

*Urteil*

VG Berlin, § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO, § 12 LBG Bln, § 8 BBG, Art. 33 Abs. 2 GG, § 20 Abs. 1 Satz 2 VwVfG Bln  
**Schadensersatz für unterbliebene Beförderung**

*1. Ein Auswahlverfahren ist dann fehlerhaft, wenn keine aktuellen Beurteilungen der Entscheidung zugrundegelegt werden.*

*2. Aktuelle Beurteilungen sind nur dann entbehrlich, wenn die Schadensersatzverlangende Mitbewerberin ohnehin den Anforderungen der zu besetzenden Stelle nicht entspricht.*

*3. Die fehlenden aktuellen Beurteilungen sind auch kausal für die Nichtbeförderung, da es nicht möglich ist, sich in der Nachholung noch ein sachliches und unbefangenes Bild zu machen und die Unaufklärbarkeit einer hypothetischen Auswahlentscheidung zu Lasten der Dienststelle geht, die das Fehlen der aktuellen Beurteilungen zu vertreten hat.*

Urteil des VG Berlin vom 26.10.1995 – VG 7 128.93 – nrk. –

Aus dem Sachverhalt:

Die Klägerin bewarb sich im Juli 1992 um die ausgeschriebene Stelle eines Amtrats/Amtsärztin (BesGr. A 12) bei dem Bezirksamt Abt. Wirtschaft. Das Bezirksamt schlug nach Auswertung der Personalakten einen Mitbewerber zur Beförderung vor. Zur Begründung hieß es, die Klägerin sei zwar in die engere Wahl gezogen worden, der Mitbewerber sei jedoch für die ausgeschriebene Stelle besser geeignet. Der Beklagte ernannte den Konkurrenten wie vorgesehen und teilte der Klägerin erst danach mit, daß ihre Bewerbung abgelehnt wurde.

Mit Schreiben vom 29. Januar 1993 legte die Klägerin „Widerspruch“ ein und beantragte Schadensersatz. Sie vertrat die Auffassung, daß es rechtswidrig gewesen sei, sie nicht zu befördern. Zur Begründung berief sie sich insbesondere auf ihre letzte dienstliche Beurteilung, die ihr für den Zeitraum September 1986 bis Oktober 1989 insgesamt sehr gute Leistungen bescheinigte. Demgegenüber sei ihr Mitbewerber angesichts seiner letzten dienstlichen Beurteilung, die ihn für den Zeitraum Oktober 1987 bis November 1990 mit gut bewertete, geringer geeignet.

Die Klägerin verlangt einen Schadensersatz in Höhe von DM 4.896,14.

Aus den Gründen:

Die Klage ist begründet. Die Klägerin hat Anspruch darauf, daß der Beklagte ihr den begehrten Schadensersatz zuspricht (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO).

Anspruchsgrundlage ist § 12 LBG Bln. Nach dieser Vorschrift, die ebenso wie die entsprechenden Vorschriften der Beamtengesetze der übrigen Bundesländer und wie § 8 BBG das in Art. 33 Abs. 2 GG enthaltene Leistungsprinzip konkretisiert, ist die Auswahl bei der Ernennung oder Beförderung eines Beamten nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zu treffen. Sie dient zwar vornehmlich dem

öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Beamtenstellen, berücksichtigt daneben aber auch das Interesse des Beamten an einem angemessenen beruflichen Fortkommen und begründet demzufolge einen Anspruch auf rechtsfehlerfreie Anwendung dieser Grundsätze. Bei einem Verstoß bedarf es für einen Anspruch auf Schadensersatz keines Rückgriffs auf das Rechtsinstitut der Fürsorgepflicht. Der Dienstherr wird vielmehr wegen der schuldhaften Verletzung einer eigenen, in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis wurzelnden (quasi-vertraglichen) Verbindung in Anspruch genommen, sofern sie adäquat kausal zu einem Schaden des Beamten geführt hat (vgl. zu allem BVerwG, Urt. v. 25.8.1988 – 2 C 51.86 –, Buchholz 237.7 § 7 NWLBG Nr. 5).

Das Bezirksamt hat beurteilungsfehlerhaft entschieden und damit gegen die gesetzlich geforderten Auswahlkriterien verstoßen.

Bei der Bewertung der Bewerber nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung steht dem Dienstherrn – ähnlich wie bei dienstlichen Beurteilungen – eine Beurteilungsermächtigung zu. Sie umfaßt die Festlegung und Gewichtung der in Betracht kommenden Auswahlkriterien (vgl. BVerwGE 15, 3 [9]; BVerwG, DÖD 1970, 95 [97]; BVerwG Buchholz 232, § 23 BBG Nr. 26). Ob die Eignung eines Bewerbers vom Dienstherrn zutreffend beurteilt worden ist, ist gerichtlich nur daraufhin nachprüfbar, ob der Dienstherr den gesetzlichen Rahmen seiner Beurteilungsermächtigung verkannt hat, ob er von einem falschen Sachverhalt ausgegangen ist, allgemeingültige Wertmaßstäbe nicht berücksichtigt oder sachwidrige Erwägungen angestellt hat oder verfahrensfehlerhaft vorgegangen ist.

Das Bezirksamt hat sich hier von einem unvollständigen Sachverhalt leiten lassen. Es hat versäumt, aktuelle dienstliche Beurteilungen einzuholen.

Ein den gesetzlichen Anforderungen genügendes Stellenbesetzungsverfahren muß regelmäßig ein gegenwärtiges Leistungsbild der Bewerber anhand aktueller dienstlicher Beurteilungen vermitteln (ständige Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, vgl. OVG Berlin, Beschluß vom 17. Januar 1995 – OVG 4 S 460.94; OVG Bremen, Urteil vom 4. August 1987 – 2 OVG BA 3.87, abgedruckt bei Schütz Entscheidungssammlung A II 1.4 Nr. 16; VGH Kassel, Beschluß vom 20. April 1993 – 1 TG 709.93 –, ZBR 1994, 82).

Die in den Personalakten der Klägerin und des ernannten Konkurrenten enthaltenen Beurteilungen genügten diesen Anforderungen nicht, weil sie älter als ein Jahr waren.

Auf den in dieser Weise durchzuführenden Leistungsvergleich konnte auch nicht verzichtet werden.

Er wäre ausnahmsweise nur dann entbehrlich gewesen, wenn die Klägerin schon deshalb hätte unberücksichtigt bleiben dürfen, weil sie von vornherein den Anforderungen an die zu besetzende Stelle nicht entsprach. Anders als einer der weiteren Konkurrenten schied sie mit ihrer Bewerbung jedoch nicht vorzeitig aus. Der Besetzungsvorschlag läßt vielmehr erkennen, daß die Klägerin für die ausgeschriebene Stelle als geeignet erschien.

Der Fehler hat adäquat kausal zur Nichtbeförderung geführt. Hierfür genügt die Annahme, daß das Bezirksamt voraussichtlich zugunsten der Klägerin entschieden hätte, wenn ihm aktuelle dienstliche Beurteilungen bekannt gewesen wären. Eine Reduzierung des Beurteilungsspielraums und des Ermessens auf nur eine rechtmäßige Entscheidungsalternative ist entgegen der Ansicht des Beklagten nicht erforderlich. Es handelt sich vielmehr um die Frage der haftungsausfüllenden Kausalität, bei der dieselben Maßstäbe gelten wie im bürgerlichen Recht bei Amtshaftungsprozessen nach Art. 34 Satz 4 GG, § 839 BGB (vgl. BVerwG, Beschluß vom 16. Oktober 1991 – 2 B 115.91 –, ZBR 1992, 106). Dort sind insbesondere die Grundsätze der §§ 252 Satz 2 BGB, 287 ZPO heranzuziehen, wonach das Gericht von der Einhaltung der strengen allgemeinen Beweisregeln insofern befreit ist, als es in angemessenem Umfang weniger wahrscheinliche Verlaufsmöglichkeiten ausschließen kann. Selbst ein offener Kausalverlauf geht zu Lasten des Dienstherrn, wenn er die Sachaufklärung durch pflichtwidriges Verhalten in unzumutbarer Weise verhindert hat (vgl. BGH, Urteil v. 3.11.1977 – III ZR 119/75 –, MDR 1978, 736 und Urteil vom 3.3.1983 – III ZR 34/82 –, NJW 1983, 2241).

So liegt es hier. Es war nicht weiter aufklärbar, welchen Verlauf das Auswahlverfahren ohne den Beurteilungsfehler genommen hätte. Hierzu wären unter anderem dienstliche Beurteilungen nötig, die den aktuellen Leistungsstand des begünstigten Bewerbers und der Klägerin zur Zeit der Auswahlentscheidung wiedergeben. Solche liegen indessen nicht vor.

Das Gericht konnte dem Beklagten auch nicht aufgeben, den maßgebenden Zeitraum nachträglich zu beurteilen, denn eine solche Amtsermittlung wäre untauglich. Angesichts des Zwecks dieser Verfahrensweise ist es von vornherein ausgeschlossen, solchen Beurteilungen den nötigen Wahrheitsgehalt zusprechen zu können. Denn der Beklagte mußte sich im Lichte des drohenden Schadensersatzes mit dem damaligen Leistungsstand der Bewerber auseinandersetzen, sich also unmittelbar von den Auswirkungen Betroffener ein sachliches und unbefangenes Bild verschaffen. Er befindet sich damit in einer dem § 20 Abs. 1 Satz 2 VwVfG Bln vergleichbaren Interessens-

kollision. Da der dem Beklagten zudem eröffnete Beurteilungsspielraum auch nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar ist, wäre der Anspruch der Klägerin auf effektiven Rechtsschutz verletzt.

Daß eine hinreichende Grundlage für die hypothetische Kausalitätsbetrachtung nicht vorhanden ist, geht zu Lasten des Beklagten, denn es oblag dem Bezirksamt, die für die Auswahl maßgebenden Umstände seinerzeit zu ermitteln. Den dargelegten Beweisregeln zufolge muß ihn daher insoweit die materielle Beweislast treffen. Es ist infolgedessen zu unterstellen, daß ohne das Versäumnis eine Sachlage entstanden wäre, die sich zugunsten der Klägerin ausgewirkt hätte.

Mitgeteilt von Gisela Ludewig, Berlin

*Anmerkung der Redaktion:* In Gang gebracht hat das Verfahren die Frauenvertreterin, die gem. § 18 Abs. 1 LGG Berlin die geplante Beförderung des männlichen Bewerbers beanstandete und im weiteren gem. § 18 Abs. 2 LGG Berlin die Senatsverwaltung für Arbeit und Frauen um einen Entscheidungsvorschlag bat, der dann die Nichtbeachtung der Quotierungsvorschrift des § 8 LGG Berlin monierte.

Die Höhe des geltend gemachten Schadensersatzbetrages resultiert aus der Differenz zwischen dem tatsächlichen Verdienst der Klägerin und dem, den sie – befördert – hätte erzielen können.

## Urteil BAG / Pressemitteilung Quotenregelung in Bremen rechtsunwirksam

*Die Quotenregelung nach dem Bremischen Gleichstellungsgesetz ist nicht mit Gemeinschaftsrecht vereinbar. Das Fehlen einer sogenannten ‚Härteklausel‘ verhindert eine gemeinschaftskonforme Auslegung in der Weise, daß – im Anschluß an das Kalanke Urteil des EuGH – im Bremischen Gleichstellungsgesetz keine automatische Bevorzugung von Frauen bei gleicher Qualifikation zu sehen wäre. Die vorliegende Entscheidung spricht dies den übrigen Landesgesetzen jedoch nicht ab.*

*Die Klage hatte daher teilweise Erfolg, insoweit, als ein neues Bewerbungsverfahren erfolgen muß ohne Berücksichtigung der Quotenregelung.*

*Der verlangte Schmerzensgeldanspruch wegen Geschlechtsdiskriminierung wurde zurückgewiesen, da keine schwerwiegende Persönlichkeitsrechtsverletzung vorzuwerfen sei.*

Urteil des BAG vom 5.3.1996 – 1 AZR 598/92 (A)