

Titel:

Anforderungskriterien für die Übernahme als Berufssoldat

Normenketten:

GG Art. 19 Abs. 4, Art. 33 Abs. 2

SG § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 Nr. 2

VwGO § 113 Abs. 5 S. 2

Leitsätze:

1. Der Leistungsgrundsatz verlangt, dass der letzten dienstlichen Beurteilung ein ausschlaggebendes Gewicht zukommen muss, denn die aktuelle dienstliche Beurteilung bildet maßgeblich die fachliche Leistung des Bewerbers im Auswahlzeitpunkt ab. Die vorletzte Beurteilung darf hingegen nur zur Abrundung des Leistungsbildes betrachtet werden. (Rn. 61) (redaktioneller Leitsatz)
2. Mit der Berücksichtigung der vorletzten Beurteilung als vorgeschaltetes Ausschlusskriterium in einem gestuften Auswahlverfahren wird das aktuelle Leistungsbild in unzulässiger Weise überspielt. (Rn. 61) (redaktioneller Leitsatz)
3. Es ist mit dem Leistungsgrundsatz nicht zu vereinbaren, die anhand einer allgemeinen Regelung des Diensttherm bestimmten quantifizierbaren Auswahlkriterien und deren jeweilige Gewichtung nachträglich aufgrund eines starken Bewerberfeldes zu modifizieren, indem etwa an die vorletzte Beurteilung strengere Anforderungen mit ausschließender Wirkung gestellt werden. (Rn. 62) (redaktioneller Leitsatz)
4. Der Dienstherr ist dazu verpflichtet, die wesentlichen Auswahlerwägungen schriftlich zu dokumentieren, um eine sachgerechte Kontrolle einer Auswahlentscheidung durch den unterlegenen Bewerber im Zuge einer von diesem vorgenommenen Akteneinsicht und ggf. durch ein von diesem angerufenes Gericht zu ermöglichen; eine Auswahlliste, in der die Daten sämtlicher Mitbewerber geschwärzt sind, erfüllt diese Dokumentationspflicht nicht. (Rn. 31 und 44) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Übernahme in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten, Bewerbungsverfahrensanspruch, Leistungsgrundsatz, Berücksichtigung und Gewichtung der vorletzten Beurteilung im Rahmen der Auswahlentscheidung, verfassungsrechtliche Anforderungen an die Dokumentation des Auswahlverfahrens und der maßgeblichen Auswahlerwägungen, Berufssoldat, Bewerbung, gestuftes Auswahlverfahren, Anforderungskriterien, dienstliche Beurteilung, historische Beurteilung, aktuelles Leistungsbild, Modifizierung, Dokumentationspflicht, Auswahlerwägungen

Rechtsmittelinstanz:

VGH München, Beschluss vom 26.02.2024 – 6 B 23.1661

Tenor

I. Unter Aufhebung des Bescheides des Bundesamtes für das Personalmanagement der Bundeswehr vom 06.09.2022 in Gestalt des Beschwerdebescheides der Beklagten vom 04.01.2023 wird die Beklagte verpflichtet, über den Antrag des Klägers auf Umwandlung seines Dienstverhältnisses eines Soldaten auf Zeit in dasjenige eines Berufssoldaten unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden.

II. Die Beklagte hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

III. Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe der zu vollstreckenden Kosten abwenden, wenn nicht der Kläger vorher in gleicher Höhe Sicherheit leistet.

IV. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch den Kläger für das Vorverfahren wird für notwendig erklärt.

Tatbestand

1

Der Kläger ist Soldat auf Zeit und begehrt die Übernahme in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten.

2

1. Der Kläger trat am ... 2005 in der Laufbahn der Mannschaften des Truppendienstes in die Bundeswehr ein. Am ... 2007 wurde er in das Dienstverhältnis eines Soldaten auf Zeit berufen. Der Kläger ist Heeresuniformträger, gehört der Ausbildungs- und Verwendungsreihe ... „Fallschirmjäger (FSCH JG)“ an und wurde militärisch u.a. zum Ausbildungs- und Lehrfeldwebel ausgebildet. Seit dem 1. Oktober 2022 wird der Kläger auf einem Dienstposten als Fallschirmjägerfeldwebel in der Infanterieschule Übungszentrum Infanterie in H* ... verwendet. Zuletzt wurde die Dienstzeit des Klägers aufgrund einer Weiterverpflichtungserklärung bis zum 30. September 2030 verlängert.

3

Bei der vorletzten, sog. historischen Beurteilung vom 28. November 2018 erzielte der Kläger einen Durchschnittswert der Aufgabenerfüllung von 7,30 und die bestmögliche Entwicklungsprognose „Förderung bis in die höchsten Verwendungen der Laufbahn“.

4

Bei der letzten Beurteilung vom 19. März 2020 erzielte der Kläger einen Durchschnittswert der Aufgabenerfüllung von 8,00 und die bestmögliche Entwicklungsprognose „Förderung bis in die höchsten Verwendungen der Laufbahn“.

5

Zudem wurde zuletzt unter dem 11. Dezember 2020 eine Laufbahnbeurteilung erstellt. Nach dieser Laufbahnbeurteilung ist der Kläger für die Umwandlung des Dienstverhältnisses in außergewöhnlichem Maß geeignet.

6

Die jüngste Potenzialfeststellung für Feldwebel vom 4. Februar 2022 ergab einen Gesamtindex von 32, wonach der Kläger das Potenzial für die Berufsbilder „Berufsoffizier“ und „Offizier des militärfachlichen Dienstes“ aufweist.

7

Mit Schreiben vom 10. Januar 2022 beantragte der Kläger – wie bereits für vorangegangene Auswahljahre – bei dem Bundesamt für Personalmanagement der Bundeswehr (künftig: Bundesamt) die Umwandlung seines Dienstverhältnisses von dem eines Soldaten auf Zeit in das eines Berufssoldaten im Auswahljahr 2022. Die Anhörung der Vertrauensperson gemäß § 24 Soldatinnen- und Soldatenbeteiligungsgesetz (SBG) lehnte der Kläger ab.

8

Diesen Antrag lehnte das Bundesamt mit Bescheid vom 6. September 2022 im Wesentlichen mit der Begründung ab, dass die Zahl der Antragstellenden den Bedarf im Werdegang ... übertroffen habe, sodass eine Bestenauswahl nach Eignung, Befähigung und Leistung durchzuführen gewesen sei. In der Auswahlkonferenz seien Soldaten ausgewählt worden, deren Eignungs- und Leistungsbild in der vergleichenden und ganzheitlichen Betrachtung stärker als das des Klägers gewesen sei.

9

Gegen den Bescheid vom 6. September 2022, dem Kläger zugestellt am 10. Oktober 2022, legte der Kläger mit Schreiben vom 27. Oktober 2022 Beschwerde ein und ließ durch seine Bevollmächtigte, die zwischenzeitlich die Vertretung des Klägers angezeigt hat, im Wesentlichen vortragen, dass er die Ablehnung seines Antrages aufgrund seines Eignungs-, Leistungs- und Befähigungsbildes in Frage stelle. Einen Antrag auf Beteiligung des zuständigen Beteiligungsorgans gemäß § 31 Abs. 2 Satz 2 SBG stellte der Kläger trotz eines Hinweises des Bundesamts nicht.

10

Gleichzeitig ersuchte der Kläger das Bundesamt zur Vermeidung eines gerichtlichen Eilverfahrens um Erteilung einer Zusicherung, dass die Übernahmestelle eines Berufssoldaten im Auswahljahr 2022 für den Fall des Obsiegens im Klageverfahren für ihn freigehalten werde. Das Bundesamt erteilte die Zusicherung antragsgemäß mit Schreiben vom 27. November 2022.

11

In dem von der Beklagten angelegten Beschwerdeverfahren befindet sich eine Auswahlliste „BS Fw 2022 – Werdegang ... – FSCHJG“, in der alle Bewerber der Ausbildungs- und Verwendungsreihe gereiht wurden. Mit Ausnahme der den Kläger betreffenden Angaben waren sowohl die persönlichen Informationen als auch die im Rahmen des Auswahlverfahrens erzielten Bewertungen der anderen Bewerber geschwärzt. Eine weitere Dokumentation des streitgegenständlichen Auswahlverfahrens ergibt sich weder aus dem Akt über den Beschwerdeverfahren noch aus der Personalgrundakte.

12

Mit Bescheid vom 4. Januar 2023, dem Kläger zugestellt am 11. Januar 2023, wurde die Beschwerde zurückgewiesen. Zur Begründung wurde im Wesentlichen vorgetragen, dass die Kriterien für die Berufung in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten Eignung, Befähigung und Leistung seien (§ 3 SG). Ein Anspruch auf Übernahme in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten stehe dem Bewerber jedoch nicht zu. Weder Art. 33 Abs. 2 GG noch die zu seiner Konkretisierung ergangenen Vorschriften würden einen Anspruch auf Übernahme in ein öffentliches Amt gewähren. Die Entscheidung über den Antrag stehe vielmehr im pflichtgemäßen Ermessen des Dienstherrn. Der Antrag auf Übernahme in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten könne daher aus jedem dienstlichen Grund abgelehnt werden. Der Bewerber könne nur verlangen, dass über seinen Antrag frei von Willkür und ohne Ermessensfehler entschieden werde. Die Beschwerde wäre nur begründet, wenn der Kläger rechtswidrig oder unzumutbar behandelt worden wäre. Eine Rechtswidrigkeit könne sich nur daraus ergeben, wenn die personalbearbeitende Stelle das ihr eingeräumte Ermessen nicht pflichtgemäß ausgeübt hätte, so dass nur noch die Übernahme in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten eine fehlerfreie Ermessensentscheidung darstellen würde. Diese Voraussetzungen seien hier nicht gegeben. Im Rahmen seines Ermessens sei der Dienstherr berechtigt, das entsprechende Auswahlverfahren unter Berücksichtigung der vom Gesetzgeber vorgegebenen Auswahlkriterien zu regeln. Ziel dieser Bestimmungen sei es, eine optimale Bedarfsdeckung an Berufsunteroffizieren in den Streitkräften unter Wahrung einer ausgewogenen Personalstruktur zu erreichen. Daher sei der Bedarf zu ermitteln und nach dem Prinzip der Bestenauslese zu decken. Dieses Verfahren diene ausschließlich dienstlichen Interessen. Im BS-Auswahlverfahren 2022 sei die Sichtung der Bewerber in einer jahrgangsübergreifenden Betrachtung erfolgt. In diesem Auswahlverfahren habe sich der Kläger in der allgemeinen Verwendungsreihe (AVR) ... FSCH JG für die Übernahme in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten befunden. Die zentrale Dienstvorschrift (ZDv) A-1340/2 „Auswahlverfahren zur Umwandlung in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten oder einer Berufssoldatin“ bestimme bezüglich der Teilnahmemöglichkeit am Auswahlverfahren unter Nr. 202, dass die Zugehörigkeit zu einer allgemeinen Verwendungsreihe oder einem vergleichbaren Ordnungsmittel vorliegen muss, die durch das Bundesamt auf Grundlage des nach der A-1340/2 Nr. 105 festgestellten Bedarfs für das jeweilige Auswahljahr zur Antragstellung aufgerufen sei. Die Möglichkeiten der Umsetzung in eine andere AVR legten die zuständigen Inspektoren fest. Nach Nr. 203 dieser Vorschrift erfolge die Auswahlentscheidung im Rahmen von Auswahlkonferenzen, die durch das Bundesamt vorbereitet und mindestens einmal im Kalenderjahr (Auswahljahr) durchgeführt würden. Einzelheiten zu den Verfahren regle das Bundesamt in eigener Zuständigkeit. Diese Einzelheiten fänden sich in der allgemeinen Regelung A1-1340/2-5001 „Auswahlverfahren BS Unteroffizierinnen und Unteroffiziere“. Nach Nr. 203 dieser Weisung seien weitere Zulassungsvoraussetzungen für die jeweilige Auswahlkonferenz bei der Bekanntgabe des Auswahlverfahrens zusammen mit den Einzelheiten im Handbuch Personalbearbeitung (mil) „Gemeinsame Arbeitshilfen und Informationen für die Personalbearbeitung – GAIP“ BAPersBw Abt III u. IV in der Kennnummer (KeNr) 50-01-00 C aktuell bekanntgegeben worden. Dies gelte insbesondere für die Zugehörigkeit zu einer AVR, für die im konkreten Auswahljahr ein Bedarf durch BAPersBw IV basierend auf Nr. 105 der A-1340/2 bekanntgegeben worden sei. Im Verfahren seien sodann folgende quantifizierbare Kriterien gemäß der Anlage 4.2 der allgemeinen Regelung A1-1340/2-5001 festgelegt worden, auf deren Basis eine Vorsortierung durch die Bildung von Punktschwerpunktwerten als Grundlage der Betrachtung erfolgt:

- letzte Beurteilung (Leistungswert + Eignungsaussage), maximal 594 Punkte;
- vorletzte Beurteilung (Leistungswert + Eignungsaussage), maximal 270 Punkte;
- Ergebnis der Potenzialfeststellung, maximal 216 Punkte.

13

Insgesamt könnten somit maximal 1080 Punkte erreicht werden. Die abschließende Auswahl erfolge im Rahmen der ganzheitlichen Betrachtung, d.h. unter Berücksichtigung aller, insbesondere auch der nicht

quantifizierbaren Qualifikationsmerkmale, vorbehaltlich der Abgrenzungskriterien. Da der Kläger nach Nr. 3.1 der KeNr. 50-01-00 C der GAIP auch zum antragsberechtigten Personenkreis gehört habe, sei er somit als Bewerber in eine werdegangsbezogene, geburtsjahrgangs- und dienstgradübergreifende Betrachtung einbezogen worden. Der Kläger sei dabei in der AVR ... FSCH JG betrachtet worden und habe dort einen Punktsammenwert von 965,400 erreicht. Auf Grundlage von Eignung, Befähigung und Leistung im Sinne einer ganzheitlichen Betrachtung sei es zu einer manuellen Reihung gekommen. Aufgrund des starken Bewerberpotenzials seien durch das zuständige Referat Abgrenzungskriterien vorgeschlagen und im Rahmen der Konferenz durch diese bestätigt worden. Für eine weitere Betrachtung seien als Abgrenzung folgende Kriterien festgelegt worden:

- Bewährung in der Fachlichkeit in beiden zu betrachtenden Beurteilungen
- ein überdurchschnittlicher Leistungswert von mindestens 7,54 in der aktuellen Beurteilung
- Potenzial bis BesGr A09m
- Eignung Statuswechsel gemäß PEB: geeignet
- ein überdurchschnittlicher Leistungswert von mindestens 7,32 in der historischen Beurteilung
- Ergebnis der Potenzialfeststellung von 64 oder besser.

14

Bei einem Teilnehmerfeld von insgesamt 121 Bewerbern habe der Kläger in seiner AVR damit in der sogenannten Vorsortierungsliste mit einem Punktsammenwert von 965,400 Punkten den 21 Platz außerhalb der in Betracht kommenden potenziellen Kandidaten für eine Übernahme erreicht. Bei einer strukturell vorgegebenen Übernahmequote von 11 sei die letzte Übernahme bei einem Punktsammenwert von 911,250 Punkten erfolgt, der letzte Nachrücker habe einen Punktsammenwert von 897,540 Punkten erreicht, wobei alle Kandidaten alle Abgrenzungskriterien erfüllten hätten. Der Kläger habe sich mit seinem Punktsammenwert im Eignungs- und Leistungsvergleich zwar gegenüber anderen Bewerbern der AVR durchsetzen können, erfüllte jedoch nicht alle aktuellen Mindestanforderungen für eine Betrachtung innerhalb der Konferenz (Überdurchschnittlicher Leistungswert von mindestens 7,32 in der historischen Beurteilung). Soweit er vortrage, dass eine Gleichgewichtung der historischen und aktuellen Beurteilung stattfinde, werde dies bestritten. Schon aus der Gewichtung der Punkte zum Punktsammenwert sei die aktuelle Beurteilung mit maximal 594 von 1080 Punkten mehr als doppelt so bedeutsam wie die vorletzte Beurteilung mit maximal 270 von 1080 Punkten. Die zitierte Entscheidung des VG Köln zur Zulässigkeit von Auswahlkriterien sei für diesen Fall nicht beachtlich, da es sich bei den o.g. Abgrenzungskriterien nicht um Auswahlkriterien, sondern um Einstiegskriterien handle. Dadurch, dass der Kläger das o.g. Abgrenzungskriterium nicht erfüllt habe, habe er sich in diesem Auswahlverfahren weder im Übernahmebereich noch auf einem Nachrückplatz noch auf einem gereihten Platz positionieren können. Vielmehr sei er durch die manuelle Reihung aufgrund des nicht erfüllten Abgrenzungs-/Einstiegskriteriums nicht mehr mitbetrachtet gereiht worden. Seine Übernahme sei somit von vornherein ausgeschlossen gewesen. Sie seien im Unterschied zur zitierten Entscheidung des VG Köln nicht lediglich „in der Liste nach unten gerutscht“.

