

BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

Beschluss

BVerwG 1 WB 22.05

In dem Wehrbeschwerdeverfahren

des Oberstarztes ... ,

..., ... ,

hat der 1. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts durch

die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Frenz als Vorsitzende,
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Widmaier,
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Deiseroth,

sowie

Generalmajor Keerl und
Oberstabsapotheker Dr. Neben
als ehrenamtliche Richter

am 22. September 2005

b e s c h l o s s e n :

Der Antrag wird als unzulässig verworfen.

Gründe:

I

- 1 Der 1947 geborene Antragsteller ist Berufssoldat, dessen Dienstzeit voraussichtlich mit Ablauf des 31. Mai 2009 enden wird. Zum Oberstarzt wurde er mit Wirkung vom 1. April 1996 ernannt.
- 2 Mit dem Inkrafttreten der neuen Stärke- und Ausrüstungsnachweisung (STAN) des H. in K. zum 1. Oktober 2003 wurde der Dienstposten L., den der Antragsteller dort zu diesem Zeitpunkt besetzte, von der Besoldungsgruppe (BesGr) A 16 auf die BesGr A 15 herabdotiert. Aus diesem Grunde wurde der Antragsteller mit Verfügung des Bundesministers der Verteidigung (BMVg) - PSZ I 3 - Nr. 0245 vom 6. Oktober 2003 mit Wirkung ab 1. Oktober 2003 auf eine Planstelle „z.b.V.“ der BesGr A 16 umgesetzt.
- 3 Mit Schreiben des BMVg - PSZ I 3 - vom 14. August 2003, dem Antragsteller eröffnet am 19. August 2003, war er darüber unterrichtet worden, dass er aufgrund der Beratung im Personalberatungsausschuss (PBA) beim Inspekteur des Sanitätsdienstes der Bundeswehr (InspSan) bei der Besetzung des Dienstpostens (BesGr A 16) Abteilungsleiter III der S. zum 1. Juni 2003 keine Berücksichtigung finden werde. Das gleiche Ergebnis wurde ihm mit Schreiben des BMVg - PSZ I 3 - vom 22. Dezember 2003, eröffnet am 14. Januar 2004, aufgrund der PBA-Beratung beim InspSan im Hinblick auf die zum 1. Februar 2004 vorgesehene Besetzung des Dienstpostens (BesGr A 16) LSO St. mitgeteilt.
- 4 Nachdem ihm am 9. Februar 2005 durch den Amtschef H. seine geplante Versetzung auf den Dienstposten D. der 10. P. in S. angekündigt worden war, legte der Antragsteller dagegen mit Schreiben vom 13. Februar 2005, eingegangen beim H. am 14. Februar 2005, „Beschwerde“ ein und machte geltend, diese beabsichtigte Personalmaßnahme sei für ihn aus persönlichen Gründen unzumutbar und widerspreche im Hinblick auf seinen Wohnsitz A., die dortige freiberufliche Tätigkeit seiner Ehefrau und die zahlreichen Versetzungen in den vergangenen Jahren dem Fürsorgegedanken. Mit E-Mail-Schreiben vom 18. März 2005, ausgehändigt am

21. März 2005, versetzte der BMVg - PSZ I 3 - den Antragsteller mit Wirkung vom 16. Juli 2005 und mit einer voraussichtlichen Verwendungsdauer von zwei Jahren auf den Dienstposten eines D. bei der 10. P. in S. Die entsprechende förmliche Versetzungs- und Kommandierungsverfügung Nr. 0112 des BMVg wurde unter dem 18. April 2005 erstellt (mit Dienstantritt am 27. Juni 2005).

- 5 Der BMVg - PSZ I 7 - wertete den als „Beschwerde“ bezeichneten Rechtsbehelf des Antragstellers vom 13. Februar 2005 gegen die zunächst mündlich angekündigte und dann mit dem vorbezeichneten E-Mail-Schreiben verfügte Versetzung des Antragstellers auf den Dienstposten D. bei der 10. P. in S. als Antrag auf gerichtliche Entscheidung und legte diesen mit seiner Stellungnahme vom 25. April 2005 dem Senat vor. Dieser Antrag ist Gegenstand des beim Senat anhängigen Verfahrens BVerwG 1 WB 21.05.
- 6 Ebenfalls unter dem 13. Februar 2005, eingegangen beim H. am 14. Februar 2005, hatte der Antragsteller des Weiteren beantragt, ihn auf den Dienstposten D. bei der 7. P. in D. zu versetzen. Nachdem mit ihm im Beisein seiner Ehefrau am 4. März 2005 im Bundesministerium der Verteidigung ein Personalgespräch geführt worden war, lehnte der BMVg - PSZ I 3 - mit Bescheid vom 9. März 2005 dieses Versetzungsbegehren ab. In der Begründung wird ausgeführt, der angestrebten Versetzung stünden dienstliche Belange insoweit entgegen, als die in der Person seines Mitbewerbers H. (zum damaligen Zeitpunkt D. in der BesGr A 16 bei der 10. P. in S.), liegenden Gründe zu dessen Gunsten überwogen hätten. Dabei seien in die Entscheidungsfindung sowohl die Kriterien der Eignung, Befähigung und Leistung als auch soziale Kriterien wie Familienstand, Wohnort, minderjährige Kinder, Versetzungs-/Umzugshäufigkeit und mögliche Versetzungshindernisse der vorgestellten Kandidaten einbezogen worden.
- 7 Mit Schreiben vom 24. März 2005 hat der Antragsteller hinsichtlich der erfolgten Ablehnung seines unter dem 13. Februar 2005 gestellten „Antrag(es) auf Versetzung“ die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts - Wehrdienstsenat - beantragt. Der BMVG - PSZ I 7 - hat dieses Schreiben mit seiner Stellungnahme vom 25. April 2005 dem Senat vorgelegt.

- 8 Der Antragsteller trägt zur Begründung im Wesentlichen vor:
- 9 Das Auswahlverfahren für die Stellenbesetzung des Dienstpostens D. bei der 7. P. in D. sei schon in der Vorbereitung so angelegt gewesen, dass „die Entscheidung von vorneherein zielgerichtet auf eine Person ausgelegt worden“ sei. Es habe kein faires Auswahlverfahren stattgefunden, das sich ausschließlich an dienstlichen Notwendigkeiten orientiert habe. Dienstliche Gründe, die die getroffene Entscheidung „so und nicht anders notwendig machten“, seien nicht zu erkennen. Da die angeführten Gründe für die Entscheidung nicht ausschlaggebend gewesen sein könnten, müssten ausschließlich persönliche Gründe zu der Entscheidung geführt haben, was unzulässig sei. Ferner kritisiert er eine „erhebliche Abweichung von der Lage vergleichbarer Soldaten“. Es gebe eine Weisung oder habe eine solche gegeben, wonach Versetzungen innerhalb der letzten 5 Jahre vor der Zurruesetzung nur mit Einverständnis des Betroffenen erfolgen sollten. Aber selbst wenn diese Weisung zwischenzeitlich aufgehoben worden sei, halte er, der Antragsteller, es für willkürlich, „wenn man eine dienstlich nicht notwendige Kette schafft, die den Fürsorgecharakter dieser ggf. ursprünglichen Weisung ad absurdum führt“.
- 10 Mit Schriftsatz vom 25. Mai 2005 hat der Antragsteller vorgetragen, mit seinem gegen den Bescheid des BMVg - PSZ I 3 - vom 9. März 2005 gerichteten Antrag vom 24. März 2005 habe er „mitnichten das Rechtsschutzziel verfolgt, den BMVg zu verpflichten, den zum 01.07.2005 freiwerdenden Dienstposten“ eines D. bei der 7. P. in D. mit ihm, dem Antragsteller, zu besetzen. Sein Antrag habe vielmehr das Ziel, das Bundesverwaltungsgericht möge
- 11 „feststellen: Das Auswahlverfahren für die Stellenbesetzung des Dienstpostens ‚D.‘ bei der 7. P. D. war schon in der Vorbereitung so angelegt, dass die Entscheidung von vorneherein zielgerichtet auf eine Person ausgelegt worden ist. Es fand kein faires Auswahlverfahren statt, das sich ausschließlich an dienstlichen Notwendigkeiten orientiert hat.“

12 Der BMVg beantragt,

13 den Antrag zurückzuweisen.

14 Der vom Antragsteller begehrten Versetzung auf den Dienstposten D. bei der 7. P. in D. stünden, wie im Bescheid vom 9. März 2005 ausgeführt, dienstliche Belange entgegen. Die in der Person von H. liegenden Gründe für die Besetzung des Dienstpostens mit ihm überwögen. Zum einen verfüge H. ausgehend vom Durchschnitt der gebundenen Beschreibung in den drei letzten Beurteilungen über ein besseres Eignungs- und Leistungsbild als der Antragsteller. Damit sei die Wahrscheinlichkeit, ihn nach dem infolge der Auflösung des Stabes der 7. P. gemäß dem Realisierungsplan der Bundeswehr im vierten Quartal 2006 zu erwartenden Wegfall des Dienstpostens D. 7. P. möglichst zeitnah wieder auf einem STAN-Dienstposten etatisieren zu können, höher einzuschätzen als dies beim Antragsteller der Fall wäre.

15 Zum anderen könne mit der Versetzung von H. auf den Dienstposten D. 7. P. den in dessen persönlichen und familiären Verhältnissen liegenden Gründen Rechnung getragen werden.

16 Wegen des Vorbringens im Einzelnen wird auf den Inhalt der zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze und der Akten Bezug genommen. Die Beschwerdeakten des BMVg - PSZ I 7 - 267/05 - und die Personalgrundakte des Antragstellers haben dem Senat bei der Beratung vorgelegen.

II

17 Das Rechtsschutzbegehren des Antragstellers ist auslegungsbedürftig. Mit seinem an den BMVg gerichteten Schreiben vom 24. März 2005, das dieser zutreffenderweise und mit - nachträglicher - Zustimmung des Antragstellers als Antrag auf gerichtliche Entscheidung gewertet hat, hat sich der Antragsteller gegen die durch Bescheid des BMVg - PSZ I 3 - vom 9. März 2005 erfolgte Ablehnung seines Antrages vom 13. Februar 2005 auf Versetzung auf den Dienstposten D. bei der 7. P. in D. gewandt. Wie er durch seinen Schriftsatz vom 25. Mai 2005 jedoch

ausdrücklich klargestellt hat, ficht er damit aber weder die zugunsten seines Mitwerbers für diesen Dienstposten getroffene Verwendungsentscheidung an noch macht er zu seinen Gunsten ein entsprechendes Verpflichtungsbegehren auf Übertragung dieses Dienstpostens geltend. Denn er hat in diesem Schriftsatz insoweit unmissverständlich ausgeführt, dass er „mitnichten das Rechtsschutzziel verfolgt, den BMVg zu verpflichten, den zum 01.07.2005 freiwerdenden Dienstposten in D.“ mit ihm, dem Antragsteller, zu besetzen. Ein „Rückgängigmachen der Versetzung von H.“ könne „schon aus kameradschaftlichen Gründen nicht“ sein „Ziel sein“, zumal er, H., und seine Familie dann das Opfer dieser nicht korrekten Personalentscheidung" wären.

- 18 Stattdessen hat der Antragsteller sein Rechtsschutzbegehren dahin konkretisiert festzustellen: „Das Auswahlverfahren für die Stellenbesetzung des Dienstpostens ‚D.‘ bei der 7. P. D. war schon in der Vorbereitung so angelegt, dass die Entscheidung von vorneherein zielgerichtet auf eine Person ausgelegt worden ist. Es fand kein faires Auswahlverfahren statt, das sich ausschließlich an dienstlichen Notwendigkeiten orientiert hat.“
- 19 Dieser Feststellungsantrag hat keinen Erfolg.
- 20 Das gerichtliche Antragsverfahren setzt gemäß § 21 Abs. 1 i.V.m. § 17 Abs. 3 Satz 1 WBO stets einen auf einer rechtswidrigen truppendienstlichen Maßnahme oder Unterlassung beruhenden Eingriff in die Rechte des Antragstellers oder eine Verletzung gerade ihm gegenüber bestehender Pflichten eines militärischen Vorgesetzten voraus. Danach ist es nicht die Aufgabe des gerichtlichen Verfahrens, allgemein das Handeln von Vorgesetzten oder militärischen Dienststellen zu überprüfen. Vielmehr muss der Antragsteller geltend machen, in seinen Rechten oder durch eine Verletzung von gerade ihm gegenüber bestehenden Vorgesetztenpflichten verletzt zu sein. Nach dem von ihm vorgetragenen Sachverhalt muss eine solche Rechtsverletzung zumindest möglich erscheinen. Für die Zulässigkeit des Antrages reicht es aus, dass der Antragsteller Tatsachen vorträgt, aus denen das Gericht im Falle ihres Vorliegens auf eine Rechtsverletzung oder eine Verletzung von Vorgesetztenpflichten schließen kann. Die Frage, ob der Antragsteller tatsächlich durch die angegriffene dienstliche Maßnahme oder Unterlassung in

seinen individuellen Rechten oder durch einen Verstoß gegen (ihm gegenüber bestehenden) Vorgesetztenpflichten verletzt worden ist, betrifft dagegen nicht die Zulässigkeit des Antrages, sondern ist im Rahmen seiner Begründetheit zu prüfen.

- 21 Anträge, die auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer angegriffenen truppdienstlichen Maßnahme oder Unterlassung gerichtet sind, setzen nach der auch im Wehrbeschwerdeverfahren (analog) anwendbaren Vorschrift des § 43 Abs. 1 VwGO freilich stets voraus, dass der Antragsteller ein berechtigtes Interesse an der (baldigen) Feststellung hat. Dementsprechend sind Feststellungsanträge unzulässig, wenn sie lediglich abstrakte Rechtsfragen zum Gegenstand haben oder wenn der Antragsteller seine in Rede stehenden Rechte mit einem Anfechtungs- oder Verpflichtungsantrag verfolgen kann (so genannte Subsidiarität des Feststellungsantrages). Dies ergibt sich aus § 43 Abs. 2 VwGO, der im Wehrbeschwerdeverfahren entsprechende Anwendung findet (ständige Rspr.: vgl. u.a. Beschlüsse vom 21. November 1995 - BVerwG 1 WB 35.95 - <Buchholz 311 § 17 WBO Nr. 6> m.w.N., vom 18. November 1997 - BVerwG 1 WB 46.97 - <BVerwGE 113, 158 [160] = Buchholz 236.1 § 10 SG Nr. 27 = NZWehrr 1998, 26 = NVwZ 1998, 403 = ZBR 1998, 242>, vom 27. Januar 1998 - BVerwG 1 WB 40.97 - <Buchholz 311 § 17 WBO Nr. 26 = NZWehrr 1998, 167>, vom 21. Februar 2002 - BVerwG 1 WB 63.01 - und vom 15. Mai 2003 - BVerwG 1 WB 4.03 - <Buchholz 236.1 § 3 SG Nr. 31 = DokBer 2004, 6>). Ein solcher Fall liegt hier vor.
- 22 Das Versetzungsbegehren des Antragstellers auf den zum 1. Juli 2005 zu besetzenden Dienstposten D. bei der 7. P. in D. hat sich, nachdem dieser Dienstposten inzwischen mit einem anderen Soldaten (H.) besetzt worden ist, nicht mit der Folge erledigt, dass der Antragsteller im Sinne des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO zu einem Fortsetzungsfeststellungsantrag hätte übergehen können. Eine Erledigung hätte nämlich vorausgesetzt, dass das ursprüngliche Rechtsschutzziel aus Gründen, die nicht in der Einflussphäre des Antragstellers liegen, in dem Antragsverfahren nicht mehr zu erlangen ist, weil es entweder bereits außerhalb des Antragsverfahrens erreicht wurde oder überhaupt nicht mehr erreicht werden kann (vgl. Beschlüsse vom 21. Februar 1973 - BVerwG 1 WB 173.72 - <BVerwGE 46, 81 [f.]>, vom 21. November 1995 - BVerwG 1 WB 35.95 - <a.a.O.> und vom 1. Oktober 1997 - BVerwG 1 WB 36.97 -). Beides ist hier nicht der Fall.

- 23 Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Senats, dass die zwischenzeitlich erfolgte Besetzung eines von einem Soldaten begehrten Dienstpostens mit einem anderen Soldaten der Zulässigkeit eines Verpflichtungsantrags nicht entgegensteht, eine so genannte „Konkurrentenklage“ also grundsätzlich zulässig ist und bleibt (vgl. u.a. Beschlüsse vom 20. Februar 1985 - BVerwG 1 WB 37.83, 113.84 - <BVerwGE 76, 336> und vom 9. November 1994 - BVerwG 1 WB 31.94 - <DokBer B 1995, 71>).
- 24 Der Antragsteller war mithin auf Grund der anderweitigen Besetzung des Dienstpostens rechtlich nicht daran gehindert, die von ihm zunächst erstrebte Verpflichtung des BMVg zu seiner Versetzung auf den Dienstposten eines D. bei der 7. P. in D. weiter zu verfolgen. Im Rahmen eines solchen Verfahrens wäre darüber zu entscheiden gewesen, ob die Nichtberücksichtigung des Antragstellers bei der Besetzung jenes Dienstposten ihn in seinen Rechten verletzte oder ob dabei ihm gegenüber bestehende Vorgesetztenpflichten verletzt worden sind. Wie sich aus seinem Schriftsatz vom 25. Mai 2005 unzweifelhaft ergibt, stellt der Antragsteller jedoch einen solchen Anfechtungs- oder Verpflichtungsantrag gerade nicht. Dies vermag aber an der rechtlichen Möglichkeit eines solchen Antrages und damit auch an der Unzulässigkeit eines Feststellungsantrages - im Hinblick auf dessen Subsidiarität gemäß § 43 Abs. 2 VwGO (analog) - nichts zu ändern.
- 25 Von einer Belastung des Antragstellers mit Verfahrenskosten sieht der Senat ab, weil er die Voraussetzungen des § 20 Abs. 2 WBO nicht für gegeben erachtet.

Dr. Frenz

Prof. Dr. Widmaier

Dr. Deiseroth

Keerl

Dr. Neben