



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 1 WDS-VR 2.10

In dem Wehrbeschwerdeverfahren

des Herrn Stabsfeldwebel ...,

hat der 1. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts durch

den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Golze,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Frenz und
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Langer

am 29. April 2010 beschlossen:

Der Antrag, dem Bundesminister der Verteidigung im Wege der einstweiligen Anordnung aufzugeben, die Besetzung des Dienstpostens STAN ..., Teileinheit .../Zeile ..., beim Truppenübungsplatz M. mit Stabsfeldwebel L. zu unterlassen und über die Auswahl zur Besetzung des vorgenannten Dienstpostens unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden, wird abgelehnt.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Antragsteller begehrt die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gegen die Entscheidung der Stammdienststelle der Bundeswehr, den Oberstabsfeldwebel-Dienstposten „...“, Teileinheit .../ Zeile ..., beim Truppenübungsplatz M. nicht mit ihm, sondern mit Stabsfeldwebel L. zu besetzen.
- 2 Der 1966 geborene Antragsteller ist Berufssoldat, dessen Dienstzeit nach Mitteilung des Bundesministers der Verteidigung - PSZ I 7 - voraussichtlich mit Ablauf des 30. November 2020 enden wird. Er wurde zuletzt mit Wirkung vom 1. Januar 2010 zum Stabsfeldwebel befördert. Er wird beim Truppenübungsplatz M. verwendet.
- 3 Mit Verfügung vom 2. November 2009 ordnete die Stammdienststelle der Bundeswehr zum 1. Juni 2010 - unter vorangehender Kommandierung vom 1. März 2010 bis zum 31. Mai 2010 - die Versetzung des Stabsfeldwebels L. auf den strittigen Dienstposten in M. an.
- 4 Der Antragsteller beantragte mit Schreiben vom 29. Oktober 2009, das bei seinem Disziplinarvorgesetzten am 2. November 2009 einging, seine Versetzung auf diesen Dienstposten und wandte sich zugleich gegen die Auswahlentscheidung zugunsten des Stabsfeldwebels L. Mit zwei weiteren Schreiben vom 9. November 2009 legte er gegen die „Durchführung des Auswahlverfahrens“ Beschwerde ein und beantragte die Anhörung der zuständigen Vertrauensperson. Unter Bezugnahme auf den Versetzungsantrag legten auch die Bevollmächtigten des Antragstellers mit Schreiben vom 13. November 2009 gegen die getroffene Entscheidung zur Dienstpostenbesetzung Beschwerde ein.
- 5 Mit Schreiben seiner Bevollmächtigten vom 18. Februar 2010 beantragte der Antragsteller die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts und die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes.

- 6 Den Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz hat der Bundesminister der Verteidigung mit seiner Stellungnahme vom 16. März 2010 dem Senat vorgelegt.
- 7 Zur Begründung seines Antrags trägt der Antragsteller insbesondere vor, schon bei summarischer Prüfung sei ersichtlich, dass die getroffene Auswahlentscheidung formelle und materielle Fehler aufweise; deshalb liege ein Anordnungsanspruch vor. Der Anordnungsgrund ergebe sich daraus, dass die Übertragung des strittigen Dienstpostens auf den ausgewählten Bewerber am 1. Juni 2010 mit dem Ziel erfolge, dessen spätere Beförderung zum Oberstabsfeldwebel auf dem Dienstposten vorzubereiten. Mit der Übertragung des Dienstpostens erhalte der ausgewählte Bewerber die Gelegenheit, die für die Beförderung notwendige Bewährungszeit abzuleisten und den derzeit bestehenden Vorsprung des Antragstellers hinsichtlich Eignung und Befähigung „einzuebnen“. Zur Herstellung effektiven Rechtsschutzes für den überangegangenen Soldaten sei es daher erforderlich, dessen Rechte bereits im Hinblick auf die vorgeschaltete Auswahlentscheidung durch die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes zu sichern.
- 8 Der Antragsteller beantragt,
- dem Bundesminister der Verteidigung im Wege der einstweiligen Anordnung aufzugeben, die Besetzung des Dienstpostens STAN ..., Teileinheit .../Zeile ..., beim Truppenübungsplatz M. mit Stabsfeldwebel L. zu unterlassen und über die Auswahl zur Besetzung des vorgenannten Dienstpostens unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden.
- 9 Der Bundesminister der Verteidigung beantragt,
- den Antrag zurückzuweisen.
- 10 Er hält den Antrag für unbegründet, weil nicht glaubhaft gemacht worden sei, dass ohne Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung ein Rechtsanspruch des Antragstellers auf Versetzung auf den Dienstposten vereitelt werden könne.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Schriftsätze der Beteiligten und der Akten Bezug genommen. Die Beschwerdeakte des Bundesministers der Verteidigung - PSZ I 7 - Az.: 223/10 - hat dem Senat bei der Beratung vorgelegen.

II

- 12 Der Antrag hat keinen Erfolg.
- 13 Ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist in entsprechender Anwendung des § 123 VwGO im wehrdienstgerichtlichen Verfahren grundsätzlich statthaft. Das folgt aus der Verweisungsbestimmung in § 23a Abs. 2 WBO in der seit dem 1. Februar 2009 geltenden Fassung (Bekanntmachung vom 22. Januar 2009, BGBl I S. 81) und entsprach auch zuvor der ständigen Rechtsprechung des Senats (z.B. Beschlüsse vom 24. August 1993 - BVerwG 1 WB 56.93 - BVerwGE 93, 389 = NZWehrr 1994, 211, vom 27. September 2006 - BVerwG 1 WDS-VR 6.06 - und vom 29. März 2010 - BVerwG 1 WDS-VR 1.10 - m.w.N.).
- 14 Für den Antrag, der schon vor Rechtshängigkeit eines Antrags auf gerichtliche Entscheidung zulässig ist (§ 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO), ist das Bundesverwaltungsgericht als Gericht der - noch nicht anhängigen - Hauptsache sachlich zuständig (§ 123 Abs. 2 Satz 1 VwGO). Auf die Beschwerde des Antragstellers vom 9. und 13. November 2009 gegen die Entscheidung der Stammdienststelle der Bundeswehr, Stabsfeldwebel L. auf den strittigen Dienstposten zu versetzen, hat der Bundesminister der Verteidigung als zuständige Beschwerdestelle (§ 9 Abs. 1 WBO) nicht innerhalb der Monatsfrist (§ 16 Abs. 2 WBO) einen Beschwerdebescheid erlassen. In der Hauptsache ist dann für einen Untätigkeitsantrag die sachliche Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts gegeben (vgl. auch Beschluss vom 4. März 2004 - BVerwG 1 WB 32.03 - BA S. 7 f. <insoweit jeweils nicht veröffentlicht in BVerwGE 120, 188, in Buchholz 403.11 § 20 BDSG Nr. 1 und in NZWehrr 2007, 165>).

- 15 Es kann offenbleiben, ob sich der Antragsteller auf einen Anordnungsanspruch berufen kann.
- 16 Jedenfalls hat er den für den Erlass einer einstweiligen Anordnung erforderlichen Anordnungsgrund (§ 123 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO) nicht dargelegt. Insofern hätte er glaubhaft machen müssen, dass ihm ohne die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstehen, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre (stRspr, z.B. Beschluss vom 29. März 2010 - BVerwG 1 WDS-VR 1.10 - m.w.N.).
- 17 Ein derartiger Anordnungsgrund liegt zur Zeit nicht vor.
- 18 Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Senats, dass sich eine einmal getroffene militärische Verwendungsentscheidung - wie die hier angefochtene Auswahl- und Versetzungsentscheidung - nicht dahin verfestigt, dass der davon begünstigte Soldat eine rechtlich gesicherte Position erwirbt, auf dem ihm übertragenen Dienstposten verbleiben zu können. Vielmehr müsste er es hinnehmen, von diesem Dienstposten wieder wegversetzt zu werden, wenn der Antragsteller bei der Stellenbesetzung ihm gegenüber rechtswidrig übergangen worden wäre (z.B. Beschlüsse vom 27. September 2006 - BVerwG 1 WDS-VR 6.06 -, vom 16. Dezember 2008 - BVerwG 1 WB 19.08 - BA Rn. 29 <insoweit jeweils nicht veröffentlicht in BVerwGE 133, 13 und in Buchholz 449 § 3 SG Nr. 50> und vom 23. Februar 2010 - BVerwG 1 WB 36.09 - BA Rn. 22 <zur Veröffentlichung in BVerwGE und Buchholz vorgesehen>). An dieser Rechtsprechung, die der Bundesminister der Verteidigung ebenfalls - auch im vorliegenden Verfahren - betont, hält der Senat fest. Sie wird in der Praxis des Bundesministers der Verteidigung in Fällen, in denen der gerichtliche Konkurrentenantrag eines Soldaten erfolgreich war, ohne Einschränkung umgesetzt.

- 19 Das Vorbringen des Antragstellers zu einer an das Innehaben des Dienstpostens anknüpfenden zeitnahen Statusänderung des ausgewählten Bewerbers durch Beförderung (vgl. zu dieser Konstellation, die im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit ausnahmsweise einen Anordnungsgrund für eine einstweilige Anordnung begründen soll: OVG Münster, Beschluss vom 7. August 2006 - 1 B 653/06 - juris Rn. 29; OVG Lüneburg, Beschluss vom 25. Juni 2007 - 5 ME 143/07 - juris Rn. 7) rechtfertigt keine andere Beurteilung. Soweit der Antragsteller so zu verstehen sein sollte, dass es ihm um die einstweilige Freihaltung eines militärischen Dienstpostens allein mit Rücksicht auf eine bevorstehende Beförderung des ausgewählten Soldaten geht, liefe dies auf die Überschreitung der sachlichen Kompetenz der Wehrdienstgerichte hinaus. Im wehrdienstgerichtlichen Verfahren kann sich der einstweilige Rechtsschutz nach § 123 VwGO zuständigkeitsbedingt nur auf den Bereich der truppdienstlichen Verwendungsentscheidungen erstrecken. Die Verhinderung einer Beförderung des ausgewählten Soldaten auf dem strittigen Dienstposten liegt hingegen nicht in der Kompetenz der Wehrdienstgerichte; Streitigkeiten über Statusänderungen sind nach der Rechtswegzuweisung in § 82 Abs. 1 SG und unter Berücksichtigung der Rechtswegabgrenzung in § 17 Abs. 1 Satz 1 WBO i.V.m. § 42 SG und § 4 Abs. 1 Nr. 3 SG den allgemeinen Verwaltungsgerichten zugewiesen. Deshalb kann ein Rechtsschutzbegehren, mit dem der übergangene Konkurrent das Unterbleiben oder die - vorläufige - Verhinderung einer Beförderung des ausgewählten Bewerbers erreichen will, nicht vor den Wehrdienstgerichten geltend gemacht werden (ebenso schon Beschluss vom 27. September 2006 - BVerwG 1 WDS-VR 6.06 -).
- 20 Ein Anordnungsgrund kann im vorliegenden Verfahren zur Zeit aber auch noch nicht aus dem Gesichtspunkt eines Erfahrungsvorsprungs bejaht werden, den der ausgewählte Bewerber auf dem strittigen Dienstposten erlangen kann und der im Falle des Obsiegens des Antragstellers in der Hauptsache bei einer erneuten Auswahlentscheidung zu berücksichtigen wäre.
- 21 Der 2. Revisionssenat des Bundesverwaltungsgerichts hat insoweit im Beschluss vom 11. Mai 2009 - BVerwG 2 VR 1.09 - (Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 43) ein Rechtsschutzbedürfnis für den Erlass einer Anordnung nach

§ 123 VwGO bejaht, weil ein derartiger Erfahrungsvorsprung für künftige dienstliche Beurteilungen der Konkurrenten - als Grundlage einer neuen Auswahlentscheidung - relevant sei. Ein beurteilungsrelevanter Erfahrungsvorsprung kann jedoch noch nicht bei einer nur kurzen Wahrnehmung des Dienstpostens erlangt werden, sondern ist erst nach einer gewissen Zeit der eigenverantwortlichen Aufgabenerfüllung auf dem Dienstposten, die in der Regel mehr als sechs Monate betragen wird, anzunehmen. Diese Voraussetzung liegt in der Person des ausgewählten Bewerbers zur Zeit noch nicht vor. Stabsfeldwebel L. befindet sich nach Angaben der Bevollmächtigten des Antragstellers noch in der Einarbeitungsphase. Seine Versetzung auf den strittigen Dienstposten ist erst zum 1. Juni 2010 verfügt. Ein Anordnungsgrund wäre daher nur dann anzunehmen, wenn bis zur Entscheidung in der Hauptsache ein Zeitraum von deutlich mehr als sechs Monaten verstreichen sollte.

Golze

Dr. Frenz

Dr. Langer