15

2. Gegen diese Entscheidung der Beklagten vom 4. Januar 2023 ließ der Kläger am 19. Januar 2023 durch seine Bevollmächtigte Klage vor dem Bayerischen Verwaltungsgericht Würzburg erheben. Die Ablehnung der Umwandlung des Dienstverhältnisses eines Soldaten auf Zeit in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten sei rechtswidrig und verletze den Kläger in subjektiv-öffentlichen Rechten. Vorliegend sei die Übernahme des Klägers als Berufssoldat daran gescheitert, dass die historische Beurteilung des Klägers nicht den Schwellenwert von 7,32 erreicht habe. Für das Auswahlverfahren 2022 habe der Kläger ausweislich des Beschwerdebescheides einen Punktsammenwert von 965,400 Punkten erreicht bei erreichbarer Höchstpunktzahl von 1080 Punkten. Es würden darin die aktuelle Beurteilung und die historische Beurteilung jeweils mit Durchschnittswert der Aufgabenerfüllung und Eignungsaussage sowie das Ergebnis der Potenzialfeststellung mit einer bestimmten Gewichtung einfließen. Ausweislich des Beschwerdebescheides sei die letzte Übernahme bei 911,250 Punkten sowie unter Berücksichtigung von Nachrückern bei 897,540 Punkten erfolgt. Der Kläger habe sich mit 965,400 Punkten mithin zunächst im Übernahmebereich positioniert, sei aus diesem jedoch wegen des Leistungswertes seiner historischen Beurteilung wieder ausgeschieden. Diese Vorgehensweise sei rechtswidrig und würde den Kläger in seinem

Bewerbungsverfahrensanspruch verletzen. Denn durch das geforderte Kriterium werde der Leistungsgrundsatz ausgehebelt. Dieser gebiete, dass der letzten dienstlichen Beurteilung das ausschlaggebende Gewicht zukommen müsse, weil die aktuelle dienstliche Beurteilung maßgeblich die fachliche Leistung des Bewerbers abbilde. Die historische Beurteilung dürfe hingegen nur zur Abrundung des Leistungsbildes betrachtet werden. Das Abstellen auf eine historische Beurteilung mit einem bestimmten mindestens zu erreichenden Durchschnittswert der Aufgabenerfüllung führe aber dazu, dass die aktuelle und die historische Beurteilung gleich gewichtet werden. Die historische Beurteilung gewinne dadurch eine unangemessen hohe Bedeutung (so bereits VG Köln, U.v. 10.11.2021 – 23 K 995/19; OVG RhPf, B.v. 25.02.2020 – 10 B 11879/19.OVG). Die Beklagte sei dem mit der Argumentation entgegengetreten, diese Entscheidung des VG Köln sei nicht einschlägig, da es sich hier um Abgrenzungskriterien und nicht – wie dort – um Einstiegskriterien handele. Auf die von der Beklagten für das Ausschlusskriterium gewählte Bezeichnung komme es jedoch nicht an. Es handle sich faktisch um dasselbe: Die historische Beurteilung führe dazu, dass der Kläger, obwohl er sich in der Summe seiner aktuellen und seiner historischen Beurteilung sowie des erreichten Ergebnisses der Potenzialfeststellung und somit nach den Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG im Übernahmebereich positioniert habe, aus diesem wieder ausgeschieden werde. Es handle sich mithin gleichermaßen wie im Falle der Entscheidung des VG Köln um ein Ausschlusskriterium. Indem die historische Beurteilung den Kläger aus dem Kreis der Übernahmeberechtigten wieder auszuschneiden vermocht habe, komme ihr dasselbe Gewicht zu wie der aktuellen Beurteilung. Gleichermaßen wie die Klägerin im Verfahren des VG Köln sei der Kläger aus dem Übernahmebereich „nach unten“ gerutscht und aus diesem wieder herausgefallen. Daran ändere die Formulierung, die Übernahme des Klägers sei von vornherein ausgeschlossen gewesen, nichts. Denn die Darstellungen im Beschwerdebescheid belegten eindeutig, dass der Kläger zunächst mit seinem Punktsummenwert betrachtet worden sei. Selbst wenn dies nicht der Fall gewesen sein sollte, wäre diese Betrachtung unter Berücksichtigung des sich für den Kläger ergebenden Punktsummenwert ohne Berücksichtigung eines ihn wieder ausschließenden „Abgrenzungskriteriums“ die allein mit Art. 33 Abs. 2 GG in Einklang stehende Vorgehensweise. Ein anderes Ergebnis folge nicht aus der Argumentation der Beklagten, die Gewichtung der historischen Beurteilung mit maximal 270 Punkten gegenüber der aktuellen mit maximal 594 Punkten mache die aktuelle Beurteilung mehr als doppelt so bedeutsam wie die historische. Denn dies gelte nur bei der Berechnung des Punktsummenwertes. Auf die Gewichtung komme es indes bei Anlegung der starren Grenze von mindestens 7,32 bei der historischen Beurteilung gerade nicht an. Hier werde gerade keine Gewichtung vorgenommen. Die Argumentation der Beklagten komme nicht darüber hinweg, dass mit dem angelegten Kriterium die Bedeutung der vorletzten Beurteilung übermäßig gewichtet werde; im Falle des Klägers, welcher sich ausweislich des Beschwerdebescheides rechnerisch im Übernahmebereich befunden habe, werde das Kriterium zum Ausschlusskriterium. Zudem sei das gewählte Verfahren nicht aktenkundig dokumentiert und deshalb die Dokumentationspflicht verletzt, welche als verfahrensbegleitende Absicherung der Einhaltung der Grundsätze des Art. 33 Abs. 2 GG zu erfüllen sei (z.B. OVG NW, B.v. 27.02.2020 – 6 B 11.20 – juris Rn. 7). Wie das VG Köln in der zitierten Entscheidung zutreffend ausgeführt habe, dürfe die historische Beurteilung zur Abrundung des Leistungsbildes herangezogen werden. Auch das OVG Rheinland-Pfalz habe dies mit dem zitierten Beschluss bestätigt. Insbesondere treffe es danach nicht zu, dass die Rechtsprechung, wonach die historische Beurteilung nur zur Abrundung herangezogen werden dürfe, vor allem in Konstellationen einer konkreten Dienstpostenbesetzung gelte. Sie gelte im Gegenteil gerade auch für die Umwandlung des Dienstverhältnisses eines Soldaten auf Zeit in dasjenige eines Berufssoldaten, wie das OVG Rheinland-Pfalz in seinem Beschluss ausgeführt habe. Die darin zitierten und von der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gemachten Vorgaben würden überschritten, wenn die vorletzte Beurteilung zum Ausschlusskriterium werden könne, wie dies vorliegend bei dem Kläger der Fall sei. Dabei verkenne das von der Beklagten gewählte Kriterium, wonach auch die historische Beurteilung einen Durchschnittswert der Aufgabenerfüllung vom mindestens 7,32 aufweisen müsste, insbesondere, dass es um die Prognose der Eignung und Befähigung des Soldaten für die Übernahme in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten gehe und daher die bisherige dienstliche Entwicklung des Soldaten aussagekräftig sei, die sich gerade auch in einer Leistungssteigerung zur Vorgängerbeurteilung ausdrücke. Gerade weil aus Art. 33 Abs. 2 GG unzweifelhaft das Leistungsprinzip abzuleiten sei, sei es verfehlt, der weniger aktuellen Beurteilung ein ausschlaggebendes Gewicht zukommen zu lassen. Das von der Beklagten gewählte Verfahren, die vorletzte dienstliche Beurteilung unter Umständen und wie hier geschehen auch zum Ausschlusskriterium zu machen, sei daher mit Art. 33 Abs. 2 GG unvereinbar, weil die Aussagekraft der vorletzten dienstlichen Beurteilung für die anzustellende Prognose deutlich geringer sei als das Gewicht, welches ihr durch die

Vorgaben zukomme. Das aktuelle Leistungsbild werde durch die Berücksichtigung der historischen Beurteilung entgegen den Vorgaben der oben zitierten Rechtsprechung überspielt; auch deshalb sei die Gewichtung der vorletzten dienstlichen Beurteilung übermäßig und mit Art. 33 Abs. 2 GG unvereinbar. Die Beklagte weise zutreffend darauf hin, dass die Klägerin des vom VG Köln bereits entschiedenen Verfahrens in einem nachfolgenden Auswahljahr zur Berufssoldatin ernannt worden sei. An der inhaltlichen Richtigkeit der Entscheidung der erkennenden Kammer ändere die prozessuale Folge einer Wirkungslosigkeit derselben indes nichts.

16

Der Kläger beantragt daher durch seine Bevollmächtigte:

17

Die Beklagte wird unter Aufhebung des Bescheides des Bundesamtes für das Personalmanagement der Bundeswehr vom 06.09.2022 in Gestalt des Beschwerdebescheides der Beklagten vom 04.01. 2023 verpflichtet, über den Antrag des Klägers auf Umwandlung seines Dienstverhältnisses eines Soldaten auf Zeit in dasjenige eines Berufssoldaten unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden.

18

Im Übrigen wurde beantragt, die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch den Kläger für das Vorverfahren für notwendig zu erklären.

19

Die Beklagte, vertreten durch das Bundesamt für Personalmanagement der Bundeswehr, beantragt, die Klage abzuweisen.

20

Zur Begründung verwies das Bundesamt zunächst auf die Ausführungen in den streitgegenständlichen Bescheiden und trug ergänzend vor, dass der Kläger die Mindestanforderung (überdurchschnittlicher Leistungswert von 7,32 in der historischen Beurteilung) zur Übernahme in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten nicht erfülle, in der aktuellen Beurteilung hingegen schon. Die Mindestanforderung solle dem legitimen Interesse der Beklagten Rechnung tragen, zum Berufssoldaten nur jene Soldaten zu ernennen, die sich über einen längeren Zeitraum innerhalb ihres Werdegangs überdurchschnittlich bewährt hätten. Das sei mit Art. 33 Abs. 2 GG vereinbar, da das Kriterium unmittelbar an leistungsbezogene Umstände anknüpfe. Damit sei das Kriterium des über mehrere Jahre bestätigten überdurchschnittlichen Eignungs- und Leistungsbilds gemessen am Durchschnitt des jeweiligen Werdegangs verfassungsrechtlich auch nicht zu beanstanden. Es werde sowohl für die aktuelle als auch die historische Beurteilung im Werdegang konkret der Durchschnittswert berechnet und gemessen daran festgelegt, wann eine überdurchschnittliche Leistung vorliege. In der historischen Beurteilung werde dem Kläger eine durchschnittliche Leistung attestiert, sodass die Mindestanforderung, überdurchschnittliche Bewährung innerhalb eines längeren Zeitraums, nicht erfüllt sei. Der Einwand des Klägers, dass die historische Beurteilung nur zur Abrundung herangezogen werden dürfe, gelte vor allem in Konstellationen einer konkreten Dienstpostenbesetzung. Bei der Übernahme zum Berufssoldaten gehe es nicht um einen konkreten Dienstposten, sondern um die Änderung des Status des Soldaten vom Soldaten auf Zeit zum Berufssoldaten. Die Rechtsprechung könne daher nicht ohne Weiteres übertragen werden. Da die Beklagte sich durch die Umwandlung des Dienstverhältnisses von Soldaten auf Zeit zum Berufssoldaten bis zum Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze an den Kläger binde, sei das in Rede stehende Kriterium nicht zu beanstanden. Es werde abschließend darauf hingewiesen, dass die zitierte Entscheidung des VG Köln vom 10. November 2021 wirkungslos geworden sei (vgl. den Einstellungsbeschluss vom 03.01.2023 des OVG NW, Az. 1 A 3296/21). Hieraus könne mithin keinerlei juristische Wirkung abgeleitet werden.

21

3. Mit Beschluss vom 11. April 2023 ordnete das Gericht das persönliche Erscheinen des Klägers an. Mit Beschluss vom 8. Mai 2023 lehnte das Gericht den Antrag der Beklagten auf Durchführung einer Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung ab.

22

4. Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte sowie auf den beigezogenen Verwaltungsvorgang Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

23

Die zulässige Klage ist begründet.

24

Der eine Umwandlung des Dienstverhältnisses eines Soldaten auf Zeit in dasjenige eines Berufssoldaten ablehnende Bescheid des Bundesamtes für das Personalwesen der Bundeswehr vom 6. September 2022 in Gestalt des Beschwerdebescheids vom 4. Januar 2023 ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten. Der Kläger hat daher einen Anspruch auf Neubescheidung seines Umwandlungsantrages unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts (§ 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO).

25

Die Grundvoraussetzungen für die vom Kläger in formell ordnungsgemäßer Weise beantragte Übernahme in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten liegen vor (dazu unter 1.) Der Kläger kann nach der rechtswidrigen Auswahlentscheidung auf der Grundlage seines verfassungsrechtlich gewährleisteten Bewerbungsverfahrensanspruchs eine neue Entscheidung der Beklagten beanspruchen (dazu unter 2.). Ein Erfolg des Klägers, bei einer erneuten Entscheidung der Beklagten nach Leistungskriterien für die Übernahme in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten ausgewählt zu werden, erscheint zudem möglich (dazu unter 3.).

26

1. Der Kläger erfüllt die sich aus §§ 37 und 39 SG ergebenden Anforderungen für die Berufung bzw. Übernahme in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten. Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger als Hauptfeldwebel (§ 39 Nr. 1 SG) und Deutscher im Sinne des Art. 116 GG (§ 37 Abs. 1 Nr. 1 SG) nicht Gewähr dafür bietet, dass er jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes eintritt (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 SG), sowie die charakterliche, geistige und körperliche Eignung besitzt, die zur Erfüllung seiner Aufgaben als Soldat erforderlich ist (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 SG), sind weder von den Beteiligten vorgetragen noch sonst ersichtlich. Weiterhin steht der Kläger auch noch in einem für die Umwandlung nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 SG erforderlichen Dienstverhältnis eines Soldaten auf Zeit.

27

2. Die Auswahlentscheidung der Beklagten ist rechtsfehlerhaft und nicht geeignet, den verfassungsrechtlich garantierten Bewerbungsverfahrensanspruch des Klägers zu erfüllen.

28

Das verfassungsunmittelbar garantierte Zugangsrecht des Art. 33 Abs. 2 GG gilt auch für Ämter in der Bundeswehr. Mit der ausdrücklichen Wiederholung der Auswahlgrundsätze in § 3 Abs. 1 SG hat dies auch der Gesetzgeber des Soldatengesetzes bekräftigt. Die mit dem Amt im statusrechtlichen Sinne verliehene Rechtsposition wird jedenfalls durch statusverändernde Ernennungsakte berührt. Hierzu gehört neben der Begründung eines Dienstverhältnisses und der Verleihung eines höheren Dienstgrades auch die Umwandlung des Dienstverhältnisses eines Soldaten auf Zeit in das eines Berufssoldaten. Es wird ein eigenständiges (§ 1 Abs. 2 SG) Dienstverhältnis begründet, das jedenfalls hinsichtlich der Beendigung auch von unterschiedlichen Rechtsnormen bestimmt wird. Demgemäß sieht § 4 Abs. 1 Nr. 2 SG für die Umwandlung ein Ernennungserfordernis vor. Der Bewerber kann verlangen, dass seine Bewerbung nur aus Gründen abgelehnt wird, die durch Art. 33 Abs. 2 GG gedeckt sind (BVerwG, U.v. 13.12.2012 – 2 C 11.11 – juris Rn. 10 m.w.N.), mithin, dass der Dienstherr über die Übernahme in das Berufssoldatenverhältnis ermessens- und beurteilungsfehlerfrei allein nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung entscheidet (vgl. BVerwG, B.v. 23.02.2017 – 1 WB 2/16 – juris Rn. 26 m.w.N.; OVG RhPf, B.v. 25.02.2020 – 10 B 11879/19.OVG – n.v.).

29

Maßgebliche Grundlage für eine insbesondere dem Leistungsgrundsatz Rechnung tragende Personalentscheidung sind bei beamten- und auch soldatenrechtlichen Beförderungsentscheidungen die vom Dienstherrn aus dienstlichen Beurteilungen gewonnenen Erkenntnisse über die fachlichen Leistungen, Befähigung sowie die Eignung der Bewerber. Dabei sind die aktuellen dienstlichen Beurteilungen, die den gegenwärtigen bzw. zeitnah zurückliegenden Stand abbilden, in erster Linie für die Prognose heranzuziehen, welcher der Konkurrenten die Anforderungen der zu besetzenden Stelle voraussichtlich am besten erfüllen wird (vgl. BVerwG, B.v. 27.9.2011 – 2 VR 3.11 – juris Rn. 23; OVG RhPf, B.v. 25.02.2020 –

30

Mit Blick auf Art. 33 Abs. 2 GG ist es jedoch nicht zu beanstanden, dass bei der Entscheidung über die Übernahme in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten die Bedeutung der letzten dienstlichen Beurteilung mitunter relativiert wird. Die Relativierung findet ihre sachliche Rechtfertigung in dem Umstand, dass ein zeitlich begrenztes Dienstverhältnis mit der Übernahme in ein unbegrenztes Berufssoldatenverhältnis umgewandelt und damit eine dauerhafte Bindung zwischen Dienstherr und Soldat begründet wird. Insofern ist es grundsätzlich unbedenklich, wenn der Dienstherr bei seiner Entscheidung zur Übernahme in das Berufssoldatenverhältnis neben der aktuellen dienstlichen Beurteilung weitere Erkenntnisquellen heranzieht, die über die bisherige dienstliche Entwicklung des Soldaten Auskunft geben, vorausgesetzt die frühere Beurteilung wird lediglich zu einer abgerundeten Bewertung des Leistungs-, Eignungs- und Befähigungsbildes und seiner Kontinuität herangezogen und das aktuelle Leistungsbild durch die Berücksichtigung früherer Beurteilungen nicht überspielt (im Anschluss an OVG RhPf, B.v. 25.2.2020 – 10 B 11879/19.OVG – n.v. m.w.N.).

