

BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

Beschluss

BVerwG 1 WB 107.00, 1 WB 113.00

In dem Wehrbeschwerdeverfahren

des

- Bevollmächtigte:
Rechtsanwälte

hat der 1. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts durch

den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Maiwald,
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Honnacker,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. von Heimburg

sowie

Kapitän zur See Lukasczyk und
Kapitän zur See Braunmiller
als ehrenamtliche Richter

am 14. Dezember 2000

b e s c h l o s s e n :

Die Verfahren BVerwG 1 WB 107.00 und BVerwG 1 WB 113.00
werden zur gemeinsamen Entscheidung verbunden.

Der Antrag wird zurückgewiesen.

Gründe :

I

Der 1947 geborene Antragsteller ist Berufssoldat, dessen Dienstzeit voraussichtlich mit Ablauf des 30. September 2003 endet. Mit Wirkung vom 1. April 1997 wurde er zum Korvettenkapitän ernannt. Seit 1. Oktober 1995 wird er beim Marineunterstützungskommando (MUKdo) in W. auf einem Dienstposten der Besoldungsgruppe (BesGr) A 14/A 13 als Überwasserwaffenstaboffizier verwendet.

In einem Personalgespräch am 10. Oktober 1997 teilte ihm das Personalamt der Bundeswehr (PersABw) mit, dass er ein Kandidat für eine Verwendung beim Bundeswehrkommando USA/Kanada im NATO SEASPARROW OFFICE (NSSPO) sei. Am 16. Juli 1999 wurde über ihn durch den Dezernatsleiter 4/2 der Abteilung Marine Rüstung beim MUKdo eine Sonderbeurteilung erstellt, zu der der Gruppenleiter 4 als nächsthöherer Vorgesetzter am 19. Juli 1999 Stellung nahm und auf Grund eines Eignungs- und Leistungsvergleichs die Einzelmerkmale F.07, 11, 12, 14, 15 und 16 mit „4“, F.04, 06, 08 und 10 mit „5“, F.05 mit „6“ sowie G.04 mit „d“ bewertete.

Am 10. Januar 2000 wurde dem Antragsteller in einem weiteren Personalgespräch eröffnet, dass er auf Grund der Feststellungen in der Sonderbeurteilung und den drei vorausgegangenen planmäßigen Beurteilungen für die in Aussicht genommene Verwendung beim NSSPO nicht mehr in Betracht komme. Daraufhin beantragte er mit Schreiben vom 20. März 2000 beim PersABw die Aufhebung seiner Sonderbeurteilung gemäß Nr. 901 ZDv 20/6. Das PersABw lehnte dies mit Schreiben vom 16. Mai 2000 unter Hinweis auf die zwischenzeitlich eingetretene Bestandskraft der Beurteilung ab. Die hiergegen erhobene Beschwerde des Antragstellers wies der Bundesminister der Verteidigung (BMVg) - PSZ III 5 - mit Bescheid vom 13. September 2000 zurück. Den Antrag auf Entscheidung des Bun-

desverwaltungsgerichts vom 2. Oktober 2000 hat der BMVg - PSZ III 5 - dem Senat mit seiner Stellungnahme vom 20. Oktober 2000 vorgelegt (Verfahren BVerwG 1 WB 113.00).

Mit Schreiben vom 16. Februar 2000 beantragte der Antragsteller seine Versetzung auf den Dienstposten des Deutschen Vertreters beim NSSPO in Arlington (USA) zum 1. Oktober 2000. Das PersABw lehnte den Antrag mit Bescheid vom 29. Mai 2000 unter Hinweis auf die Mitteilungen im Personalgespräch vom 10. Januar 2000 ab. Hiergegen erhob der Antragsteller mit Schreiben vom 8. Juni 2000 Beschwerde.

Mit Verfügung vom 16. Juni 2000 versetzte das PersABw mit Wirkung vom 1. Oktober 2000 Korvettenkapitän W. auf den vom Antragsteller begehrten Auslandsdienstposten.

Mit Schreiben vom 4. Oktober 2000 stellte der Antragsteller Antrag auf gerichtliche Entscheidung, zu dem der BMVg - PSZ III 5 - gegenüber dem Senat mit Schreiben vom 30. Oktober 2000 Stellung genommen hat (Verfahren BVerwG 1 WB 107.00).

Zur Begründung trägt der Antragsteller vor:

Er habe gegen die über ihn erstellte Sonderbeurteilung keine Beschwerde eingelegt, weil er davon ausgegangen sei, dass sie durch die Stellungnahme seines nächsthöheren Vorgesetzten richtig gestellt worden sei. Erst auf Grund des Personalgesprächs am 10. Januar 2000 sei ihm klar geworden, dass die personalbearbeitende Stelle ihre Verwendungsentscheidung ausschließlich auf die negativen Aussagen in der Sonderbeurteilung stütze. Diese weiche jedoch erheblich von seinem bisherigen Leistungsbild ab und sei zudem auf Grund der Befangenheit des Erstbeurteilenden rechtsfehlerhaft zustandegekommen. Außerdem zeichne

sie kein abgerundetes, umfassendes und klares Bild in Bezug auf seine dienstliche Eignung, Befähigung und Leistung.

Die Ablehnung seines Versetzungsantrags stelle einen Verstoß gegen die Fürsorgepflicht und den Grundsatz der Bestenauslese dar. Seine Nichtberücksichtigung bei der Besetzung des Dienstpostens beim NSSPO sei rechtsfehlerhaft, weil sie sich ausschließlich auf die Aussage in der fehlerhaften Sonderbeurteilung stütze und der ausgewählte Soldat die an den Dienstposten zu stellenden Anforderungen nicht erfülle. Dies zeige, dass ein Eignungs- und Leistungsvergleich bei der Auswahlentscheidung gar nicht vorgenommen worden sei.

Er beantragt,

den BMVg unter Aufhebung der angefochtenen Bescheide zu verpflichten, über seine Anträge auf Aufhebung der Sonderbeurteilung sowie auf Versetzung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden.

Der BMVg beantragt,

die Anträge zurückzuweisen.

Soweit sich der Antragsteller gegen die Bescheide des PersABw vom 16. Mai 2000 und des BMVg vom 13. September 2000 wende, sei das Antragsbegehren unzulässig, da diese Bescheide gemäß Nr. 901 ZDv 20/6 im Rahmen der Dienstaufsicht ergangen und damit einer gerichtlichen Nachprüfung nicht zugänglich seien. Dies gelte auch angesichts des Einwands des Antragstellers, der BMVg habe seine Dienstaufsicht fehlerhaft ausgeübt. Dem Antragsteller sei durch den Hinweis des PersABw im Personalgespräch vom 10. Oktober 1997, er sei ein Kandidat für eine Verwendung beim Bundeswehrkommando USA/Kanada keine Versetzungszusage gemacht, sondern lediglich eine unverbindliche Planungsabsicht mitgeteilt worden. Entgegen seiner Auffassung seien die Grundsätze des § 3 SG auf die ge-

troffene Verwendungsentscheidung nicht anwendbar, da sowohl der Dienstposten beim NSSPO als auch der derzeit von ihm wahrgenommene Dienstposten beim MUKdo nach BesGr A 14/ A 13 bewertet seien und somit mit der Versetzung keine höherwertige Verwendung verbunden sei. Der ausgewählte Soldat sei für den Dienstposten fachlich durchaus geeignet. Wenn das PersABw im Rahmen der von ihm getroffenen Verwendungsentscheidung den sich aus der Sonderbeurteilung des Antragstellers ergebenden Eignungszweifeln maßgebliche Bedeutung beigegeben habe, könne das rechtlich nicht beanstandet werden.

Wegen des Vorbringens im Einzelnen wird auf den Inhalt der zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze und der Akten Bezug genommen. Die Verfahrensakten des BMVg - PSZ III 5 - 867 und 876/00 - sowie die Personalstammakte des Antragstellers, Hauptteile A bis C, lagen dem Senat bei der Beratung vor.

II

Die Verbindung der Verfahren zur gemeinsamen Entscheidung beruht auf § 93 VwGO.

Soweit sich der Antrag gegen die Ablehnung der Aufhebung der Sonderbeurteilung vom 16. Juli 2000 richtet, ist er unzulässig.

Sowohl die Beurteilung als auch die hierzu abgegebene Stellungnahme des nächsthöheren Vorgesetzten hat der Antragsteller unanfechtbar werden lassen. Er hat ihre Aufhebung lediglich im Wege der Dienstaufsicht nach Nr. 901 ZDv 20/6 verlangt. Das Ergebnis dienstaufsichtlicher Prüfungen ist indes der gerichtlichen Nachprüfung regelmäßig entzogen (Beschlüsse vom 2. März 1994 - BVerwG 1 WB 25.93 -, vom 18. November 1997 - BVerwG 1 WB 27, 53.97 - und vom 29. April 1999 - BVerwG 1 WB 82.98 - jeweils m.w.N.), denn die Dienstaufsicht obliegt dem Vorgesetzten nicht gegenüber den Untergebenen und dient damit nicht der Wahrung der Rechte der Soldaten im Sinne des § 17 Abs. 1 Satz 1 WBO.

Der das Ergebnis einer dienstaufsichtlichen Prüfung eröffnende Bescheid stellt deshalb dem Soldaten gegenüber keine anfechtbare truppendienstliche Maßnahme gemäß § 17 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. § 21 WBO dar (stRspr, Beschlüsse vom 6. Februar 1979 - BVerwG 1 WB 44.78 - <BVerwGE 63, 189 [f.]>, vom 20. August 1985 - BVerwG 1 WB 12.85 - <NZWehrr 1986, 123>, vom 25. Februar 1992 - BVerwG 1 WB 94.91 -, vom 15. Dezember 1998 - BVerwG 1 WB 57.98 - und vom 26. September 2000 - BVerwG 1 WB 52.00 und BVerwG 1 WB 70.00 - m.w.N.). Dies gilt auch dann, wenn der Soldat die dienstaufsichtliche Prüfung beantragt hat.

Dass das PersABw dem Bescheid eine unzutreffende Rechtsbehelfsbelehrung beigefügt hat, ändert hieran nichts (vgl. Beschluss vom 26. September 2000 - BVerwG 1 WB 52.00 -).

Der Antrag, den BMVg unter Aufhebung des ablehnenden Bescheids des PersABw vom 29. Mai 2000 zu verpflichten, über den Versetzungsantrag vom 16. Februar 2000 neu zu entscheiden, ist zulässig, aber nicht begründet.

Seiner Zulässigkeit steht nicht entgegen, dass der streitige Dienstposten beim NSSPO zwischenzeitlich mit einem anderen Soldaten besetzt worden ist. Eine militärische Verwendungsentscheidung verfestigt sich nicht dahingehend, dass der durch sie begünstigte Soldat eine rechtlich gesicherte Position erwirbt, auf dem ihm zugewiesenen Dienstposten verbleiben zu können. Er müsste es vielmehr hinnehmen, von seinem Dienstposten wieder wegversetzt zu werden, wenn der Antragsteller bei der Stellenbesetzung rechtswidrig übergangen worden wäre (Beschlüsse vom 20. Februar 1985 - BVerwG 1 WB 37.83, 113.84 - <BVerwGE 76, 336 [338]>, vom 10. März 1998 - BVerwG 1 WB 54.97 -, vom 29. April 1999 - BVerwG 1 WB 87.98 -, vom 9. Dezember 1999 - BVerwG 1 WB 46.99 -, vom 24. Mai 2000 - BVerwG 1 WB 27.00 - <DokBer B 2000, 267>, vom 18. Juli 2000 - BVerwG 1 WB 48.00 - und vom 25. Oktober 2000 - BVerwG 1 WB 98.00 -). Das ist hier nicht der Fall.

Der Soldat hat grundsätzlich keinen Anspruch auf eine bestimmte Verwendung. Ein dahingehender Anspruch lässt sich auch nicht aus der Fürsorgepflicht ableiten. Vielmehr entscheidet der zuständige Vorgesetzte über seine Verwendung nach Maßgabe des dienstlichen Bedürfnisses nach pflichtgemäßem Ermessen (Beschüsse vom 17. Mai 1988 - BVerwG 1 WB 53.87 - <BVerwGE 86, 25 f. >, vom 22. Juli 1997 - BVerwG 1 WB 8.97 <Buchholz 236.1 § 3 Nr. 18> und vom 27. Januar 1998 - BVerwG 1 WB 51.97 - <Buchholz 252 § 23 Nr. 1 = NZWehrr 1998, 248>). Die Entscheidung des BMVg, wen er für einen zu besetzenden Dienstposten unter den in Betracht kommenden geeigneten Soldaten auswählt, stellt im Kern ein ihm vorbehaltenes Werturteil dar. Als solches unterliegt es der gerichtlichen Nachprüfung nur in beschränktem Umfang. Der Senat kann nur prüfen, ob sich der BMVg bei der Auswahlentscheidung von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen, allgemein gültige Wertmaßstäbe nicht beachtet hat oder von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist. Bei einer Verwendungsentscheidung hat der BMVg allerdings zu beachten, dass Soldaten gemäß Art. 33 Abs. 2 GG und § 3 SG nach Eignung, Befähigung und Leistung zu verwenden sind (stRspr, vgl. Beschlüsse vom 20. Februar 1985 - BVerwG 1 WB 37.83, 113.84 - <a.a.O. S. 340>, vom 22. Juli 1997 - BVerwG 1 WB 8.97 - <a.a.O.> und vom 27. Januar 1998 - BVerwG 1 WB 51.97 - <a.a.O.>).

Bei der Besetzung des Dienstpostens kam es entgegen der Auffassung des Antragstellers nicht auf einen Eignungs- und Leistungsvergleich zwischen ihm und dem ausgewählten Offizier an. Ein solcher Vergleich ist gemäß § 3 SG nur vorzunehmen, wenn über die Bewerbung mehrerer Soldaten um eine höherwertige Verwendung zu entscheiden ist (vgl. Beschlüsse vom 2. März 1993 - BVerwG 1 WB 59.92 - <NZWehrr 1993, 206>, vom 31. Januar 1996 - BVerwG 1 WB 113.94 -. vom 4. September 1996 - BVerwG 1 WB 18.96 - und vom 26. September 2000 - BVerwG 1 WB 73.00 -; ebenso Urteil vom 22. Juli 1999 - BVerwG 2 C 14.98 - <Buchholz 237.2 § 12 Nr. 3 = ZBR 2000, 40 = DVBl 2000, 485>). Daran fehlt es hier, da sowohl der vom Antragsteller angestrebte als auch der von ihm derzeit wahrgenommene Dienstposten der BesGr A 14/A 13 zugeordnet sind.

Die Entscheidung darüber, ob ein Soldat für einen Dienstposten geeignet ist, stellt einen Akt wertender Erkenntnis dar, der gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar ist (vgl. Urteile vom 19. März 1998 - BVerwG 2 C 2.97 - <BVerwGE 106, 253 [262] = Buchholz 111 Art. 37 Nr. 5> und vom 10. Februar 2000 - BVerwG 2 A 10.98 - <ZBR 2000, 303>). Dabei können Zweifel an der persönlichen, charakterlichen Eignung, wie sie sich im vorliegenden Fall aus den bestandskräftigen Feststellungen in der Sonderbeurteilung ergeben, berücksichtigt werden.

Der Antragsteller kann schließlich nicht mit dem Einwand durchdringen, die Sonderbeurteilung sei rechtsfehlerhaft zustandegekommen, sodass eine Auswahlentscheidung auf sie nicht maßgeblich gestützt werden dürfe. Um dies gerichtlich nachprüfen zu können, hätte sie der Antragsteller gemäß Nr. 1102 Buchst. b ZDv 20/6 mit einer förmlichen Beschwerde anfechten müssen. Dies hat er nicht getan mit der Folge, dass die Beurteilung bestandskräftig geworden ist und der Verwendungsentscheidung zugrunde gelegt werden durfte.

Eine rechtsverbindliche Zusage, auf den begehrten Dienstposten versetzt zu werden, ist dem Antragsteller seinem eigenen Vorbringen zufolge nicht erteilt worden.

Eine Belastung des Antragstellers mit Verfahrenskosten kommt nicht in Betracht, da der Senat die Voraussetzungen des § 20 Abs. 2 WBO nicht für gegeben erachtet.

Dr. Maiwald

Dr. Honnacker

Dr. von Heimburg

Lukasczyk

Braunmiller