

**Titel:**

**Beförderung zum Stabsfeldwebel, Konkurrentenstreit, Unvereinbarkeit einer 16jährigen Mindestdienstzeiten für die Ernennung zum Stabsfeldwebel mit dem Leistungsprinzip, Anspruch auf Freihaltung einer Planstelle in Massenbeförderungsverfahren**

**Normenketten:**

VwGO § 123

GG Art. 33 Abs. 2

SLV § 20

SLV § 49

**Schlagworte:**

Beförderung zum Stabsfeldwebel, Konkurrentenstreit, Unvereinbarkeit einer 16jährigen Mindestdienstzeiten für die Ernennung zum Stabsfeldwebel mit dem Leistungsprinzip, Anspruch auf Freihaltung einer Planstelle in Massenbeförderungsverfahren

**Fundstelle:**

BeckRS 2022, 11117

**Tenor**

I. Der Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung aufgegeben, eine der derzeit zur Verfügung stehenden Haushaltsstellen eines Stabsfeldwebels (A 9 BBesO) ab sofort bis zur Entscheidung der Antragsgegnerin über die Beschwerde des Antragstellers gegen die Ablehnung seines Antrags auf Beförderung zum Stabsfeldwebel freizuhalten und nicht mit einem Mitbewerber zu besetzen. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

II. Von den Kosten des Verfahrens haben der Antragsteller ein Viertel und die Antragsgegnerin drei Viertel zu tragen.

III. Der Streitwert wird auf 10.323,04 EUR festgesetzt.

**Gründe**

I.

1

Der Antragsteller steht als Soldat auf Zeit im Dienst der Antragsgegnerin und bekleidet derzeit den Dienstgrad Hauptfeldwebel. Er wurde am ... .. 2008 zum Feldwebel, am ... .. 2010 zum Oberfeldwebel und am ... .. 2015 zum Hauptfeldwebel befördert.

2

Mit Antrag vom 17. November 2021 beantragte der Antragsteller seine Beförderung zum Stabsfeldwebel. Dieser Antrag wurde mit Bescheid des Bundesamtes für das Personalmanagement der Bundeswehr vom 30. März 2022 abgelehnt. Zur Begründung wurde ausgeführt, gemäß § 49 SLV könne das Bundesministerium der Verteidigung über die in der Soldatenlaufbahnverordnung festgelegten Mindestdienstzeiten hinausgehende Regelungen für Beförderungen treffen. Auf dieser Grundlage sei die Zentrale Dienstvorschrift ZDv A-1340/49 „Beförderung, Einstellung, Übernahme und Zulassung von Soldatinnen und Soldaten“ erlassen worden. Nach Nr. 236 dieser ZDv werde für die Beförderung zum Stabsfeldwebel eine Dienstzeit von mindestens 16 Jahren seit der Ernennung zum Feldwebel vorausgesetzt. Auf dieser Grundlage errechne sich eine frühestmögliche Beförderungsreife des Antragstellers zum Stabsfeldwebel erst zum 28. Mai 2024.

3

Gegen diese Entscheidung legte der Antragsteller mit Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 7. April 2022 Beschwerde ein. Weiterhin beantragte er mit Schreiben vom 5. April 2022 die Erteilung einer

formwirksamen Zusicherung, dass die Haushaltsstelle eines Stabsfeldwebels zum frühestmöglichen Zeitpunkt für ihn freigehalten werde, und setzte für die Erteilung der Zusicherung eine Frist bis zum 19. April 2022.

