



# BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

## BESCHLUSS

BVerwG 1 WB 25.06

In dem Wehrbeschwerdeverfahren

des Herrn Oberfähnrich ...,

...,

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  
Oberfeldwebel Bomm  
als ehrenamtliche Richter

am 20. September 2006 beschlossen:

Der Antrag wird zurückgewiesen.

G r ü n d e :

I

- 1 Der 1973 geborene Antragsteller ist Berufssoldat, dessen Dienstzeit voraussichtlich mit Ablauf des 31. Oktober 2027 enden wird. Zum Hauptfeldwebel wurde er am 28. Mai 2003 ernannt. Die Eigenschaft eines Berufssoldaten wurde ihm am 25. November 2003 verliehen. Seit dem 1. Oktober 2005 ist er berechtigt, den Dienstgrad Oberfähnrich zu führen. Zum 24. März 2006 wurde der Antragsteller unter Nutzung einer Planstelle des „z.b.V.-Schüler“-Etats zur 1./L... in D. versetzt.
- 2 In den Jahren 1999 und 2000 beantragte der Antragsteller erfolglos seine Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes (OffzMilFD). Auf seinen wiederholten Zulassungsantrag vom 11. Juni 2001 teilte ihm das Personalamt der Bundeswehr (PersABw) mit Schreiben vom 15. März 2002 mit, seine Zulassung werde zum 1. Oktober 2002 verfügt werden, sofern keine Hinderungsgründe vorlägen. Mit Bescheid vom 18. September 2002 lehnte das PersABw den Zulassungsantrag wegen fehlender körperlicher Eignung ab. Die dagegen eingelegte Beschwerde und der anschließende Antrag auf gerichtliche Entscheidung blieben ohne Erfolg (Beschluss vom 24. Juni 2003 - BVerwG 1 WB 5.03 -).
- 3 Mit Schreiben vom 25. September 2002 (richtig: 2003) beantragte der Antragsteller erneut seine Zulassung zur Laufbahn der OffzMilFD. Diesen Antrag lehnte das PersABw mit Bescheid vom 9. März 2004 ab. Nach erfolgloser Beschwerde veranlasste der Bundesminister der Verteidigung (BMVg) - PSZ I 7 - im gerichtlichen Antragsverfahren BVerwG 1 WB 62.04 eine nochmalige militärärztliche Begutachtung des Antragstellers, die am 12. April 2005 in der Abteilung Orthopädie beim Bundeswehrkrankenhaus Ulm stattfand. Nachdem der BMVg - FüSan I 2 - auf der Grundlage dieser Untersuchung am 14. April 2005 eine militärärztliche Ausnahmegenehmigung erteilt hatte, hob das PersABw mit Bescheid vom 4. Mai 2005 seinen Ablehnungsbescheid vom 9. März 2004 auf und teilte dem Antragsteller mit, dass seine Zulassung als Anwärter für die an-

gestrebte Laufbahn zum 1. Oktober 2005 verfügt werde. Daraufhin erklärte der Antragsteller am 11. Mai 2005 den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt; dieser Erklärung hat der BMVg nicht widersprochen. Der Senat hat sodann durch Beschluss vom 20. Juni 2005 das Verfahren eingestellt und die dem Antragsteller im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht erwachsenen notwendigen Auslagen zu zwei Dritteln dem Bund auferlegt.

- 4 Die Zulassung des Antragstellers als Anwarter für die Laufbahn der OffzMilFD zum 1. Oktober 2005 erfolgte durch Personalverfügung des PersABw vom 17. August 2005.
- 5 Mit Schreiben vom 8. September 2005 beantragte der Antragsteller beim Amtschef (AChef) PersABw die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung für eine frühere Zulassung zur Laufbahn der OffzMilFD. Er trug vor, seine Zulassung habe ursprünglich zum 1. Oktober 2002 erfolgen sollen. Dann hätte er zum 1. Oktober 2005 zum Leutnant befördert werden können. Die medizinischen Einwände aus dem Jahr 2002 seien auch jetzt noch vorhanden; sie würden nur anders bewertet. Mit Schreiben vom 17. März 2003 habe ihm der BMVg - PSZ I 7 - noch seine rückwirkende Zulassung zum 1. Oktober 2002 in Aussicht gestellt. Durch die erst später erfolgte Zulassung müsse er Laufbahnnachteile hinnehmen.
- 6 Diesen Antrag lehnte der AChief PersABw mit Bescheid vom 7. November 2005 ab. Die Beschwerde des Antragstellers vom 24. November 2005 wies der BMVg - PSZ I 7 - mit Beschwerdebescheid vom 17. Februar 2006 zurück.
- 7 Gegen diese ihm am 23. Februar 2006 eröffnete Entscheidung richtet sich der Antrag des Antragstellers auf gerichtliche Entscheidung vom 9. März 2006. Daneben beantragte der Antragsteller mit Schreiben vom 2. März 2006 beim Staatssekretär im Bundesministerium der Verteidigung die Bewilligung einer Ausnahmegenehmigung für eine rückwirkende Zulassung zur Laufbahn der OffzMilFD und für eine vorzeitige Beförderung zum Leutnant, die dieser mit Schreiben vom 22. März 2006 ablehnte.

- 8 Den Antrag auf gerichtliche Entscheidung hat der BMVg - PSZ I 7 - mit seiner Stellungnahme vom 22. Mai 2006 dem Senat vorgelegt.
- 9 Zur Begründung trägt der Antragsteller insbesondere vor:  
Eine rückwirkende Zulassung zur Laufbahn der OffzMilFD zum 1. Oktober 2002, mindestens zum 1. Oktober 2003 sei möglich und zulässig. Die Vorbe-merkung Nr. 10 zur ZDv 20/7 lasse insoweit ausdrücklich eine Ausnahmege-nehmigung zu. Überdies habe der BMVg - PSZ I 7 - in seiner Stellungnahme vom 17. März 2003 im Verfahren BVerwG 1 WB 5.03 diese Möglichkeit im Rahmen einer Gleichstellung mit den damals ausgewählten Soldaten explizit in Aussicht gestellt. Ob die Ausnahmegenehmigung nach Nr. 811 oder Nr. 932 ZDv 20/7 erteilt werde, habe er, der Antragsteller, in seinen Anträgen offen ge-lassen, weil ihm egal gewesen sei, auf welche Weise sein Ziel, nämlich eine vorzeitige Beförderung zum Leutnant, erfolge. Durch die spätere Beförderung entstünden ihm nicht unerhebliche finanzielle Nachteile.
- 11 Der BMVg beantragt,  
  
den Antrag zurückzuweisen.
- 13 Der Antrag sei unzulässig. In Schreiben vom 20. April 2006 an den Staatssek-retär im Bundesministerium der Verteidigung sowie vom 4. Mai 2006 an den Referatsleiter BMVg - PSZ I 7 - habe der Antragsteller ausgeführt, er hege kei-ne Zweifel daran, dass seine Zulassung zu der angestrebten Laufbahn auf-grund der Ausnahmegenehmigung des BMVg - FüSan I 2 - vom 14. April 2005 vorschriftenkonform erst zum 1. Oktober 2005 habe erfolgen können. Mit diesen Ausführungen habe der Antragsteller - auch im Hinblick auf die rechtskräftige Entscheidung des Senats im Verfahren BVerwG 1 WB 5.03 - ausdrücklich eingeräumt, dass er hinsichtlich des Zeitpunktes seiner Zulassung zur Laufbahn der OffzMilFD nicht in seinen Rechten verletzt sei. Deshalb fehle ihm für seinen Antrag auf gerichtliche Entscheidung das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis. Bei der darüber hinaus angestrebten vorzeitigen Beförderung handele es sich um eine statusrechtliche Entscheidung, deren Unterbleiben oder Aussetzen der Antragsteller nicht vor den Wehrdienstgerichten geltend machen könne; insoweit sei der Rechtsweg zu den allgemeinen Verwaltungsgerichten gegeben.

- 14 Wegen des Vorbringens im Einzelnen wird auf den Inhalt der zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze und der Akten Bezug genommen. Die Beschwerdeakte des BMVg - PSZ I 7 - 193/06 -, die Personalgrundakte des Antragstellers, Hauptteile A bis D, sowie die Gerichtsakten BVerwG 1 WB 5.03 und BVerwG 1 WB 62.04 haben dem Senat bei der Beratung vorgelegen.

## II

- 15 Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung hat keinen Erfolg.
- 16 Der Antragsteller hat keinen förmlichen Sachantrag gestellt. Seinen Schriftsätzen vom 8. September 2005 und vom 3. Juli 2006 ist jedoch zu entnehmen, dass er die Aufhebung der Bescheide des AChf PersABw vom 7. November 2005 und des BMVg vom 17. Februar 2006 sowie die Verpflichtung des BMVg anstrebt, ihm eine Ausnahmegenehmigung für die Zulassung zur Laufbahn der OffzMilFD rückwirkend zum 1. Oktober 2002 oder zum 1. Oktober 2003 zu erteilen.
- 17 Der Antrag ist unbegründet.
- 18 Die angefochtenen Bescheide sind rechtmäßig. Der Antragsteller hat keinen Anspruch auf Erteilung der beantragten Ausnahmegenehmigung für eine rückwirkende Zulassung zur Laufbahn der OffzMilFD zum 1. Oktober 2002 oder zum 1. Oktober 2003.
- 19 Das Bundesministerium der Verteidigung hat die Zulassung von Unteroffizieren zur Laufbahn der OffzMilFD gemäß § 40 SLV aufgrund der Ermächtigung in § 44 SLV in den Kapiteln 8 und 9 ZDv 20/7 näher geregelt. Die Zulassungsentcheidung steht nach § 40 Abs. 1 SLV i.V.m. Nr. 801 ZDv 20/7 i.w.V.m. Nr. 806 und 902 ZDv 20/7 im pflichtgemäßen Ermessen des AChf PersABw. Nach Nr. 932 ZDv 20/7 ist Zulassungstermin für Anwärter in der Laufbahn der OffzMilFD im Heer und in der Luftwaffe der 1. Oktober des Jahres. Zu diesem Zulassungstermin müssen die in § 40 SLV sowie in Nr. 801 ZDv 20/7 genann-

ten Voraussetzungen, insbesondere die Eignung des Bewerbers, vorliegen. Dazu gehört nach Maßgabe des Erlasses über die „Militärärztliche Begutachtung bei Soldaten“ vom 6. Januar 1998 (VMBl 1998, 110) auch die gesundheitliche Eignung.

- 20 Die Zulassung als Anwärter für eine Laufbahn der Offiziere ist nach Nr. 930 Satz 2 ZDv 20/7 schriftlich zu verfügen. Die ZDv 20/7 sieht eine rückwirkende Zulassung auf einen bereits verstrichenen Zulassungstermin nicht vor. § 10 Abs. 2 Satz 2 BBG enthält allerdings für die Ernennung eines Beamten ein ausdrückliches Verbot, diese statusberührende Verfügung mit Rückwirkung zu versehen; dies gilt im Rahmen des § 41 Abs. 2 SG für die Ernennung eines Soldaten entsprechend (Sohm in Walz/Eichen/Sohm, SG, § 41 Rn. 16; Scherer/Alff, SG, 7. Aufl., § 41 Rn. 5).
- 21 Ein vergleichbares Verbot für den Bereich des Laufbahnwechsels ergibt sich jedoch aus § 27 SG, § 44 SLV i.V.m. den Bestimmungen zum Laufbahnwechsel in Kapiteln 8 und 9 ZDv 20/7 nicht. Andererseits begründen diese Vorschriften auch keinen Rechtsanspruch darauf, dass die Zulassung zu einer Laufbahn rückwirkend ausgesprochen wird. Dies betont Nr. 9 Satz 2 der Vorbemerkung zur ZDv 20/7; hiernach besteht kein Anspruch auf Übernahme bzw. Zulassung zu einem bestimmten Zeitpunkt.
- 22 Die vom Antragsteller angestrebte rückwirkende Zulassung zur Laufbahn der OffzMilFD steht deshalb im pflichtgemäßen Ermessen des AChef PersABw als der zuständigen Stelle (Nr. 806 ZDv 20/7). Dessen Entscheidung kann vom Senat nur darauf überprüft werden, ob er den Soldaten durch Überschreiten oder Missbrauch dienstlicher Befugnisse in seinen Rechten verletzt (§ 17 Abs. 3 Satz 2 WBO) bzw. die gesetzlichen Grenzen des ihm insoweit zustehenden Ermessens überschritten oder von diesem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat (§ 114 VwGO analog). Ermessensfehler in diesem Sinne liegen nicht vor.

- 23 Eine Ermessensbindung durch eine positive Ausnahmeentscheidung nach Nr. 10 der Vorbemerkung zur ZDv 20/7 ist im vorliegenden Fall nicht eingetreten. In dieser Bestimmung hat sich der Erlassgeber, der BMVg bzw. sein Vertreter im Amt, vorbehalten, in Ausnahmefällen Abweichungen von einzelnen Bestimmungen dieser Dienstvorschrift zuzulassen. Eine derartige Ausnahmeentscheidung, die der Antragsteller mit Schreiben vom 2. März 2006 beim Staatssekretär im Bundesministerium der Verteidigung beantragt hat, hat dieser mit Schreiben vom 22. März 2006 abgelehnt. Gegen dieses Schreiben hat der Antragsteller keinen förmlichen Rechtsbehelf eingelegt, sondern mit Schreiben an den Staatssekretär vom 20. April 2006 eingeräumt, „dass es keinen Rechtsanspruch auf eine Ausnahmeentscheidung gibt, und dass die vorgesetzte Dienststelle einen solchen Antrag ablehnen kann, ist mir vollkommen klar“.
- 24 Eine Ermessensbindung durch eine rechtswirksame Zusicherung liegt im vorliegenden Fall ebenfalls nicht vor.
- 25 Der Antragsteller beruft sich auf eine Zusicherung des BMVg, die dieser am 17. März 2003 im Verfahren BVerwG 1 WB 5.03 abgegeben habe. In diesem Schriftsatz hat der BMVg - PSZ I 7 - dargelegt, dass der Antragsteller - mit den zum 1. Oktober 2002 zugelassenen Soldaten - im August 2002 mit der für zugelassene Anwärter vorgesehenen Fachschulausbildung begonnen habe. Weiter heißt es wörtlich in diesem Schreiben:
- „Das PersABw beabsichtigt, die Entscheidung des BVerwG über den Antrag des Oberfeldwebel ... vom 30.12.2002 abzuwarten, um über die weitere Teilnahme des Antragstellers an der derzeitigen Ausbildung zu entscheiden.  
Unter der Voraussetzung, dass die medizinischen Bedenken für die Zulassung zur Laufbahn der OffzMilFD entfielen, könnte der Antragsteller im Wege einer Ausnahmeentscheidung den zum 01.10.2002 zugelassenen Soldaten gleichgestellt werden, sodass keine Laufbahnnachteile hinsichtlich der weiteren Ausbildung und der abschließenden Beförderung zum Leutnant zu befürchten wären.“
- 28 Es kann offen bleiben, ob diese Erklärung des BMVg eine die Personalführung bindende Zusicherung darstellt, für den Antragsteller die angestrebte aus-

nahmsweise rückwirkende Zulassung auszusprechen. Eine bindende Zusicherung liegt nach der Rechtsprechung des Senats nur dann vor, wenn eine zur Überzeugung des Gerichts feststehende eindeutige und auf ein bestimmtes Verhalten gerichtete Erklärung mit Bindungswillen von einem Vorgesetzten abgegeben worden ist oder wird, der zu dieser Erklärung aufgrund der Handlungszuständigkeit seiner Dienststelle und seiner eigenen Stellung in dieser Dienststelle rechtlich befugt ist (Beschlüsse vom 22. März 1995 - BVerwG 1 WB 81.94 - BVerwGE 103, 219 f. = Buchholz 316 § 38 VwVfG Nr. 12 und vom 28. März 2006 - BVerwG 1 WB 30.05 - m.w.N.). Selbst wenn dieser Erklärung der erforderliche Bindungswille und nicht nur die Ankündigung einer Option zu entnehmen wäre, wäre sie nicht geeignet, den vom Antragsteller geltend gemachten Anspruch zu stützen. Wie sich aus dem Gesamtzusammenhang des Schreibens ergibt, war die Erklärung des BMVg vom 17. März 2003 auf das laufende gerichtliche Verfahren (BVerwG 1 WB 5.03) bezogen. Es sollte klarstellen, dass das Rechtsschutzbedürfnis für den damaligen Antrag nicht deswegen entfallen war, weil der Zulassungstermin 1. Oktober 2002 bereits verstrichen war. Erst durch die Erklärung des BMVg, der Antragsteller könne noch nachträglich zum 1. Oktober 2002 zugelassen werden, weil er bisher an der Ausbildung teilgenommen habe und diese auch bis zur Entscheidung des Gerichts fortsetzen werde, war die Voraussetzung dafür geschaffen worden, dass der Senat noch eine Entscheidung in der Sache treffen konnte. Mit der abschließenden Entscheidung in dem Verfahren BVerwG 1 WB 5.03 hat sich zugleich die Erklärung des BMVg erledigt. Außerhalb des damaligen Verfahrens lässt sich aus der Erklärung ein Anspruch auf rückwirkende Zulassung zum 1. Oktober 2002 oder hilfsweise zum 1. Oktober 2003 nicht herleiten.

- 29 Der Antragsteller kann sein Rechtsschutzbegehren auch nicht auf einen Folgenbeseitigungsanspruch stützen.
- 30 Zwar kann nach der Rechtsprechung des Senats grundsätzlich auch in Wehrbeschwerdeverfahren in entsprechender Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 2 VwGO ein Folgenbeseitigungsanspruch - korrespondierend zu der ausdrücklichen Regelung in § 13 Abs. 1 Satz 1 WBO - geltend gemacht werden. Dieser Anspruch dient - als Konkretisierung der Fürsorgepflicht des Vorgesetzten ge-



mäß § 10 Abs. 3 SG - der Beseitigung von fortdauernden Schäden, die durch rechtswidriges Handeln eines militärischen Vorgesetzten herbeigeführt werden (grundlegend: Beschluss vom 17. Juli 1974 - BVerwG 1 WB 124.70 - BVerwGE 46, 283 <286> = NZWehrr 1975, 25; vgl. ferner Beschlüsse vom 19. Juni 1985 - BVerwG 1 WB 28.84 - und vom 7. Juni 1988 - BVerwG 1 WB 5.87 -; Böttcher/Dau, WBO, 4. Aufl., § 19 Rn. 9). Materielle Voraussetzung für diesen Folgenbeseitigungsanspruch ist jedoch, dass die beanstandete dienstliche Maßnahme oder Unterlassung rechtswidrig ist (Beschluss vom 7. Juni 1988 - BVerwG 1 WB 5.87 -). Die Rechtswidrigkeit der Nichtzulassung des Antragstellers zu den Zulassungsterminen 1. Oktober 2002 und 1. Oktober 2003 kann indessen nicht mehr von ihm geltend gemacht werden, weil die entsprechenden Bescheide nach Abschluss der Wehrbeschwerdeverfahren bestandskräftig geworden sind. Bezüglich des Zulassungstermins 1. Oktober 2002 steht wegen des Senatsbeschlusses vom 24. Juni 2003 (BVerwG 1 WB 5.03) rechtskräftig fest, dass der Antragsteller zu Recht nicht zugelassen wurde. Die Frage der Rechtswidrigkeit der Nichtzulassung zum Termin 1. Oktober 2003 war Gegenstand des Verfahrens BVerwG 1 WB 62.04. Im Rahmen dieses Verfahrens hat das PersABw mit Bescheid vom 4. Mai 2005 dem Antragsteller mitgeteilt, dass seine Zulassung als Anwärter für die angestrebte Laufbahn zum 1. Oktober 2005 verfügt werde. Damit hat das PersABw zugleich die Zulassung des Antragstellers zu einem früheren Termin, insbesondere zum 1. Oktober 2003, (weiterhin) abgelehnt. Mit der Erklärung des Antragstellers vom 11. Mai 2005, im Hinblick auf diese Zulassungsentscheidung den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt zu erklären, ist die Ablehnung einer früheren Zulassung vor dem 1. Oktober 2005 bestandskräftig geworden.

- 31 Auch im Übrigen lässt die angefochtene Entscheidung des AChef PersABw Ermessensfehler nicht erkennen. Insbesondere sind unter dem Gesichtspunkt des Art. 3 Abs. 1 GG keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass nur eine stattgebende Entscheidung zugunsten des Antragstellers rechtmäßig wäre.
- 32 Die danach rechtlich nicht zu beanstandende Ablehnung der rückwirkenden Zulassung des Antragstellers im Bescheid vom 7. November 2005 begegnet

auch formellrechtlich keinen Bedenken. Der AChef PersABw war nach Nr. 806 ZDv 20/7 insoweit zur Entscheidung berufen.

Golze

Dr. Frenz

Dr. Deiseroth