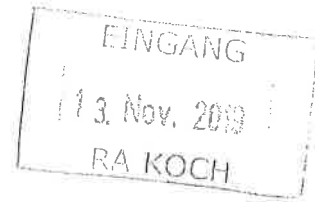


Beglaubigte Abschrift



## Verwaltungsgericht Braunschweig

Im Namen des Volkes

### Urteil

7 A 192/18

Verkündet am: 17. Oktober 2019

Justizobersekretärin  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsrechtssache

Herr

– Kläger –

Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte Koch und andere rkb-recht.de,  
Hohenzollernstraße 25, 30161 Hannover -

gegen

Bundesrepublik Deutschland,

– Beklagte –

Prozessbevollmächtigte:

wegen Schadensersatz wegen verspäteter Beförderung

hat das Verwaltungsgericht Braunschweig - 7. Kammer - auf die mündliche Verhandlung vom 17. Oktober 2019 durch den Vizepräsidenten des Verwaltungsgerichts, die Richterin am Verwaltungsgericht, den Richter sowie die ehrenamtlichen Richter und für Recht erkannt:

Die Beklagte wird unter Aufhebung des Bescheides vom 18. Mai 2017 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29. Juni 2018 verpflichtet, den Kläger dienst-, besoldungs- und versorgungsrechtlich so zu stellen, als sei er bereits mit Wirkung vom 1. Juni 2015 nach A9\_vz befördert worden.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die vorläufige Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung in gleicher Höhe Sicherheit leistet.

## Tatbestand

Der Kläger begehrt die Verpflichtung der Beklagten, ihn im Wege des Schadensersatzes so zu stellen, als sei bereits zum 1. Juni 2015 in die Besoldungsgruppe A9 befördert worden.

Er steht im Statusamt eines technischen Fernmeldebetriebsinspektors (Besoldungsgruppe A9 BBesO) im Dienst der Deutschen Telekom AG (im Folgenden: Telekom), welche gem. Art. 143b Abs. 3 GG für die bei der ehemaligen Deutschen Bundespost tätigen Bundesbeamten, zu denen der Kläger gehörte, die Dienstherrenbefugnisse ausübt.

Die Telekom beurlaubte den Kläger in der Zeit vom 1. Juli 1999 bis zum 30. Juni 2015 wiederholt im dienstlichen Interesse gem. § 13 Sonderurlaubsverordnung (SUrIV), um ihm Beschäftigungen bei ihren Tochterunternehmen – zuletzt bei der T- [REDACTED] GmbH – zu ermöglichen. Während dieser Zeit wurde er mit Wirkung vom 1. Juni 2007 als technischer Fernmeldehauptsekretär in eine Planstelle der Besoldungsgruppe A8 BBesO eingewiesen.

Im Zeitraum der hier maßgeblichen Regelbeurteilung (1. Juni 2011 bis zum 31. Oktober 2013) nahm der Kläger bei der T- [REDACTED] GmbH vom 1. Juni 2011 bis zum 30. November 2011 die Tätigkeit mit der Bezeichnung „IT-System Engineering“ wahr, welche mit B06 (entspricht Besoldungsgruppe A9/A10) bewertet ist; im Zeitraum vom 1. Dezember 2011 bis zum 31. Oktober 2013 waren dem Kläger die Tätigkeiten unter den Bezeichnungen „Prof. Services Business & ICT Consulting“ und „ICT-

System Engineering“ (entsprechen beide der Besoldungsgruppe A11) zugewiesen, so dass er über den gesamten Zeitraum, verglichen mit dem innegehabten Statusamt, höherwertig beschäftigt war.

Der Kläger wurde für den zuvor genannten Zeitraum unter dem 12. März / 4. März 2015 von der Telekom dienstlich beurteilt. Hierzu wurden zuvor Stellungnahmen der für den Kläger zuständigen Führungskräfte eingeholt. In der Anlage 4 zu den Beurteilungsrichtlinien für die bei der Telekom beschäftigten Beamtinnen und Beamten vom 19. Dezember 2013 (im Folgenden: Beurteilungsrichtlinien), welche rückwirkend zum 31. Oktober 2013 in Kraft getreten sind, heißt es dazu unter § 1 Präambel u.a. wie folgt:

*„[...] Die Führungskräfte haben die Aufgabe, Stellungnahmen zur dienstlichen Beurteilung zu liefern. Neu ist, dass das Statusamt hierbei unberücksichtigt bleibt.“*

Den zuständigen Führungskräften des Klägers, J [REDACTED] und H [REDACTED], war es in den abzugebenden Stellungnahmen möglich, sechs Einzelkriterien („Arbeitsergebnisse“, „Praktische Arbeitsweise“, „Allgemeine Befähigung“, „Fachliche Kompetenz“, „Soziale Kompetenzen“ und „Wirtschaftliches Handeln“) mit fünf zur Auswahl stehenden Noten („Sehr gut“, „Gut“, „Rundum Zufriedenstellend“, „Teilweise bewährt“ und „In geringem Maße bewährt“) zu bewerten. In der ersten Stellungnahme, den Zeitraum vom 01.06.2011 bis zum 30.11.2011 betreffend, wurde er in zwei Einzelkriterien („Arbeitsergebnisse“ und „Soziale Kompetenzen“) mit „Sehr gut“ bewertet und in den Übrigen mit jeweils „Gut“. In der zweiten und dritten Stellungnahme, den Zeitraum vom 01.12.2011 bis 31.10.2013 betreffend, wurde der Kläger jeweils in vier Einzelkriterien („Arbeitsergebnisse“, „Praktische Arbeitsweise“, „Allgemeine Befähigung“ und „Soziale Kompetenzen“) mit „Sehr gut“ bewertet und im Übrigen mit jeweils „Gut“.

Auf Grundlage dieser Stellungnahmen erstellten die Erstbeurteilerin Frau B [REDACTED] und die Zweitbeurteilerin Frau B [REDACTED] eine dienstliche Beurteilung, welche die Zweitbeurteilerin am 4. März 2015 und die Erstbeurteilerin am 12. März 2015 unterschrieb.

In der Konzernbetriebsvereinbarung zwischen der Deutschen Telekom AG und dem Konzernbetriebsrat über die dienstliche Beurteilung der Beamtinnen und Beamten bei der Deutschen Telekom AG vom 2. August 2013 (im Folgenden: KBV) heißt es unter § 2 (2) zur Erstellung der dienstlichen Beurteilung wie folgt:

*„[...] Sie erfolgt unter Berücksichtigung der Anforderungen des statusrechtlichen Amtes, das die Beamtin bzw. der Beamte am Beurteilungsstichtag innehat [...] Er bezieht daneben bei der Beurteilung alle ihm zur Verfügung stehenden Informationen [...] sowie Erkenntnisse in die Gesamteinschätzung mit ein, dazu gehören insbesondere:*

- *[...] Wahrnehmung einer gegenüber dem Statusamt höherwertigen Funktion. Die Besetzung für diese Funktion erfolgt stets nach den Grundsätzen von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung; [...]*“

Zur dienstlichen Beurteilung wird in den Beurteilungsrichtlinien unter der Ziff. 6 „Beurteilungsinhalt“ weiter wie folgt ausgeführt:

*„Die Beurteilung der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung berücksichtigt die Anforderungen des statusrechtlichen Amtes sowie die konkreten Tätigkeiten (Arbeitsposten) innerhalb des Beurteilungszeitraums anhand der in Anlage 5 festgelegten Kriterien [...]*“

Ferner heißt es in der Anlage 1 zu den Beurteilungsrichtlinien unter § 2 (3):

*„Die [...] Stellungnahmen [...] sind unter Berücksichtigung der Anforderungen des statusrechtlichen Amtes, das die Beamtin bzw. der Beamte am Beurteilungsstichtag innehat, der tatsächlich wahrgenommenen Aufgaben und der weiteren zur Verfügung stehenden Informationen [...] zu prüfen und auszuwerten. [...]*

*Sodann bewertet und gewichtet die Beurteilerin bzw. der Beurteiler selbstständig jedes Kriterium unter Berücksichtigung der obigen Informationen und entscheidet über die Einstufung in die Notenskala. Dabei kann die Beurteilerin bzw. der Beurteiler von der Einschätzung der Führungskraft abweichen. Die Begründung der Einstufung des jeweiligen Kriteriums in der Notenskala ist von der Beurteilerin bzw. dem Beurteiler nachvollziehbar zu dokumentieren.“*

Auch in der Beurteilung wurden dieselben sechs Einzelkriterien wie in den Stellungnahmen der Führungskräfte bewertet, wobei ebenfalls jeweils dieselben fünf Noten zur Auswahl standen. Der Kläger wurde von den Beurteilerinnen in den Einzelkriterien „Arbeitsergebnisse“ und „Soziale Kompetenzen“ mit der Note „Sehr gut“ und in den Übrigen jeweils mit der Note „Gut“ bewertet.