31

Eine weitere – verfahrensrechtliche – Ausprägung des Bewerbungsverfahrensanspruchs i.V.m. der Rechtsweggarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG ist, dass der Dienstherr dazu verpflichtet ist, die wesentlichen Auswählerwägungen, die der Entscheidung über die Übernahme in ein Berufssoldatenverhältnis zugrunde liegen, schriftlich zu dokumentieren, um eine sachgerechte Kontrolle einer Auswahlentscheidung durch den unterlegenen Bewerber im Zuge einer von diesem vorgenommenen Akteneinsicht und ggf. durch ein von diesem angerufenes Gericht zu ermöglichen. Nur durch eine schriftliche Fixierung der wesentlichen Auswählerwägungen wird der Mitbewerber in die Lage versetzt, sachgerecht darüber befinden zu können, ob er die Entscheidung des Dienstherrn hinnehmen soll oder ob Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen den Anspruch auf faire und chancengleiche Behandlung seiner Bewerbung bestehen und er daher gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen will. Darüber hinaus eröffnet erst die Dokumentation der maßgeblichen Erwägungen auch dem Gericht die Möglichkeit, die angegriffene Entscheidung eigenständig nachzuvollziehen. Die maßgeblichen Auswählerwägungen dürfen auch nicht erstmals im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens dargelegt werden; dies mindert die Rechtsschutzmöglichkeiten des unterlegenen Bewerbers in unzumutbarer Weise. Dies gilt nicht nur im Hinblick darauf, dass ohne die Kenntnis der Entscheidungsgrundlagen eine substantiierte Begründung des Anspruchs kaum möglich ist. Vielmehr ist es dem Bewerber insbesondere nicht zuzumuten, die Auswahlentscheidung seines Dienstherrn gewissermaßen „ins Blaue hinein“ in einem gerichtlichen Verfahren angreifen zu müssen, um überhaupt nur die tragenden Erwägungen der Auswahlentscheidung zu erfahren (BVerfG, Kammerbeschluss v. 09.07.2007 – 2 BvR 206/07 – juris Rn. 22; BVerfG, B.v. 25.09.2012 – 1 WB 44/11 – juris Rn. 23; OVG NW, B.v. 27.02.2020 – 6 B 11/20 – juris Rn. 7 m.w.N.; VG Münster, U.v. 12.03.2015 – 5 K 2521/14 – juris Rn. 53 m.w.N.).

32

In diesem Zusammenhang gilt auch, dass Grundlage für die Überprüfung einer Auswahlentscheidung allein die in den Akten niedergelegten Auswählerwägungen sein können. Andere Erkenntnisse stehen dem unterlegenen Bewerber nicht zur Seite und können von ihm auch nicht beschafft werden. Auch ist es mit dem aus folgenden Art. 19 Abs. 4 GG Anspruch auf effektiven Rechtsschutz nicht zu vereinbaren, wenn Auswählerwägungen erstmals im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens dargelegt werden (vgl. BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss v. 09.09.2007 – 2 BvR 206/07 – juris Rn. 20 zum verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren).

33

Die Prüfungskompetenz des Gerichts hinsichtlich der zur Überprüfung gestellten Auswahlentscheidung ist im Übrigen darauf beschränkt zu prüfen, ob der Dienstherr bei der Auswahlentscheidung die gesetzlichen Grenzen des ihm insoweit eingeräumten Ermessens überschritten oder von diesem in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat (§ 114 Satz 1 VwGO analog), wobei in erster Linie zu prüfen ist, ob die vom Bundesministerium der Verteidigung im Wege der Selbstbindung in Verwaltungsvorschriften (wie z.B. Erlassen oder Richtlinien) festgelegten Maßgaben und Verfahrensvorschriften eingehalten wurden (vgl. z.B. BVerfG, B.v. 27.02.2003 – 1 WB 57.02 – juris Rn. 9; B.v. 23.02.2017 – 1 WB 2/16 – Rn. 24 juris). Ergibt eine solche gerichtliche Überprüfung, dass der durch

Art. 33 Abs. 2 GG vermittelte Bewerbungsverfahrensanspruch durch eine fehlerhafte Auswahlentscheidung verletzt ist, so folgt dementsprechend hieraus kein Anspruch auf Ernennung. Der unterlegene Bewerber kann vielmehr regelmäßig nur eine erneute Entscheidung über seine Bewerbung beanspruchen.

34

2.1 Das von der Beklagten angewandte mehrschrittige Verfahren für die Übernahme eines Soldaten auf Zeit in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten für das hier streitgegenständliche Auswahljahr 2022 ergibt sich zunächst aus der allgemeinen Regelung A-1340/2 („Auswahlverfahren zur Umwandlung in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten oder Berufssoldatin“), die durch die allgemeine Regelung A1-1340/2-5001 („Auswahlverfahren BS Unteroffizierinnen und Unteroffiziere“) für den Bereich der Unteroffiziere umgesetzt und konkretisiert wird, sowie der für das Auswahljahr 2022 erlassenen „Gemeinsame Arbeitshilfen und Informationen für die Personalbearbeitung – GAIP“ in der Kennnummer 50-01-00 C (GAIP 2022).

35

Hieraus folgt, dass die Bewerber, die sich gemäß den Nrn. 201 ff. der allgemeinen Regelung A1-1340/2-5001 grundsätzlich für die Teilnahme an dem Auswahlverfahren qualifiziert haben, zunächst – in einem ersten Schritt – gemäß den nachfolgenden quantifizierbaren Kriterien zum Zwecke der weiteren Betrachtung vorsortiert werden (Nrn. 304 f. der allgemeinen Regelung A1-1340/2-5001):

- letzte Beurteilung,
- vorletzte (sog. historische Beurteilung);
- Personalentwicklungsbewertung (PEB);
- Potenzialfeststellung (Feldwebel höchstens 64 Punkte).

36

Die Einzelheiten der Gewichtung der vorgenannten quantifizierbaren Kriterien ergeben sich aus der Anlage 4.2 der allgemeinen Regelung A1-1340/2-5001 über die Berechnung des Punktsommenwertes zur Ermittlung der Vorsortierung. Danach wird der Berechnung des Punktsommenwertes die letzte Beurteilung (erreichter Wert x 48; Anteil am Gesamtwert 40%), die letzte Personalentwicklungsbewertung (Anteil am Gesamtwert 15%), die Potenzialfeststellung (20%), die vorletzte Beurteilung (erreichter Wert x 18; Anteil am Gesamtwert 15%) und die vorletzte Personalentwicklungsbewertung (Anteil am Gesamtwert 10%) zugrunde gelegt, wobei ein maximaler Punktsommenwert von 1080 erreicht werden kann.

37

Liegen nach der hiernach erfolgten Vorsortierung Bewerber mit gleichen Werten vor und ist nach Berücksichtigung weiterer bindender rechtlicher Vorgaben – in einem zweiten Schritt – eine weitergehende Differenzierung erforderlich, können diese Personen unter Betrachtung weiterer Auswahlkriterien (z.B. Einsatzbewährung, sprachliche Qualifikationen, Ergebnis Basis Fitness Test, Antrag oder Vorschlag, Ergebnis Laufbahnlehrgänge, Orden und Ehrenzeichen, förmliche Anerkennung, leistungsbezogene Besoldung, Schützenschnur, Leistungsabzeichen) gereiht werden, wobei die Auswahl sowie Ausprägung dieser Kriterien für jede Konferenz und jeden Werdegang spezifisch getroffen werden und vor der Konferenz zu dokumentieren sind (Nr. 306 der allgemeinen Regelung A1-1340/2-5001).

38

Die Auswahl nach Eignung, Befähigung und Leistung erfolgt schließlich – in einem dritten Schritt – im Rahmen der ganzheitlichen Betrachtung, d. h. unter Berücksichtigung aller – auch der nicht quantifizierbaren – Qualifikationsmerkmale (Nr. 307 der allgemeinen Regelung A1-1340/2-5001).

39

Über das Ergebnis der jeweiligen Auswahlkonferenz ist schließlich ein Protokoll mit den wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Entscheidungsgründen im Einzelfall zu erstellen. Das Protokoll und die Konferenzlisten sind durch das Bundesamt grundsätzlich fünf Jahre, mindestens jedoch bis zum Abschluss aller gerichtlicher Verfahren des jeweiligen Auswahljahres, aufzubewahren (Nr. 311 der allgemeinen Regelung A1-1340/2-5001).

40

2.2 Nach diesen Maßstäben ist die streitgegenständliche Auswahlentscheidung der Beklagten rechtlich zu beanstanden. Die Beklagte ist zum einen ihrer Dokumentationspflicht nicht in hinreichender Weise nachgekommen (dazu unter 2.2.1). Zum anderen genügt die Grundlage der Auswahlentscheidung in mehrfacher Hinsicht nicht den vorstehenden rechtlichen Grundsätzen (dazu unter 2.2.2 und 2.2.3).

41

Im Einzelnen:

2.2.1

42

Die Beklagte ist ihrer in Art. 33 Abs. 2 i.V.m. Art. 19 Abs. 4 GG radizierten und in Nr. 311 der allgemeinen Regelung A1-1340/2-5001 konkretisierten Verpflichtung zur Dokumentation der wesentlichen Auswahlerwägungen nicht in hinreichender Weise nachgekommen.

43

Die gesamte schriftliche Dokumentation des streitgegenständlichen Auswahlverfahrens, die dem Kläger zur Akteneinsicht und dem Gericht im Rahmen des Verfahrens vorgelegt wurde, erschöpft sich in einer Auswahlliste mit dem Titel „BS Fw 2022 – Werdegang ... – FSCHJG“, in der alle Bewerber der hier in Rede stehenden Ausbildungs- und Verwendungsreihe gereiht wurden und die der Vorlage an das Auswahlgremium diente. Mit Ausnahme der den Kläger betreffenden Angaben waren sowohl die persönlichen Informationen als auch die im Rahmen des Auswahlverfahrens erzielten Bewertungen der anderen Bewerber vollständig geschwärzt. Eine weitere Dokumentation des streitgegenständlichen Auswahlverfahrens ergibt sich weder aus dem vorgelegten Akt über den Beschwerdevorgang noch aus der Personalgrundakte. Auch Datenblätter zu den einzelnen Bewerbern wurde dem Gericht nicht vorgelegt.

44

Mit dieser Auswahlliste kann die Beklagte bereits deshalb nicht ihre Dokumentationspflicht erfüllen, weil sich dieser nicht ansatzweise entnehmen lässt, welche Leistungen und Beurteilungen die anderen Bewerber erbracht bzw. erhalten haben und welche tragenden Erwägungen der Auswahlentscheidungen zugrunde lagen. Da die in der Auswahlliste enthaltenen Angaben allesamt geschwärzt wurden, so dass eine Nachprüfung der von der Beklagten in Ansatz gebrachten Auswahlerwägungen, wie etwa die erzielten Punktsummenwerte und sonstigen Auswahlkriterien, durch das Gericht nicht vorgenommen werden kann. Da die vorgelegte Auswahlliste offenbar ausschließlich das Endergebnis des Auswahlverfahrens wiedergibt, ansonsten aber keine für das Gericht erkennbare Dokumentation der einzelnen Verfahrensschritte erfolgt ist, lässt sich dem vorliegenden Beschwerdevorgang nicht mit der erforderlichen Transparenz entnehmen, wie das mehrschrittige Auswahlverfahren im Einzelnen abgelaufen ist. Es bleibt daher im Dunkeln, etwa welche Soldaten sich für das Auswahlverfahren beworben haben, welche Punktsummenwerte die einzelnen Bewerber nach Maßgabe der in den Nrn. 304 f. der A1-1340/2-5001 festgelegten quantifizierbaren Kriterien (aktuelle Beurteilung; vorletzte Beurteilung; Personalentwicklungsbewertung; Potentialfeststellung) im ersten Verfahrensschritt erhalten haben, wie die darauf beruhende Vorsortierung der Bewerber zustande gekommen ist und warum eine weitergehende Differenzierung unter Betrachtung weiterer Auswahlkriterien erforderlich war und wie diese weiteren Kriterien festgelegt wurden. Eine solch detaillierte schriftliche Dokumentation wäre indes nach den vorgenannten Maßstäben rechtlich geboten und auch tatsächlich erforderlich gewesen, um die Auswahlentscheidung überhaupt nur im Ansatz nachvollziehen und vollständig bewerten zu können. Insbesondere ist zu bemängeln, dass keinerlei schriftliche Dokumentation darüber erfolgt ist bzw. nicht vorgelegt wurde, wie der Punktsummenwert zur Ermittlung der Vorsortierung nach den Maßstäben der Anlage 4.2 zu der allgemeinen Regelung A1-1340/2-5001 hinsichtlich der jeweiligen Bewerber im Einzelnen erfolgt ist, so dass auch hier eine Nachvollziehbarkeit und Nachprüfbarkeit weder für den im Auswahlverfahren unterlegenen Kläger noch für das Gericht gegeben ist.

45

Weiterhin ist nicht transparent und nachvollziehbar schriftlich niedergelegt, von wem, in welchem Verfahrensstadium und aus welchen Gründen weitere sog. Abgrenzungskriterien, wie etwa der im vorliegenden Verfahren besondere relevante Leistungswert von mindestens 7,32 in der historischen Beurteilung, definiert wurden, woher diese ihre sachliche Rechtfertigung ableiten und in welcher Beziehung diese nachträglich eingeführten Kriterien zu den in Nr. 304 der allgemeinen Regelung A1-1340/2-5001 ausdrücklich aufgeführten quantifizierbaren Kriterien stehen.

46

Auch die der abschließenden Auswahlentscheidung zugrundeliegenden maßgeblichen Erwägungen, die – wie es sich aus Nr. 307 der allgemeinen Regelung A1-1340/2-5001 ergibt – im Rahmen der Auswahlkonferenz als ganzheitliche Betrachtung unter Berücksichtigung aller, auch der nicht quantifizierbaren Qualifikationsmerkmale getroffen wird, sind nicht schriftlich dokumentiert und somit weder nachvollzieh- noch nachprüfbar.

47

Schließlich genügt auch das dem Gericht – im Übrigen erst auf dessen ausdrückliche Nachfrage hin – von der Beklagten vorgelegte Protokoll der Auswahlkonferenz 2022 samt dem dazugehörigen Ergänzungsprotokoll weder den höchstrichterlichen noch den eigenen – in Nr. 209 der allgemeinen Regelung A-1340/2 („Auswahlverfahren zur Umwandlung in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten oder Berufssoldatin“) bzw. in Nr. 311 der allgemeinen Regelung A1-1340/2-5001 („Auswahlverfahren BS Unteroffizierinnen und Unteroffiziere“) ausformulierten – Vorgaben. Denn auch aus ihnen lassen sich keinerlei substantielle Auswahlerwägungen entnehmen. Eine nachvollziehbare und konkrete Begründung der Auswahlentscheidung bezogen auf den individuellen Bewerber, insbesondere im Falle des Unterliegens, fehlt gänzlich.

2.2.2

48

Darüber hinaus erweist sich die Auswahlentscheidung als rechtswidrig, weil sie nicht den Maßgaben entspricht, die sich das Bundesministerium der Verteidigung im Wege der Selbstbindung durch Erlass der allgemeinen Regelung A-1340/2 („Auswahlverfahren zur Umwandlung in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten oder Berufssoldatin“) bzw. der allgemeinen Regelung A1-1340/2-5001 („Auswahlverfahren BS Unteroffizierinnen und Unteroffiziere“) hierfür selbst auferlegt hat.

49

So hat die Beklagte im Beschwerdebescheid ausgeführt, es sei eine Vorsortierung anhand des Punktsammenwert vorgenommen worden, bei dem der Kläger sich im Eignungs- und Leistungsvergleich gegenüber anderen Bewerbern habe durchsetzen können. Bei einer strukturell vorgegebenen Übernahmequote von 11 sei die letzte Übernahme bei einem Punktsammenwert von 911,250 erfolgt, der letzte Nachrücker habe einen Punktsammenwert von 897,540 Punkten erreicht.

50

Eine wie hier getroffene Auswahl anhand des Punktsammenwert ist zwar grundsätzlich ein leistungsgerechtes Auswahlverfahren, indem der aktuellen Beurteilung die höchste Aussagekraft (hier max. 594 von 1080 Punkten) beigemessen wird und zusätzlich noch dezidiert leistungsbezogene Kriterien wie die vorletzte Beurteilung, die jüngste Personalentwicklungsbewertung sowie die letzte Potentialfeststellung in den Blick genommen werden (vgl. dazu auch OVG RhPf, B.v. 25.2.2020 – 10 B 11879/19.OVG – n.v.; VG Köln, U.v. 10.11.2021 – 23 K 995/19 – juris Rn. 44; a.A. VG Münster, U.v. 12.03.2015 – 5 K 2521/14 – juris Rn. 70 ff.).

51

Die hier vorgenommene Vorsortierung allein anhand des Punktsammenwerts bleibt aber im Falle des Klägers nach Anwendung des weiteren Auswahlverfahrens, namentlich der Anwendung der sog. Abgrenzungskriterien, ohne Relevanz: Denn in einem zweiten Schritt hat die Beklagte weitere „Abgrenzungskriterium“ – namentlich: Bewährung in der Fachlichkeit in beiden zu betrachtenden Beurteilungen, ein überdurchschnittlicher Leistungswert von mindestens 7,54 in der aktuellen Beurteilung; Potenzial bis BesGr A09m, Eignung Statuswechsel gemäß Personalentwicklungsbewertung: geeignet; ein überdurchschnittlicher Leistungswert von mindestens 7,32 in der historischen Beurteilung, Ergebnis der Potenzialfeststellung von 64 oder besser – geprüft, die sie selbst, wie aus dem Beschwerdebescheid ausdrücklich hervorgeht, als Einstiegskriterien ansieht und die bei Nichterfüllen dazu führen, dass ein Bewerber sich weder im Übernahmebereich noch auf einem Nachrückerplatz oder auf einem gereihten Platz positionieren kann und somit aus dem Verfahren gänzlich ausscheidet.

52

Dieses Vorgehen stößt nach Auffassung des Gerichts jedoch auf erhebliche rechtliche Bedenken. Denn es ist für das Gericht bereits nicht plausibel, ein „Einstiegskriterium“ in der nachgeordneten, zweiten

Auswahlstufe anzusetzen, da es sich somit denklösig nicht mehr um ein „Einstiegsriterium“ handeln kann. Die Beklagte scheint das Kriterium auch selbst nicht so verstanden zu haben, denn dann hätte der Kläger aufgrund der Nichterfüllung dieses Merkmals aus dem Auswahlverfahren gänzlich ausscheiden müssen und er wäre nicht – wie geschehen – überhaupt auf einem anderen Listenplatz gereiht worden und Teil der finalen Auswahlliste geworden. Diese Diskrepanz zwischen Terminologie (Abgrenzungskriterien als Einstiegsriterien) und Handhabung (Kläger wurde zunächst im Rahmen der Vorsortierung gereiht, dann aber aufgrund des nicht erfüllten Einstiegsriteriums nicht mehr mitbetrachtet) entspricht auch dem weiteren Vortrag der Beklagten, wonach aufgrund des starken Bewerberpotenzials durch das zuständige Referat Abgrenzungskriterien vorgeschlagen und im Rahmen der Konferenz durch diese bestätigt worden seien. Ein solches Vorgehen legt nahe, dass die sog. „Einstiegsriterien“ auf der zweiten Stufe und damit erst nach der – bereits auf der ersten Stufe – erfolgten Sichtung und Vorsortierung der Bewerber aufgrund ihres erreichten Punktsommenwert angewandt wurden und somit für die Bewerber, die diese Vorgaben nicht erfüllten, der Sache nach zum Ausschlussriterium wurden.

53

Ungeachtet der Bezeichnung der von der Beklagten herangezogenen zusätzlichen Auswahlriterien stellt das skizzierte Vorgehen jedenfalls eine deutliche Abweichung der sich aus der allgemeinen Regelung A1-1340/2-5001 ergebenden Vorgaben dar, die nach Ansicht des Gerichts sachlich nicht gerechtfertigt und deshalb willkürlich ist. Denn ausweislich der Nrn. 304 f. der allgemeinen Regelung A1-1340/2-5001 erfolgt die Vorsortierung der grundsätzlich für das Auswahlverfahren in Betracht kommenden Bewerber allein nach vier festgelegten quantifizierbaren Kriterien, namentlich aktuelle Beurteilung, vorletzte Beurteilung, Personalentwicklungsbewertung und Potentialfeststellung, die nach Maßgabe der Anlage 4.2 der allgemeinen Regelung A1-1340/2-5001 gewichtet werden und der Bildung eines Punktsommenwertes dienen.

54

Die Festlegung weiterer Auswahlriterien, die ungeachtet des jeweiligen Punktsommenwertes eines Bewerbers für das gesamte Bewerberfeld greifen, sieht dagegen weder die allgemeine Regelung A1-1340/2-5001 noch die allgemeine Regelung A-1340/2 („Auswahlverfahren zur Umwandlung in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten oder Berufssoldatin“) oder die für das Auswahljahr 2022 erlassenen „Gemeinsame Arbeitshilfen und Informationen für die Personalbearbeitung – GAIP“ in der Kennnummer 50-01-00 C (GAIP 2022) vor.

55

Lediglich für den Fall, dass sich herausstellt, dass die Vorsortierung aufgrund der Bildung von Punktsommenwerten auf Basis der vier ausdrücklich festgelegten quantifizierbaren Kriterien (aktuelle Beurteilung, vorletzte Beurteilung, Personalentwicklungsbewertung und Potentialfeststellung) Bewerber mit gleichen Werten ergibt, können von der Beklagten gemäß Nr. 306 der allgemeinen Regelung A1-1340/2-5001 weitere Auswahlriterien herangezogen werden, die aber wiederum hinsichtlich Auswahl und Ausprägung vor der Auswahlkonferenz zu dokumentieren sind.

56

Ein solcher Fall ist vorliegend aber offensichtlich nicht gegeben. Denn ungeachtet dessen, dass bereits die nach Nr. 306 der allgemeinen Regelung A1-1340/2-5001 vorgeschriebene Dokumentation der Auswahl und Ausprägung der weiteren Auswahlriterien nicht erkennbar stattgefunden hat, ergibt sich bereits aus dem Vortrag der Beklagten, dass die von ihr nachträglich herangezogenen „Abgrenzungskriterien“ nicht nur bei Bewerbern mit gleichen Punktsommenwerten angewandt wurden, sondern unterschiedslos bei allen Kandidaten. Dieses Vorgehen führte u.a. zu dem mit dem Leistungsgrundsatz nicht zu vereinbarenden Ergebnis, dass der Kläger, der zunächst einen Punktsommenwert von 965,400 erhalten hatte, nach Anwendung der „Abgrenzungskriterien“ im Ergebnis schlechter bewertet wurde und nicht im Übernahmebereich platziert wurde, als zwei Mitbewerber, die lediglich einen Punktsommenwert von 911,250 bzw. 897,540 vorweisen konnten, aber die „Abgrenzungskriterien“ erfüllten und damit letztlich in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten übernommen wurden.

2.2.3

57

Die streitgegenständliche Auswahlentscheidung ist auch deshalb rechtswidrig, weil sie nicht im Einklang mit Art. 33 Abs. 2 GG steht. Wie dargelegt dürfen der Bewerberauswahl für die Besetzung eines öffentlichen

Amtes, so auch hier, nur Kriterien zugrunde gelegt werden, die die Eignung, Befähigung und fachliche Leistung betreffen. Dem wird die vorliegende Auswahlentscheidung aus mehreren Gründen nicht gerecht. Denn die Beklagte hat bei der Anwendung ihrer Auswahlkriterien nicht den Art. 33 Abs. 2 GG und § 3 Abs. 1 SG entspringenden Grundsätzen genügt. Der von der Beklagten gewählte Ansatz der genannten „Abgrenzungskriterien“ als „Eingangskriterien“ steht mit dem Leistungsgrundsatz nicht in Einklang.

58

Im Ausgangspunkt ist es zwar vom weiten personalpolitischen Ermessen des Dienstherrn gedeckt, wenn er spezifische Anforderungen an Auswahlentscheidungen stellt (vgl. BVerwG, B.v. 23.02.2017 – 1 WB 2/16 – juris Rn. 44 ff.), um seinen spezifischen Personalbedarf zu decken. Das weitgefasste personalpolitische Ermessen im Rahmen der Beurteilungsermächtigung umfasst auch auf die Frage, welche Bewerber für das Auswahlverfahren antragsberechtigt sein sollen, so dass der Dienstherr grundsätzlich nicht gehindert ist, Einstiegs-kriterien zu definieren. Diese müssen sich aber stets am Leistungsgrundsatz messen lassen.

59

Indem die Beklagte über die vier in Nr. 304 der allgemeinen Regelung A1-1340/2-5001 ausdrücklich genannten quantifizierbaren Eingangskriterien weitere absolute Abgrenzungskriterien formuliert, und damit jene in der Sache verschärft hat, etwa die hier inmitten stehende Anforderung eines überdurchschnittlichen Leistungswerts von mindestens 7,32 in der historischen Beurteilung, wird sie dem Leistungsgrundsatz nicht gerecht.

60

Zwar ist das dahinterstehende Interesse der Beklagten, zum Berufssoldaten nur jene Soldaten zu ernennen, die sich über einen längeren Zeitraum innerhalb ihres Werdegangs überdurchschnittlich bewährt hätten, sachlich gerechtfertigt. Diesem wird aber bereits dadurch Rechnung getragen, dass die vorletzte Beurteilung bereits auf der ersten Stufe der Auswahlentscheidung, namentlich bei der Bildung des Punktsommenwerts gemäß Nr. 304 der allgemeinen Regelung A1-1340/2-5001 und der dazugehörigen Anlage 4.2, Berücksichtigung findet. Ausweislich der sich aus Anlage 4.2 ergebenden Berechnungsformel ist es auch möglich eine Differenzierung nach dem in der vorletzten Beurteilung erreichten Leistungswerts vorzunehmen, mit der Folge, dass je höher der danach erreichte Punktwert in der historischen Beurteilung ausfällt, desto höher auch die Punktzahl ist, die letztlich in den Punktsommenwert einfließt. Somit wird es möglich auch ohne zusätzliche Festlegung eines fixen Mindestleistungswerts in der historischen Beurteilung die Leistung über einen gewissen Zeitraum hinweg zu beurteilen. Die sachliche Rechtfertigung für eine nachträgliche Verschärfung des quantifizierbaren Kriteriums „vorletzte Beurteilung“ durch Festlegung eines fixen Mindestleistungswerts, dessen Berechnung seinerseits im Unklaren bleibt, erschließt sich dem Gericht vor diesem Hintergrund nicht.

61

Wie bereits dargestellt verlangt der Leistungsgrundsatz außerdem, dass der letzten dienstlichen Beurteilung ein ausschlaggebendes Gewicht zukommen muss, denn die aktuelle dienstliche Beurteilung bildet maßgeblich die fachliche Leistung des Bewerbers im Auswahlzeitpunkt ab. Die vorletzte Beurteilung darf hingegen nur zur Abrundung des Leistungsbildes betrachtet werden (siehe OVG RhPf, B.v. 25.2.2020 – 10 B 11879/19.OVG – n.v. m.w.N.). Das von der Beklagten vorgenommene Abstellen auf einen überdurchschnittlichen Leistungswert von mindestens 7,32 in der historischen Beurteilung führt jedoch dazu, dass die Beklagte de facto die aktuelle und die historische Beurteilung gleich gewichtet. Denn mit der Berücksichtigung als Einstiegs- bzw. Abgrenzungskriterium gewinnt die vorletzte Beurteilung dadurch, dass sie die zunächst vorgenommene Reihung nach dem Punktsommenwert durchbricht und damit letztlich zu einem Ausschlusskriterium wird, eine unangemessen hohe Bedeutung. Das aktuelle Leistungsbild wird durch die Berücksichtigung der früheren Beurteilungen, wie sie die Beklagte vorgenommen hat, in unzulässiger Weise überspielt. Denn wenn, wie die Beklagte selbst ausgeführt hat, der Leistungswert von mindestens 7,32 in der historischen Beurteilung von einem Bewerber nicht erreicht wird, so scheidet eine Betrachtung in der Auswahlkonferenz von vornherein aus; die aktuelle Beurteilung verliert damit völlig ihre Bedeutung.

62

Auch wenn die anderen genannten Abgrenzungs- bzw. Einstiegs-kriterien von der Klägerseite nicht ausdrücklich gerügt wurden, weil der Kläger diese erfüllt hat, so ist doch ergänzend anzumerken, dass die vom Gericht geäußerten Zweifel an der Rechtmäßigkeit auch die hier nicht entscheidungserheblichen

Abgrenzungs- bzw. Einstiegskriterien betreffen. Denn es ist mit dem Leistungsgrundsatz ebenfalls nicht zu vereinbaren, die in Nr. 304 der einschlägigen allgemeinen Regelung A1-1340/2-5001 ausdrücklich genannten quantifizierbaren Eingangskriterien und deren jeweilige Gewichtung nach Maßgabe der Anlage 4.2 im Nachhinein ad hoc allein aufgrund eines starken Bewerberfeldes zu modifizieren, indem etwa über die Bewertung der letzten und vorletzten Beurteilungen oder der Personalentwicklungsbewertung bzw. Potenzialfeststellung am Maßstab des Punktesystems nach Anlage 4.2 hinaus strengere Anforderungen an die jeweiligen Leistungsnachweise gestellt und mitunter gewisse Schwellenwerte formuliert werden, die überschritten sein müssen, um sich – entgegen der ausdrücklichen Vorgaben in Nr. 304 der allgemeinen Regelung A1-1340/2-5001 – überhaupt für die Auswahl zu qualifizieren.

63

3. Eine Auswahl des Klägers für die Übernahme in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten erscheint bei fehlerfreier Durchführung des Auswahlverfahrens unter Berücksichtigung der vorstehenden Grundsätze auch möglich.

64

Die Auswahl des Klägers, d.h. dessen Platzierung bei einem ordnungsgemäßen Auswahlverfahren auf einer übernahmefähigen Rangstelle, erscheint in Anbetracht der Übernahmefähigkeit von insgesamt 11 Soldaten und dem vom Kläger erzielten Punktsammenwert von 965,40, der im Vergleich deutlich höher ausfällt als der Punktsammenwert anderer erfolgreicher Bewerber, möglich.

65

Bei der Neubewertung wird die Beklagte zunächst zu berücksichtigen haben, dass der für das Auswahljahr 2022 maßgeblichen jüngsten dienstlichen Beurteilung in der Auswahlentscheidung ein ausschlaggebendes Gewicht zukommt, wie sie dies bereits bei der Berechnung des Punktsammenwerts nach Maßgabe der Anlage 4.2 der allgemeinen Regelung A1-1340/2-5001 im Grundsatz getan hat, indem sie der unterschiedlichen Bedeutung von aktueller und vorletzter Beurteilung dadurch Rechnung getragen hat, dass die aktuelle Beurteilung zu 40 Prozent, die historische Beurteilung hingegen nur zu 15 Prozent in den Punktsammenwert einfließt. Gleichzeitig ist aber zu berücksichtigen, dass die sich aus der Berechnung der durch die Bewerber erzielten Punktsammenwerte ergebende Reihung (Vorsortierung) nicht durch Hinzuziehung unzulässiger weiterer Abgrenzungs- oder Eingangskriterien im Nachhinein durchbrochen und damit die in den obig genannten Regularien festgelegten wesentlichen leistungsbezogenen Auswahlkriterien unterlaufen werden. Dies schließt zugleich aber auch eine Korrektur im Sinne einer ganzheitlichen Gesamtbetrachtung unter Heranziehung nicht leistungsbezogener Kriterien, wie sie Nr. 307 der allgemeinen Regelung A1-1340/2-5001 derzeit vorsieht, aus (so auch VG Köln, U.v. 10.10.2021 – 23 K 995/19 – juris Rn. 61).

66

4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 VwGO i.V.m. §§ 708 ff. ZPO.

67

5. Im Übrigen war im vorliegenden Fall die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Bevollmächtigten im Vorverfahren und damit die Erstattungsfähigkeit seiner Gebühren und Auslagen gemäß § 162 Abs. 2 Satz 2 VwGO zu bejahen.

68

Zwar hat der Bundesgesetzgeber mit dem Wortlaut des § 80 Abs. 2 VwVfG und § 162 Abs. 2 Satz 2 VwGO zum Ausdruck gebracht, dass im Vorverfahren eine Vertretung des Widerspruchsführers durch Rechtsanwälte oder sonstige Bevollmächtigte in der Regel weder üblich noch erforderlich ist (vgl. die Begründung zu § 159 Abs. 2 VwGO, dem späteren § 162 Abs. 2 VwGO, dem § 80 Abs. 2 VwVfG nachgebildet wurde, BT-Drs. 3/55 v. 05.12.1957, S. 48). Beide Vorschriften gehen bei der Beurteilung der Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwalts im Vorverfahren von einer Einzelfallprüfung aus. Danach ist die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Bevollmächtigten im Vorverfahren unter Würdigung der jeweiligen Verhältnisse vom Standpunkt einer verständigen Partei aus zu beurteilen. Maßgebend ist, ob sich ein vernünftiger Bürger mit gleichem Bildungs- und Erfahrungsstand bei der gegebenen Sachlage eines Rechtsanwalts oder sonstigen Bevollmächtigten bedienen hätte. Notwendig ist die Zuziehung eines Rechtsanwalts dann, wenn es der Partei nach ihren persönlichen Verhältnissen und wegen der Schwierigkeit der Sache nicht zuzumuten ist, das Vorverfahren selbst zu führen (st. Rspr.; statt vieler nur

69

Vorliegend ist festzustellen, dass es dem Kläger aufgrund seiner persönlichen Kenntnisse und Erfahrungen sowie im Hinblick auf die Komplexität und Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage des vorliegenden Falles nicht zuzumuten war, seine Rechte gegenüber der Beklagten im Rahmen des Beschwerdeverfahrens ohne einen Bevollmächtigten wahrzunehmen.