



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 2 C 11.14
OVG 1 Bf 294/09

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 19. März 2015
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Domgörgen
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. von der Weiden, Dr. Hartung,
Dr. Kenntner und Dollinger

ohne mündliche Verhandlung für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts vom 16. November 2012 wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

G r ü n d e :

I

- 1 Der 1967 geborene Kläger steht seit 1995 im Polizeidienst der Beklagten. Ab November 2003 bekleidete er ein Amt der Besoldungsgruppe A 9 LBesO als Polizeikommissar im gehobenen Dienst. Am 21. Dezember 2010 wurde er zum Polizeioberkommissar (Besoldungsgruppe A 10 LBesO) befördert. Mit der Klage begehrt er Schadensersatz ab 1. Januar 2008 wegen verspäteter Beförderung.
- 2 Die Beklagte beförderte im Jahr 2008 insgesamt 397 Bewerber zu Polizei- oder Kriminaloberkommissaren. Grundlage hierfür war ein Laufbahnmodell, das einen Regelaufstieg der Polizeivollzugsbeamten bis zur Besoldungsgruppe A 11 vorsah. Maßgeblicher Anknüpfungspunkt für die vorgesehenen Beförderungen waren Regelverweilzeiten im jeweiligen Amt, die für die Beförderung in ein Amt der Besoldungsgruppe A 10 sieben Jahre betragen. Vor Erreichen dieser Wartezeiten waren Beförderungen nur für überdurchschnittlich leistungsstarke Beamte möglich. Das hierfür geregelte sog. Leistungsträgerfeststellungsverfahren sollte einmal jährlich durchgeführt und Ende Oktober abgeschlossen sein. Im Jahr 2008 wurden auf diesem Wege 26 Bewerber befördert.

- 3 Da der Kläger die vorausgesetzte Verweilzeit von sieben Jahren noch nicht absolviert hatte, lehnte die Polizeibehörde den Antrag auf Einbeziehung in die Auswahlverfahren des Jahres 2008 für die Vergabe von Beförderungssämtern der Besoldungsgruppe A 10 ab und verwies auf das zum Jahresende noch ausstehende Leistungsträgerfeststellungsverfahren. Ein Verfahren auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes hat der Kläger für erledigt erklärt, nachdem die Beklagte eine Freihalteerklärung abgegeben hatte. Das Laufbahnmodell der Beklagten ist nachfolgend durch Beschluss des Hamburgischen Obergerichtes vom 17. Februar 2010 (ZBR 2010, 265) beanstandet worden.

- 4 Den Antrag auf Gewährung von Schadensersatz wegen rechtswidrig unterlassener Beförderung lehnte die Beklagte ab. Auch das Klageverfahren blieb erfolglos. Das Obergericht hat hierzu ausgeführt: Zwar habe die Beklagte den Bewerbungsverfahrensanspruch des Klägers dadurch schuldhaft verletzt, dass sie schlechter beurteilte Beamte allein wegen ihrer siebenjährigen Verweildauer vorgezogen habe. Es fehle aber die erforderliche adäquate Kausalität zwischen dieser schuldhaften Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs und der unterbliebenen Beförderung.

- 5 Tatsächlich habe die Beklagte zwar 397 Beförderungen vorgenommen. Bei hypothetischer Zugrundelegung eines rechtmäßigen Vorgehens und damit ohne Berücksichtigung der geforderten Verweilzeit von sieben Jahren im Amt eines Polizeikommissars hätte sie aber voraussichtlich nur eine geringere Zahl von Beförderungen ausgesprochen. Dies folge aus dem im Haushaltsplan ausgebrachten Stellenvermerk, der eine Beförderung nur nach Maßgabe der kalkulatorischen Regelverweilzeiten zugelassen habe. Für das Haushaltsjahr 2008 hätten damit nur 4 033 Beförderungsmonate zur Verfügung gestanden. Die Zahl der Beförderungsstellen hänge damit von der Verweildauer der Ausgewählten ab, weil die Beförderung dienstjüngerer Beamter zu einer höheren Ausschöpfung von Beförderungsmonaten führe. Für die hypothetische Auswahlrangliste könne entgegen dem von der Beklagten vorgelegten Alternativmodell nicht allein auf die Leistungsnote zurückgegriffen werden. Zur Berücksichtigung der in der dienstlichen Beurteilung ausgewiesenen Potenzialeinschätzung hat das Obergericht eine Potenzialgesamtnote gebildet und alternative Be-

rechnungen ausgehend von einer gleichen Gewichtung der Noten bis zu einer vierfachen Gewichtung der Leistungsnote angestellt. Da der Kläger in allen Modellen einen berücksichtigungsfähigen Rangplatz nicht erreichte, hat das Obergerverwaltungsgericht eine ernsthafte Beförderungsmöglichkeit bei rechtmäßigem Alternativverhalten verneint.

