

**Titel:**

**Erfolgreiche Klage auf Schadensersatz wegen unterbliebener Beförderung**

**Normenkette:**

GG Art. 33 Abs. 2

**Leitsatz:**

**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 Art. 33 Abs. 2 GG voraussichtlich befördert worden wäre; für diese Annahme muss festgestellt werden, welcher hypothetische Kausalverlauf bei rechtmäßigem Vorgehen des Dienstherrn voraussichtlich an die Stelle des tatsächlichen Verlaufs getreten und ob der Beamte ausgewählt worden wäre, wenn der Dienstherr eine rechtmäßige Gestaltung des Auswahlverfahrens vorgenommen hätte. (Rn. 42) (redaktioneller Leitsatz)**

**Schlagworte:**

Beamtenrechtlicher Schadensersatzanspruch, unterbliebene Beförderung, mangelnde Kausalität zwischen Verletzung des Bewerberverfahrensanspruchs und, Schaden, Schadensersatz, Besoldungsgruppe A 14, beamtenrechtlicher Schadensersatzanspruch, Bewerbungsverfahrensanspruch, fehlender Kausalzusammenhang zwischen Rechtsverletzung und Schaden, Kausalzusammenhang, Schadensersatzanspruch

**Tenor**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Der Kläger trägt die Kosten des Verfahrens.
3. Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreckbar.

**Tatbestand**

**1**

Der Kläger begehrt Schadensersatz wegen einer im Jahr 2017 unterbliebenen Beförderung.

**2**

Der Kläger stand bis zu seiner zum 01.04.2021 erfolgten Versetzung in den Ruhestand als Akademischer Oberrat am Lehrstuhl für Schulpädagogik im Dienste des Beklagten und bekleidete seit 01.08.2020 ein Amt der Besoldungsgruppe A14. Bis 31.07.2020 hatte der Kläger ein Amt der Besoldungsgruppe A13 inne. Seit 01.04.2016 befand sich der Kläger in Altersteilzeit (60 Prozent/24 Stunden).

**3**

Mit Schreiben vom 12.07.2017 hatte der Kläger - damals noch als Akademischer Rat der Besoldungsgruppe A13 - einen Antrag auf Beförderung auf den Dienstposten eines Akademischen Oberrates der Besoldungsgruppe A14 gestellt. Mit E-Mail vom 09.08.2017 wurde dem Kläger über seine unmittelbare Vorgesetzte, Frau Prof. Dr. S. R., mitgeteilt, dass sein Antrag vom 12.07.2017 abschlägig verbeschieden worden sei. Zur Begründung wurde auf die Altersteilzeit des Klägers verwiesen. Mit Schriftsatz seiner Bevollmächtigten vom 22.08.2017 erhob der Kläger Widerspruch gegen die vorgenannte Absage und bat um nähere Informationen hinsichtlich der Stellenauswahl.

**4**

Mit Schreiben vom 19.12.2017 führte der Beklagte aus, dass ein Dienstposten für eine Beförderung zum Akademischen Oberrat der Besoldungsgruppe A14 zur Verfügung bzw. zur Besetzung anstehe und es einen Mitkonkurrenten gebe. Als Auswahlkriterien seien die Leistungen anhand der letzten periodischen Beurteilungen der wissenschaftlichen Beamten herangezogen worden, wobei der Mitkonkurrent 16 Punkte erzielt habe, während der Kläger in seiner dienstlichen Beurteilung 2016 (Beurteilungszeitraum vom 01.06.2013 bis 31.05.2016) 14 Punkte erreicht habe.

## 5

Mit Schriftsatz vom 11.01.2018 begründete die Bevollmächtigte des Klägers den Widerspruch dahingehend, dass der Mitkonkurrent die für eine Beförderung vorausgesetzte Mindestbeförderungswartezeit von sieben Jahren zum Zeitpunkt der Auswahlentscheidung nicht erfüllt habe, weshalb der Kläger der bestgeeignete Bewerber gewesen sei. Dass sich der Kläger in Altersteilzeit im Teilzeitmodell befinde, stelle darüber hinaus keinen Grund für eine Ablehnung dar.

## 6

Mit Widerspruchsbescheid vom 15.03.2018 wurde der Widerspruch des Klägers vom 22.08.2017 zurückgewiesen. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass die Anzahl der Beförderungsmöglichkeiten begrenzt sei und deshalb vorausschauend auch diejenigen in die Auswahlentscheidung einbezogen werden müssten, die die Beförderungswartezeit aktuell noch nicht erfüllt hätten, so etwa der Mitkonkurrent, der die Mindestwartezeit zum 01.09.2018 erreiche. Im Übrigen habe es sich bei der Beurteilung des Klägers mit 14 Punkten um die schlechteste Beurteilung aller Inhaber einer A13-Stelle an der Universität ... gehandelt. Die Entscheidung der Universitätsleitung, einer Person, die sich in Altersteilzeit befinde, nur bei Vorliegen herausragender Leistungen und unter besonderen Umständen eine Beförderung zuzubilligen, sei ermessensfehlerfrei getroffen worden. Dabei seien die Leistungen des Klägers zugrunde gelegt worden. Auch sei dabei berücksichtigt worden, dass allein aus Gründen der Altersteilzeit die Beförderung nicht abgelehnt werden dürfe, sondern die Leistungen des Bewerbers maßgebend seien.

## 7

Mit am 10.04.2018 beim Bayerischen Verwaltungsgericht Bayreuth eingegangenen Schreiben ließ der Kläger Eilantrag und Klage gegen den Bescheid vom 09.08.2017 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15.03.2018 einlegen. Dem Eilantrag (Az. B 5 E 18.363) gab das Gericht mit Beschluss vom 18.10.2018 statt und untersagte dem Beklagten, sämtliche freien Planstellen/Dienstposten zum Akademischen Oberrat mit einem Mitbewerber zu besetzen, solange nicht über die Bewerbung des Klägers bestandskräftig entschieden sei. Die hiergegen durch den Beklagten eingelegte Beschwerde nahm dieser am 22.03.2019 zurück. Mit Gerichtsbescheid des Bayerischen Verwaltungsgerichts Bayreuth vom 17.04.2020 - B 5 K 18.364, berichtigt durch Beschluss vom 02.06.2020, wurde der Bescheid des Beklagten vom 09.08.2017 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15.03.2018 aufgehoben und der Beklagte verpflichtet, über die Bewerbung des Klägers auf Stellenbesetzung und Beförderung zum Akademischen Oberrat an der O.-Fr.-Universität ... unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass die zu Lasten des Klägers getroffene Auswahlentscheidung seinen aus Art. 33 Abs. 2 des Grundgesetzes (GG) folgenden Bewerberverfahrensanspruch jedenfalls deshalb verletze, weil die der Auswahlentscheidung zugrunde gelegte dienstliche Beurteilung rechtsfehlerhaft sei und die Auswahl des Klägers in einem erneuten Auswahlverfahren zumindest möglich erscheine. Die dienstliche Beurteilung des Klägers über den Zeitraum 01.06.2013 bis 31.05.2016 sei fehlerhaft, weil sie auf einer unvollständigen und unzureichenden Erkenntnisgrundlage beruhe. Im Beurteilungszeitraum vom 01.06.2013 bis 31.05.2016 sei der Kläger in der Zeit vom 01.06.2013 bis 30.09.2013 am Lehrstuhl für Allgemeine Pädagogik unter seinem damaligen Vorgesetzten, Frau Prof. Dr. A. S., tätig gewesen. Vom 01.10.2013 bis 31.03.2016 habe der Kläger eine Professurvertretung an der Pädagogischen Hochschule Ludwigsburg wahrgenommen. Währenddessen sei der Kläger unter Wegfall der Dienstbezüge vollumfänglich beurlaubt gewesen. Während seiner Abwesenheit sei der Kläger ab dem 01.04.2014 an den Lehrstuhl für Schulpädagogik versetzt worden, dessen Inhaber Frau Prof. Dr. S. R. gewesen sei. An diesem Lehrstuhl sei der Kläger erst nach Rückkehr von der Professurvertretung an der Pädagogischen Hochschule (PH) ..., mithin im Beurteilungszeitraum lediglich in der Zeit vom 01.04.2016 bis 31.05.2016 tätig gewesen. Eigene unmittelbare Kenntnisse habe sich die Beurteilende Frau Prof. Dr. S. R. demnach lediglich in den letzten zwei Monaten des insgesamt drei Jahre umfassenden Beurteilungszeitraums verschaffen können. Eine Beurteilungserstellung auf Grundlage eines eigenen unmittelbaren Eindrucks über einen Zeitraum von nur zwei Monaten ohne Beiziehung weiterer Erkenntnisquellen, insbesondere auch über die Tätigkeit des Klägers an der Universität ... vor seiner Beurlaubung, sei jedenfalls unzureichend.

## 8

Mit Schreiben vom 20.07.2020 teilte der Beklagte dem Kläger mit, dass er die periodische Beurteilung über den Zeitraum vom 01.06.2013 bis 31.05.2016 unter Berücksichtigung der vorgenannten Entscheidung des Verwaltungsgerichts Bayreuth neu erstellt habe. Die neu erstellte Beurteilung 2016 laute im Gesamturteil

ebenfalls auf 14 Punkte, wobei ausweislich der ergänzenden Bemerkungen nunmehr eine Beurteilung des Prorektors für Studium, Lehre und Weiterbildung der PH ... besondere Berücksichtigung gefunden habe. Zudem sei die noch ausstehende periodische Beurteilung für den anschließenden Beurteilungszeitraum vom 01.06.2016 bis 31.05.2019 erstellt worden (Gesamturteil: 14 Punkte). Die beiden neuen Beurteilungen wurden dem Kläger übersandt.

## 9

Mit Wirkung zum 01.08.2020 wurde der Kläger in ein Amt des Akademischen Oberrates, BesGr. A14, befördert.

## 10

Daraufhin ließ der Kläger mit Schreiben seiner Bevollmächtigten vom 02.09.2020 beantragen, den Kläger so zu stellen, als wäre er mit Wirkung zum 01.09.2017 in das Amt A14 befördert worden. Zur Begründung wurde neben der dem Auswahlvorgang zugrunde gelegten fehlerhaften dienstlichen Beurteilung 2016 auf die durch den Beklagten selbst auferlegte Mindestbeförderungswartezeit von sieben Jahren sowie die falsche Bewertung der Altersteilzeit verwiesen.

## 11

Mit Bescheid vom 02.11.2020 wies der Beklagte das Schadensersatzbegehren des Klägers zurück. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass selbst wenn die vormalige dienstliche Beurteilung 2016 des Klägers ordnungsgemäß erstellt und die Altersteilzeit außer Acht gelassen worden wäre, die Entscheidung dennoch auf den Mitkonkurrenten Herrn Dr. M. A. gefallen wäre. Die Mindestwartezeit stelle darüber hinaus lediglich einen Richtwert dar. Zudem habe die Bewährung des Herrn Dr. A. bereits im Juli 2017 festgestanden.

## 12

Mit Schriftsatz seiner Prozessbevollmächtigten vom 24.11.2020, beim Bayerischen Verwaltungsgericht Bayreuth am 26.11.2020 eingegangen, hat der Kläger Klage erhoben und beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, den Kläger unter Aufhebung des Bescheids vom 02.11.2020 im Wege des Schadensersatzes dienst-, besoldungs- und versorgungsrechtlich - im Übrigen insgesamt beamtenrechtlich - so zu stellen, als wäre er mit Wirkung zum 01.09.2017 in das Amt eines Akademischen Oberrates der BesGr. A14 befördert worden und ihm den Unterschiedsbetrag zwischen den sich aus der Besoldungsgruppe A13 und der Besoldungsgruppe A14 ergebenden Besoldung für den Zeitraum vom 01.09.2017 bis 31.07.2020 zu gewähren und den Nachzahlungsbetrag mit 5%-Punkten über dem Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit zu verzinsen.

## 13

Zur Begründung wird ausgeführt, dass dem Kläger der geltend gemachte Anspruch zustehe. Er sei mit seiner dienstlichen Beurteilung 2016 in die tatsächliche Auswahlentscheidung des Präsidenten, sofern eine solche überhaupt stattgefunden habe, offensichtlich nicht einbezogen worden. Die Aktennotiz vom 03.07.2017 zeige, dass der Kläger allein aufgrund der Tatsache, dass er sich in Altersteilzeit befunden habe, aus dem Auswahlvorgang ausgenommen worden sei. Die Notwendigkeit, die zu Lasten des Klägers getroffene Auswahlentscheidung an Art. 33 Abs. 2 GG zu messen, sei allerdings nicht dadurch entfallen, dass sich der Kläger in Altersteilzeit im Teilzeitmodell befunden habe. Darüber hinaus sei von einem Vergleich der dienstlichen Beurteilungen 2016 der beiden Konkurrenten Dr. A. und dem Kläger in der Niederschrift nicht die Rede. Ferner lasse sich daraus nicht ersehen, dass die Entscheidung auf den Konkurrenten Dr. A. gefallen sei und dieser der ausgewählte Bewerber hätte sein sollen. Auch lasse sich der Akte keine Mitteilung an Herrn Dr. A. über seine erfolgreiche Bewerbung und seine anstehende Beförderung entnehmen. Es sei deshalb zu vermuten, dass ein solcher Vergleich nie stattgefunden habe, weil der Kläger bereits aufgrund seiner Altersteilzeit niemals Eingang in die vermeintliche Auswahlentscheidung gefunden habe. Jedenfalls sei festzustellen, dass der Mitbewerber erst vier Monate später, mit Schreiben vom 19.12.2017, erstmals als Konkurrent im Rahmen einer Auswahlentscheidung ins Feld geführt worden sei. Es sei erforderlich, dass der Dienstherr die wesentlichen Auswahlerwägungen, welche seine Entscheidung für einen bestimmten Bewerber leiteten, in einem Auswahlvermerk dokumentiere. Nur so werde die Entscheidung transparent und nachvollziehbar. Demgemäß sei die Auswahlentscheidung bereits formell fehlerhaft gewesen. Darüber hinaus sei festzustellen, dass eine einheitliche nachvollziehbare Bestenauslese vorliegend nicht gewährleistet gewesen sei. Denn die zugrunde gelegten Regelbeurteilungen umfassten unterschiedliche Beurteilungszeiträume von mehr als zehn Monaten. So erstreckte sich der Beurteilungszeitraum der Beurteilung des Herrn Dr. A. vom

01.04.2014 bis 31.05.2016, während sich die Regelbeurteilung des Klägers auf den Zeitraum vom 01.06.2013 bis 31.05.2016 beziehe. Demgemäß wäre eine Anlassbeurteilung von den beiden Mitkonkurrenten einzuholen gewesen, so dass es keine Rolle spiele, dass die neu erstellte periodische Beurteilung 2016 des Klägers weiterhin auf 14 Punkte laute. Zudem sei insoweit anzumerken, dass auch in der neu erstellten Regelbeurteilung 2016 das positive Gutachten des Herrn P. i.R. Dr. F. der PH ... vom 21.04.2018 abermals keine Berücksichtigung gefunden habe, obgleich an der Beurlaubung des Klägers in dieser Zeit ein besonderes dienstliches Interesse bestanden habe. Herr Dr. F. sei als Grundschulpädagoge einziger Ansprechpartner mit Fachkenntnissen im Aufgabengebiet des Klägers gewesen. Schließlich habe Herr Dr. A. zum Zeitpunkt der vermeintlichen Auswahlentscheidung am 19.07.2017 noch immer nicht die Mindestwartezeit von sieben Jahren absolviert gehabt. Vielmehr sei diese Mindestwartezeit erst am 01.09.2018 und damit 13 Monate später abgelaufen gewesen. Zwar stehe es im Ermessen des Dienstherrn, ob und wann er eine Stelle besetzen wolle. Mit Schreiben vom 19.12.2017 habe der Beklagte jedoch deutlich kommuniziert, dass eine Stelle der Besoldungsgruppe A14 zur Verfügung und zur Besetzung anstehe. Darüber hinaus gehe aus der Aktennotiz vom 03.07.2017 deutlich hervor, dass eine jährliche Vorlage des Beförderungsspiegels durch die Personalabteilung erfolge, weshalb über die möglichen Beförderungen zum 01.09.2017 nicht erst zum 01.09.2018 hätte entschieden werden sollen. Zudem sei ein Antrag des Klägers auf Beförderung im Jahr 2013 unter Verweis auf die Mindestbeförderungswartezeit von sieben Jahren abgelehnt worden. Darüber hinaus habe der Beklagte im Auszug aus der Niederschrift über die 603. Sitzung der Universitätsleitung am 07.10.2015 selbst bekannt gegeben, dass Beförderungen im Zeitraum von dienstlichen Beurlaubungen unüblich seien. Ein entsprechender Antrag des Klägers sei im Juli 2015 abgelehnt worden. Insgesamt dränge sich daher der Eindruck auf, als würde bei den Beförderungsentscheidungen mit zweierlei Maß gemessen.

#### 14

Mit Schriftsatz vom 29.01.2021 beantragt die O.-Fr.-Universität ... für den Beklagten, die Klage abzuweisen.

#### 15

Zur Begründung wird ausgeführt, dass ein Schadensersatzanspruch wegen rechtswidrig unterlassener Beförderung voraussetze, dass der Beamte ohne den schuldhaften Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG voraussichtlich befördert worden wäre. Die einzige vorliegende - seitens des Verwaltungsgerichts Bayreuth mit Entscheidung vom 02.06.2020 - B 5 K 18.364 festgestellte - Pflichtverletzung in Form der dienstlichen Beurteilung des Klägers für den Zeitraum vom 01.06.2013 bis 31.05.2016 habe sich jedenfalls nicht adäquat kausal ausgewirkt, da der Kläger auch bei Vorliegen einer fehlerfreien Beurteilung zum Zeitpunkt der Beförderungsentcheidung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht befördert worden wäre. Der Beklagte habe die vom Verwaltungsgericht Bayreuth in seiner Entscheidung vom 17.04.2020/02.06.2020 beanstandeten Mängel der periodischen Beurteilung des Klägers für den Zeitraum vom 01.06.2013 bis 31.05.2016 korrigiert und die Beurteilung im Juli 2020 unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts neu erstellt. Dabei sei vom Dienstvorgesetzten ausdrücklich der gesamte Beurteilungszeitraum in den Blick genommen worden, einschließlich der Zeit des Klägers an der PH ... vom 01.10.2013 bis 31.03.2016. Insbesondere habe die Beurteilung des Prorektors für Studium, Lehre und Weiterbildung der PH ... für den fraglichen Zeitraum Eingang in die Gesamtwürdigung gefunden. Die Behauptung des Klägers, wonach die Beurteilung des Prorektors der PH ... keine ausreichende Erkenntnisquelle darstelle, werde zurückgewiesen. Der Ersteller der dienstlichen Beurteilung sei zwar gehalten, den gesamten Beurteilungszeitraum zu berücksichtigen. Welcher Erkenntnisquellen er sich dabei bediene, stehe ihm jedoch grundsätzlich frei, solange diese insgesamt geeignet seien, einen hinreichenden Eindruck von der Leistung des Beurteilten zu vermitteln. Der Beklagte habe somit eine korrekte Beurteilung erstellt, die eine Gesamtpunktzahl von 14 beinhaltet habe. Der Konkurrent im Beförderungsverfahren, Herr Dr. A., habe eine Gesamtnote von 16 Punkten vorweisen können.

#### 16

Auch die vom Kläger angeführten geringfügigen Unterschiede im Hinblick auf den Anfangszeitpunkt der jeweiligen periodischen Beurteilungen des Klägers und des Konkurrenten führten nicht zu einer Fehlerhaftigkeit des Beförderungsverfahrens. Vorliegend sei der Konkurrent Herr Dr. A. zum 01.04.2014 zum Beamten auf Lebenszeit ernannt worden. Für die Zeit seiner Verbeamtung auf Probe vom 01.04.2012 bis 31.03.2014 habe er entsprechend der gesetzlichen Vorgaben eine Probezeitbeurteilung erhalten. Es sei dem Beklagten bereits rechtlich nicht möglich gewesen, in den Zeitraum der Regelbeurteilung auch den

Zeitraum einzubeziehen, der bereits von der Probezeitbeurteilung erfasst gewesen sei. Ferner stelle die seitens des Klägers angeführte Berücksichtigung des Konkurrenten, obwohl dieser die Mindestwartezeit von sieben Jahren erst im Jahr 2018 erfüllt habe, keine Pflichtverletzung dar. Zwar orientiere sich der Beklagte bei seinen Beförderungsentscheidungen auch an den absolvierten Dienstzeiten der Bewerber. Jedenfalls seit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 19.03.2015 - 2 C 10/14 bestünden jedoch gegen die Vorgabe, dass die Bewerber in jedem Fall einen Zeitraum von sieben Jahren absolviert haben müssten, um überhaupt berücksichtigt zu werden, gewichtige Einwände. Um dem Leistungsgrundsatz gerecht zu werden, könne die Erfüllung einer gewissen Wartezeit allenfalls einen Faktor im Rahmen der Gesamtabwägung darstellen. Im Rahmen dieser Gesamtabwägung sei der Beklagte daher befugt gewesen, den Konkurrenten in die Entscheidung einzubeziehen, obwohl dieser die Wartezeit noch nicht vollständig erfüllt habe, diese aber zum damaligen Zeitpunkt absehbar gewesen sei. Den Ausschlag hätten letztlich seine von Beginn an hervorragenden und im Vergleich zum Kläger besseren Leistungen gegeben, die sich in der Punktzahl von 16 in seiner maßgeblichen Beurteilung niedergeschlagen hätten.

#### 17

Zudem ließen sich aus der Tatsache, dass der Kläger schlussendlich im Juli 2020 zum Akademischen Oberrat befördert worden sei, keine Rückschlüsse darauf ziehen, dass dies im Jahr 2017 - bei unterstelltem Vorliegen der im Hinblick auf den Zeitraum in ... ergänzten Beurteilung - ebenso erfolgt wäre. Wie sich aus dem Auswahlvermerk des Vizepräsidenten Herrn Prof. W. ergebe, habe erst die nunmehr längerfristige Beurlaubung von Herrn Dr. A. dazu geführt, dass dieser im Verfahren nicht mehr berücksichtigt worden sei und somit dem Kläger der Vorzug zu geben gewesen sei. Herr Dr. A. sei seit dem 01.04.2020 für einen Zeitraum von fünf Jahren aus seinem Beamtenverhältnis als Akademischer Rat beurlaubt, um an der Universität den Lehrstuhl für Survey Statistik und Datenanalyse zu führen. Diese längerfristige Beurlaubung habe in der Gesamtabwägung dazu geführt, dass dessen Beförderungsinteresse im Vergleich zu dem des Klägers als zum Entscheidungszeitpunkt nachrangig eingestuft worden sei. Zum streitgegenständlichen Zeitpunkt 2017 habe sich die Situation anders dargestellt, da Herr Dr. A. damals aus seinem Beamtenverhältnis nicht beurlaubt gewesen sei und in der Folge lediglich kurzfristige Professurvertretungen wahrgenommen habe.

#### 18

In Erwiderung hierauf führt die Klägerbevollmächtigte mit Schriftsatz vom 04.03.2021 aus, dass auch die neu erstellte Beurteilung 2016 fehlerhaft sei. Denn eine Zusammenschau der einzelnen Leistungsmerkmale zeige, dass die Beurteilung eine bessere Bewertung als die Gesamtbeurteilung mit der Punktzahl 14 zur Folge hätte haben müssen. Zudem fehle es an der erforderlichen Begründung des Gesamturteils. Es sei nicht ersichtlich, wie das Gesamturteil aus den Einzelbewertungen gebildet worden sei. Ein Vergleich mit der dienstlichen Beurteilung des Herrn Dr. A. zeige, dass der Beklagte das Gesamturteil offensichtlich regelmäßig aus dem arithmetischen Mittel der Einzelnoten bilde. Den Beurteilungsbeitrag des Prorektors der PH ..., Herr Prof. K., vom 16.05.2018 habe der Kläger bei der PH ... angefordert, nachdem die Beurteilung des Herrn Prof. Dr. F. von Seiten des Beklagten als „Gefälligkeitsgutachten“ abgelehnt worden sei. Nach der Entscheidung des Verwaltungsgerichts Bayreuth vom 17.04.2020 habe der Beklagte keine neuen Erkenntnisquellen von der PH ... eingeholt. Zur Beurteilung des Herrn Prof. K. vom 16.05.2018 sei anzumerken, dass dieser als Professor für Geographiedidaktik keine hinreichenden Einblicke in das Tätigkeitsfeld des Klägers gehabt habe. Die Beurteilung des Herrn Prof. Dr. K. vom 16.05.2018 zeige jedoch, dass die Forschungstätigkeit des Klägers wesentlicher Bestandteil seines Tätigkeitsprofils an der PH ... gewesen sei. Seine Forschung habe großes Lob gefunden. Dementsprechend hätte diese im Rahmen der Tätigkeitsbeschreibung der dienstlichen Beurteilung 2016 ausdrücklich Erwähnung und dementsprechend im Rahmen der Bewertung der Beurteilungsmerkmale Berücksichtigung finden müssen. Es sei davon auszugehen, dass dem Kläger im Falle der Berücksichtigung seiner Forschungstätigkeit ebenfalls eine Beurteilung auszustellen gewesen wäre, die im Gesamturteil auf 16 Punkte gelautet hätte. Weiter sei darauf hinzuweisen, dass der Kläger in seinem Tätigkeitsfeld allgemein als ausgewiesener Experte gelte. Nach alledem hätte die neue Beurteilung 2016 bei ordnungsgemäßer Erstellung und Berücksichtigung des gesamten Tätigkeitsbereichs des Klägers eine weitaus bessere Bewertung, höchstwahrscheinlich sogar 16 Punkte im Gesamturteil ausweisen müssen. Danach wäre der Kläger der bestgeeignete Bewerber im Auswahlverfahren gewesen.

#### 19

Zu den weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird Bezug genommen auf den Inhalt der Gerichtsakte und den Inhalt der vorgelegten Behördenakte, § 117 Abs. 3 Satz 2 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). Hinsichtlich des Verhandlungsverlaufs wird auf das Protokoll der Sitzung, in der die Prozessbeteiligten auf ihre bereits schriftsätzlich gestellten Anträge Bezug genommen haben, verwiesen.

## **Entscheidungsgründe**

I.

### **20**

Die zulässige Klage ist nicht begründet. Der Kläger hat gegenüber dem Beklagten keinen Anspruch darauf beamten-, besoldungs- und versorgungsrechtlich so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn er zum 01.09.2017 in ein Statusamt der Besoldungsgruppe A14 befördert worden wäre, § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO analog. Der Bescheid der Universität ... vom 02.11.2020 erweist sich vielmehr als rechtmäßig.

### **21**

Rechtsgrundlage für das geltend gemachte Begehren ist der beamtenrechtliche Schadensersatzanspruch. Dieses Rechtsinstitut ist in der Rechtsprechung seit langem anerkannt (vgl. BVerwG, U.v. 24.8.1961 - 2 C 165.59 - BVerwGE 13, 17 <18 ff.> mit umfangreichen Nachweisen zur Rechtsprechung des Reichsgerichts sowie Laubinger, VerwArch, Bd. 99 <2008> S. 278 ff.). 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 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) für vertragliche Schuldverhältnisse vorsieht (vgl. zur Bezugnahme auf Grundsätze der positiven Vertragsverletzung <pVV> auch BVerfG, B.v. 13.1.2010 - 2 BvR 811/09 - BayVBI 2010, 303 Rn. 9; BVerwG, U.v. 19.3.2015 - 2 C 12.14 - juris Rn. 9).

### **22**

Der beamtenrechtliche Schadensersatzanspruch war ursprünglich auf Verletzungen der Fürsorgepflicht bezogen. Er ist in der Rechtsprechung aber nachfolgend auch auf andere Pflichtverletzungen ausgedehnt worden (vgl. etwa BVerwG, U.v. 21.12.2000 - 2 C 39.99 - BVerwGE 112, 308 <312> für die Verletzung der Pflicht zur Berücksichtigung der Kindergeldberechtigung bei der Besoldung), insbesondere auf die Verletzung der Auswahlgrundsätze aus Art. 33 Abs. 2 GG (BVerwG, U.v. 25.8.1988 - 2 C 51.86 - BVerwGE 80, 123 <124 f.>).

### **23**

Obwohl der beamtenrechtliche Schadensersatzanspruch im Gegensatz zu § 839 Abs. 1 BGB ein bereits bestehendes Rechtsverhältnis voraussetzt, beansprucht der in § 839 Abs. 3 BGB niedergelegte Rechtsgedanke vom Vorrang des Primärrechtsschutzes auch und gerade für Ansprüche aus dem Beamtenverhältnis wie den hier streitigen Geltung (BVerwG, U.v. 28.5.1998 - 2 C 29.97 - BVerwGE 107, 29 <31 f.>). Die sekundäre Ersatzpflicht für rechtswidriges staatliches Handeln tritt nicht ein, wenn der Verletzte unmittelbar gegen die beanstandete Entscheidung mögliche Rechtsbehelfe ohne hinreichenden Grund nicht in Anspruch genommen hat (BVerwG, U.v. 19.3.2015 - 2 C 12.14 - juris Rn. 11).

### **24**

Ein Beamter kann 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. 17.8.2005 - 2 C 37.04 - BVerwGE 124, 99 <101 f.>, v. 26.1.2012 - 2 A 7.09 - BVerwGE 141, 361 Rn. 15, vom 29.11.2012 - 2 C 6.11 - BVerwGE 145, 185 Rn. 9; v. 30.10.2013 - 2 C 23.12 - BVerwGE 148, 217 Rn. 42 und v. 19.3.2015 - 2 C 12.14 - juris Rn. 12).

### **25**

Unter Zugrundelegung der vorgenannten Maßstäbe hat der Beklagte den Bewerbungsverfahrensanspruch des Klägers verletzt (dazu unter 1). Der Beklagte hat diese Pflichtverletzung auch zu vertreten (dazu unter

2). Zudem hat der Kläger die ihm zumutbaren Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verhinderung des Schadenseintritts ausgeschöpft (dazu unter 3). Es fehlt jedoch an dem Kausalzusammenhang zwischen der Rechtsverletzung des Beklagten und dem vom Kläger geltend gemachten Schaden (dazu unter 4).

## 26

1. Der Beklagte hat den aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Anspruch des Klägers auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl in mehrfacher Hinsicht verletzt.

## 27

Der beamtenrechtliche Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG gewährt jedem Bewerber ein grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Die Auswahl unter mehreren Bewerbern muss demgemäß ermessensfehlerfrei geschehen. Der Bewerberauswahl dürfen nur Gesichtspunkte zugrunde gelegt werden, die den von Art. 33 Abs. 2 GG geforderten Leistungsbezug aufweisen. In Bezug auf die Vergabe höherer Dienstposten handelt es sich um Kriterien, die darüber Aufschluss geben, in welchem Maße der Beamte den Anforderungen seines Amtes genügt (BVerwG, U.v. 30.6.2011 - 2 C 19.10 - BVerwGE 140, 83). Der geforderte Leistungsvergleich der Bewerber um einen höher bewerteten Dienstposten muss anhand aussagekräftiger, das heißt aktueller, hinreichend differenzierter und auf gleichen Bewertungsmaßstäben beruhender dienstlicher Beurteilungen vorgenommen werden (BVerwG, U.v. 19.12.2001 - 2 C 21.01 -; U.v. 4.11.2010 - 2 C 16.09 -; U.v. 30.6.2011 - 2 C 19.10 - alle juris). Damit die Auswahlentscheidung selbst den grundgesetzlichen Anforderungen genügt, müssen auch die zugrunde gelegten dienstlichen Beurteilungen gewissen Anforderungen genügen, nämlich frei von Beurteilungsfehlern sein. Ausweislich der Ausführungen des rechtskräftigen Gerichtsbescheids (v. 17.04.2020 - B 5 K 18.364) über die Klage gegen die im Streit stehende Auswahlentscheidung erwies sich die dem Kläger zunächst eröffnete und dem Auswahlverfahren zugrunde gelegte dienstliche Beurteilung über den Zeitraum vom 01.06.2013 bis 31.05.2016 als fehlerhaft, weil sie auf einer unvollständigen und unzureichenden Erkenntnisgrundlage beruhte. Im Beurteilungszeitraum vom 01.06.2013 bis 31.05.2016 war der Kläger in der Zeit 01.06.2013 bis 30.09.2013 am Lehrstuhl für Allgemeine Pädagogik unter seiner damaligen Vorgesetzten Frau Prof. Dr. A. S. tätig. Vom 01.10.2013 bis 31.03.2016 nahm der Kläger eine Professurvertretung an der Pädagogischen Hochschule ... wahr. Währenddessen war der Kläger unter Wegfall der Dienstbezüge vollumfänglich beurlaubt. Während seiner Abwesenheit wurde der Kläger ab dem 01.04.2014 an den Lehrstuhl für Schulpädagogik versetzt, dessen Inhaberin Frau Prof. Dr. S. R. war. An diesem Lehrstuhl war der Kläger erst nach Rückkehr von der Professurvertretung an der Pädagogischen Hochschule ..., mithin im Beurteilungszeitraum lediglich in der Zeit vom 01.04.2016 bis 31.05.2016 tätig. Eigene unmittelbare Kenntnisse konnte sich die Beurteilende Frau Prof. Dr. S. R. demnach lediglich in den letzten zwei Monaten des insgesamt drei Jahre umfassenden Beurteilungszeitraumes verschaffen. Eine Beurteilungserstellung auf Grundlage eines eigenen unmittelbaren Eindrucks über einen Zeitraum von nur zwei Monaten ohne Beziehung weiterer Erkenntnisquellen, insbesondere auch über die Tätigkeit des Klägers an der Universität ... vor seiner Beurlaubung, ist jedenfalls unzureichend.

## 28

Darüber hinaus wird der Kläger durch die E-Mail seiner damaligen unmittelbaren Vorgesetzten, Frau Prof. Dr. S. R., vom 09.08.2017 in seinem Bewerberverfahrensanspruch verletzt. Denn diese teilte dem Kläger mit, dass sein Beförderungsantrag vom 12.07.2017 aufgrund seiner Altersteilzeit abschlägig verbeschieden worden sei. Diese Ausführungen sind mit dem Verfassungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 2 GG, wonach Ernennungen allein nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung vorzunehmen sind, nicht vereinbar. Zwar fehlt einem Beamten die erforderliche Eignung für ein Beförderungsamts, wenn er für die in diesem zu erbringende Leistung nicht zu Verfügung steht, weil er dort keine Dienstleistung mehr erbringt oder nicht mehr für angemessene Zeit ausüben kann (BVerwG U.v. 29.8.1996 - 2 C 23.95 - juris Rn. 22; OVG NJW U.v. 2.7.2007 - 1 A 1920/06 - juris Rn. 97). Daher besitzt ein in Altersteilzeit im Blockmodell befindlicher Beamter, der sich (unmittelbar) vor Beginn bzw. schon in der Freistellungsphase befindet, die für eine Beförderung erforderliche Eignung nicht, da er keine (zeitlich angemessene) Dienstleistung in dem Beförderungsamts mehr erbringen kann (BayVGH B.v. 19.2.2007 - 3 CE 06.3302 - juris Rn. 62; NdsOVG B.v. 18.10.2006 - 5 ME 232/06 - juris Rn. 14; B.v. 4.11.2011 - 5 ME 319/11 - juris Rn. 13; OVG NRW B.v. 26.9.2007 - 1 A 4138/06 - juris Rn. 9; B.v. 13.4.2010 - 6 B 152/10 - juris Rn. 4). Eine dennoch erfolgte Beförderung wäre rechtsmissbräuchlich (NdsOVG B.v. 29.9.2005 - 5 ME 203/05 - juris Rn. 4). Sinn und Zweck der Beförderung ist nicht vorrangig die Belohnung der vom Beamten in der Vergangenenheit

erbrachten Leistungen, sondern die erfolgreiche Wahrnehmung des neuen angestrebten Beförderungsamts. Ziel der Neubesetzung ist es, eine funktionsgerechte Wahrnehmung des Amtes möglichst auf Dauer zu gewährleisten. Dies setzt aber voraus, dass der Amtsinhaber das Amt für eine angemessene Zeit ausüben wird (BayVGH B.v. 19.2.2007 - 3 CE 06.3302 - juris Rn. 62). Die vorgenannten Erwägungen greifen aber dann nicht, wenn sich der betreffende Beamte - wie hier der Kläger - in Altersteilzeit im Teilzeitmodell befindet. Denn der Kläger konnte eine Dienstleistung im Beförderungsamte im Jahr ... - wenn auch mit reduzierter Stundenzahl - weiterhin erbringen. Die damit eingehende Ungleichbehandlung zwischen in Altersteilzeit befindlichen Beamten im Blockmodell und solchen im Teilzeitmodell ist folglich sachlich gerechtfertigt. Mithin vermag ein schlichter Verweis auf eine in Anspruch genommene Altersteilzeit im Teilzeitmodell eine Nichteinbeziehung in die Beförderungsauswahl nicht zu rechtfertigen.

## 29

Auch soweit der Kläger Einwendungen gegen seine unter dem 20.07.2020 neu erstellte periodische Beurteilung für den Beurteilungszeitraum vom 01.06.2013 bis 31.05.2016 erhebt, dürften diese jedenfalls nicht gänzlich von der Hand zu weisen sein. So ist der Klägerseite insbesondere zuzugeben, dass sich der neu erstellten Beurteilung 2016 nicht entnehmen lässt, wie das Gesamturteil gebildet wurde, und dass damit die Vermutung nahe liegt, dass das arithmetische Mittel der Einzelbewertungen herangezogen wurde. Dieses Vorgehen wäre bereits mit Art. 59 Abs. 2 Satz 1 des Leistungsaufbahngesetzes (LlbG) unvereinbar, wonach bei der Bildung des Gesamturteils die bei den Einzelmerkmalen vergebenen Wertungen unter Berücksichtigung ihrer an den Erfordernissen des Amtes und der Funktion zu messenden Bedeutung in einer Gesamtschau zu bewerten und zu gewichten sind. Weiterhin sind die für die Bildung des Gesamturteils wesentlichen Gründe in den ergänzenden Bemerkungen dazulegen, vgl. Art. 59 Abs. 2 Satz 2 LlbG. Auch die allgemeinen Verwaltungsvorschriften zum Beamtenrecht verbieten eine Mittelwertbildung der Einzelbewertungen. Demnach wäre es bei Verwendung einer Punkteskala beurteilungsfehlerhaft, wenn das Gesamturteil lediglich als rechnerisches Mittel der Einzelbewertungen gebildet würde. Dies würde weder den gezeigten Leistungen der beurteilten Beamtinnen und Beamten gerecht, noch böte es eine hinreichende Grundlage für künftige Personalauswahlentscheidungen (vgl. Abschnitt 2, Ziffer 7.1 der VV-BeamtR). Im Übrigen ist in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geklärt, dass die rein rechnerische Ermittlung eines Gesamturteils ohne entsprechende Rechtsgrundlage unzulässig ist. Sie verbietet sich bei den dienstlichen Beurteilungen der Beamten, wenn die Bildung eines Gesamturteils vorgesehen ist, mit dem - wie hier entsprechend der Vorgaben des LlbG - die Einzelbewertungen in einer nochmaligen eigenständigen Wertung zusammengefasst werden. Denn bei der Bildung des Gesamturteils wird u.a. die unterschiedliche Bedeutung der Einzelbewertungen wertend berücksichtigt, indem diese allgemein oder in Beziehung auf das ausgeübte Amt gewichtet werden (BVerwG, U.v. 24.11.1994 - 2 C 21.93 - BVerwGE 97, 128 <131 > und v. 21.3.2007 - 2 C 2.06 - Buchholz 232.1 § 40 BLV Nr. 27). Zu der Frage, wie das Gesamturteil der neu erstellten klägerischen Beurteilung 2016 gebildet wurde, konnten die Beklagtenvertreter in der mündlichen Verhandlung keine Ausführungen machen.

## 30

Demgegenüber greifen die weiteren Einwendungen der Klägerseite gegen die unter dem 20.07.2020 neu erstellte Beurteilung 2016 nicht durch. Soweit der Kläger unter Verweis auf sein wissenschaftliches Renommee der Meinung ist, seine Leistungen müssten ein besseres Gesamturteil nach sich ziehen, setzt er in nicht zulässiger Weise seine Selbsteinschätzung an die Stelle der Bewertung durch den zuständigen Beurteiler.

## 31

Soweit der Kläger rügt, dass die Beklagtenseite keinen förmlichen Beurteilungsbeitrag der PH ... eingeholt habe, führt dieser Umstand nicht zur Fehlerhaftigkeit der neu erstellten Regelbeurteilung. Bereits im Rahmen des rechtskräftigen Gerichtsbescheides vom 17.04.2020 - B 5 K 18.364 - im Verfahren gegen die streitige Auswahlentscheidung wies die Kammer darauf hin, dass für den Zeitraum der vollumfänglichen Beurlaubung unter Wegfall der Dienstbezüge vom 01.10.2013 bis 31.03.2016 keine Pflicht zur Einholung eines Beurteilungsbeitrags besteht. Weder das Leistungsaufbahngesetz noch die VV-BeamtR noch die diese ergänzenden Beurteilungsrichtlinien selbst enthalten Vorgaben für die Einholung von Beurteilungsbeiträgen während des Zeitraums einer vollumfänglichen Beurlaubung unter Wegfall der Dienstbezüge. Die Regelungen über abgeordnete Beamtinnen und Beamte sind auf die vollumfängliche Beurlaubung des Klägers unter Wegfall der Dienstbezüge nicht analog anwendbar bzw. übertragbar. Nach Satz 1 der Ziffer 11.2 VV-BeamtR werden abgeordnete Beamtinnen und Beamte von der Stammbehörde im

Einvernehmen mit der aufnehmenden Behörde beurteilt, sofern die Abordnung nicht zu einer außerbayerischen oder nichtstaatlichen Dienststelle besteht; in diesem Fall erfolgt die Beurteilung durch die Stammbehörde im Benehmen mit der aufnehmenden Behörde. Nach Satz 2 der Ziffer 11.2 VV-Beamtr hat die beurteilende Stammbehörde bei der aufnehmenden Behörde einen Beurteilungsbeitrag einzuholen, wenn die oder der zu Beurteilende am Beurteilungsstichtag bereits länger als sechs Monate abgeordnet ist. Gleiches gilt nach Satz 3 der Ziffer 11.2 VV-Beamtr, wenn die oder der zu Beurteilende während des Beurteilungszeitraumes länger als sechs Monate abgeordnet war.

### **32**

Eine Abordnung im beamtenrechtlichen Sinne selbst hat jedoch nicht stattgefunden. Die vollumfängliche Beurlaubung des Klägers unter Wegfall der Dienstbezüge ist auch nicht mit der Situation einer Abordnung vergleichbar. Während bei einer Abordnung dem Beamten vorübergehend bei einer anderen Dienststelle seines Dienstherrn oder bei einer Dienststelle im Bereich eines anderen Dienstherrn (ganz oder teilweise) ein anderes Amt im konkret-funktionellen Sinn übertragen wird, sind unter einer Beurlaubung Zeiträume zu verstehen, in denen Beamtinnen und Beamte mit Genehmigung des Dienstherrn von der Verpflichtung befreit sind, Dienst zu leisten, das zugrundeliegende Beamtenverhältnis aber bestehen bleibt. Die Gründe für die Beurlaubung können dabei unterschiedlicher Art sein. Gemein ist diesen jedoch, dass während der Beurlaubung nicht zwingend einer der Tätigkeit in der Stammbehörde vergleichbaren Tätigkeit nachgegangen wird, so dass die Situation einer Beurlaubung nicht mit der einer Abordnung vergleichbar ist.

### **33**

Da nach alledem keine Pflicht zur Einholung eines förmlichen Beurteilungsbeitrags der PH ... bestand, ist die Beklagtenseite mit der Heranziehung der „Dienstlichen Beurteilung“ des Prorektors für Studium, Lehre und Weiterbildung, Prof. Dr. K., der PH ... vom 16.05.2018 ihrer Pflicht zur Schaffung einer hinreichenden Erkenntnisgrundlage für die Beurteilung 2016 des Klägers nachgekommen. Dass die Ausführungen des Prof. Dr. K. in der neu erstellten Beurteilung Berücksichtigung fanden, ergibt sich zum einen aus den ergänzenden Bemerkungen des Beurteilungstextes. Zum anderen wurde die Bewertung der Einzelmerkmale „Quantität“, „Einsatzbereitschaft“, „Fachkenntnisse“, „mündliche Ausdrucksfähigkeit“ sowie „schriftliche Ausdrucksfähigkeit“ jeweils um einen Punkt auf 15 Punkte angehoben. Im Übrigen erhebt der Kläger keine dezidierten Einwendungen gegen das persönlichkeitsbedingte Werturteil des Prof. Dr. K., sondern beschränkt sich auf die Rüge, dass Herr Prof. Dr. K. als Geograph einer anderen Fachrichtung angehöre und stattdessen eine Berücksichtigung des Beurteilungsbeitrags des Herrn Prof. Dr. F. aus ... geboten gewesen wäre. Damit legt die Klägerseite aber in keiner Weise dar, dass die Einschätzung des Prof. Dr. K. den Begriff oder gesetzlichen Rahmen verkannt habe, indem er sich als Beurteiler frei hätte bewegen dürfen, dass er von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen wäre, allgemein gültige Wertmaßstäbe missachtet oder sachfremde Erwägungen angestellt oder gegen Verfahrensvorschriften verstoßen hätte (vgl. OVG NW, U.v. 24.1.2011 - 1 A 1810/08 - juris Rn. 59 m.w.N.).

### **34**

Soweit die Klägerseite weiterhin rügt, dass der Mitkonkurrent infolge Nichterfüllung der siebenjährigen Mindestbeförderungswartezeit nicht in die Auswahlentscheidung hätte einbezogen werden dürfen, kann sie mit diesem Vorbringen nicht durchdringen. Denn die in einem bestimmten Statusamt geleistete Dienstzeit gehört nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts 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, U.v. 28.10.2004 - 2 C 23.03 - BVerwGE 122, 147 <151> und v. 19.3.2015 - 2 C 12.14 - juris Rn. 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 Bewährung 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. Danach hängt die Dauer von Wartezeiten entscheidend vom Inhalt der jeweiligen Ämter ab. Der für eine Regelbeurteilung vorgesehene Zeitraum wird in aller Regel die Obergrenze darstellen (BVerwG, U.v. 28.10.2004 - 2 C 23.03 - BVerwGE 122, 147 <152>; B.v. 25.10.2011 - 2 VR 4.11 - NVwZ-RR 2012, 241 Rn. 35; U.v. 26.9.2012 - 2 C 74.10 - BVerwGE 144, 186 Rn. 23; vgl. auch die Vorgabe von zwei Jahren bei der Erprobung für Führungsämter in BVerfG, B.v. 28.5.2008 - 2 BvL 11/07 - BVerfGE 121, 205 <228>; BVerwG, U.v. 19.3.2015 - 2 C 12.14 - juris Rn. 17). Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe verstößt eine Regelverweilzeit von sieben Jahren gegen das Leistungsprinzip (vgl. BVerwG, U.v. 19.3.2015 - 2 C 12.14 - juris Rn. 17) und darf damit nicht zum pauschalen Ausschluss von Beamtinnen und Beamten aus Beförderungsverfahren führen.

### 35

Schließlich ergibt sich auch aus den unterschiedlichen Beurteilungszeiträumen des Klägers und seines Mitkonkurrenten keine weitere Pflichtverletzung des Beklagten. Zwar trifft es zu, dass sich die Beurteilung des Klägers auf den Zeitraum vom 01.06.2013 bis 31.05.2016 erstreckt, während der Beurteilungszeitraum des Mitkonkurrenten erst am 01.04.2014 begann. Diese unterschiedlichen Beurteilungszeiträume lassen jedoch nicht an der hinreichenden Aktualität der für die Auswahlentscheidung maßgeblichen Beurteilungen zweifeln, da sie sich lediglich hinsichtlich ihres Beginns unterscheiden (vgl. insoweit BVerwG, B.v. 25.3.2010 - 1 WB 27/09). Zudem war ein früherer Beurteilungsbeginn im Falle des Mitkonkurrenten nicht möglich, da dieser erst zum 01.04.2014 zum Beamten auf Lebenszeit ernannt wurde. Ausweislich der hier einschlägigen Richtlinien für die dienstliche Beurteilung und die Leistungsfeststellung der Beamtinnen und Beamten im Geschäftsbereich des Bayerischen Staatsministeriums für Bildung und Kultus, Wissenschaft und Kunst im Bereich Wissenschaft und Kunst (Ergänzende Beurteilungsrichtlinien - Wissenschaft und Kunst) - Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums für Bildung und Kultus, Wissenschaft und Kunst vom 25.02.2014, Az. A 3-M 1324.3 (KWMBI. S. 39), Ziffer 2.2.4 beginnt der Beurteilungszeitraum frühestens mit der Ernennung zur Beamtin oder zum Beamten auf Lebenszeit.

### 36

2. Der Beklagte hat die vorgenannten Verletzungen des Bewerbungsverfahrensanspruchs des Klägers auch zu vertreten.

### 37

Für die Haftung des Dienstherrn auf Schadensersatz wegen Verletzung von Pflichten aus dem Beamtenverhältnis gilt der allgemeine Verschuldensmaßstab des bürgerlichen Rechts (BVerwG, U.v. 17.8.2005 - 2 C 37.04 - BVerwGE 124, 99 <104> m.w.N.). Zu vertreten hat der Dienstherr danach Vorsatz und Fahrlässigkeit. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt (§ 276 Abs. 2 BGB). Von den für die Auswahlentscheidung verantwortlichen Beamten muss verlangt werden, dass sie die Sach- und Rechtslage unter Heranziehung aller ihnen zu Gebote stehenden Hilfsmittel gewissenhaft prüfen und sich auf Grund vernünftiger Überlegungen eine Rechtsauffassung bilden. Dazu gehören auch die Auswertung der höchstrichterlichen Rechtsprechung und ggf. die ernsthafte Auseinandersetzung mit der Frage, ob aus sachfremden Erwägungen gewünschte Personalentscheidungen am Maßstab der relevanten Rechtsnormen Bestand haben können (BVerwG, U.v. 26.1.2012 - 2 A 7.09 - BVerwGE 141, 361 Rn. 39 und v. 19.3.2015 - 2 C 12.14 - juris Rn. 21).

### 38

Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe hat die Universität die festgestellten Verstöße gegen den Grundsatz der Bestenauslese aus Art. 33 Abs. 2 GG jedenfalls mit Fahrlässigkeit zu vertreten. Bei sorgfältiger rechtlicher Prüfung hätte von den verantwortlichen Beamten erkannt werden müssen, dass die dienstliche Beurteilung 2016 des Klägers in ihrer Ursprungsfassung auf einer unzureichenden Erkenntnisgrundlage beruhte und in ihrer Neufassung das Zustandekommen des Gesamturteils jedenfalls nicht hinreichend plausibilisiert. Auch hätte die Universität angesichts der höchstrichterlichen Rechtsprechung wissen müssen, dass auch Beamtinnen und Beamte, die sich in Altersteilzeit im Teilzeitmodell befinden, in die Auswahlentscheidung um Beförderungsämter miteinzubeziehen sind.

### 39

3. Darüber hinaus hat der Kläger die ihm auf Primärebene zumutbaren Möglichkeiten zur Verfolgung seines Beförderungsbegehrens ausgeschöpft.

### 40

Effektiven Rechtsschutz gegen eine zu Unrecht verweigerte Einbeziehung in ein beamtenrechtliches Auswahlverfahren kann der Beamte durch die Erhebung des Widerspruchs (§ 126 Abs. 3 BRRG, § 54 Abs. 2 und § 63 Abs. 3 Satz 2 BeamtStG) und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung (§ 123 Abs. 1 VwGO) gegen die Vergabe des dem Auswahlverfahren zugrunde liegenden Amtes erlangen (vgl. BVerwG, U.v. 19.3.2015 - 2 C 12.14 - juris Rn. 24). Beide Rechtsschutzmöglichkeiten hat der Kläger vorliegend in Anspruch genommen.

#### 41

4. Gleichwohl scheidet das Schadensersatzbegehren des Klägers, da er auch bei rechtmäßiger Gestaltung des Auswahlverfahrens im Jahr 2017 voraussichtlich nicht befördert worden wäre, so dass es an der Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem geltend gemachten Schaden fehlt.

#### 42

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 Art. 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 (stRspr, vgl. BVerwG, U.v. 17.8.2005 - 2 C 37.04 - BVerwGE 124, 99 <108>, v. 26.1.2012 - 2 A 7.09 - BVerwGE 141, 361 Rn. 42 f.; v. 30.10.2013 - 2 C 23.12 - BVerwGE 148, 217 Rn. 45 und v. 19.3.2015 - 2 C 12.14 - juris Rn. 27).

#### 43

Zur Beantwortung der Frage, ob eine fehlerhafte Gestaltung des Auswahlverfahrens adäquat kausal für die Nichtbeförderung war, muss das Tatsachengericht den Prozess der Entscheidungsfindung aufklären, um beurteilen zu können, welchen Verlauf die Dinge bei Vermeidung des Verstoßes gegen Art. 33 Abs. 2 GG voraussichtlich genommen hätten (BVerwG, U.v. 17.8.2005 - 2 C 37.04 - BVerwGE 124, 99 <108>).

#### 44

Unter Berücksichtigung dieser Maßstäbe wäre der Kläger auch bei rechtmäßiger Gestaltung des Auswahlverfahrens im Leistungsvergleich mit dem Konkurrenten unterlegen. Denn auch in seiner neu erstellen Regelbeurteilung 2016 unter Berücksichtigung der Beurteilung der PH ... erhielt der Kläger im Gesamturteil 14 Punkte, während die Beurteilung des Konkurrenten insgesamt auf 16 Punkte lautete. Zwar dürfte sich die unter dem 20.07.2020 neu erstellte Beurteilung des Klägers für den Beurteilungszeitraum vom 01.06.2013 bis 31.05.2016 ausweislich der obigen Ausführungen infolge einer vermutlich rechtswidrigen Bildung des Gesamturteils als fehlerhaft erweisen. Allerdings erscheint es gleichwohl unwahrscheinlich, dass der Kläger im Falle einer ordnungsgemäßen Bildung des Gesamturteils ein Prädikat von 16 Punkten erhalten hätte. In den 14 Einzelmerkmalen der neu erstellten Beurteilung 2016 wurden dem Kläger achtmal 15 Punkte zuerkannt, vier Einzelmerkmale wurden mit 14 Punkten bewertet und in zwei Einzelmerkmalen erhielt der Kläger ein Prädikat von 13 Punkten. Selbst im Falle der erforderlichen wertenden Berücksichtigung der unterschiedlichen Bedeutung der Einzelbewertungen käme der Kläger im Falle einer doppelten Gewichtung der mit 15 Punkten bewerteten Beurteilungsmerkmale maximal zu einem Gesamtprädikat von 15 Punkten und wäre damit gleichwohl im Leistungsvergleich mit dem Konkurrenten, der ein Gesamtprädikat von 16 Punkten im maßgeblichen Beurteilungszeitraum erhielt, unterlegen. Dezierte Einwendungen gegen die Spitzenbeurteilung des Konkurrenten hat die Klägerseite nicht erhoben. Erstmals im Verhandlungstermin verwies der Kläger darauf, dass der Konkurrent überwiegend beurlaubt gewesen sei. Derartiges kann der Regelbeurteilung 2016 des Konkurrenten allerdings nicht entnommen werden. Demnach war er in der Zeit vom 01.04.2014 bis 31.05.2015 teilzeitbeschäftigt zu 50%, im Zeitraum vom 01.04.2015 bis 31.03.2016 teilzeitbeschäftigt zu 75% und im übrigen Beurteilungszeitraum in Vollzeit an der Universität ... beschäftigt.

#### 45

Soweit der Kläger geltend macht, dass eine Auswahlentscheidung zwischen ihm und Herrn Dr. A. im Jahr 2017 nicht stattgefunden habe und von Beklagtenseite auch nicht beabsichtigt gewesen sei, gelingt ihm auch damit kein Kausalitätsnachweis zwischen den Pflichtverletzungen des Beklagten und dem eingetretenen Schaden. Im Übrigen bestehen dafür, dass der Konkurrent Dr. A. im Dezember 2017 „aus dem Hut gezaubert“ worden sei, um eine Beförderung des Klägers zu verhindern, keine tatsächlichen

Anhaltspunkte. Im Gegenteil wird im Rahmen einer Aktennotiz der Universität ... vom 03.07.2017 ausgeführt, dass sich Beförderungsmöglichkeiten für den Kläger und Herrn Dr. A. ergäben. Zwar verweist dieser Vermerk auf eine noch laufende Mindestbeförderungswartezeit des Herrn Dr. A. von sieben Jahren, die erst zum 01.09.2018 abgelaufen sei. Diese Mindestbeförderungswartezeit steht jedoch nach der oben bereits zitierten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht in Einklang mit Art. 33 Abs. 2 GG (vgl. BVerwG, U.v. 19.3.2015 - 2 C 12.14 - juris Rn. 17), d.h. der Beklagte hätte den Konkurrenten Dr. A. bei rechtmäßiger Gestaltung des Auswahlverfahrens in die Beförderungentscheidung miteinbeziehen müssen. In diesem Fall wäre der Kläger infolge seines geringeren Gesamtprädikats in der Regelbeurteilung 2016 ebenfalls unterlegen.

#### **46**

Eine Kausalität zwischen Pflichtverletzungen und Schaden ergibt sich weiterhin nicht aus dem Umstand, dass der Konkurrent in der Folge tatsächlich nicht in ein Statusamt der Besoldungsgruppe A14 befördert wurde. Insoweit legte die Beklagtenseite dar, dass im Hinblick auf die ergangenen verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen die Regelbeurteilung 2016 des Klägers zunächst neu erstellt worden sei. Dies sei nach dem Erlass des Gerichtsbescheides vom 17.04.2020 - B 5 K 18.364 unter dem 20.07.2020 geschehen. Da Herr Dr. A. am 01.04.2020 für insgesamt fünf Jahre für die Übernahme eines Lehrstuhls an der Universität ... beurlaubt worden sei, sei er im Rahmen des Beförderungsauswahlverfahrens der wissenschaftlichen Beamten der Besoldungsgruppe A13 nicht mehr zu berücksichtigen gewesen. Dass der Mitkonkurrent somit letztlich doch nicht befördert wurde, beruhte auf nach der Auswahlentscheidung 2017 neu eingetretenen tatsächlichen Umständen.

II.

#### **47**

Nach alledem war die Klage mit der Kostenfolge des § 154 Abs. 1 VwGO abzuweisen. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung hat ihre Grundlage in § 167 Abs. 2 VwGO i.V.m. §§ 708 ff ZPO. Wegen der allenfalls geringen Höhe der durch den Beklagten vorläufig vollstreckbaren Kosten ist die Einräumung von Vollstreckungsschutz nicht angezeigt.