



Beglaubigte Abschrift

O B E R V E R W A L T U N G S G E R I C H T
F Ü R D A S L A N D N O R D R H E I N - W E S T F A L E N
I M N A M E N D E S V O L K E S
U R T E I L

Verkündet am: 27. April 2016
Würfel, Verwaltungsgerichtsbeschäftigte,
als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle

1 A 2309/14
15 K 3361/13 Köln

In dem Verwaltungsrechtsstreit

des Technischen Amtrats

Klägers,

Prozessbevollmächtigte: Wieland Rechtsanwälte GbR, Rheinweg 23,
53113 Bonn, Az.: 00079-13 fw/dh,

g e g e n

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den Vorstand der Deutschen Telekom AG, dieser vertreten durch die Leitung des Bereichs Civil Servant Services/Social Matters/Health & Safety (CSH), Langer Grabenweg 33 - 43, 53175 Bonn,

Beklagte,

Prozessbevollmächtigter: Arbeitgeberverband für Telekommunikation und IT e. V. (agv:community e. V.), Gradestraße 18, 30163 Hannover, Az.: 13.435-5BRS,

wegen Schadensersatzes infolge verspäteter Beförderung

hat der 1. Senat

auf die mündliche Verhandlung

- 2 -

vom 27. April 2016

durch

den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht **H o l t b r ü g g e** ,
den Richter am Oberverwaltungsgericht **D r. K n o k e** ,
den Richter am Verwaltungsgericht **D r. O t t** ,
den ehrenamtlichen Richter **B u r c h e r t** ,
den ehrenamtlichen Richter **B e g e m a n n**

auf die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom
27. Oktober 2014

für Recht erkannt:

Soweit die Beteiligten in der Berufungsinstanz den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt haben bzw. der Kläger die Klage im Einverständnis der Beklagten zurückgenommen hat, wird das Verfahren eingestellt; insoweit ist das angefochtene Urteil wirkungslos.

Im Übrigen wird das angefochtene Urteil geändert und im Hauptausspruch wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verpflichtet, den Kläger im Wege des Schadensersatzes dienst-, besoldungs- und versorgungsrechtlich so zu stellen, als ob er zum 1. September 2011 in ein Amt der Besoldungsgruppe A 12 befördert worden wäre.

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger zu 1/3 und die Beklagte zu 2/3. Von den Kosten des Verfahrens erster Instanz tragen unter Einbeziehung des rechtskräftig gewordenen Teils der Kostenentscheidung in dem angefochtenen Urteil der Kläger und die Beklagte jeweils die Hälfte.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Vollstreckungsschuldner

- 3 -

darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 vom Hundert des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 vom Hundert des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

T a t b e s t a n d

Der im Jahr 1958 geborene Kläger steht als Beamter des Postnachfolgeunternehmens Deutsche Telekom AG in den Diensten der Beklagten. Er wurde durch Urkunde vom 13. März 1996 zum Technischen Fernmeldeamtman und – während des vorliegenden Gerichtsverfahrens – unter Einweisung in eine Planstelle der Besoldungsgruppe A 12 t zum 1. Mai 2015 zum Technischen Postamtsrat befördert.

Dem Kläger war seit dem 1. Juli 2007 vorübergehend und ist seit dem 1. Juli 2010 dauerhaft der Deutschen Telekom Netzproduktion GmbH, Region West (DT NP West), in Bonn zugewiesen, wo er die Tätigkeit eines Fachreferenten Produktion Technische Infrastruktur ausübt. Ab dem 1. Januar 2011 war die Tätigkeit neu bewertet und der Kläger in die Beförderungsliste A 12 t aufgenommen worden.

Am 2. Dezember 2012 stellte der Kläger betreffend seine Nichtberücksichtigung in der Beförderungsrunde 2012 einen Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes, dem das Verwaltungsgericht Köln am 29. Januar 2013 – 15 L 1651/12 – teilweise stattgab. Die hiergegen gerichtete Beschwerde nahm die Beklagte zurück. Beförderungen aus den Jahren 2009 bis 2011 wurden in diesem Verfahren nicht thematisiert.

Mit am selben Tage (vorab) per Fax übermitteltem Schreiben vom 30. Dezember 2012 rügte der Kläger, dass er in den Jahren 2009 bis 2011 bei den Beförderun-

- 4 -

gen nach Besoldungsgruppe A 12 wegen mehrfach miteinander verschränkter Fehler rechtswidrig nicht berücksichtigt worden sei, obwohl er die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen erfüllt habe. Mit Blick darauf erhob der Kläger einen Drittanfechtungswiderspruch gegen die Beförderung seiner Konkurrenten um ein Amt der Besoldungsgruppe A 12 in den Jahren 2009 bis 2011 sowie zugleich einen Verpflichtungswiderspruch, ihn nach Besoldungsgruppe A 12 zu befördern, hilfsweise über seinen Beförderungsanspruch neu zu entscheiden. Weiter beantragte er, ihn im Wege des Schadensersatzes dienst-, besoldungs- und versorgungsrechtlich so zu stellen, als ob er spätestens am 31. Dezember 2009, hilfsweise am 31. Dezember 2010, höchst hilfsweise am 31. Dezember 2011 nach Besoldungsgruppe A 12 befördert worden wäre.

Nachdem die Beklagte die betreffenden Widersprüche und den Antrag auf Schadensersatz noch nicht beschieden hatte, hat der Kläger am 4. Juni 2013 Untätigkeitsklage erhoben. Zur Begründung hat er unter weiterer Spezifizierung geltend gemacht, die Beförderungen 2009 bis 2011 seien schuldhaft in rechtswidriger Weise, nämlich unter Verstoß gegen die Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG, vorgenommen worden. Auf das Jahr 2011 bezogen seien insbesondere die zugrunde gelegten Beurteilungen fehlerhaft, nämlich nicht von dem Dienstvorgesetzten der Deutschen Telekom AG, sondern von unzuständigen „Vorgesetzten“ der den Kläger beschäftigenden GmbH erstellt worden. Daran ändere nichts, dass diese Beurteilungen offenbar nachträglich, also nach ihrer Eröffnung, ohne Kenntnis der Betroffenen mit dem Stempelaufdruck „Dienstvorgesetzter bei der Deutschen Telekom Im Auftrag“ versehen worden seien. Darüber hinaus ließen sich die Gesamturteile seiner beförderten Konkurrenten Dürholz und Rolle nicht schlüssig aus den Einzelbewertungen herleiten. Die angeführten Rechtsverletzungen seien auch kausal für seine im Jahr 2011 unterbliebene Beförderung gewesen. Insoweit griffen zu seinen Gunsten Beweiserleichterungen ein, weil eine Prognose des möglichen Erfolgs bei rechtmäßigem Verhalten des Dienstherrn nicht möglich sei. Der Rechtsgedanke des § 839 Abs. 3 BGB sei hier mangels Mitteilung der Auswahlentscheidung (sog. Konkurrentenmitteilung) nicht anwendbar.

- 5 -

In der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht hat der Kläger seinen ursprünglich mit angekündigten (früheren) Antrag zu 1.,

die Beklagte zu verurteilen, ihn über die Vornahme von Beförderungen nach Besoldungsgruppe A 12 mit einem Verlauf von 14 Tagen vor Vornahme der Beförderungen zu unterrichten,

übereinstimmend mit der Beklagten für erledigt erklärt, nachdem die Beklagte eine entsprechende Zusage abgegeben hatte.

Der Kläger hat daraufhin (nur noch) beantragt,

1. unter Aufhebung der Ernennung eines Konkurrenten nach Besoldungsgruppe A 12 aus den Beförderungsrunden 2009 bis 2011 nebst dessen Einweisung in die Planstelle der Besoldungsgruppe A 12 und Aufhebung der Entscheidung über die Nichtberücksichtigung des Klägers, die Beklagte zu verpflichten, den Kläger nach Besoldungsgruppe A 12 zu befördern und in eine dazugehörige Planstelle einzuweisen, hilfsweise über die Beförderung des Klägers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden,
2. den Kläger im Wege des Schadensersatzes dienst-, besoldungs- und versorgungsrechtlich so zu stellen, als ob er (spätestens) am 31. Dezember 2009, hilfsweise am 31. Dezember 2010, äußerst hilfsweise am 31. Dezember 2011 nach Besoldungsgruppe A 12 befördert worden wäre,
3. äußerst hilfsweise (zu 1. und 2.) festzustellen, dass der Kläger durch die Ausgestaltung des Auswahlverfahrens in den Jahren 2009, 2010 und 2011 nach Besoldungsgruppe A 12 in seinem Bewerbungsverfahrensanspruch verletzt ist.