4

Nach Ausbleiben einer entsprechenden Zusicherung von Seiten der Antragsgegnerin hat der Antragsteller am 20. April 2022 beim Bayerischen Verwaltungsgericht Würzburg den Erlass einer einstweiligen Anordnung beantragt. Zur Begründung wird ausgeführt, ein Anordnungsgrund sei gegeben vor dem Hintergrund, dass die Antragsgegnerin monatlich Beförderungslesungen durchführe, bei denen auf Grundlage einer Beförderungs- und Einweisungsreihenfolge Beförderungen von Hauptfeldwebeln zu Stabsfeldwebeln vorgenommen würden. Der Antragsteller müsse daher sicherstellen, dass eine Haushaltsstelle für seine Beförderung zum Stabsfeldwebel zur Verfügung stehe. Auch ein Anordnungsanspruch sei gegeben. Der Kläger habe einen Anspruch auf Beförderung zum Stabsfeldwebel zum nächstmöglichen Zeitpunkt sowie auf rückwirkende Einweisung in eine Planstelle. Der Antragsteller erfülle sämtliche Voraussetzungen, die für eine positive Beförderungsentscheidung erforderlich seien. Die Soldatenlaufbahnverordnung (SLV) selbst sehe keine Mindestdienstzeit für die Ernennung zum Stabsfeldwebel vor. Die unter Nr. 236 der ZDv A-1340/49 geforderte Dienstzeit von mindestens 16 Jahren seit der Ernennung zum Feldwebel und davon drei Jahre seit der Ernennung zum Hauptfeldwebel sei mit dem in Art. 33 Abs. 2 GG verankerten Leistungsprinzip unvereinbar. Mindestdienstzeiten für eine Beförderung dürften nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nur festgelegt werden, soweit sie der Feststellung der praktischen Bewährung im bisherigen Dienstgrad dienen. Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dürfe der Zeitraum dabei jedoch nicht länger ausfallen als typischerweise erforderlich sei, um eine tatsächliche Grundlage für die Beurteilung und Prognose zu schaffen. Obergrenze sei daher in der Regel die Dauer eines Regelbeurteilungszeitraums. Mindestdienstzeiten, die auf eine reine Wartezeit hinausliefen, seien verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen. Das Dienstalder als nicht leistungsbezogenes Kriterium dürfe für Auswahlentscheidungen nur bei Leistungsgleichstand herangezogen werden, was jedoch vorliegend von der Antragsgegnerin nicht dargelegt sei. Mindestdienstzeiten, die über die Dauer eines Beurteilungszeitraums hinausgingen, müssten zudem durch Parlamentsgesetz festgelegt werden. Weiterhin gehe der Antragsteller aufgrund seines guten Beurteilungsbildes davon aus, dass er sich im Vergleich von Eignung, Leistung und Befähigung mit seinen Kameraden für eine Beförderung qualifiziere. Da es vorliegend bereits an den Grundlagen für eine ordnungsgemäße Auswahlentscheidung fehle, liege die Beweislast dafür, dass der Antragsteller auch bei ordnungsgemäßer Auswahl nicht zum Zuge gekommen wäre, bei der Antragsgegnerin.

5

Der Antragsteller beantragt,

der Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung aufgegeben, für den Antragsteller eine Haushaltsstelle eines Stabsfeldwebels (A 9 BBesO) zum frühestmöglichen Zeitpunkt - rückwirkend bis zu 3 Monaten - spätestens ab sofort freizuhalten, solange nicht über die Beschwerde des Antragstellers gegenüber der Ablehnung seines Antrags auf Beförderung zum Stabsfeldwebel bestandskräftig entschieden sei.

6

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag abzulehnen.

7

Die Antragsgegnerin ist unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts Augsburg sowie des Bundesverwaltungsgerichts (VG Augsburg, B.v. 16.11.2021 - 2 E 21.1648) der Auffassung, der Antragsteller habe keinen Anspruch auf Freihaltung einer Planstelle. Ein solcher folge insbesondere nicht aus dem Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG. Das aus dem Organisationsrecht des Dienstherrn erwachsende organisations- und verwaltungspolitische Ermessen bei der haushaltsrechtlichen Ausbringung und Bewirtschaftung von Planstellen sei ein anderes als das bei einer Stellenbesetzung zu beachtende Auswahlermessen. Art. 33 Abs. 2 GG begründe kein Recht auf Einrichtung und Besetzung von Planstellen. Die Schaffung und Bewirtschaftung von Planstellen diene allein dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Erfüllung der öffentlichen Aufgaben. Darüber hinaus sei eine Reservierung der Planstelle nicht erforderlich, da für das Jahr 2022 ausreichend Planstellen in der Besoldungsgruppe A 9 zur Verfügung

stunden. Auch erfülle der Antragsteller nicht die Voraussetzungen für eine Beförderung. Die relevanten Dienstzeitvoraussetzungen hielten als Bewährungszeiten einer rechtlichen Überprüfung stand und würden von der Rechtsprechung als zulässig erachtet. Die ZDv A-1340/49 sei auf der Grundlage von § 49 SLV erlassen und bewege sich innerhalb des von § 49 SLV gesetzten Rahmens, denn danach dürfe die Antragsgegnerin über die in der SLV vorgesehenen Mindestdienstzeiten hinausgehen. Die Antragsgegnerin sei grundsätzlich frei zu bestimmen, wann sie Beförderungen vornehmen wolle. So könnten auch Mindestdienstzeiten vorgesehen werden, um die Laufbahn sachgerecht zu strukturieren, Erfahrungszuwächse im vorherigen Amt zu gewährleisten und zu nutzen und um einen Dienstrangaufbau nach Erfahrungszeiten zu erreichen, der auch den Aufbau von Befehlsstrukturen erleichtere. Die Rechtsprechung gelange daher auch zu dem Ergebnis, dass die zu Beamten ergangene Rechtsprechung des BVerwG nicht undifferenziert auf Soldaten übertragbar sei und gegen die 16jährige Mindestdienstzeit keine Bedenken bestünden. Die Unterschiede zwischen Polizeivollzugsdienst und soldatischem Dienst rechtfertigten eine andere Bewertung. Im Soldatenrecht sei die rechtliche Grundlage für die Festsetzung von Mindestdienstzeiten in einem formellen Parlamentsgesetz verankert. Weiterhin müsse die Funktionsfähigkeit und Einsatzbereitschaft der Streitkräfte berücksichtigt werden. Dazu gehöre es, den Aufbau von Erfahrungszuwächsen und gewachsener Autorität sicherzustellen. Je höher der Dienstgrad, desto höher seien die an den Soldaten zu stellenden Anforderungen und das Leistungsbild eines Soldaten lasse sich erst bei einer gewissen Verweildauer im jeweiligen Dienstgrad vergleichen. Wesentliche Unterschiede gegenüber dem Polizeivollzugsdienst, die eine andere Bewertung in Bezug auf die Zulässigkeit von Mindestdienstzeiten rechtfertigten, bestünden vor allem im ständigen Umbau der Streitkräfte, im militärischen Kampf als besonderem Auftrag der Streitkräfte, in der Zusammensetzung des Personalkörpers der Streitkräfte aus einem überwiegenden Anteil an Soldaten auf Zeit und der damit verbundenen Fluktuation sowie dem auf verschiedenen hierarchischen Führungsebenen verwendeten Personal. Insbesondere komme den Unteroffizieren mit Portepée im militärischen Gefüge eine besondere Bedeutung als Führungspersönlichkeit zu, was bei Polizeibeamten des mittleren Dienstes nicht der Fall sei.

II.

**8**

Der Antrag ist nur teilweise zulässig. Soweit der Antrag zulässig ist, ist er teilweise begründet. Hinsichtlich der vom Antragsteller begehrten bis zu drei Monate rückwirkenden Freihaltung ist der Antrag dagegen unbegründet.

**9**

1. Der Antrag ist unzulässig, soweit die zeitliche Erstreckung der Untersagung der Dienstpostenbesetzung über den Zeitpunkt einer erneuten, die Rechtsauffassung des Gerichts beachtenden Entscheidung der Behörde hinaus begehrt wird. Insoweit fehlt es an dem erforderlichen Rechtsschutzinteresse.

**10**

Der Antrag, die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, für den Antragsteller eine Haushaltsstelle für einen Stabsfeldwebel freizuhalten, bis über die Beschwerde des Antragstellers gegen die Ablehnung seines Antrags auf Beförderung zum Stabsfeldwebel bestandskräftig entschieden ist, ist in zeitlicher Hinsicht teilweise unzulässig, da dies dem Dienstherrn im Wege der einstweiligen Anordnung nur für einen Zeitraum bis zu einer erneuten, die Rechtsauffassung des Gerichts beachtenden Entscheidung über die Beförderung des Antragstellers untersagt werden darf (vgl. OVG NRW, B.v. 5.5.2020 - 1 B 202/20; BayVGh, B.v. 16.12.1998 - 7 ZE 98.3115 - jeweils bei juris). Durch eine einstweilige Anordnung sicherungsfähig ist allein das etwaige Recht des Antragstellers, dass über seinen geltend gemachten Bewerbungsverfahrenanspruch erneut und rechtsfehlerfrei entschieden wird. Nur bis dahin - und nicht bis zur Bestandskraft bzw. Rechtskraft der Auswahlentscheidung - muss der maßgebliche Dienstposten vorläufig freigehalten werden. Nach einer erneuten Auswahl- und Besetzungsentscheidung ist es dem jeweiligen Antragsteller ohne weiteres zuzumuten, ggf. wiederum um einstweiligen Rechtsschutz nachzusuchen (vgl. OVG NRW, B.v. 05.05.2020 a.a.O.).

