

Soldatengesetz

Poretschkin / Lucks

11. Auflage 2022

ISBN 978-3-8006-6661-4

Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

bbb) Verletzung gesetzlicher Vorschriften. Zu den gesetzlichen Rechten zählen neben § 3 die Fürsorgepflicht d. Vorg. (§ 10 Abs. 3), der Anspruch auf rechtliches Gehör nach § 29 Abs. 5 und das Benachteiligungsverbot des § 2 WBO. Bei einer Beurteilung ist eine Benachteiligung wegen der Einlegung einer Beschwerde dann gegeben, wenn sie kritische Bemerkungen enthält, die zwar nicht allein, aber doch maßgeblich auf diesen Umstand zurückzuführen sind (BVerwGE 76, 353 = NZWehrr 1985, 243). Als weitere Rechtsvorschriften sind § 9 SBG, der die Zuständigkeit für die Beurteilung der Vertrauenspersonen regelt, und § 2 SLV zu beachten. Bei der Rechtsanwendung ist die Rspr. des BVerwG (1. Wehrdienstsenat) zu berücksichtigen. Das BVerwG hatte zB das durch die Neufassung der Beurteilungsbestimmungen 2007 eingeführte Richtwertesystem beanstandet, weil es grundlegend von der herkömmlichen Konzeption der dienstlichen Beurteilung abwich. Das Gericht verlangte eine normative, zumindest verordnungsrechtliche Grundlage, aus der sich die wesentlichen Elemente des Beurteilungssystems ergeben (BVerwGE 134, 59 = NZWehrr 2010, 168 [L]).

ccc) Verstöße gegen Verwaltungsvorschriften. Als allgemeine Verwaltungsvorschriften kommen insbesondere die Beurteilungsbestimmungen (A-1340/50) in Betracht, wobei jeweils für den gesamten Beurteilungszeitraum die Fassung maßgebend ist, die zum Zeitpunkt der Beurteilung (Beurteilungstichtag) gilt (BVerwGE 86, 240). Sie enthalten neben den gesetzlichen Garantien eine zusätzliche Sicherung gegen unrechtmäßige Beurteilungen, wobei sich die zusätzlichen Garantien zumindest teilweise schon aus dem Wesen der Beurteilung ergeben. Verstöße gegen die Beurteilungsbestimmungen führen insbesondere dann zur Rechtswidrigkeit der Beurteilung, wenn hierdurch der Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) verletzt wird. Verwaltungsvorschriften sind nicht wie Rechtsnormen aus sich heraus, sondern als Willenserklärungen der anordnenden Stelle unter Berücksichtigung der tatsächlichen Handhabung auszulegen (BVerwG DVBl 1998, 191; vgl. auch Vorbem. Rn 13).

Im Einzelnen hat sich die Rspr. mit **verschiedenen Konstellationen** 29a befasst: den Voraussetzungen für die Erstellung einer Sonderbeurteilung (BVerwGE 73, 312 = NZWehrr 1982, 66 und BVerwG NZWehrr 1985, 155); der Erforderlichkeit einer Sonderbeurteilung (BVerwG DVBl 2006, 574); dem Inhalt einer Laufbahnbeurteilung (BVerwG NZWehrr 2000, 160); dem Aufschieben einer Regelbeurteilung (BVerwG NZWehrr 1997, 114); der Übertragung der Zuständigkeit für die Beurteilung auf einen anderen Vorg. (BVerwG NZWehrr 1994, 213); der Befugnis, bei Rechtsverstößen eine Beurteilung im Wege der Dienstaufsicht aufzuheben (BVerwGE 83, 113 = NZWehrr 1986, 158 und BVerwGE 113, 1 = NVwZ-RR 1997, 426); den Anforderungen an die Begründung einer Änderung von Ausprägungsgraden durch d. Stellung nehmenden Vorg. (BVerwGE 93, 123 = ZBR 1991, 373); der Aufhebung einer Beurteilung wegen Verletzung der Anhörungspflicht (BVerwG ZBR 2001, 249) und wegen einer nicht ordnungsgemäßen Erörterung mit dem Beurteilten (BVerwG NZWehrr 2010, 168 [L]). Wenn die an sich vorgeschriebenen Beurteilungsgespräche unterblieben sind, führt dies allein noch nicht zur Rechtswidrigkeit der Beurteilung (BVerwGE 141, 113 = ZBR 2012, 286).

- 30 **ddd) Sonstige Rechtsverletzungen.** Auch Elemente, die der Beurteilung als einer förmlichen Entscheidung wesentlich innewohnen, können Gegenstand einer Beschwerde sein.
- 31 **Befangenheit d. Beurteilenden.** Ob im konkreten Einzelfall eine begründete Besorgnis der Befangenheit anzunehmen ist, hängt davon ab, ob im Zeitpunkt der Beurteilung aus der subjektiven Sicht d. Beurteilten objektiv vernünftige Gründe bestanden, d. beurteilende Vorg. werde nicht unbefangen beurteilen; ob d. Beurteilende tatsächlich befangen war oder sich selbst für befangen hält, ist unerheblich (BVerwGE 53, 361). Die ZDv A-1340/50 „Beurteilungen der Soldatinnen und Soldaten der Bundeswehr“ nennt in Nr. 305b als Beispiel eine über das dienstliche Verhältnis weit hinausgehende besondere Beziehung zwischen Beurteiler und Beurteiltem (etwa Verwandtschaft, Freundschaft, private Rechtsstreitigkeit oder Zerwürfnis). Eine Befangenheit d. beurteilenden Vorg. kann grds. nicht aus einem Verhalten hergeleitet werden, das mit Erziehungs- und Führungsaufgaben in Zusammenhang steht, also beispielsweise aus Vorhalten, Rügen und Erziehungshilfen anderer Art wie die Anordnung erzieherischer Maßnahmen oder die Verhängung von Disziplinarmaßnahmen (BVerwG NZWehrr 1999, 204). Ebenso wenig reicht es aus, wenn die Beurteilung sich gegenüber früheren Beurteilungen verschlechtert hat. Der Vorwurf der Befangenheit kann aber begründet sein, wenn d. Stellung nehmende Vorg. d. Beurteilenden zum Nachteil des/der Beurteilten in rechtswidriger Weise beeinflusst hat (BVerwGE 86, 59 = NVwZ-RR 1989, 420 = NZWehrr 1989, 200). Die Entscheidung über eine Befangenheit des Beurteilers oder Stellung nehmenden Vorg. ist keine selbstständig anfechtbare Maßnahme nach § 17 Abs. 3 WBO (BVerwG NZWehrr 2015, 161).
- 32 **Außerachtlassung allgemein gültiger Beurteilungsgrundsätze.** Des Weiteren kann die Beurteilung deshalb angefochten werden, weil d. Beurteilende allgemein gültige Beurteilungsgrundsätze außer Acht gelassen hat (BVerwGE 73, 14 = ZBR 1981, 107). Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn der Beurteilende den anzuwendenden Begriff oder den gesetzlichen Rahmen verkannt hat, wenn er/sie von einem unrichtigen Sachverhalt oder von unzutreffenden Erfahrungssätzen ausgegangen ist oder allgemein gültige Wertmaßstäbe nicht beachtet oder sachfremde Erwägungen angestellt hat. Zu den allgemein gültigen Beurteilungsgrundsätzen gehört auch, dass die Beurteilung aus sich heraus verständlich und frei von Widersprüchen sein muss (BVerwGE 93, 279 = NZWehrr 1992, 255; s. auch Dau/Scheuren WBO, § 1 Rn 149). Vorg. müssen sich möglichst umfassende Kenntnisse über die zu Beurteilenden durch eigene Beobachtungen im persönlichen Kontakt, anhand von Arbeitsergebnissen oder durch Beiträge Dritter verschaffen. Die Feststellungen und Bewertungen in Beurteilungsbeiträgen müssen, soweit sie keine Rechtsfehler aufweisen, bei der Beurteilung zur Kenntnis genommen und bedacht werden. Dabei steht es in der gerichtlich nur eingeschränkt nachprüfaren Verantwortung des Beurteilenden, welchen Stellenwert er/sie den Informationsquellen beimisst (BVerwGE 93, 281 = NZWehrr 1993, 32), insbesondere ob und inwieweit er/sie die in den Beurteilungsbeiträgen enthaltenen Werturteile „fortschreibend“ übernimmt (BVerwG NZWehrr 1999, 204); Beurteilende Vorg. können auch Aussagen von sachkundigen Mitarbeitern verwerten, die über die Arbeitsleistung und Fähigkeiten des zu Beurteilenden Aufschluss geben können (BVerwGE 93, 174 = NZWehrr 1992, 164). Die Beurteilenden müssen auf der Grundlage

