



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 2 C 23.12
OVG 1 A 1938/10

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 30. Oktober 2013
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Domgörgen,
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Heitz,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Thomsen und
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Hartung und Rothfuß

ohne mündliche Verhandlung für Recht erkannt:

Das Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land
Nordrhein-Westfalen vom 24. Oktober 2012 wird aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Oberverwaltungsgericht zurückverwiesen.

Die Entscheidung über die Kosten bleibt der Schlussercheidung vorbehalten.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Kläger verlangt Schadensersatz, weil er bei der Vergabe von Amtszulagen nicht berücksichtigt wurde.
- 2 Der Kläger ist Bundesbeamter im Amt eines Postbetriebsinspektors (BesGr. A 9vz BBesO). Nach der Umwandlung der Bundespost in privatrechtliche Nachfolgeunternehmen mit Wirkung vom 1. Januar 1995 war er bis Ende 2005 bei der Deutschen Post AG, danach bis Ende 2008 bei der Deutschen Postbank AG (im Folgenden: Postbank) als Sozialberater beschäftigt.
- 3 Die Postbank vergab mit Wirkung vom 1. Juli 2007 sechs Amtszulagen für Beamte mit einem Amt der Besoldungsgruppe A 9vz. Sie führte ein internes Auswahlverfahren ohne Ausschreibung durch, in das sie 26 Beamte, darunter den Kläger, einbezog und verlieh sechs Beamten die Amtszulage, ohne dies den anderen mitzuteilen.

- 4 Im August 2007 erfuhr der Kläger von diesen Vorgängen. Er widersprach seiner Nichtberücksichtigung und forderte die Postbank auf, ihre Auswahlentscheidungen zu begründen. Diese verwies auf die bessere Eignung der ausgewählten Beamten. Daraufhin legte der Kläger mit Schreiben vom 22. Oktober 2007 nochmals Widerspruch ein und beanstandete, die Postbank habe weder die Anzahl der zur Verfügung stehenden Amtszulagen noch die Anzahl der Bewerber und die Auswahlkriterien mitgeteilt. In einem Absatz am Ende des Schreibens machte er einen Anspruch auf Schadensersatz für den Fall geltend, dass seine Berücksichtigung wegen der anderweitigen Vergabe der Amtszulagen nicht mehr möglich sein sollte. Abschließend bat er um Stellungnahme bis 6. November 2007.
- 5 Die Postbank erwiderte mit Schreiben vom 5. November 2007: Sie habe nur Beamte ausgewählt, die als „sehr gut“ geeignet eingestuft worden seien. Fünf Beamte hätten einen Eignungsvorsprung gegenüber dem Kläger, weil sie als Beamte des mittleren Dienstes erfolgreich in Positionen tätig seien, die auch Besoldungsgruppen des gehobenen Dienstes zugeordnet seien. Der sechste ausgewählte Beamte weise ein wesentlich höheres Dienstalder in dem Amt der Besoldungsgruppe A 9vz auf als der Kläger.
- 6 Mit der im Dezember 2007 erhobenen Klage will der Kläger erreichen, im Wege des Schadensersatzes so gestellt zu werden, als wenn ihm die Amtszulage verliehen worden wäre. Die Postbank hat im Klageverfahren hauptsächlich gerügt, dass kein Widerspruchsverfahren durchgeführt worden sei. Hilfsweise hat sie sich in der Sache auf das Schadensersatzbegehren eingelassen.
- 7 Die Klage ist in beiden Vorinstanzen erfolglos geblieben. In dem Berufungsurteil hat das Oberverwaltungsgericht im Wesentlichen ausgeführt: Die Klage sei unzulässig, weil der Klageerhebung kein Widerspruchsverfahren vorausgegangen sei. Der Kläger habe versäumt, innerhalb eines Jahres Widerspruch gegen die Ablehnung seines Schadensersatzantrags in dem Schreiben der Postbank vom 5. November 2007 einzulegen. Dieses Schreiben sei als Verwaltungsakt zu werten, obwohl es weder einen Tenor noch eine Rechtsmittelbelehrung enthal-

te. Der Regelungscharakter ergebe sich aus dem Inhalt und aus dem Zusammenhang mit dem Schreiben des Klägers vom 22. Oktober 2007. Darin habe der Kläger seinen Widerspruch gegen die Nichtberücksichtigung bekräftigt und zusätzlich einen Antrag auf Schadensersatz gestellt. Die Annahme eines eigenständigen Antrags folge daraus, dass der Kläger die Ausführungen zur Frage des Schadensersatzes deutlich abgesetzt an das Ende seines Schreibens gestellt habe. In dem darauf bezogenen Schreiben vom 5. November 2007 habe die Postbank unmissverständlich erklärt, sie halte ihre Auswahlentscheidungen aus den näher dargelegten Gründen für rechtmäßig. Daraus habe der Kläger den Schluss ziehen müssen, die Postbank habe den Antrag auf Schadensersatz rechtsverbindlich abgelehnt. Das gesetzlich vorgesehene Widerspruchsverfahren sei nicht entbehrlich geworden. Hierfür reiche nicht aus, dass sich die Beklagte in dem Klageverfahren hilfsweise auf das Schadensersatzbegehren eingelassen habe.

