



# BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

## BESCHLUSS

BVerwG 1 WB 59.08

In dem Wehrbeschwerdeverfahren

des Herrn Generalarzt ...,

hat der 1. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts durch

den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Golze,  
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Frenz,  
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Langer,  
den ehrenamtlichen Richter Generalmajor von Butler und  
den ehrenamtlichen Richter Brigadegeneral Niemann

am 16. Dezember 2008 beschlossen:

Die Entscheidung des Bundesministers der Verteidigung vom 17. Dezember 2007, den Dienstposten des Stellvertreters des Inspektors des ... der Bundeswehr zum 1. Januar 2008 mit dem damaligen Admiralarzt Dr. B. zu besetzen, wird aufgehoben. Der Bundesminister der Verteidigung wird verpflichtet, über die Besetzung dieses Dienstpostens unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden.

Die dem Antragsteller im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht erwachsenen notwendigen Auslagen werden dem Bund auferlegt.

### G r ü n d e :

#### I

- 1 Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung betrifft einen Konkurrentenstreit um die Besetzung des nach Besoldungsgruppe B 7 bewerteten Dienstpostens des Stellvertreters des Inspektors des ... der Bundeswehr und Chefs des Stabes im Führungsstab des ...
- 2 Der ... geborene Antragsteller ist Berufssoldat; seine Dienstzeit endet voraussichtlich mit Ablauf des ... Zuletzt wurde er am 18. April 2002 zum Generalarzt befördert. Der Antragsteller war während des hier strittigen Auswahlverfahrens als Medical Adviser beim ... in B. eingesetzt; derzeit (seit 1. Oktober 2008) wird er als Stellvertretender Amtschef des ...amts der Bundeswehr in M. verwendet.
- 3 Am 17. Dezember 2007 entschied der Bundesminister der Verteidigung im Rahmen der Personalkonferenz II/2007, den Dienstposten des Stellvertreters des Inspektors des ... der Bundeswehr zum 1. Januar 2008 mit dem damaligen Admiralarzt Dr. B. zu besetzen. Die Personalentscheidung ist zum vorgesehenen Termin wirksam geworden; Dr. B. wurde im Jahre 2008 zum Admiralstabsarzt befördert.
- 4 In der dem Senat vorgelegten Verfahrensakte Az.: 36/08 befindet sich zu dieser Besetzungsentscheidung die Verfügung eines Schreibens des Referats PSZ I 2 vom 14. Dezember 2007 an den Stellvertreter des Abteilungsleiters Personal-, Sozial- und Zentralangelegenheiten, das aus einer Vorlage für die Besetzung des Dienstpostens sowie einer 19-seitigen Anlage mit einem Eignungsvergleich zwischen dem damaligen Admiralarzt Dr. B. und dem Antragsteller aufgrund ihrer jeweils letzten drei Beurteilungen besteht.

- 5 In der Vorlage werden für die Beratung zur Besetzung des Dienstpostens in Abstimmung mit dem Inspekteur des ... der damalige Admiralarzt Dr. B., der Antragsteller sowie Generalarzt Dr. R. als Kandidaten vorgeschlagen. Alle drei vorgeschlagenen Sanitätsoffiziere seien für den Dienstposten des Stellvertreters des Inspektors des ... aufgrund ihres Verwendungsvorlaufs und ihres Leistungsvermögens sehr gut qualifiziert. Sie verfügten über hervorragende Kenntnisse in der ministeriellen Stabsarbeit, besäßen das notwendige diplomatische Geschick, um in anspruchsvollen Situationen zielgerichtet und erfolgreich agieren zu können, kennten aus eigenem Erleben die Bedeutung streitkräftegemeinsamen Denkens und Handelns und seien führungserfahren und über die entsprechenden „Pflichttore“ aufgebaut. Im direkten Eignungs-, Leistungs- und Befähigungsvergleich könne Admiralarzt Dr. B. bei vergleichbarem Verwendungsaufbau und Eignungsprofil insgesamt auf die bessere fachliche Expertise und bessere Bewertungen in den zurückliegenden Beurteilungen verweisen; für Einzelheiten werde auf die Anlage Bezug genommen. Darüber hinaus wiesen seine Eignungs- und Verwendungsempfehlungen bis in die B 9-Ebene. Im Einvernehmen mit dem Inspekteur des ... werde deshalb empfohlen, dem Bundesminister vorzuschlagen, in der Personalkonferenz II/2007 am 17. Dezember 2007 für Admiralarzt Dr. B. aufgrund seiner herausragenden Fach- und Führungskompetenz zu entscheiden.
- 6 Die genannte 19-seitige Anlage enthält eine Darstellung von Auswertungsgrundsätzen sowie eine detaillierte Gegenüberstellung, Auswertung und vergleichende Bewertung der jeweils an keine bestimmte Form gebundenen, in freier Beschreibung erstellten vorvorletzten (von 2003), vorletzten (von 2005) und aktuellen/letzten Beurteilungen (von 2007) von Admiralarzt Dr. B. und des Antragstellers.
- 7 Am 11. Januar 2008 wurde der Antragsteller durch den Referatsleiter PSZ I 3 des Bundesministeriums der Verteidigung telefonisch darüber informiert, dass er bei der Besetzung des Dienstpostens des Stellvertreters des Inspektors des ... nicht ausgewählt worden sei.

- 8 Mit Schreiben vom 12. Januar 2008, beim Bundesministerium der Verteidigung eingegangen am 14. Januar 2008, erhob der Antragsteller Beschwerde gegen die Auswahlentscheidung und beantragte die gerichtliche Überprüfung; sein Bevollmächtigter werde in Kürze Akteneinsicht zur Vorbereitung der Beschwerdebeurteilung nehmen. Auf seinen Antrag vom 17. März 2008 hin wurden dem Bevollmächtigten des Antragstellers im April 2008 Einsicht in die Verfahrensakte Az.: 36/08 und in die Personalgrundakte des Admiralarztes Dr. B., Hauptteile A I bis III 3, B I bis II, C I bis V und D, gewährt. Mit Schriftsatz vom 9. Juni 2008 gab der Bevollmächtigte des Antragstellers eine ausführliche Begründung des Antrags auf gerichtliche Entscheidung ab. Der Bundesminister der Verteidigung - PSZ I 7 - legte den Antrag auf gerichtliche Entscheidung zusammen mit seiner Stellungnahme vom 28. Juli 2008 dem Senat vor.
- 9 Zur Begründung trägt der Antragsteller insbesondere vor:  
Der Antrag sei fristgerecht eingelegt und begründet worden, weil der Mitteilung der Auswahlentscheidung die erforderliche Rechtsbehelfsbelehrung gefehlt habe.
- 10 Ein Protokoll der Personalkonferenz, aus dem hervorgehe, mit welcher Begründung der Bundesminister der Verteidigung sich für Dr. B. entschieden habe, existiere nicht. Sofern die Vorlage vom 14. Dezember 2007 Grundlage der Entscheidung gewesen sein sollte, sei festzustellen, dass die Auswahl nicht nach den Kriterien der Eignung, Leistung und Befähigung getroffen worden sei. Sowohl die Bewertung des Verwendungsaufbaus der Bewerber als auch die Auswertung der Beurteilungen seien unsachlich und fehlerhaft. Eine Dienstpostenbeschreibung als Grundlage für die Bewertung der Eignung liege offenkundig nicht vor; es wäre deshalb die Aufgabenbeschreibung des Führungsstabs des ... heranzuziehen gewesen.
- 11 Bei der Darstellung des Verwendungsaufbaus der Bewerber seien seine, des Antragstellers, letzten beiden Verwendungen, insbesondere die als Stabsabteilungsleiter Fü..., bewusst selektiv und völlig unzureichend bewertet worden. Auffallend sei, dass im entscheidenden Teil der Vorlage aus den Beurteilungen von Admiralarzt Dr. B. fast wörtlich zitiert werde, um dessen Leistungen herauszustellen; in seiner, des Antragstellers, Darstellung und Bewertung werde dagegen auf entsprechende Zitate in benachteiligender Weise gänzlich verzich-

tet. Seine besonderen Verdienste um die konzeptionelle Weiterentwicklung des ... im nationalen und internationalen Bereich würden an keiner Stelle der Vorlage gewürdigt, obwohl gerade darin eine wesentliche Aufgabe des Führungsstabs des ... bestehe. Auch die Aussage, beide Bewerber hätten vergleichbare Einsatzerfahrung, treffe nicht zu.

- 12 Zur Auswertung der Beurteilungen sei darauf hinzuweisen, dass sich seine letzten drei Beurteilungen auf drei verschiedene Verwendungen mit deutlich unterschiedlichen Anforderungsprofilen bezögen, während Admiralarzt Dr. B. die ersten zwei Beurteilungszeiträume und die erste Hälfte des dritten Beurteilungszeitraums in derselben Verwendung absolviert habe. Er, der Antragsteller, habe daher sehr viel mehr der Forderung des Grundsatzerglasses entsprochen, Berufsoffiziere stufenweise auf höhere Verwendungen vorzubereiten und ihr Leistungspotenzial in unterschiedlichen Verwendungen zu bewerten. Die Auswertung der Beurteilungen folge im Übrigen einer ähnlichen - abzulehnenden - Methodik wie in der Ministervorlage vom 8. August 2007 im Parallelverfahren BVerwG 1 WB 39.07. Erneut werde versucht, aus den formungebundenen Beurteilungen die 16 Einzelmerkmale der Leistungen bzw. die vier Merkmale der Eignung und Befähigung gemäß ZDV 20/6 Vordruck A herzuleiten, und dabei davon ausgegangen, dass sich die Beurteiler bei der Erarbeitung der formungebundenen Beurteilungen stringent am Vordruck A orientiert hätten. Dies sei jedoch offenkundig nicht der Fall gewesen. Erneut werde auch versucht, aus Verwendungsvorschlägen eine bessere Beurteilung herzuleiten. Als durchgängiger Interpretationsfehler falle insoweit auf, dass für Admiralarzt Dr. B. Verwendungsvorschläge positiv vermerkt worden seien, die bei ihm, dem Antragsteller, nur deshalb fehlten, weil die entsprechende Verwendung zum Beurteilungszeitpunkt bereits verfügt gewesen sei. Eine objektive Bewertung der Beurteilungen führe insgesamt zu dem Schluss, dass beide Bewerber im Wesentlichen gleich beurteilt seien und sich für keinen ein entscheidender Eignungsvorsprung ergebe.
- 13 Soweit bei gleicher Leistung, Eignung und Befähigung im Rahmen sachgerechter Erwägungen darüber zu befinden sei, welchen zusätzlichen Gesichtspunkten entscheidendes Gewicht beizumessen sei, komme der Verwendungsbreite eine vorrangige Bedeutung zu. Hier habe er, der Antragsteller, einen deutlichen Vorsprung. In einem früheren Wehrbeschwerdeverfahren um die Besetzung

des Dienstpostens des Stellvertreters des Inspektors des ... (BVerwG 1 WB 8.97) habe das Bundesministerium der Verteidigung der ministeriellen Erfahrung - insbesondere auf der Ebene des Unterabteilungsleiters, der dem heutigen Stabsabteilungsleiter entspreche - entscheidendes Gewicht beigemessen. Es gebe keinen sachlichen Grund, von dieser Gewichtung jetzt abzuweichen. Ein Vergleich der ministeriellen Erfahrung zeige, dass er, der Antragsteller, insoweit nicht nur über die breitere Erfahrung, sondern auch über aktuellere und höherwertige Verwendungen als Admiralarzt Dr. B. verfüge und sich gerade in der damals als wesentliches Kriterium angesprochenen Weiterentwicklung des gesamten ... Verdienste erworben habe.

14 Der Antragsteller beantragt

die Aufhebung der angefochtenen Personalentscheidung und Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Bundesverwaltungsgerichts.

15 Der Bundesminister der Verteidigung beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

16 Der Antrag sei unzulässig, weil er nicht innerhalb der Zwei-Wochen-Frist des § 17 Abs. 4 WBO begründet worden sei. Einer auf die Begründungspflicht hinweisenden Rechtsbehelfsbelehrung habe es nicht bedurft. Angesichts der Tatsache, dass dies nicht das erste, sondern bereits das vierte Verfahren des Antragstellers vor dem Bundesverwaltungsgericht sei, habe ihm in zumutbarer Weise sowohl die Art des Rechtsmittels als auch die einzuhaltende Einlegungs- und Begründungsfrist bekannt sein müssen. Dies gelte insbesondere im Hinblick darauf, dass er anwaltlich vertreten sei.

17 Der Antrag sei darüber hinaus unbegründet. Die zugunsten von Dr. B. getroffene Entscheidung sei rechtmäßig und verletze den Antragsteller nicht in seinen Rechten. Aus dem Eignungsvergleich ergebe sich, dass der damalige Admiralarzt Dr. B. auf der Grundlage der letzten drei Beurteilungen durchgängig als leistungsstärker einzuschätzen gewesen sei. Bei der Aufstellung der Beurteilungskriterien sei nicht gegen allgemeine Wertvorstellungen verstoßen worden. Die Entscheidung des Bundesministers der Verteidigung vom 17. Dezember

2007 sei durch die Vorlage des Referats PSZ I 2 samt Anlage ausführlich dokumentiert.

- 18 Unter dem 1. Dezember 2008 hat der Bundesminister der Verteidigung - PSZ I 7 - den vom Bundesminister der Verteidigung mit einem grünen Strich abgezeichneten Entwurf des Protokolls über das Ergebnis der Personalkonferenz II/2007 vom 17. Dezember 2007 sowie das in der Folge vom Adjutanten des Ministers (als Protokollführer der Personalkonferenz) unterschriebene und mit dem 17. Dezember 2007 datierte Protokoll vorgelegt. Das Protokoll listet die Teilnehmer der Personalkonferenz auf und fährt mit folgendem Text fort: „Nach eingehender Erörterung der Kandidaten hat BM über die Nachbesetzungen von Spitzendienstposten entschieden. Die wesentlichen Gründe für die jeweiligen Entscheidungen sind durch PSZ I 2 dokumentiert.“ Hierauf folgt eine Liste von Namen und Dienstposten der zum 1. Januar, 1. März, 1. Juli, 1. August und 1. September 2008 beschlossenen - insgesamt fünfzehn - Personalveränderungen, die mit Ausnahme der Zeile „AdmA Dr. B., ..., Kdr ...Kdo ..., wird StvInsp und Chef des Stabes Fü ...“ in der vorgelegten Fassung geschwärzt sind.
- 19 Mit Schreiben vom 5. Dezember 2008 hat außerdem der Stellvertreter des Abteilungsleiters Personal-, Sozial- und Zentralangelegenheiten zu der Auswahlentscheidung wie folgt Stellung genommen:

„Die Personalkonferenz II/2007 am 17.12.2007 hat um 19:00 Uhr begonnen und gegen 21:00/21:15 Uhr geendet.

Vor dieser Konferenz, deren vom Bundesminister der Verteidigung abgezeichnetes Ergebnisprotokoll Ihnen vorliegt und in der er die dort dokumentierten Entscheidungen getroffen hat, fand zusätzlich bereits am 28.11.2007 eine bei Generalsentscheidungen übliche Vorbereitungssitzung zur Personalkonferenz statt. Auch diese hat etwa 2 Stunden gedauert.

Sowohl in der Vorbereitungssitzung wie auch in der Personalkonferenz selbst habe ich dem Minister ausführlich die Gründe dargelegt, warum der jeweils für die Auswahl vorgeschlagene Offizier unter Berücksichtigung des Aufgabenprofils des zu besetzenden Dienstpostens und mit Blick auf die Konkurrenten am Besten qualifiziert ist. Dies

gilt auch hinsichtlich der in diesem Verfahren angefochtenen Verwendungsentscheidung zugunsten des damaligen Admiralarztes Dr. B. im Vergleich mit Generalarzt Dr. D.

In der für die endgültige Entscheidung maßgeblichen Personalkonferenz II/2007 am 17.12.2007 habe ich dabei die Einzelheiten und tragenden Gründe aus der Vorlage des Referates PSZ I 2 vom 14.12.2007 entnommen.

Diese sind von dem Bundesminister der Verteidigung gebilligt worden.“

- 20 Wegen des Vorbringens im Einzelnen wird auf den Inhalt der Schriftsätze der Beteiligten sowie der Akten Bezug genommen. Die Verfahrensakte des Bundesministers der Verteidigung - PSZ I 7 - Az.: 36/08 - und die Personalgrundakte des Antragstellers, außerdem die Akten der abgeschlossenen Verfahren BVerwG 1 WDS-VR 4.06, BVerwG 1 WDS-VR 6.06 und BVerwG 1 WB 31.06 sowie der beim Senat anhängigen weiteren Verfahren des Antragstellers BVerwG 1 WB 39.07 und BVerwG 1 WB 19.08 haben dem Senat bei der Beratung vorgelegen.

## II

- 21 Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung hat Erfolg.
- 22 1. Der Antrag ist zulässig. Er ist insbesondere nicht verspätet begründet worden.
- 23 a) Gemäß § 17 Abs. 4 Satz 1 WBO (hier i.V.m. § 21 Abs. 2 Satz 1 WBO) ist der Antrag auf gerichtliche Entscheidung innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe des ablehnenden Bescheids schriftlich einzureichen oder zur Niederschrift zu erklären und zu begründen. Richtet sich der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen eine Erstmaßnahme des Bundesministers der Verteidigung (im Sinne des § 21 Abs. 1 WBO), so beginnt die Zwei-Wochen-Frist - in Anlehnung an § 6 Abs. 1 WBO - mit der Kenntnis des Antragstellers von dem Beschwerdeanlass (stRspr, vgl. Beschlüsse vom 27. November 1970 - BVerwG 1 WB 142.69 - BVerwGE 43, 140 <144>, vom 23. Februar 1972 - BVerwG 1 WB 1.70 - BVerwGE 43, 308 <309 f.>, vom 27. April 2005 - BVerwG 1 WB



8.05 -, vom 1. September 2005 - BVerwG 1 WB 16.05 - und vom 6. September 2007 - BVerwG 1 WB 62.06 - Buchholz 450.1 § 17 WBO Nr. 65; Böttcher/Dau, WBO, 4. Aufl. 1997, § 17 Rn. 80).

- 24 Kenntnis von dem Beschwerdeanlass hat ein Soldat, wenn ihm die Umstände bekannt sind, aus denen sich die von ihm empfundene Beeinträchtigung ergibt (vgl. Beschluss vom 30. November 2006 - BVerwG 1 WB 18.06 - Buchholz 450.1 § 6 WBO Nr. 4 = NZWehrr 2007, 127). Kenntnis vom Beschwerdeanlass ist somit nicht nur bei förmlicher Bekanntgabe gegeben, sondern schon dann, wenn der betroffene Soldat den Inhalt einer Maßnahme oder Entscheidung tatsächlich kennt. Bei Konkurrentenstreitigkeiten - wie hier - bedeutet dies, dass der Soldat von der endgültig getroffenen Verwendungsentscheidung zugunsten des Konkurrenten oder davon Kenntnis erhält, dass er selbst nicht auf dem angestrebten Dienstposten verwendet werden soll (vgl. Beschlüsse vom 6. November 1985 - BVerwG 1 WB 26.85 -, vom 6. September 2007 - BVerwG 1 WB 14.07 - und vom 13. August 2008 - BVerwG 1 WB 45.07 - <zur Veröffentlichung in Buchholz vorgesehen>). Da die Kenntniserlangung keine Bekanntgabe voraussetzt, ist diese vorbehaltlich spezieller gesetzlicher Regelungen oder einer z.B. auf entsprechenden Verwaltungsvorschriften beruhenden ständigen Verwaltungspraxis auch nicht an eine bestimmte Form gebunden (vgl. zum Ganzen näher Beschluss vom 16. Dezember 2008 - BVerwG 1 WB 19.08 - in der parallelen Konkurrentenstreitigkeit des Antragstellers betreffend den Dienstposten des Amtschefs des Sanitätsamts der Bundeswehr).
- 25 Danach begann die Frist des § 17 Abs. 4 Satz 1 WBO am 12. Januar 2008 (§ 187 Abs. 1 BGB), weil der Antragsteller am 11. Januar 2008 durch den Referatsleiter PSZ I 3 des Bundesministeriums der Verteidigung telefonisch darüber informiert wurde, dass er bei der Besetzung des Dienstpostens des Stellvertreters des Inspektors des ... nicht ausgewählt worden sei. Der Antragsteller hat mit seinem am 14. Januar 2008 beim Bundesministerium der Verteidigung eingegangenen Schreiben vom 12. Januar 2008 innerhalb von zwei Wochen den Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt. Eine Begründung des Antrags hat er zwar erst rund fünf Monate später, nämlich mit dem Schriftsatz seines Bevollmächtigten vom 9. Juni 2008 gegeben. Die Frist des § 17 Abs. 4 Satz 1

WBO war jedoch auch zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgelaufen. Dem Eintritt der Verfristung des Rechtsbehelfs mit Ablauf des 25. Januar 2008 (§ 188 Abs. 2 BGB) steht entgegen, dass der Antragsteller nicht die erforderliche Rechtsbehelfsbelehrung erhalten hat.

- 26 Wenn - wie hier - eine truppdienstliche Erstmaßnahme unmittelbar vom Bundesminister der Verteidigung (im Sinne von § 21 Abs. 1 WBO) erlassen wird und deshalb als Rechtsbehelf nur der Antrag auf gerichtliche Entscheidung zu Gebote steht, verlangt die Verfassungsgarantie eines effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) die ausdrückliche Belehrung des betroffenen Soldaten darüber, dass der Antrag innerhalb einer Frist von zwei Wochen gestellt und begründet werden muss (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 30. Januar 1991 - 2 BvR 712/90 - NZWehrr 1991, 67 <68 f.> sowie im Anschluss hieran die ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. Beschlüsse vom 14. September 1999 - BVerwG 1 WB 27.99 - Buchholz 311 § 17 WBO Nr. 36, vom 12. April 2000 - BVerwG 1 WB 7.00 - Buchholz 252 § 51 SBG Nr. 1 = NZWehrr 2000, 161, vom 24. Januar 2006 - BVerwG 1 WB 15.05 - BVerwGE 125, 56 <58 f.> = Buchholz 402.8 § 14 SÜG Nr. 11 sowie zuletzt vom 30. April 2008 - BVerwG 1 WB 12.08 - m.w.N.). Eine solche Rechtsbehelfsbelehrung hat der Antragsteller bei der telefonischen Mitteilung der Auswahlentscheidung am 11. Januar 2008 nicht erhalten.
- 27 Unterbleibt eine erforderliche Rechtsbehelfsbelehrung, so stellt dies hinsichtlich der Hinderung an der Einhaltung einer Frist einen unabwendbaren Zufall dar (§ 7 Abs. 2 WBO) mit der Folge, dass gemäß § 7 Abs. 1 WBO die Frist zur Einlegung des Rechtsbehelfs erst drei Tage nach Beseitigung des Hindernisses, d.h. hier: drei Tage nach einer eventuellen nachträglichen Erteilung einer ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung, abläuft (vgl. Beschlüsse vom 24. Januar 2006 a.a.O. S. 58 und vom 8. März 2007 - BVerwG 1 WB 63.06 -). Dabei kommt es nicht darauf an, ob das Fehlen der Rechtsbehelfsbelehrung im Einzelfall ursächlich dafür war, dass der Soldat an der Einhaltung der Frist gehindert war; nach § 7 Abs. 2 WBO begründet eine unterbliebene Rechtsbehelfsbelehrung die unwiderlegbare Vermutung eines unabwendbaren Zufalls (vgl. Beschluss vom 24. Januar 2006 a.a.O. S. 58). Deshalb ist es auch unerheblich, ob

der Soldat anwaltlich vertreten ist oder ob ihm aus früheren Verfahren die maßgeblichen Einlegungs- und Begründungsfristen bekannt sind oder bekannt sein müssen. Es liegt im Verantwortungsbereich des Bundesministers der Verteidigung und ist diesem unbenommen, durch eine gleichzeitig mit der Entscheidung oder gegebenenfalls nachträglich erteilte ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung die Voraussetzung dafür zu schaffen, dass innerhalb kurzer Fristen Klarheit darüber besteht, ob rechtzeitig ein Rechtsbehelf eingelegt wurde oder aber die Maßnahme unanfechtbar geworden ist (vgl. dazu auch BVerfG, Kammerbeschluss vom 30. Januar 1991 a.a.O. S. 69 <am Ende>).

- 28 Da der Antragsteller auch eine nachträgliche Rechtsbehelfsbelehrung nicht erhalten hat, war die Antragsfrist bei der Begründung seines Antrags auf gerichtliche Entscheidung nicht abgelaufen. Der Antrag ist somit fristgerecht gestellt.
- 29 b) Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung erfüllt auch alle übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen. Der Rechtsstreit hat sich insbesondere nicht dadurch erledigt, dass der strittige Dienstposten inzwischen mit dem ausgewählten Bewerber Admiralstabsarzt Dr. B. besetzt worden ist. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats verfestigt sich eine einmal getroffene militärische Verwendungsentscheidung nicht dahin, 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 wegversetzt zu werden, wenn der Antragsteller bei der Stellenbesetzung ihm gegenüber rechtswidrig übergangen worden wäre (vgl. Beschlüsse vom 25. April 2007 - BVerwG 1 WB 31.06 - BVerwGE 128, 329 <330 f.> = Buchholz 449 § 3 SG Nr. 41 sowie zuletzt vom 26. Februar 2008 - BVerwG 1 WB 1.07 - m.w.N.).
- 30 2. Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung hat auch in der Sache Erfolg.
- 31 Die Entscheidung des Bundesministers der Verteidigung vom 17. Dezember 2007, den Dienstposten des Stellvertreters des Inspektors des ... der Bundeswehr mit dem damaligen Admiralarzt Dr. B. zu besetzen, ist rechtswidrig und verletzt den Antragsteller in seinen Rechten. Der Bundesminister der Ver-

teidigung ist verpflichtet, über die Besetzung dieses Dienstpostens unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden.

- 32 a) Für Auswahl- und Verwendungsentscheidungen, auch bei der Besetzung von Spitzendienstposten der in § 50 Abs. 1 SG genannten Art (Beschluss vom 25. April 2007 a.a.O. S. 333 f.), gelten die nachfolgenden Grundsätze.
- 33 Ein Soldat hat grundsätzlich keinen Anspruch auf eine bestimmte örtliche oder fachliche Verwendung oder auf Verwendung auf einem bestimmten Dienstposten. Ein dahingehender Anspruch lässt sich auch nicht aus der Fürsorgepflicht ableiten. Vielmehr entscheidet der zuständige Vorgesetzte über die Verwendung eines Soldaten nach Maßgabe des dienstlichen Bedürfnisses nach seinem pflichtgemäßen Ermessen (stRspr, vgl. Beschluss vom 25. April 2007 a.a.O. S. 332 m.w.N.). Dabei ist zu beachten, dass Art. 33 Abs. 2 GG jedem Deutschen ein grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gewährt. Hieraus folgt ein Anspruch eines Bewerbers auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über seine Bewerbung (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 9. Juli 2007 - 2 BvR 206/07 - NVwZ 2007, 1178 = ZBR 2008, 169 m.w.N.). Nach der Regelung des § 3 Abs. 1 SG gilt Entsprechendes auch für Verwendungsentscheidungen im militärischen Bereich („... ist nach Eignung, Befähigung und Leistung ... zu verwenden“).
- 34 Da Eignung, Befähigung und Leistung unbestimmte Rechtsbegriffe wertenden Inhalts sind, steht dem zuständigen Vorgesetzten bei der Entscheidung über die Eignung eines Soldaten für eine bestimmte Verwendung im Sinne des § 3 Abs. 1 SG ein Beurteilungsspielraum zu, den er unter Berücksichtigung des von dem Soldaten wahrzunehmenden Dienstpostens auszufüllen hat (stRspr, vgl. Beschluss vom 26. November 1986 - BVerwG 1 WB 117.86 - BVerwGE 83, 251 <253>). Demzufolge beschränkt sich die gerichtliche Nachprüfung der Eignung insoweit auf die Kontrolle, ob der Vorgesetzte bei der Entscheidung den anzuwendenden Begriff oder den gesetzlichen Rahmen des Beurteilungsspielraums verkannt hat, ob er von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist, allgemein gültige Wertmaßstäbe nicht beachtet, sachfremde Erwägungen an-

gestellt oder gegen Verfahrensvorschriften verstoßen hat (vgl. Beschluss vom 14. September 1999 - BVerwG 1 WB 40, 41 und 42.99 - BVerwGE 111, 22 <23> = Buchholz 236.1 § 3 SG Nr. 21).

- 35 Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitigkeiten um Beförderungsämtler folgt aus Art. 33 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 GG die Verpflichtung des Dienstherrn, die seiner Entscheidung zugrundeliegenden wesentlichen Auswählerwägungen schriftlich niederzulegen. Nur durch eine schriftliche Fixierung der wesentlichen Auswählerwägungen - deren Kenntnis sich der unterlegene Bewerber gegebenenfalls durch Akteneinsicht verschaffen kann - wird der Mitbewerber in die Lage versetzt, sachgerecht darüber befinden zu können, ob er die Entscheidung des Dienstherrn hinnehmen soll oder ob Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen den Anspruch auf faire und chancengleiche Behandlung seiner Bewerbung bestehen und er gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen will. Darüber hinaus eröffnet erst die Dokumentation der maßgeblichen Erwägungen dem Gericht die Möglichkeit, die angegriffene Entscheidung eigenständig nachzuvollziehen. Schließlich stellt die schriftliche Dokumentation der Auswählerwägungen sicher, dass die Bewertungsgrundlagen der entscheidenden Stelle vollständig zur Kenntnis gelangt sind; erweist sich damit als verfahrensbegleitende Absicherung der Einhaltung der Maßstäbe des Art. 33 Abs. 2 GG (vgl. zum Ganzen BVerfG, Kammerbeschluss vom 9. Juli 2007 a.a.O.; aus der Rechtsprechung der allgemeinen Verwaltungsgerichte zuletzt etwa NdsOVG, Beschluss vom 14. Januar 2008 - 5 ME 317.07 - NVwZ-RR 2008, 552 = DÖD 2008, 132 m.w.N.).
- 36 Eine entsprechende Verpflichtung zur Dokumentation der wesentlichen Auswählerwägungen hat der Senat auch für Entscheidungen angenommen, die - wie hier - Konkurrenzverhältnisse hinsichtlich militärischer Verwendungen betreffen (vgl. Beschluss vom 25. April 2007 a.a.O. S. 335 f.). Die Entscheidung über die Verwendung prägt die nachfolgende Entscheidung über eine der Dotierung des Dienstpostens entsprechende Beförderung in ein höheres Statuamt wesentlich vor; die daraus folgende Bedeutung von Verwendungsentscheidungen, gerade für militärische Spitzenstellen wie die hier strittige, wird

etwa auch daran sichtbar, dass als maßgebliche Personalveränderung im militärischen Bereich nicht die Beförderung, sondern die Besetzung des höherwertigen Dienstpostens (z.B. durch Pressemitteilung) bekanntgegeben wird.

- 37 b) Nach diesen Maßstäben ist die Entscheidung des Bundesministers der Verteidigung vom 17. Dezember 2007 nicht hinreichend dokumentiert. Sie ist aufzuheben, weil eine gerichtliche Kontrolle der Entscheidung - insbesondere darauf, ob sie ermessens- und beurteilungsfehlerfrei ergangen ist - ohne Kenntnis der zugrundeliegenden wesentlichen Auswählerwägungen nicht möglich ist.
- 38 aa) Anders als in der parallelen Konkurrentenstreitigkeit des Antragstellers um den Dienstposten des Stellvertretenden Befehlshabers des ...kommandos (vgl. dazu Beschluss vom 16. Dezember 2008 - BVerwG 1 WB 39.07 - unter II.1.a) fehlt es im vorliegenden Fall an einer *an den Bundesminister der Verteidigung* gerichteten oder ihm sonst zugegangenen Entscheidungsvorlage (oder einer vergleichbaren Unterlage), aus der sich ergibt, dass *der Bundesminister* die ihm von der Personalverwaltung unterbreiteten Auswählerwägungen - wie etwa dort durch eine datierte und nicht mit Zusätzen versehenen Paraphe - gebilligt und sich zu Eigen gemacht hat.
- 39 Die dem Senat vorgelegte und dem Bevollmächtigten des Antragstellers im Wege der Akteneinsicht zugänglich gemachte Verfahrensakte Az.: 36/08 enthält zu der Besetzung des Dienstpostens des Stellvertreters des Inspektors des ... - nur - die Verfügung eines Schreibens des Referats PSZ I 2 vom 14. Dezember 2007 *an den Stellvertreter des Abteilungsleiters Personal-, Sozial- und Zentralangelegenheiten (PSZ)*. Das Schreiben besteht aus einer dreiseitigen Vorlage, in der für die Beratung zur Besetzung des Dienstpostens der damalige Admiralarzt Dr. B., der Antragsteller und Generalarzt Dr. R. als Kandidaten vorgeschlagen werden und deren jeweiliger militärischer Werdegang in komprimierter Form dargestellt und bewertet wird. Dabei wird für die Einschätzung, dass Admiralarzt Dr. B. im direkten Eignungs-, Leistungs- und Befähigungsvergleich bei vergleichbarem Verwendungsaufbau und Eignungsprofil insgesamt über die bessere fachliche Expertise und die besseren Bewertungen in den zurückliegenden Beurteilungen verfüge, hinsichtlich der Einzelheiten auf

eine 19-seitige Anlage Bezug genommen. Diese Anlage wiederum erläutert die Auswertungsgrundsätze, die dem Vergleich der Beurteilungen zugrundegelegt wurden, und enthält im Anschluss daran eine Gegenüberstellung und vergleichende Bewertung der jeweils letzten drei Beurteilungen von Admiralarzt Dr. B. und des Antragstellers. Die im Einvernehmen mit dem Inspekteur des ... getroffene Empfehlung der Vorlage lautet, dem Bundesminister vorzuschlagen, in der Personalkonferenz II/2007 am 17. Dezember 2007 für Admiralarzt Dr. B. aufgrund seiner herausragenden Fach- und Führungskompetenz zu entscheiden.

- 40 Der Senat hat den Bundesminister der Verteidigung - PSZ I 7 - gebeten, den Vorschlag der Abteilung PSZ, der in der Personalkonferenz II/2007 die Entscheidungsgrundlage bildete und aus dem sich die Billigung oder Entscheidung des Bundesministers der Verteidigung ergibt, im Original vorzulegen (Schreiben vom 20. November 2008) bzw. einen Nachweis zu erbringen, dass die Vorlage des Referats PSZ I 2 dem Bundesminister vor dessen Entscheidung in der Personalkonferenz II/2007 vorgelegen und seine Billigung gefunden hat (Schreiben vom 1. Dezember 2008). Auf diese Anforderung hin hat der Bundesminister der Verteidigung - PSZ I 7 - das Protokoll der Personalkonferenz II/2007 vom 17. Dezember 2007 übermittelt sowie eine Stellungnahme des Stellvertreters des Abteilungsleiters Personal-, Sozial- und Zentralangelegenheiten (vom 5. Dezember 2008), der in der Personalkonferenz vorgetragen hat, veranlasst. Dem Senat wurde jedoch keine an den Bundesminister gerichtete Vorlage des Referats PSZ I 2 und keine sonstige schriftliche Entscheidungsgrundlage vorgelegt, die der Bundesminister vor seiner Entscheidung in Händen gehabt, geschweige denn abgezeichnet hätte; es wird auch in dem Sachvortrag des Bundesministers der Verteidigung - PSZ I 7 - nicht behauptet, dass solche Unterlagen existieren.
- 41 bb) Die (an den Stellvertreter des Abteilungsleiters PSZ adressierte) Vorlage des Referats PSZ I 2 vom 14. Dezember 2007 erfüllt auch in Verbindung mit dem *mündlichen Vortrag* in der Personalkonferenz II/2007 oder mit dem *Protokoll* der Personalkonferenz nicht die Anforderungen an eine Dokumentation der Auswahlentscheidung.

- 42 Nach den Ergebnissen der Sachverhaltsaufklärung kam der Vorlage des Referats PSZ I 2 vom 14. Dezember 2007 eine doppelte Funktion zu. Zum einen diente sie dem Stellvertreter des Abteilungsleiters PSZ, an den sie auch adressiert war, als Grundlage für seinen mündlichen Vortrag in der Personalkonferenz II/2007 am 17. Dezember 2007, mit dem er dem Bundesminister der Verteidigung die Kandidaten vorstellte und die Gründe für die Auswahl unter den vorgeschlagenen Offizieren - unter anderem - für den hier strittigen Dienstposten des Stellvertreters des Inspektors des ... darlegte; dies ergibt sich aus der Stellungnahme des Stellvertreters des Abteilungsleiters PSZ vom 5. Dezember 2008. Zum anderen sollte - unter anderem - die Vorlage vom 14. Dezember 2007 durch eine entsprechende Verweisung („Die wesentlichen Gründe für die jeweiligen Entscheidungen sind durch PSZ I 2 dokumentiert.“) in das Protokoll über das Ergebnis der Personalkonferenz integriert werden und auf diese Weise die Dokumentation der Entscheidungsgründe gewährleisten; hierauf hebt das Schreiben des Bundesministers der Verteidigung - PSZ I 7 - vom 1. Dezember 2008 ab.
- 43 In beiderlei Hinsicht erfüllt die Vorlage des Referats PSZ I 2 vom 14. Dezember 2007 jedoch nicht die Anforderungen an eine Dokumentation der Auswahlentscheidung.
- 44 In Bezug auf den mündlichen Vortrag in der Personalkonferenz II/2007 belegt die Vorlage vom 14. Dezember 2007, dass dem Stellvertreter des Abteilungsleiters PSZ eine formal wohlaufbereitete Informations- und Argumentationsgrundlage zur Verfügung stand. Ungeachtet der Aussage, dass er bei dem Vortrag in der Personalkonferenz „die Einzelheiten und tragenden Gründe aus der Vorlage des Referates PSZ I 2 vom 14.12.2007 entnommen“ habe (Stellungnahme vom 5. Dezember 2008), kann der Stellvertreter des Abteilungsleiters PSZ allerdings den Inhalt der Vorlage schon allein wegen ihres Umfangs von insgesamt 22 relativ eng beschriebenen Seiten auch nicht annäherungsweise vollständig, sondern nur stark zusammenfassend wiedergegeben haben. Bei einer Dauer der Personalkonferenz von etwa zwei Stunden und einer Zahl von fünfzehn zu treffenden Entscheidungen über militärische Spitzenstellen entfällt auf die einzelne Entscheidung ein Zeitraum von durchschnittlich acht Minuten. Mit welcher



Auswahl und Akzentsetzung in diesem Rahmen aus der Vorlage referiert wurde, ist nicht erkennbar, zumal auch das Protokoll vom 17. Dezember 2007 lediglich die Dienstposten und den Namen des jeweils ausgewählten Kandidaten mitteilt.

- 45 Vor allem aber besagt die Vorlage des Referats PSZ I 2 vom 14. Dezember 2007 - auch wenn man unterstellen darf, dass sich der Vortragende möglichst eng an dieser orientiert hat - nichts über die Erwägungen, die letztlich die Entscheidung des Bundesministers bestimmt haben. Der Bundesminister mag sich dem (zusammenfassenden) Vortrag der Gründe uneingeschränkt angeschlossen haben, er mag den Entscheidungsvorschlag aber auch nur im Ergebnis und aus ganz anderen Gründen gebilligt haben; was insoweit der Fall ist, lässt sich weder aus dem Vortrag noch aus der Sprechvorlage des Vortragenden ableiten. Die vorliegende Fallkonstellation unterscheidet sich daher im entscheidenden Punkt von der erwähnten parallelen Konkurrentenstreitigkeit des Antragstellers um den Dienstposten des Stellvertretenden Befehlshabers des ...kommandos (Beschluss vom 16. Dezember 2008 - BVerwG 1 WB 39.07 -), wo der Bundesminister der Verteidigung eine (an ihn adressierte) umfangreiche Vorlage der Personalabteilung mit seiner Paraphe abgezeichnet hat. Mit dieser Billigung fixiert der Bundesminister die Auswählerwägungen, die seine Entscheidung bestimmt haben, an denen er sich festhalten lassen muss und für die er die Verantwortung trägt. Die Entscheidung wird dadurch für Mitbewerber, die nicht ausgewählt wurden, und für das gegebenenfalls angerufene Gericht nachvollziehbar und kontrollierbar; diese Konsequenzen sind zugleich geeignet, die (vorgängige) Selbstkontrolle des zur Entscheidung Berufenen zu fördern. Alle diese - mit der Dokumentationspflicht gerade bezweckten - Wirkungen entfallen, wenn wie hier nur die vorbereitenden Überlegungen der Personalverwaltung, nicht aber die die Entscheidung tragenden Auswählerwägungen des Bundesministers „greifbar“ sind.
- 46 Der Dokumentationspflicht wird auch nicht durch das - vom Bundesminister der Verteidigung im Entwurf mit einem grünen Strich abgezeichnete - Protokoll vom 17. Dezember 2007 über das Ergebnis der Personalkonferenz II/2007 genügt. Weder sind die Entscheidungsvorlagen oder sonstigen Unterlagen, die die we-

sentlichen Auswählerwägungen dokumentieren sollen, in dem Protokoll näher bezeichnet noch sind sie dem Protokoll als Anlage beigegeben. Der pauschale, sich auf fünfzehn Personalentscheidungen beziehende Satz „Die wesentlichen Gründe für die jeweiligen Entscheidungen sind durch PSZ I 2 dokumentiert.“ stellt keine hinreichend bestimmte Verweisung auf konkrete, identifizierbare und mit der Entscheidung unabänderlich fixierte Unterlagen dar; nur solche aber gewährleisten, dass die mit der Dokumentationspflicht verfolgten Zwecke erreicht werden. Unabhängig davon kann ein Schriftstück, das dem Bundesminister nicht vor der Entscheidung vorgelegen hat, nicht nachträglich zur Begründung seiner Entscheidung deklariert werden. Aufgabe der Dokumentation ist es nicht, die getroffene Entscheidung durch möglichst „gute Gründe“ gerichtsfest abzusichern, sondern die für die Entscheidung tatsächlich maßgeblichen Gründe festzuhalten und offenzulegen.

- 47 cc) Aus der vom Stellvertreter des Abteilungsleiters PSZ erwähnten Vorbereitungssitzung vom 28. November 2007 lässt sich für eine hinreichende Dokumentation der maßgeblichen Auswählerwägungen des Bundesministers schon deshalb nichts herleiten, weil sie außerhalb der Personalkonferenz und insbesondere zeitlich vor der Erstellung der Vorlage vom 14. Dezember 2007 stattfand.
- 48 dd) Da die Vorlage des Referats PSZ I 2 vom 14. Dezember 2007 keine Dokumentation der Entscheidung des Bundesministers der Verteidigung vom 17. Dezember 2007 darstellt, bedarf es keiner Entscheidung, ob die dort dargelegten Gründe geeignet gewesen wären, die getroffene Auswahl unter den Kandidaten zu rechtfertigen.
- 49 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 20 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 21 Abs. 2 Satz 1 WBO.