



Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen

Geschäftszeichen: 1 U 25/18 = 1 O 711/17 Landgericht Bremen

Verkündet am 23.01.2019
gez. [...]
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes

U r t e i l

In dem Rechtsstreit

[...],

Kläger,

Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwalt [...]

gegen

Stadtgemeinde Bremen, [...]

Beklagte,

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte [...]

hat der 1. Zivilsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen auf die mündliche Verhandlung vom 28. November 2018 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Schromek, den Richter am Landgericht Dr. Kramer und die Richterin am Oberlandesgericht Witt für Recht erkannt:

- I. Auf die Berufung des Klägers hin wird das Urteil des Landgerichts Bremen vom 21.03.2018 – Az. 1 O 711/17 – abgeändert und wie folgt neu gefasst:
Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger den Schaden zu ersetzen, der ihm dadurch entstanden ist und künftig entstehen wird, dass er bei Eintritt in den Ruhestand nicht Ruhestandsbezüge als Beamter (berechnet auf Grundlage einer Verbeamtung ab dem 03.06.2009) bezieht.
- II. Die Kosten des Rechtsstreits I. Instanz tragen der Kläger zu 56% und die Beklagte zu 44%. Die Kosten der Berufung trägt die Beklagte.
- III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Beiden Parteien bleibt nachgelassen die Zwangsvollstreckung des Gegners durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht der Vollstreckende zuvor Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
- IV. Die Revision wird zugelassen.
- V. Der Gebührenstreitwert wird für die I. Instanz auf 25.920,- € und für die Berufung auf 11.520,- € festgesetzt.

Gründe:

I.

Der Kläger begehrt die Feststellung, dass die Beklagte sich durch Ablehnung der Verbeamtung des Klägers schadensersatzpflichtig gemacht habe.

1. Der am [...].1952 geborene Kläger wurde am 01.10.1978 von der Beklagten als Angestellter in der Stellung eines Studienrates eingestellt und nahm seine Tätigkeit im Schuldienst der Beklagten auf. Ab Juni 1980 war er bis August 1990 unter Anerkennung eines dienstlichen Interesses beurlaubt, um einer Lehrtätigkeit [...] als stellvertretender Schulleiter nachzugehen. Danach nahm er seine Tätigkeit als Lehrer bei der Beklagten wieder auf.

Im Juni 1982 beantragte er erstmals die Übernahme in das Beamtenverhältnis. Dieser Antrag wurde auf Grundlage der damaligen Praxis der Beklagten, keine Lehrer mehr im Beamtenverhältnis zu ernennen, abgelehnt. Weitere Anträge aus den Jahren 1985, 1988, 1990, 1991 und 2000 blieben ohne Erfolg. Am 17.05.2001 beantragte der Kläger seine Übernahme in das Beamtenverhältnis, nachdem die Beklagte damit begon-

nen hatte, im Angestelltenverhältnis beschäftigte Lehrer zu verbeamten. Dieser Antrag wurde unter Hinweis auf die seinerzeit in § 10 Abs. 1 Nr. 2 BremBG (a.F.) normierte Altersgrenze abgelehnt, wonach Beamte auf Lebenszeit grundsätzlich nur werden durfte, wer das 40. Lebensjahr noch nicht vollendet hatte. Sein hiergegen gerichteter Widerspruch blieb ohne Erfolg. Im Verlauf des sich anschließenden verwaltungsgerichtlichen Verfahrens wurde die Vorschrift des § 10 Abs. 1 Nr. 2 BremBG a.F. aufgehoben. Allerdings hieß es in § 48 LHO in der Fassung vom 25.05.1971:

„Einstellung und Versetzung von Beamten in den Dienst der Freien Hansestadt Bremen bedürfen der Einwilligung des Senators für Finanzen, wenn der Bewerber ein vom Senator für Finanzen allgemein festzusetzendes Lebensalter überschritten hat.“

Die zu § 48 LHO ergangene Verwaltungsvorschrift sah als Altersgrenze für eine Lebenszeitverbeamtung das 45. Lebensjahr vor.

Der Senator für Finanzen stimmte in der Folgezeit auf Grundlage einer Schlichtungsempfehlung der Verbeamtung von etwa 400 angestellten Lehrern zu, die am 15.08.2002 das fünfzigste Lebensjahr noch nicht vollendet hatten. Wegen Überschreitens dieser Altersgrenze um knapp 3 Monate versagte der Senator für Finanzen jedoch am zweiten 20.03.2004 seine Einwilligung zur Verbeamtung des Klägers.

Daraufhin wies das Verwaltungsgericht Bremen die Klage ab. Einen Antrag des Klägers auf Zulassung der Berufung gegen dieses Urteil lehnte das Oberverwaltungsgericht Bremen ab.

Mit streitgegenständlichem Schreiben vom 08.02.2009 beantragte der Kläger erneut seine Übernahme in das Beamtenverhältnis. Wenige Tage später, mit Urteil vom 19.02.2009 – Az. 2 C 18/07 –, gab das Bundesverwaltungsgericht seine bis dahin vertretene Rechtsauffassung, eine Bestimmung von Altersgrenzen aufgrund von Verwaltungserlassen sei zulässig, auf und vertrat nunmehr die Ansicht, dass Altersgrenzen für die Einstellung in eine Beamtenlaufbahn einer gesetzlichen Grundlage bedürften.

Mit Bescheid vom 03.06.2009 lehnte die Senatorin für Bildung und Wissenschaft den Antrag des Klägers mit der Begründung ab, dass er die in der Verwaltungsvorschrift zu § 48 LHO a.F. geregelte Altersgrenze überschritten habe, so dass die Einwilligung zu versagen sei. Den hiergegen eingelegten Widerspruch wies die Senatorin für Bildung und Wissenschaft mit Bescheid vom 23.03.2010 als unbegründet zurück. Der

Kläger erhob Klage vor dem Verwaltungsgericht gegen die Ablehnung seiner Verbeamtung. Im Verlauf des Verfahrens fasste der bremische Gesetzgeber die Vorschrift des § 48 LHO zum 04.12.2010 neu. Darin heißt es nun:

„(1) Beamte dürfen erstmalig ernannt oder in den Dienst der Freien Hansestadt Bremen versetzt werden, wenn die Bewerber das 45. Lebensjahr, bei Hochschullehrern das 55. Lebensjahr noch nicht vollendet haben. Satz 1 gilt nicht für Versetzungen, wenn die Versorgungslasten mit dem bisherigen Dienstherrn geteilt werden.

(2) Die oberste Dienstbehörde lässt eine Ausnahme von Absatz 1 Satz 1 zu, wenn die Ernennung oder die Versetzung einen erheblichen Vorteil für die Freie Hansestadt Bremen bedeutet oder ein dringendes dienstliches Interesse besteht, den Bewerber zu gewinnen.“

Das Verwaltungsgericht wies daraufhin mit Urteil vom 15.01.2013 – Az. 6 K 505/10 – die Anträge auf Verpflichtung der Beklagten zur Übernahme des Klägers in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit, hilfsweise auf Neubescheidung seines Antrages mit der Begründung ab, dass auch bei Rechtswidrigkeit der Ablehnung die Behörde im Wege der Folgenbeseitigung nicht zu einem Verhalten verpflichtet werden könne, das mit geltendem Recht unvereinbar ist. § 48 LHO in der nunmehr geltenden Fassung stehe einer Verbeamtung des Klägers aber entgegen. Dagegen gab das Verwaltungsgericht dem Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Ablehnungsbescheides in der Fassung des Widerspruchsbescheides statt. Der zur Vorbereitung einer Amtshaftungsklage zulässige Feststellungsantrag sei begründet, da Ausgangs- und Widerspruchsbescheid zum Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses durch die Einführung der gesetzlichen Einstellungsaltersgrenze in § 48 Abs. 1 LHO rechtswidrig gewesen seien. Denn die Beklagte habe die Ablehnung zum Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheides am 23.03.2010 nicht auf die nur in Verwaltungsvorschriften geregelte Einstellungsaltersgrenze stützen dürfen. Das Urteil wurde, soweit es die Rechtswidrigkeit der Ablehnung der Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit feststellte, rechtskräftig.

Den Antrag des Klägers auf Zulassung der Berufung gegen die teilweise Abweisung seiner Klage wies das Oberverwaltungsgericht mit Beschluss vom 20.09.2014 ab.

Nach dem unstreitigen Klägervorbringen erfüllt dieser alle Einstellungs Voraussetzungen, die im Hinblick auf seine Eignung, Befähigung, fachliche Leistung und Persönlichkeit zu stellen sind. Er hat keine Gebrechen, ihm sind keine Fehlleistungen oder

dienstliche Verfehlungen vorzuhalten, er hat in jeder Zeit die Anforderungen seines Faches erfüllt, auch diejenigen, die an einen Beamten zu stellen sind und er hat Vorgesetztenfunktionen übernommen. Zudem liegt eine Planstelle vor, auf der der Kläger beschäftigt ist.

Am 31.01.2018 schied der Kläger mit Erreichen der Altersgrenze aus dem Dienst für die Beklagte aus.

Der Kläger ist der Auffassung, dass die Beklagte die Versagung der Verbeamtung nicht auf sein Lebensalter hätte stützen dürfen. Die bereits im verwaltungsgerichtlichen Verfahren festgestellte Rechtswidrigkeit der Ablehnungsentscheidung beruhe auf den von der Beklagten selbstgesetzten Regularien, für welche diese auch die Verantwortung zu tragen habe. Bei richtiger Entscheidung wäre das Ermessen der Beklagten vollständig reduziert gewesen, so dass seine Verbeamtung zwingend gewesen wäre. Jedenfalls aber hätte die Biografie des Klägers unter Berücksichtigung von Art. 33 Abs. 2 GG und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Berücksichtigung finden müssen. In der Gesamtschau erweise sich das Vorgehen der Beklagten auch als Ungleichbehandlung des Klägers, der ohne sachlichen Grund anders behandelt werde als die Kollegen, die vor ihm und nach ihm eingestellt worden seien und die die gleiche Tätigkeit erfüllten wie er.

Den zunächst gestellten Antrag auf Feststellung der Pflicht der Beklagten zum Ersatz des entstandenen und künftigen Schadens aus der unterbliebenen Ernennung zum Beamten zum 30.06.2009 hat der Kläger noch in I. Instanz wieder zurückgenommen. Ferner hat der Kläger beantragt, festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger alle entstandenen und noch entstehenden Schäden zu ersetzen, die dem Kläger vom Zeitpunkt des Eintritts in Rentenstand hinsichtlich seiner Altersversorgung daraus entstehen, dass er nicht auf Grundlage einer Verbeamtung ab dem 03.06.2009 Ruhestandsbezüge als Beamter beziehe.

Die Beklagte hat in erster Instanz Klageabweisung beantragt. Sie erhebt die Einrede der Verjährung. Sie ist zudem der Auffassung, dass es an einem Verschulden der Beklagten fehle. Die damalige Verwaltungsvorschrift in Verbindung mit § 48 LHO a.F. sei nicht nichtig gewesen. Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts sei auch nicht zu dieser Vorschrift ergangen. Der handelnde Verwaltungsbeamte sei daher an diese Verwaltungsvorschrift gebunden gewesen. Im Übrigen wäre eine etwaige Amtspflichtverletzung auch nicht ursächlich für den angeführten Schaden geworden. Bei der Entscheidung über eine Einstellung eines Bewerbers in das Beamtenverhält-

nis habe der Beklagten ein Ermessen zugestanden, das auch nicht auf eine bestimmte Entscheidung reduziert gewesen sei. Denn die angeführten Argumente zur Zulässigkeit von Altersgrenzen hätten in der individuellen Abwägung ebenso berücksichtigt werden müssen, wie sie dem Erlass der Verwaltungsvorschrift zugrunde gelegt worden seien. Deshalb wäre auch bei Nichtanwendung der Verwaltungsvorschrift der Verbeamtungsantrag des Klägers mit hoher Wahrscheinlichkeit abgelehnt worden.

Für die weiteren Einzelheiten wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen.

2. Das Landgericht hat die Klage mit angefochtenem Urteil vom 21.03.2018 als unbegründet abgewiesen. Den einzelnen Verwaltungsbeamten treffe im vorliegenden Fall kein Verschulden, denn dieser habe von der Rechtswirksamkeit der anzuwendenden Verwaltungsvorschrift ausgehen müssen. Gegenteiliges habe sich auch nicht aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19.02.2009 ergeben, welches die bremischen Verwaltungsvorschriften nicht zum Gegenstand gehabt habe. Von dem einzelnen Verwaltungsbeamten könne nicht verlangt werden, dass er selbstständig die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes zu fremden Landesrecht auf bremische Regelungen übertrage und ggf. die Nichtanwendung einer für ihn bindenden Verwaltungsvorschrift beschließe. Hinzu komme, dass die Beklagte ohnehin eine gesetzliche Neuregelung der Altersgrenzen durch Neufassung des § 48 LHO angestrebt habe. Die Behörde könne aber nicht gehalten sein, vollendete Tatsachen zu schaffen, die der bevorstehenden gesetzlichen Regelung widersprechen würden.

Auch ein Organisationsverschulden der Beklagten liege nicht vor. Die Entscheidung über den Antrag des Klägers sei bereits wenige Monate nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zu treffen gewesen. Im Übrigen sei die bevorstehende gesetzliche Regelung zu berücksichtigen gewesen.

Zudem wäre ein Schaden des Klägers nur dann anzunehmen, wenn das Ermessen der Beklagten, den Kläger in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit aufzunehmen, vollständig reduziert gewesen wäre. Hier hätte aber das Lebensalter des Klägers auch im Rahmen einer Ermessensentscheidung berücksichtigt werden müssen, zumal das Bundesverwaltungsgericht Altersgrenzen materiell als zulässig erachtet habe. Diese Erwägungen zum Schutz fiskalischer Interessen des Landes wären im Fall des Klägers erheblich ins Gewicht gefallen, da einer aktiven restlichen Dienstzeit von ca. 7 Jahren erhebliche Versorgungslasten gegenüber gestanden hätten. Außerdem hätte die Beklagte die bereits bekannte Intention des bremischen Gesetzgebers, ein

Höchster zur Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit gesetzlich einzuführen, im Rahmen der Ermessensentscheidung einbeziehen müssen.

Auf ein Untätigbleiben des Ordnungsgebers könne der Kläger ebenfalls keinen Anspruch stützen. Bei so genanntem legislativem Unrecht scheide ein Schadensersatzanspruch aus, weil den Normgeber in der Regel keine Amtspflichten gegenüber einzelnen Personen treffe.

4. Mit seiner Berufung verfolgt der Kläger sein in I. Instanz zuletzt verfolgtes Prozessziel weiter. Das Landgericht verkenne die Sorgfaltsanforderungen, die an einen Verwaltungsbeamten zu stellen sein. Dieser müsse sich die zur Führung seines Amtes erforderlichen Rechts- und Verwaltungskennntnisse notfalls verschaffen. Auch der Umstand, dass der Landesgesetzgeber eine entsprechende Regelung geplant habe, ändere nichts an einem Verschulden der betreffenden Amtsträger. Eine Berücksichtigung künftiger Gesetze verletze zudem die Wesentlichkeitstheorie, die der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts letztlich zugrunde liege. Ein Organisationsverschulden der Beklagten folge im Übrigen daraus, dass sie es ihren Bediensteten überlassen habe, eine Einzelfallentscheidung zu fällen, obwohl sie gewusst habe, dass die Anwendung der weitergeltenden ermessenleitenden Verwaltungsvorschriften zu einer Grundrechtsverletzung führen mussten. Auf diese Weise ignoriere die Beklagte ihre Bindung an Recht und Gesetz.

Aus – unstreitig der Personalakte des Klägers entnommenen – Unterlagen folge zudem, dass die Beklagte den Antrag des Klägers bewusst wider die Rechtslage abgelehnt habe, weil sie darauf vertraut habe, dass über die Dauer eines Verwaltungsverfahrens die gesetzliche Neuregelung erfolgen werde, auf die es in dem zu erwartenden verwaltungsgerichtlichen Verfahren hinsichtlich einer Folgenbeseitigung ankommen werde.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts sei vorliegend das Ermessen der Beklagten auch vollständig reduziert gewesen. Dem Kläger sei über lange Zeit ohne sachlichen Grund der Zugang zur Verbeamtung verwehrt worden, während seinen Kollegen, die vor und nach ihm eingestellt worden seien und die gleiche Arbeit erledigten, die Verbeamtung gewährt werde.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Landgerichts Bremen vom 21.03.2018 aufzuheben und festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger alle entstandenen und

noch entstehenden Schäden zu ersetzen, die dem Kläger vom Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und Eintritt in den Ruhestand hinsichtlich seiner Altersversorgung daraus entstehen, dass er nicht seit dem 03.06.2009 die Tätigkeit für die Beklagte als Beamter ausüben konnte und Ruhestandsbezüge als Beamter beziehen kann.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das angegriffene Urteil.

Für die weiteren Einzelheiten des Berufungsvorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze verwiesen.

II.

Die Berufung ist zulässig. Sie ist gemäß § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO statthaft. Ferner wurde die Berufung gegen das dem Kläger am 26.03.2018 zugestellte Urteil am 25.04.2018, mithin innerhalb der Frist des § 517 ZPO eingelegt und auch innerhalb der bis zum 26.06.2018 verlängerten Frist des § 520 Abs. 2 Satz 1 ZPO begründet.

Die Berufung ist auch begründet.

1. Die Klage ist zulässig. Die geltend gemachte Schadensersatzpflicht der Beklagten ist ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis. Auch das gemäß § 256 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse liegt vor. Allerdings hängt bei reinen Vermögensschäden, wie sie auch Gegenstand der hiesigen Klage sind, die Zulässigkeit der Feststellungsklage von der Wahrscheinlichkeit eines auf die Verletzungshandlung zurückzuführenden Schadenseintritts ab (vgl. BGH, Urteil vom 24.01.2006 – IX ZR 384/03, juris Rn. 27, BGHZ 166, 84 m.z.w.N.). Eine solche Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts ist hier aber anzunehmen. Unwidersprochen hat der Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat – insoweit nicht protokolliert – dargelegt, dass ihm als Angestellten die letzte Dienstaltersstufe, wie sie Beamte erreichen können, verwehrt blieb. Schon angesichts dieses Unterschiedes in der Bemessungsgrundlage für das jeweilige Ruhegehalt ist es wahrscheinlich, dass die Ablehnung der Verbeamtung einen Vermögensnachteil in Form einer Differenz zwischen tatsächlicher Rente und bei Verbeamtung geschuldeten höheren Ruhestandsbezügen herbeigeführt hat. Hinzu kommt, dass der Kläger, der privat krankenversichert ist und für eine Vollkostenversi-

cherung monatlich eine Prämie in Höhe von rund 650,- € entrichtet, hierfür nur einen Zuschuss in Höhe von etwa 150,- € erhält. Im Falle einer Verbeamtung hätte er aber nach Maßgabe des § 12 Abs. 1, Abs. 3 der Verordnung über die Gewährung von Beihilfen in Krankheits-, Pflege- und Geburtsfällen (Bremische Beihilfeverordnung vom 21.06.2005, Brem GBl. 2005, 215) Anspruch auf Beihilfe in Höhe von 60% seiner beihilfefähigen Aufwendungen. Es liegt auf der Hand, dass die Prämie für eine dann nur noch notwendige ergänzende Krankenversicherung über 40% der ersatzfähigen Aufwendungen auch unter Berücksichtigung des Zuschusses deutlich geringer als die vom Kläger heute zu entrichtende Prämie ausfiele. Dem Feststellungsinteresse steht auch der Vorrang der Leistungsklage nicht entgegen. Wenn eine Schadensentwicklung – wie hier – noch nicht abgeschlossen ist, kann der Kläger in vollem Umfang Feststellung der Ersatzpflicht verlangen, auch wenn ein Teil des Schadens bereits eingetreten und deshalb bezifferbar ist (vgl. BGH, Urteil vom 19.04.2016 – VI ZR 506/14, juris Rn. 6, NJW-RR 2016, 759 m.w.N.).

2. Die Klage ist auch begründet. Der Kläger hat gemäß § 839 Abs. 1 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG einen Anspruch gegen die Beklagte auf Ersatz des ihm durch die Ablehnung der Verbeamtung entstandenen Schadens.

Ein solcher Anspruch setzt gemäß § 839 Abs. 1 BGB voraus, dass ein Beamter seine ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht schuldhaft verletzt hat und dem Dritten hieraus ein Schaden entstanden ist. Gemäß Art. 34 GG trifft die Haftung aus einem solchen Verschulden des Beamten dessen Anstellungskörperschaft.

a) Beamter im Rahmen der Amtshaftung für hoheitliche Tätigkeit gemäß Art. 34 GG ist jeder, der in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes handelt (vgl. Palandt-Sprau, 78. Aufl., § 839 BGB Rn. 15).

Die Bediensteten L.G. und M., die den Ablehnungsbescheid vom 03.06.2009 und den Widerspruchsbescheid vom 23.03.2010 erlassen haben, sind solche Beamten im haftungsrechtlichen Sinne.

Dass sie für die Beklagte gehandelt haben, steht angesichts des Tatbestandes des Urteils des Landgerichts fest und wird von der Beklagten auch nicht in Zweifel gezogen. Dies entspricht auch ungeachtet dessen, dass die ergangenen Bescheide, die erstmals im Berufungsverfahren vorgelegt wurden, unter dem Briefkopf der Freien Hansestadt Bremen ohne den Zusatz „Stadtgemeinde“ ergangen sind, der gesetzlichen Zuständigkeiten des bremischen Beamtenrechts. Gemäß §§ 9 Abs. 1 BremBG, 4 Abs. 1, Abs. 2, 6 Abs. 1, 8 Abs. 1 Satz 1 BremSchVwG obliegt dem Senat als Organ

der Stadtgemeinde die Ernennung der Beamten im Schuldienst, der seine Zuständigkeit mit Art. 1 Nr. 1, Art. 2 Abs. 1, Abs. 4 der Anordnung des Senats zur Übertragung von dienstrechtlichen Befugnissen vom 07.12.1999 auf die Senatorin für Bildung übertragen hat.

b) Die Beamten haben auch ihre Amtspflichten verletzt, indem sie den Verbeamtungsantrag des Klägers in rechtswidriger Weise abgewiesen haben, ohne zuvor gegen die Anwendung der Verwaltungsvorschrift des Senators für Finanzen zu § 48 LHO a.F. zu remonstrieren.

aa) Den Beamten trifft allgemein die Amtspflicht zu rechtmäßiger Amtsausübung. Er ist daher verpflichtet, die von ihm wahrgenommenen Aufgaben des Staates im Einklang mit dem objektiven Recht auszuüben. Der Beamte hat sich an Recht und Gesetz zu halten, mithin das Grundgesetz, die bundes- und landesrechtlichen Vorschriften und auch sonstige Rechtsvorschriften zu beachten (vgl. BeckOGK-Dörr, Stand: Dezember 2018, § 839 BGB Rn. 142). Diese Pflicht wurde hier zunächst objektiv durch die beiden Beamten, die den Ausgangs- und den Widerspruchsbescheid erlassen haben, verletzt. Das Verwaltungsgericht hat festgestellt, dass der Ablehnungsbescheid in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 23.03.2010 rechtswidrig war, weil es an einer gesetzlichen Grundlage für die Berücksichtigung der von der Beklagten angeführten Altersgrenze fehlte. An diese Bewertung ist das Zivilgericht im Amtshaftungsprozess gebunden (vgl. BGH, Urteil vom 07.02.1985 – III ZR 212/83, juris Rn. 19; Beschluss vom 28.02.1991 – III ZR 81/90, juris Rn. 2 m.w.N).

bb) Eine Haftung der Beklagten scheidet auch nicht daran, dass die Entscheidung auf der Anwendung der Verwaltungsvorschrift des Senators für Finanzen zu § 48 LHO a.F. beruhte.

(1) Allerdings hat der Beamte gemäß § 35 Satz 2 BeamtStG dienstliche Anordnungen seines Vorgesetzten und deren allgemeine Richtlinien und Verwaltungsvorschriften zu befolgen (vgl. BeckOGK-Dörr, Stand: Dezember 2018, § 839 BGB Rn. 170). Das geltende Recht bindet den Amtsträger grundsätzlich auch dann an die Weisung seines Vorgesetzten, wenn die Verwirklichung dieses Befehls eine Außenpflicht des Staates verletzt, ausgenommen den Fall, dass die Ausführung erkennbar den Strafgesetzen zuwiderlaufen würde. Befolgt der Angewiesene die ihn bindende Anordnung, so verletzt er seine Amtspflichten nicht (vgl. BGH, Beschluss vom 11.12.2008 – III ZR 216/07, juris Rn. 5, NVwZ-RR 2009, 363; Urteil vom 16.04.2015 – III ZR 333/13, juris Rn. 18, BGHZ 205, 63).

Nicht ganz eindeutig sind allerdings die Rechtsfolgen, die sich aus dem Vorliegen einer solchen Weisung ergeben, wenn sie – wie hier – in generalisierender Form erging. Die in Rede stehende Verwaltungsvorschrift des Senators für Finanzen zu § 48 LHO stellt eine generalisierende Weisung an die nachgeordneten Behörden dar, die verlangt, bei einer jeden Entscheidung über die Ernennung eines Bewerbers zum Beamten dessen Lebensalter zu berücksichtigen und im Regelfall eine solche Ernennung abzulehnen, wenn der Bewerber das 45. Lebensjahr überschritten hat.

Klargestellt hat der Bundesgerichtshof zunächst, dass eine solche allgemeine Weisung keine Haftungsverlagerung auf die Anstellungskörperschaft der erlassenden Behörde nach sich zieht. Zwar ist im Grundsatz anerkannt, dass eine Befolgung von dienstlichen Weisungen dazu führt, dass eine etwaige Haftung auf die Anstellungskörperschaft des anweisenden Beamten übergeht. Führt ein Beamter eine ihn bindende, aber gesetzeswidrige Weisung der übergeordneten Behörde aus, so trifft die Verantwortlichkeit, die Art. 34 GG überleitet, nicht die Anstellungskörperschaft des angewiesenen Beamten. Vielmehr haftet der Dienstherr des anweisenden Beamten. Mit der Weisung geht ein Stück Zuständigkeit und ein Teil von Amtspflichten, die generell bei einem bestimmten Beamten liegen, auf die anweisende Behörde - und für die Anwendbarkeit des § 839 BGB - auf einen Beamten dieser Behörde über. Diese Entlastung des angewiesenen Beamten ist keine Frage fehlenden Verschuldens, sondern eine solche der objektiven Haftungszurechnung. Dementsprechend haftet dem Außenverhältnis zum Geschädigten allein die anweisende Behörde (BGH, Urteil vom 07.02.1985 – III ZR 212/83, juris Rn. 13, NVwZ 1985, 682; Beschluss vom 11.12.2008 – III ZR 216/07, Rn. 5, juris NVwZ-RR 2009, 363; Urteil vom 16.04.2015 – III ZR 333/13, juris Rn. 18, BGHZ 205, 63). Jedoch begründen Erlasse, die der nachgeordneten Verwaltung allgemein eine bestimmte Gesetzesauslegung vorschreiben, regelmäßig keine Amtspflichten gegenüber dem einzelnen Bürger, wenn unbestimmt viele Sachverhalte geordnet werden, so dass in diesen Fällen auch eine Haftungsverlagerung von der nachgeordneten auf die übergeordnete Behörde ausscheidet (vgl. BGH, Urteil vom 16.04.2015 – III ZR 333/13, juris Rn. 19, BGHZ 205, 63). Maßgebend für die Frage, ob eine Weisung oder aber eine allgemeine Verwaltungsvorschrift vorliegt, ist, ob die Maßnahme einen Einzelfall oder einen überschaubaren Kreis bestimmter Personen betrifft (vgl. BGH, Urteil vom 16.04.2015 – III ZR 333/13, juris Rn. 20, BGHZ 205, 63). Die Verwaltungsvorschrift des Senators für Finanzen zu § 48 LHO a.F. betrifft aber nicht nur einen Einzelfall oder einen überschaubaren Kreis bestimmter Personen, sondern sie richtet sich an alle Landesbehörden und nachgeordnete Behör-

den, die über die Ernennung eines Beamten zu befinden haben. Damit hat die Befolgung dieser vom Finanzsenator in seiner Eigenschaft als Mitglied der Landesregierung erlassenen Weisung jedenfalls keine Haftungsverlagerung auf das Land Bremen zur Folge.

Fraglich ist in einem solchen Fall aber, ob ungeachtet der fehlenden Haftungsüberleitung der Tatbestand einer Amtspflichtverletzung deswegen entfällt, weil der Beamte eine Verwaltungsvorschrift, an die er dienstrechtlich gebunden ist, befolgt hat. Die voranstehend dargestellte Rechtsprechung legt es nahe, dass die Befolgung einer Weisung den Tatbestand einer Amtspflichtverletzung, die an ein Fehlverhalten des Beamten anknüpft, generell beseitigt, und zwar selbst dann, wenn es sich um eine generelle Weisung handelt, die im Regelfall keine Haftungsverlagerung nach sich zieht und deren Erlass für sich genommen regelmäßig ebenfalls keine Haftung aus vermeintlicher Amtspflichtverletzung begründen dürfte. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist der Erlass von Gesetzen und Verordnungen im Regelfall nicht geeignet, Schadensersatzansprüche auf Grundlage des § 839 BGB zu begründen (vgl. BGH, Urteil vom 07. Juli 1988 – III ZR 198/87, juris Rn. 7). Dasselbe gilt für den Erlass von Verwaltungsvorschriften (vgl. BGH, Urteil vom 12.12.1974 – III ZR 76/70, juris Rn. 24, BGHZ 63, 319; Urteil vom 16.04.2015 – III ZR 333/13, juris Rn. 19, BGHZ 205, 63).

Zumindest in einer Konstellation wie hier, in der sich nach Erlass der Verwaltungsvorschrift bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt durchgreifende Zweifel an deren Rechtmäßigkeit ergeben, kann die Befolgung dieser Vorschrift den Beamten aber gemäß § 36 Abs. 2 Satz 3 BeamStG nicht mehr ohne Weiteres entlasten. Denn die Annahme, eine Weisung beseitige den Tatbestand der Amtspflichtverletzung des angewiesenen Beamten, beruht auf der Prämisse, dass die Amtshaftung nur an das persönliche Fehlverhalten des Beamten anknüpft, mit der Folge, dass ein nach außen rechtswidriges Handeln dann keine Amtspflichtverletzung darstellt, wenn der Beamte auch nur dienstrechtlich hierzu gehalten war (zweifelnd insoweit noch BGH, Urteil vom 16.12.1976 – III ZR 3/74, juris Rn. 27, NJW 1977, 398). Dann aber müssen auch die Grenzen des Binnenrechts für eine solche Entlastung beachtet werden. Diese verlangen für eine Entlastung des Beamten aber eine Remonstration.

