



Beglaubigte Abschrift

proT-in
Bundesvorstand
Kellerbergstr. 16
57319 Bad Berleburg
eMail bundesvorstand@proT-in.de
Tel. (0 27 51) 95 91 96

OBERVERWALTUNGSGERICHT
FÜR DAS LAND NORDRHEIN-WESTFALEN
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

Verkündet am: 19. Januar 2017
Würfel, Verwaltungsgerichtsbeschäftigte,
als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle

1 A 431/15
15 K 7931/13 Köln

In dem Verwaltungsrechtsstreit

des Herrn

Klägers,

Prozessbevollmächtigte: Wieland Rechtsanwälte GbR, Rheinweg 23,
53113 Bonn,

g e g e n

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den Vorstand der Deutschen Telekom AG, dieser vertreten durch die Leitung des Betriebes Civil Servant Services/Social Matters/Health & Safety (CSH), Langer Grabenweg 33 - 43, 53175 Bonn, Az.: 14.048-5 BRS,

Beklagte,

Prozessbevollmächtigter: Arbeitgeberverband für Telekommunikation und IT e. V. (agv:comunity e. V.), Gradestraße 18, 30163 Hannover, Az. 14.048-5 BRS

wegen Schadensersatz wegen unterlassener Beförderung

hat der 1. Senat

auf die mündliche Verhandlung

vom 19. Januar 2017

durch

den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht H o l t b r ü g g e ,

den Richter am Oberverwaltungsgericht Dr. K n o k e ,

den Richter am Verwaltungsgericht K a p p e n ,

den ehrenamtlichen Richter R a c z ,

den ehrenamtlichen Richter O b e r s t e - P a d t b e r g

auf die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom
15. Januar 2015

für Recht erkannt:

Das angefochtene Urteil wird geändert und 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 8 befördert worden wäre.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 vom Hundert des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger 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 am 22. Dezember 1958 geborene Kläger wurde von der Beklagten im Jahr 1992 zum Fernmeldeassistenten ernannt und in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit berufen. Die letzte Beförderung des Klägers zum Fernmeldeober-

sekretär (Besoldungsgruppe A 7) erfolgte im Jahr 1994. Seit dem Jahr 2004 übertrug die Deutsche Telekom AG (Telekom) dem Kläger im Wege (befristeter) Abordnungen bzw. Zuweisungen verschiedene Tätigkeiten in und außerhalb des Telekom-Konzerns. Mit Wirkung zum 1. März 2010 wies sie ihm dauerhaft eine höherwertige nach Besoldungsgruppe A 9 bewertete Tätigkeit als Service Center Agent bei der Vivento Customer Services GmbH (VCS) am Standort Bonn zu und erklärte zugleich, dass er mit dem Zeitpunkt der dauerhaften Zuweisung in die Beförderungsliste nach Besoldungsgruppe A 8 aufgenommen werde. Nach einer zwischenzeitlich mit Wirkung zum 31. Dezember 2011 erfolgten Aufhebung der Zuweisung infolge einer Standortschließung hat die Telekom dem Kläger mit Wirkung zum 28. Dezember 2012 dauerhaft eine Tätigkeit als Sachbearbeiter Back-office bei der VCS, diesmal am Standort Gelsenkirchen, zugewiesen. Die dortige Tätigkeit übt der Kläger – im Anschluss an eine Abordnung an das Bundesamt für Infrastruktur, Umweltschutz und Dienstleistungen in der Zeit vom 3. Juni 2013 bis zum 11. November 2013 – nicht mehr aus; er ist zurzeit an das Bundesministerium für Bildung und Forschung abgeordnet.

Mit Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 29. April 2013 und vom 18. Dezember 2013 wandte sich der Kläger an die Beklagte und erhob Widerspruch mit dem zuletzt noch verfolgten Ziel, ihn im Wege des Schadensersatzes in dienst-, besoldungs- und versorgungsrechtlicher Hinsicht so zu stellen, als wäre er spätestens am 1. September 2011 in ein Amt der Besoldungsgruppe A 8 befördert worden.

