



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 1 WB 10.11

In dem Wehrbeschwerdeverfahren

des Herrn Hauptmann ...,
...,

- Bevollmächtigte:
Rechtsanwälte ...,
... -

hat der 1. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts durch

den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Golze,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Frentz,
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Rothfuß,
die ehrenamtliche Richterin Oberstabsarzt Huger und
den ehrenamtlichen Richter Stabshauptmann Orth

am 24. Januar 2012 beschlossen:

Der Antrag wird zurückgewiesen.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Antragsteller wendet sich gegen die Aufhebung einer Beurteilung.
- 2 Der Antragsteller ist Berufssoldat in der Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes (Sanitätsdienst) mit dem Dienstgrad eines Hauptmanns. In der Zeit vom 1. Juni 2007 bis zum 31. August 2008 wurde er als S 3-Offizier und Personaloffizier ... eingesetzt.
- 3 Mit Datum vom 27. Mai 2008 erstellte der Leiter ... eine planmäßige Beurteilung zum Vorlagetermin 31. März 2008. Der Durchschnittswert der Aufgabenerfüllung in dieser Beurteilung ergab 6,9. Die Beurteilung wurde dem Antragsteller am 28. Mai 2008 eröffnet. Unter dem 20. August 2008 nahm der Stellvertretende Kommandeur und Kommandeur ... als nächsthöherer Vorgesetzter Stellung. Er setzte den Durchschnittswert der Aufgabenerfüllung auf 5,00 herab und gab die Entwicklungsprognose „oberhalb der allgemeinen Laufbahnperspektive“ ab. Die Stellungnahme wurde dem Antragsteller am 1. September 2008 eröffnet. In seiner Stellungnahme vom 30. Oktober 2008 bestätigte der Kommandeur ... als weiterer höherer Vorgesetzter die geänderte Leistungsbewertung sowie die getroffene Entwicklungsprognose.
- 4 Mit Schreiben seiner Bevollmächtigten vom 15. September 2008 legte der Antragsteller gegen die Stellungnahme des nächsthöheren Vorgesetzten (Bewertung der Einzelmerkmale der Aufgabenerfüllung) Beschwerde ein, die vom Kommandeur ... mit Beschwerdebescheid vom 5. November 2008 zurückgewiesen wurde. Auf die hiergegen eingelegte weitere Beschwerde hob der Befehlshaber ... den Beschwerdebescheid mit Bescheid vom 13. Februar 2009 wegen fehlender Zuständigkeit auf und wies in eigener Zuständigkeit zugleich die Beschwerde erneut zurück. Gegen diesen Beschwerdebescheid legte der Antragsteller am 16. März 2009 weitere Beschwerde beim Inspekteur ... ein.

- 5 Mit Beschluss vom 26. Mai 2009 - BVerwG 1 WB 48.07 - (BVerwGE 134, 59 = Buchholz 449.2 § 2 SLV 2002 Nr. 14) hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass Beurteilungen und Stellungnahmen nächsthöherer Vorgesetzter, die auf der Anwendung des Richtwertesystems der Beurteilungsbestimmungen der ZDv 20/6 in der Fassung vom 17. Januar 2007 beruhen, rechtswidrig sind. Hierauf verfügte das Bundesministerium der Verteidigung am 16. Oktober 2009 den Erlass zur „Inkraftsetzung und Verfahrensregelung für die Anwendung der geänderten Beurteilungsbestimmungen“. Dieser sieht vor, dass alle nicht unmittelbar durch den Erlass aufgehobenen und nach Nr. 912 ZDv 20/6 noch nicht bestandskräftig abgeschlossenen Beurteilungen zurückliegender Vorlagetermine, die auf der Grundlage der Bestimmungen der ZDv 20/6 in der Fassung vom 17. Januar 2007 erstellt worden sind, aufzuheben sind (Nr. 15 i.V.m. Nr. 9 des Erlasses).

- 6 Mit Aufhebungsverfügung vom 14. Dezember 2009 hob der Befehlshaber ... die Beurteilung vom 27. Mai 2008 auf. Zur Begründung führte er aus, die "im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens angefochtene Beurteilung vom 27. Mai 2008" werde unter Berücksichtigung des Beschlusses des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. Mai 2009 aufgehoben. Hiergegen erhob der Antragsteller mit Schriftsatz seines Bevollmächtigten vom 9. Februar 2010 Beschwerde und führte aus, die Aufhebung der Beurteilung seines Vorgesetzten vom 27. Mai 2008 sei rechtswidrig.

