



# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

## **BESCHLUSS**

BVerwG 1 WB 80.08

In dem Wehrbeschwerdeverfahren

des Herrn Hauptmann ...,

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 Oberstleutnant Becker und  
den ehrenamtlichen Richter Hauptmann Forster

am 20. Januar 2009 beschlossen:

Der Antrag wird zurückgewiesen.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Antragsteller begehrt die Verpflichtung, ihn auf einen nach der Besoldungsgruppe A 13g dotierten Dienstposten zu versetzen.
- 2 Der Antragsteller ist Berufssoldat; seine Dienstzeit endet voraussichtlich mit Ablauf des 31. Juli 2010. Zum Hauptmann wurde er am 1. Dezember 1995 ernannt und mit Wirkung vom 1. Mai 2004 in eine Planstelle der Besoldungsgruppe A 12 eingewiesen. Derzeit wird der Antragsteller als System-/Nutzerbetreuer ... beim ...kommando verwendet.
- 3 Mit Schreiben vom 26. Juni 2008 beantragte der Antragsteller, auf einen der zukünftig zu besetzenden Dienstposten der Besoldungsgruppe A 13g im Verantwortungsbereich des Bundesministers der Verteidigung versetzt zu werden. Außerdem beantragte er die Benennung der in Betracht kommenden Dienstposten sowie das jeweils angestrebte Besetzungsdatum.
- 4 Mit Schreiben vom 28. Juli 2008, eröffnet am 5. August 2008, teilte das Personalamt der Bundeswehr dem Antragsteller mit, dass in seiner Ausbildungs- und Verwendungsreihe 27912 (Instandsetzungsoffizier Kraftfahrzeug/Panzer) etwa in jedem Jahr eine Dienstpostenbesetzung in der Dotierungshöhe A 13g erfolge. Im Jahre 2008 sei die Nachbesetzung eines solchen Dienstpostens beim Heeresamt in Köln zum 1. Oktober 2008 bereits verfügt worden. Der Antragsteller sei für die Besetzung des Dienstpostens mitbetrachtet worden, habe sich jedoch in der vergleichenden Gesamtbetrachtung nach Eignung, Befähigung und Leistung nicht durchsetzen können. Die Auswahlentscheidung für die Nachbesetzung im Jahr 2009 sei noch nicht getroffen worden und werde erst nach der Perspektivkonferenz für die Offiziere des militärfachlichen Dienstes im September 2008 erfolgen.
- 5 Mit Schriftsatz seiner Bevollmächtigten an das Personalamt der Bundeswehr vom 22. September 2008, beim Bundesministerium der Verteidigung eingegan-

gen am 7. Oktober 2008, erhob der Antragsteller hiergegen Beschwerde. Er werte das Schreiben vom 28. Juli 2008 als Bescheid, obwohl es sich lediglich um einen nicht gesondert anfechtbaren Zwischenbescheid handle. Letzteres ergebe sich aus der Bezeichnung des Schreibens als Zwischenbescheid in dem Empfangsbekanntnis sowie aus der Tatsache, dass das Schreiben keine Rechtsbehelfsbelehrung enthalte. Das Schreiben bzw. der Bescheid sei auch deshalb noch nicht bestandskräftig, weil eine Rechtsmittelfrist mangels entsprechender Belehrung nicht wirksam in Gang gesetzt worden sei. Vorsorglich werde die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt.

- 6 Mit Bescheid vom 21. Oktober 2008 wies der Bundesminister der Verteidigung die Beschwerde als unzulässig zurück. Der Beschwerdeanlass, das Schreiben des Personalamts vom 28. Juli 2008, sei dem Antragsteller seit dem 5. August 2008 bekannt, so dass die Beschwerdefrist mit Ablauf des 19. August 2008 geendet habe und die Beschwerde vom 22. September 2008 verspätet sei. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sei gesetzlich nicht vorgesehen.
- 7 Im dienstaufsichtlichen Teil des Bescheids stellte der Bundesminister der Verteidigung fest, dass die zugunsten des ausgewählten Kandidaten, Hauptmann H., getroffene Entscheidung nicht zu beanstanden sei. Wie sich aus einer Gegenüberstellung der Beurteilungen von 2000, 2002 und 2004 ergebe, weise dieser bei vergleichbarer Eignung und Befähigung gegenüber dem Antragsteller einen Leistungsvorsprung auf.
- 8 Hiergegen beantragte der Antragsteller mit Schriftsatz seiner Bevollmächtigten vom 7. November 2008 die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts. Der Bundesminister der Verteidigung - PSZ I 7 - legte den Antrag zusammen mit seiner Stellungnahme vom 13. November 2008 dem Senat vor.
- 9 Zur Begründung führt der Antragsteller insbesondere aus:  
Soweit die Beschwerde verspätet erfolgt sein sollte, sei dieser Mangel durch die Beschwerdeentscheidung geheilt, weil sich der Bundesminister der Verteidigung inhaltlich mit dem Vorbringen auseinandergesetzt habe. Der Antrag sei auch begründet. Es werde bestritten, dass zum 1. Oktober 2008 bzw. als Ergebnis der Perspektivkonferenz 2008 nur eine Dienstpostenbesetzung in der

Dotierungshöhe A 13g erfolgt sei und mithin nur ein Mitbewerber, Hauptmann H., ausgewählt worden sei. Es sei vielmehr zu befürchten, dass noch weitere Soldaten für die Besetzung eines Dienstpostens der Dotierungshöhe A 13g ausgewählt worden seien. Im Übrigen hätte auch im Verhältnis zu Hauptmann H. die Wahl auf ihn, den Antragsteller, fallen müssen. Die Unterschiede in der Bewertung seien marginal, sodass als weitere Faktoren in die Betrachtung einzustellen gewesen wären, dass er bereits seit 1995 den Dienstgrad eines Hauptmanns innehatte (Hauptmann H.: seit 1998), annähernd 20 Dienstjahre aufweise (Hauptmann H.: 17 Dienstjahre), verheiratet sei und drei Kinder habe (Hauptmann H.: ein Kind) und neben englischen auch über französische Grundkenntnisse verfüge (Hauptmann H.: nur englische Sprachkenntnisse).

10 Der Antragsteller beantragt zuletzt,

das Personalamt der Bundeswehr zu verpflichten, den Dienstposten mit der Dotierungshöhe A 13g statt mit Hauptmann H. rückwirkend zum 1. Oktober 2008 mit ihm, dem Antragsteller, zu besetzen.

11 Der Bundesminister der Verteidigung beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

12 Der Antrag sei unbegründet, weil die Beschwerde zu Recht wegen Verfristung als unzulässig zurückgewiesen worden sei. Dem Schreiben des Personalamts vom 28. Juli 2008 sei eindeutig eine endgültige Entscheidung in Bezug auf die Ablehnung des Versetzungsantrags zu entnehmen gewesen. Vor diesem Hintergrund sei es unschädlich, dass auf dem Empfangsbekanntnis des Schreibens lediglich von einem Zwischenbescheid die Rede sei. Das Empfangsbekanntnis diene nur als Nachweis der Eröffnung, ohne die bekannt gegebene Entscheidung in ihrer Rechtsnatur oder ihrem Inhalt zu beeinflussen. Die Verfristung werde auch nicht durch die Ausführungen im dienstaufsichtlichen Teil des Beschwerdebescheids geheilt. Darüber hinaus wäre das Verpflichtungsbegehren aber auch wegen mangelnder Konkretisierung und fehlender „Ermessensreduzierung auf Null“ erfolglos.

- 13 Wegen des Vorbringens im Einzelnen wird auf den Inhalt der Schriftsätze der Beteiligten sowie der Akten Bezug genommen. Die Beschwerdeakte des Bundesministers der Verteidigung - PSZ I 7 - Az.: 1076/08 -, die Personalgrundakte des Antragstellers, Hauptteile A bis C, sowie die Akten der weiteren Verfahren des Antragstellers BVerwG 1 WB 69.08 und BVerwG 1 WB 74.08 haben dem Senat bei der Beratung vorgelegen.

## II

- 14 Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung hat keinen Erfolg. Der Bundesminister der Verteidigung - PSZ I 7 - hat die Beschwerde des Antragstellers zu Recht als unzulässig zurückgewiesen, weil sie nicht rechtzeitig eingelegt worden ist.
- 15 Gemäß § 6 Abs. 1 WBO darf die Beschwerde frühestens nach Ablauf einer Nacht und muss binnen zwei Wochen eingelegt werden, nachdem der Beschwerdeführer von dem Beschwerdeanlass Kenntnis erhalten hat.
- 16 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). 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. Beschluss vom 13. August 2008 - BVerwG 1 WB 45.07 - m.w.N. <zur Veröffentlichung in Buchholz vorgesehen>). Das Personalamt der Bundeswehr hat dem Antragsteller mit dem Schreiben vom 28. Juli 2008 mitgeteilt, dass er bei der Auswahlentscheidung für den hier strittigen Dienstposten eines Instandsetzungsoffiziers beim Heeresamt mitbetrachtet worden sei, er sich jedoch in der vergleichenden Gesamtbetrachtung nicht habe durchsetzen können und dass die Nachbesetzung des Dienstpostens zum 1. Oktober 2008 bereits verfügt sei. Damit hatte der Antragsteller am 5. August 2008, an dem ihm das Schreiben vom 28. Juli 2008 eröffnet wurde, die zuverlässige Kenntnis, dass ein anderer

Soldat für den Dienstposten endgültig vorgesehen ist und dass er selbst nicht berücksichtigt wurde.

- 17 Die zweiwöchige Beschwerdefrist begann somit am 6. August 2008 (§ 187 Abs. 1 BGB) und endete mit Ablauf des 19. August 2008 (§ 188 Abs. 2 BGB). Die - an das Personalamt der Bundeswehr gerichtete und am 7. Oktober 2008 beim Bundesministerium der Verteidigung (§ 5 Abs. 1 Satz 2 WBO) eingegangene - Beschwerde vom 22. September 2008 ist deshalb verspätet eingelegt.
- 18 Der Antragsteller war an der Einhaltung der Frist nicht durch militärischen Dienst, durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle gehindert (§ 7 Abs. 1 WBO). Die offenkundig irrtümliche Bezeichnung des Schreibens vom 28. Juli 2008 auf dem Empfangsbekenntnis als „Zwischenbescheid“ ändert nichts an dessen eindeutigem Erklärungsinhalt und der sich daraus ergebenden zuverlässigen Kenntnis des Antragstellers von dem Beschwerdeanlass. Im Übrigen hätte der Antragsteller, sofern bei ihm durch die Bezeichnung auf dem Empfangsbekenntnis tatsächlich Zweifel an der Verbindlichkeit der erteilten Auskunft entstanden sein sollten, durch unmittelbare Nachfrage beim Personalamt eine entsprechende Klarstellung erhalten können; auch insofern war der Antragsteller daher nicht durch einen unabwendbaren Zufall an der Einhaltung der Frist gehindert.
- 19 Der Verfristung des Rechtsbehelfs steht auch nicht entgegen, dass dem Schreiben vom 28. Juli 2008 keine Rechtsbehelfsbelehrung beigegeben war. Zwar ist es als unabwendbarer Zufall im Sinne von § 7 Abs. 1 WBO auch anzusehen, wenn eine Rechtsmittelbelehrung unterblieben oder unrichtig erteilt worden ist (§ 7 Abs. 2 WBO). Dies gilt nach ständiger Rechtsprechung des Senats jedoch nur dann, wenn eine gesetzliche Verpflichtung bestand, eine Rechtsmittelbelehrung zu erteilen, oder wenn eine solche Belehrung im Hinblick auf eine nicht vorauszusetzende Kenntnis der Frist verfassungsrechtlich geboten war (vgl. zuletzt Beschluss vom 13. Oktober 2008 - BVerwG 1 WDS-VR 14.08 - m.w.N.). Die Wehrbeschwerdeordnung schreibt Rechtsbehelfsbelehrungen nur für ablehnende Beschwerdeentscheidungen vor (§ 12 Abs. 1 Satz 4, § 16 Abs. 4 WBO). Eine darüber hinausgehende verfassungsrechtliche Verpflichtung be-

steht nur bei truppendienstlichen Erstmaßnahmen, die unmittelbar vom Bundesminister der Verteidigung erlassen sind und gegen die deshalb als Rechtsbehelf nur der Antrag auf gerichtliche Entscheidung zu Gebote steht (§ 21 Abs. 1 WBO). Ansonsten bedürfen truppendienstliche Erstmaßnahmen - wie hier der Bescheid des Personalamts - keiner Belehrung, weil der Rechtsbehelf der Beschwerde und die dafür geltende Frist des § 6 Abs. 1 WBO bei allen Soldaten als bekannt vorausgesetzt werden kann (stRspr, vgl. Beschluss vom 13. Oktober 2008 - BVerwG 1 WDS-VR 14.08 - m.w.N.).

- 20 Die vom Antragsteller vorsorglich beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sieht die Wehrbeschwerdeordnung nicht vor (vgl. Beschluss vom 12. Mai 2005 - BVerwG 1 WB 45.04 - Buchholz 311 § 12 WBO Nr. 1 = NZWehrr 2005, 253 m.w.N.). Die Funktion dieses Rechtsinstituts erfüllt im Wehrbeschwerdeverfahren die Vorschrift des § 7 WBO, deren Voraussetzungen hier, wie dargelegt, nicht gegeben sind. § 32 VwVfG und § 60 VwGO sind nicht entsprechend anwendbar, weil eine planwidrige Regelungslücke nicht vorliegt.
- 21 Die verspätete Einlegung wird schließlich auch nicht, wie der Antragsteller meint, dadurch „geheilt“, dass sich der Bundesminister der Verteidigung inhaltlich mit dem Beschwerdevorbringen auseinandergesetzt hat. Die Ausführungen zur Sache in dem Bescheid des Bundesministers der Verteidigung - PSZ I 7 - vom 21. Oktober 2008 sind nicht im Rahmen der Beschwerdeentscheidung, sondern - deutlich abgesetzt hinter der Rechtsbehelfsbelehrung - in den der Beschwerdeentscheidung angefügten und ausdrücklich als solche bezeichneten dienstaufsichtlichen Feststellungen erfolgt. Der Bundesminister der Verteidigung ist hiermit seiner im öffentlichen Interesse bestehenden Pflicht zur Dienstaufsicht nachgekommen, die durch eine verspätete Beschwerde „angestoßen“ wird (§ 12 Abs. 3 Satz 2 WBO; vgl. Böttcher/Dau, WBO, 4. Aufl. 1997, Einf. Rn. 44); die Zurückweisung der Beschwerde als verfristet (§ 12 Abs. 3 Satz 1 WBO) bleibt hiervon jedoch unberührt.