Für das Gesamturteil der Beurteilung standen dagegen sechs mögliche Notenstufen („Hervorragend“, „Sehr gut“, „Gut“, „Rundum Zufriedenstellend“, „Teilweise bewährt“ und „In geringem Maße bewährt“) mit jeweils drei Ausprägungsgraden („++“, „+“ und „Basis“) zur Verfügung.

Die dienstliche Beurteilung des Klägers gelangte zu dem Gesamturteil „Gut“ mit dem Ausprägungsgrad „++“. Zur Begründung des Gesamturteils heißt es darin:

*„Herr [REDACTED] ist über den gesamten Beurteilungszeitraum als Sales Support III, bzw. ab 01.04.2012 als Consultant I, im Vergleich zu seinem Statusamt A8 t, höherwertig, oberhalb seiner Laufbahngruppe, eingesetzt gewesen. [...] Die höherwertigen Tätigkeiten wurden in dieser Beurteilung berücksichtigt. [...]“*

Mit Schreiben vom 27. April 2015 legte der Kläger gegen seine dienstliche Beurteilung Widerspruch ein. Zur Begründung des Widerspruchs machte er geltend, dass die Teilkriterien „Praktische Arbeitsweise“ und „Allgemeine Befähigung“ in der Beurteilung fehlerhaft nur mit „Gut“ und nicht – wie in der Stellungnahme – mit „Sehr gut“ bewertet worden seien. Zudem sei innerhalb der Beurteilung die höherwertige Tätigkeit des Klägers nicht berücksichtigt worden.

Auf Grundlage der zum Stichtag 31. Oktober 2013 gefertigten dienstlichen Beurteilungen erstellte die Telekom für die Einheit „Beteiligung intern T [REDACTED]“ (= T [REDACTED] GmbH) zur Beförderung in die Besoldungsgruppe A 9 vz (= Verzahnungsamt) eine Beförderungsliste.

Mit Schreiben vom 26. Juni 2015 teilte die Telekom dem Kläger mit, dass er im Zuge der aktuellen Beförderungsrunde (2015) auf der zuvor genannten Beförderungsliste mit dem Ergebnis „Gut ++“ geführt werde. Für die Beförderung nach A9 vz stünden auf der Beförderungsliste, welche 1.165 Beförderungsbewerber umfasse, insgesamt 309 Planstellen zur Verfügung. Die Anzahl der zur Verfügung stehenden Beförderungsplanstellen reiche daher nicht aus, um alle Beamten dieser Beförderungsliste zu befördern; es könnten nur Beamte befördert werden, welche mit „Sehr gut +“ bewertet worden seien. Daher könne der Kläger in dieser Beförderungsrunde nicht befördert werden.

Aus der Beförderungsliste ergibt sich, dass der Kläger auf dem Rangplatz 697 geführt wurde. Vor ihm standen 82 Beamte, die zum Stichtag 31. Oktober 2013 mit dem Gesamtergebnis „Sehr gut +“ bewertet worden waren, von denen 36 (Rangplätze 273 bis 309) für eine Beförderungsoption vorgesehen waren.

Nach dem Ablauf der Beurlaubung des Klägers zum 30. Juni 2015 erhielt er ab dem 1. Juli 2015 Beamtenbezüge für das Amt eines Technischen Fernmeldehauptsekretärs (Besoldungsgruppe A8 BBesO), welches er seinerzeit innehatte.

Der Kläger erhob unter dem 13. Juli 2015 Widerspruch gegen die Auswahlentscheidung und suchte unter dem gleichen Datum beim Verwaltungsgericht Braunschweig um Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nach (Az.: 7 B 223/15). Zur Begründung führte er im Wesentlichen aus, dass die Auswahlentscheidung auf einer rechtswidrig zustande gekommenen dienstlichen Beurteilung beruhe und deshalb seinen Anspruch auf ein faires und am Leistungsgrundsatz ausgerichtetes Auswahlverfahren verletze.

Die Beklagte teilte daraufhin mit Schriftsatz vom 15. Juli 2015 mit, dass die letzten 36 Planstellen der Bewerber, welche mit dem Gesamtergebnis „Sehr gut +“ beurteilt worden waren, bis zum rechtskräftigem Abschluss des vorläufigen Rechtsschutzverfahrens für Beförderungen gesperrt bleiben.

Mit Beschluss vom 12. Februar 2016 untersagte das Verwaltungsgericht Braunschweig der Beklagten im Wege der einstweiligen Anordnung, den im Eilverfahren Beigeladenen, welcher auf dem Rangplatz 309 der o.g. Beförderungsliste geführt wurde, in ein Amt nach A9 vz zu befördern, solange nicht über die Bewerbung des Klägers bestandskräftig entschieden ist. Dies begründete das Verwaltungsgericht Braunschweig im Wesentlichen wie folgt: Der Bewerbungsverfahrensanspruch des Klägers sei durch eine fehlerhafte Auswahlentscheidung des Dienstherrn verletzt worden. Dies ergebe sich aus dem Umstand, dass im Falle des Klägers ein Verstoß gegen allgemein anerkannte Bewertungsgrundsätze vorliege, da es an einer nachvollziehbaren und schlüssigen Begründung seiner dienstlichen Beurteilung mangle. Die Abweichungen zwischen der letztlich erfolgten Beurteilung und den Stellungnahmen der Führungskräfte seien nicht ausreichend nachvollziehbar dargelegt worden. Den Stellungnahmen sei entgegen der Beurteilung insgesamt eine klare Tendenz zu einer Bewertung der Leistungen des Klägers in seinem Funktionsamt mit „sehr gut“ zu entnehmen, sodass seine dienstliche Beurteilung letztlich eine „Herabstufung“ beinhalte, ohne hierfür eine plausible Begründung zu enthalten. Zudem habe es die Beklagte versäumt, die zunehmend

anspruchsvolleren Arbeitsbereiche des Klägers in den Blick zu nehmen und bei der Beurteilung zu berücksichtigen, obwohl die Wahrnehmung eines höher bewerteten Dienstpostens einen besonderen Anlass dafür gebe, das abschließende Werturteil auch im Hinblick auf diesen Gesichtspunkt plausibel zu machen. Der Beurteiler habe sich nämlich in einem solchen Fall konkret und hinreichend ausführlich damit auseinandersetzen. Die lediglich erfolgte Nennung der übertragenen Aufgaben und die formelhafte Erwähnung, dass der Beamte höherwertige Aufgaben wahrgenommen habe, genüge diesen Anforderungen nicht. Im Übrigen spiegele sich diese Erwähnung auch nicht in den vergebenen Noten wider, denn im Vergleich zu den nur die Funktion und nicht das Statusamt berücksichtigenden Stellungnahmen der Führungskräfte, welche den Kläger überwiegend mit „sehr gut“ bewertet hätten, habe hier sogar eine Abwertung stattgefunden.

Mit Schreiben vom 8. Juni 2016 teilte die Telekom dem Kläger mit, dass seine dienstliche Beurteilung aufgrund des eingelegten Widerspruchs aufgehoben wird und übersandte ihm eine geänderte dienstliche Beurteilung (vom 08.06./08.06.2016) für den Zeitraum vom 1. Juni 2011 bis zum 31. Oktober 2013. Der Kläger wurde darin in allen sechs Einzelkriterien mit der Note „Sehr gut“ bewertet. Das Gesamturteil endet mit der Note „Sehr gut“ und der Ausprägung „++“.

Mit Einweisungsschreiben vom 15. August 2016 nebst Beförderungsurkunde ist der Kläger mit Wirkung vom 1. Juni 2016 in eine Planstelle der Besoldungsgruppe A9 vz aus dem Kontingent der Beförderungsrunde 2015 eingewiesen worden.

Unter dem 30. Dezember 2016 stellte der Kläger bei der Telekom den Antrag, ihn dienst-, besoldungs- und versorgungsrechtlich so zu stellen, als sei er bereits mit Wirkung vom 1. Juni 2015 nach A9 vz befördert worden. Dies begründete er im Wesentlichen wie folgt: Ihm stehe ein Anspruch auf Schadensersatz wegen verspäteter Beförderung zu, da er bereits zum 1. Juni 2015 – dem Beförderungstichtag der Beförderungsrunde 2015 – hätte befördert werden können und müssen. Sein Anspruch auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl sei aufgrund der ursprünglich fehlerhaft erfolgten dienstlichen Beurteilung schuldhaft verletzt worden. Nach der im Anschluss an den Beschluss des VG Braunschweig vorgenommenen Abänderung der Beurteilung und der anschließend erfolgten nachträglichen Beförderung habe für ihn folglich eine sich letztlich auch realisierte Beförderungschance bestanden. Die verspätete Beförderung beruhe auf einer schuldhaften Pflichtverletzung des Dienstherrn, denn diesem sei im Zusammenhang mit der Erstellung der fehlerhaften Beurteilung mindestens grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen. Er habe die Beklagte bereits im Rahmen

der Beförderungsrunde 2015 auf die Fehlerhaftigkeit der Beurteilung hingewiesen, wobei er insbesondere auch die Nichtberücksichtigung der höherwertigen Tätigkeit beanstandet habe. Bei einer mit Wirkung zum 1. Juni 2015 erfolgten Beförderung hätte er nach der Aufhebung der Beurlaubung zum 30. Juni 2015 ab dem 1. Juli 2015 die höhere Besoldung erhalten können und auch müssen, sodass er in dem Verlust dieser höheren Besoldung einen Schaden erlitten habe.

Mit Bescheid vom 18. Mai 2017 lehnte die Beklagte den Antrag mit folgender Begründung ab: Die Beurteiler hätten die Stellungnahmen der Führungskräfte anhand der Anforderungen des innegehabten Statusamtes des Klägers gemessen und auch unter dem Blickwinkel überprüft, ob von ihm während des Beurteilungszeitraumes wesentlich höhere Tätigkeiten wahrgenommen worden seien, womit sie auch den Umstand beachtet hätten, dass mit einem höheren Statusamt die Wahrnehmung höherwertiger Aufgaben verbunden sei. Der Dienstherr habe es jedoch nicht zu vertreten, dass die Beurteiler dem Auseinanderfallen von Statusamt und konkret wahrgenommene Tätigkeit nicht im hinreichendem Maße Rechnung getragen hätten. Denn der Maßstab der Berücksichtigung der Wahrnehmung einer höherwertigen Tätigkeit für die Erstellung der dienstlichen Beurteilung sei durch die Rechtsprechung erst im Rahmen der in den Beförderungsrunden 2014 und 2015 anhängigen Gerichtsverfahren herausgearbeitet worden. So habe erstmals das OVG NRW in seiner Entscheidung vom 18. Juni 2015 (Az.: 1 B 384/15) ausgeführt, dass grundsätzlich davon auszugehen sei, dass ein Beamter, der über viele Jahre die Aufgaben eines Dienst-/Arbeitspostens „rundum zufriedenstellend“ und „gut“ erfülle, der einer deutlich höheren Besoldungsgruppe zugeordnet sei, als sie seinem Statusamt entspreche, die wesentlich geringeren Anforderungen seines Statusamtes in herausragender Weise erfülle. Fielen Statusamt und Bewertung des konkret wahrgenommenen Arbeits-/Dienstpostens erheblich auseinander, müsse sich der Beurteiler konkret und hinreichend ausführlich mit der Annahme auseinandersetzen. Im Übrigen müsse selbst bei einer anzunehmenden Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs des Klägers hier berücksichtigt werden, dass dieser nicht zum 1. Juni 2015 hätte befördert werden können. Dies ergebe sich aus dem Umstand, dass die Beförderungsliste „Beteiligung intern\_TSI nach A9\_vz“ von bundesweit vier parallelen Eilverfahren gesperrt gewesen sei und erst nach dessen rechtskräftigem Abschluss eine neue Auswahlentscheidung habe getroffen werden können. Es fehle daher schon an der Kausalität zwischen einer etwaigen Pflichtverletzung und dem geltend gemachten Schaden.

Hiergegen legte der Kläger mit Schreiben vom 2. Juni 2017 Widerspruch ein. Er führte darin aus, dass die Argumentation der Beklagten widersprüchlich sei. Sie habe nämlich



eigenen Angaben zufolge die Höherwertigkeit der ausgeübten Tätigkeit berücksichtigt und damit zu erkennen gegeben, dass ihr dessen Beurteilungsrelevanz bereits vor der Entscheidung des OVG NRW vom 18. Juni 2015 bekannt gewesen sei. Daher hätte sie dies in einem gebotenen Maße bei der Beurteilung auch beachten müssen. Im Übrigen habe das OVG NRW in der zuvor genannten Entscheidung keine neuen Grundsätze aufgestellt, denn darin werde auf die ältere Rechtsprechung des BVerfG, des BVerwG und weiterer Obergerichte verwiesen. Die maßgeblichen Grundsätze, die für die Berücksichtigung einer höherwertigen Funktion zu beachten seien, hätten daher bereits zum Zeitpunkt der im vorliegenden Fall streitigen Beurteilung bereits seit Jahren festgestanden. Soweit sich die Beklagte auf eine fehlende Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden stütze, laufe dies darauf hinaus, dass der Dienstherr für Fehlentscheidungen im Auswahlverfahren nicht haftbar gemacht werden könne, wenn Beamte zulässigerweise von Rechtsmitteln gegen die Nichtberücksichtigung Gebrauch machen würden und damit zwangsläufig eine Verzögerung bei der Umsetzung der Beförderungsentcheidung eintrete. Die zulässigerweise erhobenen Rechtsmittel würden jedoch gerade der Klärung der Rechtmäßigkeit des Verhaltens des Dienstherrn und somit auch eines möglichen Verschuldens dienen. Es komme einzig darauf an, dass ein Rechtsverstoß adäquat kausal für die Nichtbeförderung sei. Dies sei immer dann der Fall, wenn der Beamte bei Vermeidung des Rechtsverstoßes voraussichtlich ausgewählt und befördert worden wäre.

Der Kläger hat am 25. April 2018 Untätigkeitsklage erhoben.

Mit Widerspruchsbescheid vom 29. Juni 2018 wies die Beklagte den Widerspruch des Klägers mit folgender Begründung zurück: Die Verantwortlichen der Telekom hätten seinerzeit davon ausgehen dürfen, dass das Maß der Berücksichtigung der Wahrnehmung der höherwertigen Tätigkeit im Ermessen des Beurteilers liege, da nach ständiger Rechtsprechung des BVerwG die dienstliche Beurteilung ein Akt wertender Erkenntnis sei. Zwar habe auch zu dem hier streitgegenständlichen Zeitpunkt der allgemeine Erfahrungssatz, dass die Wahrnehmung höherwertiger Aufgaben mit einem größeren Maß an Verantwortung verbunden sei, bestanden. Allerdings habe es an einem allgemeingültigen Wertungsmaßstab gefehlt, welcher vorschreibe, wie weit eine Bewertung angehoben werden müsse, wenn die konkret wahrgenommene Tätigkeit vom Statusamt abweiche. Der von der Rechtsprechung in den Beförderungsrunden 2014 und 2015 aufgestellte Grundsatz habe seinerzeit bei Erstellung der Beurteilung keine Berücksichtigung finden können.

Zur Begründung der Klage wiederholt und vertieft der Kläger seine Ausführungen aus dem Verwaltungsverfahren. Ergänzend trägt er vor: Soweit die Beklagte darauf abstelle, dass es zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen dienstlichen Beurteilung keinen allgemein gültigen Wertungsmaßstab hinsichtlich einer Anhebung der Bewertung in Fällen wie dem vorliegenden gegeben habe, sei zu berücksichtigen, dass seine Beurteilung hier sogar abgewertet worden sei. Dass die Höherwertigkeit hätte berücksichtigt werden müssen, sei den Beurteilern bekannt gewesen, denn in der Begründung des Gesamturteils werde die Höherwertigkeit sogar ausdrücklich erwähnt. Selbst ohne Berücksichtigung der Höherwertigkeit der Tätigkeit hätte sich angesichts der Stellungnahmen der Führungskräfte mindestens das Gesamturteil „Sehr gut“ aufdrängen müssen.

Der Kläger beantragt,

den Bescheid der Beklagten vom 18. Mai 2017 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29. Juni 2018 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, den Kläger dienst-, besoldungs- und versorgungsrechtlich so zu stellen, als sei er bereits mit Wirkung vom 1. Juni 2015 nach A9\_vz befördert worden.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Zu Begründung bezieht sie sich auf ihre Ausführungen in dem Bescheid vom 18. Mai 2017 und in dem Widerspruchsbescheid vom 29. Juni 2018.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der beigezogenen Verwaltungsvorgänge ergänzend verwiesen. Sie sind Gegenstand der Beratung und der mündlichen Verhandlung gewesen.

## **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Klage ist begründet. Der Kläger kann beanspruchen, dienst-, besoldungs- und versorgungsrechtlich so gestellt zu werden, als wäre er zum 1. Juni 2015 zum technischen Fernmeldebetriebsinspektor mit der Besoldungsgruppe A9 BBesO ernannt worden. Der diesen Anspruch ablehnende Bescheid der Beklagten vom 18. Mai

2017 ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten, § 113 Abs. 5 S. 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

Nach ständiger Rechtsprechung kann ein Beamter 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 Bewerbungsverfahrensanspruch 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 Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Rechtsgrundlage dieses unabhängig vom Schadensersatzanspruch aus Amtshaftung (§ 839 I 1 BGB, Art. 34 S. 1 GG) bestehenden Anspruchs ist das Beamtenverhältnis; eines Rückgriffs auf die Verletzung der Fürsorgepflicht bedarf es nicht (ständige Rspr., vgl. zuletzt BVerwG, Urteil vom 15.06.2018 - 2 C 19.17 -, juris, Rn. 11; BVerwG, Urteil vom 30.10.2013 - 2 C 23/12 -, BVerwGE 148, 217-230, Rn. 42, juris; BVerwG, Urteil vom 29.11. 2012 - 2 C 6/11 - NVwZ 2013, 955; BVerwG, Urteil vom 11.02.2009 - 2 A 7/06 -, juris, Rn. 15).

Unter den gleichen Voraussetzungen kann ein Beamter Schadensersatz verlangen, wenn er zwar befördert worden ist, diese Beförderung aber verspätet erfolgt ist (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 04.09.2014 - 6 A 31/13 -, juris, Rn. 9; OVG NRW Urteil vom 08.06.2010 - 1 A 2859/07 -, juris, Rn. 29). Der Schadensersatzanspruch setzt daher eine fehlerhafte Auswahlentscheidung und einen daraus resultierenden Verzögerungsschaden voraus, welcher darin liegt, dass aus Rechtsgründen kein anderer Bewerber dem Beamten hätte vorgezogen werden dürfen, der Beamte also bei Vermeidung der Verzögerung früher hätte befördert werden müssen (OVG NRW, Beschluss vom 17.06.2010 - 6 A 3356/08 -, juris Rn. 14). Es ist dabei nicht erforderlich, dass die (fehlerhafte) Auswahlentscheidung auch umgesetzt und die Beförderungsplanstelle an einen Mitbewerber vergeben wurde (vgl. VG Köln, Urteil vom 16.11.2012 - 19 K 2372/11 -, juris Rn. 21). Der Anspruch besteht folglich auch unabhängig davon, ob die verspätete Beförderung des Beamten in einem weiteren Beförderungsverfahren oder innerhalb desselben Verfahrens erfolgt ist (OVG NRW, Beschluss vom 04.09.2014 - 6 A 31/13 -, juris Rn. 13).

Die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs wegen verspäteter Beförderung sind im vorliegenden Fall erfüllt.

Die Beklagte hat den Bewerbungsverfahrensanspruch des Klägers schuldhaft verletzt (dazu unter 1.). Der Kausalzusammenhang zwischen der Rechtsverletzung und dem vom Kläger geltend gemachten Schaden liegt vor (dazu unter 2.). Zudem hat der Kläger auch alle ihm zumutbaren Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verhinderung des Schadenseintritts ausgeschöpft (dazu unter 3.).

1.

Die Beklagte hat den Anspruch des Klägers auf eine leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl bei Vergabe von Beförderungsstellen der Besoldungsgruppe A9 vz in der Beförderungsrunde des Jahres 2015 schuldhaft verletzt. Die ursprüngliche Auswahlentscheidung beruhte auf einer rechtsfehlerhaften dienstlichen Beurteilung des Klägers.

Vorliegend hatte es bei der Beurteilung der Einzelkriterien des Klägers Abweichungen zu den Stellungnahmen der Führungskräfte sowohl bei den vergebenen Noten als auch bei den textlichen Erläuterungen gegeben, welche nicht nachvollziehbar begründet worden waren. Die Führungskräfte bewerteten den Kläger überwiegend mit „sehr gut“ (2x „gut“, 4 x „sehr gut“). Die Beurteiler bewerteten den Antragsteller hingegen überwiegend mit „gut“ (4 x „gut“, 2 x „sehr gut“) und senkten in zwei Einzelkriterien somit zwei Einzelnoten ab, obwohl den Stellungnahmen zufolge insgesamt eine klare Tendenz zu einer Bewertung der Leistungen des Klägers in seinem Funktionsamt mit „sehr gut“ zu entnehmen ist.

Diese Abweichung erfolgte ohne ausreichende Begründung. Dazu hat das VG Braunschweig bereits in seinem Beschluss vom 12. Februar 2016 (Az.: 7 B 223/15) wie folgt ausgeführt:

*„Im Gesamtergebnis wird ausgeführt, dass der Antragsteller innerhalb des gesamten Beurteilungszeitraumes sein „gutes Leistungsniveau“ gehalten hat. Hiermit korrespondierend führen die Beurteiler unter der Einzelbewertung „Allgemeine Befähigung“ - in überwiegender Anlehnung an die textliche Begründung der Führungskräfte - aus, dass der Antragsteller auch unter schwierigen Bedingungen „seine Aufgaben konstant in guter Qualität“ bewältige. Wieso hier von guter Arbeitsbewältigung die Rede ist, obwohl die letzten beiden Stellungnahmen der Vorgesetzten zu diesem Merkmal eine auch unter schwierigen Bedingungen stets „sehr gute“ Aufgabenbe-*

wältigung bescheinigen, erschließt sich nicht. Gleiches gilt für die Erläuterung zu „Praktische Arbeitsweise“, in welcher wesentliche miteinander übereinstimmende textliche Ausführungen der Führungskräfte übernommen wurden, allerdings auf den Zusatz der Führungskraft N zu diesem Kriterium, dass das Leistungsniveau bereits zum Beginn des Zeitraums erreicht und „während des Zeitraums konstant auf sehr gutem Niveau gehalten“ wurde, verzichtet wurde.

Die „Herabstufung“ des Antragstellers erscheint auch nicht dadurch ohne weitere Begründung plausibel, dass beim Gesamturteil der Beurteiler (6 Notenstufen, 18 Ausprägungen) andere Notenskalen verwendet werden als bei der Bewertung der Einzelkriterien durch die Führungskräfte (5 Notenstufen). Zum einen betreffen die Abweichungen auch bereits die Bewertung der Einzelkriterien, also auch den Teil der Beurteilung, der nach denselben Skalen bewertet wird wie die Stellungnahme der Führungskräfte. Zum anderen bietet die Bewertungsskala des Gesamturteils gerade die Möglichkeit, mit der Note „Hervorragend“ noch Spielraum für eine weitere Differenzierung von „sehr guten“ Leistungen zu haben. So wird selbst unter Berücksichtigung dessen, dass die Beurteiler innerhalb der Note „gut“ die höchste Ausprägung - nämlich „++“ - gewählt haben, die Beurteilung nicht nachvollziehbar.

Allein der mehrfache Austausch der Worte „sehr gut“ mit dem Wort „gut“ innerhalb der textlichen Erläuterungen der Einzelkriterien stellt für sich ebenso keine ausreichend plausible Begründung der Beurteilung dar. Sollte die Antragsgegnerin mit dem Austausch der Worte habe ausdrücken wollen, dass der übrige Text innerhalb der Erläuterungen der Führungskräfte bei den Einzelkriterien „Praktische Arbeitsweise“ und „Allgemeine Befähigung“ eher der Note „gut“ entspreche, hätte dies - unabhängig davon, dass die Antragsgegnerin eine solche Begründung nicht vorgetragen hat - plausibel gemacht und näher erläutert werden müssen. Nicht zuletzt hätte in einem solchen Fall aber auch zunächst die Pflicht der Beurteiler bestanden, aussagekräftigere Beurteilungsbeiträge nachzufordern (vgl. z.B. BVerwG, Urteil vom 27. November 2014 - 2 A 10.13 - BeckRS 2015, 42244; OVG Münster, Beschluss vom 18. Juni 2015 - 1 B 146/15 -, BeckRS 2015, 47681).“

Des Weiteren war die Beurteilung dem Erfordernis einer substantiellen und nachvollziehbaren Begründung des Gesamturteils einschließlich des Ausprägungsgrades deswegen nicht gerecht geworden, weil der Umstand, dass der Kläger im Beurteilungszeitraum gemessen an seinem Statusamt um zwei bzw. drei Besoldungsstufen und damit deutlich höherwertig eingesetzt gewesen ist, im Rahmen der vorliegenden Begründung des Gesamturteils nicht bzw. nicht ausreichend gewürdigt wurde und das letztlich ausgeworfene Ergebnis mangels einer konkreten und plausiblen Begründung nicht nachvollziehbar ist.

In dem o.g. Beschluss vom 12. Februar 2016 wurde hierzu wie folgt ausgeführt:

*„Der Antragsteller war während des gesamten Beurteilungszeitraums (1. Juni 2011 bis 31. Oktober 2013) unstreitig höher als seinem Statusamt der Besoldungsgruppe A 8 entsprechend beschäftigt, [...] das Auseinanderfallen zwischen tatsächlicher Beschäftigung und Statusamt von 2 Stufen in den ersten 6 Monaten des Beurteilungszeitraumes und mindestens 3 Stufen in den letzten 23 Monaten des Beurteilungszeitraumes hätte in der Beurteilung besonders berücksichtigt werden müssen. Eine - wie hier erfolgte - bloße Nennung der übertragenen Aufgaben und die formelhafte Erwähnung, dass der Beamte höherwertige Aufgaben wahrgenommen habe, genügt diesen Anforderungen nicht. Der Satz „Die höherwertigen Tätigkeiten wurden in dieser Beurteilung berücksichtigt.“ im Rahmen der Begründung des Gesamtergebnisses spiegelt sich im Übrigen auch nicht in den vergebenen Noten wider, denn im Vergleich zu den nur die Funktion und nicht das Statusamt berücksichtigenden Stellungnahmen der Führungskräfte, welche den Antragsteller überwiegend mit „sehr gut“ bewertet haben, hat hier sogar - anders als im Falle des Oberverwaltungsgerichtes Münster (Az.: 1 B 384/15, a.a.O.), bei dem eine nur geringe Aufwertung der Beurteilung im Streit stand - sogar eine Abwertung stattgefunden.“*

Zwar ergibt sich aus der in der dienstlichen Beurteilung des Klägers enthaltenen Passage „Die höherwertigen Tätigkeiten wurden in dieser Beurteilung berücksichtigt“, dass den Beurteilerinnen der Aspekt der höherwertigen Tätigkeit des Klägers bewusst gewesen ist. Wie eine entsprechende Berücksichtigung erfolgt ist (sei es bei den Einzelkriterien oder im Gesamturteil), lässt sich der oben wiedergegebenen formelhaften Begründung jedoch nicht entnehmen.

Es wird insbesondere für den zu beurteilenden Kläger schon nicht ersichtlich, wie das Gesamturteil „Gut ++“, also lediglich die drittbeste Notenstufe mit der höchsten Ausprägung, vor dem Hintergrund einer laut Stellungnahme der Führungskräfte insgesamt mit der besten Notenstufe bewerteten Leistung hinsichtlich seiner tatsächlich wahrgenommenen Tätigkeit, die im Gegensatz zu dem zu beurteilenden Statusamt erhöhte Anforderungen und Fähigkeiten umfasst hat, zustande gekommen ist. Es hätte insoweit einer Plausibilisierung sowohl in Bezug auf die Bewertung der Einzelleistungsmerkmale als auch in Bezug auf das Gesamturteil bedurft.

Das Erfordernis einer substantiellen und nachvollziehbaren Begründung des Gesamturteils einschließlich des Ausprägungsgrades ergibt sich vorliegend zudem aus dem Umstand, dass der Kläger – gemessen an durch die Führungskräfte bewerteten Einzelleistungsmerkmalen, nach denen ohne Weiteres auch die Gesamtnote „Sehr gut“ möglich gewesen wäre – im Gesamturteil sogar abgewertet worden ist.

Die Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs des Klägers geschah auch schuldhaft.

Für die Haftung des Dienstherrn auf Schadensersatz wegen Verletzung von Pflichten aus dem Beamtenverhältnis gilt der allgemeine Verschuldensmaßstab des bürgerlichen Rechts (BVerwG, Urteil vom 17.08.2005 - 2 C 37.04 -BVerwGE 124, 99 <104> m. w. N.). 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 Beamten muss verlangt werden, dass sie die Sach- und Rechtslage unter Heranziehung aller ihnen zu Gebote stehenden Hilfsmittel gewissenhaft prüfen und sich aufgrund vernünftiger Überlegungen eine Rechtsauffassung bilden. Dazu gehören auch die Auswertung der höchstrichterlichen Rechtsprechung und ggf. die ernsthafte Auseinandersetzung mit der Frage, ob aus sachfremden Erwägungen gewünschte Personalentscheidungen am Maßstab der relevanten Rechtsnormen Bestand haben können (BVerwG, Urteil vom 19.03.2015 – 2 C 12.14 – NVwZ 2015, 1686/1687 f. = BeckRS 2015, 47740; BVerwG, Urteil vom 26.01.2012 - 2 A 7.09 - BVerwGE 141, 361 Rn. 39; OVG NRW Urteil vom 27.04.2016 - 1 A 2310/14 - juris Rn. 38 ff.).

Der für den Verschuldensvorwurf maßgebliche Beurteilungszeitpunkt richtet sich nach dem Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung, sodass insoweit der seinerzeit geltende Stand von Rechtsprechung und Schrifttum zu berücksichtigen ist (BVerwG, Urteile vom 25.02.2010 - BVerwG 2 C 22.09 -BVerwGE 136, 140 = Buchholz 11 Art. 33

Abs. 2 GG Nr. 45, jeweils Rn. 23 ff., vom 26.01.2012 a.a.O. Rn. 40 und vom 25.07.2013 - BVerwG 2 C 12.11 - BVerwGE 147, 244 Rn. 62).

Nach diesen Maßstäben hat die Beklagte fahrlässig gegen den Grundsatz der Bestenauswahl aus Art. 33 Abs. 2 GG verstoßen. Bei sorgfältiger rechtlicher Prüfung hätten die Verantwortlichen erkennen müssen, dass die für die ursprünglich erfolgte Auswahlentscheidung maßgebliche dienstliche Beurteilung nicht den allgemein anerkannten Bewertungsgrundsätzen entsprach und damit rechtswidrig war.

So ergab sich bereits aus § 2 (3) der Anlage 1 zu den Beurteilungsrichtlinien der Beklagten, dass der Beurteiler zwar bei der Einstufung der Einzelkriterien in die Notenskala von der Einschätzung der Führungskräfte abweichen kann. Diese Abweichung muss er jedoch nachvollziehbar begründen, was hier vorliegend nicht erfolgt ist (vgl. Ausführungen oben).

Zudem gab es entgegen der Auffassung der Beklagten bereits zum Zeitpunkt der seinerzeit erstellen dienstlichen Beurteilung des Klägers den allgemeinen Grundsatz, dass sich der Beurteiler bei einem Auseinanderfallen von Statusamt und Bewertung des tatsächlich innegehabten Dienst-/Arbeitspostens konkret und hinreichend ausführlich mit der Annahme auseinandersetzen musste, dass der zu Beurteilende die Anforderungen seines Statusamts zumindest genauso gut, wenn nicht sogar besser erfüllt, wie er diejenigen des tatsächlich innegehabten Dienst-/Arbeitspostens, welcher einer höheren Besoldungsgruppe zuzuordnen ist, erfüllt hat.

Der Grundsatz, dass mit einem höheren Statusamt die Wahrnehmung höherer Aufgaben verbunden ist, die im Allgemeinen gegenüber einem niedrigeren Statusamt gesteigerte Anforderungen beinhalten und mit einem größeren Maß an Verantwortung verbunden sind, bestand nämlich bereits schon Jahre zuvor und war allgemein anerkannt (BVerfG, Beschluss vom 20.03.2007 – 2 BvR 2470/06 –, Rn. 15, juris; so auch OVG NRW, Beschluss vom 28.07.2010 - 1 B 345/10 -, juris Rn. 18 bis 21, m.w.N.; OVG Lüneburg, Urteil vom 09.02.2010 - 5 LB 497/07 -, juris, Rn. 34). Das BVerfG hat in seiner Entscheidung vom 20. März 2007 aufgrund dieser bereits in der Rechtsprechung vorliegenden Annahme festgestellt, dass im Rahmen eines Leistungsvergleichs bei einer Auswahlentscheidung zwischen konkurrierenden Bewerbern bei einer jeweils formal gleichen Bewertung die Beurteilung des Beamten, der ein höheres Statusamt innehat (dort R4 BBesG), grundsätzlich besser ist als diejenige des in einem niedrigeren Statusamt (dort R3 mit Zulage BBesG) befindlichen Konkurrenten.



Daraus folgt, dass das BVerfG davon ausgegangen ist, dass der Tätigkeit eines Beamten, welche einer höheren Besoldungsgruppe zugeordnet ist, im Vergleich zu einer solchen, welche einer niedrigeren Besoldungsgruppe zuzuordnen ist, eine höhere Schwierigkeit zukommt und dieser Beamte damit auch anhand des Grundsatzes der Bestenauswahl aus Art. 33 Abs. 2 GG eine vorrangige Stellung im Rahmen einer Beförderungsauswahl innehaben muss. Dies gilt jedenfalls für konkurrierende Beamte, deren Statusamt sich in einer Besoldungsgruppe unterscheidet, bereits dann, wenn beide Beamte ihre Arbeit gemessen an ihrem jeweiligen Statusamt gleich gut ausführen, also jeweils mit derselben Note dienstlich beurteilt worden sind.

Der Beklagten war es bewusst, dass sich diese Einschätzung auch auf die Vergabe einer Note in der dienstlichen Beurteilung eines Beamten niederschlagen konnte bzw. musste. Dies wird insbesondere aus dem Umstand deutlich, dass die zum Beurteilungszeitraum geltenden KBV und die Beurteilungsrichtlinien der Beklagten entsprechende Anweisungen enthalten. In § 1 Präambel der Beurteilungsrichtlinien wird ausgeführt, dass die Führungskräfte bei der Bewertung des Beamten dessen Statusamt unberücksichtigt lassen müssen. Damit werden sie ausdrücklich dazu angehalten, die konkrete Tätigkeit anhand der bei einem höherwertigen Arbeitsposten dann durchaus auch höheren Anforderungen für die abzugebenden Stellungnahmen zu bewerten. Auch die Beurteiler müssen nach § 2 (3) der Anlage 1 zu den Beurteilungsrichtlinien die Stellungnahmen der Führungskräfte unter Berücksichtigung der tatsächlich wahrgenommenen Aufgaben des zu beurteilenden Beamten prüfen und auswerten. Sie mussten auf der einen Seite im Rahmen der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung die Anforderungen des statusrechtlichen Amtes und auf der anderen Seite die konkret wahrgenommenen Tätigkeiten beachten (Ziff. 6 der Beurteilungsrichtlinien). Insbesondere die Wahrnehmung einer gegenüber dem Statusamt höherwertigen Funktion musste in die Gesamteinschätzung mit einfließen (vgl. § 2 (2) KBV).

Soweit die Beklagte einwendet, dass erstmals das OVG NRW mit seinem Beschluss vom 18. Juni 2015 (Az.: 1 B 384/15, juris) den Maßstab für eine etwaig vorzunehmende „Anhebung“ des Gesamturteils (gemeint ist wohl im Vergleich zu der sich rein „rechnerisch“ aus den Einzelkriterien sonst ergebenden Note) in Fällen wie dem vorliegenden aufgestellt habe und folglich das Maß der Berücksichtigung der Wahrnehmung einer höherwertigen Tätigkeit zuvor allein im Ermessen des Beurteilers gelegen habe, geht diese Auffassung fehl.

Zwar hat das OVG darin ausgeführt, dass der dortige Antragsteller, die Anforderungen seines Statusamtes in „herausragender Weise“ erfülle, da er von seinen Führungskräften in den Stellungnahmen mit der dritt- und zweitbesten Note („Rundum zufriedenstellend“ und „Gut“) für seine Tätigkeit auf einem Dienst-/Arbeitsposten, welcher fünf Besoldungsgruppen über seinem Statusamt lag, bewertet worden sei. Es sei demnach nicht nachvollziehbar, aus welchen konkreten Gründen er letztlich lediglich mit der Gesamtnote „Gut ++“ beurteilt worden sei. Die Note „Gut Basis“ hätte sich nämlich bereits anhand der Noten für die Einzelkriterien ergeben, sodass für die höherwertige Tätigkeit nur ein „Aufschlag“ von zwei Ausprägungsgraden („+“ und „++“) vorgenommen worden sei, obwohl in seinem Fall durchaus auch ein Gesamturteil mit der Note „Sehr gut“ möglich wäre.

Damit hat das OVG NRW jedoch keinen neuen Grundsatz aufgestellt und auch nicht einen Maßstab dafür angelegt, wie sich die vergebenen Noten der Stellungnahmen der Führungskräfte konkret auf das Gesamturteil auswirken müssen, wenn diese sich auf eine höherwertige Tätigkeit bezogen haben.

Zum einen lässt die Entscheidung offen, welche Gesamtbeurteilung der dortige Antragsteller hätte richtigerweise erhalten müssen. Bei einer detaillierten und nachvollziehbaren Begründung hätte es nach Auffassung des OVG NRW sogar zu einer Abwertung der sich aus den Stellungnahmen der Führungskräfte ergebenden Note in der dienstlichen Beurteilung kommen können (OVG NRW, Beschluss vom 18. Juni 2015, aaO, Rn. 10). Dass die Wahrnehmung einer höherwertigen Tätigkeit folglich zwingend zu einer rein rechnerischen Erhöhung des Gesamturteils führen müsse, lässt sich der Entscheidung daher nicht entnehmen.

Zum anderen hat das OVG NRW lediglich einen bereits bestehenden allgemeinen Grundsatz aufgegriffen indem es davon ausgegangen ist, dass ein Beamter, welcher die Aufgaben eines Dienst-/Arbeitspostens gut erfülle und der einer höheren Besoldungsgruppe zugeordnet ist, als sie seinem Statusamt entspricht, die geringeren Anforderungen seines Statusamtes in besserer Weise erfüllt. Aufgrund dieser Annahme hätten sich die Beurteiler in dem dortigen Verfahren - welches ebenfalls eine dienstliche Beurteilung bezogen auf den Zeitraum 1. Juni 2011 bis 31. Oktober 2013 betraf - damit auseinandersetzen müssen, dass sich dieser Umstand naheliegender Weise positiv auf die dienstliche Beurteilung auswirken könnte. Dies war dort nicht geschehen. Eine plausible Begründung der Gesamtnote fehlte, sodass es vor dem Hintergrund der Stellungnahmen der Führungskräfte nicht nachvollziehbar gewesen sei, weshalb der Antragsteller trotz seines Einsatzes auf einem deutlich höher bewerteten Dienstposten

nur mit „Gut ++“ und nicht besser bewertet worden sei, obwohl sich die Bewertung nach seinem niedrigeren Statusamt zu richten hat. Dass die Wahrnehmung eines höher bewerteten Dienstpostens besonderen Anlass dafür gibt, ein abschließendes Werturteil auch im Hinblick auf diesen Gesichtspunkt plausibel zu machen, hat im Übrigen u.a. auch das OVG Lüneburg in seinem Urteil vom 3. Juni 2003 (5 LB 211/02 -, juris) entschieden.

Insoweit ist für den vorliegenden Fall noch zu beachten, dass die Beklagte den Kläger – anders als es im zu entscheidenden Fall des OVG war – sogar noch abgewertet hat, ohne dies ausreichend zu begründen.

Im Übrigen hat die Beklagte vorliegend die dienstliche Beurteilung nach Maßgabe des Beschlusses des VG Braunschweig korrigiert und dem Kläger nach erneuter Auswahlentscheidung die ausgeschriebene Beförderungsstelle übertragen, womit sie selbst zu erkennen gegeben hat, dass sein Bewerbungsverfahrensanspruch objektiv verletzt worden ist und er nach seiner Eignung, Befähigung und Leistung einer der qualifiziertesten Bewerber für eine der vorgesehenen Beförderungsstellen war.

## 2.

Durch die schuldhafte Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs des Klägers kam es zu einer verspäteten Beförderung und damit zu einem Schaden. Wäre der Kläger von vornherein fehlerfrei beurteilt und infolge dessen im Auswahlverfahren der hier maßgeblichen Beförderungsrunde für eine Beförderung nach A9 vz berücksichtigt worden, wäre er bereits im Jahre 2015 befördert und entsprechend der höheren Besoldungsgruppe besoldet worden.

Dem Kläger ist ein Schaden entstanden, der darin besteht, dass er nicht schon früher in ein Amt der Besoldungsgruppe A 9 befördert worden ist. Dass der Kläger im Zeitraum vom 1. Juni 2015 bis zum 30. Juni 2015 noch beurlaubt war, ändert am Vorliegen eines Schadens für diesen Zeitraum nichts. Der Schaden eines rechtswidrig während der Beurlaubung nicht beförderten Beamten liegt darin, nicht der höheren Besoldungsgruppe anzugehören. Dieser Schaden ist auch nicht bloß hypothetisch. Vielmehr besteht er sofort und unmittelbar, wenngleich er sich in bestimmten Bereichen unter Umständen auch erst zu einem späteren Zeitpunkt aktualisieren mag (etwa bei Ende der Beurlaubung oder bei dem regelmäßig nicht vorhersehbaren und jederzeit möglichen Eintritt der Dienstunfähigkeit). Dieses Verständnis ist nicht zuletzt wegen des hinsicht-

lich Beförderungen in § 4 Abs. 2 Satz 3 PostPersRG (bzw. gleichlautenden Vorläuferregelungen) geregelten Benachteiligungsverbots für beurlaubte Beamte der Postnachfolgeunternehmen geboten. Dass danach die Beurlaubung einer Beförderung im Rahmen einer regelmäßigen Laufbahnentwicklung nicht entgegensteht, bliebe eine bloße Leerformel, wenn das schuldhaft rechtswidrige Übergehen eines Beamten bei der Bewerberauswahl nicht durch einen Schadensersatzanspruch sanktioniert wäre (OVG NRW, Urteil vom 27.04.2016 – 1 A 2310/14 –, Rn. 46, juris).

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, der sich die erkennende Kammer anschließt, setzt der für einen beamtenrechtlichen Schadensersatzanspruch erforderliche adäquat kausale Zusammenhang zwischen der Rechtsverletzung und dem Schaden voraus, dass der Beamte ohne den schuldhaften Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG voraussichtlich befördert worden wäre. Für diese Annahme muss festgestellt werden, welcher hypothetische Kausalverlauf bei rechtmäßigem Vorgehen des Dienstherrn voraussichtlich an die Stelle des tatsächlichen Verlaufs getreten und ob der Beamte ausgewählt worden wäre, wenn der Dienstherr eine rechtmäßige Gestaltung des Auswahlverfahrens vorgenommen hätte (st. Rspr., vgl. BVerwG, Urteile vom 19.03.2015 – 2 C 12.14 – NVwZ 2015, 1686/1688 f.; vom 17.08.2005 - 2 C 37.04 - BVerwGE 124, 99 <108>, vom 26.01.2012 - 2 A 7.09 - BVerwGE 141, 361 Rn. 42 f. und vom 30.10.2013 - 2 C 23.12 - BVerwGE 148, 217 Rn. 45). 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 hinwegzudenken, 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 (BVerwG, Urteil vom 26.01.2012 – 2 C 7/09 –, BVerwGE 141, 361-376, juris). 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 der 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 26.01.2012 - 2 A 7.09 -, BVerwGE 141, 361 = NVwZ 2012, 1477 = juris, Rn. 43 ff.; OVG NRW, Urteil vom 02.02.2015 - 1 A 596/12 -, juris, Rn. 51). Dies schließt die Möglichkeit ein, dass in Einzelfällen nicht nur ein, sondern mehrere unterlegene Kandidaten einen Anspruch auf Schadensersatz wegen rechtswidrig unterbliebener Beförderung geltend machen können, wenn sie die ernsthafte Möglichkeit einer für sie positiven Auswahlentscheidung darlegen können (OVG des Saarlandes, Urteil vom 10.05.2017 – 1 A 178/16 –, Rn. 120 - 126, juris; OVG NRW, Urteil vom 27.04.2016 – 1 A 2310/14 –, juris).

Der Kausalitätsnachweis ist also erbracht, wenn sich im Nachhinein feststellen lässt, dass sich die zuständige Behörde bei Vermeidung der Rechtsverletzung voraussichtlich gerade für diesen Bewerber entschieden hätte oder rechtlich zwingend hätte entscheiden müssen (vgl. BVerwG NJW 1992, 927) bzw. seine Berücksichtigung nach Lage der Dinge ernsthaft möglich gewesen war.

Es ist also gerichtlich zu überprüfen, ob gerade der Kläger bei einem fehlerfreien Verfahrensablauf voraussichtlich befördert worden wäre. Dies ist zur Überzeugung der Kammer der Fall.

Innerhalb der 309 für eine Beförderung vorgesehenen Beamten war der Kläger nach Eignung, Befähigung und Leistung einer der 272 qualifiziertesten Bewerber auf der Beförderungsliste. Seine dienstliche Beurteilung ist auf die Note „Sehr gut ++“ korrigiert worden und ihm wurde nach erneuter Auswahlentscheidung die von ihm angestrebte Beförderungsstelle übertragen. Unabhängig von dem Umstand, dass die Beklagte ihn aufgrund der zunächst fehlerhaft erfolgten Beurteilung letztlich mit der Note „Sehr gut ++“ bewertet und damit zu erkennen gegeben hat, dass diese Bewertung unter Vermeidung von Rechtsfehlern richtig sei, erschien es durchaus auch möglich, ihn seinerzeit von vornherein mit dieser Note zu bewerten. Wie oben bereits ausgeführt hätte sich die Note „Sehr gut“ nämlich durchaus schon allein aufgrund der abgegebenen Stellungnahmen ergeben können. Um im Gesamturteil dem Umstand der wahrgenommenen höherwertigen Tätigkeit auf einem Dienstposten, welcher überwiegend drei Besoldungsgruppen über dem innegehabten Statusamt lag, Rechnung tragen zu können, war es auch möglich, dies entsprechend durch den höchsten Ausprägungsgrad „++“ zu berücksichtigen.

Bei einer von vornherein fehlerfrei erfolgten Beurteilung, wäre er folglich bereits in der ersten Auswahlentscheidung für eine Beförderung berücksichtigt und entsprechend auf der Beförderungsliste geführt worden.

Die Beklagte hat bei ihrer Auswahlentscheidung für alle Beamten, die mit der Gesamtnote „Sehr gut ++“ bewertet worden sind, eine Beförderungsstelle vorgesehen, sodass auch der Kläger zum Zuge gekommen wäre.

Soweit die Beklagte anführt, dass eine Beförderung des Klägers zum 1. Juni 2015 aufgrund der anhängigen einstweiligen Rechtsschutzverfahren gar nicht möglich gewesen wäre, geht diese Argumentation vorliegend fehl.

Dabei verkennt die Kammer nicht, dass durch die Inanspruchnahme von gerichtlichem Rechtsschutz durch einen Mitbewerber eine Verzögerung oder gar dauerhafte Verhinderung des Vollzuges der Auswahlentscheidung bewirkt werden könnte und eine solche negative Folge nicht auf einer Rechtsverletzung des Klägers beruhen würde, sondern für diesen lediglich einen Reflex der Rechtsverletzung Dritter darstellt (so VG Potsdam, Urteil vom 29.06.2016 – VG 2 K 4/15 –, Rn. 22 - 23, juris).

Allerdings muss vorliegend folgender Umstand berücksichtigt werden:

Der Vertreter der Beklagten hat in der mündlichen Verhandlung angegeben, dass lediglich die letzten 36 Plätze auf der Beförderungsliste für eine Beförderung gesperrt bleiben, bis über das einstweilige Rechtsschutzverfahren entschieden worden ist.

Auf der Beförderungsliste wurden auf diesen Rangplätzen ausschließlich Beamte gelistet, welche mit der Note „Sehr gut +“ dienstlich beurteilt worden sind. Beamte, welche mit „Sehr gut ++“ oder besser beurteilt worden sind, waren von dieser „Sperrwirkung“ folglich nicht betroffen. Diese sind bereits zum 1. Mai 2015 in eine Planstelle nach A9 vz eingewiesen worden.

Wenn also die Beklagte unter Vermeidung der ursprünglich erfolgten fehlerhaften dienstlichen Beurteilung den Kläger unter Berücksichtigung der letztlich erfolgten Gesamtbeurteilung „Sehr gut ++“ bei dem seinerzeit erfolgten Auswahlverfahren entsprechend dieser Leistung auf die Beförderungsliste gesetzt hätte, wäre er gar nicht in den Kreis der von der Sperrwirkung betroffenen Beamten gekommen. Die anhängigen gerichtlichen Verfahren hätten keinen Einfluss auf den Zeitpunkt seiner Beförderung nehmen können. Auch er wäre dann zum 1. Mai 2015 befördert worden.

Im Übrigen ist zu beachten, dass wenn sich der Dienstherr dazu entschieden hat, eine freie Beförderungsstelle zu einem bestimmten Zeitpunkt zu besetzen, seine zunächst getroffene Auswahlentscheidung aber rechtswidrig war und dies im Vergleich zu einer

von vornherein rechtmäßigen Entscheidung zu einer Verzögerung führt, hierin gleichwohl eine Rechtsverletzung zu Lasten des Beamten liegt, die auch durch seine spätere Beförderung nicht mehr beseitigt wird. Vielmehr ist auch in diesem Fall ein Schaden eingetreten, der auf einer Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs durch den Dienstherrn beruht (OVG NRW, Beschluss vom 04.09.2014 – 6 A 31/13 –, juris Rn. 16).

### 3.

Der Kläger hat es auch nicht unterlassen, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.

Nach dem Rechtsgedanken des § 839 Abs. 3 BGB kann ein zu Unrecht nicht beförderter Beamter Schadensersatz für diese Verletzung seines aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Bewerbungsverfahrensanspruchs nur verlangen, wenn er sich bemüht hat, den eingetretenen Schaden dadurch abzuwenden, dass er um gerichtlichen Rechtsschutz gegen die bevorstehende Personalentscheidung nachgesucht hat. Effektiven Rechtsschutz gegen eine zu Unrecht verweigerte Einbeziehung in ein beamtenrechtliches Auswahlverfahren kann der Beamte durch die Erhebung des Widerspruchs (§ 126 Abs. 3 BRRG, § 54 Abs. 2 und § 63 Abs. 3 Satz 2 BeamtStG) und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung (§ 123 Abs. 1 VwGO) gegen die Vergabe des dem Auswahlverfahren zugrundeliegenden Amtes erlangen.

Vorliegend hatte der Kläger alles ihm Zumutbare und Erforderliche zur Abwendung des Schadens unternommen. Er hat seine dienstliche Beurteilung und die beabsichtigte Auswahl eines Konkurrenten für die Beförderungsstelle ohne schuldhaftes Zögern und mit allen in Betracht kommenden rechtlichen Mitteln angegriffen.

Dem Kläger steht damit zwar grundsätzlich ein Schadensersatzanspruch bereits ab dem 1. Mai 2015 – also dem Zeitpunkt, zu dem die Beklagte Beförderungen nach A9 vz vorgenommen hat – zu. Jedoch hat dieser beantragt, ihn dienst-, besoldungs- und versorgungsrechtlich so zu stellen, als sei er mit Wirkung vom 1. Juni 2015 befördert worden. Damit hat der Kläger sein Klagebegehren klar zum Ausdruck gebracht. Für die Streitentscheidung bedeutet dies, dass das Gericht an dieses Klagebegehren gebunden ist und dem Kläger weder etwas Anderes, noch mehr oder weniger als begehrt zusprechen darf, § 88 VwGO (Schoch/Schneider/Bier/Ortloff/Riese, 36. EL Februar 2019, VwGO § 88 Rn. 10).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung beruht auf § 167 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 11, 709 Satz 2, 711 ZPO.

**Rechtsmittelbelehrung:**