- 7 Unter dem Datum des 1. Dezember 2010 hob der Befehlshaber ... die Aufhebungsverfügung vom 14. Dezember 2009 auf, weil deren Begründung fehlerhaft sei. Zugleich wurde die Aufhebung erneut verfügt und zur Begründung auf die Weisung des Bundesministeriums der Verteidigung in Nr. 15 des Erlasses vom 16. Oktober 2009 verwiesen. Die Aufhebungsverfügung wurde dem Antragsteller am 21. Dezember 2010 eröffnet.

- 8 Mit Schreiben vom 27. Dezember 2010, das am 13. Januar 2011 dem Bundesminister der Verteidigung - Referat PSZ I 7 - zugegangen ist, erhob der Antragsteller Beschwerde. Zur Begründung nahm er auf seine frühere Beschwerde

Bezug und führte aus, die Beurteilung vom 27. Mai 2008 habe „Rechtskraft“ erlangt. Die Aufhebung sei willkürlich und damit rechtswidrig.

- 9 Mit Schreiben vom 3. Februar 2011 wies der Bundesminister der Verteidigung - Referat PSZ I 7 - den Antragsteller darauf hin, dass seine Beschwerde als Antrag auf gerichtliche Entscheidung zu betrachten sei. Mit seiner Stellungnahme vom 15. Februar 2011 hat er den Antrag dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.
- 10 Mit Schriftsatz seines Bevollmächtigten vom 22. März 2011 hat der Antragsteller den Antrag auf gerichtliche Entscheidung bestätigt und ergänzend vorgetragen, es sei unberücksichtigt geblieben, dass die vom Antragsteller beanstandeten Stellungnahmen seiner weiteren Vorgesetzten lediglich jeweils eigenständig neu zu fassen seien. Die für den Antragsteller bereits eingetretenen Nachteile seien durch eine neue Beurteilung, die die Beurteilung vom 27. Mai 2008 lediglich als Beurteilungsbeitrag einbeziehe, nicht heilbar. Der Antragsteller müsse so gestellt werden wie jene Soldaten, deren bestandskräftigen Beurteilungen nicht aufgehoben worden seien.
- 11 Der Bundesminister der Verteidigung beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.
- 12 Zur Begründung führt er aus, der Erlass zur „Inkraftsetzung und Verfahrensregelung für die Anwendung der geänderten Beurteilungsbestimmungen“ vom 16. Oktober 2009 sei in seinem Auftrag erlassen worden, weshalb die Aufhebungsverfügung ihm zuzurechnen sei. Mit dem Erlass habe er nach dem Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. Mai 2009 von der ihm zustehenden Befugnis Gebrauch gemacht, geeignete Verfahrensregelungen zu schaffen. Für die Anordnung der Aufhebung sei ausschlaggebend gewesen, dass die noch nicht abgeschlossenen Beurteilungsverfahren nicht mehr widerspruchsfrei auf einer einheitlichen Grundlage hätten abgeschlossen werden können. Aus dem Unstand, dass er, der Bundesminister der Verteidigung, in einem anderen Beschwerdeverfahren zu Unrecht davon ausgegangen sei, dass

die Beurteilung vom 27. Mai 2008 bestandskräftig geworden und vom Personalamt der Bundeswehr abschließend geprüft worden sei, könne der Antragsteller keine Rechte herleiten.

- 13 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen. Die Beschwerdeakten des Bundesministers der Verteidigung - PSZ I 7 - ... - und die Personalgrundakte des Antragstellers (Hauptteile A - D) haben dem Senat bei der Beratung vorgelegen.

II

- 14 Der Senat entscheidet gemäß § 21 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 18 Abs. 2 Satz 3 WBO ohne mündliche Verhandlung. Dem Antrag, mündlich zu verhandeln, sind keine Umstände zu entnehmen, die eine mündliche Verhandlung erforderlich machen würden. Die geltend gemachte Komplexität des Verfahrens vermag der Senat nicht zu erkennen.
- 15 Der Antragsteller hat keinen förmlichen Sachantrag gestellt. Allerdings hat er mit dem im Beschwerdeverfahren gegen die erledigte Aufhebungsverfügung vom 14. Dezember 2009 formulierten Antrag und durch sein Vorbringen das Begehren deutlich gemacht, dass allein die Aufhebung der Beurteilung vom 27. Mai 2008 ihrerseits aufgehoben werden soll. Interessengerecht ausgelegt beantragt der Antragsteller daher, den Bescheid des Befehlshabers ... vom 1. Dezember 2009 insoweit aufzuheben als darin auch die Beurteilung des Leiters ... vom 27. Mai 2008 aufgehoben worden ist. Dabei ist die angefochtene Aufhebungsverfügung dem Bundesminister der Verteidigung zuzurechnen. Der Befehlshaber ... hat darin erkennbar ohne eigene Ermessensausübung lediglich ausgeführt, was durch Erlass des Bundesministeriums der Verteidigung (- Referat PSZ I 1 -) im Auftrag des Ministers angeordnet worden war (vgl. Beschlüsse vom 24. Juli 1980 - BVerwG 1 WB 87.79 - BVerwGE 73, 39 <43> und vom 15. Februar 1973 - BVerwG 1 WB 147.71 - BVerwGE 46, 78).

- 16 Der so verstandene Antrag ist zulässig, aber unbegründet. Die Aufhebung der Beurteilung vom 27. Mai 2008 ist rechtmäßig und verletzt den Antragsteller nicht in seinen Rechten. Der Bundesminister der Verteidigung hat die ihm zuzurechnende Aufhebung der Beurteilung im Rahmen des ihm zustehenden Ermessens fehlerfrei angeordnet.
- 17 Truppendienstliche Maßnahmen, wie sie Beurteilungen und Stellungnahmen zu Beurteilungen darstellen, können unter Beachtung der Bestimmungen der §§ 48, 49 VwVfG auch dann aufgehoben werden, wenn sie nach den Regelungen über die Frist zur Ausübung des Beschwerderechts (§§ 6 und 7 WBO) unanfechtbar und damit bestandskräftig geworden sind. Diese Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes sind auf truppendienstliche Maßnahmen entsprechend anwendbar (vgl. Beschlüsse vom 25. Juni 1986 - 1 WB 166.84 - BVerwGE 83, 195, vom 6. März 2001 - BVerwG 1 WB 120.00 - BVerwGE 114, 84 = Buchholz 316 § 49 VwVfG Nr. 41 und vom 7. Juli 2009 - BVerwG 1 WB 51.08 - Buchholz 449 § 3 SG Nr. 53). Handelt es sich um eine bestandskräftige Maßnahme, die sich als rechtswidrig erweist, findet § 48 VwVfG entsprechende Anwendung. Daher kann eine rechtswidrige Beurteilung, auch nachdem sie - wie hier mit Ablauf der Beschwerdefrist - unanfechtbar geworden ist, aufgehoben werden (§ 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG entsprechend).
- 18 Die Beurteilung vom 27. Mai 2008 ist rechtswidrig, denn sie wurde auf der Grundlage des durch die Beurteilungsbestimmungen der ZDv 20/6 vom 17. Januar 2007 eingeführten Richtwertesystems erstellt, das ohne gesetzliche, zumindest verordnungsrechtliche Grundlage nicht eingeführt werden durfte (vgl. hierzu ausführlich: Beschluss vom 26. Mai 2009 - BVerwG 1 WB 48.07 - BVerwGE 134, 59 <60> = Buchholz 449.2 § 2 SLV 2002 Nr. 14).
- 19 Der Bundesminister der Verteidigung hat das ihm danach gegebene Ermessen fehlerfrei ausgeübt.
- 20 Ermessensentscheidungen unterliegen einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle. Sie sind darauf zu überprüfen, ob der zuständige Vorgesetzte durch Überschreiten oder Missbrauch dienstlicher Befugnisse die Rechte des Sol-

daten verletzt hat (§ 17 Abs. 3 Satz 2 WBO) beziehungsweise ob er die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten oder von diesem in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat (§ 114 Satz 1 VwGO entsprechend; stRspr, vgl. Beschlüsse vom 30. Juli 1980 - BVerwG 1 WB 79.79 - BVerwGE 73, 51 f, vom 11. Mai 2006 - BVerwG 1 WB 36.05 - m.w.N. und vom 27. November 2008 - BVerwG 1 WB 60.08 -).

- 21 Mit dem Erlass zur „Inkraftsetzung und Verfahrensregelung für die Anwendung der geänderten Beurteilungsbestimmungen“ vom 16. Oktober 2009 hat der Bundesminister der Verteidigung dem Beschluss des Senats vom 26. Mai 2009 - BVerwG 1 WB 48.07 - (a.a.O.) Rechnung getragen und insbesondere geregelt, wie mit Beurteilungen zu verfahren ist, die nach den Bestimmungen der ZDv 20/6 in der Fassung vom 17. Januar 2007 erstellt worden sind.

- 22 Alle nach diesen Bestimmungen zum Vorlagetermin 30. September 2009 erstellten planmäßigen Beurteilungen hat der Bundesminister der Verteidigung unmittelbar aufgehoben und deren Neufassung angeordnet (vergleiche im Einzelnen Erlass vom 16. Oktober 2009, Nr. 12). Für planmäßige Beurteilungen früherer Vorlagetermin, deren Beurteilungsverfahren im Sinne der Nr. 912 ZDv 20/6 noch nicht bestandskräftig abgeschlossen ist, hat er angeordnet, dass diese nach Herbeiführung einer Entscheidung über den Verzicht auf die Erstellung oder Neufassung der Beurteilung beziehungsweise einer Sonderbeurteilung unter Verweis auf seine Weisung aufzuheben sind (Erlass vom 16. Oktober 2009, Nr. 15 i.V.m. Nr. 9). Diese Voraussetzungen sind hier gegeben, denn das Beurteilungsverfahren der Beurteilung des Antragstellers vom 27. Mai 2008 war noch nicht bestandskräftig abgeschlossen, weil der Antragsteller gegen die Stellungnahme seines nächsthöheren Vorgesetzten Beschwerde und weitere Beschwerde eingelegt hat, die noch nicht abschließend beschieden sind. Auch hat das Personalamt der Bundeswehr - wie in der Aufhebungsverfügung mitgeteilt - im Vorfeld der Aufhebungsverfügung auf die Neufassung der Beurteilung beziehungsweise eine Sonderbeurteilung verzichtet.

- 23 Vor dem Hintergrund der Vielzahl von Beurteilungen, die nach dem Beschluss des Senats vom 26. Mai 2009 als rechtswidrig zu betrachten waren, hat der Bundesminister der Verteidigung damit eine sachgerechte Regelung getroffen, die rechtlich nicht zu beanstanden ist. Während die unmittelbare Aufhebung von Beurteilungen und die Anordnung, diese neu zu fassen, die aktuellsten planmäßigen Beurteilungen betraf, hat er für ältere Beurteilungen, die entsprechend früher von aktuelleren Beurteilungen abgelöst werden, eine differenzierte Regelung getroffen. Während die Beurteilungen, bei denen das Verfahren noch nicht im Sinne der Nr. 912 ZDv 20/6 bestandskräftig abgeschlossen worden war, insgesamt aufgehoben werden, soll es bei den abgeschlossenen Verfahren bei den Beurteilungen bleiben.
- 24 Die damit vorgenommene Differenzierung ist von sachlichen Gründen getragen. Hierzu hat der Bundesminister der Verteidigung darauf hingewiesen, dass in den Fällen, in denen das Beurteilungsverfahren noch nicht abgeschlossen ist, das Verfahren nicht mehr widerspruchsfrei auf einer einheitlichen Grundlage abgeschlossen werden könne. Damit ist die von der Regelung betroffene Situation zutreffend beschrieben. Bei einer Aufhebung, die sich auf noch nicht bestandskräftige Stellungnahmen beschränken würde, müssten zu den Beurteilungen, die auf der Grundlage der rechtswidrigen Beurteilungsbestimmungen gefasst wurden, neue Stellungnahmen auf der Grundlage der geänderten Beurteilungsbestimmungen erstellt werden. Wäre in diesen Fällen auf eine Aufhebung ganz verzichtet worden, würde dasselbe gelten, weil Stellungnahmen, die - wie hier - angefochten wurden, im Beschwerdeverfahren nach neuem Recht zu beurteilen und gegebenenfalls abzuändern gewesen wären. Zwar ist der nächsthöhere Vorgesetzte im Rahmen seiner Stellungnahme verpflichtet, im Eignungs- und Leistungsvergleich zu den Aussagen und Wertungen der Beurteilung Stellung zu nehmen; auch kann er verschiedene Wertungen ändern (vgl. Nrn. 904, 906 ZDV 20/6). Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Beurteilung unverändert auf rechtswidrigen Beurteilungsbestimmungen beruhen würde, eine fehlerfreie Beurteilung des zur Beurteilung berufenen Disziplinarvorgesetzten damit weiterhin nicht gegeben wäre und die Stellungnahmen hierzu nach anderen Beurteilungsbestimmungen abzuschließen wären. Die Vorgabe eines widerspruchsfreien, umfassenden und klaren Bildes des Soldaten, das

