



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 1 WB 31.10

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,
den ehrenamtlichen Richter Oberst i.G. Baehr und
den ehrenamtlichen Richter Hauptmann Grimm

am 13. Dezember 2011 beschlossen:

Die Aufhebungsverfügung des Amtschefs des Sanitätsamtes der Bundeswehr vom 30. Juli 2009 wird aufgehoben, soweit mit ihr die planmäßige Beurteilung des Antragstellers vom 25. Januar 2008 und die Stellungnahme der nächsthöheren Vorgesetzten vom 18. Februar 2008 aufgehoben worden sind.

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

G r ü n d e :

I

- 1 Der Antragsteller wendet sich gegen die Aufhebung einer Beurteilung und einer Stellungnahme.
- 2 Der Antragsteller ist Berufssoldat in der Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes (Sanitätsdienst) mit dem Dienstgrad eines Hauptmanns. In der Zeit von August 2007 bis Anfang Januar 2010 wurde er bei der ... verwendet.
- 3 Mit Datum vom 25. Januar 2008 erstellte der Inspektionschef eine planmäßige Beurteilung zum Vorlagetermin 31. März 2008 auf der Grundlage der „Bestimmungen über die Beurteilungen der Soldatinnen und Soldaten der Bundeswehr“ (ZDv 20/6) vom 17. Januar 2007. Der Durchschnittswert der Aufgabenerfüllung dieser Beurteilung ergab 7,50. Die Beurteilung wurde dem Antragsteller ausgehändigt und mit ihm am 25. Januar 2008 erörtert. Unter dem 18. Februar 2008 nahm die Kommandeurin der ... als nächsthöhere Vorgesetzte Stellung, bestätigte die Beurteilung und gab die Entwicklungsprognose „Förderung bis in die höchsten Verwendungen der Laufbahn“ ab. Die Stellungnahme wurde dem Antragsteller am 18. Februar 2008 eröffnet.
- 4 Mit seiner Stellungnahme vom 23. Juni 2008 setzte der Kommandeur der ... als weiterer höherer Vorgesetzter zwei Bewertungen der Aufgabenerfüllung herab (neuer Durchschnittswert 7,30) und änderte die Entwicklungsprognose in „oberhalb der allgemeinen Laufbahnperspektive“. Die Stellungnahme wurde dem Antragsteller am 30. Juni 2008 eröffnet.
- 5 Die gegen die Stellungnahme des weiteren höheren Vorgesetzten erhobene Beschwerde und die weitere Beschwerde blieben erfolglos, weshalb der Antragsteller mit Schreiben vom 2. März 2009 die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts beantragte (Verfahren BVerwG 1 WB 19.09).

- 6 Nachdem das Bundesverwaltungsgericht mit Beschluss vom 26. Mai 2009 - BVerwG 1 WB 48.07 - (BVerwGE 134, 59) entschieden hat, dass Beurteilungen und Stellungnahmen nächsthöherer Vorgesetzter, die auf der Anwendung des Richtwertesystems der Beurteilungsbestimmungen der ZDv 20/6 vom 17. Januar 2007 beruhen, rechtswidrig sind, erklärte das Bundesministerium der Verteidigung im Verfahren BVerwG 1 WB 19.09 mit Schriftsatz vom 8. Juli 2009, die Stellungnahme des weiteren höheren Vorgesetzten werde aufgehoben.

- 7 Am 30. Juli 2009 verfügte der Amtschef des Sanitätsamtes der Bundeswehr gemäß Nr. 901 ZDv 20/6 die Aufhebung der Beurteilung des Antragstellers vom 25. Januar 2008 einschließlich der dazugehörigen Stellungnahmen. Zur Begründung führte er aus, das Bundesministerium der Verteidigung, Führungsstab des Sanitätsdienstes (Referat Personalangelegenheiten und zentrale Aufgaben), habe auf der Grundlage einer Entscheidung des Referats Rechtsberater beim Inspekteur des Sanitätsdienstes am 7. Juli 2009 angeordnet, dass die Beurteilung vom 25. Januar 2008 einschließlich der Stellungnahmen aufzuheben seien. Zur weiteren Erläuterung wurde auf den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts verwiesen. Das Bundesministerium der Verteidigung habe die Weisung erteilt, grundsätzlich alle noch nicht bestandskräftigen Beurteilungen oder Stellungnahmen zu Beurteilungen aufzuheben. Aufgrund des Antrags auf gerichtliche Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. März 2009 sei die Beurteilung vom 25. Januar 2008 noch nicht bestandskräftig. Der Antragsteller wurde über die Aufhebung und deren Begründung durch die Kommandeurin der ... am 4. August 2009 unterrichtet.

- 9 Mit Beschluss des Senats vom 2. November 2009 wurde das von den Beteiligten übereinstimmend für erledigt erklärte Verfahren (BVerwG 1 WB 19.09) eingestellt. In dem Beschluss wurde u.a. ausgeführt, der Antragsteller habe mit seiner Beschwerde vom 1. Juli 2008 nur die Stellungnahme des weiteren höheren Vorgesetzten angefochten; die Beurteilung und die Stellungnahme der nächsthöheren Vorgesetzten habe er bestandskräftig werden lassen. Die nachträgliche Aufhebung auch dieser beiden Maßnahmen würden für den Antragsteller eine neue selbstständige Beschwer darstellen, die er mit einer neuen

Beschwerde hätte anfechten müssen, wenn er sich dagegen hätte zur Wehr setzen wollen. Der Beschluss wurde dem Antragsteller am 17. November 2009 zugestellt.

- 10 Am 18. November 2009 legte der Antragsteller gegen die Aufhebungsverfügung Beschwerde ein, soweit mit ihr die planmäßige Beurteilung vom 25. Januar 2008 und die Stellungnahme der nächsthöheren Vorgesetzten vom 18. Februar 2008 aufgehoben wurden. Er führte aus, Anfang August 2009 habe ihm seine ...kommandeurin eine Ausfertigung der Aufhebungsverfügung mit der Anweisung vorgelegt, seine Kenntnisnahme auf dieser Ausfertigung gegenzuzeichnen. Eine Ausfertigung habe er ebenso wenig erhalten wie eine „rechtsbehelfsfähige Belehrung“. Unmittelbar hierauf habe er mit dem Referatsleiter Rechtsberater beim Inspekteur des Sanitätsdienstes telefoniert. Dabei habe er sein Erstaunen zum Ausdruck gebracht, dass die gesamte Beurteilung und nicht nur die Stellungnahme des weiteren höheren Vorgesetzten aufgehoben worden sei. Ihm sei versichert worden, die Aufhebung der gesamten Beurteilung sei eine unumgängliche und unanfechtbare Rechtsfolge des Beschlusses des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. Mai 2009. Dies habe dazu geführt, dass er von einem Rechtsmittel vorläufig abgesehen habe. Durch die Ausführungen des Einstellungsbeschlusses des Senats vom 17. November 2009 sei ihm bewusst geworden, dass die Aussage des Rechtsberaters unzutreffend gewesen sei. Die Aufhebung der gesamten Beurteilung sei nach bereits erlangter Bestandskraft unzulässig. Darüber hinaus beschwere er sich über die Auskunft des Referatsleiters Rechtsberater.
- 11 Am 26. Januar 2010 legte der Antragsteller „weitere Beschwerde/Untätigkeitsbeschwerde“ ein. Mit Schreiben vom 1. März 2010 legte er erneut „weitere Beschwerde/Untätigkeitsbeschwerde“ ein, worauf das Bundesministerium der Verteidigung dem Antragsteller mitteilte, sein Rechtsbehelf werde als Antrag auf gerichtliche Entscheidung betrachtet.
- 12 Mit Schriftsatz seines Bevollmächtigten vom 25. März 2010 bestätigte der Bevollmächtigte, dass die weitere Beschwerde vom 1. März 2010 als Antrag auf gerichtliche Entscheidung zu werten sei. Die Beschwerde vom 18. November

2009 sei zugleich als Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu verstehen, da der Antragsteller ohne sein Verschulden die Beschwerdefrist versäumt habe. Die Beschwerde sei begründet, da die Aufhebungsverfügung vom 30. Juli 2009 darauf beruhe, dass die Beurteilung vom 25. Januar 2008 und die Stellungnahme des nächsthöheren Vorgesetzten vom 18. Februar 2008 noch nicht bestandskräftig seien. Dies sei unrichtig, wie der Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts festgestellt habe.

- 13 Der Bundesminister der Verteidigung (- PSZ I 7-) hat den Antrag mit seiner Stellungnahme vom 9. Juli 2010 dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.
- 14 Mit Schriftsatz vom 4. August 2010 hat der Antragsteller zur Begründung seines Antrags auf gerichtliche Entscheidung weiter ausgeführt, der ZDv 20/6 sei zu entnehmen, dass Beurteilungen und Stellungnahmen nach Ablauf der Beschwerdefrist bestandskräftig würden. Er habe zu keinem Zeitpunkt die Beurteilung vom 25. Januar 2008 oder die Stellungnahme der nächsthöheren Vorgesetzten vom 18. Februar 2008 angefochten. Die Aufhebungsverfügung sei weder weisungskonform noch rechtmäßig, soweit sie sich auf die Beurteilung und diese Stellungnahme beziehe. Das Bundesministerium der Verteidigung habe in seinem Schriftsatz vom 8. Juli 2009 erklärt, die Stellungnahme des weiteren höheren Vorgesetzten werde aufgehoben. Dem gegenüber heiße es im letzten Absatz der Begründung der Aufhebungsverfügung unter anderem, das Bundesministerium der Verteidigung (BMVg PSZ I 1 vom 10. Juni 2009/BMVg Fü San RB vom 7. Juli 2010) habe angeordnet, dass die Beurteilung einschließlich der dazu gehörenden Stellungnahmen aufzuheben sei. Dies sei widersprüchlich und gebiete, den Entscheid des Rechtsberaters des Inspektors des Sanitätsdienstes zu prüfen. Er habe auf die Auskunft des Rechtsberaters, dass die streitgegenständliche Aufhebungsverfügung unanfechtbar sei, vertraut und betone, dass die Auskunft weder unverbindlich erklärt noch als eigene Auffassung deklariert worden sei.
- 15 Der Antragsteller beantragt sinngemäß,

die Aufhebungsverfügung des Amtschefs des Sanitätsamtes der Bundeswehr vom 30. Juli 2009 aufzuheben, soweit mit ihr die planmäßige Beurteilung des Antragstellers vom 25. Januar 2008 und die Stellungnahme der nächsthöheren Vorgesetzten vom 18. Februar 2008 aufgehoben worden sind.

- 17 Der Bundesminister der Verteidigung beantragt,
- den Antrag zurückzuweisen.
- 19 Zur Begründung führt er in seiner Stellungnahme aus, der Antrag auf gerichtliche Entscheidung sei nicht fristgemäß gestellt worden. Nachdem die Aufhebungsverfügung dem Antragsteller am 4. August 2009 mitgeteilt worden sei, sei die Frist am 4. September 2009 abgelaufen. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sehe die Wehrbeschwerdeordnung nicht vor. Auch die Voraussetzungen der Sonderregelung des § 7 WBO seien nicht gegeben. Der Antragsteller sei nicht durch einen unabwendbaren Zufall an der Einhaltung der Frist gehindert gewesen. Bei Eröffnung der Gründe der Aufhebungsverfügung habe er erkennen können, dass der Inspekteur des Sanitätsdienstes auch die Aufhebung der Beurteilung vom 25. Januar 2008 und der Stellungnahme der Kommandeurin vom 18. Februar 2008 angewiesen habe. Entsprechend habe ihn der Referatsleiter Rechtsberater beim Inspekteur des Sanitätsdienstes in dem Telefongespräch unterrichtet. Der Antragsteller könne sich auch nicht darauf berufen, dass ihm eine missverständliche Auskunft erteilt worden sei. Fehlende Rechtskenntnisse bzw. eine unzutreffende Bewertung eines Sachverhaltes aufgrund einer erteilten Auskunft stellten keinen unabwendbaren Zufall im Sinne der Wehrbeschwerdeordnung dar.
- 20 Mit Schriftsatz vom 29. September 2010 hat er weiter vorgetragen, die Bestandskraft der Beurteilung vom 25. Januar 2008 und der Stellungnahme vom 18. Februar 2008 stünden der Aufhebung nicht entgegen. Nach Nr. 901 ZDv 20/6 könne der zuständige Vorgesetzte auch bestandskräftige Beurteilungen und Stellungnahmen aufheben, wenn diese fehlerhaft seien. Auf der Grundlage des Beschlusses des Bundesverwaltungsgerichtes vom 26. Mai 2009 sei der Inspekteur des Sanitätsdienstes hiervon zutreffend ausgegangen. Bei einer

Neufassung der Stellungnahme des weiteren höheren Vorgesetzten wäre dieser gezwungen gewesen, zu einer rechtswidrigen Beurteilung rechtswidrig Stellung zu nehmen. Um dies auszuschließen, habe das Bundesministerium der Verteidigung mit seiner Weisung vom 10. Juni 2009 bestimmt, dass noch nicht abgeschlossene Beurteilungsverfahren auf der Grundlage der rechtswidrigen Bestimmungen der ZDv 20/6 nicht fortgeführt werden. Wäre nur die Stellungnahme des weiteren höheren Vorgesetzten aufgehoben worden, wäre eine erneute Stellungnahme notwendig geworden, die den Grundsatz eines klaren und umfassenden Bildes auf allen Beurteilungsebenen nicht hätte erfüllen können. Daher habe das Beurteilungsverfahren nur durch Aufhebung der gesamten Beurteilung beendet werden können. Dementsprechend habe die ZDv 20/6 in der Fassung vom 19. Oktober 2009 ausdrücklich festgelegt, dass alle noch nicht gemäß Nr. 912 ZDv 20/6 abgeschlossenen Beurteilungen früherer Vorlagetermine, die auf der Grundlage der rechtswidrigen Bestimmungen erstellt worden seien, aufzuheben sind. Dazu zähle auch die Beurteilung des Antragstellers. Die in dem früheren Wehrbeschwerdeverfahren (BVerwG 1 WB 19.09) abgegebene Erklärung des Bundesministeriums der Verteidigung habe nur dieses Verfahren und den dortigen Streitgegenstand betroffen. Sie stehe in keinem Zusammenhang mit der nachfolgenden Entscheidung, die Beurteilung und die zu dieser abgegebenen Stellungnahmen aufzuheben. Es liege daher keine widersprüchliche Aussage vor, die den Antragsteller an einer fristgerechten Beschwerde gehindert habe.

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

II

- 23 1. Nachdem sich der Sachantrag darauf beschränkt, die Aufhebung der Beurteilung vom 25. Januar 2008 und der Stellungnahme der nächsthöheren Vorgesetzten vom 18. Februar 2008 anzufechten, geht der Senat davon aus, dass der Antragsteller in diesem Verfahren seine Beschwerde gegen die Rechtsaus-

kunft des Referatsleiters Rechtsberater beim Inspekteur des Sanitätsdienstes nicht weiter verfolgt. Anderenfalls wäre der Antrag insoweit unzulässig. Die erbetene Auskunft erfolgte nicht auf der Grundlage eines militärischen Über- und Unterordnungsverhältnisses und beinhaltete keine truppendienstliche Maßnahme (vgl. Beschlüsse vom 9. August 2007 - BVerwG 1 WB 15.07 - Buchholz 450.1 § 17 WBO Nr. 63 Rn. 19 f. = NZWehrr 2008, 70, vom 27. Mai 2009 - BVerwG 1 WB 18.09 - und vom 22. März 2011 - BVerwG 1 WB 9.11 -). Die Rechtsauskunft selbst wäre daher einer gerichtlichen Überprüfung nicht zugänglich.

- 24 2. Der im Übrigen zulässige Antrag ist begründet.
- 25 a) Der Antrag auf Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts ist zulässig, nachdem über die Beschwerde des Antragstellers vom 18. November 2010 innerhalb eines Monats nicht entschieden wurde (§ 21 Abs. 1 und 2 Satz 1 i.V.m. § 17 Abs. 1 Satz 2 WBO). Die angefochtene Aufhebungsverfügung des Amtschefs des Sanitätsamts der Bundeswehr führt erkennbar lediglich aus, was seitens des Bundesministeriums der Verteidigung, Führungsstab des Sanitätsdienstes, angeordnet worden war. Sie ist daher dem Inspekteur des Sanitätsdienstes zuzurechnen (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). Entsprechend ist die Beschwerde vom 18. November 2009 als gegen die Entscheidung des Inspektors des Sanitätsdienstes gerichtet auszulegen. Zutreffend hat daher der Bundesminister der Verteidigung zuletzt die „weitere Beschwerde“ des Antragstellers vom 26. Januar 2010 als Antrag auf gerichtliche Entscheidung betrachtet. Der Bevollmächtigte des Antragstellers hat diese Auslegung bestätigt, wobei ohne Bedeutung ist, dass er seine Erklärung auf die nachfolgende „weitere Beschwerde/Untätigkeitsantrag“ vom 1. März 2010 bezogen hat. Auf die weiteren Einzelheiten der Verfahrensbehandlung durch das Bundesministerium der Verteidigung kommt es darüber hinaus nicht an.
- 26 b) Der Antrag ist auch begründet. Die Aufhebungsverfügung ist rechtswidrig, soweit mit ihr die Beurteilung des Antragstellers vom 25. Januar 2008 und die

Stellungnahme der nächsthöheren Vorgesetzten vom 18. Februar 2008 aufgehoben wurden, und verletzt den Antragsteller in seinen Rechten; sie ist deshalb antragsgemäß in dem im Tenor genannten Umfang aufzuheben (§ 21 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 19 Abs. 1 Satz 1 WBO).

- 27 Der Begründetheit des Antrags steht nicht entgegen, dass der Antragsteller erst am 18. November 2009 Beschwerde eingelegt hat. Zwar ist ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung als unbegründet zurückzuweisen, wenn sich eine Beschwerde im gerichtlichen Verfahren als verspätet und damit als unzulässig erweist, weil die streitgegenständliche Maßnahme dann bereits bestandskräftig ist (Beschlüsse vom 11. Dezember 1984 - BVerwG 1 WB 153.83 - m.w.N. <juris> und vom 28. September 2010 - BVerwG 1 WB 41.09 -). Die Beschwerde des Antragstellers ist jedoch nicht verfristet.
- 28 Allerdings wurde der Antragsteller bereits am 4. August 2009 über die Aufhebungsverfügung und die zu ihr führenden Gründe ohne Formfehler unterrichtet (zu den Voraussetzungen einer „Unterrichtung“, die nicht die Aushändigung der Aufhebungsverfügung erfordert, vgl. Beschluss vom 28. April 2009 - BVerwG 1 WB 4.09 und 5.09 - Buchholz 450.1 § 5 WBO Nr. 2 Rn. 33), sodass die einmonatige Beschwerdefrist nach § 6 Abs. 1 WBO zum Zeitpunkt der Einlegung der Beschwerde abgelaufen war. Auch kann sich der Antragsteller insoweit nicht auf die Erklärung des Bundesministeriums der Verteidigung vom 8. Juli 2009 in dem Wehrbeschwerdeverfahren BVerwG 1 WB 19.09 berufen, denn er macht nicht geltend, fehlerhaft über den Inhalt der Aufhebungsverfügung unterrichtet worden zu sein. Der Antragsteller wurde jedoch aufgrund der unbestritten gebliebenen Auskunft des Referatsleiters Rechtsberater beim Inspekteur des Sanitätsdienstes, die Aufhebung der gesamten Beurteilung sei eine unumgängliche und unanfechtbare Rechtsfolge des Beschlusses des Bundesverwaltungsgerichts, an der Einhaltung der Beschwerdefrist gehindert.
- 29 Wird ein Beschwerdeführer an der Einhaltung der Beschwerdefrist durch militärischen Dienst, durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle gehindert, so läuft die Beschwerdefrist erst zwei Wochen nach Beseitigung des Hindernisses ab; einem unabwendbaren Zufall ist es gleichgestellt, wenn eine

vorgeschriebene Rechtsbehelfsbelehrung unterblieben oder unrichtig ist (§ 7 WBO). Geht es - wie hier - um eine truppendienstliche Erstmaßnahme, so ist es Sache des Betroffenen, sich erforderlichenfalls über die Möglichkeiten und Voraussetzungen eines Rechtsbehelfs zu informieren. Einer Rechtsbehelfsbelehrung bedarf es in diesen Fällen nicht (stRspr, Beschlüsse vom 13. Oktober 2008 - BVerwG 1 WDS-VR 14.08 - Rn. 27 m.w.N., vom 20. Januar 2009 - BVerwG 1 WB 38.08 - Rn. 31 <insoweit nicht veröffentlicht in Buchholz 450.1 § 7 WBO Nr. 5> m.w.N. und vom 27. Januar 2010 - 1 WB 35.09 -). Verlässt er sich auf eine unzutreffende Auskunft eines Dritten, so begründet dies einen unabwendbaren Zufall nur dann, wenn er auf dessen Sachkunde im Lichte der nach den konkreten Umständen angemessenen und vernünftigerweise zu erwartenden Sorgfalt vertrauen durfte (vgl. Beschluss vom 20. März 1972 - BVerwG 2 WDB 3.72 - BVerwGE 43, 332 <334 f.> zu der in seiner damaligen Fassung tatbestandlich insoweit wortgleichen Fassung des § 44 Abs. 1 StPO) und er sich ein Verschulden dieses Dritten nicht als Verschulden eines Bevollmächtigten zurechnen lassen muss (§ 23a Abs. 1 WBO i.V.m. § 173 VwGO, § 85 Abs. 2 ZPO). Ebenso, wie ein Beschwerdeführer sich gegebenenfalls auf eine Rechtsbehelfsbelehrung verlassen darf, darf er sich darüber hinaus auf Auskünfte eines zuständigen Vorgesetzten verlassen. Sind sie unrichtig, dann stellt dies einen unabwendbaren Zufall im Sinne des § 7 Abs. 1 WBO dar (Beschluss vom 30. August 1984 - BVerwG 1 WB 116.83 und 1 WB 37.84 - NZWehrr 1985, 122; vgl. auch Beschluss vom 20. März 1972 - BVerwG 2 WDB 3.72 - a.a.O. <335>).

- 30 Der Referatsleiter Rechtsberater des Inspektors des Sanitätsdienstes ist zwar weder für die Entgegennahme einer Beschwerde zuständig, noch ist es allgemein seine Aufgabe, Soldaten zu beraten. Er ist auch nicht militärischer Vorgesetzter. Jedoch ist er nach seiner Stellung und Funktion als juristisch besonders kundig ausgewiesen. Wenn er Auskünfte im Zusammenhang mit Verfahren erteilt, in denen er aufgrund seiner Mitwirkung zusätzlich als besonders kompetent erscheint, dann darf ein Soldat - wie hier der Antragsteller - auf die Richtigkeit der Auskunft vertrauen. Ebenso wie eine fehlerhafte Rechtsbehelfsbelehrung stellt hier die fehlerhafte Auskunft des Referatsleiters Rechtsberater, der dem anordnenden Führungsstab des Sanitätsdienstes angehört, einen unab-

wendbaren Zufall im Sinne des § 7 Abs. 1 WBO dar. Nachdem der Antragsteller bereits am Tag nach der Zustellung des Einstellungsbeschlusses Beschwerde erhoben hat, hat er die Beschwerde auch innerhalb von zwei Wochen nach Fortfall des Hindernisses eingelegt (§ 7 Abs. 1 WBO).

- 31 Die Aufhebungsverfügung ist - soweit angefochten - rechtswidrig und verletzt den Antragsteller in seinen Rechten, denn das Ermessen wurde nicht fehlerfrei ausgeübt (§ 114 Satz 1 VwGO entsprechend).
- 32 Maßgeblich für die rechtliche Überprüfung ist bei dem hier vorliegenden Anfechtungsantrag die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Vorlage des Verfahrens durch den Bundesminister der Verteidigung an den Senat (stRspr, vgl. z.B. Beschlüsse vom 30. Juli 1980 - BVerwG 1 WB 57.78 - BVerwGE 73, 48, vom 11. Juni 1996 - BVerwG 1 WB 31.95 - und vom 22. November 2011 - BVerwG 1 WB 24.11 -). Ermessensentscheidungen können dabei nur darauf überprüft werden, ob der zuständige Vorgesetzte oder die zuständige personalbearbeitende Dienststelle durch Überschreiten oder Missbrauch dienstlicher Befugnisse die Rechte des Soldaten verletzt hat beziehungsweise 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 -).
- 33 Truppendienstliche Maßnahmen, wie sie Beurteilungen und Stellungnahmen zu Beurteilungen darstellen, können unter Beachtung der Bestimmungen der §§ 48 und 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 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 und vom 7. Juli 2009 - BVerwG 1 WB 51.08 - Buchholz 449 § 3 SG Nr. 53).

- 34 Der Begriff der (formellen) Bestandskraft bringt zum Ausdruck, dass es dem Betroffenen nach Ablauf der Rechtsbehelfsfrist grundsätzlich nicht mehr möglich ist, gegen eine Maßnahme vorzugehen (Unanfechtbarkeit). Davon zu unterscheiden ist die Möglichkeit der zuständigen Stelle, im Ermessenswege bestandskräftige Maßnahmen aufzuheben. Daher ist es entgegen dem Vorbringen des Antragstellers auch nicht weiter bedeutsam, dass Nrn. 503 Buchst. h und 1103 Buchst. a der ZDv 20/6 Beurteilungsbeiträge und Beurteilungen nach Ablauf der Beschwerdefrist entsprechend der Rechtslage als bestandskräftig beziehungsweise unanfechtbar bezeichnen.
- 35 Wenn Verfahrensverstöße oder inhaltliche Fehler festgestellt werden, entscheidet gemäß Nr. 901 ZDv 20/6 im Rahmen der Dienstaufsicht der mit der Beurteilung befasste Vorgesetzte, ob eine Beurteilung oder eine Stellungnahme aufzuheben ist. Es steht in seinem Ermessen, eine sich als rechtswidrig darstellende Beurteilung oder Stellungnahme aufzuheben, auch soweit diese einen rechtlich erheblichen Vorteil begründen oder bestätigen (vgl. § 48 Abs. 1 VwVfG entsprechend). Die Beurteilung vom 25. Januar 2008 und die Stellungnahme der nächsthöheren Vorgesetzten vom 18. Februar 2008 sind rechtswidrig. Sie wurden 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).
- 36 Auf schutzwürdiges Vertrauen kann sich der Antragsteller nicht berufen. Beurteilungen sind nicht Voraussetzungen für Geld- oder Sachleistungen, sodass der besondere Vertrauensschutz des § 48 Abs. 2 VwVfG keine Anwendung findet. Beurteilungen sind vielmehr 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. Nichts anderes gilt für Stellungnahmen, mit denen Beurteilungen geändert, ergänzt oder bestätigt werden.

- 37 Auch aus den Bestimmungen der ZDv 20/6 lässt sich nichts anderes ableiten. Der Antragsteller durfte auch danach nicht darauf vertrauen, dass seine Beurteilung und die Stellungnahme der nächsthöheren Vorgesetzten unverändert bleiben. Im Gegenteil ist nach der Bestimmung der Nr. 912 Buchst. a ZDv 20/6 das Beurteilungsverfahren erst dann abgeschlossen, wenn der weitere höhere Vorgesetzte von seinem Recht zur Stellungnahme Gebrauch gemacht oder er hiervon abgesehen hat. Da die nächsthöhere Vorgesetzte die Entwicklungsprognose „bis in die höchsten Verwendungen der Laufbahn“ ausgesprochen hatte, bedurfte diese Prognose zudem der Bestätigung durch den weiteren höheren Vorgesetzten (Nr. 910 Buchst. c ZDv 20/6). Nachdem der weitere höhere Vorgesetzte die Beurteilung einschließlich der Entwicklungsprognose nicht bestätigte und der Antragsteller hiergegen Beschwerde einlegte, fehlte es auch insoweit an einer Grundlage darauf zu vertrauen, die Beurteilung und die Stellungnahme der nächsthöheren Vorgesetzten würden Bestand haben.
- 38 Etwas anderes ergibt sich schließlich auch nicht aus dem Umstand, dass der Antragsteller aufgrund der Erklärung des Bundesministeriums der Verteidigung vom 8. Juli 2009 davon ausgegangen ist, es werde lediglich die Stellungnahme des weiteren höheren Vorgesetzten aufgehoben. Die Erklärung wurde in dem Verfahren BVerwG 1 WB 19.09 abgegeben und entsprach dem dortigen Streitgegenstand. Daher fehlt es an einer Berechtigung für die Annahme, es sei zugleich eine Aussage über den Fortbestand der Beurteilung und der Stellungnahme der nächsthöheren Vorgesetzten getroffen worden.
- 39 Jedoch ist die Aufhebungsverfügung ermessensfehlerhaft, denn sie geht von einem unzutreffenden Sachverhalt aus. Zur Erläuterung wurde in der Verfügung ausgeführt, die Beurteilung des Antragstellers vom 25. Januar 2008 sei aufgrund seines Antrags auf Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. März 2009 noch nicht bestandskräftig geworden. Diese Annahme ist unzutreffend, denn Gegenstand dieses Verfahrens war allein die Stellungnahme des weiteren höheren Vorgesetzten vom 23. Juni 2008. Darüber hinaus nimmt die Aufhebungsverfügung auf die fernschriftliche Weisung des Bundesministeriums der Verteidigung vom 10. Juni 2009 wörtlich Bezug, die eine erste Reaktion auf den Beschluss des Senats vom 26. Mai 2009 war. Mit ihr hatte das Bundesmi-

nisterium der Verteidigung lediglich angeordnet, dass diejenigen Beurteilungen und Stellungnahmen aufzuheben sind, die noch nicht bestandskräftig geworden waren. Sowohl die Beurteilung vom 25. Januar 2008 als auch die Stellungnahme der nächsthöheren Vorgesetzten vom 18. Februar 2008 waren jedoch bestandskräftig.

- 40 Dem Inspekteur des Sanitätsdienstes war durch die Weisung zwar nicht verwehrt, über deren Regelungsbereich hinaus auch die Aufhebung der streitgegenständlichen Beurteilung und der auf sie bezogenen Stellungnahmen anzuordnen. Nachdem die Beurteilung und die Stellungnahme der nächsthöheren Vorgesetzten jedoch bestandskräftig waren, ging der Inspekteur des Sanitätsdienstes bei der Entscheidung von einem falschen Sachverhalt aus. Die Aufhebungsverfügung ist daher ermessensfehlerhaft (vgl. Beschluss vom 30. Juli 1980 - BVerwG 1 WB 57.78 - BVerwGE 73, 48 <51> m.w.N.).
- 41 Hieran vermag auch der Erlass des Bundesministeriums der Verteidigung vom 16. Oktober 2009 nichts zu ändern. In diesem Erlass wurde zwar in Nr. 15 i.V.m. Nr. 9 angeordnet, dass planmäßige Beurteilungen zurückliegender früherer Vorlagetermine, die noch nicht gemäß Nr. 912 ZDv 20/6 bestandskräftig abgeschlossen sind, aufzuheben sind. Das ist hier der Fall, denn bei der Beurteilung vom 25. Januar 2008 handelt es sich um die planmäßige Beurteilung nach Nr. 203 Buchst. a ZDv 20/6 zum Vorlagetermin 31. März 2008. Die Beurteilung war auch nicht gemäß Nr. 912 ZDv 20/6 bestandskräftig abgeschlossen, denn mit dieser Bestimmung ist das gesamte Beurteilungsverfahren in Bezug genommen, das aufgrund der angefochtenen und nachfolgend aufgehobenen, hier notwendigen Stellungnahme des weiteren höheren Vorgesetzten nicht bestandskräftig abgeschlossen war.
- 42 Diese Regelung ersetzt jedoch nicht die notwendige Aufhebungsentscheidung und heilt auch nicht den Fehler der streitgegenständlichen Aufhebungsverfügung. Dieser wäre zwar durch eine Beschwerdeentscheidung zu beheben gewesen und hätte auch noch im Rahmen der Stellungnahme zur Vorlage des Antrags (§ 21 Abs. 3 WBO) ausgeräumt werden können. Da beides jedoch

nicht geschehen ist, erweist sich die Aufhebungsverfügung im maßgeblichen Zeitpunkt als ermessensfehlerhaft, weshalb sie antragsgemäß aufzuheben ist.

- 43 3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 21 Abs. 2 Satz 1 i.V.m § 20 Abs. 1 Satz 1 WBO.

Golze

Dr. Frenz

Rothfuß