



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 1 WB 15.12

In dem Wehrbeschwerdeverfahren

des Herrn Oberstleutnant ...,

...,

...,

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

hat der 1. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts durch

die Vorsitzende Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. von Heimburg,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Frenz,
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Langer,
den ehrenamtlichen Richter Oberst Fuhrmann und
den ehrenamtlichen Richter Oberstleutnant Mayer

am 26. Februar 2013 beschlossen:

Die Entscheidung des Personalamts der Bundeswehr vom 7. März 2012, den Erlass „Dienstpostengerechte Verwendung von Soldatinnen und Soldaten“ vom 1. August 2011 (BMVg - PSZ I 1 <40> - Az 16-32-00/21) auf die vom Antragsteller bis zum 7. März 20.. zusätzlich wahrgenommene Tätigkeit bei der Vertretung des Leiters der Gruppe ... im Personalamt der Bundeswehr nicht anzuwenden, wird aufgehoben.

Der Bundesminister der Verteidigung wird verpflichtet, eine Entscheidung über die Zustimmung der zuständigen personalbearbeitenden Stelle gemäß Nr. 2 des Erlasses „Dienstpostengerechte Verwendung von Soldatinnen und Soldaten“ zu dieser Tätigkeit des Antragstellers herbeizuführen.

Im Übrigen wird der Antrag zurückgewiesen.

Die dem Antragsteller im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht einschließlich der im vorgerichtlichen Verfahren erwachsenen notwendigen Aufwendungen werden zur Hälfte dem Bund auferlegt.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Antragsteller wendet sich gegen seine Entbindung von der Vertretung des Leiters der Gruppe ... im Personalamt der Bundeswehr sowie gegen die Nichtanwendung des Erlasses „Dienstpostengerechte Verwendung von Soldatinnen und Soldaten“.
- 2 Der 19.. geborene Antragsteller ist Berufssoldat; seine Dienstzeit endet voraussichtlich mit Ablauf des 30. Juni 20.. . Mit Wirkung vom 31. Oktober 19.. wurde er zum Oberstleutnant befördert und zum 1. September 20.. in eine Planstelle der Besoldungsgruppe A 15 eingewiesen. Seit dem 1. Oktober 20.. wurde der Antragsteller als Dezernatsleiter ... in der Abteilung ..., Gruppe ..., im Personalamt der Bundeswehr in Köln verwendet; daneben nahm er ab Mitte März 2011 bis zu der hier strittigen Entscheidung vom 7./8. März 2012 vertretungsweise die Aufgaben des Leiters der Gruppe ... wahr. Seit dem 1. Dezember 2012 wird er auf einem Dienstposten z.b.V. (dienstpostenähnliches Konstrukt) beim Bundesamt für Personalmanagement der Bundeswehr in Köln geführt.

- 3 Ende Oktober 2011 verstarb der damalige Inhaber des Dienstpostens des Leiters der Gruppe Mit Schreiben vom 14. November 2011 bat der Antragsteller, bei der Nachbesetzung des Dienstpostens mitbetrachtet zu werden. Am 13. Februar 2012 wählte der Abteilungsleiter Personal-, Sozial- und Zentralangelegenheiten (PSZ) im Bundesministerium der Verteidigung einen anderen Bewerber, Oberst i.G. (zum damaligen Zeitpunkt: Oberstleutnant i.G.) S., für die Besetzung des Dienstpostens aus. Hiergegen wendet sich der Antragsteller mit seinem Antrag auf gerichtliche Entscheidung vom 22. Februar 2012, der Gegenstand des Parallelverfahrens BVerwG 1 WB 14.12 ist.
- 4 Am 7. März 2012 teilte der Stellvertreter des Amtschefs, Chef des Stabes und Leiter Personalführung im Personalamt der Bundeswehr dem Antragsteller mündlich mit, dass er von den Aufgaben des Leiters der Gruppe ... mit sofortiger Wirkung entbunden sei. Mit über den Verteiler A im Personalamt der Bundeswehr bekanntgemachtem Schreiben vom 8. März 2012 erklärte der Stellvertreter des Amtschefs zur Vertretung des Gruppenleiters der ..., dass er ab sofort bis zum Dienstantritt des neuen Gruppenleiters die Leitung der Gruppe ... Herrn Oberst K. übertrage; dem Antragsteller danke er für die bisherige Vertretung des Gruppenleiters.
- 5 Hiergegen erhob der Antragsteller mit Schreiben vom 8. März 2012 Beschwerde, mit der er sich zugleich dagegen wandte, dass der Erlass „Dienstpostengerechte Verwendung von Soldatinnen und Soldaten“ in Bezug auf seine Person und die Anerkennung der von ihm erbrachten Leistungen nicht beachtet worden sei. Die Entbindung von den Aufgaben des Leiters der Gruppe ... empfinde er als Diskreditierung seiner Leistungen; die öffentliche Bekanntmachung der Entbindung erscheine ihm geeignet, ihn als Person herabzuwürdigen.
- 6 Am 30. April 2012 trat der ausgewählte Bewerber, Oberst i.G. (zum damaligen Zeitpunkt: Oberstleutnant i.G.) S., den Dienst auf dem Dienstposten des Leiters der Gruppe ... an. Dieser Dienstposten ist inzwischen weggefallen. An seine Stelle ist - mit erweiterten Aufgaben - ab 1. Dezember 2012 der Dienstposten des Leiters der Unterabteilung ... im Bundesamt für Personalmanagement der Bundeswehr getreten, der ebenfalls mit Oberst i.G. S. besetzt wurde.

- 7 Der Bundesminister der Verteidigung - PSZ I 7 (jetzt: R II 2) - legte die hier gegenständliche Beschwerde vom 8. März 2012 - gleichzeitig mit dem Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen die Auswahlentscheidung vom 13. Februar 2012 (BVerwG 1 WB 14.12) - mit seiner Stellungnahme vom 21. März 2012 dem Senat vor.

- 8 Zur Begründung führt der Antragsteller - ergänzend zu der Beschwerde vom 8. März 2012 und seinem Vortrag im Verfahren BVerwG 1 WB 14.12 - insbesondere aus:
Seine Entbindung von der Vertretung des Leiters der Gruppe ... und die Nichtanwendung des Erlasses „Dienstpostengerechte Verwendung von Soldatinnen und Soldaten“ seien rechtswidrig und verletzen ihn in seinen Rechten. Auch wenn sich die Vertretungsregelung mit dem Dienstantritt des ausgewählten Bewerbers auf dem Dienstposten erledigt habe, habe er, der Antragsteller, unter den Gesichtspunkten der Rehabilitierung und der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit seiner Entbindung. Es handele sich dabei um eine selbstständig anfechtbare Maßnahme, die ihn in seinem Rechtskreis als bisherigem Inhaber der Gruppenleitung unmittelbar beschwere.

- 9 Rechtswidrig sei auch die Nichtanwendung des Erlasses „Dienstpostengerechte Verwendung von Soldatinnen und Soldaten“. Er, der Antragsteller, habe während der krankheitsbedingten Abwesenheitszeiten des damaligen Gruppenleiters seit dem 18. März 2011 bis zu der hier angefochtenen Entscheidung gleichsam als ständiger Vertreter des Gruppenleiters fungiert und dessen Aufgaben vollumfänglich wahrgenommen, obwohl es in den Stellenbeschreibungen und im Organigramm der Gruppe ... diesen Dienstposten nicht gebe. Gemäß Nr. 2.1 des Erlasses habe er Anspruch darauf, dass seine nicht dienstpostengerechte Verwendung als Gruppenleiter ..., die sich über einen Zeitraum von mehr als zwei Monaten erstreckt habe, der zuständigen personalbearbeitenden Stelle gemeldet werde; darüber hinaus sei, wenn die nicht dienstpostengerechte Verwendung - wie hier - über einen Zeitraum von sechs Monaten und länger andauere, gemäß Nr. 2.2 des Erlasses die Zustimmung der personalbearbeiten-

den Stelle einzuholen gewesen; beides sei indes nicht geschehen. Dies benachteilige ihn, weil nach Nr. 2.5 des Erlasses Zeiten von sechs Monaten und mehr für Beförderungen und Einweisungen von Offizieren oberhalb ihrer allgemeinen Laufbahnperspektive bei der Zuordnung zu einer Beförderungs- oder Einweisungsgruppe zu berücksichtigen seien.

10 Der Antragsteller beantragt zuletzt,

1. festzustellen, dass die Entscheidungen des Personalamts der Bundeswehr durch den Stellvertreter des Amtschefs, Chef des Stabes und Leiter Personalführung vom 7. März 2012 und 8. März 2012, ihn, den Antragsteller, ab dem 7. März 2012 von der Gruppenleitung der ... zu entbinden und ab dem 8. März 2012 bis zum Dienstantritt des neuen Gruppenleiters die Gruppenleitung ... Herrn Oberst K. zu übertragen, rechtswidrig waren, und

2. die Entscheidung des Personalamts der Bundeswehr durch den Stellvertreter des Amtschefs, Chef des Stabes und Leiter Personalführung vom 7. März 2012 hinsichtlich der Nichtanwendung des Erlasses „Dienstpostengerechte Verwendung von Soldatinnen und Soldaten“ auf ihn, den Antragsteller, aufzuheben und den Bundesminister der Verteidigung zu verpflichten, die von ihm, dem Antragsteller, geleisteten Vertretungszeiten als sogenannter Ständiger Vertreter des Leiters Gruppe ... entsprechend den Vorgaben des Erlasses „Dienstpostengerechte Verwendung von Soldatinnen und Soldaten“ anzuerkennen.

11 Der Bundesminister der Verteidigung beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

12 Soweit sich der Antragsteller gegen die Entbindung von den Aufgaben des Leiters der Gruppe ... wende, komme seinem Antrag keine eigenständige Bedeutung zu. Die materielle Auswahlentscheidung des Abteilungsleiters PSZ sei bereits mit dem Antrag auf gerichtliche Entscheidung vom 22. Februar 2012 angefochten; Handlungen, die lediglich der Umsetzung der Auswahlentscheidung dienten, seien demgegenüber rechtlich unselbstständig. Unabhängig davon verletzten die Entbindung von den Aufgaben den Antragsteller nicht in seinen Rechten. Die Vorgesetzten seien befugt, einen Soldaten von den vertretungsweise

wahrgenommenen Aufgaben zu entbinden, wenn der Dienstposten wieder mit einem anderen Offizier nachbesetzt sei. Soweit die zwischenzeitliche vertretungsweise Besetzung des Dienstpostens mit Oberst K. beanstandet werde, sei dieses Anliegen wohl nicht Gegenstand eines Vorverfahrens gewesen. Auch insoweit sei jedoch Erledigung eingetreten, weil Oberst K. die vertretungsweise Aufgabenwahrnehmung nur bis zum Dienstantritt des neuen Gruppenleiters übertragen worden sei.

Soweit sich der Antragsteller gegen die Nichtanwendung des Erlasses „Dienstpostengerechte Verwendung von Soldatinnen und Soldaten“ wende, sei der Antrag auf gerichtliche Entscheidung mangels einer persönlichen Beschwerde unzulässig. Die Anerkennung einer höherwertigen Tätigkeit nach dem Erlass bedeute lediglich, dass diese bei späteren Entscheidungen über Beförderungen bzw. Einweisungen von Offizieren im Rahmen der Zuordnung zu einer Beförderung oder Einweisungsgruppe zu berücksichtigen sei. Darüber hinaus seien die Bestimmungen des Erlasses über Zulagen nach den §§ 45 und 46 des Bundesbesoldungsgesetzes zu beachten. Ferner seien die Leistungen als Vertreter auf einem höher bewerteten Dienstposten in Beurteilungen angemessen zu berücksichtigen. Es sei daher keine unmittelbare Beeinträchtigung von Rechten gegeben, weil die Anerkennung einer höherwertigen Tätigkeit andere Entscheidungen lediglich vorbereite bzw. im Rahmen der späteren Auswählerwägungen für einen Dienstposten zu berücksichtigen sei. Im Übrigen sei eine Entscheidung der zuständigen Stelle über die Anerkennung einer höherwertigen Tätigkeit noch nicht ergangen; diese werde noch erfolgen.

- 13 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen. Die Verfahrensakte des Bundesministers der Verteidigung - PSZ I 7 - Az.: .../12 und .../12, die Personalgrundakte des Antragstellers, Hauptteile A bis D, und die Gerichtsakte des Parallelverfahrens BVerwG 1 WB 14.12 sowie des abgeschlossenen Verfahrens BVerwG 1 WDS-VR 2.12 haben dem Senat bei der Beratung vorgelegen.

II

- 14 Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg.
- 15 1. Soweit sich der Antragsteller gegen seine Entbindung von der Vertretung des Leiters der Gruppe ... im Personalamt der Bundeswehr und gegen die Bestellung von Oberst K. als zwischenzeitlichem Vertreter wendet, ist sein Antrag zulässig, aber unbegründet. Die durch den Stellvertreter des Amtschefs, Chef des Stabes und Leiter Personalführung (im Folgenden: Stellvertreter des Amtschefs) getroffene Entscheidung vom 7./8. März 2012 war insoweit rechtmäßig und verletzte den Antragsteller nicht in seinen Rechten.
- 16 a) Mit der durch Schriftsatz vom 6. Februar 2013 erfolgten Neufassung des Sachantrags zu 1. ist klargestellt, dass dieser Antrag (nur) die von dem Antragsteller seit Frühjahr 2011 wahrgenommene krankheits- und vakanzbedingte allgemeine Vertretung des Leiters der Gruppe ... betrifft. Insoweit kommt dem vorliegenden Verfahren eine eigenständige Bedeutung zu; es bezieht sich nicht bloß auf eine Folgemaßnahme, die sich aus der Auswahlentscheidung über die Neubesetzung des Dienstpostens ergibt und die von dem Rechtsschutz gegen die Auswahlentscheidung mitumfasst wäre (siehe dazu Beschluss vom 27. April 2010 - BVerwG 1 WB 39.09 - Rn. 20 <insoweit nicht veröffentlicht in BVerwGE 136, 388 = Buchholz 449 § 3 SG Nr. 57>).
- 17 Für die Zeit ab der Neubesetzung des Dienstpostens mit Oberst i.G. (zum damaligen Zeitpunkt: Oberstleutnant i.G.) S. bemisst sich der Rechtsschutz des Antragstellers in der Hauptsache nach seinem Antrag auf gerichtliche Entscheidung vom 22. Februar 2012 gegen die Auswahlentscheidung des Abteilungsleiters Personal-, Sozial- und Zentralangelegenheiten (PSZ) im Bundesministerium der Verteidigung vom 13. Februar 2012, der Gegenstand des Parallelverfahrens BVerwG 1 WB 14.12 ist. Der vorläufige Rechtsschutz gegen die Auswahlentscheidung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens BVerwG 1

WB 14.12 war Gegenstand des durch Rücknahme beendeten Verfahrens
BVerwG 1 WDS-VR 2.12.

- 18 b) Der Antrag ist zulässig.
- 19 aa) Der Zulässigkeit steht nicht entgegen, dass ein an sich erforderliches vorge-
richtliches Beschwerdeverfahren nicht durchgeführt wurde.
- 20 Die Entscheidung des Stellvertreters des Amtschefs vom 7./8. März 2012 ist
dem Amtschef bzw. dem Personalamt der Bundeswehr als Behörde zuzurech-
nen. Zur Entscheidung über die Beschwerde vom 8. März 2012 war damit der
Bundesminister der Verteidigung berufen (§ 9 Abs. 1 Satz 1 WBO). Der Bun-
desminister der Verteidigung - R II 2 - hat mit Schreiben vom 5. Juni 2012 (Sei-
te 6) erklärt, dass er es nicht für angebracht gehalten habe, der ihm vorliegen-
den Beschwerde des Antragstellers abzuhelpfen. Nachdem der Antragsteller auf
die mit der Erstzustellung erfolgte Anfrage des Gerichts, ob er eine gerichtliche
Entscheidung wünsche, dies mit Schriftsatz seiner Bevollmächtigten vom 26.
April 2012 durch das Stellen von Sachanträgen bejaht hat, kann die Beschwer-
de vom 8. März 2012 als - zulässig gewordener - Untätigkeitsantrag (§ 21 Abs.
1 und 2 i.V.m. § 17 Abs. 1 Satz 2 WBO) behandelt werden.
- 21 bb) Der Antragsteller hat sein Rechtsschutzbegehren sachgerecht auf einen
Fortsetzungsfeststellungsantrag (§ 19 Abs. 1 Satz 3 WBO, hier i.V.m. § 21 Abs.
2 Satz 1 WBO) umgestellt.
- 22 Der ursprünglich gestellte Sachantrag, die Entscheidung über die Entbindung
des Antragstellers und die Bestellung von Oberst K. als Vertreter des Leiters
der Gruppe ... aufzuheben, hat sich mit dem Dienstantritt des ausgewählten
Bewerbers Oberst i.G. (zum damaligen Zeitpunkt: Oberstleutnant i.G.) S. auf
dem Dienstposten des Leiters der Gruppe ... am 30. April 2012 erledigt. Da sich
die Anordnung des Stellvertreters des Amtschefs ausdrücklich nur auf den Zeit-
raum „bis zum Dienstantritt des neuen Gruppenleiters“ bezog, zeigt sie über
diesen Zeitpunkt hinaus keine Rechtswirkungen.

- 23 Hat sich eine truppendienstliche Maßnahme, die - wie hier - keinen Befehl im Sinne von § 2 Nr. 2 WStG darstellt, oder die Ablehnung einer solchen Maßnahme vor der gerichtlichen Entscheidung erledigt, so entscheidet das Wehrdienstgericht gemäß § 19 Abs. 1 Satz 3 WBO (hier i.V.m. § 21 Abs. 2 Satz 1 WBO), ob die Maßnahme rechtswidrig gewesen ist, wenn der Antragsteller ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat. § 19 Abs. 1 Satz 3 WBO in der seit 1. Februar 2009 geltenden Fassung verlangt zwar nicht mehr die (hier vorliegende) Stellung eines förmlichen Feststellungsantrags; der Antragsteller muss aber das Feststellungsinteresse substantiiert geltend machen (stRspr, z.B. Beschluss vom 25. März 2010 - BVerwG 1 WB 42.09 - Buchholz 450.1 § 19 WBO Nr. 3 = NZWehrr 2010, 161 m.w.N.). Das erforderliche 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. Ein berechtigtes Feststellungsinteresse kommt auch in Betracht, wenn die erledigte Maßnahme eine fortdauernde faktische Grundrechtsbeeinträchtigung nach sich zieht (vgl. z.B. Beschluss vom 26. Juli 2011 - BVerwG 1 WB 13.11 - Rn. 19).
- 24 Ein berechtigtes Interesse des Antragstellers an der begehrten Feststellung ergibt sich hier zwar nicht aus der Absicht, einen Anspruch auf Schadensersatz geltend machen zu wollen. Der Antragsteller hat nicht dargelegt, inwiefern sich aus der Entbindung von einer nicht mit einer Zulage verbundenen Vertretungstätigkeit (für die Dauer von noch ca. sieben Wochen) ein bezifferbarer Schaden ergeben soll. Das Feststellungsinteresse lässt sich jedoch unter dem vom Antragsteller bereits in seiner Beschwerde vom 8. März 2012 in den Vordergrund gestellten Gesichtspunkt der Rehabilitierung bejahen. Die vorzeitige, nicht erst mit Antritt des ausgewählten Bewerbers auf dem Dienstposten erfolgte und jedenfalls nach außen nicht näher begründete Entbindung des Antragstellers und die Bestellung eines Interim-Vertreters für die Zwischenzeit kann - ungeachtet des in der Bekanntmachung ausgedrückten Dankes - Anlass zu Spekulationen gegeben haben, die geeignet sind, das Ansehen des Antragstellers jedenfalls im Arbeitsumfeld der Dienststelle zu beeinträchtigen.

- 25 c) Der Antrag ist jedoch nicht begründet. Die Entbindung des Antragstellers von der Vertretung des Leiters der Gruppe ... und die Bestellung von Oberst K. bis zum Dienstantritt des neuen Gruppenleiters waren rechtmäßig.
- 26 Der Soldat hat grundsätzlich keinen Anspruch auf eine bestimmte fachliche oder örtliche Verwendung oder auf Verwendung auf einem bestimmten Dienstposten. Ein dahingehender Anspruch lässt sich auch nicht aus der Fürsorgepflicht ableiten. Vielmehr entscheidet der zuständige Vorgesetzte über die Verwendung eines Soldaten, sofern hierfür ein dienstliches Bedürfnis besteht, nach seinem pflichtgemäßen Ermessen (stRspr, vgl. z.B. Beschluss vom 27. Februar 2003 - BVerwG 1 WB 57.02 - BVerwGE 118, 25 <27> = Buchholz 252 § 23 SBG Nr. 2 m.w.N.). Das Gleiche wie für Verwendungsentscheidungen, die eine Änderung des Dienstpostens zur Folge haben (Versetzung, Kommandierung, Dienstpostenwechsel), gilt - erst recht - für die Übertragung und Entbindung von Aufgaben zusätzlich zu denjenigen, die mit dem Dienstposten eines Soldaten verbunden sind, wie der hier gegenständlichen Vertretung des Leiters der Gruppe
- 27 Die diesbezügliche Ermessensentscheidung des Vorgesetzten kann vom Wehrdienstgericht nur darauf überprüft werden, ob der Vorgesetzte den Soldaten durch Überschreiten oder Missbrauch dienstlicher Befugnisse in seinen Rechten verletzt (§ 17 Abs. 3 Satz 2 WBO) bzw. die gesetzlichen Grenzen des ihm insoweit zustehenden Ermessens überschritten oder von diesem in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat (§ 23a Abs. 2 WBO i.V.m. § 114 VwGO; Beschluss vom 24. März 2009 - BVerwG 1 WB 46.08 - Rn. 29 <insoweit nicht veröffentlicht in Buchholz 449 § 3 SG Nr. 52>). Die gerichtliche Überprüfung richtet sich auch darauf, ob die vom Bundesministerium der Verteidigung im Wege der Selbstbindung in Erlassen und Richtlinien festgelegten Maßgaben und Verfahrensvorschriften eingehalten sind (vgl. Beschluss vom 27. Februar 2003 a.a.O.).
- 28 Aus dem Vortrag des Antragstellers ergeben sich keine Anhaltspunkte, die auf eine fehlerhafte Ermessensausübung hindeuten. Der Antragsteller beruft sich im Wesentlichen auf seine bisherigen - durch die Gewährung einer Leistungs-

prämie, aber auch in dem Vorlageschreiben an den Senat ausdrücklich anerkannten - Leistungen als Vertreter des Leiters ... und äußert seine Enttäuschung über die Entbindung sowie den Wunsch, weiterhin mit den Aufgaben dieses Dienstpostens betraut zu bleiben. Einen - auch durch gute Leistungen unterstützten - „Bestandsschutz“ hinsichtlich zusätzlich übertragener Aufgaben gibt es indes nicht. Vielmehr zielt der vom Antragsteller angeführte Erlass des Bundesministeriums der Verteidigung - PSZ I 1 - über die „Dienstpostengerechte Verwendung von Soldatinnen und Soldaten“ vom 1. August 2011 gerade umgekehrt auf eine enge zeitliche Begrenzung der Übertragung zusätzlicher Aufgaben bei gleichzeitigem Verbleib auf dem bisherigen Dienstposten, nicht nur, aber besonders auch dann, wenn es sich - wie hier - um die zusätzliche Übertragung der Aufgaben eines höherwertigen Dienstpostens handelt (siehe Nr. 1 des Erlasses).

- 29 Ist die Entbindung des Antragstellers von der Vertretung des Leiters der Gruppe ... somit rechtlich nicht zu beanstanden, so werden Rechte des Antragstellers durch die anschließende Übertragung der Vertretung an Oberst K. bereits von vorneherein nicht berührt. Im Übrigen begegnet die Betrauung von Oberst K. unter dem Blickwinkel des Erlasses „Dienstpostengerechte Verwendung von Soldatinnen und Soldaten“ keinen Bedenken, weil sie nur auf eine kurze Zwischenzeit unterhalb der die Meldepflicht auslösenden Dauer von zwei Monaten angelegt war und weil die Vertretung des Leiters der Gruppe ... für Oberst K. keine Aufgabe eines höherwertigen Dienstpostens darstellte.
- 30 2. Soweit das Rechtsschutzbegehren des Antragstellers auf die Verpflichtung des Bundesministers der Verteidigung zielt, den Erlass „Dienstpostengerechte Verwendung von Soldatinnen und Soldaten“ vom 1. August 2011 auf seine, des Antragstellers, Tätigkeit bei der Vertretung des Leiters der Gruppe ... anzuwenden, hat sein Antrag Erfolg.
- 31 a) Allerdings ist das - neben der Aufhebung der ablehnenden Entscheidung verfolgte - Verpflichtungsbegehren sachgerecht dahin auszulegen, dass es sich nicht auf eine „Anerkennung“ der geleisteten Vertretungszeiten, sondern auf die

Zustimmung der zuständigen personalbearbeitenden Stelle zu der nicht-dienstpostengerechten Verwendung bezieht.

- 32 Der Erlass kennt eine „Anerkennung“ (als solche) nicht. Vielmehr sieht er ein Melde- und Zustimmungsverfahren für die nicht-dienstpostengerechte Verwendung vor (Nr. 2.1 bis 2.4 des Erlasses); die erteilte Zustimmung der zuständigen personalbearbeitenden Stelle ermöglicht dann - zugunsten des betroffenen Soldaten - die Berücksichtigung bestimmter Zeiten einer höherwertigen Verwendung bei künftigen Entscheidungen über seine Beförderung oder Einweisung in die Planstelle einer höheren Besoldungsgruppe (Nr. 2.5 des Erlasses „Dienstpostengerechte Verwendung“ i.V.m. Nr. 5 des Erlasses des Bundesministeriums der Verteidigung - PSZ I 1 - über „Auswahlverfahren für die Beförderung/Einweisung von Offizieren und Unteroffizieren mit Portepée oberhalb ihrer jeweiligen allgemeinen Laufbahnperspektive“ vom 5. April 2005). Die vom Antragsteller mit dem Begriff der „Anerkennung“ bezeichneten begünstigenden Folgen werden damit über die Zustimmung der zuständigen personalbearbeitenden Stelle nach Nr. 2 des Erlasses vermittelt. Diese bildet deshalb den Gegenstand des Verfahrens.
- 33 b) Der so verstandene Antrag ist zulässig.
- 34 aa) Die Entscheidung der zuständigen personalbearbeitenden Stelle über die Zustimmung gemäß Nr. 2 des Erlasses „Dienstpostengerechte Verwendung von Soldatinnen und Soldaten“ vom 1. August 2011 stellt eine - als Beschwerde- und Antragsgegenstand geeignete - dienstliche Maßnahme im Sinne von § 17 Abs. 3 Satz 1 WBO (hier i.V.m. § 21 Abs. 2 Satz 1 WBO) dar.
- 35 Gemäß § 17 Abs. 3 Satz 1 WBO kann mit dem Antrag auf gerichtliche Entscheidung nur geltend gemacht werden, dass eine dienstliche Maßnahme oder deren Unterlassung rechtswidrig sei. Merkmal einer Maßnahme in diesem Sinne ist (u.a.), dass sie unmittelbar gegen den Soldaten gerichtet ist oder - obwohl an andere Soldaten gerichtet - in Form einer Rechtsverletzung oder eines Pflichtenverstößes in seine Rechtssphäre hineinwirkt. Überlegungen, Bewertungen, Stellungnahmen oder Zwischenentscheidungen, die lediglich der Vor-

bereitung von truppendienstlichen Maßnahmen oder Personalmaßnahmen dienen, sind hingegen als Elemente innerdienstlicher Willens- und Meinungsbildung noch keine die Rechte eines Soldaten unmittelbar berührenden Maßnahmen; sie sind infolgedessen einer selbstständigen gerichtlichen Nachprüfung nicht zugänglich (stRspr, vgl. zuletzt Beschluss vom 23. Oktober 2012 - BVerwG 1 WB 59.11 - juris Rn. 27 m.w.N.).

- 36 Der Senat hat zu einer dem Erlass „Dienstpostengerechte Verwendung von Soldatinnen und Soldaten“ ähnlichen Regelung in dem bis 1999 geltenden Erlass des Bundesministeriums der Verteidigung - P II 1 - über „Auswahlverfahren für die Beförderung/Einweisung von Offizieren“ vom 12. Februar 1997 entschieden, dass die dort vorgesehene Zuerkennung von Punkten für die Wahrnehmung einer Tätigkeit auf einem höherwertigen Dienstposten (sog. HDP-Punkte) bzw. die Ablehnung einer solchen Zuerkennung keine anfechtbare Maßnahme im Sinne von § 17 Abs. 3 Satz 1 WBO darstelle, weil es sich hierbei um eine künftige Beförderungs- oder Einweisungsentscheidungen lediglich vorbereitende, Rechte des Soldaten noch nicht unmittelbar berührende Maßnahme handle (Beschluss vom 9. März 2000 - BVerwG 1 WB 85.99 -). Diese Rechtsauffassung führt der Senat zu dem hier gegenständlichen Erlass „Dienstpostengerechte Verwendung von Soldatinnen und Soldaten“ vom 1. August 2011 wegen seines zumindest teilweise anderen Regelungscharakters nicht fort.
- 37 Allerdings sieht auch der Erlass „Dienstpostengerechte Verwendung von Soldatinnen und Soldaten“ - wie erwähnt - vor, dass Zeiten von sechs Monaten und mehr, in denen vor dem maßgeblichen Versetzungszeitpunkt mit Zustimmung der zuständigen personalbearbeitenden Stelle Aufgaben eines höher bewerteten Dienstpostens vorübergehend vollumfänglich wahrgenommen wurden, für Beförderungen und Einweisungen von Offizieren und Unteroffizieren mit Portepee oberhalb ihrer jeweiligen allgemeinen Laufbahnperspektive entsprechend ihrer Dauer bei der Zuordnung zu einer Beförderungs- oder Einweisungsgruppe zu berücksichtigen sind (Nr. 2.5 Satz 1 des Erlasses). Darüber hinaus sind die Bestimmungen des Erlasses zu Zulagen nach den §§ 45 und 46 BBesG zu beachten (Nr. 2.5 Satz 2 des Erlasses). Die gezeigten Leistungen sind in Beurteilungen angemessen zu berücksichtigen (Nr. 2.3 Satz 4 des Erlasses).

- 38 Eine Entscheidung wird indes nicht allein dadurch zu einer bloßen Zwischenentscheidung oder vorbereitenden Maßnahme, dass sie (tatbestandliche) Voraussetzung für weitere Entscheidungen ist oder sie sonst Bedeutung für Folgemaßnahmen hat. Letzteres ist nicht selten auch im Verhältnis zweier dienstlicher Maßnahmen im Sinne des § 17 Abs. 3 Satz 1 WBO der Fall (etwa im Verhältnis zwischen dem erfolgreichen Abschluss bestimmter Lehrgänge und der entsprechenden Laufbahnzulassung oder im Verhältnis zwischen der Feststellung eines Sicherheitsrisikos nach dem Sicherheitsüberprüfungsgesetz und der Wegversetzung von einem Dienstposten, der eine positiv abgeschlossene Sicherheitsüberprüfung erfordert). Maßgeblich ist, ob die jeweilige Maßnahme oder Entscheidung bereits für sich genommen unmittelbar die Rechte des Soldaten berührt (vgl. Beschluss vom 28. April 2009 - BVerwG 1 WB 20.09 -).
- 39 Der Entscheidung der zuständigen personalbearbeitenden Stelle über die Zustimmung zu einer nicht-dienstpostengerechten Verwendung gemäß Nr. 2 des Erlasses „Dienstpostengerechte Verwendung von Soldatinnen und Soldaten“ kommt danach die Qualität einer eigenständigen Maßnahme zu.
- 40 Die Übertragung eines Dienstpostens im Wege der Versetzung, der Kommandierung oder des Dienstpostenwechsels stellt als truppdienstliche Verwendungsentscheidung nach ständiger Rechtsprechung des Senats eine dienstliche Maßnahme im Sinne von § 17 Abs. 3 Satz 1 WBO dar (vgl. Dau, WBO, 5. Aufl. 2009, § 17 Rn. 57 mit zahlreichen Nachweisen). Wird ein Soldat - abweichend von dem ihm mit Personalverfügung übertragenen Dienstposten - vorübergehend mit anderen oder zusätzlichen Aufgaben betraut, so ändert dies, zunächst faktisch, seine Verwendung; diese Änderung berührt sowohl die Zuständigkeit der personalbearbeitenden Stelle, die die Personalverfügung erlassen hat, als auch die Rechtssphäre des Soldaten, dem mit der Personalverfügung ein bestimmter Dienstposten mit bestimmten Aufgaben übertragen worden ist. Durch das in Nr. 2 des Erlasses „Dienstpostengerechte Verwendung von Soldatinnen und Soldaten“ vorgesehene Melde- und Zustimmungsverfahren ist gewährleistet, dass die zuständige personalbearbeitende Stelle die Kontrolle über ihre Personalverfügung behält und die von ihr getroffene Verwendungsentscheidung nicht faktisch unterlaufen wird. Mit der Versagung oder Er-

teilung der Zustimmung zu der nicht-dienstpostengerechten Verwendung befindet die personalbearbeitende Stelle, ob die von ihr ursprünglich getroffene Verwendungsentscheidung unverändert oder aber (vorübergehend) mit modifiziertem Inhalt fortgelten soll. Die Entscheidung über die Zustimmung zu der nicht-dienstpostengerechten Verwendung weist damit die gleiche Rechtsnatur auf wie die ursprüngliche, durch Personalverfügung getroffene Verwendungsentscheidung; sie ist wie diese eine dienstliche Maßnahme im Sinne von § 17 Abs. 3 Satz 1 WBO.

- 41 Die Entscheidung über die Zustimmung zu der nicht-dienstpostengerechten Verwendung betrifft auch nicht allein das Verhältnis zwischen dem Vorgesetzten, der den Soldaten mit anderen oder zusätzlichen Aufgaben betrauen will, und der zuständigen personalbearbeitenden Stelle, sondern sie berührt auch die Rechtssphäre des Soldaten selbst. Die gilt sowohl für den Fall, dass ein Soldat sich gegen eine nicht-dienstpostengerechte Verwendung, etwa unter dem Gesichtspunkt der Überforderung (siehe Nr. 1.2 Satz 2 des Erlasses), zur Wehr setzen will, als auch für den hier vorliegenden Fall, dass ein Soldat gegen die Betrauung mit zusätzlichen Aufgaben grundsätzlich nichts einwenden, jedoch gesichert sehen möchte, dass ihm auch mögliche Vorteile daraus zugute kommen (siehe Nr. 2.5 des Erlasses). Dass der Erlass „Dienstpostengerechte Verwendung von Soldatinnen und Soldaten“ gerade auch die Rechtssphäre des betroffenen Soldaten im Blick hat, wird nicht zuletzt daran deutlich, dass nach seiner Nr. 2.8 Soldatinnen und Soldaten, die abweichend von dem in ihrer Personalverfügung aufgeführten Dienstposten verwendet werden, über diesen Erlass zu belehren sind, diese Belehrung schriftlich vorzunehmen und in die Personalgrundakte und -nebenakte aufzunehmen ist. Für den Erlass „Dienstpostengerechte Verwendung von Soldatinnen und Soldaten“ gilt daher nichts anderes als für die - die ursprüngliche Personalverfügung regelnden - „Richtlinien zur Versetzung, zum Dienstpostenwechsel und zur Kommandierung von Soldaten“ (Versetzungsrichtlinien) vom 3. März 1988 (VMBl S. 76, zuletzt geändert durch Erlass vom 9. Juni 2009 <VMBl 2009, S. 86>), nämlich dass der Soldat die Einhaltung der dort festgelegten Maßgaben und Verfahrensvorschriften verlangen und ggf. durch das Wehrdienstgericht überprüfen lassen kann (vgl. z.B. Be-

schluss vom 27. Februar 2003 - BVerwG 1 WB 57.02 - BVerwGE 118, 25 <27>
= Buchholz 252 § 23 SBG Nr. 2).

- 42 bb) Der Rechtsstreit hat sich auch nicht mit dem Ende der Vertretungstätigkeit des Antragstellers am 7. März 2012 in der Hauptsache erledigt. Zwar kann die zuständige personalbearbeitende Stelle mit ihrer Entscheidung über die Zustimmung nach Nr. 2 des Erlasses naturgemäß nichts mehr an der Tatsache der in der Vergangenheit liegenden nicht-dienstpostengerechten Verwendung des Antragstellers ändern. Die - nachträgliche - Zustimmung gemäß Nr. 2 des Erlasses oder deren Verweigerung hat jedoch noch rechtliche Bedeutung und Wirkungen für die geschilderten begünstigenden Folgen, die sich aus einer mit dieser Zustimmung erfolgten Aufgabenwahrnehmung ergeben können, insbesondere die in Nr. 2.5 Satz 1 des Erlasses genannte Berücksichtigung bei Beförderungen und Einweisungen.
- 43 cc) Der Zulässigkeit des Antrags steht schließlich aus den oben II.1.b)aa) dargelegten Gründen nicht entgegen, dass ein an sich erforderliches vorgerichtliches Beschwerdeverfahren nicht durchgeführt wurde. Eine vom Bundesminister der Verteidigung - R II 2 - mit Schreiben vom 5. Juni 2012 (Seite 9, dort im Fettdruck) angekündigte Entscheidung der zuständigen personalbearbeitenden Stelle nach Nr. 2 des Erlasses ist bis zur Entscheidung des Senats nicht erfolgt. Die Beschwerde vom 8. März 2012 ist damit auch insoweit als Untätigkeitsantrag (§ 21 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 17 Abs. 1 Satz 2 WBO) zulässig.
- 44 c) Der Antrag ist auch begründet.
- 45 Die als Entscheidung des Personalamts zu wertende mündliche Erklärung des Stellvertreters des Amtschefs vom 7. März 2012, den Erlass „Dienstpostengerechte Verwendung von Soldatinnen und Soldaten“ auf die vom Antragsteller bis zum 7. März 2012 zusätzlich wahrgenommene Tätigkeit bei der Vertretung des Leiters der Gruppe ... nicht anzuwenden, ist rechtswidrig. Sie ist deshalb aufzuheben und der Bundesminister der Verteidigung zu verpflichten, eine Entscheidung der zuständigen personalbearbeitenden Stelle gemäß Nr. 2 des Erlasses „Dienstpostengerechte Verwendung von Soldatinnen und Soldaten“ über

die Zustimmung zu dieser Tätigkeit herbeizuführen (§ 19 Abs. 1 Satz 1 und 4 WBO i.V.m. § 21 Abs. 2 Satz 1 WBO).

- 46 Der Antragsteller hat vom 18. März 2011 bis 7. März 2012 - mit wenigen kurzen Zeiträumen, in denen der erkrankte und im Oktober 2011 verstorbene damalige Leiter der Gruppe ... anwesend war und Dienst nach eigenem Ermessen leistete (27. Juni bis 1. Juli, 8. bis 11. August, 15. August bis 1. September 2011) - zusätzlich zu den Aufgaben seines Dienstpostens als Dezernatsleiter ... auch die Aufgaben des Leiters der Gruppe ... wahrgenommen. Im Einzelnen ergibt sich dies aus der Übersicht der Vertretungszeiten in dem Schreiben des Antragstellers vom 30. März 2012 (Seite 10) und in dem Schriftsatz seines Bevollmächtigten vom 26. April 2012 (Seite 9/10), deren Richtigkeit von dem Bundesminister der Verteidigung nicht in Frage gestellt wird. Ebenfalls unwidersprochen blieb, dass der vom Antragsteller innegehabte Dienstposten des Dezernatsleiters ... nach den maßgeblichen Organisationsgrundlagen nicht die Funktion eines ständigen Vertreters des Leiters der Gruppe ... umfasste, so dass auch Nr. 2.7 des Erlasses dessen Anwendung nicht entgegensteht. Bei dieser Sachlage war in jedem Falle die Zustimmung der personalbearbeitenden Stelle zu beantragen und über diesen Antrag zu entscheiden.
- 47 Der Bundesminister der Verteidigung ist verpflichtet, die unterbliebene Entscheidung der zuständigen personalbearbeitenden Stelle über die Zustimmung zu der Vertretungstätigkeit des Antragstellers nachträglich herbeizuführen. Dabei geht es zunächst um die abschließende Klärung und Feststellung des Zeitraums der nicht-dienstpostengerechten Verwendung des Antragstellers einschließlich der Frage, ob der damalige Leiter der Gruppe ... während seiner kurzen Anwesenheitszeiten, in denen er Dienst nach eigenem Ermessen leistete, einen so substantiellen Beitrag erbracht hat, dass von einer Unterbrechung der Vertretung durch den Antragsteller gesprochen werden kann. Liegt danach ein zustimmungsbedürftiger Sachverhalt vor, so ist, was die Entscheidung über die Erteilung oder aber Versagung der Zustimmung betrifft, *nicht* von der Frage auszugehen, ob die zuständige personalbearbeitende Stelle zum *damaligen* Zeitpunkt, wenn der Antrag rechtzeitig gestellt worden wäre, die Zustimmung erteilt hätte; denn der Antragsteller hat die Vertretungstätigkeit faktisch und

nicht mehr änderbar erbracht. Eine Versagung der - nachträglichen - Zustimmung kommt deshalb nur dann in Betracht, wenn die Zustimmung schlechterdings, auch unter Berücksichtigung von Ausnahmegesetzen, rechtlich ausgeschlossen sein sollte.

- 48 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 20 Abs. 1 Satz 1 WBO (i.V.m. § 21 Abs. 2 Satz 1 WBO). Da der Antragsteller mit einem der beiden - in etwa gleichgewichtigen - Sachanträge Erfolg hatte, wurden seine notwendigen Aufwendungen zur Hälfte dem Bund auferlegt.

Dr. von Heimburg

Dr. Frenz

Dr. Langer

Sachgebiet:	BVerwGE:	Nein
Wehrbeschwerdeverfahrensrecht	Fachpresse:	Ja

Rechtsquellen:

WBO § 17 Abs. 3 Satz 1
Erlass des Bundesministeriums der Verteidigung „Dienstpostengerechte Verwendung von Soldatinnen und Soldaten“ vom 1. August 2011

Stichworte:

Dienstliche Maßnahme; nicht-dienstpostengerechte Verwendung; Zustimmung der zuständigen personalbearbeitenden Stelle.

Leitsatz:

Die Entscheidung der zuständigen personalbearbeitenden Stelle über die Zustimmung gemäß Nr. 2 des Erlasses „Dienstpostengerechte Verwendung von Soldatinnen und Soldaten“ vom 1. August 2011 ist eine dienstliche Maßnahme im Sinne von § 17 Abs. 3 Satz 1 WBO.

Beschluss des 1. Wehrdienstsenats vom 26. Februar 2013 - BVerwG 1 WB 15.12