



Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen

OVG: 2 LB 228/17

(VG: 6 K 1950/11)

*Urteil niedergelegt in unvollständiger Fassung
auf der Geschäftsstelle am 22.10.2018
gez. Bothe
Justizangestellte als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle*

Im Namen des Volkes

Urteil

In der Verwaltungsrechtssache

des Postamtsrats a. D.

Kläger und Berufungsbeklagter,

Prozessbevollmächtigte:

g e g e n

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den Vorstand der Deutschen Post AG,
vertreten durch den Leiter der Service Niederlassung Human Resources Deutschland,
Kurfürstenstraße 2, 44147 Dortmund,

Beklagte und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

hat das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 2. Senat - durch die
Richterinnen Dr. Jörgensen, Dr. Steinfatt und Stybel sowie die ehrenamtlichen Richter
Rösner und Müller-Neumann aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 17. Oktober
2018 für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Verwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 27.01.2015 – 6. Kammer – aufgehoben. Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Instanzen.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Die Beteiligten streiten über einen Schadensersatzanspruch des Klägers wegen rechtswidrig unterlassener Beförderung.

Der 1950 geborene Kläger trat 1965 als Postjungbote in den Dienst der Beklagten. 1979 erwarb er die allgemeine Hochschulreife; 1984 legte er die Laufbahnprüfung für den gehobenen Post- und Fernmeldedienst ab und erlangte den Grad eines Diplom-Verwaltungswirtes. Mit Wirkung zum 01.07.1999 wurde dem Kläger ein „Dienstposten A 11, Gebietsbeauftragter Disziplinarangelegenheiten“ übertragen. Zum 01.12.2000 wurde ihm ein „Dienstposten A 12, Gebietsbeauftragter BDO“ übertragen, auf dem er am 14.07.2001 zum Postamtsrat (Bes.-Gr. A 12) befördert wurde.

Mit Wirkung zum 01.08.2003 wurden sämtliche Dienstposten der Gebietsbeauftragten für Disziplinarangelegenheiten zurückgezogen. Die betroffenen Beamten sollten dauerhaft auf anderen Dienstposten untergebracht werden. Hiergegen ging der Kläger gerichtlich vor. Seine Klage wurde mit Urteil des Verwaltungsgerichts Bremen vom 08.03.2005 (6 K 556/04) abgewiesen. Den Antrag des Klägers auf Zulassung der Berufung lehnte das Oberverwaltungsgericht Bremen mit Beschluss vom 13.12.2005 (2 A 115/05) ab. Der Kläger wurde – wie die anderen Gebietsbeauftragten für Disziplinarangelegenheiten – in der Folge buchungstechnisch auf einem „Überhang-Personalposten“ geführt. Seine bisherigen Aufgaben nahm er weiterhin unverändert wahr.

Am 28.10.2011 beantragte der Kläger Schadensersatz wegen Diskriminierung von Überhangbeamten bei Beförderungen. Dadurch, dass er zum Überhangbeamten erklärt worden sei, sei er generell von Beförderungen ausgeschlossen. Mit seinen dienstlichen Be-

urteilungen der letzten Jahre, die immer auf Stufe 4 gelautet hätten, hätte er eine reelle Beförderungschance gehabt, wenn er bei der Vergabe der Stellen der Besoldungsgruppe A 13 in die Beförderungsentscheidungen einbezogen worden wäre.

Mit Bescheid vom 07.12.2011 lehnte die Deutsche Post AG den Antrag des Klägers ab. Gesetzliche Voraussetzung für eine Beförderung sei immer die förmliche Übertragung eines entsprechend bewerteten Dienstpostens, für eine Beförderung nach A 13 vz also mindestens eines Arbeitspostens der Entgeltgruppe 8 (E 8). Seit dem Wegfall des mit A 12 bewerteten Arbeitspostens „Gebietsbeauftragter Disziplinarangelegenheiten“ 2003 sei der Kläger auf einem personenbezogenen Aushilfsposten mit der Bewertung E 7 eingesetzt, eine Beförderung daher nicht möglich. Der Kläger habe auch nicht über die bevorstehenden Beförderungen anderer Beamter informiert werden müssen, da er bereits nicht in den Kreis der möglichen Beförderungskandidaten habe einbezogen werden können.

Am 12.12.2011 erhob der Kläger Widerspruch. Mindestens seit dem 01.08.2008 übe er eine der Entgeltgruppe 8 zugeordnete Tätigkeit als Senior Sachbearbeiter aus, weshalb seine Beförderung nach A 13 vz möglich gewesen sei. Seine Tätigkeit als Senior Sachbearbeiter (E 8) werde durch mehrere vom Personalabteilungsleiter bzw. vom Niederlassungsleiter unterzeichnete Dokumente belegt.

Mit Schreiben vom 20.12.2011 teilte die Deutsche Post AG mit, bei ihrem Schreiben vom 07.12.2011 handele es sich nicht um einen rechtsmittelfähigen Bescheid und bekräftigte, gesetzliche Voraussetzung für eine Beförderung sei immer die förmliche Übertragung eines entsprechend bewerteten Arbeitspostens. Hierzu zähle nicht der Einsatz auf einem personenbezogenen Aushilfsposten. Der Kläger könne daher nicht in den Kreis der möglichen Beförderungskandidaten einbezogen werden.

Am 23.12.2011 hat der Kläger Klage erhoben. Die Tätigkeit eines Gebietsbeauftragten für Disziplinarangelegenheiten sei bis zum 31.07.2003 als regulärer Arbeitsposten des gehobenen Dienstes ausgewiesen und mit den Besoldungsgruppen A 11 bis A 13 vz bewertet gewesen. Vom 01.08.2003 bis zum 31.12.2007 habe die Deutsche Post AG ihn als „Beschäftigten ohne Regelarbeit“ geführt. Ab dem 01.01.2008 sei ihm mehrfach bescheinigt worden, dass er eine Funktion als Senior Sachbearbeiter der Entgeltgruppe 8 ausübe. Damit habe die Beklagte eingeräumt, dass die Wertigkeit seiner Arbeit A 13 vz entspreche. Man könne dies auch als förmliche Übertragung einer entsprechend höher bewerteten Tätigkeit der Entgeltgruppe 8 bezeichnen. Jedenfalls sei die Zuordnung zur

Entgeltgruppe 7 nicht nachvollziehbar. Er habe seine Tätigkeit als Gebietsbeauftragter für Disziplinarangelegenheiten, die mit A 11 bis A 13 bewertet gewesen sei, fortgeführt. Die Bewertung und der Schwierigkeitsgrad des früheren Dienstpostens „Gebietsbeauftragter für Disziplinarangelegenheiten“ entspreche zumindest der Stelle „Senior Sachbearbeiter“.

Er sei allein deshalb nicht in die Beförderungsauswahl einbezogen worden, weil ihm kein Arbeitsplatz förmlich übertragen worden sei. Hierüber sei er aber nicht informiert worden. Anderenfalls sei er schon früher rechtlich dagegen vorgegangen. Überhangkräfte seien systematisch schlechter beurteilt worden als Inhaber von Regelarbeitsposten. Auch diese Aussonderung von Überhangbeamten aus dem Kreis der beförderungsberechtigten Beamten sei ihm erst nachträglich bekannt geworden. Für ihn gelte die Beweislastregelung des § 5 Abs. 4 PostPersRG. Er habe nachgewiesen, dass ihm mangels Übertragung eines Arbeitspostens jegliches berufliche Fortkommen unmöglich gemacht worden sei. Angesichts der mittleren Verweildauer der Beamten in der Besoldungsgruppe A 12 bei der Deutschen Post AG sei seine Beförderung überfällig gewesen.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, ihn besoldungs- und versorgungsrechtlich so zu stellen, als ob er mit Wirkung vom 01.07.2011 zum Postoberamtsrat (Besoldungsgruppe A 13) befördert worden wäre.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Entgegen der klägerischen Darstellung sei der Arbeitsposten des Klägers nach der Entgeltgruppe E 7 bewertet, der die statusrechtlichen Ämter der Besoldungsgruppen A 10 bis A 12 zugeordnet seien. Die nach dem Bewertungskatalog 2001 der Deutschen Post AG mögliche Anhebung des Arbeitspostens des Klägers auf A 13 sei nicht erfolgt.

Ab dem 01.08.2003 sei der Kläger auf einem nach Besoldungsgruppe A 12 bewerteten „personenbezogenen Aushilfsposten“ eingesetzt gewesen. Die Beförderung auf diesem Posten sei deshalb nicht möglich gewesen, weil dessen Wertigkeit nicht der Wertigkeit des angestrebten Beförderungsamtes entsprochen habe. Die Bewertung des personenbezogenen Aushilfspostens entspreche regelmäßig der Wertigkeit des statusrechtlichen Amtes des auf einem solchen Arbeitsposten eingesetzten Beamten. Das gelte auch für den Arbeitsposten des Klägers. Der Kläger sei weiterhin mit seinen früheren Aufgaben befasst gewesen. Angesichts der Identität der dienstlichen Aufgaben des Klägers auf

seinem früheren und seinem neuen Arbeitsposten sei der neue Arbeitsposten ebenso wie der alte nach E 7 bewertet worden. Zusätzliche oder höherwertige Aufgaben, die eine Anhebung der Bewertung rechtfertigen könnten, seien dem Kläger nicht übertragen worden. Eine Beförderung des Klägers hätte daher mit der Übertragung eines höher bewerteten Arbeitspostens verbunden werden müssen. Der Kläger habe die Möglichkeit gehabt, sich auf einen nach E 8 bewerteten Arbeitsposten zu bewerben. Die Angabe der Bewertung des Arbeitspostens des Klägers mit E 8 in den vom Kläger vorgelegten Unterlagen beruhe auf einer fehlerhaften Eingabe in das Personalbuchführungssystem. Diese Unterlagen seien automatisch und systemgesteuert in Massenverfahren hergestellt und der Fehler bei der Unterzeichnung übersehen worden.

Die Beamten im Überhang seien nach denselben Maßstäben beurteilt worden wie die anderen Beamten. Bei allen Beförderungsrunden habe es eine größere Anzahl besser beurteilter Beamter gegeben als Stellen zur Verfügung gestanden hätten.

Einem Schadensersatzanspruch des Klägers stehe der Rechtsgedanke des § 839 Abs. 3 BGB entgegen. Auch wenn der Kläger über beabsichtigte Beförderungen nicht unterrichtet worden sei, sei ihm aber bekannt gewesen, dass solche Beförderungen regelmäßig vorgenommen worden seien und er in Auswahlentscheidungen nicht einbezogen worden sei. Es sei ihm daher möglich gewesen, Primärrechtsschutz zu erlangen.

Einer Aufforderung des Verwaltungsgerichts folgend hat die Beklagte kurz vor der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht eine Liste vorgelegt, die Grundlage der Beförderungsentcheidung 2011 gewesen sein soll und auf der auch der Kläger aufgeführt ist.

Mit Urteil vom 27.01.2015 hat das Verwaltungsgericht die Beklagte verurteilt, den Kläger besoldungs- und versorgungsrechtlich so zu stellen, als ob er mit Wirkung vom 01.07.2011 zum Postoberamtsrat (Besoldungsgruppe A 13) befördert worden wäre.

Der Kläger sei zur Überzeugung des Gerichts nicht in den Kreis der Kandidaten der Beförderungsrunde 2011 aufgenommen worden. Maßgebliche Gründe hierfür seien die fehlende Förmlichkeit einer Arbeitspostenübertragung sowie der Umstand gewesen, dass die Tätigkeit des Klägers nach Auffassung der Beklagten nicht mindestens nach E 8 bewertet gewesen sei. Es habe sich nicht aufklären lassen, ob die zur mündlichen Verhandlung vorgelegte Liste tatsächlich die seinerzeit angefertigte maßgebliche Auswahlliste

gewesen sei. Die Nichtaufklärbarkeit der tatsächlichen Einbeziehung des Klägers in die Beförderungsauswahl 2011 gehe zulasten der Beklagten.

Sowohl das Abstellen auf die Bewertung des Dienstpostens mit mindestens A 13 oder E 8 als auch ein Abstellen auf die Förmlichkeit einer Dienstpostenübertragung sowie die Unterscheidung zwischen einem Regelarbeitsposten und einem Aushilfsposten bzw. Überhangposten widerspreche dem Leistungsgrundsatz. Beamte, die einen solchen Aushilfsposten innehätten, dürften nicht anders behandelt werden als Beamte auf Regelarbeitsposten.

In den Kriterien der förmlichen Dienstpostenübertragung und des Innehabens eines Regelarbeitspostens liege zudem eine Verletzung der Fürsorgepflicht des Dienstherrn. Ein Beamter könne aufgrund der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht i. V. m. Artikel 3 Abs. 1 GG verlangen, im Falle einer allgemeinen Beförderungsaktion nicht ohne sachlichen Grund davon ausgenommen bzw. nicht anders behandelt zu werden, als andere Beschäftigte, bei denen im Wesentlichen gleiche Sachumstände vorliegen. Dem Kläger sei durch seine Aussteuerung von vornherein die Chance einer Beförderung genommen worden. Die Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs des Klägers sowie der Fürsorgepflicht sei auf schuldhaftes Verhalten des Dienstherrn zurückzuführen.

Die Rechtsverletzung zulasten des Klägers sei auch kausal für den ihm durch die Nichtbeförderung entstandenen besoldungs- und versorgungsrechtlichen Schaden. Es sei nicht mit der erforderlichen Überzeugung des Gerichts festzustellen, dass der Kläger aller Voraussicht nach auch dann nicht ausgewählt worden wäre, wenn die Beklagte die Fehler im Auswahlverfahren vermieden hätte. Da vorliegend der adäquat kausale Zusammenhang hinsichtlich einer voraussichtlichen Beförderung nicht gänzlich habe aufgeklärt werden können, gelte ein herabgesetzter Wahrscheinlichkeitsmaßstab. Der Grad der Eignung des Klägers lasse sich wegen der unsicheren Beurteilungsgrundlage nicht sicher rekonstruieren. Die hier maßgebliche dienstliche Beurteilung des Klägers aus dem Jahr 2011 stelle auf Aufgaben nach Entgeltgruppe 8 ab. Es sei fraglich, von welcher Beurteilungsgrundlage der Beurteiler ausgegangen sei. Die Auffassung der Beklagten, dass der Beurteiler von der niedrigeren Bewertung der Aufgaben ausgegangen sei und es sich auf dem Beurteilungsbogen um einen Schreibfehler gehandelt habe, erscheine angesichts der Vielzahl der vom Kläger vorgelegten Unterlagen, in denen ihm eine Bewertung seiner Aufgaben mit der höheren Entgeltgruppe 8 zugebilligt worden sei, nicht ohne weiteres nachvollziehbar.

Der Kläger habe es nicht schuldhaft unterlassen, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Die Einleitung von Rechtsschutzmaßnahmen vor dem Vollzug der Beförderungen sei dem Kläger nicht möglich gewesen, da er von der Beförderungsentscheidung nicht unterrichtet worden sei. Der Schadensersatzanspruch des Klägers sei auch nicht verwirkt.

Mit Beschluss vom 16.10.2017 hat das Oberverwaltungsgericht die Berufung der Beklagten zugelassen.

Die Beklagte macht geltend, weder die Qualifikation des damaligen Arbeitspostens des Klägers als personenbezogener Aushilfsposten und die damit im Zusammenhang stehende Zuordnung des Arbeitspostens zum Überhang noch die Bewertung des Arbeitspostens nach Besoldungsgruppe A 12 hätten nach den Erwägungen und der Verwaltungspraxis der Beklagten in der Service Niederlassung Human Resources Deutschland einer Beförderung entgegen gestanden. Wäre der Kläger einer der drei am besten beurteilten Beamten gewesen und wäre er bereit gewesen, einen höher bewerteten Arbeitsposten zu übernehmen, wäre er befördert worden. Auf dem nach A 12 bewerteten Arbeitsposten sei eine Beförderung nicht möglich gewesen. Den missverständlichen Darlegungen in den Schreiben vom 07.12.2011 und vom 20.12.2011 sei die Beklagte im gerichtlichen Verfahren entgegengetreten. In der Service Niederlassung Human Resources Deutschland seien immer wieder Beamte im Überhang befördert worden. Die Auswahl habe sich nur am Ergebnis der aktuellen Regelbeurteilung orientiert. 2008 bis 2012 seien ausnahmslos Beamte befördert worden, die mit der besten Notenstufe 5 beurteilt gewesen seien. Die Auswahlliste sei seinerzeit zur Vorbereitung der Beförderungsentscheidungen 2011 erstellt, aber nicht ausgedruckt worden.

An der Rechtmäßigkeit der dienstlichen Beurteilung des Klägers bestünden keine Zweifel. Unabhängig von der Frage, ob der Arbeitsposten des Klägers der Entgeltgruppe 7 oder 8 zugeordnet gewesen sei, seien dem Kläger Aufgaben übertragen gewesen, die seinem Statusamt entsprochen hätten und nicht höher bewertet gewesen seien. Die Bewertung des Arbeitspostens habe bei der Beurteilung zudem keinen Einfluss gehabt. Maßgeblich sei das Statusamt gewesen. Zwar könnten Bedeutung und Schwierigkeit der wahrgenommenen Aufgaben auch dann für die Bewertung der Leistungen des Beamten Bedeutung haben, wenn sie nicht den Beurteilungsmaßstab bildeten. Bei der Bezeichnung des Klägers als „Senior Sachbearbeiter E 8“ habe es sich aber um eine Fehleingabe gehandelt; in Wirklichkeit habe der Kläger einen Arbeitsposten der Entgeltgruppe E 7 innegehabt. In der EDV habe es zunächst keine systemseitig angebotene Stellenbe-

zeichnung für nach E 7 bewertete Projektaufträge gegeben. Richtigerweise hätte daher eine Entscheidung der Zentrale der Deutschen Post AG gem. Nr. 2.7 des Stellenkatalogs über die notwendige Anpassung der Eingabemöglichkeit herbeigeführt werden müssen. Da dies zunächst unterblieben sei, sei systemseitig ein Beurteilungsformblatt mit unzutreffender Angabe der Entgeltgruppe generiert worden. Da der Arbeitsposten des Klägers der Entgeltgruppe 7 zuzuordnen gewesen sei, hätten sich unrichtige Vorstellungen des Beurteilers jedenfalls nicht zum Nachteil des Klägers auswirken können.

Selbst wenn man es für möglich halte, dass sich eine unzutreffende Vorstellung des Beurteilers über die Bewertung des Arbeitspostens nachteilig ausgewirkt haben könnte, sei auszuschließen, dass der Kläger bei Vermeidung eines solchen Fehlers ein Gesamturteil der Stufe 5 erreicht und dadurch eine realistische Beförderungschance erhalten hätte, da sich die Entgeltgruppen 7 und 8 stark überschneiden, daher kaum unterschieden und der Kläger um mindestens zwölf Punkte hätte besser beurteilt werden müssen. Hinzu komme, dass der Kläger auch in der Regelbeurteilung für 2011 bei unverändertem Aufgabenbereich und zutreffender Angabe der Entgeltstufe 7 nur 62 Punkte erhalten habe und von einem Gesamturteil der Stufe 5 weit entfernt gewesen sei.

Einer auf die Beweislast gestützten Entscheidung stehe entgegen, dass das Verwaltungsgericht die Mittel zur Aufklärung des Sachverhalts nicht ausgeschöpft habe. Der Beurteiler hätte als Zeuge über die Frage, welche Vorstellungen er von der Wertigkeit des Arbeitspostens des Klägers hatte, vernommen werden können. Dies hätte ergeben, dass der Kläger nicht auf einem Arbeitsposten eingesetzt gewesen sei, dem das Amt der Besoldungsgruppe A 13 zugeordnet gewesen sei.

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Verwaltungsgerichts Bremen vom 27.01.2015 die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen, hilfsweise, die Revision zuzulassen.

Er verteidigt das angegriffene Urteil. Ergänzend trägt er vor, die Beklagte habe es versäumt, das Ergebnis der Beförderungsauswahl 2011 glaubhaft darzulegen und zu dokumentieren. Die Vorlage einer Beförderungsliste unbekanntem Datums ersetze nicht die Begründung einer Auswahlentscheidung. Die von der Beklagten nach jahrelanger gegenteiliger Darstellung nur wenige Tage vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung neu

ins Verfahren gebrachte Behauptung, er sei aufgrund seiner Gesamtnote in der Beurteilung nicht befördert worden, sei nicht glaubhaft.

Von einer Bewertung seiner Tätigkeit mit Entgeltgruppe 8 sei aufgrund der vorgelegten Dokumente, die mitnichten im Massenverfahren erzeugt worden seien, auszugehen. Diese seien teils vom Niederlassungsleiter und teils vom Personalabteilungsleiter, der für die Einstufung von Beamten in Entgeltgruppen zuständig gewesen sei, unterzeichnet worden. Es könne nicht angenommen werden, dass sich diese und die weiteren Unterzeichner über Jahre immer wieder über die Entgeltgruppe geirrt hätten. Eine Entgeltgruppe 7 für Sachbearbeiter gebe es zudem im Stellenkatalog vom 01.09.2003 nicht. Eine Kollegin, die ebenfalls Gebietsbeauftragte für Disziplinarangelegenheiten gewesen sei, sei ebenso in die Entgeltgruppe 8 eingruppiert worden.

Er habe verantwortungsvolle Aufgaben wahrgenommen und sei häufig lobend erwähnt worden. Auch habe man seine langjährige Erfahrung im Bereich des Disziplinarrechts geschätzt. Es sei davon auszugehen, dass sich die Beklagte Anfang 2008 entschieden habe, den ursprünglich beabsichtigten Wegfall seiner Tätigkeit nicht mehr zu realisieren, sondern ihn mit seiner bisherigen Tätigkeit, aber unter der neuen Funktionsbezeichnung „Senior Sachbearbeiter E 8“ weiter zu beschäftigen. Für eine A 13-wertige Tätigkeit spreche auch der Betrag, den die Deutsche Post AG der Postbank für seine Tätigkeit in Rechnung gestellt habe. Sei der Beurteiler – wie von der Beklagten eingeräumt – von einer Tätigkeit der Wertigkeit E 7 ausgegangen, so habe er einem Irrtum unterlegen, der sich nachteilig auf das Ergebnis der Beurteilung ausgewirkt haben könne.

Die Auffassung der Beklagten, ohnehin sei es auszuschließen, dass er ein Gesamturteil der Stufe 5 hätte erreichen können, sei nur mit der Weisung des Vorstands zu erklären, dass Überhangbeamte keine Beförderungsexpektanzen erhalten sollten und deshalb ihre Leistung, selbst bei Ausführung höherwertiger Tätigkeiten, nicht mit der Leistung von Inhabern förmlich übertragener Arbeitsposten habe gleichgesetzt werden dürfen. Die Service Niederlassung Human Resources Deutschland habe diese Weisung in der Weise umgesetzt, dass Überhangbeamte stets unterhalb der Stufe 5 beurteilt worden seien. Diese pauschale Herabwürdigung der dienstlichen Leistungen allein aufgrund des personalwirtschaftlichen Status widerspreche Artikel 33 Abs. 2 GG und mache die Beurteilung rechtswidrig.

Rechtsbehelfe gegen die angebliche Nichtbeförderung wegen nicht hinreichender Leistungen habe er nicht einlegen können, weil er nie eine Konkurrentenmitteilung erhalten habe.

Zu beachten sei vorliegend auch § 5 PostPersRG, wonach Beamte der Postnachfolgeunternehmen in ihrem beruflichen Fortkommen nicht benachteiligt werden dürfen. Dies gelte sowohl im Verhältnis zu Arbeitnehmern bei den Postnachfolgeunternehmen, als auch im Vergleich mit den übrigen Bundesbeamten. Es greife die Beweislastumkehr des § 5 Abs. 3 PostPersRG, da er Tatsachen glaubhaft gemacht habe, die seine Benachteiligung vermuten ließen.

Der Kläger befand sich seit 01.05.2006 in Altersteilzeit im Teilzeitmodell. Mit Wirkung vom 31.12.2013 wurde er in den Ruhestand versetzt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Gerichtsakten sowie auf die beigezogenen Akten der Deutschen Bundespost und der Deutschen Post AG Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung hat Erfolg. Die Klage ist unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Schadensersatz wegen rechtswidrig unterlassener Beförderung. Zwar hat die Beklagte im Zuge der Beförderungsauswahl im Jahr 2011 schuldhaft eine ihr obliegende Pflicht verletzt (1.). Es fehlt jedoch an der adäquat kausalen Verknüpfung zwischen dieser Pflichtverletzung und dem vom Kläger geltend gemachten Schaden (2.). Schließlich steht einem Schadensersatzanspruch des Klägers auch der Rechtsgedanke des § 839 Abs. 3 BGB entgegen (3.).

1.

Eine schuldhafte Verletzung einer dem Kläger gegenüber bestehenden Pflicht durch die Beklagte liegt vor.

a.

Nach Artikel 33 Abs. 2 GG, § 9 BBG hat der Dienstherr die Auslese der Bewerber und die Ernennung der Beamten nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung vorzuneh-

men. Diese beamtenrechtlichen Vorschriften, nach denen sich die Beförderungen richten, dienen zwar vornehmlich dem öffentlichen Interesse an einer bestmöglichen Besetzung der Beamtenstellen des öffentlichen Dienstes. Daneben berücksichtigen sie aber auch das berechnete Interesse des Beamten an einem angemessenen beruflichen Fortkommen und begründen einen Anspruch auf rechtsfehlerfreie Anwendung dieser Vorschriften (BVerwG, Urteil vom 25. August 1988 – 2 C 51/86 –, BVerwGE 80, 123-126, Rn. 23, zit. nach juris). Hat eine schuldhaft Verletzung der Auslese Kriterien durch den Dienstherrn adäquat kausal zu einem Schaden des Beamten geführt, so kann dies einen Anspruch auf Schadensersatz auslösen (st. Rspr., vgl. nur BVerwG, Urteil vom 01. April 2004 – 2 C 26/03 –, Rn. 18, juris). Dieser Schadensersatzanspruch folgt aus dem Beamtenverhältnis, ohne dass es eines Rückgriffs auf das Rechtsinstitut der Verletzung der Fürsorgepflicht bedürfte (BVerwG, Urteil vom 28. Mai 1998 – 2 C 29/97 –, BVerwGE 107, Rn. 17, zit. nach juris). Der Dienstherr kann in diesen Fällen wegen der schuldhaften Verletzung einer eigenen, in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis wurzelnden (quasi-vertraglichen) Verbindlichkeit in Anspruch genommen werden (BVerwG, Urteil vom 25. August 1988 – 2 C 51/86 –, BVerwGE 80, 123-126, Rn. 23).

Maßgeblicher Zeitpunkt für die gerichtliche Überprüfung der Auswahlentscheidung ist nach § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung. Denn für die Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung kommt es (unter anderem) auf die Erwägungen an, die die personalbearbeitende Stelle in Ausübung ihres Beurteilungsspielraums definitiv als wesentlich angesehen hat (vgl. BVerwG, Beschluss vom 27. Januar 2010 – 1 WB 52/08 – Rn. 37, juris; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 04. Dezember 2017 – 6 B 1135/17 – Rn. 20, juris; Beschluss des Senats vom 20. Juli 2010 – 2 B 19/10 –). Vorliegend können diese wesentlichen Erwägungen der personalbearbeitenden Stelle nicht der Auswahlentscheidung als solcher entnommen werden, weil die maßgeblichen Gründe für die Beförderungsentscheidung nicht schriftlich niedergelegt worden sind. Es spricht jedoch viel dafür, dass der Kläger vorliegend bereits aus Gründen aus der Beförderungskonkurrenz ausgeschlossen wurde, die sich nicht den Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung zuordnen lassen. Es deutet viel darauf hin, dass der Kläger deshalb von vornherein nicht in die Auswahlentscheidung einbezogen worden ist, weil er als „Überhangkraft“ geführt wurde. In der Stellungnahme der Service Niederlassung Human Resources Deutschland vom 11.11.2011 an den Zentralabteilungsleiter Personal vertritt der Leiter der Service Niederlassung Human Resources Deutschland die Auffassung, einer Beförderung des Klägers stehe „generell der Umstand „Überhangkraft“ entgegen“. Lediglich ergänzend wird darauf hingewiesen, dass „die Bewertung des ehemaligen Regel-Ap mit der Bewertung des personenbezogenen

Aushilfspostens als Überhangkraft identisch (gleiche Bewertung EGr 7 = BesGr A 10 - A 12)“ sei. Das unter Berücksichtigung dieser Stellungnahme erstellte, an den Kläger gerichtete Schreiben der Zentrale vom 07.12.2011 greift die personalwirtschaftliche Einordnung des Klägers als „Überhangkraft“ nicht auf und stützt sich statt dessen ausschließlich auf das Argument, dem Kläger sei ein Arbeitsposten mit der für eine Beförderung erforderlichen Bewertung mit der Entgeltgruppe 8 nicht förmlich übertragen und lässt damit zumindest offen, ob die Eigenschaft als im Überhang geführter Beamter von Bedeutung sein soll oder nicht. Jedoch stellt das nachfolgende Schreiben der Zentrale an den Kläger vom 20.12.2011 ausschließlich darauf ab, dass es beim Kläger an der förmlichen Übertragung eines entsprechend bewerteten Arbeitspostens fehle. Der Einsatz auf einem personenbezogenen Aushilfsposten genüge den Anforderungen nicht. Unabhängig von der Bewertung dieses Aushilfspostens seien daher die zwingenden Beförderungsvoraussetzungen nicht erfüllt. Auch enthält die an die selbständigen Organisationseinheiten der DP AG in der Außenorganisation gerichtete „Grundsatzregel“ zur Beförderung vom 07.06.2011 mit Gültigkeit ab 01.07.2011 in ihrer Ziff. 3 die Vorgabe, „dass Beamte bei feststehendem bzw. absehbarem Wegfall der höherwertigen Aufgaben oder Verlust des Arbeitspostens nicht mehr für eine Beförderung vorgeschlagen werden können“. Unabhängig von der rechtlichen Qualität und insbesondere der Frage der Bindung der Niederlassungen an die im Handout zur Fachtagung der Zentrale / Abteilung Beamtenmanagement „Aktuelles aus der Abteilung 542“ am 18.05.2011 zum Ausdruck gebrachten Maßgabe, dass Beamte im Überhang generell nicht befördert werden dürfen, existierte mit der Grundsatzregel vom 07.06.2011 eine generelle Gültigkeit beanspruchende, gleichlautende Regelung. Dass der Leiter der Service Niederlassung Human Resources Deutschland dieses Argument in seiner Stellungnahme vom 11.11.2011 aufgreift, spricht ebenfalls dafür, dass die Vorgaben der Zentrale als verbindlich erachtet und umgesetzt wurden. Schließlich enthält ein Vermerk des Abteilungsleiters Administration der Service Niederlassung Human Resources Deutschland vom 27.09.2012 im Zuge der Beförderungsrunde 2012 folgenden Hinweis: „Überhangkräfte wurden [in] dieser Beförderungsrunde mit in das Auswahlverfahren aufgenommen“. Auch diese ausdrückliche Betonung der Berücksichtigung im Überhang befindlicher Beamter im Jahr 2012 deutet darauf hin, dass dies 2011 nicht der Fall war. Die für die Beförderungsrunde 2012 geltende Grundsatzregel der Deutschen Post AG vom 11.06.2012 enthält einen Ausschluss von Überhangbeamten aus der Beförderungsentscheidung nicht mehr. Vor diesem Hintergrund überzeugt die Erklärung der Beklagten in der mündlichen Verhandlung, den Vortrag „Aktuelles aus der Abteilung 542“ habe man in der Niederlassung zur Kenntnis genommen, die darin geäußerten Auffassungen zu den Beförderungsmöglichkeiten und den Beurteilungsgrundsätzen für Überhangbeamte aber nicht unbedingt umgesetzt, nicht. Wurde

eine Gruppe von Beamten allein aufgrund ihres personalwirtschaftlichen Status als sog. Überhangbeamte von jeglicher Beförderung ausgeschlossen, stellt dies eine Verletzung der Vorgaben des Artikel 33 Abs. 2 GG dar.

Jedenfalls gehen die insofern verbleibenden Zweifel zu Lasten der Beklagten. Denn die Auswahlentscheidung für die Beförderungen nach A 13 zum 01.07.2011 ist nicht hinreichend dokumentiert. Nachdem zunächst Unterlagen zur Auswahlentscheidung überhaupt nicht vorlagen, hat die Beklagte einer Aufforderung des Verwaltungsgerichts folgend kurz vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung in erster Instanz eine Liste vorgelegt, die Grundlage der Beförderungsentscheidung 2011 gewesen sein soll. Es kann dahin stehen, ob diese Liste tatsächlich 2011 zum Zweck der Auswahl der zu befördernden Beamten erstellt worden ist. Aus Artikel 33 Abs. 2 i. V. m. Artikel 19 Abs. 4 GG folgt die Verpflichtung des Dienstherrn, die seiner Entscheidung zugrunde liegenden wesentlichen Auswahlerwägungen schriftlich niederzulegen, um eine sachgerechte Kontrolle durch den unterlegenen Bewerber und ggf. durch das Gericht zu ermöglichen (st. Rspr., vgl. nur BVerwG, Beschluss vom 26. März 2015 – 1 WB 44/14 – Rn. 31, juris). Dafür genügt die bloße Anlegung einer undatierten – noch dazu unstreitig nur digital vorhandenen – Liste nicht. Es hätte zumindest eines schriftlichen Auswahlvermerks bedurft, in dem die Entscheidung für die nach dieser Liste Bestplatzierten dargestellt und begründet wird. Wie das vorliegende Verfahren zeigt, hätte es darin auch der Erläuterung bedurft, welche Beamte überhaupt in diese Liste aufgenommen wurden.

Auf die Frage, ob – wie der Kläger geltend macht – eine Pflichtverletzung bereits darin liegt, mit den sog. „Überhangbeamten“ eine Beamtengruppe geschaffen zu haben, die einen anderen personalwirtschaftlichen Status hatte als Beamte mit Regelarbeitsposten, kommt es vor dem Hintergrund, dass dieser Status jedenfalls keine Ungleichbehandlung rechtfertigt, nicht an.

b.

An dem Verstoß gegen Artikel 33 Abs. 2 GG trifft die Beklagte ein Verschulden. Für die Haftung des Dienstherrn auf Schadensersatz wegen Verletzung von Pflichten aus dem Beamtenverhältnis gilt der in § 276 BGB geregelte allgemeine Verschuldensmaßstab des Bürgerlichen Rechts (BVerwG, Urteil vom 17. August 2005 – 2 C 36/04 –, Rn. 24, juris). Danach sind Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten (§ 276 Abs. 1 Satz 1 BGB). Fahrlässig handelt nach § 276 Abs. 2 BGB, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.

Nach diesem objektiv-abstrakten Sorgfaltsmaßstab ist auf die Anforderungen abzustellen, deren Beachtung generell erwartet werden kann. Dies bedeutet, dass die Sach- und Rechtslage unter Zuhilfenahme der zu Gebote stehenden Hilfsmittel gewissenhaft zu prüfen ist. Ein Verstoß gegen Sorgfaltspflichten kann nicht angenommen werden, wenn die zugrunde liegende Rechtsauffassung aufgrund sorgfältiger rechtlicher und tatsächlicher Prüfung gewonnen wurde und sie im Ergebnis als vertretbar angesehen werden kann. Eine letztlich als unzutreffend erkannte Rechtsauffassung stellt sich als vertretbar dar, wenn die Rechtsfrage nicht einfach zu beurteilen und weder durch die Rechtsprechung geklärt noch im Schrifttum abschließend behandelt ist (BVerwG, Urteil vom 17. August 2005 – 2 C 36/04 –, Rn. 25, juris).

Nach diesem Maßstab ist der Beklagten zumindest fahrlässiges Handeln vorzuwerfen. Dass der Ausschluss eines Beamten allein wegen des Wegfalls seines bisher innegehabten Arbeitspostens aus der Beförderungskonkurrenz gegen Artikel 33 Abs. 2 GG verstößt, ließ sich auch der bis 2011 ergangenen ständigen Rechtsprechung von Bundesverfassungsgericht und Bundesverwaltungsgericht entnehmen.

2.

Diese Pflichtverletzung hat jedoch den vom Kläger geltend gemachten Schaden nicht adäquat kausal verursacht. Der für einen beamtenrechtlichen Schadensersatzanspruch erforderliche adäquat kausale Zusammenhang zwischen der Rechtsverletzung und dem Schaden setzt voraus, dass der Beamte ohne den schuldhaften Verstoß gegen Artikel 33 Abs. 2 GG voraussichtlich befördert worden wäre. Seine Berücksichtigung muss nach Lage der Dinge jedenfalls ernsthaft möglich gewesen sein. 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, Urteil vom 19. März 2015 – 2 C 12/14 –, BVerwGE 151, 333-348, Rn. 27, zit. nach juris; vgl. auch BVerwG, Urteil vom 17. August 2005 – 2 C 37/04 –, BVerwGE 124, 99-110, Rn. 36, zit. nach juris, sowie BVerwG, Urteile vom 26. Januar 2012 - 2 A 7.09 - BVerwGE 141, 361 Rn. 42 f., vom 30. Oktober 2013 – 2 C 23.12 – BVerwGE 148, 217 Rn. 45 und vom 01. April 2004 – 2 C 26/03 –, Rn. 18, juris, m. w. N.; BVerwG, Beschluss vom 17. August 2005 – 2 C 37.04 – BVerwGE 124, 99, juris, Rn. 36). Dieser im Vergleich zum im Wege des Konkurrentenstreitverfahrens verfolgten Primärrechtsschutz strengere Kausalitätsmaßstab ist mit Blick auf Artikel 33 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich unbedenklich (BVerfG, Beschluss vom 13. Januar 2010 – 2 BvR 811/09 – juris, Rn. 6 ff.).

Vorliegend wäre eine Auswahl des Klägers auch bei einer rechtmäßigen Gestaltung des Auswahlverfahrens nicht möglich gewesen. Zum Beförderungstichtag 01.07.2011 hätte er nicht zum Postoberamtsrat (Besoldungsgruppe A 13) befördert werden dürfen, weil er bis zu diesem Zeitpunkt weder die nach § 22 Abs. 2 BBG erforderliche Erprobungszeit absolviert hatte noch auf seinem zu diesem Zeitpunkt innegehabten Arbeitsposten befördert werden konnte.

Nach § 22 Abs. 2 BBG setzen Beförderungen, die mit einer höherwertigen Funktion verbunden sind, eine mindestens sechsmonatige Erprobungszeit voraus. Voraussetzung für die Beförderung ist demnach die Übertragung eines höherbewerteten Dienstpostens (Battis, Bundesbeamtengesetz, BBG § 22 Rn. 3, beck-online). Eine grundsätzlich auch denkbare Auswahl eines noch nicht erprobten Beamten, dem infolge der Auswahl ein entsprechend höherbewerteter Dienstposten übertragen wird, auf dem er sich bewähren und nach sechs Monaten befördert werden kann, scheidet vorliegend für die von der Deutschen Post AG praktizierte „Topfwirtschaft“ aus. Bei dieser erfolgten Beförderungen einheitlich jeweils zum 1. Juli des Jahres, indem die zu vergebenden Planstellen den am besten beurteilten Beamten zugeordnet wurden. Hierbei konnten nur Inhaber eines solchen Arbeitspostens berücksichtigt werden, dessen Bewertung das angestrebte Statusamt umfasste. Dieses Verfahren ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, da nach dem unbestrittenen Vortrag der Beklagten frei werdende Arbeitsposten ausgeschrieben wurden und interessierte Beamte sich dementsprechend auf einen höherbewerteten Arbeitsposten bewerben konnten.

Damit dem Kläger zum 01.07.2011 eine der für seine Niederlassung zur Verfügung stehenden drei A 13-Stellen überhaupt zugeordnet werden konnte, hätte er daher einen mit A 13 oder E 8 bewerteten Arbeitsposten inne haben müssen. Arbeitsposten der Bewertung E 8 bei der Deutschen Post AG umfassten die Besoldungsgruppen A 11 bis A 13, so dass auf einem derart gebündelten Arbeitsposten grundsätzlich eine Beförderung ohne Funktionswechsel möglich war (vgl. dazu BVerfG, Beschluss vom 16. Dezember 2015 – 2 BvR 1958/13 –, Rn. 5, juris). Eine solche Beförderung ohne Dienstpostenwechsel ist freilich nur bis in das höchste dem Dienstposten zugeordnete Statusamt möglich.

Entgegen der Auffassung des Klägers hatte er keinen gebündelten Arbeitsposten der Entgeltgruppe 8. Sein Arbeitsposten war vielmehr mit A 12 bewertet.

Aus der Personalakte des Klägers ergibt sich, dass ihm zuletzt ausdrücklich ein Dienstposten der Wertigkeit A 12 („Gebietsbeauftragter BDO“) zum 01.12.2000 übertragen wurde. Im Bewertungskatalog für die Niederlassungen Unternehmensservice bei der Deutschen Post AG (BewKat-NL) vom 01.07.2001 war dem Gebietsbeauftragten für Disziplinarangelegenheiten – unverändert – die Regelbewertung A 11, A 12 zugewiesen. Nach Vorbemerkung 5 desselben Bewertungskatalogs werden „[i]m Rahmen der vorhandenen Bewertungsmöglichkeiten in der BewGr A 13 vz [...] im Einzelfall Aufgabenträger „Sachbearbeiter“, die im BewKat-NL der Bandbreite „A 11, A 12“ zugeordnet sind, nach BewGr A 13 vz angehoben. Die nach BewGr A 13 vz zu bewertenden Ap werden von der Zentrale in einer Gesamtbetrachtung ausgewählt nach den Kriterien...“. Eine solche Anhebung des Arbeitspostens des Klägers bis zum Wegfall des Arbeitspostens „Gebietsbeauftragter für Disziplinarangelegenheiten“ findet sich in der Akte nicht und wird vom Kläger auch nicht vorgetragen. Entsprechend ist auch in einem an den Kläger gerichteten Schreiben der Zentrale vom 20.10.2003 zutreffend dargelegt, dass die Arbeitsposten der Gebietsbeauftragten für Disziplinarangelegenheiten ausweislich des bis zum 31.08.2003 geltenden Bewertungskatalogs mit BesGr A 11 oder A 12 bewertet waren und sich hieran durch die Nachfolgeregelungen nichts geändert hat. Das Schreiben enthält ebenfalls den Hinweis, dass eine Höherbewertung nach BesGr A 13 vor Zurückziehung des Arbeitspostens ersichtlich nicht erfolgt sei.

Der Kläger ist allerdings der Auffassung, sein Arbeitsposten „Gebietsbeauftragter für Disziplinarangelegenheiten“ sei generell den Besoldungsgruppen A 11 bis A 13 zugeordnet gewesen. Dem steht jedoch die eindeutige Regelung des Bewertungskatalogs entgegen, wonach für die Anhebung einzelner Arbeitsposten der Gebietsbeauftragten für Disziplinarangelegenheiten eine Entscheidung der Zentrale erforderlich war. An dieser fehlt es vorliegend. Eine Änderung der Bewertung des Arbeitspostens des Klägers ist demnach nicht erfolgt.

Nachdem die Arbeitsposten der Gebietsbeauftragten für Disziplinarangelegenheiten mit Wirkung zum 01.08.2003 zurückgezogen worden waren, fand sich eine Bewertung dieser Posten im neuen, ab dem 01.09.2003 Geltung beanspruchenden „Stellenkatalog für die Bewertung der Personalposten bei der Deutschen Post AG (Stellenkatalog DP AG)“ nicht mehr. Anders als der Kläger meint, lässt sich aber aus dem Umstand, dass es Sachbearbeiterposten in diesem Stellenkatalog nur mit der Bewertung E 6 oder E 8 gibt, nicht schließen, dass sein Arbeitsposten seit der Geltung des neuen Stellenkatalogs mit E 8 bewertet sei. Vielmehr enthält der neue Stellenkatalog überhaupt keine Bewertung des klägerischen Arbeitspostens mehr, da dieser organisatorisch bereits weggefallen war.

Aus Sicht der Deutschen Post AG gab es deshalb keine Veranlassung, diese Posten noch in den Stellenkatalog aufzunehmen. Auch eine Überleitung der Arbeitsposten der Gebietsbeauftragten für Disziplinarangelegenheiten in eine dem neuen Stellenkatalog bekannten Kategorien (etwa „Sachbearbeiter“ oder „Senior Sachbearbeiter“) ist nicht erfolgt. Dies lässt nur den Schluss zu, dass die Bewertung dieses Postens von der Einführung des neuen Stellenkatalogs, der ihn nicht erfasst, unberührt und damit unverändert blieb. Dass der Arbeitsposten des Klägers demnach keiner der mit dem Stellenkatalog 2003 eingeführten Entgeltgruppen zugeordnet war, ist insofern unschädlich, als er dennoch infolge der früheren ausdrücklichen Übertragung eines nicht gebündelten Dienstpostens mit der Wertigkeit A 12 bewertet war. Da der Kläger damit von der in Entgeltgruppen vorgenommenen Dienstpostenbündelung gar nicht betroffen war, sind vorliegend die vom Kläger geltend gemachte Unzulässigkeit dieser Bündelung sowie die von ihm hieraus abgeleiteten Folgen nicht weiter zu prüfen.

Auch aus den vom Kläger zur Stützung seiner Ansicht, sein Arbeitsposten sei der Entgeltgruppe 8 zugeordnet gewesen, herangezogenen Dokumenten folgt nichts anderes. Es handelt sich hierbei im Wesentlichen um die dienstlichen Beurteilungen des Klägers für die Jahre 2008, 2009 und 2010, eine Pauschalgenehmigung für Auswärtstätigkeit 2011 sowie einen den Antrag des Klägers auf Gewährung einer Zulage nach § 46 BBesG ablehnenden Bescheid vom 07.10.2011. Auf all diesen Dokumenten ist der Kläger als „Senior Sachbearbeiter“ bezeichnet und / oder die Entgeltgruppe mit „E 8“ angegeben. Zwar stellen die Schreiben und Beurteilungen keine im Massenverfahren generierten Schriftstücke dar, wie die Beklagte es formuliert hat. Jedoch ist nachvollziehbar, dass wenn, wie die Beklagte erklärt hat, die Entgeltgruppe einmal falsch in das Personalbuchführungssystem eingegeben worden ist, sich dieser Fehler in einer Vielzahl von Schriftstücken fortgesetzt hat. Insbesondere bei den dienstlichen Beurteilungen, für die, wie die Beklagte erklärt hat, jeweils elektronisch ein mit den persönlichen Daten des Beamten vorausgefüllter Vordruck erstellt worden ist, ist dies erkennbar. Vor allem aber lässt sich keinem dieser Dokumente der Wille der Deutschen Post AG entnehmen, den Posten des Klägers ab einem bestimmten Zeitpunkt höher zu bewerten. Das auf Genehmigung der Auswärtstätigkeit bezogene Schreiben erwähnt die Entgeltgruppe ohnehin nur beiläufig. Der bestandskräftige Bescheid vom 07.10.2011, mit dem die Deutsche Post AG die Zahlung einer Zulage nach § 46 BBesG abgelehnt hat, befasst sich zwar näher mit den in der Entgeltgruppe 8 enthaltenen Besoldungsgruppen. Regelungsgegenstand des Bescheides ist aber nicht die Zuordnung des Klägers zu einer Entgeltgruppe.

Aus den Dokumenten lässt sich außerdem nicht nur nicht der Wille ableiten, die Funktion des Klägers neu zu bewerten. Weder der Niederlassungsleiter noch der Personalabteilungsleiter und stellvertretende Niederlassungsleiter, die die vom Kläger herangezogenen Dokumente unterzeichnet haben, wären für die Neu- bzw. Höherbewertung zuständig gewesen. Der Stellenkatalog, der die Bewertungen der Arbeitsposten enthält, gilt für die gesamte Deutsche Post AG. Einzelnen Organisationseinheiten bzw. einzelnen Dienstvorgesetzten kommt es nicht zu, davon abzuweichen. Das zeigen im Bewertungskatalog von 2001 die Vorbemerkung 5, die das Prozedere einer Höherbewertung des Postens eines Gebietsbeauftragten für Disziplinarangelegenheiten mit A 13 regelt, sowie Ziff. 2.7 des Stellenkatalogs von 2003, die bestimmt, dass ausschließlich die Zentrale für die Bewertung von Tätigkeiten zuständig ist, die nicht im Stellenkatalog aufgeführt sind. Wären damit die Unterzeichner der genannten Schriftstücke schon nicht befugt gewesen, eine Höherbewertung des Arbeitspostens des Klägers vorzunehmen, kann erst recht nicht die bloße Erwähnung der Entgeltgruppe 8 in an den Kläger gerichteten Schreiben, Bescheiden und Beurteilungen als eine solche Höherbewertung betrachtet werden.

Für eine Höherbewertung bestand im Fall des Klägers auch kein Anlass. Nach der Übertragung des Dienstpostens „Gebietsbeauftragter BDO“ der Wertigkeit A 12 im Jahr 2000 wurden dem Kläger keine anderen, mithin keine höherwertigen Tätigkeiten übertragen. Unstreitig nahm der Kläger seitdem unverändert dieselben Aufgaben wahr. Nach Zurückziehung der Arbeitsposten zum 01.08.2003 sollten die Gebietsbeauftragten für Disziplinarangelegenheiten wie alle anderen von der Maßnahme betroffenen Kräfte bis zu einer künftigen sozialverträglich anderen Verwendung ihre Aufgaben in vollem Umfang weiter wahrnehmen (vgl. S. 4 des Urteils des Verwaltungsgerichts Bremen vom 08.03.2005 – 6 K 556/04 – sowie S. 2 f. des Senatsbeschlusses vom 13.12.2005 – 2 A 115/05 –). Der Kläger nahm nach dem Wegfall seines Arbeitspostens unstreitig die gleichen Aufgaben wie zuvor wahr; sein Tätigkeitsbereich blieb unverändert (vgl. auch dazu bereits den Senatsbeschluss vom 13.12.2005 – 2 A 115/05 –).

Auch in der Folge und trotz weiterer Umstrukturierungen änderten sich weder der Dienstort des Klägers noch sein Aufgabenbereich oder die Bewertung seiner Tätigkeit. So enthielt etwa die Verfügung vom 30.07.2007 (Versetzung des Klägers zum Projekt „New Placement“) den ausdrücklichen Hinweis, sowohl Dienstort als auch Bewertung blieben unverändert und der Kläger nehme auch „in der SNL HR Deutschland, Projekt New Placement [...] bis auf weiteres [seine] derzeitigen Aufgaben wahr“. Letzteres geschah in der Form von für 2008 und 2009 zunächst jährlich erteilten Projektaufträgen „Unterstützung Experte Disziplinarrecht“. Für 2010 wurde dem Kläger der gleichlautende Projek-

tauftrag zunächst für den Zeitraum 01.01.2010 bis 30.06.2010, sowie im Anschluss vom 01.07.2010 „bis auf weiteres“ erteilt. Eine Änderung der Tätigkeit war damit zu keiner Zeit verbunden. Zum 01.07.2010 wurde das Projekt „New Placement“ aufgelöst und der Kläger seitdem organisatorisch in der Abteilung „Administration“ geführt. Auch das diesbezügliche an den Kläger gerichtete Schreiben vom 01.09.2010 stellt klar, dass der Kläger weiterhin seine bisherigen Aufgaben wahrnehmen werde.

Demnach ist seit 2000 weder eine Neu- bzw. Höherbewertung des Postens des Klägers, noch eine Veränderung seines Tätigkeitsbereichs ersichtlich. Dass sich sein Aufgabenbereich nicht geändert hatte, war dem Kläger auch bekannt. Insofern konnte der Kläger auch trotz der Angabe „Senior Sachbearbeiter E 8“ in den von ihm vorgelegten Schreiben bzw. Bescheiden und Beurteilungen nicht darauf vertrauen, nunmehr allein infolge bzw. trotz des Wegfalls seines ursprünglichen Arbeitspostens ohne Aufgabenzuwachs und ohne entsprechende ausdrückliche Regelung bzw. Mitteilung einen der Entgeltgruppe 8 zugeordneten Posten erhalten zu haben, auf dem er zum Postoberamtsrat hätte befördert werden können.

Schließlich lässt sich der beispielhaften Benennung seiner anspruchsvollen Aufgaben durch den Kläger eine Bewertung des Arbeitspostens mit E 8 bzw. A 13 nicht entnehmen. Dass die ursprüngliche Bewertung des Arbeitspostens eines Gebietsbeauftragten für Disziplinarangelegenheiten mit A 11, A 12 und optionaler Höherbewertung mit A 13 generell fehlerhaft gewesen sei, macht der Kläger selbst nicht geltend und ist auch sonst nicht ersichtlich. Da sich seine Tätigkeit – wie dargelegt – nicht verändert hat, besteht auch kein Grund zu der Annahme, die Bewertung des Arbeitspostens könne fehlerhaft geworden sein.

Auch der der Postbank von der Deutschen Post AG für die Tätigkeit des Klägers in Rechnung gestellte Stundensatz belegt entgegen der Auffassung des Klägers nicht die Höherwertigkeit seiner Aufgaben. Abgesehen von der Frage, ob es überhaupt möglich sein kann, von einer Kostenrechnung auf die Wertigkeit eines Dienstpostens zu schließen, hat die Beklagte insoweit nachvollziehbar darauf hingewiesen, dass der Abrechnungspraxis eine Vielzahl von Erwägungen betriebswirtschaftlicher und auch steuerlicher Natur zugrunde lägen, ein Schluss auf die Wertigkeit eines Dienstpostens sich auch deshalb verböte.

Schließlich lässt auch der Umstand, dass, wie der Kläger geltend macht, eine seiner früheren Kolleginnen ebenfalls als der Entgeltgruppe 8 angehörend geführt wurde, keinen

Rückschluss auf die Bewertung des klägerischen Arbeitspostens zu. Aus den vom Kläger vorgelegten Unterlagen ist erkennbar, dass diese Gebietsbeauftragte für Disziplinarangelegenheiten bereits ein Statusamt der Besoldungsgruppe A 13 inne hatte, weshalb ein Rückschluss auf die Situation des Klägers nicht möglich ist. Zudem ergibt sich aus einer Stellungnahme der Niederlassung, dass dieser Kollegin bereits zuvor ein Arbeitsposten „Dienstrechtsexperte/in“ (Entgeltgruppe 9 / BesGr A 13 / A 14)“ übertragen worden war.

Hatte der Kläger danach seit 2000 bis 2011 und darüber hinaus einen mit A 12 bewerteten Arbeitsposten inne und konnte er bereits deshalb zum 01.07.2011 noch nicht zum Postoberamtsrat (A 13) befördert werden, so kommt es nicht entscheidungserheblich auf die Frage an, ob die zum Zeitpunkt der angegriffenen Beförderungentscheidung aktuelle Regelbeurteilung des Klägers rechtswidrig war.

3.

Ohnehin stünde einem Schadensersatzanspruch des Klägers wohl auch der Rechtsgedanke des § 839 Abs. 3 BGB entgegen. Nach § 839 Abs. 3 BGB tritt die Ersatzpflicht nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Die Vorschrift ist Ausdruck des auch im öffentlichen Haftungsrecht Geltung beanspruchenden Grundsatzes, dass der Primärrechtsschutz Vorrang vor dem Sekundärrechtsschutz hat. 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 (BVerwG, Urteil vom 15. Juni 2018 – 2 C 19/17 –, Rn. 24, juris). 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 Artikel 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 (BVerwG, Urteil vom 15. Juni 2018 – 2 C 19/17 –, Rn. 25, juris).

Vorliegend steht unterlassener Primärrechtsschutz sekundärem beamtenrechtlichen Schadensersatz nicht entgegen, weil an die zum Beförderungstichtag am 01.07.2011 nicht berücksichtigten Beamten weder Konkurrentenmitteilungen versandt noch die betroffenen Beamten anderweitig über ihre Nichtauswahl unterrichtet worden sind. Nach

den Erläuterungen der Beklagten sind lediglich einzelne Beamte, die sich im Vorfeld erkennbar um Beförderung bemüht hatten, individuell informiert worden. Zu diesen Beamten gehörte der Kläger unstreitig nicht.

Nach der neuesten höchstrichterlichen Rechtsprechung hat jedoch ein an seinem beruflichen Fortkommen interessierter Beamter zusätzlich die Obliegenheit, sich bereits im Vorfeld – sofern ihm ein regelmäßig praktiziertes jährliches Beförderungsverfahren jedenfalls in den Grundzügen bekannt ist – 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 (BVerwG, Urteil vom 15. Juni 2018 – 2 C 19/17 –, Rn. 28, juris). Diesen überaus weitgehenden Anforderungen an die Pflicht, zur Abwendung des Schadens beizutragen, entspricht das Verhalten des Klägers nicht. Dem Kläger, der dienstlich auch mit dienstrechtlichen Fragen befasst war, musste bekannt sein, dass er seit seiner Einordnung als „Überhangbeamter“ von Beförderungen ausgeschlossen war. Bereits 2003 hatte er sich gegen die Zurückziehung seines Arbeitspostens mit dem Argument gewandt, er befürchte infolge dieser Maßnahme eine drastische Verschlechterung der Möglichkeiten für sein berufliches Fortkommen. Damit hätte es ihm obliegen, primär im Vorfeld der Beförderungen auf seine Einbeziehung in die Auswahl zu dringen. Dass er dies unterlassen hat, war auch fahrlässig. Gerade weil der über dienstrechtliche Fachkenntnisse verfügende Kläger diese ihm bekannte Praxis der Beklagten für diskriminierend und rechtlich nicht haltbar hielt, hätte er hinreichend Anlass gehabt, sie schon vor der Beförderungsentscheidung, jedenfalls aber vor der Aushändigung der Urkunden zu rügen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 VwGO i. V. m. § 709 Satz 1 und 2 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen. Die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 VwGO liegen nicht vor. Insbesondere ist eine grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache i. S. d. § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO nicht erkennbar.

Rechtsmittelbelehrung

Die Nichtzulassung der Revision kann durch Beschwerde angefochten werden.

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils beim

Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen, Am Wall 198,
28195 Bremen, (Tag-/Nachtbriefkasten Justizzentrum Am Wall im Eingangsbe-
reich)

einulegen. 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 einzureichen. In der Begründung muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung, von der das Urteil abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden.

Für das Beschwerdeverfahren besteht Vertretungszwang; dies gilt auch für die Einlegung der Beschwerde und für die Begründung. Danach muss sich jeder Beteiligte durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedsstaates 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. Juristische Personen des öffentlichen Rechts und Behörden können sich auch durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt sowie Diplomjuristen im höheren Dienst vertreten lassen.

gez. Dr. Jörgensen

gez. Dr. Steinfatt

gez. Stybel

Beschluss

**Der Streitwert wird zum Zwecke der Kostenberechnung gemäß
§ 47 Abs. 1 Satz 1, § 40, § 71 Abs. 1 Satz 2, § 52 Abs. 6 Satz 1 Nr. 2
GKG auf 27.545,94 Euro festgesetzt.**

Bremen, den 17.10.2018

gez. Dr. Jörgensen

gez. Dr. Steinfatt

gez. Stybel