

Sachgebiet:

BVerwGE: ja
Fachpresse: ja

Allgemeines Beamtenrecht

Rechtsquelle/n:

GG	Art. 33 Abs. 2 und Abs. 5
BBG	§ 9
BGB	§ 839 Abs. 3, § 276 Abs. 2
PostPersRG	§ 5 Abs. 3

Titelzeile:

Beamtenrechtlicher Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Beförderung; Erkundigungs- und Rügeobliegenheit

Stichworte:

Beamter; Bewerbungsverfahrensanspruch; beamtenrechtlicher Schadensersatzanspruch; Sekundärrechtsschutz; Primärrechtsschutz; Schadensvermeidung; Rechtsmittel im Sinne von § 839 Abs. 3 BGB; jährliches Beförderungsverfahren; Beförderungstichtag; Intranet-Bekanntmachung; unterbliebene Ausschreibung; unterbliebene dienstliche Beurteilung; unterbliebene Konkurrentenmitteilung; Erkundigungs- und Rügeobliegenheit; hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums; beamtenrechtliches Treueverhältnis; Beförderung; Mindestwartezeit; Auswahlverfahren; Bestenauswahl; Leistungsgrundsatz.

Leitsätze:

1. Ein beamtenrechtlicher Schadensersatzanspruch wegen schuldhafter Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs kann in Anwendung des dem Vorrang des Primär- vor dem Sekundärrechtsschutz dienenden Rechtsgedankens des § 839 Abs. 3 BGB daran scheitern, dass der Beamte von einem ihm zumutbaren Rechtsmittel im Sinne dieser Vorschrift in vorwerfbarer Weise keinen Gebrauch gemacht hat.

2. Der Begriff des Rechtsmittels im Sinne von § 839 Abs. 3 BGB ist - in Übereinstimmung mit der zivilgerichtlichen Rechtsprechung - weit auszulegen. Er umfasst auch aus dem besonderen beamtenrechtlichen Dienst- und Treueverhältnis erwachsende Erkundigungs- und Rügeobliegenheiten eines Beamten.

3. Wenn der Dienstherr in dem allen Betroffenen zugänglichen Intranet über ein von ihm regelmäßig praktiziertes jährliches Beförderungsverfahren jedenfalls in den Grundzügen informiert, hat ein an seinem beruflichen Fortkommen interessierter Beamter die Obliegenheit, sich ggf. über weitere Einzelheiten dieses Verfahrens zu erkundigen, seine Nichteinbeziehung in den zur Beförderung in Aussicht genommenen Personenkreis sowie in die Auswahlentscheidung zu rügen und gegen drohende



Ernennungen Anderer mit Mitteln des vorläufigen Rechtsschutzes vorzugehen.

4. Die Prüfung der Voraussetzungen des § 839 Abs. 3 BGB ist vorrangig vor einem Rückgriff auf das Rechtsinstitut der Verwirkung, das - neben dem sog. Zeitmoment (längerer Zeitraum der Untätigkeit) - voraussetzt, dass auf Seiten des Verpflichteten (hier: des Dienstherrn) - oder eines Dritten - ein schützenswertes Vertrauen vorliegt, der Anspruch werde nicht mehr geltend gemacht, und dass dieses Vertrauen auch betätigt wurde, indem der Verpflichtete - oder der Dritte - sich darauf eingerichtet hat (sog. Umstandsmoment).

Urteil des 2. Senats vom 15. Juni 2018 - BVerwG 2 C 19.17

- I. VG Köln vom 2. Oktober 2014
Az: VG 15 K 5831/12
- II. OVG Münster vom 27. April 2016
Az: OVG 1 A 2310/14



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 2 C 19.17
OVG 1 A 2310/14

Verkündet
am 15. Juni 2018

...
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 7. Juni 2018
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Domgörgen
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. von der Weiden, Dr. Hartung,
Dollinger und Dr. Günther

am 15. Juni 2018 für Recht erkannt:

Das Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land
Nordrhein-Westfalen vom 27. April 2016 wird aufgehoben.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Verwal-
tungsgerichts Köln vom 2. Oktober 2014 wird zurückge-
wiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Berufungs- und des Revi-
sionsverfahrens.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Kläger beansprucht von der Beklagten Schadensersatz wegen verspäteter Beförderung.
- 2 Die Beklagte, in deren Diensten der 1956 geborene Kläger seit dem Jahr 1981 steht, beschäftigte ihn unter Gewährung von Sonderurlaub seit März 1994 auf der Grundlage eines privatrechtlichen Arbeits- und Anstellungsvertrages bei der Deutsche Telekom AG und deren Tochterunternehmen. 1995 beförderte sie den Kläger zum Technischen Fernmeldehauptsekretär (Besoldungsgruppe A 8 BBesO) und 2016 zum Technischen Postbetriebsinspektor (Besoldungsgruppe A 9 BBesO).

- 3 Im November 2011 beantragte der Kläger gegenüber der Beklagten, ihn im Wege des Schadensersatzes so zu stellen, wie er stünde, wenn er im Rahmen der konzernweit durchgeführten Beförderungsrunde 2009 in ein Amt der Besoldungsgruppe A 9 BBesO befördert worden wäre. Die Beklagte lehnte den Antrag mit der Begründung ab, der Kläger habe die für eine Beförderung in den Jahren 2009 und 2010 nach der damaligen Praxis notwendige Mindestwartezeit nicht erfüllt.

- 4 Nach Widerspruch im Mai 2012 hat der Kläger im Oktober 2012 Untätigkeitsklage erhoben, die das Verwaltungsgericht mit der Begründung abgewiesen hat, der geltend gemachte Schadensersatzanspruch sei verwirkt. Auf die dagegen gerichtete Berufung des Klägers hat das Oberverwaltungsgericht das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Beklagte unter Aufhebung des Ablehnungsbescheids verpflichtet, den Kläger im Wege des Schadensersatzes besoldungs- und versorgungsrechtlich so zu stellen, als ob er zum 1. März 2009 in ein Amt der Besoldungsgruppe A 9 BBesO befördert worden wäre.

- 5 Hiergegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision der Beklagten, mit der sie beantragt,

das Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 27. April 2016 aufzuheben und die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 2. Oktober 2014 zurückzuweisen.

- 6 Der Kläger beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

II

- 7 Die Revision der Beklagten ist begründet. Das Urteil des Oberverwaltungsgerichts verletzt dadurch revisibles Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO), dass es angenommen hat, dem geltend gemachten beamtenrechtlichen Schadensersatzanspruch stehe der Rechtsgedanke des § 839 Abs. 3 BGB nicht entge-

gen. Der Kläger hat keinen Schadensersatzanspruch, weil er es schuldhaft unterlassen hat, den Schadenseintritt durch Gebrauch eines zumutbaren Rechtsmittels im Sinne von § 839 Abs. 3 BGB abzuwenden.

- 8 Diese Prüfung ist vorrangig vor einem Rückgriff auf das - vom Berufungsgericht in den Mittelpunkt seiner Überlegungen gestellte - Rechtsinstitut der Verwirkung, das - neben einem längeren Zeitraum der Untätigkeit (sog. Zeitmoment) voraussetzt, dass auf Seiten des Verpflichteten (hier: des Dienstherrn) - oder eines Dritten - ein schützenswertes Vertrauen vorliegt, der Anspruch werde nicht mehr geltend gemacht, und dass dieses Vertrauen auch betätigt wurde, indem der Verpflichtete - oder der Dritte - sich darauf eingerichtet hat (sog. Umstandsmoment, vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 29. August 1996 - 2 C 23.95 - BVerwGE 102, 33 S. 36; BGH, Urteil vom 12. Juli 2016 - XI ZR 501/15 - BGHZ 211, 105 Rn. 40 f. m.w.N.). Ob diese Voraussetzungen im Streitfall zu bejahen wären, ist nicht entscheidungserheblich.
- 9 1. Das Rechtsinstitut des beamtenrechtlichen Schadensersatzanspruchs ist in der Rechtsprechung seit langem anerkannt (vgl. BVerwG, Urteile vom 24. August 1961 - 2 C 165.59 - BVerwGE 13, 17 <18 ff.>, vom 19. März 2015 - 2 C 12.14 - BVerwGE 151, 333 Rn. 9 sowie vom 20. Oktober 2016 - 2 C 30.15 - Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 78 Rn. 18, jeweils m.w.N.). Es findet seinen Rechtsgrund im Beamtenverhältnis und begründet einen unmittelbar gegen den Dienstherrn gerichteten Ersatzanspruch für Schäden, die aus einer Verletzung der aus dem Beamtenverhältnis folgenden Pflichten entstehen. Als im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis wurzelndes und insofern "quasi-vertragliches" Institut gewährleistet der beamtenrechtliche Schadensersatzanspruch Sekundärrechtsschutz für Pflichtverletzungen aus dem Beamtenverhältnis, wie dies § 280 Abs. 1 BGB für vertragliche Schuldverhältnisse vorsieht (vgl. zur Bezugnahme auf Grundsätze der positiven Vertragsverletzung im Arbeitsrecht BVerfG, Kammerbeschluss vom 13. Januar 2010 - 2 BvR 811/09 - BayVBl 2010, 303 Rn. 9).
- 10 Der beamtenrechtliche Schadensersatzanspruch war ursprünglich auf Verletzungen der Fürsorgepflicht bezogen. Er ist in der Rechtsprechung aber nach-

folgend auch auf andere Pflichtverletzungen ausgedehnt worden, insbesondere auf die Verletzung der Auswahlgrundsätze aus Art. 33 Abs. 2 GG (BVerwG, Urteile vom 25. August 1988 - 2 C 51.86 - BVerwGE 80, 123 <124 f.> und vom 19. März 2015 - 2 C 12.14 - BVerwGE 151, 333 Rn. 10).

- 11 Ein Beamter kann danach von seinem Dienstherrn Ersatz des ihm durch eine Nichtbeförderung entstandenen Schadens verlangen, wenn der Dienstherr bei der Vergabe eines Beförderungsamts den aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Anspruch des Beamten auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl schuldhaft verletzt hat, dem Beamten das Amt ohne diesen Rechtsverstoß voraussichtlich übertragen worden wäre und dieser es nicht schuldhaft unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden (stRspr, vgl. BVerwG, Urteile vom 17. August 2005 - 2 C 37.04 - BVerwGE 124, 99 <101 f.>, vom 26. Januar 2012 - 2 A 7.09 - BVerwGE 141, 361 Rn. 15, vom 29. November 2012 - 2 C 6.11 - BVerwGE 145, 185 Rn. 9 und vom 30. Oktober 2013 - 2 C 23.12 - BVerwGE 148, 217 Rn. 42).
- 12 Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Zwar hat die Beklagte den Bewerbungsverfahrensanspruch des Klägers verletzt (2.) und dies zu vertreten (3.). Diese Rechtsverletzung ist für den vom Kläger erlittenen Schaden auch kausal (4.). Der Kläger hat aber nicht die ihm zumutbaren Möglichkeiten zur Verhinderung des Schadenseintritts ausgeschöpft (5.).
- 13 2. Die Nichteinbeziehung des Klägers in die Bewerberauswahl von Beförderungsstellen der Besoldungsgruppe A 9 BBesO in der Beförderungsrunde des Jahres 2009 wegen Nichterfüllung der anhand des allgemeinen Dienstalters berechneten Mindestwartezeit war mit Art. 33 Abs. 2 GG, § 9 BBG und § 5 Abs. 3 Postpersonalrechtsgesetz - PostPersRG - in der Fassung vom 14. September 1994 (BGBl. I S. 2325) nicht vereinbar.
- 14 Art. 33 Abs. 2 GG sowie die einfach-rechtlichen Konkretisierungen in den Beamtenengesetzen gewährleisten jedem Deutschen ein grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt im statusrechtlichen Sinne nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Der Grundsatz der Bestenaus-

wahl ist demnach von der Verfassung verbindlich und vorbehaltlos vorgeschrieben. Andere Kriterien können bei der Vergabe öffentlicher Ämter nur Berücksichtigung finden, wenn sie ebenfalls Verfassungsrang haben (stRspr, vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 2. Oktober 2007 - 2 BvR 2457/04 - BVerfGK 12, 265 <268>). Art. 33 Abs. 2 GG dient zum einen dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes; dessen fachliches Niveau und rechtliche Integrität sollen gerade durch die ungeschmälernte Anwendung des Leistungsgrundsatzes gewährleistet werden. Zum anderen trägt die Vorschrift dem berechtigten Interesse der Beamten an einem angemessenen beruflichen Fortkommen dadurch Rechnung, dass sie grundrechtsgleiche Rechte auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl begründet. Jeder Bewerber um ein öffentliches Amt hat einen Anspruch darauf, dass der Dienstherr seine Bewerbung nur aus Gründen zurückweist, die durch Art. 33 Abs. 2 GG gedeckt sind (stRspr, vgl. etwa BVerwG, Beschlüsse vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 - BVerwGE 147, 20 Rn. 19 f. und vom 19. Dezember 2014 - 2 VR 1.14 - Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 65 Rn. 16 ff.).

- 15 Die in einem bestimmten Statusamt oder allgemein geleistete Dienstzeit gehört nicht zu den in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Kriterien. Zwar kann sich das Dienstalter auf die Beurteilung von leistungsbezogenen Gesichtspunkten auswirken, weil sich die durch ein höheres Dienstalter typischerweise zum Ausdruck kommende umfassendere Berufserfahrung häufig leistungsfördernd niederschlagen wird. Es gibt jedoch keinen allgemeinen Erfahrungssatz des Inhalts, dass von einem höheren Dienstalter stets auf einen höheren Leistungsstand und bessere Bewährungsvoraussetzungen geschlossen werden kann. Dementsprechend ist die Berücksichtigung des Dienstalters bei der Besetzung von Beförderungsstellen grundsätzlich nur im Falle eines Leistungsgleichstands mit Art. 33 Abs. 2 GG vereinbar (BVerwG, Urteil vom 28. Oktober 2004 - 2 C 23.03 - BVerwGE 122, 147 <151>).
- 16 An das Dienstalter anknüpfende Wartezeitregelungen stehen daher nur dann mit Art. 33 Abs. 2 GG in Einklang, wenn sie der sachgerechten Anwendung des Grundsatzes der Bestenauswahl dienen und mit ihnen die praktische Bewäh-

rung des Bewerbers im bisherigen Statusamt festgestellt werden soll. Dieser Zweck, die zuverlässige Beurteilung des Leistungsvermögens und eine fundierte Prognose über die voraussichtliche Bewährung in einem höheren Amt zu ermöglichen, setzt dem zeitlichen Umfang solcher "Bewährungszeiten" Grenzen. Sie dürfen nicht länger bemessen sein, als es typischerweise erforderlich ist, um die tatsächlichen Grundlagen für eine Beurteilung und Prognose zu schaffen. Der für eine Regelbeurteilung vorgesehene Zeitraum wird in aller Regel die Obergrenze darstellen (BVerwG, Urteil vom 28. Oktober 2004 - 2 C 23.03 - BVerwGE 122, 147 <152>; Beschluss vom 25. Oktober 2011- 2 VR 4.11 - NVwZ-RR 2012, 241 Rn. 35; Urteil vom 26. September 2012 - 2 C 74.10 - BVerwGE 144, 186 Rn. 23).

- 17 Daran gemessen hat die Beklagte den Bewerbungsverfahrensanspruch des Klägers zum einen dadurch verletzt, dass sie für ihn zum maßgeblichen Zeitpunkt - hier zum Beförderungsstichtag am 1. März 2009 - keine dienstliche Beurteilung oder ein vergleichbares Beurteilungssurrogat erstellt hat, sondern die Vergabe der Beförderungstellen allein anhand einer an das Dienstalter anknüpfenden Wartezeitregelung ausgerichtet hat. Zum anderen hat sie es rechtswidrig unterlassen, den Kläger über den Ausgang der Beförderungsrunde 2009 zu unterrichten (sog. Konkurrentenmitteilung, vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 9. Juli 2007 - 2 BvR 206/07 - NVwZ 2007, 1178 <1179>). Die gleichwohl vorgenommenen Ernennungen von statusgleichen Beamten auf Beförderungämter der Besoldungsgruppe A 9 BBesO ist deshalb mit dem Leistungsgrundsatz (Art. 33 Abs. 2 GG) unvereinbar gewesen.
- 18 3. Die Beklagte hat die Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs des Klägers auch zu vertreten.
- 19 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. August 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 Auswahlent-

scheidung 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 Rechtsprechung und ggf. die ernsthafte Auseinandersetzung mit der Frage, ob in Aussicht genommene Personalentscheidungen am Maßstab der relevanten Rechtsnormen Bestand haben können (BVerwG, Urteil vom 26. Januar 2012 - 2 A 7.09 - BVerwGE 141, 361 Rn. 39).

- 20 Nach diesen Maßstäben hat die Beklagte den Verstoß gegen den Grundsatz der Bestenauswahl aus Art. 33 Abs. 2 GG jedenfalls als Fahrlässigkeit zu vertreten. Bei sorgfältiger rechtlicher Prüfung hätten die Verantwortlichen erkennen müssen, dass die Anforderung einer allein am Dienstalter orientierten Mindestwartezeit im Statusamt eines Fernmeldehauptsekretärs für eine Beförderung in ein Statusamt nach Besoldungsgruppe A 9 BBesO den in der relevanten Rechtsprechung entwickelten Maßstäben nicht entspricht. Hieran konnte jedenfalls nach den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. Oktober 2004 - 2 C 23.03 - (BVerwGE 122, 147 <151>) und vom 17. August 2005 - 2 C 37.04 - (BVerwGE 124, 99 <102 ff.>) kein vernünftiger Zweifel mehr bestehen.
- 21 4. Dem Kläger ist dadurch ein Schaden entstanden, dass er erst im Jahr 2016 und nicht bereits früher - hier zum 1. März 2009 - in ein Amt der Besoldungsgruppe A 9 BBesO befördert worden ist. 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 (BVerwG, Urteile vom 19. März 2015 - 2 C 12.14 - BVerwGE 151, 333 Rn. 27 und vom 26. Januar 2012 - 2 A 7.09 - BVerwGE 141, 361 Rn. 42 f.). Die dazu getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts - jahrelanger Einsatz des Klägers auf einem höherwertigen Dienstposten, faktische Unmöglichkeit nachträglich zu erstellender Leistungsbewertungen für die Zeit bis zum Beförderungstichtag am 1. März 2009 und Nichtberücksichtigung

der späteren (weniger günstigen) dienstlichen Beurteilung des Klägers vom Juli 2011 - lassen keine Rechtsfehler erkennen.

- 22 5. Einem Schadensersatzanspruch des Klägers steht aber der Rechtsgedanke des § 839 Abs. 3 BGB entgegen.
- 23 Nach § 839 Abs. 3 BGB tritt eine Ersatzpflicht nicht ein, wenn es der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels gegen das nunmehr als rechtswidrig beanstandete staatliche Verhalten abzuwenden. § 839 Abs. 3 BGB ist eine besondere Ausprägung des Mitverschuldensprinzips, das in allgemeiner Form in § 254 BGB niedergelegt ist und für das gesamte private und öffentliche Haftungsrecht anerkannt ist (vgl. Papier/Shirvani, in: Münchner Kommentar, BGB, 7. Aufl. 2017, § 839 Rn. 329 f.).
- 24 Die Vorschrift ist zugleich Ausdruck des Grundsatzes, dass der Primärrechtsschutz Vorrang vor dem Sekundärrechtsschutz hat (BVerwG, Beschlüsse vom 6. Juni 2014 - 2 B 75.13 - Buchholz 449 § 3 SG Nr. 73 Rn. 12 und vom 3. November 2014 - 2 B 24.14 - Buchholz 232.0 § 78 BBG 2009 Nr. 1 Rn. 7): Bei rechtswidrigem Handeln des Staates soll der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz im Vordergrund stehen. Dem Betroffenen soll die von der Rechtsordnung missbilligte Wahlmöglichkeit genommen werden, entweder den rechtswidrigen Hoheitsakt mit ordentlichen Rechtsschutzmitteln anzugreifen oder aber ihn hinzunehmen und zu liquidieren, d.h. untätig zu bleiben und sich den Schaden finanziell abgelden zu lassen (BGH, Urteil vom 15. November 1990 - III ZR 302/89 - BGHZ 113, 17 <22>; vgl. auch Wöstmann, in: Staudinger, BGB <2013>, § 839 Rn. 335; Papier/Shirvani, a.a.O. § 839 Rn. 330). Der für rechtmäßige hoheitliche Eingriffe geltende Grundsatz "Dulde und liquidiere" gilt nicht im Bereich der Haftung für rechtswidrige Eingriffe (vgl. Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 94). Soweit der Rechtsgedanke des § 839 Abs. 3 BGB auch im öffentlichen Recht Anwendung findet, gilt daher ebenfalls: es gibt kein "Dulde und liquidiere". Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben soll nur derjenige Schadensersatz erhalten, der sich in gehörigem und ihm zumutbarem Maß für seine eigenen Belange eingesetzt und damit den

Schaden abzuwenden versucht hat (vgl. BGH, Urteile vom 29. März 1971 - III ZR 98/69 - BGHZ 56, 57 <63> und vom 4. Juli 2013 - III ZR 201/12 - BGHZ 197, 375 Rn. 22; BVerwG, Beschlüsse vom 6. Juni 2014 a.a.O. Rn. 12 und vom 3. November 2014 a.a.O. Rn. 7).

- 25 Der Rechtsgedanke des § 839 Abs. 3 BGB gilt auch beim Schadensersatzanspruch wegen schuldhafter Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs. Der zu Unrecht nicht einbezogene und nicht ausgewählte Bewerber kann Schadensersatz für die Verletzung seines Rechts aus Art. 33 Abs. 2 GG nur dann beanspruchen, wenn er sich bemüht hat, den eingetretenen Schaden dadurch abzuwenden, dass er rechtliche Schritte im Vorfeld der absehbaren Auswahlentscheidung - durch Erkundigung und Rüge der Nichteinbeziehung in den Bewerberkreis und der Nichtauswahl - oder nach deren Ergehen - durch die Beantragung von Primärrechtsschutz nach § 123 Abs. 1 VwGO - eingeleitet hat (zu letzterem bereits BVerwG, Urteile vom 26. Januar 2012 - 2 A 7.09 - BVerwGE 141, 361 Rn. 48, vom 19. März 2015 - 2 C 12.14 - BVerwGE 151, 333 Rn. 11 und vom 20. Oktober 2016 - 2 C 30.15 - Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 78 Rn. 27, jeweils m.w.N.).
- 26 Rechtsmittel im Sinne von § 839 Abs. 3 BGB sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die der Senat teilt, alle Rechtsbehelfe, die sich gegen eine Amtspflichtverletzung richten und sowohl deren Beseitigung oder Berichtigung als auch die Abwendung oder Verringerung des Schadens zum Ziel haben und herbeizuführen geeignet sind (vgl. bereits BGH, Urteil vom 21. März 1963 - III ZR 8/62 - VersR 1963, 849 <851> unter Berufung auf das Urteil vom 9. Juli 1958 - V ZR 5/57 - BGHZ 28, 104 <106>). Der Begriff des Rechtsmittels ist nicht auf die in den Verfahrensvorschriften vorgesehenen Behelfe beschränkt, sondern umfasst auch andere, rechtlich mögliche und geeignete - förmliche oder formlose - Rechtsbehelfe (z.B. Gegenvorstellungen, Erinnerungen an die Erledigung eines Antrags, Beschwerden und Dienstaufsichtsbeschwerden), ist also in einem weiten Sinn zu verstehen (vgl. nur BGH, Urteile vom 4. Juni 2009 - III ZR 144/05 - BGHZ 181, 199 Rn. 25 und vom 4. Juli 2013 - III ZR 201/12 - BGHZ 197, 375 Rn. 18 m.w.N.; s. auch: Wöstmann, in: Staudinger, BGB <2013>, § 839 Rn. 337 ff., 341). Maßgeblich für die Einord-

nung einer Handlung als Rechtsbehelf in diesem Sinne ist es, ob sie potentiell geeignet ist, den bevorstehenden Schadenseintritt noch abzuwenden. Der Rechtsbehelf muss sich unmittelbar gegen die schädigende Amtshandlung oder Unterlassung selbst richten und ihre Beseitigung beziehungsweise Vornahme bezwecken und ermöglichen (BGH, Urteil vom 16. Oktober 2008 - III ZR 15/08 - WM 2009, 86 Rn. 24).

- 27 Rechtsmittel in diesem Sinne, die der Durchsetzung des Anspruches auf Beförderung dienen, sind zuvörderst, aber nicht nur die Rechtsbehelfe des verwaltungsgerichtlichen Primärrechtsschutzes gegen bevorstehende Ernennungen. Um solchen Primärrechtsschutz gegen die im Jahre 2009 oder später vorgenommenen Beförderungen von einem Statusamt der Besoldungsgruppe A 8 BBesO in ein solches der Besoldungsgruppe A 9 BBesO hat der Kläger nicht nachgesucht. Unterlassener Primärrechtsschutz steht sekundärem beamtenrechtlichen Schadensersatz vorliegend indes deshalb nicht entgegen, weil an die zum Beförderungstichtag am 1. März 2009 nicht berücksichtigten Beamten keine Konkurrentenmitteilungen versandt worden sind. Ebenso wenig sind die betroffenen Beamten auf anderem individuellen Weg über ihre Nichtbeförderung unterrichtet worden. Unabhängig davon liegt der relevante Zeitpunkt für die Beförderungen im Jahre 2009 vor dem Urteil des Senats zur Gewährung wirkungsvollen Primärrechtsschutzes in Fällen der Rechtsschutzverhinderung bei der Beamtenernennung (BVerwG, Urteil vom 4. November 2010 - 2 C 16.09 - BVerwGE 138, 102 Rn. 31, 59), sodass nach der Ernennung der ausgewählten Beamten ein dagegen gerichtetes Primärrechtsschutzgesuch des Klägers nicht aussichtsreich, jedenfalls aber nicht zumutbar gewesen wäre.
- 28 Unabhängig von der Inanspruchnahme von gerichtlichem Primärrechtsschutz kann zu den Rechtsmitteln im Sinne von § 839 Abs. 3 BGB im Vorfeld beamtenrechtlicher Beförderungen nicht generell, jedoch je nach den Umständen des Einzelfalls auch der an den Dienstherrn gerichtete Antrag, befördert zu werden, gehören. Wenn - wie dies im Streitfall gegeben war (dazu sogleich) - der Dienstherr in dem von ihm eingerichteten, für alle Betroffenen zugänglichen Intranet über ein von ihm regelmäßig praktiziertes jährliches Beförderungsverfahren jedenfalls in den Grundzügen informiert, hat ein an seinem beruflichen

Fortkommen interessierter Beamter die Obliegenheit, sich ggf. über weitere Einzelheiten dieses Verfahrens zu erkundigen, seine Nichteinbeziehung in den zur Beförderung in Aussicht genommenen Personenkreis sowie in die Auswahlentscheidung zu rügen und gegen die drohende Ernennung Anderer mit Mitteln des vorläufigen Rechtsschutzes vorzugehen. Mit einer Erkundigung nach Möglichkeiten seiner Beförderung und der Rüge, er sei in den Kreis der dafür in Aussicht genommenen Personen rechtswidrig nicht einbezogen und nicht ausgewählt worden, bringt der Beamte seinen Anspruch zum Ausdruck, bei der Auswahl insbesondere nach den Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG berücksichtigt zu werden. Mit einem solchen - formlosen - Begehren bekräftigt der Beamte diesen Anspruch mit der Folge, dass der Dienstherr verpflichtet ist zu prüfen, ob der Beamte in die Auswahlentscheidung einzubeziehen und ggf. zu befördern ist. Der Beamte darf schon dabei all das geltend machen, was ihm seiner Auffassung nach den Vorzug gegenüber anderen Bewerbern verschafft. Unter Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes kann der Beamte das angestrebte Ziel der Beförderung weiter verfolgen, wenn der Dienstherr zuvor mit dem Begehren befasst war und - vermeintlich oder tatsächlich - einen anderen Bewerber rechtsfehlerhaft bevorzugt hat (BVerwG, Urteil vom 18. April 2002 - 2 C 19.01 - Buchholz 237.95 § 20 SHLBG Nr. 2 S. 2).

- 29 Die Erkundigungs- und Rügeobliegenheit für an ihrem beruflichen Fortkommen interessierte Beamte hat ihren rechtlichen Grund in dem durch die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums nach Art. 33 Abs. 5 GG geprägten besonderen Dienst- und Treueverhältnis, das Dienstherrn und Beamten verbindet. Ein Beamter, der an seinem beruflichen Fortkommen interessiert ist und sich über Einzelheiten des - hier durch die für die konzernangehörigen Mitarbeiter im Intranet der Telekom zugänglichen "Dienstrechts-Infos" - durch den Dienstherrn bekanntgemachten Beförderungsverfahrens im Unklaren ist, hat die Obliegenheit, sich bei seinem Dienstherrn danach zu erkundigen und für den Fall von als unzureichend angesehenen Auskünften diese zu rügen und gegen drohende Ernennungen Anderer mit Mitteln des vorläufigen Rechtsschutzes vorzugehen.
- 30 Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts, das diesen Aspekt im Rahmen seiner Ausführungen zum Rechtsinstitut der Verwirkung problematisiert, bedeu-

tet eine solche Erkundigungs- und Rügeobliegenheit nicht, dass dadurch die sich aus dem Beamtenverhältnis ergebenden Obliegenheiten bzw. Verpflichtungen im Verhältnis zwischen Dienstherrn und Beamten "ohne sachliche Rechtfertigung grundlegend verschoben" werden.

- 31 Die grundgesetzliche Vorgabe, dass jedes öffentliche Amt nach Eignung, Befähigung und Leistung zu vergeben ist (Grundsatz der Bestenauswahl, Art. 33 Abs. 2 GG), dient in erster Linie dem öffentlichen Interesse an einer bestmöglichen Besetzung öffentlicher Ämter mit möglichst leistungsfähigen Beamten. Daneben dient die Vorschrift - in zweiter Linie - auch dem berechtigten Interesse des Beamten an einem angemessenen beruflichen Fortkommen innerhalb des öffentlichen Dienstes; hieraus folgt ihr grundrechtsgleicher Charakter und damit ihre Gewährleistung als subjektives Recht (stRspr, vgl. etwa BVerfG, Beschluss vom 16. Dezember 2015 - 2 BvR 1958/13 - BVerfGE 141, 56 Rn. 31 und BVerwG, Urteil vom 19. März 2015 - 2 C 12.14 - BVerwGE 151, 333 Rn. 15). Auf der Grundlage dieser verfassungsrechtlichen Vorgabe sind im Laufe der Jahrzehnte in der beamtenrechtlichen Rechtsprechung - unter Betonung der vorstehend an zweiter Stelle benannten Zielrichtung - eine Vielzahl von rechtlichen Kautelen in Gestalt von formell- und materiell-rechtlichen Anforderungen entwickelt worden, die der Dienstherr im Verfahren der Besetzung von Beförderungsstellen, bei der Erstellung von hierfür in erster Linie maßgeblichen dienstlichen Beurteilungen und bei der Auswahl unter einer Mehrzahl von Bewerbern zu beachten hat (z.B. Mitteilungs-, Dokumentations- und Plausibilisierungspflichten). In einer diese Entwicklung einbeziehenden Gesamtschau der wechselseitigen aus dem Beamtenverhältnis herrührenden (Treue-)Pflichten stellt es keine "grundlegende Verschiebung" der Obliegenheiten und Pflichten in diesem Gesamtgefüge und keine Überforderung eines an seinem beruflichen Fortkommen interessierten Beamten dar, wenn ihm angesonnen wird, sich bei seinem Dienstherrn zu erkundigen, wenn ihm Einzelheiten eines - jedenfalls in den Grundzügen bekannt gemachten - Beförderungsverfahrens unbekannt oder unklar sind. Solche Auskünfte zu erlangen, wird regelmäßig auf einfache Art und Weise möglich sein, in erster Linie durch Nachfrage bei dem zuständigen (dem Beamten regelmäßig bekannten oder jedenfalls leicht zu ermittelnden) Personalsachbearbeiter, hilfsweise oder ergänzend auch beim oder über den

Personalrat oder den Betriebsrat bei den Postnachfolgeunternehmen. Kosten, wie bei einer - bei der Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens ggf. ohnehin notwendig werdenden - Beauftragung eines Mitglieds der rechtsberatenden Berufe wären damit jedenfalls zunächst nicht verbunden.

- 32 Anhaltspunkte dafür, dass den bei der Deutsche Telekom AG und ihren Tochterunternehmen beschäftigten oder in-sich-beurlaubten Beamten solches unmöglich oder unzumutbar gewesen wäre, sind nicht ersichtlich und sind auch im Rechtsgespräch mit den Beteiligten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht deutlich geworden.
- 33 Ob es der Verletzte schuldhaft unterlassen hat, ein Rechtsmittel im Sinne des § 839 Abs. 3 BGB einzulegen, hängt davon ab, welches Maß an Umsicht und Sorgfalt von Angehörigen des Verkehrskreises verlangt werden muss, dem der Verletzte angehört (vgl. BGH, Urteil vom 15. November 1990 - III ZR 302/89 - BGHZ 113, 17 <25>). Dies ist hier zu bejahen.
- 34 Die Deutsche Telekom AG hat nach den vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Feststellungen des Verwaltungsgerichts in den fraglichen Zeiträumen - hier ab dem Jahr 2009 - im für die Beschäftigten allgemein zugänglichen Intranet mit den jedenfalls seit dem Jahr 2002 regelmäßig erscheinenden "Dienstrechts-Infos" Hinweise über die wesentlichen Grundzüge ihrer Beförderungspraxis veröffentlicht. Danach hat sie zu bestimmten Stichtagen jährliche Beförderungsverfahren für Beamte des mittleren und gehobenen Dienstes durchgeführt. Diese - auch in der mündlichen Verhandlung des Senats erörterten - Hinweise waren zwar allgemein gehalten und inhaltlich unvollständig. Auch haben sie nicht vorgesehen, die nicht berücksichtigten Beamten über die "Beförderungsmeldungen" und das "Ergebnis der Beförderungsprüfung" zu benachrichtigen. Die im Intranet allen Beamten jedenfalls seit dem Jahr 2002 durchgängig zugänglichen und regelmäßig veröffentlichten "Dienstrechts-Infos" der Telekom enthielten aber - wenn auch in wechselndem Umfang - grundlegende Angaben zu den jährlich wechselnden Beförderungsmeldungen und Beförderungsstichtagen sowie Erläuterungen zur damals von der Beklagten (rechtswidrig) praktizierten Wartezeitregelung für die Beförderung der aus

dienstlichem Interesse beurlaubten und in-sich-beurlaubten Beamten. Darüber hinaus wies die Telekom diese Beamten in den "Dienstrechts-Infos" unter der Rubrik "Intranet" auf einschlägige Navigationslinks hin, deren Titelzeilen u.a. wie folgt lauteten: "Beschäftigungsbedingungen", "Allgemeines Dienst- und Laufbahnrecht" und insbesondere auch "Beförderung im dienstlichen UoB.". Diese Hinweise haben jedem an seinem beruflichen Fortkommen interessierten Beamten - und damit auch dem Kläger - hinreichend Anlass (Anstoßfunktion) gegeben, sich bei der Telekom nach den Einzelheiten des Beförderungsverfahrens zu erkundigen und ggf. eine Nichtberücksichtigung zu rügen. Hätte der Kläger dies bereits im Jahre 2009 vor dem allgemein bekannten Beförderungstichtag am 1. März 2009 getan, wäre er in der Lage gewesen, seine Rechte weiter zu verfolgen und damit den Schaden abzuwenden.

- 35 Hiernach hat es der Kläger fahrlässig und damit schuldhaft unterlassen, sich im Jahre 2009 über die jährliche Beförderungspraxis und die Einzelheiten, d.h. das konkrete "Wie" und "Wann" des dem Grunde nach durch die "Dienstrechts-Infos" behördenintern für jeden Beschäftigten bekannten Beförderungsverfahrens zu erkundigen und seine Nichteinbeziehung und Nichtauswahl zu rügen. Dazu hat der Kläger aufgrund der im Intranet der Telekom und ihrer Tochterunternehmen veröffentlichten Informationen über die jährliche Beförderungspraxis und das Beförderungsverfahren hinreichend Anlass gehabt. Dies gilt erst recht vor dem Hintergrund, dass der Kläger früher selbst einmal Betriebsratsmitglied gewesen ist, ihm von daher die regelmäßigen Beförderungsrunden nicht verborgen geblieben sein können (so VG-Urteil, UA S. 10) und er sich auf diese erkennbar rechtswidrige Praxis über lange Jahre eingelassen hat. Erst nachdem die Beklagte dazu übergegangen war, für die beurlaubten und in-sich-beurlaubten Beamten dienstliche Beurteilungen zu erstellen und der Kläger unter dem 14./15. Juli 2011 lediglich mit der Gesamtnote "erfüllt die Anforderungen teilweise" beurteilt worden war, die für die angestrebte Beförderung seinerzeit nicht ausreichte, hat er - im November 2011 - Schadensersatz für die Nichtbeförderung in den Jahren seit 2009 beantragt.

36 6. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

Domgörgen

Dr. von der Weiden

Dr. Hartung

Dollinger

Dr. Günther

B e s c h l u s s

Der Streitwert für das Revisionsverfahren wird auf 18 618,23 € festgesetzt (§ 40, § 47 Abs. 1 Satz 1 und § 52 Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 GKG). Eine Festsetzung anhand der bloßen Besoldungsdifferenz nach § 52 Abs. 1 GKG scheidet aus, weil beamtenrechtliche Schadensersatzklagen auch auf dienst- und versorgungsrechtliche Konsequenzen zielen.

Domgörgen

Dr. von der Weiden

Dollinger