

## Rechtsprechung der niedersächsischen Justiz

### Schadensersatz wegen unterbliebener Beförderung

#### Zu den Anforderungen an eine Konkurrentenmitteilung.

OVG Lüneburg 5. Senat, Urteil vom 25.11.2014, 5 LB 7/14

Art 33 Abs 2 GG, § 9 BeamtStG

#### Tenor

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Göttingen - 1. Kammer - vom 29. Mai 2013 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens; insoweit ist das Urteil vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Berufungsverfahren auf 24.401,26 EUR festgesetzt.

#### Tatbestand

- 1 Der Kläger begehrt von dem Beklagten Schadensersatz wegen Nichtbeförderung.
- 2 Der am ... geborene Kläger ist Polizeibeamter. Im Jahr 2000 wurde er zum Kriminaloberkommissar (Besoldungsgruppe A 10) und im Juni 2014 zum Kriminalhauptkommissar (Besoldungsgruppe A 11) befördert. Bis zum 30. September 2006 war der Kläger im Bereich der Polizeidirektion C. eingesetzt. Zum 1. Oktober 2006 wurde er zur Polizeidirektion B. versetzt.
- 3 Die Polizeidirektion C. beurteilte den Kläger zum Stichtag 1. November 1999 im Statusamt eines Kriminalkommissars (Besoldungsgruppe A 9) mit dem Gesamturteil 4 (übertrifft erheblich die Anforderungen) und zum Stichtag 1. September 2002 im Statusamt eines Kriminaloberkommissars (Besoldungsgruppe A 10) mit dem Gesamturteil 4 (übertrifft erheblich die Anforderungen).
- 4 Außerdem beurteilte die Polizeidirektion C. den Kläger zum Stichtag 1. September 2005 im Statusamt eines Kriminaloberkommissars (Besoldungsgruppe A 10) wiederum mit dem Gesamturteil 4 (übertrifft erheblich die Anforderungen). Gegen diese Beurteilung erhob der Kläger am 3. August 2006 Klage vor dem Verwaltungsgericht Hannover. Das Verwaltungsgericht Hannover hob mit Urteil vom 11. März 2009 (2 A 4651/06) die Beurteilung auf und verpflichtete die Polizeidirektion C., den Kläger unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zum Stichtag 1. September 2005 erneut dienstlich zu beurteilen. Zur Begründung führte es aus, die Polizeidirektion C. habe den Zeitraum der Tätigkeit des Klägers in dem Polizeikommissariat D. vom 12. Januar 2004 bis 30. November 2004 und die Tätigkeit im Rahmen seiner Auslandsmissionen von insgesamt elf Monaten in E. in den Jahren 2002 und 2005 nicht angemessen berücksichtigt. Da die angefertigte Beurteilungsnotiz hinsichtlich der Tätigkeit in dem Polizeikommissariat D. nicht auffindbar gewesen sei, müsse vorerst davon ausgegangen werden, dass es über diese Zeit überhaupt keine Beurteilungsnotiz gebe und eine Berücksichtigung zu Lasten des Klägers ausscheide. Auch hätten die Beurteilungsnotizen hinsichtlich der Einsätze in E., in denen der Kläger die höchste Wertungsstufe erzielt hatte, stärker gewichtet werden müssen.
- 5 Daraufhin erstellte die Polizeidirektion C. am 9. September 2009 eine neue Beurteilung des Klägers zum Stichtag 1. September 2005, die erneut zu dem Gesamturteil 4 (übertrifft erheblich die Anforderungen) kam. Dabei berücksichtigte die Polizeidirektion C. die Zeit des Klägers in dem Polizeikommissariat D., obwohl es keine Beurteilungsnotiz darüber gab und der Erstbeurteiler sich aufgrund des Zeitablaufs außerstande sah, eine neue Notiz zu erstellen. Diese Beurteilung hob das Verwaltungsgericht Hannover mit Urteil vom 9. März 2012 (2 A 1893/10) auf und verpflichtete die Polizeidirektion C. wiederum, den Kläger unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zum Stichtag 1. September 2005 neu zu beurteilen. Die Beurteilung sei rechtsfehlerhaft, da der Zeitraum im Polizeikommissariat D. aufgrund der fehlenden Beurteilungsnotiz nicht hätte berücksichtigt werden dürfen.
- 6 Im August 2012 fertigte die Polizeidirektion C. eine erneute Beurteilung für den Kläger zum Stichtag 1. September 2005, die mit dem Gesamturteil 5 (hervorragend) endete.