8 Hiergegen wendet sich der Kläger mit der Revision und beantragt,

die Urteile des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 24. Oktober 2012 und des Verwaltungsgerichts Münster vom 24. Juni 2010 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, den Kläger dienst-, besoldungs- und versorgungsrechtlich so zu stellen, als wenn ihm mit Wirkung vom 1. Juli 2007 die Amtszulage für das Amt des Postbetriebsinspektors (Besoldungsgruppe A 9vz) verliehen worden wäre.

9 Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

10 Sie verteidigt das Berufungsurteil und trägt ergänzend vor, nach den im Berufungsverfahren eingeholten Leistungseinschätzungen habe der Kläger keine Aussicht gehabt, eine Amtszulage zu erhalten.

II

- 11 Die zulässige Revision des Klägers, über die der Senat im Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung entscheidet (§ 141 Satz 1, § 125 Abs. 1 Satz 1, § 101 Abs. 2 VwGO), ist mit der Maßgabe begründet, dass das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Oberverwaltungsgericht zurückzuverweisen ist (§ 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwGO). Das Berufungsurteil verletzt revisibles Recht, nämlich § 133 BGB und § 126 Abs. 3 des Beamtenrechtsrahmengesetzes - BRRG - in der im Jahr 2007 geltenden Fassung der Bekanntmachung vom 31. März 1999 (BGBl I S. 654). Das Berufungsurteil stellt sich nicht aus anderen als den vom Oberverwaltungsgericht angeführten Gründen im Ergebnis als richtig dar (§ 144 Abs. 4 VwGO). Der Senat kann über die Begründetheit der form- und fristgerecht erhobenen allgemeinen Leistungsklage, d.h. über das Bestehen des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs, nicht entscheiden, weil die tatsächlichen Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts hierfür nicht ausreichen.
- 12 Das Oberverwaltungsgericht hat die Klage zu Unrecht mit der Begründung als unzulässig angesehen, der Kläger habe vor der Klageerhebung das gesetzlich vorgesehene Widerspruchsverfahren nicht eingeleitet. Die Auslegung seiner vorgerichtlichen Erklärungen ergibt, dass er in Bezug auf den Schadensersatzanspruch Widerspruch eingelegt hat. Darüber hinaus war ein Widerspruchsverfahren nach den Umständen des vorliegenden Falles entbehrlich.
- 13 1. Die tragende Erwägung des Oberverwaltungsgerichts, es fehle an einem Widerspruch des Klägers, beruht auf einer rechtsfehlerhaften Auslegung seines Schreibens an die Postbank vom 22. Oktober 2007. Die Auslegung genügt den sich aus § 133 BGB ergebenden Anforderungen nicht.
- 14 Die Ermittlung des Inhalts einer Erklärung im Wege der Auslegung gilt revisionsrechtlich als Tatsachenfeststellung im Sinne von § 137 Abs. 2 VwGO. Daher ist das Bundesverwaltungsgericht an den vom Tatsachengericht festgestellten Erklärungsinhalt gebunden, wenn dieses Gericht sein Ergebnis rechtsfehler-

frei begründet hat. Die Bindung tritt nicht ein, wenn die Auslegung auf einer unvollständigen Würdigung der festgestellten Tatsachen, einem Rechtsirrtum, einem Verstoß gegen eine Auslegungsregel oder einem Verstoß gegen einen allgemeinen Erfahrungssatz oder ein Denkgesetz beruht. In diesen Fällen kann das Bundesverwaltungsgericht die Erklärung selbst auslegen (stRspr; Urteile vom 5. November 2009 - BVerwG 4 C 3.09 - BVerwGE 135, 209 = Buchholz 316 § 35 VwVfG Nr. 60 <jeweils Rn. 18> und vom 17. Juni 2010 - BVerwG 2 C 86.08 - BVerwGE 137, 138 = Buchholz 240 § 6 BBesG Nr. 28 <jeweils Rn. 14>). Hier hat das Oberverwaltungsgericht gegen die Auslegungsregel des § 133 BGB verstoßen.

- 15 Nach der Auslegungsregel des § 133 BGB, die auch auf öffentlich-rechtliche Erklärungen Anwendung findet, ist bei der Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften. Es kommt darauf an, wie die Erklärung aus der Sicht des Empfängers bei objektiver Betrachtung zu verstehen ist. Maßgebend ist der geäußerte Wille des Erklärenden, wie er sich dem Empfänger nach dem Wortlaut der Erklärung und den sonstigen Umständen darstellt, die der Empfänger bei Zugang der Erklärung erkennen kann. Dieser hat in den Blick zu nehmen, welchen Zweck der Erklärende verfolgt (stRspr; Urteil vom 15. September 2010 - BVerwG 8 C 21.09 - BVerwGE 138, 1 = Buchholz 310 § 68 VwGO Nr. 48 <jeweils Rn. 36>).
- 16 § 133 BGB gibt eine Auslegung vor, die - im Rahmen des für den Erklärungsempfänger Erkennbaren - den mit der Erklärung angestrebten Erfolg herbeiführt und die Erklärung nicht sinnlos macht (BGH, Urteile vom 23. Januar 1997 - IX ZR 69/96 - BGHZ 134, 325 <329> = NJW 1997, 1003 <1004> und vom 7. März 2005 - II ZR 194/03 - NJW 2005, 2618 <2619>). Dies gilt insbesondere für die Ermittlung des Inhalts von Erklärungen Privater gegenüber Behörden. Diese dürfen bei der Auslegung die erkennbare Interessenlage des Erklärenden nicht außer Acht lassen. Legt der Private erkennbar einen Rechtsbehelf ein, darf die Behörde der Erklärung keinen Inhalt geben, der die Rechtsverfolgung erschwert oder gar ausschließt, wenn nach den erkennbaren Umständen auch

