VGH München, Beschluss v. 04.05.2020 – 3 ZB 19.733

Titel:

Kein Anspruch auf Schadensersatz wegen zu Unrecht unterbliebener Beförderung bei verspäteter Geltendmachung

Normenketten:

GG Art. 33 Abs. 2
BGB § 839 Abs. 3
ZPO § 85 Abs. 2

Leitsatz:

In Anwendung des auch im Beamtenrecht geltenden Rechtsgedankens des § 839 Abs. 3 BGB tritt die Ersatzpflicht für rechtswidriges staatliches Handeln nicht ein, wenn der Beamte ohne hinreichenden Grund nicht unmittelbar gegen die beanstandete Zurückstellung im Beförderungsverfahren vorgeht,obwohl ihm dies zumutbar war. Der Begriff „Rechtsmittel" im Sinn von § 839 Abs. 3 BGB ist dabei weit zu fassen; das Rechtsmittel muss sich unmittelbar gegen die sich als Amtspflichtverletzung darstellende Handlung oder Unterlassung richten und das Ziel haben, diese zu beseitigen oder zu berichtigen. (Rn. 6) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Beamtenrechtlicher Schadensersatzanspruch, Unterlassener Primärrechtsschutz, Disziplinarverfahren, Zurückstellung von der Beförderung, Ermessensentscheidung, Beförderungsrichtlinien für die Beamten und Beamtinnen der bayerischen Polizei - BefRPolVS –, beamtenrechtlicher Schadensersatzanspruch, unterlassener Primärrechtsschutz, Abweichen, Verschulden, Rechtsanwalt, Zurechnung

Vorinstanz:

VG Augsburg, Urteil vom 24.01.2019 – Au 2 K 18.1002

Fundstelle:

BeckRS 2020, 9599

Tenor

I. Der Antrag auf Zulassung der Berufung wird abgelehnt.

II. Der Kläger trägt die Kosten des Zulassungsverfahrens.

III. Der Streitwert für das Zulassungsverfahren wird auf 13.228,06 Euro festgesetzt.

Gründe

1
Der auf die Zulassungsgründe ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit des Urteils (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) sowie besonderer rechtlicher Schwierigkeiten (§ 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO) gestützte Antrag bleibt ohne Erfolg.

2
1. Ernstliche Zweifel, die die Zulassung der Berufung rechtfertigen, sind zu bejahen, wenn ein einzelner tragender Rechtssatz oder eine einzelne erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage gestellt wird (BVerfG, B.v. 6.6.2018 - 2 BvR 350/18 - juris Rn. 16; B.v. 3.3.2004 - 1 BvR 461/03 - juris Rn. B.v. 23.6.2000 - 1 BvR 830/00 - NVwZ 2000, 1163/1164; B.v. 23.6.2007 - 1 BvR 2228/02 - BayVBl 2007, 624) und die Zweifel an der Richtigkeit einzelner Begründungselemente auf das Ergebnis durchschlagen (vgl. BVerfG, B.v. 9.6.2016 - 1 BvR 2453/12 - juris Rn. 17; BVerwG, B.v. 10.3.2004 - 7 AV 4.03 - NVwZ-RR 2004, 542 f.). Dies ist hier nicht der Fall.

3
Der Kläger, seit 1. Mai 2017 als Polizeihauptkommissar in die Besoldungsgruppe A 11 eingewiesen, beansprucht im Wege des Schadensersatzes dienst-, besoldungs- und versorgungsrechtlich so gestellt zu

werden, als wäre seine Beförderung bereits zum 1. Mai 2014 erfolgt. Der Dienstherr habe seinen Anspruch auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl schuldhaft verletzt. Die mit Schreiben vom 31. März 2014 ausgesprochene Zurückstellung von der Beförderung zum 1. Mai 2014 sei mit dem am 29. November 2012 eingeleiteten Disziplinarverfahren begründet worden, die danach ergangene Disziplinarverfügung vom 6. Oktober 2015 - Gehaltskürzung über 1/10 der Bezüge für 30 Monate - jedoch auf seine Klage hin mit Urteil des Verwaltungsgerichts München vom 30. März 2017 (M 19 L DB 15.5045) aufgehoben worden.

4
Das Verwaltungsgericht hat die Klage mit Urteil vom 4. Januar 2019 mit der Begründung abgewiesen, der Kläger habe es unterlassen, zumutbaren Primärrechtsschutz zur Abwendung des Schadens in Anspruch zu nehmen. Die Frage, ob der Anspruch des Klägers auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl durch die Zurückstellung schuldhaft verletzt wurde, hat das Gericht im Wege der Unterstellung bejaht. Weiter unterstellt das Verwaltungsgericht, dass dem Kläger ohne Berücksichtigung des im April 2014 anhängigen Disziplinarverfahrens zum 1. Mai 2014 ein Beförderungsamt des Besoldungsgruppe A 11 übertragen worden wäre, wovon auch der Beklagte ausgeht. Vom Vorliegen dieser beiden Voraussetzungen ist daher auch im Zulassungsverfahren auszugehen, ohne dass das Zulassungsvorbringen hierauf näher hätte eingehen müssen.

5
Rechtsgrundlage für das geltend gemachte Begehren ist der beamtenrechtliche Schadensersatzanspruch. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kann ein Beamter danach von seinem Dienstherrn Ersatz des ihm durch eine Nichtbeförderung entstandenen Schadens verlangen, wenn der Dienstherr bei der Vergabe eines Beförderungsamtes den aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Anspruch des Beamten auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl schuldhaft verletzt hat, dem Beamten das Amt ohne diesen Rechtsverstoß voraussichtlich übertragen worden wäre und dieser es nicht schuldhaft unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden (stRspr, vgl. BVerwG, U.v. 19.3.2015 - 2 C 12.14 - BVerwGE 151, 333 Rn. 12 m.w.N.; zuletzt BayVGH, B.v. 20.3.2019 - 3 ZB 16.2597 - juris Rn. 5).

6
In Anwendung des auch im Beamtenrecht geltenden Rechtsgedankens des § 839 Abs. 3 BGB (vgl. BVerwG, U.v. 18.4.2002 - 2 C 19.01 - NVwZ-RR 2002, 620; U.v. 29.11.2012 - 2 C 6.11 - juris Rn. 12; BayVGH, B.v. 20.3.2019 - 3 ZB 16.2597 - juris Rn. 6). hat das Verwaltungsgericht zu Recht festgestellt, dass die Ersatzpflicht für rechtswidriges staatliches Handeln nicht eintritt, weil der Kläger ohne hinreichenden Grund nicht unmittelbar im April 2014 gegen die beanstandete Zurückstellung im Beförderungsverfahren vorgegangen ist (sog. Vorrang des Primärrechtsschutzes), obwohl ihm dies zumutbar war. Der Begriff „Rechtsmittel“ im Sinn von § 839 Abs. 3 BGB ist weit zu fassen; das Rechtsmittel muss sich unmittelbar gegen die sich als Amtspflichtverletzung darstellende Handlung oder Unterlassung richten und das Ziel haben, diese zu beseitigen oder zu berichtigen (BGH, U.v. 8.1.2004 - III ZR 39/03 - juris Rn. 16). Der vom Kläger zu erwartende (Primär-)Rechtsschutz hätte - vor dem Hintergrund des sich aus Art. 33 Abs. 2 GG ergebenden Bewerbungsverfahrensanspruchs - in der Stellung eines Antrags nach § 123 Abs. 1 VwGO mit dem Ziel bestanden, seine Teilnahme an der Auswahlentscheidung entgegen der Zurückstellung zu erreichen und gegen die drohende Ernennung anderer Bewerber vorzugehen. Weil er dies unterlassen hat, handelte der Kläger vorwerfbar im Sinne eines „Verschuldens gegen sich selbst“ (BGH, U.v. 15.11.1990 - III ZR 302/89 - juris Rn. 14). Die hiergegen vorgetragenen Argumente vermögen keine Zweifel an der Richtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung zu begründen.

7
1.1 Zunächst entlastet den Kläger nicht, dass er damals nicht gewusst habe, wie er „hätte gegen den Zurückstellungsbescheid vorgehen können“ und damit schuldlos kein Rechtsmittel ergriffen habe. Zugleich gesteht er ein, dass „eine falsche Beratung des vorbefassten Anwalts für das Unterlassen weiterer Schritte mitursächlich gewesen sei“ (Zulassungsbegründung S. 3). Ist der Kläger aber einem unzutreffenden anwaltlichen Rat gefolgt und hat deswegen von der Stellung eines Antrags nach § 123 VwGO abgesehen, steht das darin liegende Verschulden seines Rechtsanwalts einem eigenen Verschulden gleich (§ 173 VwGO i.V.m. § 85 Abs. 2 ZPO).

8

1.2 Keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des Urteils wirft er mit dem Vortrag auf, der damalige Rat des Rechtsanwaltes sei nach dem Maßstab der damals vorliegenden Rechtsprechung vertretbar gewesen, dagegen könnten die erst durch die zu Lasten des Beamten erfolgte „Verschärfung“ der Rechtsprechung (BVerwG, U.v. 15.6.2018 - 2 C 19.17 - juris) gestellten Anforderungen nicht - wie es im angefochtenen Urteil geschehe - auf einen Sachverhalt angewendet werden, der „sich Jahre zuvor zugetragen habe“. Das zitierte Urteil stelle „weitreichende Erkundigungs- und Rügeobliegenheiten“ zu Lasten des Beamten auf. Der Kläger bezieht sich dabei auf die dortigen Ausführungen, einem am beruflichen Fortkommen interessierten Beamten obliege, sich in dem vom Dienstherrn eingerichteten, allgemein zugänglichen Intranet über ein regelmäßig jährlich praktiziertes Beförderungsverfahren zu informieren und zu Einzelheiten des Verfahrens Erkundigungen einzuholen, eine Nichteinbeziehung in die Auswahlentscheidung zu monieren und gegen die drohende Beförderung von Konkurrenten mit Mitteln des vorläufigen Rechtsschutzes vorzugehen (BVerwG, a.a.O. Rn. 28).

9
Auch wenn diese Überlegung von ihrem Ansatz her betrachtet nachvollziehbar sein mag, hilft sie dem Kläger nicht weiter, denn seine Obliegenheit zur Verhinderung des Schadenseintritts nach dem Rechtsgedanken des § 839 Abs. 3 BGB bestand bereits vor Erlass des zitierten Urteils und wird durch dieses weder erstmalig begründet noch verstärkt. Das Verwaltungsgericht zitiert zivil- und verwaltungsgerichtliche Entscheidungen aus den Jahren vor 2014, die sich mit der Frage befassen, welche Rechtsbehelfe als potentiell geeignet zur Abwendung eines bevorstehenden Schadenseintritts im Sinn von § 839 Abs. 3 BGB und als zumutbar zu betrachten sind (etwa: BGH, U.v. 15.11.1990 - III ZR 302/89 - juris Rn. 14 bis 16; U.v. 16.10.2008 - III ZR 15/08 - juris Rn. 24; U.v. 4.6.2009 - III ZR 144/05 - juris Rn. 25; BVerwG, U.v. 26.1.2012 - 2 A 7.09 - juris; U.v. 29.11.2012 - 2 C 6.11 - juris Rn. 12; U.v. 30.10.2013 - 2 C 23.12 - juris Rn. 42). Zu Recht bezieht sich das angefochtene Urteil (auch) auf die zitierte, jahrelang gefestigte Rechtsprechung.

10
Die mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts umschriebenen Erkundigungs- und Nachforschungsobliegenheiten spielen im vorliegenden Fall keine Rolle, weil der Kläger sich - gerade in Kenntnis seiner eigentlich für den 1. Mai 2014 anstehenden Beförderung zum Polizeihauptkommissar - aus eigener Initiative an den Dienstherrn mit der Frage gewendet hat (vgl. Schr. v. 1.4.2014, Behördenakte Bl. 30), wie sich das anhängige Disziplinarverfahren auf seine Beförderung auswirke. Das zu diesem Zeitpunkt bereits im Entwurf vorliegende Zurückstellungsschreiben vom 31. März 2014 wurde ihm dann am 9. April 2014 ausgehändigt. Spätestens zu diesem Zeitpunkt musste dem Kläger - ohne dass es weiterer Nachforschung bedurft hätte - klar gewesen sein, dass er nicht zum 1. Mai 2014 befördert werden würde und er dieses Ziel nur mit gerichtlicher Hilfe im Wege einstweiligen Rechtsschutzes würde erreichen können. Nach der schon damals bekannten Rechtsprechung zu § 839 Abs. 3 BGB musste seinem Rechtsvertreter auch klar sein, dass ein Verzicht auf Primärrechtsschutz zum Verlust später geltend gemachter Schadensersatzansprüche führt, soweit mit sofortiger gerichtlicher Hilfe der Eintritt des durch die verspätete Beförderung entstandenen Schadens ganz oder teilweise hätte vermieden werden können.

11
1.3 An der Richtigkeit der Annahmen des Verwaltungsgerichts ändert auch nichts, dass dem Zurückstellungsschreiben keine Rechtsbehelfsbelehrung:beigefügt war. Der Kläger ist der Auffassung, dass sich ihm deshalb die Notwendigkeit „weiterer Maßnahmen …gerade nicht aufdrängen“ hätte müssen. Wenn es nach Ansicht des Beklagten zwingend notwendig gewesen wäre, sich gegen die Zurückstellung zur Wehr zu setzen, hätte er den Kläger hierauf hinweisen müssen.

12
In diesem Zusammenhang lässt der Senat offen, ob es sich bei dem Schreiben - wovon offenbar die Beteiligten ausgehen - um einen belastenden Verwaltungsakt (Art. 35 Satz 1 BayVwVfG) handelt, ihm also Regelungscharakter mit unmittelbarer Rechtswirkung nach außen zukommt, oder ob es lediglich als unselbständige Mitteilung des Dienstherrn im Rahmen eines Ausschreibungs- und Beförderungsverfahrens anzusehen ist, wonach der Kläger sich nicht (mehr) im Kreis der für eine Beförderung in Aussicht genommenen Personen befindet. Als einfache Mitteilung musste dem Schreiben keine Rechtsbehelfsbelehrung:angefügt werden. Aber auch wenn man das Zurückstellungsschreiben als Verwaltungsakt ansehen wollte, bestand keine Verpflichtung des Dienstherrn, ihm als Ausgangsbescheid eine Rechtsbehelfsbelehrung:anzufügen. Die vom Kläger angesprochene Regelung in der Bekanntmachung

zum Vollzug von Art. 15 AGVwGO (v. 6.9.2016 - AllMBl S. 2077, 4.1 Satz 5) stellt lediglich eine Empfehlung ohne rechtliche Bindungswirkung dar, um die Anwendbarkeit der Jahresfrist des § 58 Abs. 2 VwGO auszuschließen. Wollte man die Zurückstellung hier als Verwaltungsakt betrachten, hätte der Kläger nach der vorgenannten Bestimmung ein Jahr Zeit gehabt, hiergegen vorzugehen (vgl. § 58 Abs. 2 VwGO; BVerwG, U.v. 9.12.1999 - 2 C 38.98 - juris Rn. 19). Unterließ er dies aber, hat er unabhängig vom nicht verfolgten einstweiligen Rechtsschutz nicht alles ihm Zumutbare zur Abwendung des Schadens getan.

13
1.4 Die Erfolgsaussichten eines (vom Kläger unterlassenen) Antrags nach § 123 Abs. 1 VwGO auf Einbeziehung in die laufende „Beförderungsrunde“ waren nicht derart zweifelhaft, dass ihm die Antragstellung nicht zuzumuten gewesen wäre (BayVGH, B.v. 20.3.2019 - 3 ZB 16.2597 - juris Rn. 10).

14
Im Gegenteil hätte zeitnah bei Vornahme einer summarischen Prüfung durch ein Verwaltungsgericht geprüft werden können, ob zum damaligen Zeitpunkt ein „die Zurückstellung der Beförderung rechtfertigender Grund“ (Ziffer 2.3.1 Abs. 3 der Beförderungsrichtlinien für die Beamten und Beamtinnen der Bayerischen Polizei und des Landesamts für Verfassungsschutz - BefRPolVS - des Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr vom 21.1.2014) vorlag. Eine Zurückstellung kommt nach den Beförderungsrichtlinien (ermessensbindende Verwaltungsvorschriften, vgl. BayVGH, B.v. 17.12.2013 - 3 CE 13.2171 - juris Rn. 24 f.) bei zeitgleicher Anhängigkeit eines Disziplinarverfahrens dann infrage, wenn das dem Beamten zur Last gelegte Dienstvergehen „aller Voraussicht nach zur Verhängung einer Disziplinarmaßnahme führen wird“. Ist disziplinarrechtlich „nur mit einem Verweis oder einer Geldbuße zu rechnen, so ist die Zurückstellung der Beförderung nur vertretbar, wenn noch keine Bewährung…vorliegt“ (Ziffer 2.3.1 Abs. 3 Satz 2 BefRPolVS). Die Zurückstellung ist dem Beamten „mit Angabe der Gründe schriftlich mitzuteilen“ (Ziffer 2.3.1 Abs. 5 BefRPolVS). Der Kläger hätte jedenfalls beanspruchen können, dass von den praktizierten ermessensbindenden Richtlinien nicht ohne sachlichen Grund zu seinem Nachteil abgewichen wird (BVerwG, B.v. 10.11.1993 - 2 ER 301.93 - juris Rn. 11).

15
Ob das Schreiben vom 31. März 2014 den soeben dargestellten Anforderungen der Beförderungsrichtlinien an eine ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Zurückstellung gerecht wird, erscheint fraglich, muss aber im vorliegenden Verfahren nicht entschieden werden. Möglicherweise hätte der Beklagte die erforderliche Ermessensbetätigung nachgebessert oder insgesamt nachgeholt. Insbesondere wäre eine Prognose erforderlich gewesen, ob das maßgebliche Dienstvergehen (aus damaliger Sicht) eventuell nur mit einem Verweis oder einer Geldbuße geahndet werden würde; bejahendenfalls hätte der Beklagte anschließend die dienstliche Bewährung zu prüfen gehabt. All diese Überlegungen zeigen, dass die Frage, ob die Zurückstellung vom 31. März 2014 frei von Rechts- und Ermessensfehlern ausgesprochen wurde (oder hätte werden können), sich jedenfalls nicht ohne weiteres bejahen lässt. Damit waren aber die Erfolgsaussichten eines vom Kläger einzulegenden Rechtsmittels zumindest offen und keineswegs so gering, dass ihm die Einlegung nicht hätte zugemutet werden können. Im Falle einer möglichen stattgebenden Entscheidung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zu seinen Gunsten wäre der mit der vorliegenden Klage geltend gemachte Schaden nicht oder nur zum Teil entstanden.

16
2. Die Rechtssache weist auch nicht die vorgetragene besondere rechtliche Schwierigkeit (§ 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO) auf, die die Zulassung der Berufung erforderlich machen würde. Soweit der Kläger in diesem Zusammenhang auf die „Verschärfung der Rechtsprechung“ durch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. Juni 2018 (a.a.O.) verweist, wird auf die Ausführungen unter 1.2 Bezug genommen. Entsprechendes gilt für das Vorbringen, eine besondere Schwierigkeit im Sinn von § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO sei „bei neuartigen oder ausgefallenen Rechtsfragen“ (OVG SH, B.v. 14.5.1999 - 2 L 244/98 - juris Rn. 17) anzunehmen; als neuartig in diesem Sinn bezeichnet der Kläger aber wiederum nur die „Veränderung in der Rechtsprechung“, die jedoch für die vorliegende Konstellation keine entscheidungserhebliche Bedeutung besitzt.

17
3. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 154 Abs. 2 VwGO.

18

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1 und 3, § 52 Abs. 3 GKG. Ausweislich der fiktiven Berechnung des Landesamtes für Finanzen (Schr. v. 22.12.2017, VG-Akte S. 93 f.) seien dem Kläger durch die nicht erfolgte Beförderung im Zeitraum Mai 2014 bis zum 30. April 2017 Leistungen in Höhe von insgesamt 13.228,06 Euro entgangen.

19

Mit der Ablehnung des Antrags auf Zulassung der Berufung wird das Urteil des Verwaltungsgerichts rechtskräftig (§ 124a Abs. 5 Satz 4 VwGO).