Nachdem die Beklagte über den Widerspruch noch nicht entschieden hatte, hat der Kläger am 20. Dezember 2013 (Untätigkeits-)Klage erhoben.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, ihn im Wege des Schadensersatzes dienst-, besoldungs- und versorgungsrechtlich so zu stellen, als ob er zum 1. September 2011 nach Besoldungsgruppe A 8 befördert worden wäre.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Mit dem angefochtenen Urteil hat das Verwaltungsgericht die Klage abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, der geltend gemachte Schadensersatzanspruch sei verwirkt.

Zur Begründung seiner vom Verwaltungsgericht zugelassenen Berufung trägt der Kläger unter Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens vor, die Beklagte habe seinen Bewerbungsverfahrensanspruch in der Beförderungsrunde betreffend Beförderungen zum 1. September 2011 rechtswidrig und schuldhaft verletzt. Die von ihr bei der Auswahlentscheidung zugrunde gelegten Beurteilungen seien in fehlerhafter Weise nicht von dem Dienstvorgesetzten der Telekom, sondern von unzuständigen Vorgesetzten der den Kläger seinerzeit beschäftigenden Tochtergesellschaft erstellt worden. Im Übrigen litten die Beurteilungen der beförderten Konkurrenten zum Teil an durchgreifenden Fehlern, da sich das abschließende Gesamturteil nicht nachvollziehbar aus den vergebenen Einzelbewertungen herleiten lasse. Im Verhältnis zu der schwächsten zum Zuge gekommenen Beförderungsbewerberin, die mit demselben Gesamturteil wie er beurteilt worden sei, habe die Beklagte ihre Entscheidung zudem auf ein unzulässiges Hilfskriterium gestützt. Der insoweit herangezogene Zeitpunkt der Übertragung des höherwertigen Dienstpostens sei nicht mit dem Leistungsgrundsatz vereinbar, vielmehr sei insoweit auf das Dienstalfer oder die Standzeit im Amt abzustellen. Das gelte umso mehr, als höherwertige Dienstposten bei der Telekom in der Vergangenheit gerade nicht nach dem Leistungsgrundsatz vergeben worden seien. Die zu seinen Lasten unterbliebene Beförderung sei auch kausal für den eingetretenen Schaden. Zwischenzeitlich lasse sich zwar nicht mehr nachvollziehen, ob die Auswahlentscheidung bei der Anlegung rechtmäßiger Maßstäbe vorgenommen worden wäre. Aufgrund der Vielzahl verschränkter Rechtsfehler kämen ihm insoweit jedoch Beweiserleichterungen zu Gute. Darüber hinaus habe er es auch nicht schuldhaft unterlassen, den Schaden durch den Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Eine entsprechende Möglichkeit habe nicht bestan-

den, da die Beklagte ihn nicht mittels einer Konkurrentenmitteilung über die von ihr getroffene Auswahlentscheidung informiert habe. Schließlich sei der Schadensersatzanspruch – entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts – auch nicht verwirkt. Insoweit fehle es insbesondere am Umstandsmoment. So habe er schon gar nicht die für eine frühzeitigere gerichtliche Geltendmachung des streitigen Schadensersatzanspruchs erforderlichen Kenntnisse, namentlich nicht solche zu dem 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 verschaffen müssen. Das gelte insbesondere mit Blick auf das hier vorliegende nicht rechtstreue Verhalten seines Dienstherrn (fehlende Konkurrentenmitteilung). Er habe im Übrigen ein Grundvertrauen in die Rechtmäßigkeit des Handelns der Beklagten gehabt.

