BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 2 A 10.07

Verkündet
am 22. Januar 2009
Schütz
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 22. Januar 2009
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Herbert,
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Kugele und Dr. Heitz,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Thomsen und
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Burmeister

für Recht erkannt:

Der Widerspruchsbescheid des Bundesnachrichtendienstes vom 31. Oktober 2007 wird aufgehoben.

Die Beklagte wird verpflichtet, über den Antrag des Klägers auf Verkürzung der Probezeit nach der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

G r ü n d e :

I

1 Der Kläger ist Beamter der Beklagten. Er wird beim Bundesnachrichtendienst verwendet, ab 1. Oktober 2005 im Beamtenverhältnis auf Probe und seit 7. Mai 2008 als Beamter auf Lebenszeit.

2 Mit Bescheid vom 9. Januar 2006 bestimmte die Beklagte das Ende der regulären Probezeit des Klägers mit Ablauf des 31. März 2008, seine planmäßige Anstellung zum 1. April 2008 und die Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit zum 7. Mai 2008. Gegen diesen Bescheid legte der Kläger am 16. Januar 2006 Widerspruch ein und beantragte die Verkürzung seiner Probezeit. Zur Begründung machte er geltend, die Beklagte habe nicht berücksichtigt, dass er die Laufbahnprüfung mit der Note „sehr gut“ bestanden habe und deshalb die reguläre Probezeit verkürzt werden müsse. Diesen Widerspruch nahm der Kläger zurück.

3 Mit Schreiben vom 29. Mai 2007 teilte der Bundesnachrichtendienst dem Kläger mit, die Voraussetzungen einer Probezeitverkürzung lägen nicht vollständig vor. Der Kläger habe in der dienstlichen Beurteilung vom 7. Februar 2007 die Note 7 erhalten. Das sei innerhalb der maßgeblichen Vergleichsgruppe, den Teilnehmern der Lehrgänge FHB/37 und BVW/Externe, keine überdurchschnittliche Note.

4 Dagegen legte der Kläger erneut Widerspruch ein, der mit Bescheid vom 31. Oktober 2007 im Wesentlichen mit folgender Begründung zurückgewiesen wurde: Aus § 7 Abs. 6 BLV folge, dass die Probezeit nur ausnahmsweise gekürzt werden dürfe. Voraussetzung sei u.a., dass die Leistung des Probebeamten erheblich über dem Durchschnitt liege. Die Probezeit solle die Prognose ermöglichen, der Beamte auf Probe werde im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit den Anforderungen seiner Laufbahn genügen. Nach § 8 Abs. 1 BLV sei für den gehobenen Dienst eine regelmäßige Probezeit von zwei Jahren und sechs Monaten vorgeschrieben. Für die nur ausnahmsweise mögliche Kürzung dieser Bewährungszeit müsse eine erheblich, d.h. sehr weit über dem Durchschnitt liegende Leistung, gefordert werden. Die Feststellung des in § 7 Abs. 6 BLV geforderten Leistungsniveaus erfolge nach Ablauf der Hälfte der Probezeit. Die Feststellung einer überdurchschnittlichen Leistung werde jedoch nicht mehr anhand der absoluten Leistungen der einzelnen Beamten ermittelt, sondern mit Hilfe eines Notenspiegels durch einen Vergleich der Leistungen aller in gleicher Situation befindlichen Beamten. Gemessen am durchschnittlichen Leistungsniveau der Teilnehmer an den Lehrgängen FHB/37 und BVW/Externe hätte der Kläger mindestens die Gesamtnote „8“ erreichen müssen, um den Anforderungen des § 7 Abs. 6 BLV gerecht zu werden.

5 Mit der Klage macht der Kläger geltend, die zutreffende Vergleichsgruppe bildeten sämtliche Regierungsinspektoren im Bereich des Bundesnachrichtendienstes, gleichgültig ob Beamte auf Probe oder auf Lebenszeit. Die Probezeitbeurteilungen der Teilnehmer an den Lehrgängen FHB/37 und BVW/Externe seien nicht maßgebend. Für diese Rechtsauffassung spreche schon der Wortlaut des § 7 Abs. 6 BLV. Danach würden in allgemeiner Form erheblich über dem Durchschnitt liegende Leistungen gefordert. Gegen die Rechtsauffassung der

Beklagten sei ferner einzuwenden, dass sich die Evaluierung relativiere, wenn sie sich nach dem Leistungsbild kleiner und wechselnder Vergleichsgruppen ausrichte. § 7 Abs. 6 BLV bezwecke keine Bestenauslese. Die Vorschrift diene allein der Feststellung der Laufbahnbewährung vor der Anstellung. Diese Feststellung sei nur möglich, wenn die Leistungserwartung an den Leistungen sonstiger Inhaber des vergleichbaren Statusamtes ausgerichtet werde.