- 7 Nach seiner zum 1. Oktober 2006 erfolgten Versetzung zur Polizeidirektion B. beurteilte ihn die Polizeidirektion B. im Rahmen der Regelbeurteilung zum Stichtag 1. September 2008 mit dem Gesamturteil „C - oberer Bereich“. Zum Stichtag 1. September 2011 erhielt er ebenfalls das Gesamturteil „C - oberer Bereich“.
- 8 Die Polizeidirektion B. beförderte seit 2006 mehrfach Kollegen des Klägers in der Polizeiinspektion B. zum Polizei- bzw. Kriminalhauptkommissar (Besoldungsgruppe A 11):
- 9 - Sie besetzte zum 1. Oktober 2007 zehn A 11-Stellen anhand der Beförderungsorientierungsliste. Sie führte den Kläger in der Liste zum Stichtag 1. September 2005 mit der Wertungsstufe 4. Befördert wurden ausschließlich Beamte, die in der Beurteilung zum Stichtag 1. September 2005 die Wertungsstufe 5 erhalten haben. Die Auswahl wurde in der Polizeiinspektion B. durch einen Aushang „Beförderungsplanung in der PI B.“ bekannt gemacht, in der die zehn zur Beförderung nach A 11 vorgesehenen Beamten namentlich aufgeführt waren.
- 10 - Im Dezember 2008 erhielt die Polizeiinspektion B. eine Beförderungsstelle nach A 11, die mit einem Beamten mit dem Gesamturteil „B“ zum Stichtag 1. September 2008 besetzt worden ist.
- 11 - Bei der Polizeiinspektion B. wurden am 12. Juni 2009 zwei Beamte und am 28. August 2009 und am 20. November 2009 jeweils ein Beamter zum Polizeihauptkommissar bzw. Kriminalhauptkommissar befördert. Alle ausgewählten Bewerber hatten in der Beurteilung zum Stichtag 1. September 2008 das Gesamturteil „C - oberer Bereich“ und in der Vorbeurteilung die Wertungsstufe 4 erhalten. Die Bekanntgabe dieser Auswahlentscheidungen erfolgte durch dienstliche, an die unterlegenen Beamten der jeweiligen Vergleichsgruppe gerichtete E-Mails.
- 12 - Am 26. Juli 2010 und am 24. September 2010 wurden bei der Polizeiinspektion B. jeweils ein Beamter zum Polizei- bzw. Kriminalhauptkommissar befördert. Beide Beamte hatten in der Beurteilung zum Stichtag 1. September 2008 das Gesamturteil „C - oberer Bereich“ und in der Vorbeurteilung die Wertungsstufe 4 erhalten. Die Auswahlentscheidungen wurden wiederum per E-Mail in der jeweiligen Vergleichsgruppe bekannt gegeben.
- 13 Mit Schreiben vom 5. November 2012 beantragte der Kläger bei der Polizeidirektion B., so gestellt zu werden, als ob er im Oktober 2008 zum Polizeihauptkommissar befördert worden wäre. Die Polizeidirektion B. lehnte diesen Antrag mit Bescheid vom 16. November 2012, zugestellt am 27. November 2012, ab.
- 14 Am 19. Dezember 2012 hat der Kläger gegen die Polizeidirektion B. Klage erhoben. Er hat im Verlauf des Klageverfahrens seinen ursprünglichen Klageantrag erweitert und Schadensersatz ab Oktober 2007 geltend gemacht. Er hat vorgetragen, den jeweiligen Beförderungsentscheidungen, bei denen er nicht zum Zuge gekommen sei, lägen die fehlerhaften dienstlichen Beurteilungen zum Stichtag 1. September 2005 zugrunde. Hätte die Polizeidirektion B. nicht die unzutreffende Beurteilung mit dem Gesamturteil „Übertrifft erheblich die Anforderungen“ (Wertungsstufe 4) berücksichtigt, sondern stattdessen die tatsächlich erbrachte Leistung mit dem Gesamturteil „Hervorragend“ (Wertungsstufe 5) zugrunde gelegt, wäre er inzwischen befördert worden. Er habe es auch nicht schuldhaft unterlassen, gegen die Beförderungen unmittelbar Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen. Die Polizeidirektion B. habe ihn nicht ausreichend über die Grundlagen der Beförderungen unterrichtet. Die Mitteilung ausschließlich der Namen der zu befördernden Beamten reiche dafür nicht aus. Er habe nur die Auskunft erhalten, dass er aufgrund der Beurteilung zum Stichtag 1. September 2005 mit der Wertungsstufe 4 nicht zur Beförderung anstehe. Einen Einblick in die Beförderungsranliste habe er dagegen nicht erhalten. In der Zeit vom 12. Mai bis 19. Juli 2009 sei er dienstunfähig erkrankt gewesen und habe die dienstliche E-Mail vom 28. Mai 2009 deshalb nicht zur Kenntnis nehmen können. Eine individuelle Information sei nicht erfolgt.
- 15 Der Kläger hat beantragt,
- 16 die Polizeidirektion B. unter Aufhebung des Bescheides vom 16. November 2012 zu verurteilen, den Kläger dienst-, besoldungs- und versorgungsrechtlich so zu stellen, als ob er im Oktober 2007 zum Kriminalhauptkommissar mit der Besoldungsgruppe A 11 befördert worden wäre.
- 17 Die Polizeidirektion B. hat beantragt,
- 18 die Klage abzuweisen.
- 19 Sie hat vorgetragen, dass der Kläger zwar bereits zum 1. Oktober 2007 nach A 11 befördert worden wäre, wenn seine Beurteilung zum Stichtag 1. September 2005 seinerzeit schon auf „Hervorragend“ (Wertungsstufe 5) gelautet hätte. Ein Schadensersatzanspruch des Klägers scheidet aber aus, weil die fehlerhafte Beurteilung nicht von der Polizeidirektion B., sondern von der Polizeidirektion C. erstellt worden und deshalb nur die damals bestehende Beurteilung mit der Wertungsstufe 4 zu berücksichtigen gewesen sei. Mit dieser Beurteilung wäre der Kläger im Oktober 2007 nicht befördert worden. Außerdem habe es der Kläger seinerzeit schuldhaft unterlassen, gegen die Beförderung primären Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen. Die Polizeidirektion B. habe die Namen der zu befördernden Beamten durch Aushang und eine „Rundmail“ an alle Beamten der Vergleichsgruppe bekanntgegeben. Im Übrigen komme es auf die fehlerhaften Beurteilungen zum Stichtag 1. September 2005 nicht an, da es bereits zum Stichtag 1. September 2008 eine aktuellere Beurteilung des Klägers gegeben habe. Der

Beamte, der im Dezember 2008 befördert worden sei, habe eine Beurteilung zum Stichtag 1. September 2008 mit dem Gesamturteil „B“ erhalten und habe deshalb zu Recht den Vorzug vor dem Kläger erhalten. Außerdem sei der Schadensersatzanspruch inzwischen verjährt.

- 20 Das Verwaltungsgericht hat der Klage mit Urteil vom 29. Mai 2013 stattgegeben. Es hat die Polizeidirektion B. unter Aufhebung des Bescheides vom 16. November 2012 verurteilt, den Kläger dienst-, besoldungs- und versorgungsrechtlich so zu stellen, als ob er im Oktober 2007 zum Kriminalhauptkommissar mit der Besoldungsgruppe A 11 befördert worden wäre. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Polizeidirektion B. habe den Anspruch des Klägers auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl verletzt. Die Polizeidirektion B. habe bei ihrer Auswahlentscheidung zur Besetzung der zehn A 11-Stellen zum 1. Oktober 2007 die Beurteilung der Polizeidirektion C. vom 13. Oktober 2005 zum Stichtag 1. September 2005 mit dem Gesamturteil „Übertrifft erheblich die Anforderungen“ (Wertungsstufe 4) berücksichtigt. Diese Beurteilung sei rechtswidrig gewesen, wie das Verwaltungsgericht Hannover in seinem Urteil vom 11. März 2009 festgestellt habe.
- 21 Die Pflichtverletzung sei fahrlässig erfolgt. Die Polizeidirektion B. habe die Beurteilung des Klägers vom 13. Oktober 2005 nicht überprüft. Bei Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte die personalbearbeitende Stelle der Polizeidirektion B. aber erkennen können, dass die Beurteilung der Polizeidirektion C. vom 13. Oktober 2005 habe rechtswidrig gewesen sein können und die Möglichkeit bestanden habe, dass der Kläger um eine Notenstufe besser mit dem Gesamturteil „Hervorragend“ (Wertungsstufe 5) zu beurteilen gewesen wäre. Zum Zeitpunkt der Auswahlentscheidung im Herbst 2007 habe der Kläger bereits vor dem Verwaltungsgericht Hannover Klage gegen seine Beurteilung erhoben. Das Gericht gehe davon aus, dass die Polizeidirektion B. von diesem Rechtsstreit gewusst habe. Ihr seien nach der Versetzung des Klägers von der Polizeidirektion C. zur Polizeidirektion B. am 30. August 2006 die Personalakten des Klägers einschließlich der Unterakten übersandt worden. Das Klageverfahren hätte Anlass gegeben, vor der Beförderungsentscheidung Einsicht in die Gerichtsakten zu nehmen und eine inzidente Rechtmäßigkeitsüberprüfung vorzunehmen. Dabei hätte die Polizeidirektion B. erkennen können, dass gewichtige Gründe für die Rechtswidrigkeit der Beurteilung bestanden hätten. Es habe sich nicht um eine schwierige Rechtsfrage gehandelt, sondern es sei um die tatsächlich vorliegenden Grundlagen der Beurteilung gegangen.
- 22 Die Verletzung des Art. 33 Abs. 2 GG zu Lasten des Klägers sei kausal für seine Nichtbeförderung. Die Polizeidirektion B. habe selbst vorgetragen, dass der Kläger, wäre er zum Stichtag 1. September 2005 gleich mit dem Gesamturteil „Hervorragend“ (Wertungsstufe 5) beurteilt worden, zum 1. Oktober 2007 zum Kriminalhauptkommissar mit der Besoldungsgruppe A 11 befördert worden wäre.
- 23 Der Kläger habe es nicht schuldhaft unterlassen, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Er sei nicht rechtzeitig vor der Ernennung der Konkurrenten über das Ergebnis der Auswahlentscheidung und die maßgebenden Gründe dafür unterrichtet worden. Die bloße Mitteilung der Namen der zehn zu befördernden Beamten durch die Polizeidirektion B. reiche dafür nicht aus. Dem Kläger sei nicht möglich gewesen abzuschätzen, welchen Ranglistenplatz er eingenommen habe und ob er mit dieser Rangstelle noch befördert worden wäre.
- 24 Der Anspruch des Klägers sei auch nicht verjährt. Der Kläger könne frühestens mit der rechtmäßigen Beurteilung vom 11. Juli 2012, eher aber wohl nach der Mitteilung der Polizeidirektion B. im laufenden Gerichtsverfahren mit Schriftsatz vom 7. Mai 2013 über die Beförderung zum 1. Oktober 2007 bei Berücksichtigung einer rechtmäßigen Beurteilung, von allen den Anspruch begründenden Umständen Kenntnis erlangt haben. Letztendlich könne der genaue Zeitpunkt offen bleiben, da unter keinen Umständen Verjährung eingetreten sei.
- 25 Auf Antrag der Polizeidirektion B. hat der Senat die Berufung gegen dieses Urteil mit Beschluss vom 10. Januar 2014 (5 LA 167/13) gemäß § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zugelassen. In dem Beschluss hat der Senat das Passivrubrum in dem vorliegenden Rechtsstreit dahingehend berichtigt, dass das Land Niedersachsen, vertreten durch die Polizeidirektion B., Beklagter ist.
- 26 Der Beklagte trägt zur Begründung seiner Berufung vor, die Beurteilung des Klägers zum Stichtag 1. September 2005 sei zum Zeitpunkt der ersten Bewerberauswahl im Oktober 2007 aus der ex-ante Betrachtung rechtmäßig gewesen. Erst mit Urteil des Verwaltungsgerichts Hannover vom 11. März 2009 habe festgestanden, dass die Beurteilung rechtswidrig gewesen sei. Das Verwaltungsgericht überdehne den für die Frage des Verschuldens zu beachtenden Fahrlässigkeitsmaßstab, wenn der Dienstherr bei der Auswahlentscheidung eine andere - bessere - Leistungsbeurteilung einbeziehen müsse, als er in dem Rechtsstreit gegen die dienstliche Beurteilung selbst noch vertrete. Die Polizeidirektion B. habe nicht eine eigene Beurteilung vornehmen dürfen, für die eine andere Behörde, nämlich die Polizeidirektion C., zuständig gewesen sei und für die sie nicht auf eigene beobachtete Leistungen des Klägers habe abstellen können. Die Polizeidirektion C. habe erst im Jahr 2012, also fünf Jahre nach dem Auswahlverfahren aus dem Jahr 2007, das Beurteilungsverfahren abschließen können. Es sei auch nicht zwingend gewesen, dass der Kläger mit der Wertungsstufe 5 hätte beurteilt werden müssen. Deshalb fehle es auch an einem hypothetischen Kausalitätsverlauf. Eine Beförderung des Klägers im Dezember 2008 sei nicht in Betracht gekommen, weil der ausgewählte Beamte zum Stichtag 1. September 2008 mit dem Gesamturteil „B“, der Kläger nur mit dem Gesamturteil „C-oberer Bereich“ beurteilt worden sei.

- 27 Der Beklagte beantragt,  
28 das angefochtene Urteil zu ändern und die Klage abzuweisen.  
29 Der Kläger beantragt,  
30 die Berufung zurückzuweisen.
- 31 Er trägt vor, sein Bewerbungsverfahrensanspruch sei verletzt worden, weil die Polizeidirektion B. im Auswahlverfahren zum Oktober 2007 eine rechtswidrige Beurteilung zugrunde gelegt habe und weil sie ihm das Ergebnis und die maßgeblichen Gründe der Auswahlentscheidung nicht mitgeteilt und ihm damit keine Möglichkeit eingeräumt habe, innerhalb angemessener Frist vor der Ernennung der Konkurrenten um Rechtsschutz nachzusuchen. Der verantwortliche Amtsinhaber der Polizeidirektion C. habe fahrlässig gehandelt, weil er zum Stichtag über den Kläger eine rechtswidrige Beurteilung gefertigt habe. Der verantwortliche Amtsinhaber der Polizeidirektion B. habe fahrlässig gehandelt, weil er der Auswahlentscheidung eine rechtswidrige Beurteilung des Klägers zugrunde gelegt habe und er sich wenigstens ein Bild darüber hätte verschaffen müssen, ob es Hinweise auf eine Rechtswidrigkeit der Beurteilung gegeben habe. Die Bekanntgabe der Namen derjenigen Bewerber, die hätten befördert werden sollen, habe nicht genügt. Bei dieser Sachlage habe die Polizeidirektion B. jedenfalls keine vollendeten Tatsachen dadurch schaffen dürfen, dass sämtliche Beförderungsdienstposten mit anderen Bewerbern besetzt worden seien. Der Kläger sei fahrlässig vor der Ernennung nicht hinreichend informiert worden. Die Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs sei kausal für seine Nichtbeförderung gewesen. Wäre er rechtmäßig mit der Wertungsstufe 5 beurteilt worden, wäre er unstreitig im Oktober 2007 befördert worden. Wäre er ordnungsgemäß über das Ergebnis der Auswahlentscheidung und die maßgebenden Gründe informiert worden, hätte er die Möglichkeit gehabt, Rechtsmittel gegen diese Entscheidung einzulegen.
- 32 Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Beteiligten und des Sachverhalts wird auf die Gerichtsakte und die Beilagen verwiesen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

