



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 1 WB 54.13

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 Wendroth und
den ehrenamtlichen Richter Major Schönle

am 27. Mai 2014 beschlossen:

Der Antrag wird als unzulässig verworfen.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Antragsteller begehrt die Feststellung, dass es rechtswidrig war, einen höherwertigen, nach Besoldungsgruppe A 16 bewerteten Dienstposten im ...amt der Bundeswehr nicht mit ihm, dem Antragsteller, zu besetzen.
- 2 Der 19.. geborene Antragsteller ist seit 19.. Berufssoldat; seine Dienstzeit endet voraussichtlich mit Ablauf des 31. Juli 20.. . Zuletzt wurde er am 25. Januar 19.. zum Oberstleutnant befördert und zum 1. Januar 20.. in eine Planstelle der Besoldungsgruppe A 15 eingewiesen. Derzeit wird der Antragsteller im ... verwendet.
- 3 Am 22. Februar 2012 entschied der damals zuständige Abteilungsleiter ... (...) im ..., den nach Besoldungsgruppe A 16 bewerteten Dienstposten des Leiters ... (...) im ...amt der Bundeswehr mit Oberst (...) B. zu besetzen. Gegen diese Entscheidung beantragte der Antragsteller am 30. April 2012 die gerichtliche Entscheidung durch das Bundesverwaltungsgericht. Mit weiterem Schreiben vom 24. Juli 2012 beantragte der Antragsteller außerdem seine Versetzung auf den strittigen Dienstposten rückwirkend zum 1. März 2012. Mit Verfügung vom 13. August 2012 hob der Abteilungsleiter ... die Auswahlentscheidung vom 22. Februar 2012 auf und erklärte, dass über die Besetzung des Dienstpostens in einem erneuten Verfahren entschieden werde.
- 4 Mit Schreiben vom 30. April 2013 erhob der Antragsteller Beschwerde gegen die „Umsetzung“ der Entscheidung des Abteilungsleiters ... vom 13. August 2012 sowie gegen alle „in diesem Zusammenhang stehenden Maßnahmen der Personalführung“. In der Begründung (unter Nr. 1) verwies der Antragsteller unter anderem auf seinen Versetzungsantrag vom 24. Juli 2012, auf den er bis dahin noch keine Entscheidung erhalten habe; dies bitte er als Untätigkeitsbeschwerde zu werten.

- 5 Mit Bescheid vom 11. September 2013 wies der Bundesminister der Verteidigung - R II 2 - die Beschwerde vom 30. April 2013 zurück und lehnte den Versetzungsantrag ab. Gegenstand der Untätigkeitsbeschwerde seien nicht die Gründe, die zur Nichtbescheidung innerhalb eines Monats geführt hätten, sondern die Entscheidung in der Sache selbst. In der Sache sei der Versetzungsantrag abzulehnen, weil der strittige Dienstposten mit der inzwischen erfolgten Auflösung des ...amts weggefallen sei; das Versetzungsbegehren sei deshalb auf eine unmögliche Leistung gerichtet.
- 6 Hiergegen beantragte der Antragsteller mit Schriftsatz seiner Bevollmächtigten vom 9. Oktober 2013 die Entscheidung durch das Bundesverwaltungsgericht. Der Bundesminister der Verteidigung - R II 2 - legte den Antrag mit seiner Stellungnahme vom 21. Oktober 2013 dem Senat vor.
- 7 Zur Begründung trägt der Antragsteller insbesondere vor:
Ziel seines Rechtsschutzbegehrens sei, einen Ausspruch gemäß § 13 Abs. 1 Satz 4 WBO, also die Feststellung, dass die Unterlassung seiner Versetzung auf den strittigen Dienstposten rechtswidrig gewesen sei, zu erhalten. An dieser Feststellung habe er ein berechtigtes Interesse. Er habe mit Schreiben vom 30. September 2013 einen Antrag auf Schadlosstellung in dienst-, versorgungs- und besoldungsrechtlicher Hinsicht gestellt, weil er seinerzeit für den Dienstposten hätte ausgewählt werden müssen; jedenfalls habe der Dienstposten mit ihm besetzt werden müssen, nachdem die erste Auswahlentscheidung auf seinen Antrag hin aufgehoben worden sei. Es gehe vorliegend nicht um eine unzulässige Fortsetzungsfeststellungsklage, bei der das erledigende Ereignis vor der Antragstellung liege, sondern um die Feststellung gemäß § 13 Abs. 1 Satz 4 WBO, die bereits das Bundesministerium der Verteidigung in dem Beschwerdebescheid hätte treffen müssen. Es könne nicht sein, dass wegen der Untätigkeit des Dienstherrn eine ablehnende Sachentscheidung gemäß § 13 Abs. 1 Satz 6 WBO erfolge und gleichzeitig ihm, dem Antragsteller, die Möglichkeit einer Überprüfung der Gründe für die Untätigkeit gemäß § 13 Abs. 1 Satz 4 WBO genommen werde.
In der Sache sei es rechtswidrig gewesen, den Dienstposten nicht mit ihm, dem Antragsteller, zu besetzen. Der Dienstposten habe klar definierte Eignungs- und

Befähigungsmerkmale aufgewiesen; insbesondere habe nur ein IT-Stabsoffizier mit abgeschlossenem technischem Studium ausgewählt werden dürfen. Diese Anforderungen erfülle er, der Antragsteller, in besonderem Maße, nicht aber der ausgewählte Kandidat. Auch sei er in der im Auswahlverfahren angeforderten Sonderbeurteilung besser beurteilt worden als dieser. Evident sei die erste, später aufgehobene Auswahlentscheidung sowie das weitere Bemühen, Oberst B. für den strittigen Dienstposten bzw. den Nachfolgedienstposten beim ...amt ... der Bundeswehr auszuwählen, von sachfremden Erwägungen geleitet. Verwiesen werde dazu auch auf ein Schreiben des Wehrbeauftragten des Deutschen Bundestages vom 22. Oktober 2013.

8 Der Antragsteller beantragt,

unter Aufhebung der Entscheidung des Bundesministeriums der Verteidigung - R II 2 - vom 11. September 2013 festzustellen, dass das Unterbleiben der Besetzung des Dienstpostens ... beim ...amt der Bundeswehr mit ihm, dem Antragsteller, rechtswidrig war.

9 Der Bundesminister der Verteidigung beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

10 Er hält den Feststellungsantrag für unzulässig. Mit der Auflösung des ...amts der Bundeswehr sei der strittige Dienstposten weggefallen; es liege daher Erledigung vor. Der Dienstposten sei ab 1. Januar 2013 für eine Nachbesetzung förmlich gesperrt gewesen (SAP-Auszug) und das ...amt zum 30. April 2013 aufgelöst worden. Für die Feststellung, dass das Unterbleiben seiner Versetzung auf den Dienstposten rechtswidrig gewesen sei, fehle dem Antragsteller ein Feststellungsinteresse. Die Erledigung sei nicht nur vor dem Antrag auf gerichtliche Entscheidung, sondern bereits in dem Zeitpunkt eingetreten gewesen, in dem der Antragsteller seine Untätigkeitsbeschwerde erhoben habe. Er habe deshalb sein Schadenersatzbegehren gegebenenfalls unmittelbar beim zuständigen Verwaltungs- oder Zivilgericht geltend zu machen. Ein Schadenersatzprozess sei allerdings von vornherein aussichtslos, weil die Nichtbesetzung des Dienstpostens einem Abbruch des Auswahlverfahrens gleichkomme. Dieser

Abbruch sei aus einem sachlichen Grund erfolgt, weil der Dienstposten mit der Auflösung des ...amts weggefallen und damit auch nicht mehr nachzubeseetzen gewesen sei. Der Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers sei hierdurch erloschen. Über die Gründe für die Verzögerung der Auswahlentscheidung bzw. der Entscheidung über den Versetzungsantrag sei im Rahmen der Untätigkeitsbeschwerde weder im Beschwerdeverfahren noch vor dem Senat zu befinden. Folge des Untätigkeitsrechtsbehelfs des Antragstellers sei eine Verlagerung der Entscheidungszuständigkeit. Die Sonderregelung des § 13 Abs. 1 Satz 6 WBO gehe als *lex specialis* dem § 13 Abs. 1 Satz 4 WBO vor; ein Ausspruch im Sinne des § 13 Abs. 1 Satz 4 WBO sei deshalb nicht zu tätigen gewesen.

- 11 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen. Die Beschwerdeakte des Bundesministers der Verteidigung - R II 2 - Az.: 1093/13 -, die Personalgrundakte des Antragstellers, Hauptteile A bis D, sowie die Gerichtsakten der weiteren Verfahren des Antragstellers BVerwG 1 WB 55.13 und BVerwG 1 WDS-VR 23.13 haben dem Senat bei der Beratung vorgelegen.

II

- 12 Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist unzulässig.
- 13 Er ist zwar als Fortsetzungsfeststellungsantrag grundsätzlich statthaft. Dem Antragsteller fehlt jedoch das erforderliche Feststellungsinteresse, weil das erledigende Ereignis (Wegfall des begehrten Dienstpostens) bereits vor Rechtshängigkeit des Antrags auf gerichtliche Entscheidung eingetreten ist und der Antragsteller deshalb die beabsichtigte Schadensersatzklage unmittelbar beim zuständigen Verwaltungs- oder ordentlichen Gericht zu erheben hat.
- 14 1. Der Antrag, festzustellen, dass das Unterbleiben der Besetzung des nach Besoldungsgruppe A 16 bewerteten Dienstpostens des Leiters ... (...) im ...amt der Bundeswehr mit dem Antragsteller rechtswidrig war, ist als Fortsetzungs-

feststellungsantrag auszulegen und als solcher statthaft (§ 19 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 21 Abs. 2 Satz 1 WBO).

- 15 Das ursprüngliche Begehren des Antragstellers, rückwirkend zum 1. März 2012 auf den genannten Dienstposten versetzt zu werden (Schreiben vom 24. Juli 2012), hat sich mit der Sperrung des Dienstpostens zum 1. Januar 2013, spätestens aber mit dem endgültigen Wegfall des Dienstpostens infolge der Auflösung des ...amts zum 30. April 2013 erledigt. Eine Auswahl und anschließende Versetzung des Antragstellers auf den begehrten Dienstposten ist seitdem rechtlich und tatsächlich nicht mehr möglich.
- 16 Hat sich eine truppdienstliche 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. Die Bestimmung des § 19 Abs. 1 Satz 3 WBO übernimmt die für § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO in Literatur und Rechtsprechung allgemein anerkannte Interpretation, dass auch bei Erledigung eines Verpflichtungsbegehrens ein Fortsetzungsfeststellungsantrag in Betracht kommt (vgl. Beschluss vom 24. November 2009 - BVerwG 1 WB 86.08 - Rn. 20 f. m.w.N.). Ein Fortsetzungsfeststellungsantrag ist ferner - mit Besonderheiten hinsichtlich des Feststellungsinteresses (dazu nachfolgend 2.) - auch dann grundsätzlich statthaft, wenn die Erledigung bereits vor Rechtshängigkeit des Antrags auf gerichtliche Entscheidung eingetreten ist, also nicht erst während des laufenden gerichtlichen Verfahrens auf den Fortsetzungsfeststellungsantrag übergegangen, sondern dieser Antrag - wie hier - von Beginn an gestellt wird (vgl. Beschluss vom 22. Juni 2005 - BVerwG 1 WB 1.05 - <insoweit nicht veröffentlicht in Buchholz 236.1 § 28 SG Nr. 6>).
- 17 2. Dem Antragsteller fehlt jedoch das gemäß § 19 Abs. 1 Satz 3 WBO (hier i.V.m. § 21 Abs. 2 Satz 1 WBO) erforderliche Feststellungsinteresse, weil das erledigende Ereignis (Wegfall des begehrten Dienstpostens) bereits vor Rechtshängigkeit des Antrags auf gerichtliche Entscheidung eingetreten ist und der

Antragsteller deshalb die beabsichtigte Schadensersatzklage unmittelbar beim zuständigen Verwaltungs- oder ordentlichen Gericht zu erheben hat.

- 18 Das erforderliche Feststellungsinteresse kann sich nach der Rechtsprechung des Senats aus einem Rehabilitierungsinteresse, aus einer Wiederholungsfahr 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 (stRspr, vgl. z.B. Beschluss vom 29. Januar 2013 - BVerwG 1 WB 60.11 - juris Rn. 26 m.w.N. <insoweit nicht veröffentlicht in Buchholz 449 § 3 SG Nr. 65>).
- 19 Wird das Feststellungsinteresse auf die Absicht, einen Schadensersatzanspruch geltend zu machen, gestützt, so gilt nach ständiger Rechtsprechung des Senats einschränkend, dass die Erledigung erst nach Rechtshängigkeit des Antrags auf gerichtliche Entscheidung eingetreten sein darf; (nur) in einem solchen Fall entspricht es dem Gedanken der Prozessökonomie, das ursprünglich anhängige Anfechtungs- oder Verpflichtungsbegehren mit dem Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Maßnahme bzw. der Unterlassung fortzusetzen, um die im Verfahren vor dem Wehrdienstgericht gewonnenen Erkenntnisse für den nachfolgenden Schadensersatzprozess zu erhalten (vgl. Beschlüsse vom 23. Juni 2004 - BVerwG 1 WB 20.04 - und vom 26. Juli 2011 - BVerwG 1 WB 13.11 - Rn. 21, jeweils m.w.N.). Ist die Erledigung dagegen bereits vor Rechtshängigkeit des Antrags auf gerichtliche Entscheidung eingetreten, so ist der Beschwerdeführer gehalten, seine Schadensersatzklage unmittelbar beim zuständigen (Verwaltungs- oder ordentlichen) Gericht zu erheben, das - neben den übrigen Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs - inzident die Rechtmäßigkeit der angegriffenen Maßnahme bzw. der Unterlassung überprüft.
- 20 Diese letztere Konstellation ist vorliegend gegeben. Der Antragsteller begründet sein Interesse an der Feststellung - ausschließlich - mit der Absicht, einen Schadensersatzanspruch geltend zu machen; eine entsprechende Forderung nach Schadlosstellung in dienst-, versorgungs- und besoldungsrechtlicher Hin-

sicht hat er mit Schreiben vom 30. September 2013 erhoben. Die möglichen Erfolgsaussichten eines solchen Schadensersatzanspruchs wegen Nichtbeförderung sind, zumal in Verbindung mit der vorgerichtlich erfolgreichen Beschwerde des Antragstellers gegen die erste Auswahlentscheidung vom 22. Februar 2012 und mit dem von ihm parallel betriebenen Konkurrentenstreitverfahren um die Besetzung des Nachfolgedienstpostens beim ...amt ... der Bundeswehr (BVerwG 1 WB 55.13 und BVerwG 1 WDS-VR 23.13), nicht von vornherein von der Hand zu weisen. Die Erledigung des Rechtsstreits - durch die Sperrung des Dienstpostens zum 1. Januar 2013, spätestens durch die Auflösung des ...amts zum 30. April 2013 - ist vorliegend jedoch bereits deutlich vor Rechtshängigkeit des mit Schriftsatz vom 9. Oktober 2013 gestellten Antrags auf gerichtliche Entscheidung eingetreten. Der Antragsteller ist deshalb darauf zu verweisen, seine Schadensersatzforderung insgesamt und unmittelbar beim zuständigen (Verwaltungs- oder ordentlichen) Gericht anzubringen. Er kann nicht verlangen, vorab einen Teil der Voraussetzungen des Anspruchs auf Schadensersatz vom vermeintlich „sachnäheren“ Wehrdienstgericht geklärt zu erhalten (vgl. Beschluss vom 23. Juni 2004 - BVerwG 1 WB 20.04 -).

- 21 3. Der Antragsteller kann im vorliegenden Verfahren auch keine Klärung der Gründe erlangen, warum er auf seinen Versetzungsantrag vom 24. Juli 2012 nicht innerhalb eines Monats und damit vor Eintritt der Erledigung einen Bescheid erhalten hat.
- 22 Die Untätigkeitsbeschwerde (hier gemäß § 1 Abs. 2 WBO) dient nicht dazu, den Bearbeiter eines Antrages oder einer Beschwerde wegen Säumnis in der Sachbehandlung zu disziplinieren; sie ist grundsätzlich nur ein Mittel, um in der Sache selbst weiterzukommen (vgl. Beschluss vom 8. März 2006 - BVerwG 1 WB 61.05 - Rn. 21 m.w.N.). Demgemäß befindet bei den Untätigkeitsrechtsbehelfen der Wehrbeschwerdeordnung (§ 1 Abs. 2, § 16 Abs. 2, § 17 Abs. 1 Satz 2 WBO) die jeweils nächsthöhere Instanz nicht über die Verzögerung des Verfahrens und deren Ursachen oder Rechtfertigung, sondern über das vom Soldaten mit dem Antrag, der Beschwerde oder der weiteren Beschwerde in der Sache verfolgte Begehren (stRspr, vgl. zuletzt Beschluss vom 29. August 2012 - BVerwG 1 WB 29.12 - Rn. 8 m.w.N.). § 13 Abs. 1 Satz 6 WBO stellt diesen

Grundsatz für den - hier vorliegenden - Sonderfall klar, dass bereits die Untätigkeit der für die Ausgangsentscheidung zuständigen Vorgesetzten oder Dienststellen gerügt wird und damit die Zuständigkeit für den Erlass der Ausgangsentscheidung auf den für den Beschwerdebescheid zuständigen Disziplinarvorgesetzten bzw. die nächsthöhere Dienststelle übergeht.

- 23 4. Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung kann schließlich auch nicht, wie vom Antragsteller formuliert, auf einen „Ausspruch gemäß § 13 Abs. 1 Satz 4 WBO“ gerichtet werden.
- 24 § 13 Abs. 1 Satz 3 und 4 WBO wendet sich an die für die Entscheidung über die Beschwerde zuständige Stelle und trifft eine Regelung für Beschwerden gegen erledigte Befehle oder sonstige erledigte Maßnahmen und Unterlassungen, die inhaltlich weitgehend identisch ist mit der für das gerichtliche Verfahren geltenden Regelung des § 19 Abs. 1 Satz 2 und 3 WBO. Erweist sich die Beschwerde danach als begründet, so hat die für die Beschwerdeentscheidung zuständige Stelle festzustellen, dass ein bereits ausgeführter oder sonst erledigter Befehl nicht hätte ergehen dürfen; Entsprechendes ist festzustellen, wenn eine sonstige erledigte Maßnahme nicht hätte ergehen dürfen oder eine unterlassene und nicht mehr nachholbare Maßnahme hätte getroffen werden müssen. Mit dieser Vorverlagerung der „Fortsetzungsfeststellungsentscheidung“ in das vorgerichtliche Stadium wird das Wehrbeschwerdeverfahren abgekürzt und werden die Wehrdienstgerichte entlastet. Denn trifft bereits die für die Beschwerdeentscheidung zuständige Stelle die Feststellung nach § 13 Abs. 1 Satz 3 oder 4 WBO, so wird für einen Fortsetzungsfeststellungsantrag zum Wehrdienstgericht in aller Regel das Rechtsschutzbedürfnis fehlen. Dies spricht im Übrigen dafür, § 13 Abs. 1 Satz 4 WBO - entgegen der Auffassung des Bundesministers der Verteidigung und der von ihm zitierten Kommentarliteratur (Dau, WBO, 6. Aufl. 2013, § 13 Rn. 28) - auch in Fällen der Untätigkeitsbeschwerde nach § 1 Abs. 2 WBO für anwendbar zu halten (Feststellung nach § 13 Abs. 1 Satz 4 WBO als Sachentscheidung im Sinne von § 13 Abs. 1 Satz 6 WBO). Denn auch in diesem Fall ist es sinnvoll, eine im vorgerichtlichen Beschwerdeverfahren erkannte und von Seiten des Dienstherrn anerkannte Rechtswidrigkeit förmlich festzustellen, wenn der Beschwerdeführer an dieser

Feststellung ein berechtigtes Interesse hat, und auf diese Weise ein gerichtliches Antragsverfahren zu vermeiden.

- 25 Fehlt es hingegen - wie im vorliegenden Fall - an einer Feststellung nach § 13 Abs. 1 Satz 3 und 4 WBO, so verbleibt es bei der für das gerichtliche Verfahren geltenden Regelung des § 19 Abs. 1 Satz 2 und 3 WBO. Die Überprüfung des Befehls, der Maßnahme oder der Unterlassung erfolgt in diesem Falle durch das Wehrdienstgericht, das die Rechtswidrigkeit gegebenenfalls selbst durch Beschluss feststellt (und nicht den Bundesminister der Verteidigung zu einer Entscheidung nach § 13 Abs. 1 Satz 3 oder 4 WBO verpflichtet). Das bedeutet zugleich, dass ein - wie hier - unzulässiger Fortsetzungsfeststellungsantrag (oben 1. und 2.) nicht in einen Antrag umgestellt werden kann, den Bundesminister der Verteidigung zu einem „Ausspruch gemäß § 13 Abs. 1 Satz 4 WBO“ zu verpflichten.
- 26 5. Dem Antragsteller sind keine Kosten des Verfahrens aufzuerlegen, weil die Voraussetzungen des § 20 Abs. 2 i.V.m. § 21 Abs. 2 Satz 1 WBO nicht vorliegen.

Dr. von Heimburg

Dr. Frenz

Dr. Langer