

BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 2 C 26.03
OVG 2 A 11040/02

Verkündet
am 1. April 2004
Schütz
Justizobersekretärin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 1. April 2004
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht **Albers**
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht **Prof. Dawin**, **Dr. Kugeler**,
Groepper und **Dr. Bayer**

für Recht erkannt:

Das Urteil des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz vom
22. November 2002 wird aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweitigen Verhandlung und Entschei-
dung an das Oberverwaltungsgericht zurückverwiesen.

Die Kostenentscheidung bleibt der Schlussentscheidung vor-
behalten.

G r ü n d e :

I.

Die Klägerin begehrt, sie im Wege des Schadenersatzes so zu stellen, als wäre sie
bereits am 18. Mai 2001 zur Oberstudienrätin befördert worden.

Der Beklagte nimmt Beförderungen zum Oberstudienrat einmal jährlich am 18. Mai
vor. In den Jahren 2000 und 2001 kamen nur Beamte mit der Beurteilung "sehr gut"
und einer mindestens vierjährigen Verwendung im Eingangsamts in die engere Wahl.
Da die Zahl der Beförderungsaspiranten größer war als die der offenen Planstellen,
war für die Beförderung eine fiktiv ermittelte Dienstzeit ausschlaggebend; für jeden
Bewerber wurde ein fiktives Anstellungsdatum ermittelt, das zu einer bestimmten
Ranglistenposition führte. Die in Betracht kommenden Studienräte wurden sodann
unter Berücksichtigung der verfügbaren Beförderungsstellen befördert.

Die zuletzt mit "sehr gut" beurteilte Klägerin erreichte schon im Jahr 2000 mit ihrem
damaligen fiktiven Anstellungsdatum, dem 27. August 1992, keinen für eine Beförde-
rung ausreichenden Ranglistenplatz. Über ihr fiktives Anstellungsdatum für die Be-
förderungskampagne 2001 (11. September 1993) sowie dessen rechtliche Bedeu-

tung wurde sie mit einem vom 5. April 2001 datierten, bei ihrer Dienststelle am 24. April 2001 eingegangenen Schreiben informiert.

Mit Schreiben vom 21. Mai 2001 legte die Klägerin Widerspruch gegen das festgesetzte Anstellungsdatum mit der Begründung ein, der Beklagte habe eine dreijährige Erziehungszeit für ihre Tochter Lisa nicht berücksichtigt. Zusätzlich machte sie im Laufe des Widerspruchsverfahrens einen Schadensersatzanspruch wegen unterlassener Beförderung geltend.

Sämtliche Rechtsmittel sind erfolglos geblieben. Das Berufungsgericht hat zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt: Der Schadensersatzanspruch sei unbegründet, weil die Klägerin nicht rechtzeitig um primären Rechtsschutz nachgesucht habe. Ihr sei die zentrale Bedeutung des fiktiven Anstellungsdatums bekannt gewesen. Zudem habe sie aus dem Vorjahr gewusst, dass der Beklagte vor dem Beförderungsstichtag am 18. Mai 2001 keine Negativmitteilungen über das Auswahlresultat verschicken werde. Sie hätte sich daher unverzüglich nach der Bekanntgabe ihres fiktiven Anstellungsdatums bei ihrem Personalrat oder beim Beklagten über ihre Beförderungschancen erkundigen müssen. Dabei hätte sie erfahren, ob ihr Ranglistenplatz zu einer Beförderung führte. Bis zum Beförderungsstichtag habe sie noch ausreichend Zeit gehabt, mit Rechtsmitteln auf eine Korrektur ihres fiktiven Anstellungsdatums zu drängen sowie Beförderungen ihrer Mitbewerber vorläufig zu verhindern.

Mit der Revision rügt die Klägerin die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Sie beantragt,

die Urteile des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz vom 22. November 2002 und des Verwaltungsgerichts Neustadt an der Weinstraße vom 19. März 2002 sowie den Bescheid des Beklagten vom 24. Juli 2001 aufzuheben und den Beklagten zu verpflichten, die Klägerin im Wege des Schadensersatzes so zu stellen, als sei sie schon am 18. Mai 2001 zur Oberstudienrätin befördert worden.

Der Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil und beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Der Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht hält den Bewerbungsverfahrensanspruch der Klägerin nicht für verletzt. Denn die Klägerin habe ihre Beförderungschance bereits aus der im Verhältnis zum Vorjahr um ein Jahr verkürzten fiktiven Dienstzeit realistisch einschätzen können. Ihr sei es deshalb zumutbar und möglich gewesen, rechtzeitig um Rechtsschutz nachzusuchen.

II.

Die Revision ist mit dem Ergebnis der Zurückverweisung des Rechtsstreits an die Vorinstanz begründet. Zur Entscheidung über den Rechtsstreit bedarf es weiterer tatsächlicher Feststellungen.

Das Berufungsgericht verletzt revisibles Recht mit seiner Auffassung, die Klägerin habe schon deswegen keinen Anspruch auf Schadensersatz, weil sie es in zurechenbarer Weise unterlassen habe, ihren vermeintlichen Beförderungsanspruch durch den Gebrauch von Rechtsmitteln zu sichern.

Nach dem auch im Beamtenrecht geltenden Rechtsgedanken des § 839 Abs. 3 BGB tritt die Ersatzpflicht für rechtswidriges staatliches Handeln nicht ein, wenn der Verletzte mögliche Rechtsbehelfe unmittelbar gegen die beanstandete Entscheidung, insbesondere gerichtlichen Rechtsschutz nach Durchführung des Vorverfahrens, ohne hinreichenden Grund nicht in Anspruch genommen hat (vgl. Urteile vom 28. Mai 1998 - BVerwG 2 C 29.97 - BVerwGE 107, 29 <31> - m.w.N. und vom 3. Dezember 1998 - BVerwG 2 C 22.97 - Buchholz 237.2 § 12 BInLBG Nr. 2). Denn der zeitnah in Anspruch genommene Primärrechtsschutz ist nach Durchführung des Vorverfahrens am ehesten zur Aufklärung und Würdigung komplexer Verwaltungsentscheidungen - wie hier der Auswahl unter vielen Beförderungsbewerbern - geeignet (vgl. Urteil vom 28. Mai 1998 - BVerwG 2 C 29.97 - a.a.O. S. 32). Ob es der Verletzte schuldhaft unterlassen hat, ein Rechtsmittel einzulegen, hängt davon ab, welches Maß an Umsicht und Sorgfalt von Angehörigen des Verkehrskreises verlangt werden muss,

dem der Verletzte angehört (vgl. BGHZ 113, 17 <25>). Danach hat es die Klägerin weder vorsätzlich noch fahrlässig unterlassen, vor dem Beförderungstichtag Rechtsmittel einzulegen.

Art. 33 Abs. 2 GG gewährt jedem Deutschen ein grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung (vgl. BVerfGE 1, 167 <184>). Dementsprechend hat ein Beförderungsbewerber einen Anspruch darauf, dass der Dienstherr über seine Bewerbung ohne Ermessens- und Beurteilungsfehler entscheidet (vgl. Urteil vom 25. April 1996 - BVerwG 2 C 21.95 - BVerwGE 101, 112 <114>). Dieser Bewerbungsverfahrensanspruch lässt sich allein mit einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO sichern und muss von dem unter Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG abgelehnten Bewerber vor Gericht nicht nur formell, sondern auch in der Sache durchgesetzt werden können (vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. September 2002 - 2 BvR 857/02 - NVwZ 2003, 200 m.w.N.). Wird die im Streit stehende Stelle besetzt, bleibt dem unterlegenen Bewerber sowohl die erfolgreiche Inanspruchnahme gerichtlichen Eilrechtsschutzes als auch primärer Rechtsschutz in der Hauptsache in Form der Bescheidungsklage nach § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO versagt (stRspr; vgl. u.a. Urteil vom 25. August 1988 - BVerwG 2 C 62.85 - BVerwGE 80, 127 <129 f.> sowie zuletzt Urteil vom 21. August 2003 - BVerwG 2 C 14.02 - Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 27; BVerfG, Kammerbeschluss vom 19. September 1989 - 2 BvR 1576/88 - NJW 1990, 501 f. und Kammerbeschluss vom 24. September 2002 - 2 BvR 857/02 - DVBl 2002, 1633 ff.).

Wegen dieser besonderen Bedeutung des gerichtlichen Eilrechtsschutzes im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit für die Effektivität des Rechtsschutzes des unterlegenen Bewerbers müssen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren so ausgestaltet sein, dass der gerichtliche Rechtsschutz weder vereitelt noch unzumutbar erschwert wird (stRspr; vgl. zuletzt Urteil vom 21. August 2003 - BVerwG 2 C 14.02 - a.a.O., m.w.N.). Unerlässlich ist es demzufolge, dass der Dienstherr seine Auswahlentscheidung dem unterlegenen Bewerber rechtzeitig vor Ernennung des Mitbewerbers mitteilt (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 19. September 1989 - 2 BvR 1576/88 - a.a.O.) und ihm Gelegenheit gibt, im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zu verhindern, dass die besetzbare Planstelle mit einem anderen Bewerber endgültig

besetzt wird und für den unterlegenen Bewerber nicht mehr zur Verfügung steht. Diesen Anforderungen ist der Beklagte in dem streitigen Auswahlverfahren dadurch nicht gerecht geworden, dass er der Klägerin die für deren Rechtsschutzentscheidung erforderlichen Informationen nicht hat zukommen lassen. Diese Unterrichtung war nicht deswegen entbehrlich, weil der Klägerin das Auswahlverfahren im Einzelnen bekannt war oder das vom Beklagten gewählte jährliche Massenbeförderungsverfahren durch Negativmitteilungen an jeden Bewerber erschwert worden wäre. Denn der unterlegene Bewerber hat 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.

Dem genügt die bloße Mitteilung des "fiktiven Anstellungsdatums" nicht. Mit deren Kenntnis war es der Klägerin nicht möglich, abzuschätzen, welchen Ranglistenplatz sie einnahm und ob sie mit dieser Rangstelle noch befördert worden wäre. Zwar war für die Klägerin erkennbar, dass ihre fiktive Dienstzeit entsprechend dem ihr zugeteilten fiktiven Anstellungsdatum im Verhältnis zum Vorjahr um ein Jahr verkürzt worden war. Doch konnte sie daraus nicht mit der erforderlichen Gewissheit ableiten, ob sie einen Ranglistenplatz einnahm, der zu einer Beförderung führen würde oder nicht. Da sie vom Dienstherrn keine zusätzlichen verbindlichen Informationen erhalten hatte, kannte sie zuverlässig weder die Anzahl der zu besetzenden Beförderungsplanstellen noch die Anzahl ihrer Mitbewerber. Sich bei ihrem Dienstherrn oder beim Personalrat zu erkundigen, war die Klägerin nicht verpflichtet, zumal der Personalrat nicht berechtigt gewesen wäre, entsprechende Auskünfte zu erteilen.

Die Sache ist zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 144 Abs. 3 Nr. 2 VwGO), weil der Senat nicht abschließend klären kann, ob die angefochtene Entscheidung aus anderen Gründen richtig ist (§ 144 Abs. 4 VwGO).

Nach § 10 Abs. 1 Landesbeamtengesetz Rheinland-Pfalz in der Fassung vom 14. Juli 1970 (GVBl S. 242), zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. Juli 2003 (GVBl S. 155, 158), der eine Konkretisierung des Art. 33 Abs. 2 GG enthält, hat der Dienstherr die Auslese der Bewerber und die Ernennung der Beamten nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung vorzunehmen. Hat eine schuldhaftige Verletzung der festgelegten Auslesekriterien durch den Dienstherrn adäquat kausal zu einem Schaden des Beamten geführt, so kann dies einen Anspruch auf Schadensersatz auslösen (stRspr; vgl. u.a. Urteile vom 25. August 1988 - BVerwG 2 C 51.86 - BVerwGE 80, 123 <124 f.> und vom 28. Mai 1998 - BVerwG 2 C 29.97 - a.a.O. S. 31 m.w.N.). Die Annahme der Kausalität setzt voraus, dass die Behörde ohne den Rechtsverstoß voraussichtlich zu Gunsten des Bewerbers entschieden hätte (vgl. Beschluss vom 16. Oktober 1991 - BVerwG 2 B 115.91 - Buchholz 237.4 § 7 HmbLBG Nr. 1).

