

BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

Beschluss

BVerwG 1 WB 4.05

In dem Wehrbeschwerdeverfahren

des Kapitänleutnants ... ,

..., ... ,

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

hat der 1. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts durch

die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Frenz als Vorsitzende,
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Widmaier,
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Deiseroth

sowie

Korvettenkapitän Rehfuß und
Kapitänleutnant Koslowski
als ehrenamtliche Richter

am 22. September 2005

b e s c h l o s s e n :

Der Antrag wird zurückgewiesen.

G r ü n d e :

I

- 1 Der ... geborene Antragsteller ist Berufssoldat in der Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes (OffzMilFD), dessen Dienstzeit voraussichtlich mit Ablauf des 30. November 2008 enden wird. Am 9. Dezember 1994 wurde er - unter Einweisung in eine Planstelle der Besoldungsgruppe (BesGr) A 11 - zum Kapitänleutnant (KptLt) ernannt. Vom 1. Oktober 2001 bis 31. März 2005 war er als Elektronikdienstoffizier (ELODstOffz) beim M...amt (M...A), zunächst im Stab, sodann in der Abteilung ... anfangs in W., anschließend in R. eingesetzt. Seit dem 1. April 2005 wird er beim Kommando ... in W. verwendet.
- 2 Nach seiner Ernennung zum KptLt wurde der Antragsteller zum 31. März 1996, zum 31. März 1998, zum 31. März 2000 und zum 31. März 2002 jeweils planmäßig beurteilt.
- 3 Zum 1. Oktober 2003 änderte das Bundesministerium der Verteidigung die ZDv 20/6 „Bestimmungen über die Beurteilung der Soldaten der Bundeswehr“ und bestimmte in Nr. 205 Buchst. a (1), dass die Erstellung planmäßiger Beurteilungen bei Berufssoldaten fünf - nicht mehr vier - Jahre vor dem Überschreiten der für die Zurruesetzung geltenden besonderen bzw. allgemeinen Altersgrenze unterbleibt.
- 4 Mit Schreiben vom 26. November 2003 an das Personalamt der Bundeswehr (PersABw) beantragte der Antragsteller die Erstellung einer Beurteilung. Er führte zur Begründung aus, dass die neuen Beurteilungsintervalle für seinen Jahrgang keine weitere Beurteilung mehr vorsähen. Dadurch entfalle für ihn jede weitere Förderung. Dies stelle eine erhebliche Benachteiligung gegenüber seinen Kameraden dar. In den letzten Beurteilungsgesprächen mit seinen beurteilenden Vorgesetzten sei eine weitere Förderungsmöglichkeit nicht ausgeschlossen worden.

- 5 Das PersABw lehnte den Beurteilungsantrag mit Bescheid vom 12. Dezember 2003 unter Hinweis auf die Neufassung der Nr. 205 Buchst. a (1) ZDv 20/6 ab.
- 6 Diesen Bescheid hob das PersABw auf die Beschwerde des Antragstellers vom 13. Januar 2004 mit Bescheid vom 25. Februar 2004 mit der Begründung auf, es sei keine für die Erstellung der Beurteilung zuständige Stelle. Der Beurteilungsantrag wurde zuständigkeitshalber an das M...A weitergeleitet.
- 7 Mit Schreiben vom 26. Februar 2004 teilte das PersABw dem M...A mit, dass zurzeit keine Notwendigkeit für die Anforderung einer Sonderbeurteilung über den Antragsteller bestehe.
- 8 Die Beschwerde vom 13. Januar 2004 wies der Bundesminister der Verteidigung (BMVg) - PSZ I 7 - mit Bescheid vom 31. März 2004 als unzulässig zurück und führte zur Begründung aus, dass der erste Bescheid des PersABw vom 12. Dezember 2003 insgesamt durch den Bescheid vom 25. Februar 2004 aufgehoben worden sei, sodass eine Beeinträchtigung der Rechte des Antragstellers nicht mehr vorliege.
- 9 Den noch nicht beschiedenen Beurteilungsantrag vom 26. November 2003 lehnte der Chef des Stabes (ChdSt) M...A mit Bescheid vom 6. April 2004 unter Hinweis auf die Neufassung der Nr. 205 Buchst. a (1) ZDv 20/6 ab.
- 10 Die Beschwerde des Antragstellers vom 26. April 2004 wies der Amtschef M...A mit Beschwerdebescheid vom 18. Juni 2004 zurück.
- 11 Die weitere Beschwerde des Antragstellers vom 1. Juli 2004 wies der Inspekteur der Marine (InspM) mit Beschwerdebescheid vom 14. November 2004 zurück.
- 12 Den Antrag auf gerichtliche Entscheidung vom 1. Dezember 2004 hat der InspM mit seiner Stellungnahme vom 7. Januar 2005 dem Senat vorgelegt.

13 Zur Begründung trägt der Antragsteller insbesondere vor:

14 Er habe Anspruch auf eine planmäßige Beurteilung zum 31. März 2004. Die dem entgegenstehende Neuregelung in Nr. 205 Buchst. a (1) ZDv 20/6 sei mit höher-rangigem Recht, insbesondere mit der Fürsorgepflicht aus § 10 Abs. 3 SG und dem Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG, nicht vereinbar. Durch diese Regelung werde er gegenüber anderen - jüngeren - Kameraden, für die noch planmäßige Beurteilungen erstellt würden, jedenfalls dann benachteiligt, wenn es um Auswahlentscheidungen für förderliche Verwendungen gehe. Für einen Soldaten, der noch eine Restdienstzeit von fünf Jahren vor sich habe - in seinem persönlichen Fall noch von sechs Jahren seit der letzten Beurteilung -, seien eine förderliche Verwendung oder eine sonstige, an Beurteilungen gebundene Auswahl nach wie vor denkbar und möglich; dies werde auch praktiziert. Unter diesen Umständen sei es nicht mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz vereinbar, wenn er an einer schon deutlich mehr als zwei Jahre alten Beurteilung festgehalten werde, während jüngeren Soldaten durch die Vorlage aktueller Beurteilungen insofern ein Vorteil eingeräumt werde. Soweit der InspM erkläre, der Antragsteller könne in seinem Alter ohnehin eine Leistungssteigerung weder verwirklichen noch nachweisen, sei dem nicht zu folgen. Mindestens sei für ihn eine Sonderbeurteilung zu erstellen. Für ihn sei nicht nachvollziehbar, weshalb der InspM eine Förderung auf einen Dienstposten der BesGr A 12 in den nächsten Jahren auch dann nicht für denkbar halte, wenn sich durch eine Sonderbeurteilung ein positiveres Leistungsbild zeigen werde; er könne nicht erkennen, inwieweit es dann immer noch „deutlich leistungsstärkere Offiziere“ geben solle, „die schon über einen langen Zeitraum Potenzial unter Beweis gestellt hätten“. Sein persönliches Beurteilungsbild aus den letzten zehn Jahren dokumentiere, dass die Behauptung in dem angefochtenen Beschwerdebescheid nicht zutreffen könne, wonach bei ihm selbst nur der Nachweis eines sozusagen „mittelmäßigen Potenzials“ vorliege. Er habe am 3. Mai 1998 das Ehrenkreuz der Bundeswehr in Silber erhalten. Die im Dezember 2004 vorgesehene Verleihung des Ehrenkreuzes der Bundeswehr in Gold habe er aufgrund seiner Erbitterung über die jetzige Bewertung seines Eignungs- und Leistungsbildes durch den InspM abgelehnt.

- 15 Er beantragt,
- 16 die Beschwerdebescheide des Amtschefs M...A vom 18. Juni 2004 und
des InspM vom 14. November 2004 aufzuheben und den Bundesminister
der Verteidigung zu verpflichten, für ihn, den Antragsteller, die Erstellung
einer weiteren planmäßigen Beurteilung für den Beurteilungszeit-
raum 1. April 2002 bis 31. März 2004 anzuordnen,
- 17 hilfsweise,
- 18 unter Aufhebung der genannten Beschwerdebescheide den Bundesmi-
nister der Verteidigung zu verpflichten, ihn, den Antragsteller, unter Be-
achtung der Rechtsauffassung des Bundesverwaltungsgerichts neu zu
bescheiden,
- 19 weiter hilfsweise,
- 20 unter Aufhebung der genannten Beschwerdebescheide den Bundesmi-
nister der Verteidigung zu verpflichten, die Erstellung einer Sonderbe-
urteilung für ihn, den Antragsteller, anzuordnen.
- 21 Der InspM beantragt,
- 22 die Anträge zurückzuweisen.
- 23 Die Neufassung der Nr. 205 Buchst. a (1) ZDv 20/6 beruhe auf der Ermächtigung
in § 2 Abs. 2 Satz 1 und 2 SLV, derzufolge das Bundesministerium der Verteidi-
gung von der regelmäßigen Beurteilung Ausnahmen zulassen dürfe. Bei der Fest-
legung des Inhalts der Beurteilungsrichtlinien stehe dem Bundesministerium der
Verteidigung ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Dabei sei es unproblematisch,
für die Regelbeurteilung eine bestimmte Altersgrenze festzusetzen. Bei Soldaten,
die in fortgeschrittenem Lebensalter stünden, sei der Eignungs- und Leistungs-
standard bereits ermittelt worden; es entspreche der allgemeinen Erfahrung, dass
sich dieser Standard in höherem Lebensalter nicht mehr wesentlich ändere. Bei
welchem Lebensalter diese Grenze zu ziehen sei, bleibe der Einschätzung der für
die Regelung des Beurteilungswesens zuständigen Stelle überlassen. Dem
schutzwürdigen persönlichen Beurteilungsinteresse eines Soldaten, der die be-
urteilungsrelevante Altersgrenze überschritten habe, könne im Bedarfsfall durch
eine Sonderbeurteilung Rechnung getragen werden. Hierzu habe das zuständige
Fachreferat BMVg - PSZ I 1 - ausgeführt:

- 24 „Die Verlängerung der Frist um ein Jahr mit weiteren Änderungen der Beurteilungsbestimmungen trägt entscheidend zur Entlastung der beurteilenden Vorgesetzten bei.
- 25 Nach den Vorgaben des Personalstrukturmodells erfolgt bei den Offizieren des militärfachlichen Dienstes die früheste Förderung auf einen A 12 bewerteten Dienstposten im 39. Lebensjahr und auf einen A 13 bewerteten Dienstposten im 44. Lebensjahr. Demzufolge muss spätestens ein Jahr vorher eine ganzheitliche Betrachtung innerhalb der Ausbildungs- und Verwendungsreihe (AVR) und des Geburtsjahrgangs stattfinden, da nicht allein die letzte planmäßige Beurteilung über die Verwendung eines Soldaten/einer Soldatin auf einem höherwertigen Dienstposten entscheidend ist. Dies bedeutet, dass im 38. bzw. 43. Lebensjahr erstmals und anschließend in regelmäßigen Aktualisierungen die jeweils vorliegenden Beurteilungen sowie alle sonstigen Erkenntnisse über den Soldaten/die Soldatin wie z.B. Vorverwendungen und Ausbildungen in eine ganzheitliche Betrachtung einfließen. Die konkrete Auswahl erfolgt dann nach dem Prinzip der Bestenauslese auf der Grundlage des jeweiligen Bedarfs. Die Summe dieser über Jahre durch die Personalführung gewonnenen Erkenntnisse reicht auch unter den Bedingungen der ZDv 20/6 Nr. 205 a (1) regelmäßig aus, um sachgerechte Verwendungsentscheidungen treffen zu können.
- 26 Sollte die personalbearbeitende Stelle mangels einer aktuellen planmäßigen Beurteilung für einen Soldaten/eine Soldatin keine eindeutige Auswahlentscheidung treffen können, wird sie im Einzelfall die Vorlage einer Sonderbeurteilung anordnen.“
- 27 Da sich der Antragsteller als Angehöriger des Jahrgangs ... innerhalb der letzten fünf Jahre vor dem Überschreiten der für seine Zuruhesetzung geltenden besonderen Altersgrenze befinde, keinen Dienstposten besetze, dessen Besoldungshöhe er durch Einweisung noch nicht erreicht habe und die für Soldaten seiner Laufbahn geltende allgemeine Laufbahnperspektive A 11 realisiert sei, habe eine planmäßige Beurteilung zu unterbleiben. Eine Sonderbeurteilung sei ebenfalls nicht angezeigt. Der Antragsteller platziere sich im Leistungsvergleich seiner AVR bisher nicht im oberen Leistungsdrittel. Aufgrund der momentanen Dienstposten- und Planstellensituation wäre eine Realisierung der Förderung nach A 12 für ihn in den nächsten Jahren auch dann nicht denkbar, wenn sich durch eine Sonderbeurteilung ein positiveres Leistungsbild zeigen würde. Es gäbe dann immer noch deutlich leistungsstärkere Offiziere, die schon über einen langen Zeitraum ihr Potenzial unter Beweis gestellt hätten. Für die Konferenz zur Laufbahnperspektive der OffzMilFD im Jahr 2002 seien auf der Grundlage des Erlasses des BMVg - PSZ III 1 - vom 22. Januar 1999 sowie der Durchführungsanordnung des Per-

sABw für die Konferenz zur Laufbahnperspektive der OffzMilFD des Jahres 2002 (Stand: 21. August 2002) in einer „Basisreihe Marine“ alle Kapitänleutnante auf einem nach BesGr A 11 dotierten Dienstposten gereiht worden. In dieser Reihe habe der Antragsteller innerhalb seiner AVR (...) von 80 Soldaten den ... Platz mit einem Punktsammenwert von 193,12 erlangt. Die Ermittlung der Punktsammen beruhe auf den Ergebnissen der letzten drei planmäßigen Beurteilungen. Im Übrigen sei nach Nr. 113 Buchst. a ZDv 20/7 die Beförderung von Berufssoldaten und die Einweisung in eine Planstelle A 12 nur zulässig, wenn die weitere Verwendung in der Bundeswehr für mindestens drei Jahre vorgesehen sei. Da die Dienstzeit des Antragstellers am 30. November 2008 ende, würde er diese Voraussetzung nur erfüllen, wenn er bis spätestens 1. Dezember 2005 in eine Planstelle der BesGr A 12 eingewiesen werde. Bis zu diesem Zeitpunkt werde jedoch kein nach BesGr A 12 dotierter Dienstposten in seinem Verwendungsbereich frei. Entgegen der Darstellung des Antragstellers habe er, der InspM, an keiner Stelle behauptet, der Antragsteller könne in seinem Alter eine Leistungssteigerung weder verwirklichen noch nachweisen. Vielmehr beziehe sich der Hinweis im Beschwerdebescheid auf die allgemeine Erfahrung, dass sich der festgestellte Leistungsstandard im höheren Lebensalter nicht mehr wesentlich ändere, und damit in genereller Form auf die Begründung für die Ausnahmeregelung. Sollte sich im Übrigen bis zum 1. Dezember 2005 hinsichtlich eines nach BesGr A 12 bewerteten Dienstpostens im Verwendungsbereich des Antragstellers eine neue Lage ergeben, könne bei Änderung der Planungsgrundlagen eine erneute Entscheidung über die Erstellung einer Sonderbeurteilung ergehen.

- 28 Wegen des Vorbringens im Einzelnen wird auf den Inhalt der Schriftsätze der Beteiligten und der Akten Bezug genommen. Die Beschwerdeakte des BMVg - FÜM/RB - WB 4/04, die Reserve-Beschwerdeakte des BMVg und die Ergänzung der Beschwerdeakte WB 4/04 - sowie die Personalgrundakte des Antragstellers, Hauptteile A bis C, haben dem Senat bei der Beratung vorgelegen.

29 Die Anträge sind zulässig.

30 Dienstliche Beurteilungen nach § 2 Abs. 1 Satz 1 SLV stellen nach ständiger Rechtsprechung des Senats truppdienstliche Maßnahmen dar, die nach Maßgabe des § 2 Abs. 2 Satz 1 SLV i.V.m. Nr. 1102 ZDv 20/6 vor den Wehrdienstgerichten angefochten werden können. Das Unterbleiben einer dienstlichen Beurteilung kann als - unterlassene - truppdienstliche Maßnahme im Sinne des § 17 Abs. 3 WBO gerügt und gegebenenfalls mit einem Verpflichtungsantrag bekämpft werden. Dies gilt sowohl für eine planmäßige Beurteilung (vgl. Beschluss vom 15. Mai 2003 - BVerwG 1 WB 10.03 - <BVerwGE 118, 197 = Buchholz 236.110 § 2 SLV 2002 Nr. 2 = ZBR 2004, 395> m.w.N.) als auch für eine Sonderbeurteilung nach § 2 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 SLV i.V.m. Nr. 201 (2) ZDv 20/6 (vgl. Beschluss vom 27. November 1984 - BVerwG 1 WB 61.84 - <NZWehrr 1985, 155 [156]>).

31 Die Anträge sind auch weiterhin zulässig und nicht in der Hauptsache durch Zeitablauf erledigt. Die vom Antragsteller vorrangig gewünschte planmäßige Beurteilung zum 31. März 2004 könnte noch im Nachhinein erstellt werden. Den Antrag auf Erstellung einer Sonderbeurteilung hat er im Schreiben seiner Bevollmächtigten vom 4. November 2004 zwar in erster Linie auf eine für die 48. Kalenderwoche 2004 anberaumte Auswahlkonferenz bezogen, im Antrag auf gerichtliche Entscheidung aber ausdrücklich zeitlich nicht beschränkt.

32 Die Anträge sind jedoch nicht begründet.

33 Die mit dem Hauptantrag angefochtenen Beschwerdebescheide des Amtschefs M...A vom 18. Juni 2004 und des InspM vom 14. November 2004 sind - ebenso wie der ihnen zugrunde liegende Bescheid des ChdSt M...A vom 6. April 2004 - rechtmäßig und verletzen den Antragsteller nicht in seinen Rechten. Denn dieser hat keinen Anspruch auf Erstellung einer planmäßigen Beurteilung zum 31. März 2004.

- 34 Einer planmäßigen Beurteilung zu diesem Termin steht die zum 1. Oktober 2003 in Kraft getretene Neufassung der Nr. 205 Buchst. a (1) ZDv 20/6 entgegen, wonach die Erstellung planmäßiger Beurteilungen bei Berufssoldaten fünf Jahre vor dem Überschreiten der für die Zurruesetzung geltenden besonderen bzw. allgemeinen Altersgrenze unterbleibt. Nach Fußnote 1 zu dieser Bestimmung ist die allgemeine Altersgrenze nur bei den Berufsoffizieren zu berücksichtigen, die - nach Maßgabe des § 45 Abs. 1, Abs. 2 SG - keiner besonderen Altersgrenze unterliegen. Wenn das Bundesministerium der Verteidigung - wie hier - Richtlinien bzw. eine Verwaltungsvorschrift für die Abgabe dienstlicher Beurteilungen erlassen hat, ist es aufgrund des verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebots (Art. 3 Abs. 1 GG) zu ihrer Beachtung verpflichtet. Das zuständige Wehrdienstgericht hat auf Antrag zu überprüfen, ob diese Verwaltungsvorschrift eingehalten ist und ob sie mit höherrangigem Recht im Einklang steht (Beschluss vom 27. August 1998 - BVerwG 1 WB 15.98 - <BVerwGE 113, 255 [257 f.]>; vgl. ferner: Urteil vom 27. Mai 1982 - BVerwG 2 A 1.81 - <Buchholz 232.1 § 40 BLV Nr. 2 = ZBR 1983, 121 = RiA 1983, 20> m.w.N.).
- 35 Im Falle des Antragstellers ist die Vorschrift der Nr. 205 Buchst. a (1) ZDv 20/6 eingehalten worden.
- 36 Eine planmäßige Beurteilung über den Antragsteller zu dem von ihm gewünschten Termin 31. März 2004 hat nach Nr. 205 Buchst. a (1) ZDv 20/6 zu unterbleiben, weil dieser Beurteilungstermin innerhalb des Zeitraums der letzten fünf Jahre vor dem Überschreiten der für seine Zurruesetzung geltenden besonderen Altersgrenze liegt. Für den Antragsteller, der sich im Dienstgrad eines Kapitänleutnants befindet, gilt nach § 45 Abs. 2 Nr. 4 SG (in der seit 1. Januar 2002 geltenden Fassung) die besondere Altersgrenze der Vollendung des 54. Lebensjahres. Der Antragsteller vollendet sein 54. Lebensjahr am Der Beurteilungstermin 31. März 2004 liegt innerhalb der Fünf-Jahres-Frist der Nr. 205 Buchst. a (1) ZDv 20/6. Nichts anderes ergibt sich im Hinblick auf die ab 1. Januar 2007 in Kraft tretende Regelung des § 45 Abs. 2 Nr. 4 und des § 75 SG in der gemäß Art. 4 Nr. 2 und 3 i.V.m. Art. 24 Abs. 2 Nr. 7 des Gesetzes vom 29. Juni 1998 (BGBl I S. 1666, 3128) - „Versorgungsreformgesetz 1998“ - in der durch Art. 2 Nr. 1 Buchst. b des Gesetzes vom 19. Dezember 2000 (BGBl I S. 1815) geänderten Fassung. In § 45 Abs. 2

Nr. 4 SG n.F. wird zwar - mit Wirkung ab 1. Januar 2007 (Art. 24 Abs. 2 Nr. 7 Versorgungsreformgesetz 1998) - als besondere Altersgrenze für Hauptleute, Oberleutnante und Leutnante (gemäß § 45 Abs. 3 auch für Berufssoldaten der Marine mit entsprechenden Dienstgraden) als besondere Altersgrenze die Vollendung des 55. Lebensjahres bestimmt. Jedoch bleibt es auch dann für Soldaten, die am 1. Januar 1999 - wie hier der Antragsteller - bereits Berufssoldaten waren, mit folgender Maßgabe bei der bisherigen besonderen Altersgrenze: Für Hauptleute, Oberleutnante und Leutnante ist bis zum Ablauf des 31. Dezember 2010 weiterhin die Vollendung des 54. Lebensjahres als besondere Altersgrenze bestimmt (§ 75 Nr. 4 SG n.F.).

- 37 Die Ausnahmeregelung in Nr. 205 Buchst. a (1) Satz 2 ZDv 20/6 greift im Falle des Antragstellers nicht ein. Die 1. Alternative der Ausnahmebestimmung, die Besetzung eines Dienstpostens, dessen Besoldungshöhe der Soldat durch Beförderung oder Einweisung noch nicht erreicht hat, macht der Antragsteller selbst nicht geltend. Auch die Voraussetzungen der 2. Alternative sind nicht erfüllt. Für den Antragsteller ist die für Soldaten seiner Laufbahn (vgl. § 40 SLV) geltende allgemeine Laufbahnperspektive mit der Beförderung zum KptLt und mit der Einweisung in die BesGr A 11 realisiert worden. Die allgemeine Laufbahnperspektive für OffzMilFD ist der Dienstgrad Hauptmann bzw. Kapitänleutnant in der BesGr A 11 (Schnellbrief „Richtlinie für die Perspektivbestimmung und die langfristige Verwendungsplanung der Offiziere des militärfachlichen Dienstes“ vom 21. Juli 2005/PSZ I 1 (40) - 16-30-01/5 -; vgl. ferner: Beschluss vom 4. März 2004 - BVerwG 1 WB 48.03 -).
- 38 Die zum 1. Oktober 2003 in Kraft getretene Neufassung der Nr. 205 Buchst. a (1) ZDv 20/6 steht mit höherrangigem Recht im Einklang.
- 39 Nr. 205 Buchst. a (1) ZDv 20/6 beruht auf der Ermächtigungsgrundlage in § 2 Abs. 2 SLV i.V.m. § 2 Abs. 1 Satz 1 SLV. Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 SLV sind Eignung, Befähigung und Leistung der Soldatinnen und Soldaten regelmäßig, oder wenn es die dienstlichen oder persönlichen Verhältnisse erfordern, zu beurteilen. § 2 Abs. 2 SLV ermächtigt das Bundesministerium der Verteidigung zu näheren

Regelungen (Satz 1) sowie dazu, Ausnahmen von dem Grundsatz der regelmäßigen/planmäßigen Beurteilung zuzulassen (Satz 2).

40 Nach § 2 Abs. 1 Satz 1, 1. Alternative SLV „sind“ - also in Gestalt eines Rechtsanspruches der betroffenen Soldatin bzw. des betroffenen Soldaten - Eignung, Befähigung und Leistung regelmäßig zu beurteilen. Der Begriff der Regelmäßigkeit oder - im Sinne des § 2 Abs. 2 Satz 1 SLV i.V.m. Nr. 202 Buchst. a ZDv 20/6 - der Begriff der Planmäßigkeit bedeutet, dass die Beurteilung zu gemeinsamen feststehenden Stichtagen und für den gleichen Beurteilungszeitraum einheitlich für alle Soldaten eines Dienstgrades oder einer Dienstgradgruppe ohne Bezug zu einer konkreten Personalmaßnahme durchgeführt wird (GKÖD, Band I, Teil 2 a, K vor § 15, RNr. 26; vgl. Beschluss vom 15. Mai 2003 - BVerwG 1 WB 10.03 - <a.a.O.>; vgl. ferner Urteile vom 7. Juni 1984 - BVerwG 2 C 54.82 - <Buchholz 238.5 § 26 DRiG Nr. 2> und vom 18. Juli 2001 - BVerwG 2 C 41.00 - <Buchholz 232.1 § 40 BLV Nr. 22 = NVwZ-RR 2002, 201 = ZBR 2002, 211 = DRiZ 2003, 49> m.w.N.). Innerhalb der durch das einschlägige Gesetzes- und Ordnungsrecht - hier durch § 27 Abs. 1 SG i.V.m. § 2 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 SLV - gezogenen Grenzen hat die oberste Dienstbehörde - hier das Bundesministerium der Verteidigung - bei dem Erlass ergänzender Verwaltungsvorschriften einen weiten Gestaltungsspielraum in der Festlegung des Verfahrens und des Inhalts dienstlicher Beurteilungen (Urteil vom 27. Februar 2003 - BVerwG 2 C 16.02 - <Buchholz 237.6 § 8 NdsLBG Nr. 10 = ZBR 2003, 420 = DVBl 2003, 1548>; GKÖD, Band I, Teil 2 a, K vor § 15, RNr. 25). In Ausübung dieses weiten Gestaltungsspielraums hat das Bundesministerium der Verteidigung die Termine für planmäßige Beurteilungen in Nr. 203 ZDv 20/6 im Einzelnen geregelt.

41 Die Ermächtigung zur Festlegung von Ausnahmen von der regelmäßigen/planmäßigen Beurteilung in § 2 Abs. 2 Satz 2 SLV beinhaltet ebenfalls einen weiten Gestaltungsspielraum des Bundesministeriums der Verteidigung. Die Anordnung des Bundesministeriums der Verteidigung, nicht mehr vier, sondern nunmehr fünf Jahre vor dem Überschreiten der für die Zuruhesetzung geltenden besonderen bzw. allgemeinen Altersgrenze planmäßige Beurteilungen nicht mehr zu erstellen, hat diesen Gestaltungsspielraum nicht überschritten.

- 42 Die Einführung dieser Zeitgrenze durch das Bundesministerium der Verteidigung lässt einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG nicht erkennen. Diese Verfassungsnorm gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Demgemäß ist dieses Grundrecht verletzt, wenn sich kein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder kein sonst sachlich einleuchtender Grund für die (gesetzliche) Differenzierung oder Gleichbehandlung finden lässt. Eine Verletzung dieses Grundrechts liegt auch dann vor, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten. Außerhalb des Verbots einer ungerechtfertigten Verschiedenbehandlung mehrerer Personengruppen lässt der Gleichheitssatz dem Regelungsgeber weitgehende Freiheit, Lebenssachverhalte und das Verhalten einer Person je nach dem Regelungszusammenhang verschieden zu behandeln (Beschluss vom 6. April 2005 - BVerwG 1 WB 61.04 - <ZBR 2005, 317 [LS]> m.w.N.).
- 43 Die unterschiedliche Regelung für planmäßige Beurteilungen jüngerer Soldaten und der Soldaten, die sich fünf Jahre vor dem Überschreiten der für ihre Zurruehsetzung geltenden besonderen bzw. allgemeinen Altersgrenze befinden, lässt eine unzulässige Ungleichbehandlung nicht erkennen. Sie beruht auf dem nachvollziehbaren Grund, Verwaltungsaufwand zu vermeiden, der nicht aus Rechtsgründen zwingend geboten ist. Zwischen den Gruppen der Soldaten, für die weiterhin eine planmäßige Beurteilung vorgeschrieben ist, und der Soldaten, bei denen das in Anknüpfung an die bezeichnete Altersgrenze nicht mehr der Fall ist, bestehen auch Unterschiede von solcher Art und von solchem Gewicht, die eine ungleiche Behandlung durch das Bundesministerium der Verteidigung zu rechtfertigen vermögen.
- 44 Planmäßige Beurteilungen dienen vornehmlich dem Zweck, im Rahmen der Verwirklichung des mit Verfassungsrang ausgestatteten Leistungsgrundsatzes (Art. 33 Abs. 2 GG, § 3 Abs. 1 SG), Grundlage für die daran zu orientierenden Entscheidungen über die Verwendung von Soldaten, insbesondere auf förderlichen oder Beförderungs-Dienstposten, und über ihr dienstliches Fortkommen zu sein (Beschlüsse vom 26. Februar 1982 - BVerwG 1 WB 17.82 -, vom

3. September 1996 - BVerwG 1 WB 20.96, 21.96 - <Buchholz 236.1 § 10 Nr. 18 = NZWehrr 1997, 114> und vom 15. Mai 2003 - BVerwG 1 WB 10.03 - <a.a.O.>; vgl. ferner Urteil vom 26. August 1993 - BVerwG 2 C 37.91 - <Buchholz 232.1 § 40 BLV Nr. 15 = NVwZ-RR 1994, 347 = DVBl. 1994, 112> m.w.N.). Die Bedeutung einer planmäßigen Beurteilung für die „Klärung einer Wettbewerbssituation“ zwischen mehreren Kandidaten oder Bewerbern und für die Laufbahnentwicklung der Soldaten tritt indessen zurück, wenn aufgrund der von diesen bereits erreichten Position - insbesondere durch Erreichen der allgemeinen Laufbahnperspektive - oder aufgrund ihres Alters t y p i s c h e r w e i s e eine weitere Förderung oder Beförderung oder ein Laufbahnwechsel nach der vorausschauenden Personalplanung nicht mehr in Betracht kommt (vgl. Schröder/Lemhöfer/Krafft, Laufbahnrecht der Bundesbeamten, Stand: Juli 2003, § 40/§ 41, RNr. 18; Schnellenbach, Die dienstliche Beurteilung der Beamten und der Richter, Stand: August 2005, RNr. 241).

45 Wie sich ergänzend aus der Stellungnahme des zuständigen Fachreferates BMVg - PSZ I 1 - vom 5. Oktober 2004 zum Inhalt der Neuregelung im Einzelnen ergibt, beginnt die g e n e r e l l e Einstufung der Offiziere des militärfachlichen Dienstes für die Förderung auf Dienstposten nach BesGr A 12 oder A 13 im 39. bzw. im 44. Lebensjahr. Zu diesem Zeitpunkt liegen für die betroffenen OffzMilFD planmäßige Beurteilungen vor, die auch noch über mehrere Jahre weitergeführt werden. Während dieses Zeitraums der vorzunehmenden Personalführung und -auswahl bleibt es demzufolge bei dem Prinzip der planmäßigen Beurteilung. Das Befähigungs- und Leistungsbild eines Soldaten, der sich fünf Jahre vor der für ihn maßgeblichen Altersgrenze befindet, hat hingegen im Allgemeinen eine gewisse Konstanz erreicht und ist bereits vielfach beurteilt worden; Einsatz- und Auslese-zweck verlieren bei typisierender Betrachtung umso mehr an Bedeutung, je älter der jeweilige Soldat ist (Schnellenbach, a.a.O.). Demzufolge ist der Verzicht auf die Erstellung einer planmäßigen Beurteilung fünf Jahre vor dem Überschreiten der für die Zuruhesetzung geltenden besonderen bzw. allgemeinen Altersgrenze jedenfalls dann bei typisierender Betrachtung nicht zu beanstanden, wenn eine planmäßige Beurteilung noch möglich bleibt, solange der betroffene Soldat einen Dienstposten besetzt, dessen Besoldungshöhe er durch Beförderung/Einweisung noch nicht erreicht hat oder wenn für ihn die für Soldaten seiner Laufbahn gelten-

de allgemeine Laufbahnperspektive noch nicht realisiert werden konnte. Diese beiden Gesichtspunkte betreffen die individuelle weitere Förderung des Soldaten jenseits einer spezifischen Altersgrenze; sie sind vom Bundesministerium der Verteidigung als Einschränkung in Nr. 205 Buchst. a (1) Satz 2 ZDv 20/6 festgelegt worden.

- 46 Auch aus § 10 Abs. 3 SG folgt kein Anspruch auf eine planmäßige Beurteilung in regelmäßigen Abständen bis zum Dienstzeitende eines Soldaten. § 10 Abs. 3 SG verpflichtet den zuständigen Vorgesetzten lediglich, den Soldaten weder materiell noch immateriell zu schädigen (Beschluss vom 22. Dezember 2004 - BVerwG 1 WB 30.04 - m.w.N.; vgl. ferner: Urteil vom 6. Juli 1976 - BVerwG 2 WD 11.76 - <BVerwGE 53, 178 [181]>). Zu dieser Fürsorgepflicht gehört auch, den Soldaten nach Eignung, Befähigung und Leistung zu fördern. Einen Anspruch, eine planmäßige Beurteilung zu einem bestimmten Zeitpunkt zu erhalten, eröffnet § 10 Abs. 3 SG hingegen nicht.
- 47 Eine planmäßige Beurteilung zum 31. März 2004 kann damit nicht beansprucht werden.
- 48 Deshalb kann auch der Hilfsantrag des Antragstellers auf Neubescheidung keinen Erfolg haben.
- 49 Der weitere Hilfsantrag, ihn im Rahmen einer Sonderbeurteilung zu beurteilen, bleibt ebenfalls ohne Erfolg.
- 50 Zwar eröffnet § 2 Abs. 1 Satz 1, 2. Alternative SLV mit der ausdrücklichen Regelung, dass Soldatinnen und Soldaten, wenn es die dienstlichen oder persönlichen Verhältnisse erfordern, zu beurteilen „sind“, einen Rechtsanspruch des Betroffenen, wenn die normativen Voraussetzungen hierfür gegeben sind (ebenso: Schnellenbach, a.a.O., RNr. 246).
- 51 In Ausfüllung der in § 2 Abs. 2 Satz 1 SLV eröffneten Ermächtigung, „das Nähere“ zu regeln, hat das Bundesministerium der Verteidigung in Nr. 206 Buchst. a ZDv 20/6 zwar (lediglich) das Erfordernis der Anforderung einer Sonderbeurteilung

durch die personalbearbeitenden Stellen bestimmt. Diese untergesetzliche Regelung kann allerdings die in § 2 Abs. 1 Satz 1 SLV festgelegte normative Vorgabe eines Anspruchs des Soldaten auf Erteilung einer Sonderbeurteilung nicht wirksam einschränken. Die Regelung in Nr. 206 Buchst. a ZDv 20/6 ist insoweit „SLV-konform“ anzuwenden.

- 52 Die in § 2 Abs. 1 Satz 1, 2. Alternative SLV normierte Voraussetzung für eine Sonderbeurteilung („wenn es die dienstlichen Verhältnisse erfordern“) hat das Bundesministerium der Verteidigung in Nr. 206 Buchst. a ZDv 20/6 dahin konkretisiert, dass dienstliche Erfordernisse in „Gründen der Personalführung“ zu sehen sind. Was im Einzelnen unter „Gründen der Personalführung“, die eine Sonderbeurteilung erforderlich machen können, zu verstehen ist, ist in der Regelung nicht näher definiert. Nach dem inhaltlich nicht eingegrenzten Wortlaut gehören dazu nicht nur konkrete Verwendungs- und Auswahlentscheidungen, sondern alle Maßnahmen, die deren Vorbereitung und Umsetzung dienen.
- 53 Einen rechtlichen Anspruch auf Erteilung einer Sonderbeurteilung „aus Gründen der Personalführung“ hat der betroffene Soldat jedoch nur dann, wenn diese Sonderbeurteilung dafür „erforderlich“ ist. Der Begriff der Erforderlichkeit stellt einen unbestimmten Rechtsbegriff dar. Unbestimmte Rechtsbegriffe unterliegen im Streitfall grundsätzlich der uneingeschränkten Nachprüfung durch die Richterinnen und Richter des zuständigen Gerichts (Art. 92 GG). Soweit Schlussfolgerungen aus einem unbestimmten Rechtsbegriff zu ziehen sind, unterliegen die Bestimmung des Sinngehalts, die Feststellung der Tatsachengrundlage und die Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs auf die im Einzelfall festgestellten Tatsachen der uneingeschränkten gerichtlichen Nachprüfung (Urteil vom 1. März 1990 - BVerwG 3 C 50.86 - <NVwZ 1991, 568 [569]> m.w.N.). Dies ist zugleich auch Ausdruck der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung in Art. 19 Abs. 4 GG, wonach die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes („Rechtsweg“) die vollständige Nachprüfung eines Aktes der öffentlichen Gewalt in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht umfasst (BVerfG, Beschluss vom 17. April 1991 - 1 BvR 419/81 und 213/83 - <BVerfGE 84, 34 [49 f.]>). Nur ausnahmsweise ist es im Hinblick auf diese verfassungsrechtlichen Normen zu rechtfertigen, der zuständigen Stelle bei der Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffes einen eigenen,

gerichtlicher Kontrolle nur eingeschränkt zugänglichen Beurteilungsspielraum einzuräumen (Urteil vom 1. März 1990 - BVerwG 3 C 50.86 - <a.a.O.>; vgl. ferner Urteil vom 26. Juni 1990 - BVerwG 1 C 10.88 - <NVwZ 1991, 268>). Eine derartige Einschätzungsprärogative der zuständigen (Verwaltungs-)Stelle hat die Rechtsprechung bisher anerkannt bei Entscheidungen über die persönliche Eignung, Fähigkeit und Leistung sowie bei prüfungsspezifischen Wertungen (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 17. April 1991 - 1 BvR 419/81 und 213/83 - <a.a.O. [52 ff.]> und - 1 BvR 1529/84 und 138/87 - <BVerfGE 84, 59 [77]>), bei Entscheidungen, die auf wissenschaftlichen oder spezialisierten Wertungen beruhen und für die deshalb der Gesetzgeber in verfassungskonformer Weise die Entscheidung durch entsprechend sachkundige Personen vorsieht, bei Entscheidungen, die der Gesetzgeber von besonderen, fachkundig zusammengesetzten, Kollegialorganen (zumeist mit Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit ausgestattet) treffen lässt, bei Entscheidungen, die auf spezifischen Prognosen tatsächlicher oder wertender Art beruhen oder bei Entscheidungen, bei denen der Gesetzgeber die Letztverantwortung für die Ausfüllung eines Rechtsbegriffs wegen einer insoweit bestehenden größeren Sachkompetenz der Verwaltung oder der zuständigen Stelle zugeordnet hat (Redeker/von Oertzen, VwGO, 11. Aufl., § 114, RNr. 19 bis 23 m.w.N.; Urteil vom 26. Juni 1990 - BVerwG 1 C 10.88 - <a.a.O.>).

- 54 Keine dieser - eine Prärogative der zuständigen (Verwaltungs-)Stelle einräumenden - Fallkonstellationen liegt hier vor. Der Normgeber hat in § 2 Abs. 1 Satz 1, 2. Alternative SLV eine derartige privilegierte Zuschreibung zugunsten des Bundesministeriums der Verteidigung ausdrücklich nicht getroffen. Die Entscheidung, ob eine Sonderbeurteilung aus Gründen der Personalführung „erforderlich“ ist, stellt keine Entscheidung im Rahmen einer Einschätzungsprärogative der personalbearbeitenden Stellen im Bundesministerium der Verteidigung dar. Sie ist deshalb gerichtlich voll nachprüfbar. Die Entscheidung über die Erforderlichkeit einer Sonderbeurteilung hat der Normgeber in § 2 Abs. 1 Satz 1 SLV nicht einer Gruppierung von sachkundigen Personen, einem spezifischen Kollegialorgan mit besonderer Fachkunde oder der personalbearbeitenden Stelle des betroffenen Soldaten allein und exklusiv zugewiesen. Die Entscheidung über die Erforderlichkeit einer Sonderbeurteilung beruht auch nicht auf nicht nachvollziehbaren oder nicht wiederholbaren Umständen, wie dies etwa für prüfungsspezifische Wertungen

oder auch spezifische Teile einer Beurteilung gelten kann. Die Entscheidung fordert insbesondere auch nicht eine Prognose tatsächlicher oder wertender Art, die sich - über den betroffenen Soldaten hinaus - auf politische, wirtschaftliche, soziale oder kulturelle Entwicklungen bezieht.

- 55 Der Begriff der „Erforderlichkeit“ ist dahin zu definieren, dass er die Unabdingbarkeit einer Sonderbeurteilung jedenfalls dann voraussetzt, wenn und soweit eine konkrete Verwendungs- oder Personalentscheidung für den betroffenen Soldaten zu treffen, vorzubereiten oder umzusetzen ist und keine aktuelle planmäßige Beurteilung vorliegt und auch die sonstigen Verwendungsempfehlungen zuständiger Vorgesetzter keine aktuelle Beurteilungsgrundlage für die in Rede stehende Verwendungs- oder Personalentscheidung bieten. Dabei sind die sich aus dem Gleichbehandlungsgebot (Art. 3 Abs. 1 GG) ergebenden Anforderungen zu berücksichtigen. Nach dem in § 2 Abs. 1 Satz 1 SLV normierten Regelungsmodell sind Eignung, Befähigung und Leistung der Soldatinnen und Soldaten grundsätzlich „regelmäßig“ (1. Alternative) zu beurteilen; nur dann, wenn es die dienstlichen oder persönlichen Verhältnisse im dargelegten Sinne erfordern, ist eine Sonderbeurteilung (2. Alternative) zu erstellen. Durch eine Sonderbeurteilung darf es zu keiner Ungleichbehandlung gegenüber den „nur“ planmäßig Beurteilten kommen. Verwendungsentscheidungen mit einer vorausgehenden Auswahl oder aufgrund einer Bewerberauslese sind danach grundsätzlich möglichst auf der Basis von planmäßigen Beurteilungen zu treffen, um eine Übersicht über das Kandidatenfeld auf der Grundlage gleicher Beurteilungsstichtage und Beurteilungszeiträume zu erhalten.

- 56 Nach dem unbestritten gebliebenen Vorbringen des InspM finden die Konferenzen zur Laufbahnperspektive für OffzMilFD im Dienstgrad Hauptmann/Kapitänleutnant jeweils im Herbst der Jahre statt, in denen die Angehörigen dieser Dienstgradgruppe planmäßig zu beurteilen sind. Das war hier zuletzt der Herbst 2004. Zu diesem Zeitpunkt lag für den Antragsteller die planmäßige Beurteilung vom 31. März 2002 als letzte regelmäßige Beurteilung vor. Diese Beurteilung hatte im Herbst 2004 noch nicht ihre Aktualität verloren. In der Rechtsprechung wird überwiegend angenommen, dass eine Regelbeurteilung bzw. planmäßige Beurteilung jedenfalls während des folgenden Dreijahreszeitraums für eine Auswahlentscheidung (oder für deren Vorbereitung) in diesem Zeitraum hinreichende Aktualität besitzt und behält (Schnellenbach, a.a.O., RNr. 230 m.w.N.). Dies muss nach Auffassung des Senats uneingeschränkt dann gelten, wenn während dieses Dreijahreszeitraums in der Verwendung des betroffenen Soldaten nicht so einschneidende Änderungen eingetreten sind, dass sie zum Gegenstand einer Sonderbeurteilung gemacht werden müssten. Hierzu hat der Antragsteller keine Umstände vorgebracht, die den Schluss tragen könnten, seine Leistungen, Eignung und Befähigung seien während seiner Verwendung im M...A so einschneidenden Veränderungen unterworfen gewesen, dass eine Sonderbeurteilung im Hinblick auf zu treffende Personalentscheidungen erforderlich war. Auch für den Senat ist dies nicht ersichtlich. Vom 1. Oktober 2001 bis zum 31. März 2005 wurde der Antragsteller als ... im M...A verwendet. Es ist nicht erkennbar, dass sich das Tätigkeitsfeld des Antragstellers innerhalb dieses Verwendungszeitraums so gravierend geändert hätte, dass ohne eine Sonderbeurteilung keine hinreichend fundierte Entscheidungsgrundlage (mehr) vorhanden war.
- 57 Überdies ist zu berücksichtigen, dass der Antragsteller in den ihm als Kapitänleutnant erteilten planmäßigen Beurteilungen der Jahre 1998 bis 2002 keine Empfehlung in den Verwendungshinweisen für eine Förderung in die Ebene der BesGr A 12 erhalten hat. Auch dieser Umstand steht der Annahme entgegen, dass eine Sonderbeurteilung zur Aktualisierung des Leistungs- und Eignungsbildes für die Förderung in die Ebene der BesGr A 12 unabdingbar war.

- 58 Für die Zeit der gerichtlichen Entscheidung, die angesichts des vom Antragsteller gestellten Verpflichtungsantrages für die gerichtliche Überprüfung maßgeblich ist, fehlt es an einem hinreichenden Grund für die Notwendigkeit der Erstellung einer Sonderbeurteilung. Insbesondere sind für das Jahr 2005 „Gründe der Personalführung“ etwa im Hinblick auf eine beabsichtigte Perspektivkonferenz oder eine konkrete Auswahlentscheidung unter Einbeziehung des Antragstellers von den Beteiligten nicht vorgetragen worden. Derartiges ist auch für den Senat sonst nicht ersichtlich.
- 59 Auch der weitere Hilfsantrag des Antragstellers ist deshalb zurückzuweisen.

Dr. Frenz

Prof. Dr. Widmaier

Dr. Deiseroth

Rehfuß

Koslowski