Der Kläger beantragt,

das angefochtene Urteil zu ändern und die Beklagte zu verurteilen, ihn im Wege des Schadensersatzes dienst-, besoldungs- und versorgungsrechtlich so zu stellen, als ob er zum 1. September 2011 nach Besoldungsgruppe A 8 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 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 Konkurrentenmitteilung 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 Telekom seit dem Jahr 2000 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 Sozialpartner die Beamten informiert. Sie, die Beklagte, habe sich in diesem Zusammenhang auch wie geschehen ihres Personalportals im Intranet bedienen dürfen, in das einschlägige Anweisungen und Dienstrechts-Infos eingestellt worden seien. Unbeschadet der hier fehlenden Konkurrentenmitteilung 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.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Verfahrensakten und der beigezogenen Verwaltungsvorgänge sowie Gerichtsakten (6 Hefte) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

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

Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Schadensersatz wegen verspäteter Beförderung in ein Amt der Besoldungsgruppe A 8 insoweit, als er mit Blick auf Rechtsfehler in der Beförderungsrunde 2011 für die Zeit ab dem 1. September 2011, dem Beförderungsstichtag jener Runde, so zu stellen ist, als wäre er in das genannte Amt befördert worden.

Die Voraussetzungen für diesen Anspruch sind 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 Bewerbungsverfahrenanspruch 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. Nachw.

a) Die Beklagte hat den Anspruch des Klägers auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl bei der Vergabe von Beförderungsstellen (nachfol-

gend: Bewerbungsverfahrensanspruch) in der Beförderungsrunde des Jahres 2011 (Zuweisung von Beförderungsstellen zum 1. September 2011) verletzt.

Der Kläger kann sich auf den Bewerbungsverfahrensanspruch 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. Urteil des Senats, vom 27. April 2016 – 1 A 2309/14 –, juris, Rn. 32, und 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.

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 – 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.

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 nach dem unwidersprochenen Vortrag des Klägers in verfahrensrechtlicher Hinsicht versäumt, ihn mittels einer Konkurrenzmitteilung 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 Beförderungsstellen (A 8) dienstliche Beurteilungen zugrunde gelegt, die den gesetzlichen Anforderungen nicht standhalten.

Diese Beurteilungen, welche dem Senat als Bestandteil der Beiakte Heft 2 vorliegen und sich auf den Zeitraum vom 1. Oktober 2009 bis zum 30. September 2010 bzw. auf den Zeitraum vom 1. Oktober 2010 bis zum 30 April 2011 beziehen, wurden von Beschäftigten bei der Tochtergesellschaft VCS, bei der der Kläger in der fraglichen Zeit beschäftigt war, gefertigt. Dabei handelte es sich um den jeweiligen unmittelbaren Vorgesetzten und – jedenfalls überwiegend – den nächsthöheren Vorgesetzten (als Mitbeurteiler). Anschließend wurden die Beurteilungen den betroffenen Beamten eröffnet. Erst zu späteren Zeitpunkten wurden in allen Fällen Zusätze des Inhalts „Dienstvorgesetzter bei der Deutschen Telekom AG Im Auftrag“ 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 Telekom, der nicht zur sog. Außenorganisation zählt, verantwortlich zuordnen.

Für eine Beurteilungszuständigkeit von Vorgesetzten aus dem Bereich sog. Tochtergesellschaften fehlt 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 Aufgaben 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 privat-rechtlich verfasste Tochterunternehmen der Deutschen Telekom AG und die dortigen Stelleninhaber nicht erfasst 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 Vorstandes“ wahrgenommen werden. Damit ist eine Wahrnehmung in Organisationseinheiten außerhalb der Deutschen Telekom AG, die lediglich in deren (Teil-)Eigentum stehen, ausgeschlossen.

Vgl. Urteil des Senats vom 27. April 2016
– 1 A 2309/14 –, juris, Rn. 49, sowie Beschluss
des Senats vom 15. März 2013 – 1 B 133/13 –,
ZBR 2013, 266 = juris, Rn. 14 ff., insb. 19, unter
ergänzendem Eingehen auch noch auf die ent-
sprechend gestalteten Regelungen der
DTAGBefugAnO.

Hinzu treten hier weitere Beurteilungsmängel.