Ob das strittige Auswahlverfahren diesen Maßstäben gerecht wurde, kann der Senat nicht beurteilen. Denn tatrichterlich ist weder festgestellt, ob die Berechnung des fiktiven Anstellungsdatums der Klägerin zutreffend ist, noch ist geprüft, ob die Auswahlentscheidung des Beklagten im Übrigen fehlerfrei ist. Bei seiner erneuten Entscheidung wird das Oberverwaltungsgericht daher zu prüfen haben, ob die Nichtberücksichtigung der von der Klägerin in Anspruch genommenen dreijährigen Kindererziehungszeit allein darauf beruht, dass die Klägerin diese in dem Personalfragebogen zur Berechnung des fiktiven Anstellungsdatums für den Beförderungstermin 18. Mai 2001 nicht angegeben hat. Ferner wird zu berücksichtigen sein, dass es nach der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats dem bei der Beförderung zu beachtenden Grundsatz der Bestenauslese entspricht, zur Ermittlung des Leistungsstandes konkurrierender Bewerber in erster Linie auf unmittelbar leistungsbezogene Kriterien zurückzugreifen. Regelmäßig sind dies die - bezogen auf den Zeitpunkt der Auswahlentscheidung - aktuellsten Beurteilungen. Neben diesen aktuellen dienstlichen Beurteilungen können auch frühere dienstliche Beurteilungen - und zwar nicht als bloße Hilfskriterien - zu berücksichtigen sein. Bei einem Vergleich zwischen den Bewerbern um ein Beförderungsamt ermöglichen frühere Beurteilungen

Rückschlüsse und Prognosen für die künftige Bewährung in dem Beförderungsamt
(vgl. Urteil vom 21. August 2003 - BVerwG 2 C 14.02 - a.a.O. m.w.N.).

Albers

Prof. Dawin

Dr. Kugele

Groepper

Dr. Bayer

B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 27 050 € fest-
gesetzt (vgl. § 13 Abs. 4 Satz 2 und § 14 Abs. 1 Satz 1 GKG).

Albers

Prof. Dawin

Dr. Kugele

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Beamtenrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquelle:

BGB § 839 Abs. 3

Stichworte:

Schadensersatzanspruch wegen zu später Beförderung; Auswahlverfahren; Bewerbungsverfahrenanspruch; Pflicht des Dienstherrn zur Benachrichtigung des unterlegenen Bewerbers über das Ergebnis des Auswahlverfahrens; Massenbeförderung.

Leitsätze:

1. Auch bei Beförderungsaktionen, bei denen eine große Zahl von Beamten zur gleichen Zeit befördert wird ("Massenbeförderung"), hat der Dienstherr die nicht für eine Beförderung vorgesehenen rechtzeitig vor der Ernennung der anderen über das Ergebnis der Auswahlentscheidung und die maßgebenden Gründe dafür zu unterrichten.

2. Unterlässt er die Benachrichtigung, kann dem Beamten im Schadensersatzprozess wegen unterbliebener Beförderung regelmäßig nicht der Vorwurf gemacht werden, schuldhaft ein Rechtsmittel gegen die Besetzung der Beförderungsstellen versäumt zu haben.

Urteil des 2. Senats vom 1. April 2004 - BVerwG 2 C 26.03

I. VG Neustadt an der Weinstraße vom 19.03.2002 - Az.: VG 6 K 1770/01 -

II. OVG Koblenz vom 22.11.2002 - Az.: OVG 2 A 11040/02 -