mit der Beurteilung gegeben werden soll (vgl. Nr. 401 ZDv 20/6) und dem auch die Stellungnahmen gerecht werden müssen (vgl. Beschluss vom 26. September 2000 - BVerwG 1 WB 55.00 - <insoweit nicht veröffentlicht in Buchholz 236.11 § 1 a Nr. 11>), ist damit jedenfalls in einer Weise in Frage gestellt, die die angeordnete, differenzierte Vorgehensweise sachlich rechtfertigt.

- 25 Der Antragsteller kann sich auch nicht auf Vertrauensschutz berufen. Soweit er geltend macht, seine Beurteilung habe Rechtskraft erlangt, ist diese von dem Begriff der Bestandskraft zu unterscheiden. Die Rechtskraft bezieht sich auf gerichtliche Entscheidungen; ihre Tragweite und Grenzen ergeben sich aus dem Prozessrecht. Sie ist daher in vorliegendem Zusammenhang ohne Bedeutung. Der Begriff der (formellen) Bestandskraft hingegen bringt zum Ausdruck, dass es dem von einer Maßnahme Betroffenen nach Ablauf der Rechtsbehelfsfrist grundsätzlich nicht mehr möglich ist, gegen diese vorzugehen (Unanfechtbarkeit). Im Rahmen der nach § 48 VwVfG gegebenen Möglichkeit, eine bestandskräftige Maßnahme aufzuheben, begründet die bloße Bestandskraft der Beurteilung - auch soweit sie einen rechtlich erheblichen Vorteil begründen kann - jedoch keinen Vertrauensschutz, der besonders zu berücksichtigen wäre. Insbesondere sind Beurteilungen nicht Voraussetzung für Geld- oder Sachleistungen, sodass der besondere Vertrauensschutz des § 48 Abs. 2 VwVfG keine Anwendung findet. Im Gegenteil sind Beurteilungen wesentliche Grundlage für Personalentscheidungen, die sich strikt an den Grundsätzen der Eignung, Befähigung und Leistung der Bewerber auszurichten haben (§ 3 Abs. 1 SG, Art. 33 Abs. 2 GG). Entsprechend besteht - zumindest grundsätzlich - kein Raum für schutzwürdiges Vertrauen am Fortbestand einer rechtswidrigen Beurteilung.
- 26 Schutzwürdiges Vertrauen ergibt sich auch nicht aus den Bestimmungen der ZDv 20/6. Werden bei der Überprüfung einer Beurteilung durch den Stellungnehmenden Vorgesetzten oder die zuständige personalbearbeitende Stelle Verfahrensverstöße oder inhaltliche Fehler festgestellt, so bestimmt die in der Aufhebungsverfügung in Bezug genommene Nr. 901 ZDv 20/6, dass im Rahmen der Dienstaufsicht der mit der Beurteilung befasste Vorgesetzte entscheidet, ob die Beurteilung oder eine Stellungnahme aufzuheben, zu berichtigen oder zu

ergänzen ist. Daher konnte der Antragsteller auch nach den Bestimmungen der ZDv 20/6 nicht auf den Bestand seiner Beurteilung vertrauen. Daran kann auch die fehlerhafte Annahme in einem anderen Beschwerdeverfahren nichts ändern, die Beurteilung vom 27. Mai 2008 sei bestandskräftig geworden und vom Personalamt der Bundeswehr abschließend geprüft. Der Antragsteller wusste, dass er Beschwerde gegen die Stellungnahme seines nächsthöheren Vorgesetzten eingelegt hatte und daher das Beurteilungsverfahren nicht abgeschlossen war. Schon deshalb scheidet insoweit schutzwürdiges Vertrauen aus.

- 27 Danach sind Ermessensfehler nicht ersichtlich. Der Bundesminister der Verteidigung hat im Rahmen seiner Befehlsgewalt fehlerfrei durch den Erlass vom 16. Oktober 2009 die Aufhebung der Beurteilung des Antragstellers angeordnet, womit sich die angefochtene Aufhebungsverfügung als rechtmäßig erweist.

Golze

Dr. Frenz

Rothfuß