Die Beklagte hat beantragt,

- 6 -

die Klage abzuweisen.

Sie hat ausgeführt: Der am 30. Dezember 2012 erhobene Widerspruch sei „verfristet“. Wie allen Beschäftigten und so auch dem Kläger bekannt sei, fänden bei der Deutschen Telekom AG – dabei auch die Jahre 2009 bis 2011 betreffend – jährlich zu bestimmten Terminen Beförderungsaktionen statt. Die Informationen dazu seien dem Intranet der Beklagten zu entnehmen, zu dem jeder Mitarbeiter Zugang habe. Darüber hinaus erfolgten teilweise AGV/Konzern-Infos auch direkt an die Mitarbeiter. Trotz Kenntnis von diesen Umständen habe der Kläger bis zu dem in Rede stehenden Widerspruch nichts gegen die Beförderungsaktionen aus den vorangegangenen, hier streitbefangenen Jahren unternommen. In der Beförderungsrunde 2011 sei der Kläger den in seiner Organisationseinheit für eine Beförderung nach A 12 t ausgewählten drei Beamten auf der Grundlage des zusammenfassenden Gesamtergebnisses der maßgeblichen Beurteilungen (Zeitraum 1. Oktober 2009 bis 30. September 2010) um eine bzw. in einem Fall zwei Beurteilungsstufen nachgegangen. Die Leistungsbeurteilungen für Beamte, die wie der Kläger Gesellschaften außerhalb der Deutschen Telekom AG zugewiesen gewesen seien, seien zu jener Zeit nach einem vorgegebenen und geprüften Maßstab durch die Führungskräfte (unmittelbarer Vorgesetzter und nächsthöherer Vorgesetzter) der Gesellschaft ausgefertigt worden.

Mit dem angefochtenen Urteil hat das Verwaltungsgericht das Verfahren eingestellt, soweit die Beteiligten die Hauptsache für erledigt erklärt haben. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen, weil der Kläger betreffend die Klageanträge zu 1. und zu 2. seinen Bewerbungsverfahrensanspruch aus den Beförderungsrunden 2009 bis 2011 verwirkt habe und es für den Antrag zu 3. an dem erforderlichen Feststellungsinteresse fehle.

Die vom Verwaltungsgericht zugelassene Berufung hat der Kläger fristgerecht eingelegt und begründet. Unter Aufrechterhaltung seines erstinstanzlichen Vorbringens zu den weiteren Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs setzt er dem angefochtenen Urteil im Kern entgegen, dass das Verwaltungsgericht die Voraussetzungen der Verwirkung zu Unrecht bejaht habe. Es fehle insbesondere

- 7 -

am Umstandsmoment. So habe er schon gar nicht die für eine frühzeitigere gerichtliche Geltendmachung des streitigen Schadensersatzanspruchs erforderlichen Kenntnisse, namentlich nicht solche zu den konkreten Beförderungsverfahren und dem Ergebnis der Beförderungsauswahl, besessen. Diese Kenntnisse habe er sich auch unter Mitberücksichtigung seiner Stellung als Beamter und der sich daraus ergebenden Pflichten nicht selbst beschaffen müssen. Das gelte zumal mit Blick auf das hier vorliegende nicht rechtstreue Verhalten seines Dienstherrn (fehlende Konkurrentenmitteilungen). Er habe im Übrigen ein Grundvertrauen in die Rechtmäßigkeit des Handelns der Beklagten gehabt, welches erst im Rahmen der Beförderungsrunde 2012 offensichtlich enttäuscht worden sei. Danach habe er dann sofort gehandelt.

Die Beteiligten haben im Berufungsrechtszug – im Anschluss an die Beförderung des Klägers in ein Amt der Besoldungsgruppe A 12 – schriftsätzlich das Verfahren übereinstimmend insoweit in der Hauptsache für erledigt erklärt, als es um den erstinstanzlichen Klageantrag zu 1. (Aufhebung der Ernennung und Verpflichtung zur Beförderung) ging. Ferner hat der Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat im Einverständnis der Beklagten seine danach verbliebene Klage zurückgenommen, soweit sie über den in dieser Verhandlung gestellten Antrag des Klägers hinausgegangen ist.

Der Kläger beantragt (nur noch),

ihn im Wege des Schadensersatzes dienst-, besoldungs- und versorgungsrechtlich so zu stellen, als ob er zum 1. September 2011 in ein Amt der Besoldungsgruppe A 12 befördert worden wäre.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil und tritt dem Berufungsvorbringen entgegen. Dazu macht sie im Wesentlichen geltend: Das Verwaltungsgericht habe den

- 8 -

Rechtsgedanken der Verwirkung zu Recht durchgreifen lassen. Wegen des Zeitmoments liege – auch in Anbetracht der jährlich durchgeführten Beförderungsrunden – eine Orientierung an der Jahresfrist des § 58 Abs. 2 VwGO nahe; diese Frist werde hier nicht unterschritten. Sie, die Beklagte, sei gemessen an den Grundsätzen der Verwirkung auch schutzbedürftig. Insbesondere könne nicht allein aus dem Umstand, dass sie keine Konkurrentenmitteilungen versandt habe, geschlussfolgert werden, sie habe sich darauf einstellen müssen, dass der Kläger sein Recht noch Jahre später geltend machen werde. Beförderungsverfahren der aktiven Beamten seien für den Bereich der Deutschen Telekom AG von Anfang an im Wesentlichen in der gleichen Weise durchgeführt worden. Über ergänzende oder modifizierende Regelungen seien die Beamten jeweils informiert worden, und zwar auch über an sie adressierte E-Mails (was der Kläger bestreitet). Über bevorstehende Beförderungsrunden habe auch der Betriebsrat informiert. Sie, die Beklagte, habe sich in diesem Zusammenhang auch wie geschehen ihres Personalportals im Intranet bedienen dürfen, in das einschlägige Anweisungen oder Dienstrechts-Infos eingestellt worden seien. Unbeschadet der hier fehlenden Konkurrentenmitteilungen gehöre es zu den Obliegenheiten eines am beruflichen Aufstieg interessierten Beamten, derartige Informationsmöglichkeiten auch tatsächlich zu nutzen oder aber sich – etwa bei (hier allerdings nicht gegebenen) Schwierigkeiten mit dem Auffinden bestimmter Informationen – an den Personalservice zu wenden. Bei dieser Sachlage wäre es dem Kläger möglich und auch zumutbar gewesen, sich nach dem Stand des Beförderungsgeschehens zu erkundigen. Insbesondere (angenommene) systembedingte Mängel des Beförderungsverfahrens müsse ein Beamter wegen seiner beamtenrechtlichen Treuepflicht zeitnah, und zwar vor Beginn der nächsten Beförderungssaktion, geltend machen. Eine Verwirkung von Ansprüchen bleibe insofern auch vor dem Ablauf kurzer Verjährungsfristen in Abhängigkeit von den Umständen des Einzelfalles möglich. Schließlich bedürfe es für die Annahme der Verwirkung in einer öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehung auch nicht notwendig bereits vorgenommener Vermögensdispositionen, die nur mit unzumutbaren Nachteilen zurückgenommen werden könnten.

- 9 -

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Verfahrensakten und der beigezogenen Verwaltungsvorgänge sowie Gerichtsakten Bezug genommen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Das Verfahren ist gemäß bzw. in entsprechender Anwendung der §§ 125 Abs. 1 Satz 1, 92 Abs. 3 Satz 1 VwGO einzustellen, soweit im Berufungsrechtszug der Kläger die Klage im Einverständnis der Beklagten zurückgenommen hat bzw. die Beteiligten übereinstimmend die Hauptsache für erledigt erklärt haben. Das angefochtene Urteil ist insoweit entsprechend § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 269 Abs. 3 Satz 1 ZPO wirkungslos.

Die verbleibende Berufung des Klägers hat Erfolg. Dessen als Untätigkeitsklage im Sinne von § 75 VwGO zulässige Klage ist auch begründet.

Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Schadensersatz wegen verspäteter Beförderung in ein Amt der Besoldungsgruppe A 12 insoweit, als er mit Blick auf Rechtsfehler in der Beförderungsrunde 2011 für die Zeit ab dem 1. September 2011, dem Beförderungstichtag jener Runde, so zu stellen ist, als wäre er bereits zu diesem Zeitpunkt (und nicht erst wie geschehen im Jahr 2015) in das genannte Amt befördert worden.

Die Voraussetzungen für diesen Anspruch sind sämtlich erfüllt (nachfolgend 1.) Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts steht der Geltendmachung des Anspruchs auch nicht der Gesichtspunkt der Verwirkung entgegen (nachfolgend 2.).

1. Ein Beamter kann nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung von seinem Dienstherrn Ersatz des ihm durch die Nichtbeförderung bzw. verspätete Beförderung entstandenen Schadens verlangen, wenn der Dienstherr bei der Vergabe eines Beförderungsamtes den aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Bewer-

- 10 -

bungsverfahrensanspruch des Beamten auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl schuldhaft verletzt hat, wenn diese Rechtsverletzung für die Nichtbeförderung des Beamten kausal war und wenn der Beamte es nicht schuldhaft unterlassen hat, den durch die unterbliebene Beförderung entstandenen Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Rechtsgrundlage dieses unabhängig vom Schadensersatzanspruch aus Amtshaftung (§ 839 Abs. 1 Satz 1 BGB, Art. 34 Satz 1 GG) bestehenden Anspruchs ist das Beamtenverhältnis; eines Rückgriffs auf die Verletzung der Fürsorgepflicht bedarf es nicht.

Vgl. statt vieler BVerwG, Urteil vom 26. Januar 2012 – 2 A 7.09 –, BVerwGE 141, 361 = NVwZ 2012, 1477 = juris, Rn. 15, m.w.N.

a) Die Beklagte hat den Anspruch des Klägers auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl bei Vergabe von Beförderungsstellen (nachfolgend: Bewerbungsverfahrenanspruch) in der Beförderungsrunde des Jahres 2011 (Zuweisung von Beförderungsstellen zum 1. September 2011) verletzt.

Der Kläger kann sich auf den Bewerbungsverfahrenanspruch berufen, auch wenn die Beklagte die streitigen Stellen nicht ausgeschrieben und der Kläger sich demzufolge nicht beworben hat. Denn einer Bewerbung ist es gleich zu achten, wenn – wie hier im streitgegenständlichen Zeitraum – diejenigen Beamten, welche die laufbahnrechtlichen oder sonstigen allgemeinen Beförderungsvoraussetzungen erfüllen, gleichsam von Amts wegen in das Bewerbungsverfahren einbezogen werden, ohne dass sie selbst aktiv werden müssen.

Vgl. Beschluss des Senats vom 24. November 2015 – 1 B 884/15 –, IÖD 2016, 5 = juris, Rn. 39.

Nach Art. 33 Abs. 2 GG sind öffentliche Ämter nach Maßgabe des Leistungsgrundsatzes zu vergeben. Der Bewerberauswahl für die Besetzung eines öffentlichen Amtes dürfen dementsprechend (mit Ausnahme von sog. Hilfskriterien im Falle eines Qualifikationsgleichstandes) nur Kriterien zugrunde gelegt werden, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung betreffen.

- 11 -

In verfahrensrechtlicher Hinsicht folgt aus dem Leistungsgrundsatz in Verbindung mit dem Grundsatz effektiver Rechtsschutzgewährung (Art. 19 Abs. 4 GG) die Pflicht des Dienstherrn, einem bei der Entscheidung über die Vergabe von Beförderungsstellen unterlegenen Beamten das Ergebnis der Entscheidung samt den sie tragenden Gründen rechtzeitig vor der Ernennung des Mitbewerbers/der Mitbewerber mitzuteilen. Eine solche Konkurrentenmitteilung soll den unterlegenen Beamten in die Lage versetzen, gegen eine aus seiner Sicht rechtswidrige Auswahlentscheidung um gerichtlichen (Eil-)Rechtsschutz nachzusuchen.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 9. Juli 2007 – 2 BvR 206/07 –, NVwZ 2007, 1178 = juris, Rn. 17 f.; BVerwG, Urteile vom 4. November 2010 – 2 C 16.09 –, BVerwGE 138, 102, = DVBl. 2011, 228 = juris, Rn. 34, und vom 1. April 2004 – 2 C 26.03 –, NVwZ 2004, 1257 = juris, Rn. 15.

Der für die Auswahlentscheidung maßgebliche Leistungsvergleich selbst ist durch die dazu berufenen (zuständigen) Beurteiler des Dienstherrn anhand aktueller dienstlicher Beurteilungen vorzunehmen, die inhaltlich aussagekräftig sein müssen. Hierfür ist erforderlich, dass die Beurteilungen die dienstliche Tätigkeit im maßgebenden Beurteilungszeitraum vollständig erfassen, auf zuverlässige Erkenntnisquellen gestützt sind, das zu erwartende Leistungsvermögen in Bezug auf das angestrebte Amt auf der Grundlage der im innegehabten Amt erbrachten Leistungen hinreichend differenziert darstellen sowie auf gleichen Bewertungsmaßstäben beruhen. Maßgebend für den Leistungsvergleich ist in erster Linie das abschließende Gesamturteil, das durch eine Würdigung, Gewichtung und Abwägung der einzelnen leistungsbezogenen Gesichtspunkte zu bilden ist.

Vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 4. November 2010 – 2 C 16.09 –, BVerwGE 138, 102 = juris, Rn. 46, und Beschluss vom 20. Juni 2013 – 2 VR 1.13 –, BVerwGE 147, 20 = juris, Rn. 21.

Diese Gewichtung bedarf schon deshalb einer Begründung, weil nur so die Einhaltung gleicher Maßstäbe gewährleistet und das Gesamturteil nachvollzogen und einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden kann.

- 12 -

Vgl. BVerwG, Urteil vom 17. September 2015
– 2 C 27.14 –, ZBR 2016, 134 = juris, Rn. 32.

Im Übrigen müssen Gesamturteil und Einzelbeurteilungen nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in dem Sinne miteinander übereinstimmen, dass sich das Gesamturteil nachvollziehbar und plausibel aus den Einzelbewertungen herleiten lässt.

Vgl. BVerwG, Urteile vom 21. März 2007 – 2 C 2.06 –, DÖD 2007, 281 = juris, Rn. 14, und vom 17. September 2015 – 2 C 27.14 –, ZBR 2016, 134 = juris, Rn. 33.

Diesen Anforderungen ist die hier zur Überprüfung stehende Beförderungsauswahl in mehrfacher Hinsicht nicht gerecht geworden.

Zum einen hat es die Beklagte in verfahrensrechtlicher Hinsicht versäumt, den Kläger mittels einer Konkurrentenmitteilung über das Ergebnis der Auswahlentscheidung zu informieren. Schon darin ist eine Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs zu sehen.

Zum anderen hat die Beklagte der Bewerberauswahl für die in der Organisationseinheit des Klägers im Jahr 2011 zu besetzenden drei A12t-Beförderungstellen dienstliche Beurteilungen zugrunde gelegt, die aus mehreren Gründen den gesetzlichen Anforderungen nicht standhalten.

Diese Beurteilungen, welche dem Senat als Bestandteil der Beilage Heft 5 vorliegen und sich auf den Zeitraum vom 1. Oktober 2009 bis 30. September 2010 beziehen, wurden von Beschäftigten bei der Tochtergesellschaft DT NP West, bei der der Kläger in der fraglichen Zeit eingesetzt war, gefertigt. Dabei handelte es sich um den jeweiligen unmittelbaren Vorgesetzten und den nächsthöheren Vorgesetzten (als Mitbeurteiler). Anschließend wurden die Beurteilungen den betroffenen Beamten eröffnet. In allen Fällen erst zu späteren Zeitpunkten wurden Zusätze des Inhalts „Dienstvorgesetzter bei der Deutschen Telekom AG Im Auf-

- 13 -

trag“ mit Datum und einer weiteren Unterschrift in den (im Verwaltungsvorgang enthaltenen) Beurteilungsexemplaren angebracht. In dieser Form sind die Beurteilungen aber jedenfalls nicht neu eröffnet worden. In ihrer wirksam gewordenen Fassung lassen sich die in Rede stehenden Beurteilungen somit nicht einem (Dienst-)Vorgesetzten der Deutschen Telekom AG, der nicht zur sog. Außenorganisation zählt, verantwortlich zuordnen.

Für eine Beurteilungszuständigkeit von Vorgesetzten aus dem Bereich sog. Tochtergesellschaften fehlte es aber im maßgeblichen Zeitpunkt an einer wirksamen Rechtsgrundlage; die Gesetzeslage schloss ein solches Vorgehen vielmehr nach dem Inhalt der einschlägigen Vorschriften des Postpersonalrechtsgesetzes (PostPersRG) zwingend aus. Gemäß § 1 Abs. 2 PostPersRG in der hier maßgeblichen, vom 12. Februar 2009 bis zum 5. Juni 2015 gültig gewesenen Fassung nimmt im Bereich der Deutschen Telekom AG der Vorstand die Befugnisse der obersten Dienstbehörde und des obersten Vorgesetzten wahr. Eine Übertragung auf eine andere Stelle, nämlich auf andere Organisationseinheiten der Gesellschaft oder auf Außenstehende, ist nur auf gesetzlicher Grundlage möglich.

