



# BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

## BESCHLUSS

BVerwG 1 WB 26.13

In dem Wehrbeschwerdeverfahren

des Herrn Stabsfeldwebel ...,

...,

- Bevollmächtigte:  
Rechtsanwälte ...,

... -

Beigeladener:

Herr Oberstabsfeldwebel ...,

...,

hat der 1. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts durch

die Vorsitzende Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. von Heimburg,  
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Frenz,  
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Eppelt,  
den ehrenamtlichen Richter Oberstleutnant Junker und  
den ehrenamtlichen Richter Stabsfeldwebel Heise

am 30. Juli 2013 beschlossen:

Der Antrag wird zurückgewiesen.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Rechtsstreit betrifft einen Konkurrentenstreit um die Besetzung des nach Besoldungsgruppe A 9 mZ bewerteten Dienstpostens Stabsdienstfeldwebel Streitkräfte beim ... in ... (DP-ID ...).
- 2 Der 1960 geborene Antragsteller ist Berufssoldat, dessen Dienstzeit voraussichtlich mit Ablauf des 30. November 2014 enden wird. Er wurde am 18. März 2004 zum Stabsfeldwebel ernannt. Seit dem 1. April 1984 wird er beim Stab ... (zunächst in ..., sodann in ...) verwendet. Er war dort zunächst als Stabsdienstfeldwebel eingesetzt. Aus dieser Verwendung wechselte er zum 1. Januar 2004 auf den Dienstposten des ..., den er auch zurzeit wahrnimmt.
- 3 Mit Schreiben vom 27. November 2006 teilte der Leiter der (damaligen) Stammdienststelle der Luftwaffe dem Antragsteller mit, dass dieser im Rahmen der Feststellung seiner individuellen Förderperspektive der „Anwärtergruppe“ für Oberstabsfeldwebel-Verwendungen zugeordnet worden sei. Unter dem 24. Juli 2009 informierte die Stammdienststelle der Bundeswehr den Antragsteller, dass er dem „Anwartschaftskreis“ für Oberstabsfeldwebel-/Oberstabsbootsmann-Verwendungen in der Fachtätigkeit zugeordnet worden sei.
- 4 Mit Schreiben vom 6. Juni 2012 bewarb sich der Antragsteller um den ab 1. Oktober 2012 im neu aufzustellenden ... in ... zu besetzenden Oberstabsfeldwebel-Dienstposten Stabsdienstfeldwebel Streitkräfte (DP-ID ...). Er wies darauf hin, dass er über die dafür notwendige Ausbildungs- und Tätigkeitsnummer 100 0963, Stabsdienstfeldwebel Streitkräfte, sowie über die geforderte Sicherheitsstufe Ü 2 bereits verfüge. Der Antrag wurde von dem nächsten und dem nächsthöheren Vorgesetzten des Antragstellers mit Nachdruck befürwortet.
- 5 Mit Bescheid vom 19. Juni 2012, der dem Antragsteller am 16. Juli 2012 eröffnet wurde, lehnte die Stammdienststelle der Bundeswehr den Antrag mit der Begründung ab, dass bei der Besetzung des Dienstpostens eine Auswahl zwischen mehreren Bewerbern habe durchgeführt werden müssen. Im Rahmen

der Auswahlentscheidung sei ein besser geeigneter Soldat ausgewählt worden. Aufgrund des in der Konferenz 2011 „Perspektivbestimmung für die langfristige Verwendungsplanung der Berufsunteroffiziere“ zu betrachtenden Jahrgangsbandes (01.07.1961 - 30.09.1973) zähle der Antragsteller nicht mehr zum Anwartschaftskreis für Oberstabsfeldwebel-Verwendungen.

- 6 Mit weiterem Bescheid vom 29. Oktober 2012, der dem Antragsteller am 20. November 2012 eröffnet wurde, lehnte die Stammdienststelle den Antrag erneut ab. Zur Begründung führte sie unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Gruppenleiters III 2 vom 22. Oktober 2012 aus, dass eine Auswahl zwischen mehreren Bewerbern nach den Kriterien Eignung, Befähigung und Leistung durchgeführt worden sei. Als Grundlage der Auswahlentscheidung seien - neben den formalen Voraussetzungen zur Besetzung des genannten Dienstpostens - das durch die jeweils letzte Beurteilung dokumentierte Eignungs- und Leistungsbild sowie die Vorverwendungen aller Bewerber vergleichend betrachtet worden. Im Rahmen der Auswahlentscheidung sei nach den oben beschriebenen Kriterien ein besser geeigneter Soldat ausgewählt worden.
- 7 Der Gruppenleiter III 2 der Stammdienststelle hatte am 22. Oktober 2012 die Entscheidung des Dezernatsleiters III 2 (1) gebilligt, den strittigen Dienstposten mit dem Beigeladenen zu besetzen. Seiner Billigung lag der „Auswahlbogen für die Besetzung Oberstabsfeldwebel-/Oberstabsbootsmann-Dienstposten - AK 2011 -“ vom 4. Oktober 2012 zugrunde, in dem der Antragsteller, der 1962 geborene und zum 1. November 2009 zum Oberstabsfeldwebel ernannte Beigeladene und zwei weitere Unteroffiziere jeweils im Dienstgrad Stabsfeldwebel vorgestellt worden waren. Der Beigeladene wurde zum 1. November 2012 auf den strittigen Dienstposten versetzt.
- 8 Mit Schreiben vom 5. Dezember 2012 legte der Antragsteller gegen die beiden Ablehnungsbescheide der Stammdienststelle Beschwerde ein. Er machte geltend, dass mit dem Bescheid vom 19. Juni 2012 der Auswahlentscheidung des Gruppenleiters III 2 vom 22. Oktober 2012 vorgegriffen worden sei. Der zweite Bescheid vom 29. Oktober 2012 unterscheide sich in wesentlichen Punkten von dem ersten Bescheid. Außerdem habe er selbst keine Mitteilung über die Ände-

zung seiner Zugehörigkeit zum Anwartschaftskreis für Oberstabsfeldwebel-Verwendungen erhalten. Seine Versetzung auf einen höherwertigen Dienstposten der Dotierung „Oberstabsfeldwebel“ habe ausweislich eines Personalgesprächs vom 26. September 2007 bis spätestens zum 1. Oktober 2012 erfolgen müssen.

- 9 Mit Bescheid vom 6. März 2013 wies der Bundesminister der Verteidigung - R II 2 - die Beschwerde zurück. Er qualifizierte den Rechtsbehelf, soweit er gegen den Bescheid vom 19. Juni 2012 gerichtet war, wegen Versäumung der Beschwerdefrist als unzulässig. Im Übrigen sei die Auswahlentscheidung der Stammdienststelle im Zweitbescheid vom 29. Oktober 2012 rechtlich nicht zu beanstanden, weil sich der Antragsteller im Eignungs- und Leistungsvergleich gegenüber dem Beigeladenen nicht habe durchsetzen können. Der Beigeladene sei bereits seit dem 1. Juli 2009 auf einem Oberstabsfeldwebel-Dienstposten eingesetzt. Diesen habe er durch die Auflösung seiner bisherigen Dienststelle verloren; er sei deshalb bevorzugt auszuwählen gewesen. Außerdem weise der Beigeladene im Vergleich zum Antragsteller eine um zwei Jahre längere Restdienstzeit auf. Im Übrigen sei der Antragsteller unter Berücksichtigung seines festgelegten Termins der Zuruhesetzung in der Perspektivkonferenz im Jahr 2011 nicht mehr zu betrachten gewesen.
- 10 Gegen diese ihm am 11. März 2013 eröffnete Entscheidung hat der Antragsteller mit Schriftsatz seiner Bevollmächtigten vom 9. April 2013 die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts beantragt. Zuvor hatte er mit Schreiben seiner Bevollmächtigten vom 28. März 2013 um die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes (Verfahren BVerwG 1 WDS-VR 12.13) nachgesucht. Der Bundesminister der Verteidigung - R II 2 - hat beide Anträge mit seiner Stellungnahme vom 18. April 2013 dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.
- 11 Zur Begründung seines Rechtsschutzbegehrens trägt der Antragsteller ergänzend insbesondere vor:  
Die Auswahlentscheidung zugunsten des Beigeladenen verletze ihn in seinen subjektiv-öffentlichen Rechten. Er sei zwar unter Berücksichtigung des Art. 33 Abs. 2 GG und des § 3 Abs. 1 SG mitbetrachtet, aber nicht ausgewählt worden.

Nur wenn ihm der Beigeladene tatsächlich im Hinblick auf Eignung, Leistung und Befähigung vorzuziehen gewesen wäre, sei die Auswahlentscheidung rechtmäßig. Diese Voraussetzung sei aber nicht erfüllt. Eine vorangegangene Verwendung des Beigeladenen als Oberstabsfeldwebel begründe nicht per se dessen bessere Eignung, Leistung und Befähigung. Das Lebensalter oder die zur Verfügung stehende Restdienstzeit dürften keine Berücksichtigung finden. Das Bundesverwaltungsgericht habe mit Urteil vom 13. Dezember 2012 - BVerwG 2 C 11.11 - entschieden, dass das Lebensalter kein Kriterium darstelle, welches in Art. 33 Abs. 2 GG normativ verankert sei. Dasselbe müsse auch für seine eigene, letztlich aus seinem Lebensalter resultierende fehlende Betrachtung in der letzten Perspektivkonferenz sowie für die Restdienstzeit gelten, die in Art. 33 Abs. 2 GG keinen Niederschlag gefunden habe, auch nicht unter Eignungsgesichtspunkten. Überdies habe er bereits am 7. November 2011 einen Antrag auf Dienstzeitverlängerung über die besondere Altersgrenze hinaus gestellt, der von seinen Vorgesetzten mit Nachdruck befürwortet worden sei. Zwar sei dieser Antrag seinerzeit abgelehnt worden; aber eine Verlängerung seiner Dienstzeit sei weiterhin möglich. Die Erlass-Regelung für die Restdienstzeit vom 14. Januar 2008 stelle eine Soll-Bestimmung dar und müsse deshalb nicht zwingend eingehalten werden. Die geforderte Restdienstzeit von drei Jahren sei auch von Verfassungen wegen nicht tragfähig, weil es der Gesetzgeber für die Frage der Ruhegehaltfähigkeit der letzten Verwendung als ausreichend ansehe, wenn die Beförderung zwei Jahre vor der Zurruhesetzung erfolge. Im Übrigen sei zu klären, ob es für den Erlass von 2008 eine gleichlautende Vorgängerregelung gegeben habe. Jedenfalls unter dem Gesichtspunkt eines Schadenersatzes sei zu rügen, dass er, der Antragsteller, von seinem Dienstherrn unzureichend informiert worden sei; dies habe zur Folge gehabt, dass er sich nicht bereits ein Jahr früher um die Versetzung auf einen Oberstabsfeldwebel-Dienstposten bemüht habe. Sein Dienstherr habe ihm - unter anderem im Personalgespräch vom 26. September 2007 - stets bekanntgeben lassen, dass er angesichts seiner geplanten Versetzung in den Ruhestand zum 30. September 2014 (nunmehr zum 30. November 2014) spätestens zum 1. Oktober 2012 auf einen Dienstposten der Dotierung Oberstabsfeldwebel verfügt werden müsse. Zu keinem Zeitpunkt sei aber ihm oder seinem Personalführer mitgeteilt worden, dass dem ein Erlass mit dem Erfordernis einer dreijäh-

rigen Restdienstzeit entgegenstehen könnte. Der Umstand, dass der Beigela-dene mit der Auflösung des ... seinen Dienstposten verloren habe, stelle kein Eignungskriterium im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG dar. Ein konkreter Eignungs-vergleich zwischen den Bewerbern sei außerdem nicht hinreichend dokumen-tiert.

Formal werde die Aufhebung der im Beschwerdebescheid getroffenen Feststel-lung beantragt, dass die Beschwerde gegen den ersten Bescheid der Stamm-dienststelle wegen Verfristung unzulässig sei, weil die Stammdienststelle mit ihrem Zweitbescheid vom 29. Oktober 2012 in eine erneute Prüfung eingetreten sei. Außerdem sei ein Feststellungsantrag zur Rechtswidrigkeit der Auswahl-entscheidung geboten, weil ein Schadenersatzbegehren bereits Gegenstand des Beschwerdeverfahrens gewesen sei. Zum 1. Oktober 2012 hätte - auch noch mit versorgungswirksamer Beförderung - seine Versetzung auf den stritti-gen Dienstposten erfolgen können.

12 Der Antragsteller beantragt,

1. unter Aufhebung der Entscheidungen der Stamm-dienststelle der Bundeswehr vom 19. Juni 2012 und vom 29. Oktober 2012, mit welchen sein Antrag vom 6. Juni 2012 auf Versetzung auf einen Oberstabsfeldwebel-Dienstposten Stabsdienstfeldwebel Streitkräfte im ... ab-gelehnt wurde, in Gestalt des Beschwerdebescheides des Bundesministers der Verteidigung vom 6. März 2013, die Bundesrepublik Deutschland zu verpflichten, über die Be-setzung dieses Dienstpostens unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden,

2. festzustellen, dass die Ablehnung seiner Bewerbung für den im Antrag Ziffer 1. bezeichneten Dienstposten rechts-widrig und er daher seit dem 1. Oktober 2012 auf diesen Dienstposten zu versetzen gewesen sei,

3. die Kosten des Verfahrens dem Bund aufzuerlegen,

4. die ihm, dem Antragsteller, im Verfahren vor dem Bun-desverwaltungsgericht einschließlich der im vorgerichtli-chen Verfahren erwachsenen notwendigen Kosten dem Bund aufzuerlegen.

13 Der Bundesminister der Verteidigung beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

14 Er verteidigt den Inhalt seines Beschwerdebescheids und führt ergänzend aus, dass es auf einen Vergleich der Beurteilungen der Bewerber im vorliegenden Fall nicht angekommen sei. Der Antragsteller habe sich ausweislich der Dokumentation der Auswahlentscheidung, in der die zur Auswahl des Beigeladenen führenden Erwägungen dargelegt seien, schon im Eignungsvergleich nicht durchsetzen können. Mit dem Beigeladenen sei für den strittigen Dienstposten ein Soldat ausgewählt worden, der sich bereits im Dienstgrad Oberstabsfeldwebel befunden habe und dessen bisheriger Dienstposten mit der Auflösung des ... weggefallen sei. Der Antragsteller habe sich gegen den Beigeladenen auch deshalb nicht durchsetzen können, weil seiner Zuversetzung dienstliche Belange entgegengestanden hätten. Nach dem Erlass „Wechsel in höherwertige Verwendungen“ (BMVg PSZ I 1 - Az 16-32-00/4) vom 14. Januar 2008 seien Änderungen der Verwendung eines Soldaten oder einer Soldatin insbesondere dann, wenn hiermit die Übertragung eines höher bewerteten Dienstpostens einhergehe, nur sinnvoll, wenn der Soldat oder die Soldatin den neuen Dienstposten nach entsprechender Einarbeitung noch eine angemessene Zeit ausfüllen könne. Daher bestimme der Erlass, dass Verwendungsentscheidungen, die mit der Übertragung eines höher bewerteten Dienstpostens verbunden seien, spätestens drei Jahre vor der Zuruhesetzung rechtswirksam werden sollten. Da die Dienstzeit des Antragstellers voraussichtlich mit Ablauf des 30. November 2014 enden werde und er den in Rede stehenden Dienstposten nicht drei Jahre lang werde ausfüllen können, sei sein Versetzungsgesuch auch aus diesem Grunde abzulehnen gewesen. Dienstzeitverlängerungen über die besondere Altersgrenze hinaus, um Soldaten auf einen höher bewerteten Dienstposten zu versetzen und dann (ruhegehaltswirksam) zu befördern, erfolgten grundsätzlich nicht. Die Entscheidung über eine Dienstzeitverlängerung unterliege ausschließlich Gründen des dienstlichen Bedarfs. Für eine Verlängerung der Dienstzeit des Antragstellers über dessen besondere Altersgrenze hinaus habe - wie im Dezember 2011 bereits festgestellt - kein dienstlicher Bedarf bestanden; ein derartiger Bedarf bestehe auch heute nicht. Darüber hinaus verfüge

der Antragsteller nicht (mehr) über die erforderliche individuelle Förderperspektive für die Besetzung eines Oberstabsfeldwebel-Dienstpostens. Ohne Erfolg rüge der Antragsteller im Übrigen die Unvollständigkeit seiner Personalakte. Die für seine Personalakte in Papierform nachgeforderten Lehrgangszeugnisse des Antragstellers seien im Personalwirtschaftssystem SASPF abgespeichert; die Personalführung habe auf diese Nachweise in elektronischer Form zu jedem Zeitpunkt Zugriff nehmen können. In der Sache bezögen sich die in Papierform nachgeforderten Nachweise ausnahmslos auf Kurzlehrgänge, die im Zusammenhang mit der täglichen Arbeit mit dienstlicher Software angefordert und zugewiesen würden. Es handele sich nicht um Lehrgänge von laufbahnrechtlicher Bedeutung oder um Lehrgänge, die für die Besetzung eines Dienstpostens zwingend vorgeschrieben seien. Die Teilnahme an solchen Lehrgängen finde bei Auswahlentscheidungen im Rahmen der Auswahlkonferenzen nach der „Richtlinie für die Perspektivbestimmung als Grundlage für die langfristige Verwendungsplanung der Berufsunteroffiziere“ vom 3. Februar 2009 keine Berücksichtigung. Dem Antragsteller seien daher insoweit keine Nachteile entstanden.

- 15 Der Beigeladene hatte im Verfahren Gelegenheit zur Äußerung. Er hat keinen Antrag gestellt.
- 16 Der Senat hat den Antrag des Antragstellers auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes durch Beschluss vom 12. Juli 2013 (BVerwG 1 WDS-VR 12.13) abgelehnt.
- 17 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen. Die Beschwerdeakten des Bundesministers der Verteidigung - R II 2 - ..., ... und ... -, die Personalgrundakten des Beigeladenen und des Antragstellers sowie die Gerichtsakte im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes BVerwG 1 WDS-VR 12.13 haben dem Senat bei der Beratung vorgelegen.



II

- 18 Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung hat keinen Erfolg.
- 19 1. Der Aufhebungs- und Neubescheidungsantrag ist unbegründet.
- 20 Der Bescheid der Stammdienststelle der Bundeswehr vom 19. Juni 2012 ist bestandskräftig geworden. Die im Bescheid der Stammdienststelle vom 29. Oktober 2012 mitgeteilte, zugunsten des Beigeladenen getroffene Auswahlentscheidung des Gruppenleiters III 2 der Stammdienststelle vom 22. Oktober 2012 verletzt das Bewerbungsverfahrenrecht des Antragstellers nicht.
- 21 Das hat der Senat im Beschluss vom 12. Juli 2013 im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes (BVerwG 1 WDS-VR 12.13), der den Verfahrensbeteiligten bekannt ist, im Einzelnen dargelegt. Der Antragsteller hat vor diesem Hintergrund keinen Anspruch auf Aufhebung der angefochtenen Bescheide und auf eine neue Entscheidung über die Besetzung des strittigen Dienstpostens.
- 22 Eine neuerliche Prüfung der Sach- und Rechtslage im vorliegenden Hauptsacheverfahren führt zu keiner anderen Beurteilung. Zur Vermeidung von Wiederholungen nimmt der Senat Bezug auf die Begründung des genannten Beschlusses, an der er festhält.
- 23 2. Der zusätzlich gestellte Feststellungsantrag ist ebenfalls unbegründet.
- 24 Der Senat versteht den Antrag bei sach- und interessengerechter Auslegung nicht als parallel zum Sachantrag zu 1. gestellten Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der strittigen Auswahlentscheidung, denn anderenfalls müsste dieser Antrag mit Rücksicht auf die gemäß § 23a Abs. 2 WBO auch im Wehrbeschwerdeverfahren geltende Subsidiaritätsklausel des § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO als unzulässig verworfen werden.

- 25 Da der Antragsteller den Feststellungsantrag - richtigerweise - nicht als Fortsetzungsfeststellungsantrag im Sinne des § 19 Abs. 1 Satz 3 WBO (hier in Verbindung mit § 21 Abs. 2 Satz 1 WBO) formuliert hat, lässt sich dieser Antrag in seiner Zielsetzung allenfalls als Folgenbeseitigungsantrag interpretieren. Ein derartiges Rechtsschutzbegehren ist nach ständiger Rechtsprechung des Senats im Wehrbeschwerdeverfahren in entsprechender Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 2 VwGO grundsätzlich zulässig (vgl. z.B. Beschlüsse vom 20. September 2006 - BVerwG 1 WB 54.05 - Buchholz 450.1 § 13 WBO Nr. 1 = NZWehrr 2007, 78, vom 24. März 2009 - BVerwG 1 WB 54.08 - Buchholz 449.2 § 40 SLV 2002 Nr. 5 und vom 24. Januar 2012 - BVerwG 1 WB 31.11 - juris Rn. 33).
- 26 Der so verstandene Antrag ist jedoch unbegründet.
- 27 Materiellrechtlich setzt der Folgenbeseitigungsanspruch voraus, dass die zugrundeliegende Maßnahme oder Entscheidung eines Vorgesetzten oder einer Dienststelle der Bundeswehr rechtswidrig ist und den jeweils betroffenen Soldaten in seinen Rechten verletzt. Diese Voraussetzung ist indessen im Fall des Antragstellers - wie dargelegt - nicht erfüllt.
- 28 Soweit der Antragsteller im Schriftsatz seiner Bevollmächtigten vom 29. Juli 2013 eine potentielle Verletzung seiner Rechte infolge unzureichender Informationen des Dienstherrn über den Erlass vom 14. Januar 2008 geltend macht, ist dieses Rechtsschutzbegehren unzulässig, weil es nicht Gegenstand des vorgegerichtlichen Beschwerdeverfahrens war.
- 29 3. Da die Sachanträge zu 1. und 2. unbegründet sind, bleiben auch die vom Antragsteller gestellten Kostenanträge ohne Erfolg.
- 30 4. Der Beigeladene trägt seine ihm in diesem Verfahren entstandenen Aufwendungen selbst, weil er keinen eigenen Antrag gestellt hat.