6 Der Kläger beantragt,

> den Widerspruchsbescheid des Bundesnachrichtendienstes vom 31. Oktober 2007 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, über den Antrag des Klägers auf Verkürzung der Probezeit nach der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden.

7 Die Beklagte beantragt,

> die Klage abzuweisen.

8 Sie macht im Wesentlichen geltend, es komme auf einen Vergleich der Leistungen nicht innerhalb der Inhaber vergleichbarer Statusämter an, sondern nur auf die Vergleichsgruppe der Teilnehmer der bezeichneten Lehrgänge. Diese Vergleichsgruppe habe im Durchschnitt die Note 6,95 erlangt. Das bedeute, dass die Note 7, die der Kläger erhalten habe, nicht als eine erheblich über dem Durchschnitt liegende Leistung bezeichnet werden könne. Die Gesamtnote der dienstlichen Beurteilung sei für den Leistungsvergleich nicht geeignet. Denn die Leistungsbewertungen der dienstlichen Beurteilungen seien „feste bzw. absolute“ Werturteile. Durchschnittswerte i.S.d. § 7 Abs. 6 BLV ließen sich aber nur mit Hilfe eines Notenspiegels ermitteln.

9 Die dem Senat vorgelegten Unterlagen der Beklagten waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

II

10 Die Klage, über die das Bundesverwaltungsgericht gemäß § 50 Abs. 1 Nr. 4 VwGO in erster und letzter Instanz zu entscheiden hat, ist zulässig und begründet. Der Kläger hat Anspruch auf Neubescheidung seines Antrages auf Verkürzung der Probezeit.

11 1. Die Klage ist als Verpflichtungsklage zulässig. Trotz der inzwischen beendeten Probezeit kann der Kläger durch den Widerspruchsbescheid der Beklagten noch in seinen Rechten verletzt sein. Denn es lässt sich nicht ausschließen, dass sich eine verkürzte Probezeit in seinem weiteren Berufsleben, insbesondere bei Beförderungen, günstig auswirken könnte (Urteil vom 15. Juni 1989 - BVerwG 2 A 3.86 - Buchholz 232.1 § 7 BLV Nr. 4). Die nachträgliche Verkürzung der Probezeit ist fiktiv möglich. Die Beklagte kann den Kläger im Ergebnis rechtlich so stellen, als hätte sie seinen Antrag auf Verkürzung der Probezeit positiv beschieden.

12 2. Die Klage ist begründet. Der Widerspruchsbescheid des Bundesnachrichtendienstes vom 31. Oktober 2007 ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Die Beklagte ist verpflichtet, über die Verkürzung der Probezeit des Klägers nach der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden (§ 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO).

13 Gemäß § 7 Abs. 6 der auf Grund der Ermächtigung des § 15 BBG erlassenen Bundeslaufbahnverordnung (BLV) i.d.F. der Bekanntmachung vom 2. Juli 2002 (BGBl I S. 2459, ber. S. 2671) kann die Probezeit um höchstens ein Drittel gekürzt werden, wenn der Beamte in der Probezeit erheblich über dem Durchschnitt liegende Leistungen erbringt und die Laufbahnprüfung mit einer besseren Note als „Befriedigend“ bestanden hat. Der Kläger hat die Laufbahnprüfung mit der Abschlussnote „Sehr gut“ bestanden. Dies ergibt sich aus dem Prüfungszeugnis vom 30. September 2005. Die Beteiligten streiten lediglich darüber, ob die Gesamtnote „7“, die der Kläger in der abschließenden Probezeitbeurteilung erhalten hat, eine erheblich über dem Durchschnitt liegende Note

darstellt. Dies ist der Fall, so dass die Voraussetzungen des § 7 Abs. 6 BLV erfüllt sind.

14 Bei dem Begriff der „erheblich über dem Durchschnitt liegenden Leistungen“ i.S.v. § 7 Abs. 6 BLV handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der der inhaltlich uneingeschränkten gerichtlichen Nachprüfung unterliegt. Die im Bundesnachrichtendienst praktizierte Auslegung und Anwendung dieses Begriffs ist mit dem verfassungsrechtlichen Leistungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 2 GG, der in § 7 Abs. 3 Satz 1 BLV einfachrechtlich nachgezeichnet ist, nicht zu vereinbaren.

15 a) Im Bundesnachrichtendienst dient der Feststellung, ob die Gesamtnote der Probezeitbeurteilung den Vorgaben des § 7 Abs. 6 BLV entspricht, ein Notenspiegel. Dieser wird aus sämtlichen Probezeitbeurteilungen eines Lehrgangs der Laufbahnprüfung gebildet. Dieses Verfahren, das die Beklagte schon im Widerspruchsbescheid geschildert hat, steht mit § 7 Abs. 6 BLV nicht im Einklang.