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 26. Februar 2008
– 2 B 122.07 –, NVwZ-RR 2008, 477 = juris,
Rn. 17 f.

Eine gesetzliche Grundlage zur Übertragung der Aufgabe der Beurteilung auf privatrechtlich organisierte Tochtergesellschaften der Deutschen Telekom AG hat jedoch nicht bestanden. Zwar konnte gemäß § 1 Abs. 4 Satz 1 PostPersRG der Vorstand, soweit die allgemein geltenden dienstrechtlichen Vorschriften dies zulassen, die ihm zustehenden Befugnisse durch allgemeine, im Bundesgesetzblatt zu veröffentlichende (Satz 2) Anordnung auf Organisationseinheiten oder Stelleninhaber übertragen, die nach § 3 Abs. 1 PostPersRG die Befugnisse einer Dienstbehörde oder eines Dienstvorgesetzten ausüben. Bei solchen Organisationseinheiten und Stelleninhabern musste es sich aber um solche innerhalb der Deutschen Telekom AG handeln, so dass privatrechtlich verfasste Tochterunternehmen der Deutschen Telekom AG und die dortigen Stelleninhaber nicht erfasst

- 14 -

wurden. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 3 Abs. 1 PostPersRG, nach dem die Befugnisse einer Dienstbehörde und eines Dienstvorgesetzten durch Organisationseinheiten und Stelleninhaber „unterhalb des Vorstands“ wahrgenommen werden. Damit ist eine Wahrnehmung in Organisationseinheiten außerhalb der Deutschen Telekom AG, die lediglich in deren (Teil-)Eigentum stehen, ausgeschlossen gewesen.

Vgl. Senatsbeschluss vom 15. März 2013 – 1 B 133/13 –, ZBR 2013, 266 = juris, Rn.14 ff., insb. 19, unter ergänzendem Eingehen auch noch auf die entsprechend gestalteten Regelungen der DTAGBefugAnO.

Hinzu tritt hier ein weiterer Beurteilungsmangel. Jedenfalls in Bezug auf zwei Beamte (Herrn Dürholz, Herrn Rolle) aus dem Kreis der ausgewählten und nach A 12t beförderten Bewerber ist die Herleitung des Gesamturteils ihrer jeweiligen Beurteilung 2010 aus den vergebenen Einzelbewertungen nicht plausibel. So erhielt der Beamte Dürholz vier Mal die drittbeste und (nur) zwei Mal die zweitbeste Note bei der Bewertung der Einzelkriterien auf einer fünfstufigen Skala. Der Beamte Rolle, bei dem das Einzelmerkmal „Führung“ nicht bewertet worden ist, erhielt drei Mal die drittbeste und (nur) zwei Mal die zweitbeste Einzelbewertung. Über die reine Arithmetik hinaus ist hier von erheblicher Bedeutung, dass beide genannten Beamten gerade bei den Einzelmerkmalen mit der aufgrund der vom Dienstherrn vorgenommenen Gewichtung höchsten Priorisierung (Priorität A) lediglich die drittbeste, also eine durchschnittliche Bewertung erhielten. Wieso sie gleichwohl im Gesamturteil auf einer Bewertungsskala von dort sogar sechs Stufen jeweils die zweitbeste Gesamtnote „übertrifft die Anforderungen in vielen Hinsichten“ erhielten, lässt sich nicht nachvollziehen. Auch die schriftliche Begründung zu dem Gesamtergebnis der angesprochenen Beurteilungen verhält sich zu diesen Brüchen bzw. Widersprüchen zwischen Einzel- und Gesamtbewertung nicht. Im gerichtlichen Verfahren ist die Beklagte darauf ebenfalls nicht substantiiert eingegangen.

Ob das Beförderungsverfahren 2011 allgemein oder hinsichtlich bestimmter (anderer) Beamtengruppen, etwa der beurlaubten Beamten, an weiteren Rechts-

- 15 -

fehlern gelitten hat, auf die der Kläger hingewiesen hat (teilweise Berücksichtigung von Wartezeiten, striktes Voraussetzen einer Tätigkeit auf einem höherwertigen, dem Beförderungsamts entsprechenden Dienstposten), bedarf wegen der nach dem Vorstehenden bereits festgestellten Verletzungen des Bewerbungsverfahrensanspruchs des Klägers keiner Entscheidung. Hinzu kommt, dass auch nicht konkret erkennbar ist, dass der Kläger durch in Betracht kommende weitere Rechtsfehler nachteilig in seiner subjektiven Rechtsstellung betroffen wurde. So hatte er im Jahr 2011 bereits einen höherwertigen Dienstposten (A 12) inne und ist auch nicht wegen einer ihn treffenden Wartezeit oder mit Blick auf das Datum der Übertragung des höherwertigen Dienstpostens bei der Beförderung unberücksichtigt geblieben.

b) Die aufgezeigten Rechtsverstöße sind auf schuldhaftes Verhalten der Beklagten zurückzuführen.

Für die Haftung des Dienstherrn auf Schadensersatz wegen der Verletzung von Pflichten aus dem Beamtenverhältnis gilt der allgemeine Verschuldensmaßstab des bürgerlichen Rechts. Zu vertreten hat der Dienstherr danach Vorsatz und Fahrlässigkeit. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt (§ 276 Abs. 2 BGB). Von den für die Auswahlentscheidung Verantwortlichen muss verlangt werden, dass sie die Sach- und Rechtslage unter Heranziehung aller ihnen zu Gebote stehenden Hilfsmittel gewissenhaft prüfen und sich auf Grund vernünftiger Überlegungen eine Rechtsauffassung bilden. Dazu gehören auch die Auswertung der höchstrichterlichen Rechtsprechung und ggf. die ernsthafte Auseinandersetzung mit der Frage, ob eventuell aus sachfremden Erwägungen gewünschte Personalentscheidungen am Maßstab der relevanten Rechtsnormen Bestand haben können.

Vgl. BVerwG, Urteile vom 19. März 2015 – 2 C 12.14 –, BVerwGE 151, 333 = ZBR 2015, 311 = juris, Rn. 21, und vom 26. Januar 2012 – 2 A 7.09 –, BVerwGE 141, 361 = NVwZ 2012, 1477 = juris, Rn. 39.

- 16 -

Nach diesem Maßstab hat die Beklagte die genannten Rechtsverstöße jedenfalls fahrlässig begangen. Die Verantwortlichen hätten bei sorgfältiger Prüfung erkennen müssen, dass die Gesamturteile der oben angesprochenen Konkurrenten gemessen an der Bewertung der Einzelmerkmale auch bei Einbeziehung der schriftlichen Begründung des Gesamtergebnisses der Beurteilung nicht plausibel waren. Die rechtlichen Grundlagen – Gebot einer nachvollziehbaren Herleitung des Gesamturteils aus den Einzelbewertungen – waren insoweit, wie aus den obigen Ausführungen des Senats unter Gliederungspunkt 1.a) mitsamt Fundstellen zu einschlägigen Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts ersichtlich ist, in der Rechtsprechung hinlänglich geklärt. Ebenfalls hätte bei Anwendung genügender Sorgfalt unmittelbar aus einer Zusammenschau der einschlägigen Gesetzesvorschriften unter Beachtung von deren Wortlaut und Systematik erkannt werden können, dass die Zuständigkeit für die Beurteilung nach der Gesetzeslage nicht bei den Vorgesetzten aus dem Bereich einer privat-rechtlich organisierten Tochtergesellschaft liegen durfte. Ein fahrlässiges Handeln ist insoweit auch schon für die Zeit vor dem Ergehen des Senatsbeschlusses vom 15. März 2013 – 1 B 133/13 – zu bejahen, weil vernünftigerweise eine andere Auslegung des Gesetzes auszuschließen gewesen ist. Längst geklärt war schließlich auch, dass der Dienstherr seine Auswahlentscheidung dem unterlegenen Bewerber rechtzeitig vor Ernennung des Mitbewerbers mitteilen muss, und zwar auch in sog. Massenbeförderungsverfahren.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 9. Juli 2007 – 2 BvR 206/07 –, NVwZ 2007, 1178 = juris, Rn. 17 f.; BVerwG, Urteil vom 1. April 2004 – 2 C 26.03 –, NVwZ 2004, 1257 = juris, Rn. 15.

c) Dem Kläger ist dadurch ein (finanzieller) Schaden entstanden, dass er erst später und nicht schon im Zuge der Beförderungsrunde 2011 in ein Amt der Besoldungsgruppe A 12 befördert wurde. Dieser Schaden hat sich in Gestalt der Besoldungsdifferenz unmittelbar realisiert.

d) Die schuldhaft begangenen Verletzungen des Bewerbungsverfahrensanspruchs sind auch kausal für den Schaden des Klägers.

- 17 -

Kausalität ist gegeben, wenn der Beamte nach den Gegebenheiten des Einzelfalles ohne den Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG voraussichtlich ausgewählt und befördert worden wäre. Hierfür muss festgestellt werden, welcher hypothetische Kausalverlauf bei rechtmäßigem Vorgehen des Dienstherrn voraussichtlich an die Stelle des tatsächlichen Verlaufs getreten wäre.

Vgl. BVerwG, Urteile vom 19. März 2015 – 2 C 12.14 –, BVerwGE 151, 333 = ZBR 2015, 311 = juris, Rn. 27, und vom 26. Januar 2012 – 2 A 7.09 –, BVerwGE 141, 361 = NVwZ 2012, 1477 = juris, Rn. 42.

Allerdings ist die Darlegung und Ermittlung eines derartigen hypothetischen Kausalverlaufs desto schwieriger, je fehlerhafter das Auswahlverfahren im konkreten Fall gewesen ist. Denn auch wenn es häufig möglich sein wird, einzelne Rechtsfehler eines Auswahlverfahrens hinweg zu denken, um den hypothetischen Kausalverlauf bei rechtmäßigem Verhalten des Dienstherrn nachzuzeichnen, werden hinreichende Anhaltspunkte für eine derartige Betrachtung häufig fehlen, wenn das Auswahlverfahren durch eine Vielzahl miteinander verschränkter Rechtsfehler gekennzeichnet ist. Schwierig, wenn nicht vielfach unmöglich kann die Ermittlung des hypothetischen Kausalverlaufs auch dann sein, wenn den vom Dienstherrn vorgelegten Unterlagen nicht zu entnehmen ist, dass der Dienstherr eine rechtmäßige Handlungsalternative verfolgt hat. In solchen Fällen kann das Gericht Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr zugunsten des Klägers erwägen oder der Situation bei seiner Prognose eines möglichen Erfolgs des Klägers bei rechtmäßigem Verhalten des Dienstherrn Rechnung tragen. Ein Anspruch auf Schadensersatz wird hierbei schon dann regelmäßig in Betracht kommen, wenn der unterlegene Kandidat bei einer Entscheidung nach leistungsbezogenen Auswahlkriterien zumindest reelle Beförderungschancen gehabt hätte, wenn also seine Beförderung ohne den schuldhaften Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG nach Lage der Dinge ernsthaft möglich gewesen wäre.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 26. Januar 2012 – 2 A 7.09 –, BVerwGE 141, 361 = NVwZ 2012, 1477 =

- 18 -

juris, Rn. 43 ff.; OVG NRW, Urteil vom 2. Februar 2015 – 1 A 596/12 –, juris, Rn. 51.

Eine Verschränkung von Rechtsfehlern ist jedenfalls anzunehmen, wenn die Unaufklärbarkeit von Umständen, die durch den einen Fehler bedingt ist, weitere Ungewissheiten auch im Hinblick auf Umstände mit sich bringt, die durch einen weiteren Fehler hervorgerufen werden. Ein Fall mangelnder Verfolgung einer rechtmäßigen Handlungsalternative ist gegeben, wenn die Behörde von vornherein keinen rechtmäßigen Weg innerhalb ihres Entscheidungsprozesses einschlägt.

Vgl. Urteil des Senats vom 20. Juni 2013 – 1 A 1/11 –, Schütz, Beamtenrecht ES/A II 1.4 Nr. 224 = juris, Rn. 66 f.

Nach Maßgabe dieser Grundsätze ist hier der Prognosemaßstab anzuwenden, bei dem der Beamte bei rechtmäßiger Auswahlentscheidung (nur) zumindest eine reelle Beförderungschance gehabt haben muss. Denn die Beklagte hat für die Vergabe der streitigen Beförderungsstellen von vornherein keinen rechtmäßigen Weg eingeschlagen und demgemäß keine rechtmäßige Handlungsalternative verfolgt; das geht zugleich mit einer Verschränkung von Rechtsfehlern einher. Die Beklagte hat ihre Vergabeentscheidung unter Verletzung des Prinzips der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG von vornherein nicht an solchen dienstlichen Beurteilungen orientiert, die den dafür geltenden rechtlichen Maßstäben entsprochen haben. Es sind vielmehr durchgängig Beurteiler zum Einsatz gekommen, die nach der Gesetzeslage nicht hätten tätig werden dürfen. Dieser Fehler erstreckt sich jedenfalls auf alle Beamte, die im Jahre 2011 in der Organisationseinheit des Klägers für eine Beförderung nach A 12t anstanden. Als mit der fehlenden Beurteilerkompetenz verschränkter Fehler kommt hier noch hinzu, dass in einigen Fällen für die Beförderung ausgewählter Mitbewerber das Gesamtergebnis von deren Beurteilung nicht schlüssig aus den vorhandenen Einzelbewertungen hergeleitet wurde. Damit ist aber im Ergebnis das gesamte für die betreffende Organisationseinheit durchgeführte Beurteilungsverfahren als wichtige, unverzichtbare Grundlage der Beförderungsauswahl nicht brauchbar.

- 19 -

Es ist nichts dafür vorgetragen worden oder sonst ersichtlich, dass die aus dem Fehlen von rechtmäßigen Beurteilungen resultierende Lücke in den tatsächlichen Erkenntnisgrundlagen geschlossen werden könnte, um hinreichend belastbare Feststellungen über den Kausalverlauf bei einem hypothetisch am Leistungsgrundsatz ausgerichteten rechtmäßigen Beförderungsverfahren der Beklagten zu treffen. Die Vertreterin der Beklagten hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erklärt, dass es nach ihrer Einschätzung mit Schwierigkeiten verbunden sein dürfe, für den Kläger und die übrigen Beamten heute noch rechtmäßige auf das Jahr 2011 bezogene Beurteilungen oder Leistungsnachweise zu erstellen. Auch der Senat geht davon aus, dass dies faktisch nicht mehr möglich ist. So müsste für die hypothetische Kausalitätsbetrachtung die seinerzeitige Beurteilungsrunde in der Organisationseinheit des Klägers für Beförderungen nach A 12 nach vielen Jahren (zumindest gedachterweise) vollständig wiederholt werden; das würde hier mehr als 30 seinerzeit beförderungsfähige Beamte betreffen. Außerdem müsste zu diesem Zweck überhaupt erst einmal in rechtmäßiger Weise ein zuständiger Beurteiler durch die Beklagte bestimmt werden. Später in Kraft getretene Beurteilungsrichtlinien könnten hierzu nicht ohne Weiteres schon auf den vorliegenden Fall übertragen werden.

Die nach dem Vorstehenden für einen Erfolg der Klage erforderliche reelle Beförderungschance ist dem Kläger für das hier maßgebliche Jahr 2011 nicht abzuspüren. Für eine solche Chance spricht schon, dass er nach den vorliegenden, als Grundlage für eine am Leistungsgrundsatz ausgerichtete Auswahlentscheidung allerdings nicht tauglichen dienstlichen Beurteilungen, wenn man die Einzelbewertungen mit berücksichtigt, allenfalls knapp hinter zwei der bei der Beförderungsauswahl erfolgreichen Mitbewerbern rangierte, wobei deren bessere Gesamturteile nicht schlüssig sind. Schon mit Blick darauf liegt es im Bereich des Möglichen, dass der Kläger im Falle einer Neubeurteilung eine Beurteilungsnote erreichen würde, die zu seiner Auswahl für die Beförderung ausreicht. Die ausgewählten Beamten gingen dem Kläger auch nicht nach dem Datum der Übertragung des höherwertigen, dem angestrebten Beförderungsamt entsprechenden Dienstpostens vor, hatten also keine ggf. als Hilfskriterium stärker zu gewichtende Erfahrung in der Erledigung höherwertiger Aufgaben. Auf einem Dienst-

- 20 -

posten der Bewertung A 12 ist der Kläger seit dem 1. Januar 2011 ohne erkennbare Beanstandungen eingesetzt worden. Damit hat er bezogen auf den Beförderungstichtag 1. September 2011 zugleich die Mindestprobungszeit auf einem höherwertigen Dienstposten von sechs Monaten (vgl. §§ 32 Nr.2, 34 Abs. 1 der Bundeslaufbahnverordnung – BLV – in der Fassung vom 12. Februar 2009 (BGBl. I, 284), § 7 Abs. 1 der Postlaufbahnverordnung – PostLV – vom 22. Juni 1995 (BGBl. I, 868) in der seinerzeit gültigen Fassung vom 19. April 2004 (BGBl. I, 680) erfüllt. Aus der Personalakte oder den weiteren Verwaltungsvorgängen ist schließlich ebenfalls nichts ersichtlich, was der ernstlichen Möglichkeit entgegenstehen würde, dass der Kläger bei rechtmäßiger Ausgestaltung des Beförderungsverfahrens ausgewählt worden wäre.

e) Dem Schadensersatzanspruch steht nicht der Rechtsgedanke des § 839 Abs. 3 BGB entgegen, wonach eine Ersatzpflicht nicht eintritt, wenn es der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels gegen das nunmehr als rechtswidrig beanstandete staatliche Verhalten abzuwenden, wenn also für den Nichtgebrauch eines Rechtsmittels auf der Primärebene kein hinreichender Grund bestand. Denn einem Bewerber kann nicht vorgeworfen werden, er habe die Inanspruchnahme primären Rechtsschutzes schuldhaft versäumt, wenn der Dienstherr es – wie im vorliegenden Fall – unterlassen hat, ihn über das Ergebnis einer Auswahlentscheidung zu informieren.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 1. April 2004 – 2 C 26.03 –, NVwZ 2004, 1257 = juris, Rn. 15.

2. Der Schadensersatzanspruch des Klägers ist auch nicht verwirkt.

Die Verwirkung von Rechten ist eine besondere Ausprägung des auch im öffentlichen Recht einschließlich des öffentlichen Dienstrechts geltenden Grundsatzes von Treu und Glauben. Danach darf ein (prozessuales oder materielles) Recht nicht mehr ausgeübt werden, wenn seit der Möglichkeit der Geltendmachung längere Zeit verstrichen ist (Zeitmoment) und besondere Umstände hinzutreten, welche die verspätete Geltendmachung als treuwidrig erscheinen lassen (Um-

- 21 -

standsmoment). Erforderlich für die Erfüllung des Umstandsmoments ist, dass der Rechtsinhaber innerhalb eines längeren Zeitraums unter Verhältnissen untätig geblieben ist, unter denen vernünftigerweise etwas zur Wahrung des Rechts unternommen zu werden pflegt. Erst dadurch wird eine Situation geschaffen, auf die der jeweilige Gegner vertrauen, sich einstellen und einrichten darf.

Vgl. jüngst etwa BVerwG, Beschluss vom 23. Dezember 2015 – 2 B 40.14 –, juris, Rn. 21; ferner schon BVerfG, Beschluss vom 26. Januar 1972 – 2 BvR 255/67 –, BVerfGE 32, 305 = DVBl. 1973, 361 = juris, Rn. 18; BVerwG, Urteil vom 27. Januar 2010 – 7 A 8.09 –, juris, Rn. 26; OVG NRW, Beschluss vom 15. März 2012 – 1 A 1885/10 –, juris, Rn. 9 ff.

Im Rahmen der insoweit gebotenen Berücksichtigung der Gesamtumstände des Einzelfalles – gerade auch das Zeitmoment lässt sich nicht allgemeingültig für alle denkbaren Fallgestaltungen durch einen bestimmten Zahlenwert festlegen – ist das Vertrauen des Gegners grundsätzlich weniger schutzwürdig, wenn er selbst gut oder sogar besser als der Berechtigte in der Lage war, die Sach- und Rechtslage zu überblicken, oder wenn ihm ein rechtswidrig-schuldhaftes Verhalten zur Last fällt.

Roth/Schubert, in: Münch. Komm. zum BGB,
Bd. II, 6. Aufl. 2012, § 242, Rn. 343.

Die Bewertung der späten Geltendmachung eines Rechts als treuwidrig setzt grundsätzlich weiter voraus, dass der Berechtigte schon früher Kenntnis von den rechtsbegründenden Tatsachen und der Möglichkeit der Ausübung seines Rechts hat oder zumindest hätte haben müssen (sog. subjektive Zurechenbarkeit); eine etwaige Unkenntnis muss also vermeidbar gewesen sein.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 25. Januar 1974 – IV C 2.72 –, BVerwGE 44, 294 = DÖV 1974, 385 = juris, Rn. 25, sowie Beschlüsse vom 18. Januar 1988 – 4 B 257.87 –, NVwZ 1988, 532 = juris, Rn. 4, und vom 28. August 1987 – 4 N 3.86 –, BVerwGE 78, 85 = DVBl. 1987, 1276 = juris,

- 22 -

Rn. 13 (jeweils zum nachbarschaftlichen Gemeinschaftsverhältnis); OVG NRW, Beschluss vom 24. November 2015 – 1 B 884/15 –, IÖD 2016, 5 = juris, Rn. 17 (zur Ernennung eines Konkurrenten); Stich, DVBl. 1959, S. 234 (237), m.w.N.

Ausgehend von diesen Grundsätzen hat der Kläger seinen Schadensersatzanspruch nicht verwirkt.

Es ist schon sehr fraglich, ob das erforderliche Zeitmoment gegeben ist. Zwischen dem Stichtag der Beförderungsrunde 2011 (1. September 2011) und der erstmaligen Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs mit Schreiben vom 30. Dezember 2012 lag ein Zeitraum von (nur) einem Jahr und vier Monaten. Damit war zwar die Jahresfrist des § 58 Abs. 2 VwGO um wenige Monate überschritten. Diese bildet jedoch bei einem Schadensersatzanspruch wegen verspäteter oder unterbliebener Beförderung nicht den ausschlaggebenden – und erst recht keinen starren – Anhaltspunkt für die Frage der Erfüllung des Zeitmoments. Denn anders als ein Widerspruch gegen eine belastende oder leistungsverweigernde Maßnahme des Dienstherrn ist die Geltendmachung des Anspruchs auf Schadensersatz wegen unterbliebener Beförderung im Wege der Einleitung eines entsprechenden Verwaltungsverfahrens an prozessuale Rechtsbehelfsfristen nicht gebunden. In materieller Hinsicht greift (lediglich) die dreijährige Verjährungsfrist des § 195 BGB. Diese trägt dem Interesse des Dienstherrn an Rechtssicherheit bereits weitgehend Rechnung. Verwirkung ist zwar nicht ausgeschlossen, wenn der geltend gemachte Anspruch noch nicht verjährt ist. Das Institut der Verwirkung darf aber nicht dazu führen, dass eine gesetzliche Verjährungsregelung in weitem Maße unterlaufen wird.

BVerfG, Beschluss vom 14. Dezember 2005
– 1 BvR 2874/04 –, juris, Rn. 27.

Auch handelt es sich bei einem Schadensersatzanspruch wegen unterbliebener Beförderung um ein bipolares Rechtsverhältnis, bei dem Aspekte des Vertrauensschutzes Dritter in den Hintergrund treten. Damit unterscheidet sich die vorliegende, zum Sekundärrechtsschutz gehörende Fallgruppe von den Fällen der

- 23 -

zum Primärrechtsschutz zählenden Anfechtung der Ernennung eines Konkurrenten, in denen das Vertrauen des Ernannten auf die Rechtsbeständigkeit seiner Ernennung in die Abwägung einzubeziehen ist. Die Jahresfrist des § 58 Abs. 2 VwGO kann insofern zur zeitlichen Orientierung dienen.

Vgl. Urteil des Senats vom 4. Juli 2012 – 1 A 1339/10 –, IÖD 2012, 194 = juris, Rn. 45, sowie Beschluss des Senats vom 3. Februar 2016 – 1 A 1235/15 –, juris, Rn. 19.

Jedenfalls aber fehlt es hier an Umständen, angesichts derer die späte Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs als treuwidrig zu bewerten wäre. Aufgrund der bloßen Untätigkeit des Klägers durfte die Beklagte nicht darauf vertrauen, er werde mit Blick auf die Beförderungsrunde 2011 keine Rechte mehr geltend machen. Er ist nicht unter Verhältnissen untätig geblieben, unter denen vernünftigerweise etwas zur Wahrung des Rechts unternommen zu werden pflegt. Denn seine Untätigkeit kann ihm nicht subjektiv zugerechnet werden. Dem Kläger fehlten wesentliche Informationen über die streitige Beförderungsrunde, weil die Beklagte ihn nicht hinreichend informiert hat. Ihm oblag es auch nicht, sich durch eigene Initiative die noch fehlenden Informationen zu verschaffen. Im Einzelnen:

Der Kläger ist von der Beklagten über das Beförderungsgeschehen gemessen an den für den Dienstherrn bestehenden rechtlichen Verpflichtungen nicht ausreichend informiert worden. Insbesondere hat er keine Konkurrentenmitteilung oder eine vergleichbare einzelfallbezogene Ablehnungsmitteilung erhalten. Die von der Beklagten in diesem Zusammenhang angeführten allgemeinen Bekanntmachungen über das Beförderungssystem der Telekom, die diesem zugrunde liegenden konzerninternen Richtlinien sowie die jährlichen Beförderungsstichtage bieten insoweit keinen hinreichenden Ersatz. Denn sie sind weder in ihrem Informationsgehalt noch in ihrer Wirkung, den Empfänger zu einer Auseinandersetzung mit dem Ergebnis der Auswahlentscheidung zu veranlassen, vergleichbar.

- 24 -

Die von der Beklagten angeführten allgemeinen Bekanntmachungen enthielten namentlich keine Mitteilung über das Ergebnis und die wesentlichen Gründe der Auswahlentscheidung. Auch ließ sich ihnen der (mit dem im Vorfeld allgemein festgelegten Beförderungsstichtag nicht notwendig in jedem Einzelfall übereinstimmende) Zeitpunkt der geplanten Ernennungen der ausgewählten Konkurrenten nicht entnehmen, obwohl dieser von maßgeblicher Bedeutung für die Rechtsschutzmöglichkeiten des unterlegenen Beamten ist (Verhinderung der Ernennung durch Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes oder ein auf Anfechtung der Ernennung des ausgewählten Bewerbers gerichteter Widerspruch mit ggf. nachfolgender Klage).

Aus dem Beamtenverhältnis folgt auch keine Obliegenheit des Beamten, solche Daten und Fakten zu einem konkreten Auswahlverfahren einzuholen, wenn der Dienstherr ohne Stellenausschreibung von sich aus diejenigen Beamten in den Blick nimmt, die die allgemeinen Voraussetzungen für eine Beförderung erfüllen. Abweichendes ergibt sich nicht mit Blick auf die große Zahl der zu vergebenden Beförderungstellen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hat nämlich ein unterlegener Beamte auch in jährlich praktizierten Massenbeförderungungsverfahren stets Anspruch auf eine verbindliche Information durch den Dienstherrn über das Ergebnis des Auswahlverfahrens, damit er nicht Gefahr läuft, ein Rechtsmittel auf ungesicherter tatsächlicher oder rechtlicher Grundlage zu ergreifen. Unterbleiben solche Informationen, kann dem Beamten nicht vorgeworfen werden, er habe die Inanspruchnahme primären Rechtsschutzes schuldhaft versäumt. Das gilt selbst für Beamte, denen „das Auswahlverfahren im Einzelnen bekannt“ ist.

BVerwG, Urteil vom 1. April 2004 – 2 C 26.03 –,
NVwZ 2004, 1257 = juris, Rn. 15.

Dann kann dem Beamten aber konsequenterweise auch bei Anwendung der Verwirkungsgrundsätze wegen der insoweit ebenfalls erforderlichen subjektiven Zurechenbarkeit kein treuwidriges Verhalten zur Last gelegt werden.

- 25 -

Vgl. zur Relevanz des Gesichtspunkts der Mitteilung maßgeblicher Umstände (dort: der Referenzgruppenbildung für vom Dienst freigestellte Soldaten) bzw. eines Handelns „in Kenntnis aller Umstände“ im Hinblick auf die Verwirkung etwa BVerwG, Beschlüsse vom 25. Juni 2014 – 2 B 1.13 –, IÖD 2014, 220 = juris, Rn. 27, und vom 6. Juni 2014 – 2 B 75.13 –, Buchholz 449 § 3 SG Nr. 73 = juris, Rn. 16.

Das gilt selbst dann, wenn der Kläger davon Kenntnis gehabt haben sollte, dass zu dem hier interessierenden Zeitpunkt Konkurrentenmitteilungen durch die Telekom üblicherweise nicht versandt wurden.

Vgl. in diesem Zusammenhang allerdings auch OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 18. Dezember 2014 – 10 A 10738/14.OVG – (n.v.); VG Potsdam, Urteil vom 14. Juli 2015 – 2 K 1536/12 –, juris, Rn. 35.

Denn eine etwaige Kenntnis von einem nicht rechtstreuen Verhalten des Dienstherrn führt grundsätzlich noch nicht dazu, dass das eigene Verhalten, hier die infolge von Informationsdefiziten zunächst unterbliebene Geltendmachung eines Rechtsanspruchs, als treuwidrig zu qualifizieren wäre. Andernfalls würden über das Rechtsinstitut der Verwirkung die sich aus dem Beamtenverhältnis ergebenden Obliegenheiten bzw. Verpflichtungen im Verhältnis zwischen dem Beamten und seinem Dienstherrn ohne sachliche Rechtfertigung grundlegend verschoben.

Allgemeine Bekanntmachungen über ein Beförderungssystem können eine Konkurrentenmitteilung ferner auch nicht in ihrer Anstoßwirkung ersetzen. Ihnen fehlt ein individueller Bezug, während eine Konkurrentenmitteilung oder eine vergleichbare Information über den Ausgang eines Auswahlverfahrens die eigene Betroffenheit des Beamten deutlich hervortreten lässt und ihm konkreten Anlass gibt, die Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung in Bezug auf seine Person oder bestimmte Mitbewerber zu hinterfragen. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist in der Bewertung der Gesamtumstände zu Lasten der Beklagten zu berücksichtigen, dass sie es schuldhaft unterlassen hat, den Kläger hinreichend zu informieren.

- 26 -

Einen Verstoß gegen Treu und Glauben stellt das Schadensersatzbegehren auch nicht deswegen dar, weil der Kläger im Rahmen seines Anfang Dezember 2012 anhängig gemachten Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes nicht darauf eingegangen ist, dass er künftig noch beabsichtige, auch die Beförderungsrunde 2011 zu beanstanden. Denn der Gegenstand jenes Verfahren bezog sich ausschließlich auf die Freihaltung von Beförderungsstellen anlässlich der Beförderungsrunde 2012. Deswegen musste sich der Kläger nach Treu und Glauben nicht veranlasst sehen, bereits dort auch zu einem anderen Streitgegenstand, nämlich dem hier in Rede stehenden Schadensersatzanspruch bezüglich der Beförderungsrunde 2011, vorzutragen, zumal auf diese Weise der dortige Streit von der Thematisierung weiterer, in diesem Verfahren nicht entscheidungserheblicher Punkte entlastet wurde. Die Beklagte durfte dementsprechend aus dem unterbliebenen Vortrag in dem angesprochenen Eilverfahren kein schutzwürdiges Vertrauen in die Richtung schöpfen, der Kläger werde ihr gegenüber bezüglich vergangener Beförderungsrunden generell keine Rechtsansprüche mehr geltend machen.

Vgl. in diesem Zusammenhang BVerfG, Kammerbeschluss vom 14. Dezember 2005 – 1 BvR 2874/04 –, juris, Rn. 25; siehe aber etwa auch OVG NRW, Beschluss vom 3. Juni 2014 – 6 A 1658/12 –, juris, Rn. 18.

Davon abgesehen hat der Kläger seinen Schadensersatzanspruch aus der Beförderungsrunde 2011 bereits wenige Wochen nach Einleitung des angesprochenen Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes, nämlich am 30. Dezember 2012, bei der Beklagten angebracht. Zu diesem Zeitpunkt war das Eilverfahren noch anhängig.

Im Rahmen der Gesamtwürdigung ist weiter zu berücksichtigen, dass sich der Kläger nach seinem schriftsätzlichlichen Vorbringen auch darauf berufen hat, er habe bis hin zu der Beförderungsrunde 2012 ein Grundvertrauen dahin gehabt, dass sein Dienstherr bei den durchgeführten Beförderungen rechtmäßig handele. Es gibt in diesem Zusammenhang keine Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger als

- 27 -

juristischer Laie aufgrund seiner Kenntnisse die Rechtswidrigkeit des Beförderungsverfahrens 2011 hätte erkennen können oder sich diese ihm gar hätte aufdrängen müssen.

Vgl. zur Maßgeblichkeit individueller Kenntnisse für das Vertrauen des Beamten auf die Rechtmäßigkeit des Handelns seines Dienstherrn (im Zusammenhang mit der Überzahlung von Bezügen) etwa BVerwG, Urteil vom 26. April 2012 – 2 C 4.11 –, Schütz BeamtR ES/C V 5 Nr. 84 = juris, Rn. 11.

Eine danach allenfalls noch in Betracht kommende Obliegenheit, die Rechtmäßigkeit des Beförderungsverfahrens/-systems auch ohne für ihn erkennbaren Hinweis auf dessen Rechtswidrigkeit unter Hinzuziehung juristischen Sachverständigen zu überprüfen, traf den Kläger nicht. Denn ein Beamter darf in dem von gegenseitiger Treue geprägten Beamtenverhältnis grundsätzlich darauf vertrauen, dass sein Dienstherr rechtmäßig handelt.

Im Übrigen ist es der Beklagten nach Treu und Glauben verwehrt, sich darauf zu berufen, dass ein juristisch nicht vorgebildeter Beamter ihr Beförderungssystem nicht früher als rechtswidrig beanstandet hat, für das sie selbst verantwortlich ist und dessen Rechtswidrigkeit sie selbst vermittels der von ihr beschäftigten und mit der fachlichen Begleitung von Beförderungsverfahren betrauten Juristen ohne Weiteres hätte erkennen müssen.

Schließlich ist die Beklagte auch deshalb weniger schutzwürdig, weil sie sich mit Blick auf die Eröffnung effektiven Rechtsschutzes selbst nicht rechtstreu verhalten hat. Durch eine rechtlich gebotene Konkurrentenmitteilung hätte sie nämlich die Entstehung des Schadensersatzanspruchs von vornherein vermeiden können. In diesem Fall wäre der Kläger auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Primärrechtsschutz zu verweisen gewesen (§ 839 Abs. 3 BGB).

Im Übrigen ist nichts Substantiiertes dafür vorgetragen worden oder sonst ersichtlich, dass sich die Beklagte darauf eingerichtet hätte, der Kläger werde sei-

- 28 -

nen Schadensersatzanspruch nicht mehr geltend machen. Das allgemeine fiskalische Interesse daran, nicht mit einem Schadensersatzanspruch konfrontiert zu werden, reicht insofern ebenso wenig aus wie der Umstand jährlich vorgenommener Beförderungen. Die Annahme, jährliche Beförderungsrounden belegten das (betätigte) Vertrauen der Deutschen Telekom AG, aus vorangegangenen Beförderungsrounden nicht mehr in Anspruch genommen zu werden, ist eine durch keinerlei Tatsachen auch nur ansatzweise untermauerte Spekulation. Beförderungsrounden gehen darauf zurück, dass vom Bundesministerium der Finanzen für den Bereich der Telekom Beförderungsplanstellen ausgebracht werden; dass diese Entscheidung irgendetwas mit etwaigen Fehlern bei der Abwicklung vorangegangener Beförderungsrounden zu tun haben könnte, ist weder von der Beklagten dargetan noch sonst ersichtlich.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 154 Abs.1, 155 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2, 161 Abs. 2 Satz 1 VwGO.

Danach gilt für die Kosten des Berufungsrechtszugs: Soweit der Kläger seine Klage in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat zurückgenommen hat, trägt er die darauf entfallenden anteiligen Verfahrenskosten. Da der Kläger im Übrigen mit seiner Berufung Erfolg hatte, trägt die Beklagte die darauf entfallenden anteiligen Kosten. Das sich daraus ergebende Obsiegen des Klägers bewertet der Senat mit einer Quote von 2/3 zu 1/3. Grundlage dieser Bewertung ist überschlägig der Zeitraum der Schadensersatzleistung, in Bezug auf den sich der Kläger im Ergebnis durchsetzt (1. September 2011 bis 30. April 2015) im Verhältnis zu dem vor der teilweisen Klagerücknahme geltend gemachten Zeitraum (31. Dezember 2009 bis 30. April 2015); dem mit zurückgenommenen Hilfsantrag auf Feststellung misst der Senat für die Kostenverteilung keine eigenständige Bedeutung zu. Der im Berufungsrechtszug für erledigt erklärte Primäranspruch auf Anfechtung der Ernennung eines Konkurrenten und auf Beförderung (hilfsweise Neubescheidung) führt in Anwendung billigen Ermessens (§ 161 Abs. 2 VwGO) im Ergebnis ebenfalls nicht zu einer Veränderung dieser Quote. Denn auch mit diesem Anspruch hätte sich der Kläger jedenfalls nicht in einem größeren Umfang durchgesetzt, als ihm dies wegen des verbliebenen Schadensersatzbegeh-

- 29 -

rens gelungen ist. Dass der ursprünglich mit geltend gemachte Primäranspruch verwirkt gewesen ist, kommt zwar in Betracht, lässt sich aber nicht im Sinne überwiegender Wahrscheinlichkeit prognostizieren. Nach Erledigung des Sachbegehrens war der Senat insoweit nicht gehalten, diese schwierige Rechtsfrage abschließend zu beurteilen.

Hinsichtlich der Verteilung der Kosten für das Verfahren erster Instanz ergibt sich im Wesentlichen Entsprechendes. Allerdings ist insoweit zu berücksichtigen, dass der Streitgegenstand bis zu der schon in jener Instanz erfolgten Teilerledigung (betreffend die Klage auf Unterrichtung) zunächst umfassender gewesen ist und dass der Senat hinsichtlich des erledigten Teils an die schon abschließend – hier zu Lasten des Klägers – getroffene Kostenentscheidung des Verwaltungsgerichts nach § 161 Abs. 2 VwGO gebunden ist. Dieser Umstand führt hier unter Mitberücksichtigung der Streitwertfestsetzung erster Instanz (Auffangstreitwert für den erledigten Teil) zu der im Tenor des Berufungsurteils für den ersten Rechtszug insgesamt ausgeworfenen Kostenquote.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 Abs. 1 VwGO, § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 VwGO, § 127 BRRG nicht gegeben sind.

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 Urteils schriftlich einzulegen. Die Beschwerde muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

- 30 -

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

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 7. November 2012 (GV. NRW. S. 548) erfolgen.

Im Beschwerdeverfahren müssen sich die Beteiligten durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen; dies gilt auch für die Einlegung der Beschwerde und für die Begründung. Die Beteiligten können sich durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, der die Befähigung zum Richteramt besitzt, als Bevollmächtigten vertreten lassen. Auf die zusätzlichen Vertretungsmöglichkeiten für Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse wird hingewiesen (vgl. § 67 Abs. 4 Satz 4 der Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO - und § 5 Nr. 6 des Einführungsgesetzes zum Rechtsdienstleistungsgesetz - RDGEG -).

Holtbrügge

Dr. Knoke

Dr. Ott

B e s c h l u s s

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird gemäß § 52 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1, Sätze 2 bis 4 i.V.m. §§ 40, 47 Abs. 1 Satz 1 GKG auf 25.620,23 Euro festgesetzt. Dabei hat der Senat berücksichtigt, dass die Besoldung der bei den Postnachfolgeunternehmen beschäftigten Beamten zum 1. März 2014 erhöht worden ist. Grundlage für die Wertermittlung ist die Besoldungshöhe in Stufe 8 der Besoldungsgruppe

- 31 -

A 12 BBesO in dem ausgehend von der den Berufungsrechtszug einleitenden Antragstellung (hier: 12. November 2014) maßgeblichen Bezugsjahr (hier: 2014) bezogen auf eine Vollzeittätigkeit. Mit Blick auf die jedenfalls im Kern anzunehmende wirtschaftliche Identität der Anträge zum Primär- und Sekundärrechtsschutz hat der Senat den sich daraus ergebenden Wert nur einfach angesetzt, also (insoweit der Festsetzung des Streitwerts für die erste Instanz entsprechend) keine Kumulation vorgenommen. Auf die von der Beklagten mit Schriftsatz vom 4. Dezember 2014 mitgeteilten (fiktiven) Altersteilzeitbezüge kommt es aus Gründen gebotener Pauschalierung nach der Senatsrechtsprechung nicht an (vgl. zur Teilzeitbeschäftigung Beschlüsse vom 12. Juni 2014 – 1 B 271/14 –, IÖD 2014, 203 = juris, Rn. 11, und vom 26. November 2015 – 1 B 1104/15 –, juris, Rn. 11).

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§§ 68 Abs. 1 Satz 5, 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

Holtbrügge

Dr. Knoke

Dr. Ott



Beglaubigt
Würfel, VG-Beschäftigte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle