



# BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

## BESCHLUSS

BVerwG 1 WB 51.12

In dem Wehrbeschwerdeverfahren

des Herrn Hauptfeldwebel ...,

...,

...,

hat der 1. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts durch

die Vorsitzende Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. von Heimburg,  
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Frenz,  
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Langer,  
den ehrenamtlichen Richter Oberstleutnant Böcker und  
den ehrenamtlichen Richter Hauptfeldwebel von Mandel

am 17. Dezember 2013 beschlossen:

Der Bescheid des Personalamts der Bundeswehr vom 30. März 2012 und der Beschwerdebescheid des Bundesministers der Verteidigung vom 18. Juli 2012 werden aufgehoben. Der Bundesminister der Verteidigung wird verpflichtet, den Antrag des Antragstellers auf Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes für das Auswahljahr 2012 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.

Die dem Antragsteller im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht einschließlich der im vorgerichtlichen Verfahren erwachsenen notwendigen Aufwendungen werden dem Bund auferlegt.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Antragsteller begehrt die Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes.
- 2 Der 1981 geborene Antragsteller ist Soldat auf Zeit mit einer auf zwölf Jahre festgesetzten Dienstzeit, die mit Ablauf des 31. März 2017 enden wird. Er gehört der Laufbahn der Feldwebel des allgemeinen Fachdienstes und der Ausbildungs- und Verwendungsreihe (AVR) 26120 (Stabsdienst S 2 / S 3) an. Er wurde am 2. Oktober 2009 zum Feldwebel, am 2. Oktober 2010 zum Oberfeldwebel und mit Wirkung vom 1. April 2013 zum Hauptfeldwebel ernannt. Seit dem 1. September 2009 wurde er auf einem ausbildungsgerechten Dienstposten als Feldwebel für Militärisches Nachrichtenwesen der Streitkräfte bei der ... in ... verwendet. Er ist vom 3. September 2013 bis zum 26. September 2014 zur Teilnahme am Lehrgang „...“ an die Bundeswehrfachschule ... in ... kommandiert.
- 3 Unter dem 15. Februar 2011 erstellte der nächste Disziplinarvorgesetzte für den Antragsteller eine - gemäß Nr. 204 Buchst. a (1) ZDv 20/6 anlassbezogene - planmäßige Beurteilung, in der er den Durchschnittswert der Aufgabenerfüllung auf dem Dienstposten mit 7,90 bewertete. In seiner Stellungnahme empfahl der nächsthöhere Vorgesetzte den Antragsteller nachdrücklich für eine Übernahme in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten und für einen Wechsel in die Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes; er gab als Entwicklungsprognose die „Förderung bis in die höchsten Verwendungen der Laufbahn“ an.
- 4 Mit Formularantrag vom 3. August 2010 hatte sich der Antragsteller erstmals um die Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes beworben. Das Personalamt der Bundeswehr lehnte den Antrag mit bestandskräftigem Bescheid vom 17. November 2010 ab und führte zur Begründung aus, dass der Antragsteller für das Auswahljahr 2011 nicht die Teilnahmevorausset-

zungen erfülle, weil für ihn bis zum 30. September des Antragsjahres keine planmäßige Beurteilung als Feldwebel vorgelegen habe.

- 5 Mit Formularantrag vom 8. Juni 2011 bewarb sich der Antragsteller erneut um die Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes. Er erklärte für den Fall, dass er aus Bedarfsgründen nicht in seiner AVR 26120 zu der angestrebten Laufbahn zugelassen werden könne, sein Einverständnis mit einer Umsetzung in die AVR 25813 (Stabsdienst S 1/Rechnungsführer), AVR 29002 (Führungs-/Ausbildungspersonal allgemein), AVR 27609 (Materialbewirtschaftung/Nachschubdienst) oder AVR 25713 (Feldnachrichtenkräfte).
- 6 Mit dem angefochtenen Bescheid vom 30. März 2012 lehnte das Personalamt auch diesen Antrag ab. Zur Begründung führte es aus, dass der Antragsteller als Erstbewerber einmalig in das Auswahlverfahren des Heeres 2012 einbezogen, in der AVR 26120 gereiht und der Auswahlkommission des Heeres gesondert vorgestellt worden sei. Er sei außerdem in seinem Geburtsjahrgang in den für eine Umsetzung in Betracht kommenden Ausbildungs- und Verwendungsräumen und im Eignungs- und Leistungsvergleich mit den zuletzt übernommenen Anwärterinnen bzw. Anwärtern für die Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes betrachtet worden. Das Bundesministerium der Verteidigung - Fü H I 1 - habe aber festgestellt, dass in seiner AVR und in seinem Geburtsjahrgang kein Bedarf bestehe. In den anderen Ausbildungs- und Verwendungsräumen seien Bewerber mit einem günstigeren Eignungs- und Leistungsbild zur Zulassung vorgeschlagen worden.
- 7 Gegen diesen Bescheid legte der Antragsteller mit Schreiben vom 3. Mai 2012 Beschwerde ein und machte geltend, aus dem Scheitern seiner Bewerbung an dem fehlenden Bedarf in seiner AVR 26120 sei zu schließen, dass der zuvor durchgeführte Eignungs- und Leistungsvergleich mit den zuletzt übernommenen Bewerbern zu seinen Gunsten ausgegangen sei. Er nehme an, dass er zu der angestrebten Laufbahn zugelassen worden wäre, wenn man ihn bereits in der Auswahlkonferenz 2011 in seiner AVR und in weiteren Ausbildungs- und Verwendungsräumen betrachtet hätte. Die Teilnahme sei ihm aber durch den Bescheid vom 17. November 2010 versagt worden. Ausgehend von seiner

Ausbildungsplanung sei eine Bewerbung eigentlich schon für das Auswahljahr 2011 in Betracht gekommen. Infolge von Verschiebungen seiner Ausbildungsplanung habe er die Ausbildung zum Feldwebel und Fachlehrgänge aber erst später abschließen können als ursprünglich vorgesehen. Durch die nicht förderliche Arbeitsweise der Stammdienststelle der Bundeswehr seien ihm erhebliche Laufbahnnachteile entstanden.

- 8 Mit Beschwerdebescheid vom 18. Juli 2012 wies der Bundesminister der Verteidigung - R II 2 - die Beschwerde zurück. In der Begründung legte er dar, dass in den Ausbildungs- und Verwendungsreihen 25813, 29002 und 27609 schon aus dem Blickwinkel des Jahres 2011 absehbar kein Bedarf im Geburtsjahrgang 1981 bestanden habe. Die Auswahlkonferenz 2012 habe den Antragsteller als sogenannten Erstbewerber betrachtet, weil sein Geburtsjahrgang für das Auswahljahr 2012 nicht mehr zur Bedarfsdeckung herangezogen worden sei. Zunächst sei er hinsichtlich der Kriterien Eignung, Leistung und Befähigung mit den zuletzt erfolgten Zulassungen in den Ausbildungs- und Verwendungsreihen 26120 und 25713 in seinem Geburtsjahrgang verglichen worden. Die Auswahlkonferenz sei mit einstimmigem Votum zu dem Ergebnis gekommen, dass der Antragsteller als mindestens gleich gut geeignet oder besser einzustufen sei. Sodann habe man die Genehmigung des Führungsstabs des Heeres im Bundesministerium der Verteidigung - Fü H I 1 - als des Bedarfsträgers zur Überschreitung des bereits gedeckten Bedarfs erbeten. Angesichts der erforderlichen Bedarfsabsenkungen im Zusammenhang mit der Einnahme des neuen Personalstrukturmodells (PSM) 185 auf neun Soldaten im Geburtsjahrgang des Antragstellers und unter Berücksichtigung von bereits 16 in diesem Geburtsjahrgang auf der Basis des PSM 2010 in den vorangegangenen Auswahlverfahren zugelassenen Bewerbern sei die Genehmigung jedoch nicht erteilt worden. Die Entscheidung des Amtschefs des Personalamts, den Antragsteller unter Beachtung dieser konferenzbezogenen ministeriellen Vorgaben des Bedarfsträgers nicht auszuwählen, sei mithin nicht zu beanstanden. Die fehlende Betrachtung als Erstbewerber im Auswahlverfahren 2011 könne der Antragsteller nicht mehr rügen, weil er den Ablehnungsbescheid des Personalamts vom 17. November 2010 habe bestandskräftig werden lassen.

- 9 Mit Schriftsatz vom 17. August 2012 beantragte der Antragsteller hiergegen die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts. Den Antrag hat der Bundesminister der Verteidigung - R II 2 - mit seiner Stellungnahme vom 5. Oktober 2012 dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.
- 10 Zur Begründung trägt der Antragsteller insbesondere vor:  
Die Entscheidung, ihn nicht in die Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes zu übernehmen, sei rechtswidrig. Schon grundlegende Feststellungen des Bundesministers der Verteidigung zu seiner Person, wie z.B. das Datum der Feststellung seiner Eignung zum Feldwebelanwärter (Oktober 2005 und nicht erst 23. Februar 2006), seien fehlerhaft. Durch starke Verzögerungen im Ausbildungsverlauf habe bei ihm die Ausbildungszeit 45 Monate statt regulär 36 Monate gedauert. Aus seiner Sicht sei es ohne weiteres möglich gewesen, die Ausbildung zeitgerecht durchzuführen, um ihm eine Teilnahme am Auswahlverfahren 2011 als regulärer Bewerber zu eröffnen. Hinsichtlich seiner Betrachtung in den einzelnen Ausbildungs- und Verwendungsreihen enthalte der Ausgangsbescheid gegenüber dem Beschwerdebescheid Widersprüche. Außerdem habe man in der im Januar 2012 durchgeführten Auswahlkonferenz nicht auf im PSM 185 festgelegte Bedarfsabsenkungen abstellen dürfen, weil dieses Modell erst am 13. Juni 2012 vom Minister gebilligt und anschließend veröffentlicht worden sei. Abgesehen davon bestreite er, dass durch das PSM 185 der für ihn relevante Bedarf in der Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes abgesenkt worden sei. Mit der im Beschwerdebescheid dargestellten Praxis folge das Ministerium im Übrigen nicht der normativ vorgegebenen Gesetzeslage, sondern schränke diese durch Verwaltungsvorschriften so weit ein, dass die vorgegebene vertikale Durchlässigkeit der Laufbahnen nicht für jeden Soldaten anwendbar sei. Damit werde gegen Grundsätze der Inneren Führung verstoßen. Eine Auswahl werde - wie in seinem Fall - einzig und allein aufgrund des Alters verhindert. Dass man als Soldat mit 31 Jahren nicht mehr körperlich für die Übernahme in die angestrebte Laufbahn geeignet sei, widerlege der Bedarfsträger selbst, weil für das Auswahljahr 2013 beispielsweise in der AVR 25713 nochmals der Jahrgang 1982 aufgerufen worden sei. Mit der Ablehnung seiner Bewerbung weiche der Bundesminister der Verteidigung von der gängigen Praxis der Vergangenheit ab, besser oder gleich gut geeignete

Bewerber trotz gedeckten Bedarfs in einer Ausbildungs- und Verwendungsreihe und in einem Geburtsjahrgang dennoch zu übernehmen. Aus den Konferenzprotokollen sei im Übrigen ersichtlich, dass in den Ausbildungs- und Verwendungsreihen 25713, 26120 und 29002 Bewerber ausgewählt worden seien, die einen schlechteren Summenrangplatzwert als er selbst aufwies bzw. die ohne Beurteilung und ohne Ergebnis der Potenzialfeststellung vor ihm gereiht worden seien.

- 11 Mit Schriftsatz vom 26. Januar 2013 hat sich der Antragsteller außerdem auf das Urteil des 2. Senats des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. Dezember 2012 - BVerwG 2 C 11.11 - berufen, wonach das Aufrufen einzelner Geburtsjahrgänge für die Bewerberauswahl bei der Berufung in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten kein leistungsbezogenes Auswahlkriterium im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG darstelle.
- 12 Der Bundesminister der Verteidigung beantragt,  
  
den Antrag zurückzuweisen.
- 13 Er bekräftigt unter Vorlage der einschlägigen Auswahlrichtlinien sowie der Unterlagen des Auswahlverfahrens die Richtigkeit der getroffenen ablehnenden Entscheidung. Die bereits vorhandenen Ausplanungsergebnisse für ein zukünftiges PSM 185 hätten schon in den Auswahlverfahren der Jahre 2011 und 2012 berücksichtigt werden müssen, um zu viele Zulassungen in den jeweiligen Ausbildungs- und Verwendungsreihen zu vermeiden. Im Zeitpunkt der Erstellung der Bedarfsträgervorgaben Heer habe der strukturelle Ergänzungsbedarf in der AVR 25713 nach dem für die Auswahlkonferenz 2012 noch verpflichtenden PSM 2010 vier Offizieranwärter betragen. Dieser strukturelle Ergänzungsbedarf sei nach einer übergreifenden Betrachtung der Geburtsjahrgänge 1982 bis 1986 mit den leistungsstärksten Bewerbern gedeckt worden. Das Urteil des 2. Senats des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. Dezember 2012 sei für das vorliegende Verfahren nicht maßgeblich, weil es eine statusrechtliche und keine truppendienstliche Angelegenheit betreffe.

- 14 Der Senat hat unter anderem die „Aktuelle Anweisung und Information zur Personalführung SDBw“ (AAIP SDBw) für das Auswahljahr 2011 (Stand: 28. Juli 2010 und 29. November 2010) und für das Auswahljahr 2012 (Stand: 15. Dezember 2011) beigezogen. Danach war in den Ausbildungs- und Verwendungsreihen 26120, 25713, 25813, 27609 und 29002 im Auswahljahr 2011 der Geburtsjahrgang 1981 noch zur Bedarfsdeckung aufgerufen; im Auswahljahr 2012 bestand für diesen Geburtsjahrgang jedoch in keiner der genannten Ausbildungs- und Verwendungsreihen mehr ein Ergänzungsbedarf. Aus den vorgelegten Konferenzunterlagen über das Auswahlverfahren 2012 ergibt sich ferner, dass die Offizieranwärter, die zuletzt in den fünf in Rede stehenden Ausbildungs- und Verwendungsreihen zugelassen wurden, den Geburtsjahrgängen 1982 bis 1984 angehören.
- 15 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen. Die Beschwerdeakte des Bundesministers der Verteidigung - R II 2 - Az.: .../12 - und die Personalgrundakte des Antragstellers haben dem Senat bei der Beratung vorgelegen.

## II

- 16 Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung hat Erfolg.
- 17 1. Der Antragsteller hat keinen konkreten Sachantrag gestellt. Sein Rechtsschutzbegehren ist sach- und interessengerecht dahin auszulegen, dass er beantragt, den Ablehnungsbescheid des Personalamts der Bundeswehr vom 30. März 2012 und den Beschwerdebescheid des Bundesministers der Verteidigung vom 18. Juli 2012 aufzuheben und den Bundesminister der Verteidigung zu verpflichten, seinen Antrag auf Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes vom 8. Juni 2011 für das Auswahljahr 2012 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.
- 18 2. Dieser Sachantrag ist zulässig.

- 19 Seiner Zulässigkeit steht insbesondere nicht entgegen, dass der nach Nr. 932 ZDv 20/7 für das Antragsbegehren maßgebliche Zulassungstermin 1. Oktober 2012 bereits verstrichen ist. Der Rechtsstreit hat sich hierdurch nicht in der Hauptsache erledigt, weil eine rückwirkende Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes rechtlich zulässig ist und nach der Praxis des Bundesministeriums der Verteidigung aufgrund einer Ausnahmegenehmigung noch erfolgen könnte, wenn der Zulassungsantrag in der Sache erfolgreich wäre (stRspr, vgl. zuletzt Beschluss vom 26. Juni 2012 - BVerwG 1 WB 34.11 - juris Rn. 15 m.w.N.).
- 20 3. Der Antrag ist auch begründet.
- 21 Der ablehnende Bescheid des Personalamts der Bundeswehr vom 30. März 2012 und der Beschwerdebescheid des Bundesministers der Verteidigung vom 18. Juli 2012 sind rechtswidrig und verletzen den Antragsteller in seinen Rechten; sie sind deshalb aufzuheben (§ 21 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 19 Abs. 1 Satz 1 WBO). Da die Sache nicht spruchreif ist, ist der Bundesminister der Verteidigung verpflichtet, den Antrag des Antragstellers auf Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes für das Auswahljahr 2012 unter Beachtung der nachfolgenden Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden (§ 21 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 19 Abs. 1 Satz 4 WBO).
- 22 a) Die durch entsprechende Verwaltungsvorschriften geleitete Praxis der Bundeswehr, im Auswahlverfahren für die Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes bestimmte Geburtsjahrgänge aufzurufen und eine Auswahl unter den Bewerbern nach dem Grundsatz der Bestenauslese nur bezogen auf den für die jeweils aufgerufenen Geburtsjahrgänge festgestellten Bedarf vorzunehmen, verstößt gegen höherrangiges Recht. Der Senat hält insoweit an seiner bisherigen Rechtsprechung, die diese Praxis gebilligt hat (vgl. zuletzt Beschluss vom 26. Juni 2012 - BVerwG 1 WB 34.11 - juris Rn. 18 ff. m.w.N.), nicht fest.
- 23 aa) Rechtsgrundlagen für die Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes sind § 40 Abs. 1 SLV sowie Kapitel 8 der aufgrund der Er-



mächtigung in § 44 SLV vom Bundesministerium der Verteidigung erlassenen „Bestimmungen über die Beförderung und für die Einstellung, Übernahme und Zulassung von Soldatinnen und Soldaten“ (ZDv 20/7). Nach § 40 Abs. 1 SLV und Nr. 801 ZDv 20/7 steht die Zulassung im Ermessen des Bundesministeriums der Verteidigung und setzt Bedarf und Eignung des Bewerbers voraus. Die Auswahl erfolgt gemäß Nr. 805 ZDv 20/7 nach der „Richtlinie für die Auswahl von Feldwebeln für die Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes“ vom 19. Dezember 2008 (BMVg PSZ I 1 <30> - 16-05-12/16 - Auswahlrichtlinie -) sowie der gemäß Nr. 2.2 Satz 1 der Auswahlrichtlinie zeitgerecht vor dem jeweiligen Abgabetermin von der Stammdienststelle der Bundeswehr zu veröffentlichenden „Aktuellen Anweisung und Information zur Personalführung SDBw“ (AAIP SDBw). Ziel des Auswahlverfahrens ist es, auf der Grundlage des Bedarfs in den einzelnen Ausbildungs- und Verwendungsräumen/Werdegängen der Offiziere die nach Eignung, Befähigung und Leistung am besten geeigneten Bewerberinnen und Bewerber auszuwählen und zur Zulassung vorzuschlagen. (Nr. 1.1 Satz 2 der Auswahlrichtlinie).

- 24 Hinsichtlich des Bedarfs legt gemäß Nr. 1.4 der Auswahlrichtlinie der zuständige Führungsstab im Bundesministerium der Verteidigung auf der Grundlage der strukturellen Vorgaben und der haushälterischen Möglichkeiten die Ergänzungsquoten an Offizieranwärterinnen und Offizieranwärtern des militärfachlichen Dienstes für das jeweilige Zulassungsjahr bezogen auf den Geburtsjahrgang und differenziert nach Ausbildungs- und Verwendungsräumen/Werdegängen fest. Der Führungsstab der Streitkräfte im Bundesministerium der Verteidigung ist mit Blick auf streitkräftegemeinsame Belange sowie die Erfordernisse der Streitkräftebasis zu beteiligen. Diese Bedarfsträgervorgaben sind für die nachgeordneten personalbearbeitenden Dienststellen bindend. Die Stammdienststelle gibt in der von ihr zu veröffentlichenden AAIP SDBw - unter anderem - den Personenkreis, der für die Antragstellung im Auswahljahr in Betracht kommt, die aufgerufenen Ausbildungs- und Verwendungsräumen/Werdegänge unter Beachtung des strukturellen Bedarfs in den Geburtsjahrgängen bzw. im Jahrgangsband sowie Hinweise auf die Möglichkeiten für die Umsetzungen in andere Ausbildungs- und Verwendungsräumen/Werdegänge/Uniformträgerbereiche bekannt (Nr. 2.2 Satz 2 der Auswahlrichtlinie). Gemäß Nr. 8.1 der

Auswahlrichtlinie (Erstbewerberregelung) ist außerdem Antragstellern aus nicht mehr aufgerufenen Geburtsjahrgängen, die sich wegen fehlender Teilnahmevoraussetzungen in ihrer Ausbildungs- und Verwendungsreihe/ihrem Werdegang in den vorangegangenen Jahren noch nicht für das Auswahlverfahren bewerben konnten, die einmalige Möglichkeit der Teilnahme am Auswahlverfahren zum nächstmöglichen Zeitpunkt einzuräumen. Diese Antragsteller werden nach Maßgabe der Nr. 8.3 der Auswahlrichtlinie einem Eignungs- und Leistungsvergleich mit den zuletzt zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes zugelassenen Soldatinnen und Soldaten unterzogen; sie unterliegen bei gleicher oder besserer Eignung einer gesonderten Entscheidung der Auswahlkonferenz, ob sie auch über die Bedarfsvorgabe hinaus mit Zustimmung des zuständigen Führungsstabes zugelassen werden können.

- 25 bb) Der Senat hat bisher in ständiger Rechtsprechung gebilligt, dass die zuständigen militärischen Stellen die Laufbahnzulassung nicht nur im Hinblick auf den fachlichen Verwendungsbereich, sondern auch hinsichtlich des jeweiligen Geburtsjahrgangs von Gesichtspunkten des Bedarfs und der Personalstruktur abhängig machen (vgl. zuletzt Beschluss vom 26. Juni 2012 a.a.O. juris Rn. 21 bis 24). Daran hält der Senat nach erneuter Überprüfung nicht mehr fest. Das Aufrufen einzelner Geburtsjahrgänge ist kein dem Grundsatz der Bestenauslese (Art. 33 Abs. 2 GG, § 3 Abs. 1 SG) genügendes Auswahlkriterium für die Bewerberauswahl bei der Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes. Maßgeblich hierfür sind entsprechende Erwägungen, wie sie dem Urteil des 2. Senats des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. Dezember 2012 - BVerwG 2 C 11.11 - (BVerwGE 145, 237, Rn. 19 ff.) zur vergleichbaren Problematik bei der Bewerberauswahl für die (statusrechtliche) Berufung in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten zugrunde liegen.
- 26 (1) Grundsätzlich legt der Bundesminister der Verteidigung (bzw. die von ihm beauftragte Stelle) den Bedarf in den einzelnen Verwendungsbereichen und Laufbahnen der Streitkräfte im Rahmen seiner Organisationshoheit fest. Die Bedarfsermittlung und die Bedarfsfeststellung sind wehrdienstgerichtlich nicht überprüfbar. Die Bedarfsermittlung dient der Verwirklichung planerischer Vorstellungen; sie ist eine von militärischen Zweckmäßigkeitserwägungen geprägte

organisatorische Maßnahme, mit deren Hilfe das Bundesministerium der Verteidigung die erforderlichen und verfassungsrechtlich zulässigen Aufgaben der Bundeswehr realisieren will. Es gehört nicht zu den Aufgaben der Wehrdienstgerichte, ihre Vorstellungen über die Organisation der Streitkräfte an die Stelle der dazu berufenen Organe zu setzen (stRspr, vgl. z.B. Beschlüsse vom 14. Juni 2006 - BVerwG 1 WB 47.05 - und vom 20. September 2011 - BVerwG 1 WB 48.10 - Rn. 42 m.w.N. <insoweit nicht veröffentlicht in Buchholz 449.2 § 20 SLV 2002 Nr. 1>). Die Bedarfsfeststellung ist als Ausübung der Organisationsgewalt den jeweiligen Auswahl- und Stellenbesetzungsverfahren vorgelagert und berührt noch nicht geschützte subjektive Rechte eines Soldaten (vgl. Urteil vom 13. Dezember 2012, a.a.O. Rn. 20 m.w.N.).

- 27 Die auf einzelne Geburtsjahrgänge bezogene Festlegung des Bedarfs an Offizieranwärterinnen und Offizieranwärttern des militärfachlichen Dienstes für das jeweilige Zulassungsjahr stellt hingegen keine wehrdienstgerichtlich nicht überprüfbare organisatorische Maßnahme dar. Die Ausrichtung der Ergänzungsquoten auf bestimmte Geburtsjahrgänge und der Aufruf dieser Geburtsjahrgänge zur Bedarfsdeckung unterfallen nicht der Organisationsgewalt des Dienstherrn. Vielmehr ist die Beschränkung der Bewerberauswahl auf bestimmte Geburtsjahrgänge bereits Bestandteil des Auswahlverfahrens zur Deckung des festgestellten Personalbedarfs im Wege der Zulassung von Bewerbern zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes. Mit ihr wird zum Ausdruck gebracht, dass zu der in Rede stehenden Laufbahn nur Soldaten mit einem bestimmten Lebensalter zugelassen werden sollen. Die an dieser Maßgabe orientierte Bewerberauswahl unterliegt damit der wehrdienstgerichtlichen Überprüfung und aus den nachfolgenden Gründen der Bindung an den Grundsatz der Bestenauslese (Art. 33 Abs. 2 GG, § 3 Abs. 1 SG).
- 28 (2) Gemäß Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt (Leistungsprinzip bzw. Grundsatz der Bestenauslese). § 3 Abs. 1 SG übernimmt die Grundsätze des Art. 33 Abs. 2 GG in das Dienstverhältnis der Soldaten und erstreckt sie über Ernennungen hinaus ausdrücklich auf Verwendungsentscheidungen. Der Grundsatz der Bestenauslese gilt damit auch für Konkurrenzver-

hältnisse um eine höherwertige militärische Verwendung, wie insbesondere für Auswahlentscheidungen zur Besetzung eines höher dotierten Dienstpostens (stRspr, vgl. z.B. Beschluss vom 29. Januar 2013 - BVerwG 1 WB 60.11 - Rn. 33 ff. <NVwZ 2013, 1227>), aber auch für die hier strittige Zulassung von Feldwebeln in die Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes, die nach Maßgabe des § 17 Abs. 1 Satz 1 WBO in Verbindung mit § 27 SG und den Zulassungsvorschriften der Soldatenlaufbahnverordnung eine Entscheidung über eine höherwertige Verwendung darstellt. Letzteres wird dadurch unterstrichen, dass die Zulassung als Anwärter in der Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes (und das entsprechende erfolgreiche Durchlaufen der Ausbildung) Voraussetzung für die Anwärterbeförderungen (§ 41 SLV, Nr. 811 ZDv 20/7) und schließlich für die Übernahme in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten (§ 40 SLV, Nr. 813 ZDv 20/7) ist.

- 29 (3) Der Grundsatz der Bestenauslese ist sowohl auf der Ebene der Verfassung als auch - insbesondere für Verwendungsentscheidungen - auf der Ebene des Soldatengesetzes (§ 3 Abs. 1 SG) uneingeschränkt und vorbehaltlos gewährleistet. Die Vorschrift dient zum einen dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes; dessen fachliches Niveau und rechtliche Integrität sollen gerade durch die ungeschmälerte Anwendung des Leistungsprinzips gewährleistet werden. Zum anderen trägt Art. 33 Abs. 2 GG dem berechtigten Interesse der Beamten - gemäß § 3 Abs. 1 SG auch der Soldaten - an einem angemessenen beruflichen Fortkommen dadurch Rechnung, dass er grundrechtsgleiche Rechte auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl begründet (BVerfG, Kammerbeschluss vom 24. September 2002 - 2 BvR 857/02 - NVwZ 2003, 200; BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2012 a.a.O. Rn. 22 m.w.N.). Belange, die nicht in diesem Grundsatz verankert sind, sondern diesen durchbrechen, einschränken oder modifizieren, können bei der Bewerberauswahl nur Berücksichtigung finden, wenn ihnen außerhalb von Art. 33 Abs. 2 GG ebenfalls Verfassungsrang bzw. - bezogen auf § 3 Abs. 1 SG - Gesetzesrang eingeräumt ist. Die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes ist durch die Ämtervergabe nach dem Leistungsprinzip sicherzustellen. Soweit es nicht um die Abwendung einer unmittelbar drohenden Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Ver-

waltung, sondern nur um Fragen des optimierenden Ausgleichs mit anderen verfassungsgeschützten Interessen geht, bedarf es zudem einer gesetzlichen Grundlage. Diese muss ihrerseits dem Zweck des Grundsatzes der Bestenauslese Rechnung tragen, d.h. ernsthaften Gefährdungen der Leistungsfähigkeit des öffentlichen Dienstes vorbeugen (vgl. u.a. BVerfG, Kammerbeschluss vom 2. April 1996 - 2 BvR 169/93 - NVwZ 1997, 54; BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2012 a.a.O. Rn. 23 m.w.N., und Beschluss vom 20. September 2011 a.a.O. = Buchholz 449.2 § 20 SLV 2002 Rn. 30).

- 30 Danach gibt Art. 33 Abs. 2 GG die entscheidenden Beurteilungsgesichtspunkte für die Bewerberauswahl zur Besetzung von öffentlichen Ämtern abschließend vor. Die von Art. 33 Abs. 2 GG erfassten Auswahlentscheidungen können grundsätzlich nur auf Gesichtspunkte gestützt werden, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber betreffen. Anderen Gesichtspunkten darf nur Bedeutung beigemessen werden, wenn sich aus dem Vergleich anhand von unmittelbar leistungsbezogenen Gesichtspunkten kein Vorsprung von Bewerbern ergibt. Dienst- und Lebensalter gehören nicht zu den unmittelbar leistungsbezogenen Auswahlkriterien im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG (Urteile vom 28. Oktober 2004 - BVerwG 2 C 23.03 - BVerwGE 122, 147 <151> = Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 30, vom 30. Juni 2011 - BVerwG 2 C 19.10 - BVerwGE 140, 83 = Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 49 <jeweils Rn. 14 f.> und vom 13. Dezember 2012 a.a.O. Rn. 24).
- 31 Da die Funktionsfähigkeit des Staates und seiner Einrichtungen nach der Vorgabe des Art. 33 Abs. 2 GG durch die strikte Beachtung des Leistungsgrundsatzes bei der Deckung des Personalbedarfs sicherzustellen ist, können andere, nicht durch Art. 33 Abs. 2 GG gedeckte Belange dessen Einschränkung im Interesse der Funktionsfähigkeit nur rechtfertigen, wenn ansonsten „schwerwiegende Defizite“ bei der Erfüllung der staatlichen Aufgaben zu erwarten sind (BVerfG, Kammerbeschluss vom 2. April 1996 a.a.O.; BVerwG, Urteile vom 28. Oktober 2004 a.a.O. S. 149 f., vom 25. November 2004 - BVerwG 2 C 17.03 - BVerwGE 122, 237 <242 f.> = Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 31 S. 25 und vom 13. Dezember 2012 a.a.O. Rn. 25). Das vorausschauende Anliegen, künftige Engpässe oder Einarbeitungsschwierigkeiten zu vermeiden,

reicht dagegen nicht aus, um ein Zurücktreten der in Art. 33 Abs. 2 GG verbindlich angeordneten Auswahlmaßstäbe begründen zu können. Das generelle, aber nicht normativ fundierte und ggf. nach Tätigkeitsbereichen differenzierte Interesse des Dienstherrn an der Schaffung oder Aufrechterhaltung ausgewogener Altersstrukturen in der Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes besitzt kein ausreichendes verfassungsrechtliches Gewicht, um eine Einschränkung des in Art. 33 Abs. 2 GG gewährleisteten Zugangsrechts zu rechtfertigen (vgl. Urteile vom 28. Oktober 2004 a.a.O. S. 153 und vom 13. Dezember 2012 a.a.O. Rn 25).

32 (4) Der verfassungsrechtlich verankerte Verteidigungsauftrag der Bundeswehr (Art. 87a Abs. 1 Satz 1 GG) führt für sich genommen zu keiner anderen Beurteilung. Art. 87a Abs. 1 Satz 1 GG enthält eine verfassungsrechtliche Grundentscheidung für eine wirksame militärische Landesverteidigung; diese schließt das Gebot ein, das innere Gefüge der aufzustellenden Streitkräfte so zu gestalten, dass sie ihren militärischen Aufgaben gewachsen sind (BVerfG, Urteil vom 24. April 1985 - 2 BvF 2/83 u.a. - BVerfGE 69, 1 <21>; BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2012 a.a.O. Rn. 26 m.w.N.). Die Gestaltung des Gefüges der Streitkräfte bedarf in Bereichen, in denen es - wie hier bei der Anknüpfung an bestimmte einzelne Geburtsjahrgänge - um die lebensaltersbezogene Einschränkung des Zugangs zu einer (höherwertigen) militärischen Laufbahn geht, einer normativen Regelung; dabei ist es Sache des Normgebers zu prüfen, ob und inwieweit - über Höchstaltersgrenzen hinaus - bestimmte Laufbahnen eine jahrgangsbezogene ausgewogene Altersstruktur erfordern, und insoweit etwaige aus dem Verteidigungsauftrag folgende Besonderheiten für die Personalauswahl unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Garantien des Art. 33 Abs. 2 GG zu konkretisieren (Urteil vom 13. Dezember 2012 a.a.O. Rn. 27). In die Beurteilung der Frage einer „Zulassungsaltersgrenze“ für die Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes könnte er, wenn er es für notwendig hält, zum Beispiel Aspekte der durch ein bestimmtes Lebensalter indizierten körperlichen bzw. gesundheitlichen Eignung einbeziehen.

33 (5) Der Senat vermag sich nicht der Auffassung des Bundesministers der Verteidigung anzuschließen, dass das Urteil des 2. Revisionssenats vom 13. De-

zember 2012 nur für die statusrechtliche Ebene der Personalauswahl Bedeutung habe. Das Zulassungsverfahren der Anwärter für die Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes ist dadurch gekennzeichnet, dass in ihm die in den statusrechtlichen Auswahlverfahren durchgeführte Bewerberauswahl nach persönlichen Kriterien - wie hier etwa nach dem Geburtsjahrgang - insgesamt vorverlagert ist in das nach Maßgabe der Nrn. 805 und 806 ZDv 20/7 ablaufende Verfahren der Auswahlkonferenz. Vor der statusrechtlichen Entscheidung der zuständigen personalbearbeitenden Stelle, ob ein (zugelassener) Anwärter für die Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes zum Leutnant befördert und damit Berufssoldat werden soll, findet nach der in den Vorschriften Nrn. 811 bis 813 ZDv 20/7 niedergelegten Verwaltungspraxis nur noch eine Prüfung bezüglich der fachlichen Voraussetzungen statt.

- 34 b) Der Antragsteller ist ausweislich des angefochtenen Ausgangsbescheids in der Fassung des Beschwerdebescheids nicht im Eignungs- und Leistungsvergleich gescheitert, sondern nur deshalb nicht zu der angestrebten Laufbahn zugelassen worden, weil sein Geburtsjahrgang 1981 im Auswahljahr 2012 nicht mehr zur Bedarfsdeckung aufgerufen war und weil der Führungsstab des Heeres - Fü H I 1 - als Bedarfsträger eine überplanmäßige Zulassung des Antragstellers zum 1. Oktober 2012 nicht genehmigt hat. Im Beschwerdebescheid wird festgestellt, dass die Auswahlkonferenz den Antragsteller im Eignungs- und Leistungsvergleich mit den zuletzt in den Ausbildungs- und Verwendungsreihen 26120 und 25713 zugelassenen Offizieranwärtern einstimmig als mindestens gleich gut geeignet oder besser eingestuft habe. Dies wird durch die vorgelegten Konferenzunterlagen aus dem Auswahljahr 2012 bestätigt. Danach sind in den beiden genannten Ausbildungs- und Verwendungsreihen und zusätzlich in der AVR 29002 Bewerber zu der angestrebten Laufbahn zugelassen worden, die über einen schlechteren Summenrangplatzwert als der Antragsteller (628,762) verfügen bzw. die ohne Beurteilung vor ihm gereiht worden sind. Außerdem ist auf dem den Antragsteller betreffenden Blatt „Konferenzmanagement“ handschriftlich vermerkt: „K. ist mindestens gleich gut! 2012“.
- 35 Die Ablehnungsentscheidung beruht - wie dargelegt - auf einer Praxis, die mit Art. 33 Abs. 2 GG und § 3 Abs. 1 SG nicht zu vereinbaren ist. Die angefochte-

nen Bescheide sind deshalb aufzuheben. Der Bundesminister der Verteidigung ist zur Neubescheidung des Zulassungsantrags des Antragstellers zu verpflichten, weil die Sache noch nicht spruchreif ist. Denn die vom Antragsteller angestrebte Zulassung zum Zulassungstermin 1. Oktober 2012 kann nur rückwirkend erfolgen; sie bedarf insoweit noch einer Ausnahmegenehmigung, die nicht der Senat, sondern allein die dazu berufene Stelle der Personalführung erteilen kann.

- 36 4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 21 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 Satz 1 WBO.

Dr. von Heimburg

Dr. Frenz

Dr. Langer



Sachgebiet:	BVerwGE:	nein
Wehrbeschwerderecht	Fachpresse:	ja

Rechtsquellen:

GG	Art. 33 Abs. 2
SG	§ 3 Abs. 1
SLV	§ 40 Abs. 1

Stichworte:

Aufrufen einzelner Geburtsjahrgänge; Bestenauslese; Körperliche Eignung; Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes; Leistungsgrundsatz; Organisationshoheit; Zulassung zur Laufbahn.

Leitsätze:

1. Die Ausrichtung der Ergänzungsquoten für die Zulassung von Feldwebeln zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes auf einzelne Geburtsjahrgänge und das Aufrufen dieser Geburtsjahrgänge zur Bedarfsdeckung unterfallen nicht der Organisationshoheit des Bundesministers der Verteidigung, sondern dem wehrdienstgerichtlich überprüfbaren Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG (Änderung der bisherigen Rechtsprechung, zuletzt Beschluss vom 26. Juni 2012 - BVerwG 1 WB 34.11 -).

2. Das Aufrufen einzelner Geburtsjahrgänge ist kein dem Grundsatz der Bestenauslese (Art. 33 Abs. 2 GG, § 3 Abs. 1 SG) genügendes Auswahlkriterium für die Bewerberauswahl bei der Zulassung von Feldwebeln zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes.

Beschluss des 1. Wehrdienstsenats vom 17. Dezember 2013 - BVerwG 1 WB 51.12