eine günstigere Auslegung möglich ist. In Zweifelsfällen sollte beim Erklärenden nachgefragt werden.

- 17 Die Interessenlage des Klägers wird durch § 126 Abs. 3 BRRG bestimmt, der nach wie vor in Kraft ist (§ 63 Abs. 3 Satz 2 des Beamtenstatusgesetzes vom 17. Juni 2008 - BeamStG - BGBl I S.1010). Nach dieser Regelung gelten für Klagen nach Absatz 1, d.h. für alle Klagen aus dem Beamtenverhältnis einschließlich der Leistungs- und Feststellungsklagen, die Vorschriften des 8. Abschnitts der Verwaltungsgerichtsordnung über das Widerspruchsverfahren. Danach ist eine Klage aus dem Beamtenverhältnis unabhängig von der Klageart erst nach Durchführung eines Widerspruchsverfahrens zulässig, sofern gesetzlich nichts anderes bestimmt ist (§ 126 Abs. 3 Nr. 4 BRRG). Darüber hinaus bedarf es eines Widerspruchsverfahrens nicht, wenn es sich nach den Umständen des Einzelfalles als sinnlos erweist (vgl. unter 2.).

- 18 Liegt kein Ausnahmefall vor, müssen Beamte gegen jedes Tun oder Unterlassen des Dienstherrn sowie gegen jeden von ihm zu verantwortenden Zustand, in dem sie eine Beeinträchtigung ihrer Rechtsstellung aus dem Beamtenverhältnis sehen, Widerspruch einlegen (Urteil vom 28. Juni 2001 - BVerwG 2 C 48.00 - BVerwGE 114, 350 <354> = Buchholz 230 § 126 BRRG Nr. 21 S. 3 f.). Die Klagemöglichkeit wird durch den Erlass des Widerspruchsbescheids eröffnet. Dieser ändert die Rechtsnatur der vom Beamten geforderten oder beanstandeten Maßnahme nicht. Eine verwaltungsinterne Maßnahme wird durch den Widerspruchsbescheid nicht zum Verwaltungsakt (Urteil vom 2. März 2006 - BVerwG 2 C 3.05 - BVerwGE 125, 85 = Buchholz 237.8 § 84 RhPLBG Nr. 1 <jeweils Rn. 11>).

- 19 Erght nach Einlegung des Widerspruchs in angemessener Zeit kein Widerspruchsbescheid, kann der Beamte nach Maßgabe des § 75 VwGO Untätigkeitsklage erheben. Diese Vorschrift gilt auch für allgemeine Leistungs- und Feststellungsklagen aus dem Beamtenverhältnis, denen nach § 126 Abs. 3 BRRG ein Widerspruchsverfahren vorauszugehen hat (Brenner, in: Sodan/Ziekow, VwGO, Kommentar, 3. Aufl., § 75 Rn. 18; Rennert, in: Eyermann, VwGO, Kommentar, 13. Aufl., § 75 Rn. 1).

