwortet werden kann oder wenn sie nur einzelfallbezogen zu beantworten ist und deshalb keine allgemeine Bedeutung hat.

- 6 Die Beschwerde wirft unter verfassungsrechtlichen und unionsrechtlichen Aspekten sowie im Hinblick auf Regelungen des einfachen Rechts die Frage auf, ob §§ 6, 52 Abs. 1 und § 84 Abs. 2 LVO NRW n.F. wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht unwirksam sind. Diese Frage kann jedoch anhand der vorliegenden Senatsrechtsprechung (vor allem Urteil vom 19. Februar 2009 - BVerwG 2 C 18.07 - BVerwGE 133, 143 = Buchholz 237.7 § 15 NWLBG Nr. 6, Beschlüsse vom 24. Januar 2011 - BVerwG 2 B 2.11 - Buchholz 237.7 § 15 NWLBG Nr. 9 und vom 6. April 2011 - BVerwG 2 B 58.11 -) beantwortet werden, ohne dass es der Durchführung eines Revisionsverfahrens bedarf.
- 7 1.1 Der Gesetzgeber durfte die Festlegung der Höchstaltersgrenze einschließlich der unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit erforderlichen Ausnahmeregelungen dem Ordnungsgeber übertragen. Dem Vorbehalt des Parlamentsgesetzes genügt eine gesetzliche Ermächtigung, die wie § 5 Abs. 1 Satz 1 LBG NRW i.d.F. vom 21. April 2009 (GV. NRW S. 224) der Landesregierung als Ordnungsgeber die Befugnis zum Erlass von Regelungen über die Laufbahnen der Beamten überträgt. Eine solche Ermächtigung umfasst alle Regelungsmaterien, die herkömmlicherweise zum Laufbahnwesen der Beamten zählen; Regelungen über Höchstaltersgrenzen zählen dazu (Urteil vom 19. Februar 2009 a.a.O.). Es obliegt dann dem Ordnungsgeber, die Gewährleistung des leistungsbezogenen Zugangs zum Beamtenverhältnis unter Berücksichtigung unionsrechtlicher Vorgaben in einen angemessenen Ausgleich mit dem Interesse des Dienstherrn an einer möglichst langen Lebensdienstzeit zu bringen.

- 8 Einer Übergangsregelung bedurfte es bei Erlass der Neufassung der Laufbahnverordnung nicht, da die Härtefallregelung des § 84 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 LVO NRW es unter dem Gesichtspunkt der Folgenbeseitigungslast ermöglicht, unverhältnismäßige Einschränkungen des Art. 33 Abs. 2 GG zu vermeiden. Insbesondere sind nach der Praxis des Berufungsgerichts (Urteil vom 27. Juli 2010 - 6 A 282/08 - juris Rn. 71 f.; seitdem stRspr des OVG) Übernahmeanträge, die vor dem Bekanntwerden des Urteils vom 19. Februar 2009 (a.a.O.) gestellt und unter Berufung auf die alte unwirksame Altersgrenze, jedoch noch nicht bestands- oder rechtskräftig abgelehnt worden sind, auch bei solchen Bewerbern positiv zu bescheiden, die im Laufe des Verfahrens auch die neue Altersgrenze überschritten haben. In dieser Auslegung und Handhabung übernimmt die Härtefallregelung die Funktion einer Übergangsvorschrift, so dass die Frage, ob es einer gesonderten Übergangsvorschrift bedurft hätte, ohne Durchführung eines Revisionsverfahrens verneint werden kann.
- 9 Die von der Beschwerde weiter aufgeworfene Frage, ob „rechtsfehlerhaft zugeschnittene Ausnahmetatbestände“ zur Rechtswidrigkeit der Altersgrenze insgesamt führen müssten, ist nicht grundsätzlich bedeutsam, da sie sich in einem Revisionsverfahren nicht stellen würde. Denn die vom Ordnungsgeber zur Sicherung der Verhältnismäßigkeit des normierten Höchstalters vorgesehenen Möglichkeiten, die Altersgrenze in Ausnahmefällen zu überschreiten, sind weder jeweils für sich genommen noch in ihrer Gesamtheit rechtsfehlerhaft. Auch die Frage, ob die Neuregelung so pauschal ist, dass sie erst durch ministerielle Erlasse hinreichend konkretisiert werden muss, führt nicht zur Zulassung der Revision, da sie sich anhand des Normtextes und der vorliegenden Rechtsprechung ohne weiteres im verneinenden Sinne beantworten lässt.
- 10 Die Neufassung der nordrhein-westfälischen Laufbahnverordnung ermöglicht eine Überschreitung der Altersgrenze zunächst in den typischen Verzögerungsfällen, in denen sich die Einstellung oder Übernahme wegen der Ableistung einer Dienstpflicht nach Art. 12a GG, wegen der Teilnahme an einem freiwilligen sozialen Jahr, wegen der Geburt oder Betreuung von Kindern oder der Pflege von Angehörigen verzögert hat, ohne dass die Verwaltung insoweit eine Ermessensentscheidung zu treffen hätte (§ 6 Abs. 2 LVO NRW n.F., vgl. Urteil

vom 19. Februar 2009 a.a.O. S. 152 f. bzw. S. 7 f.). Zudem ist die Altersgrenze zugunsten von schwerbehinderten und ihnen gleichgestellten behinderten Menschen auf 43 Jahre festgesetzt (vgl. Urteil vom 19. Februar 2009 - BVerwG 2 C 55.07 - Buchholz 237.7 § 15 NWLBG Nr. 7). In Fällen, in denen eine Verbeamtung an Verhaltensweisen der Bewerber scheitern würde, die im öffentlichen Interesse liegen, ist damit ein nicht der freien Entscheidung der Verwaltung überlassener Ausgleich geschaffen worden.

- 11 Zusätzlich können nach § 84 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 LVO NRW n.F. Ausnahmen vom Einstellungshöchstalter zugelassen werden, wenn in Einzelfällen oder Gruppen von Fällen der Dienstherr ein erhebliches dienstliches Interesse an der Gewinnung oder Bindung von Bewerbern hat. Diese Regelungen werden auch im Hinblick auf die darin enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe dem rechtsstaatlichen Gebot der Normklarheit gerecht. Sie ermöglichen eine vorhersehbare und einheitliche Verwaltungspraxis, weil insbesondere der Begriff des erheblichen dienstlichen Interesses durch § 84 Abs. 2 Satz 2 LVO NRW n.F. näher bestimmt wird und im Zusammenhang des geregelten Sachgebiets sachgerecht ausgelegt werden kann (vgl. Urteile vom 13. August 2008 - BVerwG 2 C 41.07 - Buchholz 237.7 § 48 NWLBG Nr. 2 Rn. 10, vom 30. März 2006 - BVerwG 2 C 23.05 - Buchholz 236.2 § 76 c DRiG Nr. 1 und vom 25. Juni 2009 - BVerwG 2 C 68.08 - Buchholz 232.0 § 46 BBG 2009 Nr. 1). Er zielt auf die für die Einstellung von Lehrern in den Schuldienst praktisch relevante und häufig anzutreffende Situation eines Bewerbermangels bei bestimmten Fächern oder Fächerkombinationen; in solchen Situationen kann es erforderlich sein, durch die begrenzte Abweichung von dem geltenden Einstellungshöchstalter Anreize zu schaffen, um die Versorgung der Schulen mit qualifiziertem Lehrpersonal zu sichern. In welchem Umfang Abweichungen von § 6 Abs. 1 und § 52 Abs. 1 LVO NRW n.F. jeweils ermessensgerecht sind, welche Fächer bzw. Fächerkombinationen betroffen sind und welche Umstände der jeweiligen Bedarfssituation in die Entscheidung über die Gewährung einer Ausnahme vom Einstellungshöchstalter einzufließen haben, sind hingegen Fragen des Einzelfalles, die sich einer abstrakt-generellen Regelung im Verordnungsrecht ebenso wie einer rechtsgrund-sätzlichen Klärung im Revisionsverfahren entziehen.

- 12 Eine weitere Ausnahme vom Einstellungshöchstalter ist nach § 84 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 LVO NRW n.F. in Einzelfällen unverschuldeter Verzögerung des beruflichen Werdegangs zulässig, in denen die Anwendung der Altersgrenze unbillig wäre. Auch diese Regelung ist in einer dem Gebot der Normklarheit genügenden Weise als eng gefasste und an eine Nachweisobliegenheit des Bewerbers geknüpfte Ausnahme vom Einstellungshöchstalter zu verstehen und bietet der Verwaltung nicht die Möglichkeit, ohne jede Bindung an normative Vorgaben eine Praxis im Widerspruch zur Laufbahnverordnung zu begründen. Auch insoweit wäre allerdings im Revisionsverfahren die abschließende Klärung aller einzelfallbezogenen Aspekte der Rechtsanwendung nicht möglich.
- 13 1.2 Die im Hinblick auf Aspekte des einfachen Rechts als rechtsgrundsätzlich aufgeworfenen Fragen führen ebenfalls nicht zu einer Zulassung der Revision.
- 14 Die Rechtswirksamkeit der Regelungen der nordrhein-westfälischen Laufbahnvorschriften vom 30. Juni 2009 hängt nicht davon ab, ob die Vorschriften über die Beteiligung der Spitzenorganisationen der zuständigen Gewerkschaften und Berufsverbände bei der Vorbereitung eingehalten wurden (§ 53 BeamtStG, § 94 LBG NRW). Dies folgt daraus, dass diese Beteiligung nicht Bestandteil des Normsetzungsverfahrens ist, sondern den Zweck verfolgt, dem Gesetzgeber im Vorfeld von Gesetzgebungsvorhaben Zugang zum Sachverstand der Spitzenorganisationen zu öffnen (Beschluss vom 25. Oktober 1979 - BVerwG 2 N 1.78 - BVerwGE 59, 48 = Buchholz 237.5 § 110 HessBG Nr. 1, ebenso Reich, BeamtStG, § 53 Rn. 4). Es besteht kein Anlass, von dieser Senatsrechtsprechung abzuweichen.
- 15 Keiner rechtsgrundsätzlichen Klärung bedarf auch die Frage,
- „ob die Nichtbeteiligung der Gleichstellungsbeauftragten bei einer Entscheidung über einen Verbeamtungsantrag einen absoluten Verfahrensfehler darstellt, der die Anwendung des § 46 VwVfG nicht ausschließt, wenn nach der Ausnahmegvorschrift des § 84 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 LVO NRW n.F. eine Ermessensentscheidung eröffnet ist und bei den Ermessenserwägungen eine langjährige Vortätigkeit einer Beamtenbewerberin im kirchlichen Ersatzschuldienst und im staatlichen Schuldienst sowie das Vor-

liegen von Kindererziehungszeiten zu berücksichtigen sind.“

- 16 Sie betrifft eine Einzelfallkonstellation und ist einer Klärung mit Bedeutung über den Einzelfall hinaus nicht zugänglich. Im Übrigen würde sie sich im Revisionsverfahren nicht stellen, da im Falle der im Antragszeitpunkt bereits 49 Jahre alten Klägerin die Ablehnung ihres Übernahmeantrags durch § 6 Abs. 1 und 2, § 52 Abs. 1 und § 84 Abs. 2 LVO NRW auch unter Berücksichtigung von Kindererziehungszeiten zwingend vorgegeben war. Ebenso wenig ist allgemein klärungsbedürftig, ob die Berufstätigkeit einer Beamtin im kirchlichen Schuldienst sowie als Angestellte im staatlichen Schuldienst als Umstand zu werten sein könnte, der eine Berufung auf das Einstellungshöchstalter als unbillig erscheinen ließe. Dies ist im Regelfall schon deshalb nicht anzunehmen, weil die Tätigkeit als Lehrerin im Ersatzschuldienst sowie im öffentlichen Schuldienst des Landes keine Verzögerung des beruflichen Werdegangs als Lehrerin darstellt.
- 17 Die weiteren zur Auslegung des § 84 LVO NRW n.F. formulierten Fragen lassen sich - soweit sie nicht lediglich Einzelfallkonstellationen betreffen und schon deshalb einer rechtsgrundsätzlichen Klärung nicht zugänglich sind - anhand des Normtextes und der Senatsrechtsprechung ohne weiteres beantworten. So ist etwa der Begriff der „von dem Bewerber nicht zu vertretenden Gründe“ im Zusammenhang mit dem Erfordernis zu verstehen, dass diese Gründe zu einer Verzögerung des beruflichen Werdegangs geführt haben müssen. Welche Gründe diesen Anforderungen entsprechen - denkbar sind etwa schwere Krankheiten oder ähnliche zwingende Unterbrechungen oder Verzögerungen der Ausbildung -, hängt dabei von den Umständen des Einzelfalls ab. Keine klärungsbedürftigen Zweifelsfragen wirft auch der Umstand auf, dass Kindererziehungszeiten, die nach § 6 Abs. 2 Satz 1 Buchst. c und Satz 2 LVO NRW n.F. zu einer Überschreitung der Altersgrenze um bis zu sechs Jahre führen können, nicht zu einer weiteren Überschreitung auf der Grundlage des § 84 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 LVO NRW n.F. berechtigen. Die von der Beschwerde als rechtsgrundsätzlich bedeutsam aufgeworfene Frage, ob die Rechtsprechung des Berufungsgerichts zur Härtefallregelung des § 84 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 LVO NRW auf alle im Ersatzschuldienst oder im öffentlichen Schuldienst beschäftigten

Bewerber zu übertragen ist, die nach Bekanntwerden der Senatsentscheidung vom 19. Februar 2009 ihre Übernahme in das Beamtenverhältnis beantragt haben, kann gleichfalls ohne weiteres verneint werden. Denn diese Bewerber mussten gerade damit rechnen, dass der Verordnungsgeber alsbald eine Neuregelung erlassen würde, die nach den allgemeinen Vorschriften für ihre Anträge maßgeblich sein würde. Soweit die Beschwerde schließlich eine Koordination des § 6 Abs. 2 mit § 84 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 LVO NRW n.F. vermisst und die Handhabbarkeit der Härtefallklausel hinsichtlich der „verschiedensten persönlichen Umstände“ im Werdegang der Beamtenbewerber bezweifelt, ist schon nicht erkennbar, welche konkreten Rechtsfragen damit aufgeworfen sein sollen. Die nebeneinander mögliche Anwendung der genannten Vorschriften bei Überschreitungen der Altersgrenze (§ 6) bzw. bei der im Ermessen des Dienstherrn stehenden Zulassung einer Ausnahme vom Höchstalter (§ 84) bedarf auf der Grundlage der Beschwerdebegründung zu diesen Aspekten keiner weiteren Klärung in einem Revisionsverfahren; dies gilt auch für die Handhabung des Ermessens bei Anwendung der Härtefallklausel.

- 18 Die Frage, ob die Wertung des § 6 Abs. 5 LVO NRW n.F. - die von der Beschwerde mehrfach genannte Vorschrift des § 6 Abs. 5 LBG NRW existiert nicht - im Rahmen einer Härtefallentscheidung nach § 84 Abs. 2 LVO NRW n.F. zu einem Einstellungsanspruch von Bewerbern führen kann, die in einer früheren Phase ihrer Berufstätigkeit an einer Ersatzschule beschäftigt waren, ist ebenfalls nicht klärungsbedürftig. Sie kann ohne weiteres verneint werden, ebenso die weiter aufgeworfene Frage, ob der Verordnungsgeber verpflichtet war, für diese Personengruppe einen gesonderten Ausnahmetatbestand zu schaffen. Zum einen ließe sich die von der Beschwerde für richtig gehaltene Auslegung mit dem Wortlaut des § 84 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 LVO NRW n.F. nicht vereinbaren, der lediglich Fälle einer Verzögerung des beruflichen Werdegangs erfasst. Zum anderen stellt § 6 Abs. 5 LVO NRW n.F. eine eng begrenzte Ausnahme vom Regeleinstellungshöchstalter dar, deren Ausdehnung auf weitere Anwendungsfälle mit dem Lebenszeitprinzip nicht zu vereinbaren wäre. Die Vorschrift privilegiert Planstelleninhaber an Ersatzschulen. Die damit bewirkte besondere Attraktivität der Ersatzschulen erleichtert diesen nicht in staatlicher Trägerschaft geführten Schulen die Anwerbung qualifizierter Lehrer; ein Grund, die Privilegie-

rung auf frühere Lehrer an Ersatzschulen auszudehnen, ist auch unter Gleichheitsgesichtspunkten nicht ersichtlich.

- 19 1.3 Schließlich rechtfertigen auch die zum Recht der Europäischen Union aufgeworfenen Fragen die Zulassung der Revision nicht. Die Fragen,

ob die vom Verordnungsgeber verfolgte Zielsetzung mit Art. 6 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates in Einklang steht,

ob die Vermeidung eines Missverhältnisses von Dienstzeit und Versorgungslast nach unionsrechtlichem Maßstab objektiv und angemessen und legitim ist,

ob die Sicherung einer sparsamen Haushaltsführung - auch im Hinblick auf die Erfahrungen anderer Bundesländer - als rechtfertigender Grund in Betracht kommt,

ob die Herstellung einer ausgewogenen Altersstruktur einen rechtfertigenden Grund für eine Altersdiskriminierung darstellt und

ob die Altersdiskriminierung in Fällen zulässig sein kann, bei denen es um eine alternative Stellenbesetzung mit Beamten oder Angestellten geht,

lassen sich auf dem Boden der Senatsrechtsprechung und der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union unter Einschluss der von der Beschwerde angeführten Judikate beantworten.

- 20 Höchstaltersgrenzen für den Zugang zu einem Beruf stellen eine Ungleichbehandlung wegen des Alters dar, die zulässig sein kann, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Derartige Ziele 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; sie können sich auf politische, wirtschaftliche, soziale, demografische und fiskalische Erwägungen stützen, auch wenn letztere für sich allein nicht ausreichen (EuGH, Urteil vom 21. Juli 2011 - C-159 und

160/10, Fuchs und Köhler - NVwZ 2011, 1249 <Rn. 61, 73 f. und 80 f.>). Die Angemessenheit und Erforderlichkeit einer Maßnahme ist nachgewiesen, wenn sie 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 a.a.O. Rn. 83). Das Interesse des Dienstherrn an einem ausgewogenen Verhältnis von Lebensdienstzeit und Ruhestandszeit der Beamten stellt ein legitimes Ziel in diesem Sinne dar. Die unionsrechtliche Anerkennung des Interesses an einer adäquaten Lebensdienstzeit wird durch Art. 6 Abs. 1 Satz 2 Buchst. c der Richtlinie 2000/78/EG des Rates der Europäischen Union vom 27. November 2000 (§ 10 Satz 3 Nr. 3 AGG) belegt, wonach Ungleichbehandlungen wegen des Alters insbesondere die Festlegung eines Höchstalters für die Einstellung auf Grund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand einschließen. Eine Höchstaltersgrenze für den Zugang zum Beamtenverhältnis stellt daher dem Grunde nach ein geeignetes und erforderliches Mittel dar, um eine angemessene, die Versorgung rechtfertigende Lebensdienstzeit sicherzustellen. Dies rechtfertigt auch die systembedingt unterschiedliche Behandlung von Angestellten und Beamten, da nur bei letzteren die Versorgung aus dem letzten Amt gewährt wird und deshalb regelmäßig höhere Versorgungsansprüche begründet sind. Die auch unionsrechtlich geforderte Verhältnismäßigkeit der Ungleichbehandlung wird dadurch sichergestellt, dass die Höchstaltersgrenze bei anerkannten und normativ fixierten, insbesondere bei familiären und gemeinnützigen Verzögerungsgründen in angemessenem Umfang überschritten werden darf. Die Frage einer Nichtanwendung der LVO NRW im Hinblick auf den Anwendungsvorrang des Unionsrechts stellt sich vor diesem Hintergrund nicht.

- 21 2. Die von der Beschwerde geltend gemachte Divergenz (§ 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO) liegt nicht vor.
- 22 Eine Divergenz im Sinne der genannten Vorschriften ist gegeben, wenn das Berufungsgericht in dem angefochtenen Urteil einen das Urteil tragenden abstrakten Rechtssatz aufgestellt hat, mit dem es einem Rechtssatz widersprochen hat, den eines der in den § 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO, §127 Nr. 1 BRRG genannten Gerichte in Anwendung derselben Rechtsvorschrift aufgestellt hat. Es ge-

nügt nicht, wenn das Berufungsgericht einen Rechtssatz im Einzelfall rechtsfehlerhaft anwendet oder daraus nicht die rechtlichen Folgerungen zieht, die etwa für die Sachverhalts- und Beweiswürdigung geboten sind (stRspr; vgl. Beschlüsse vom 19. August 1997 - BVerwG 7 B 261.97 - Buchholz 310 § 133 <n.F.> VwGO Nr. 26 und vom 3. Juli 2007 - BVerwG 2 B 18.07 - Buchholz 235.1 § 69 BDG Nr. 1).

- 23 Die Auffassung des Berufungsgerichts, dass die Rechtswirksamkeit der nordrhein-westfälischen Laufbahnverordnung vom 30. Juni 2009 nicht davon abhängt, ob die Vorschriften über die Beteiligung der Spitzenorganisationen eingehalten wurden, weicht nicht von dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 2010 - 2 BvF 1/07 - (BVerfGE 127, 293) ab, weil die Regelungen des § 53 BeamStG und des § 94 Abs. 1 LBG NRW nach der Rechtsprechung des Senats nicht Bestandteil des Normsetzungsverfahrens sind (Beschluss vom 25. Oktober 1979 a.a.O.). Eine - verdeckte - Divergenz enthalten auch die Ausführungen des Berufungsgerichts zum Interesse an ausgewogenen Altersstrukturen nicht. Denn das Berufungsgericht hat auch unausgesprochen nicht den Satz aufgestellt, dass das Interesse an ausgewogenen Altersstrukturen unabhängig vom Vorliegen einer plausiblen und nachvollziehbaren Planung die Festsetzung eines Höchstalters rechtfertige. Vielmehr hat es diesen Gesichtspunkt ergänzend neben dem die Höchstaltersgrenze rechtfertigenden Lebenszeitprinzip und unter Hinweis auf die Senatsentscheidung vom 19. Februar 2009 angeführt; geringere Anforderungen als der Senat in jener Entscheidung hat es gerade nicht formuliert.
- 24 3. Auch die vom Kläger angeführten Verfahrensfehler liegen nicht vor.
- 25 Soweit die Beschwerde eine Verletzung des Überzeugungsgrundsatzes (§ 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO) darin sieht, dass das Berufungsgericht sich der Sache nach auf die Konkretisierung der Regelungen zur Höchstaltersgrenze durch ministerielle Erlasse gestützt und die Verweildauer der Klägerin im kirchlichen Schuldienst fehlerhaft gewürdigt habe, so sind damit keine Verstöße gegen die Gesetze der Logik oder gegen Denk- und Erfahrungssätze geltend gemacht. Nach der angeführten Rechtsprechung des Senats sind die Regelungen der § 6

Abs. 1, § 52 Abs. 1 und § 84 LVO NRW n.F. hinreichend bestimmt und bedürfen keiner weiteren Konkretisierung, um handhabbar zu sein; ministerielle Erlasse können zwar den Inhalt einer Rechtsnorm beispielhaft verdeutlichen und ermessenslenkende Gesichtspunkte enthalten, binden aber die Gerichte nicht. Deshalb ist es nicht als verfahrensfehlerhaft zu beanstanden, dass das Berufungsgericht die bestehenden Erlasse nicht als „entscheidend“ zur Umsetzung der laubahnrechtlichen Normen angesehen und berücksichtigt hat.

- 26 Auch die Annahme der Beschwerde, die langjährige Tätigkeit der Klägerin im kirchlichen Schuldienst müsse einer Tätigkeit im staatlichen Schuldienst gleichgestellt werden, enthält keine durchgreifende Verfahrensrüge. Vielmehr wendet sich die Beschwerde auch hier lediglich gegen die inhaltliche Auffassung des Berufungsgerichts, dass keiner der vom geltenden Recht akzeptierten Verzögerungsgründe bei der Klägerin vorgelegen habe. Ein Verstoß gegen Denkgesetze liegt in dieser Wertung - die lediglich von der inhaltlichen Position der Klägerin abweicht - nicht. Dasselbe gilt für die Auffassung des Berufungsgerichts, die Nichtbeteiligung der Gleichstellungsbeauftragten habe sich mangels jeglicher im materiellen Recht eingeräumten Einflussmöglichkeiten nicht auswirken können. Auch diese Wertung ist - abgesehen davon, dass sie der Senatsrechtsprechung entspricht - vertretbar und beruht jedenfalls nicht auf einem Gedanken-gang, der etwa infolge unauflöslicher innerer Widersprüche den Gesetzen der Logik nicht genügt und deshalb einen Verfahrensfehler begründen könnte.
- 27 Einen Verfahrensfehler stellt es schließlich auch nicht dar, dass im Berufungsverfahren eine Entscheidung nach § 130a VwGO getroffen, also keine mündliche Verhandlung durchgeführt worden ist, obwohl auch in erster Instanz ohne mündliche Verhandlung entschieden worden war. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK gewährleistet jeder Person das Recht, dass über ihre Streitigkeiten in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Dieser Gewährleistung ist grundsätzlich Genüge getan, wenn in einem mehrere Instanzen umfassenden Verfahren die Verfahrensbeteiligten zumindest in einer Instanz die Durchführung einer mündlichen Verhandlung erzwingen können. Dies bedeutet jedoch nicht, dass dann, wenn diese Möglichkeit im erstinstanzlichen Verfahren bestanden hat, das Berufungsgericht stets ohne weitere Ein-

schränkungen nach § 130a VwGO entscheiden könnte; vielmehr muss diese Vorschrift konventionskonform ausgelegt werden. Sie schränkt das dem Berufungsgericht durch § 130a VwGO eingeräumte Ermessen, ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden, etwa in Fällen ein, in denen außergewöhnliche Schwierigkeiten in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht bestehen oder in denen eine erstinstanzliche Beweiswürdigung nur durch eine erneute Beweisaufnahme des Berufungsgerichts überprüft werden kann (Urteil vom 9. Dezember 2010 - BVerwG 10 C 13.09 - BVerwGE 138, 289 = Buchholz 310 § 130a VwGO Nr. 82; Beschluss vom 26. Februar 1998 - BVerwG 9 B 169.98 - juris; Seibert, in : Sodan / Ziekow, VwGO 3. Aufl. § 130a Rn. 8 ff.). Ob selbst dann, wenn in erster Instanz eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, eine weitere mündliche Verhandlung in einem zweitinstanzlichen Tatsachenverfahren erforderlich ist oder nicht, hängt demnach von den Umständen des konkreten Falls ab.

- 28 Nach diesen Maßstäben ist die Entscheidung des Berufungsgerichts, nach § 130a VwGO zu entscheiden, nicht zu beanstanden. Die Klägerin hätte in erster Instanz eine mündliche Verhandlung erzwingen können, hat sich jedoch im Hinblick darauf, dass Musterverfahren mündlich verhandelt worden waren, mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung ausdrücklich einverstanden erklärt. Im Berufungsverfahren hat sie auf einen Hinweis zur beabsichtigten Entscheidung nach § 130a VwGO nicht reagiert; der jetzige Prozessbevollmächtigte hat seine Mandatierung erst nach Erlass der angegriffenen, auf § 130a VwGO gestützten Entscheidung angezeigt. Gesichtspunkte, die eine mündliche Verhandlung in zweiter Instanz erforderlich hätten erscheinen lassen, sind nicht ersichtlich.
- 29 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Festsetzung des Streitwerts beruht für das Beschwerdeverfahren auf § 47 Abs. 1 und 3 sowie § 52 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 GKG.



Anlage **CBH** S

BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 2 B 35.12 (2 B 26.11)

In der Verwaltungsstreitsache

der Frau [REDACTED],
[REDACTED] Köln,

Klägerin, Berufungsklägerin
und Beschwerdeführerin,

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Cornelius, Bartenbach, Haesemann & Partner,
Bismarckstraße 11 - 13, 50672 Köln -

g e g e n

das Land Nordrhein-Westfalen,
vertreten durch die Bezirksregierung Köln,
Zeughausstraße 2 - 10, 50667 Köln,

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Beschwerdegegner,

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 19. Juli 2012
durch die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Heitz, Dr. Hartung und
Dr. Kenntner

beschlossen:

Die Anhörungsrüge der Klägerin sowie ihre Gegenvorstellung gegen den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. März 2012 - BVerwG 2 B 26.11 - werden zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens.

G r ü n d e :

- 1 Die von der Klägerin erhobene Anhörungsrüge ist unbegründet, weil die für eine Fortführung des Verfahrens erforderliche Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (§ 152a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 VwGO) nicht vorliegt.
- 2 Der in Art. 103 Abs. 1 GG gewährleistete Anspruch auf rechtliches Gehör verbürgt den Beteiligten eines Gerichtsverfahrens vor Erlass einer Entscheidung, die ihre Rechte betrifft, zu Wort zu kommen und mit ihren Ausführungen und Anträgen Einfluss auf das Verfahren nehmen zu können (vgl. BVerfG, Plenumsbeschluss vom 30. April 2003 - 1 PBvU 1/02 - BVerfGE 107, 395 <408 f.>). Diese Ausführungen hat das Gericht zur Kenntnis zu nehmen und bei seiner Entscheidung in Erwägung zu ziehen.
- 3 Das Gericht ist allerdings nicht gehalten, sich mit jedem Vorbringen in den Entscheidungsgründen ausdrücklich zu befassen. Vielmehr sind lediglich diejenigen Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind (§ 108 Abs. 1 Satz 2 VwGO). Ein Beschluss, mit dem die Zulassung der Revision abgelehnt worden ist, soll nach § 133 Abs. 5 Satz 2 VwGO überdies nur „kurz“ begründet werden. Aus dem Fehlen einer ausführlicheren Begründung kann daher nur ausnahmsweise, und wenn sich hierfür aus den besonderen Umständen des Falls Anhaltspunkte ergeben, auf eine Verletzung des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs geschlossen werden (vgl. BVerfG, Urteil vom 8. Juli 1997 - 1 BvR 1621/94 - BVerfGE 96, 205 <216 f.>; Beschluss vom 19. Mai 1992 - 1 BvR 986/91 - BVerfGE 86, 133 <145 f.>).

4 Derartige Umstände hat die Klägerin nicht dargelegt. Die vorgelegte Anhörungsrüge erkennt vielmehr Sinn und Zweck des durch § 152a VwGO eingeführten außerordentlichen Rechtsbehelfs und unterzieht den Beschluss vom 26. März 2012 einer fachlichen Kritik im Stile einer Revisionsbegründung. Dass das Gericht die mit der Beschwerde erhobenen Rügen übergangen habe, wird nicht einmal durchgängig behauptet (vgl. etwa die Ausführungen zu I.3). Auch der Umstand, dass etwa die Reihenfolge der Befassung mit den vorgebrachten Argumenten und die redaktionelle Darstellung (I.1) keinen Verstoß gegen das Gebot der Gewährung rechtlichen Gehörs bewirken kann, bedarf keiner weiteren Erörterung.

*Keine
Finger
auf
weil. Beh.*

5 Die Klägerin bemängelt über weite Strecken das Ergebnis der Befassung des Senats mit ihren Argumenten, was teilweise ausdrücklich festgestellt wird („nicht in der gebotenen Weise fachlich gewürdigt“, zu I.11), regelmäßig aber als Angriff gegen die Begründung formuliert ist. Dass die Klägerin die Erwägungen „nicht nachvollziehbar“ findet, belegt aber zunächst, dass eine Begründung für die leitenden Gesichtspunkte gegeben worden ist. Dass die Klägerin sich gleichwohl nicht in der Lage sieht, die tragenden Gründe nachzuvollziehen, ist offenkundig der Tatsache geschuldet, dass sie die Begründung materiell-rechtlich für nicht tragfähig hält. Dies ändert aber nichts an dem Umstand, dass der Senat die vorgebrachten Argumente (etwa zum vorgetragenen Parlamentsvorbehalt zu I.2) berücksichtigt und gewürdigt hat. Auch Art. 103 Abs. 1 GG schützt aber nicht davor, dass ein Gericht die Rechtsauffassung eines Beteiligten nicht teilt (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 12. April 1983 - 2 BvR 678/81 u.a. - BVerfGE 64, 1 <12> und vom 16. Juni 1987 - 1 BvR 1113/86 - BVerfGE 76, 93 <98>). Das durch § 152a VwGO eröffnete Verfahren ermöglicht keine erneute Überprüfung in der Sache.

6 Soweit die Anhörungsrüge darauf zielt, die Begründung des dreizehn Seiten umfassenden Nichtzulassungsbeschlusses sei „apodiktisch“, „oberflächlich“ oder „lapidar“, übersieht sie die Funktion des Zulassungsverfahrens. Da eine grundsätzlich bedeutsame Rechtsfrage nach Auffassung des Senats gerade nicht dargelegt war, bestand keine Veranlassung zu einer weiteren Vertiefung. Dementsprechend sollen derartige Beschlüsse nach § 133 Abs. 5 Satz 2 VwGO

whl.

nur kurz begründet sein (vgl. zur Erörterung im Rahmen eines Revisionsverfahrens: Urteil vom 23. Februar 2012 - BVerwG 2 C 76.10 - zur Veröffentlichung in BVerwGE vorgesehen). Es ist auch nicht Sinn des in § 152a VwGO gewährten Rechtsbehelfs, den Senat zu einer Ergänzung oder Erläuterung seines Urteils zu veranlassen (vgl. BTDrucks 15/3706 S. 16; Beschluss vom 30. September 2008 - BVerwG 6 B 71.08 -).

- 7 Dies gilt auch für die im Zentrum der Anhörungsrüge stehenden Fragen des Unionsrechts. Auch hier stellt die Anhörungsrüge ihre Interpretation der Vorschriften und Urteile an die Stelle derjenigen des Senats. Selbst wenn man ihr folgen wollte, läge indes keine Gehörsverletzung vor. Die Klägerin sucht eine inhaltliche Nachprüfung und Korrektur der im Rechtsmittelzug nicht mehr anfechtbaren Entscheidung zu erreichen. Soweit sie hinsichtlich der Beteiligung von Spitzenorganisationen eine ausdrückliche Abhandlung der Frage der Vereinbarkeit des § 53 BeamStG, § 94 Abs. 1 LBG NRW mit Art. 13 der Richtlinie 2000/78/EG vermisst, ergibt sich aus den Gründen, dass der Senat die Rechtswirksamkeit der Laufbahnverordnung nicht davon abhängig gemacht hat, dass Beteiligungsregelungen beachtet sind. Dies liegt fern, weil die Beteiligung inhaltlich nicht näher konkretisiert wird.
- keine Gehörsverletzung
da Klägerin
an der
Beteiligung
nicht
überzeugt
ist*

- 8 Im Übrigen fehlen insoweit auch Darlegungen zur Entscheidungserheblichkeit. Da das Argument einer sparsamen Haushaltsführung (II.4) vom Senat zur Begründung gar nicht herangezogen worden war, könnten die von der Klägerin vorgebrachten Erwägungen hiergegen der Rüge in keinem Falle zum Erfolg verhelfen. Ähnliches gilt für die aufgeworfene Frage einer ausgewogenen Altersstruktur (II.5), die gleichsam gutachterlich in den Raum gestellt ist. Auf Basis der vom Senat vertretenen Auffassung, dass die Höchstaltersgrenze eine unionsrechtlich zulässige Ungleichbehandlung darstellt, um ein Missverhältnis zwischen der lebenslänglichen Versorgung und einer hierfür noch ausreichenden Dienstzeit sicherzustellen, war eine ins Einzelne gehende Erörterung der zum Unionsrecht aufgeworfenen Fragen nicht mehr veranlasst.
- keine
Begründung
→ keine
Verletzung
des Unionsrechts*

- 9 Schließlich sind auch die Erwägungen zur Divergenz- und den Verfahrensrügen dadurch gekennzeichnet, dass die Klägerin die rechtliche Einschätzung des

Senats nicht teilt. Von einer weiteren Begründung der einzelnen Rügepunkte kann daher abgesehen werden (vgl. § 152a Abs. 4 Satz 4 VwGO).

- 10 Soweit die Klägerin eine Verletzung weiterer Verfahrensgrundrechte rügt, ist der Anwendungsbereich des § 152a VwGO nicht eröffnet. Die Eingabe ist insoweit als Gegenvorstellung zu werten.
- 11 Die Gegenvorstellung ist statthaft, soweit behauptet wird, der Beschluss vom 26. März 2012 sei unter Verstoß gegen das Gebot des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) zustande gekommen (vgl. BFH, Beschluss vom 3. Mai 2006 - I S 2/06 -; BSG, Beschluss vom 28. September 2006 - B 3 P 1/06 C - m.w.N.). Sie ist aber nicht begründet. Der Umstand, dass die Klägerin die Begründung „nicht nachvollziehbar“ findet, genügt bereits den Darlegungsanforderungen für den geltend gemachten Verstoß gegen das Willkürverbot nicht. Die Behauptung, der Senat habe die unionsrechtlichen Fragen allein aus der nationalrechtlichen Sicht beantwortet, ist schon in tatsächlicher Hinsicht unzutreffend: insoweit ist auf die Richtlinie 2000/78/EG und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs verwiesen worden. *See Witz!*
- 12 Hinsichtlich der geltend gemachten Verletzung des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG ist die Gegenvorstellung nicht statthaft. Unabhängig hiervon sind auch keine Anhaltspunkte dafür geltend gemacht, dass die gerichtliche Befassung den angemessenen Zeitraum verlassen hätte. Wie die vorliegende Eingabe zeigt, ist auch die Klägerin an einer gründlichen und die einzelnen Darlegungen erfassenden Bearbeitung interessiert. *Die Witz +
Hohen
Hohen viel
der möglich
muss Nomen.*
- 13 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.
- 14 Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152a Abs. 4 Satz 3 VwGO).