einer **Gesamtwürdigung**, die auch die Erkenntnisse durch Beurteilungsbeiträge einzubeziehen hat, ihre Bewertung in eigener Verantwortung treffen. Höhere Vorg. können sich die für die Abgabe einer Stellungnahme zu einer Beurteilung erforderlichen Kenntnisse auch durch ein Gespräch mit dem Erstbeurteiler als „Drittem“ verschaffen, wenn andere Erkenntnisquellen nicht zur Verfügung stehen (BVerwG NZWehrr 2001, 123 = ZBR 2001, 250). Ein Verstoß gegen allgemein gültige Beurteilungsgrundsätze liegt nicht schon dann vor, wenn der/die Beurteilende von einer früheren Beurteilung abweicht.

Für die planmäßigen Beurteilungen d. Sold. kann der Dienstherr (wie im Beamtenbereich) **Richtwerte** vorgeben, nach denen für das anteilige Verhältnis der Gesamtnoten oder Leistungsgruppen Quoten verbindlich vorgegeben werden, um der inflationären Vergabe von Spitzennoten zu begegnen und eine vergleichende Betrachtung der Leistungen zu ermöglichen. Stellungnehmende Vorg. können auf die Einhaltung eines einheitlichen Bewertungsmaßstabes hinwirken und insoweit korrigierend eingreifen. Eine pauschale **Herabsetzung aller Einzelmerkmale** durch einen höheren Vorg. ist allerdings mit dem Gebot der individuellen Leistungsbewertung nicht vereinbar (BVerwG DVBl 2013, 1261 = NZWehrr 2015, 73). Eine Änderung von Leistungswerten durch d. Stellung nehmenden Vorg. erfordert jeweils eine eingehende und nachvollziehbare Begründung.

ee) Aufhebung fehlerhafter Beurteilungen, Wiederherstellung. Die 34 angefochtene Beurteilung muss, soweit sie auf einem Verfahrensfehler beruht, aufgehoben werden (BVerwGE 76, 106). Die Ermessensbetätigung vor der Aufhebung einer Beurteilung oder einer Stellungnahme wegen eines Verfahrensfehlers muss eine mögliche nachträgliche Heilung dieses Fehlers einbeziehen (BVerwG NZWehrr 2005, 118). Nach dem Ausscheiden aus dem Wehrdienstverhältnis besteht kein Anspruch auf eine neue formelle Beurteilung (HessVGH DÖV 1975, 792). Die Zuständigkeit für die neue Beurteilung und die Stellungnahmen hierzu ergibt sich aus den Beurteilungsbestimmungen; danach ist die Stellungnahme d. nächsthöheren Vorg. zu einer Beurteilung, die wegen Befangenheit aufgehoben worden, durch d. nächsten höheren Vorg. nachzuholen, der selbst nicht befangen ist (BVerwG NZWehrr 1994, 165 = ZBR 1994, 279). Ist eine Beurteilung im Rahmen der Dienstaufsicht (z.B. durch die personalbearbeitende Stelle) zu Unrecht aufgehoben worden, ist sie wiederherzustellen und den Personalakten beizufügen (BVerwGE 113, 255). Die Anordnung der personalbearbeitenden Stelle, eine Neufassung der im Wege der Dienstaufsicht aufgehobenen Beurteilung zu erstellen, ist keine gerichtliche angreifbare Maßnahme nach der WBO (BVerwG NZWehrr 2012, 79).

Die **Anfechtung einer Beurteilung** erledigt sich regelmäßig durch Be- 35 endigung des Wehrdienstverhältnisses (z. B. Eintritt in den Ruhestand). Dies gilt nicht, wenn d. Sold. nach Ausscheiden aus dem Wehrdienst Angehöriger der Reserve ist und die Beurteilung für weitere Verwendungen (z.B. Wehrübungen) relevant sein kann (vgl. BVerwGE 76, 353 = NZWehrr 1985, 243). Die für die Anfechtung einer Beurteilung und der dazu ergangenen Stellungnahme maßgeblichen Fristen sind nach dem jeweiligen Zeitpunkt ihrer Bekanntgabe gesondert zu berechnen (BVerwG NZWehrr 1986, 119). Durch die Aufhebung einer Beurteilung werden Rechte d. Beurteilenden nicht verletzt; dasselbe gilt für die Entziehung der Beurteilungszuständigkeit

SG § 3

Teil 1. Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten

(BVerwGE 86, 209 = NZWehrr 1990, 117). Nach dem Prinzip der Lückenlosigkeit von Beurteilungen ist die Neufassung einer planmäßigen Beurteilung nach deren Aufhebung grundsätzlich geboten (BVerwG NZWehrr 1994, 165 = ZBR 1994, 279); ein Verzicht auf die Neufassung kommt nur in eng begrenzten Einzelfällen in Betracht (ZDv A-1340/50 Nr. 1204).

- 35a Beurteilungsbeiträge** anderer Vorg. sollen den beurteilenden Vorg. zusätzliche Erkenntnisquellen erschließen (vgl. ZDv A-1340/50 Nr. 503), haben aber keine Außenwirkung und sind als bloße Vorbereitungshandlungen für die dienstliche Beurteilung nach der Rspr. regelmäßig keine dienstlichen Maßnahmen iSv § 17 Abs. 3 und § 21 Abs. 1 WBO (vgl. BVerwG -1 WB 61.05- v. 8.3.2006). Sie können daher nicht isoliert zum Gegenstand einer gerichtlichen Überprüfung gemacht werden. Dies bedeutet jedoch nicht, dass eine Beschwerde per se unstatthaft wäre. Vielmehr kann eine Beschwerde unabhängig vom Vorliegen einer dienstlichen Maßnahme oder eines Befehls schon dann zulässig sein, wenn der Soldat glaubt, „von Vorgesetzten oder von Dienststellen der Bw unrichtig behandelt“ worden zu sein. Während d. Sold. also vor einem Antrag auf gerichtliche Entscheidung abwarten muss, bis die endgültige dienstliche Maßnahme erlassen ist, kann er sich mit einer Beschwerde bereits gegenüber bloßen Vorbereitungshandlungen an seine militärischen Vorg. wenden (BVerwG -1 WB 40.18- v. 28.2.2019). Eine Beschwerde wäre zB gegeben, wenn der Beurteilungsbeitrag durch diskriminierende Äußerungen in die Rechtssphäre des/der zu beurteilenden Sold. eingreift.
- 35b** Der Beurteilungsbeitrag nach Abschluss einer besonderen Auslandsverwendung dient der Vorbereitung der Beurteilung und ist keine selbständig anfechtbare Maßnahme iSv § 17 Abs. 3 WBO (so BVerwG NZWehrr 2018, 36 = BWV 2018, 40; aA Lorse, Beurteilung, Rn 486). Die **internationale Beurteilung** von Sold. stellt keine Beurteilung iSv § 2 SLV dar, sondern steht einem Beurteilungsbeitrag gleich (BVerwG -1 WB 41.07- v. 11.3.2008 = PersV 2009, 239).
- 36 b) Leistungsvergleich, Auswahlverfahren.** Der **Grundsatz der Bestenauslese** (vgl. § 3 Rn 13) besagt, dass das BMVg oder eine andere personalbearbeitende Stelle im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens (BVerwGE 103, 4 = NZWehrr 1994, 24) unter mehreren Bewerbern den oder die am besten geeigneten auszuwählen hat, wobei sie sich am Leistungsprinzip zu orientieren und im Übrigen nur bei im Wesentlichen gleicher Eignung im Rahmen sachgerechter Erwägungen darüber zu befinden haben, welchen sonstigen Gesichtspunkten als Hilfskriterien Gewicht beigemessen werden kann und soll (BVerwGE 86, 169). Bei im Wesentlichen gleich beurteilten Bewerbern kann der Gesichtspunkt des häufigen Standortwechsels über größere Entfernungen nur ein Hilfskriterium darstellen (unklar BVerwG NZWehrr 2003, 120 = ZBR 2004, 260, wo der häufige Standortwechsel als am Leistungsgrundsatz orientiertes Auswahlkriterium bezeichnet wird). Der Grundsatz der Bestenauslese ist bei allen Statusgruppen zu beachten, also auch bei Generalen und Admiralen, die gem. § 50 auf Antrag des BMVg jederzeit durch den Bundespräsidenten in den einstweiligen Ruhestand versetzt werden können, so dass auch die Besetzung von militärischen Spitzenämtern der gerichtlichen Kontrolle unterliegt (vgl. BVerwGE 128, 329). Der Dienstherr ist aus Art. 33 Abs. 2 GG und § 3 SG nicht gehalten, d. Sold. geeignete förderliche Dienstposten zu benennen. Diese Bestimmungen lassen das Ver-

fahren, mittels dessen der Grundsatz der Bestenauslese umgesetzt wird, offen (vgl. hierzu BVerwG NZWehrr 1992, 256).

Das Soldatenrecht enthält **keine Ausschreibungspflicht** für die Besetzung freier Dienstposten; die Normen des Beamtenrechts (§ 8 BBG, § 4 BLV) gelten nicht für Sold. (BVerwG NZWehrr 2015, 165). Das für Sold. bisher praktizierte Verfahren einer von Amts wegen durchgeführten Bestenauslese ist von der Rspr. nicht beanstandet worden.

Bei der Zuordnung von Dienstposten zu mehreren Besoldungsgruppen (**sog. gebündelte Dienstposten**, z. B. Fw – StFw) ist die Rspr. zu beachten, wonach eine zulässige Dienstpostenbündelung insbesondere bei Beförderungsentscheidungen eine plausible Ämterbewertung (§ 18 BBesG) und eine sachgerechte und am Grundsatz der Bestenauslese orientierte Begründung voraussetzt (BVerwGE 140, 83 = NVwZ 2011, 1270).

Bei **förderlichen Verwendungen** ist die Auswahlentscheidung im Rahmen von Auswahlverfahren zu treffen, d. h. durch die Reihung der zu betrachtenden Sold. auf der Grundlage der Beurteilungen und die Vergabe der Dienstposten auf Grund der Position in der Reihe, soweit die erforderlichen Ausbildungsvoraussetzungen für die zu besetzenden Dienstposten (AVR/ATN) erfüllt sind. Sofern dagegen auf einen höherwertigen Dienstposten jemand versetzt werden soll, der bereits zu dem entsprechenden Dienstgrad befördert ist, findet kein solches Auswahlverfahren statt, weil diejenigen, die noch nicht in den Beförderungsdienstgrad befördert worden sind, mit den Sold. des höheren Dienstgrades nicht in Konkurrenz stehen (BVerwGE 86, 244; 103, 134 = NZWehrr 1995, 29). Dasselbe gilt, wenn sich der ausgewählte Bewerber bereits auf einem höherbewerteten Dienstposten bewährt hat (BVerwG NZWehrr 2001, 123). Die dem BMVg zustehende Organisations- und Personalhoheit berechtigt ihn und die in seinem Auftrag handelnden Stellen bei der Besetzung eines freien Dienstpostens – vor der Auswahlentscheidung – festzulegen, ob der Dienstposten im Wege einer förderlichen Besetzung (mit anschließender Beförderung in den dem Dienstposten entsprechenden Dienstgrad) oder mittels einer Versetzung ohne derartige Förderung („Versetzungsbewerber“) oder durch Dienstpostenwechsel besetzt werden soll, wobei der Dienstherr sich an der einmal getroffenen Organisationsgrundentscheidung festhalten lassen muss (BVerwG RiA 2004, 35 = NVwZ 2004, 886 [L]). Der Anspruch eines Bewerbers auf fehlerfreie Auswahlentscheidung hängt davon ab, dass ein besetzbarer Dienstposten bereitsteht und dass der Dienstherr diesen Dienstposten besetzen will. Es liegt im Organisationsermessen des Dienstherrn, nach welchen Kriterien er den Dienstposten beschreibt und welche strukturbezogenen Voraussetzungen – einschließlich der Zuordnung zu einer Teilstreitkraft – er für die Besetzung des Dienstpostens festlegt; die Organisationshoheit des Dienstherrn unterliegt nicht der gerichtlichen Kontrolle auf ihre Zweckmäßigkeit (BVerwGE 136, 140; BVerwG -1 WDS-VR 7.11- v. 6.1.2012).

Bei **förderlichen Verwendungen** ist die Auswahlentscheidung im Rahmen von Auswahlverfahren zu treffen, d. h. durch die Reihung der zu betrachtenden Sold. auf der Grundlage der Beurteilungen. Es besteht **kein Rechtsanspruch auf Beförderung**. Wenn eine Förderung aus haushaltsrechtl. Gründen vorübergehend nicht möglich ist und d. Sold. auf eine entsprechende Haushaltsstelle warten muss, bedeutet dies noch keine Rechtsverletzung. Soweit in diesem Zusammenhang gelegentlich ein **Beförderungsstau** beklagt wird, suggeriert dies einen Anspruch, der so nicht

SG § 3

Teil 1. Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten

besteht (so zutr. Metzger, in: HK-SG § 3 Rn 94; § 44 Rn 22). Das Wort vom Beförderungstau erscheint eher als Kampfbegriff der (Verbands-)Politik und hat keinen rechtlichen Gehalt.

- 40 Vor jeder Ernennung oder Verwendungsentscheidung ist eine **umfassende Feststellung des Leistungsbildes** aller Sold. erforderlich, die für den Dienstposten in Frage kommen. Für die Entscheidung über die Förderung der vom Dienst freigestellten Mitglieder von Personalvertretungen, die gemäß den § 10 BPersVG wegen ihrer Tätigkeit hinsichtlich ihrer beruflichen Entwicklung weder benachteiligt noch begünstigt werden dürfen, ist eine Laufbahnentwicklung nachzuzeichnen, bei der sowohl die letzten planmäßigen Beurteilungen der Sold. festgeschrieben wie auch der Werdegang vergleichbarer Sold. berücksichtigt werden, wobei es im pflichtgemäßen Ermessen der personalbearbeitenden Stellen steht, welche Vergleichsgruppen sie für diese Betrachtung heranziehen (BVerwGE 93, 188 = NZWehrr 1994, 244). Gleiches gilt für vom Dienst freigestellte militärische Gleichstellungsbeauftragte (§ 18 SGleiG) sowie freigestellte Mitglieder der Schwerbehindertenvertretungen (Vertrauenspersonen), die nach § 96 Abs. 2 SGB IX in der beruflichen Entwicklung wegen ihres Amtes nicht benachteiligt werden dürfen; freigestellte Mitglieder des GVPA sind durch § 15 SBG geschützt.
- 41 Für **freigestellte Personalratsmitglieder** setzt die Beförderung/Einweisung in eine höhere Besoldungsgruppe eine vorherige Versetzung auf einen (fiktiven) Dienstposten der angestrebten Besoldungsstufe voraus, die eigenständig geltend gemacht und notfalls eingeklagt werden muss (BVerwG PersV 2014, 458 = ZBR 2014, 391 [L]; BayVGH -3 B 99.1974- v. 13.11.2003; ebenso OVG NW -1 A 1128/12- v. 3.12.2013). Bei einer Freistellung ist dabei der (fiktive) dienstliche Werdegang unter Bildung einer Vergleichs- oder Referenzgruppe nachzuzeichnen (hierzu Vogelgesang PersV 2010, 4 ff). Die **Bildung der Referenzgruppe** und die Zuteilung eines Rangplatzes in dieser bestimmt die künftige berufliche Entwicklung des freigestellten Personalratsmitglieds und ist d. Sold. mitzuteilen; etwaige Einwände gegen die Referenzgruppenbildung müssen zeitnah geltend gemacht werden. Die Bildung der Vergleichsgruppe nach dem Zentralerlass B-1336/2 „Förderung vom Dienst freigestellter Soldatinnen und Soldaten“ ist eine anfechtbare dienstliche Maßnahme iSv § 17 Abs. 3 Satz 1 WBO (so BVerwG -1 WB 28.16- v. 3.8.2017). Bei der Bildung der Referenzgruppe muss der Dienstherr die sich selbst gegebenen ermessenslenkenden Vorschriften unter Beachtung des Gleichheitssatzes anwenden und darf von einer generell geübten Praxis nicht ohne sachlichen Grund abweichen (BVerwG PersV 2021, 222 m. Anm. Gronimus).
- 42 **Grundlage für die Feststellung des Leistungsbildes** sind vor allem die Ergebnisse aus den Personalunterlagen, wobei es im Ermessen der für die Entscheidung zuständigen Stelle liegt, welche Personalunterlagen für die Auswahl der Bewerber herangezogen werden (BVerwGE 53, 265 = NZWehrr 1977, 183). Darüber hinaus ist im Einzelfall, insbesondere bei der Besetzung höherwertiger Dienstposten, die zuständige Stelle berechtigt, sich z. B. durch ein Personalgespräch mit dem betroffenen Sold. einen persönlichen Eindruck über dessen Eignung und Befähigung zu verschaffen, ohne dass d. Vorg., der in Kenntnis der Personalunterlagen auf Grund der persönlichen Aussprache mit d. Sold. zusätzliche Erkenntnisse gewinnt, gehalten ist, das so gewonnene Urteil durch Rückfragen bei Dritten abzusichern (BVerwGE 53, 23 = DVBl 1976, 335 mit Anm. Schick).

Zu den **Ergebnissen aus den Personalunterlagen**, die nach § 3 Abs. 1 43 berücksichtigt werden dürfen, gehören auch **frühere Beurteilungen**. Allerdings sind Beurteilungen, die nach unterschiedlichen Beurteilungsrichtlinien erstellt worden sind, nicht miteinander vergleichbar (BVerwGE 86, 270 = ZBR 1991, 248). Ferner können berücksichtigt werden:

- **Laufbahnprüfungen und Lehrgangsergebnisse** (BVerwGE 53, 265 = NZWehrr 1977, 183)
- **Ausbildungen** (BVerwGE 63, 181 = ZBR 1981, 74)
- **Studienleistungen** (BVerwGE 73, 176 = ZBR 1983, 75)
- **außerdienstlich erworbene Qualifikationen** (z. B. Studium oder Promotion)
- **Vorverwendungen** (BVerwGE 76, 243)
- **Gesundheitszustand** (BVerwGE 86, 70; vgl. auch § 3 Rn 17)
- **Sicherheitsbedenken** (BVerwG DVBl 1973, 812)
- Straftaten/Dienstvergehen (siehe näher Rn 44)
- **rechtmäßige politische Meinungsäußerungen** (BVerwGE 83, 90 = JZ 1986, 542 mit Anm. Plander = NZWehrr 1986, 161)
- **Parteimitgliedschaft, die Zweifel an der Verfassungstreue begründet** (BVerwGE 111, 22 = NZWehrr 2000, 82 mit Anm. Bachmann)

Straftaten und Dienstvergehen stehen einer Beförderung grds. entgegen, wobei in der Regel der Abschluss des Straf-/Disziplinarverfahrens abzuwarten ist; bis dahin bestehen Zweifel an der erforderlichen Eignung und Befähigung d. Sold. (BVerwG NZWehrr 1997, 114; s. auch OVG NW NVwZ-RR 2021, 371 zum Beamtenrecht). Nr. 246 Satz 1 der ZDv A-1340/49 bestimmt zur Ermessensausübung, dass Betroffene während der Ermittlungen der D-Vorg. disziplinarer Vorermittlungen gemäß § 92 WDO, eines gerichtlichen Disziplinarverfahrens oder eines strafrechtlichen Ermittlungs- oder Gerichtsverfahrens nicht gefördert werden „sollen“. Die Ausgestaltung als „Soll-Vorschrift“ verpflichtet die personalbearbeitenden Stellen, grundsätzlich so zu verfahren; im Regelfall bedeutet das „Soll“ ein „Muss“ bzw. ein „Nicht dürfen“ (BVerwGE 118, 25 = NZWehrr 2003, 212; zu den Härtefällen vgl. **ZDv A-1340/49 Nr. 246** Satz 2 und 3). Das BVerwG hat die Verwaltungspraxis nicht beanstandet, dass Sold. während eines Disziplinarverfahrens außer in Härtefällen grds. nicht gefördert werden (BVerwG NZWehrr 2017, 68 = BWV 2017, 60 betreffend die Zurückstellung vom Offizierlehrgang). Wird eine Beförderung wegen eines schwebenden Strafverfahrens ausgesetzt und nach Einstellung des Strafverfahrens gem. § 170 StPO unverzüglich nachgeholt, so hat d. Sold. keinen Schadensersatzanspruch gegen den Dienstherrn wegen der verzögerten Beförderung (OVG Nds -5 A 45.11- v. 20.8.2012 = DÖV 2012, 859 [L]).

Ob die Berücksichtigung von **Altersgrenzen** ein taugliches Auswahlkriterium nach § 3 sein kann, ist fraglich und wurde von der Rspr. bisher fallweise bejaht: Grenzalter für Verwendungen. als Bataillonskommandeur (BVerwG ZBR 1980, 324); Höchstalter für bestimmte Laufbahnen (BVerwG ZBR 1981, 228); Höchstalter für Laufbahnwechsel (BVerwGE 86, 205; 113, 373). Die Berücksichtigung des **Dienst- und Lebensalters** von Sold., sowie die Vorgabe von **Mindestdienstzeiten**, erscheint mit Blick auf die Rspr. des BVerwG zum Beamtenrecht (BVerwGE 122, 147 = NVwZ 2005, 457; OVG Hamburg ZBR 2010, 265), wonach Mindestdienst- und Wartezeiten bei der Beförderungsauswahl kein zulässiges Kriterium darstellen, mit Art. 33 45

SG § 3

Teil 1. Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten

Abs. 2 GG nicht vereinbar (dazu Eichen NZWehrr 2011, 25; ausführlich Metzger, in: HK-SG § 3 Rn 101 ff). Eine bevorzugte Förderung älterer Sold., etwa zur Erreichung des von der Personalführung angestrebten allgemeinen Laufbahnziels, wäre daher unzulässig. Hingegen ist die Berücksichtigung einer hinreichenden **Restdienstzeit** bei militärischen Förderungsentscheidungen mit Art. 33 Abs. 2 GG vereinbar (BVerwGE 138, 70 = ZBR 2011, 201).

- 46 Das BVerwG hat mit Urteil vom 13.12.2012 (BVerwGE 145, 237 = ZBR 2013, 252) für den **Militärmusikdienst** entschieden, dass die bisherige Praxis der Bw, die Umwandlung des Dienstverhältnisses eines SaZ in das eines BS von der Zugehörigkeit zu bestimmten Geburtsjahrgängen abhängig zu machen, nicht rechtmäßig ist. Die ausschließlich leistungsbezogenen Auswahlgrundsätze des Art. 33 Abs. 2 GG ließen eine Berücksichtigung des Lebensalters nur zu, wenn daraus bei typisierender Betrachtung Schlussfolgerungen für die Erfüllung der Anforderungen des Dienstes gezogen werden können. Das Interesse des Dienstherrn an der Schaffung oder Aufrechterhaltung ausgewogener Altersstrukturen besitze kein ausreichendes verfassungsrechtliches Gewicht, um eine Einschränkung des in Art. 33 Abs. 2 GG vorbehaltlos gewährleisteten Zugangsrechts zu rechtfertigen. Darüber hinaus fehle es für eine Einschränkung des Leistungsgrundsatzes im Interesse der Funktionsfähigkeit der Streitkräfte an der hierfür erforderlichen Abwägungsentscheidung des Gesetzgebers. Diese Rspr. ist auch auf truppendienstliche Laufbahnentscheidungen übertragbar (vgl. BVerwG PersV 2014, 273 m. Anm Gronimus) und hat zu einer Angleichung an die beamtenrechtliche Judikatur geführt.

7. Beachtung der Fürsorgepflicht

- 47 Neben dem durch Art. 33 Abs. 2 GG und § 3 Abs. 1 normierten Leistungsprinzip, das zur **Bestenauslese** verpflichtet, ist bei der Ernennung und Verwendung d. Sold. die Fürsorgepflicht zu beachten. Die Fürsorgepflicht des Dienstherrn beschränkt sich nach ständiger Rechtsprechung auf die von d. Sold. jeweils bekleidete Stellung. Der Sold. kann daher aus § 31 keinen Anspruch auf Ernennung, insbesondere auf Beförderung, herleiten. Dies schließt jedoch nicht aus, dass der Dienstherr auf Grund seiner umfassenden Fürsorgepflicht gehalten ist, d. Sold. zu fördern, mindestens aber insoweit wohlwollend zu behandeln. Stehen mehrere gleich geeignete Bewerber zur Auswahl, hat sich die Entscheidung über die Ernennung an dem Fürsorgeprinzip zu orientieren und soziale Gesichtspunkte zu berücksichtigen.
- 48 Bei **Verwendungsentscheidungen** ist – sofern sie von militärischen Vorg. getroffen werden – die Fürsorgepflicht der Vorg. aus § 10 Abs. 3 zu beachten. Im Übrigen gilt die allgemeine Fürsorgepflicht des Dienstherrn nach § 31. Im Einzelnen hat die Rspr folgende Grundsätze entwickelt:
- 49 Der Sold. ist **in seinem dienstlichen Fortkommen und in seiner Laufbahn zu fördern** (BDHE 6, 165 = NZWehrr 1962, 164). Erfüllt d. Sold. alle Voraussetzungen für eine Verwendung auf einem höheren Dienstposten, ist zu jedem regelmäßigen Versetzungstermin unter Verwertung der dann gegebenen Verhältnisse erneut zu prüfen und zu entscheiden, ob er/sie nach Eignung, Befähigung und Leistung sowie dem Anforderungsprofil des jeweiligen Dienstpostens zu versetzen ist (BVerwGE 86, 25 = NZWehrr