16 Ein Leistungsvergleich anhand eines Notenspiegels, der z.B. aus den Noten der Gruppe derselben Laufbahnprüfung bestünde, würde im Ergebnis dazu führen, dass eine Beurteilungsnote, die entsprechend den anzuwendenden Beurteilungsrichtlinien eine weit überdurchschnittliche Leistung darstellt, um so mehr entwertet würde, je öfter sie innerhalb der Vergleichsgruppe vergeben wird. Erzielt die Mehrheit der Teilnehmer eines Laufbahnlehrgangs während der Probezeit weit überdurchschnittliche Leistungsbeurteilungen, führt das, wie der Fall des Klägers zeigt, dazu, dass die der Verkürzungsentscheidung dienende Note nicht mehr weit über dem Durchschnitt liegt. Entsprechendes gilt für jeden Notenspiegel, der auf eine eher kleine, personell ständig wechselnde Gruppe beschränkt ist. Die damit bewirkte Relativierung des Leistungsprinzips entwertet den Aussagewert einer Note im Leistungswettbewerb. Mit § 7 Abs. 7 Satz 1 BLV soll u.a. auch der Folge entgegengewirkt werden, dass leistungsbezogene Feststellungen über einen Beamten beeinträchtigt, z.B. entwertet oder in ihrem Aussagegehalt eingeschränkt werden.

17 b) Allerdings darf die Probezeitbeurteilung im Rahmen des § 7 Abs. 6 BLV nicht auf der Grundlage des vom Kläger für zutreffend erachteten Vergleichs sämtlicher Beurteilungen aller vergleichbaren Beamten der BesGr A 9 gewertet werden. Denn Probezeit- und Regelbeurteilung sind aufgrund wesentlicher Unterschiede nicht miteinander vergleichbar. Die Beurteilung der Probezeit dient der Feststellung, dass sich der Beamte während der Probezeit bewährt hat. Die Feststellung enthält die Prognose, der Beamte auf Probe werde nach seiner Anstellung den Laufbahnanforderungen voraussichtlich gerecht. Im Falle der Nichtbewährung kann er aus dem Beamtenverhältnis entlassen werden (§ 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BBG; § 23 Abs. 3 Nr. 2 BRRG). Ergeben sich bei Ablauf der regelmäßigen Probezeit aus dem Verhalten oder den Leistungen des Beamten Zweifel an seiner Befähigung oder Eignung, so kann der Dienstherr die Probezeit bis zur laufbahnrechtlichen Höchstgrenze verlängern (§ 7 Abs. 3 Satz 2 BLV). Die Feststellung der Leistungsgüte des Beamten auf Probe erfolgt nach dem Leistungsprinzip. Die Bewertung von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung des Beamten soll Grundlage der Prognoseentscheidung darüber sein, ob er den Anforderungen der angestrebten Laufbahn entsprechen wird. Damit dient die Beurteilung nicht der Bestenauslese, wenn es auch zulässig ist, die Leistungsbewertung nach Noten aufzuteilen, um so besondere Leistungsträger hervorzuheben und leistungsschwächeren Beamten einen Anreiz zur Leistungssteigerung zu geben. Wird der Beamte auf Probe im Sinne des Leistungsgrundsatzes (§ 7 Abs. 3 Satz 1 BLV) für geeignet erachtet, hat er sich in der Probezeit bewährt und kann vorbehaltlich anderer Hindernisse in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit übernommen werden.

18 Demgegenüber bezweckt die Regelbeurteilung eines Beamten auf Lebenszeit die Feststellung, ob der Beamte die Laufbahnanforderungen im Beurteilungszeitraum erfüllt hat (§ 40 Abs. 1 Satz 1 BLV). Die Regelbeurteilung dient - bei Bedarf - auch der Bestenauslese (Art. 33 Abs. 2 GG). Probezeit- und Regelbeurteilung unterscheiden sich daher hinsichtlich ihres Zwecks. Schwerpunkt der Probezeitbeurteilung ist die prognostische Feststellung der Laufbahnbewährung (§ 7 Abs. 3 BLV), Schwerpunkt der Regelbeurteilung ist die Bewertung der im Beurteilungszeitraum gebotenen Leistungen (§ 40 Abs. 1 BLV). Aus diesem Unterschied folgt, dass ein Leistungsvergleich im Rahmen des § 7 Abs. 6 BLV

nicht zwischen Beamten auf Probe und Beamten auf Lebenszeit stattfinden kann, auch wenn sie derselben Besoldungsgruppe angehören. Zwischen der Gruppe der Probebeamten und der Gruppe der Beamten auf Lebenszeit besteht hinsichtlich der Anforderungen an Eignung, Befähigung und fachliche Leistung keine Homogenität. Diese ist jedoch Voraussetzung eines Leistungsvergleichs (Urteil vom 24. November 2005 - BVerwG 2 C 34.04 - BVerwGE 124, 356 <361>). Davon abgesehen dürfen - entgegen der Auffassung des Klägers - die Leistungen der Beamten auf Lebenszeit in der Besoldungsgruppe A 9 auch deshalb nicht zum Leistungsvergleich mit den Beamten auf Probe herangezogen werden, weil Beamte auf Lebenszeit Inhaber eines Statusamtes sind, das ihnen mit der Anstellung verliehen wurde (§ 6 Abs. 1 Nr. 3 BBG i.V.m. § 10 BLV). Beamte auf Probe hingegen besitzen weder ein Status- noch ein Funktionsamt, so dass der sich aus diesen Ämtern ergebende Anforderungsmaßstab für sie keine Gültigkeit haben kann.

19 c) Ob mit der Probezeitbeurteilung eine „erheblich über dem Durchschnitt liegende Leistung“ bescheinigt wird, ist nach objektiven Kriterien anhand der in den Beurteilungsbestimmungen der Beklagten festgelegten Noten zu ermitteln. Auf den zu einem bestimmten Beurteilungszeitpunkt tatsächlich erreichten Durchschnitt kommt es nicht an. In der in neun Noten gegliederten Notenskala beschreiben die Noten 4 und 5 eine durchschnittliche Leistung. Mit der Note 4 entspricht der Beamte im Allgemeinen den Anforderungen, mit der Note 5 entspricht er den Anforderungen in jeder Hinsicht. Mit der Note 6 wird der Durchschnitt übertroffen, mit der Note 7 wird er bereits erheblich übertroffen.

20 3. Die von der Beklagten erneut zu treffende Entscheidung über den Antrag des Klägers auf eine (nunmehr) fiktiv nachgezeichnete Probezeitverkürzung erfolgt gemäß § 7 Abs. 6 BLV im pflichtgemäßen Ermessen des Dienstherrn. Das Handlungsermessen ist bei einer besser als „Befriedigend“ abgeschlossenen Laufbahnprüfung und einer erheblich über dem Durchschnitt liegenden Probezeitbeurteilung eröffnet. Ob die Probezeitbeurteilung diesen Wert erlangt hat, ist nach den absoluten Noten der Nr. 11.5 der Beurteilungsbestimmungen des Bundesnachrichtendienstes zu beurteilen.

21 Erfüllt der Beamte die Voraussetzungen, an die das Handlungsermessen gebunden ist, verdichtet sich die Vorschrift zu einer Soll-Bestimmung. Zur Beurteilung des Umfangs der Probezeitverkürzung muss der Dienstherr beide Leistungen, die Note der Laufbahnprüfung und die Note der Probezeitbeurteilung, gleichermaßen in den Blick nehmen. Übertrifft der Beamte beide Voraussetzungen oder zumindest eine von beiden erheblich, kann der zeitliche Kürzungsrahmen in höherem Umfang ausgeschöpft werden als bei weniger guten Leistungsergebnissen. § 7 Abs. 6 BLV schreibt lediglich die Obergrenze der Kürzung vor.

22 Demgemäß wird die Beklagte im Rahmen ihres Auswahlermessens auch zu berücksichtigen haben, dass der Kläger einerseits das nach der Notenskala vorgegebene durchschnittliche Leistungsniveau lediglich um zwei Noten übertroffen hat, dass er aber andererseits die Laufbahnprüfung mit der Note „Sehr gut“ bestanden und damit das in § 7 Abs. 6 BLV geforderte Leistungsniveau nicht nur übertroffen, sondern erheblich übertroffen hat.

23 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Werts des Streitgegenstandes ergibt sich aus § 52 Abs. 3 GKG.

Herbert Prof. Dr. Kugele Dr. Heitz

Thomsen Dr. Burmeister

Sachgebiet:	BVerwGE: nein
Beamtenrecht	Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

BBG	§ 15
BLV	§ 7 Abs. 6, Abs. 7, Abs. 3; §§ 40, 41

Stichworte:

Verkürzung der Probezeit; Probezeitbeurteilung; Laufbahnprüfung; Vergleichsmaßstab; erheblich über dem Durchschnitt liegende Leistungen.

Leitsatz:

Ob eine in der Probezeitbeurteilung erreichte Gesamtnote eine erheblich über dem Durchschnitt liegende Leistung i.S.v. § 7 Abs. 6 BLV ist, beurteilt sich nach den Beurteilungsbestimmungen des Dienstherrn.

Urteil des 2. Senats vom 22. Januar 2009 - BVerwG 2 A 10.07