

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Fachpresse: ja

Vorlagen, Anträge und Beschwerden nach der WBO in
truppdienstl. Angelegenheiten

Sachgebietsergänzung:

Wehrbeschwerdeverfahrensrecht

Rechtsquelle/n:

WBO § 17 Abs. 3 Satz 1
ZDv 20/6 Nr. 305

Stichwort/e:

Dienstliche Maßnahme; Entscheidung über die Besorgnis der Befangenheit;
dienstliche Beurteilung.

Leitsatz/-sätze:

Die Entscheidung gemäß Nr. 305 Buchst. a Abs. 1 der Bestimmungen über die
Beurteilungen der Soldatinnen und Soldaten der Bundeswehr vom 17. Januar
2007 - ZDv 20/6 -, ob gegenüber dem für die Beurteilung oder dem für die
Stellungnahme zu der Beurteilung zuständigen Vorgesetzten die Besorgnis der
Befangenheit besteht, ist keine selbstständig anfechtbare dienstliche Maßnahme
im Sinne von § 17 Abs. 3 Satz 1 WBO.

Beschluss des 1. Wehrdienstsenats vom 25. September 2014 - BVerwG 1 WB
49.13



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 1 WB 49.13

In dem Wehrbeschwerdeverfahren

des Herrn Hauptmann ...,

...,

...,

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

hat der 1. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts durch

die Vorsitzende Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. von Heimburg,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Frenz und
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Langer

am 25. September 2014 beschlossen:

Das Verfahren wird eingestellt.

Die dem Antragsteller im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht einschließlich der im vorgerichtlichen Verfahren erwachsenen notwendigen Aufwendungen werden zur Hälfte dem Bund auferlegt.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Antragsteller beehrte die Feststellung, dass der für die Stellungnahme zu seiner dienstlichen Beurteilung zuständige nächsthöhere Vorgesetzte befangen gewesen sei.
- 2 Der 19.. geborene Antragsteller ist Berufssoldat in der Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes im Sanitätsdienst der Bundeswehr; seine Dienstzeit endet voraussichtlich mit Ablauf des 30. April 20.. . Zum Hauptmann wurde er am 6. August 20.. befördert. Seit dem 5. Januar 20.. wird er beim ... in A. verwendet.
- 3 Der Antragsteller wurde zum Vorlagetermin 31. März 2012 planmäßig beurteilt. Die Beurteilung wurde unter dem 11. April 2012 durch den Leiter des ... der Bundeswehr erstellt und dem Antragsteller am selben Tag eröffnet. Der beurteilende Vorgesetzte bewertete die Aufgabenerfüllung auf dem Dienstposten mit einem Durchschnittswert von „6,80“. Unter dem 17. April 2012 übermittelte der Amtschef des Sanitätsamts der Bundeswehr, Generalstabsarzt Dr. P., als nächsthöherer Vorgesetzter dem Antragsteller den Entwurf seiner Stellungnahme zu der dienstlichen Beurteilung; die Stellungnahme wurde dem Antragsteller wegen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bis heute nicht eröffnet. Nach dem Entwurf wird der Durchschnittswert der Aufgabenerfüllung mit „6,80“ bestätigt und die Entwicklungsprognose mit „oberhalb der allgemeinen Laufbahnperspektive“ bewertet.
- 4 Mit E-Mail vom 17. April 2012 bat der Antragsteller um ein persönliches Gespräch zu der beabsichtigten Stellungnahme, weil er mit den dortigen Wertungen nicht einverstanden sei. Am 26. April 2012 fand daraufhin ein Telefongespräch von ca. 25 Minuten Dauer zwischen dem Antragsteller und dem Amtschef des Sanitätsamts statt.

