

Beglaubigte Abschrift

OBERVERWALTUNGSGERICHT

DES LANDES SACHSEN-ANHALT



1 M 1/21
5 B 283/20 MD

Kopie an MdL Stellungn.	WV
EINGEGANGEN	
05. Feb. 2021	
Stadter Rechtsanwalt	
zda	zda

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

des

**Antragstellers und
Beschwerdegegners,**

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Armin Stadter,
Hamburger Straße 29, 23795 Bad Segeberg -

g e g e n

die **Bundesrepublik Deutschland**, vertreten durch das Bundesministerium der Verteidigung, dieses vertreten durch das Bundesamt für das Personalmanagement der Bundeswehr, vertreten durch den Präsidenten, Militärringstraße 1000, 50737 Köln,

**Antragsgegnerin und
Beschwerdeführerin,**

w e g e n

Verkürzung der Dienstzeit nach § 40 Abs. 7 SG
- hier: vorläufiger Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO (Beschwerde) -

hat das Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt - 1. Senat - am 3. Februar 2021 beschlossen:

Die Beschwerde des Antragsgegners
gegen den Beschluss des Verwaltungs-
gerichts Magdeburg - 5. Kammer - vom

17. Dezember 2020 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die aufschiebende Wirkung der Beschwerde des Antragstellers gegen die Neufestsetzung seiner Dienstzeit mit Bescheid des Bundesamts für das Personalmanagement der Bundeswehr vom 26. Juni 2020 in der Gestalt des Beschwerdebescheids vom 29. Januar 2021 angeordnet wird.

Der Antragsgegner trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf die Wertstufe bis 6.000 € festgesetzt.

G r ü n d e :

1. Die Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Magdeburg - 5. Kammer - vom 17. Dezember 2020, mit dem festgestellt worden ist, dass die Beschwerde des Antragstellers vom 17. September 2020 gegen die Neufestsetzung des Dienstzeitendes vom 26. Juni 2020 aufschiebende Wirkung hat, bleibt im Ergebnis ohne Erfolg. Die von der Antragsgegnerin vorgebrachten Einwendungen rechtfertigen die begehrte Aufhebung oder Abänderung des angefochtenen Beschlusses unter Ablehnung des Antrags auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nach § 23 Abs. 6 Satz 3 WBO in Verbindung mit § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO nicht, auch wenn der Entscheidungstenor in der Hauptsache wegen des gesetzlichen Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde des Antragstellers anders zu fassen ist.

a) Zwar wendet die Antragsgegnerin zutreffend ein, das Verwaltungsgericht habe zu Unrecht angenommen, dass es sich bei der Verkürzung der Dienstzeit eines Soldaten auf Zeit nach § 40 Abs. 7 Satz 1 SG nicht um eine Entscheidung über die Beendigung eines Wehrdienstverhältnisses im Sinne des § 23 Abs. 6 Satz 2 WBO handele, so dass der vom Antragsteller erhobenen Beschwerde kraft Gesetzes aufschiebende Wirkung zukomme. Nach der genannten Regelung entfällt die aufschiebende Wirkung, die die Beschwerde gemäß § 23 Abs. 6 Satz 1 WBO grundsätzlich entfaltet, bei Entscheidungen über die Begründung, Umwandlung oder Beendigung eines Wehrdienstverhältnisses.

Dem Verwaltungsgericht ist im Ausgangspunkt ohne Weiteres darin zuzustimmen, dass die Verkürzung der Dienstzeit kein unmittelbar, d.h. aus sich heraus und ohne Hinzutreten anderweitiger Umstände statusverändernder Verwaltungsakt ist, weil das Dienstverhältnis eines Soldaten auf Zeit nach § 54 Abs. 1 Satz 1 SG mit dem Ablauf

der Zeit, für die er in das Dienstverhältnis berufen ist, kraft Gesetzes endet. Die Entscheidung über das vorgezogene Dienstzeitende lässt das Wehrdienstverhältnis mithin für sich genommen unberührt. Schon der Wortlaut des § 23 Abs. 6 Satz 2 WBO spricht allerdings dafür, dass die Vorschrift nicht nur solche Entscheidungen erfasst, die - wie namentlich Entlassungsverfügungen (vgl. § 54 Abs. 2 Nr. 1, § 55 SG) - unmittelbar auf eine Beendigung des Wehrdienstverhältnisses gerichtet sind. Mit einem Antrag nach § 40 Abs. 7 Satz 1 SG begehrt der Soldat auf Zeit, dass sein mit der ursprünglich festgesetzten Dienstzeit konkretisiertes Dienstverhältnis durch eine Verkürzung der Dienstzeit vorzeitig beendet werde; die Entscheidung über die beantragte Dienstzeitverkürzung ist eine Personalmaßnahme, die eine vorzeitige Beendigung des Dienstverhältnisses - früher als zu der ursprünglich festgesetzten Zeit - zum Gegenstand hat (vgl. BVerwG, Beschluss vom 18. Januar 1994 - 1 WB 14.93 -, juris Rn. 8). Mit der in § 23 Abs. 6 Satz 2 WBO gewählten Formulierung, dass „über“ die Beendigung eines Wehrdienstverhältnisses entschieden worden sein muss, wird kein engerer Statusbezug der Entscheidung im Sinne einer unmittelbaren Beendigungswirkung verlangt.

Die Auslegung des Verwaltungsgerichts wird auch nicht durch die Systematik des Soldatengesetzes gestützt. Dass § 40 SG mit der amtlichen Überschrift „Begründung des Dienstverhältnisses eines Soldaten auf Zeit“ versehen ist, weist nicht darauf hin, dass mit der Dienstzeitverkürzung nach § 40 Abs. 7 Satz 1 SG, einer bis zum 23. Dezember 2000 in § 4 des Gesetzes über die Verminderung der Personalstärke der Streitkräfte vom 20. Dezember 1991 (BGBl. I S. 2376) enthaltenen und durch Art. 1 Nr. 26 Buchst. f des Gesetzes vom 19. Dezember 2000 (BGBl. I S. 1815) in das Soldatengesetz überführten Bestimmung, nicht über die Beendigung eines Wehrdienstverhältnisses entschieden wird. Wenn § 54 Abs. 1 Satz 1 SG als Grund für die Beendigung des Dienstverhältnisses eines Soldaten auf Zeit den Ablauf der Zeit anführt, für die der Soldat in das Dienstverhältnis berufen ist, ist damit der Ablauf der festgesetzten Dienstzeit angesprochen, weil die Berufung (Ernennung, vgl. § 4 Abs. 1 Nr. 1 SG) ohne Festlegung einer bestimmten Zeitdauer erfolgt (vgl. Sohm, in: Walz/Eichen/Sohm, SG, 3. Aufl. 2016, § 54 Rn. 4). Der sachliche Zusammenhang zwischen der Dienstzeitfestsetzung als einem neben der Berufung bzw. Ernennung stehenden gesonderten Verwaltungsakt und der Beendigung des Dienstverhältnisses ist danach vom Gesetz impliziert. Die dienstbehördliche Entscheidung über die Länge der Dienstzeit des Soldaten ist Anknüpfungspunkt sowie notwendige und hinreichende Voraussetzung der daneben keines zusätzlichen Rechtsakts mehr bedürfenden gesetzlichen Beendigungswirkung.

Entscheidend für die Einbeziehung der Dienstzeitverkürzung in den Anwendungsbereich des § 23 Abs. 6 Satz 2 WBO sprechen jedoch der Sinn und Zweck der Norm unter Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien. In der einschlägigen Begründung des Gesetzentwurfs zum Gesetz zur Änderung wehrrechtlicher und anderer Vorschriften vom 31. Juli 2008 (BGBl. I S. 1629) heißt es, die in § 23 Abs. 6 Satz 2 WBO gesetzlich festgelegten Ausnahmen vom Grundsatz der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde „betreffen Statusangelegenheiten, bei denen das Interesse der Dienstbehörde an der

sofortigen Vollziehbarkeit der Entscheidung das Interesse der Beschwerdeführerin oder des Beschwerdeführers an der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde wegen der besonderen Erfordernisse der militärischen Personalführung regelmäßig überwiegt“ (BT-Drs. 16/7955 S. 37). Das im Rahmen der militärischen Personalführung verstärkt bestehende Bedürfnis nach klaren Verhältnissen in Statusfragen der Soldaten hängt nicht davon ab, ob die in Rede stehende Entscheidung der Dienstbehörde darauf zielt, das Dienstverhältnis unmittelbar zu beenden oder es infolge eines gegebenenfalls in nächster Zukunft eintretenden Zeitablaufs enden zu lassen. Auch im Fall des § 40 Abs. 7 Satz 1 SG sind im Interesse einer verlässlichen Personalplanung und -verwaltung, nicht zuletzt zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der Streitkräfte, mit der Bekanntgabe der Neufestsetzung des Dienstzeitendes gegenüber dem Soldaten Vorkehrungen für personelle Folgemaßnahmen für die Zeit nach dessen Ausscheiden aus dem Dienst zu treffen (siehe hierzu allgemein: BVerwG, Urteil vom 15. Mai 1997 - 2 C 3.96 -, juris Rn. 23). Deshalb beansprucht die Abwägung des Gesetzgebers, wonach für die Dauer des Anfechtungsverfahrens bis zu einer rechtskräftigen Hauptsacheentscheidung dem öffentlichen Sofortvollzugsinteresse im Regelfall der Vorrang vor dem privaten Aufschubinteresse des Beschwerdeführers gebührt, auch hier Geltung. Dass - wie das Verwaltungsgericht anmerkt - das Ende des Soldatenverhältnisses auf Zeit bei dem Streit um eine Dienstzeitverkürzung jedenfalls mit Ablauf der ursprünglich festgesetzten Dienstzeit eintritt, begründet keinen Unterschied zu den Fällen der Beendigung des Dienstverhältnisses aufgrund einer Entlassungsverfügung. Ebenso wenig trifft es zu, dass eine Dienstzeitverkürzung anders als eine Entlassungsentscheidung regelmäßig allein im Interesse des Soldaten verfügt wird. Vielmehr trägt § 40 Abs. 7 Satz 1 SG allein dem objektiven Interesse an einer Reduzierung der Personalstärke der Streitkräfte Rechnung (vgl. BT-Drs. 12/1269 S. 5, 8; OVG Bln-Bbg, Beschluss vom 30. Juni 2014 - OVG 7 S 30.14 -, juris Rn. 5 m. w. N.). Soweit das Verwaltungsgericht schließlich auf die Bestimmungen zur Streitwertfestsetzung in § 52 Abs. 6 Satz 1 GKG und § 52 Abs. 6 Satz 3 GKG verweist, findet die dort vorgenommene Differenzierung - ungeachtet des gänzlich anderen Regelungszusammenhangs - in § 23 Abs. 6 Satz 2 WBO keine Entsprechung.

Vor diesem Hintergrund ist es für die rechtliche Beurteilung des Senats unerheblich, dass im Beschwerdebescheid des Bundesamts für das Personalmanagement der Bundeswehr vom 29. Januar 2021 die sofortige Vollziehung der „Mitteilung über die Dauer des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf des 31.07.2020 aus dem Bescheid vom 26.06.2020“ nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO besonders angeordnet wurde.

b) Durfte das Verwaltungsgericht dem Antragsteller hiernach das Rechtsschutzbedürfnis für seinen „Hauptantrag“ auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (§ 23 Abs. 6 Satz 3 WBO in Verbindung mit § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO) nicht mit der Begründung absprechen, der Rechtsbehelf habe nach § 23 Abs. 6 Satz 1 WBO bereits kraft Gesetzes aufschiebende Wirkung, hat der Senat über diesen - statthaften und auch sonst zulässigen - Antrag im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu ent-

scheiden. Von dem Antrag des Antragstellers auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung war sein als „Hilfsbegehren“ gestellter Feststellungsantrag (in analoger Anwendung des § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO) umfasst (vgl. BVerwG, Beschluss vom 17. März 2020 - 3 VR 1.19 -, juris Rn. 14). Ist der Hilfsantrag im Hauptantrag enthalten, so handelt es sich nicht um einen echten Hilfsantrag, sondern in Wahrheit um einen einheitlichen Antrag (vgl. Seibert, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 124a Rn. 282).

Ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung hat nur dann Erfolg, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Vollzugs- und Suspensivinteressen das Interesse des Antragstellers am Aufschub der Vollziehung überwiegt (vgl. BVerwG, Beschluss vom 17. März 2020, a. a. O. Rn. 24). Das ist hier der Fall, weil sich der Bescheid der Antragsgegnerin vom 26. Juni 2020 („Mitteilung über die Dauer des Dienstverhältnisses“), mit dem die Dienstzeit des Antragstellers verkürzt worden ist, bei der dem Charakter des vorläufigen Rechtsschutzverfahrens entsprechenden summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage als rechtswidrig erweist, so dass die Beschwerde des Antragstellers voraussichtlich Erfolg haben wird.

Gemäß § 40 Abs. 7 Satz 1 SG kann die Dienstzeit eines Soldaten auf Zeit auf dessen Antrag verkürzt werden, wenn dies im dienstlichen Interesse liegt. Der Antragsteller hat zwar mit Schreiben vom 4. Juni 2020 einen Antrag auf Verkürzung seiner Dienstzeit gestellt; der Entscheidung über diesen Antrag hat er jedoch dadurch nachträglich die Grundlage entzogen, dass er ihn mit Schreiben vom 26. Juni 2020, das am 29. Juni 2020 beim Bundesamt für das Personalmanagement der Bundeswehr einging, rechtzeitig, nämlich vor Bekanntgabe des Bescheids vom 26. Juni 2020 (vgl. § 41 Abs. 1, § 43 Abs. 1 VwVfG), zurückgenommen hat. Bedenken gegen die Zulässigkeit der Antragsrücknahme bis zum Zeitpunkt der Bekanntgabe der Entscheidung bestehen nicht (vgl. Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 22 Rn. 70 m. w. N.); soweit der Beschwerdebescheid vom 29. Januar 2021 zur Begründung der gegenteiligen Auffassung den Beschluss des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 5. November 2013 - 1 B 1092/13 - (juris) heranzieht, betrifft diese Entscheidung eine „unwiderruflich“ abgegebene Weiterverpflichtungserklärung eines Soldaten auf Zeit nach § 40 Abs. 2 SG und stellt überdies klar, dass der Antrag (auf Dienstzeitverlängerung) jederzeit bzw. jedenfalls bis zur Entscheidung der zuständigen Stelle zurückgenommen werden könne, wenn keine unwiderrufliche Verpflichtungserklärung abgegeben worden sei (a. a. O. Rn. 16). Für eine „Unwiderruflichkeit“ des Antrags vom 4. Juni 2020 ergibt sich aus dem Schreiben des Antragstellers nichts.

Die Neufestsetzung seiner Dienstzeit ist dem Antragsteller nicht im Rahmen des Gesprächs mit Hauptmann [REDACTED] in dessen Büro am 26. Juni 2020 wirksam bekanntgegeben worden, sondern erst durch die seinem mit entsprechender Vollmacht ausgestatteten Prozessbevollmächtigten auf dessen Antrag vom 17. September 2020 gewährte Einsicht in die Behördenakte (§ 8 VwZG; vgl. OVG LSA, Beschluss vom 22. Juni 2009

- 2 M 86/09 -, juris Rn. 22; HambOVG, Urteil vom 30. Januar 2017 - 1 Bf 115/15 -, juris Rn. 29; VG Berlin, Beschluss vom 20. Dezember 2019 - 6 L 440.19 -, juris Rn. 26).

Bei der Neufestsetzung der Dienstzeit vom 26. Juni 2020 handelt es sich nach dem insoweit maßgeblichen Empfängerhorizont um einen schriftlichen Verwaltungsakt, nicht um die schriftliche Bestätigung einer mündlichen, von Hauptmann [REDACTED] ausgesprochenen Verfügung (vgl. § 37 Abs. 2 Satz 2 VwVfG). Diese vom Bundesamt für das Personalmanagement der Bundeswehr getroffene Formenwahl entspricht nach dem Beschwerdevorbringen der Antragsgegnerin den ausdrücklichen Vorgaben der Zentralen Dienstvorschrift, wonach die Festsetzung der Dienstzeit bzw. des Dienstzeitendes schriftlich zu erlassen und durch Aushändigung der darüber erstellten „Mitteilung“ bekanntzugeben sei. Dem entspricht die Verfahrensweise im zugrunde liegenden Fall, in dem der Bescheid vom 26. Juni 2020 dem Antragsteller gegen Empfangsbekanntnis durch Hauptmann [REDACTED] ausgehändigt werden sollte. Soweit Hauptmann [REDACTED] den Antragsteller am 26. Juni 2020 über die Bewilligung seines Verkürzungsantrags mündlich in Kenntnis gesetzt hat, ist darin lediglich eine Ankündigung oder informatorische Unterrichtung zu sehen, ohne dass aus Sicht des Empfängers nach den Gesamtumständen hinreichend - oder gar unmissverständlich - erkennbar war, dass die Entscheidung bereits mit einer solchen Erklärung formlos ergehen sollte (vgl. Stelkens/Bonk/Sachs, a. a. O. § 37 Rn. 50). Diesbezügliche Zweifel gehen zu Lasten der Antragsgegnerin (vgl. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, a. a. O.). Deren Standpunkt, dass zwar für den Antrag nach § 40 Abs. 7 Satz 1 SG und dessen Rücknahme durch den Soldaten Schriftform erforderlich sei, nicht jedoch für die Bescheidung des Antrags, ist im Übrigen schwer nachvollziehbar. Darauf kommt es hier indes nicht an.

Der Bescheid vom 26. Juni 2020 ist dem Antragsteller nicht ausgehändigt worden und auf diese Weise zugegangen. Er muss sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt der grundlosen Annahmeverweigerung oder arglistigen Zugangsvereitelung nach den im öffentlichen Recht entsprechend anwendbaren Grundsätzen von Treu und Glauben (vgl. § 242 BGB) so behandeln lassen, als wäre ihm das Schriftstück am 26. Juni 2020 durch Hauptmann [REDACTED] tatsächlich übergeben worden (vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 29. Juni 1990 - 8 C 22.89 -, juris Rn. 10 f.; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, a. a. O. § 41 Rn. 102 ff.). Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Antragstellers ist in diesem Zusammenhang nicht festzustellen. Nach den jedenfalls im entscheidungserheblichen Kern übereinstimmenden Angaben der Beteiligten (insbesondere auch den aktenkundigen Stellungnahmen des Hauptmanns [REDACTED] vom 16. und 27. Oktober und sowie 19. November 2020) machte der Antragsteller in der Unterredung am 26. Juni 2020 von vornherein deutlich, dass er an seinem Antrag auf Dienstzeitverkürzung nicht festhalte, und „entwertete“ Hauptmann [REDACTED] hierauf im Beisein des Antragstellers die ihm vom Bundesamt für das Personalmanagement der Bundeswehr übermittelten Unterlagen, wobei er ausweislich des Verwaltungsvorgangs das beigefügte Empfangsbekanntnis durchstrich und auf dem Vordruck vermerkte, dass der Antragsteller seinen Antrag „zurückzieht und nicht zum 31.07.20 entlassen werden möchte“. Nach den bei-

derseitigen Darstellungen gingen der Antragsteller und Hauptmann [REDACTED] offenbar einvernehmlich davon aus, dass sich aufgrund der (glaubhaft) erklärten Absicht des Antragstellers, seinen Antrag auf Dienstzeitverkürzung (schriftlich) zurückzuziehen, die Sache erledigt habe und dass sich eine Aushändigung und förmliche Entgegennahme des als gegenstandslos zu betrachtenden Festsetzungsbescheids damit erübrigt hätten. Das Scheitern des Zugangs beruhte bei dieser Sachlage nicht auf Gründen, die einseitig oder gar weil rechtsmissbräuchlich der Sphäre des Antragstellers zuzuordnen sind, sondern auf einem erkennbar konsensualen Verhalten des Antragstellers und des mit der Zustellung beauftragten Offiziers in der Annahme, die Nichtvornahme der Übergabe sei sachlich gerechtfertigt.

Da mit Bescheid des Bundesamts für das Personalmanagement der Bundeswehr vom 8. September 2020 dem Antragsteller nur deklaratorisch das Ende seiner Dienstzeit mit Ablauf des 31. Juli 2020 mitgeteilt wurde, erlangte die Neufestsetzung erst mit nachträglichem Zugang des Bescheids vom 26. Juni 2020 durch Akteneinsicht des Prozessbevollmächtigten des Antragstellers Ende September 2020 ex nunc Wirksamkeit. Ungeachtet der daraus folgenden Rückwirkung der Festsetzung des Dienstzeitendes hätte der Bescheid wegen der wirksamen Antragsrücknahme nicht ergehen dürfen.

2. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.
3. Die Entscheidung über die Festsetzung der Höhe des Streitwerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf den §§ 40, 47, 53 Abs. 2 Nr. 2 in Verbindung mit § 52 Abs. 1 und Abs. 6 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 bis 4 GKG und entspricht der Streitwertfestsetzung der erstinstanzlichen Entscheidung.
4. Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 in Verbindung mit § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]

Die Übereinstimmung der vorstehenden
Abschrift mit der Urschrift wird beglaubigt:
Magdeburg, 5. Februar 2021

(elektronisch signiert)

[REDACTED] Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle