



# BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

## BESCHLUSS

BVerwG 1 WB 1.06  
TDG N 4 BLa 4/05

In dem Wehrbeschwerdeverfahren

des Personalrats ...,  
vertreten durch den Vorsitzenden, Oberstleutnant ..., ...,

- Bevollmächtigte:  
Rechtsanwälte ...,  
... -

hat der 1. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts durch

den Richter am Bundesverwaltungsgericht Golze als Vorsitzenden,  
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Frenz,  
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Deiseroth

sowie

Oberst Harrendorf und  
Major Leisau  
als ehrenamtliche Richter

am 20. September 2006 beschlossen:

Die „außerordentliche Beschwerde“ des Antragstellers  
gegen den Beschluss des Truppendienstgerichts Nord  
vom 2. November 2005 wird als unzulässig verworfen.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Antragsteller hat nach vorangegangener erfolgloser Beschwerde und weiterer Beschwerde beim Truppendienstgericht Nord Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt. Seinen Antrag,

festzustellen, dass die unterbliebene Unterrichtung des Antragstellers über die Vergabe leistungsbezogener Besoldung an Soldatinnen und Soldaten seines Geschäftsbereiches seine Rechte verletzt und der Antragsteller gemäß § 18 Abs. 3 SBG vor der beabsichtigten Vergabe der leistungsbezogenen Besoldung vorab unter Angabe von Empfänger, Maßnahmeart, Maßnahmhöhe und Grund zu unterrichten ist, sowie dem Antragsteller vor der Vergabeentscheidung Gelegenheit zu Rückfragen und einer Äußerung zu geben ist,

hat das Truppendienstgericht mit Beschluss vom 2. November 2005, dem Vorsitzenden des Antragstellers zugestellt am 8. Dezember 2005, zurückgewiesen. Mit Schreiben vom 6. Januar 2006 hat der Antragsteller bei dem Truppendienstgericht „Gegenvorstellung/außerordentliche Beschwerde“ erhoben mit dem Antrag,

unter Aussetzung des Beschlusses vom 2.11.2005 ... dem Verfahren Fortgang zu geben dadurch, dass die Sache dem Bundesverwaltungsgericht - Wehrdienstsenate - vorgelegt wird gemäß § 18 Abs. 4 WBO zur Klärung der Rechtsfrage, ob gemäß § 18 Abs. 3 SBG die Vertrauensperson des Soldaten, bzw. nach § 52 Abs. 1 SBG der Personalrat seiner Dienststelle nach § 49 SBG, vor Vergabe leistungsbezogener Vergütungsbestandteile zu unterrichten ist entsprechend den Grundsätzen zu § 68 Abs. 2 BPersVG (insbesondere aus dem Beschluss des BVerwG vom 22.12.1993 - BVerwG 6 P 15.92)“.

- 2 Zur Begründung hat der Antragsteller ausgeführt, der Beschluss vom 2. November 2005 verstoße gegen seinen Anspruch auf rechtliches Gehör und seinen Anspruch auf Entscheidung durch den gesetzlichen Richter.

- 3 In Wehrbeschwerdeverfahren sei zwar keine Rechtsmittelinstanz vorgesehen, Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung würden aber nach § 18 Abs. 4 Satz 1 WBO den Wehrdienstsenaten des Bundesverwaltungsgerichts vorgelegt, wenn dies zur Fortbildung des Rechts oder zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung geboten sei. Dies habe die Truppendienstkammer vor einer endgültigen Entscheidung pflichtgemäß zu prüfen. Das sei hier unterblieben. Die Unterlassung einer Vorlage an die Wehrdienstsenate verletze auch deshalb die Verfahrensgrundrechte des Antragstellers, weil die Wehrbeschwerdeordnung seit dem 1. Januar 2005 nicht mehr den verfassungsrechtlichen Anforderungen entspreche. Das Bundesverfassungsgericht habe in seinem Plenumsbeschluss vom 30. April 2003 (BVerfGE 107, 395) den Gesetzgeber verpflichtet, bis spätestens Ende 2004 in die Verfahrensgesetze Regelungen einzufügen, die eine Korrektur von Verfahrensfehlern innerhalb des normalen Rechtsweges ermöglichen. Der Gesetzgeber habe dann zwar das Anhörungsrügensgesetz erlassen, dabei aber verfassungswidrig die Wehrbeschwerdeordnung nicht geändert. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts liege ein Verstoß gegen das Verfassungsgebot des gesetzlichen Richters auch dann vor, wenn ein letztinstanzliches nationales Gericht entscheide, ohne eine nach Art. 177 EWGV gebotene Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs einzuholen. Dies müsse auch für Vorlagen nach § 18 Abs. 4 WBO gelten. Die Verfahrensrechte des Antragstellers seien auch dadurch verletzt, dass das Truppendienstgericht den Sachvortrag im Kernpunkt nicht zur Kenntnis genommen habe.
- 4 Das Truppendienstgericht hat mit Beschluss vom 15. März 2006 den Antrag vom 6. Januar 2006 als unzulässig verworfen und zur Begründung ausgeführt, Gegenvorstellung und außerordentliche Beschwerde seien unzulässig. Entscheidungen der Truppendienstgerichte in Wehrbeschwerdeverfahren seien endgültig und mit Rechtsbehelfen nicht angreifbar. Es könne dahinstehen, ob das Ausgangsverfahren gemäß § 18 Abs. 4 Satz 1 WBO dem Bundesverwaltungsgericht zur Entscheidung hätte vorgelegt werden können, denn die Kammer sei dazu jedenfalls nicht verpflichtet gewesen.

- 5 Der angefochtene Beschluss beruhe auch nicht auf einer Verletzung des rechtlichen Gehörs. Auch wenn im Anhörungsrügensgesetz eine Regelung hinsichtlich der Wehrbeschwerdeordnung nicht erfolgt sei, sehe sich die Kammer gegebenenfalls schon auf der Grundlage des Art. 103 Abs. 1 GG gehalten, ihre eigene Entscheidung entsprechend zu überprüfen und neu zu entscheiden. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs sei im vorliegenden Fall aber nicht festzustellen.
  
- 6 Ebenfalls mit Schreiben vom 6. Januar 2006 an den beschließenden Senat hat der Antragsteller unter Bezugnahme auf seinen Antrag beim Truppendienstgericht vom selben Tage „auch unmittelbar Gegenvorstellung/außerordentliche Beschwerde“ erhoben und zur Begründung ausgeführt, der angefochtene Beschluss des Truppendienstgerichts vom 2. November 2005 verletze ihn in seinem Verfahrensgrundrechten, insbesondere wegen der unterlassenen Vorlage an den Senat. Mit seinem „Nichtabhilfebeschluss“ verkenne das Truppendienstgericht, dass gemäß dem Plenumsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts die Regelung des § 18 Abs. 2 Satz 5 WBO mit Ablauf des 31. Dezember 2004 verfassungswidrig und zumindest teilweise nichtig geworden sei. Deshalb obliege es dem Senat, hieraus die entsprechenden Konsequenzen zu ziehen. Das erfordere insbesondere die Feststellung der gerügten Verfassungswidrigkeit der Norm. Gegebenenfalls sei eine Vorlage nach Art. 100 GG geboten. Die seit dem 1. Januar 2005 aufgrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts veränderte Rechtslage habe das Ermessen des Truppendienstgerichts nach § 18 Abs. 4 WBO dahin verdichtet, dass von diesem Ermessen nunmehr in einer verfassungskonformen Weise Gebrauch zu machen, insbesondere die eingetretene Verfassungswidrigkeit des § 18 Abs. 2 Satz 5 WBO zu beachten sei.
  
- 7 Gerügt werde auch weiterhin ein Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs, weil die Begründung des Beschlusses vom 2. November 2005 dem Vorbringen des Antragstellers nicht ausreichend Rechnung trage.

- 8 Der Antragsteller beantragt,  
den Beschluss des Truppendienstgerichts Nord vom 2. November 2005 aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung zurückzuverweisen.
- 9 Der Bundesminister der Verteidigung und der Bundeswehrdisziplinaranwalt halten den Antrag für unzulässig.
- 10 Sie tragen übereinstimmend vor, auch unter Berücksichtigung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 30. April 2003 komme eine Befassung des Bundesverwaltungsgerichts mit der Sache nicht in Betracht. Vielmehr sei das Verfahren vor dem Gericht fortzusetzen, dessen Entscheidung mit der behaupteten Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör fristgerecht angegriffen worden sei. Mit dem Beschluss des Truppendienstgerichts vom 15. März 2006 sei die streitbefangene Sache nunmehr abschließend entschieden. Auch unter Beachtung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts könne eine Vorlage einer Rechtsfrage nach § 18 Abs. 4 WBO an das Bundesverwaltungsgericht nicht erzwungen werden. Es stehe im pflichtgemäßen Ermessen des Truppendienstgerichts, ob eine bestimmte Rechtsfrage dem Bundesverwaltungsgericht vorgelegt werden solle.
- 11 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes wird auf die Gerichtsakten und die Akte des Truppendienstgerichts Nord (N 4 BLa 4/05), die dem Senat vorlag und zum Gegenstand der Beratung gemacht wurde, Bezug genommen.

## II

- 12 Der außerordentliche Rechtsbehelf des Antragstellers ist unzulässig.
- 13 Als Gegenvorstellung könnte er schon deswegen keinen Erfolg haben, weil durch eine Gegenvorstellung eine Selbstkorrektur durch die für die angegriffene Entscheidung zuständige Stelle erreicht werden soll. Das schließt es aus, Gegenvorstellungen bei einer höheren Instanz einzulegen. Aber auch die vom An-

tragsteller demnach offenbar allein gemeinte außerordentliche Beschwerde ist nach dem Gesetz nicht statthaft und deswegen als unzulässig zu verwerfen.

- 14 Nach § 18 Abs. 2 Satz 5 WBO entscheidet das Truppendienstgericht in Wehrbeschwerdesachen endgültig. Ein Rechtsmittel gegen die Entscheidungen des Truppendienstgerichts sieht die Wehrbeschwerdeordnung nicht vor. Dies ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mit der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar. Ein Instanzenzug ist von Verfassungs wegen nicht garantiert (vgl. u.a. BVerfG, Beschluss vom 30. April 2003 - 1 PBvU 1/02 - BVerfGE 107, 395 <402>). Die gerichtliche Zulassung eines vom Gesetz nicht vorgesehenen Rechtsbehelfs als „außerordentliche Beschwerde“ würde den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Rechtsmittelklarheit widersprechen (BVerfG, a.a.O. S. 416, und Beschluss vom 7. Oktober 2003 - 1 BvR 10/99 - BVerfGE 108, 341 <349>; BVerwG, Beschlüsse vom 4. August 2004 - BVerwG 2 WDB 2.04 - Buchholz 235.01 § 92 WDO 2002 Nr. 1 S. 1 <2> = NZWehrr 2005, 338 m.w.N. und vom 17. Februar 2005 - BVerwG 8 B 9.05 - Buchholz 428 § 37 VermG Nr. 36 S. 28 <29>). Zwar ist in der Rechtsprechung und im Fachschrifttum in der Vergangenheit eine außerordentliche Beschwerde in bestimmten Fällen für denkbar gehalten worden. Insbesondere nach dem Inkrafttreten des Gesetzes über die Rechtsbehelfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Anhörungsrügensgesetz) vom 9. Dezember 2004 (BGBl I S. 3220) kommt eine solche Möglichkeit künftig aber nicht mehr in Betracht (Beschluss vom 17. Februar 2005, a.a.O.; vgl. auch Beschlüsse vom 16. Mai 2002 - BVerwG 6 B 28.02, 6 B 29.02 - Buchholz 310 § 152 VwGO Nr. 14 und vom 9. Februar 2005 - BVerwG 1 VR 3.05 - Buchholz 310 § 152 VwGO Nr. 15 S. 2 f.).
- 15 Zu Unrecht beruft sich der Antragsteller für die Statthaftigkeit der außerordentlichen Beschwerde auf den bereits zitierten Plenumsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 30. April 2003, wonach der Gesetzgeber verpflichtet ist, bei entscheidungserheblichen Verstößen gegen Art. 103 Abs. 1 GG eine Abhilfemöglichkeit bei den Fachgerichten einzurichten (BVerfG, Beschluss vom 30. April 2003, a.a.O. S. 413). Dabei ist der Gesetzgeber aber nicht gehalten, die Anrufung einer weiteren Instanz vorzusehen. Vielmehr kommt auch ein

Rechtsbehelf an das Gericht in Betracht, dessen Verfahrenshandlung als fehlerhaft gerügt wird. Auch bei der näheren Ausgestaltung des Rechtsbehelfs steht dem Gesetzgeber ein Spielraum offen. Dies gilt sowohl für die bei der Einlegung des Rechtsbehelfs maßgebende Frist als auch für die Anforderungen an die Rüge (BVerfG, a.a.O. S. 411 f.).

- 16 Diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen hat der Gesetzgeber durch das Anhörungsrügensgesetz Rechnung getragen, mit dem unter anderem der neue § 152a in die Verwaltungsgerichtsordnung eingefügt worden ist. Danach ist auf die Rüge eines durch eine gerichtliche Entscheidung beschwerten Beteiligten das Verfahren fortzuführen, wenn erstens ein Rechtsmittel oder ein anderer Rechtsbehelf gegen die Entscheidung nicht gegeben ist und zweitens das Gericht den Anspruch dieses Beteiligten auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt hat (§ 152a Abs. 1 Satz 1 VwGO). Entsprechende Regelungen, die ebenso wie § 152a VwGO bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör die Fortführung des Verfahrens aufgrund einer Anhörungsrüge bei dem Gericht vorsehen, das gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör verstoßen haben soll, hat der Gesetzgeber durch das Anhörungsrügensgesetz auch in die übrigen Prozessordnungen eingefügt (vgl. § 321a ZPO, § 33a StPO, § 121a WDO, § 29a FGG, § 78a ArbGG, § 178a SGG, § 133a FGO). Eine gesonderte Beschwerde an eine höhere Instanz außerhalb der allgemein gegebenen Rechtsmittel ist dagegen in keinem Fall vorgesehen.
  
- 17 Dem Antragsteller ist einzuräumen, dass das Anhörungsrügensgesetz eine ausdrückliche Änderung der Wehrbeschwerdeordnung nicht enthält. Da in Wehrbeschwerdeverfahren als materielle Verwaltungsstreitsachen (vgl. § 17 Abs. 2 WBO) aber die Verwaltungsgerichtsordnung ergänzend heranzuziehen ist, soweit die Wehrbeschwerdeordnung keine Regelung trifft und die Besonderheiten des Wehrbeschwerdeverfahrens dem nicht entgegenstehen, liegt es nahe, auch § 152a VwGO entsprechend anzuwenden. Dem hat das Truppendienstgericht faktisch dadurch Rechnung getragen, dass es mit Beschluss vom 15. März 2006 über den Antrag vom 6. Januar 2006 entschieden hat. Eine weitergehende Überprüfung der auf die Anhörungsrüge ergangenen Entscheidung ist von Verfassungs wegen nicht geboten (BVerfG, a.a.O. S. 411).

- 18 Nichts anderes würde im Übrigen dann gelten, wenn man die Regelung des § 152a VwGO im Wehrbeschwerdeverfahren nicht für entsprechend anwendbar ansehen wollte. Auch dann wäre nämlich nach der Plenumsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, a.a.O. S. 418) wegen Untätigkeit des Gesetzgebers das Verfahren auf Antrag vor dem Gericht fortzusetzen, dessen Entscheidung wegen einer behaupteten Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör angegriffen wird. Der Antrag wäre ebenfalls binnen 14 Tagen - allerdings seit Zustellung der Entscheidung und nicht, wie in § 152a Abs. 2 Satz 1 VwGO vorgesehen, nach Kenntnis von der Verletzung des rechtlichen Gehörs - zu stellen.
- 19 Die außerordentliche Beschwerde ist auch insoweit unstatthaft, als der Antragsteller einen Verstoß des Truppendienstgerichts gegen Art. 101 Abs. 1 GG geltend macht. Allerdings betrifft § 152a VwGO nur die Rüge eines Verstoßes gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör. Nichts anderes ist dem Gesetzgeber durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aufgegeben worden, weil der Vorlagebeschluss des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts auf Rechtsschutz gegen die behauptete Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG beschränkt war (BVerfG, a.a.O. S. 408). Zwar könnten die allgemeinen Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zum Justizgewährungsanspruch und den Verfahrensgrundrechten, in denen ausdrücklich auch Art. 101 Abs. 1 GG genannt wird (BVerfG, a.a.O. S. 407), den Schluss nahe legen, auch bei einem Verstoß gegen dieses Verfahrensgrundrecht müsse eine Überprüfung durch die Fachgerichtsbarkeit ermöglicht werden; dies würde aber wegen der verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsmittelklarheit nicht ohne eine gesetzgeberische Entscheidung zur Zulässigkeit einer Beschwerde an eine höhere Instanz führen können. Im Übrigen verbliebe es bei dem genannten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, der insbesondere die Möglichkeit hätte, lediglich die Anrufung des Gerichts vorzusehen, dessen Entscheidung angegriffen wird.
- 20 Auch insoweit hat hier durch den Beschluss vom 15. März 2006 eine Kontrolle durch das Truppendienstgericht stattgefunden. Auf die Frage, ob ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 GG gegeben ist, kommt es daher im vorliegenden Verfahren nicht an.



- 21 Nach allem ist die vom Antragsteller geltend gemachte Verfassungswidrigkeit des § 18 Abs. 2 Satz 5 WBO für die Frage der Zulässigkeit der außerordentlichen Beschwerde nicht entscheidungserheblich. Schon deswegen kommt eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG nicht in Betracht.
- 22 Von der Möglichkeit, dem Beschwerdeführer die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen (§ 20 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 21 Abs. 2 Satz 1 WBO) sieht der Senat ab.

Golze

Dr. Frenz

Dr. Deiseroth