



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 1 WB 32.14

In dem Wehrbeschwerdeverfahren

des Herrn 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 von Löwenstern und
die ehrenamtliche Richterin Stabsfeldwebel Schälicke

am 26. Februar 2015 beschlossen:

Es wird festgestellt, dass der Bescheid des Bundesamtes für das Personalmanagement der Bundeswehr vom 10. März 2014 und der Beschwerdebescheid des Bundesministeriums der Verteidigung vom 18. Juni 2014 rechtswidrig sind.

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

G r ü n d e :

I

- 1 Der Rechtsstreit betrifft die Verpflichtung des Bundesministeriums der Verteidigung, für den Antragsteller eine Sonderbeurteilung erstellen zu lassen.
- 2 Der 1981 geborene Antragsteller ist Soldat auf Zeit. Seine zuletzt auf 15 Jahre festgesetzte Dienstzeit wird nach derzeitigem Sachstand mit Ablauf des 5. Januar 2018 enden. Er wurde am 1. Oktober 2010 zum Feldwebel und mit Wirkung vom 1. Oktober 2011 zum Oberfeldwebel ernannt. Mit Wirkung vom 1. Oktober 2012 erfolgte seine Ernennung zum Hauptfeldwebel. Seit dem 1. November 2013 wird er als Personalfeldwebel Streitkräfte beim ... in ... verwendet.
- 3 Der Antragsteller wurde am 25. September 2008 im Dienstgrad Stabsunteroffizier und am 10. Februar 2012 (gemäß Nr. 204 Buchst. a <1> ZDv 20/6) im Dienstgrad Oberfeldwebel jeweils planmäßig beurteilt. Im Hinblick auf den Vorschlag, ihn in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten zu übernehmen, erhielt er am 6. November 2012 eine Laufbahnbeurteilung.
- 4 Unter dem 11. Oktober 2012 schlug der damalige Disziplinarvorgesetzte des Antragstellers diesen für die Umwandlung seines Dienstverhältnisses in das eines Berufssoldaten im Auswahljahr 2013 vor. Nach der "Richtlinie für die Umwandlung des Dienstverhältnisses von Feldwebeln im Dienstverhältnis einer Soldatin auf Zeit oder eines Soldaten auf Zeit in das Dienstverhältnis einer Berufssoldatin oder eines Berufssoldaten" (BMVg PSZ I 1 <30> - Az. 16-02-09/7) vom 19. Dezember 2008 und den auf ihrer Grundlage vom Bundesamt für das Personalmanagement der Bundeswehr (im Folgenden: Bundesamt für das Personalmanagement) für das Auswahljahr 2013 erlassenen Bestimmungen war Voraussetzung der Antragsberechtigung, dass für den Bewerber eine planmäßige Beurteilung als Feldwebel bis zum Vorlagetermin der Bewerbung vorlag.

- 5 Mit Bescheid vom 14. Mai 2013 teilte das Bundesamt für das Personalmanagement dem Antragsteller mit, infolge des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. Dezember 2012 (BVerwG 2 C 11.11), in dem die Praxis der Auswahl von Berufssoldaten nach Geburtsjahrgängen bei der Übernahme von Soldaten auf Zeit in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten für nicht vereinbar mit Art. 33 Abs. 2 GG erklärt worden sei, habe das Bundesministerium der Verteidigung angewiesen, die Auswahlverfahren für die Übernahme in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten auszusetzen. Deshalb finde in seinem Bereich im Übernahmejahr 2013 kein Auswahlverfahren statt. Der für das Auswahljahr 2013 eingegangene Vorschlag seines Disziplinarvorgesetzten behalte seine Gültigkeit und werde von Amts wegen in das Auswahljahr 2014 einbezogen.

- 6 Mit Erlass vom 17. Oktober 2013 (BMVg P II 1 - Az. 16-02-09) hob das Bundesministerium der Verteidigung die Aussetzung der Auswahlverfahren für die Übernahme in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten/einer Berufssoldatin auf; zugleich ordnete es für das Ausschreibungsverfahren der Berufssoldaten-Auswahlkonferenz 2014 der Feldwebel - im Vorgriff auf eine noch ausstehende Regelung - an, dass nur die Feldwebel antragsberechtigt seien, die bis zum Ausschreibungsschluss über mindestens zwei planmäßige Beurteilungen verfügten. Diesen Erlass hat das Bundesministerium der Verteidigung - R II 2 - dem Senat mit E-Mail-Schreiben vom 23. Februar 2015 übermittelt und erklärt, dass erst für das Berufssoldaten-Auswahlverfahren 2014 auf das Vorliegen von zwei planmäßigen Beurteilungen abgestellt worden sei.

- 7 Die für das Auswahljahr 2014 erlassenen "Grundsätzlichen Anweisungen und Informationen für die Personalführung der Abteilung IV des Bundesamtes für das Personalmanagement der Bundeswehr (GAIP BAPersBw Abt IV - KeNr. 50-01-00)" für das Auswahlverfahren zur Umwandlung des Dienstverhältnisses eines Soldaten/einer Soldatin auf Zeit in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten/einer Berufssoldatin - Stand: 23. April 2014 - (im Folgenden: GAIP 2014) weisen unter dem Abschnitt "Wichtiger Hinweis - Vorbemerkung" darauf hin, dass das Bundesministerium der Verteidigung die Aussetzung der Auswahlverfahren aufgehoben habe; Antragstellerinnen und Antragsteller für das Auswahl-

jahr 2013, die bis einschließlich 30. September 2014 (Stichtag) noch aktiv im Dienstverhältnis eines Soldaten auf Zeit seien, würden von Amts wegen in das Auswahlverfahren 2014 einbezogen, wenn sie dem nicht widersprochen hätten.

8 Nach Nr. 3.1 GAIP 2014 werden antragsberechtigte Unteroffiziere mit Portepee in das Auswahlverfahren einbezogen, wenn sie sich für die Umwandlung des Dienstverhältnisses beworben oder einem entsprechenden Vorschlag des Disziplinarvorgesetzten zugestimmt haben. Die Antragsberechtigung setzt unter anderem voraus, dass mindestens zwei planmäßige Beurteilungen als Unteroffizier mit Portepee bis zum Vorlagetermin der Bewerbung vorliegen.

9 In Nr. 3.2 GAIP 2014 ("Beurteilungen") heißt es:

"Für alle Bewerberinnen und Bewerber fließen die jeweils beiden letzten planmäßigen Beurteilungen für das Auswahlverfahren in die Bewertung mit ein.

Soldatinnen und Soldaten, die nicht mindestens zweimal planmäßig beurteilt worden sind, sind für das Auswahlverfahren nicht teilnahmeberechtigt."

10 In Nr. 3.2.1 GAIP 2014 ("Besonderheiten") ist geregelt:

"Für alle Bewerberinnen und Bewerber, die nicht der Beurteilungssystematik gemäß Anlage 6 zugeordnet werden können und deren letzte planmäßige Beurteilung am 30. Juni 2014 älter als zwei Jahre ist (Vorlagetermin), ist zum 1. März 2014 eine Sonderbeurteilung gemäß ZDv 20/6 Nr. 206 zu erstellen. Eine gesonderte Aufforderung hierzu erfolgt nicht. Grundlage für die Erstellung dieser Sonderbeurteilung ist der Antrag auf die Übernahme in das Dienstverhältnis eines/einer BS im Zusammenhang mit dieser GAIP.

...

In allen übrigen Fällen ist umgehend die Entscheidung des BAPersBw Abt. IV über die Erstellung einer Sonderbeurteilung herbeizuführen."

11 Mit Schreiben vom 24. Januar 2014 beantragte der Antragsteller beim Bundesamt für das Personalmanagement die Erstellung einer Sonderbeurteilung zum 1. März 2014, um am Auswahlverfahren 2014 teilnehmen zu können.

- 12 Mit Bescheid vom 10. März 2014 lehnte das Bundesamt für das Personalmanagement den Antrag mit der Begründung ab, dass der Antragsteller für das Auswahljahr 2014 nicht teilnahmeberechtigt sei, weil für ihn keine zweite planmäßige Beurteilung als Unteroffizier mit Portepee vorliege.
- 13 Gegen diese Entscheidung legte der Antragsteller mit Schreiben vom 1. April 2014 Beschwerde ein. Er machte geltend, dass ohne die Erstellung einer Sonderbeurteilung sein Bewerbungsverfahrensanspruch verletzt werde. Ihm trotz seiner hervorragenden Leistungen auf der Basis einer nicht normativ geregelten Bewerbungsvoraussetzung die Teilnahmeberechtigung im Auswahljahr 2014 abzusprechen, sei mit Art. 33 Abs. 2 GG nicht vereinbar. Der Umstand, dass für ihn nur eine planmäßige Beurteilung als Unteroffizier mit Portepee vorliege, beruhe auf seinen schnellen Beförderungen zum Oberfeldwebel und zum Hauptfeldwebel. Dadurch sei er schlechter gestellt als ein Oberfeldwebel, der zwar zwei planmäßige Beurteilungen vorweisen könne, jedoch aufgrund geringerer Leistungen langsamer oder gar nicht befördert worden sei.
- 14 Das Bundesministerium der Verteidigung wies die Beschwerde mit Bescheid vom 18. Juni 2014 als unzulässig zurück und führte zur Begründung aus, dass keine Beschwer gemäß § 1 WBO ersichtlich sei. Die Beantragung einer Sonderbeurteilung durch den Betroffenen sei gemäß Nr. 206 Buchst. a ZDv 20/6 nicht statthaft; der Antragsteller könne durch die Ablehnung eines unstatthaften Antrages nicht in seinen Rechten verletzt sein. Im dienstaufsichtlichen Teil des Beschwerdebescheids wurde festgestellt, dass für einen Bewerber, der - wie der Antragsteller - lediglich über eine planmäßige Beurteilung verfüge, die Erstellung einer Sonderbeurteilung gemäß Nr. 206 Buchst. a ZDv 20/6 in Verbindung mit Anlage 6 der GAIP 2014 nicht erforderlich gewesen sei.
- 15 Gegen diesen Bescheid hat der Antragsteller am 17. Juli 2014 die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts beantragt. Den Antrag hat das Bundesministerium der Verteidigung - R II 2 - dem Senat mit seiner Stellungnahme vom 21. Juli 2014 zur Entscheidung vorgelegt.

- 16 Zur Begründung seines Rechtsschutzbegehrens vertieft der Antragsteller sein Beschwerdevorbringen. Er beruft sich erneut auf den in Art. 33 Abs. 2 GG verankerten Bewerbungsverfahrensanspruch.
- 17 Der Antragsteller beantragt,
- unter Aufhebung des Bescheides des Bundesamtes für das Personalmanagement der Bundeswehr vom 10. März 2014, mit dem sein Antrag vom 24. Januar 2014 auf Erstellung einer Sonderbeurteilung abgelehnt wurde, und der Beschwerdeentscheidung des Bundesministeriums der Verteidigung vom 18. Juni 2014 die Bundesrepublik Deutschland zu verpflichten, für ihn, den Antragsteller, eine Sonderbeurteilung zu erstellen.
- 18 Das Bundesministerium der Verteidigung beantragt,
- den Antrag zurückzuweisen.
- 19 Es führt aus, dass der Antragsteller keinen materiell-rechtlichen Anspruch darauf habe, die Teilnahmevoraussetzungen am Auswahlverfahren 2014 mit der begehrten Sonderbeurteilung zu schaffen. Nr. 206 Buchst. a ZDv 20/6 regelt abschließend, dass eine Sonderbeurteilung allein durch die personalbearbeitende Stelle angefordert werden könne. Nur diese könne beurteilen, ob ein begründeter Einzelfall vorliege, der die Anforderung rechtfertige. Überdies habe lediglich der beurteilende Vorgesetzte nach der genannten Vorschrift ein Vorschlagsrecht für eine Sonderbeurteilung. Für ein eigenes Antragsrecht des zu Beurteilenden bleibe daneben kein Raum. Abschließend sei festzustellen, dass der Antragsteller mit dem vorliegenden Verfahren nicht die Teilnahme am Auswahlverfahren für das Jahr 2014 anstrebe, sondern nur die Erstellung einer Sonderbeurteilung. Für das Auswahljahr 2015 werde der Antragsteller nach gegenwärtigem Stand und nach Erhalt der bevorstehenden planmäßigen Beurteilung antragsbefugt sein.
- 20 Mit Bescheid vom 31. Juli 2014, ausgehändigt am 21. Januar 2015, hat das Bundesamt für das Personalmanagement die Übernahme des Antragstellers in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten abgelehnt und zur Begründung dar-

gelegt, dass er im Auswahlverfahren 2014 wegen Fehlens einer zweiten planmäßigen Beurteilung als Unteroffizier mit Portepée nicht zum teilnahmeberechtigten Personenkreis gehört habe. Diesen Bescheid hat der Antragsteller mit der Beschwerde angefochten.

- 21 Mit Schreiben seiner Bevollmächtigten vom 24. Februar 2015 hat der Antragsteller die für ihn zum 30. September 2014 erstellte planmäßige Beurteilung dem Senat vorgelegt und erklärt, dass er seinen Rechtsschutzantrag als Fortsetzungsfeststellungsantrag weiterverfolge. Die Beurteilung und die Stellungnahme des nächsthöheren Vorgesetzten datieren jeweils vom 8. Dezember 2014; das Beurteilungsverfahren ist mit der Stellungnahme des weiteren höheren Vorgesetzten vom 14. Januar 2015 (dem Antragsteller am 26. Januar 2015 eröffnet) abgeschlossen worden.
- 22 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen. Die Beschwerdeakte des Bundesministeriums der Verteidigung - R II 2 - Az.: ... - und die Personalgrundakte des Antragstellers haben dem Senat bei der Beratung vorgelegen.

II

- 23 Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung hat Erfolg.
- 24 1. Das ursprüngliche Rechtsschutzbegehren des Antragstellers, das Bundesministerium der Verteidigung unter Aufhebung der ablehnenden Bescheide zu verpflichten, für ihn eine Sonderbeurteilung erstellen zu lassen, hat sich durch Zeitablauf erledigt.
- 25 Der vom Antragsteller persönlich am 24. Januar 2014 gestellte Antrag war in der Sache darauf gerichtet, für den Zeitraum vom Tag seiner letzten planmäßigen Beurteilung (10. Februar 2012) bis zum 1. März 2014 eine aktuelle Dokumentation seines Eignungs- und Leistungsbildes in Gestalt einer Sonderbeurteilung zu erhalten. Der Umstand, dass der Stichtag 1. März 2014

bereits vor Rechtshängigkeit des Verfahrens (22. Juli 2014) abgelaufen war, hat allerdings noch nicht zur Erledigung des im gerichtlichen Verfahren gestellten Verpflichtungsantrags geführt. Die Verfahrensbeteiligten sind übereinstimmend - und zutreffend - davon ausgegangen, dass die vom Antragsteller angestrebte Sonderbeurteilung auch nachträglich erstellt werden könnte. Dem stehen weder das in Nr. 3.2.1 GAIP 2014 genannte Datum zur Bemessung der Aktualität von Beurteilungen (30. Juni 2014) noch der Beginn der für den Antragsteller maßgeblichen Auswahlkonferenz (20. August 2014; vgl. Nr. 1 und Fußnote 3 GAIP 2014) entgegen. Aus den Regelungen der GAIP 2014 ist nichts dafür ersichtlich, dass eine nachträgliche Fertigung der in Rede stehenden Sonderbeurteilung (mit einer anschließenden nachgelagerten vergleichenden Betrachtung des Antragstellers mit anderen Statuswechsel-Bewerbern des Auswahljahres 2014) ausgeschlossen wäre. Der Antragsteller und das Bundesministerium der Verteidigung haben Gegenteiliges nicht geltend gemacht.

- 26 Die Erledigung des Verpflichtungsantrags des Antragstellers ist aber dadurch eingetreten, dass die für ihn als Hauptfeldwebel zum 30. September 2014 vorzulegende planmäßige Beurteilung vom beurteilenden Vorgesetzten inzwischen am 8. Dezember 2014 erstellt worden ist; das Beurteilungsverfahren hat mit der dem Antragsteller am 26. Januar 2015 eröffneten Stellungnahme des weiteren höheren Vorgesetzten vom 14. Januar 2015 seinen Abschluss gefunden. Damit entfällt für die Erteilung einer Sonderbeurteilung, die inhaltlich nur die "Lücke" zwischen zwei planmäßigen Beurteilungen schließen soll, das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis (ebenso schon BVerwG, Beschluss vom 26. April 2006 - 1 WB 29.05 - Rn. 16).
- 27 Im Übrigen sind Anträge oder Vorschläge zur Umwandlung des Dienstverhältnisses als Soldat auf Zeit in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten nach Nr. 2.2 der "Richtlinie für die Umwandlung des Dienstverhältnisses von Feldwebeln im Dienstverhältnis einer Soldatin auf Zeit oder eines Soldaten auf Zeit in das Dienstverhältnis einer Berufssoldatin oder eines Berufssoldaten" (BMVg PSZ I 1 <30> - Az. 16-02-09/7) vom 19. Dezember 2008 und nach den "Grundsätzlichen Anweisungen und Informationen für die Personalführung" des

Bundesamtes für das Personalmanagement der Bundeswehr (im Folgenden: Bundesamt für das Personalmanagement) jeweils nur auf ein bestimmtes Auswahljahr zu beziehen. Im Fall des Antragstellers war dies das Auswahljahr 2013. Den Umwandlungsvorschlag des Disziplinarvorgesetzten für das Auswahljahr 2013 hat das Bundesamt für das Personalmanagement mit Bescheid vom 14. Mai 2013 auf das Auswahljahr 2014 "übergeleitet". Daher kann der im gerichtlichen Verfahren gestellte Sachantrag des Antragstellers nicht auf die Erstellung einer Sonderbeurteilung für das Auswahljahr 2015 erstreckt werden. Eine in diesem Sinne erweiterte Zielrichtung seines Sachantrags hat der Antragsteller auch zu keinem Zeitpunkt im Verfahren zum Ausdruck gebracht.

- 28 Nach Erledigung des Verpflichtungsbegehrens ist das Rechtsschutzziel des Antragstellers deshalb dahin auszulegen, dass er die gerichtliche Feststellung beantragt, dass der Bescheid des Bundesamtes für das Personalmanagement vom 10. März 2014 und der Beschwerdebescheid des Bundesministeriums der Verteidigung vom 18. Juni 2014 rechtswidrig sind.
- 29 2. Der mit diesem Inhalt statthafte Fortsetzungsfeststellungsantrag ist zulässig.
- 30 a) Hat sich eine truppdienstliche Maßnahme, die - wie hier - keinen Befehl im Sinne von § 2 Nr. 2 WStG darstellt, oder die Ablehnung einer solchen Maßnahme vor der gerichtlichen Entscheidung erledigt, so entscheidet das Wehrdienstgericht gemäß § 19 Abs. 1 Satz 3 WBO (hier in Verbindung mit § 21 Abs. 2 Satz 1 WBO), ob die Maßnahme rechtswidrig gewesen ist, wenn der Antragsteller ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat. § 19 Abs. 1 Satz 3 WBO in der seit dem 1. Februar 2009 geltenden Fassung verlangt zwar nicht mehr die Stellung eines förmlichen Feststellungsantrags; der Antragsteller muss aber das Feststellungsinteresse substantiiert geltend machen (stRspr, z.B. BVerwG, Beschlüsse vom 25. März 2010 - 1 WB 42.09 - Buchholz 450.1 § 19 WBO Nr. 3 Rn. 19 und vom 21. März 2013 - 1 WB 67.11 - NZWehr 2014, 204 <205> = juris Rn. 24). Das erforderliche Feststellungsinteresse kann sich nach der Rechtsprechung des Senats aus einem Rehabilitierungsinteresse, aus einer Wiederholungsgefahr oder aus der Absicht ergeben, einen Schadens-

ersatzanspruch geltend zu machen, sofern dieser nicht von vornherein als aussichtslos erscheint. Ein berechtigtes Feststellungsinteresse kommt auch in Betracht, wenn die erledigte Maßnahme oder die erledigte Ablehnung einer beantragten Maßnahme eine fortdauernde faktische Grundrechtsbeeinträchtigung nach sich zieht (vgl. z. B. BVerwG, Beschlüsse vom 11. Dezember 2003 - 1 WB 24.03 - Buchholz 236.110 § 6 SLV 2002 Nr. 1 und vom 26. Juli 2011 - 1 WB 13.11 - Rn. 19).

- 31 Für den Antragsteller besteht ein Feststellungsinteresse aus dem Aspekt einer fortdauernden faktischen Grundrechtsbeeinträchtigung.
- 32 Die Ablehnung der beantragten Sonderbeurteilung durch das Bundesamt für das Personalmanagement ist geeignet, den Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers aus Art. 33 Abs. 2 GG im Verfahren auf Übernahme in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten fortdauernd zu beeinträchtigen. Diese Gefahr hat sich inzwischen mit der Ablehnung des Übernahmevorschlags seines Disziplinarvorgesetzten in dem am 21. Januar 2015 eröffneten Bescheid vom 31. Juli 2014 verdichtet. Der Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG, der gemäß § 3 Abs. 1 SG auch im Soldatenrecht gilt, stellt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein grundrechtsgleiches Recht bzw. ein Grundrecht dar (z.B. BVerfG, Kammerbeschlüsse vom 28. November 2011 - 2 BvR 1181/11 - juris Rn. 20 und vom 24. Juli 2014 - 2 BvR 816/14 - juris Rn. 13). Auf eine Beeinträchtigung dieses Grundrechts hat sich der Antragsteller im gesamten Verfahren wiederholt berufen.
- 33 b) Der Antragsteller war und ist auch weiterhin antragsbefugt. Er kann sich auf die mögliche Verletzung individueller Rechte im Sinne des § 17 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 21 Abs. 2 Satz 1 WBO, § 27 SG und § 2 Abs. 1 SLV berufen.
- 34 Der Senat hat zu § 2 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 SLV in der bis zum 28. September 2009 geltenden Fassung (vgl. Neubekanntmachung der Soldatenlaufbahnverordnung vom 8. Juni 2007, BGBl I S. 1098) entschieden, dass diese Vorschrift mit der ausdrücklichen Regelung, dass Soldatinnen und Soldaten zu beurteilen *sind*, wenn es die dienstlichen oder persönlichen Verhältnisse

erfordern, einen unmittelbaren Rechtsanspruch der Betroffenen auf Erteilung einer Sonderbeurteilung begründet, wenn die normativen Voraussetzungen hierfür vorliegen (vgl. dazu im Einzelnen: BVerwG, Beschlüsse vom 22. September 2005 - 1 WB 4.05 - Buchholz 236.110 § 2 SLV Nr. 6 S. 15 und vom 26. April 2006 - 1 WB 29.05 - Rn. 12).

- 35 Daran hat sich durch den neu eingefügten 2. Halbsatz in § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SLV in der am 29. September 2009 in Kraft getretenen Fassung des Art. 1 der Zweiten Verordnung zur Änderung der Soldatenlaufbahnverordnung vom 23. September 2009 (BGBl I S. 3128) nichts geändert. Danach sind "in diesem Fall" - also wenn es die dienstlichen oder persönlichen Verhältnisse erfordern - die Beurteilungen "nur auf Anforderung der personalbearbeitenden Stellen zu erstellen". Mit dieser Bestimmung hat der Normgeber nicht das individuelle Recht der betroffenen Soldatinnen und Soldaten auf Erteilung einer Sonderbeurteilung bei deren Erforderlichkeit eingeschränkt oder ausgeschlossen. Die Vorschrift bekräftigt vielmehr unverändert den Rechtsanspruch ("sind zu beurteilen") und die Voraussetzung, dass "es" (objektiv) erforderlich sein muss, eine Sonderbeurteilung zu erstellen. In § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Halbs. 2 SLV hat der Normgeber lediglich eine anlassbezogene Weisungsbefugnis der personalbearbeitenden Stellen für Sonderbeurteilungen gegenüber den beurteilungszuständigen Vorgesetzten festgelegt und damit hervor gehoben, dass den personalbearbeitenden Stellen und nicht etwa den Vorgesetzten des betroffenen Soldaten oder anderen (Auswahl-)Gremien die Entscheidung über die Erforderlichkeit einer Sonderbeurteilung obliegen soll. Dass diese besondere Anforderungsermächtigung den individuellen Rechtsanspruch des betroffenen Soldaten auf Erteilung einer erforderlichen Sonderbeurteilung unberührt lässt, belegt auch ein vergleichender Blick auf die planmäßige ("regelmäßige") Beurteilung: Auf Erteilung dieser Beurteilung hat ein Soldat ohne Zweifel einen Rechtsanspruch, ohne dass er sie aber selbst "anfordern" dürfte. Nicht zuletzt ist zu berücksichtigen, dass die Anforderungsermächtigung für die personalbearbeitenden Stellen seit vielen Jahren in Nr. 206 Buchst. a Satz 1 ZDv 20/6 enthalten ist. Ihre im Jahr 2009 nachträglich vorgenommene normative Verankerung in § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Halbs. 2 SLV

dient ersichtlich nur der Abgrenzung zu der sonst - ohne spezielle Anforderung - bestehenden Vorlagepflicht gemäß Nr. 202 Buchst. a bis Buchst. c ZDv 20/6.

- 36 Entgegen der im Beschwerdebescheid und in der Senatsvorlage geäußerten Auffassung des Bundesministeriums der Verteidigung kann der Antragsteller deshalb als mögliche Verletzung individueller Rechte geltend machen, dass ihm zu Unrecht eine erforderliche Sonderbeurteilung für das hier in Rede stehende Auswahljahr 2014 vorenthalten werde.
- 37 c) Das Unterbleiben dieser Sonderbeurteilung kann als eine - unterlassene - truppdienstliche Maßnahme im Sinne des § 17 Abs. 3 WBO gerügt und zum Gegenstand eines Verpflichtungsantrags (vgl. BVerwG, Beschluss vom 22. September 2005 - 1 WB 4.05 - Buchholz 236.110 § 2 SLV Nr. 6 S. 11) bzw. - nach dessen Erledigung - eines Fortsetzungsfeststellungsantrags gemacht werden. Die Entscheidung des Bundesamtes für das Personalmanagement, für den Antragsteller keine Sonderbeurteilung anzufordern und seinem diesbezüglichen Verpflichtungsbegehren nicht zu entsprechen, unterliegt gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 WBO der Überprüfung durch die Wehrdienstgerichte, hier gemäß § 21 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 WBO durch das Bundesverwaltungsgericht.
- 38 3. Der Fortsetzungsfeststellungsantrag ist auch begründet.
- 39 Die Ablehnung des Antrags des Antragstellers, für ihn eine Sonderbeurteilung zu erstellen, war ermessensfehlerhaft und hat den Antragsteller in seinem Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung verletzt. Der Bescheid des Bundesamtes für das Personalmanagement vom 10. März 2014 und der Beschwerdebescheid des Bundesministeriums der Verteidigung vom 18. Juni 2014 sind deshalb rechtswidrig.
- 40 a) Der Antragsteller konnte sich nicht auf einen unmittelbaren Anspruch auf Erstellung der begehrten Sonderbeurteilung aus § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SLV berufen.

- 41 Die in § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SLV normierte Voraussetzung für die Erstellung einer Sonderbeurteilung (“wenn es die dienstlichen Verhältnisse erfordern“) hat das Bundesministerium der Verteidigung auf Grund der diesbezüglichen Ermächtigung (§ 2 Abs. 1 Satz 2 SLV) in Nr. 206 Buchst. a Satz 1 ZDv 20/6 dahin konkretisiert, dass dienstliche Erfordernisse in “Gründen der Personalführung“ zu sehen sind. Die “Gründe der Personalführung“ werden in der Vorschrift nicht näher bezeichnet. Nach der Rechtsprechung des Senats gehören dazu nicht nur konkrete Verwendungs- und Auswahlentscheidungen, sondern alle Maßnahmen, die diese vorbereiten und umsetzen (BVerwG, Beschluss vom 22. September 2005 - 1 WB 4.05 - Buchholz 236.110 § 2 SLV Nr. 6 S. 15).
- 42 Der Begriff der Erforderlichkeit in § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SLV stellt einen gerichtlich uneingeschränkt überprüfbaren unbestimmten Rechtsbegriff dar (vgl. dazu im Einzelnen: BVerwG, Beschluss vom 22. September 2005 - 1 WB 4.05 - Buchholz 236.110 § 2 SLV Nr. 6 S. 15 ff.). Er ist dahin zu definieren, dass eine Sonderbeurteilung unabdingbar ist, 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 (BVerwG, Beschluss vom 22. September 2005 - 1 WB 4.05 - Buchholz 236.110 § 2 SLV Nr. 6 S. 16). Dabei sind die sich aus dem Gleichbehandlungsgebot (Art. 3 Abs. 1 GG) ergebenden Anforderungen mitzuberücksichtigen. Grundsätzliche Bedenken gegen einen Vergleich der Aussagen und Wertungen in einer planmäßigen Beurteilung mit solchen in einer Sonderbeurteilung bestehen insoweit nicht (BVerwG, Beschluss vom 24. Mai 2011 - 1 WB 59.10 - Buchholz 449 § 3 SG Nr. 60 Rn. 37).
- 43 Zwar war für den Antragsteller im Auswahljahr 2014 eine Personalentscheidung über die Umwandlung seines Dienstverhältnisses als Soldat auf Zeit in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten vorzubereiten. Ihre darauf bezogenen Vorbereitungshandlungen durfte die personalbearbeitende Stelle aber im

Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG, der sie bei der Anwendung der zitierten Umwandlungs-Richtlinie vom 19. Dezember 2008 und der GAIP 2014 zur Gleichbehandlung der Bewerber bzw. der vorgeschlagenen Soldaten verpflichtete, nur auf die im Auswahljahr 2014 antragsberechtigten Soldaten erstrecken. Die (erstmalig) für das Auswahljahr 2014 in Nr. 3.1 GAIP 2014 festgelegte Voraussetzung der Antragsberechtigung, bis zum Vorlagetermin der Bewerbung mindestens zwei planmäßige Beurteilungen als Unteroffizier mit Portepee aufzuweisen, erfüllte der Antragsteller nicht. Vor diesem Hintergrund war die Erstellung einer Sonderbeurteilung nicht im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SLV "erforderlich".

- 44 b) Ein Anspruch des Antragstellers auf Erstellung einer Sonderbeurteilung ließ sich auch nicht auf § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SLV in Verbindung mit einer schriftlichen Zusicherung des Bundesamtes für das Personalmanagement stützen, ihm eine zweite Beurteilung als Unteroffizier mit Portepee zur Erfüllung der Antragsberechtigung für das Auswahljahr 2014 erstellen zu lassen.
- 45 Im Bescheid vom 14. Mai 2013 hat das Bundesamt für das Personalmanagement dem Antragsteller zwar zugesagt, dass der auf das Auswahljahr 2013 bezogene Übernahmevorschlag seines Disziplinarvorgesetzten seine Gültigkeit behalte und von Amts wegen in das Auswahljahr 2014 einbezogen werde. Diese Zusicherung hat das Bundesamt für das Personalmanagement in den GAIP 2014 (im Abschnitt "Wichtiger Hinweis - Vorbemerkungen") mit der generellen Festlegung wiederholt, dass Antragstellerinnen und Antragsteller für das Auswahljahr 2013, die - wie auch der Antragsteller - bis einschließlich 30. September 2014 (Stichtag) noch aktiv im Dienstverhältnis eines Soldaten auf Zeit sind, von Amts wegen in das Auswahlverfahren 2014 einbezogen werden, wenn sie dem nicht widersprochen haben.
- 46 Inhaltlich bezog sich diese Zusicherung jedoch nur auf den für das konkrete Auswahljahr 2013 gestellten Antrag bzw. Vorschlag und auf den formellen Aspekt seiner "Überleitung" in das Auswahljahr 2014. Zu weitergehenden materiellen Aspekten, insbesondere zur Frage der Antragsberechtigung der in das Auswahljahr 2014 "übergeleiteten" Bewerber, hat sich das Bundesamt für

das Personalmanagement nicht geäußert. Angesichts der strengen Anforderungen an die Eindeutigkeit und Klarheit einer bindenden Zusicherung im Sinne des § 38 Abs. 1 VwVfG, der auch im Wehrbeschwerdeverfahren Anwendung findet (stRspr, vgl. z.B. BVerwG, Beschlüsse vom 20. September 2006 - 1 WB 25.06 - Rn. 28 und vom 18. Dezember 2012 - 1 WB 2.12 - Rn. 27 jeweils m.w.N.), kann dem Bundesamt für das Personalmanagement nicht unterstellt werden, es habe alle in das Auswahljahr 2014 "übergeleiteten" Bewerber um den Statuswechsel ohne weitere Prüfung von dem Vorliegen der materiellen Voraussetzungen für die Antragsberechtigung befreien oder ihnen insoweit noch fehlende Voraussetzungen von sich aus erfüllen wollen.

- 47 c) Der Antragsteller hatte aber aus § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SLV in Verbindung mit Nr. 3.2.1 GAIP 2014 Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung über seinen Antrag auf Erstellung einer Sonderbeurteilung.
- 48 Das Bundesamt für das Personalmanagement hat sich in Bezug 4 der GAIP 2014 auf die zitierte Umwandlungs-Richtlinie vom 19. Dezember 2008 als Ermächtigungsgrundlage bezogen und gemäß Nr. 2.2 der Richtlinie in Nr. 3.2 und Nr. 3.2.1 GAIP 2014 ermessensbindende Regelungen zu Beurteilungen und zu den insoweit zu beachtenden "Besonderheiten" für das Auswahljahr 2014 getroffen. Diese Bestimmungen gehen zunächst davon aus, dass grundsätzlich - wie in Nr. 3.1 GAIP 2014 festgelegt - zwei planmäßige Beurteilungen als Unteroffizier mit Portepée für die Antragsberechtigung erforderlich sind; sie enthalten insoweit lediglich eine Privilegierung für Bewerber, die kurz vor dem Ende ihrer Dienstzeit stehen. Im dritten Absatz der Nr. 3.2.1 GAIP 2014 wird aber ausdrücklich angeordnet, dass "in allen übrigen Fällen" - also in allen Fällen, die gegenüber der Regelanforderung als Besonderheit zu qualifizieren sind - die "Entscheidung des Bundesamtes für das Personalmanagement der Bundeswehr Abt. IV über die Erstellung einer Sonderbeurteilung herbeizuführen" ist.
- 49 Mit dem Ausgangsbescheid vom 10. März 2014 hat das Bundesamt für das Personalmanagement eine Entscheidung im Sinne der Nr. 3.2.1 GAIP 2014 getroffen. Diese Entscheidung ist ermessensfehlerhaft, weil in ihr das bei der

Einzelfallprüfung gemäß Nr. 3.2.1 GAIP 2014 zu betätigende Ermessen nicht ausgeübt worden ist. Das Bundesamt für das Personalmanagement hat nicht erkannt, dass für den Antragsteller eine Ausnahmeentscheidung über die Erstellung einer Sonderbeurteilung zu treffen war; es hat den Antrag pauschal mit Hinweis auf die fehlende Antragsberechtigung abgelehnt. Der Mangel dieses Ermessensausfalls ist im Beschwerdebescheid nicht behoben worden.

- 50 In die Ermessensentscheidung nach Nr. 3.2.1 GAIP 2014 hätten nicht nur die erstklassigen Empfehlungen für den Statuswechsel des Antragstellers aus der Laufbahnbeurteilung vom 6. November 2012 und aus seiner planmäßigen Beurteilung vom 10. Februar 2012 einbezogen werden müssen. Vor allem hätte das Bundesamt für das Personalmanagement drei individuelle Besonderheiten in der Person des Antragstellers berücksichtigen müssen, die sich ohne sein Zutun im Auswahljahr 2014 negativ für ihn ausgewirkt haben und deshalb geeignet waren, seinen Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG, § 3 Abs. 1 SG zu beeinträchtigen:

Erstens hat die Aussetzung der Auswahlverfahren für Berufssoldaten im Auswahljahr 2013 dem Antragsteller, der in diesem Jahr nach der gültigen Erlasslage (mit nur einer planmäßigen Beurteilung als Unteroffizier mit Portepeee) antragsberechtigt war, eine Chance auf Auswahl bereits im Jahr 2013 genommen. Aus dem Erlass vom 17. Oktober 2013 (BMVg P II 1 - Az 16-02-09) und aus dem E-Mail-Schreiben des Bundesministeriums der Verteidigung - R II 2 - vom 23. Februar 2015 geht unmissverständlich hervor, dass die Anforderung von zwei planmäßigen Beurteilungen als Unteroffizier mit Portepeee erstmals für das Auswahljahr 2014 galt. Zweitens hat diese Verschärfung der Anforderungen an die Antragsberechtigung dem Antragsteller die bereits erlangte Rechtsposition der Antragsberechtigung wieder genommen. Zwar ist das Bundesministerium der Verteidigung aufgrund seiner Planungs- und Personalhoheit berechtigt, Verwaltungsvorschriften oder Erlasse zur Personalauswahl jederzeit für die Zukunft zu ändern. Die Besonderheit, dass der Antragsteller seine Antragsberechtigung nach der bisherigen Erlasslage schon nachweisen konnte, hätte im Rahmen der Einzelfallbetrachtung aber beachtet werden müssen. Drittens war der Umstand ermessensrelevant, dass

der Antragsteller durch seine Ernennung zum Hauptfeldwebel zum 1. Oktober 2012 aus dem regulären Beurteilungsturnus für (Ober-)Feldwebel zum 30. September der Kalenderjahre mit ungerader Endziffer (Nr. 203 Buchst. a ZDv 20/6) ausgeschieden war. Wäre er zu diesem (frühen) Zeitpunkt - der im Übrigen für seine Leistungsstärke spricht - nicht Hauptfeldwebel geworden, hätte er zum 30. September 2013 als Oberfeldwebel eine zweite planmäßige Beurteilung erhalten und mühelos die neuen Anforderungen der GAIP 2014 an die Antragsberechtigung erfüllt. Diese beurteilungsbezogene Diskrepanz zwischen dem Antragsteller und den Statuswechsel-Bewerbern im Dienstgrad Oberfeldwebel hätte in der Ermessensausübung bewertet werden müssen.

- 51 Hiernach wäre ohne Erledigung des Verpflichtungsbegehrens die Verpflichtung des Bundesministeriums der Verteidigung auszusprechen gewesen, wegen fehlender Spruchreife über den Antrag auf Erstellung einer Sonderbeurteilung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden (§ 21 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 Satz 4 Alt. 2 WBO).
- 52 4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 21 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 WBO.

Dr. von Heimburg

Dr. Frenz

Dr. Langer