

BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

Beschluss

BVerwG 1 WB 62.04

In dem Wehrbeschwerdeverfahren

des Hauptfeldwebels ... ,

..., ... ,

- Bevollmächtigte:
Rechtsanwälte ...,
..., ... -

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,

am 20. Juni 2005

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

1. Das Verfahren wird eingestellt.
2. Die dem Antragsteller im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht erwachsenen notwendigen Auslagen werden zu zwei Dritteln dem Bund auferlegt.

G r ü n d e :

I

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 12. Juli 2004 wird der Antragsteller auf dem Dienstposten Truppenversorgungsbearbeiter beim Gerätehauptdepot in R. verwendet.

Seinen im Jahr 2001 gestellten Antrag auf Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes (OffzMilFD) lehnte das Personalamt der Bundeswehr (PersABw) mit Bescheid vom 18. September 2002 mit der Begründung ab, seine Zulassung könne wegen fehlender körperlicher Eignung nicht erfolgen. Die dagegen eingelegte Beschwerde und der anschließende Antrag auf gerichtliche Entscheidung blieben erfolglos (Beschluss vom 24. Juni 2003 - BVerwG 1 WB 5.03 -).

In dem gegen die Ablehnung seines Antrags auf Übernahme in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten geführten Klageverfahren vor dem Verwaltungsgericht L. - 1 A 312/02 - schlossen der Antragsteller als Kläger und die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das Bundesministerium der Verteidigung als Beklagte, am 24. September 2003 einen Vergleich; darin verpflichtete sich die Beklagte, über den Antrag des Antragstellers auf Übernahme in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten erneut zu entscheiden, sofern nach dem Befundbericht der Fachärztin für Orthopädie V. vom 22. September 2003 auf der Grundlage einer erneut einzuholenden medizinischen Untersuchung die Gradation III oder besser festgestellt werden sollte.

Mit Schreiben vom 25. September 2002 (richtig: 2003) hatte der Antragsteller erneut seine Zulassung zur Laufbahn der OffzMilFD beantragt. Diesen Antrag lehnte das PersABw mit Bescheid vom 9. März 2004 ab. Die Beschwerde des Antragstel-

lers vom 26. März 2004 wies der Bundesminister der Verteidigung (BMVg) - PSZ I 7 - mit Beschwerdebescheid vom 13. Juli 2004 zurück.

Der Truppenarzt im Standortsanitätszentrum M. - Außenstelle 1 P...schule - hatte den Antragsteller am 9. Oktober 2003 für die angestrebte Laufbahn als „gesundheitlich geeignet“ bezeichnet und in einer Bemerkung hinzugefügt:

„Die Begutachtung wurde unter Einbeziehung des fachärztlichen Befundberichtes von OSA Dr. V. (FA für Orthopädie des BWK H.) vom 22.09.03 erstellt.“

Der Leitende Arzt der orthopädischen Abteilung des Bundeswehrzentralkrankenhauses (BwZKrhs) K. beurteilte in seiner Stellungnahme vom 13. Januar 2004 das Erkrankungsbild des Antragstellers mit der Gesundheitsziffer (GZr) IV/42 der Anlage 3 zur ZDv 46/1. Die Beratenden Ärzte des PersABw und der Abteilung PSZ im Bundesministerium der Verteidigung kamen nach ihren - vom BMVg im Beschwerdebescheid dokumentierten - Stellungnahmen vom 29. Februar, vom 23. April und 8. Juli 2004 jeweils zu dem Ergebnis, dass die Vergabe der GZr IV/42 der Anlage 3 zur ZDv 46/1 zu Recht erfolgt sei. Eine erneute Untersuchung des Antragstellers im Bundeswehrkrankenhaus (BwKrhs) H. führte am 23. Juni 2004 zur Vergabe der GZr III/42, mit der die vorausgegangene Vergabe dieser GZr im September 2003 ausdrücklich bestätigt wurde. In seiner neuerlichen Stellungnahme vom 2. November 2004 stellte der Leiter der orthopädischen Abteilung des BwZKrhs K. fest, dass beim Antragsteller die Vergabe der GZr IV/42 angezeigt sei.

Den Antrag des Antragstellers auf gerichtliche Entscheidung vom 24. Juli 2004 hat der BMVg - PSZ I 7 - mit seiner Stellungnahme vom 16. November 2004 dem Senat vorgelegt.

Der Antragsteller hat beantragt,

den Bescheid des PersABw vom 9. März 2004 und den Beschwerdebescheid des BMVg vom 13. Juli 2004 aufzuheben und den BMVg zu verpflichten, ihn, den Antragsteller, zur Laufbahn der OffzMilFD zuzulassen,

hilfsweise,

die genannten Bescheide des PersABw und des BMVg aufzuheben und den BMVg zu verpflichten, seinen Antrag auf Zulassung zur Laufbahn der OffzMilFD unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.

Der BMVg hat beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Im gerichtlichen Antragsverfahren hat der BMVg mit Schreiben vom 14. April 2005 mitgeteilt, er habe eine nochmalige militärärztliche Begutachtung des Antragstellers am 12. April 2005 durch die Abteilung Orthopädie beim BwKrhs U. durchführen lassen, um die Bedenken des Antragstellers bezüglich der Verwertbarkeit des Gutachtens vom 2. November 2004 und den in diesem Zusammenhang erhobenen Befangenheitsvorwurf auszuräumen. Der Leitende Arzt der Abteilung Orthopädie beim BwKrhs U. sei zu folgender Beurteilung gelangt:

„Die Vergabe der Fehlerziffer IV/42 wird aufgrund der Bildgebung bei bekannter Beschwerdefreiheit eindeutig bestätigt. Ich schließe mich hier voll und ganz den Aussagen des Leiters Orthopädie des Bundeswehrzentralkrankenhauses K. an.

In Anbetracht des sehr guten Behandlungsergebnisses von 2002 im Bundeswehrkrankenhaus B. Z., mit bestehender guter Belastbarkeit und unter Berücksichtigung der Motivation des Soldaten, halte ich eine Ausnahmegenehmigung (...) für gerechtfertigt.“

Im Anschluss an eine entsprechende Empfehlung des beratenden Arztes der Abteilung PSZ im Bundesministerium der Verteidigung habe der BMVg - FüSan I 2 - am 14. April 2005 die mit Schreiben des Antragstellers vom 2. März 2005 vorsorglich beantragte militärärztliche Ausnahmegenehmigung erteilt. Es sei veranlasst, den Antragsteller zum nächstmöglichen Termin (1. Oktober 2005) als Anwärter für die Laufbahn der OffzMilFD zuzulassen.

Mit Bescheid vom 4. Mai 2005 hat das PersABw seinen angefochtenen Bescheid vom 9. März 2004 aufgehoben und dem Antragsteller mitgeteilt, dass im Hinblick auf die ihm erteilte militärärztliche Ausnahmegenehmigung seine Zulassung zu der angestrebten Laufbahn zum 1. Oktober 2005 verfügt werde, sofern keine Hinderungsgründe vorlägen.

Daraufhin hat der Antragsteller mit Schreiben seiner Bevollmächtigten vom 11. Mai 2005 den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt.

Er beantragt,

die „Kosten des Verfahrens“ dem Bund aufzuerlegen.

Der BMVg hat mit Schriftsatz vom 18. Mai 2005 der Erledigungserklärung des Antragstellers nicht widersprochen, eine Pflicht zur Übernahme der „Kosten des Verfahrens“ jedoch abgelehnt.

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 - 604/04 - und die Personalgrundakte des Antragstellers, Hauptteile A bis D, haben dem Senat bei der Beratung vorgelegen.

II

Das Wehrbeschwerdeverfahren ist in der Hauptsache durch die Erklärungen des Antragstellers und des BMVg vom 11. bzw. 18. Mai 2005 erledigt (§ 8 Abs. 1 Satz 3 WBO in entsprechender Anwendung). Übereinstimmende Erledigungserklärungen sind gemeinsame prozessuale Bewirkungshandlungen, die die Rechtshängigkeit der Hauptsache konstitutiv beenden und dem Gericht jede Entscheidungsbefugnis in der Hauptsache entziehen (Beschluss vom 17. Dezember 2003 - BVerwG 1 WB 36.03 - m.w.N.). Das Verfahren ist in entsprechender Anwendung des § 92 Abs. 3 Satz 1 VwGO einzustellen und es ist gemäß § 21 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 20 Abs. 3 WBO in entsprechender Anwendung des § 20 Abs. 1 und 2 WBO nur noch über die notwendigen Auslagen und die Kosten des Verfahrens zu entscheiden (stRspr.: vgl. Beschlüsse vom 7. Januar 1974 - BVerwG 1 WB 30.72 - <BVerwGE 46, 215 [216 f.]>, vom 1. März 2000 - BVerwG 1 WB 9.00 -, vom 15. September 2000 - BVerwG 1 WB 87.00 -, vom 22. Oktober 2003 - BVerwG 1 WB 30.03 -, vom 17. Dezember 2003 - BVerwG 1 WB 36.03 - und vom

4. November 2004 - BVerwG 1 WB 27.04 -). Für die Kostenentscheidung sind die im Prozessrecht allgemein geltenden Grundsätze maßgebend, den bisherigen Sach- und Streitstand sowie Billigkeitserwägungen heranzuziehen (vgl. § 21 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 20 Abs. 3 WBO, § 161 Abs. 2 VwGO, § 91 a Abs. 1 Satz 1 ZPO; Beschlüsse vom 7. Januar 1974 - BVerwG 1 WB 30.72 - <a.a.O.> und vom 11. November 2003 - BVerwG 1 WB 22.03 -).

Für eine Verteilung der „Kosten des Verfahrens“ sind die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 20 Abs. 2 WBO nicht erfüllt. In der Regel entspricht es billigem Ermessen, entsprechend dem Grundsatz in § 20 Abs. 1 Satz 1 WBO die dem Antragsteller im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht erwachsenen notwendigen Auslagen, deren Erstattung er sinngemäß mitgetragen hat, dem Bund aufzuerlegen, wenn der Antragsteller mit seinem Antrag ohne den Eintritt des erledigenden Ereignisses voraussichtlich Erfolg gehabt hätte. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt. Vielmehr waren die Erfolgsaussichten des Hauptantrages ohne die vom BwKrhs U. angeregte und später durch BMVg - FüSan I 2 - erteilte Ausnahmegenehmigung vom 14. April 2005 als offen zu bezeichnen.

Angesichts der unterschiedlichen fachärztlichen Bewertungen des aktuellen Gesundheitszustandes des Antragstellers einerseits mit der noch die Eignung indizierenden GZr III/42, andererseits mit der GZr IV/42 nach Anlage 3 zur ZDv 46/1 war zweifelhaft, ob der Hauptantrag des Antragstellers unmittelbar - wie von ihm allein aufgrund der Befunde des BwKrhs H. angenommen - Aussicht auf Erfolg gehabt hätte. Vielmehr hätte es zur abschließenden Klärung der Frage der gesundheitlichen Eignung des Antragstellers voraussichtlich der Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens bzw. Obergutachtens bedurft. Dies hat der Antragsteller erst mit Schreiben seiner Bevollmächtigten vom 2. März 2005 ausdrücklich beantragt.

Der BMVg hat andererseits dem Hilfsantrag in der Sache dadurch entsprochen, dass er nach der Beantragung der Ausnahmegenehmigung durch den Antragsteller dessen neuerliche Untersuchung - nunmehr durch das BwKrhs U. - veranlasst hat. (Nur) insoweit hat der BMVg aus eigenem Entschluss den Antragsteller klaglos gestellt, wenn auch der Antragsteller aufgrund der nachträglich beantragten

und der dann erteilten Ausnahmegenehmigung mit dem Zulassungsbescheid des PersABw vom 4. Mai 2005 letztlich das Ziel seines Hauptantrages erreicht hat.

Bei einer solchen Sachlage entspricht es insgesamt der Billigkeit, den Bund mit zwei Drittel der dem Antragsteller im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht erwachsenen notwendigen Auslagen zu belasten.

Dr. Frenz

Prof. Dr. Widmaier

Dr. Deiseroth