Zwar ist der Beamte gemäß § 35 Satz 2 BeamStG an die Anordnungen und Richtlinien ihrer Vorgesetzten gebunden. Jedoch erlegt § 36 Abs. 1 BeamStG dem Beam-

ten ausdrücklich die persönliche Verantwortung für die Rechtmäßigkeit seiner Diensthandlung auf. Diese persönliche Verantwortlichkeit des Beamten für die Rechtmäßigkeit seines Handelns führt dazu, dass er nicht ohne weiteres durch individuelle oder generalisierende Anordnungen etwa in Form von Verwaltungsvorschriften von seiner Verantwortung für die Rechtmäßigkeit seiner Diensthandlungen frei wird. Der Beamte schuldet vielmehr in erster Linie den materiellen Rechtsnormen Gehorsam; dies folgt aus der in Art. 20 Abs. 3 GG festgelegten Gesetzes- und Rechtsbindung der Verwaltung. Der Beamte ist daher auch verpflichtet, dienstliche Anordnungen auf ihre Vereinbarkeit mit dem materiellen Gesetzesrecht hin zu überprüfen (vgl. Schütz/Maiwald-Schachel, *Beamtenrecht des Bundes und der Länder*, 120. Erg.Lfg., Teil B § 36 Rn. 5; BeckOK *BeamtenR Bund/Leppek*, Stand Oktober 2017, § 36 *BeamtStG* Rn. 7). Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit einer Weisung – auch gegen eine generalisierende Weisung in Form einer Verwaltungsvorschrift – hat der Beamte gemäß § 36 Abs. 2 Satz 1 *BeamtStG* auf dem Dienstweg gegenüber dem Vorgesetzten und ggf. gegenüber dem nächsthöheren Vorgesetzten geltend zu machen. Gemäß § 36 Abs. 2 Satz 3 *BeamtStG* endet die Haftung des Beamten erst dann, wenn er das Remonstrationsverfahren durchlaufen und auch vom nächsthöheren Vorgesetzten zur Vornahme der Diensthandlung angewiesen worden ist. Auf diesen geht die Haftung ggf. über (vgl. BeckOK *BeamtenR Bund/Leppek*, Stand Oktober 2017, § 36 *BeamtStG* Rn. 17). Das Institut der Remonstration dient dabei nicht nur dazu, dem Beamten einen Weg zu eröffnen, sich mit Durchführung des Remonstrationsverfahrens gemäß § 36 Abs. 2 Satz 3 *BeamtStG* von einer persönlichen Haftung zu befreien, sondern es enthält auch eine Pflicht des Beamten, die Ausdruck der Rechtswahrungspflicht ist, die den Beamten trifft (vgl. auch BeckOK *BeamtenR Bund/Leppek*, Stand Oktober 2017, § 36 *BeamtStG* Rn. 5; Schütz/Schiemann-Brägelmann, *Disziplinarrecht des Bundes und der Länder*, 4. Aufl., Stand Februar 2018, Teil C Rn. 200; Reich, *Beamtenstatusgesetz*, 3. Aufl., § 36 Rn 6). Den Beamten kann demnach auch der Vorwurf treffen, bei der Prüfung einer Weisung auf ihre Rechtmäßigkeit hin die zumutbare Sorgfalt nicht beachtet zu haben (vgl. vgl. Schütz/Maiwald-Schachel, *Beamtenrecht des Bundes und der Länder*, 120. Erg.Lfg., Teil B § 36 Rn. 5 ff.).

Aus dem Beamtenrecht folgt demnach, dass ein Beamter bei Befolgung einer rechtswidrigen Weisung erst dann von einer Haftung frei wird, wenn er das in § 36 Abs. 2 Satz 2 *BeamtStG* vorgeschriebene Remonstrationsverfahren durchgeführt hat. Diese binnenrechtliche Vorgabe ist auch zur Beurteilung einer Amtshaftung zu beachten. Unterlässt der Beamte demnach in schuldhafter Weise eine Remonstration, etwa weil

sich ihm bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt durchgreifende Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Verwaltungsvorschrift hätten aufdrängen müssen, und kommt es dadurch zu einer rechtswidrigen Verwaltungsentscheidung gegenüber dem Betroffenen, kommt eine Amtspflichtverletzung des angewiesenen Beamten weiterhin in Betracht.

(2) Ausgehend hiervon verletzen die beiden Bediensteten ihre aus § 36 Abs. 2 Satz 2 BeamtStG folgende Pflicht, ihren direkten Vorgesetzten und ggf. den höheren Vorgesetzten darauf hinzuweisen, dass die Verwaltungsvorschrift als Grundlage für die Ablehnung einer Verbeamtung auf Lebenszeit wegen einer Überschreitung einer Altersgrenze offenkundig nicht mehr geeignet war. Denn bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt musste sich den Beamten aufdrängen, dass die Anwendung der Verwaltungsvorschrift eine Verletzung der Rechte des Klägers nach sich zieht. Das Bundesverwaltungsgericht hat in dem bereits erwähnten Urteil vom 19.02.2009 – Az. 2 C 18/07 – entschieden, dass eine Vorschrift einer Verordnung über die Laufbahn der Beamten im Lande Nordrhein-Westfalen unwirksam sei und hat in diesem Zuge ausgeführt (juris, Rn. 9 f.):

„1. Die Bestimmung einer Altersgrenze für die Übernahme in ein öffentliches Amt bedarf einer gesetzlichen Grundlage. Denn Altersgrenzen schränken den Leistungsgrundsatz ein, dessen Geltung durch Art. 33 Abs. 2 GG für den Zugang zu jedem öffentlichen Amt unbeschränkt und vorbehaltlos gewährleistet wird. Bewerber dürfen nur aus Gründen zurückgewiesen werden, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung betreffen (Urteile vom 28. Oktober 2004 - BVerwG 2 C 23.03 - BVerwGE 122, 147 <150> = Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 30 und vom 17. August 2005 - BVerwG 2 C 37.04 - BVerwGE 124, 99 <102> = Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 32). Das Alter kann nur dann ein Eignungsmerkmal im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG darstellen, wenn daraus geschlossen werden kann, dass Bewerber typischerweise den Anforderungen des Amtes nicht mehr genügen, wenn sie ein bestimmtes Alter überschritten haben. Durch Altersgrenzen für die Einstellung und Übernahme in ein Beamtenverhältnis kann der Leistungsgrundsatz gemäß Art. 33 Abs. 2 GG eingeschränkt werden, weil sie im Lebenszeitprinzip als einem durch Art. 33 Abs. 5 GG gewährleisteten hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums angelegt sind (Urteil vom 28. Oktober 2004 a.a.O. S. 153). Die Gewichtung der beiden gegenläufigen Verfassungsgrundsätze, wie sie in

der Festsetzung von Altersgrenzen zum Ausdruck kommt, erfordert eine normative Regelung. Sie darf nicht der Verwaltungspraxis überlassen werden. Soweit in der früheren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts teilweise eine Bestimmung von Altersgrenzen durch Verwaltungserlasse für ausreichend erachtet wurde (Urteile vom 31. Januar 1980 - BVerwG 2 C 15.78 - Buchholz 232 § 15 BBG Nr. 11 und vom 23. Oktober 1980 - BVerwG 2 C 22.79 - Buchholz 238.4 § 37 SG Nr. 2), hält der Senat daran nicht fest.“

Noch deutlicher lautet die Schlussfolgerung des Bundesverwaltungsgerichts im konkreten Fall (juris Rn. 25 f.):

„Da es erforderlich ist, die Altersgrenze und ihre Ausnahmetatbestände normativ zu regeln (vgl. oben 1.), darf es der Ordnungsgeber nicht der Verwaltung überlassen, unter welchen Voraussetzungen sie an der Altersgrenze festhalten will. Es ist nicht Aufgabe der Verwaltung, eigenverantwortlich zu bestimmen, wann der Leistungsgrundsatz gemäß Art. 33 Abs. 2 GG durch eine Altersgrenze eingeschränkt wird. [...]“

Dieser vom Bundesverwaltungsgericht formulierte Gesetzesvorbehalt beruht auf dem Umstand, dass Art. 33 Abs. 2 GG ein grundrechtsgleiches Recht enthält, das als spezielle Ausprägung des Gleichheitssatzes jedem Deutschen nach Maßgabe seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung Zugang zu öffentlichen Ämtern gewährt (vgl. BVerfG, Urteil vom 24.09.2003 – 2 BvR 1436/02, juris Rn. 33, BVerfGE 108, 282) und dass auf diese Weise der Grundsatz der Bestenauslese von der Verfassung verbindlich und vorbehaltlos vorgeschrieben ist (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des 2. Senats vom 02.04.1996 – 2 BvR 169/93, juris Rn. 10, NVwZ 1997, 54; Beschluss der 1. Kammer des 2. Senats vom 02.10.2007 – 2 BvR 2457/04, juris Rn. 10, BVerfGK 12, 265). Die verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung folgt aus dem Grundsatz des Parlamentsvorbehalts. Rechtsstaatsprinzip und Demokratiegebot verpflichten den Gesetzgeber, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen selbst zu treffen (vgl. BVerfG, Urteil vom 24.09.2003 – 2 BvR 1436/02, juris Rn. 67, BVerfGE 108, 282). Mit der Entscheidung vom 19.02.2009 hat das Bundesverwaltungsgericht unter Aufgabe einer früheren Ansicht klargestellt, dass die Einführung von Lebensaltersgrenzen für die Ernennung von Beamten und die Regelung deren Ausnahmen wegen ihrer Grundrechtsrelevanz vor dem Hintergrund des Parlamentsvorbehalts einer gesetzlichen Regelung bedürfen.

Angesichts der Gründe des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts kann kein Zweifel daran bestehen, dass eine Entscheidung, die sich auf eine in einer Verwaltungsvorschrift geregelte allgemeine Altersgrenze für die Übernahme in ein öffentliches Amt stützt, das grundrechtsgleiche Recht auf gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern aus Art. 33 Abs. 2 GG verletzt. Die Annahme der Beamten, die Verwaltungsvorschrift stelle eine Grundlage dafür dar, den Kläger wegen seines Lebensalters die Verbeamtung zu versagen, stellt sich demnach als Rechtsanwendung dar, die mit der jüngsten höchstrichterlichen Rechtsprechung offenkundig unvereinbar war. Es bedurfte auch keineswegs einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, dem allein die Verwerfungskompetenz für Gesetze zukommt, da hier eine Verwaltungsvorschrift und kein Gesetz in Rede stand. Jedenfalls in einer solchen Situation wären die entscheidenden Beamte bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt gehalten gewesen, gegen die Heranziehung der Verwaltungsvorschrift zu remonstrieren.

(3) Dass die Beamten der Beklagten hier auf eine haftungsbefreiende Weise remonstriert hätten, hat die Beklagte auch nach Erörterung einer solchen Haftungsgrundlage in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht vorgetragen. Dies ergibt sich auch nicht etwa aus den Unterlagen, die der Kläger unmittelbar vor der mündlichen Verhandlung vorgelegt hat. Die Beklagte hat in der mündlichen Verhandlung bestätigt, dass die vorgelegte E-mailkorrespondenz und der Vermerk vom 11.12.2009 der Personalakte des Klägers entstammen. Der entsprechende unstreitige Vortrag war demnach nicht nach § 531 ZPO zurückzuweisen. Diese dokumentieren, dass der Beamte M., der den Widerspruchsbescheid vom 23.03.2010 verfasst hat, auf Weisung der Beamtinnen L.-G. und – wohl - Dr. G. gehandelt hat. Die Beklagte hat aber nicht dargelegt, dass die in dem Vermerk vom 11.12.2009 zum Ausdruck kommende Weisung, den Widerspruchsbescheid des Klägers zurückzuweisen, auf einer Remonstration des Beamten M. beruhte und dass diese Weisung den Abschluss eines Remonstrationsverfahrens bildete, das die Anforderungen des § 36 Abs. 2 Satz 2 BeamStG erfüllte. Selbst wenn dies aber der Fall sein sollte, änderte dies nichts an der Haftung der Beklagten. Denn in diesem Fall ginge die Verantwortlichkeit auf den anweisenden Vorgesetzten, hier die Beamtin L.-G. über. Auch deren Weisung erweist sich aus denselben Gründen als Amtspflichtverletzung, für die die Beklagte haftet. Dass die Anweisende eine Beamtin einer Landesbehörde gewesen wäre, hat die Beklagte nicht dargelegt.

c) Die Pflicht zur Remonstration aus § 36 Abs. 2 Satz 2 BeamStG war vorliegend auch eine drittgerichtete Amtspflicht, die den Beamten zum Schutz des Klägers oblag.

Die Frage, ob der Geschädigte im Einzelfall zum Kreis der Dritten im Sinne des § 839 BGB, Art. 34 GG gehört, bemisst sich danach, ob die Amtspflicht wenigstens auch den Zweck hat, das Interesse gerade dieses Geschädigten wahrzunehmen. Aus den die Amtspflicht begründenden und sie umreißenden Bestimmungen sowie aus der besonderen Natur des Amtsgeschäfts muss sich ergeben, dass der Geschädigte zu dem Personenkreis zählt, dessen Belange nach dem Zweck und der rechtlichen Bestimmung des Amtsgeschäfts geschützt und gefördert werden sollen. Hierfür ist die unmittelbare Beteiligung am Amtsgeschäft ebenso wenig notwendige Voraussetzung wie ein Rechtsanspruch des Betroffenen auf die maßgebliche Amtshandlung. Andererseits genügt es nicht allein, dass sich die Verletzung der Amtspflicht für den Geschädigten nachteilig ausgewirkt hat; die Amtshandlung muss entweder auch im Interesse des Dritten vorgenommen werden oder in seine Rechtsstellung eingreifen. Für die Frage, ob der Geschädigte zu dem Personenkreis zu rechnen ist, dessen Interessen durch die Pflicht mitgeschützt werden sollen, oder ob er lediglich reflexartig durch die Wahrnehmung der nur im öffentlichen Interesse liegenden Pflichten begünstigt wird, kommt es wesentlich darauf an, welche Wertungen und Zielvorstellungen dem betreffenden Gesetz mit den herkömmlichen Auslegungsmethoden zu entnehmen sind (vgl. BGH, Urteil vom 14.07.2016 – III ZR 265/15, juris Rn. 16, BGHZ 211, 171; Urteil vom 20.10.2016 – III ZR 278/15, juris Rn. 21 ff., BGHZ 212, 303; Urteil vom 05.04.2018 – III ZR 211/17, juris Rn. 11, NJW 2018, 2264; BeckOGK/Dörr, Stand August 2018, § 839 BGB Rn. 278).

Das in Rede stehende Verwaltungshandeln, die Entscheidung über die vom Kläger beantragte Übernahme in den Beamtenstatus, berührt die Rechte des Klägers unmittelbar. Der Bewerber, der sich um die Einstellung in den beamteten öffentlichen Dienst bemüht, hat gemäß Art. 33 Abs. 2 GG einen Anspruch darauf, dass über seinen Antrag allein nach dem Leistungsgrundsatz oder anderen verfassungsgemäßen Vorgaben ermessensfehlerfrei entschieden wird (vgl. BVerwG, Urteil vom 25.02.2010 – 2 C 22/09, juris Rn. 18, BVerwGE 136, 140 m.w.N.). Die Ablehnung des Bewerbungsantrages griff daher unmittelbar in Rechte des Klägers ein. Die Amtspflicht der Beamten, über diesen Antrag rechtsfehlerfrei zu entscheiden, oblag ihnen daher auch im Interesse des Klägers.

Die Remonstrationspflicht, die die Beamten im vorliegenden Bewerbungsverfahren traf, ist zumindest im vorliegenden Fall in gleicher Weise drittgerichtet. Die Frage, ob die Remonstrationspflicht drittgerichtet ist, wird in der zivilgerichtlichen Rechtsprechung unterschiedlich beantwortet (vgl. OLG Köln, Urteil vom 11.12.2014 – I-7 U

23/14, juris Rn. 60 einerseits und OLG Koblenz, Urteil vom 07.01.2016 – 1 U 657/15, FamRZ 2016, 1894 sowie Staudinger/Wöstmann, Neubearb. 2013, § 839 BGB Rn. 203 andererseits), ohne dass die jeweilige Auffassung näher begründet wird. Der Bundesgerichtshof hat diese Frage bisher offen gelassen (vgl. BGH, Urteil vom 16.04.2015 – III ZR 333/13, juris Rn. 23, BGHZ 205, 63). Gegen eine Drittgerichtetheit mag man anführen, dass das Remonstrationsverfahren zunächst nur eine binnenrechtliche Regelung darstellt, welche die Entscheidungskompetenzen von Beamten gegenüber seinen Vorgesetzten regelt und dass dem Beamten die Remonstration aufgrund seiner Beratungs- und Unterstützungspflicht gegenüber seinem Dienstherrn abverlangt wird, um also seinen Dienstherrn vor rechtswidrigen Handeln zu bewahren. Darauf beschränkt sich dieses Instrument aber nicht; es dient vielmehr auch dem Zweck, die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns zu gewährleisten. Als solches aber kann es im Einzelfall auch drittgerichtet sein, insbesondere, wenn es um Eingriffsverwaltung oder aber – wie hier – um die Bescheidung von Anträgen geht, mit der über grundrechtlich geschützte Positionen des Antragstellers zu befinden ist. In diesen Fällen ist kein Grund ersichtlich, weshalb dieser Bestandteil der Rechtmäßigkeitsprüfung dem Beamten nicht auch im Interesse des Betroffenen obliegen sollte, soweit dessen Interessen durch das Verwaltungshandeln – wie hier – unmittelbar und nicht nur reflexhaft berührt sind.

d) Die Beamten trifft auch ein Schuldvorwurf. Bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte es sich den Beamten aufdrängen müssen, dass die herangezogene Verwaltungsvorschrift des Senators für Finanzen zu § 48 LHO a.F. rechtswidrig war und ihre Anwendung zu einer Verletzung des grundrechtsgleichen Rechts des Klägers aus Art. 33 Abs. 2 GG führt.

aa) Für die Verschuldensfrage kommt es auf die Kenntnisse und Einsichten an, die für die Führung des übernommenen Amtes im Durchschnitt erforderlich sind, nicht auf die Fähigkeiten, über die der Beamte tatsächlich verfügt. Jeder Beamte muss die zur Führung seines Amtes notwendigen Rechts- und Verwaltungskennntnisse besitzen oder sich verschaffen (vgl. BGH, Urteil vom 26.01.1989 – III ZR 194/87, juris Rn. 28, BGHZ 106, 323; Urteil vom 09.12.2004 – III ZR 263/04, juris Rn. 12, BGHZ 161, 305; Urteil vom 10.02.2011 – III ZR 37/10, juris Rn. 13, BGHZ 188, 302; so genannter objektivierter Sorgfaltsmaßstab, vgl. BGH, Urteil vom 06.04.1995 – III ZR 183/94, juris Rn. 17, BGHZ 129, 226). Bei der Gesetzesauslegung und Rechtsanwendung hat er die Rechtslage unter Zuhilfenahme der ihm zu Gebote stehenden Hilfsmittel sorgfältig und gewissenhaft zu prüfen und sich auf Grund vernünftiger Überlegung eine

Rechtsmeinung zu bilden (vgl. BGH, Urteil vom 09.12.2004 – III ZR 263/04, juris Rn. 12, BGHZ 161, 305; Hinweisbeschluss vom 24.06.2010 – III ZR 315/09, juris Rn. 7, NVwZ-RR 2010, 675). Die unrichtige Gesetzesauslegung durch einen Beamten stellt allerdings nur dann eine schuldhafte Amtspflichtverletzung dar, wenn sie gegen den klaren, bestimmten und völlig eindeutigen Wortlaut des Gesetzes verstößt oder die Auslegung sich in Gegensatz zu einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung stellt; ein Verschulden des Beamten ist dagegen zu verneinen, wenn seine objektiv unrichtige Auslegung eine Vorschrift betrifft, deren Inhalt zweifelhaft sein kann und durch eine höchstrichterliche Rechtsprechung noch nicht klargestellt worden ist. Kann die nach sorgfältiger Prüfung gewonnene Rechtsansicht des Beamten als rechtlich vertretbar angesehen werden und hält er daran bis zur Klärung der Rechtslage durch die dazu berufenen Gerichte fest, so kann ihm jedenfalls der Umstand, dass seine Rechtsauffassung später durch diese Gerichte missbilligt wird, nicht rückschauend als Verschulden angerechnet werden (vgl. BGH, Entscheidung vom 05.02.1968 – III ZR 162/66, juris Rn. 38, VersR 1968, 788; Urteil vom 08.07.1968 – III ZR 56/66, juris Rn. 29, NJW 1968, 2144). Ein Abweichen von der höchstrichterlichen Rechtsprechung wird in der Literatur jedenfalls dann nicht als schuldhafte Amtspflichtverletzung angesehen, wenn sie aus wohl erwogenen Gründen erfolgt (vgl. Staudinger/Wöstmann, Neubearb. 2013, § 839 BGB Rn. 206).

bb) Ausgehend hiervon scheidet ein Verschulden, anders als das Landgericht meint, nicht etwa deshalb aus, weil die handelnden Beamten keine Juristen gewesen seien, von denen eine Auswertung der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht verlangt werden könne. Nach dem objektivierten Sorgfaltsmaßstab kommt es vielmehr darauf an, welche Rechtskenntnisse zur Aufgabenerfüllung objektiv erforderlich waren. Ein Beamter, der zur Bescheidung von Verbeamtungsanträgen eingesetzt wird, muss sich die Rechtskenntnisse im Beamtenrecht verschaffen, die erforderlich sind, um die Anträge in rechtmäßiger und sachgerechter Weise zu bearbeiten. Hierzu gehört auch, sich Kenntnis von der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung zu verschaffen und diese zu berücksichtigen.

Bei sachgerechter Bearbeitung aber hätten die Beamten die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts 19.02.2009 berücksichtigen und auch inhaltlich auf den hier offenkundig gleich gelagerten Fall übertragen müssen. Das vom Bundesverwaltungsgericht ausgesprochene Verdikt knüpft allein an die Qualität der Norm an und erklärt Verwaltungsvorschriften zu einer untauglichen Grundlagen für Heranziehung von Altersgrenzen für die Einstellung in den beamteten öffentlichen Dienst. Diese Erwägung-

gen waren für den rechtskundigen Verwaltungsbeamten ohne weiteres auf die hier einschlägige Verwaltungsvorschrift des Senators für Finanzen zu § 48 LHO a.F. übertragbar.

Somit verletzen die Beamten die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, als sie sich der Einsicht verschlossen, dass es an einer gesetzlichen Grundlage für die Heranziehung einer fiskalischen Zwecken dienenden Altersgrenze fehlte. Ablehnungs- und Widerspruchsbescheid setzten sich offen in Widerspruch zu der einschlägigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung. Weder der Ablehnungsbescheid noch der Widerspruchsbescheid können dabei für sich in Anspruch nehmen, dass diese Abweichung von der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auf wohl erwogenen Gründen beruhte. Der Ablehnungsbescheid befasst sich gar nicht mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Es kann offen bleiben, ob dies auf Unkenntnis, mangelnder Rechtskunde oder fehlender Bereitschaft, dem Bundesverwaltungsgericht zu folgen, beruhte, da in jeder Variante wenigstens der Fahrlässigkeitsvorwurf gerechtfertigt ist.

Nichts anderes gilt für den Widerspruchsbescheid. Dieser befasst sich zwar mit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 19.02.2009, verschließt sich aber deren Begründung. Denn der Beamte führt an, dass das Bundesverwaltungsgericht Altersgrenzen zwar als Einschränkung des Leistungsprinzips angesehen hätte, diese allerdings einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung aus den angeführten Belangen zugänglich seien. Den Aspekt, dass eine Einschränkung des Leistungsprinzips einer gesetzlichen Grundlage bedarf, ignoriert der Beamte. Schon der erste Leitsatz der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts ließ aus Sicht des Rechtskundigen aber keinen Zweifel daran, dass es einer solchen gesetzlichen Grundlage bedürfe. Dort heißt es:

„Altersgrenzen für die Einstellung in die Beamtenlaufbahn bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. (Rn. 9)“

Dem Widerspruchsbescheid lässt sich nichts dafür entnehmen, dass der Beamte zu der Auffassung gelangt wäre, dass dieser Rechtssatz in seiner Reichweite eingeschränkt wäre oder Ausnahmen kenne, die hier einschlägig seien. Ebenso lässt die Begründung des Widerspruchsbescheides nichts dafür erkennen, dass der Beamte der Auffassung gewesen wäre, die Annahme des Bundesverwaltungsgerichts sei insbesondere aus verfassungsrechtlichen Gründen – wie sie sich etwa aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ergeben könnten – unzutreffend. Solche

Anhaltspunkte sind auch nicht ersichtlich. Bereits in einer Kammerentscheidung aus dem Jahr 1996 hat das Bundesverfassungsgericht darauf hingewiesen, dass der Verwaltung eine Abweichung vom Leistungsgrundsatz ohne gesetzliche Grundlage nach dem Vorbehalt des Gesetzes nicht gestattet ist (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des 2. Senats vom 02.04.1996 – 2 BvR 169/93, juris Rn. 20, NVwZ 1997, 54). Schließlich hat das Bundesverfassungsgericht – allerdings erst im Jahr 2015 – in einer Senatsentscheidung bekräftigt, dass eignungs Fremde, fiskalisch veranlasste Altersgrenzen als Eingriff in das grundrechtsgleiche Recht auf gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern aus Art. 33 Abs. 2 GG zwar im Wege des Ausgleichs verfassungsimmanenter Schranken rechtfertigungsfähig seien, dass dieser Ausgleich widerstreitender verfassungsrechtlich geschützter Belange aber vorrangig Aufgabe des parlamentarischen Gesetzgebers sei, so dass Ausnahmen vom Leistungsgrundsatz beim Zugang zum Beamtenverhältnis der gesetzlichen Grundlage bedürften (vgl. BVerfG, Beschluss des 2. Senats vom 21.04.2015 – 2 BvR 1322/12 u.a., juris Rn. 60, BVerfGE 139, 19).

Stattdessen beschränkt sich der Widerspruchsbescheid auf den Hinweis, dass die Verwaltungsvorschrift nicht aufgehoben worden sei und der Beamte daher weiterhin an diese Vorschrift gebunden sei. Dieses Vorgehen verletzt nicht nur die grundrechtsgleichen Rechte des Klägers aus Art. 33 Abs. 2 GG, sondern sie missachtet auch die Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz, indem sie sich der Einsicht verschließt, dass die Anwendung der Verwaltungsvorschrift zu Grundrechtsverletzungen führen musste. Bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte der Beamte aber erkennen müssen, dass sich Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit einer Ablehnung der Verbeamtung auf Grundlage einer im Wege einer Verwaltungsvorschrift festgelegten Altersgrenze geradezu aufdrängten. Die unterbliebene Remonstration ist daher schuldhaft.

cc) Zu keinem anderen Ergebnis käme man im Übrigen, wenn sich aus den unmittelbar vor der mündlichen Verhandlung vorgelegten Unterlagen ergeben sollte, dass der Beamte M., der den Widerspruchsbescheid vom 23.03.2010 verfasst hat, auf die Weisung der Beamtinnen L.-G. und Dr. G. gehandelt hat, auch im Fall des Klägers den Widerspruch zurückzuweisen. Die Erteilung der Weisung erweist sich aus den vorstehenden Gründen in gleicher Weise als Amtspflichtverletzung, denn auch in dem Vermerk ist eine tragfähige Begründung dafür, weshalb die angewiesene Verwaltungsentscheidung entgegen der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auf die Verwaltungsvorschrift gestützt werden könne, nicht enthalten. Im Gegenteil deutet die vom Kläger zugleich vorgelegte Emailkorrespondenz, die er seiner Personalakte ent-

nommen hat, darauf hin, dass den Beamten der Beklagten sogar bewusst war, dass im Zeitpunkt der Entscheidung eine tragfähige Grundlage für die Heranziehung einer Altersgrenze als Ablehnungsgrund nicht vorhanden war, sondern erst noch geschaffen werden musste. Dieser Korrespondenz ist zu entnehmen, dass eine Beamtin der Senatorin für Bildung von einem Mitarbeiter der Performa Nord im November 2009 den Hinweis erhielt, der schließlich auch an die hier tätigen Beamten weitergeleitet wurde, wonach man auf Zeit spielen könne, da es in einem Verwaltungsverfahren für die Frage, ob der begehrte Verwaltungsakt zu erlassen ist, immer auf die Rechtslage zum Schluss der mündlichen Verhandlung ankomme. Ausdrücklich heißt es dort:

„[...] Natürlich teile ich Ihre Auffassung, dass eine ausreichende normative Grundlage – also eine Ergänzung der LHO – erst noch geschaffen werden muss, das sieht auch das Dienstrechtsreferat der SF nicht anders. [...]. Was verwaltungsmäßige Entscheidungen (Bescheidungen) bis dahin betrifft, so habe ich einem anderen Ressort in einem entsprechenden Fall vor einiger Zeit geraten, zunächst „auf Zeit“ zu spielen: In der Sache wird ein Verwaltungsakt (Ernennung) begehrt, maßgeblich für eine Entscheidung der Gerichte ist daher die Sach- und Rechtslage zum Schluss der mündlichen Verhandlung. Angesichts der derzeitigen Dauer von VG-Klageverfahren ist es wohl letztlich risikolos, zunächst derartige Begehren unter Hinweis auf die VV zu § 48 LHO abzulehnen. Denn bis zu einer Entscheidung des VG über entsprechende Klagen sollten wir eine entsprechende Regelung vorliegen haben. [...]“

Angesichts dessen kann jedenfalls von einem wohlerwogenen Abweichen von der höchstrichterlichen Rechtsprechung keine Rede sein.

e) Die Amtspflichtverletzung ist für den angeführten Schaden auch kausal geworden. Zur Beantwortung der Frage, ob die Amtspflichtverletzung den behaupteten Schaden verursacht hat, ist zu prüfen, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtgemäßem Verhalten des Amtsträgers genommen hätten und wie sich in diesem Falle die Vermögenslage des Verletzten darstellen würde. Insoweit obliegt dem Anspruchsteller grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast. Stehen allerdings die Amtspflichtverletzung und eine zeitlich nachfolgende Schädigung fest, kann – sofern dafür nach der Lebenserfahrung eine tatsächliche Vermutung oder Wahrscheinlichkeit besteht – der öffentlichen Körperschaft der Nachweis überlassen werden, dass der Schaden nicht auf die Amtspflichtverletzung zurückzuführen ist. Dem Geschädigten kommen darüber hinaus die Beweiserleichterungen des § 287 ZPO zugute, die auch die Anforderungen an die

Darlegung verringern (BGH, Urteil vom 22.05.1986 – III ZR 237/84, juris Rn. 32 ff., NJW 1986, 2829; Urteil vom 06.10.1994 – III ZR 134/93, juris Rn. 17 ff., NJW-RR 1995, 248; Urteil vom 06.04.1995 – III ZR 183/94, juris Rn. 20, BGHZ 129, 226). Eine fehlerhafte Ermessensentscheidung ist aber nur dann ursächlich für einen Schaden, wenn feststeht, dass bei richtiger Handhabung des Ermessens der Schaden nicht eingetreten wäre (vgl. BGH, Urteil vom 07.02.1985 – III ZR 212/83, juris Rn. 24, NVwZ 1985, 682; Urteil vom 30.05.1985 - III ZR 198/84, juris Rn. 2, VersR 1985, 887; Beschluss vom 28.02.1991 - III ZR 81/90, juris Rn. 5; Urteil vom 14.06.2018 – III ZR 54/17 – juris Rn. 42, NJW 2018, 2723).

aa) Hätten die Beamten remonstriert, hätte der Vorgesetzte oder dessen Vorgesetzte die rechtlichen Bedenken der Senatorin für Finanzen als Mitglied der Landesregierung vortragen müssen, die für die Abänderung der Verwaltungsvorschrift zuständig war. Kommt der Vorgesetzte oder der höhere Vorgesetzte zu dem Schluss, dass eine anzuwendende Regelung mit höherrangigem Recht unvereinbar ist, muss er diese Bedenken (hier: der Landes-)Regierung vortragen (vgl. BeckOK Beamtenrecht Bund/Leppek, Stand: Oktober 2017, § 36 BeamtStG Rn. 16). Somit hätten der direkte und der nächsthöhere Vorgesetzte des Beamten, wenn er bei pflichtgemäßer Prüfung zur Unvereinbarkeit der Verwaltungsvorschrift mit höherrangigem Recht gekommen wäre, seine Bedenken dem Senat vortragen müssen.

Dass die Finanzsenatorin bzw. der Senat die Verwaltungsvorschrift trotz Hinweises auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts aufrechterhalten hätte, hat die Beklagte nicht vorgetragen. Ob dort der politische Wille bestanden hätte, diese Aufhebung anzuordnen, kann im Übrigen nicht entscheidend sein, weil die Landesregierung mit Blick auf die Vorgaben höherrangigen Rechts nicht anders hätte handeln dürfen. Jedenfalls kann ein Entfallen der Kausalität nicht auf die Erwägung gestützt werden, dass der Senat in seiner Funktion als Landesregierung pflichtwidrig eine Änderung der Verwaltungsvorschrift abgelehnt hätte. Einer solchen Argumentation stünde jedenfalls Art. 20 Abs. 3 GG entgegen.

bb) Im Übrigen wäre ein Ermessen der Beklagten tatsächlich reduziert gewesen. Zwar gewähren weder Art. 33 Abs. 2 GG noch die zu seiner Konkretisierung ergangenen einfachgesetzlichen Vorschriften des Bundes einen Anspruch auf Übernahme in den öffentlichen Dienst, namentlich in ein Beamtenverhältnis (vgl. BVerwG, Beschluss vom 06.04.2006 – 2 VR 2/05, juris Rn. 6 m.w.N.). Vielmehr folgt auch aus Art. 33 Abs. 2 GG regelmäßig nur ein Anspruch des Bewerbers darauf, dass über seinen Antrag

allein nach den Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung ermes-
sensfehlerfrei entschieden wird (vgl. BVerwG, Urteil vom 25.02.2010 – 2 C 22/09, juris
Rn. 18, BVerwGE 136, 140). Zudem hängt die Erfüllung des Anspruchs nicht nur da-
von ab, dass der Bewerber die in den Laufbahnvorschriften konkretisierten Kriterien
der Eignung, Befähigung und Leistung erfüllt, sondern ebenso davon, dass auf Seiten
des Dienstherrn die entsprechenden Haushaltsmittel in der Gestalt einer freien, be-
setzbaren Planstelle bereit stehen und der Dienstherr diese Stelle besetzen will. Da-
bei liegt es in seinem organisatorischen, nur durch die Laufbahnvorschriften begrenz-
ten Ermessen, nach welchen Kriterien er die Stelle beschreibt. Der Dienstherr kann
deshalb Stellen für Lehrer nach seinen Bedürfnissen (Fächerkombination) zuschnei-
den und Bewerber schon dann ablehnen, wenn sie das von ihm festgelegte Anforder-
ungsprofil nicht erfüllen (BVerwG, Urteil vom 25. Februar 2010 – 2 C 22/09, juris Rn.
17, BVerwGE 136, 140). Entschließt sich der Dienstherr allerdings, eine freie Stelle zu
besetzen, ist die Auswahl unter den Bewerbern gemäß Art. 33 Abs. 2 GG nach Eignung,
Befähigung und fachlicher Leistung zu treffen (vgl. BVerwG, Beschluss vom
06.04.2006 – 2 VR 2/05, juris Rn. 6).

Der Auffassung des Landgerichts, dass darüber hinaus neben den in Art. 33 Abs. 2
GG benannten Leistungskriterien im Rahmen der Einzelfallentscheidung auch das
Lebensalter des Klägers und die deshalb dem Dienstherrn entstehenden finanziellen
Lasten angesichts später Übernahme in das Beamtenverhältnis vorliegend in der Ein-
zelfallentscheidung hätten berücksichtigt werden können, vermag sich der Senat nicht
anzuschließen. Einer solchen Berücksichtigung steht Art. 33 Abs. 2 GG entgegen. Die
Heranziehung eignungsfremder Kriterien – wie das des Lebensalters – verlangt we-
gen der damit verbundenen Einschränkung des in Art. 33 Abs. 2 GG geregelten Lei-
stungsgrundsatzes eine gesetzliche Grundlage. Fehlt eine solche Grundlage, ist es
der Verwaltung keineswegs gestattet, Grundrechte des Betroffenen im Rahmen einer
Einzelfallentscheidung nach eigenem Dafürhalten einzuschränken. Rechtsfolge des
Fehlens einer gesetzlichen Grundlage ist vielmehr, dass der Grundrechtseingriff zu
unterbleiben hat. Entsprechend hat auch das Bundesverwaltungsgericht in dem be-
reits benannten Urteil vom 19.02.2009 die dortige Beklagte verurteilt, über den Antrag
auf Verbeamtung ohne Berücksichtigung der laufbahnrechtlichen Altersgrenze zu ent-
scheiden (juris, Rn. 29). Bei dem im Rechtsstaatsprinzip und Demokratiegebot wur-
zelnden Parlamentsvorbehalt, der den Gesetzgeber verpflichtet, die für die Grund-
rechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen selbst zu treffen, handelt es sich ent-
gegen der Auffassung der Beklagten auch keineswegs um eine bloße Formalie, deren

Fehlen geheilt werden könnte. Ebenso stellt es keine tragfähige Grundlage für einen Grundrechtseingriff dar, wenn die Verwaltungsbehörde in Erwartung einer künftigen gesetzlichen Regelung handelt.

Die Beklagte wäre demnach gehalten gewesen, ohne Berücksichtigung einer Altersgrenze über die Verbeamtung des Klägers zu entscheiden. Nach dem unstreitigen Parteivorbringen standen andere Gründe einer Verbeamtung aber nicht entgegen. Vorliegend ist der Kläger bereits als Lehrer im Anstellungsverhältnis bei der Beklagten tätig gewesen, so dass die Beklagte selbst zum Ausdruck gebracht hat, dass eine Lehrerstelle zu besetzen war. Unwidersprochen hat der Kläger dargelegt, dass er aus einer für einen Beamten vorgesehenen Planstelle bezahlt wurde. Außerdem hat die Beklagte durch Beauftragung des Klägers zum Ausdruck gebracht, dass er mit seinen Befähigungen für die konkrete Stelle geeignet ist. Der Kläger hat auch unwidersprochen dargelegt, dass er die Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung, die für eine Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit erforderlich sind, erfüllt. Angesichts dessen hat der Kläger seiner Darlegungslast in Bezug auf die Kriterien im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG genügt. Die Beklagte hat weder in den beanstandeten Entscheidungen noch im verwaltungsgerichtlichen oder zivilgerichtlichen Verfahren dargelegt, dass in irgendeiner Hinsicht Zweifel an dieser Eignung oder Befähigung des Klägers bestünden oder andere Umstände angeführt, die einer Übernahme in das Beamtenverhältnis hätten entgegenstehen können.

Unstreitig hat der Kläger auch dargelegt, dass die Beklagte im Zuge einer Änderung ihrer Einstellungspraxis dazu übergegangen ist, nach und nach anfänglich als Angestellte tätige Lehrer auf breiter Front nachträglich zu verbeamten. Da die Ablehnung der Verbeamtung des Klägers seinerzeit in Ermangelung einer gesetzlichen Grundlage nicht auf dessen Lebensalter gestützt werden durfte und andere Gründe einer Verbeamtung nicht entgegenstanden, stellte es im Übrigen eine sachwidrige Ungleichbehandlung des Klägers dar, ihn anders als seine Kollegen nicht auch nachträglich in den Beamtenstand zu übernehmen. Demnach kam im Zeitpunkt des Erlasses des Ablehnungsbescheides und des Widerspruchsbescheides bei verfassungskonformer Rechtsanwendung allein eine Verbeamtung des Klägers in Betracht.

cc) Die nachträglich erfolgte gesetzliche Regelung der Altersgrenze durch die Neufassung des § 48 LHO steht dem Schadensersatzanspruch nicht entgegen.

Allerdings vertritt der Bundesgerichtshof die Auffassung, dass nachträglich eintretende Umstände, die mit dem schädigenden Ereignis in einem qualifizierten Zusammen-

hang stehen, zu berücksichtigen sind (vgl. BGH, Urteil vom 21.12.1989 – III ZR 118/88, juris Rn. 30, BGHZ 109, 380), so etwa, wenn die Amtspflichtwidrigkeit auf einem Mangel der angewandten Rechtsgrundlage beruhe und dieser Mangel im Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung im Amtshaftpflichtprozess behoben wurde (vgl. BGH, Urteil vom 13.10.1994 – III ZR 24/94, juris Rn. 11 ff., BGHZ 127, 223). Jedoch kann dieser Grundsatz dann keine Anwendung finden, wenn die pflichtwidrig handelnde Verwaltungsbehörde die fehlende materielle Rechtsgrundlage für ihr Vorgehen nicht in alleiniger Zuständigkeit, sondern nur mit parlamentarischer Mitwirkung hätte schaffen können. Denn der die Schadensersatzpflicht begründende Vorwurf geht in diesen Fällen gerade dahin, die Bindung der Verwaltung an das Gesetz zum Nachteil des Bürgers, der einen Anspruch auf den Vollzug der bestehenden Gesetze hat, missachtet zu haben (vgl. BGH, Urteil vom 12.12.1974 – III ZR 76/70, juris Rn. 29, BGHZ 63, 319).

Zuzugestehen ist der Beklagten im Übrigen, dass der Kläger im Wege des Schadensersatzes eine Rechtsstellung begehrt, die ihm sowohl nach altem Recht, vor Änderung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auf Grundlage der Verwaltungsvorschrift zu § 48 LHO a.F., als auch nach neuem Recht, auf Grundlage der zum 04.12.2010 neu gefassten Vorschrift des § 48 LHO n.F., – wohl – zu verwehren gewesen wäre. Lediglich der Umstand, dass über seinen Antrag in einer Übergangsphase zu entscheiden war, hätte ihm zum Erfolg verhelfen müssen. Dies ändert aber nichts daran, dass die Beklagte selbst gehindert war, den Antrag mit der getroffenen Begründung abzulehnen. Das Fehlen einer gesetzlichen Regelung für die Legitimation eines Grundrechtseingriffes ist keine heilbare Formalität. Vielmehr steht fest, dass die Beklagte nach Erlass des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts verpflichtet war, den Kläger zu verbeamten und dass sie selbst es nicht in der Hand hatte, die Voraussetzungen dafür zu schaffen, eine solche Verbeamtung wegen des fortgeschrittenen Lebensalters des Klägers abzulehnen. Der Umstand, dass die Bürgerschaft des Landes Bremen nachträglich zum 04.12.2010 tatsächlich eine solche gesetzliche Grundlage geschaffen hat, rechtfertigt keine Einschränkung des Schadensersatzanspruches, auch nicht der Höhe nach. Die Rechtsposition, die dem Kläger bei rechtmäßigem Handeln hätte eingeräumt werden müssen, war eine dauerhafte; ihr Bestand wäre gemäß §§ 11, 12 BeamStG und dem darin zum Ausdruck kommenden Grundsatz der Ämterstabilität von einer späteren Gesetzesänderung unberührt geblieben. Deshalb stellt es auch keine Überkompensation dar, wenn der Kläger nun im Wege des Schadensersatzes mit einer dauerhaften Rechtsposition ausgestattet wird, indem er so

gestellt wird, wie er stehen würde, wenn die Behörde rechtmäßig gehandelt hätte. Dem kann auch nicht entgegen gehalten werden, dass es vorliegend gerade nicht zu einer Ernennung gekommen ist. Der aus der Amtspflichtverletzung folgende Schadensersatzanspruch richtet sich gemäß §§ 249 Abs. 1, 252 BGB gerade auf den Ausgleich des Vermögensschadens, der dadurch entstanden ist, dass dem Kläger das Amt und die damit verbundene vom Grundsatz der Ämterstabilität geschützte Rechtsposition nicht gewährt wurde.

dd) Es fehlt auch nicht im Übrigen an dem erforderlichen Schutzzweckzusammenhang. Dass die Amtspflicht zur rechtmäßigen Bescheidung von Verbeamtungsanträgen auch der Vermeidung von dienstrechtlichen, besoldungsrechtlichen und versorgungsrechtlichen Nachteilen des Bewerbers dient, folgt auch daraus, dass das Bundesverwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung einen eigenen (von § 839 BGB unabhängigen, im Verwaltungsrechtsweg geltend zu machenden, vgl. BVerwG, Urteil vom 25.02.2010 – 2 C 22/09, juris Rn. 13, BVerwGE 136, 140) Schadensersatzanspruch des Bewerbers bei schuldhafter Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruches aus dem beamtenrechtlichen Fürsorgeverhältnis in Verbindung mit Art. 33 Abs. 2 GG ableitet, der darauf gerichtet ist, den abgelehnten Bewerber dienst-, besoldungs- und versorgungsrechtlich so zu stellen, als wäre er zum Beamten ernannt worden (vgl. BVerwG, Beschluss vom 06.01.2012 – 2 B 113/11, juris Rn. 14).

f) Auf diese Weise wird auch nicht etwa über den Umweg der Remonstrationspflicht eine Haftung des Staates für legislatives Unrecht eingeführt, die dem Amtshaftungsrecht ansonsten im Regelfall fremd ist. Denn vorliegend stützt sich die Annahme der Amtspflichtverletzung nicht darauf, dass ein Normgeber eine Vorschrift erlassen hätte, die sich im Nachhinein als unvereinbar mit höherrangigem Recht erwiesen hätte, sondern darauf, dass untergesetzliche Anordnungen, die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung als Grundlage für den mit ihnen einhergehenden Grundrechtseingriff als ungeeignet erkannt worden sind, in Kenntnis dieses Verdikts von der Behörde weiter vollzogen worden sind, ohne dass die Beamten zumindest den Versuch unternommen hätten, die damit einhergehende Verletzung der Grundrechte des Betroffenen abzuwenden.

g) Der Kläger hat auch die Geltendmachung von Primärrechtsschutz nicht versäumt, da er den verwaltungsgerichtlichen Rechtsweg gegen die Versagung der Ernennung ausgeschöpft hat.

h) Der Anspruch ist auch nicht verjährt. An die Einlegung von Widerspruch und die Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Klage knüpfen sich dieselben verjährungsrechtlichen Folgen, die aus einer Erhebung der Klage auf Leistung im Amtshaftungsprozess folgen (vgl. BGH, Urteil vom 11.07.1985 – III ZR 62/84, juris Rn. 19, BGHZ 95, 238 zum alten Recht; vgl. auch BeckOGK-Dörr, Stand: Dezember 2018, § 839 BGB Rn. 797). Demnach führt die Einlegung des Widerspruchs und die Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Klage analog § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB zur Hemmung der Verjährung des Amtshaftungsanspruches, der aus der im Primärrechtsschutz angefochtenen Maßnahme abgeleitet wird. Hier begann die Regelverjährung des § 195 BGB gemäß § 199 Abs. 1 mit dem Schluss des Jahres 2009 zu laufen. Bereits vor Beginn des Laufs der Verjährungsfrist hat der Kläger aber mit Einlegung des Widerspruchs vom 08.02.2009 verjährungshemmende Maßnahme ergriffen. Die daraus folgende Hemmung der Verjährung dauerte gemäß 204 Abs. 2 BGB bis 6 Monate nach Abschluss des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens durch Beschluss des OVG Bremen vom 22.09.2014, mithin bis zum 22.01.2015 an. Da die Klage der Beklagten am 15.07.2017 zugestellt wurde, war zu diesem Zeitpunkt eine Verjährung jedenfalls noch nicht eingetreten.

i) Auch dem Umfang nach ist die begehrte Feststellung begründet. Die Beklagte ist gemäß § 249 Abs. 1, 252 BGB verpflichtet, den Kläger einen jeden Schaden zu ersetzen, der ihm dadurch entstanden ist und zukünftig entstehen wird, das seine tatsächlich erlangten Rentenansprüche geringer ausfallen als die Ruhestandsbezüge einschließlich der Versorgungsansprüche, die ihm seit Eintritt in den Ruhestand zugestanden hätten, wenn er pflichtgemäß ab dem 03.06.2009 verbeamtet worden wäre. Der Feststellungsantrag ist daher im gestellten Umfang begründet.

III.

Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits beruht auf §§ 91 Abs. 1, 97 Abs. 1, 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO. Die Entscheidungen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruhen auf §§ 708 Nr. 10, Nr. 11, 711 ZPO.

Die Revisionszulassung beruht auf § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Der Sache kommt grundsätzliche Bedeutung zu, da die hier streitentscheidende Rechtsfrage, ob eine Verlet-

zung der Remonstrationspflicht als Amtspflichtverletzung in Betracht kommt, in der höchstrichterlichen Rechtsprechung ungeklärt ist.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 3 ZPO in Verbindung mit §§ 42 Abs. 1, 63 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GKG. Ausgehend davon, dass der Kläger dargelegt hat, dass bereits in den Kosten für eine private Krankenversicherung eine Differenz von etwa 250,- € im Monat entstehe, kann die Differenz zwischen Besoldung und Angestelltenvergütung in der aktiven Zeit auf monatlich 500,- € und die Differenz zwischen den Ruhegehaltsbezügen auf 400,- € geschätzt werden. Gemäß § 42 Abs. 1 GKG in Verbindung mit § 3 ZPO ist der Gebührenstreitwert des ursprünglichen Klageantrages zu 1. daher auf 14.400,- € zu schätzen. Ausgehend von einer monatlichen Differenz von 500,- € beträgt die Jahresdifferenz 6.000,- €. Gemäß § 42 Abs. 1 GKG ist auf den 3-fachen Jahreswert abzustellen, von dem allerdings noch gemäß § 3 ZPO ein Abschlag von 20% vorzunehmen ist, weil der Kläger sein Begehren im Wege der positiven Feststellungsklage verfolgt. Ausgehend von einem Differenzbetrag von 400,- € für die Ruhestandsbezüge ist der Gebührenstreitwert des Antrages zu 2. auf 11.520,- € festzusetzen.

gez. Dr. Schromek

gez. Dr. Kramer

gez. Witt

Für die Ausfertigung:

Stoye, Justizfachangestellte
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle des
Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen