

Vors. Richter am BVerwG Dr. Richard Häußler*

Aktuelle Rechtsprechung des BVerwG zum Wehrbeschwerderecht

Bei der Gründung der Bundeswehr war es ein besonderes Anliegen von Bundesregierung und Bundestag, dem Soldaten als Bürger in Uniform ein besonderes Instrument zur Wahrung seiner Rechte an die Hand zu geben: die Wehrbeschwerde. Heute – mehr als 60 Jahre danach – hat das Beschwerderecht seinen festen Platz in der Truppe gefunden. Die Rechtsprechung der Wehrdienstgerichte hat den Rechtsbehelf klar konturiert und für die verschiedensten Bereiche des militärischen Lebens Rechtsprechungslinien aufgebaut. Im Folgenden soll anhand der neuesten Rechtsprechung des 1. Wehrdienstsenats (1. WD-Senat) des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) aus dem Jahr 2017/2018 dargestellt werden, wie sich die Rechtsprechung zum Wehrbeschwerderecht in zentralen Fragen des soldatischen Dienstrechts weiterentwickelt hat.

I. Beschwerdeverfahren

An die Einlegung einer Beschwerde hat der Gesetzgeber bewusst niedrige Anforderungen gestellt. Dem Soldaten sollten keine unnötigen Hürden bei der Einlegung der Beschwerde in den Weg gestellt werden. Darum ist die Wehrbeschwerde kostenlos. Sie kann nach § 6 WBO schriftlich oder mündlich erhoben werden. Sie kann immer beim nächsten Disziplinarvorgesetzten (§ 5 I WBO) eingelegt werden. Dies muss allerdings innerhalb eines Monats erfolgen.

1. Beschwerdeform

Nach der Rechtsprechung des BVerwG kommt es für die Einlegung der Beschwerde nicht darauf an, ob der Beschwerdeführer ausdrücklich die Worte „ich beschwere mich“ verwendet oder seine Eingabe als „Beschwerde“ bezeichnet. Auch eine Bezeichnung als „Einspruch“ oder „Widerspruch“ schadet nicht. Entscheidend ist vielmehr, ob bei objektiver Betrachtung aus dem Inhalt seines Vorbringens entnommen werden muss, dass er sich durch eine Maßnahme beschwert fühlt und eine erneute Überprüfung erstrebt.¹ Ein Soldat kann daher auch im Rahmen eines Personalgesprächs eine mündliche Beschwerde gegen seine Versetzung erheben. Er-

klärt er, dass er mit dieser Personalmaßnahme nicht einverstanden sei und führt er zusätzlich Rechtsgründe an, weswegen sie seines Erachtens aufzuheben ist, dann ist dies nach §§ 133, 157 BGB aus der Sicht eines objektiven Empfängers als Beschwerde zu verstehen.² Die Niederschrift über das Personalgespräch erfüllt auch die Protokollierungserfordernisse für eine mündliche Beschwerde nach § 6 II 2 WBO, weil sie von dem Soldaten und seinem Disziplinarvorgesetzten unterzeichnet ist.

2. Beschwerdefrist

Die Beschwerde muss nach § 6 I WBO innerhalb eines Monats eingelegt werden, nachdem der Soldat vom Beschwerdewort Kenntnis erhalten hat. Die erforderliche Kenntnis hat ein Soldat, sobald ihm die Umstände bekannt geworden sind, aus denen sich die von ihm empfundene Beeinträchtigung ergibt.³ Etwas anderes gilt nur, wenn ausnahmsweise für eine bestimmte truppendienstliche Maßnahme eine bestimmte Art der Bekanntgabe durch Gesetz, Rechtsverordnung oder Verwaltungsvorschrift vorgeschrieben ist oder in ständiger Verwaltungspraxis durchgeführt wird; dann kann der Soldat den formellen Erlass abwarten und die Frist beginnt erst mit der förmlichen Bekanntgabe zu laufen.⁴

Die Monatsfrist ist eine so genannte Ereignisfrist, so dass sich ihre Berechnung nach §§ 187 I, 188 II BGB richtet. Sie endet darum grundsätzlich an dem Tag, der nach seiner Benennung dem Tag der Bekanntgabe entspricht. Das gilt auch dann, wenn Gegenstand der dienstlichen Maßnahme ein individuelles Verbot ist, das über die Monatsfrist hinaus andauert.⁵ Wurde etwa eine Versetzungsverfügung am

* Der Autor ist Vorsitzender Richter der beiden Wehrdienstsenate des BVerwG.

1 Beschlüsse v. 11.4.1975 – 1 WB 3/74, UA S. 20 f. und v. 15.5.2003 – 1 WB 4/03, Buchholz 236.1 § 3 SG Nr. 31 S. 28 = BeckRS 2003, 16720; *Dau*, WBO, 6. Aufl. 2013, § 6 Rn. 32.

2 Beschl. v. 1.3.2018 – 1 WB 27/17, BeckRS 2018, 6031 Rn. 26.

3 Beschl. v. 27.11.2014 – 1 WB 61/13, BeckRS 2015, 50284 Rn. 32.

4 Beschl. v. 1.3.2018 – 1 WB 27/17, BeckRS 2018, 6031 Rn. 18.

5 Beschl. v. 12.2.2018 – 1 WNB 8/17, BeckRS 2018, 2417 Rn. 7.

28.11.2016 ausgehändigt, lief die Monatsfrist am 28.12.2016 ab. Ob der Soldat die Entgegennahme des Schriftstücks bestätigt hat, spielt für die Bekanntgabe keine Rolle. Stammt die Versetzungsverfügung vom Bundesamt für das Personalmanagement der Bundeswehr, kann die Beschwerde dort nicht fristwährend eingelegt werden. Denn § 5 I WBO lässt die Einlegung nur beim nächsten Disziplinarvorgesetzten oder bei der für die Entscheidung über die Beschwerde zuständigen Stelle – hier dem Bundesministerium für Verteidigung (BMVg) – zu. Wer die Beschwerde am letzten Tag der Frist um 18.14 Uhr bei der falschen Stelle einreicht, kann nicht erwarten, dass sie noch rechtzeitig weitergeleitet wird.⁶

3. Unverschuldete Fristversäumnis

Verspätete Beschwerden sind nach § 12 III 1 WBO unter Hinweis auf diesen Mangel zurückzuweisen. Eine Ausnahme von dieser Regel gilt nach § 7 I WBO nur, wenn die Fristversäumnis auf einem unabwendbaren Zufall – etwa einem Unfall oder einer plötzlichen Erkrankung⁷ – beruht. Gleichmaßen unverschuldet ist die Fristversäumnis nach § 7 II WBO, wenn eine vorgeschriebene Rechtsbehelfsbelehrung unterblieben oder unrichtig erteilt worden ist. Auch dies ist jedoch ein seltener Ausnahmefall. Denn für truppdienstliche Erstmaßnahmen – wie Befehle, Versetzungen, Beurteilungen etc. – ist keine Rechtsbehelfsbelehrung vorgeschrieben. Weil allen Soldatinnen und Soldaten im Rechtskundeunterricht vermittelt wird, dass gegen truppdienstliche Erstmaßnahmen binnen eines Monats Wehrbeschwerde erhoben werden kann, setzt dies die Rechtsprechung seit langem als bekannt voraus.⁸ Ist sich ein Soldat unsicher, ob eine aus seiner Sicht nachteilige truppdienstliche Erstmaßnahme – etwa die Referenzgruppenbildung – für spätere Entscheidungen bindend ist, kann er nicht im Vertrauen auf deren Unverbindlichkeit untätig bleiben. Vielmehr muss er bei der zuständigen Stelle der Bundeswehr nachfragen, hierzu juristischen Rat einholen oder vorsorglich innerhalb der Monatsfrist Beschwerde einlegen. Mangelnde Rechtskenntnis oder Rechtsirrtum ist auch ansonsten im Rechtsleben in der Regel kein hinreichender Entschuldigungsgrund für eine Fristversäumnis.⁹

4. Sachentscheidung trotz Fristversäumnis

Welche Auswirkungen hat es, wenn die Beschwerde zu spät erhoben wird, die zuständige Stelle aber gleichwohl in der Sache entscheidet? Kann dann das Truppdienstgericht sich noch auf die Fristversäumnis berufen? Das *BVerwG* hat diese Frage schon früher verneint¹⁰ und jetzt erneut eine Entscheidung in der Sache für erforderlich gehalten. Da das Wehrbeschwerderecht in § 23 a II 1 WBO auf das Verwaltungsprozessrecht verweist und da die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung die fristgerechte Erhebung eines Widerspruchs nach § 70 I VwGO grundsätzlich nicht als Prozessvoraussetzung ansieht,¹¹ ist die Einhaltung der Beschwerdefrist auch im wehrdienstgerichtlichen Verfahren regelmäßig keine Sachurteilsvoraussetzung.¹² Dementsprechend hat das Truppdienstgericht nicht von Amts wegen die Einhaltung der einmonatigen Frist für die Beschwerde oder die weitere Beschwerde zu prüfen. Vielmehr muss es, wenn die Bundeswehr in der Sache entschieden hat, ebenfalls eine erneute Sachentscheidung treffen. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn die verspätet angegriffene Sachentscheidung – etwa bei einem Konkurrentenstreit – bereits zugunsten Dritter Bestandskraft erlangt hat.¹³

5. Gerichtliche Kontrolle

Während die Wehrbeschwerde auch der internen Kontrolle der Bundeswehr dient und einen Anstoß für dienstaufsicht-

liche Maßnahmen der militärischen Vorgesetzten geben kann, hat der anschließende wehrdienstgerichtliche oder verwaltungsgerichtliche Prozess als externes Kontrollverfahren primär die Funktion des subjektiven Rechtsschutzes iSv Art. 19 IV GG. Die Aufgabe der Gerichte ist auf die nachträgliche Rechtmäßigkeitskontrolle beschränkt. Geprüft wird grundsätzlich nur das bereits mit der Beschwerde bzw. der weiteren Beschwerde verfolgte Anliegen. Es muss also eine Identität von Beschwerdegegenstand und gerichtlichem Antragsgegenstand bestehen.¹⁴ Erlässt die Bundeswehr allerdings erst nach Einreichung eines Untätigkeitsantrags einen Erst- oder Beschwerdebescheid, wird nach den im Wehrbeschwerderecht entsprechend geltenden verwaltungsprozessualen Grundsätzen diese Entscheidung ins gerichtliche Verfahren einbezogen.¹⁵

Ein weiterer wesentlicher Unterschied besteht darin, dass ein Soldat praktisch alle militärischen Themen mit einer Beschwerde an seine Vorgesetzten herantragen kann, während er mit einem Antrag an das Wehrdienstgericht nur Anliegen weiterverfolgen kann, die seinen Rechtskreis betreffen. Nach § 17 III WBO ist die Aufgabe der Wehrdienstgerichte darauf beschränkt ist, „dienstliche Maßnahmen oder Unterlassungen“ gegenüber einem Soldaten auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen, wenn – wie § 17 I WBO einschränkt – die Beschwerde des Soldaten „eine Verletzung seiner Rechte oder eine Verletzung von Pflichten eines Vorgesetzten ihm gegenüber“ zum Gegenstand hat. Dementsprechend haben etliche Anträge bei den Wehrdienstgerichten schon deswegen keinen Erfolg, weil entweder keine rechtlich relevante dienstliche Maßnahme im Streit steht oder weil es an einer Verletzung subjektiver Rechte des Soldaten fehlt.

Einen Lehrbuchbuchfall in dieser Hinsicht bildete die Beschwerde eines Oberstleutnants darüber, dass viele Vorgesetzte bei der Beurteilungsrunde 2016 die Richtwertvorgaben nicht eingehalten und überproportional oft Bestnoten vergeben hätten. Er wies zutreffend darauf hin, dass auch der Wehrbeauftragte des Deutschen Bundestages die mangelnde Beachtung der Richtwertvorgaben kritisierte.¹⁶ Die Verantwortlichen im BMVg hätten durch mangelndes Einschreiten ihre Aufsichts- und Kameradschaftspflicht verletzt. Der Soldat griff aber seine eigene Beurteilung nicht an, weil sie richtwertkonform erstellt sei. Damit fehlte es gerade an der Verletzung subjektiver Rechtspositionen. Denn die eigene Beurteilung war rechtsfehlerfrei und die Pflicht des BMVg zur Dienstaufsicht hinsichtlich anderer Beurteilungen besteht ausschließlich im öffentlichen Interesse. Nach ständiger Rechtsprechung des *BVerwG* dient die Dienstaufsicht nicht der Wahrung der individuellen Rechte eines Soldaten iSd § 17 I 1 WBO. Der einzelne Soldat hat deshalb keinen Anspruch darauf, dass bestimmte Maßnahmen im Wege der

6 Beschl. v. 18.3.2018 – 1 WB 10/15 Rn. 22.

7 *Dau*, 6. Aufl. 2013, WBO, § 7 Rn. 10.

8 Beschl. v. 25.4.1974 – 1 WB 47/73 ua, *BVerwGE* 46, 251 (252) und v. 4.5.2017 – 1 WB 5/16, BeckRS 2017, 115448 Rn. 38.

9 Beschl. v. 22.6.2017 – 1 WB 43/16, BeckRS 2017, 119993 Rn. 30, 33 f.

10 Beschl. v. 20.12.1968 – 1 WB 21/68, UA S. 9.

11 *BVerwG*, Urt. v. 4.8.1982 – 4 C 42/79, NVwZ 1983, 285 = NJW 1983, 1626 Ls., und *BVerwG*, Urt. v. 20.6.1988 – 6 C 24/87, NVwZ-RR 1989, 85; kritisch *Kopp/Schenke*, VwGO, 23. Aufl. 2017, § 70 Rn. 9; *Eyermann/Rennert*, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 70 Rn. 8–11.

12 Beschl. v. 31.8.2017 – 1 WRB 1/16, NVwZ-RR 2017, 1025 Ls. = Buchholz 450.1 § 17 WBO Nr. 96 = BeckRS 2017, 126901 Rn. 18–21.

13 Beschl. v. 27.11.2014 – 1 WB 61/13, NZWehrR 2015, 123 = BeckRS 2015, 50284 Rn. 41.

14 Beschl. v. 14.12.2017 – 1 WB 16/17, BeckRS 2017, 141947 Rn. 20.

15 Beschl. v. 31.1.2018 – 1 WB 42/17 ua, BeckRS 2018, 4795 Rn. 29, und Beschl. v. 26.4.2018 – 1 WB 23/17 = BeckRS 2018, 10922 Rn. 17.

16 BT-Drs. 18/7250, 27; ebenso BT-Drs. 19/700, 33.

Dienstaufsicht getroffen werden oder dass eine dienstaufsichtliche Prüfung eingeleitet, intensiviert oder korrigiert wird.¹⁷ Auch die Berufung auf die Kameradschaftspflicht aus § 12 SGB geht fehl, weil sich daraus subjektive Rechte anderer Soldaten nicht ergeben. Die allgemeine Pflicht zur Kameradschaft ist auch keine spezielle Vorgesetztenpflicht, deren Einhaltung nach § 17 I 1 WBO vom Wehrdienstgericht zu kontrollieren wäre.¹⁸

II. Sachthemen

In der Sache ist der Rechtsweg zu den Wehrdienstgerichten iSd § 17 I WBO eröffnet, wenn es um eine für den allgemeinen Truppendienst prägende Streitigkeit im militärischen Über- und Unterordnungsverhältnis geht.¹⁹ Das Gesetz verweist zur Abgrenzung auf die soldatischen Rechte und Pflichten, die in den §§ 6–23, 26–29, 30a–36 SG zu finden sind. Stehen eher administrative Fragen der Geld- und Sachbezüge, der Fürsorge und Heilfürsorge, der Haftung und des Schadenersatzes, der Ausübung von Wahlämtern sowie des Erlasses von Statusakten inmitten, sind nach § 82 SG die allgemeinen Verwaltungsgerichte zuständig. Der für das Wehrbeschwerderecht zuständige 1. WD-Senat des BVerwG war im Jahr 2017/2018 insbesondere mit Fragen der Kommandierung und Versetzung, der dienstlichen Beurteilung und der Bewerberauswahl für einen Beförderungsdienstposten, der Zulassung in eine höhere Laufbahn, der Referenzgruppenbildung für freigestellte Soldaten und der Arbeitszeitregelung beschäftigt, worüber im Folgenden im Einzelnen berichtet wird.

1. Vororientierungen und Kommandierungen

a) *Vororientierung.* Der 1. WD-Senat hat in mehreren Entscheidungen an seine Rechtsprechung angeknüpft, dass mit dem Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 17 III 1 WBO nur dienstliche Maßnahmen, nicht aber bloße Überlegungen, Rechtsauskünfte, Zwischenentscheidungen oder Vorbereitungshandlungen anfechtbar sind.²⁰ Soll ein Soldat zum Stab eines Militärattachés ins Ausland versetzt werden, so stellt eine entsprechende „Vororientierung“ noch keine dienstliche Maßnahme dar.²¹ Sie ist lediglich die Ankündigung einer Versetzung und steht unter dem Vorbehalt weiterer Überprüfungen. Erweist sich dabei der Soldat wegen eines Herzleidens als nicht auslandsdienstverwendungsfähig und kann er mangels ausreichender flächendeckender medizinischer Versorgung im Zielstaat auch nicht ausnahmsweise trotzdem versetzt werden, dann begründet die Rücknahme der Vororientierung keinen Eingriff in eine bestehende Rechtsposition. Sie ist als „actus contrarius“ zur Vororientierung ebenfalls keine angreifbare dienstliche Maßnahme.²²

b) *Kommandierungsrücknahme.* Demgegenüber sind vorübergehende Kommandierungen und dauerhafte Versetzungen grundsätzlich anfechtbare dienstliche Maßnahmen. Ist ein grundsätzlich nicht auslandsdienstverwendungsfähiger Soldat zu einer kurzfristigen Auslandsverwendung kommandiert worden und können die beratenden Ärzte dafür keine Ausnahme erteilen, dann muss die Kommandierung gem. § 48 I 1 VwVfG zurückgenommen werden. Die Rücknahme unterliegt als dienstliche Maßnahme ebenfalls der gerichtlichen Kontrolle. Die Wehrdienstgerichte prüfen, ob die ursprüngliche Kommandierung rechtswidrig gewesen ist. Dabei haben sie inzident auch die Stichhaltigkeit der medizinischen Feststellungen zu kontrollieren. Wird die Erteilung einer Ausnahme für die Auslandsverwendung verweigert, weil eine weitgehend fortgeschrittene Psychotherapie noch nicht abgeschlossen ist, ist dies allerdings – wie der 1. WD-

Senat im November 2017 entschieden hat – rechtlich nicht zu beanstanden.²³

c) *Einsatznachbereitungsseminar.* In zeitlicher Hinsicht kann eine Kommandierung oder Versetzung nur so lange angefochten werden, wie der vorgesehene Verwendungszeitraum andauert. Danach erledigt sich der Rechtsstreit.²⁴ Der Soldat kann anschließend nach § 19 I 3 WBO die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Maßnahme beantragen, wenn er daran etwa wegen Wiederholungsgefahr ein berechtigtes Interesse hat.²⁵ Eine solche Wiederholungsgefahr bestand jedoch nicht, als ein Soldat sich nachträglich gegen seine Kommandierung zu einem Einsatznachbereitungsseminar wandte und die Feststellung begehrte, dass die für ihn finanziell günstigere Anordnung einer Dienstreise geboten gewesen wäre. Dieser Antrag war bereits unzulässig, hätte jedoch auch in der Sache keinen Erfolg gehabt. Denn bei einer Dienstreise nimmt ein Soldat Aufgaben seiner Einheit wahr oder bildet sich für die Zwecke seines aktuellen Dienstpostens fort. Bei der Kommandierung leistet er hingegen vorübergehend in einer anderen Einheit Dienst und wird ihr darum unterstellt. Hat ein Soldat in einer fremden Einheit einen Auslandseinsatz absolviert, dann muss auch für das Einsatznachbereitungsseminar eine Kommandierung erfolgen. Denn das Einsatznachbereitungsseminar ist integraler Bestandteil des Auslandseinsatzes und dient damit Zwecken der fremden Einheit.²⁶

2. Versetzungen

a) *Jederzeitige Versetzbarkeit.* Die zahlreichen Umstrukturierungen der Bundeswehr bringen es mit sich, dass Soldaten des Öfteren auch gegen ihren Willen versetzt werden und dagegen Beschwerde erheben. Dabei gilt der Grundsatz der jederzeitigen Versetzbarkeit von Soldaten. Nach ständiger Rechtsprechung des 1. WD-Senats hat ein Soldat keinen Anspruch auf eine bestimmte örtliche oder fachliche Verwendung. Darüber entscheidet der zuständige Vorgesetzte oder die zuständige personalbearbeitende Stelle nach pflichtgemäßem Ermessen. Diese Ermessensentscheidung kann vom Wehrdienstgericht nur auf Ermessensfehler (Ermessensüberschreitung, Ermessensfehlergebrauch, Ermessensnichtgebrauch) kontrolliert werden; es überprüft allerdings auch, ob die vom BMVg im Wege der Selbstbindung in Erlassen und Richtlinien festgelegten Maßgaben und Verfahrensvorschriften eingehalten sind.²⁷ Praktisch besonders bedeutsam ist bei örtlichen Versetzungen die sechsmonatige Schutzfrist der Nr. 602 S. 1 des Zentralerlasses (ZE) B-1300/46 „Versetzung, Dienstpostenwechsel, Kommandierung“. Danach muss zwischen der Aushandlung der Versetzung und ihrem Wirksamwerden ein halbes Jahr liegen. Wird die Frist missachtet, führt dies jedoch nicht zur Aufhebung der Versetzung, sondern nur zur Korrektur des Dienstantrittsdatums.²⁸

17 Beschl. v. 31.1.2018 – 1 WB 42/17 ua, BeckRS 2018, 4795 Rn. 33.

18 Beschl. v. 31.1.2018 – 1 WB 42/17 ua, BeckRS 2018, 4795 Rn. 36.

19 Beschl. v. 12.11.1986 – 1 WB 127/83 ua, BVerwGE 83, 242 (245) = BeckRS 1986, 109199; Dau, WBO, 6. Aufl. 2013, § 17 Rn. 16.

20 Beschl. v. 14.12.2017 – 1 WB 10/17, BeckRS 2017, 141948 Rn. 19 zu Rechtsauskünften.

21 Beschl. v. 6.2.1979 – 1 WB 228/77, BVerwGE 63, 187 (188) = BeckRS 1979, 106306.

22 Beschl. v. 26.10.2017 – 1 WB 3/17, Buchholz 450.1 § 17 WBO Nr. 98 = BeckRS 2017, 135865 Rn. 26.

23 Beschl. v. 30.11.2017 – 1 WB 35/16, BeckRS 2017, 139270 Rn. 36 f.

24 Beschl. v. 31.1.2018 – 1 WB 39/17, BeckRS 2018, 4709 Rn. 15.

25 Beschl. v. 8.6.2010 – 1 WB 48/09 Rn. 15.

26 Beschl. v. 31.1.2018 – 1 WB 39/17, BeckRS 2018, 4709 Rn. 22, 24 f.

27 Beschl. v. 27.2.2003 – 1 WB 57/02, BVerwGE 118, 25 (27) = NVwZ-RR 2003, 512.

28 Beschl. v. 26.10.2017 – 1 WB 40/16, NVwZ-RR 2018, 152 Rn. 13.

b) *Zusicherungen*. Allerdings enthalten die Verwaltungsvorschriften für die meisten Fälle des Dienstpostenwechsels keine besonderen Hindernisse. Das in Nr. 202 ZE B-1300/46 geforderte dienstliche Bedürfnis für eine Versetzung eines Soldaten besteht schon dann, wenn andernorts ein Dienstposten zu besetzen ist oder wenn – wie in einem jüngst entschiedenen Fall – eine befristete Auslandsverwendung endet. Ein in den Vereinigten Staaten stationierter Soldat berief sich darauf, dass ihm eine längere Verweildauer mündlich zugesichert worden sei. Dem widersprach die ehemalige Personalführerin des Soldaten in einer ausführlichen und glaubhaften dienstlichen Erklärung. Unabhängig davon hat der 1. WD-Senat entschieden, dass Zusicherungen, die sich auf truppdienstliche Verwendungs- und Personalmaßnahmen der Bundeswehr beziehen, zu ihrer Wirksamkeit nach § 38 I 1 VwVfG der Schriftform bedürfen.²⁹ Zugleich hat er seine anderslautende ältere Rechtsprechung³⁰ dazu aufgegeben. Demnach muss dem Einwand mündlicher Zusagen künftig schon aus Formgründen nicht weiter nachgegangen werden.

c) *Familiäre Versetzungshindernisse*. Der Grundsatz der jederzeitigen Versetzbarkeit hat in den letzten Jahren zur besseren Vereinbarkeit von Familie, Pflege und Beruf einige Einschränkungen erhalten. Insbesondere kann aus schwerwiegenden persönlichen Gründen von einer Versetzung nach Nr. 204c ZE B-1300/46 abgesehen werden, wenn die eigenen Eltern nach ärztlichem Gutachten pflegebedürftig sind und keine Geschwister des Soldaten die Pflege übernehmen. Der 1. WD-Senat hatte sich mit einem Fall zu befassen, in dem ein Soldat die Betreuung seiner pflegebedürftig gewordenen Großmutter übernommen hatte. Der Dienstherr anerkannte schon deswegen keine schwerwiegenden persönlichen Gründe, weil die Großmutter des Antragstellers nicht zum berücksichtigungsfähigen Personenkreis gehöre. Dem ist das BVerwG unter Verweis auf den besonderen verfassungsrechtlichen Schutz der Familie nach Art. 6 I GG entgegengetreten. Nach der neueren verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung schützt das Familiengrundrecht nicht nur die Eltern-Kind-Beziehung, sondern auch die spezifisch familiären Verbindungen zwischen Enkeln und Großeltern.³¹ Bezwecken Verwaltungsvorschriften den Schutz von Ehe und Familie, dann können sie einen rechtlich gebotenen Schutz nicht ausschließen oder einschränken, so dass dieser gegebenenfalls unter unmittelbarem Rückgriff auf Art. 6 I GG sicherzustellen ist. Im vorliegenden Fall kam hinzu, dass die Eltern des Soldaten bereits verstorben waren und dessen Bruder 150 km entfernt lebte. Es war daher nicht auszuschließen, dass nur der Soldat die Betreuung der pflegebedürftigen Großmutter sicherstellen konnte, so dass die Bundeswehr diesen Gesichtspunkt untersuchen und in ihre Ermessensentscheidung über die Versetzung einbeziehen musste.

d) *Kommunale Mandate*. Einen interessanten Sonderfall bildete das Verfahren eines niedersächsischen Oberstleutnants, der sich wegen seines kommunalen Mandats als Mitglied eines Ortsrates gegen seine Versetzung an eine 59 km entfernte Dienststelle wendete. Im Zentralerlass „Versetzung, Dienstpostenwechsel, Kommandierung“ gibt es nämlich eigene Schutzvorschriften für Soldaten, die ehrenamtlich ein politisches Mandat wahrnehmen. Insbesondere dürfen Mandatsträger nach Nr. 313c ZE B-1300/46 nur aus zwingenden dienstlichen Gründen versetzt werden, wenn die Wahrnehmung ihres Mandats durch die Versetzung nicht mehr möglich sein würde. In diesem Verfahren vertrat der Dienstherr unter Verweis auf umzugskostenrechtliche Regelungen die Auffassung, dass eine Entfernung bis zu 100 km zwi-

schen Wohnung und Dienstort für die Wahrnehmung kommunaler Mandate unschädlich sei.

Demgegenüber hat der 1. WD-Senat betont, dass es keine generellen Richtwerte für ehrenamtsverträgliche Entfernungen oder Fahrzeiten gebe. Ob die Ausübung eines kommunalen Mandats durch eine Versetzung praktisch unmöglich gemacht wird, hänge nicht nur von der Entfernung, sondern auch von den mit dem jeweiligen kommunalen Mandat verbundenen Aufgaben, zeitlichen Belastungen und Erwartungen an die kommunale Präsenz ab. Daher müsse die zumutbare Entfernung einzelfallbezogen ermittelt werden. Ein einfaches Mitglied eines niedersächsischen Ortsrates sei nicht in gleicher Weise in die kommunale Aufgabenerfüllung eingebunden wie ein Ratsherr oder ein ehrenamtlicher Bürgermeister. Im vorliegenden Fall sah das Gericht angesichts einer täglichen Mehrbelastung von einer Stunde für die Hinfahrt und einer Stunde für die Rückfahrt die ehrenamtliche Betätigung als Ortsrat noch nicht gefährdet.³² Darüber hinaus lägen auch zwingende Gründe für eine Versetzung vor. Denn die Planstelle des Oberstleutnants am bisherigen Standort war aufgrund von organisatorischen Maßnahmen entfallen. Auch wenn er vorübergehend auf einem Dienstposten zur besonderen Verwendung „geparkt“ werden konnte, fehlte es an einer seiner beruflichen Qualifikation entsprechenden Verwendung. Es war daher im dienstlichen Interesse zwingend, ihn auf eine entsprechende reguläre Planstelle zu versetzen.³³

e) *Letzte Verwendung*. Gemäß Nr. 201 ZDv A-1350/66 ist mit jeder Berufssoldatin und jedem Berufssoldat frühzeitig, spätestens jedoch fünf Jahre vor dem Erreichen der für den Ruhestand maßgeblichen Altersgrenze ein Personalgespräch zu führen, in dem ihr oder ihm der Endstandort mitgeteilt wird. Unterbleibt dies – wie in einem im Winter 2017/2018 entschiedenen Fall – kann der Soldat auf seinen Verbleib am bisherigen Standort vertrauen. In diesem Fall sollte ein Oberstleutnant der Luftwaffe noch für seine letzten drei Dienstjahre auf einen vakanten und für ein Rüstungsprojekt bedeutsamen Dienstposten versetzt werden. Die Personalführung berief sich darauf, dass nach Nr. 203 S. 2 Buchst. b Punkt 1 ZDv A-1350/66 eine Versetzung auch am Ende der Dienstzeit noch zur Nachbesetzung eines Dienstpostens zulässig ist, für den vor Ort keine Vertretung möglich ist und bei dem eine Vakanz nicht in Kauf genommen werden darf. Das BVerwG hat das Vorliegen dieses Ausnahmefalls anerkannt. Dem Dienstherrn komme bei der Einschätzung der Frage, ob eine Vakanz in Kauf genommen werden könne, ein von militärischen Zweckmäßigkeitserwägungen geprägter Einschätzungsspielraum zu, dessen Grenzen hier nicht überschritten worden seien.³⁴ Auch müsse die Personalführung bei Vorliegen eines solchen Ausnahmefalls entsprechend ihrer allgemeinen Verwaltungspraxis, die bei der Auslegung von Verwaltungsvorschriften nach Art. 3 I GG maßgeblich ist, keine weitere Ermessensentscheidung treffen.³⁵ Allerdings hatte die Personalführung die speziell für den Bereich der Luftwaffe erlassene Bereichsvorschrift C 1-1310/0-2001 „Organisatorische und personelle Umset-

29 Beschl. v. 1.3.2018 – 1 WB 38/17, BeckRS 2018, 6026 Rn. 34 f.

30 Beschl. v. 27.11.1986 – 1 WB 102/84, BVerwGE 83, 255 (260) = BeckRS 1986, 109200, und Beschl. v. 22.3.1995 – 1 WB 81/94, BVerwGE 103, 219 (220) = NVwZ 1996, 1219.

31 Beschl. v. 1.3.2018 – 1 WB 27/17, BeckRS 2018, 6031 Rn. 37; BVerfG, Beschl. v. 24.6.2014 – 1 BvR 2946/13; BVerwGE 136, 382 Rn. 21 ff.

32 Beschl. v. 26.10.2017 – 1 WB 40/16, NVwZ-RR 2018, 152 Rn. 18–20.

33 Beschl. v. 26.10.2017 – 1 WB 40/16, NVwZ-RR 2018, 152 Rn. 16 f.

34 Beschl. v. 31.1.2018 – 1 WB 29/17, BeckRS 2018, 4717 Rn. 27.

35 Beschl. v. 31.1.2018 – 1 WB 29/17, BeckRS 2018, 4717 Rn. 23 f., 28 f.

zung von Strukturentscheidungen in der Luftwaffe“ nicht beachtet. Nach Abschnitt Nr. 4.1.2 der Bereichsvorschrift ist eine Versetzung außerhalb des regionalen Zusammenhangs im Zeitraum bis 36 Monate vor Zuruhesetzung ohne Zustimmung des Betroffenen ausgeschlossen. Das Versetzungsdatum war aber genau auf den ersten Tag dieses Dreijahreszeitraums gelegt worden, so dass die Personalmaßnahme aufgehoben werden musste.³⁶

3. Beurteilungswesen

a) *Beurteilungsbeiträge für Auslandseinsätze.* Die Abgrenzung zwischen reinen Vorbereitungsmaßnahmen und nach § 17 III 1 WBO anfechtbaren dienstlichen Maßnahmen findet sich auch im Bereich der dienstlichen Beurteilungen. Bloße Beurteilungsbeiträge sind als rein vorbereitende Maßnahmen nicht eigenständig anfechtbar. Der für die Beurteilung zuständige Vorgesetzte ist an die darin enthaltenen Werturteile nicht in der Weise gebunden, dass er sie in seiner Beurteilung „fortschreibend“ übernehmen müsste.³⁷ Das gilt auch für Beurteilungsbeiträge über Auslandseinsätze, auch wenn der beurteilende Vorgesetzte deren Richtigkeit – sofern er nicht ausnahmsweise selbst an dem Auslandseinsatz beteiligt gewesen ist – schwer einschätzen kann. Zwar besitzen Beurteilungsbeiträge zu Auslandseinsätzen eine gewisse materielle Eigenständigkeit, weil sie der nachfolgenden Beurteilung zwingend beizufügen sind und im Gegensatz zu sonstigen Beurteilungsbeiträgen in der Personalakte des Soldaten verbleiben.³⁸ Dies ändert aber nach Auffassung des 1. WD-Senats nichts daran, dass auch Beurteilungsbeiträge zu Auslandseinsätzen nur vorbereitenden Charakter haben. Wie bei sonstigen Beurteilungsbeiträgen muss der beurteilende Vorgesetzte die dagegen erhobenen Einwände des Soldaten prüfen und bei der abschließenden Beurteilung berücksichtigen. Daher können auch Beurteilungsbeiträge zu Auslandseinsätzen nicht isoliert angefochten werden.³⁹

b) *Beurteilung für Eignungsübende.* Demgegenüber stellt die dienstliche Beurteilung eine abschließende truppdienstliche Maßnahme iSd § 17 III 1 WBO dar; sie ist ein kleiner Meilenstein auf dem beruflichen Werdegang eines Soldaten und kann daher nach Abschluss eines Beschwerdeverfahrens vor den Wehrdienstgerichten angefochten werden.⁴⁰ Insbesondere kann ein Soldat geltend machen, dass seine Beurteilung nicht den in der ZDV A-1340/50 niedergelegten Beurteilungsrichtlinien entspricht. Darum konnte sich ein Reserveoffizier, der zum Zwecke seiner Wiedereinstellung eine Eignungsübung durchlaufen hatte, mit Erfolg darauf berufen, dass ihm bei seiner Beurteilung vorschriftswidrig eine lange vor dem Übungszeitraum liegende Publikation aus dem Jahr 2011 als Eignungsmangel entgegengehalten wurde. Erkenntnisse aus der Zeit vor dem Beurteilungszeitraum dürfen nach Nr. 406 b ZDV A-1340/50 in einer Beurteilung nur verwertet werden, wenn sie die Entwicklung der Soldatin oder des Soldaten (weiterhin) charakterisieren. Da die fortbestehende Relevanz dieser Erkenntnisse für den Beurteilungszeitraum im konkreten Fall nicht dargelegt worden ist, hat der 1. WD-Senat in einem Eilbeschluss die aufschiebende Wirkung der Beschwerde gegen die Beurteilung angeordnet.⁴¹

c) *Bestandskraft.* Die Einordnung als dienstliche Maßnahme bringt es allerdings mit sich, dass eine dienstliche Beurteilung nach fruchtlosem Ablauf der einmonatigen Beschwerdefrist bestandskräftig wird. In einem späteren Konkurrentenstreit kann ein Soldat seine dienstliche Beurteilung – anders als im Beamtenrecht – darum häufig nicht mehr angreifen und inzident zur Überprüfung stellen.⁴² Folgerichtig kann auch der Dienstherr die dienstliche Beurteilung nachträglich nur

unter den Voraussetzungen des § 48 VwVfG zurücknehmen. Zu diesem Ergebnis ist der für das Beamtenrecht zuständige 2. Revisionssenat des BVerwG gekommen, auch wenn er die dienstliche Beurteilung eines Beamten nach wie vor nicht als Verwaltungsakt ansieht.⁴³

4. Konkurrentenstreitigkeiten

a) *Organisationsgrundentscheidung.* Wird ein interessanter Dienstposten frei, bekunden nicht selten mehrere Soldatinnen und Soldaten ihr Interesse. Der Dienstherr hat die Wahl, ob er den vakanten Dienstposten im Wege der Versetzung an einen Bewerber mit dem entsprechenden Status vergibt („Querversetzung“) oder ob er die Stelle für den Aufstieg rangniedrigerer Bewerber öffnet („Aufstiegsmodell“). Er kann sich natürlich auch dafür entscheiden, bei der Vergabe des Dienstpostens sowohl Versetzungs- als auch Aufstiegsbewerber zu berücksichtigen („Mischmodell“). Für welches Organisationsgrundmodell er sich entscheidet, steht im grundsätzlich weiten, organisatorischen Ermessen des Dienstherrn.⁴⁴ Allerdings muss er diese Grundlagenentscheidung vor der eigentlichen Personalauswahl treffen und dem anschließenden Auswahlverfahren zugrunde legen.

b) Querversetzung

Wird beispielsweise im Bereich der Zentralstelle für politische Bildung eine mit A 15 bewertete Dezernatsleiterstelle frei und entscheidet sich der Dienstherr, die Stelle im Wege der Querversetzung nachzubetzen, dann muss er eine Auswahl unter den Oberstleutnanten oder Fregattenkapitänen der Besoldungsstufe A 15 treffen. Da es sich um eine „normale“ Versetzung handelt, die keine Beförderung vorbereitet, gelten die allgemeinen Verwaltungsrichtlinien und Begründungsanforderungen bei Versetzungen.⁴⁵ Hat ein in dem Dezernat bislang als Mitarbeiter tätiger Oberstleutnant der Besoldungsstufe A 14 ebenfalls Interesse an dem Dezernatsleiterposten, kann er schon deswegen nicht ausgewählt werden, weil die Stelle nicht für Beförderungsbewerber ausgeschrieben ist.⁴⁶ Der Dienstherr hat sich gerade dafür entschieden, bei der Nachbesetzung der Stelle keine zusätzlichen Haushaltsmittel für eine Beförderung aufzuwenden. Darum ist auch nicht der Frage nachzugehen, ob der beschwerdeführende Mitarbeiter für die Stelle fachlich besser geeignet wäre.

Welche Bedeutung hat das Argument der höheren fachlichen Qualifikation, wenn bei einer Querversetzung beide Interessenten die gleiche Besoldungsstufe haben? Diese Frage stellte sich in einem Konkurrentenstreit um die Stelle eines Ärztlichen Direktors an einem kleineren Bundeswehrkranken-

36 Beschlüsse v. 13.12.2017 – 1 WDS – VR 9/17 Rn. 33–35 und v. 31.1.2018 – 1 WB 29/17, BeckRS 2018, 4717 Rn. 34 f.

37 Beschl. v. 8.3.2006 – 1 WB 23/05, NVwZ-RR 2007, 784 = Buchholz 449.2 § 2 SLV2002 Nr. 7 und Beschl. v. 21.10.2010 – 1 WB 54/09, Buchholz 449 § 62 SG Nr. 1 Rn. 36.

38 Vgl. Beschl. v. 21.10.2010 – 1 WB 54/09, Buchholz 449 § 62 SG Nr. 1 Rn. 36.

39 Beschl. v. 31.8.2017 – 1 WRB 1/17, NVwZ-RR 2018, 63 Ls. = BeckRS 2017, 128299 Rn. 25 ff.

40 Beschl. v. 26.5.2009 – 1 WB 48/07, BVerwGE 134, 59 = NVwZ-RR 2010, 531 Ls. = BeckRS 2010, 91776 Rn. 27, und Beschl. v. 30.3.2017 – 1 WDS – VR 2/17, NVwZ-RR 2017, 623 Ls. = BeckRS 2017, 109729 Rn. 23.

41 Beschl. v. 30.3.2017 – 1 WDS – VR 2/17, NVwZ-RR 2017, 623 Ls. = BeckRS 2017, 109729 Rn. 27, 30.

42 Beschl. v. 4.6.2014 – 2 B 108/13, Buchholz 449 § 3 SG Nr. 72 = BeckRS 2014, 54519 mwN.

43 Ähnlich Urt. v. 17.3.2016 – 2 A 4/15, NVwZ 2016, 1648 Rn. 16.

44 Beschl. v. 25.3.2010 – 1 WB 37/09, BVerwGE 136, 204 = BeckRS 2010, 55732 Rn. 26, und Beschl. v. 14.12.2017 – 1 WB 42/16, BeckRS 2017, 144996 Rn. 31.

45 Beschl. v. 1.3.2018 – 1 WB 40/17, BeckRS 2018, 15079 Rn. 39.

46 Beschl. v. 26.4.2018 – 1 WB 1/18, BeckRS 2018, 13132 Rn. 21.

haus. Die vom Verteidigungsministerium ausgewählte Oberstabsärztin und ihr beschwerdeführender Konkurrent waren gleichermaßen bereits in der Besoldungsstufe B 3. Der Beschwerdeführer hielt sich für besser geeignet, weil er über ein Zusatzstudium im Bereich des Krankenhausmanagements verfügte.

Bei reinen Querversetzungen ist der Dienstherr jedoch grundsätzlich nicht an das Prinzip der Bestenauslese gebunden. Vielmehr entscheidet die Personalführung nach pflichtgemäßem Ermessen und unter Beachtung der allgemeinen Versetzungsrichtlinien darüber, wie sie die zur Verfügung stehenden Soldatinnen und Soldaten mit gleichem Status auf den entsprechenden Dienstposten am zweckmäßigsten einsetzt. Das Prinzip der Bestenauslese nach Art. 33 II GG, § 3 I SG entfaltet nur dann ausnahmsweise eine rechtliche Vorwirkung, wenn die Querversetzung auf einen gleichwertigen Dienstposten in einer speziellen Ausschreibung oder in ständiger Verwaltungspraxis Voraussetzung einer späteren Förderung auf einen höherwertigen Dienstposten ist.⁴⁷ Die Verwendung als Ärztlicher Direktor eines kleineren Bundeswehrkrankenhauses ist jedoch keine zwingende Voraussetzung für einen späteren Einsatz als Ärztlicher Direktor eines großen Bundeswehrkrankenhauses und für die damit verbundene Beförderung zum Generalarzt.⁴⁸ Daher war das BMVg auch nicht verpflichtet, seine Auswahl nach Eignungs- und Leistungskriterien zu treffen.

Im konkreten Fall durften auch andere personalwirtschaftliche Gründe den Ausschlag geben. Insbesondere konnte auf den in § 8 S. 1 SGLG verankerten Rechtsgedanken zurückgegriffen werden, dass Frauen bei Unterrepräsentanz in einzelnen Bereichen und gleicher Qualifikation bevorzugt zu berücksichtigen sind. Die Regelung gilt zwar ihrem Wortlaut nach nur für Entscheidungen über den beruflichen Aufstieg. Dem Dienstherrn ist es jedoch unbenommen, den Gleichstellungsgedanken bereits im Vorfeld förderlicher Auswahlentscheidungen zu berücksichtigen. Er darf durch Querversetzungen die Verwendungsbreite geeigneter Frauen erhöhen und ihnen die Möglichkeit der Bewährung auf anspruchsvollen Dienstposten gewähren. Denn dies kann langfristig zu einer Erhöhung des Frauenanteils in Führungspositionen führen, in denen sie bislang unterrepräsentiert sind. Da im Bereich der Sanitätsoffiziere der Frauenanteil auf der Ebene B 3 derzeit bei 4,5 % und auf der Ebene B 6 bei 10 % liegt, konnte das BMVg auch den erforderlichen Handlungsbedarf nachweisen.

c) *Aufstiegsmodell*. Entscheidet sich der Dienstherr dafür, einen Dienstposten für den beruflichen Aufstieg zur Verfügung zu stellen, dann darf er bei der anschließenden Auswahl nur Beförderungsbewerber berücksichtigen. Der ausgewählte Soldat wird in der Praxis zunächst auf einen höherwertigen Dienstposten versetzt und erst, wenn er sich eine gewisse Zeit darauf bewährt hat, befördert. Daher findet der Konkurrentenstreit im militärischen Bereich bereits bei der Vergabe des höherwertigen Dienstpostens statt, nicht erst bei der mehrere Monate oder Jahre später erfolgenden Beförderung. Dabei ist die Auswahlentscheidung bei der Dienstpostenvergabe die maßgebliche truppendienstliche Maßnahme, die mit der Beschwerde angefochten werden muss. Hingegen zieht die anschließende Ablehnung einer Bewerbung oder eines Versetzungsantrags lediglich die Konsequenzen aus der Auswahlentscheidung und hat daher keinen eigenen Regelungsgehalt.⁴⁹

Bei der Auswahlentscheidung über die Vergabe des Beförderungsdienstpostens sind Art. 33 II GG und § 3 I SG zu

beachten. Die Vergabe muss nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung erfolgen. Für das Auswahlverfahren gelten die von der verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Bewerberverfahrensanspruch entwickelten Grundsätze.⁵⁰ Insbesondere müssen die wesentlichen Auswahlwägungen dokumentiert werden, um eine sachgerechte Kontrolle durch den unterlegenen Bewerber und das Gericht zu ermöglichen.⁵¹ Ist später die Auswahlentscheidung im Beschwerdeverfahren ergänzt, nachgebessert oder korrigiert worden, kommt es für das nachfolgende Gerichtsverfahren – wie der 1. WD-Senat erneut entschieden hat – auf die durch den Beschwerdebescheid modifizierten Auswahlwägungen an.⁵² Nach einer Entscheidung des Dienstrechtssenats dürfen aber in tatsächlicher Hinsicht nur Umstände berücksichtigt werden, die bereits bei der Auswahlentscheidung vorgelegen haben.⁵³

Hat ein Konkurrent gegen die Auswahlentscheidung Beschwerde erhoben, kann er gegen die gleichwohl erfolgte Versetzung des ausgewählten Bewerbers auf den begehrten Dienstposten nach sechs Monaten den Erlass einer Einstweiligen Anordnung beantragen. Er kann als Anordnungsgrund geltend machen, dass der ausgewählte Bewerber einen im Fall der Aufhebung und Wiederholung der Auswahlentscheidung beurteilungsrelevanten Erfahrungsvorsprung erlangen würde, wenn er den höherwertigen Dienstposten über einen noch längeren Zeitraum ausübt.⁵⁴ Hingegen kann der Konkurrent – wie der 1. WD-Senat entschieden hat – nicht im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes eine Beförderung des ausgewählten Kandidaten verhindern. Denn dies ist im militärischen Bereich nicht erforderlich, um den Bewerbungsverfahrensanspruch des konkurrierenden Soldaten aus Art. 33 II GG, § 3 I SG zu sichern. Da Soldaten jederzeit versetzbar sind, gibt es anders als bei Beamten keine einer späteren Besetzungsänderung entgegenstehende „Ämterstabilität“. Vielmehr muss der ausgewählte Soldat es hinnehmen, von dem Dienstposten wegversetzt zu werden, wenn sich die Stellenbesetzung als rechtswidrig erweist.⁵⁵

d) *Mischmodell*. Nicht selten kommt es vor, dass für einen bestimmten Dienstposten sowohl Versetzungs- als auch Aufstiegsbewerber betrachtet werden. Dies war jüngst bei der Besetzung der Stelle eines Militärattachés der Fall. Da für die Aufstiegsbewerber die Auswahl zwingend nach Eignung, Leistung und Befähigung erfolgen muss, erfasst der Grundsatz der Bestenauslese in diesem Fall das gesamte Bewerbungsverfahren. Der Dienstherr ist aus Gründen der Selbstbindung und der Gleichbehandlung gehalten, diesen Grundsatz auf das gesamte Bewerberfeld zu erstrecken. Demzufolge muss auch ein Versetzungsbewerber in verfahrensrechtlicher Hinsicht gleichgestellt werden. Er darf nur aus Gründen abgelehnt werden, die durch Art. 33 II GG, § 3 I SG gedeckt sind.⁵⁶

e) *Leistungsgrundsatz*. Die in Art. 33 II GG, § 3 I SG angelegte Einschränkung der Auswahlkriterien auf „Eignung,

47 Beschl. v. 27.1.2010 – 1 WB 52/08, BVerwGE 136, 36 = BeckRS 2010, 51291 Rn. 26.

48 Beschl. v. 1.3.2018 – 1 WB 40/17, BeckRS 2018, 15079 Rn. 24.

49 Beschl. v. 26.10.2017 – 1 WB 41/16, NVwZ-RR 2018, 236 Rn. 24.

50 Beschl. v. 29.1.2013 – 1 WB 60/11, NVwZ 2013, 1227 Rn. 40.

51 Vgl. Beschl. v. 16.12.2008 – 1 WB 19/08, BVerwGE 133, 13 = NVwZ-RR 2009, 604 Rn. 36.

52 Beschl. v. 26.10.2017 – 1 WB 41/16, NVwZ-RR 2018, 236 Rn. 30 f.

53 Beschl. v. 12.12.2017 – 2 VR 2/16, NVwZ-RR 2018, 395 Rn. 44 und Ls. Nr. 3.

54 Beschl. v. 19.3.2018 – 1 WDS – VR 7/17, BeckRS 2018, 4715 Rn. 18.

55 Beschl. v. 12.2.2018 – 1 WDS – VR 12/17, NVwZ-RR 2018, 535 Rn. 17 f.

56 Beschl. v. 1.3.2018 – 1 WB 1/17, BeckRS 2018, 8457 Rn. 20.

Leistung und Befähigung“ bewirkt, dass andere personalwirtschaftliche Überlegungen grundsätzlich nicht in die Entscheidung einfließen dürfen. In einem im Oktober 2017 zu entscheidenden Konkurrentenstreit hatte der Dienstherr die Berücksichtigung eines Stabsfeldwebels im Auswahlverfahren um die Stelle eines Kompaniefeldwebels (Beförderungsdienstposten zum Oberstabsfeldwebel) mit dem Argument abgelehnt, er werde in seinem bisherigen Bereich der elektronischen Kampfführung benötigt und könne angesichts des dort herrschenden Personalmangels für die Stelle eines Kompaniefeldwebels nicht freigegeben werden. Der 1. WD-Senat hat klargestellt, dass diese personalwirtschaftliche Überlegung im Rahmen des Art. 33 I GG keinen Platz hat.⁵⁷ Der nach Eignung, Befähigung und Leistung beste Bewerber muss nicht allein deswegen auf einen Beförderungsdienstposten verzichten, weil er in seiner bisherigen Dienststelle aus Personalmangel benötigt wird.

f) *Anforderungsprofil*. Hingegen kann auch der am besten beurteilte Soldat als ungeeignet ausgeschieden werden, wenn er das Anforderungsprofil eines bestimmten Dienstpostens nicht erfüllt. Das Anforderungsprofil für den jeweiligen Dienstposten muss allerdings vor der Auswahlentscheidung (nach sachlichen Kriterien ohne Blick auf einen bestimmten Bewerber) festgelegt und anschließend zur Grundlage der Bewerberauswahl gemacht werden. Dabei fällt die Entscheidung darüber, welchen „Zuschnitt“ ein Dienstposten haben soll und welche Fachkenntnisse hierfür erforderlich sind, in das grundsätzlich weite Organisationsermessen des Dienstherrn.⁵⁸ Schreibt er im Anforderungsprofil eines technischen Dezernatsleiters im Luftwaffentruppenkommando als zwingende Voraussetzung bestimmte Kenntnisse in einschlägigen EDV-Programmen und Vorerfahrungen als IT-Leiter in einem Luftwaffeneinsatzverband vor, beruht dies auf sachlichen Erwägungen und ist daher nicht zu beanstanden. Bewerber ohne die geforderte Expertise oder Vorerfahrung können bei der Stellenbesetzung deshalb von vornherein außen vor gelassen werden.⁵⁹

Erfüllt kein Bewerber alle Kriterien des Anforderungsprofils, kann der Dienstherr entweder das Auswahlverfahren abbrechen oder das Auswahlverfahren unter Verzicht auf einzelne Kriterien fortführen. Ein solcher Verzicht muss jedoch gegenüber allen Bewerbern einheitlich und gleichmäßig gehandhabt werden.⁶⁰ Die dafür maßgeblichen sachlichen Gründe sind im Interesse der unterlegenen Bewerber und der gerichtlichen Kontrolle zu dokumentieren.⁶¹ In dem bereits erwähnten Konkurrentenstreit um die Kompaniefeldwebelstelle fehlte es an einer dokumentierten Begründung, warum die im Anforderungsprofil geforderte Einsatzerfahrung im Ausland verzichtbar gewesen sein soll, nicht aber die geforderten englischen Fremdsprachenkenntnisse. Ohne dokumentierte sachliche Begründung kann kein Bewerber vorab mangels Erfüllung des Anforderungsprofils ausgeschieden werden.

g) *Beurteilungsvergleich*. Erfüllen mehrere Kandidaten das (gegebenenfalls reduzierte) Anforderungsprofil, entscheidet in der Regel der Leistungsvergleich anhand der dienstlichen Beurteilungen. Zur Ermittlung des Leistungsstands konkurrierender Bewerber ist dabei in erster Linie auf die zum Zeitpunkt der Auswahlentscheidung aktuellsten Beurteilungen abzustellen, weshalb der letzten dienstlichen Beurteilung regelmäßig eine ausschlaggebende Bedeutung zukommt.⁶² Liegen nicht für alle Bewerber hinreichend aktuelle planmäßige Beurteilungen mit einem vergleichbaren Beurteilungszeitraum vor, sind zur Herstellung der zeitlichen Vergleichbarkeit für alle Kandidatinnen und Kandidaten Sonderbeurtei-

lungen einzuholen.⁶³ Verglichen werden dabei anders als im Beamtenrecht nicht wertungsmäßig zu begründende Gesamturteile, sondern die mathematisch ermittelten „Durchschnittswerte der Aufgabenerfüllung“ (Nr. 611 ZD v A 1340/50), weil in § 2 V 2 SLV vom Notendurchschnitt die Rede ist.

Sind dabei die Durchschnittswerte mehrerer Kandidaten mathematisch exakt oder im Wesentlichen gleich, muss bzw. kann der Dienstherr auf ergänzende Eignungs- oder Leistungskriterien zurückgreifen. Insbesondere kann er der vorangegangenen dienstlichen Beurteilung oder der Entwicklungsprognose des nächsthöheren Vorgesetzten ausschlaggebendes Gewicht zumessen. Dabei hat es der 1. WD-Senat in der Vergangenheit zugelassen, dienstliche Beurteilungen als „im Wesentlichen gleich“ einzustufen, wenn sie im selben Wertungsbereich liegen und sich der Unterschied in einem sehr geringen Rahmen hält (Differenz von 0,3 Punkten auf einer neunstelligen Skala).⁶⁴ Mit einer Entscheidung vom Dezember 2017 hat der Senat aber klargestellt, dass der Dienstherr nicht verpflichtet ist, auf zusätzliche Kriterien auszuweichen. Vielmehr kann er auch bei geringen Unterschieden (Differenz von 0,4 Punkten) den besser Beurteilten schon allein aufgrund des Leistungsvorsprungs im Notendurchschnitt auswählen.⁶⁵

5. Aufstieg in die Offizierslaufbahn

Eine in der Praxis bedeutsame Frage des beruflichen Aufstiegs ist auch, welche Unteroffiziere mit Portepée für die Laufbahn der Offiziere im militärfachlichen Dienst zugelassen werden. Der 1. WD-Senat hatte dabei über einen Fall zu entscheiden, in dem ein Stabsfeldwebel nicht in die engere Auswahl gelangte, weil er das in der einschlägigen Verwaltungsvorschrift vorgesehene Erfordernis einer 15-jährigen Restdienstzeit ganz knapp nicht erfüllte. Nr. 204 Punkt 2 ZDv A-1340/75 legt fest, dass die Bewerberinnen und Bewerber nach einer möglichen Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes noch eine mindestens 15-jährigen Restdienstzeit bezogen auf die besondere Altersgrenze eines Hauptmanns im Status eines Berufssoldaten (62 Jahre) haben müssen. Der beschwerdeführende Stabsfeldwebel hatte jedoch am Zulassungstermin die Zulassungsaltersgrenze von 47 Jahren um zwei Monate überschritten. Er sah darin eine unzulässige Altersdiskriminierung.

Das BVerwG wies zunächst darauf hin, dass das Verbot der Altersdiskriminierung in Art. 1 der RL 2000/78/EG des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf vom 27.11.2000 (ABl. 2000 L 303, 16) auf die Streitkräfte der Bundeswehr keine Anwendung findet. Nach Art. 3 IV der Richtlinie können die Mitgliedstaaten ihr Militär vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausnehmen, wovon die Bundesrepublik Deutschland Gebrauch gemacht hat.⁶⁶

57 Beschl. v. 26.10.2017 – 1 WB 41/16, NVwZ-RR 2018, 236 Rn. 39 ff.

58 Beschl. v. 26.4.2018 – 1 WB 23/17, BeckRS 2018, 10922 Rn. 28.

59 Beschl. v. 28.9.2017 – 1 WB 44/16 ua, BeckRS 2017, 134942 Rn. 33–36.

60 Beschl. v. 19.3.2018 – 1 WDS – VR 7/17, BeckRS 2018, 4715 Rn. 36.

61 Beschl. v. 26.10.2017 – 1 WB 41/16, NVwZ-RR 2018, 236 Rn. 46 f.

62 Beschl. v. 26.4.2018 – 1 WB 23/17, BeckRS 2018, 10922 Rn. 32.

63 Beschl. v. 26.4.2018 – 1 WB 23/17, BeckRS 2018, 10922 Rn. 33.

64 Beschl. v. 29.1.2013 – 1 WB 60/11, NVwZ 2013, 1227 Rn. 36, 54, 56 f.

65 Beschl. v. 18.12.2017 – 1 WDS – VR 8/17, BeckRS 2017, 139292 Rn. 33.

66 Beschl. v. 28.3.2018 – 1 WB 8/17, BeckRS 2018, 6034 Rn. 31.

Allerdings geht es bei der Zulassung von Feldwebeln zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes um die Vergabe von höherwertigen Dienstposten iSv Art. 33 II GG, § 3 I SG. Daher findet der Grundsatz der Bestenauslese Anwendung, so dass über die Zulassung zum Aufstieg in die Laufbahn der militärfachlichen Offiziere grundsätzlich nach Eignung, Leistung und Befähigung zu entscheiden ist. Dabei ist es etwa ein zulässiges eignungs- und leistungsrelevantes Kriterium, dass zwei planmäßige Beurteilungen als Porteeunteroffizier vorliegen müssen, damit ein kontinuierliches Eignungs- und Leistungsbild zugrunde gelegt werden kann.⁶⁷

Da das Lebensalter nicht zu den unmittelbar leistungsbezogenen Auswahlkriterien gehört, können Zulassungsaltersgrenzen nur dann vor Art. 33 II GG, § 3 I SG Bestand haben, wenn sich ihre Einführung etwa aus Gründen der Funktionsfähigkeit des Staates oder aus Gründen des verfassungsrechtlich verankerten Verteidigungsauftrags der Bundeswehr ergibt. Sie können im Hinblick auf Art. 87 a GG eingeführt werden, soweit ab einem bestimmten Lebensalter körperliche oder gesundheitliche Eignungsmängel typischerweise zu erwarten sind.⁶⁸ Zulassungsaltersgrenzen können aber auch aus Gründen der Funktionsfähigkeit der Bundeswehr erlassen werden, wenn ansonsten mit der militärischen Aus- oder Weiterbildung eines Soldaten für die Bundeswehr von vornherein kein oder kein hinreichender Ertrag verbunden wäre.⁶⁹ Allerdings sind Zulassungsaltersgrenzen so wesentliche Einschränkungen des Grundsatzes des gleichen Zugangs zu öffentlichen Ämtern, dass sie nicht allein aufgrund von Verwaltungsvorschriften eingeführt werden dürfen, sondern einer Grundlage im Soldatengesetz oder in der Soldatenlaufbahnverordnung bedürfen.⁷⁰ Die Beschwerde des Stabsfeldwebels hatte daher Erfolg.

6. Referenzgruppenbildung

Eine ganze Serie von Verfahren betraf das berufliche Fortkommen von für Zwecke der Personalvertretung freigestellten Soldatinnen und Soldaten. Wer etwa für den Personalrat vollständig freigestellt ist, kann und darf nicht nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung beurteilt werden – möchte aber gleichwohl nicht dauernd im gleichen Dienstgrad verharren. Das BMVg hat für diesen Personenkreis bereits am 11.7.2002 einen mittlerweile natürlich etwas überarbeiteten Zentrallerlass (B-1336/2, Stand: Dez. 2015) herausgegeben, der für die berufliche Förderung von Personalratsmitgliedern die Bildung einer Referenzgruppe vorsieht. Der freigestellte Soldat wird einer Vergleichsgruppe zugeordnet, die in der Regel aus mindestens neun weiteren Soldaten besteht. Die Vergleichsgruppe soll aus Soldaten möglichst derselben Verwendungsreihe mit wesentlich gleichem Eignungs- und Leistungsbild gebildet werden. Dabei erhält der freigestellte Soldat aufgrund seiner persönlichen Leistungsbewertung einen Rangplatz innerhalb seiner Referenzgruppe. Wird er zum Beispiel auf Rang Nr. 3 der Vergleichsgruppe geführt, dann wird er fiktiv auf eine Beförderungsstelle versetzt, sobald der dritte Soldat der Referenzgruppe auf einem Beförderungsdienstposten verwendet wird. Sobald der dritte Soldat der Gruppe befördert wird, wird auch der freigestellte Personalrat befördert.

Das BVerwG hat mit Beschluss vom 4.5.2017 entschieden, dass bereits die Referenzgruppenbildung eine dienstliche Maßnahme iSd § 17 III 1 WBO darstellt.⁷¹ Denn schon die Zuordnung zu einer bestimmten Vergleichsgruppe determiniert die künftige berufliche Entwicklung des freigestellten Personalratsmitglieds in den kommenden Jahren. Seine

Chance auf eine Beförderung hängt ganz von der Leistungsstärke der übrigen Gruppenmitglieder ab. Die Referenzgruppenbildung ist daher – wie der *Senat* schon früher in einem „obiter dictum“ angedeutet hatte – eine anfechtbare Maßnahme.⁷² Dementsprechend geht auch die Praxis des Bundesamts für das Personalmanagement schon seit geraumer Zeit von der Beschwerdefähigkeit der Referenzgruppenbildung aus.

Wird eine ordnungsgemäß bekannt gegebene Referenzgruppenbildung nicht binnen eines Monats mit der Beschwerde angegriffen, erwächst sie in Bestandskraft. Eine auf die Neubildung einer Referenzgruppe gerichtete Beschwerde kann dann schon aus formell-rechtlichen Gründen keinen Erfolg haben. Auch im Rahmen einer Beschwerde auf Versetzung an einen („fiktiven“) Beförderungsdienstposten kann die Referenzgruppenbildung nicht mehr inzident überprüft werden.⁷³

In materiell-rechtlicher Hinsicht ist das im Zentrallerlass vom 11.7.2002 (B-1336/2) vorgesehene Referenzgruppenmodell grundsätzlich eine geeignete und rechtlich nicht zu beanstandende Umsetzung des Gebots aus § 46 III 6 PersVG iVm § 62 III 1 SBG, dass die Freistellung eines Personalratsmitglieds nicht zu einer Beeinträchtigung seines beruflichen Werdegangs führen darf.⁷⁴ Um dieses Ziel zu erreichen, muss das Referenzgruppenmodell allerdings zumindest im Wesentlichen korrekt angewendet werden. Der 1. WD-*Senat* hat darum die Bildung einer zu kleinen Referenzgruppe aus nur vier Mitgliedern beanstandet, weil es dabei zu selten zu dem erwünschten Mitnahmeeffekt des freigestellten Personalvertreters kommt.⁷⁵ Auch beeinträchtigt eine Referenzgruppe mit zu unterschiedlichem Leistungsbild das Gleichbehandlungsziel.⁷⁶ Ein zu unterschiedliches Leistungsbild liegt jedenfalls vor, wenn eine Referenzgruppe aus Soldaten gebildet wird, deren Leistungsbewertungen sich über drei in den Beurteilungsbestimmungen vorgegebene Wertungsbereiche erstrecken. Zeigt nur ein Mitglied der Referenzgruppe ein schwächeres Leistungsbild und wird dadurch der Rangplatz des Personalratsmitglieds nicht berührt, hat das BVerwG die Referenzgruppenbildung allerdings mangels Beschwerde nicht aufgehoben.⁷⁷

7. Arbeitszeit

Wenige Themen haben die Personalvertretungen der Soldatinnen und Soldaten in den vergangenen Jahren so beschäftigt wie das neue Soldatenarbeitszeitrecht in § 30 c SG und die Anwendung der Soldatenarbeitszeitverordnung vom 16.11.2015 (BGBl. I 2015, 1995–SAZV). Das BVerwG war damit bislang wenig befasst. Es hatte allerdings über die Beschwerden von zwei Fluglehrern zu entscheiden, die in den USA stationiert waren und in der deutschen Teileinheit

67 Beschl. v. 23.2.2017 – 1 WB 2/16, BeckRS 2017, 107090 Rn. 48.

68 BVerfG, Beschl. v. 21.4.2015 – 2 BvR 1322/12 ua, BVerfGE 139, 19 = NVwZ 2015, 1279 Rn. 68, 76.

69 Beschl. v. 28.3.2018 – 1 WB 8/17, NVwZ 2018, 1140 Rn. 30.

70 Beschl. v. 28.3.2018 – 1 WB 8/17, NVwZ 2018, 1140 Rn. 19 ff.

71 Beschl. v. 5.5.2017 – 1 WB 5/16, BeckRS 2017, 115448 Rn. 21 ff.

72 Beschl. v. 11.12.2014 – 1 WB 6/13, Buchholz 449.7 § 51 SBG Nr. 1 = BeckRS 2015, 50283 Rn. 45 ff.

73 Beschlüsse v. 4.5.2017 – 1 WB 5/16, BeckRS 2017, 115448 Rn. 26 ff., und v. 22.6.2017 – 1 WB 43/16, BeckRS 2017, 119993 Rn. 23 ff.

74 Beschl. v. 29.6.2017 – 1 WB 11/16, BeckRS 2017, 121745 Rn. 32; Beschl. v. 25.6.2014 – 2 B 1/13, NVwZ-RR 2014, 853 Ls. = BeckRS 2014, 54340 Rn. 23, und Beschl. v. 30.6.2014 – 2 B 11/14, BeckRS 2014, 54520 Rn. 14.

75 Beschluss vom 11.12.2014, a. a. O. Rn. 37 ff.

76 Beschluss vom 3.8.2017 – 1 WB 28/16, AU Rn. 34 ff.

77 Beschl. v. 21.7.2016 – 1 WB 8/16, NVwZ-RR 2016, 975 Ls. = Buchholz 449.7 § 51 SBG Nr. 8 = BeckRS 2016, 51470 Rn. 42 ff.

der Flugschule der NATO-Staaten unterrichteten. Für diese Teileinheit hatte das Kommando der Luftwaffe am 18.12.2015 die Order ausgegeben, dass auf der Grundlage des mit den übrigen NATO-Staaten getroffenen „Plan of Operation and Memorandum of Understanding“ die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit 45 Stunden betrage und dass die Regelungen des deutschen Soldatenarbeitszeitrechts zum Ausgleich von Überstunden bzw. zu deren finanzieller Vergütung keine Anwendung fänden.

Das *BVerwG* wertete das Anweisungsschreiben als anfechtbare truppendienstliche Maßnahme iSd § 17 III WDO gegenüber den betroffenen Soldaten, weil es sich nicht lediglich um eine noch Entscheidungsspielräume belassende Anweisung an die nachgeordneten Stellen, sondern um eine verbindliche und abschließende Entscheidung handele.⁷⁸ Die beiden Soldaten, denen es um die Möglichkeit des Freizeitausgleiches und der Mehrarbeitsvergütung ging, waren durch die Order auch beschwert. Da es sich um einen auf Dauer für eine unbestimmte Vielzahl von Personen geltenden Erlass handelte, war die Monatsfrist des § 6 I WBO kein Hindernis.⁷⁹

In der Sache anerkannte das *BVerwG* die Befugnis des zuständigen Brigadegenerals im Kommando der Luftwaffe, für den im Ausland befindlichen Truppenteil durch einen Normen-anwendungserlass die offene Frage der Anwendbarkeit der ab dem 1.1.2016 geltenden Soldatenarbeitszeitverordnung zu regeln.⁸⁰ Es bestätigte auch, dass die in § 30 c I SG grundsätzlich geregelte wöchentliche Arbeitszeit in speziellen Rechtsnormen eingeschränkt werden kann und dass dieser Vorbehalt besonderer arbeitsrechtlicher Bestimmungen im vorliegenden Fall auch hinsichtlich der wöchentlichen Regelarbeitszeit eingreift. Der im Rahmen völkerrechtlicher Vereinbarungen verbindliche „Plan of Operation and Memorandum of Understanding“ sieht für die Fluglehrer des Standorts eine 45-stündige Regelarbeitszeit vor.⁸¹ Allerdings enthält die internationale Vereinbarung für die umstrittene Frage, ob für die darüber hinausgehende Mehrarbeit Freizeitausgleich zu gewähren oder Mehrarbeitsvergütung zu leisten ist, gerade keine Sonderregelung. Somit gelten die Bestimmungen des

§ 30 c SG und der Soldatenarbeitszeitverordnung mit der Folge, dass dafür ein zeitlicher Ausgleich oder eine finanzielle Vergütung zu gewähren ist. Die Weisung war daher im angegriffenen Umfang aufzuheben.⁸²

III. Schlussbemerkung

Der vorstehende Bericht über die aktuelle Rechtsprechung des *BVerwG* in Wehrbeschwerdesachen zeigt, dass die Wehrbeschwerde auch mehr als 60 Jahre nach ihrer Einführung rege in Anspruch genommen wird und zur Fortentwicklung des Dienstrechts der Soldatinnen und Soldaten wesentlich beiträgt. Dies gilt nicht nur für die hier näher erläuterten Kernbereiche des Dienstrechts, sondern auch für interessante Randbereiche. So hat der 1. WD-Senat etwa in zwei Beschlüssen seine Rechtsprechung zur Feststellung eines Sicherheitsrisikos nach § 5 I Nrn. 1 und 2 SÜG fortgeführt⁸³ und im Bereich des Soldatenbeteiligungsrechts über interessante Fragen der Mitwirkung des Gesamtvertrauenspersonenausschusses⁸⁴ sowie über einen Antrag auf Abberufung von dessen Vorsitzendem entschieden.⁸⁵ Es würde jedoch den Rahmen dieser Abhandlung sprengen, auf die verschiedenen Randbereiche – zu denen nicht zuletzt die Disziplinarbeschwerde gehört – im Einzelnen einzugehen. ■

78 Beschl. v. 31.1.2018 – 1 WB 12/17, BeckRS 2018, 4704 Rn. 32 sowie Parallelbeschluss v. 31.1.2018 – 1 WB 13/17, BeckRS 2018, 4713 Rn. 28.

79 Beschl. v. 12.2.2018 – 1 WNB 8/17, BeckRS 2018, 2417 Rn. 8, und Beschl. v. 22.7.2009 – 1 WB 15/08, *BVerwGE* 134, 246 = BeckRS 2010, 48137 Rn. 26.

80 Beschl. v. 31.1.2018 – 1 WB 12/17, BeckRS 2018, 4704 Rn. 39.

81 Beschl. v. 31.1.2018 – 1 WB 12/17, NVwZ-RR 2018, 498 Ls. = BeckRS 2018, 4704 Rn. 43–45.

82 Beschl. v. 31.1.2018 – 1 WB 12/17, BeckRS 2018, 4704 Rn. 48 ff., sowie Parallelbeschluss v. 31.1.2018 – 1 WB 13/17, BeckRS 2018, 4713 Rn. 45 ff.

83 Beschl. v. 28.9.2017 – 1 WB 29/16, BeckRS 2017, 141259 Rn. 21 ff., und Beschl. v. 31.1.2018 – 1 WB 24/17 Rn. 17 ff.

84 Beschl. v. 30.11.2017 – 1 WB 24/16, BeckRS 2017, 139280 Rn. 19 ff.

85 Beschlüsse v. 21.6.2017 – 1 WDS – VR 5/16 Rn. 22 ff. und v. 8.11.2017 – 1 WB 30/16, NVwZ-RR 2018, 348 Ls. = BeckRS 2017, 140865 Rn. 41 ff.