



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 1 WB 9.15

In dem Wehrbeschwerdeverfahren

des Herrn Hauptfeldwebel ...,

...,

- Bevollmächtigter:

...,

... -

hat der 1. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts durch

die Vorsitzende Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. von Heimburg,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Frenz und
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Eppelt

am 15. Januar 2016 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 Gegenstand des Rechtsstreits war der Antrag des Antragstellers, zur Laufbahn der Offiziere des Truppendienstes zugelassen bzw. in diese Laufbahn übernommen zu werden.
- 2 Der 19.. geborene Antragsteller ist Soldat auf Zeit mit einer zuletzt auf 25 Jahre festgesetzten Dienstzeit, die voraussichtlich mit Ablauf des 30. Juni 20.. enden wird. Mit Wirkung vom 1. November 2012 wurde er zum Hauptfeldwebel ernannt. Seit dem 1. November 20.. (Dienstantritt: 24. Februar 20..) wird er als S 6-Feldwebel und IT-Sicherheitsfeldwebel Bundeswehr in der 1. ... in C. verwendet.
- 3 Das Amtsgericht S. verurteilte den Antragsteller mit Strafbefehl vom 17. August 20.. (Az.: 3 Cs 898 Js 19191/10), rechtskräftig seit dem 7. September 20.., wegen fahrlässiger Trunkenheit im Verkehr zu einer Geldstrafe von 35 Tagessätzen zu je 15,00 € Zugleich wurde ihm die Fahrerlaubnis entzogen; er erhielt eine Sperre von sieben Monaten für die Neuerteilung der Fahrerlaubnis.
- 4 Mit Schreiben vom 26. August 20.. beantragte der Antragsteller seine Zulassung zur bzw. seine Übernahme in die Laufbahn der Offiziere des Truppendienstes zum Zulassungstermin 1. Juli 20... In dem dazu am 17. September 20.. ausgefüllten Bewerbungsbogen verneinte er in Abschnitt D Ziffer 22 die Frage, ob er in einem Strafverfahren rechtskräftig verurteilt oder mit einer anderen Maßnahme (z.B. Strafbefehl) belegt worden sei; ebenso verneinte er die Frage in Abschnitt D Ziffer 24, ob ihm die Fahrerlaubnis entzogen worden sei. Am Ende des Bewerbungsbogens versicherte er, dass er seine Angaben nach bestem Wissen wahrheitsgemäß gemacht habe.

- 5 In der Laufbahnbeurteilung vom 18. Dezember 20.. bescheinigte der nächste Disziplinarvorgesetzte dem Antragsteller eine außergewöhnliche Eignung für den beantragten Laufbahnwechsel. Dieses Votum bestätigte der nächsthöhere Vorgesetzte am 7. Januar 20...

- 6 Mit dem angefochtenen Bescheid vom 10. März 20.. lehnte das Bundesamt für das Personalmanagement der Bundeswehr den Antrag ab. Zur Begründung führte es aus, dass eine Übernahme in die Laufbahn der Offiziere gemäß § 6 Abs. 2 in Verbindung mit § 23 Abs. 1 SLV nicht möglich sei, weil der Antragsteller zum Übernahmetermin 1. Juli 20.. die Höchstaltersgrenze des vollendeten 30. Lebensjahres überschritten haben werde. Seine Übernahme in die Laufbahn der Offiziere nach § 29 SLV sei ausgeschlossen, weil zu den Einstellungsterminen 2014 der Bedarf an Offizieren bereits gedeckt sei.

- 7 Die dagegen vom Antragsteller mit Schreiben seines Bevollmächtigten vom 25. April 20.. eingelegte Beschwerde wies das Bundesministerium der Verteidigung - R II 2 - mit Bescheid vom 14. August 20.. zurück. Zur Begründung führte es aus, dass dem Übernahmebegehren des Antragstellers die in § 23 Abs. 1 Nr. 1 SLV geregelte Höchstaltersgrenze des 30. Lebensjahres entgegenstehe. Das vom Antragsteller in Bezug genommene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. Dezember 2012 - BVerwG 2 C 11.11 - beschränke sich auf die geburtsjahrgangsbezogene Einschränkung des Bewerberfeldes für Berufssoldaten im Militärmusikdienst; es betreffe hingegen nicht die Voraussetzungen für die Einstellung in die Laufbahn der Offiziere des Truppendienstes. Eine Übernahme in die angestrebte Laufbahn nach § 29 SLV sei wegen fehlenden Bedarfs und auch deshalb nicht möglich, weil gemäß Nr. 702 ZDv 20/7 der Aufstieg in die Laufbahn der Offiziere des Truppendienstes regelmäßig dann ausgeschlossen sei, wenn der Bewerber - wie der Antragsteller - vor Eintritt in die Bundeswehr die allgemeine Hochschulreife erworben habe. Unabhängig davon bestünden in der Person des Antragstellers erhebliche Zweifel an der charakterlichen Eignung für die angestrebte Laufbahn. Dies folge aus dem noch nicht tilgungsreifen Strafbefehl vom 17. August 20.. und dem Umstand, dass der Antragsteller - entgegen seiner Verpflichtung aus § 13 SG - im Bewerbungsbogen für den freiwilligen Dienst in der Bundeswehr weder die rechtskräftige Verurtei-

lung wegen fahrlässiger Trunkenheit im Verkehr noch den Entzug der Fahrerlaubnis angegeben habe.

- 8 Gegen diese ihm am 9. September 2014 zugestellte Entscheidung beantragte der Antragsteller am 15. September 2014 die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts. Den Antrag hat das Bundesministerium der Verteidigung - R II 2 - mit seiner Stellungnahme vom 26. Februar 2015 dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.
- 9 Mit gerichtlicher Verfügung vom 9. Dezember 2015 sind die Beteiligten darauf hingewiesen worden, dass sich nach dem Eingang des Verfahrens beim Senat (am 5. März 2015) die für die Entscheidung maßgebliche Sach- und Rechtslage in mehreren entscheidungserheblichen Punkten geändert habe.
- 10 Daraufhin hat das Bundesministerium der Verteidigung - R II 2 - mit Schriftsatz vom 11. Dezember 2015 erklärt, dass es sich unter Aufhebung der angefochtenen Bescheide verpflichte, das Bundesamt für das Personalmanagement der Bundeswehr (Assessmentcenter für Führungskräfte der Bundeswehr) eine Neubescheidung des Antrags des Antragstellers vom 26. August 20.. zum Zulassungstermin 1. Juli 2016 vornehmen zu lassen. Einer Erklärung der Erledigung der Hauptsache werde bereits jetzt zugestimmt. Der Belastung mit Verfahrenskosten sei zu widersprechen. Das Bundesamt für das Personalmanagement der Bundeswehr - ACFüKrBw - hat mit Bescheid vom 8. Januar 2016 seinen Ablehnungsbescheid vom 10. März 20.. aufgehoben. Den Aufhebungsbescheid hat das Bundesministerium der Verteidigung - R II 2 - dem Senat unter dem 11. Januar 2016 übermittelt und erklärt, dass über den Antrag des Antragstellers vom 26. August 20.. auf Zulassung zur bzw. auf Übernahme in die Laufbahn der Offiziere des Truppendienstes erneut entschieden werde.
- 11 Der Antragsteller hat mit Schreiben seines Bevollmächtigten vom 13. Januar 2016 den Rechtsstreit ebenfalls in der Hauptsache für erledigt erklärt und beantragt,

die Kosten des Wehrbeschwerdeverfahrens und des vorangegangenen Beschwerdeverfahrens dem Bund aufzuerlegen und festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten im Beschwerdeverfahren notwendig war.

- 12 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen. Die Beschwerdeakte des Bundesministeriums der Verteidigung - R II 2 - 1096/14 - und die Personalgrundakte des Antragstellers haben dem Senat bei der Beratung vorgelegen.

II

- 13 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 in Verbindung mit § 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, § 23a Abs. 2 WBO in Verbindung mit 161 Abs. 2 Satz 1 VwGO; stRspr, vgl. z.B. BVerwG, Beschluss vom 22. April 2008 - 1 WB 4.08 - m.w.N.).
- 14 Billigem Ermessen entspricht es, die dem Antragsteller erwachsenen notwendigen Aufwendungen zur Hälfte dem Bund aufzuerlegen, weil die Erfolgsaussichten des Rechtsschutzbegehrens des Antragstellers - das Bundesministerium der Verteidigung zu verpflichten, über seinen Antrag auf Zulassung zur bzw. auf Übernahme in die Laufbahn der Offiziere des Truppendienstes unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu entscheiden - nach dem bisherigen Sach- und Streitstand als offen einzuschätzen sind (vgl. zum Grundsatz der hälftigen Kostenteilung bei offenen Erfolgsaussichten: BVerwG, Beschluss vom 14. Juli 2010 - 1 WB 66.09 - Rn. 10).
- 15 Zwar sind nach ständiger Rechtsprechung des Senats (vgl. z.B. BVerwG, Beschlüsse vom 5. August 2010 - 1 WDS-VR 3.10 -, vom 27. Juli 2011 - 1 WB

21.11 - und vom 17. Juli 2012 - 1 WB 35.12 - Buchholz 450.1 § 20 WBO Nr. 4 Rn. 17) in der Regel die notwendigen Aufwendungen (vollständig) dem Bund aufzuerlegen, wenn die übereinstimmenden Erledigungserklärungen darauf beruhen, dass der Antragsteller klaglos gestellt worden ist, indem das Bundesministerium der Verteidigung oder die in seinem Auftrag handelnde Stelle der Bundeswehr aus eigener Veranlassung dem mit dem Rechtsschutzantrag verfolgten Begehren stattgegeben hat. Resultiert dieses Nachgeben bei gleichgebliebener Sach- und Rechtslage allein aus einer geänderten Rechtsauffassung des Entscheidungsträgers der Bundeswehr, ist es billig, den Bund mit sämtlichen Aufwendungen des jeweiligen Antragstellers zu belasten (stRspr, z.B. BVerwG, Beschluss vom 9. Mai 2014 - 1 WB 60.13 - juris Rn. 13).

- 16 Die letztgenannte Voraussetzung ist im Fall des Antragstellers indessen nicht erfüllt. Das Bundesministerium der Verteidigung hat sich nur deshalb zur Aufhebung der angefochtenen Bescheide und zu der vom Antragsteller angestrebten Neubescheidung seines Antrags auf Zulassung zur bzw. Übernahme in die Laufbahn der Offiziere des Truppendienstes verpflichtet, weil sich die für die gerichtliche Entscheidung maßgebliche Sach- und Rechtslage unmittelbar nach der am 5. März 2015 eingetretenen Rechtshängigkeit des Verfahrens in mehreren entscheidungserheblichen Punkten geändert hat.
- 17 Dies folgt zunächst aus dem Umstand, dass das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 21. April 2015 - 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12 - die Einstellungshöchstaltersgrenze im öffentlichen Dienst für verfassungswidrig erklärt hat. Die entgegenstehende Rechtsprechung des 2. Revisionsenats des Bundesverwaltungsgerichts wurde aufgehoben. Vor diesem Hintergrund ist zweifelhaft, ob die für Soldaten in § 23 Abs. 1 Nr. 1 SLV geregelte Einstellungshöchstaltersgrenze, die in Verbindung mit § 6 Abs. 2 SLV den angefochtenen Bescheiden zugrunde lag, mit höherrangigem Recht, insbesondere mit Art. 33 Abs. 2 GG vereinbar ist. Überdies kann seit dem 29. April 2015 dem Übernahmebegehren des Antragstellers nicht mehr die Ausschlussregelung in Nr. 702 ZDv 20/7 entgegengehalten werden, weil sie in der seit diesem Tag gültigen Nachfolgeregelung ZDv A-1340/49 "Beförderung, Einstellung, Übernahme und Zulassung von Soldatinnen und Soldaten" nicht mehr enthalten ist. Außerdem ist

im August 2015 gemäß § 45 Abs. 1, § 46 Abs. 1 Nr. 1a und § 47 Abs. 1 BZRG für den Strafbefehl des Amtsgerichts S. vom 17. August 20.. Tilgungsreife eingetreten. Die Dokumente der Bedarfsträger der Teilstreitkräfte über den Ergänzungsbedarf in der angestrebten Laufbahn für den Zulassungs- bzw. Übernahmetermin 1. Juli 2015 sind (erst) im Juni 2015 in das gerichtliche Verfahren eingeführt worden. Nicht zuletzt hatte sich der ursprünglich gewünschte Zulassungs- bzw. Übernahmetermin 1. Juli 20.. schon bei Erlass des Beschwerdebescheids des Bundesministeriums der Verteidigung erledigt. Angesichts des Verpflichtungsbegehrens des Antragstellers war dessen Sachantrag zulässigerweise (vgl. BVerwG, Beschluss vom 5. Februar 2015 - 1 WB 19.14 - juris Rn. 15 m.w.N.) auf den 1. Juli 2016 als den nächst erreichbaren Zulassungs- bzw. Übernahmetermin zu beziehen. Deshalb und angesichts des Wegfalls der Regelung in Nr. 702 ZDv 20/7 müsste eine aktuelle Bedarfsprüfung nunmehr von dem regulären Ergänzungsbedarf bzw. von den regulären Übernahmemöglichkeiten zum 1. Juli 2016 ausgehen. Außerdem ist die Entscheidung über die charakterliche Eignung des Antragstellers für die angestrebte Laufbahn zu aktualisieren.

- 18 Diese veränderte Sach- und Rechtslage, die den Verfahrensbeteiligten in der gerichtlichen Verfügung vom 9. Dezember 2015 dargelegt worden ist, hat das Bundesministerium der Verteidigung - R II 2 - bewogen, die angefochtenen Bescheide aufzuheben und die Selbstverpflichtung auszusprechen, eine Neubescheidung des Zulassungs- bzw. Übernahmebegehrens des Antragstellers zum 1. Juli 2016 durch das Bundesamt für das Personalmanagement der Bundeswehr zu veranlassen. Dieses hat den angefochtenen Ausgangsbescheid mit Bescheid vom 8. Januar 2016 aufgehoben.
- 19 Daher ist eine vollständige Kostenbelastung des Bundes nicht geboten.
- 20 Die hälftige Kostenquotelung resultiert daraus, dass offen ist, ob das Neubescheidungsbegehren des Antragstellers ohne Erledigung der Hauptsache hätte Erfolg haben können.

- 21 Unabhängig von der Frage, ob die dem Zulassungsbegehren des Antragstellers entgegengehaltene Höchstaltersgrenze des vollendeten 30. Lebensjahres (§ 23 Abs. 1 Nr. 1 SLV) mit Verfassungsrecht vereinbar ist, lässt sich zur Zeit nicht abschließend beurteilen, ob und mit welchen Maßgaben für den Termin 1. Juli 2016 ein aktueller Ergänzungsbedarf oder aktuelle Übernahmemöglichkeiten für Laufbahnwechsel-Bewerber wie den Antragsteller bestehen. Ob dem Antragsteller im Hinblick auf seine unrichtigen Angaben zum Strafbefehl des Amtsgerichts S. und zur Entziehung der Fahrerlaubnis die charakterliche Eignung für die strittige Laufbahn abzusprechen ist, hat das Bundesamt für das Personalmanagement der Bundeswehr bei der Neubescheidung im Rahmen des ihm zustehenden Beurteilungsspielraums zu bewerten; seine Einschätzung kann nicht vom Senat getroffen werden.
- 22 Über den Antrag, die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für das Beschwerdeverfahren für notwendig zu erklären, ist im Rahmen eines Einstellungs- und Kostenbeschlusses nach § 20 Abs. 3 WBO nicht zu entscheiden. Die Entscheidung über die Erstattungsfähigkeit der Kosten eines Rechtsanwalts ist nicht Teil der vom Gericht zu treffenden Kostengrundentscheidung, sondern gehört in das Verfahren der Kostenfestsetzung, für das der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle zuständig ist (stRspr, vgl. z.B. BVerwG, Beschluss vom 26. August 2015 - 1 WB 53.14 - juris Rn. 21 m.w.N.). Eine von dieser Zuständigkeitsverteilung abweichende Regelung wie in § 162 Abs. 2 Satz 2 VwGO kennt die Wehrbeschwerdeordnung nicht.

Dr. von Heimburg

Dr. Frenz

Dr. Eppelt