So erfassen die dienstlichen Beurteilungen von drei der nach Besoldungsgruppe A 8 beförderten Beamten (Herrn , Herrn und Frau) – gleiches gilt im Übrigen für die Beurteilung des Klägers – deren dienstliche Tätigkeit im Beurteilungsraum (1. Oktober 2009 bis 30. September 2010) nur unvollständig und beruhen daher auf einer unzureichenden Tatsachengrundlage. Maßgeblich hierfür ist, dass ihre unmittelbaren Vorgesetzten als Beurteiler diese Funktion erst drei bzw. sechs Monate nach Beginn des einjährigen Beurteilungszeitraums übernommen hatten und somit nicht in der Lage waren, die auf diesen Zeitraum insgesamt bezogene Leistungsbewertung durchweg auf der Grundlage eigener Anschauungen vorzunehmen. Angesichts dessen wären sie verpflichtet gewesen, Beurteilungsbeiträge sachkundiger Personen, etwa der vormals für die Beurteilung Zuständigen, einzuholen, um auf diese Weise eine aussagekräftige Tatsachengrundlage für ihre Bewertung zu erhalten.

Vgl. allgemein hierzu: BVerwG, Urteile vom 27. November 2014 – 2 A 10.13 –, BVerwGE 150, 359 = IÖD 2015, 86 = juris, Rn. 20 ff., vom 4. November 2010 – 2 C 16.09 –, BVerwGE 138, 102 = DVBl. 2011, 228 = juris, Rn. 47, und 16. Oktober 2008 – 2 A 9.07 –, BVerwGE 132, 110 = NVwZ 2009, 782 = juris, Rn. 35.

Dafür, dass sie dieser Verpflichtung nachgekommen sind, ist nach Aktenlage jedoch nichts ersichtlich.

Darüber hinaus ist jedenfalls in Bezug auf einen Beamten (Herrn Hombach) aus dem Kreis der ausgewählten und beförderten Bewerber die Herleitung des Gesamturteils seiner Beurteilung aus den vergebenen Einzelbewertungen nicht plausibel. So erhielt der Beamte drei Mal die drittbeste Note und (nur) zwei Mal die zweitbeste Note bei der Bewertung der Einzelkriterien auf einer fünfstufigen Skala. Über die reine Arithmetik (die sich hier im Übrigen bei den anderen Ausgewählten entsprechend darstellt) hinaus ist in jenem Fall von erheblicher Be-

deutung, dass der in Rede stehende Beamte gerade bei den Einzelmerkmalen mit der aufgrund der vom Dienstherrn vorgenommenen Gewichtung höchsten Priorisierung (Priorität A) lediglich die drittbeste, also eine durchschnittliche Bewertung erhielt. Wieso er gleichwohl im Gesamturteil auf einer Bewertungsskala von dort sogar sechs Stufen mit der zweitbesten Gesamtnote „übertrifft die Anforderungen in vielen Hinsichten“ beurteilt worden ist, 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.

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, 33 = ZBR 2015, 311 = juris, Rn. 21, und vom 26. Januar 2012 – 2 A 7.09 –, BVerwGE 141, 361 = NVwZ 2012, 1477 = juris, Rn. 39.

Nach diesem Maßstab hat die Beklagte die genannten Rechtsverstöße jedenfalls fahrlässig begangen. Die Verantwortlichen hätten bei sorgfältiger Prüfung aus der

Zusammenschau der einschlägigen Gesetzesvorschriften unter Beachtung von deren Wortlaut und Systematik erkennen müssen, 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. Ebenfalls hätte bei Anwendung genügender Sorgfalt erkannt werden können, dass die dienstlichen Beurteilungen der oben angesprochenen Konkurrenten – ebenso wie die Beurteilung des Klägers – auf einer unvollständigen Tatsachengrundlage erstellt worden waren und das Gesamturteil betreffend den Konkurrenten Hombach auch bei Einbeziehung der schriftlichen Begründung des Gesamtergebnisses der Beurteilung nicht plausibel war. Die rechtlichen Grundlagen – Gebot einer vollständigen Erfassung des Beurteilungszeitraums und Gebot einer nachvollziehbaren Herleitung des Gesamturteils aus den Einzelbewertungen – waren insoweit, wie aus den obigen Ausführungen des Senats unter Gliederungspunkt 1. a) mit-samt Fundstellen zu einschlägigen Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts ersichtlich ist, in der Rechtsprechung hinlänglich geklärt. Längst geklärt war schließlich auch, dass der Dienstherr seine Auswahlentscheidung dem unterle-genen Bewerber rechtzeitig vor der 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 –,
juris, Rn. 15.

c) Dem Kläger ist dadurch ein (finanzieller) Schaden entstanden, dass er nicht im Zuge der Beförderungsrunde 2011 in ein Amt der Besoldungsgruppe A 8 befördert wurde.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 26. Januar 2012 – 2 A
7.09 –, juris, Rn. 42.

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

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 umso 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 =

juris, Rn. 43 ff.; OVG NRW, Urteile vom 27. April 2016 – 1 A 2309/14 –, juris, Rn. 62 und vom 2. Februar 2015 – 1 A 596/12 –, juris, Rn. 51.

Eine Verschränkung von Rechtsfehlern ist jedenfalls dann 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. Urteile des Senats vom 27. April 2016 – 1 A 2309/14 –, juris, Rn. 64 und 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 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 offenbar auf alle Beamte, die im Jahr 2011 in der Organisationseinheit des Klägers für eine Beförderung nach A 8 (nt) anstanden. Als mit der fehlenden Beurteilerkompetenz verschränkter Fehler kommt hier noch hinzu, dass die der Auswahlentscheidung zugrunde gelegten Beurteilungen teilweise auf einer unvollständigen Tatsachengrundlage beruhen und das Gesamtergebnis der Beurteilung im Fall jedenfalls eines für die Beförderung ausgewählten Mitbewerbers nicht schlüssig aus den vorhandenen Einzelbewertungen hergeleitet wurde. Damit ist aber im Ergebnis das gesamte für die betreffende Organisa-

tionseinheit durchgeführte Beurteilungsverfahren als wichtige, unverzichtbare Grundlage der Beförderungsauswahl nicht brauchbar.

Es ist nichts dafür vorgetragen worden oder sonst ersichtlich, dass (und ggf. wie) 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. Vielmehr dürfte insoweit – auch unter Berücksichtigung der in diese Richtung weisenden Aussagen der Vertreterin der Beklagten in der mündlichen Verhandlung in den Verfahren 1 A 2309/14, dem ein im Wesentlichen vergleichbarer Sachverhalt zugrunde lag – davon auszugehen sein, dass es mittlerweile faktisch unmöglich ist, für den Kläger und die übrigen Beamten heute noch rechtmäßige auf das Jahr 2011 bezogene Beurteilungen oder Leistungsnachweise zu erstellen. So müssten für die hypothetische Kausalitätsbetrachtung die seinerzeitige Beurteilungsrunde in der Organisationseinheit des Klägers für Beförderungen nach A 8 (nt) nach vielen Jahren (zumindest gedachterweise) vollständig wiederholt werden; das würde hier mehr als 80 seinerzeit beförderungserfähige 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 abzusprechen. Die Beklagte selbst hat den Kläger in die Beförderungsauswahl einbezogen und damit zu erkennen gegeben, dass der Kläger die allgemeinen Beförderungsvoraussetzungen erfüllt. Darüber hinaus spricht für eine bestehende Beförderungschance des Klägers, dass er nach der vorliegenden, als Grundlage für eine am Leistungsgrundsatz ausgerichtete Auswahlentscheidung allerdings nicht tauglichen dienstlichen Beurteilung, wenn man die Einzelbewertungen mit berücksichtigt, mit der schwächsten zum Zuge gekommenen Konkurrentin gleichauf und im Übrigen allenfalls knapp hinter den ansonsten erfolgreichen Beförde-

rungsbewerbern rangiert. Das gilt vorliegend umso mehr, als das bessere Gesamturteil jedenfalls eines der letztgenannten Bewerber nicht durchweg schlüssig ist und ein Teil der Beurteilungen – ebenso wie im Falle des Klägers – auf einer unvollständigen Tatsachengrundlage beruht. 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 reicht. Hinzu kommt, dass der Kläger – ausweislich des für ihn in der Beförderungsauswahlliste vermerkten Zeitpunkts der Übertragung eines höherwertigen Arbeitspostens – seit dem 1. März 2010 auf einem nach A 9 bewerteten Dienstposten, also einem auch gegenüber dem angestrebten Beförderungsamte der Besoldungsgruppe A 8 höherwertigen Dienstposten, ohne erkennbare Beanstandungen eingesetzt worden war. 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. Eine hinreichende Beförderungschance des Klägers ist schließlich auch nicht etwa deshalb zu verneinen, weil ihm gemessen am Datum der Übertragung des höherwertigen, mindestens dem angestrebten Beförderungsamte entsprechenden Arbeitsposten neben den beförderten 8 Konkurrenten offenbar 15 weitere Beförderungsbewerber vorgehen würden. Denn der Zeitpunkt der Übertragung eines höherwertigen Arbeitspostens kann – in Ermangelung eines hinreichenden Leistungsbezugs – im Rahmen einer vorrangig unter Leistungsgesichtspunkten zu treffenden Auswahlentscheidung allenfalls als nachrangiges Hilfskriterium im Falle eines nach Ausschöpfung leistungsbezogener Erkenntnismöglichkeiten gegebenen Qualifikationsgleichstandes herangezogen werden. Als solches Hilfskriterium ist der Zeitpunkt der Übertragung der höherwertigen Tätigkeit jedoch von vornherein nicht geeignet, eine – wie hier – bereits auf der Grundlage eines Leistungsvergleichs bestehende reelle Beförderungsmöglichkeit entfallen zu lassen.

Vgl. allgemein hierzu auch: BVerwG, Beschluss vom 22. November 2011 – 2 VR 5.12 –, BVerwGE 145, 112 = IÖD 2014, 14 = juris, Rn. 38.

e) Dem Schadensersatzanspruch steht auch 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 gegen die Beförderung bzw. Ernennung eines oder mehrerer Konkurrenten schuldhaft versäumt, wenn der Dienstherr es – wie im vorliegenden Fall – zu Unrecht unterlassen hat, ihn über das Ergebnis der von ihm getroffenen Auswahlentscheidung zu informieren.

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

Gegenteiliges ergibt sich vorliegend auch nicht mit Blick auf die seit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 1. November 2010,

– 2 C 16.09 –, BVerwGE 138, 102 = ZBR 2011, 91 = juris,

in Fällen derartiger Rechtsschutzvereitelung anerkannte Möglichkeit, die Ernennungen des bzw. der Konkurrenten unter Durchbrechung des Grundsatzes der Ämterstabilität mit der Anfechtungsklage anzugreifen. Denn hierdurch vermag der unterlegene Beförderungsbewerber auch im Falle des Obsiegens im Klageverfahren und einer sich ggf. anschließenden Beförderung den ihm infolge der zu einem früheren Zeitpunkt unterbliebenen Beförderung entstandenen Schaden, der sich während des gerichtlichen Verfahrens zudem stetig vertieft, wegen der Unzulässigkeit rückwirkender Ernennungen (vgl. § 12 Abs. 2 Satz 2 BBG) nicht abzuwenden. Dementsprechend verlangt auch das Bundesverwaltungsgericht bezogen auf den Rechtsgedanken des § 839 Abs. 3 BGB lediglich das Bemühen des Betroffenen, um gerichtlichen Rechtsschutz gegen die „bevorstehende Personalentscheidung“,

vgl. BVerwG, Urteil vom 26. Januar 2012 – 2 A 7.09 –, BVerwGE 141, 361 = juris, Rn. 48; siehe zum Ganzen auch: Senatsbeschluss vom 20. Juni 2013 – 1 A 1/11 –, juris, Rn. 72 ff.,

dessen unterlassenes Ergreifen dem Kläger – wie dargelegt – hier jedoch nicht als schuldhaft vorgeworfen werden kann.

2. Der Schadensersatzanspruch 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 (Umstandsmoment). 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. 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, Urteil vom 27. April 2016 – 2309/14 –, juris, Rn. 72.

Das Vertrauen des Gegners ist 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, Rn. 13 (jeweils zum nachbarschaftlichen Gemeinschaftsverhältnis); OVG NRW, Urteil vom 27. April 2016 – 1 A 2309/14 –, juris, Rn. 76 und Beschluss vom 24. November 2015 – 1 B 884/15 –, IÖD 2016, 5 = juris, Rn. 17 (zur Ernennung eines Konkurrenten); Stich, DVBl. 1959, 234 (237), m. w. Nachw.

Die Frage, ob Verwirkung vorliegt, ist stets im Einzelfall auf der Grundlage einer Gewichtung und Abwägung der Gesamtumstände zu beantworten.

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

Es ist schon fraglich, ob das erforderliche Zeitmoment gegeben ist. Zwischen dem – hier nach Aktenlage lediglich bekannten – Beförderungstichtag (1. September 2011) und der erstmaligen Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs mit Widerspruch vom 29. April 2013 lag ein Zeitraum von rund 1 Jahr und 8 Monaten. Damit war die Jahresfrist des § 58 Abs. 2 VwGO überschritten. Diese bildet jedoch bei einem Schadensersatzanspruch wegen verspäteter oder unterbliebener Beförderung nicht den ausschlaggebenden 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 Be-

förderung 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 keine Rolle spielen, jedenfalls aber in den Hintergrund treten. Damit unterscheidet sich die vorliegende, zum Sekundärrechtsschutz gehörende Fallgruppe von den Fällen der 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. Urteile des Senats vom 4. Juli 2012 – 1 A
1339/10 –, IÖD 2012, 194 = juris, Rn. 45, und
vom 27. April 2016 – 1 A 2309/14 –, juris, Rn. 81.

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 im Jahr 2011 unterbliebene Beförderung 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. Der Kläger hatte keine Kenntnis von der streitigen Beförderungsentscheidung. Ihm oblag es auch nicht, sich durch eigene Initiative über das Beförde-

zungsgeschehen zu informieren. Zudem ist die Schutzwürdigkeit der Beklagten gering. Im Einzelnen:

Es bestehen nach Aktenlage keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger nennenswerte Zeit vor Erhebung seines Widerspruchs am 29. April 2013 von der hier in Rede stehenden Beförderungsrunde 2011, namentlich von deren konkreten Ergebnissen sowie den Auswählerwägungen und damit von den tatsächlichen Grundlagen seines Schadensersatzanspruchs, positive Kenntnis gehabt hätte. Denn es spricht vorliegend nichts dafür, dass dem Kläger selbst dann, wenn er allgemein von Beförderungen aktiver Beamter der Deutschen Telekom AG nach A 8 schon Ende 2011 oder im Jahr 2012 oder ggf. auch von Einzelfällen erfahren haben sollte, dabei auch die konkreten Umstände und Erwägungen für die von der Beklagten getroffenen Auswahlentscheidung vollständig bekannt geworden sind. In diesem Zusammenhang hat es die Beklagte vor allem unstreitig versäumt, dem Kläger eine Konkurrentenmitteilung oder eine vergleichbare einzelfallbezogene Mitteilung über den Ausgang des Auswahlverfahrens zu übermitteln. Die von der Beklagten in diesem Zusammenhang angeführten allgemeinen Bekanntmachungen über das Beförderungssystem der Telekom, die diesem (u.a.) zugrunde liegende konzerninterne Grundanweisung P23-1 A 6214 vom 15. Mai 1999 in der Fassung der „Richtlinie zur Beförderung der aktiven Beamten im Unternehmen Deutsche Telekom AG“ vom 19. Dezember 2000 sowie die jährlichen Beförderungsstichtage bieten insoweit keinen hinreichenden Ersatz. Denn solche allgemeinen Bekanntmachungen sind weder in ihrem Informationsgehalt noch in ihrer Wirkung, den Empfänger zu einer Auseinandersetzung mit dem Ergebnis der Auswahlentscheidung zu veranlassen, mit der Erteilung einer von Rechts wegen gebotenen Konkurrentenmitteilung vergleichbar.

Die von der Beklagten angeführten allgemeinen Bekanntmachungen enthielten namentlich keine Mitteilung über das Ergebnis und die wesentlichen Gründe der streitigen Auswahlentscheidung. Auch ließen sich ihnen keine Zeitpunkte für die konkret beabsichtigten Ernennungen der ausgewählten Konkurrenten entnehmen, obwohl diese von maßgeblicher Bedeutung für die Rechtsschutzmöglichkeiten des Klägers gewesen wäre (Verhinderung der Ernennungen durch Inan-

spruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes). Die bloße Bekanntgabe von Beurteilungsstichtagen durch die Beklagte genügt insoweit nicht, da der Zeitpunkt der tatsächlichen Ernennung nicht notwendigerweise mit dem Beförderungsstichtag zusammenfällt.

Wenn der Dienstherr ohne Stellenausschreibung von sich aus diejenigen Beamten in den Blick nimmt, die die allgemeinen Voraussetzungen für eine Beförderung erfüllen, treffen einen Beamten aus dem Beamtenverhältnis entgegen der Auffassung der Beklagten auch keine „gesteigerten Obliegenheitsanforderungen“, deretwegen er gehalten wäre, das Beförderungsgeschehen von sich aus zu verfolgen, die jährlichen Beförderungsstichtage im Blick zu behalten und sich im Anschluss an eine Auswahlentscheidung beim Dienstherrn über den Ausgang des Auswahlverfahrens zu informieren. Abweichendes ergibt sich auch nicht mit Blick auf den Einwand der Beklagten, dass die Telekom jährlich Beförderungsrunden durchgeführt habe.

Siehe insoweit aber für den Fall einer Anfechtung einer Auswahlentscheidung und Ernennung/Beförderung auch: Thür. OVG, Urteil vom 28. Juni 2016 – 2 KO 31/16 –, juris, Rn. 61, 66 und 69.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hat nämlich ein unterlegener Beamter auch in jährlich praktizierten (Massen-)Beförderungsverfahren 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 Beamten, 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.

Vgl. Urteil des Senats vom 27. April 2016 – 1 A 2309 –, juris, Rn. 88; siehe 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 auch 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. Urteil des Senats vom 27. April 2016 – 1 A 2309/14 –, juris, Rn. 90; siehe 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.

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 nicht Substantielles dafür vorgetragen worden oder sonst ersichtlich, dass sich die Beklagte darauf eingerichtet hätte, der Kläger werde seinen 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 Beförderungsrunden belegten das (betätigte) Vertrauen der Telekom, aus vorangegangenen Beförderungsrunden nicht mehr in Anspruch genommen zu werden, ist eine durch keinerlei Tatsachen auch nur ansatzweise untermauerte Spekulation. Beförderungsrunden gehen darauf zurück, dass vom Bundesministerium der Finanzen für den Bereich der Telekom Beförderungsplanstellen ausgebracht werden; dass diese Entscheidungen irgendetwas mit etwaigen Fehlern bei der Abwicklung vorangegangener Beförderungsrunden zu tun haben könnte, ist vor diesem Hintergrund nicht erkennbar.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.

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.

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

Kappen

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 17.579,01 Euro festgesetzt.

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

Holtbrügge

Dr. Knoke

Kappen



Beglaubigt
Würfel, VG-Beschäftigte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle