



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 1 WB 62.09

In dem Wehrbeschwerdeverfahren

des Herrn Hauptbootsmann

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,
die ehrenamtliche Richterin Oberstabsapotheker Dr. Ufermann und
den ehrenamtlichen Richter Oberbootsmann Lau

am 28. September 2010 beschlossen:

Der Antrag wird als unzulässig verworfen.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Antragsteller begehrt die gerichtliche Feststellung, dass die Verfügung der Stammdienststelle der Bundeswehr vom 25. März 2009, mit der seine am 10. März 2009 angeordnete Versetzung auf den Dienstposten des Stabsdienstfeldwebels Streitkräfte und Büroleiters beim ..stab S. aufgehoben worden ist, rechtswidrig war.
- 2 Der 1971 geborene Antragsteller ist Berufssoldat in der Laufbahn der Feldwebel des allgemeinen Fachdienstes der Marine; er ist der Verwendungsreihe 58 „Flugberatungsdienst“ zugeordnet. Seine Dienstzeit wird nach derzeitigem Stand frühestens mit Ablauf des 30. April 2025 enden. Er wurde am 24. März 2004 zum Hauptbootsmann ernannt. Vom 1. Juli 2004 bis zum 30. Juni 2008 war er als Stabsdienstbootsmann beim ...stab P. eingesetzt. Seit dem 1. Juli 2008 wurde er als Lehrfeldwebel und Flugberaterfeldwebel bei der ...gruppe III der Schule der Luftwaffe in K. verwendet. Nachdem die Stammdienststelle der Bundeswehr am 25. März 2009 die von ihr am 10. März 2009 verfügte Versetzung des Antragstellers zum ...stab S. aufgehoben hatte, wurde der Antragsteller durch Verfügung vom 30. April 2009 mit Dienstantritt am 1. Oktober 2009 auf einen Dienstposten als Flugberaterfeldwebel Search and Rescue (SAR) beim ...kommando Abteilung ... in G. versetzt.
- 3 Mit Vororientierung vom 17. Februar 2009 hatte die Stammdienststelle dem Antragsteller ihre Absicht mitgeteilt, ihn mit Dienstantritt am 23. März 2009 auf den Dienstposten des Stabsdienstfeldwebels Streitkräfte und Büroleiters beim ...stab S. zu versetzen. Zugleich hatte sie ihn aufgefordert, für sich und seine Familienangehörigen unverzüglich eine Untersuchung auf Auslandsdienstverwendungsfähigkeit und Tropendienstverwendungsfähigkeit sowie den erforderlichen Impfschutz in Absprache mit dem Truppenarzt zu veranlassen.
- 4 Am 19. Februar 2009 wurde der Antragsteller aufgrund seiner damaligen Verwendung als Flugberaterfeldwebel routinemäßig beim Flugmedizinischen Insti-

tut der Luftwaffe auf seine diesbezügliche Verwendungsfähigkeit begutachtet. Für die vorgesehene Verwendung im ...stab S. wurde er auf Anordnung seines nächsten Disziplinarvorgesetzten vom 19. Februar 2009 ausweislich zweier Ärztlicher Mitteilungen für die Personalakte auf Belegart (BA) 90/5 auf seine Auslandsdienstverwendungsfähigkeit und Tropendienstverwendungsfähigkeit untersucht. Die beiden Begutachtungsergebnisse des Truppenarztes des Sanitätszentrums K. vom 26. Februar 2009 lauteten: „auslandsdienstverwendungsfähig vorbehaltlich Komplettierung des Impfstatus“ bzw. „tropendienstverwendungsfähig vorbehaltlich Komplettierung des Impfstatus“.

- 5 Das Begutachtungsergebnis des Flugmedizinischen Instituts der Luftwaffe vom 27. Februar 2009 hinsichtlich der Verwendungsfähigkeit des Antragstellers als Flugberaterfeldwebel lautete ausweislich der Ärztlichen Mitteilung auf BA 90/5: „nicht verwendungsfähig für den militärischen Flugdatenbearbeitungs-, Fluginformations-, Flugberatungs- und/oder flugsicherungstechnischen Dienst“.
- 6 Nachdem das Auswärtige Amt dem Antragsteller mit Schreiben vom 6. März 2009 mitgeteilt hatte, dass er nach Abordnung durch das Streitkräfteamt mit Wirkung vom 23. März 2009 bis zum 30. Juni 2010 dem ...stab S. zugeteilt werde, ordnete die Stammdienststelle mit Verfügung vom 10. März 2009 die entsprechende Versetzung des Antragstellers mit Dienstantritt am 23. März 2009 an.
- 7 Nach Eingang der Unterlagen über die (fach-)ärztliche Untersuchung des Antragstellers im Flugmedizinischen Institut der Luftwaffe veranlasste die Leiterin des Sanitätszentrums K. eine erneute Begutachtung des Antragstellers auf dessen Tropendienstverwendungsfähigkeit, die sie am 11. März 2009 selbst vornahm. Ihr Begutachtungsergebnis in der Ärztlichen Mitteilung auf BA 90/5 vom 11. März 2009 lautete: „nicht tropendienstverwendungsfähig für sechs Monate“.
- 8 Daraufhin wurde der Antragsteller informiert, dass wegen seiner fehlenden Tropendienstverwendungsfähigkeit beabsichtigt sei, ihn aus der vorgesehenen Verwendung beim ...stab S. auszuplanen und einen anderen Soldaten auszuwählen. Die Stammdienststelle kündigte ihm mit Lotus Notes vom 17. März

2009 an, er werde zum 1. Juli 2009 mit einer voraussichtlichen Verwendungsdauer bis zum 30. Juni 2014 auf einen Dienstposten als Flugberaterfeldwebel SAR zum ...kommando Abteilung ... in G. versetzt. Mit dieser Planung erklärte sich der Antragsteller am 23. März 2009 mit der Maßgabe einverstanden, dass der zunächst für den 1. Juli 2009 vorgesehene Dienstantritt mit Rücksicht auf den Gesundheitszustand seiner Ehefrau auf den 1. Oktober 2009 verlegt werde.

- 9 Mit der angefochtenen Verfügung vom 25. März 2009 hob die Stammdienststelle ihre Versetzungsverfügung vom 10. März 2009 auf.

- 10 Dagegen legte der Antragsteller mit Schreiben seiner Bevollmächtigten vom 25. März 2009 Beschwerde ein und machte geltend, seine gesundheitliche Eignung sei durch die truppenärztlichen Begutachtungen vom 26. Februar 2009 bestätigt worden. Ohne erkennbaren Anlass sei eine zweite Meinung zu seiner Verwendungseignung eingeholt worden, die indessen keine taugliche Grundlage für die Aufhebung der Versetzungsverfügung vom 10. März 2009 darstelle. Das Ergebnis der erneuten Beurteilung seiner gesundheitlichen Eignung beruhe auf fehlerhaften Tatsachenannahmen. In den Unterlagen des Flugmedizinischen Instituts der Luftwaffe sei ihm fehlende Tauglichkeit für den Flugberatungsdienst aufgrund seines Übergewichts und eines Schielens auf dem linken Auge entgegengehalten worden. Diese Unterlagen seien nun dazu genutzt worden, ihm die Tauglichkeit für den Auslandseinsatz abzusprechen. Dabei sei außer Acht geblieben, dass er seit seiner Versetzung nach K. seine Ernährung komplett umgestellt und dadurch nachweislich eine Gewichtsreduzierung erreicht habe. Auch die inzwischen sichtliche Verbesserung seiner Blutwerte habe bei dem neuen Begutachtungsergebnis keine Berücksichtigung gefunden.

- 11 Nach Aushändigung der angefochtenen Aufhebungsverfügung wiederholten die Bevollmächtigten des Antragstellers mit Schreiben vom 2. April 2009 die Beschwerde. Der Bundesminister der Verteidigung wies die Beschwerde mit Beschwerdebescheid vom 25. Juni 2009, dem Antragsteller zugestellt am 29. Juni 2009, zurück.
- 12 Dagegen hat der Antragsteller am 29. Juli 2009 die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts beantragt. Diesen Antrag hat der Bundesminister der Verteidigung - PSZ I 7 - mit seinem am 3. November 2009 eingegangenen Vorlageschreiben vom 30. Oktober 2009 dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.
- 13 Zur Begründung seines Rechtsschutzbegehrens macht der Antragsteller im Wesentlichen geltend, er wünsche nicht mehr die Versetzung auf den Dienstposten beim ...stab S., sondern die Feststellung durch den Senat, dass die Aufhebungsverfügung der Stammdienststelle vom 25. März 2009 rechtswidrig gewesen sei. Die Stammdienststelle sei nicht berechtigt gewesen, die ursprüngliche Versetzungsverfügung vom 10. März 2009 wegen einer veränderten Sachlage aufzuheben. Geändert habe sich nicht die Sachlage, sondern lediglich die Feststellung zu seiner Tropendienstverwendungsfähigkeit. Im Vertrauen auf die Wirksamkeit der Versetzungsverfügung vom 10. März 2009 habe er erhebliche finanzielle Dispositionen getroffen; seine Ehefrau habe ihre Arbeitsstelle gekündigt und sich infolge der Versetzung nach G. keine neue Stelle in K. suchen können. Das Arbeitseinkommen seiner Ehefrau sei für mehrere Monate entfallen; sie habe überdies krankenversichert werden müssen. Deshalb stütze er sein Feststellungsinteresse auf einen Schadensersatzanspruch.
- 14 Der Antragsteller beantragt

festzustellen, dass die Anordnung der Stammdienststelle der Bundeswehr vom 25. März 2009, mit der die Versetzungsverfügung vom 10. März 2009 aufgehoben wurde, und der Beschwerdebescheid des Bundesministers der Verteidigung vom 25. Juni 2009 rechtswidrig sind.

- 15 Der Bundesminister der Verteidigung beantragt,
den Antrag zurückzuweisen.
- 16 Er hält den Antrag für unbegründet, weil das Begutachtungsergebnis vom 11. März 2009 mit der Feststellung einer fehlenden TROPENDIENSTVERWENDUNGSFÄHIGKEIT FÜR SECHS MONATE DER STAMMDIENSTSTELLE KEINE ANDERE MÖGLICHKEIT GELASSEN HABE, ALS DIE URSPRÜNGLICH ANGEORDNETE VERSETZUNG AUFZUHEBEN. UNTER BERÜCKSICHTIGUNG DER FACHAUFSICHTLICHEN STELLUNGNAHMEN DES BUNDESMINISTERIUMS DER VERTEIDIGUNG - FÜ SAN I 2 - VOM 11. MAI 2009 UND VOM 17. JUNI 2009 SOWIE DER EINSCHLÄGIGEN ERLASSE ZUR BEGUTACHTUNG AUF TROPENDIENSTVERWENDUNGSFÄHIGKEIT SEI DIE ERSTE DIESBEZÜGLICHE BEGUTACHTUNG DES ANTRAGSTELLERS AM 26. FEBRUAR 2009 FEHLERHAFT GEWESEN. EINE DAMALS GEBOTENE FACHÄRZTLICHE BEGUTACHTUNG HABE DER TRUPPENARZT NICHT VERANLASST. DESHALB SEI ES SACHGERECHT, DASS DIE LEITERIN DES SANITÄTSZENTRUMS K. NACH EINGANG DER FACHÄRZTLICHEN BEFUNDE DES FLUGMEDIZINISCHEN INSTITUTS DER LUFTWAFFE ANGEREGT HABE, BEIM ANTRAGSTELLER EINE WEITERE BEGUTACHTUNG AUF TROPENDIENSTVERWENDUNGSFÄHIGKEIT DURCHFÜHREN. DIESE BEGUTACHTUNG HABE SIE SELBST VORGENOMMEN. EINE ERNEUTE UNTERSUCHUNG DES ANTRAGSTELLERS UND EINE BLUTDRUCKMESSUNG SEIEN AM 11. MÄRZ 2009 JEDOCH NICHT ERFORDERLICH GEWESEN, WEIL DER BEGUTACHTUNG DIE UNTERSUCHUNGSBEFUNDE VOM 26. FEBRUAR 2009 UND DIE BEFUNDE DER AM 19. FEBRUAR 2009 ERFOLGTEN UNTERSUCHUNG BEIM FLUGMEDIZINISCHEN INSTITUT DER LUFTWAFFE HÄTTEN ZUGRUNDE GELEGT WERDEN KÖNNEN. VERFAHRENSRECHTLICH SEI IM ÜBRIGEN ZWEIFELHAFT, OB § 49 ABS. 2 NR. 3 VwVfG IM VORLIEGENDEN FALL ANWENDUNG FINDEN KÖNNE. § 23a WBO LASSE EINE ENTSPRECHENDE ANWENDUNG DIESES GESETZES NICHT ZU. SOLLTE GLEICHWOHL § 49 VwVfG ANALOG ANZUWENDEN SEIN, HANDELE ES SICH HIER UM EINEN WIDERRUF DER VERSETZUNGSENTSCHEIDUNG NACH § 49 ABS. 1 VwVfG.
- 17 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen. Die Beschwerdeakte des Bundesministers der Verteidigung - PSZ I 7 - 842/09 - und die Personalgrundakte des Antragstellers haben dem Senat bei der Beratung vorgelegen.

II

- 18 Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung hat keinen Erfolg.
- 19 Der Feststellungsantrag ist unzulässig.
- 20 Dieser Antrag ist für das Rechtsschutzbegehren des Antragstellers allerdings die richtige Antragsart, weil sich sein im Beschwerdeverfahren zunächst gestellter Antrag, die Aufhebungsverfügung der Stammdienststelle der Bundeswehr vom 25. März 2009 aufzuheben, erledigt hat.
- 21 In der ursprünglichen Versetzungsverfügung vom 10. März 2009 war die voraussichtliche Verwendungsdauer auf dem Dienstposten beim ...stab S. auf den 30. Juni 2010 festgesetzt worden. Unabhängig von dieser Befristung der Verwendungsdauer bildet eine Versetzungsverfügung - auch bei einer Versetzungsanordnung ins Ausland -, so lange die Rechtsgrundlage für den Verbleib des Soldaten auf dem verfügbaren Dienstposten, bis sie durch eine neue Versetzungsverfügung abgelöst wird (Beschluss vom 7. Juli 2009 - BVerwG 1 WB 51.08 - Buchholz 449 § 3 SG Nr. 53). Das ist hier geschehen.
- 22 Der Regelungsgehalt und die Geltungsdauer der Versetzungsverfügung vom 10. März 2009 sind dadurch gegenstandslos geworden, dass die Stammdienststelle (mit dem am 23. März 2009 erklärten Einverständnis des Antragstellers) durch Verfügung vom 30. April 2009 dessen Versetzung auf den Dienstposten als Flugberaterfeldwebel SAR beim ...kommando Abteilung ... in G. angeordnet hat. Diese Verfügung ist dem Antragsteller nach Mitteilung des Bundesministers der Verteidigung am 25. Mai 2009 eröffnet worden; der Antragsteller hat dagegen keinen Rechtsbehelf eingelegt. Vielmehr hat er mit Schriftsatz seiner Bevollmächtigten vom 19. Oktober 2009 - noch vor der Vorlage seines Antrags auf gerichtliche Entscheidung beim Senat - gegenüber dem Bundesminister der Verteidigung erklärt, er strebe die Versetzung nach S. nicht mehr an.

- 23 Mit der Bestandskraft der Versetzungsverfügung vom 30. April 2009 entfiel die rechtliche Möglichkeit, dass er - unabhängig von der zwischenzeitlich erfolgten Besetzung des Dienstpostens in S. mit einem anderen Soldaten - für den Fall einer erfolgreichen Anfechtung der strittigen Aufhebungsverfügung den Dienstposten im ...stab S. noch hätte wahrnehmen können.
- 24 Ohne Rechtsfehler ist der Antragsteller daher mit seinem Antrag auf gerichtliche Entscheidung zu einem Fortsetzungsfeststellungsantrag übergegangen. Damit obliegt dem Wehrdienstgericht gemäß § 19 Abs. 1 Satz 3 WBO die Entscheidung, ob die ursprünglich angefochtene Maßnahme rechtswidrig gewesen ist, wenn der Antragsteller ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat. Ein solcher Feststellungsantrag ist nach ständiger Rechtsprechung des Senats (vgl. z.B. Beschlüsse vom 8. August 2007 - BVerwG 1 WB 8.07 - und vom 21. Juli 2010 - BVerwG 1 WB 67.09 -) in entsprechender Anwendung der Vorschrift grundsätzlich auch dann zulässig, wenn sich das Rechtsschutzbegehren bereits vor Stellung des Antrags auf gerichtliche Entscheidung erledigt hat. § 19 Abs. 1 Satz 3 WBO in der seit dem 1. Februar 2009 geltenden Fassung (Bekanntmachung vom 22. Januar 2009, BGBl I S. 81) verlangt zwar nicht mehr die Formulierung eines förmlichen Feststellungsantrags; ein Antragsteller muss aber - weiterhin - das erforderliche Feststellungsinteresse substantiiert geltend machen (vgl. Beschlüsse vom 25. März 2010 - BVerwG 1 WB 42.09 - DÖV 2010, 663 <LS> und vom 21. Juli 2010 - BVerwG 1 WB 67.09 -).
- 25 Das berechtigte Interesse an der Feststellung kann sich 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 ein berechtigtes Feststellungsinteresse in Betracht, wenn die erledigte Maßnahme eine fortdauernde faktische Grundrechtsbeeinträchtigung nach sich zieht (stRspr, vgl. z.B. Beschlüsse vom 24. März 2009 - BVerwG 1 WB 46.08 - Buchholz 449 § 3 SG Nr. 52 und vom 21. Juli 2010 - BVerwG 1 WB 67.09 -). Allerdings fehlt, wenn - wie hier durch die bestandskräftige neue Versetzungsverfügung der Stammdienststelle vom 30. April 2009 - die Erledigung der Hauptsache bereits vor Stellung des Antrags auf gerichtliche Entscheidung eingetreten ist und sich der

Antragsteller auf die Absicht bezieht, einen Schadensersatzanspruch geltend zu machen, für die Fortsetzung des Wehrbeschwerdeverfahrens mit einem Feststellungsantrag vor dem Wehrdienstgericht das Feststellungsinteresse (stRspr, vgl. Beschlüsse vom 8. August 2007 - BVerwG 1 WB 8.07 - und vom 21. Juli 2010 - BVerwG 1 WB 67.09 -), weil das für die Schadensersatzklage zuständige allgemeine Verwaltungsgericht oder Zivilgericht über sämtliche den Anspruch betreffenden Rechtsfragen in eigener Zuständigkeit entscheiden kann und der Gedanke, die bisherigen Ergebnisse des Verfahrens vor dem Wehrdienstgericht für das nachfolgende Entschädigungsverfahren fruchtbar zu machen, nicht zum Tragen kommen kann. In einem solchen Fall ist daher der Feststellungsantrag unzulässig.

- 26 Der Antragsteller hat sein Feststellungsinteresse ausschließlich mit einer Schadensersatzforderung gegen den Bund begründet, die er gegenüber dem Bundesminister der Verteidigung mit Schriftsatz vom 3. März 2010 spezifiziert hat. Diese finanzielle Forderung kann er gerichtlich nur unmittelbar mit einer entsprechenden Klage bei dem zuständigen allgemeinen Verwaltungsgericht oder Zivilgericht geltend machen.
- 27 Ein Rehabilitierungsinteresse ist weder dargelegt noch für den Senat erkennbar. Das Rehabilitierungsinteresse setzt voraus, dass der angefochtenen Maßnahme oder Entscheidung selbst eine diskriminierende Wirkung zuzuschreiben ist oder der Antragsteller Umstände vorträgt, die entweder objektiv gesehen im Zusammenhang mit der angefochtenen Entscheidung auf eine Diskriminierungsabsicht oder auf eine tatsächlich durch die angegriffene Entscheidung eingetretene Diskriminierung schließen lassen (vgl. Beschlüsse vom 24. März 2009 - BVerwG 1 WB 46.08 - Buchholz 449 § 3 SG Nr. 52 und vom 8. Juni 2010 - BVerwG 1 WB 47.09 -). Eine derartige diskriminierende Wirkung ist der Aufhebungsentscheidung der Stammdienststelle vom 25. März 2009 nicht zu entnehmen. Auch hinsichtlich einer möglichen Wiederholungsgefahr oder einer fortdauernden faktischen Grundrechtsbeeinträchtigung hat der Antragsteller nichts vorgetragen.

- 28 Dem Antragsteller sind keine Kosten des Verfahrens aufzuerlegen, weil der Senat die Voraussetzungen des § 20 Abs. 2 in Verbindung mit § 21 Abs. 2 Satz 1 WBO nicht als gegeben erachtet.

Golze

Dr. Frenz

Dr. Langer