- 20 Der Gesetzgeber hat das Erfordernis des Widerspruchsverfahrens auf alle Streitigkeiten aus dem Beamtenverhältnis erstreckt, um sicherzustellen, dass Beamte vor der Anrufung der Verwaltungsgerichte den Dienstherrn mit ihren Anliegen befassen. Dem Dienstherrn soll stets die Möglichkeit eröffnet werden, einen gerichtlichen Rechtsstreit zu vermeiden, sei es durch Abhilfe, durch gütliche Einigung, soweit dies rechtlich möglich ist, oder durch nähere Begründung seines Rechtsstandpunktes. Neben der Selbstkontrolle des Dienstherrn dient das Widerspruchsverfahren auch in beamtenrechtlichen Angelegenheiten dem Rechtsschutz der Beamten und der Entlastung der Verwaltungsgerichte (Urteil vom 15. September 2010 a.a.O. Rn. 24 f.).
- 21 Aus dem Zweck des § 126 Abs. 3 BRRG folgt, dass das Widerspruchsverfahren den verfahrensrechtlichen Rahmen darstellt, in dem vorgerichtliche Auseinandersetzungen zwischen Beamten und Dienstherrn ausgetragen werden. Dieses gesetzlich geregelte Verfahren soll an die Stelle informeller Verfahren und Absprachen treten. Dies zwingt den Beamten, sein Anliegen inhaltlich zu konkretisieren (Urteil vom 28. Juni 2001 a.a.O. S. 354 f. bzw. S. 3 f.).
- 22 Aus der durch § 126 Abs. 3 BRRG angeordneten Konzentration auf das Widerspruchsverfahren folgt weiter, dass der Beamte einem Widerspruch, der sich nicht gegen einen Verwaltungsakt richtet (Leistungs- oder Feststellungswiderspruch), keinen Antrag vorschalten muss. Ein derartiges Antragserfordernis ergibt sich weder aus einer sonstigen Vorschrift des Prozessrechts noch aus der beamtenrechtlichen Treuepflicht. Es würde die Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes erschweren, weil der Beamte nach der Ablehnung des Antrags nicht sogleich Klage erheben kann, sondern Widerspruch einlegen muss (Urteil vom 28. Juni 2001 a.a.O. S. 355 f. bzw. S. 4 f.; Beschluss vom 18. Juni 2009 - BVerwG 2 B 64.08 - Buchholz 237.2 § 93 BlnLBG Nr. 1 = NVwZ 2009, 1314 <jeweils Rn. 14>).
- 23 Aufgrund dieses Bedeutungsgehalts des § 126 Abs. 3 BRRG sind Rechtsbehelfe von Beamten ungeachtet ihrer Bezeichnung, etwa als Antrag oder Beschwerde, als Widerspruch zu werten, soweit diese Auslegung nach § 133 BGB

vertretbar ist. Eine Ausnahme soll nur gelten, wenn der Beamte ausdrücklich einen gesonderten Antrag stellt, anstatt Widerspruch einzulegen, und auf Nachfrage daran festhält. In diesem Fall soll der Dienstherr verpflichtet sein, diesen Antrag zu bescheiden, sodass der Beamte gegen den ablehnenden Bescheid gesondert Widerspruch erheben muss (Beschluss vom 28. September 2006 - BVerwG 2 B 14.06 - Rn. 3).

- 24 Diese Grundsätze gelten auch für ein Schadensersatzbegehren, das ein Beamter mit der Behauptung geltend macht, der Dienstherr habe schuldhaft seine Rechte aus dem Beamtenverhältnis verletzt. Der Beamte kann die Beseitigung der behaupteten Rechtsverletzung und den daraus hergeleiteten Schadensersatzanspruch gegen den Dienstherrn mit einem einheitlichen Widerspruch verfolgen. Die Bündelung von Beseitigungs- und Schadensersatzbegehren in einem Widerspruchsverfahren entspricht dem Zweck des § 126 Abs. 3 Satz 1 BRRG, weil beide Anliegen in einem engen inhaltlichen Zusammenhang stehen. Zwischen ihnen besteht ein Stufenverhältnis wie zwischen Haupt- und Hilfsantrag im Klageverfahren. Die Gewährung von Schadensersatz kommt nur in Betracht, wenn es der Dienstherr ablehnt, die behauptete Rechtsverletzung zu beseitigen. Entspricht er dem Beseitigungsbegehren, wird das Schadensersatzbegehren gegenstandslos. Hält der Dienstherr das beanstandete Tun oder Unterlassen für rechtmäßig oder sieht er darin jedenfalls keine Verletzung der Rechtsstellung des Beamten, steht zugleich fest, dass er sich nicht für schadensersatzpflichtig hält. Daher ist es erforderlich, aber auch ausreichend, dass der Beamte in der Begründung des Widerspruchs deutlich macht, er verlange hilfsweise Schadensersatz (Urteil vom 28. Juni 2001 a.a.O. S. 355 f. bzw. S. 4).
- 25 Aus dieser durch § 126 Abs. 3 BRRG vorgegebenen Rechtslage ergibt sich das Interesse des Klägers, dass sein Schreiben vom 22. Oktober 2007 auch in Bezug auf den geltend gemachten Schadensersatzanspruch nicht als eigenständiger Antrag, sondern als Erweiterung seines Widerspruchs gegen die Nichtberücksichtigung bei der Vergabe der Amtszulagen zu verstehen ist.

Dies liegt auch deshalb nahe, weil der Widerspruch des Klägers gegen die Nichtberücksichtigung bei der Vergabe der Amtszulagen im Jahr 2007 nach der damals einheitlichen Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte aussichtslos war, weil die Postbank die Amtszulagen den ausgewählten Beamten bereits verliehen hatte. Bis zu dem Urteil des Senats vom 4. November 2010 - BVerwG 2 C 16.09 - (BVerwGE 138, 102 = Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 47) war in der Rechtsprechung allgemein anerkannt, dass Ernennungen und ernennungsähnliche Verwaltungsakte wie die Verleihung von Amtszulagen auch im Falle ihrer Rechtswidrigkeit von Mitbewerbern nicht mit Erfolg angefochten werden konnten. Es wurde angenommen, diese Maßnahmen berührten die subjektive Rechtstellung der Mitbewerber nicht und seien nach dem Grundsatz der Ämterstabilität stets rechtsbeständig. Nach der Ernennung der ausgewählten Bewerber waren Mitbewerber darauf verwiesen, Schadensersatz geltend zu machen. Erst in dem Urteil vom 4. November 2010 (a.a.O.) hat der Senat Ernennungen Drittwirkung zuerkannt und den Grundsatz der Ämterstabilität für unanwendbar erklärt, wenn der Dienstherr vor der Ernennung die Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes durch Mitbewerber verhindert hat. Dies gilt in gleicher Weise für ernennungsähnliche Verwaltungsakte.

- 27 Diese Rechtslage und die sich daraus ergebenden Interessen des Klägers musste die Postbank schon deshalb erkennen und bei der Auslegung der Erklärungen des Klägers einbeziehen, weil auf sie die für Behörden geltenden Maßstäbe anzuwenden sind. Nach Art. 143b Abs. 3 Satz 2 GG übt die Postbank die Dienstherrnbefugnisse gegenüber den ihr zugewiesenen Bundesbeamten aus. Sie wird als Unternehmen privater Rechtsform im Auftrag des Bundes tätig, der sie mit hoheitlichen, einem Privaten ansonsten nicht zustehenden Befugnissen beliehen hat (Urteile vom 20. August 1996 - BVerwG 1 D 80.95 - BVerwGE 103, 375 <377> = Buchholz 232 § 54 Satz 3 Nr. 7 S. 20 und vom 25. Juni 2009 - BVerwG 2 C 68.08 - Buchholz 232.0 § 46 BBG 2009 Nr. 1 = NVwZ-RR 2009, 893 <jeweils Rn. 12>).
- 28 In Anbetracht des erkennbaren Interesses des Klägers, seinen Widerspruch auf das Schadensersatzbegehren zu erstrecken, wäre die Auffassung des Obergerichtes, der Kläger habe in dem Schreiben vom 22. Oktober 2007

einen eigenständigen, dem Widerspruch vorgeschalteten Schadensersatzantrag gestellt, nur dann mit § 133 BGB vereinbar, wenn eine andere Auslegung ausgeschlossen wäre. Hierfür müsste der Wortlaut dieses Schreibens eindeutig für eine Antragstellung sprechen. Dies ist aber nicht der Fall:

- 29 Das Oberverwaltungsgericht hat seine Auffassung entscheidend darauf gestützt, der Kläger habe das Schadensersatzbegehren in einem eigenen Absatz am Ende des Schreibens geltend gemacht. Mit dieser formalen Betrachtungsweise hat es den Inhalt des Schreibens entgegen § 133 BGB nicht vollständig in den Blick genommen. Es hat nicht berücksichtigt, dass der Absatz über das Schadensersatzbegehren offensichtlich einen inhaltlichen Bezug zu den vorstehenden Ausführungen aufweist. Der Kläger hat zunächst dargelegt, seine Nichtberücksichtigung bei der Vergabe der Amtszulagen sei nicht nachvollziehbar, und die unzureichende Information durch die Postbank gerügt. Im Anschluss daran hat er Schadensersatz mit den Worten geltend gemacht, „soweit die Einweisung in eine Planstelle A 09vz mit Amtszulage nun wegen anderweitiger Besetzungen nicht mehr möglich sein sollte“. Damit hat er unmissverständlich an den Widerspruch gegen die Nichtberücksichtigung angeknüpft. Er hat Schadensersatz für den Fall geltend gemacht, dass die Vergabe einer Amtszulage an ihn rechtlich ausgeschlossen sei.
- 30 Diesen inhaltlichen Zusammenhang lässt auch die Erwägung des Oberverwaltungsgerichts außer Acht, die Bitte um kurzfristige Stellungnahme in dem letzten Satz des Schreibens vom 22. Oktober 2007 habe sich nicht an die Postbank als Widerspruchsbehörde richten können, weil die Abgabe von Stellungnahmen nicht zu den Aufgaben einer Widerspruchsbehörde gehöre. Auch hat der Kläger diese Bitte nach ihrem Wortlaut nicht auf das Schadensersatzbegehren beschränkt.
- 31 Da der Kläger seinen Widerspruch durch das Schreiben vom 22. Oktober 2007 auf das Schadensersatzbegehren erstreckt hat, ist die allgemeine Leistungsklage auf Gewährung von Schadensersatz nach § 75 Satz 1 und 2 VwGO jedenfalls nach Ablauf von drei Monaten nach Einlegung des Widerspruchs zulässig geworden.

- 32 Im Übrigen verstößt auch die Auffassung des Oberverwaltungsgerichts gegen § 133 BGB, die Postbank habe das Schadensersatzbegehren durch das Schreiben vom 5. November 2007 rechtsverbindlich in Form eines Verwaltungsakts abgelehnt. Bei der Bestimmung der Rechtsqualität einer behördlichen Erklärung aufgrund ihres tatsächlich festgestellten Inhalts handelt es sich um eine rechtliche Würdigung, die in vollem Umfang der Prüfung des Bundesverwaltungsgerichts im Revisionsverfahren unterliegt (stRspr; Urteil vom 5. November 2009 - BVerwG 4 C 3.09 - BVerwGE 135, 209 = Buchholz 316 § 35 VwVfG Nr. 60 <jeweils Rn. 18>).
- 33 Die Auslegung des Schreibens vom 5. November 2007 als Verwaltungsakt liegt schon deshalb fern, weil es weder einen von der Begründung abgesetzten Entscheidungsausspruch noch eine Rechtsmittelbelehrung enthält. Daher käme die Qualifizierung als Verwaltungsakt nur in Betracht, wenn sich der Regelungscharakter im Sinne von § 35 Satz 1 VwVfG ohne jeden Zweifel aus dem Inhalt ergäbe. Diesem lassen sich aber keine Hinweise für eine rechtsverbindliche Ablehnung des Schadensersatzbegehrens entnehmen. Vielmehr spricht nach der äußeren Gestaltung und dem Inhalt des Schreibens vom 5. November 2007 alles dafür, dass die Postbank dem Kläger eine abschließende Auskunft über die Sach- und Rechtslage erteilen wollte. Sie teilte ihm die tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen für ihre Auswahlentscheidungen mit und legte dar, dass der Kläger zu Recht nicht zum Zuge kam, ohne ausdrücklich auf das Schadensersatzbegehren einzugehen.
- 34 2. Unabhängig von dem Inhalt des Schreibens des Klägers vom 22. Oktober 2007 war das Widerspruchsverfahren im vorliegenden Fall entgegen der Auffassung des Oberverwaltungsgerichts ausnahmsweise entbehrlich.
- 35 Auch in beamtenrechtlichen Angelegenheiten dient das Widerspruchsverfahren der Selbstkontrolle der Verwaltung, dem individuellen Rechtsschutz und der Entlastung der Verwaltungsgerichte. Sind diese Ziele vor der Klageerhebung schon auf andere Weise erreicht worden oder können sie nicht mehr erreicht werden, ist ein Widerspruchsverfahren sinnlos. Seine Durchführung würde ei-

nen sachlich nicht zu rechtfertigenden Formalismus darstellen, der die Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes unnötig verzögert. Die Entbehrlichkeit des Widerspruchsverfahrens in diesen Fällen stellt eine weitere, gesetzlich nicht ausdrücklich geregelte Ausnahme dar, die sich aus Sinn und Zweck der § 126 Abs. 3 BRRG, §§ 68 f. VwGO ergibt (stRspr; vgl. zuletzt Urteil vom 15. September 2010 - BVerwG 8 C 21.09 - BVerwGE 138, 1 = Buchholz 310 § 68 VwGO Nr. 48 <jeweils Rn. 24 f.>). Die genannte Entscheidung kann als Zusammenfassung der - vom Berufungsgericht kritisch dargestellten - Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts verstanden werden.

- 36 Das Widerspruchsverfahren kann seinen Zweck nicht mehr erreichen, wenn feststeht, dass der Widerspruch unabhängig von der Begründung keinen Erfolg haben würde. Daher wird es regelmäßig nicht entbehrlich sein, wenn Ausgangs- und Widerspruchsbehörde nicht identisch sind oder gar unterschiedlichen Rechtsträgern angehören (Urteil vom 21. September 2010 a.a.O. Rn. 26). Auch wird das Widerspruchsverfahren regelmäßig durchzuführen sein, wenn die Widerspruchsbehörde einen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum wahrzunehmen hat. In diesen Fällen geht deren Nachprüfung inhaltlich über die verwaltungsgerichtliche Nachprüfung hinaus (§ 114 Satz 1 VwGO).
- 37 Im Übrigen kommt es vor allem auf den Inhalt der vorgerichtlichen Erklärungen der Beklagten an. Ergibt deren Gesamtwürdigung, dass sich die Beklagte endgültig darauf festgelegt hat, das Rechtsschutzbegehren abzulehnen, ist ein Widerspruchsverfahren sinnlos. Eine derartige Festlegung setzt voraus, dass die Beklagte zu erkennen gegeben hat, sie habe sich ihre Auffassung gebildet und gedenke daran auf jeden Fall festzuhalten. Hat der Betroffene daraufhin Klage erhoben, kann die Beklagte im Klageverfahren nicht dadurch die Durchführung des Widerspruchsverfahrens erreichen, dass sie auf dessen Fehlen verweist und sich gar nicht oder nur hilfsweise zur Sache einlässt. Dadurch setzt sie sich in Widerspruch zu ihren vorgerichtlichen Erklärungen, aus denen der Kläger zu Recht den Schluss zog, ein Widerspruchsverfahren sei sinnlos.
- 38 Hat der Betroffene Klage erhoben, ohne dass ihm die Beklagte hierzu Anlass gegeben hat, kann diese das Widerspruchsverfahren entbehrlich machen, wenn

sie sich im Klageverfahren vorbehaltlos zur Sache einlässt. Dagegen bringt sie in diesen Fällen durch eine nur hilfsweise Einlassung regelmäßig zum Ausdruck, dass sie den Kläger an der Durchführung des Widerspruchsverfahrens festhalten will. Dieses Verhalten ist dann auch nicht widersprüchlich, weil sich die Beklagte vorgerichtlich gerade nicht endgültig auf die Ablehnung des Klagebegehrens festgelegt hat.

- 39 Nach diesen Grundsätzen hat sich das Widerspruchsverfahren im vorliegenden Fall bereits zum Zeitpunkt der Klageerhebung als entbehrlich erwiesen: Die als Ausgangs- und Widerspruchsbehörde zuständige Postbank hatte sich gegenüber dem Kläger vorgerichtlich darauf festgelegt, dieser habe zu Recht keine Amtszulage erhalten. In dem Schreiben vom 5. November 2007 ließ sie keinen Zweifel daran, dass sie die dargelegten Auswahlkriterien und die darauf gestützte Bewerberauswahl für rechtmäßig halte. Nach Ansicht der Postbank wiesen die ausgewählten Beamten einen erheblichen Eignungsvorsprung gegenüber dem Kläger auf. Diese Erklärungen ließen aus der Sicht des Klägers nur den Schluss zu, die Postbank sei auf keinen Fall bereit, wegen dessen Nichtberücksichtigung Schadensersatz zu leisten.
- 40 Hatte sich ein Widerspruchsverfahren aufgrund der eindeutigen Aussagen der Postbank bereits vor der Klageerhebung als sinnlos erwiesen, kann sie durch ihr prozessuales Verhalten nicht mehr erreichen, dass ein solches Verfahren durchgeführt wird.
- 41 3. Die tatsächlichen Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts ermöglichen es dem Senat nicht, abschließend zu beurteilen, ob der geltend gemachte Schadensersatzanspruch besteht. Er weist jedoch auf Folgendes hin:
- 42 Ein Beamter kann von seinem Dienstherrn Ersatz des ihm durch die Nichtbeförderung entstandenen Schadens verlangen, wenn der Dienstherr bei der Vergabe eines Beförderungsamtes den aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Anspruch des Beamten auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl schuldhaft verletzt hat, dem Beamten das Amt ohne diesen Rechtsverstoß voraussichtlich übertragen worden wäre und dieser es nicht schuldhaft unterlas-

sen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden (Urteile vom 17. August 2005 - BVerwG 2 C 37.04 - BVerwGE 124, 99 <101 f.> = Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 32 Rn. 16; vom 26. Januar 2012 - BVerwG 2 A 7.09 - BVerwGE 141, 361 = Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 53 <jeweils Rn. 15> und vom 29. November 2012 - BVerwG 2 C 6.11 - BVerwGE 145, 185 = NVwZ 2013, 955 <jeweils Rn. 9>).

- 43 Die Vergabe der Amtszulagen ist an Art. 33 Abs. 2 GG zu messen, weil es sich bei Ämtern gleicher Besoldungsgruppe mit und ohne Amtszulage um statusrechtlich verschiedene Ämter handelt. Liegt kein gesetzlicher Ernennungsstatbestand vor, wird die Amtszulage durch einen ernennungsähnlichen Verwaltungsakt verliehen. Die Verleihung genießt in gleicher Weise Ämterstabilität wie eine Ernennung (Urteile vom 12. Juli 1972 - BVerwG 6 C 11.70 - BVerwGE 40, 229 <230 f.> = Buchholz 235.11 Art. 356 Nr. 1 und vom 23. Februar 1989 - BVerwG 2 C 25.87 - BVerwGE 81, 282 <286 f.> = Buchholz 237.6 § 18 NdsLBG Nr. 2 S. 3 f.; Beschluss vom 16. April 2007 - BVerwG 2 B 25.07 - Buchholz 240 § 42 BBesG Nr. 26 Rn. 4). Im vorliegenden Fall geht es um die Amtszulage nach Fußnote 3 zur Besoldungsgruppe A 9 in der Anlage I i.V.m. Anlage IX des Bundesbesoldungsgesetzes.
- 44 Die Erläuterungen der Postbank in dem Schreiben vom 5. November 2007 lassen es zumindest als ernsthaft möglich erscheinen, dass sie die Rechte des Klägers aus Art. 33 Abs. 2 GG verletzt hat, weil sie die Bewerberauswahl auf nicht unmittelbar leistungsbezogene Auswahlkriterien, nämlich auf die Einstufung (Wertigkeit) der Tätigkeitsbereiche der Bewerber und das Dienstalder gestützt hat. In diesem Fall wäre der Postbank angesichts der bereits 2007 vorliegenden Rechtsprechung zu diesen Kriterien ein Verschulden anzulasten (Urteile vom 28. Oktober 2004 - BVerwG 2 C 23.03 - BVerwGE 122, 147 <151> = Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 30 S. 17 f. und vom 17. August 2005 a.a.O. S. 103 bzw. Rn. 20).
- 45 Die Kausalität der Rechtsverletzung für den Eintritt des Schadens setzt voraus, dass der Beamte ohne den schuldhaften Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG, d.h. bei rechtmäßiger Bewerberauswahl, zumindest reelle Aussichten gehabt hätte,

das angestrebte Amt zu erhalten. Seine Berücksichtigung muss nach Lage der Dinge ernsthaft möglich gewesen sein. Hierfür muss festgestellt werden, welcher hypothetische Kausalverlauf bei rechtmäßigem Vorgehen des Dienstherrn voraussichtlich an die Stelle des tatsächlichen Verlaufs getreten wäre (Urteile vom 17. August 2005 a.a.O. S. 108 f. bzw. Rn. 36 f. und vom 26. Januar 2012 a.a.O. <jeweils Rn. 42 f.>). Hierfür muss aufgrund der 2007 vorhandenen Erkenntnisse nachgezeichnet werden, welches Ergebnis die Bewerberauswahl bei rechtsfehlerfreiem Verfahrensablauf voraussichtlich gehabt hätte. Beurteilungen der Bewerber, die spätere Erkenntnisse aufnehmen, dürfen nicht einbezogen werden.

- 46 Schließlich kann dem Kläger nicht angelastet werden, dass er nicht versucht hat, die Vergabe der Amtszulagen durch einen Antrag auf Erlass einer einstweiliger Anordnung nach § 123 VwGO zu verhindern oder deren Aufhebung im Klageweg zu erreichen. Rechtsschutz nach § 123 VwGO war nicht möglich, weil ihm die Postbank ihre Auswahlentscheidungen vor der Verleihung der Amtszulagen nicht mitgeteilt hat. Aus diesem Grund hätten die Verleihungen zwar nach der neuen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts keine Ämterstabilität genossen (Urteil vom 4. November 2010 - BVerwG 2 C 16.09 - BVerwGE 138, 102 = Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 47 <jeweils Rn. 33 f.>). Im hier maßgebenden Jahr 2007 wären Klagen gegen die Verleihungen nach der damals einhelligen Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte aber aussichtslos gewesen.

Domgörgen

Dr. Heitz

Richterin am BVerwG
Thomsen ist wegen
Urlaubsabwesenheit
verhindert, ihre Unter-
schrift beizufügen.
Domgörgen

Dr. Hartung

Rothfuß

B e s c h l u s s

Der Streitwert wird für das Revisionsverfahren auf 20 982,91 € festgesetzt. Maßgebend ist der 6,5-fache Betrag des Endgrundgehaltes der BesGr. A 9 nebst Amtszulage nach Anlage I zu A 9 Fußnote 3 i.V.m. Anlage IX BBesG im Jahr 2012 (§ 52 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. Satz 1, §§ 40, 47 Abs. 1 Satz 1 GKG).

Domgörgen

Dr. Heitz

Dr. Hartung

Sachgebiet:

BVerwGE: ja

Beamtenrecht
Verwaltungsprozessrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

GG	Art. 33 Abs. 2, Art. 143b Abs. 3 Satz 2
BRRG	§ 126 Abs. 1 und 3
VwGO	§§ 68 f.
VwVfG	§ 35 Satz 1
BGB	§ 133

Stichworte:

Klage aus dem Beamtenverhältnis; Widerspruch in beamtenrechtlichen Streitigkeiten; Entbehrlichkeit des Widerspruchsverfahrens; Auslegung nach § 133 BGB; erkennbare Interessenlage des Erklärenden; Verwaltungsaktqualität einer behördlichen Erklärung; Dienstherrnbefugnisse der Postbank; Amtszulage; ernennungsähnlicher Verwaltungsakt; Ämterstabilität; Rechtsschutzverhinderung; Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des Art. 33 Abs. 2 GG.

Leitsatz:

Erklärungen gegenüber einer Behörde sind im Rahmen des nach § 133 BGB Vertretbaren möglichst so auszulegen, dass der Erklärende sein Rechtsschutzziel erreichen kann.

Das Erfordernis des Widerspruchsverfahrens in allen beamtenrechtlichen Angelegenheiten nach § 126 BRRG soll sicherstellen, dass sich der Dienstherr mit allen Anliegen der Beamten vor einer Klageerhebung befassen kann.

Ein Widerspruchsverfahren ist entbehrlich, wenn sich die Behörde gegenüber dem Kläger vorgerichtlich endgültig auf die Ablehnung des Rechtsschutzbegehrens festgelegt hat. Daran ändert nichts, wenn die Beklagte im Klageverfahren das Fehlen des Widerspruchsverfahrens rügt und sich nur hilfsweise auf die Sache einlässt.

Ein Schadensersatzanspruch eines unterlegenen Bewerbers wegen einer Verletzung des Art. 33 Abs. 2 GG vor dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 4. November 2010 - BVerwG 2 C 16.09 - (BVerwGE 138, 102 = Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 47) setzt auch in Fällen der Rechtsschutzverhinderung nicht voraus, dass der Bewerber die Ernennung des Konkurrenten angefochten hat.

Urteil des 2. Senats vom 30. Oktober 2013 - BVerwG 2 C 23.12

- I. VG Münster vom 24.06.2010 - Az.: VG 5 K 2079/07 -
- II. OVG Münster vom 24.10.2012 - Az.: OVG 1 A 1938/10 -