- 5 Mit Schreiben vom 30. April 2012 erhob der Antragsteller wegen seiner dienstlichen Beurteilung zum Vorlagetermin 31. März 2012 Beschwerde, in der er u.a. die Befangenheit des stellungnehmenden Vorgesetzten geltend machte. Dieser sei in dem Telefongespräch auf die gegen den Entwurf der Stellungnahme erhobenen Einwände nicht eingegangen und habe erklärt, dass er daran keine Änderung vornehmen wolle, weil er sonst ca. 30 Beurteilungen neu erstellen müsse. In der Sache wandte sich der Antragsteller gegen die Bewertungen der Aufgabenerfüllung auf dem Dienstposten und der Entwicklungsprognose.
- 6 Mit Schreiben des Rechtsberaters des Inspektors des Sanitätsdienstes der Bundeswehr vom 19. Juli 2012 und 7. August 2012 sowie des Rechtsberaters des Kommandos Sanitätsdienst der Bundeswehr vom 19. Dezember 2012 wurde der Antragsteller darauf hingewiesen, dass die Beschwerde, soweit sie den Vorwurf der Befangenheit des stellungnehmenden Vorgesetzten betreffe, als Antrag auf Feststellung der Befangenheit gemäß Nr. 305 Buchst. a ZDv 20/6 ausgelegt werde. Hiermit erklärte sich der Antragsteller mit Schriftsätzen seines Bevollmächtigten vom 27. Dezember 2012 und 28. Januar 2013 einverstanden.
- 7 Mit Bescheid vom 7. Februar 2013 lehnte der Inspekteur des Sanitätsdienstes den Antrag auf Feststellung der Befangenheit des stellungnehmenden Vorgesetzten ab. Zur Begründung führte er u.a. aus, Generalstabsarzt Dr. P. habe in einer von ihm angeforderten Äußerung vom 26. Juli 2012 erklärt, dass er die Aussage, er wolle seine beabsichtigte Stellungnahme deshalb nicht ändern, weil er ansonsten ca. 30 Beurteilungen neu erstellen müsse, nicht getroffen habe. Vielmehr habe der Antragsteller selbst in dem Gespräch am 26. April 2012 die Forderung erhoben, dass im Falle der Änderung seiner Beurteilung eben auch die anderen Beurteilungen aufgehoben werden müssten. Von dem Vorwurf eines Beharrens auf einer einmal getroffenen Entscheidung könne deshalb keine Rede sein.
- 8 Hiergegen erhob der Antragsteller mit Schriftsatz seines Bevollmächtigten vom 15. Februar 2013 Beschwerde. Er bestritt die Richtigkeit der Angaben von Generalstabsarzt Dr. P. und wiederholte, dass es dieser gewesen sei, der zu einer gegebenenfalls erforderlichen Abänderung möglicherweise aller 30 Beur-

teilungen nicht bereit gewesen sei. Die Befangenheit von Generalstabsarzt Dr. P. ergebe sich auch aus dessen Gesprächsnotiz vom 26. April 2012, wonach er, der Antragsteller, „ausschließlich emotional, z.T. sehr aggressiv“ argumentiert habe.

- 9 Mit Bescheid vom 12. Juni 2013 wies der Generalinspekteur der Bundeswehr die Beschwerde zurück. Anhaltspunkte für eine Befangenheit lägen aus der Sicht eines unbeteiligten Dritten nicht vor. Soweit der stellungnehmende Vorgesetzte die Argumentation des Antragstellers als emotional und teilweise aggressiv bewertet habe, rechtfertige dies für sich genommen nicht die Annahme einer Voreingenommenheit. Die Besorgnis der Befangenheit sei nur dann begründet, wenn weitere belegbare Umstände, wie z.B. widersprüchliche oder sachfremde Bewertungen oder nachweislich unwahre oder verzerrende Tatsachenbehauptungen hinzuträten. Dies sei jedoch nicht der Fall. Zur Behauptung des Antragstellers, Generalstabsarzt Dr. P. habe sich geweigert, den Entwurf zu ändern, weil sonst auch ca. 30 andere Beurteilungen neu erstellt werden müssten, habe dieser ausführlich und in sich schlüssig Stellung genommen. Unabhängig davon verbleibe nach Ausschöpfung aller zur Verfügung stehenden Beweismittel ein unauflösbarer Widerspruch zwischen den Schilderungen des Antragstellers und des stellungnehmenden Vorgesetzten über den Inhalt des geführten Telefonats. Insoweit gelte der Grundsatz der materiellen Beweislast, wonach die Nichterweislichkeit einer Behauptung zulasten desjenigen gehe, der aus ihr eine positive Rechtsfolge herleiten wolle, hier also zulasten des Antragstellers.
- 10 Hiergegen erhob der Antragsteller mit Schriftsatz seines Bevollmächtigten vom 8. Juli 2013 weitere Beschwerde, die er im Wesentlichen unter Wiederholung und Vertiefung seines bisherigen Vortrags begründete und in der er eine Zeugenvernehmung von Generalstabsarzt Dr. P. anregte.
- 11 Mit Bescheid vom 4. September 2013 wies der Bundesminister der Verteidigung - R II 2 - die weitere Beschwerde zurück und verwies zur Begründung im Kern auf die Ausführungen im Beschwerdebescheid des Generalinspektors der Bundeswehr.

- 12 Mit Schriftsatz seines Bevollmächtigten vom 27. September 2013 beantragte der Antragsteller die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts. Der Bundesminister der Verteidigung - R II 2 - legte den Antrag mit seiner Stellungnahme vom 14. Oktober 2013 dem Senat vor. In der Sache beantragte der Antragsteller, unter Aufhebung der Entscheidungen vom 7. Februar 2013, 12. Juni 2013 und 4. September 2013 die Befangenheit von Generalstabsarzt Dr. P. festzustellen. Zur Begründung betonte er, ergänzend zum vorgerichtlichen Vorbringen, dass die angefochtenen Entscheidungen an einem Aufklärungsmangel litten, weil eine Vernehmung von Generalstabsarzt Dr. P. als Zeuge, die mehrfach angeregt worden sei, nicht erfolgt sei.
- 13 Mit Verfügungen vom 12. August und 1. September 2014 wies das Gericht die Beteiligten auf Zulässigkeitsbedenken hin, weil es sich bei der Entscheidung über die Befangenheit gemäß Nr. 305 Buchst. a ZDv 20/6 möglicherweise um eine nicht selbstständig anfechtbare Zwischenentscheidung handele, die nur inzident im Rahmen des Wehrbeschwerdeverfahrens gegen die (noch zu eröffnende) Stellungnahme des nächsthöheren Vorgesetzten überprüft werden könne.
- 14 Im Hinblick auf die gerichtlichen Hinweise erklärte der Antragsteller mit Schriftsatz vom 15. September 2014 den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt; hilfsweise beantragte er weiterhin die Feststellung der Befangenheit von Generalstabsarzt Dr. P. . Hinsichtlich der Kostenentscheidung verwies er darauf, dass er das vorliegende Verfahren vor allem wegen entsprechender Erklärungen und Rechtsbehelfsbelehrungen der zuständigen Stellen betrieben habe.
- 15 Der Bundesminister der Verteidigung - R II 2 - schloss sich der Erledigungserklärung mit Schreiben vom 19. September 2014 an und verwahrte sich gegen die Auferlegung von Verfahrenskosten. Der vom Antragsteller beschrittene Rechtsweg sei nach derzeitiger Vorschriftenlage zulässig; der Antragsteller wäre jedoch in der Hauptsache unterlegen, weil Generalstabsarzt Dr. P. nicht befangen gewesen sei.

- 16 Wegen der Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen. Die Verfahrens- und Beschwerdeakten des Inspektors des Sanitätsdienstes der Bundeswehr - Az.: WB 5/12 -, des Generalinspektors der Bundeswehr - Az.: 3/13 - und des Bundesministers der Verteidigung - R II 2 - Az.: 1071/13 - sowie die Personalgrundakte des Antragstellers, Hauptteile A bis D, haben dem Senat bei der Beratung vorgelegen.

II

- 17 Nachdem die Beteiligten den Rechtsstreit in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt haben, ist das Verfahren in entsprechender Anwendung von § 92 Abs. 3 Satz 1 VwGO einzustellen und gemäß § 21 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 20 Abs. 3 WBO nur noch über die Kosten des Verfahrens zu entscheiden. Für die Kostenentscheidung sind die im Prozessrecht allgemein geltenden Grundsätze maßgebend. Danach ist bei übereinstimmender Erledigungserklärung über die Kosten nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes zu entscheiden (§ 20 Abs. 3 WBO, § 161 Abs. 2 Satz 1 VwGO; stRspr, vgl. etwa Beschluss vom 22. April 2008 - BVerwG 1 WB 4.08 - Rn. 8 m.w.N.).
- 18 Billigem Ermessen entspricht es vorliegend, die dem Antragsteller erwachsenen notwendigen Aufwendungen zur Hälfte dem Bund aufzuerlegen. Die hälftige Kostenteilung beruht auf folgenden Erwägungen:
- 19 1. Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung wäre voraussichtlich als unzulässig zu verwerfen gewesen.
- 20 Die Entscheidung gemäß Nr. 305 Buchst. a Abs. 1 der Bestimmungen über die Beurteilungen der Soldatinnen und Soldaten der Bundeswehr vom 17. Januar 2007 - ZDv 20/6 -, ob gegenüber dem (damaligen) Amtschef des (inzwischen aufgelösten) Sanitätsamts der Bundeswehr, Generalstabsarzt Dr. P., der als nächsthöherer Vorgesetzter für die Stellungnahme zu der dienstlichen Beurteilung des Antragstellers vom 11. April 2012 zuständig war, die Besorgnis der

Befangenheit bestand, ist kein zulässiger Gegenstand eines gerichtlichen Antragsverfahrens nach der Wehrbeschwerdeordnung.

- 21 a) Gemäß § 17 Abs. 3 Satz 1 WBO (hier i.V.m. § 21 Abs. 2 Satz 1 WBO) kann mit dem Antrag auf gerichtliche Entscheidung nur geltend gemacht werden, dass eine dienstliche Maßnahme oder deren Unterlassung rechtswidrig sei. Merkmal einer Maßnahme in diesem Sinne ist (u.a.), dass sie unmittelbar gegen den Soldaten gerichtet ist oder - obwohl an andere Soldaten gerichtet - in Form einer Rechtsverletzung oder eines Pflichtenverstoßes in seine Rechtssphäre hineinwirkt. Überlegungen, Bewertungen, Stellungnahmen oder Zwischenentscheidungen, die lediglich der Vorbereitung von truppdienstlichen Maßnahmen oder Personalmaßnahmen dienen, sind hingegen als Elemente innerdienstlicher Willens- und Meinungsbildung noch keine die Rechte eines Soldaten unmittelbar berührenden Maßnahmen; sie sind infolgedessen einer selbstständigen gerichtlichen Nachprüfung nicht zugänglich (stRspr, vgl. zuletzt insb. Beschluss vom 23. Oktober 2012 - BVerwG 1 WB 59.11 - Buchholz 450.1 § 17 WBO Nr. 84 Rn. 26 ff. m.w.N.).
- 22 Nach ständiger Rechtsprechung des Senats sind die Beurteilung durch den zuständigen Vorgesetzten (Nr. 601 ff. ZDv 20/6), die Stellungnahme des nächsthöheren Vorgesetzten (Nr. 904 ff. ZDv 20/6) und ggf. die Stellungnahme eines weiteren höheren Vorgesetzten (Nr. 911 ff. ZDv 20/6) jeweils selbstständig anfechtbare dienstliche Maßnahmen im Sinne von § 17 Abs. 3 Satz 1 WBO (vgl. zuletzt ausführlich Beschluss vom 16. Juli 2013 - BVerwG 1 WB 43.12 - Buchholz 450.1 § 17 WBO Nr. 87 Rn. 22 ff. m.w.N.). Im Rahmen einer gegen eine Beurteilung oder Stellungnahme gerichteten Beschwerde oder eines entsprechenden Antrags auf gerichtliche Entscheidung kann auch die Besorgnis der Befangenheit des jeweiligen Vorgesetzten geltend gemacht werden (siehe auch Nr. 1102 Abs. 2 Spiegelstrich 1 ZDv 20/6), die vom Wehrdienstgericht in diesem Falle inzident mitüberprüft wird (vgl. z.B. Beschlüsse vom 24. März 2009 - BVerwG 1 WB 33.08 - Buchholz 449.2 § 2 SLV 2002 Nr. 12 Rn. 22 ff. und vom 18. Dezember 2012 - BVerwG 1 WB 39.11 - Buchholz 449.2 § 2 SLV 2002 Nr. 20 Rn. 43 ff.).

- 23 Ob die Feststellung der Besorgnis der Befangenheit auch unmittelbar bzw. primär zum Gegenstand einer Beschwerde oder eines Antrags auf gerichtliche Entscheidung gemacht werden kann, ist vom Senat noch nicht allgemein geklärt. Der Senat hat bisher lediglich entschieden, dass für einen gesonderten Antrag auf Feststellung der Besorgnis der Befangenheit das erforderliche berechnigte Interesse (§ 43 Abs. 1 VwGO) oder das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, wenn bzw. sobald der Soldat Beschwerde gegen die Beurteilung oder Stellungnahme erhoben hat, in deren Rahmen die genannte Inzidentprüfung stattfindet (vgl. Beschlüsse vom 11. April 1991 - BVerwG 1 WB 110.90 - und vom 18. Juli 1995 - BVerwG 1 WB 22.95 - Buchholz 236.1 § 29 SG Nr. 2 = NZWehrr 1996, 67). Ob ein gesonderter Antrag auf Feststellung der Besorgnis der Befangenheit zulässig ist, wenn bzw. solange die Beurteilung oder Stellungnahme noch nicht eröffnet ist oder - wie hier - die Eröffnung gerade mit Rücksicht auf das laufende Rechtsbehelfsverfahren wegen der Besorgnis der Befangenheit unterbleibt, ist vom Senat bisher noch nicht ausdrücklich entschieden.
- 24 b) Nach den dargelegten Maßstäben stellt die Entscheidung, ob gegenüber einem für die dienstliche Beurteilung eines Soldaten zuständigen (beurteilenden oder stellungnehmenden) Vorgesetzten die Besorgnis der Befangenheit besteht (Nr. 305 Buchst. a Abs. 1 ZDv 20/6), stets eine bloß vorbereitende Zwischenentscheidung und keine mit dem Antrag auf gerichtliche Entscheidung selbstständig anfechtbare Maßnahme im Sinne des § 17 Abs. 3 Satz 1 WBO dar. Soweit die Beschlüsse vom 11. April 1991 und vom 18. Juli 1995 anders verstanden werden können, wird daran nicht festgehalten.
- 25 aa) Die Entscheidung gemäß Nr. 305 Buchst. a Abs. 1 ZDv 20/6 dient, wie sich auch aus der Stellung der Vorschrift in Kapitel 3 (Zuständigkeiten) der ZDv 20/6 ergibt, der Bestimmung des für eine Beurteilung oder Stellungnahme zuständigen Vorgesetzten. Die Entscheidung über die Besorgnis der Befangenheit bezieht sich dabei ausschließlich auf die Erstellung der konkreten dienstlichen Beurteilung und lässt die dienstlichen Beziehungen zwischen dem Soldaten und seinen Vorgesetzten im Übrigen unberührt. Auch von ihrer Zwecksetzung her wird die Entscheidung gemäß Nr. 305 Buchst. a Abs. 1 ZDv 20/6 ausschließlich davon bestimmt, das Erstellen einer sachgerechten dienstlichen Beurteilung

(Nr. 101 ff., Nr. 401 ff. ZDv 20/6) zu gewährleisten; die ansonsten bestehenden dienstlichen Beziehungen zwischen dem Soldaten und den Vorgesetzten bleiben deshalb bei der Einschätzung, ob eine Besorgnis der Befangenheit gegeben ist, ausgeblendet (siehe Nr. 305 Buchst. c ZDv 20/6).

- 26 Die Entscheidung gemäß Nr. 305 Buchst. a Abs. 1 ZDv 20/6 ist damit Teil eines bestimmten konkreten Beurteilungsverfahrens. Die Feststellung oder Nichtfeststellung der Besorgnis der Befangenheit dient ausschließlich der Vorbereitung der zu erstellenden dienstlichen Beurteilung (Beurteilung und Stellungnahmen höherer Vorgesetzter) und hat außerhalb des konkreten Beurteilungsverfahrens keine Rechtswirkungen.
- 27 bb) Eine selbstständige Anfechtbarkeit der Entscheidung gemäß Nr. 305 Buchst. a Abs. 1 ZDv 20/6 ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt eines effektiven Rechtsschutzes geboten. Effektiver Rechtsschutz ist dadurch gewährleistet, dass der betroffene Soldat die geschilderte Möglichkeit der Anfechtung der Beurteilung und/oder Stellungnahme hat, in deren Rahmen ggf. eine Inzidentprüfung der Besorgnis der Befangenheit des zuständigen Vorgesetzten erfolgt. Im Rahmen des Rechtsschutzes gegen die Beurteilung und/oder Stellungnahme erhält der betroffene Soldat - über die Prüfung der Besorgnis der Befangenheit hinaus - gleichzeitig und vor allem auch eine Entscheidung über die sachlichen Aussagen und Wertungen der Beurteilung und/oder Stellungnahme, aus denen sich seine eigentliche Beschwer ergibt.
- 28 Eine selbstständige Anfechtbarkeit der Entscheidung gemäß Nr. 305 Buchst. a Abs. 1 ZDv 20/6 läuft hingegen Gefahr, zu einer letztlich vor allem den Soldaten belastenden Verzögerung im Beurteilungsverfahren - bis hin zu Folgewirkungen auf die nachfolgenden dienstlichen Beurteilungen - zu führen (vgl. auch Urteil vom 27. Mai 1981 - BVerwG 8 C 13.80 - Buchholz 310 § 44a VwGO Nr. 2 = NJW 1982, 120). Dies illustriert der vorliegende Fall, in dem die Eröffnung der Stellungnahme des Amtschefs des Sanitätsamts mit Rücksicht auf das laufende Beschwerdeverfahren wegen der Besorgnis der Befangenheit bis heute zurückgestellt wurde, wobei die Dauer dieses Beschwerdeverfahrens schon bis zur Vorlage an den Senat rund eineinhalb Jahre betrug. Zugleich verfügt der An-

tragsteller bis heute nicht über eine wirksame vollständige dienstliche Beurteilung zum Vorlagetermin 31. März 2012, weil die notwendige (Nr. 904 Buchst. a, Nr. 910 ZDv 20/6) Stellungnahme des nächsthöheren Vorgesetzten nach wie vor nur als Entwurf vorliegt. Auch nach Abschluss des vorliegenden Verfahrens wäre zudem noch immer nicht geklärt gewesen, ob die Bewertungen der Aufgabenerfüllung auf dem Dienstposten und der Entwicklungsprognose, um die es dem Antragsteller eigentlich geht, zu beanstanden sind oder nicht.

- 29 cc) Eine selbstständige Anfechtbarkeit der Entscheidung über die Besorgnis der Befangenheit folgt schließlich nicht aus Nr. 305 Buchst. a Abs. 3 ZDv 20/6, wonach „nach Eröffnung der Beurteilung die Soldatin oder der Soldat Befangenheit gegen die beurteilenden und/oder stellungnehmenden Vorgesetzten nur noch im Rahmen des Beschwerderechts“, gemeint: gegen die Beurteilung und/oder Stellungnahme, geltend machen kann. Dies rechtfertigt nicht den Umkehrschluss, dass bis zur Eröffnung der Beurteilung oder Stellungnahme ein selbstständiges Wehrbeschwerdeverfahren wegen der Besorgnis der Befangenheit statthaft wäre.
- 30 Abgesehen davon, dass sich aus einer Verwaltungsvorschrift keine für das Gericht verbindlichen Vorgaben für die Auslegung des Begriffs der „dienstlichen Maßnahme“ im Sinne von § 17 Abs. 3 Satz 1 WBO ergeben können, lassen sich die Absätze 1 und 3 der Nr. 305 Buchst. a ZDv 20/6 auch ohne den genannten Umkehrschluss in ein sinnvolles Verhältnis setzen. Werden Anhaltspunkte für eine Besorgnis der Befangenheit bekannt - sei es durch den betroffenen Soldaten oder sei es durch den Vorgesetzten selbst - und ist die Beurteilung oder Stellungnahme noch nicht eröffnet, so ist es durchaus zweckmäßig, kurzfristig eine Zwischenentscheidung über die Besorgnis der Befangenheit durch den jeweils nächsthöheren Vorgesetzten herbeizuführen, um auf diese Weise mögliche Fehler im Beurteilungsverfahren prophylaktisch zu vermeiden. Nicht mehr zweckmäßig ist es nach dem eben Gesagten hingegen, ein gesondertes Wehrbeschwerdeverfahren über diese Zwischenentscheidung, wenn sie die Besorgnis der Befangenheit verneint, zu eröffnen. Nr. 305 Buchst. a Abs. 3 ZDv 20/6 kann deshalb zwanglos auch so verstanden und praktiziert werden, dass bis zur Eröffnung der Beurteilung oder Stellungnahme eine (prophylakti-

sche) Zwischenentscheidung nach Nr. 305 Buchst. a Abs. 1 ZDv 20/6 herbeigeführt werden kann, Rechtsschutz nach der Wehrbeschwerdeordnung jedoch stets nur im Rahmen eines Rechtsbehelfs gegen die Beurteilung oder Stellungnahme eröffnet ist.

- 31 dd) Dies entspricht nicht zuletzt auch dem im allgemeinen Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrecht geltenden Modell. So kann, wenn in einem Verwaltungsverfahren gegen einen Behördenbediensteten oder den Behördenleiter Gründe für eine Besorgnis der Befangenheit vorgebracht werden, hierüber eine Entscheidung des Behördenleiters oder der Aufsichtsbehörde herbeigeführt werden (§ 21 Abs. 1 VwVfG). Wird eine Anordnung, dass der betreffende Bedienstete oder Behördenleiter wegen Besorgnis der Befangenheit am Verwaltungsverfahren nicht mitwirken darf, abgelehnt, so ist diese Entscheidung nicht selbstständig, sondern als behördliche Verfahrenshandlung nur gleichzeitig mit dem gegen die jeweilige Sachentscheidung zulässigen Rechtsbehelf anfechtbar (§ 44a Satz 1 VwGO; vgl. z.B. Kopp/Schenke, VwGO, 19. Aufl. 2013, § 44a Rn. 5 m.w.N.). Gleiches gilt im gerichtlichen Verfahren, wenn ein Ablehnungsgesuch gegen einen Richter wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt wird (§ 54 Abs. 1 VwGO i.V.m. §§ 42 ff. ZPO); auch insoweit ist eine selbstständige Beschwerde ausgeschlossen (§ 146 Abs. 2 VwGO) und Rechtsschutz nur über das Rechtsmittel gegen die gerichtliche Entscheidung in der Sache selbst zulässig (vgl. z.B. Kopp/Schenke a.a.O. § 54 Rn. 19 f. m.w.N.).
- 32 2. Im Rahmen der Billigkeitsentscheidung über die Kosten des Verfahrens ist allerdings auch zu berücksichtigen, dass das vorliegende, für den Antragsteller letztlich nicht zielführende Wehrbeschwerdeverfahren wesentlich auch durch das Verhalten und die unzutreffende Rechtsauffassung der beteiligten Vorgesetzten und Bundeswehrdienststellen veranlasst wurde.
- 33 Der Antragsteller hat mit Schriftsatz seiner Bevollmächtigten vom 3. August 2012 frühzeitig auf die Bedenken hingewiesen, die gegen ein zusätzliches separates Wehrbeschwerdeverfahren wegen der Besorgnis der Befangenheit bestehen. Insoweit war es zwar zunächst zutreffend, dass dem Antragsteller in mehreren Hinweisschreiben erläutert wurde, dass sein die Besorgnis der Be-

fangenhait betreffendes Vorbringen in dem Schreiben vom 30. April 2012 sachgerecht als Antrag gemäß Nr. 305 Buchst. a ZDv 20/6 auszulegen sei. Nachdem der Inspekteur des Sanitätsdienstes diesen Antrag mit Bescheid vom 7. Februar 2013 abgelehnt hatte, wäre dann allerdings richtigerweise die Stellungnahme des nächsthöheren Vorgesetzten zu eröffnen gewesen, so dass der Antragsteller ggf. seine Einwände (sowohl hinsichtlich der Besorgnis der Befangenhait als auch hinsichtlich der Leistungsbewertung und Entwicklungsprognose) zusammenhängend mit einer Beschwerde gegen die Stellungnahme hätte weiterverfolgen können. Auf der Grundlage der - unzutreffenden - Rechtsauffassung, dass die Vorschriftenlage einen Rechtsweg gegen die Entscheidung nach Nr. 305 Buchst. a ZDv 20/6 gewähre (siehe in diesem Sinne ausdrücklich nochmals das Schreiben des Bundesministeriums der Verteidigung vom 19. September 2014), unterblieb jedoch (bis heute) die Eröffnung der Stellungnahme, um den Ausgang des vermeintlich vorgreiflichen Beschwerdeverfahrens betreffend die Besorgnis der Befangenhait abzuwarten. Damit war einerseits eine Beschwerde des Antragstellers gegen die nur als Entwurf vorliegende Stellungnahme des nächsthöheren Vorgesetzten nicht möglich; andererseits war es dem Antragsteller nicht zuzumuten, die Ablehnung seines Befangenhaitantrags durch den Inspekteur des Sanitätsdienstes hinzunehmen, weil ihm möglicherweise sonst später der Einwand der Bestandskraft entgegengehalten würde. Vor dem Hintergrund dieses Dilemmas, das wesentlich auch durch das Verhalten der beteiligten Stellen verursacht wurde, kann es kostenrechtlich nicht dem Antragsteller allein angelastet werden, dass er zunächst Beschwerde gegen den Bescheid vom 7. Februar 2013 erhob und dann - den Rechtsbehelfsbelehrungen in den Beschwerdebescheiden vom 12. Juni und 4. September 2013 folgend - das Wehrbeschwerdeverfahren bis vor den Senat betrieben hat.

- 34 3. Unter Berücksichtigung der Erfolgsaussichten des Antrags auf gerichtliche Entscheidung einerseits und der Mitverursachung des Verfahrensaufwands durch die beteiligten Bundeswehrdienststellen andererseits erscheint es billig,

dass der Bund dem Antragsteller die Hälfte seiner notwendigen Aufwendungen im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und im vorgerichtlichen Verfahren erstattet.

Dr. von Heimburg

Dr. Frenz

Dr. Langer