



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 1 WB 13.16

In dem Wehrbeschwerdeverfahren

der Frau Stabsfeldwebel ...,
...,

- 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,
die ehrenamtliche Richterin Oberfeldapotheker Müller und
den ehrenamtlichen Richter Hauptfeldwebel Ben Ali

am 24. November 2016 beschlossen:

Der Antrag wird zurückgewiesen.



G r ü n d e :

I

- 1 Die Antragstellerin begehrt die Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes.
- 2 Die ... geborene Antragstellerin ist Berufssoldatin; ihre Dienstzeit endet voraussichtlich mit Ablauf des 31. Januar Mit Wirkung vom 17. August ... wurde sie zum Stabsfeldwebel befördert. Derzeit wird sie bei der ... in ... verwendet.
- 3 Mit Schreiben vom 8. April, 13. April und 4. Juli 2013 sowie mit Formularantrag vom 8. Juli 2013 beantragte die Antragstellerin ihre Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes für das Auswahljahr 2014.
- 4 Mit Beschluss vom 17. Dezember 2013 - 1 WB 51.12 - entschied das Bundesverwaltungsgericht, dass das Aufrufen einzelner Geburtsjahrgänge kein dem Grundsatz der Bestenauslese im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG und des § 3 Abs. 1 SG genügendes Auswahlkriterium für die Bewerberauswahl bei der Zulassung von Feldwebeln zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes darstelle. Das Bundesministerium der Verteidigung - P II 1 - gab daraufhin mit Fernschreiben vom 20. Januar 2014 einen Erlass zur "Anpassung des Verfahrens zur Auswahl von Feldwebeln/Bootsmännern für eine Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes 2014" bekannt.
- 5 Mit Bescheid vom 6. März 2014, nach Angabe des Bundesministeriums der Verteidigung eröffnet am 7. April 2014, teilte das Bundesamt für das Personalmanagement der Bundeswehr (im Folgenden: Bundesamt für das Personalmanagement) der Antragstellerin mit, dass eine Teilnahme am Auswahlverfahren im Auswahljahr 2014 nicht möglich sei, ihr Antrag jedoch für eine Teilnahme im Auswahljahr 2015 zurückgestellt werde. Sofern die Antragstellerin die dann geltenden Teilnahmevoraussetzungen erfülle, erfolge ihre Betrachtung im Auswahlverfahren 2015 von Amts wegen; einer erneuten Antragstellung bedürfe es nicht. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass das Bundesministerium der Ver-

teidigung zur Schaffung größtmöglicher Chancengerechtigkeit und zur Vermeidung des Verlusts geeigneter Bewerber angewiesen habe, über diejenigen Portepée-Unteroffiziere hinaus, die sich im Rahmen der in 2013 veröffentlichten Ausschreibung (GAIP OffzMilFD) für das Auswahljahr 2014 beworben hätten und nach den damals geltenden Bestimmungen dort teilnahmeberechtigt gewesen seien, aus Kapazitätsgründen nur solche zusätzlichen Bewerber in das Auswahlverfahren 2014 einzubeziehen, für die eine Teilnahme am Auswahlverfahren der Jahre 2015 und folgende wegen des Ausscheidens aus dem aktiven Dienst ansonsten nicht mehr möglich sei. Mit Blick auf die Notwendigkeit, die zeitgerechte Durchführung des Auswahlverfahrens und damit die Bedarfsdeckung im Bereich der Offiziere des militärfachlichen Dienstes sicherzustellen, sei vor dem Hintergrund organisatorischer und zeitlicher Begrenzungen die Teilnahme der Antragstellerin an dem bereits im Januar/Februar 2014 beginnenden Auswahlverfahren nicht mehr möglich.

- 6 Hiergegen erhob die Antragstellerin mit Schreiben vom 24. April 2014 Beschwerde, die das Bundesministerium der Verteidigung - R II 2 - mit Bescheid vom 5. September 2014 als unzulässig zurückwies. Zur Begründung führte es aus, dass das Bundesamt für das Personalmanagement mit dem Schreiben vom 6. März 2014 nicht inhaltlich entschieden, sondern die Entscheidung lediglich verschoben habe; selbst wenn es sich um eine Entscheidung gehandelt hätte, wäre diese nur vorläufig und würde durch die dann endgültige Entscheidung im Frühjahr 2015 ersetzt. Die Antragstellerin hat gegen den Beschwerdebescheid vom 5. September 2014 keinen Rechtsbehelf eingelegt.

- 7 Mit Bescheid vom 14. Juli 2015, ausgehändigt am 27. Juli 2015, lehnte das Bundesamt für das Personalmanagement den Antrag auf Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes vom 8. April 2013, nunmehr bezogen auf die Auswahlkonferenz 2015, ab. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass die Antragstellerin die Voraussetzung einer Restdienstzeit von mindestens fünfzehn Jahren nach einer möglichen Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes nicht erfülle. Gegen diese Entscheidung hat die Antragstellerin keinen Rechtsbehelf eingelegt.

- 8 Mit Schreiben vom 30. Oktober 2015 beantragte die Antragstellerin unter Bezugnahme auf die Bescheide des Bundesamts für das Personalmanagement vom 6. März 2014 und vom 14. Juli 2015 ihre nachträgliche Mitbetrachtung bei der Auswahl der Offiziere des militärfachlichen Dienstes für das Auswahljahr 2014, hilfsweise für das Auswahljahr 2015.
- 9 Mit Schreiben vom 26. November 2015 wies das Bundesamt für das Personalmanagement die Antragstellerin darauf hin, dass sie im Auswahlverfahren 2014 nicht mitbetrachtet, sondern mit Bescheid vom 6. März 2014 bis zum Auswahlverfahren 2015 zurückgestellt worden sei. Im Auswahlverfahren 2015 sei sie mitbetrachtet worden; ihr Antrag sei jedoch mit Bescheid vom 14. Juli 2015 abgelehnt worden, weil sie nicht über die erforderliche Restdienstzeit verfüge. Beide Bescheide seien rechtskräftig, eine Nachbetrachtung sei daher nicht möglich. Das Bundesamt für das Personalmanagement wies abschließend darauf hin, dass sein Schreiben lediglich der Information diene, keinen eigenen Regelungsgehalt habe und nicht mit einem Rechtsbehelf anfechtbar sei.
- 10 Mit Schriftsatz ihrer Bevollmächtigten vom 18. Dezember 2015 erhob die Antragstellerin Beschwerde, weil über ihren Antrag auf Laufbahnwechsel bislang nicht entschieden worden sei.
- 11 Mit Bescheid vom 17. Februar 2016 wies das Bundesministerium der Verteidigung - R II 2 - die Beschwerde als unzulässig zurück. Zur Begründung führte es aus, dass der Antragstellerin die bestandskräftige Entscheidung des Bundesamts für das Personalmanagement vom 6. März 2014 in Bezug auf ihren Antrag auf Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes für das Auswahljahr 2014 (Zurückstellung in das Auswahljahr 2015) bekannt sei und sie erst danach Untätigkeitsbeschwerde eingelegt habe. Das Bundesverwaltungsgericht habe mit Beschluss vom 27. August 2015 - 1 WB 52.14 - entschieden, dass die Zurückstellung eines Zulassungsantrags in das nächste Auswahljahr Maßnahmecharakter habe und materiell eine Ablehnung für das ursprünglich beantragte Auswahljahr darstelle. Es liege daher bereits eine Entscheidung über den Zulassungsantrag der Antragstellerin vor.

- 12 Hiergegen hat die Antragstellerin mit Schriftsatz ihrer Bevollmächtigten vom 15. März 2016 die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts beantragt. Das Bundesministerium der Verteidigung - R II 2 - hat den Antrag mit seiner Stellungnahme vom 11. April 2016 dem Senat vorgelegt.
- 13 Zur Begründung führt die Antragstellerin ergänzend insbesondere aus:
Die Entscheidung vom 17. Februar 2016 sei rechtswidrig. Sie, die Antragstellerin, sei aufgrund ihrer Leistungen und ihrer dienstlichen Beurteilungen geeignet und fähig, die Aufgaben eines Offiziers des militärfachlichen Dienstes auszuüben. Dem Schreiben des Bundesamts für das Personalmanagement vom 6. März 2014 sei keine materielle Ablehnung ihres ursprünglichen Antrags zu entnehmen; vielmehr sei lediglich die Sachbearbeitung des Antrags hinausgeschoben worden. Eine materielle Entscheidung über die Zulassung zum Laufbahnwechsel liege daher bisher nicht vor. Im Übrigen sei für sie weder für das Auswahlverfahren 2014 noch für das Auswahlverfahren 2015 eine Laufbahnbeurteilung erstellt worden, obwohl dies zwingend vorgeschrieben sei; hierzu solle die militärische Gleichstellungsbeauftragte befragt werden. Außerdem begehre sie die Offenlegung der Auswahlverfahren.
- 14 Die Antragstellerin beantragt,

die Entscheidung des Bundesministeriums der Verteidigung - R II 2 - vom 17. Februar 2016 aufzuheben und die Antragsgegnerin zu verpflichten, dem Antrag vom 4. Juli 2013 auf Laufbahnwechsel zuzustimmen,

hilfsweise, diesen Antrag unter Berücksichtigung der Auffassung des Gerichts erneut zu bescheiden.
- 15 Das Bundesministerium der Verteidigung beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.
- 16 Es verweist darauf, dass der den Antrag auf Laufbahnzulassung materiell zurückweisende Beschwerdebescheid vom 5. September 2014 bestandskräftig

geworden sei. Soweit sich die Antragstellerin auf das Auswahlverfahren 2015 beziehe, sei dieses nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits.

- 17 Wegen der Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen. Die Beschwerdeakte des Bundesministeriums der Verteidigung - R II 2 - Az.: ... - und die Personalgrundakte der Antragstellerin haben dem Senat bei der Beratung vorgelegen.

II

- 18 Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung hat keinen Erfolg.

- 19 1. Der Antrag ist zwar zulässig.

- 20 Der Zulässigkeit steht insbesondere nicht entgegen, dass die nach Nr. 932 ZDv 20/7 (bzw. nunmehr Nr. 1027 ZDv A-1340/49) für das Antragsbegehren maßgeblichen Zulassungstermine 1. Oktober 2014 oder 1. Oktober 2015 bereits verstrichen sind. Der Rechtsstreit hat sich hierdurch nicht in der Hauptsache erledigt, weil eine rückwirkende Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes rechtlich zulässig ist und nach der Praxis des Bundesministeriums der Verteidigung aufgrund einer Ausnahmegenehmigung noch erfolgen könnte, wenn der Zulassungsantrag in der Sache erfolgreich wäre (stRspr, z.B. BVerwG, Beschluss vom 17. Dezember 2013 - 1 WB 51.12 - juris Rn. 19). Gegenteiliges hat das Bundesministerium der Verteidigung - R II 2 - im vorliegenden Verfahren nicht geltend gemacht.

- 21 2. Der Antrag ist jedoch insgesamt - im Haupt- und im Hilfsantrag - unbegründet.

- 22 Die Antragstellerin hat keinen Anspruch auf Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes in den Auswahljahren 2014 oder 2015 und kann diesbezüglich auch keine erneute Bescheidung verlangen, weil ihr mit den Schreiben vom 8. April, 13. April und 4. Juli 2013 und dem Formularantrag vom

8. Juli 2013 gestellter Antrag auf Laufbahnzulassung bereits bestandskräftig abgelehnt worden ist.

- 23 a) Für das Auswahljahr 2014 wurde der Antrag auf Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes durch den Bescheid des Bundesamts für das Personalmanagement der Bundeswehr (im Folgenden: Bundesamt für das Personalmanagement) vom 6. März 2014 in der Gestalt des Beschwerdebescheids des Bundesministeriums der Verteidigung vom 5. September 2014 bestandskräftig abgelehnt.
- 24 Bei dem Bescheid des Bundesamts für das Personalmanagement vom 6. März 2014 handelt es sich - entgegen der Auffassung der Antragstellerin und auch entgegen der Auffassung, die das Bundesministerium der Verteidigung noch in seinem Beschwerdebescheid vertreten hat - nicht nur um eine unverbindliche Mitteilung oder eine bloß vorläufige Regelung, sondern um eine definitive Entscheidung, mit der die Laufbahnzulassung der Antragstellerin für das Auswahljahr 2014 abgelehnt wurde (vgl. - auch zum Folgenden - BVerwG, Beschluss vom 27. August 2015 - 1 WB 52.14 - juris Rn. 18). Die Entscheidung über die Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes erfolgt nach Auswahljahren in je eigenen Verfahren mit einem je eigenen Bewerberfeld. Das Verfahren und die Entscheidung für das Auswahljahr 2014 sind demgemäß nicht identisch mit dem Verfahren und der Entscheidung für das Auswahljahr 2015. Der Tenor des Bescheids vom 6. März 2014, dass "eine Teilnahme am Auswahlverfahren im Auswahljahr 2014 ... nicht möglich" sei und der Antrag "für eine Teilnahme im Auswahljahr 2015 zurückgestellt" werde, stellt deshalb - faktisch wie rechtlich - eine Ablehnung für das Auswahljahr 2014 dar.
- 25 Die Antragstellerin hat gegen den auf ihre Beschwerde vom 24. April 2014 ergangenen Beschwerdebescheid des Bundesministeriums der Verteidigung vom 5. September 2014 keinen weiteren Rechtsbehelf eingelegt. Die Ablehnung ihrer Bewerbung für das Auswahljahr 2014 ist deshalb bestandskräftig.

- 26 b) Für das Auswahljahr 2015 wurde der Antrag auf Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes durch den Bescheid des Bundesamts für das Personalmanagement vom 14. Juli 2015 bestandskräftig abgelehnt.
- 27 Entgegen der Auffassung des Bundesministeriums der Verteidigung ist das Auswahlverfahren 2015 zwar Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits, nachdem das Bundesamt für das Personalmanagement die ursprünglich auf das Auswahljahr 2014 bezogene Bewerbung der Antragstellerin zurückgestellt und im Auswahlverfahren 2015 ohne erneute Antragstellung von Amts wegen betrachtet hat. Die Antragstellerin hat jedoch gegen den Bescheid vom 14. Juli 2015, mit dem das Bundesamt für das Personalmanagement den Antrag auf Laufbahnzulassung aus sachlichen Gründen (nicht ausreichende Restdienstzeit) abgelehnt hat, keinen Rechtsbehelf eingelegt. Auch die Ablehnung der Bewerbung für das Auswahljahr 2015 ist deshalb bestandskräftig.
- 28 c) Eine erneute Sachprüfung für die Auswahljahre 2014 oder 2015 wird schließlich nicht durch das Schreiben vom 30. Oktober 2015 eröffnet, mit dem die Antragstellerin ihre nachträgliche Mitbetrachtung bei der Auswahl der Offiziere des militärfachlichen Dienstes für das Auswahljahr 2014, hilfsweise für das Auswahljahr 2015 beantragt hat. Das hierauf ergangene Antwortschreiben des Bundesamts für das Personalmanagement vom 26. November 2015 enthält keine neue Sachentscheidung (Zweitbescheid), sondern stellt eine lediglich informatorische sog. wiederholende Verfügung dar, die nicht als dienstliche Maßnahme im Sinne von § 17 Abs. 3 Satz 1 WBO (hier i.V.m. § 21 Abs. 2 Satz 1 WBO) anfechtbar ist (zur Abgrenzung vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 15. Juli 2008 - 1 WB 1.08 - Rn. 24 sowie zuletzt vom 25. Februar 2016 - 1 WB 33.15 - juris Rn. 34 ff., jeweils m.w.N.).
- 29 Das Bundesamt für das Personalmanagement hat in dem Schreiben vom 26. November 2015 lediglich auf die bereits erlassenen Bescheide vom 6. März 2014 und 14. Juli 2015 und die dort getroffenen Regelungen verwiesen und der Antragstellerin erklärt, dass beide Bescheide rechtskräftig seien und eine Nachbetrachtung daher nicht möglich sei. Ausdrücklich hat es die Antragstellerin ferner darauf hingewiesen, dass sein Antwortschreiben lediglich der Information

diene, keinen eigenen Regelungsgehalt habe und nicht mit einem Rechtsbehelf anfechtbar sei. In gleicher Weise hat der Beschwerdebescheid des Bundesministeriums der Verteidigung - R II 2 - vom 17. Februar 2016 nur auf die bereits ergangene bestandskräftige Entscheidung vom 6. März 2014 abgestellt und die Beschwerde der Antragstellerin deshalb als unzulässig zurückgewiesen.

- 30 d) Die von der Antragstellerin angeregte Anhörung der militärischen Gleichstellungsbeauftragten und Beiziehung der Unterlagen der Auswahlverfahren ist schon deshalb nicht erforderlich, weil die Rechtmäßigkeit der ablehnenden Bescheide wegen deren Bestandskraft nicht zu überprüfen ist.

Dr. von Heimburg

Dr. Frenz

Dr. Langer