- 6 Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Schadensersatzbegehren fort. Er beantragt,

die Urteile des Hamburgischen Obergerverwaltungsgerichts vom 16. November 2012 und des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 4. August 2009, soweit darin ein Schadensersatzantrag abgelehnt wurde, sowie den Bescheid der Polizei Hamburg vom 3. Juli 2008 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, den Kläger dienst-, besoldungs- und versorgungsrechtlich so zu stellen, als sei er bereits zum 1. Januar 2008 zum Polizeioberkommissar (Besoldungsgruppe A 10 LBesO) befördert worden.

- 7 Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

II

- 8 Die zulässige Revision des Klägers, über die im Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung entschieden werden kann (§ 101 Abs. 2 i.V.m. § 125 Abs. 1 Satz 1 und § 141 Satz 1 VwGO), ist unbegründet. Das Urteil des Obergerverwaltungsgerichts verletzt zwar dadurch revisibles Bundes- (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO) und Landesbeamtenrecht (§ 191 Abs. 2 VwGO, § 127 Nr. 2 BRRG, § 63 Abs. 3 Satz 2 BeamStG), dass es zur Ermittlung der hypothetischen Beförderungsauswahl eine Befähigungsgesamtnote gebildet und diese zur Erstellung einer Beförderungsrangliste herangezogen hat. Die Entscheidung stellt sich im Ergebnis aber aus anderen Gründen als richtig dar (§ 144 Abs. 4 VwGO). Der Kläger hat keinen Schadensersatzanspruch, weil er bei rechtmäßiger Gestaltung des Auswahlverfahrens voraussichtlich nicht im Jahr 2008 befördert worden wäre.

- 9 1. Rechtsgrundlage für das geltend gemachte Begehren ist der beamtenrechtliche Schadensersatzanspruch. Dieses Rechtsinstitut ist in der Rechtsprechung seit langem anerkannt (vgl. BVerwG, Urteil vom 24. August 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 BGB für vertragliche Schuldverhältnisse vorsieht (vgl. zur Bezugnahme auf Grundsätze der positiven Vertragsverletzung <pVV> auch BVerfG, Kammerbeschluss vom 13. Januar 2010 - 2 BvR 811/09 - BayVBI 2010, 303 Rn. 9).
- 10 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, Urteil vom 21. Dezember 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, Urteil vom 25. August 1988 - 2 C 51.86 - BVerwGE 80, 123 <124 f.>).
- 11 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, Urteil vom 28. Mai 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.

- 12 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 Rechtsverstöß voraussichtlich übertragen worden wäre und dieser es nicht schuldhaft unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden (stRspr, vgl. BVerwG, Urteile vom 17. August 2005 - 2 C 37.04 - BVerwGE 124, 99 <101 f.>, vom 26. Januar 2012 - 2 A 7.09 - BVerwGE 141, 361 Rn. 15, vom 29. November 2012 - 2 C 6.11 - BVerwGE 145, 185 Rn. 9 und vom 30. Oktober 2013 - 2 C 23.12 - BVerwGE 148, 217 Rn. 42).
- 13 Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Zwar hat die Beklagte den Bewerbungsverfahrensanspruch des Klägers verletzt (2.) und dies zu vertreten (3.). Der Kläger hat auch alle ihm zumutbaren Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verhinderung des Schadenseintritts ausgeschöpft (4.). Es fehlt aber an dem Kausalzusammenhang zwischen der Rechtsverletzung der Beklagten und dem vom Kläger geltend gemachten Schaden (5.).
- 14 2. Die Nichteinbeziehung des Klägers in das Auswahlverfahren 2008 wegen einer fehlenden Verweildauer von mindestens sieben Jahren im Statusamt eines Polizeikommissars war mit Art. 33 Abs. 2 GG, § 9 BeamStG und § 7 Abs. 1 des Hamburgischen Beamtengesetzes in der Fassung vom 29. November 1977 (HmbGVBl. S. 367) nicht vereinbar.
- 15 Art. 33 Abs. 2 GG sowie die einfach-rechtlichen Konkretisierungen in den Beamtengesetzen gewährleisten jedem Deutschen ein grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt im statusrechtlichen Sinne nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Der Grundsatz der Bestenauswahl ist demnach von der Verfassung verbindlich und vorbehaltlos vorgeschrieben. Andere Kriterien können bei der Vergabe öffentlicher Ämter nur Berücksichtigung finden, wenn sie ebenfalls Verfassungsrang haben (BVerfG, Kammerbeschluss vom 2. Oktober 2007 - 2 BvR 2457/04 - BVerfGK 12, 265 <268>). Art. 33 Abs. 2 GG dient zum einen dem öffentlichen Interesse an der

bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes; dessen fachliches Niveau und rechtliche Integrität sollen gerade durch die ungeschmälerte Anwendung des Leistungsgrundsatzes gewährleistet werden. Zum anderen trägt die Vorschrift dem berechtigten Interesse der Beamten an einem angemessenen beruflichen Fortkommen dadurch Rechnung, dass sie grundrechtsgleiche Rechte auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl begründet. Jeder Bewerber um ein öffentliches Amt hat einen Anspruch darauf, dass der Dienstherr seine Bewerbung nur aus Gründen zurückweist, die durch Art. 33 Abs. 2 GG gedeckt sind (stRspr, vgl. zuletzt BVerwG, Beschluss vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 - BVerwGE 147, 20 Rn. 19 f.).