### Entscheidungsgründe

- 33 Die Berufung des Beklagten ist zulässig, aber unbegründet.
- 34 Das Verwaltungsgericht hat zu Recht einen Schadensersatzanspruch des Klägers wegen unterbliebener Beförderung für die Zeit ab Juni 2007 bejaht. Die Berufung des Beklagten ist deshalb zurückzuweisen.
- 35 Der Kläger hat einen Anspruch darauf, dienst-, besoldungs- und versorgungsrechtlich so gestellt zu werden, als ob er im Oktober 2007 zum Kriminalhauptkommissar mit der Besoldungsgruppe A 11 befördert worden wäre.
- 36 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 unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden (BVerwG, Urteil vom 30.10.2013 - BVerwG 2 C 23.12 -, juris Rn. 42 m. w. N.).
- 37 Diese Voraussetzungen liegen hier vor.
- 38 1. Der Senat folgt der Einschätzung des Verwaltungsgerichts, wonach die Polizeidirektion B. im Beförderungsverfahren im Oktober 2007 den Bewerbungsverfahrensanspruch des Klägers verletzt hat.
- 39 a) Dem bei einer Beförderung zu beachtenden Grundsatz der Bestenauslese, der sich aus Art. 33 Abs. 2 GG und § 9 BeamStG ergibt, entspricht es, zur Ermittlung des Leistungsstandes konkurrierender Bewerber in erster Linie auf unmittelbar leistungsbezogene Kriterien zurückzugreifen. Dies sind regelmäßig die aktuellen dienstlichen Beurteilungen, weil für die zu treffende Entscheidung hinsichtlich von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung auf den aktuellen Stand abzustellen ist (BVerwG, Urteil vom 27.2.2003 - BVerwG 2 C 16.02 -, juris).
- 40 Diesen Grundsatz hat die Polizeidirektion B. in dem Auswahlverfahren betreffend zehn A 11-Stellen für die Polizeiinspektion B. im Oktober 2007 verletzt. Denn sie legte für den Kläger in diesem Auswahlverfahren seine Beurteilung zum Stichtag 1. September 2005 mit der Wertungsstufe 4 zugrunde. Diese Beurteilung war jedoch rechtswidrig und hätte deshalb in der Auswahlentscheidung nicht berücksichtigt werden dürfen. Das Verwaltungsgericht hat die Beurteilung mit Urteil vom 11. März 2009 (2 A 4651/06) aufgehoben und die Polizeidirektion C. verpflichtet, den Kläger unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zum Stichtag 1. September 2005 erneut dienstlich zu beurteilen.
- 41 Dieser Einschätzung steht nicht entgegen, dass die Rechtswidrigkeit der Beurteilung zum Zeitpunkt der Auswahlentscheidung noch nicht gerichtlich festgestellt worden war. Zwar war die dienstliche Beurteilung mit der Wertungsstufe 4 zum Zeitpunkt der Auswahlentscheidung im Oktober 2007 wirksam. Denn die

dienstliche Beurteilung als solche ist kein Verwaltungsakt (vgl. BVerwG, Urteil vom 18.4.2002 - BVerwG 2 C 10.01 -, juris Rn. 15), die Klage des Klägers gegen die Beurteilung hatte deshalb keine aufschiebende Wirkung i. S. v. § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO (vgl. zu der Wirkung einer Klage gegen eine Untersuchungsanordnung BVerwG, Urteil vom 26.4.2012 - BVerwG 2 C 17.10 -, juris Rn. 14). Die fehlende aufschiebende Wirkung einer Klage gegen die Beurteilung hat zur Folge, dass die Beurteilung zur Grundlage von Auswahlentscheidungen gemacht werden kann und die Behörde grundsätzlich nicht verpflichtet ist, Beförderungsverfahren "auszusetzen", nur weil einer der Bewerber eine für die Auswahlentscheidung bedeutsame dienstliche Beurteilung angreift (vgl. BVerwG, Urteil vom 18.4.2002 - BVerwG 2 C 19.01 -, juris Rn. 15).

- 42 Die damalige Beurteilung mit der Wertungsstufe 4 war aber rechtswidrig. Denn die materielle Prüfung der Rechtmäßigkeit der Beurteilung durch das Verwaltungsgericht erfolgte mit „ex tunc“-Wirkung.
- 43 b) Der Bewerbungsverfahrensanspruch des Klägers ist auch dadurch verletzt worden, dass ihm im Oktober 2007 das Ergebnis der Auswahlentscheidung nicht ordnungsgemäß bekannt gegeben worden ist.
- 44 Der Dienstherr hat die nicht für eine Beförderung vorgesehenen Beamten rechtzeitig vor der Ernennung der anderen Beamten über das Ergebnis der Auswahlentscheidung und die maßgebenden Gründe dafür zu unterrichten. 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 (vgl. BVerwG, Urteil vom 1.4.2004 - BVerwG 2 C 26.03 -, juris Rn. 15 ff.; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 9.7.2007 - 2 BvR 206/07 -, juris Rn. 21). Diesem Begründungserfordernis ist nicht bereits dann genügt, wenn dem abgelehnten Bewerber die Gründe für die Auswahlentscheidung durch mündliche Auskunft oder Einsichtnahme zugänglich gemacht werden, sondern dem erfolglosen Beförderungsbewerber sind bereits diejenigen der wesentlichen Auswahlwägungen mitzuteilen, die dafür maßgeblich waren, dass gerade dem Adressaten des ablehnenden Bescheides der Ausgewählte vorgezogen wurde (vgl. Nds. OVG, Beschluss vom 14.1.2008 - 5 ME 317/07 -, juris, Beschluss vom 8.4.2010 - 5 ME 277/09 -, juris). Demnach reicht es nicht aus, dem Betroffenen überhaupt irgendeine Mitteilung zum Verfahrensergebnis zukommen zu lassen. Die Mitteilung muss vielmehr inhaltlich so gefasst sein, dass sie auch ihren Zweck hinreichend erfüllen kann. Sie muss deswegen bereits aus sich heraus grundsätzlich geeignet sein, den unterlegenen Bewerber in die Lage zu versetzen, sachgerecht darüber befinden zu können, ob er die Entscheidung des Dienstherrn hinnehmen soll oder ob Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen den Anspruch auf faire und chancengleiche Behandlung seiner Bewerbung bestehen und er daher gerichtlichen Eilrechtsschutz in Anspruch nehmen will. Erfüllt die sog. Konkurrentenmitteilung im Kern diesen Zweck, mag es dann gegebenenfalls dem unterlegenen Bewerber obliegen, sich mittels eines Antrags auf Einsicht in die Verwaltungsakten (den Besetzungsvorgang) noch weiter gewünschte ergänzende Informationen selbst zu beschaffen (OVG NRW, Beschluss vom 10.3.2009 - 1 B 1518/08 -, juris Rn. 45). Nach alledem muss eine Konkurrentenmitteilung grundsätzlich Aufschluss geben über die Anzahl der beförderten Konkurrenten sowie die maßgeblichen Auswahlkriterien und den Unterlegenen in die Lage versetzen, sachgerecht darüber entscheiden zu können, ob er gerichtlichen Eilrechtsschutz in Anspruch nehmen will. Dazu gehört in Verfahren wie dem vorliegenden auch die Information über die eigene Position in der Beförderungsrankliste.
- 45 Diesen Anforderungen an eine Konkurrentenmitteilung genügte der Aushang in der Polizeiinspektion B. im Juni 2007 nicht. Denn dem Aushang waren nur die Namen der ausgewählten Beamten, nicht aber die Gründe für die Auswahlentscheidung zu entnehmen.
- 46 Die Angabe der Gründe war hier auch nicht ausnahmsweise entbehrlich, weil es sich um eine Vielzahl von Beförderungen im Zuge eines Stellenhebungsprogramms gehalten hat. Denn die oben genannten Grundsätze sind auch bei Beförderungsaktionen zu beachten, bei denen eine große Zahl von Beamten zur gleichen Zeit befördert wird (vgl. BVerwG, Urteil vom 1.4.2004, a. a. O., Rn. 15).
- 47 Der Angabe von Auswahlgründen hätten auch nicht datenschutzrechtliche Erwägungen entgegengestanden. Im vorliegenden Fall wäre es ohne Verletzung des Datenschutzes möglich gewesen, im Aushang mitzuteilen, dass maßgeblich für die Auswahl die Wertungsstufe 5 im Gesamturteil der Beurteilung im Statusamt A 10 zum Stichtag 1. September 2005 und das Gesamturteil 4 in der Vorbeurteilung im Statusamt A 10 gewesen waren. Datenschutzrechtlichen Bedenken bezüglich der Bekanntgabe der Positionen in den Ranglisten hätte dadurch begegnet werden können, dass die Auswahlentscheidung nicht durch Aushang, sondern durch an jeden Mitbewerber persönlich gerichtete Schreiben bekannt gegeben worden wäre. Solche Schreiben böten überdies die Gewähr, dass jeder potentielle Mitbewerber - etwa auch im Krankheitsfalle (siehe hierzu den Vortrag des Klägers zur Beförderungsrunde im Juni 2009) oder in Elternzeit - hinreichend informiert wäre. Dies gilt für Auswahlverfahren wie dem hier streitigen umso mehr, als eine schriftliche Bewerbung der Beamten nicht erforderlich war, sondern jeder Beamte automatisch in die Beförderungsrankliste seiner Vergleichsgruppe aufgenommen wurde.
- 48 Dieser Fehler ist hier auch nicht ausnahmsweise dadurch geheilt, dass gemäß Ziffer 4 der Beförderungsrichtlinien der Polizeidirektion B. vom 12. Februar 2007 (Bl. 36 BA E) ersuchende Beamte vom Personaldezernat Auskunft aus der Orientierungsliste über die sie betreffenden Daten erhalten. Zwar hat der Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erklärt, dass er sich an das Personaldezernat gewandt und gewusst habe, dass er mit der Beurteilungsnote 4 nicht zur Beförderung angestanden habe.

Er hat jedoch weiter erklärt, die genaue Rangliste habe er trotz Rückfrage nicht zur Kenntnis erhalten. Ihm sei auch nicht mitgeteilt worden, wo er auf der Beförderungsrangliste mit einer Beurteilungsnote 5 gestanden hätte. Zwar hat der im Personaldezernat zuständige EPHK F. in der mündlichen Verhandlung am 25. November 2014 bekundet, er könne sich an keinen Fall erinnern, in dem er auf konkrete Frage eines betroffenen Polizeibeamten keine Auskunft über seine Position in der jeweiligen Beförderungsrangliste erteilt habe. Der Senat vermag jedoch nach alledem nicht mit Überzeugung festzustellen, dass der Kläger im Juni 2007 hinreichend verbindliche Informationen erhalten hatte, um einen Erfolg eines etwaigen Eilrechtsschutzes abzuschätzen.

- 49 2. Die genannten Pflichtverletzungen erfolgten schuldhaft.
- 50 Für die Haftung des Dienstherrn auf Schadensersatz wegen Verletzung von Pflichten aus dem Beamtenverhältnis gilt der allgemeine Verschuldensmaßstab des Bürgerlichen Rechts. Danach handelt fahrlässig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt (vgl. § 276 Abs. 2 BGB). Nach diesem objektiv-abstrakten Sorgfaltsmaßstab ist auf die Anforderungen abzustellen, deren Beachtung von dem verantwortlichen Beamten generell erwartet werden kann. Dies bedeutet, dass jeder Inhaber eines öffentlichen Amtes die Sach- und Rechtslage unter Zuhilfenahme der ihm zu Gebote stehenden Hilfsmittel gewissenhaft prüfen und sich aufgrund vernünftiger Überlegungen eine Rechtsauffassung bilden muss. Wird eine behördliche Maßnahme gerichtlich missbilligt, so kann daraus ein Verstoß des verantwortlichen Amtsinhabers gegen Sorgfaltspflichten nicht hergeleitet werden, wenn er die zugrunde liegende Rechtsauffassung aufgrund sorgfältiger rechtlicher und tatsächlicher Prüfung gewonnen hat und sie im Ergebnis als vertretbar angesehen werden kann. Eine letztlich als unzutreffend erkannte Rechtsauffassung stellt sich als vertretbar dar, wenn die Rechtsfrage nicht einfach zu beurteilen und weder durch die Rechtsprechung geklärt noch im Schrifttum abschließend behandelt ist (BVerwG, Urteil vom 17.8.2005 - BVerwG 2 C 37.04 -, juris Rnm. 23 ff. m. w. N.).
- 51 a) Nach diesem Maßstab ist der Polizeidirektion B. fahrlässiges Handeln vorzuwerfen, soweit der Auswahlentscheidung die rechtswidrige Beurteilung des Klägers zugrunde gelegt worden ist.
- 52 Der Senat teilt die Auffassung des Verwaltungsgerichts, dass von der Auswahlbehörde nicht erwartet werden kann, dass sie jede dienstliche Beurteilung der Bewerber des Auswahlverfahrens auf ihre Rechtswidrigkeit hin überprüft. Im vorliegenden Einzelfall lagen jedoch besondere Umstände vor, die eine Rechtswidrigkeit der Beurteilung des Klägers zum Stichtag 1. September 2005 naheliegend machten. Denn der Kläger hatte in jenem Zeitpunkt bereits Klage gegen diese Beurteilung vor dem Verwaltungsgericht Hannover erhoben unter anderem mit dem Einwand, dass eine Beurteilungsnotiz nicht mehr vorhanden gewesen sei. Der Senat geht wie das Verwaltungsgericht davon aus, dass die Polizeidirektion B. Kenntnis von diesem Gerichtsverfahren gehabt hat, weil ihr die Personalakten des Klägers vorlagen. Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass die Polizeidirektion B. trotz dieser Umstände überhaupt eine Prüfung der Beurteilung vorgenommen hätte. Angesichts der fehlenden Beurteilungsnotiz hätte sie zudem erkennen können, dass die dienstliche Beurteilung rechtswidrig sein könnte.
- 53 Zwar hatte die Polizeidirektion B. nicht die Möglichkeit - selbst wenn sie die Rechtswidrigkeit der Beurteilung erkannt hätte - , eine neue rechtmäßige Beurteilung für den Kläger zu fertigen. Diese Kompetenz oblag allein der für die Beurteilung zuständigen Polizeidirektion C.. Der Beklagte - das Land Niedersachsen - muss sich nach Überzeugung des Senats den Schuldvorwurf gleichwohl zurechnen lassen, wenn - wie hier - eine dem Beklagten untergeordnete Behörde einen den Kläger belastenden Fehler begangen hat (hier die fehlerhafte Beurteilung durch die Polizeidirektion C.) und eine andere dem Beklagten untergeordnete Behörde, an die der Kläger versetzt worden ist und die ihrerseits diesen Fehler aber nicht heilen kann, den Fehler in einem weiteren, den Kläger betreffenden Verfahren fortsetzt. Die Fehlerhaftigkeit des Auswahlverfahrens ist demnach insgesamt der Verantwortlichkeit des beklagten Landes Niedersachsen zuzuschreiben.
- 54 b) Die Polizeidirektion B. handelte zudem fahrlässig, indem sie dem Kläger hinreichende Informationen über die Auswahlentscheidung nicht hat zukommen lassen und ihm damit nicht die Möglichkeit gegeben hat, rechtzeitig Rechtsmittel unmittelbar gegen die Beförderungsentscheidung zu ergreifen. Hierzu hätte im vorliegenden Fall besondere Veranlassung bestanden, weil der Kläger zu jenem Zeitpunkt bereits Klage gegen seine Beurteilung erhoben hatte und dies der Polizeidirektion B. aus der Personalakte bekannt sein musste.
- 55 3. Die Rechtsverletzung im Beförderungsverfahren im Oktober 2007 war zudem für die Nichtbeförderung des Klägers kausal.
- 56 Die Kausalität der Rechtsverletzung für den Eintritt des Schadens setzt voraus, dass der Beamte ohne den schuldhaften Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG, das heißt 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 (BVerwG, Urteil vom 17.8.2005, a. a. O., Rn. 26). Hierfür muss aufgrund der 2007 vorhandenen Erkenntnisse nachgezeichnet werden, welches Ergebnis die Bewerberauswahl bei rechtsfehlerfreiem Verfahrensablauf voraussichtlich gehabt hätte. Wäre der Kläger von Anfang an rechtsfehlerfrei beurteilt und ihm die Wertungsstufe 5 erteilt worden, wäre er im Dezember 2007 zum

Kriminalhauptkommissar der Besoldungsstufe A 11 befördert worden. Dies hat die Polizeidirektion B. selbst mit Schriftsatz vom 7. Mai 2013 vorgetragen.

- 57 Der Beklagte wendet im Berufungsverfahren ohne Erfolg ein, es sei nicht zwingend gewesen, dass dem Kläger die Wertungsstufe 5 hätte zuerkannt werden müssen. Die Umstände, die die Polizeidirektion C. rechtsfehlerhaft gewürdigt hatte und die zu der Verbesserung der Wertungsstufe geführt haben, nämlich die Tätigkeit des Klägers im Rahmen seiner Auslandsmission und das Fehlen einer Beurteilungsnotiz für die Tätigkeit des Klägers im Polizeikommissariat D., waren der Polizeidirektion C. sowohl bei der ersten als auch bei der letzten Fassung der Beurteilung zum Stichtag 1. September 2005 bekannt. Dagegen sind keine späteren, neuen Erkenntnisse in die Beurteilung der Polizeidirektion C. vom August 2012 eingeflossen (vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 30.10.2013 - BVerwG 2 C 23.12 -, juris Rn. 45 a. E.). Es bestehen deshalb keine Bedenken gegen die Annahme eines hypothetischen Kausalverlaufs, wonach die Polizeidirektion C. bei einer rechtsfehlerfreien Berücksichtigung dieser Umstände auch schon im Jahr 2005 wie im Jahr 2012 die Wertungsstufe 5 vergeben hätte.
- 58 4. Schließlich hat es der Kläger nicht schuldhaft unterlassen, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.
- 59 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. Denn der zeitnah in Anspruch genommene primäre Rechtsschutz ist nach Durchführung des Vorverfahrens am ehesten zur Aufklärung und Würdigung komplexer Verwaltungsentscheidungen wie z. B. der Auswahl unter vielen Beförderungsbewerbern geeignet (vgl. BVerwG, Urteil vom 1.4.2004, a. a. O., Rn. 13 m. w. N.). 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 (BVerwG, Urteil vom 1.4.2004, a. a. O., Rn. 13). Allerdings müssen wegen der besonderen Bedeutung des gerichtlichen Eilrechtsschutzes im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit für die Effektivität des Rechtsschutzes des unterlegenen Bewerbers Verwaltungs- und Gerichtsverfahren so ausgestaltet sein, dass der gerichtliche Rechtsschutz weder vereitelt noch unzumutbar erschwert wird. Unerlässlich ist es demzufolge, dass der Dienstherr seine Auswahlentscheidung dem unterlegenen Bewerber rechtzeitig vor Ernennung des Mitbewerbers mitteilt (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 19.9.1989 - 2 BvR 1576/88 -, juris) 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 (vgl. BVerwG, Urteil vom 1.4.2004, a. a. O., Rn. 15).
- 60 Dies zugrunde gelegt, hat es der Kläger nicht schuldhaft unterlassen, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Denn es sind verbindliche Informationen unterblieben, die ihn in die Lage zu versetzt hätten, sachgerecht darüber befinden zu können, ob er die Entscheidung des Dienstherrn hinnehmen soll oder ob Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen den Anspruch auf faire und chancengleiche Behandlung seiner Bewerbung bestehen und er daher gerichtlichen Eilrechtsschutz in Anspruch nehmen will. Insoweit wird auf die obigen Ausführungen unter Ziffer 1.b) verwiesen.
- 61 5. Der Anspruch des Klägers ist nicht verjährt. Insoweit nimmt der Senat Bezug auf die zutreffenden Ausführungen des Verwaltungsgerichts (S. 10, 3. Absatz UA) und macht sie sich zu Eigen (§ 130b VwGO).
- 62 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs.2 VwGO.
- 63 Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 VwGO i. V. m. § 708 Nr. 10 ZPO.
- 64 Gründe für die Zulassung der Revision gemäß § 132 Abs. 2 VwGO, § 127 Nr. 1 BRRG liegen nicht vor.
- 65 Die Streitwertfestsetzung folgt aus §§ 40, 47 Abs. 1 und 3, § 52 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 GKG in der bis zum 31. Juli 2013 geltenden Fassung (Einleitung des zweiten Rechtszugs am 28. Juni 2013) und entspricht dem 6,5fachen Betrag des Endgrundgehalts der Besoldungsgruppe A 11 BBesO zum 28. Juni 2013 in Höhe von 24.401,26 EUR (6,5 x <3.672,85 EUR + Allgemeine Stellenzulage 81,19 EUR>).
- 66 Der Beschluss ist unanfechtbar (§§ 68 Abs. 1 Satz 5 i.V.m. 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).