



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 1 WB 46.16

In dem Wehrbeschwerdeverfahren

des Herrn Kapitänleutnant ...,

- Bevollmächtigter:

hat der 1. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts durch

den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Häußler,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Frenz,
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Langer,
den ehrenamtlichen Richter Fregattenkapitän Jorek und
den ehrenamtlichen Richter Kapitänleutnant Till

am 31. August 2017 beschlossen:

Der Antrag wird zurückgewiesen.



G r ü n d e :

I

- 1 Der Antragsteller wendet sich gegen ein Schreiben des Bundesministeriums der Verteidigung, mit dem die Dauer einer für die Erstellung einer Laufbahnbeurteilung erforderlichen Verwendung auf sechs Monate festgelegt wird.
- 2 ...
- 3 Mit Bescheid des Kommandeurs ... vom 31. Mai 2013 wurde der Antragsteller als Vorsitzender des Personalrats ... vom Dienst freigestellt und mit Verfügung des Bundesamts für das Personalmanagement der Bundeswehr (im Folgenden: Bundesamt für das Personalmanagement) vom 15. Juli 2013 mit Wirkung vom 31. Mai 2013 auf ein dienstpostenähnliches Konstrukt beim ... versetzt. Mit Schreiben vom 12. November 2013 informierte das Bundesamt für das Personalmanagement den Antragsteller außerdem darüber, dass für ihn als freigestelltes Personalratsmitglied eine Referenzgruppe gebildet worden sei, in der er unter zehn Soldaten den fünften Platz einnehme.
- 4 Die letzte planmäßige dienstliche Beurteilung des Antragstellers wurde am 22. Februar 2012 zum Vorlagetermin 31. März 2012 erstellt; dabei wurde die Aufgabenerfüllung auf dem Dienstposten mit einem Durchschnittswert von "7,75" bewertet und als Entwicklungsprognose die "Förderung bis in die höchsten Verwendungen der Laufbahn" abgegeben. Für den Antragsteller liegen außerdem zwei Beurteilungsbeiträge vom 7. März 2013 und 30. Mai 2013 sowie zwei Laufbahnbeurteilungen für die Übernahme in die Laufbahn der Offiziere des Truppendienstes, für die der Antragsteller jeweils als "in außergewöhnlichem Maß geeignet" eingestuft wurde, vom 6. Juli 2007 und 20. November 2009 vor.
- 5 Mit Formularschreiben vom 19. Januar 2016 beantragte der Antragsteller (erneut) seinen Wechsel in die Laufbahn der Offiziere des Truppendienstes.

- 6 Auf Anfrage des Bundesamts für das Personalmanagement erklärte das Bundesministerium der Verteidigung - P II 1 - mit E-Mail vom 3. Februar 2016, dass für freigestellte Personalratsmitglieder wie den Antragsteller in Ermangelung anderer geeigneter Erkenntnisquellen an dem Erfordernis einer Laufbahnbeurteilung als unverzichtbarem Bestandteil der Eignungs- und Reihungsentscheidung für die Bestenauslese festzuhalten sei.
- 7 Mit Schreiben an das Bundesamt für das Personalmanagement vom 19. Februar 2016 führte das Bundesministerium der Verteidigung - P II 1 - ergänzend aus, dass zur Erstellung der erforderlichen Laufbahnbeurteilung eine beurteilbare dienstliche Tätigkeit über einen bestimmten Zeitraum wahrzunehmen sei. Für den beantragten Laufbahnwechsel sei in Anlehnung an bestehende Regelungen ein Beurteilungszeitraum von sechs bis zwölf Monaten in einer dem Dienstgrad des Antragstellers entsprechenden Verwendung zugrunde zu legen. Soweit belastbare Erkenntnisse aus der Zeit vor der Freistellung vorlägen, könnten die diesen Erkenntnissen zugrundeliegenden Zeiten bis zu einem noch verbleibenden Zeitraum von vier Monaten berücksichtigt werden. Unter Berücksichtigung der planmäßigen Beurteilung vom 22. Februar 2012 sowie des Beurteilungsbeitrags vom 30. Mai 2013 werde daher für die Erstellung einer Laufbahnbeurteilung für den angestrebten Laufbahnwechsel ein Zeitraum von sechs Monaten in einer dem Dienstgrad des Antragstellers entsprechenden Verwendung festgelegt. Das Bundesamt für das Personalmanagement werde gebeten, eine solche Verwendung im Einzelnen zu planen und zu verfügen.
- 8 In einem Personalgespräch beim Bundesamt für das Personalmanagement am 2. März 2016 wurde der Antragsteller über die Vorgaben des Bundesministeriums der Verteidigung - P II 1 - informiert und befragt, ob und gegebenenfalls in welcher Funktion er die Zeit der sechsmonatigen hauptamtlichen Aufgabewahrnehmung ableisten wolle. Der Antragsteller erklärte hierzu, dass er nicht auf seine Freistellung verzichten wolle, um bei der Auswahlentscheidung berücksichtigt zu werden; aus den einschlägigen Vorschriften sei nicht ersichtlich, dass er hierzu verpflichtet sei.

- 9 Mit Schreiben vom 8. März 2016 bekräftigte das Bundesministerium der Verteidigung - P II 1 - seine Auffassung und betonte, dass der Antragsteller nicht allein deshalb von dem Erfordernis einer aktuellen Laufbahnbeurteilung befreit werden könne, weil er als Personalratsmitglied von der Erfüllung militärischer Dienstpflichten freigestellt sei. Ein Verzicht auf eine Laufbahnbeurteilung würde eine Begünstigung des freigestellten Personalratsmitglieds bedeuten, die mit dem schlichten Benachteiligungsverbot nicht in Einklang stünde.
- 10 Mit Schreiben vom 16. März 2016, beim Bundesministerium der Verteidigung eingegangen am 23. März 2016, hat der Antragsteller "Wehrbeschwerde" gegen den "Bescheid BAPersBw - P II 1 - Az 16-26-05/71 vom 19.02.2016", der ihm am 2. März 2016 ausgehändigt worden sei, eingelegt. Das Bundesministerium der Verteidigung - R II 2 - hat dieses Schreiben als Antrag auf gerichtliche Entscheidung gewertet und mit seiner Stellungnahme vom 14. Dezember 2016 dem Senat vorgelegt.
- 11 Mit Bescheid vom 3. Juni 2016 teilte das Bundesamt für das Personalmanagement dem Antragsteller mit, dass seine Betrachtung bei der Auswahlkonferenz für den Laufbahnwechsel von Offizieren des militärfachlichen Dienstes in die Laufbahn der Offiziere des Truppendienstes am 22. Juni 2016 wegen des nicht vollständig vorliegenden, für die Vorstellung in der Konferenz aber unabdingbaren Beurteilungsbilds nicht möglich sei. Der Antragsteller werde, vorbehaltlich eines dann vollständig vorliegenden Beurteilungsbilds, voraussichtlich erst in der nächsten Konferenz im Jahre 2017 betrachtet werden können.
- 12 Zur Begründung seines Rechtsbehelfs vom 16. März 2016 führt der Antragsteller insbesondere aus:
Er fühle sich durch die Auflage, die Freistellung zurückzugeben, beschwert, weil nicht einsehbar sei, dass mit dem "Truppenpraktikum" für ihn eine zusätzliche Hürde im Auswahlverfahren aufgebaut werde. In allen Beurteilungen, die er als Offizier erhalten habe, sei seine Eignung zum Truppenoffizier bejaht worden. Die Auffassung des Bundesamts für das Personalmanagement, dass nicht genügend Erkenntnisquellen für eine belastbare Eignungsprognose vorlägen, sei

haltlos. Bis zu seiner Freistellung sei er acht Jahre lang auf Hauptleute-Dienstposten verwendet worden; nochmals sechs Monate lang die Eignung auf demselben Dienstposten nachweisen zu müssen, sei willkürlich. Außerdem habe man es versäumt, für ihn vor Antritt der Freistellung eine vorgezogene Beurteilung gemäß Nr. 203 Buchst. d Punkt 4 ZDv A-1340/50 zu erstellen. Für ihn sei auch nicht verständlich, warum die gebildete Referenzgruppe für das vorliegende Auswahlverfahren nicht genutzt werde.

Mit Schriftsatz seines Bevollmächtigten vom 2. März 2017 erklärte der Antragsteller außerdem, dass er sich gegen seine rechtswidrige Nichtberücksichtigung in der Auswahlkonferenz 2016 wende. Er sei erst gar nicht in diese einmal jährlich stattfindende Auswahlkonferenz aufgenommen worden. Auch 2017 werde er erneut nicht in dieser Auswahlkonferenz vorgestellt.

13 Das Bundesministerium der Verteidigung beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

14 Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung sei unzulässig, weil der Antragsteller kein Rechtsschutzbedürfnis habe. Das Schreiben des Bundesministeriums der Verteidigung - P II 1 - vom 19. Februar 2016, das die Dauer einer Verwendung zur Erstellung einer Laufbahnbeurteilung festlege, bedürfe noch der Umsetzung durch eine Kommandierung oder Versetzung auf einen konkreten Dienstposten, die jedoch bis heute nicht erfolgt sei.

In der Sache sei mangels anderer Erkenntnisquellen an dem Erfordernis einer Laufbahnbeurteilung als unverzichtbarem Bestandteil der Eignungs- und Reihungsentscheidung für die Bestenauslese festzuhalten. Für den Antragsteller seien nach seiner letzten planmäßigen Beurteilung im Jahre 2012 bereits in zwei Beurteilungszyklen (2014 und 2016) keine neuen Eignungs- und Leistungserkenntnisse mehr dokumentiert. Eine vorgezogene Beurteilung sei für ihn nicht zu erstellen gewesen. Die Beurteilungsbeiträge aus 2013 seien jedoch vom Bundesministerium der Verteidigung - P II 1 - bei der Festlegung eines verbleibenden Zeitraums von lediglich sechs Monaten angemessen berücksichtigt worden. Im Übrigen enthielten weder die letzte planmäßige Beurteilung von 2012 noch die Beurteilungsbeiträge von 2013 Hinweise auf seine Eignung als

Offizier des Truppendienstes oder einen Vorschlag für einen entsprechenden Laufbahnwechsel. Auf die für den Antragsteller gebildete Referenzgruppe komme es nicht an, weil diese nicht dazu geeignet sei, eine Prognose für den Laufbahnwechsel zu treffen; die Referenzgruppe diene ausschließlich der Betrachtung für Beförderungsmöglichkeiten innerhalb der Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes. Die vom Antragsteller gerügte Nichtberücksichtigung bei der Auswahl der Offiziere des Truppendienstes sei nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

- 15 Wegen der Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen. Die Beschwerdeakte des Bundesministeriums der Verteidigung - R II 2 - Az.: 277/16 - und die Personalgrundakte des Antragstellers haben dem Senat bei der Beratung vorgelegen.

II

- 16 Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist unzulässig.
- 17 1. Das Bundesministerium der Verteidigung hat die "Wehrbeschwerde" vom 16. März 2016 zutreffend als Antrag auf gerichtliche Entscheidung gewertet.
- 18 Der Antragsteller wendet sich gegen den "Bescheid BAPersBw - P II 1 - Az 16-26-05... vom 19.02.2016". Bei der Benennung der Behörde "BAPersBw" handelt es sich um eine offensichtlich irrtümliche Falschbezeichnung, weil alle übrigen Angaben (Referat, Aktenzeichen, Datum) und der beanstandete Inhalt eindeutig dem Schreiben des Bundesministeriums der Verteidigung - P II 1 - vom 19. Februar 2016 zuzuordnen sind; in diesem Sinne haben auch alle Beteiligten den hier gegenständlichen Rechtsbehelf verstanden. Da das Schreiben des Bundesministeriums der Verteidigung - P II 1 - vom 19. Februar 2016 dem "Bundesminister der Verteidigung" im Sinne des § 21 Abs. 1 Satz 1 WBO zuzurechnen ist, konnte der Antragsteller ohne vorgerichtliches Beschwerdeverfahren unmittelbar die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts beantragen.

- 19 2. Soweit sich der Antragsteller dagegen wendet, dass das Bundesministerium der Verteidigung - P II 1 - in dem angefochtenen Schreiben für die Entscheidung über den Antrag auf Wechsel in die Laufbahn der Offiziere des Truppendienstes die Erstellung einer Laufbahnbeurteilung auf der Grundlage einer sechsmonatigen, dem Dienstgrad entsprechenden Verwendung für erforderlich hält, ist der Antrag unzulässig, weil es sich hierbei nicht um einen statthaften Gegenstand eines gerichtlichen Antragsverfahrens handelt.
- 20 Gemäß § 17 Abs. 3 Satz 1 WBO (hier i.V.m. § 21 Abs. 2 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 Vorbereitung 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. etwa BVerwG, Beschlüsse vom 25. September 2014 - 1 WB 49.13 - Buchholz 450.1 § 17 WBO Nr. 89 Rn. 21 m.w.N. und vom 13. Juli 2015 - 1 WB 12.15 - juris Rn. 19). Gleiches folgt aus der gemäß § 23a Abs. 2 WBO im Wehrbeschwerdeverfahren entsprechend anwendbaren (vgl. BVerwG, Beschluss vom 20. November 2012 - 1 WB 4.12 - BVerwGE 145, 102 Rn. 21) Vorschrift des § 44a Satz 1 VwGO, wonach Rechtsbehelfe gegen behördliche Verfahrenshandlungen nur gleichzeitig mit dem gegen die jeweilige Sachentscheidung zulässigen Rechtsbehelf geltend gemacht werden können (vgl. auch BVerwG, Beschluss vom 25. September 2014 - 1 WB 49.13 - Buchholz 450.1 § 17 WBO Nr. 89 Rn. 31).
- 21 Das Schreiben des Bundesministeriums der Verteidigung - P II 1 - vom 19. Februar 2016 stellt danach - bezogen auf die Entscheidung über den vom Antragsteller beantragten Laufbahnwechsel - eine lediglich vorbereitende Verfahrenshandlung dar, die nicht selbstständig angefochten werden kann.

- 22 Voraussetzung für die Teilnahme am Auswahlverfahren für den Wechsel in die Laufbahn der Offiziere des Truppendienstes ist - unter anderem - das Vorliegen einer entsprechenden Laufbahnbeurteilung (Nr. 1308 ZDv A-1340/49, Nr. 207 Buchst. a Punkt 1 ZDv 1340/50). Das Schreiben vom 19. Februar 2016 verhält sich zu der Frage, wie diese Vorschrift im Falle eines freigestellten Personalratsmitglieds, über das belastbare, d.h. hinreichend aktuelle dienstliche Beurteilungen nicht mehr vorliegen, zu handhaben ist. Das angefochtene Schreiben stellt mit diesem Inhalt keine die Rechte des Antragstellers unmittelbar berührende Maßnahme oder Entscheidung dar, sondern bezweckt lediglich die Klärung einer von mehreren Voraussetzungen für die Teilnahme am Auswahlverfahren und eines von mehreren Kriterien, die bei der dann folgenden materiellen Auswahlentscheidung eine Rolle spielen. Es handelt sich ferner um ein Schreiben im behördlichen Innenverhältnis, das das für die Grundsätze des militärischen Personalmanagements zuständige Referat im Bundesministerium der Verteidigung nicht an den Antragsteller (auch wenn es diesem zur Kenntnis ausgehändigt wurde), sondern an die zuständige Abteilung im Bundesamt für das Personalmanagement gerichtet hat. Es stellt damit lediglich ein Element innerdienstlicher Willens- und Meinungsbildung dar, das der Vorbereitung der von dem Bundesamt für das Personalmanagement zu treffenden Auswahlentscheidung dient und lediglich zu Auskunftszwecken übermittelt wurde (vgl. BVerwG, Beschluss vom 9. August 2007 - 1 WB 15.07 - Buchholz 450.1 § 17 WBO Nr. 63 Rn. 21 ff.).
- 23 3. Rechtsschutz kann der Antragsteller nur mit einer Beschwerde erlangen, die sich gegen die (negative) Entscheidung in der Sache selbst, hier: die Ablehnung der Übernahme in die Laufbahn der Offiziere des Truppendienstes, wendet. In diesem Rahmen kann eine inzidente Überprüfung aller Teilaspekte, soweit sie entscheidungserheblich sind, erfolgen.
- 24 Eine solche (negative) Sachentscheidung stellt der Bescheid vom 3. Juni 2016 dar, mit dem das Bundesamt für das Personalmanagement dem Antragsteller mitteilte, dass seine Betrachtung bei der Auswahlkonferenz am 22. Juni 2016 wegen des nicht vollständig vorliegenden Beurteilungsbilds nicht möglich sei, er

jedoch, vorbehaltlich eines dann vollständigen Beurteilungsbilds, voraussichtlich in der nächsten Konferenz im Jahre 2017 betrachtet werde. Es handelt sich hierbei nicht nur um eine bloß informatorische Mitteilung oder vorläufige Regelung, sondern um eine definitive Entscheidung, mit der die Laufbahnzulassung des Antragstellers für das Auswahljahr 2016 abgelehnt wurde (vgl. für die entsprechende Fallgestaltung bei der Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes BVerwG, Beschluss vom 27. August 2015 - 1 WB 52.14 - juris Rn. 18). Die Entscheidung über den Wechsel in die Laufbahn der Offiziere des Truppendienstes erfolgt nach Auswahljahren in je eigenen Verfahren mit einem je eigenen Bewerberfeld. Das Verfahren und die Entscheidung für das Auswahljahr 2016 sind nicht identisch mit dem Verfahren und der Entscheidung für das Auswahljahr 2017. Die Verschiebung der Entscheidung über den Antrag auf Laufbahnwechsel von der Auswahlkonferenz 2016 in die Auswahlkonferenz 2017 stellt deshalb - faktisch wie rechtlich - eine Ablehnung für das Auswahljahr 2016 dar.

- 25 Der Bescheid des Bundesamts für das Personalmanagement vom 3. Juni 2016 ist jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Soweit sich der Antragsteller erstmals mit Schriftsatz seines Bevollmächtigten vom 2. März 2017 gegen seine "rechtswidrige Nichtberücksichtigung in der Auswahl der Offiziere für den Truppendienst 2016" gewandt hat, stellt dies - abgesehen davon, dass damit die Beschwerdefrist (§ 6 Abs. 1 WBO) nicht gewahrt sein dürfte - bezogen auf den hier gegenständlichen, das Schreiben des Bundesministeriums der Verteidigung - P II 1 - vom 19. Februar 2016 betreffenden Antrag auf gerichtliche Entscheidung eine Antragsänderung oder -erweiterung dar, die im Wehrbeschwerdeverfahren unzulässig ist (stRspr, vgl. BVerwG, Beschluss vom 27. Mai 2014 - 1 WB 59.13 - Buchholz 450.1 § 23a WBO Nr. 2 Rn. 30 ff. m.w.N.).
- 26 4. 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.