- 16 Die in einem bestimmten Statusamt geleistete Dienstzeit gehört nicht zu den in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Kriterien. Zwar kann sich das Dienstalder auf die Beurteilung von leistungsbezogenen Gesichtspunkten auswirken, weil sich die durch ein höheres Dienstalder typischerweise zum Ausdruck kommende umfassendere Berufserfahrung häufig leistungsfördernd niederschlagen wird. Es gibt jedoch keinen allgemeinen Erfahrungssatz des Inhalts, dass von einem höheren Dienstalder stets auf einen höheren Leistungsstand und bessere Bewährungsvoraussetzungen geschlossen werden kann. Dementsprechend ist die Berücksichtigung des Dienstalder bei der Besetzung von Beförderungsstellen grundsätzlich nur im Falle eines Leistungsgleichstands mit Art. 33 Abs. 2 GG vereinbar (BVerwG, Urteil vom 28. Oktober 2004 - 2 C 23.03 - BVerwGE 122, 147 <151>).
- 17 An das Dienstalder 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, Urteil vom 28. Oktober 2004 - 2 C 23.03 - BVerwGE 122, 147 <152>; Beschluss vom 25. Oktober 2011 - 2 VR 4.11 - NVwZ-RR 2012, 241 Rn. 35; Urteil vom 26. September 2012 - 2 C 74.10 - BVerwGE 144, 186 Rn. 23; vgl. auch die Vorgabe von zwei Jahren bei der Erprobung für Führungsämter in BVerfG, Beschluss vom 28. Mai 2008 - 2 BvL 11/07 - BVerfGE 121, 205 <228>).

- 18 Diesen Vorgaben entspricht die in § 7 Abs. 2 i.V.m. § 11 der Richtlinie vom 18. Dezember 2007 zu einem funktions- und leistungsorientierten Laufbahnverlaufmodell für die Laufbahnabschnitte I und II des Polizeivollzugsdienstes in Hamburg (- LVM-RL -) vorgeschriebene Regelverweilzeit für die Beförderung in ein Amt der Besoldungsgruppe A 10 von sieben Jahren nicht (ebenso bereits OVG Hamburg, Beschluss vom 17. Februar 2010 - 1 Bs 241/09 - ZBR 2010, 265 Rn. 16 ff.). Sie überschreitet die für die Regelbeurteilung vorgesehene Zeit von vier Jahren (vgl. Nr. 4.1 der Richtlinie zum Personalbeurteilungssystem für den Polizeivollzugsdienst der Freien und Hansestadt Hamburg vom 13. März 2007 - Beurteilungs-RL 2007 -) erheblich.
- 19 Der Umstand, dass der Kläger in das Leistungsträgerfeststellungsverfahren einbezogen werden konnte, ändert hieran nichts. Für die außerhalb dieses Verfahrens vergebenen Ämter - die im Übrigen quantitativ den weitaus größeren Teil darstellten - wurde seine Einbeziehung in das Auswahlverfahren ohne rechtfertigenden Grund abgelehnt.
- 20 3. Diese Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs hat die Beklagte auch zu vertreten.
- 21 Für die Haftung des Dienstherrn auf Schadensersatz wegen Verletzung von Pflichten aus dem Beamtenverhältnis gilt der allgemeine Verschuldensmaßstab des bürgerlichen Rechts (BVerwG, Urteil vom 17. August 2005 - 2 C 37.04 - BVerwGE 124, 99 <104> m.w.N.). Zu vertreten hat der Dienstherr danach Vorsatz und Fahrlässigkeit. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche

Sorgfalt außer Acht lässt (§ 276 Abs. 2 BGB). Von den für die 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 höchstgerichtlichen Rechtsprechung und ggf. die ernsthafte Auseinandersetzung mit der Frage, ob aus sachfremden Erwägungen gewünschte Personalentscheidungen am Maßstab der relevanten Rechtsnormen Bestand haben können (BVerwG, Urteil vom 26. Januar 2012 - 2 A 7.09 - BVerwGE 141, 361 Rn. 39).

- 22 Nach diesen Maßstäben hat die Beklagte den Verstoß gegen den Grundsatz der Bestenauswahl 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 Anforderung einer Mindestverweildauer von sieben Jahren im Statusamt eines Polizeikommissars den rechtlichen Anforderungen und der obergerichtlichen Rechtsprechung nicht entspricht. Hieran konnte jedenfalls nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. Oktober 2004 - 2 C 23.03 - (BVerwGE 122, 147) kein vernünftiger Zweifel mehr bestehen. Auch die von der Beklagten in Auftrag gegebene gutachtliche Stellungnahme von Prof. Dr. S. vom Dezember 2007 war zu dem Ergebnis gelangt, dass der Anciennitätsgrundsatz aus den Beförderungsstrukturen "ganz und gar eliminiert" werden müsse und sich eine Beschränkung des Bewerberkreises in Anknüpfung an Regelverweildauern von vornherein verbiete.
- 23 4. Der Kläger hat auch die ihm auf Primärebene zumutbaren Möglichkeiten zur Verfolgung seines Beförderungsbegehrens ausgeschöpft.
- 24 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 BeamStG) und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung (§ 123 Abs. 1 VwGO) gegen die Vergabe des dem Auswahlverfahren zugrunde liegenden Amtes erlangen. Beide Rechtsschutzmöglichkeiten hat der Kläger wahrgenommen.

- 25 Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts muss sich der Kläger auch nicht entgegenhalten lassen, den Widerspruchsbescheid vom 9. September 2008 nicht angegriffen zu haben. Dies folgt zunächst schon daraus, dass nicht klar ist, worauf sich die teilweise Zurückweisung des Widerspruchs bezog und was damit ggf. in Bestandskraft hätte erwachsen können. Denn die dort angesprochene Teilnahme am Leistungsträgerfeststellungsverfahren war nicht Gegenstand des Antrags des Klägers und ist von der Beklagten auch nie in Zweifel gezogen worden. Die Unklarheit, worauf sich die ausgesprochene Neubescheidung der Polizeibehörde bezieht, hat der Kläger bereits in seiner Klagebegründung angesprochen. Hätte der Widerspruchsbescheid die beantragte Einbeziehung in die außerhalb des Leistungsträgerfeststellungsverfahrens stattfindenden Auswahlverfahren abgelehnt, müsste daher auch das Klagebegehren dahingehend aufgefasst werden, dass nicht nur Schadensersatz, sondern auch Primärrechtsschutz beantragt worden ist (vgl. zum Grundsatz der rechtsschutzfreundlichen Auslegung BVerwG, Urteil vom 30. Oktober 2013 - 2 C 23.12 - BVerwGE 148, 217 Rn. 15 ff.). Dass der Kläger trotz der fehlenden Verweilzeit von sieben Jahren im bisherigen Statusamt befördert werden wollte, ist unmissverständlich zum Ausdruck gebracht worden. Kern seines Anliegens war stets der Vortrag, dass er auch außerhalb des Leistungsträgerfeststellungsverfahrens in die Auswahlverfahren einbezogen werden müsse. Dies kommt auch in seinem Klageantrag zum Ausdruck, weil er die Aufhebung des Bescheids vom 25. März 2008 beantragt hat.
- 26 5. Der Kläger wäre bei rechtmäßiger Gestaltung des Auswahlverfahrens aber voraussichtlich nicht befördert worden, sodass es an der Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem geltend gemachten Schaden fehlt.
- 27 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, Urteile vom 17. August 2005 - 2 C 37.04 - BVerwGE 124, 99 <108>, vom 26. Januar 2012 - 2 A 7.09 - BVerwGE 141, 361 Rn. 42 f. und vom 30. Oktober 2013 - 2 C 23.12 - BVerwGE 148, 217 Rn. 45).

- 28 Diese Voraussetzungen sind hier nicht gegeben. Die Beklagte hätte bei zutreffender Erkenntnis von der Unzulässigkeit der geforderten Mindestverweilzeit im vorangegangenen Statusamt wegen der Besonderheiten der haushaltsrechtlichen Vorgaben weniger als die tatsächlich beförderten 397 Beamten ausgewählt (a). Bei einer danach zu treffenden Auswahlentscheidung hätte der Kläger voraussichtlich keine ernsthafte Beförderungschance besessen (b).
- 29 a) Nach den tatsächlichen Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts hätte die Beklagte, wenn ihr die Rechtswidrigkeit der geforderten Mindestverweilzeit von sieben Jahren im Amt des Polizeikommissars vor einer Beförderung zum Polizeioberkommissar bewusst gewesen wäre, nicht 397 Beamte befördert, sondern nur Beförderungen in derjenigen Anzahl vorgenommen, die durch den Stellenvermerk des Haushaltsbeschlusses ausfinanziert war.
- 30 aa) Diese Feststellung hypothetischer Tatsachen nimmt an der Bindungswirkung des § 137 Abs. 2 VwGO teil (vgl. Neumann, in: Sodan/Ziekow, VwGO, Großkommentar, 4. Aufl. 2014, § 137 Rn. 126; Kraft, in: Eyermann, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 137 Rn. 47). Dies folgt aus der Aufgabenteilung zwischen Revisionsgericht und Tatsacheninstanz. Die Revision ist darauf beschränkt, neben der Einhaltung des Verfahrens die Rechtsanwendung des Tatsachengerichts zu überprüfen. Das Revisionsgericht nimmt daher keine eigenständige Tatsachenfeststellung vor, sondern legt seiner Beurteilung - sofern keine begründeten Verfahrensrügen erhoben worden sind - den von der Vorinstanz festgestellten Lebenssachverhalt zugrunde. Die Bindungswirkung aus § 137 Abs. 2 VwGO erstreckt sich deshalb auf die entscheidungserheblichen Tatsachen, welche die Tatbestandsmerkmale der einschlägigen Rechtsnormen ausfüllen sollen. Aus-

gehend hiervon überprüft das Revisionsgericht die Anwendung des Rechts auf eine Verletzung von Bundesrecht oder anderen revisiblen Rechtsnormen.

- 31 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, Urteil vom 17. August 2005 - 2 C 37.04 - BVerwGE 124, 99 <108>). Die eigenständige Feststellung dieser hypothetischen Tatsachen ist dem Revisionsgericht verwehrt. Die Erkenntnis hierüber ist nicht Teil der Rechtsanwendung, sondern Feststellung des ihr vorausliegenden Sachverhalts.
- 32 bb) Diese hypothetische Annahme unterstellt ein rechtmäßiges Alternativverhalten der Beklagten und ist daher revisionsgerichtlich nicht zu beanstanden.
- 33 Nach § 49 Abs. 1 LHO HH in der Fassung vom 12. Juni 2007 darf ein Amt nur zusammen mit der Einweisung in eine besetzbare Planstelle verliehen werden. Auch bei der Betrachtung des hypothetischen Alternativverhaltens der Beklagten sind diese haushaltsrechtlichen Vorgaben für mögliche Beförderungen zu berücksichtigen. Eine andere Gestaltung des Beförderungsgeschehens wäre nicht rechtmäßig gewesen.
- 34 Die Beschränkung ergibt sich indes nicht bereits aus der Zahl der vom Haushaltsgeber zur Verfügung gestellten Planstellen. Denn durch Beschluss der Bürgerschaft vom 5. Juli 2007 (Plenarprotokoll 18/85 S. 4552) sind die im Haushaltsplan 2007/2008 (Stellenplan des Einzelplans 8.1 für die Behörde für Inneres) bewilligten Polizeivollzugsstellen der Besoldungsgruppen A 7 bis A 11 LBesO gestrichen und in gleicher Zahl als gebündelte Stellen A 7/A 8/A 9/A 10/A 11 LBesO für die Schutz- und Wasserschutzpolizei und als gebündelte Stellen A 9/A 10/A 11 LBesO für die Kriminalpolizei ausgebracht worden (Bürgerschafts-Drs. 18/6273 S. 3). Eine ausreichende Anzahl von A 10-Planstellen für die tatsächlich vorgenommenen 397 Beförderungen war deshalb vorhanden.

- 35 Der Haushaltsansatz war jedoch mit dem Stellenvermerk versehen: "Die Stellen dürfen im Rahmen der in dieser Drucksache genannten Verweilzeiten ausgenutzt werden". Nur in diesem Umfang waren die freien Planstellen nach dem wirksamen Haushaltsbeschluss der Bürgerschaft deshalb besetzbar.
- 36 Für den Funktionskreis 2 "A 9 - A 10" war in Anlage 1 der Drucksache eine "kalkulatorische Verweilzeit" von 11 Jahren vorgesehen. Auf Basis dieser Verweilzeiten wurden die jährlich anfallenden Mehrkosten - insgesamt 3,9 Mio. € bis ins Jahr 2027 - berechnet (Anlage 2 der Drucksache). Der Mittelansatz für die gebündelten Stellen ging daher von einer durch die vorgegebenen Regelverweilzeiten gesteuerten Beförderungspraxis aus und legte der Berechnung die sich hieraus ergebende Verteilung von A 9, A 10 und A 11 Stellen zugrunde. Der Stellenvermerk hat damit zwar keinen konkreten Betrag als Begrenzung möglicher Beförderungen genannt. Er hat jedoch ein Berechnungsmodell vorgegeben, aus dem sich jeweils ein bestimmbarer Betrag ergab. Dementsprechend hat die Beklagte ermittelt, wie viele Beamte in welchem Monat des Jahres 2008 die vorgesehene Regelverweildauer erreicht hätten. Daraus wurde entnommen, wie viel Geld im Haushaltsjahr für diese Beamten im Falle der Beförderung benötigt würde. Diese in Beförderungsmonaten ausgewiesene Grenze war der haushaltsrechtliche Rahmen, der für Beförderungen zur Verfügung stand. Für das Jahr 2008 ergaben sich so 4 033 Beförderungsmonate A 10 LBesO. Nur in diesem Umfang standen der Beklagten besetzbare Planstellen zur Verfügung.
- 37 Dem Stellenvermerk des Haushaltsbeschlusses lag damit zwar als kalkulatorische Grundlage eine an Verweilzeiten orientierte Beförderungspraxis zugrunde, die Art. 33 Abs. 2 GG nicht entspricht. Dies ändert aber nichts an der Tatsache, dass besetzbare Planstellen für die Polizei nur in dem ausgebrachten Umfang zur Verfügung standen. An diese limitierende Vorgabe hätte sich die Beklagte auch dann halten müssen, wenn ihr die Rechtswidrigkeit der dem Laufbahnmodell zugrunde liegenden Mindestverweildauer von sieben Jahren im Statusamt eines Polizeikommissars bewusst gewesen wäre. In keinem Falle hätte der Dienstherr den im Haushaltsbeschluss vorgegebenen Rahmen überschreiten dürfen.

- 38 Ist der Haushaltsplan für das Rechnungsjahr durch Beschluss der Bürgerschaft aufgestellt worden, so darf der Senat bei der Ausgabe von Haushaltsmitteln die Haushaltsansätze nicht überschreiten (Art. 66 der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg vom 6. Juni 1952, HmbGVBl. S. 117). Erweisen sich die vorhandenen Haushaltsansätze im Laufe des jeweiligen Haushaltsjahres als zu gering oder ergeben sich sachliche Bedürfnisse, die der Haushaltsbeschluss nicht berücksichtigt hat, muss der Senat eine Nachbewilligung von Haushaltsmitteln nach Maßgabe des Art. 68 der Verfassung herbeiführen (vgl. zur entsprechenden Lage auf Bundesebene: BVerfG, Urteile vom 25. Mai 1977 - 2 BvE 1/74 - BVerfGE 45, 1 <34> und vom 18. März 2014 - 2 BvR 1390/12 u.a. - NJW 2014, 1505 Rn. 201). Solange ein entsprechender Nachtragshaushalt nicht beschlossen worden ist, stehen weitere Mittel nicht zur Verfügung.
- 39 Auch die Betrachtungen zur hypothetischen Kausalität müssen deshalb von einem Alternativmodell ausgehen, das den vorgegebenen Haushaltsansatz wahrt. Bezugspunkt der hypothetischen Erwägungen ist die Pflichtverletzung des Dienstherrn, hieran knüpft der beamtenrechtliche Schadensersatzanspruch an. Auf die Frage, ob bereits dem Beschluss der Bürgerschaft selbst ein Verstoß gegen die Auswahlgrundsätze des Art. 33 Abs. 2 GG anhaftet (verneinend OVG Hamburg, Urteil vom 20. Mai 2011 - 1 Bf 284/09 - S. 16 f.), kommt es daher nicht an. Ebenso ist unerheblich, dass ein Schadensersatzanspruch nicht unter dem Vorbehalt der haushaltsrechtlichen Bewilligung steht. Streitig ist nicht die Zahlung eines bestehenden Schadensersatzbetrages, sondern die vorgelagerte Frage, ob ein Schadensersatzanspruch entstanden ist. Für die damit ausschlaggebende Frage, welcher hypothetische Kausalverlauf bei rechtmäßigem Vorgehen des Dienstherrn voraussichtlich an die Stelle des tatsächlichen Verlaufs getreten wäre, sind die haushaltsrechtlichen Vorgaben zu berücksichtigen. Die Anzahl der möglichen Beförderungen hängt damit von der konkreten Zusammensetzung der Bewerberrangliste ab.

- 40 b) Bei einer hypothetischen Auswahlentscheidung, die auch diejenigen Bewerber einbezieht, die nicht über eine Mindestverweilzeit von sieben Jahren im vorangegangenen Statusamt verfügen, wäre der Kläger voraussichtlich nicht berücksichtigt worden.
- 41 aa) Entgegen der vom Oberverwaltungsgericht vertretenen Auffassung wäre die Beklagte dabei nicht verpflichtet gewesen, aus den in der dienstlichen Beurteilung enthaltenen "Potenzialeinschätzungen" eine Gesamtnote zu bilden und diese bei der Bildung einer Auswahlrangliste zu berücksichtigen.
- 42 In der dienstlichen Beurteilung der Beklagten werden "Potenzialeinschätzungen" zu den Merkmalen: Teamfähigkeit, Konfliktfähigkeit, Kommunikationsfähigkeit, schriftliche Ausdrucksfähigkeit, Entscheidungsfähigkeit, Planungs- und Organisationsfähigkeit, Selbstständigkeit, Dienstleistungs-/Kundenorientierung, Flexibilität/Innovationsfähigkeit, kognitive Fähigkeiten, körperliche Belastungsfähigkeit, Stressfähigkeit (und vorliegend nicht bewertet Führungsfähigkeit) verlangt und abgegeben. Damit werden allgemein für die dienstliche Verwendung bedeutsame Eigenschaften des Beamten angesprochen, die - weil nicht auf ein bestimmtes Amt und die hierfür bestehenden Anforderungen bezogen (dann Eignung, vgl. BVerwG, Urteil vom 25. Juli 2013 - 2 C 12.11 - BVerwGE 147, 244 Rn. 10) - unter den Begriff der Befähigung im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG fallen (BVerfG, Beschluss vom 20. April 2004 - 1 BvR 838/01 u.a. - BVerfGE 110, 304 <322>; BVerwG, Urteile vom 28. Oktober 2004 - 2 C 23.03 - BVerwGE 122, 147 <150 f.> und vom 26. September 2012 - 2 C 74.10 - BVerwGE 144, 186 Rn. 20; vgl. zum Begriff der Befähigung auch die Legaldefinition in § 2 Abs. 3 BLV).
- 43 Diese personenbezogenen Eigenschaften sind von Art. 33 Abs. 2 GG erfasst und können bei einer Auswahlentscheidung daher auch berücksichtigt werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn das angestrebte Amt - etwa im Hinblick auf mit ihm typischerweise verbundene Führungsaufgaben - andere Anforderungen stellt als das vom Beamten bislang innegehabte, und der Prognoseschluss für die künftige Eignung sich daher nicht in der Bewertung der bislang erbrachten Leistungen erschöpfen kann.

- 44 Befähigungsmerkmale entziehen sich aber einer generellen und bezugsunabhängigen Gesamtbewertung oder gar Notenvergabe. Nach welchen Maßstäben und zu welchem Zweck die Eigenschaften des Beamten, die weder in der auf dem Dienstposten gezeigten Leistung Ausdruck gefunden haben noch als Eignungsmerkmale für die Anforderungen des angestrebten Amtes zu berücksichtigen sind, in einer umfassenden persönlichen Befähigungsgesamtnote zusammengefasst werden sollten oder könnten, ist nicht ersichtlich. Eine derartige Gesamtsaldierung widerspricht vielmehr dem Sinn der Befähigungsanalyse, mit der individuelle Stärken und Schwächen des Beamten herausdifferenziert werden sollen, um eine fundierte Erkenntnisgrundlage für die künftige Verwendung des Beamten zu schaffen (vgl. Schäfer, ZBR 1983, 173 <179>; Schnellenbach/Bodanowitz, Die dienstliche Beurteilung der Beamten und der Richter, Stand September 2014, Rn. 257). Folgerichtig war in Nr. 9 der Beurteilungs-RL 2007 auch ausdrücklich vorgegeben, dass eine zusammenfassende Bewertung (Gesamturteil) oder Potenzialeinschätzungen unzulässig ist und zu unterbleiben hat. Die Forderung des Oberverwaltungsgerichts nach einer Befähigungsgesamtnote entbehrt daher der rechtlichen Grundlage.
- 45 bb) Zutreffend ist allerdings die Ausgangserwägung, dass der Dienstherr für die Auswahlentscheidung eine Eignungsprognose abzugeben hat, die sich grundsätzlich nicht in der Bewertung der bislang gezeigten Leistungen erschöpft. Das maßgebliche Gesamturteil muss auf die Anforderungen des zu vergebenden Amtes bezogen sein. Dies gilt auch für die Einreihung in eine Rangliste, wenn diese maßgeblich für die nachfolgenden Beförderungen sein soll (BVerwG, Urteil vom 30. Juni 2011 - 2 C 19.10 - BVerwGE 140, 83 Rn. 14). Insbesondere wenn die Anforderungen des angestrebten Amtes - etwa im Hinblick auf typischerweise wahrzunehmende Führungsaufgaben - nicht identisch mit denjenigen des bisherigen Amtes sind, müssen daher zusätzliche Erwägungen ange stellt werden. Hierfür sind die in der dienstlichen Beurteilung ausgewiesenen Befähigungseinschätzungen heranzuziehen. Auswählerwägungen, die diesen Maßstäben genügen, hat die Beklagte nicht angestellt.
- 46 Die vom Oberverwaltungsgericht festgestellten Tatsachen bieten aber eine ausreichende Grundlage für den Schluss, dass eine Auswahl des Klägers auch bei

ordnungsgemäßem Auswahlverfahren nicht ernsthaft möglich gewesen wäre. Der Abstand seiner Leistungsnote von denjenigen Notenwerten, die bei Zugrundelegung der hypothetischen Beförderungsrangliste und der sich aus den haushaltsrechtlichen Bindungen der Beklagten noch für eine Berücksichtigung in der Beförderungsrunde 2008 ausgereicht hätten, ist zu weit und die Anzahl der in ihren bisherigen Leistungen besser beurteilten Mitbewerber damit zu groß, um bei einer hypothetischen Alternativbetrachtung für das Jahr 2008 von einer realen Beförderungschance ausgehen zu können.

- 47 Für diese Feststellung kann auf die zum Stichtagsdatum 19. September 2008 aus Anlass des damaligen Leistungsträgerfeststellungsverfahrens erstellten dienstlichen Beurteilungen zurückgegriffen werden. Diese nehmen zwar für die vor dem Stichtagsdatum liegenden Beförderungsentscheidungen nicht auf den zutreffenden Beurteilungszeitraum Bezug und weisen auch nur hinsichtlich der rückschauend betrachteten Leistung eine Beurteilung aus. Die hieraus entwickelte Rangliste entspricht daher nicht den an eine ordnungsgemäße Beförderungsauswahl zu stellenden Anforderungen. Die aus dem Jahr 2008 stammenden und auf gleichen Bewertungsmaßstäben beruhenden dienstlichen Beurteilungen stellen aber eine hinreichend sichere Vergleichsbasis für die im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs allein zu entscheidende Frage dar, ob der Kläger bei einem ordnungsgemäß durchgeführten Auswahlverfahren im Jahr 2008 voraussichtlich befördert worden wäre.
- 48 Ausreichende Anhaltspunkte für die Rekonstruktion der hypothetischen Auswahlentscheidung lassen sich diesen dienstlichen Beurteilungen insbesondere deshalb entnehmen, weil bei einer Beförderung innerhalb der Laufbahn des gehobenen Polizeivollzugsdienstes maßgeblich auf die bisher im niedrigeren Statusamt der Laufbahn erbrachten fachlichen Leistungen abzustellen ist.
- 49 Art. 33 Abs. 2 GG dient dem Interesse der bestmöglichen Besetzung öffentlicher Ämter. Ausgewählt werden soll der Bewerber, der für die künftige Amtstätigkeit am besten geeignet ist. Die Auswahlentscheidung erfordert daher eine vorausschauende Aussage darüber, ob und wie der Bewerber die ihm in dem angestrebtem Amt obliegenden beamtenrechtlichen Pflichten erfüllen wird

(BVerfG, Urteil vom 24. September 2003 - 2 BvR 1436/02 - BVerfGE 108, 282 <296>). Für den Vergleich der Bewerber um ein Beförderungamt kann und muss auf die im bisherigen Amt erbrachten Leistungen zurückgegriffen werden. Nur die im bisherigen Amt gezeigten Leistungen bieten eine hinreichende Tatsachengrundlage für den Prognoseschluss, ob sich der Beamte auch in dem angestrebten höheren Amt voraussichtlich bewähren wird (BVerwG, Beschluss vom 22. November 2012 - 2 VR 5.12 - BVerwGE 145, 112 Rn. 23 f.).

- 50 Die besondere Bedeutung der bislang gezeigten fachlichen Leistung folgt hier überdies aus dem Umstand, dass die Polizeivollzugsbeamten der Beklagten auf gebündelten Dienstposten eingesetzt werden und die Anforderungen des bisherigen und diejenigen des künftigen Amtes nach Auffassung der Beklagten daher weitgehend identisch sind. Es ist daher davon auszugehen, dass die Beurteilung der erbrachten Leistung hier grundsätzlich auch der Eignungsprognose entspricht. Angesichts weitgehend identischer Amtsanforderungen dürfte sich daher nur in besonders gelagerten Fällen aus den persönlichen Eigenschaften eine von der Leistungsbeurteilung abweichende Eignungsprognose ergeben. Dieser Unsicherheit kann im Rahmen der hypothetischen Auswählerwägungen durch einen Sicherheitszuschlag Rechnung getragen werden.
- 51 Da der Kläger mit seiner Leistungsbeurteilung von 3,4 weit von den für eine Beförderung erforderlichen Notenwerten entfernt gewesen ist, kann auch bei Hinzurechnung eines angemessenen Sicherheitszuschlags festgestellt werden, dass er im Falle einer rechtmäßigen Gestaltung des Auswahlverfahrens durch die Beklagte voraussichtlich nicht befördert worden wäre.
- 52 6. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

Domgörgen

Dr. von der Weiden

Dr. Hartung

Dr. Kenntner

Dollinger

B e s c h l u s s
vom 19. März 2015

Der Streitwert für das Revisionsverfahren wird auf 20 602,44 € festgesetzt (§ 47 Abs. 1 Satz 1, § 52 Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 GKG). Eine Festsetzung anhand der bloßen Besoldungsdifferenz nach § 52 Abs. 1 GKG scheidet aus, weil beamtenrechtliche Schadensersatzklagen auch dienst- und versorgungsrechtliche Konsequenzen bewirken.

Domgörgen

Dr. von der Weiden

Dr. Kenntner