



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 1 WB 60.10

In dem Wehrbeschwerdeverfahren

des Personalrats der Zentrale des Bundesnachrichtendienstes,
vertreten durch den Vorsitzenden und Gruppensprecher der Soldaten,
Hauptmann ... (Dienstname)

- Bevollmächtigter:
Rechtsanwalt ...,
... -

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 Krickl und
den ehrenamtlichen Richter Hauptmann Schulz

am 24. Mai 2011 beschlossen:

Der Antrag wird zurückgewiesen.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Antragsteller, der Personalrat der Zentrale des Bundesnachrichtendienstes, streitet mit dem Präsidenten des Bundesnachrichtendienstes über die Frage, ob die Besetzung von Stellen der Besoldungsgruppe A 16 oder höher mit Soldaten der Beteiligung des Antragstellers nach § 23 SBG unterliegt.

- 2 Nach vorangegangenem Schriftwechsel mit der zuständigen Fachabteilung wandte sich der Antragsteller - Gruppe der Soldaten - mit Schreiben vom 8. Juni 2010 an den Präsidenten des Bundesnachrichtendienstes und beantragte unter Hinweis auf die ablehnende Haltung der Fachabteilung, wonach bei der Besetzung von A 16-Dienstposten und höher eine Anhörung der Vertrauensperson (hier: Gruppe der Soldaten im Personalrat der Zentrale) nicht erfolge, eine „Abhilfeweisung“. Mit Bescheid vom 21. Juni 2010 lehnte der Präsident des Bundesnachrichtendienstes dieses Begehren mit der Begründung ab, durch die Ausnahmeregelung des § 23 Abs. 3 Satz 2 SBG werde deutlich, dass entsprechend der für Beamtenstellen getroffenen Regelung des § 77 Abs. 1 Satz 2 BPersVG von der Besoldungsgruppe A 16 an aufwärts die Beteiligung sowohl bei Dienstpostenwechseln als auch bei der Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit /Beförderung ausgeschlossen sei. Weiter heißt es in dem Bescheid, unabhängig von vorstehenden rechtlichen Ausführungen werde mit Blick auf die mit dem Personalrat der Zentrale bestehende vertrauensvolle Zusammenarbeit entschieden, dass bei zukünftigen Auswahlentscheidungen für die Besetzung höherwertiger Dienstposten auf Antrag des betroffenen Soldaten eine Anhörung erfolgen werde.

- 3 Gegen diesen Bescheid legte der Antragsteller - Gruppe der Soldaten - mit Schreiben vom 22. Juni 2010, eingegangen am 24. Juni 2010, Beschwerde nach § 16 SBG ein wegen Behinderung der Ausübung seiner Befugnisse. Diese Beschwerde wies der Präsident des Bundesnachrichtendienstes mit einem an den Gruppensprecher der Soldaten gerichteten Bescheid vom 19. Juli 2010 als unzulässig zurück, weil schon die formalen Voraussetzungen für eine Beschwerde nach § 16 SBG nicht vorlägen. Hinsichtlich fünf von neun in der Be-

schwerdeschrift näher bezeichneten Dienstposten fehle es schon deswegen an der Beschwer des Antragstellers, weil in dem angefochtenen Bescheid die Anhörung nach § 23 SBG ohne Anerkennung einer Rechtspflicht zugesagt worden sei. Diese Entscheidung werde von der zuständigen Fachabteilung auch beachtet. Insoweit gebe es daher keinen Beschwerdeanlass. Hinsichtlich der übrigen, bereits in der Vergangenheit abgeschlossenen Besetzungsverfahren fehle es an der Wiederholungsgefahr und damit an dem erforderlichen Feststellungsinteresse, weil in den laufenden und in den künftigen Besetzungsverfahren die beantragte Anhörung auch bei Dienstposten der Besoldungsgruppe A 16 oder höher erfolgen werde. Im Übrigen sei die Beschwerde auch materiell unbegründet. Abschließend heißt es in dem Bescheid, gegen diesen Bescheid könne innerhalb eines Monats nach Zugang weitere Beschwerde beim Bundeskanzleramt eingelegt werden.

- 4 Mit einem an den Chef des Bundeskanzleramtes adressierten Schreiben vom 19. August 2010 legte der Antragsteller gegen den Bescheid des Präsidenten des Bundesnachrichtendienstes insoweit weitere Beschwerde gem. § 16 WBO ein, als es um die Anhörung gem. § 23 SBG bei den in der Vergangenheit abgeschlossenen vier Besetzungsverfahren geht. Insoweit bestehe durchaus ein Feststellungsinteresse wegen Wiederholungsgefahr, weil das Beteiligungsrecht weiterhin bestritten werde und auch für die abgeschlossenen Verfahren keine Abhilfe erfolgt sei.

- 5 Der Leiter der Abteilung „Koordinierung der Nachrichtendienste des Bundes“ im Bundeskanzleramt teilte dem Antragsteller mit Bescheid vom 22. November 2010 mit, der Chef des Bundeskanzleramtes habe am 19. November 2010 entschieden, dass die zulässige Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen werde. Die „weitere Beschwerde“ nach § 16 WBO sei als Beschwerde im Sinne von § 16 SBG auszulegen. Beschwerde sich der Personalrat der Zentrale über eine unterlassene Anhörung durch den Präsidenten des Bundesnachrichtendienstes, sei bei entsprechender Anwendung des § 9 WBO der nächsthöhere Disziplinarvorgesetzte zuständig. Dies sei für den Präsidenten des Bundesnachrichtendienstes der Chef des Bundeskanzleramtes. Die „Beschwerde“ vom 22. Juni 2010 sei demnach eine bloße Gegenvorstellung gewesen.

- 6 Die Beschwerde sei jedoch unbegründet. Bei der Übertragung von höherwertigen Dienstposten von A 16 an aufwärts bestehe keine Pflicht, den Personalrat anzuhören. Dies ergebe eine Auslegung des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SBG nach Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck der Norm. Nach der amtlichen Begründung des Gesetzentwurfs entspreche der Ausschluss der Anhörung von der Besoldungsgruppe A 16 an aufwärts allgemeinen personalvertretungsrechtlichen Grundsätzen. Sinn und Zweck des § 23 Abs. 3 Satz 2 SBG sprächen ebenfalls gegen die Anhörung. Bereits die Übertragung der höherwertigen Aufgabe sei eine Weichenstellung zur endgültigen Besetzung des Dienstpostens mit einer daran anschließenden möglichen Beförderung. Sei jedoch bei der Beförderung (ab Besoldungsgruppe A 16) als „Zementierung“ der Übertragung höherwertiger Aufgaben eine Anhörung entbehrlich, gelte dies erst recht für die - jederzeit zurücknehmbare - Übertragung von höherwertigen Aufgaben im Vorfeld einer möglichen Beförderung.
- 7 Mit Schriftsatz seiner Bevollmächtigten vom 23. Dezember 2010, beim Bundesverwaltungsgericht per Telefax eingegangen am selben Tage, hat der Antragsteller Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach der Wehrbeschwerdeordnung gestellt. Zur Begründung führt er aus, die Regelung des § 77 Abs. 1 Satz 2 BPersVG sei im Bereich der Soldatenbeteiligung mangels Verweisung weder direkt noch sinngemäß noch analog anwendbar. Die Regelung des § 23 Abs. 3 Satz 2 SBG ergreife nach ihrem eindeutigen Wortlaut nur die spätere statusrechtliche Beförderung, nicht jedoch die vorangehenden Verwendungsmaßnahmen zur Stellenbesetzung nach § 23 Abs. 1 Satz 1 SBG. Soweit sich der Chef des Bundeskanzleramtes auf eine Passage in der amtlichen Begründung zum SBG-Änderungsgesetz vom 28. Februar 1997 beziehe, verkenne er, dass dies nur die nachträgliche Einführung des § 23 Abs. 3 Satz 2 SBG betreffe. Die Einfügung sei ausschließlich für Beförderungen nach § 23 Abs. 3 Satz 1 SBG erfolgt und zwar als Kompensation der gleichzeitigen Erweiterung des § 23 Abs. 3 Satz 1 SBG auf Beförderungen von Unteroffizieren und Offizieren. Zuvor sei die Vorschrift nämlich auf Beförderungen von Mannschaften beschränkt gewesen. § 23 Abs. 1 SBG sehe hingegen seit 1991 unverändert eine Anhörung der Vertrauensperson auf Antrag des Soldaten bei Verwendungsentscheidun-

gen wie Versetzung, Kommandierung und Umsetzung vor und zwar ohne jede Beschränkung auf bestimmte Besoldungsgruppen. Wenn der Gesetzgeber eine nachträgliche Einschränkung der Anhörungsrechte gewollt hätte, dann wäre es bei der geschilderten Entstehungsgeschichte der Norm zwingend gewesen, ausdrücklich auch § 23 Abs. 1 SBG zu ändern. Statt dessen hätte der Gesetzesentwurf als Ziel, die Beteiligungsrechte „auszuüben“. Auch deswegen hätten Einschränkungen im Gesetzgebungsverfahren klar und eindeutig erklärt werden müssen.

8 Der Antragsteller beantragt:

1. Es wird unter Aufhebung der Schreiben des Präsidenten des Bundesnachrichtendienstes vom 21. Juni 2010 und vom 19. Juli 2010 sowie des Bundeskanzleramts vom 22. November 2010 festgestellt, dass der Präsident des Bundesnachrichtendienstes verpflichtet ist, den Antragsteller gem. § 23 Abs. 1 SBG auf Antrag des Soldaten zu beteiligen, bei der beabsichtigten Besetzung von Dienstposten der Besoldungsgruppe A 16 oder höher mit einem Soldaten oder bei der beabsichtigten Ablehnung einer Bewerbung eines Soldaten auf einen solchen Dienstposten.

2. Es wird festgestellt, dass die unterbliebene Beteiligung des Personalrats bei den im Schreiben vom 12. Mai 2010 genannten Dienstposten-Besetzungen unverzüglich nachzuholen ist.

3. Es wird festgestellt, dass der Präsident des Bundesnachrichtendienstes verpflichtet ist, die Soldaten seines Geschäftsbereichs über ihr Antragsrecht nach § 23 Abs. 1 SBG rechtzeitig und umfassend zu belehren.

9 Der Chef des Bundeskanzleramtes beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

10 Er hält den Rechtsweg gegen seine Entscheidung für nicht eröffnet. Die Rechte der Personalvertretung der Soldaten des Bundesnachrichtendienstes stünden nach § 86 Nr. 13 BPersVG unter dem Vorbehalt, dass sich aus den vorangehenden Nummern 1 bis 12 nichts anderes ergebe. Aus § 86 Nr. 8 BPersVG folge aber, dass bei Einwendungen des Personalrats der Zentrale gegen eine vom

Leiter des Bundesnachrichtendienst beabsichtigte Maßnahme der Chef des Bundeskanzleramtes endgültig entscheide. Abweichend von § 83 Abs. 1 Nr. 3 BPersVG sei der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten daher nicht eröffnet. Für den Fall der „Mitwirkung im BND“, der auch die Mitbestimmung/Zustimmung nach dem BPersVG umfasse, solle nach der Wertung des § 86 Nr. 8 BPersVG der Rechtsweg ausgeschlossen sein. Das hier streitige Anhörungsrecht nach § 23 Abs. 1 Nr. 4 SBG sei eine von vier möglichen personalvertretungsrechtlichen Beteiligungsformen. Sei für die Fälle der Mitwirkung und Mitbestimmung der Rechtsweg nicht eröffnet, gelte dies erst recht für das schwächere Beteiligungsrecht der Anhörung. § 86 Nr. 8 BPersVG entfalte mithin über § 86 Nr. 13 BPersVG hinsichtlich des gerichtlichen Rechtsschutzes gegen Beschwerdeentscheidungen zu Beteiligungsfragen eine Sperrwirkung gegenüber §§ 17 ff. WBO i.V.m. § 52 Abs. 1 Satz 1 SBG.

- 11 Sollte entgegen dieser Ansicht der Rechtsweg eröffnet sein, so sei das Bundesverwaltungsgericht in entsprechender Anwendung des § 21 WBO erstinstanzlich zuständig. Das Bundesverwaltungsgericht trete bei Rechtsmitteln gegen Beschwerdeentscheidungen des Chefs des Bundeskanzleramtes an die Stelle des Truppendienstgerichts. In personalvertretungsrechtlichen Angelegenheiten sei sowohl in der Wehrbeschwerdeordnung bei Entscheidung einer obersten Dienstbehörde über Soldatenbeschwerden (§ 21 WBO) als auch im Bundespersonalvertretungsgesetz bei den Statusgruppen Beamte und Tarifbeschäftigte des Bundesnachrichtendienstes im Falle eines Beschlussverfahrens (§ 86 Nr. 14 BPersVG) eine erstinstanzliche Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts gegeben. Wenn der Gesetzgeber eine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts in personalvertretungsrechtlichen Angelegenheiten sowohl bei Beamten und Tarifbeschäftigten im Bundesnachrichtendienst als auch bei Entscheidungen des Bundesministers der Verteidigung als oberster Dienstbehörde bei Entscheidungen von Soldaten geregelt habe, könne für die „Schnittmenge Soldaten im Bundesnachrichtendienst“ nichts anderes gelten.
- 12 Der Antrag sei jedenfalls unbegründet. Zu den Befugnissen der Vertrauensperson gehöre das Anhörungsrecht nach § 23 SBG. Nach Abs. 3 Satz 1 der Vorschrift solle die Vertrauensperson stets gehört werden bei der Auswahl von Sol-

daten bei Beförderungen, bei denen der nächste Disziplinarvorgesetzte ein Auswahlermessen habe; dies gelte jedoch nicht bei Beförderungen von der Besoldungsgruppe A 16 an aufwärts. Hingegen solle die Vertrauensperson bei dem Wechsel auf einen anderen Dienstposten nur auf Antrag des betroffenen Soldaten durch den nächsten Disziplinarvorgesetzten gehört werden (§ 23 Abs. 1 Nr. 4 SBG). Grundsätzlich zähle hierzu auch die Übertragung einer höherwertigen Dienstpostens vor einer Beförderung. Dies gelte jedoch nicht bei der Übertragung von höherwertigen Dienstposten von der Besoldungsgruppe A 16 an aufwärts. Dies ergebe eine Auslegung des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 und Abs. 3 SBG nach Wortlaut, Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck der Norm. Die Beförderung von Soldaten vollziehe sich dreistufig: Auswahl des beförderungswürdigen Kandidaten, Wechsel auf einen anderen (höherwertigen) Dienstposten und schließlich Beförderung. Eine Anhörungspflicht bestehe ausschließlich bezüglich des vorentscheidenden ersten Aktes, der „Auswahl“ des Soldaten. Die Formulierung „Auswahl für Beförderung“ spreche daher für eine Anhörung bezüglich des gesamten dreigliedrigen Beförderungsprozesses. Dies gelte dann umgekehrt auch für den Ausschluss der Anhörungspflicht nach § 23 Abs. 3 Satz 2 SBG. Der Ausschluss der Anhörung ab Besoldungsgruppe A 16 aufwärts entspreche allgemeinen personalvertretungsrechtlichen Grundsätzen. Sinn und Zweck des § 23 Abs. 3 Satz 2 SBG sprächen ebenfalls gegen eine Anhörung. Die Übertragung von höherwertigen Aufgaben sei ein notwendiges Durchgangsstadium zur endgültigen Besetzung des Dienstpostens und zu einer daran anschließenden möglichen Beförderung.

- 13 Der Bundeswehrdisziplinaranwalt und der Bundesminister der Verteidigung - PSZ I 7 - haben zu dem Antrag Stellung genommen. Sie sind der Ansicht, der Rechtsweg zu den Wehrdienstgerichten sei gegeben. Zuständig sei das Bundesverwaltungsgericht. Der Antrag sei aber unbegründet. Insoweit schließen sie sich den Ausführungen des Chefs des Bundeskanzleramtes an.

- 14 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen. Die Verwaltungsvorgänge des Präsidenten des Bundesnachrichtendienstes und des Bundeskanzleramtes sowie des Bundesministers der Verteidigung - PSZ I 7 - ... haben dem Senat bei der Beratung vorgelegen.

II

- 15 Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist zulässig (1.), aber unbegründet (2.).
- 16 1. Der Antrag ist zulässig, insbesondere ist der Rechtsweg zu den Wehrdienstgerichten gegeben (a). Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Entscheidung über den Antrag sachlich zuständig (b). Der Feststellungsantrag ist auch die zulässige Antragsart (c).
- 17 a) Der Antragsteller hat mit dem Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach der Wehrbeschwerdeordnung den richtigen Rechtsweg beschritten. Für den Antrag ist gem. § 16 SBG i.V.m. § 1 Abs. 1, § 17 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2, § 21 Abs. 1 WBO der Rechtsweg zu den Wehrdienstgerichten eröffnet.
- 18 aa) Der Bundesnachrichtendienst ist eine Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundeskanzleramtes (§ 1 Abs. 1 Satz 1 BNDG). Die Zentrale des Bundesnachrichtendienstes ist eine Dienststelle im Sinne des § 6 Abs. 1 i.V.m. § 86 BPersVG, bei der ein örtlicher Personalrat gebildet wird (vgl. Beschluss vom 26. November 2008 - BVerwG 6 P 7.08 - BVerwGE 132, 276 Rn. 27 = Buchholz 250 § 86 BPersVG Nr. 6). Für Streitigkeiten des Antragstellers mit dem Präsidenten des Bundesnachrichtendienstes über personalvertretungsrechtliche Beteiligungsrechte ist grundsätzlich der Rechtsweg zu den allgemeinen Verwaltungsgerichten gegeben. Abweichend von dieser generellen Rechtswegzuweisung in § 83 Abs. 1 Nr. 3 BPersVG ist der Rechtsweg zu den Wehrdienstgerichten dann eröffnet, wenn sich der Personalrat auf eine Behinderung in seinen Beteiligungsrechten in Angelegenheiten beruft, die nur die Soldaten betreffen (stRspr, vgl. Beschlüsse vom 1. November 2001 - BVerwG 6 P 10.01 - BVerwGE 115, 223 = Buchholz 252 § 52 SBG Nr. 2, vom 26. Oktober 2006 - BVerwG 1 WB 17.06 - BVerwGE 127, 85 = Buchholz 450.1 § 9 WBO Nr. 1 = NZWehrr 2007, 128 und zuletzt vom 28. Oktober 2009 - BVerwG 1 WB 11.09 - Buchholz 449.7 § 16 SBG Nr. 3). Mit der Zuweisung der Befugnisse der Ver-

trauensperson an die Soldatenvertreter im Personalrat enthält § 52 Abs. 1 Satz 1 SBG eine Maßgabe zum Personalvertretungsgesetz im Sinne des § 48 Satz 1 SBG, die sich für den Bereich der Beteiligung in Angelegenheiten, die nur die Soldaten betreffen, auch auf den Rechtsweg gem. § 16 SBG i.V.m. § 17 Abs. 1 WBO auswirkt (Beschluss vom 1. November 2001 a.a.O. S. 228 f.).

- 19 Die hier streitige Frage der Anhörung des Personalrats bei der Auswahl von Soldaten für Verwendungen auf Dienstposten der Besoldungsgruppe A 16 und höher ist eine Angelegenheit, die ausschließlich die Gruppe der Soldaten betrifft.
- 20 bb) Entgegen der Ansicht des Chefs des Bundeskanzleramtes ist der Rechtsweg zu den Wehrdienstgerichten auch nicht durch die Regelung des § 86 Nr. 8 BPersVG ausgeschlossen. Diese Vorschrift ordnet an, dass die Beschäftigten des Bundesnachrichtendienstes keine Stufenvertretung wählen. Soweit sonst eine Stufenvertretung zuständig ist, tritt im Bundesnachrichtendienst an ihre Stelle der Personalrat der Zentrale. Erhebt der Personalrat Einwendungen gegen eine vom Leiter des Bundesnachrichtendienstes beabsichtigte Maßnahme, entscheidet im Falle des § 72 Abs. 4 BPersVG nach Verhandlung mit dem Personalrat der Zentrale der Chef des Bundeskanzleramtes endgültig (§ 86 Nr. 8 Satz 3 BPersVG). Diese Vorschrift regelt, wie insbesondere der Verweis auf § 72 Abs. 4 BPersVG deutlich macht, das Verfahren, wenn im Rahmen der Mitwirkung des Personalrats eine Einigung zwischen Dienststelle und Personalrat nicht erreicht wird. In diesem Fall entscheidet der Chef des Bundeskanzleramtes nach vorheriger Verhandlung mit dem Personalrat der Zentrale, der insoweit die Aufgaben einer Stufenvertretung wahrnimmt, endgültig. Besteht dagegen - wie hier - Streit über die Frage, ob dem Personalrat überhaupt ein Beteiligungsrecht in einer bestimmten Angelegenheit zusteht, entscheiden darüber ausschließlich die Gerichte (vgl. Beschluss vom 28. August 2008 - BVerwG 6 PB 19.08 = Buchholz 251.92 § 66 SAPersVG Nr. 1 Rn. 18 ff., 23). Daran ändert die Regelung des § 86 Nr. 8 BPersVG nichts.
- 21 b) Das Bundesverwaltungsgericht ist auch für die Entscheidung sachlich zuständig. Dabei kann dahinstehen, ob dies bereits aus der in § 16 SBG angeord-

neten „entsprechenden“ Anwendung der Wehrbeschwerdeordnung folgt, so dass gegen Beschwerdeentscheidungen des Chefs des Bundeskanzleramtes als oberster Dienstbehörde in entsprechender Anwendung des § 21 Abs. 1 WBO die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts an Stelle des Truppendienstgerichts (§ 17 Abs. 1 Satz 1 WBO) tritt. Denn jedenfalls folgt dies aus der Regelung des § 86 Nr. 14 BPersVG, wonach für gerichtliche Entscheidungen nach § 83 Abs. 1 BPersVG im Bereich des Bundesnachrichtendienstes das Bundesverwaltungsgericht in erster und letzter Instanz zuständig ist (vgl. zur Anfechtung der Wahl der Gleichstellungsbeauftragten des BND Urteil vom 27. Juni 2007 - BVerwG 6 A 1.06 - Buchholz 272 GleichstellungsR Nr. 3). Dies ist auch dann anzunehmen, wenn nach § 86 Nr. 13 BPersVG für die im Bundesnachrichtendienst beschäftigten Soldaten die §§ 48 bis 52 SBG und damit in Fällen des § 16 SBG die Vorschriften der Wehrbeschwerdeordnung gelten. Die Vorschrift des § 86 Nr. 14 BPersVG entspricht im Übrigen der allgemeinen Regelung des § 50 Abs. 1 Nr. 4 VwGO, wonach über Klagen, denen Vorgänge im Geschäftsbereich des Bundesnachrichtendienstes zugrunde liegen, das Bundesverwaltungsgericht im ersten und letzten Rechtszug entscheidet. Zweck sowohl des § 86 Nr. 14 BPersVG (vgl. Ilbertz/Widmaier, BPersVG, 11. Auflage 2008, § 86 Rn. 26) als auch des § 50 Abs. 1 Nr. 4 VwGO (Kopp/Schenke, VwGO, 16. Auflage 2009, § 50 Rn. 8) ist die bessere Geheimhaltung der Vorgänge im Bereich des Bundesnachrichtendienstes (vgl. auch die entsprechende Regelung in § 158 Nr. 5 SGB IX).

- 22 c) Der gestellte Feststellungsantrag zu 1 bedarf der Auslegung. Wie dem ablehnenden Bescheid des Präsidenten des Bundesnachrichtendienstes vom 21. Juni 2010, dem Beschwerdebescheid des Präsidenten des Bundesnachrichtendienstes vom 19. Juli 2010 und den Ausführungen im Beschwerdebescheid des Bundeskanzleramtes zu entnehmen ist, besteht Streit zwischen dem Personalrat und der Dienststelle nur über die Anhörung im Zusammenhang mit der *Auswahl* von Soldaten für einen Dienstposten der Besoldungsgruppe A 16 oder höher, also einer „förderlichen“ Umsetzung (so ausdrücklich Bundeskanzleramt a.a.O.). Mit dieser Einschränkung ist der Feststellungsantrag zu 1) zulässig.

- 23 aa) Der Antragsteller ist antragsbefugt. Er kann auch in Angelegenheiten, die ausschließlich Soldaten betreffen, deren Rechte im gerichtlichen Antragsverfahren geltend machen, weil die Gruppe der Soldaten kein eigenständiges Vertretungsorgan im Sinne des § 1 Abs. 2 SBG ist, obwohl sie in ihrer Funktion als Vertrauensperson Aufgaben oder Tätigkeiten nach dem Soldatenbeteiligungsgesetz wahrnimmt (vgl. Höges, in: Wolf/Höges, SBG, Stand März 2011, § 52 Rn. 6). Angelegenheiten, die allein die Gruppe der Soldaten betreffen, werden materiell nach dem Soldatenbeteiligungsgesetz, formell aber nach § 38 Abs. 2, § 32 Abs. 3 BPersVG behandelt (vgl. Beschlüsse vom 13. Juni 2007 - BVerwG 1 WDS-VR 1.07 - Buchholz 449.7 § 48 SBG Nr. 1 = NZWehrr 2008, 39 und vom 28. Oktober 2009 a.a.O.; Höges, a.a.O.). Dementsprechend macht der Antragsteller auch dann eine Verletzung eigener Beteiligungsrechte geltend, wenn es um Gruppenangelegenheiten der Soldaten geht, über die nach vorheriger gemeinsamer Beratung nur die Angehörigen der Gruppe abstimmen (§ 49 Abs. 2 Satz 3 SBG i.V.m. § 38 Abs. 2 BPersVG). Nach § 32 Abs. 3 BPersVG wird der Antragsteller, wie hier geschehen, durch seinen Vorsitzenden, der zugleich Sprecher der Gruppe der Soldaten ist, vertreten. Das gilt auch für das gerichtliche Antragsverfahren. Dass in der vorgerichtlichen Korrespondenz der Antragsteller jeweils mit dem Zusatz „Gruppe der Soldaten“ firmierte, ist unschädlich, weil jedenfalls die Formvorschrift des § 32 Abs. 3 BPersVG gewahrt wurde.
- 24 bb) Durch die Weigerung des Präsidenten des Bundesnachrichtendienstes, dem Antragsteller bei den hier streitigen Auswahlentscheidungen für Dienstposten der Besoldungsgruppe A 16 und höher ein Anhörungsrecht zuzuerkennen, könnte der Antragsteller in der Ausübung seiner Befugnisse als Soldatenvertreter behindert worden sein. Dem steht nicht entgegen, dass der Präsident des Bundesnachrichtendienstes zunächst ohne Anerkennung einer Rechtspflicht die Durchführung des Anhörungsverfahrens eingeräumt hat. Denn dies ist - wie der spätere Widerruf im Bescheid des Präsidenten des Bundesnachrichtendienstes vom 14. Dezember 2010 deutlich zeigt - ohne jede rechtliche Verbindlichkeit.
- 25 cc) Bei der vorliegenden Fallkonstellation ist der Feststellungsantrag auch die richtige Antragsart.

- 26 Dem steht § 23a Abs. 2 WBO i.V.m. § 43 Abs. 2 VwGO nicht entgegen. Die Subsidiarität der Feststellungsklage nötigt den jeweiligen Antragsteller zwar grundsätzlich, seine in Rede stehenden Rechte vorrangig mit einem Anfechtungs- oder Verpflichtungsantrag bzw. mit einem Leistungsantrag zu verfolgen (stRspr, vgl. Beschlüsse vom 22. September 2005 - BVerwG 1 WB 22.05 und speziell zu Verfahren nach § 16 SBG Beschlüsse vom 28. Mai 2008 - BVerwG 1 WB 50.07 - Buchholz 449.7 § 52 SBG Nr. 5 und vom 28. Oktober 2009 a.a.O.). Das vertretungsrechtliche Beschwerdeverfahren nach § 16 SBG dient aber regelmäßig nicht der Durchsetzung individueller Ansprüche, sondern der Klärung und Feststellung von Zuständigkeiten sowie von vertretungsrechtlichen Befugnissen und Pflichten (vgl. zum personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahren die ständige Rechtsprechung, z. B. Beschlüsse vom 24. Oktober 1975 - BVerwG 7 P 11.73 - BVerwGE 49, 259 <264 f.> und vom 15. Dezember 1978 - BVerwG 6 P 13.78 - Buchholz 238.3A § 76 BPersVG Nr. 1 S. 8). Bei dieser Zweckbestimmung des Verfahrens kann sich ein Feststellungsantrag auf die Voraussetzungen einer Vorschrift, auf ihre Auslegung und ihre Anwendung beziehen (Beschlüsse vom 24. Oktober 1975 a.a.O. S. 265 und vom 28. Oktober 2009 a.a.O.). Bei einem gerichtlichen Antragsverfahren über Soldatenbeteiligungsrechte, bei denen die Beteiligung nicht in einer konkreten Personalangelegenheit, sondern für eine Vielzahl gleichartiger Personalangelegenheiten streitig ist, ist daher ebenso wie bei einem Streit über einen konkreten Beteiligungstatbestand der Feststellungsantrag regelmäßig die vorrangig gegebene Antragsart (vgl. auch Beschluss vom 28. Oktober 2009 a.a.O. Rn. 32).
- 27 Mit dem vorliegenden Feststellungsantrag wird auch nicht die Beschwerdefrist des § 6 Abs. 1 WBO umgangen. Nach Ablehnung des vom Antragsteller geltend gemachten Beteiligungsrechts durch das Schreiben der Fachabteilung vom 26. Mai 2010 und durch den Präsidenten des Bundesnachrichtendienstes mit Schreiben vom 21. Juni 2010 hat der Antragsteller mit Schreiben vom 22. Juni 2010, eingegangen bei der Dienststelle am 24. Juni 2010, innerhalb der Monatsfrist des § 6 Abs. 1 WBO Beschwerde eingelegt. Dass zunächst der Präsident des Bundesnachrichtendienstes zu Unrecht über die Beschwerde durch Beschwerdebescheid vom 19. Juli 2010 entschieden und erst auf die

„weitere Beschwerde“ des Antragstellers vom 19. August 2010 den Vorgang dem Chef des Bundeskanzleramtes als dem nächsthöheren Vorgesetzten (vgl. § 9 Abs. 1 WBO) zur Entscheidung vorgelegt hat, ändert nichts daran, dass die ursprüngliche Beschwerde innerhalb der Beschwerdefrist eingelegt worden ist.

- 28 2. Der Feststellungsantrag zu 1 ist aber unbegründet.
- 29 a) Dem Antragsteller steht das von ihm in Anspruch genommene Anhörungsrecht bei dem Wechsel auf einen Dienstposten von der Besoldungsgruppe A 16 an aufwärts nicht zu, soweit es sich dabei um eine förderliche Verwendung mit dem Ziel der Beförderung handelt. Zwar soll die Vertrauensperson durch den nächsten Disziplinarvorgesetzten bei einem Wechsel auf einen anderen Dienstposten oder bei dessen Ablehnung auf Antrag des betroffenen Soldaten angehört werden (§ 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SBG). Entsprechendes gilt für Versetzungen (§ 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SBG). Der Wortlaut der genannten Vorschriften enthält auch keinerlei Einschränkungen hinsichtlich der Besoldungsgruppe. Die Regelungen können aber nicht losgelöst von der Bestimmung des § 23 Abs. 3 SBG ausgelegt werden. Danach soll die Vertrauensperson stets gehört werden bei der Auswahl von Soldaten ihres Wahlbereichs für Beförderungen, bei denen der nächste Disziplinarvorgesetzte ein Auswahlermessen hat (§ 23 Abs. 3 Satz 1 SBG). Dies gilt nicht bei Beförderungen von der Besoldungsgruppe A 16 an aufwärts (§ 23 Abs. 3 Satz 2 SBG).
- 30 aa) Dem Antragsteller ist einzuräumen, dass die Regelung des § 23 Abs. 3 Satz 2 SBG sich von ihrer systematischen Stellung her auf die Fälle des § 23 Abs. 3 Satz 1 SBG, nämlich die Auswahl von Soldaten für Beförderungen in bestimmten Fällen bezieht. Ein derartig enges Verständnis der Vorschrift entspricht aber weder ihrem Sinn und Zweck noch ihrer Entstehungsgeschichte.

- 31 bb) Zweck der Regelung ebenso wie der des § 77 Abs. 1 Satz 2 BPersVG ist es, durch den Ausschluss der Mitbestimmung sicherzustellen, dass bei herausgehobenen Positionen unabhängige Personalentscheidungen getroffen werden, die der Bedeutung der darauf zu verrichtenden Tätigkeit und der damit verbundenen Verantwortung gerecht werden (vgl. zum BPersVG Beschluss vom 2. Oktober 1978 - BVerwG 6 P 11.78 - BVerwGE 56, 291 = Buchholz 238.3A § 77 BPersVG Nr. 2; BAG, Urteil vom 7. Dezember 2000 - 2 AZR 532/99 - PersR 2001, 221; Altvater/Peiseler, BPersVG, 7. Aufl. 2011, § 77 Rn. 14).
- 32 Dieser Zweck der Regelung schließt es aus, nur die sehr kleine Gruppe von Beförderungsentscheidungen, die von § 23 Abs. 3 Satz 1 SBG erfasst werden (vgl. dazu Gronimus, Die Beteiligungsrechte der Vertrauenspersonen in der Bundeswehr, 6. Aufl. 2009, § 23 Rn. 47 ff.), von dem Mitbestimmungsrecht der Personalvertretung auszunehmen, zumal jedenfalls im Bereich der Streitkräfte Beförderungsentscheidungen für Dienstposten der Besoldungsgruppe A 16 und höher regelmäßig nicht im Ermessen des nächsten Disziplinarvorgesetzten stehen.
- 33 cc) Es kommt hinzu, dass nach § 23 Abs. 3 Satz 1 SBG die Anhörung vorgesehen ist „bei der Auswahl von Soldaten ... für Beförderungen“. Es geht bei dem Mitbestimmungstatbestand also nicht (nur) um den statusrechtlichen Akt der Beförderung, sondern um die vorangehende Auswahlentscheidung unter mehreren in Betracht kommenden Kandidaten. Dies erfasst auch die Auswahl für einen Dienstposten, die der zeitgleich oder nachfolgend vorgesehenen Beförderung des ausgewählten Bewerbers vorangeht. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Senats, dass schon bei der Auswahl für die entsprechende Verwendung auf einem förderlichen Dienstposten wegen der Regelungen in Art. 33 Abs. 2 GG und § 3 Abs. 1 SG die Entscheidung nach Eignung, Befähigung und Leistung vorzunehmen ist (vgl. Beschluss vom 25. April 2007 - BVerwG 1 WB 31.06 - BVerwGE 128, 329 = Buchholz 449 § 3 SG Nr. 41 und zuletzt vom 21. Oktober 2010 - BVerwG 1 WB 18.10 - Buchholz 449 § 3 SG Nr. 59). Dabei konzentriert sich der Rechtsschutz für einen übergangenen Bewerber auf die Auswahlentscheidung, während den ggf. von nachgeordneten Dienststellen aufgrund der getroffenen Auswahlentscheidung vorzunehmenden

Umsetzungen oder Versetzungen keine gesonderte rechtliche Bedeutung zukommt. Sie „stehen“ und „fallen“ mit dem Bestand der Auswahlentscheidung (Beschluss vom 21. Oktober 2010 a.a.O. Rn. 17). Neben dem Sinn und Zweck der Regelung des § 23 Abs. 3 Satz 2 SBG spricht daher auch der Wortlaut des § 23 Abs. 3 Satz 1 SBG dafür, den Ausschluss des Mitbestimmungsrechts auch auf die im inhaltlichen Zusammenhang mit der Beförderungsentscheidung stehenden Personalmaßnahmen nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 und 4 SBG zu erstrecken.

- 34 dd) Für diese Auslegung spricht schließlich auch die Entstehungsgeschichte der Norm. § 23 Abs. 3 Satz 2 SBG ist im Zusammenhang mit der Erweiterung der Regelung im Satz 1 der Vorschrift durch das Erste Gesetz zur Änderung des Soldatenbeteiligungsgesetzes vom 20. Februar 1997 (BGBl I S. 298) eingefügt worden. In der amtlichen Begründung zum Gesetzentwurf (BT-Drucks 13/5740 S. 19) heißt es insoweit, „der Ausschluss der Anhörung ab Besoldungsgruppe A 16 entspricht allgemeinen vertretungsrechtlichen Normen“. Damit wird auf die Vorschrift des § 77 Abs. 1 Satz 2 BPersVG verwiesen, wonach die Mitbestimmung bei Personalmaßnahmen nach § 75 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 14 sowie § 76 Abs. 1 BPersVG bei Beamtenstellen von der Besoldungsgruppe A 16 an aufwärts generell ausgeschlossen ist. Das betrifft auch die Übertragung einer höher zu bewerteten Tätigkeit nach § 76 Abs. 1 Nr. 3 BPersVG. Dazu hat der für das Personalvertretungsrecht zuständige 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts (Beschluss vom 7. Juli 2008 - BVerwG 6 P 13.07 - BVerwGE 131, 267 = Buchholz 250 § 77 BPersVG Nr. 18 Rn. 18) ausgeführt, dies liege ohne Weiteres auf der Hand, wenn die Beförderung zugleich mit der Übertragung der höherwertigen Tätigkeit ausgesprochen werde. Entsprechendes müsse aber auch gelten, wenn der Beamte in eine Planstelle der Besoldungsgruppe A 16 eingewiesen, seine Beförderung aber erst für einen späteren Zeitpunkt in Aussicht gestellt werde. Hier werde der eigenständige Charakter der Mitbestimmung beim Übertragungsakt sichtbar, der systematisch als Vorbereitung der Beförderung bzw. als erster Teil eines gestreckten Beförderungsvorgangs zu verstehen sei.

- 35 Das gilt in gleichem Maße für Personalmaßnahmen nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 und 4 SBG, soweit sie im inhaltlichen Zusammenhang mit einer geplanten Beförderung stehen und deswegen schon die Auswahl für den Dienstposten nach Eignung und Leistung vorgenommen wird.
- 36 ee) Zu Unrecht beruft sich der Antragsteller demgegenüber auf den Beschluss des Senats vom 25. März 2008 - BVerwG 1 WDS-VR 4.08 - (Buchholz 449.7 § 23 SBG Nr. 6). Zwar hat der Senat in dem damaligen Fall beanstandet, dass bei der Versetzung eines Soldaten der Besoldungsgruppe A 16 die vorherige Anhörung der Vertrauensperson nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SBG zu Unrecht unterblieben sei. Die Versetzung stand aber in keinem inhaltlichen Zusammenhang mit einer geplanten Beförderung und einer entsprechenden Auswahlentscheidung, sondern sollte einem eingetretenen Vertrauensverlust Rechnung tragen. Derartige Versetzungsentscheidungen werden von § 23 Abs. 3 Satz 2 SBG nicht erfasst, weil die Vorschrift im Unterschied zur Regelung des § 77 Abs. 1 Satz 2 BPersVG nicht sämtliche Personalentscheidungen, sondern nur Auswahlentscheidungen im Zusammenhang mit Beförderungen regelt.
- 37 b) Besteht demnach für die hier einschlägigen Fälle der Besetzung eines Dienstpostens im Zusammenhang mit einer Beförderung kein Anhörungsrecht des Antragstellers, sind auch die Anträge zu 2 und 3 jedenfalls unbegründet, sodass es auf die Frage, inwieweit sie im vorliegenden Verfahren zulässig sind, nicht ankommt.

Golze

Dr. Frenz

Dr. Langer

Sachgebiet:	BVerwGE:	ja
Soldatenbeteiligungsrecht	Fachpresse:	ja

Rechtsquellen:

SBG §§ 16, 23 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 und 4, Absatz 3, § 52 Abs. 1 Satz 1
BPersVG § 77 Abs. 1, § 86 Nr. 8 Satz 3, Nrn. 13 und 14
WBO § 21 Abs. 1
VwGO § 43 Abs. 2, § 50 Abs. 1 Nr. 4

Stichworte:

Soldatenbeteiligung; Personalrat; Gruppe der Soldaten; Gruppenangelegenheit; Anhörungsrecht; Beförderungen; Auswahlentscheidung; Verwendungsentscheidung; höherwertiger Dienstposten; Besoldungsgruppe A 16 und höher; Rechtsweg; Wehrdienstgerichte; sachliche Zuständigkeit; Bundesverwaltungsgericht; Bundesnachrichtendienst

Leitsätze:

Für Streitigkeiten zwischen dem Personalrat der Zentrale und dem Präsidenten des Bundesnachrichtendienstes über die Beteiligungsrechte der Gruppe der Soldaten ist nach Durchführung des Beschwerdeverfahrens nach der Wehrbeschwerdeordnung der Rechtsweg zu den Wehrdienstgerichten gegeben; sachlich zuständig ist das Bundesverwaltungsgericht.

Bei einem gerichtlichen Antragsverfahren über Soldatenbeteiligungsrechte, bei denen nicht die Beteiligung in einer konkreten Personalangelegenheit, sondern für eine Vielzahl gleichartiger Personalangelegenheiten streitig ist, ist der Feststellungsantrag regelmäßig die vorrangig gegebene Antragsart.

§ 23 Abs. 3 Satz 2 SBG schließt die Beteiligung der Vertrauensperson bei Dienstposten der Besoldungsgruppe A 16 und höher auch bei der Entscheidung über die Verwendung auf einem höherwertigen Dienstposten im Vorfeld einer (späteren) Beförderung aus.

Beschluss des 1. Wehrdienstsenats vom 24. Mai 2011 - BVerwG 1 WB 60.10