



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 1 WDS-VR 3.17

In dem Wehrbeschwerdeverfahren

des Herrn Stabsfeldwebel ...,
...

- Bevollmächtigte:
...
... -

hat der 1. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts durch

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

am 2. Juni 2017 beschlossen:

Der Antrag, das Bundesministerium der Verteidigung im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, dem Antragsteller hinsichtlich der seit der Perspektivkonferenz 2013 (Zuordnungszeitraum 1. April 2014 bis 31. März 2016) ergangenen Auswahl- und Versetzungsentscheidungen für Oberstabsfeldwebel-Dienstposten umgehend Auskunft zu erteilen, für die auch er nach Eignung, Leistung und Befähigung grundsätzlich in Betracht gekommen wäre, für die jedoch andere Kameraden ausgewählt wurden, wird abgelehnt.



G r ü n d e :

I

- 1 Der Antragsteller begehrt im Wege der einstweiligen Anordnung die Verpflichtung des Bundesministeriums der Verteidigung, ihm umgehend über die seit der Perspektivkonferenz 2013 (Zuordnungszeitraum 1. April 2014 bis 31. März 2016) ergangenen Auswahl- und Versetzungsentscheidungen für Oberstabsfeldwebel-Dienstposten Auskunft zu erteilen, für die auch er selbst nach Eignung, Leistung und Befähigung grundsätzlich in Betracht gekommen wäre, für die jedoch andere Kandidaten ausgewählt worden sind.

- 2 Der ... geborene Antragsteller ist Berufssoldat. Seine Dienstzeit wird voraussichtlich mit Ablauf des ... enden. Mit Wirkung vom ... wurde er zum Stabsfeldwebel ernannt. Seit dem ... wird er als Personalfeldwebel Streitkräfte bei der ..., seit ... in gleicher Funktion beim ... (im Folgenden: ...) verwendet.

- 3 Zum Vorlagetermin 30. September 2012 wurde der Antragsteller am 6. Juli 2012 planmäßig beurteilt. Er erreichte nach seiner Darstellung einen Durchschnittswert der Aufgabenerfüllung auf dem Dienstposten von 7,30 und die Entwicklungsprognose "Förderung bis in die höchsten Verwendungen der Laufbahn". Diese Beurteilung hob das Bundesamt für das Personalmanagement am 14. März 2013 auf. Mit der am 12. April 2013 neugefassten planmäßigen Beurteilung zum 30. September 2012, die einen Durchschnittswert der Aufgabenerfüllung von 7,25 und die Entwicklungsprognose "Förderung bis in die höchsten Verwendungen der Laufbahn" enthielt, wurde der Antragsteller in der Perspektivkonferenz 2013 vorgestellt. Am 15. April 2015 wurde diese Neufassung ebenfalls aufgehoben. Die am 13. Juli 2015 erstellte (zweite) Neufassung der planmäßigen Beurteilung enthielt einen Durchschnittswert der Aufgabenerfüllung von 8,13 und - unverändert - die Entwicklungsprognose der höchsten Stufe.

- 4 Nach Mitteilung des Antragstellers wurde er in der Perspektivkonferenz 2013 nicht dem Anwärter- oder Kandidatenkreis für Oberstabsfeldwebel-Verwendungen zugeordnet.
- 5 Mit Schreiben vom 7. Juli 2016 bat der Antragsteller das Bundesamt für das Personalmanagement um eine rechtsverbindliche Stellungnahme zu der zweimal aufgehobenen Beurteilung zum Vorlagetermin 30. September 2012 im Zusammenhang mit der Perspektivkonferenz 2013. Insbesondere verlangte er Auskunft, wie die ihm entstandenen Laufbahnnachteile geheilt werden könnten. In seiner Antwort vom 29. Juli 2016 erklärte das Bundesamt für das Personalmanagement, dass für Überlegungen zu Heilungen und Schadensstellungen keine Veranlassung bestehe. In der Perspektivkonferenz 2013 sei der Antragsteller mit der im Jahr 2013 neu gefassten planmäßigen Beurteilung vorgestellt und betrachtet worden. Das sei trotz der zwischenzeitlich gegen diese Beurteilung eingelegten Beschwerde zulässig gewesen. Mit der zweiten neu erstellten planmäßigen Beurteilung habe man den Antragsteller dann in der Perspektivkonferenz 2015 betrachtet und dem Anwärterkreis für Oberstabsfeldwebel-Verwendungen zugeordnet. Auf dieser Basis sei er im Rahmen der Bestenauslese für die Besetzung eines nach Besoldungsgruppe A 9 mZ bewerteten Dienstpostens beim Bundesamt für das Personalmanagement zum 1. Januar 2018 ausgewählt worden. Eine Benachteiligung sei hiernach nicht erkennbar.
- 6 Mit seiner dagegen unter dem 1. September 2016 erhobenen Beschwerde machte der Antragsteller im Wesentlichen geltend, dass er in der Perspektivkonferenz 2013 bei der Auswahl für Oberstabsfeldwebel-Dienstposten zum Zuge gekommen wäre, wenn man ihn damals mit der zweiten Neufassung seiner planmäßigen Beurteilung betrachtet hätte. Die Beschwerde wies das Bundesministerium der Verteidigung mit Beschwerdebescheid vom 18. Januar 2017 als unzulässig zurück; das angefochtene Schreiben wertete es als nicht anfechtbare Maßnahme. Den dagegen eingelegten Antrag auf Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 1. Februar 2017 hat das Bundesministerium der Verteidigung - R II 2 - mit seiner Stellungnahme vom 23. März 2017 dem Senat zur Entscheidung vorgelegt (Verfahren BVerwG 1 WB 10.17).

- 7 In seinem Beschwerdeschreiben vom 1. September 2016 beantragte der Antragsteller außerdem, ihm aufzuzeigen, welche förderlichen Auswahl- und Versetzungsentscheidungen in der Zeit seit der Perspektivkonferenz 2013 (Zuordnungszeitraum 1. April 2014 bis 31. März 2016) stattgefunden hätten, bei denen er aufgrund seiner Nichtzuordnung zum Anwartschaftskreis entweder nicht mitbetrachtet worden sei oder unterlegen gewesen sei, für die er aber aufgrund seiner Eignung, Leistung und Befähigung grundsätzlich in Betracht gekommen wäre. Er bat insoweit um Mitteilung der Ergebnisse. Zugleich beantragte er die Schadlosstellung in dienst-, besoldungs- und versorgungsrechtlicher Hinsicht für den Fall, dass er bei derartigen förderlichen Auswahlentscheidungen zu Unrecht unberücksichtigt geblieben sei.
- 8 Über den Schadlosstellungsantrag des Antragstellers hat das Bundesamt für das Personalmanagement noch nicht entschieden.
- 9 Mit Bescheid vom 10. Januar 2017 lehnte es das Auskunftsbegehren des Antragstellers über förderliche Verwendungsentscheidungen nach der Perspektivkonferenz 2013 ab. Zur Begründung führte es aus, dass der Antragsteller kein Akteneinsichtsrecht in Personalunterlagen habe, die andere Soldaten betreffen. Das gelte auch für Konferenzunterlagen. Die strittigen Verwendungsentscheidungen seien Teil der Konferenzunterlagen, für die auch aus Art. 33 Abs. 2 GG und § 3 Abs. 1 SG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 GG kein Einsichtsrecht bestehe. Unabhängig von einem konkreten Konkurrentenstreitverfahren oder isoliert - ohne Anfechtung einer Auswahlentscheidung - könne der Antragsteller einen Akteneinsichtsanspruch nicht geltend machen.
- 10 Gegen diesen Bescheid legte der Antragsteller mit Schreiben vom 1. Februar 2017 Beschwerde ein. Bereits mit Schreiben seiner Bevollmächtigten vom 27. Januar 2017 trug er zur Begründung vor, dass die Rechtsschutzgarantien des Art. 33 Abs. 2 GG und des Art. 19 Abs. 4 GG durch den Dienstherrn nur dann erfüllt werden könnten, wenn er Beamte bzw. Soldaten von förderlichen Verwendungsentscheidungen unterrichte, damit sie rechtzeitig gerichtlichen Eilrechtsschutz in Anspruch nehmen könnten, um die Bestandskraft derartiger Entscheidungen zu verhindern. Eine Eröffnung rechtzeitigen Rechtsschutzes

unterlaufe die Bundeswehr jedoch dadurch, dass sie unterlegene Soldaten nicht darüber informiere, dass überhaupt Auswahlentscheidungen stattgefunden hätten, bei denen sie grundsätzlich hätten mitbetrachtet werden können.

- 11 Die Beschwerde des Antragstellers wies das Bundesministerium der Verteidigung - R II 2 - mit Beschwerdebescheid vom 14. Februar 2017 zurück; es bestätigte den Inhalt des angefochtenen Ausgangsbescheids.
- 12 Dagegen hat der Antragsteller unter dem 27. Februar 2017 die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts beantragt. Den Antrag hat das Bundesministerium der Verteidigung - R II 2 - mit seiner Stellungnahme vom 22. Mai 2017 dem Senat zur Entscheidung vorgelegt (Verfahren BVerwG 1 WB 16.17).
- 13 Parallel hierzu hat der Antragsteller mit Schriftsatz seiner Bevollmächtigten vom 11. April 2017 vorläufigen Rechtsschutz beantragt und sich zur Begründung auf sein Beschwerdevorbringen bezogen. Zur Eilbedürftigkeit seines Antrags trägt er vor, dass er für einen Laufbahnwechsel ausgewählt worden sei. Das habe zur Folge, dass er mit dem Dienstgrad weiter besoldet werde, den er im Zeitpunkt des Laufbahnwechsels am 1. Oktober 2017 innehabe. Deshalb müsse seine Versetzung auf einen Oberstabsfeldwebel-Dienstposten vor dem 1. Oktober 2017 erfolgen, so dass seine Beförderung ebenfalls noch vor diesem Stichtag ermöglicht werde. Er beabsichtige, nach Bekanntgabe der Auswahlentscheidungen nach der Perspektivkonferenz 2013 diese im Einzelnen zu prüfen; je nach dem Ergebnis der Bekanntgabe behalte er sich vor, diese Auswahlentscheidungen binnen Monatsfrist mit einer Wehrbeschwerde anzufechten.
- 14 Der Antragsteller beantragt,

das Bundesministerium der Verteidigung im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, ihm, dem Antragsteller, hinsichtlich der seit der Perspektivkonferenz 2013 (Zuordnungszeitraum 1. April 2014 bis 31. März 2016) ergangenen Auswahl- und Versetzungsentscheidungen für Oberstabsfeldwebel-Dienstposten umgehend Auskunft zu erteilen, für die auch er nach Eignung, Leistung und Befähigung grundsätzlich in Betracht gekommen

wäre, für die jedoch andere Kameraden ausgewählt wurden.

- 15 Das Bundesministerium der Verteidigung beantragt,
den Antrag abzulehnen.
- 16 Zur Begründung verteidigt es seinen Beschwerdebescheid und legt ergänzend dar, dass ein Auskunftsanspruch für bestandskräftig gewordene Verwendungsentscheidungen im Zeitraum von 2013 bis 31. März 2016 nicht bestehe. Außerdem würde bei Erlass der beantragten einstweiligen Anordnung das Hauptsacheverfahren vorweg genommen. Eine besondere Eilbedürftigkeit des vorläufigen Rechtsschutzes im Zusammenhang mit der Zulassung des Antragstellers zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes zum 1. Oktober 2017 bestehe nicht, weil dem Antragsteller kein Anspruch auf rückwirkende Versetzung auf einen Oberstabsfeldwebel-Dienstposten zu einem bestimmten Zeitpunkt in der Vergangenheit zustehe.
- 17 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen. Die Beschwerdeakte des Bundesministeriums der Verteidigung - R II 2 - 158/17, die Gerichtsakten BVerwG 1 WB 10.17 und BVerwG 1 WB 16.17 sowie die Personalgrundakte des Antragstellers haben dem Senat bei der Beratung vorgelegen.

II

- 18 Der Antrag hat keinen Erfolg.
- 19 Ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist gemäß § 23a Abs. 2 Satz 1 WBO in Verbindung mit § 123 VwGO in wehrdienstgerichtlichen Verfahren grundsätzlich statthaft. Das Bundesverwaltungsgericht ist als Gericht der Hauptsache sachlich zuständig (§ 123 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 VwGO).

- 20 Allerdings begehrt der Antragsteller mit der gewünschten Verpflichtung des Bundesministeriums der Verteidigung, ihm umgehend Auskunft zu erteilen über die seit der Perspektivkonferenz 2013 (Zuordnungszeitraum 1. April 2014 bis 31. März 2016) ergangenen Auswahl- und Versetzungsentscheidungen für Oberstabsfeldwebel-Dienstposten, für die auch er selbst nach Eignung, Leistung und Befähigung grundsätzlich in Betracht gekommen wäre, für die jedoch andere Kandidaten ausgewählt wurden, keine bloß sichernde oder vorläufig regelnde Maßnahme, sondern die Vorwegnahme der Hauptsache.
- 21 Ein derartiges Rechtsschutzziel widerspricht grundsätzlich der Funktion des vorläufigen Rechtsschutzes und kommt daher nur ausnahmsweise aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) in Betracht, nämlich dann, wenn das Abwarten der Entscheidung in der Hauptsache für den jeweiligen Antragsteller schlechthin unzumutbar wäre. Dies setzt nach ständiger Rechtsprechung des Senats unter dem Gesichtspunkt der Glaubhaftmachung des Anordnungsanspruchs voraus, dass das Rechtsschutzbegehren in der Hauptsache schon aufgrund der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes lediglich summarischen Prüfung bei Anlegung eines strengen Maßstabes an die Erfolgsaussichten erkennbar Erfolg haben wird. Außerdem muss der jeweilige Antragsteller - im Rahmen des Anordnungsgrundes - glaubhaft machen, 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 (vgl. z.B. BVerwG, Beschlüsse vom 29. März 2010 - 1 WDS-VR 1.10 - Rn. 14 f. und vom 12. April 2016 - 1 WDS-VR 2.16 - Rn. 19 jeweils m.w.N.).
- 22 1. Der Senat lässt offen, ob der Antragsteller nach diesen Maßstäben einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht hat.
- 23 Selbst wenn für das geltend gemachte Auskunftsbegehren eine materielle Rechtsgrundlage bestünde, wäre zweifelhaft, ob er einen solchen Anspruch in einem isolierten Verfahren geltend machen könnte (vgl. § 44a Satz 1 VwGO, der nach § 23a Abs. 2 Satz 1 WBO im Wehrbeschwerdeverfahren entsprechende Anwendung findet: stRspr, z.B. BVerwG, Beschlüsse vom

20. November 2012 - 1 WB 4.12 - BVerwGE 145, 102, Rn. 21 und vom 13. Juli 2015 - 1 WB 12.15 - Rn. 20). Auch der für das Dienstrecht der Beamten zuständige 2. Revisionssenat des Bundesverwaltungsgerichts lehnt einen isolierten Anspruch auf Einsicht in Verwaltungsvorgänge über (Be-)Förderungsentscheidungen ab (vgl. BVerwG, Urteil vom 22. September 2016 - 2 C 16.15 - juris Rn. 20 ff., 27 f.).

- 24 2. Jedenfalls hat der Antragsteller keinen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Die geltend gemachte Eilbedürftigkeit einer Entscheidung des Senats ist nicht dargetan.
- 25 Würde der Senat das Bundesministerium der Verteidigung - faktisch unter Vorwegnahme der Hauptsache - im Wege der einstweiligen Anordnung zu der begehrten Auskunftserteilung verpflichten, könnte der Antragsteller die von ihm dargelegte dienstgradbezogene Besserstellung im Verfahren seiner Zulassung zum Offizier des militärfachlichen Dienstes vor dem 1. Oktober 2017 nicht erreichen. Andere aus seiner Sicht unzumutbare Nachteile hat er nicht geltend gemacht.
- 26 Die im Zuordnungszeitraum der Perspektivkonferenz 2013 (1. April 2014 bis 31. März 2016) ergangenen Auswahl- und Versetzungsentscheidungen für Oberstabsfeldwebel-Dienstposten lagen im Zeitpunkt des ersten Antrags des Antragstellers auf Auskunftserteilung (am 1. September 2016) bereits mindestens fünf Monate zurück. Spätestens am 31. März 2016 war dem Antragsteller im Sinne eines Beschwerdeanlasses gemäß § 6 Abs. 1 WBO bekannt, dass er bis dahin nicht für einen Oberstabsfeldwebel-Dienstposten ausgewählt und nicht auf einen derartigen Dienstposten versetzt worden war. Für Soldaten, die der Ansicht sind, sie hätten in einem Auswahlverfahren mit betrachtet werden müssen, ist die Kenntnis vom Beschwerdeanlass dann anzunehmen, wenn sie erfahren, dass ein anderer Soldat für die in Rede stehende Verwendung endgültig vorgesehen ist oder dass sie selbst jedenfalls nicht berücksichtigt worden sind (stRspr, grundlegend: BVerwG, Beschluss vom 13. August 2008 - 1 WB 45.07 - Buchholz 450.1 § 6 WBO Nr. 5 Rn. 21). Einen fristgerechten Rechtsbehelf im Sinne des § 6 Abs. 1 WBO gegen seine

unterlassene Auswahl für einen Oberstabsfeldwebel-Dienstposten hat der Antragsteller nicht eingelegt. Wenn er insoweit in Unkenntnis über für ihn in Betracht kommende konkrete Dienstposten gewesen sein sollte, hätte es ihm im Rahmen eines Personalgesprächs mit seinem Personalführer obliegen, die entsprechenden Dienstposten zu identifizieren (stRspr, vgl. z.B. BVerwG, Beschluss vom 25. September 2014 - 1 WB 7.14 - Rn. 17).

- 27 Die Auswahl- und Versetzungsentscheidungen für Oberstabsfeldwebel-Dienstposten in dem vom Antragsteller angegebenen, längst abgelaufenen Zuordnungszeitraum sind daher bei summarischer Prüfung unanfechtbar geworden. Aus einer auf diese Entscheidungen bezogenen Auskunft könnte der Antragsteller deshalb nichts für ein Neubescheidungsbegehren (und in dessen Vollzug für ein Versetzungsbegehren) vor dem 1. Oktober 2017 herleiten. Die Erfolgsaussichten des Antragstellers hierfür würden durch die Auskunft nicht verbessert. Eine rückwirkende Auswahl für bzw. eine rückwirkende Versetzung auf einen Oberstabsfeldwebel-Dienstposten ist rechtlich nicht möglich.
- 28 Allenfalls könnte sich der Antragsteller nur in einem Personalgespräch mit seinem Personalführer über andere, jetzt kurzfristig vor dem 1. Oktober 2017 besetzbare und seiner Qualifikation entsprechende Oberstabsfeldwebel-Dienstposten informieren und diesbezügliche Auswahl- und Versetzungsanträge stellen. Diese ihm offenstehende Möglichkeit wird durch die erbetene einstweilige Anordnung ebenfalls nicht gefördert.
- 29 Der Eilbedürftigkeit des Antrags steht außerdem die Erwägung entgegen, dass der Antragsteller unter dem 1. September 2016 neben dem hier strittigen Auskunftsbegehren als Sekundäranspruch auch seine dienst-, besoldungs- und versorgungsrechtliche Schadlosstellung wegen unterlassener förderlicher Auswahlentscheidung beantragt hat. Damit hat ein Verwaltungsverfahren begonnen, in dessen Rahmen der Antragsteller gemäß § 23a Abs. 1 WBO in Verbindung mit § 3 Abs. 1 WDO bzw. gemäß § 29 VwVfG ein Einsichts- bzw. - als rechtliches Minus - ein Auskunftsrecht hinsichtlich der Verwaltungsvorgänge der personalbearbeitenden Stelle geltend machen könnte, aus denen sich Erkenntnisse über die Durchführung und Ergebnisse von Auswahl-

konferenzen für Oberstabsfeldwebel-Dienstposten und insofern Aspekte einer möglichen Verletzung der Rechte des Antragsteller aus Art. 33 Abs. 2 GG und § 3 Abs. 1 SG ergeben können.

Dr. Häußler

Dr. Frenz

Dr. Langer