



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 1 WDS-VR 4.15

In dem Wehrbeschwerdeverfahren

des Herrn Oberstleutnant Dipl.-Ing. (FH) ...,
..., ...

- Bevollmächtigte:
... -

hat der 1. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts durch

die Vorsitzende Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. von Heimburg,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Frenz und
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Langer

am 25. August 2015 beschlossen:

Der Antrag, das Bundesministerium der Verteidigung im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über den Antrag des Antragstellers auf gerichtliche Entscheidung im Verfahren BVerwG 1 WB 22.15 geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um die zum 1. Januar 2015 erfolgte Besetzung des ..., bei der Organisation for Joint Armament Cooperation (OCCAR) ... - vorläufig rückgängig zu machen, sowie der Hilfsantrag, die Verweigerung der Freigabe des Antragstellers für den genannten Dienstposten bei der OCCAR vorläufig rückgängig zu machen, werden abgelehnt.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Antragsteller begehrt die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes im Hinblick auf seine Berücksichtigung für den Dienstposten ..., bei der Rüstungsagentur „Organisation for Joint Armament Cooperation“ (OCCAR) - ... - und hinsichtlich seiner Rüge, dass das Bundesministerium der Verteidigung insoweit noch nicht über seine Bewerbung vom 6. September 2014 entschieden habe.
- 2 Der 1965 geborene Antragsteller ist Berufssoldat, dessen Dienstzeit voraussichtlich mit Ablauf des 31. August 2026 enden wird. Er wurde mit Wirkung vom 15. Oktober 2007 zum Oberstleutnant ernannt und mit Wirkung vom 1. August 2007 in eine Planstelle der Besoldungsgruppe A 14 eingewiesen. Seit dem 2. Januar 2013 wird er als Logistikstabsoffizier beim ... in K. verwendet.
- 3 Zum Besetzungstermin 1. Januar 2015 schrieb das Bundesministerium der Verteidigung - P II 4 - den Dienstposten ..., bei der OCCAR aus. Unter dem 6. September 2014 bewarb sich der Antragsteller um diesen Dienstposten. Das Bundesministerium der Verteidigung - P II 4 - bestätigte ihm mit E-Mail-Schreiben vom 8. September 2014 den Eingang der Bewerbung.
- 4 Am 19. September 2014 richtete das Bundesministerium der Verteidigung - P II 4 - an das Bundesamt für das Personalmanagement der Bundeswehr (im Folgenden: Bundesamt für das Personalmanagement) die Anfrage, ob der Antragsteller im Falle seiner Auswahl freigegeben werden könne. Das Bundesamt für das Personalmanagement teilte dem Bundesministerium der Verteidigung - P II 4 - mit E-Mail-Schreiben vom 1. Oktober 2014 mit, dass die Freigabe für die OCCAR nicht erfolgen könne. Zur Begründung führte es aus, dass die Anzahl der Soldaten in der ... die Anzahl der zu besetzenden Dienstposten unterschreite und dass die Anzahl der Zuruhesetzungen in den Jahren 2016 und folgende die Anzahl der Übernahmen um das 1,5-fache bis 2-fache übersteige. Der Antragsteller werde im Rüstungsbereich des ... verwendet; Dienstposten wie der von ihm innegehabte Dienstposten in der Beset-

zungsverantwortung ... seien aufgrund Personalmangels nicht zu 100 % besetzt.

- 5 Mit Schreiben vom 30. September 2014 hatte das Bundesministerium der Verteidigung - P II 4 - gegenüber der OCCAR den Antragsteller als deutschen Kandidaten für den strittigen Dienstposten nominiert. Die OCCAR bestätigte dem Antragsteller den Eingang der Nominierung am 1. Oktober 2014.
- 6 Mit Rücksicht auf die vom Bundesamt für das Personalmanagement am 1. Oktober 2014 erklärte Verweigerung der Freigabe des Antragstellers teilte das Bundesministerium der Verteidigung - P II 4 - der OCCAR mit E-Mail-Schreiben vom 1. Oktober 2014 mit, dass die Nominierung des Antragstellers zurückgenommen werden müsse. Ebenfalls am 1. Oktober 2014 informierte das Bundesministerium der Verteidigung - P II 4 - die Dienststelle des Antragstellers über die Verweigerung der Freigabe und wies das Bundesamt für das Personalmanagement an, den Antragsteller entsprechend der nicht erteilten Freigabe zu bescheiden.
- 7 Am 19. Dezember 2014 wandte sich der Antragsteller mit der Bitte um Mitteilung des Sachstandes an das Bundesministerium der Verteidigung - P II 4 - ; er erklärte, bisher weder einen Zwischenbescheid noch eine abschließende Entscheidung auf seine Bewerbung erhalten zu haben. Unter dem 13. Januar 2015 legte der Antragsteller Untätigkeitsbeschwerde ein, die er mit seiner weiteren Beschwerde vom 14. März 2015 wiederholte. Er machte geltend, dass die OCCAR ihn in einem Telefonat am 7. Oktober 2014 nach den Gründen dafür gefragt habe, dass er - trotz exzellenter Bewerbungschancen - seine Bewerbung zurückgezogen habe. Daraufhin habe er der OCCAR erklärt, seine Bewerbung nicht zurückgenommen zu haben.
- 8 Mit Schreiben vom 21. Januar 2015 beschwerte sich der Antragsteller gegen seine Nichtberücksichtigung für den in Rede stehenden Dienstposten bei der OCCAR.

- 9 Auf Rückfrage des Bundesministeriums der Verteidigung - R II 2 - erklärte der Antragsteller unter dem 17. April 2015, dass er die Vorlage des Verfahrens an das Bundesverwaltungsgericht wünsche. Den Antrag hat das Bundesministerium der Verteidigung mit seiner Stellungnahme vom 9. Juni 2015 dem Senat zur Entscheidung vorgelegt (Verfahren BVerwG 1 WB 22.15).
- 10 Im Hauptsacheverfahren hat der Antragsteller geltend gemacht, dass für ihn nicht nachzuvollziehen sei, weshalb eine Bescheidung seiner Bewerbung nicht erfolgt sei. Gegen die Verweigerung seiner Freigabe für die Wahrnehmung des strittigen Dienstpostens bei der OCCAR habe er mit Schreiben vom 1. Juni 2015 vorsorglich Beschwerde eingelegt. In der Sache dürfe ihm der Aspekt des Personalmangels nicht entgegengehalten werden. Nach § 3 Abs. 1 Satz 2 der auf seinen Fall anzuwendenden „Entsendungsrichtlinie Bund“ vom 15. April 2014 (GMBI 2014, 634) dürften personelle Auswirkungen, die durch die Entsendung entstünden, bei der Entscheidung über die Entsendung nicht den Ausschlag geben. Der Antragsteller begehrt im Hauptsacheverfahren die Aufhebung der Entscheidung des Bundesamtes für das Personalmanagement vom 1. Oktober 2014 und dessen Verpflichtung, über seine Freigabe für die Tätigkeit bei der OCCAR unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden, sofern nicht unmittelbar die Erteilung der Freigabe für die in Rede stehende Tätigkeit in Frage komme.
- 11 Mit Schreiben seiner Bevollmächtigten vom 23. Juni 2015 hat der Antragsteller im vorliegenden Verfahren die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gemäß § 123 VwGO beantragt. Zur Begründung seines Rechtsschutzbegehrens wiederholt und vertieft er sein Vorbringen aus dem Hauptsacheverfahren. Er macht ergänzend geltend, dass die Angaben des Bundesministeriums der Verteidigung zu der Verweigerung der Freigabe vor dem Hintergrund der Reduzierung der Streitkräfte nicht plausibel seien. Insbesondere in seiner derzeitigen Dienststelle seien die Dienstposten zeitlich befristet und würden in den Jahren 2016/2017 auslaufen. Auch in seinem eigenen Dezernat sei ein derartiger auslaufender Dienstposten angesiedelt. Der angeführte Personalmangel sei überdies nicht damit zu vereinbaren, dass der angestrebte Dienstposten ohne Einschränkungen im Hinblick auf das Bewerberfeld ausgeschrieben worden sei.

12 Der Antragsteller beantragt,

das Bundesministerium der Verteidigung im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, bis zu einer bestandskräftigen (gemeint: rechtskräftigen) Entscheidung über den Antrag auf gerichtliche Entscheidung im Verfahren BVerwG 1 WB 22.15 geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um die zum 1. Januar 2015 erfolgte Besetzung des Dienstpostens ... bei der OCCAR - ... - vorläufig rückgängig zu machen,

hilfsweise,

das Bundesministerium der Verteidigung im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, bis zu einer bestandskräftigen (gemeint: rechtskräftigen) Entscheidung über den Antrag auf gerichtliche Entscheidung im Verfahren BVerwG 1 WB 22.15 die Verweigerung seiner Freigabe für den Dienstposten ... bei der OCCAR - ... - vorläufig rückgängig zu machen.

13 Das Bundesministerium der Verteidigung hat zu dem Antrag mit Schriftsatz vom 3. Juli 2015 Stellung genommen. Es beantragt,

den Antrag abzulehnen.

14 Zur Begründung hat es ausgeführt, dass das Rechtsschutzbegehren unzulässig sei, soweit es sich gegen das Bundesministerium der Verteidigung richte. Das Bundesministerium der Verteidigung habe keinen Einfluss auf die von der OCCAR getroffenen Auswahlentscheidungen und könne deshalb derartige Entscheidungen auch nicht vorläufig rückgängig machen. Die OCCAR schließe mit den ausgewählten Kandidaten zivilrechtliche Arbeitsverträge ab. Daher sei auch der Verwaltungsrechtsweg nicht eröffnet. Soweit sich das Rechtsschutzbegehren des Antragstellers unmittelbar gegen die OCCAR richte, sei das Begehren ebenfalls unzulässig, weil die OCCAR nach Maßgabe des Übereinkommens zu ihrer Gründung vom 9. September 1998 Immunität vor der Gerichtsbarkeit genieße. Infolge der Auswahl eines anderen Kandidaten für den zum 1. Januar 2015 zu besetzenden strittigen Dienstposten sei Erledigung des Antrags in der Hauptsache eingetreten. Auf Art. 33 Abs. 2 GG könne sich der Antragsteller im Übrigen nicht berufen, weil bei der OCCAR nicht die Übertragung eines deut-

schen Amtes in Rede stehe. Hinsichtlich der Bedarfssituation sei darauf hinzuweisen, dass von 523 von der ... zu besetzenden Dienstposten nur 508 Dienstposten besetzt seien.

- 15 Die OCCAR hat einen italienischen Bewerber für den strittigen Dienstposten ausgewählt und mit ihm einen Vertrag zum 1. Januar 2015 über die Wahrnehmung dieses Dienstpostens abgeschlossen.
- 16 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen. Die Beschwerdeakten des Bundesministeriums der Verteidigung - R II 2 - 408/15 und 295/15 - sowie die Personalgrundakte des Antragstellers, Hauptteile A bis D, und die Gerichtsakte BVerwG 1 WB 22.15 haben dem Senat bei der Beratung vorgelegen.

II

- 17 Der Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes hat keinen Erfolg.
- 18 1. Der Hauptantrag ist unzulässig.
- 19 Ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist, wenn im Hauptsacheverfahren ein Verpflichtungs- oder Neubescheidungsbegehren verfolgt wird, auch im Wehrbeschwerdeverfahren grundsätzlich statthaft (§ 23a Abs. 2 WBO i.V.m. § 123 Abs. 1 VwGO). Voraussetzung für die Zulässigkeit eines solchen Antrags ist aber, dass er mit dem materiellen Rechtsschutzziel im Hauptsacheverfahren inhaltlich korrespondiert und nicht zu einer Vorwegnahme der Hauptsache führt (stRspr, z.B. BVerwG, Beschlüsse vom 6. Januar 2012 - 1 WDS-VR 7.11 - Rn. 19 und vom 14. Februar 2012 - 1 WDS-VR 6.11 - Rn. 26).
- 20 Im Hauptsacheverfahren BVerwG 1 WB 22.15 hat der Antragsteller im Schriftsatz seiner Bevollmächtigten vom 22. Juli 2015 seine Sachanträge lediglich auf die abgelehnte Freigabe für die in Rede stehende Tätigkeit bei der OCCAR beschränkt und insoweit die Verpflichtung des Bundesministeriums der Verteidi-

gung zur Erteilung der Freigabe bzw. zu einer neuen Entscheidung über die Freigabe beantragt. Mit diesem Rechtsschutzziel korrespondiert im vorliegenden Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes lediglich der Hilfsantrag. Die originäre Besetzungsentscheidung für den strittigen Dienstposten hat der Antragsteller im Hauptsacheverfahren BVerwG 1 WB 22.15 nicht angefochten. Sein im vorliegenden Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gestellter Hauptantrag mit dem Ziel, diese Besetzungsentscheidung vorläufig rückgängig zu machen, korrespondiert daher materiell nicht mit dem Rechtsschutzziel des Hauptsacheverfahrens, sondern geht darüber hinaus.

- 21 Davon abgesehen könnte die Besetzungsentscheidung für den in Rede stehenden Dienstposten auch nicht zum Streitgegenstand des Hauptsacheverfahrens gemacht werden. Denn die Anfechtung der von der OCCAR getroffenen Besetzungsentscheidung ist im (nationalen) Verfahren nach der Wehrbeschwerdeordnung aus den nachfolgenden Gründen rechtlich nicht möglich.
- 22 Aufgrund eines Übereinkommens zwischen Deutschland, Frankreich, Italien und dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland wurde am 9. September 1998 die "Gemeinsame Organisation für Rüstungskooperation" (Organisation Conjointe de Coopération en Matière d'Armement) - OCCAR - gegründet. Der Deutsche Bundestag hat diesem Übereinkommen (im Folgenden: OCCAR-Übereinkommen) mit dem Gesetz vom 6. März 2000 zu dem Übereinkommen vom 9. September 1998 zwischen der Bundesrepublik Deutschland, der Regierung der Französischen Republik, der Regierung der Italienischen Republik und der Regierung des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland zur Gründung der Gemeinsamen Organisation für Rüstungskooperation OCCAR zugestimmt, das am 11. März 2000 in Kraft getreten ist (BGBl. II S. 414).
- 23 Nach Art. 1, Art. 3 und Art. 39 des OCCAR-Übereinkommens ist die OCCAR eine europäische Organisation mit Sitz in Bonn, die die volle Rechtspersönlichkeit besitzt. Ihre Angelegenheiten ordnet die OCCAR durch den Aufsichtsrat und durch die Geschäftsführung (Art. 9 ff. des OCCAR-Übereinkommens). Sie verfügt über einen eigenen Haushalt und eigenes Vermögen und nimmt inner-

halb der Geschäftsführung eine eigene Personalhoheit in Anwendung der vom Aufsichtsrat zu beschließenden Personalordnung wahr (vgl. insbesondere Art. 9, Art. 12 Buchst. h, Art. 13, Art. 19, Art. 20 und Art. 22 Abs. 2 und 3 des OCCAR-Übereinkommens). Die OCCAR und ihr Personal genießen volle Immunität nach Maßgabe des Art. 3 und des Art. 15 Buchst. a der Anlage 1 zum OCCAR-Übereinkommen. Über die im Bereich der Geschäftsführung zu besetzenden Dienstposten, zu denen der strittige Dienstposten gehört, schließt die OCCAR mit dem Personal zivilrechtliche Arbeitsverträge ab. Dies folgt aus Art. 49 Abs. 3 OCCAR-Übereinkommen und aus dem entsprechenden Vorbringen des Bundesministeriums der Verteidigung, dem der Antragsteller nicht entgegengetreten ist.

- 24 Infolge der ihr als zwischenstaatlicher europäischer Organisation zukommenden eigenen Personalhoheit trifft die OCCAR die Auswahlentscheidungen für die im Bereich der Geschäftsführung zu besetzenden Dienstposten in eigener autonomer Kompetenz unter Beachtung des Art. 22 Abs. 3 des OCCAR-Übereinkommens. Diese Auswahlentscheidungen unterliegen nicht - auch nicht teilweise (etwa im Sinne einer präjudizierenden Wirkung der verwendungsbezogenen Nominierungen der Mitgliedsstaaten) - der Personalhoheit des Bundesministeriums der Verteidigung. Das Bundesministerium der Verteidigung kann deutsche Kandidaten gegenüber der OCCAR nominieren. Bei der Auswahlentscheidung sind die zuständigen Mitglieder der Gremien der OCCAR jedoch frei von Weisungen von Regierungen oder von Stellen außerhalb der OCCAR (Art. 22 Abs. 5 des OCCAR-Übereinkommens).
- 25 Damit unterliegt eine von der OCCAR getroffene Auswahlentscheidung für einen Dienstposten in der Geschäftsführung nicht der (gerichtlichen) Überprüfung im Verfahren nach der Wehrbeschwerdeordnung.
- 26 2. Der Hilfsantrag hat ebenfalls keinen Erfolg.

- 27 Insoweit steht dem Antragsteller kein Anordnungsgrund zur Seite (§ 23a Abs. 2 WBO i.V.m. § 123 Abs. 1, Abs. 3 VwGO in weiterer Verbindung mit § 920 Abs. 2 ZPO).
- 28 Die mit dem Hilfsantrag angestrebte vorläufige Rückgängigmachung der Verweigerung der Freigabe des Antragstellers konnte schon im Zeitpunkt des Eingangs des Eilrechtsschutzantrages beim Bundesverwaltungsgericht (24. Juni 2015) ihren Zweck nicht mehr erfüllen. Denn die im Hauptsacheverfahren beantragte neue Entscheidung des Bundesministeriums der Verteidigung bzw. des Bundesamtes für das Personalmanagement der Bundeswehr über eine Freigabe des Antragstellers für die Wahrnehmung des strittigen Dienstpostens würde ins Leere gehen, weil dieser Dienstposten bereits seit dem 1. Januar 2015 mit einem anderen (italienischen) Bewerber besetzt ist und diese Auswahlentscheidung aus den dargelegten Gründen einer (gerichtlichen) Überprüfung im Verfahren nach der Wehrbeschwerdeordnung nicht zugänglich ist. Der im Hauptsacheverfahren gestellte Sachantrag hat sich durch die Besetzung des Dienstpostens zum 1. Januar 2015 bereits vor Rechtshängigkeit des Verfahrens erledigt.
- 29 3. Eine Umdeutung des Eilrechtsschutzantrages in den Hilfsantrag, festzustellen, dass die Verweigerung der Freigabe des Antragstellers für den strittigen Dienstposten rechtswidrig war, kommt nicht in Betracht.
- 30 Ein Fortsetzungsfeststellungsantrag ist im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht statthaft (stRspr, vgl. z.B. - auch zum Folgenden - BVerwG, Beschluss vom 27. Januar 1995 - 7 VR 16.94 - NVwZ 1995, 586 = juris Rn. 27). Dies gilt schon deshalb, weil das Feststellungsinteresse, das einen derartigen Feststellungsantrag allein rechtfertigt, in einem Eilrechtsschutzverfahren nicht befriedigt werden kann. Die aufgrund summarischer Prüfung ergehende einstweilige Anordnung dient der Sicherung eines Rechts oder der vorläufigen Regelung eines Rechtsverhältnisses. Sie führt jedoch nicht zu einer rechtskräftigen Klärung der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Versagung der begehrten Maßnahme. Eine verbindliche Entscheidung über diese

Frage trotz zwischenzeitlicher Erledigung des Antrags in der Hauptsache herbeizuführen, ist nur in einem Hauptsacheverfahren möglich.

Dr. von Heimburg

Dr. Frenz

Dr. Langer