



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 1 WB 49.14

In dem Wehrbeschwerdeverfahren

des Herrn Hauptmann a.D. ...,

...,

...,

- Bevollmächtigter:

Rechtsanwalt ...,

... -

Beigeladener:

Herr Hauptmann ...,

...,

hat der 1. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts durch

die Vorsitzende Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. von Heimburg,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Frenz,
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Langer,
die ehrenamtliche Richterin Oberfeldveterinär Dr. Wolff und
den ehrenamtlichen Richter Hauptmann Schicker

am 13. Juli 2015 beschlossen:

Der Antrag wird als unzulässig verworfen.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Rechtsstreit betrifft einen Konkurrentenstreit um den nach Besoldungsgruppe A 12 bewerteten Dienstposten Hubschrauberführeroffizier und ... bei der ... in B.
- 2 Der 1968 geborene Antragsteller war Berufssoldat in der Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes des Heeres in der Heeresfliegertruppe. Seine Dienstzeit endete vorzeitig mit Ablauf des 30. Juni 20... Er war am 30. Juli 2004 zum Hauptmann ernannt und mit Wirkung vom 1. Juli 2004 in eine Planstelle der Besoldungsgruppe A 11 eingewiesen worden. Vor seiner Versetzung in den Ruhestand war er zuletzt seit dem 1. Oktober 2010 auf einem nach Besoldungsgruppe A 11 bewerteten Dienstposten im Bereich ... der ... in B. eingesetzt.
- 3 Mit Schreiben vom 31. Oktober 2012 hatte das Personalamt der Bundeswehr dem Antragsteller mitgeteilt, dass ihn die Personalauswahlkonferenz "Zukunftspersonal der Heeresfliegertruppe - Fliegerisches Personal" im Jahr 2012 im Eignungs-, Befähigungs- und Leistungsvergleich und unter Berücksichtigung der strukturellen Rahmenbedingungen nicht zum Zukunftspersonal der Heeresfliegertruppe - Fliegerischer Dienst - beraten habe. Ausschlaggebend für diese Entscheidung war der Umstand, dass der Antragsteller nicht über die erforderliche TROPENDIENSTVERWENDUNGSFÄHIGKEIT verfügt. Den gegen diese Entscheidung nach erfolglosem Beschwerdeverfahren gestellten Antrag auf gerichtliche Entscheidung hat der Senat mit Beschluss vom 6. Februar 2014 - 1 WB 35.13 - zurückgewiesen.
- 4 Zum 1. Mai 20.. wurde der nach Besoldungsgruppe A 12 bewertete Dienstposten Hubschrauberführeroffizier und ... bei der ... mit dem Beigeladenen besetzt.
- 5 Mit Schreiben vom 27. Mai 20.. legte der Antragsteller Beschwerde dagegen ein, dass er bei dieser Dienstpostenbesetzung nicht berücksichtigt worden sei.

Er führte aus, dass seine Nichtzuordnung zu dem Personal, das fliegerisch eingesetzt werden solle, nicht den Ausschluss von weiteren Förderungen (auch auf Dienstposten mit der Verpflichtung zum Flugdienst) bedeute.

- 6 Die Beschwerde wies das Bundesministerium der Verteidigung - R II 2 - mit Bescheid vom 3. September 20.. zurück. Zur Begründung legte es dar, dass der Antragsteller keinen Anspruch auf Mitbetrachtung im Auswahlverfahren habe, weil er das für den strittigen Dienstposten wesentliche Eignungsmerkmal, die Ausbildung auf dem Luftfahrzeugmuster EC 135, nicht aufweise. Darüber hinaus fehle ihm die gesundheitliche Eignung für den Dienstposten. Bei dem Dienstposten handele es sich um einen fliegerischen Dienstposten, für den grundsätzlich eine vollumfängliche Wehrfliegerverwendungsfähigkeit notwendig sei. Nach der ärztlichen Begutachtung vom 5. Oktober 2012 sei der Antragsteller nicht vollumfänglich wehrfliegerverwendungsfähig.
- 7 Gegen diese ihm am 22. September 20.. eröffnete Entscheidung hat der Antragsteller am 20. Oktober 20.. die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts beantragt. Den Antrag hat das Bundesministerium der Verteidigung - R II 2 - mit seiner Stellungnahme vom 22. Oktober 20.. dem Senat vorgelegt.
- 8 Zur Begründung seines Rechtsschutzbegehrens hat der Antragsteller im Wesentlichen vorgetragen:
Er bestreite, dass grundsätzlich eine vollumfängliche Wehrfliegerverwendungsfähigkeit für den strittigen Dienstposten erforderlich sei. Dies erschließe sich insbesondere deshalb nicht, weil die Einheitsführertätigkeit regelmäßig weit überwiegend eine administrative Aufgabe darstelle. Im Übrigen sei die Ausplanung des von ihm angestrebten Dienstpostens als vollfliegerischer Dienstposten mit einer Qualifikation auf dem Luftfahrzeugmuster EC 135 inhaltlich in keiner Weise begründet.

- 9 Der Antragsteller hat mit Schriftsatz vom 16. Januar 2015 beantragt,
1. unter Aufhebung der Beschwerdeentscheidung des Bundesministeriums der Verteidigung vom 3. September 2014, mit welcher seine Bewerbung um den Dienstposten Hubschrauberführeroffizier und ... bei der ..., in B. abgelehnt worden ist, die Bundesrepublik Deutschland zu verpflichten, über die Besetzung dieses Dienstpostens unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden,
 2. festzustellen, dass die Ablehnung seiner Bewerbung für den im Antrag zu 1. bezeichneten Dienstposten rechtswidrig sei und er daher anstelle des Beigelandenen auf diesen Dienstposten seit dem 1. Juli 2014 zu versetzen gewesen sei.
- 10 Das Bundesministerium der Verteidigung hat beantragt,
- den Antrag zurückzuweisen.
- 11 Das Bundesministerium der Verteidigung ist dem Antrag unter Bezugnahme auf den Inhalt seines Beschwerdebescheids entgegengetreten.
- 12 Mit Schreiben vom 10. Juni 20.. hatte der Antragsteller seine vorzeitige Versetzung in den Ruhestand gemäß § 2 Streitkräftepersonalstruktur-Anpassungsgesetz zum Juni 20.. beantragt. Mit Urkunde des Präsidenten des Bundesamtes für das Personalmanagement der Bundeswehr vom 18. März 20.. ist der Antragsteller antragsgemäß mit Ablauf des 30. Juni 20.. in den Ruhestand versetzt worden. Diese Urkunde und die entsprechende Zurruesetzungsverfügung vom 18. März 20.. sind dem Antragsteller gegen Empfangsbekanntnis am 26. März 20.. ausgehändigt worden.
- 13 Mit Schriftsatz seines Bevollmächtigten vom 6. Juli 20.. hat der Antragsteller erklärt, das Verfahren nach seiner Versetzung in den Ruhestand ausschließlich mit dem Antrag zu 2. fortsetzen zu wollen. Ihm stehe ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse zu. Für ihn sei es nach wie vor von Bedeutung, dass ihm das Bundesministerium der Verteidigung die Chance auf eine Planstelle der Besoldungsstufe A 12 in der konkret angestrebten Position verwehrt habe. Er hätte

seine Entlassung aus dem Wehrdienstverhältnis nicht beantragt, wenn er anstelle des Beigeladenen auf den in Rede stehenden Dienstposten versetzt und in eine Planstelle der Besoldungsgruppe A 12 eingewiesen worden wäre. Seine materielle Anspruchsberechtigung für den Feststellungsantrag sei aus seiner Sicht gegeben. Für ihn stehe außer Frage, dass die Kriterien für die Dienstpostenbesetzung aufgrund sachfremder, willkürlicher Erwägungen festgelegt worden seien.

- 14 Der Beigeladene hat sich im Verfahren nicht geäußert.
- 15 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen. Die Beschwerdeakten des Bundesministeriums der Verteidigung - R II 2 - 275/13 und 1210/14, der Vorgang des Bundesministeriums der Verteidigung zur Versetzung des Antragstellers in den Ruhestand und die Gerichtsakten des Verfahrens BVerwG 1 WB 35.13 haben dem Senat bei der Beratung vorgelegen.

II

- 16 Die Fortführung des Wehrbeschwerdeverfahrens wird nicht dadurch berührt, dass das Dienstverhältnis des Antragstellers durch seine Versetzung in den Ruhestand mit Ablauf des 30. Juni 20.. beendet ist (§ 15 WBO).
- 17 Der vom Antragsteller zuletzt gestellte Fortsetzungsfeststellungsantrag (§ 19 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit § 21 Abs. 2 Satz 1 WBO) ist unzulässig. Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist deshalb als unzulässig zu verwerfen.
- 18 Der zuerst gestellte, nunmehr nicht weiter verfolgte Verpflichtungsantrag (Neubescheidungsantrag zu 1) hat sich mit dem Wirksamwerden der Versetzung des Antragstellers in den Ruhestand mit Ablauf des 30. Juni 20.. erledigt. Eine neue Auswahlentscheidung und gegebenenfalls eine anschließende Versetzung des Antragstellers auf den von ihm angestrebten Dienstposten sind seitdem rechtlich und tatsächlich nicht mehr möglich.

- 19 Bei einer derartigen Sachlage das Rechtsschutzbegehren mit dem Fortsetzungsfeststellungsantrag weiterzuführen, dass die erledigte truppdienstliche Maßnahme bzw. deren Ablehnung rechtswidrig ist, kann dann zwar gemäß § 19 Abs. 1 Satz 3 WBO unter der Voraussetzung eines berechtigten Feststellungsinteresses grundsätzlich zulässig sein.
- 20 Auf die Frage, ob ein derartiges Feststellungsinteresse des Antragstellers vorliegt, kommt es hier aber nicht an. Denn der Fortsetzungsfeststellungsantrag ist schon deshalb unzulässig, weil der ihm vorgeschaltete Verpflichtungsantrag im Zeitpunkt der Erledigung des Verpflichtungsbegehrens unzulässig war.
- 21 Da ein Fortsetzungsfeststellungsantrag systematisch unmittelbar mit dem ihm vorgeschalteten Anfechtungs- oder Verpflichtungsantrag verbunden ist, müssen für seine Zulässigkeit alle Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sein, die für den Anfechtungs- oder den Verpflichtungsantrag vorgeschrieben sind. Der Fortsetzungsfeststellungsantrag nach § 19 Abs. 1 Satz 3 WBO schließt im Anfechtungs- oder im Verpflichtungsrechtsstreit an die Verfahrenslage an, die bis zur Erledigung der angefochtenen Maßnahme bzw. Ablehnungsentscheidung geschaffen wurde. Infolge der Erledigung der Maßnahme kann der jeweilige Antragsteller prozessual nicht dadurch in eine bessere Position gelangen, dass er nunmehr auf einen Feststellungsantrag übergeht. Hätte der Anfechtungs- oder Verpflichtungsantrag ohne Prüfung der materiellen Rechtslage zurückgewiesen werden müssen, kann diese Prüfung nicht durch einen Übergang zum Fortsetzungsfeststellungsantrag erreicht werden (so die ständige Rechtsprechung zur Parallelvorschrift in § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO; vgl. bereits BVerwG, Urteil vom 5. Juni 1974 - VIII C 1. 74 - <insoweit nicht abgedruckt in BVerwGE 45, 189> = juris Rn. 12, Bayrischer VGH, Urteil vom 17. November 1980 - 89 XXII 78 - juris Orientierungssatz; vgl. auch: Kopp/Schenke, VwGO, 21. Aufl. 2015, § 113, Rn. 118 m.w.N.; Eyermann/Schmidt, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 113, Rn. 69 m.w.N., 97).

- 22 Dem Antragsteller fehlte bereits seit dem 26. März 20.. für seinen Verpflichtungsantrag das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis, das eine Sachentscheidungsvoraussetzung für das gerichtliche Antragsverfahren nach § 17 Abs. 1 Satz 1 WBO (hier in Verbindung mit § 21 Abs. 2 Satz 1 WBO) darstellt (vgl. Dau, WBO, 6. Aufl. 2013, § 17, Rn. 41). An diesem Tag hat er die vom Bundesamt für das Personalmanagement der Bundeswehr - auf seine Interessenbekundung hin - am 18. März 20.. erlassene Verfügung über seine vorzeitige Versetzung in den Ruhestand nach § 2 Streitkräftepersonalstruktur-Anpassungsgesetz und die entsprechende Ruhestands-Urkunde vom 18. März 20.. in Empfang genommen. Er hat die Entgegennahme dieser Urkunde und der Zurruesetzungsverfügung nicht unter Hinweis auf die noch ausstehende gerichtliche Entscheidung seines anhängigen Konkurrentenstreitverfahrens verweigert und auch nicht um Verschiebung der Aushändigung bis zu einer entsprechenden gerichtlichen Klärung gebeten. Er hat insoweit keine Vorbehalte oder Einschränkungen formuliert, sondern das Empfangsbekenntnis unterzeichnet. Damit hat er am 26. März 20.. eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass er kein Interesse mehr an dem strittigen Dienstposten hat sowie daran, die Auswahlentscheidung einer gerichtlichen Überprüfung zuzuführen und eine Neubescheidung seines diesbezüglichen Versetzungsbegehrens zu erreichen. Das Rechtsschutzbedürfnis für seinen Antrag zu 1. war damit entfallen. Daraus folgt die Unzulässigkeit seines Fortsetzungsfeststellungsantrags auch bezüglich der angestrebten Feststellung, dass er selbst anstelle des Beigeladenen auf den strittigen Dienstposten zu versetzen gewesen wäre.
- 23 Lediglich klarstellend weist der Senat darauf hin, dass dem Antragsteller nach dem Wirksamwerden seiner Versetzung in den Ruhestand das gemäß § 19 Abs. 1 Satz 3 WBO erforderliche Feststellungsinteresse nicht zusteht.
- 24 Dieses Feststellungsinteresse kann sich nach der Rechtsprechung des Senats aus einem Rehabilitierungsinteresse, aus einer Wiederholungsgefahr oder aus der Absicht ergeben, einen Schadensersatzanspruch geltend zu machen, sofern dieser nicht von vornherein als aussichtslos erscheint. Ein berechtigtes Feststellungsinteresse kommt auch in Betracht, wenn die erledigte Maßnahme eine fortdauernde faktische Grundrechtsbeeinträchtigung nach sich zieht. Das

Feststellungsinteresse muss der jeweilige Antragsteller substantiiert geltend machen (stRspr, z.B. BVerwG, Beschlüsse vom 11. Dezember 2003 - 1 WB 14.03 - BVerwGE 119, 341 und vom 26. Juli 2011 - 1 WB 13.11 - Rn. 19).

- 25 Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt.
- 26 Eine rehabilitierungsbedürftige diskriminierende Wirkung lässt sich der angefochtenen Entscheidung nicht entnehmen. Auch Aspekte einer Wiederholungsgefahr sind mit dem Wirksamwerden der Versetzung des Antragstellers in den Ruhestand nicht ersichtlich. Soweit der Antragsteller geltend macht, das Feststellungsinteresse sei gegeben, wenn die gerichtlichen Feststellungen der Vorbereitung eines Amtshaftungsprozesses dienen können, hat er lediglich einen abstrakten Obersatz formuliert. Er hat aber nichts dazu dargelegt, dass er selbst einen solchen Prozess eingeleitet habe oder zeitnah beabsichtige. Eine fortwirkende Grundrechtsbeeinträchtigung als Folge der erledigten Maßnahme kommt ebenfalls nicht in Betracht, weil sich der Schutzbereich der insoweit in Erwägung zu ziehenden Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 33 Abs. 2 GG nicht auf das Innehaben eines bestimmten (militärischen) Dienstpostens erstreckt.
- 27 Der Senat sieht davon ab, den Antragsteller mit Verfahrenskosten zu belasten, weil die Voraussetzungen des § 20 Abs. 2 i.V.m. § 21 Abs. 2 Satz 1 WBO nicht erfüllt sind.
- 28 Der Beigeladene trägt seine ihm in diesem Verfahren entstandenen Aufwendungen selbst, weil er keinen eigenen Antrag gestellt hat.

Dr. von Heimburg

Dr. Frentz

Dr. Langer