



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 1 WB 25.12

In dem Wehrbeschwerdeverfahren

der Frau Hauptfeldwebel ...,
...,

- Bevollmächtigte:
Rechtsanwälte ...,
... -

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 Heuwinkel und
den ehrenamtlichen Richter Oberstabsfeldwebel Barth

am 27. August 2013 beschlossen:

Der Antrag wird zurückgewiesen.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Antragstellerin begehrt die Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes.
- 2 Die 1977 geborene Antragstellerin ist Soldatin auf Zeit mit einer zuletzt auf 9 Jahre und 6 Monate festgesetzten Dienstzeit, die mit Ablauf des 31. März 2017 endet. Zum Hauptfeldwebel wurde sie mit Wirkung vom 1. Oktober 2012 ernannt. Die Antragstellerin ist ausgebildeter Musikfeldwebel Streitkräfte und Musikfeldwebel Fagott in der Ausbildungs- und Verwendungsreihe 29902 (Militärmusikdienst). Seit dem 1. Januar 2008 wird sie beim ... in ... als Musikfeldwebel verwendet.
- 3 Mit Formularantrag vom 10. Juni 2009 bewarb sich die Antragstellerin erstmals um die Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes. Dieser Antrag wurde mit bestandskräftigem Bescheid des Personalamts der Bundeswehr vom 1. September 2010 abgelehnt.
- 4 Mit Formularantrag vom 8. Oktober 2010 bewarb sich die Antragstellerin erneut um die Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes. Mit Bescheid vom 12. April 2011 lehnte das Personalamt auch diesen Antrag ab. Zur Begründung führte es aus, dass die Antragstellerin in das Auswahlverfahren des Jahres 2011 einbezogen und in ihrem Geburtsjahrgang in der Ausbildungs- und Verwendungsreihe 29902 gereiht worden sei. Die Auswahlkommission habe nach Auswertung der Unterlagen aller Bewerber dieser Ausbildungs- und Verwendungsreihe sowie unter Beachtung des vom Bundesministerium der Verteidigung ermittelten Bedarfs Bewerberinnen und Bewerber zur Zulassung vorgeschlagen, deren Eignungs- und Leistungsbild günstiger als das der Antragstellerin sei. Der Antragstellerin bleibe freigestellt, sich für künftige Auswahlverfahren erneut zu bewerben, sofern ihr Geburtsjahrgang in der Ausbildungs- und Verwendungsreihe 29902 zur Bedarfsdeckung aufgerufen werde.

- 5 Hiergegen erhob die Antragstellerin mit Schreiben vom 8. Mai 2011 Beschwerde. Sie verwies dabei auf eine von ihr parallel eingelegte Eingabe beim Wehrbeauftragten des Deutschen Bundestags in gleicher Sache.

- 6 Mit Bescheid vom 12. August 2011 wies der Bundesminister der Verteidigung - PSZ I 7 - die Beschwerde zurück. In der Begründung erläuterte er, dass die Auswahl für die Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes unter Berücksichtigung der jeweiligen Ausbildungs- und Verwendungsreihe, des jeweiligen Geburtsjahrgangs und des Bedarfs nach dem Prinzip der Bestenauslese im Hinblick auf Eignung, Leistung und Befähigung der Bewerber erfolge. Bei entsprechendem Bedarf würden jährlich innerhalb der jeweiligen Ausbildungs- und Verwendungsreihe bestimmte Geburtsjahrgänge aufgerufen. Die konkret aufgerufenen Geburtsjahrgänge bestimmten sich nach den Zuruhesetzungsterminen der dem jeweiligen Jahrgang angehörigen Soldaten, wodurch eine ausgewogene Altersstruktur sichergestellt werde. Im Auswahlverfahren für das Auswahljahr 2011 habe die Antragstellerin in der Vorsortierungsliste (Geburtsjahrgang 1977, Ausbildungs- und Verwendungsreihe 29902) einen Summenrangplatzwert von 540,505 Punkten erreicht und damit unter vier Bewerbern den zweiten Platz belegt. Die einzige Zulassung für das Auswahljahr 2011 habe eine Bewerberin (Oberfeldwebel <heute: Oberfähnrich> L.) mit einem Summenrangplatzwert von 565,805 Punkten erhalten. Die Antragstellerin habe sich damit im ganzheitlichen Eignungs- und Leistungsvergleich nicht durchsetzen können.

- 7 Mit Schriftsatz ihrer Bevollmächtigten vom 30. September 2011 beantragte die Antragstellerin hiergegen die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts. Der Antrag wurde vom Bundesminister der Verteidigung - R II 2 - mit seiner Stellungnahme vom 3. Mai 2012 dem Senat vorgelegt.

- 8 Zur Begründung führte die Antragstellerin insbesondere aus:
Die Entscheidung über die Auswahl für die Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes sei nicht hinreichend dokumentiert. Fehlerhaft sei ferner, dass im Auswahlverfahren ihre dienstliche Beurteilung zum Vorlagentermin 30. September 2009 zugrunde gelegt worden sei, in der sie bei der Bewertung der Aufgabenerfüllung auf dem Dienstposten lediglich einen Durch-

schnittswert von „6,14“ erzielt habe. Nicht berücksichtigt worden sei hingegen die im Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung bereits vorliegende Beurteilung zum 30. September 2011, bei der sie einen Durchschnittswert der Aufgabenerfüllung von „8,50“ erreicht habe. Die Beurteilung zum 30. September 2009 habe sie zwar nicht angefochten; sie sei jedoch nichtig, weil sie an einem besonders schwerwiegenden Fehler leide und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich sei. Wie sich aus den Erklärungen ihres beurteilenden Vorgesetzten, des Chefs des ..., ergebe, beruhe ihre schlechte Bewertung im Jahre 2009 darauf, dass der Vorgesetzte die besseren Bewertungen für Kameraden benötigt habe, die es aufgrund ihres Instruments oder anderer Faktoren schwerer hätten, in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten übernommen zu werden. Ihr, der Antragstellerin, sei versichert worden, dass in ihrem Fall auch eine geringere Punktezahl für die Übernahme zur Berufssoldatin genügen würde. Im Vertrauen auf diese Erläuterungen und Zusagen habe sie auf das Einlegen von Rechtsmitteln verzichtet und sich mit einer ausführlichen Erklärung zur dienstlichen Beurteilung begnügt. Mit Schriftsatz vom 15. März 2013 hat die Antragstellerin außerdem auf das Urteil des 2. Senats des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. Dezember 2012 - BVerwG 2 C 11.11 - hingewiesen, 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.

9 Die Antragstellerin beantragt,

den Antragsgegner unter Aufhebung des Bescheids des Personalamts der Bundeswehr vom 12. April 2011 in der Gestalt des Beschwerdebescheids vom 12. August 2011 zu verpflichten, sie, die Antragstellerin, zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes für das Auswahljahr 2011 zuzulassen,

hilfsweise, den Antragsgegner unter Aufhebung des Bescheids des Personalamts der Bundeswehr vom 12. April 2011 in der Gestalt des Beschwerdebescheids vom 12. August 2011 zu verpflichten, ihren Antrag auf Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes für das Auswahljahr 2011 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.

- 10 Der Bundesminister der Verteidigung beantragt,
den Antrag zurückzuweisen.
- 11 Er bekräftigt unter Vorlage der einschlägigen Auswahlrichtlinien sowie der Unterlagen des Auswahlverfahrens die Richtigkeit der getroffenen ablehnenden Entscheidung. Nach den maßgeblichen Verwaltungsvorschriften seien im Auswahlverfahren für das Auswahljahr 2011 die dienstlichen Beurteilungen zum 30. September 2009 zugrunde zu legen gewesen. Die Beurteilung der Antragstellerin sei, ungeachtet ihrer möglichen Rechtswidrigkeit, jedenfalls deshalb verwertbar gewesen, weil sie in Bestandskraft erwachsen sei. Ein Nichtigkeitsgrund liege nicht vor. Ebenso wenig sei eine verbindliche Zusicherung gegeben. 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.
- 12 Mit Schreiben vom 12. August 2013 hat der Bundesminister der Verteidigung - R II 2 - außerdem Auskünfte zur Durchführung des Auswahlverfahrens 2011 erteilt sowie ein Konferenzprotokoll vom 3. März 2011 vorgelegt.
- 13 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen. Die Beschwerdeakte des Bundesministers der Verteidigung - R II 2 - Az.: ... - und die Personalgrundakte der Antragstellerin haben dem Senat bei der Beratung vorgelegen.

II

- 14 Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung hat keinen Erfolg.
- 15 1. Der Antrag ist zulässig.
- 16 Seiner Zulässigkeit steht insbesondere nicht entgegen, dass der nach Nr. 932 ZDv 20/7 maßgebliche Zulassungstermin 1. Oktober 2011 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.).

17 2. Der Antrag ist jedoch sowohl im Haupt- als auch im Hilfsantrag unbegründet.

18 Der ablehnende Bescheid des Personalamts der Bundeswehr vom 12. April 2011 und der Beschwerdebescheid des Bundesministers der Verteidigung - PSZ I 7 - vom 12. August 2011 verletzen jedenfalls die Antragstellerin nicht in ihren Rechten. Die Antragstellerin hat deshalb keinen Anspruch auf Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes und kann auch keine erneute Bescheidung ihres Antrags vom 8. Oktober 2010 verlangen.

19 a) Rechtsgrundlagen für die Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes sind § 40 Abs. 1 SLV sowie Kapitel 8 der aufgrund der Ermächtigung 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 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 Verwendungsreihen/Werdegängen der Offiziere die nach Eignung, Befähigung und Leistung am besten geeigneten Bewerberinnen und Bewerber auszuwählen und zur Zulassung vorzuschlagen. (Nr. 1.1 Abs. 2 der Auswahlrichtlinie).

- 20 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 Verwendungsreihen/Werdegängen fest. Diese Bedarfsträgervorgaben sind für die nachgeordneten 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 Verwendungsreihen/Werdegänge unter Beachtung des strukturellen Bedarfs in den Geburtsjahrgängen bzw. im Jahrgangsband sowie Möglichkeiten für die Umsetzungen in andere Ausbildungs- und Verwendungsreihen/Werdegänge/Uniformträgerbereiche bekannt (Nr. 2.2 Satz 2 der Auswahlrichtlinie). Alle antragsberechtigten Soldatinnen und Soldaten sind durch die nächsten Disziplinarvorgesetzten rechtzeitig über die gültige AAIP SDBw zu informieren (Nr. 2.2 Satz 3 der Auswahlrichtlinie).
- 21 b) 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. Maßgeblich hierfür waren die folgenden Erwägungen (vgl. zusammenfassend Beschluss vom 26. Juni 2012 a.a.O. Rn. 21 bis 24):

„Es stellt ein berechtigtes Anliegen der Personalführung dar, der Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes nur dann weitere Offiziere zuzuführen, wenn hierfür - auch unter dem Blickwinkel der Herstellung einer ausgewogenen Altersstruktur in der jeweiligen Ausbildungs- und Verwendungsreihe - ein Bedarf besteht und die Verwendung in der neuen Laufbahn sichergestellt ist (stRspr, vgl. Beschluss vom 28. Oktober 2008 - BVerwG 1 WB 32.08 - Rn. 21 m.w.N. sowie zuletzt Beschluss vom 13. Dezember 2011 - BVerwG 1 WB 37.10 - Rn. 69; für den Laufbahnwechsel vgl. Beschluss vom 28. Juni 2011 - BVerwG 1 WB 56.10 - Rn. 21).

Die bei der Bedarfsermittlung erfolgende Anknüpfung (unter anderem) an den Geburtsjahrgang des Bewerbers verstößt auch nicht gegen Grundsätze der Gleichbehandlung (vgl. hierzu auch Beschluss vom 28. Oktober 2008 - BVerwG 1 WB 32.08 - Rn. 27). Die ausdrücklichen - an Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG angelehnten - Diskriminierungsverbote des § 3 Abs. 1 SG für Verwendungsentscheidungen („ohne Rücksicht auf Geschlecht, sexuelle Identität, Abstammung, Rasse, Glauben, Weltanschauung, religiöse oder politische Anschauungen, Heimat, ethnische oder sonstige Herkunft“) beziehen sich nicht auf das Alter des Soldaten. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vom 14. August 2006 (BGBl I S. 1897), das sich unter anderem gegen Benachteiligungen wegen des Alters richtet (§§ 1, 8 Abs. 1, § 10 AGG), ist auf Soldaten nicht, auch nicht entsprechend (Umkehrschluss aus § 24 AGG), anwendbar. Für Soldaten gilt vielmehr das Gesetz über die Gleichbehandlung der Soldatinnen und Soldaten (SoldGG) vom 14. August 2006 (BGBl I S. 1904). Anders als das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz erstreckt sich dieses Gesetz jedoch nicht auf (mögliche) Benachteiligungen wegen des Alters (siehe § 1 SoldGG); der Gesetzgeber hat bei der Umsetzung europäischer Gleichbehandlungsrichtlinien insoweit bewusst von der durch Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 (ABl EG Nr. L 303 S. 16) eröffneten Möglichkeit Gebrauch gemacht, auf eine Umsetzung für den Bereich der Streitkräfte zu verzichten (vgl. zur Begründung im Einzelnen BTDrucks 16/1780 S. 27).

Das bestehende Auswahlverfahren für die Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes bedarf schließlich, auch soweit dabei an den Geburtsjahrgang des Bewerbers angeknüpft wird, keiner normativen Regelung (unmittelbar durch ein Gesetz oder durch eine auf der Grundlage einer gesetzlichen Ermächtigung ergangene Rechtsverordnung). Zwar hat der Senat entschieden, dass Höchstaltersgrenzen für die Laufbahnzulassung nicht allein durch Verwaltungsvorschriften festgelegt werden dürfen, sondern dem Anwendungsbereich des Vorbehalts des Gesetzes unterliegen und deshalb eine normative Regelung erfordern (Beschluss vom 20. September 2011 - BVerwG 1 WB 48.10 - BVerwGE 140, 342 = Buchholz 449.2 § 20 SLV 2002 Nr. 1 <jeweils Rn. 26 ff.>). Die Möglichkeit der Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes hängt jedoch nicht von einer fest bestimmten Altersgrenze, sondern von der Bedarfslage ab, die sich je nach fachlichem Verwendungsbereich für Bewerber aus den verschiedenen Geburtsjahrgängen unterschiedlich darstellen kann. Außerdem eröffnet die genannte Erstbewerberregelung jedem

(potentiellen) Bewerber um die Laufbahnzulassung die zumindest einmalige Möglichkeit der Teilnahme am Auswahlverfahren nach dem Grundsatz der Bestenauslese (Art. 33 Abs. 2 GG, § 3 Abs. 1 SG) ohne Rücksicht auf das Alter und den geburtsjahrgangsbezogenen Bedarf.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die von der zuständigen militärischen Stelle ermittelte Bedarfslage in den einzelnen Verwendungsbereichen und Geburtsjahrgängen wehrdienstgerichtlich nicht überprüfbar ist. Die Bedarfsermittlung dient der Verwirklichung planerischer Vorstellungen und ist eine organisatorische Maßnahme, mit deren Hilfe das Bundesministerium der Verteidigung die erforderlichen und verfassungsrechtlich zulässigen Aufgaben der Bundeswehr realisieren will. Bei solchen planerischen Vorstellungen und organisatorischen Maßnahmen handelt es sich um Zweckmäßigkeitsfragen, die - wenn sie ein dienstliches Bedürfnis für eine bestimmte Verwendung eines bestimmten Soldaten begründen oder ausschließen - bei der richterlichen Kontrolle einzelner Personalmaßnahmen, außer bei Rechtsverstößen, als vorgegeben hingenommen werden müssen. Es gehört nicht zu den Aufgaben der Wehrdienstgerichte, ihre Vorstellungen über die Organisation der Streitkräfte an die Stelle derjenigen der dazu berufenen Organe zu setzen (stRspr, vgl. Beschluss vom 28. Juni 2011 - BVerwG 1 WB 56.10 - Rn. 23 m.w.N.).“

- 22 Es kann vorliegend offen bleiben, ob an dieser Rechtsprechung im Hinblick auf die Erwägungen in dem Urteil des 2. Revisionssenats des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. Dezember 2012 (- BVerwG 2 C 11.11 - ZBR 2013, 252 Rn. 19 ff.) auch künftig festzuhalten ist. Nach diesem Urteil, das die (statusrechtliche) Problematik der Übernahme in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten betrifft, stellt das Aufrufen einzelner Geburtsjahrgänge keine (gerichtlich nicht überprüfbare) organisatorische Maßnahme dar, sondern ist bereits als Bestandteil des Auswahlverfahrens zur Deckung des festgestellten Personalbedarfs anzusehen und daher am Maßstab des Grundsatzes der Bestenauslese (Art. 33 Abs. 2 GG) zu beurteilen; jedenfalls für den Militärmusikdienst stelle das Aufrufen einzelner Geburtsjahrgänge dabei kein leistungsbezogenes Auswahlkriterium im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG dar. Es spricht viel dafür, diese Erwägungen auch auf das Auswahlverfahren für die Zulassung von Feldwebeln in die Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes zu übertragen, zumal die Zulassung als Anwärter in dieser Laufbahn (und das erfolgreiche Durch-

laufen der entsprechenden Ausbildung) Voraussetzung für die Anwärterbeförderungen (§ 41 SLV, Nr. 811 ZDv 20/7) und die anschließende Übernahme in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten (§ 40 SLV, Nr. 813 ZDv 20/7) ist.

- 23 Im vorliegenden Fall bedarf es insoweit jedoch keiner Entscheidung, weil sich die aus dem Aufruf nur einzelner Geburtsjahrgänge ergebende Einschränkung des Bewerberfeldes nicht zulasten, sondern allenfalls zugunsten der Antragstellerin ausgewirkt hat.
- 24 Nach der Auskunft des Bundesministers der Verteidigung - R II 2 - vom 12. August 2013 in Verbindung mit dem zugleich vorgelegten „Protokoll über die Konferenz zur Auswahl von Feldwebeln/Bootsleuten für eine Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes vom 10.02.2011“ hat im Auswahlverfahren 2011 für alle Geburtsjahrgänge und Uniformträgerbereiche (Heer, Luftwaffe, Marine) nur eine einzige Zulassungsmöglichkeit zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes zur Verfügung gestanden (siehe Nr. 4 Abs. 1 des Protokolls). Aufgerufen worden seien die Geburtsjahrgänge 1977 sowie 1981 bis 1985; beworben hätten sich vier Porteppeeunteroffiziere, nämlich zwei Bewerber aus dem Heer, beide Jahrgang 1977 (die Antragstellerin sowie die ausgewählte Bewerberin Oberfähnrich L.), ein Bewerber aus der Luftwaffe, Jahrgang 1982, und ein Bewerber aus der Marine, ebenfalls Jahrgang 1982; alle Bewerber seien gemeinsam jahrgangs- und uniformträgerbereichsübergreifend betrachtet worden (siehe Nr. 4 Abs. 1, Nr. 5 Abs. 1 und Nr. 6 letzter Abs. des Protokolls).
- 25 Die Antragstellerin ist damit im konkreten Fall durch die Ausgestaltung des Auswahlverfahrens in keiner denkbaren Hinsicht benachteiligt worden. Sie gehört einem aufgerufenen Geburtsjahrgang an und hat sich auch tatsächlich beworben. Die Platzvergabe wurde auch nicht nach anderen Kriterien, etwa der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Uniformträgerbereich, „gesplittet“, was wegen der Besonderheit, dass im Auswahljahr 2011 nur eine einzige Zulassungsmöglichkeit zur Verfügung stand, ohnehin nicht möglich war. Selbst wenn sich der Ausschluss der Geburtsjahrgänge 1976 und älter, 1978 bis 1980 sowie 1986 und jünger nach den Grundsätzen des Urteils vom 13. Dezember 2012 als

rechtswidrig darstellen sollte, könnte eine aus der Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung folgende Verletzung der Rechte der Antragstellerin somit nur dann vorliegen, wenn (innerhalb des eingeschränkten Bewerberfelds) die ausgewählte Bewerberin zu Unrecht den Vorzug gegenüber der Antragstellerin erhalten hätte. Das ist indessen nicht der Fall.

- 26 c) Die ausgewählte Bewerberin Oberfähnrich L. ist im Rahmen der Auswahl nach Eignung, Befähigung und Leistung gemäß den Kriterien der Auswahlrichtlinie sowie der Aktuellen Anweisung und Information zur Personalführung SDBw zurecht als leistungsstärker als die Antragstellerin eingestuft worden. Eine Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs der Antragstellerin liegt damit nicht vor.
- 27 aa) Der Bundesminister der Verteidigung - R II 2 - hat unter dem 2. Juli 2012 die Personalplanungsblätter der Antragstellerin und der ausgewählten Bewerberin für die Auswahlkonferenz 2011 sowie ein Datenblatt mit dem Eignungs- und Leistungsvergleich zwischen diesen beiden Bewerberinnen vorgelegt. Unter dem 12. August 2013 hat er außerdem das bereits genannte Konferenzprotokoll sowie eine Konferenzliste mit einer Übersicht der vier Bewerber aus dem Bereich des Militärmusikdienstes vorgelegt. Aus allen Unterlagen ergibt sich übereinstimmend und in allen Details nachvollziehbar, dass die ausgewählte Bewerberin unter Berücksichtigung der jeweils letzten planmäßigen dienstlichen Beurteilung, der Laufbahnbeurteilung und des Ergebnisses der Laufbahnprüfung zum Feldwebel nach dem Bewertungssystem der Auswahlrichtlinie (siehe dort insb. Nr. 4 und Anlage 1) einen Summenrangplatzwert von 565,805 Punkten, die Antragstellerin dagegen nur einen Summenrangplatzwert von 540,505 Punkten erreicht hat. Die Antragstellerin hat keine Einwände gegen die sachliche Richtigkeit der verwerteten Daten und die rechnerische Richtigkeit ihrer Auswertung nach der Auswahlrichtlinie erhoben; mögliche Einwände gegen die Richtigkeit der Rangplatzberechnung sind auch für den Senat nicht ersichtlich.
- 28 bb) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin durfte auch deren - im Zeitpunkt der Auswahlkonferenz aktuellste - dienstliche Beurteilung zum Vorlage-

termin 30. September 2009 bei der Entscheidung über die Laufbahnzulassung verwertet werden.

- 29 Nach ständiger Rechtsprechung des Senats (vgl. ausführlich Beschluss vom 23. Februar 2010 - BVerwG 1 WB 36.09 - BVerwGE 136, 119 = Buchholz 449.2 § 2 SLV 2002 Nr. 17 <jeweils Rn. 49> = NZWehrr 2011, 36 m.w.N. sowie zuletzt Beschluss vom 16. Juli 2013 - BVerwG 1 WB 43.12 - Rn. 22) erwächst die dienstliche Beurteilung eines Soldaten, die nicht fristgerecht im Beschwerdeweg angefochten wird, in Bestandskraft, sofern sie nicht ausnahmsweise entsprechend den Grundsätzen des § 44 VwVfG nichtig ist. Wirkung der Bestandskraft in diesem Sinne ist nicht nur die formelle Unanfechtbarkeit der Beurteilung mit Rechtsbehelfen. Hinzu kommt vielmehr die materielle (Tatbestands-)Wirkung, dass der von der Bestandskraft erfasste Inhalt der Beurteilung, wie insbesondere die Wertung der Aufgabenerfüllung auf dem Dienstposten (vgl. Nr. 102 Buchst. b Satz 1 ZDv 20/6), zur Grundlage für andere Entscheidungen, insbesondere im Rahmen von Auswahl- und Perspektivbestimmungsverfahren (vgl. Nr. 102 Buchst. a Satz 2 ZDv 20/6), genommen werden kann.
- 30 Die Antragstellerin hat ihre dienstliche Beurteilung zum Vorlagetermin 30. September 2009, wie sie selbst einräumt, nicht mit der Beschwerde angefochten. Die dienstliche Beurteilung ist aber auch nicht, wie die Antragstellerin meint, entsprechend den Grundsätzen des § 44 VwVfG nichtig.
- 31 Gemäß § 44 Abs. 1 VwVfG ist ein Verwaltungsakt nichtig, wenn er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich ist. Die Antragstellerin sieht den Grund für die Nichtigkeit der Beurteilung im Kern darin, dass der beurteilende Vorgesetzte bei der Bewertung ihrer Leistungen den Sinn des Richtwertesystems verkannt habe. Er habe dieses nicht oder jedenfalls nicht ausschließlich als Instrument sachgerechter Differenzierung im Leistungsvergleich der zu beurteilenden Soldaten eingesetzt, sondern bei der Vergabe der Leistungsbewertungen innerhalb der Vergleichsgruppe auch berücksichtigt, welcher der beurteilten Soldaten auf eine gute Bewertung besonders angewiesen sei, um seine Chancen für eine Übernahme als Berufssoldat zu verbessern; sie, die

Antragstellerin, habe nur deshalb eine vergleichsweise schlechtere Bewertung erhalten, weil sie als vermeintlich „sichere“ Übernahmekandidatin gegolten habe, die auf eine bessere Bewertung nicht angewiesen sei.

- 32 Die Vorwürfe der Antragstellerin würden, ihre Richtigkeit unterstellt, in der Tat bedeuten, dass der beurteilende Vorgesetzte gegen die Beurteilungsgrundsätze insbesondere der Nr. 102 Buchst. b Abs. 2, Nr. 401 Abs. 1 und Nr. 610 Buchst. a Satz 1 ZDv 20/6 verstoßen hätte. Es kann indes dahingestellt bleiben, ob die dienstliche Beurteilung in diesem Fall an einem „besonders schwerwiegenden Fehler“ im Sinne des § 44 Abs. 1 VwVfG leiden würde. Denn jedenfalls wäre dieser Fehler, sein Vorliegen unterstellt, nicht „offensichtlich“ im Sinne des § 44 Abs. 1 VwVfG. „Offensichtlich“ ist ein Fehler nur dann, wenn er sich aus der dienstlichen Beurteilung selbst ergibt und zwar in einer Deutlichkeit, dass ihr die Fehlerhaftigkeit gewissermaßen „auf die Stirn geschrieben“ ist (vgl. zu § 44 Abs. 1 VwVfG Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 44 Rn. 127 und Kopp/Ramsauer, VwVfG, 13. Aufl. 2012, § 44 Rn. 12, jeweils m.w.N.). Aus dem Inhalt der dienstlichen Beurteilung, wie sie sich in der vom Senat beigezogenen Personalgrundakte befindet, lässt sich der von der Antragstellerin geltend gemachte Sachverhalt jedoch in keiner Weise ablesen. Die mögliche Fehlerhaftigkeit der dienstlichen Beurteilung ergäbe sich allein aus den zu ermittelnden „Hintergrunderwägungen“ des beurteilenden Vorgesetzten, die als solche gerade keinen Eingang in den - in sich schlüssigen - Text der Beurteilung gefunden haben. Eine derartige Sachverhaltsaufklärung hätte nur - nach fristgerechter (§ 6 Abs. 1 WBO) Beschwerdeeinlegung - in einem gegen die dienstliche Beurteilung gerichteten Wehrbeschwerdeverfahren stattfinden können.
- 33 cc) Die Antragstellerin kann schließlich auch nicht verlangen, dass ihre dienstliche Beurteilung zum Vorlagetermin 30. September 2011, in der sie eine deutlich verbesserte Leistungsbewertung erzielt hat, bei der Entscheidung über die Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes im Auswahljahr 2011 berücksichtigt wird.

- 34 Die Zulassung zur Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes erfolgt im regelmäßigen Turnus nach Auswahljahren. Zulassungsanträge beziehen sich jeweils (nur) auf den Zulassungstermin eines bestimmten Auswahljahrs und sind für jedes Auswahljahr gesondert zu stellen (vgl. Beschlüsse vom 11. März 2008 - BVerwG 1 WB 8.08 - <insoweit nicht veröffentlicht in Buchholz 450.1 § 5 WBO Nr. 1> und vom 29. April 2008 - BVerwG 1 WB 13.07 - Buchholz 449.2 § 23 SLV 2002 Nr. 1 Rn. 16). Nach dem zugrundeliegenden materiellen Recht maßgeblich ist deshalb die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Zulassungsentscheidung; dies gilt auch für die gerichtliche Überprüfung (vgl. hierzu Kopp/Schenke, VwGO, 19. Aufl. 2013, § 113 Rn. 220 ff.). Die - nach dem Vortrag der Antragstellerin unter dem 26. Mai 2011 erstellte - dienstliche Beurteilung zum Vorlagetermin 30. September 2011 existierte nicht nur zum Bewerbungsstichtag (Nr. 4 Abs. 4 AAIP SDBw: vollständige Vorlage der Bewerbungsunterlagen bis zum 1. Oktober 2010), sondern auch zum Zeitpunkt der Auswahlkonferenz am 10. Februar 2011 noch nicht und konnte und musste deshalb dort auch nicht berücksichtigt werden.

Dr. von Heimburg

Dr. Frenz

Dr. Langer