



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 1 WB 86.08

In dem Wehrbeschwerdeverfahren

der Frau Stabsunteroffizier ...,

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 Oberst i.G. Falkenberg und
den ehrenamtlichen Richter Stabsunteroffizier Zeeh

am 24. November 2009 beschlossen:

Der Antrag wird als unzulässig verworfen.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Antragstellerin hat zunächst die Neubescheidung ihres Antrags auf Zulassung zur Laufbahn der Feldwebel des allgemeinen Fachdienstes beantragt. Sie ist mit Verfügung der Stammdienststelle der Bundeswehr vom 4. November 2009 zum 1. Januar 2010 zu dieser Laufbahn zugelassen worden. Sie strebt nunmehr die gerichtliche Feststellung an, dass die Ablehnung ihres Zulassungsantrags bereits im Zeitpunkt des ursprünglich angefochtenen Ausgangsbescheids der Stammdienststelle vom 27. November 2007 rechtswidrig gewesen sei.
- 2 Die Antragstellerin ist Soldatin auf Zeit; ihre auf acht Jahre festgesetzte Dienstzeit endet mit Ablauf des 31. März 2012. Zum Stabsunteroffizier wurde sie mit Wirkung vom 1. August 2004 ernannt. Seit dem 17. Juli 2006 wird sie bei der .../Führungsunterstützungsbataillon ... in S. verwendet.
- 3 Mit Bescheid vom 24. November 2005 stellte der Befehlshaber des Wehrbereichskommandos ... das für die Antragstellerin nach § 55 Abs. 2 SG wegen Dienstunfähigkeit eingeleitete Entlassungsverfahren mit der Begründung ein, sie habe seit dem 1. August 2005 den Nachweis einer erfolgreichen Therapie erbracht; ihre Disziplinarvorgesetzten hätten ihr daher bescheinigt, dass sie in der Lage sei, den dienstlichen Anforderungen auf ihrem Dienstposten uneingeschränkt gerecht zu werden.
- 4 Die erste Bewerbung der Antragstellerin vom 16. Mai 2006 um Zulassung zur Laufbahn der Feldwebel des allgemeinen Fachdienstes lehnte die (damalige) Stammdienststelle des Heeres mit Bescheid vom 21. Juni 2006 wegen fehlenden Bedarfs ab.
- 5 Mit Schreiben vom 6. November 2006 wiederholte die Antragstellerin ihre Bewerbung. In der „Ärztlichen Mitteilung für die Personalakte“ (BA 90/5) vom 30. November 2006 wurde sie für die „Weiterverpflichtung SaZ 12, Feldwebel-

tauglichkeit“ als „voll verwendungsfähig“ eingestuft. Die Stammdienststelle der Bundeswehr lehnte den Zulassungsantrag mit Bescheid vom 20. Februar 2007 mit der Begründung ab, die Eignungsfeststellung habe das Ergebnis „Für die Laufbahn der Feldweibel nicht geeignet / Laufbahneempfehlung Uffz FD“ erbracht.

- 6 In der „Ärztlichen Mitteilung für die Personalakte“ vom 10. Mai 2007 wurde die Antragstellerin als „nicht verwendungsfähig“ für die „Weiterverpflichtung SaZ 12, Feldweibeltauglichkeit“ beurteilt.
- 7 Auf die erneute Bewerbung der Antragstellerin vom 13. November 2007 stellte der Truppenarzt in der „Ärztlichen Mitteilung für die Personalakte“ vom 14. November 2007 fest, die Antragstellerin sei für die Laufbahn der Feldweibel des allgemeinen Fachdienstes „gesundheitlich nicht geeignet bis Dienstzeitende“. Unter Hinweis auf dieses Begutachtungsergebnis lehnte die Stammdienststelle den Zulassungsantrag mit Bescheid vom 27. November 2007 ab.
- 8 Dagegen legte die Antragstellerin unter dem 10. Dezember 2007 Beschwerde ein. Sie machte geltend, die truppenärztliche Stellungnahme beruhe auf einem Gutachten des Bundeswehrkrankenhauses K. aus dem April 2007, das sich seinerseits auf eine Untersuchung durch Oberfeldarzt Dr. Z. (Bundeswehrkrankenhaus B.) im März 2007 beziehe. Sie habe im März 2007 Dr. Z. jedoch nicht konsultiert und sei auch nicht von ihm untersucht worden. Im Übrigen habe das Bundeswehrkrankenhaus K. in seinem Gutachten erklärt, aufgrund der zweijährigen Heilbewährungszeit werde ein Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung mit Vorsicht gestützt. In einem weiteren vorläufigen Entlassungsbericht vom 24. Juli 2007 heiße es, dass die zweijährige Therapiekarenz bei psychischer Stabilität den Antrag einer Ausnahmegenehmigung ermögliche. Aus ihrer Sicht sei der Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung zu prüfen. Dabei sei auch das positive Begutachtungsergebnis vom 30. November 2006 zu berücksichtigen.
- 9 Im Beschwerdeverfahren begründete der Beratende Arzt der Abteilung PSZ in seiner Stellungnahme vom 25. Juli 2008 seine Zweifel an der gesundheitlichen

Eignung der Antragstellerin und führte ergänzend aus, ein Antrag auf Erteilung einer militärärztlichen Ausnahme vom Begutachtungsergebnis komme grundsätzlich nicht in Betracht, weil die Stammdienststelle unter dem 6. Mai 2008 auf eine ausreichende Zahl geeigneter Bewerber für den Laufbahnwechsel hingewiesen habe. Die bevorzugte Berücksichtigung uneingeschränkt geeigneter Bewerberinnen und Bewerber sei nicht zu beanstanden. Anschließend wies der Bundesminister der Verteidigung - PSZ I 7 - die Beschwerde mit Bescheid vom 22. August 2008 zurück.

- 10 Gegen diese am 27. August 2008 zugestellte Entscheidung hat die Antragstellerin am 10. September 2008 die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts beantragt. Diesen Antrag und eine weitere fachliche Äußerung des Beratenden Arztes der Abteilung PSZ vom 31. Oktober 2008 hat der Bundesminister der Verteidigung - PSZ I 7 - mit seiner Stellungnahme vom 12. Dezember 2008 dem Senat vorgelegt.
- 11 Die Antragstellerin hat zunächst mit Schriftsatz ihres Bevollmächtigten vom 13. Februar 2009 die Aufhebung der Bescheide vom 27. November 2007 und vom 22. August 2008 sowie die Verpflichtung des Bundesministers der Verteidigung zur Neubescheidung ihres Antrags auf Zulassung zu der angestrebten Laufbahn beantragt. Zur Begründung dieses Rechtsschutzbegehrens hat sie insbesondere vorgetragen, die vergebene Fehlerziffer VI bedürfe einer Überprüfung. Der Bundesminister der Verteidigung hat beantragt, diesen Antrag zurückzuweisen.
- 12 Auf die gerichtliche Anordnung vom 6. Mai 2009, eine aktuelle militärärztliche Stellungnahme zur gesundheitlichen Eignung der Antragstellerin für die angestrebte Laufbahn vorzulegen, erfolgte im Juni 2009 eine stationäre Untersuchung der Antragstellerin im Bundeswehrkrankenhaus U. Der Truppenarzt teilte in der „Ärztlichen Mitteilung für die Personalakte“ vom 23. Juli 2009 als Begutachtungsergebnis „verwendungsfähig, TG 2, Auflagen“ mit. Der Beratende Arzt der Abteilung PSZ bestätigte unter dem 4. September 2009 ab sofort - jedoch nicht für die Vergangenheit - eine gesundheitliche Eignung der Antragstellerin für den Laufbahnwechsel.

- 13 Nachdem die Antragstellerin die Eignungsfeststellung am 19. Oktober 2009 mit dem Ergebnis „Geeignet Laufbahn Feldwebel Fachdienst“ absolviert hatte und ihr eine Einplanungsmöglichkeit auf dem Dienstposten „Materialbewirtschaftungsfeldwebel Streitkräfte“ in der .../Fernmeldebataillon ... in P. aufgezeigt werden konnte, verfügte die Stammdienststelle der Bundeswehr nach Erfüllung aller sonstigen Zulassungsvoraussetzungen mit Bescheid vom 4. November 2009 ihre Zulassung als Anwärtlerin zu der angestrebten Laufbahn zum 1. Januar 2010.
- 14 Daraufhin hat die Antragstellerin mit Schriftsatz ihres Bevollmächtigten vom 11. November 2009 eingeräumt, ihrem Neubescheidungsbegehren sei in vollem Umfang Rechnung getragen worden. Sie macht jedoch geltend, sie sei bereits im Zeitpunkt des angefochtenen Ausgangsbescheids der Stammdienststelle im November 2007 für die Laufbahn der Feldwebel (mit Verlängerung der Dienstzeit auf zwölf Jahre) gesundheitlich geeignet gewesen. Das ergebe sich aus dem Gutachten des Bundeswehrkrankenhauses U. vom 3. Juli 2009 und aus der „Ärztlichen Mitteilung für die Personalakte“ vom 23. Juli 2009. Sie habe deshalb einen Schadensersatzanspruch gegen den Bund. Sie strebe einen Ausgleich für erlittene Nachteile bei der Beförderung und bei der Besoldung aufgrund zu später Beförderung an. Ihre weitere Verwendungsplanung sei fiktiv so zu gestalten, als sei sie bereits zum 1. Januar 2008 zur Laufbahn der Feldwebel zugelassen worden.
- 15 Die Antragstellerin beantragt,
- festzustellen, dass die Ablehnung des Antrags auf Übernahme in die Laufbahn der Feldwebel mit Bescheid der Stammdienststelle der Bundeswehr vom 27. November 2007 und die Beschwerdeentscheidung des Bundesministers der Verteidigung vom 22. August 2008 rechtswidrig waren.
- 16 Der Bundesminister der Verteidigung beantragt,
- den Antrag zurückzuweisen.

- 17 Er hält den Feststellungsantrag für unzulässig und führt dazu im Wesentlichen aus:

Ein Verfahren zur Schadlosstellung der Antragstellerin erscheine von vornherein als aussichtslos. Der Beratende Arzt der Abteilung PSZ stelle in seiner militärärztlichen Stellungnahme vom 3. November 2009 fest, dass die Antragstellerin nach Auswertung aller vorliegenden ärztlichen Unterlagen in den Jahren 2007 und 2008 für den Laufbahnwechsel gesundheitlich nicht geeignet gewesen sei. Die Aussage im Gutachten des Bundeswehrkrankenhauses U. vom 3. Juli 2009, dass bei Aufhalten der Antragstellerin im Bundeswehrkrankenhaus Berlin und im Bundeswehrkrankenhaus K. 2007 psychiatrisch und klinisch keine Symptomatik mehr habe nachgewiesen bzw. „keine hindernden Symptome einer Borderline Persönlichkeitsstörung“ hätten erkannt werden können, sei weder inhaltlich noch kausal nachzuvollziehen; sie stehe im Widerspruch zu dem ärztlich dokumentierten Verlauf des Gesundheitszustandes der Antragstellerin. In den abschließenden Gutachten des Bundeswehrkrankenhauses B. über den stationären Aufenthalt der Antragstellerin vom 13. bis 15. März 2007 und des Bundeswehrkrankenhauses K. über den stationären Aufenthalt der Antragstellerin vom 18. bis 27. April 2007 sei bestätigt worden, dass die Antragstellerin gesundheitlich nicht geeignet und mit der Fehlerziffer der Gradation VI zu bewerten sei. Die klinischen Fachärzte hätten in zwei stationären begutachtenden Aufhalten in zwei verschiedenen Fachkliniken erhebliche gesundheitliche Einschränkungen der Antragstellerin mit der Vergabe der höchsten Gesundheitseinschränkung (Gesundheitsziffer) beschrieben und festgestellt.

- 18 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen. Die Beschwerdeakte des Bundesministers der Verteidigung - PSZ I 7 - Az.: 885/08 - und die Personalgrundakte der Antragstellerin haben dem Senat bei der Beratung vorgelegen.

II

- 19 Der Feststellungsantrag ist unzulässig.
- 20 Nach § 19 Abs. 1 Satz 3 WBO n.F. (Fassung der Bekanntmachung vom 22. Januar 2009, BGBl I S. 81) entscheidet das zuständige Wehrdienstgericht - hier gemäß § 21 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 WBO das Bundesverwaltungsgericht - bei Erledigung einer sonstigen Maßnahme, die keinen Befehl darstellt, oder bei Erledigung einer Unterlassung, ob sie rechtswidrig waren, wenn der Beschwerdeführer bzw. Antragsteller ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat. Diese durch Art. 5 Nr. 15 des Gesetzes zur Änderung wehrrechtlicher und anderer Vorschriften vom 31. Juli 2008 (BGBl I S. 1629) eingefügte Vorschrift integriert den Regelungsbereich des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO, der bis einschließlich 31. Januar 2009 nach ständiger Rechtsprechung des Senats im Wege der Analogie im Wehrbeschwerdeverfahren Anwendung fand (Beschluss vom 24. März 2009 - BVerwG 1 WB 46.08 - DokBer 2009, 275), nunmehr generell für Anfechtungsanträge gegen dienstliche Maßnahmen und ausdrücklich auch für Verpflichtungsanträge gegen Unterlassungen in die Wehrbeschwerdeordnung.
- 21 Die Bestimmung des § 19 Abs. 1 Satz 3 WBO n.F. setzt damit zugleich die für § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO in Literatur und Rechtsprechung allgemein anerkannte Interpretation um, dass auch bei Erledigung eines Verpflichtungsbegehrens ein Fortsetzungsfeststellungsantrag grundsätzlich möglich ist (zu dieser Analogie im Einzelnen: Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl. 2009, § 113 Rn. 109, 112 jeweils m.w.N.; vgl. auch Urteil vom 24. Januar 1992 - BVerwG 7 C 24.91 - BVerwGE 89, 354 = Buchholz 310 § 113 VwGO Nr. 242). Für die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Fortsetzungsfeststellungsantrags eines Soldaten bei Erledigung eines Verpflichtungsbegehrens ergeben sich keine sachlichen Unterschiede zur bisherigen Rechtslage und zu der dazu ergangenen Rechtsprechung, weil § 19 Abs. 1 Satz 3 WBO n.F. sich nach seinem Wortlaut und Zweck an § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO orientiert und diese Vorbildregelung des allgemeinen Verwaltungsprozessrechts in die Wehrbeschwerdeordnung übernimmt (vgl. auch BTDrucks 16/7955 S. 35 <zu Nr. 15> i.V.m. S. 34 <zu

Nr. 10 Buchst. b>; ebenso Beschlüsse vom 17. Februar 2009 - BVerwG 1 WB 76.08 - und vom 24. März 2009 a.a.O.).

- 22 Das hiernach erforderliche besondere Feststellungsinteresse kann sich nach der Rechtsprechung des Senats aus einem Rehabilitierungsinteresse, aus einer Wiederholungsgefahr oder aus der Absicht ergeben, einen Schadensersatzanspruch geltend zu machen, sofern dieser nicht von vornherein als aussichtslos erscheint. Zusätzlich kommt auch ein berechtigtes Feststellungsinteresse in Betracht, wenn die erledigte Maßnahme eine fortdauernde faktische Grundrechtsbeeinträchtigung nach sich zieht. Das Feststellungsinteresse muss der jeweilige Antragsteller substantiiert geltend machen und darlegen (vgl. z.B. Beschlüsse vom 11. Dezember 2003 - BVerwG 1 WB 14.03 - BVerwGE 119, 341 = Buchholz 311 § 17 WBO Nr. 52 = NZWehrr 2004, 163, vom 8. August 2007 - BVerwG 1 WB 18.07 - und vom 24. März 2009 a.a.O.).
- 23 Ein Feststellungsinteresse in diesem Sinne hat die Antragstellerin nicht in der erforderlichen Weise dargelegt.
- 24 Die Antragstellerin hat sich auf einen möglichen Schadensersatzanspruch gegen den Bund „dem Grunde nach“ wegen eintretender Nachteile bei der Beförderung und bei der Besoldung durch zu späte Beförderung berufen. Infolge der hier erst nach Rechtshängigkeit des Wehrbeschwerdeverfahrens eingetretenen Erledigung des ursprünglichen Rechtsschutzbegehrens kann zwar ein Feststellungsinteresse wegen beabsichtigter Schadensersatzansprüche grundsätzlich geltend gemacht werden (stRspr, z.B. Beschlüsse vom 22. Juni 2005 - BVerwG 1 WB 1.05 - <insoweit nicht veröffentlicht in Buchholz 236.1 § 28 SG Nr. 6> und vom 24. März 2009 a.a.O.). Zur Darlegung dieses Feststellungsinteresses ist es aber erforderlich, dass ein entsprechender Prozess mit hinreichender Sicherheit zu erwarten ist und nicht offensichtlich als aussichtslos erscheint (vgl. Beschluss vom 24. März 2009 a.a.O., m.w.N.; Kopp/Schenke, a.a.O. § 113 Rn. 136). Dazu gehört außerdem, dass der jeweilige Antragsteller Grund und Inhalt des behaupteten Schadens näher konkretisiert und die Kausalität zwischen diesem Schaden und der angefochtenen Entscheidung glaubhaft macht (Beschluss vom 24. März 2009 a.a.O.).

- 25 Diese Voraussetzungen erfüllt das Vorbringen der Antragstellerin nicht.
- 26 Sie hat nur auf einen Anspruch „dem Grunde nach“ verwiesen, aber nicht dargelegt, in absehbarer Zeit tatsächlich einen Schadensersatz- oder Entschädigungsprozess gegen den Bund führen zu wollen. Die Antragstellerin hat auch nicht die Kausalität zwischen dem geltend gemachten Schaden und den angefochtenen Entscheidungen dargelegt. Diese Kausalität ist für den Senat im Übrigen nicht ersichtlich, sodass ein Schadensersatz- oder Entschädigungsprozess von vornherein als aussichtslos erscheint.
- 27 Zwischen der Ablehnungsentscheidung der Stammdienststelle der Bundeswehr und einer verzögerten Beförderung der Antragstellerin zum Feldwebel bestünde nur dann eine Kausalität, wenn die Antragstellerin schon im Jahr 2007 einen Anspruch auf Zulassung als Anwärtlerin zur Laufbahn der Feldwebel des allgemeinen Fachdienstes gehabt und sodann die Beförderungsvoraussetzungen erfüllt hätte. Das ist indessen nicht der Fall.
- 28 Die Zulassung von Fachunteroffizieren aller Laufbahnen zu einer Laufbahn der Feldwebel ist keine gebundene Entscheidung, sondern steht nach § 20 Satz 1 SLV, § 44 SLV i.V.m. Nr. 429, 434 ZDv 20/7 im pflichtgemäßen Ermessen der Stammdienststelle der Bundeswehr; sie setzt Bedarf und Eignung der Bewerber voraus. Nr. 9 Satz 1 der Vorbemerkung zur ZDv 20/7 betont zusätzlich, dass kein Rechtsanspruch auf Beförderung/Einweisung oder Übernahme/Zulassung zu einer anderen Laufbahn besteht. Die Zulassung erfolgt nicht in Crews, sondern vielmehr individuell - bei Erfüllung aller sonstigen formellen und materiellen Voraussetzungen - nach Prüfung der gesundheitlichen Eignung, nach Durchführung einer Eignungsfeststellung und nach Einplanung auf einem bestimmten Dienstposten, auf dem die Ernennung zum Feldwebel erfolgen kann. Dieses Verfahren stellt die Antragstellerin nicht in Abrede (vgl. auch „Bestimmungen für die Durchführung der Eignungsfeststellungen/Einplanungen von Laufbahnwechslerinnen und Laufbahnwechslern aus der Truppe in eine Feldwebellaufbahn“ vom 6. Oktober 2006 <BMVg PSZ PM - Az.: 16-20-00 -, in der Fassung der 1. Änderung vom 1. Februar 2007>).

- 29 Es ist völlig offen und lässt sich heute nicht mehr feststellen, ob die Antragstellerin nach ihrer Bewerbung vom 13. November 2007 - bezogen auf den von ihr gewünschten Zulassungstermin 1. Januar 2008 - die Eignungsfeststellung beim Zentrum für Nachwuchsgewinnung bestanden hätte. Die vorangegangene Eignungsfeststellung am 12. Februar 2007 hatte sie nur mit der Laufbahnempfehlung „Uffz FD“ abgeschlossen.
- 30 Ferner steht nicht fest, dass im Rahmen der Bedarfsprüfung 2007 ein Einplanungsdienstposten für die Antragstellerin zur Verfügung gestanden hätte, dessen fachliches Anforderungsprofil sie erfüllt hätte. Hinsichtlich dieses Bedarfs ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin im Gutachten des Bundeswehrkrankenhauses U. vom 3. Juli 2009 die Fehlerziffer III/13 gemäß ZDv 46/1 erhalten hat. Diese ist definiert als „körperliche Funktionsstörung psychischen Ursprungs mäßiger Ausprägung; selten auftretende Migräneanfälle, Spannungskopfschmerz“ (ZDv 46/1 Anlage 3/13). Die Antragstellerin hat sich ausdrücklich auch für das Jahr 2007 auf dieses Gutachten bezogen, jedoch nicht geltend gemacht, sie hätte im Jahr 2007 eine noch günstigere Fehlerziffer (nämlich der Gradation I oder II) erhalten müssen. Da nach der im Beschwerdeverfahren vorgelegten Mitteilung des Beratenden Arztes der Abteilung PSZ vom 25. Juli 2008 seinerzeit *uneingeschränkt* geeignete Bewerberinnen und Bewerber bevorzugt berücksichtigt wurden, ist völlig offen, ob die Stammdienststelle im Rahmen ihrer Ermessensentscheidung die Antragstellerin damals mit einer Gradation III bedarfsbezogen (vgl. Nr. 434 Satz 2 ZDv 20/7) eingeplant hätte.
- 31 Schließlich hat die Antragstellerin außer Acht gelassen, dass die Beförderung zum Feldwebel den erfolgreichen Abschluss der Feldwebelprüfung voraussetzt (§ 16 Abs. 2 SLV, Nr. 105 und Nr. 439 Satz 4 ZDv 20/7). Auch das Bestehen dieser Laufbahnprüfung lässt sich nicht im Wege der (hypothetischen) Kausalität unterstellen.
- 32 Angesichts der Unzulässigkeit des Feststellungsantrags kommt es auf die materiellrechtliche Frage der gesundheitlichen Eignung der Antragstellerin im Zeit-

punkt der Ausgangsentscheidung der Stammdienststelle nicht an, sodass der auf Einholung eines (ergänzenden) Sachverständigengutachtens gerichtete Beweisantrag im Schriftsatz ihres Bevollmächtigten vom 11. November 2009 abzulehnen ist.

Golze

Dr. Frenz

Dr. Langer