**11**

2. Der im Übrigen zulässige Antrag ist teilweise begründet.

**12**

Nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann das Gericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden

Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (sog. Sicherungsanordnung). Dabei sind gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO ein Anordnungsanspruch und ein Anordnungsgrund glaubhaft zu machen. Die Glaubhaftmachung setzt voraus, dass die begehrte einstweilige Anordnung geeignet und notwendig ist, den auf Art. 33 Abs. 2 GG beruhenden materiellen Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers zu sichern und dadurch einen endgültigen Rechtsverlust zu seinem Nachteil abzuwenden. Dieser würde voraussetzen, dass er in einem nach den Auswahlgrundsätzen des Art. 33 Abs. 2 GG, § 9 BeamStG - Eignung, Befähigung und fachliche Leistung - durchzuführenden Stellenbesetzungsverfahren wegen möglicher Fehler in seinem Bewerbungsverfahrensanspruch verletzt sein könnte, seine Auswahl bei einer Verfahrenswiederholung möglich erscheint und dass deshalb zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes eine vorläufige Entscheidung erforderlich wäre.

### 13

Der Antragsteller hat insoweit einen Anordnungsgrund und einen Anordnungsanspruch glaubhaft machen können.

### 14

a) Der Antragsteller hat einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht.

### 15

aa) Dem Vorliegen eines Anordnungsanspruchs steht nicht bereits die von der Antragsgegnerin in Bezug genommene Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, B.v. 5.11.2021 - 2 VR 1/12 - juris, VG Augsburg, B.v. 16.11.2021 - Au 2 E 21.1648 - juris) entgegen, wonach generell kein Anspruch auf Reservierung einer Planstelle bestehe. Die genannten Entscheidungen lassen sich nicht auf das hiesige Verfahren übertragen, da ihnen andere Fallkonstellationen zugrunde lagen.

### 16

Anders als im vorliegenden Verfahren ging es gerade nicht darum, vorübergehend zu verhindern, dass die Stelle mit einem Mitbewerber besetzt wird, um so den Bewerbungsverfahrensanspruch zu sichern (sog. „Konkurrentenstreit“). Zwar berief sich auch im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht der Antragsteller auf seinen Bewerbungsverfahrensanspruch. Jedoch wendete er sich nicht gegen die drohende Besetzung der Planstelle mit einem Mitbewerber, sondern vielmehr gegen die Entscheidung des Dienstherrn, den Dienstposten nach dem (in der Hauptsache streitgegenständlichen) Abbruch des Stellenbesetzungsverfahrens in eine höhere Besoldungsgruppe zu überführen, wodurch die erforderliche Beförderungsplanstelle nicht mehr zur Verfügung gestanden hätte. Im Kern zielte dort also die beantragte Freihaltung einer Planstelle auf einen Eingriff in organisatorische Entscheidungen des Dienstherrn ab. Zutreffend hat das Bundesverwaltungsgericht dem entgegengehalten, dass die Ausbringung von Planstellen im Haushaltsplan durch den Haushaltsgesetzgeber nach dessen organisatorischer Gestaltungsfreiheit erfolge. Das aus dem Organisationsrecht des Dienstherrn erwachsende organisations- und verwaltungspolitische Ermessen bei dem haushaltsrechtlichen Ausbringen und Bewirtschaftung von Planstellen sei zu unterscheiden von dem bei Stellenbesetzungen zu beachtenden Auswahlmessen. Art. 33 Abs. 2 GG begründe kein Recht auf Einrichtung und Besetzung von Planstellen, sondern vermittele dem Bewerber um ein Amt ein grundrechtsgleiches Recht auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl. Der Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG sei aber erst auf der Grundlage einer im Rahmen der Organisationsgewalt zur Verfügung gestellten Stelle eröffnet. Die organisations- und haushaltsrechtliche Vorentscheidung des Dienstherrn, die zur Existenz eines verfügbaren öffentlichen Amtes führe, sei hingegen nicht Gegenstand, sondern Voraussetzung der Gewährleistungen nach Art. 33 Abs. 2 GG (BVerwG, B.v. 5.11.2012 - 2 VR 1/12 - juris, Rn. 13 ff.).

### 17

Ein Anspruch auf Reservierung einer Planstelle zum Schutz gegen organisatorische Maßnahmen des Dienstherrn besteht mithin nach der überzeugenden Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht. Anders ist hingegen die vorliegende Fallkonstellation zu bewerten, welche als „Konkurrentenstreit“ einzuordnen ist. Der Antragsteller begehrt hier nicht per se die Einrichtung oder den Erhalt einer Planstelle, sondern vielmehr die Freihaltung einer bereits zur Verfügung gestellten Stabsfeldwebelstelle allein unter dem Blickwinkel, dass nicht alle zur Verfügung stehenden Haushaltsstellen für Stabsfeldwebel mit Mitbewerbern besetzt werden dürfen, bevor die Antragsgegnerin den Antragsteller ermessensfehlerfrei in ihre Auswahlentscheidung einbezogen hat. Der Antragsteller greift daher mit seinem Antrag auch nicht in

das Organisationsermessen des Dienstherrn ein. Vielmehr ist der vorliegend gestellte Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz bereits mit Hinblick auf die Gewährleistungen des Art. 19 Abs. 4 GG geboten, da er die einzige Möglichkeit für den Antragsteller darstellt, effektiven Rechtsschutz zur Sicherung seines Bewerbungsverfahrensanspruchs zu suchen. Weiterhin wird die Freihaltung einer einzelnen Beförderungsplanstelle auch in der Rechtsprechung als zulässig erachtet. In Fallkonstellationen, bei denen gleichzeitig eine größere Zahl gleichbewerteter Stellen zur Besetzung ausgeschrieben wird, kann die Freihaltung einer einzelnen Stelle dazu dienen, breite und zeitlich ausgedehnte Stellenblockaden zu vermeiden (vgl. BayVGh, B.v.12.9.2017 - 6 CE 17.1220 - juris, Rn. 17; VGh BW, B.v. 14.12.2017 - 4 S 2099/17 - juris, Rn. 7 ff.; Kuhla in: Posser/Wolff, BeckOK VwGO, 60. Edition, 1.7.2021, Rn. 135.11).

## 18

bb) Ein Anordnungsanspruch ergibt sich vorliegend aus dem Bewerbungsverfahrensanspruch nach Art. 33 Abs. 2 GG, da die Antragsgegnerin den Antragsteller bislang ermessensfehlerhaft nicht in ihre Auswahlentscheidung für die nach dem unbestrittenen Vortrag des Antragstellers monatlich erfolgenden Beförderungslesungen zum Stabsfeldwebel einbezogen hat. Die Antragsgegnerin hat den Antrag des Antragstellers auf Beförderung zum Stabsfeldwebel abgelehnt mit der Begründung, der Antragsteller erfülle nicht die erforderliche Mindestdienstzeit von 16 Jahren seit Ernennung zum Feldwebel nach Nr. 236 ZDv A-1640/49.

## 19

Die in Nr. 236 ZDv A-1640/49 vorgesehenen Mindestdienstzeiten sind jedoch mit dem in Art. 33 Abs. 2 GG verankerten Leistungsprinzip nicht vereinbar.

## 20

Art. 33 Abs. 2 GG gewährt jedem Deutschen nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Öffentliche Ämter sind demnach nach Maßgabe des Leistungsgrundsatzes zu besetzen. Dieser Grundsatz wird durch Art. 33 Abs. 2 GG uneingeschränkt und vorbehaltlos gewährleistet (BVerfG, Kammerbeschluss v. 2.4.1996 - 2 BvR 169/93 - juris, Rn. 15; BVerwG, B.v. 28.10.2004 - 2 C 23/03 - juris, Rn. 11). Die von Art. 33 Abs. 2 GG erfassten Auswahlentscheidungen können grundsätzlich nur auf Gesichtspunkte gestützt werden, die unmittelbar den Kriterien Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber zugeordnet werden können. Andere Kriterien dürfen nur herangezogen werden, wenn sich bei einem Vergleich anhand leistungsbezogener Aspekte kein Vorsprung eines Bewerbers ergibt. Dienst- und Lebensalter gehören dabei nicht zu den unmittelbar leistungsbezogenen Gesichtspunkten, die der Bewerberauswahl für eine Beförderungsstelle zugrunde zu legen sind, da gerade kein allgemeiner Erfahrungssatz existiert, wonach von einem höheren Dienstalter immer auch auf einen höheren Leistungsstand und bessere Bewährungsvoraussetzungen geschlossen werden könne. An das Dienstalter anknüpfende Wartezeiten für eine Beförderung sind daher nur dann mit dem Leistungsprinzip des Art. 33 Abs. 2 GG in Einklang zu bringen, wenn sie der sachgerechten Anwendung des Grundsatzes der Bestenauslese dienen und mit ihnen die praktische Bewährung eines Bewerbers in seinem bisherigen Statusamt sichergestellt werden soll. Diese Zwecksetzung, die darin liegt, die praktische Bewährung eines Beamten feststellen zu können, setzt zugleich der Zulässigkeit solcher Mindestdienstzeiten in zeitlichem Umfang Grenzen. Sie dürfen nicht länger bemessen sein, als erforderlich ist, um die Bewährung eines Beamten auf hinreichender Tatsachengrundlage beurteilen zu können. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts stellt daher der für eine Regelbeurteilung vorgesehene Zeitraum die Obergrenze dar (BVerwG, B.v. 28.10.2004 - 2 C 23/03 - juris, Rn. 13 ff.; U.v. 19.3.2015 - 2 C 12/14 - juris, Rn. 15ff.). Andere Aspekte, wie beispielsweise das Interesse des Dienstherrn an einer ausgewogenen Altersstruktur in einer bestimmten Laufbahn sind hingegen nicht geeignet, einen Eingriff in das Leistungsprinzip zu rechtfertigen, da ihnen selbst kein Verfassungsrang zukommt (BVerwG, B.v. 28.10.2004 - 2 C 23/03 - juris, Rn. 19).

## 21

Das Verwaltungsgericht Sigmaringen hat diese zur Mindestverweildauer im Polizeivollzugsdienst ergangene Rechtsprechung mit überzeugenden Argumenten auf die auch im vorliegenden Verfahren streitgegenständliche Mindestdienstzeit für die Beförderung zum Stabsfeldwebel nach Nr. 236 ZDv A-1640/49 übertragen. So ist vorliegend nicht erkennbar, dass die Organisationsgewalt des Dienstherrn in der Bundeswehr weiter ginge als in den vom Bundesverwaltungsgericht entschiedenen Fällen der Beförderungsentscheidungen bei Polizisten (VG Sigmaringen, U.v. 2.2.2018 - 7 K 6063/16 - juris, Rn. 96). Insbesondere vermögen auch die von der Antragsgegnerin hervorgehobenen Unterschiede zwischen

Militärdienst und Polizeivollzugsdienst keine andere Bewertung zu rechtfertigen. Die Antragsgegnerin stellt hierbei auf die mit dem Verteidigungsauftrag der Bundeswehr und dem militärischen Kampfeinsatz einhergehenden Besonderheiten ab und hebt dabei insbesondere die wichtige Funktion der Soldaten der Feldwebellaufbahn als Führungskräfte hervor. Die hierarchischen Strukturen der Bundeswehr und die damit einhergehende Führungsverantwortung setzten ein hohes Maß an Erfahrung und gewachsener Autorität voraus. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass es sich bei Anforderungen wie der Geeignetheit zur Wahrnehmung von Führungsverantwortung um leistungsbezogene Kriterien handelt, deren Einhaltung bereits bei korrekter Anwendung des Grundsatzes der Bestenauslese gewährleistet wird. Auch besteht gerade kein allgemeiner Erfahrungsgrundsatz dahingehend, dass Führungsqualitäten erst mit Ablauf einer gewissen Mindestdienstzeit erworben werden können genauso wenig wie umgekehrt eine hohe Dienstzeit ein besonderes Führungspotenzial garantiert. Vielmehr ist die Eignung zur Wahrnehmung von Führungsaufgaben in erheblichem Maße abhängig von der Persönlichkeit des jeweiligen Bewerbers.

## **22**

Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zugrunde gelegt ergibt sich bei dem für Soldaten geltenden Regelbeurteilungszeitraum von zwei Jahren (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 SLV) für die Beförderung zum Stabsfeldwebel eine maximal zulässige Mindestdienstzeit von sechs Jahren, welche durch die vorliegend streitgegenständliche Regelung in Nr. 236 ZDv A-1640/49 weit überschritten wird.

## **23**

Darüber hinaus greift auch der Vortrag der Antragsgegnerin nicht durch, dass die in der ZDv A-1640/49 vorgesehenen Mindestdienstzeiten von der Rechtsprechung gemeinhin als zulässig erachtet würden. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin lassen sich in der zitierten Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs (BayVGH, B.v. 8.3.2016 - 6 ZB 15.1581 - juris, Rn. 9 f.) gerade keine Aussagen zur Vereinbarkeit der Mindestdienstzeiten mit dem Leistungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 2 GG erkennen. Vielmehr hat sich der Bayerische Verwaltungsgerichtshof mit der Rechtmäßigkeit der Mindestdienstzeiten in der genannten Entscheidung nicht näher auseinandergesetzt. Streitgegenständlich war hier allein die Frage der Anwendbarkeit der neu geltenden Einstellungsregeln auf die Beförderung von Soldaten in aktiven Dienstverhältnissen. Da der Antragsteller sich selbst nicht gegen die Mindestdienstzeitregelungen wendete, war dem Verwaltungsgerichtshof eine Auseinandersetzung mit der Thematik im Berufungszulassungsverfahren nach § 124a Abs. 5 Satz 2 VwGO auch verwehrt.

## **24**

Auch die übrigen von Seiten der Antragsgegnerin vorgelegten Urteile legen keineswegs überzeugend dar, dass die in der ZDv A-1640/49 vorgesehene Mindestdienstzeit von 16 Jahren seit Ernennung zum Feldwebel mit dem Leistungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 2 GG in Einklang zu bringen ist. Das Urteil des Verwaltungsgerichts Halle (U.v. 12.5.2016 - 5 A 36/14) erachtet die streitgegenständliche Mindestdienstzeit zwar als rechtmäßig, setzt sich jedoch mit der oben genannten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts überhaupt nicht auseinander. Das Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin (U.v. 30.5.2016 - VG 36 K 358.14) nimmt zwar kurz Bezug auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und stellt fest, dass Mindestdienstzeiten zulässig seien, sofern sie als Bewährungszeiten ausgestaltet seien, bezieht jedoch nicht Stellung zur zulässigen Länge der Mindestdienstzeiten, die vom Bundesverwaltungsgericht klar auf die Länge eines Regelbeurteilungszeitraums begrenzt wurde. Ebenso verhält es sich mit der zitierten Entscheidung des Verwaltungsgerichts Koblenz (U.v. 20.4.2016 - 2 K 1031/15.KO).

## **25**

Darüber hinaus verstößt die in Nr. 236 ZDv A-1640/49 vorgesehene Mindestdienstzeit von 16 Jahren für die Beförderung zum Stabsfeldwebel gegen die höherrangigen Vorschriften der im Jahr 2021 (und damit nach Erlass der ZDv A-1640/49 vom 7. Dezember 2015) neu gefassten Soldatenlaufbahnverordnung (SLV). Dahinstehen kann dabei, ob die in der Soldatenlaufbahnverordnung vorgesehenen Mindestdienstzeiten selbst mit dem in Art. 33 Abs. 2 GG verankerten Leistungsprinzip in Einklang stehen, da der Antragsteller die dort genannten Anforderungen jedenfalls erfüllt.

## **26**

§ 20 SLV (früher § 18 SLV) sieht für die Ernennung zum Hauptfeldwebel eine Mindestdienstzeit von 8 Jahren und für die Ernennung zum Oberstabsfeldwebel eine Mindestdienstzeit von 16 Jahren nach Ernennung zum Feldwebel vor. Für die Ernennung zum Stabsfeldwebel finden sich hingegen keine

Vorgaben. Weitergehend ist dagegen in der ZDv A-1640/49 für die Ernennung zum Stabsfeldwebel eine Mindestdienstzeit von 16 Jahren seit Ernennung zum Feldwebel und für die Ernennung zum Oberstabsfeldwebel eine Mindestdienstzeit von 19 Jahren seit Ernennung zum Feldwebel vorgesehen.

## **27**

Zwar können nach § 49 SLV (früher § 44 SLV) über die Vorgaben der Soldatenlaufbahnverordnung hinausgehende Mindestdienstzeiten festgesetzt werden - jedoch nur, wenn besondere Gründe dies erfordern. Mit der Frage, ob derartige besondere Gründe gegeben sind, haben sich die von der Antragsgegnerin vorgelegten Urteile des Verwaltungsgerichts Berlin (U.v. 30.5.2016 - VG 36 K 358.14) und des Verwaltungsgerichts Koblenz (U.v. 20.4.2016 - 2 K 1031/15.KO), die den Erlass strengerer Mindestdienstzeiten auf der Grundlage von § 49 SLV als zulässig erachten, ebenfalls nicht auseinandergesetzt.

## **28**

Hinsichtlich des Vorliegens besonderer Gründe hat sich die Antragsgegnerin auf die besondere Rolle der Unteroffiziere mit Portepee als Führungspersönlichkeiten, die Sicherung von Erfahrungszuwachs und das in militärisch-hierarchischen Strukturen bestehende Erfordernis nach gewachsener Autorität berufen. Diese Aspekte mögen zwar dem Grunde nach geeignet sein, um die Existenz von Mindestdienstzeiten überhaupt zu rechtfertigen. Ein besonderer Grund im Sinne des § 49 SLV, der es erforderlich erscheinen lässt, über die bereits in der Soldatenlaufbahnverordnung vorgesehenen Mindestdienstzeiten noch hinauszugehen, ergibt sich hieraus jedoch nicht. Bereits mit der Mindestdienstzeit von 8 Jahren für die Ernennung zum Hauptfeldwebel und der Mindestdienstzeit von 16 Jahren nach Ernennung zum Feldwebel für die Ernennung zum Oberstabsfeldwebel wird gewährleistet, dass Soldaten in den entsprechenden Dienstgraden über ein großes Maß an Berufserfahrung verfügen und sich als Führungskräfte bewähren konnten.

## **29**

Da die Antragsgegnerin ihre ablehnende Entscheidung ausschließlich mit dem Nichterreichen der vorgeschriebenen Mindestdienstzeiten begründete, ist auch davon auszugehen, dass eine Auswahl des Antragstellers bei einer Verfahrenswiederholung unter Außerachtlassung der gegen den Leistungsgrundsatz verstoßenden Mindestdienstzeiten möglich erscheint. Der Antragsteller trug vor, er wise gute Beurteilungen auf, weshalb anzunehmen sei, dass er die nötigen Qualifikationen für eine mögliche Beförderung aufweise. Diesem Vortrag ist die Antragsgegnerin nicht substantiiert entgegengetreten. Ein Anordnungsanspruch, der zur Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes eine vorläufige Entscheidung erforderlich macht, ist damit gegeben.

## **30**

cc) Hinsichtlich der vom Antragsteller begehrten, bis zu drei Monaten rückwirkenden Freihaltung der Planstelle erweist sich der Antrag hingegen als unbegründet. Ein dahingehender Anordnungsanspruch des Antragstellers ist nicht gegeben, da ein Freihalten bereits aus tatsächlichen Gründe nur ab dem Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung in die Zukunft gerichtet möglich ist. Eine andere Bewertung ergibt sich auch nicht aufgrund der Regelung des § 49 Abs. 2 Satz 2 BHO. Zwar ist die Einweisung in eine Planstelle mit Rückwirkung von bis zu drei Monaten bezogen auf den Zeitpunkt der Beförderung möglich. Tatsächlich freihalten kann die Antragsgegnerin die Stelle jedoch erst ab dem Zeitpunkt, ab dem das Gericht dies im Wege der einstweiligen Anordnung angeordnet hat.

## **31**

b) Der Antragsteller hat auch einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Der Anordnungsgrund besteht in Beförderungskonkurrentenstreitigkeiten in der Gefahr der Vereitelung des Primärrechtsschutzes durch die Besetzung der streitbefangenen Stelle(n) mit einem Konkurrenten (OVG LSA, B.v. 1.6.2018 - 1 M 57/18 - juris, Rn. 6). Dem steht nicht entgegen, dass die Antragsgegnerin vorgetragen hat, es stünden genügend freie Planstellen für Stabsfeldwebel zur Verfügung. Zum einen ist dieses Vorbringen zu pauschal und oberflächlich geblieben und wurde nicht durch die Nennung konkreter Zahlen untermauert. Dem Gericht wurde weder mitgeteilt, wie viele freie Haushaltsstellen für die Beförderung zu Stabsfeldwebeln zur Verfügung stehen noch wie groß die Anzahl an entsprechenden Bewerbern ist. Auch aus der vorgelegten Entscheidung des Verwaltungsgerichts Augsburg (Au 2 E 21.1648) ließen sich hierzu keine Erkenntnisse gewinnen, da sich diese auf eine andere Besoldungsgruppe bezog. Weiterhin ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass allein die rechtmäßige exklusive Freihaltung einer weiteren Stelle für den unterlegenen

Bewerber zum Wegfall des Anordnungsgrundes führt, da ihm dies eine hinreichend sichere Rechtsposition vermittelt und damit die Gefahr der Vereitelung des Primärrechtsschutzes beseitigt. Eine rechtmäßige Zusicherung liegt dabei nur dann vor, wenn die weitere Stelle bereits vor Abschluss des aktuellen Auswahlverfahrens verfügbar geworden ist und bereits in dieses Auswahlverfahren einbezogen worden war (OVG LSA, B.v. 1.6.2018 - 1 M 57/18 - juris, Rn. 6). Eine derartige Zusicherung hat die Antragsgegnerin jedoch auch auf gerichtliche Anfrage hin nicht erteilt.

### **32**

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs. 1 VwGO und berücksichtigt den jeweiligen Grad des Obsiegens bzw. Unterliegens.

### **33**

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 52 Abs. 6 S. 1 Nr. 2, S. 2 bis 4 GKG. und beträgt daher  $\frac{1}{4}$  der für ein Kalenderjahr zu zahlenden Bezüge in der angestrebten Besoldungsgruppe A 9 (vgl. auch BayVGH, B. 25.01.2021 - 3 CE 20.3148).