



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 1 WB 20.07

In dem Wehrbeschwerdeverfahren

des Herrn Stabsfeldwebel ... Sch.,
...schule, R.,

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

hat der 1. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts durch

den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Golze,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Frenz,
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Langer,
die ehrenamtliche Richterin Oberstabsveterinär Dr. Ernst und
den ehrenamtlichen Richter Hauptfeldwebel Müller

am 18. Oktober 2007 beschlossen:

Der Bescheid der Stammdienststelle des Heeres vom
30. November 2006 wird aufgehoben.

Der Bundesminister der Verteidigung wird verpflichtet, den
Antrag des Antragstellers vom 25. April 2006 unter Beach-
tung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu beschei-
den.

Die dem Antragsteller im Verfahren vor dem Bundesver-
waltungsgericht erwachsenen notwendigen Auslagen wer-
den dem Bund auferlegt.

G r ü n d e :

I

- 1 Der im Jahre 1956 geborene Antragsteller wendet sich gegen die Ablehnung seines Versetzungsantrags auf einen zbV-Dienstposten der Besoldungsgruppe A 9 mZ.
- 2 Er ist Berufssoldat mit voraussichtlichem Dienstzeitende am 31. Juli 2009. Mit Wirkung vom 1. Oktober 1996 wurde er zum Stabsfeldwebel befördert und in eine Planstelle der Besoldungsgruppe A 09 eingewiesen. Seit Januar 1995 wird er bei der ...schule, zunächst in der Stabsgruppe und seit 1999 im Rahmen einer Umgliederung in der Unterstützungsgruppe der ...schule auf einem Dienstposten Flugabwehrkanonenfeldwebel/Gruppenführer verwendet. Seit dem 14. Mai 1997 ist er Mitglied des örtlichen Personalrats und wurde zuletzt bei der Personalratswahl vom 12. Mai 2004 wiedergewählt. Aufgrund eines Beschlusses des Personalrats ist der Antragsteller seit dem 1. April 2006 vom Dienst freigestellt.
- 3 Mit Schreiben vom 4. Juni 1997 und 4. August 1999 teilte die damalige Stammdienststelle des Heeres dem Antragsteller mit, dass er aufgrund seines bisherigen Eignungs- und Leistungsbildes sowie des Bedarfs in seiner AVR-Gruppe (J 2, ...abwehr) der „Anwärtergruppe“ für Oberstabsfeldwebel-Verwendungen zugeordnet worden sei. Mit weiterem Schreiben der Stammdienststelle des Heeres vom 30. Januar 2002 wurde dem Antragsteller mitgeteilt, dass er nach dem Überprüfungsergebnis der Zuordnungskonferenz und der Entscheidung des Leiters der Stammdienststelle des Heeres vom 16. November 2001 aufgrund des Bedarfs in seiner AVR nicht mehr zur „Anwärtergruppe“ gehöre. Im Rahmen des Verwendungsplanungsverfahrens für Berufsunteroffiziere im Jahr 2003 wurde der Antragsteller mit Entscheidung des Leiters der Stammdienststelle des Heeres vom 16. Dezember 2003 erneut der „Anwärtergruppe“ zugeordnet. Eine Mitteilung an den Antragsteller erfolgte jedoch nicht.

- 4 Mit Fernschreiben der Stammdienststelle des Heeres vom 8. Februar 2000 wurde die ...schule davon unterrichtet, dass der Antragsteller für den zum 1. Oktober 2001 zu besetzenden Dienstposten eines Batteriefeldwebels bei der .../...flugabwehrkanonenbataillon ... in K. in Betracht gezogen werde. Auf diesem Dienstposten sei nach Erfüllung aller Voraussetzungen die Beförderung zum Oberstabsfeldwebel möglich. Die geplante Versetzung sei dem Antragsteller unverzüglich in einem Personalgespräch zu eröffnen. Mit der geplanten Versetzung war der Antragsteller wegen seiner Tätigkeit im Personalrat nicht einverstanden.
- 5 Mit Schreiben vom 26. Februar 2004 bewarb sich der Antragsteller um einen zum 31. Mai 2004 frei werdenden Dienstposten eines Oberstabsfeldwebels an der ...schule. Dieser Antrag wurde mit Bescheid der Stammdienststelle des Heeres vom 8. März 2004 abgelehnt, da im Zuge des im Jahre 2001 durchgeführten Verwendungsplanungsverfahrens für Berufsunteroffiziere der vom Antragsteller angestrebte Dienstposten geplant und ein anderer geeigneter Kandidat für die Besetzung dieses Dienstpostens ausgewählt worden sei. Es sei beabsichtigt, auch weiterhin an dieser Auswahlentscheidung festzuhalten.
- 6 In einem Personalgespräch am 4. Oktober 2004 wurde dem Antragsteller von dem Batteriechef der Stammbatterie der ...schule im Auftrag der Stammdienststelle des Heeres eröffnet, es sei beabsichtigt, ihn zum 1. Januar 2006 auf den Dienstposten eines Flugabwehrkanonenfeldwebels und S 3-Feldwebels bei der .../...flugabwehrkanonenbataillon ... in H. zu versetzen. In einem weiteren Personalgespräch vom 15. November 2004 teilte der Antragsteller mit, dass er an der beabsichtigten Verwendung in H. nicht interessiert sei.
- 7 Nachdem der Antragsteller wegen seiner Personalratstätigkeit vom militärischen Dienst freigestellt worden war, beantragte er mit Schreiben vom 25. April 2006, ihn auf einen „zbV-Dienstposten A9mZ“ zu versetzen und ihn zum Oberstabsfeldwebel zu befördern. Zur Begründung führte er aus, er entnehme aus den beabsichtigten Versetzungen nach K. bzw. H., dass er aufgrund seines Leistungsbildes uneingeschränkt für eine Verwendung auf einem solchen Dienstposten geeignet sei. Wegen seiner Tätigkeit als Gruppensprecher im

Personalrat der ...schule sei er in den genannten Fällen aufgrund des erforderlichen Ortswechsels mit einer Versetzung nicht einverstanden gewesen. Seine Bewerbung auf einen Oberstabsfeldwebeldienstposten an der ...schule im Jahre 2004 sei wegen einer langfristigen Verwendungsplanung für diesen Dienstposten, nicht aber etwa wegen seiner fehlenden Eignung negativ beschieden worden. Um seine seit langem seitens des Dienstherrn beabsichtigte Förderung zu realisieren, beantrage er nunmehr seine Versetzung auf einen zbV-Dienstposten bei der ...schule in R. und seine Beförderung zum Oberstabsfeldwebel mit Wirkung vom 1. April 2006. Im Falle der beabsichtigten Ablehnung des Antrages begehre er vorsorglich, so gestellt zu werden, wie er bei antragsgemäßer Entscheidung stünde, soweit dies infolge Zeitablaufes zusätzlich notwendig werden sollte. Zugleich beantrage er die Beteiligung des Personalrats gemäß § 23 SBG.

- 8 Der örtliche Personalrat unterstützte den Antrag des Antragstellers mit Schreiben vom 28. April 2006 an den Kommandeur der ...schule ausdrücklich und wies vorsorglich darauf hin, dass er im Falle einer negativen Entscheidung unter Darlegung der Ablehnungsgründe erneut zu beteiligen sei.

- 9 Die Stammdienststelle des Heeres beauftragte den Kommandeur der ...schule mit Schreiben vom 10. Mai 2006, den Personalrat gemäß § 23 SBG zu beteiligen/anzuhören. Es sei beabsichtigt, den Antrag des Soldaten abzulehnen. Die mit Vororientierung vom 8. Februar 2000 angebotene Oberstabsfeldwebel-Verwendung in K. habe der Antragsteller abgelehnt. Seiner Bewerbung auf eine Oberstabsfeldwebel-Verwendung an der ...schule im Jahre 2004 habe nicht stattgegeben werden können, da die Besetzung des begehrten Dienstpostens bereits aufgrund einer langfristigen Verwendungsplanung aus dem März 2002, also zu einem Zeitpunkt, zu dem der Antragsteller nach der Entscheidung des Leiters der Stammdienststelle vom 30. Januar 2002 nicht mehr der „Anwärtergruppe“ zugeordnet gewesen sei, verbindlich nachgeplant gewesen sei. Auch die dem Antragsteller im September 2004 angebotene Verwendung in H. habe dieser in dem Personalgespräch vom 15. November 2004 und auf erneute Abfrage am 3. Mai 2005 abgelehnt. Die Zuordnung zur „Anwärtergruppe“ erfolge gemäß Schnellbrief des Bundesministeriums der Verteidigung (PSZ III 1) vom

2. Januar 2001 regelmäßig für Berufsunteroffiziere zwischen dem vollendeten 38. und dem vollendeten 48. Lebensjahr. Die Zuordnung erlösche mit Versetzung auf einen Oberstabsfeldwebel-Dienstposten oder bei Nichtrealisierung nach Überschreiten des 49. Lebensjahres. Der Antragsteller habe am 23. Juli 2005 das 49. Lebensjahr vollendet und könne demzufolge seit diesem Zeitpunkt für Oberstabsfeldwebel-Verwendungen nicht mehr betrachtet werden. Die Freistellung vom militärischen Dienst seit dem 1. April 2006 sei diesbezüglich unerheblich.

- 10 Der örtliche Personalrat bei der ...schule teilte dem Kommandeur der Schule mit Schreiben vom 26. Mai 2006 zu der von der Stammdienststelle des Heeres beabsichtigten Ablehnung des Antrags mit, das Bundespersonalvertretungsgesetz verbiete grundsätzlich Nachteile in der beruflichen Entwicklung aufgrund der Personalratstätigkeit. Der Antragsteller habe mehrfach Fördermöglichkeiten abgelehnt, um weiterhin für die Personalratstätigkeit als langjähriger Gruppensprecher der Soldaten und Vertrauensperson der Unteroffiziere zur Verfügung zu stehen. Nunmehr bestehe die Möglichkeit, die seitens der Personalführung beabsichtigte Förderung auch unter Berücksichtigung des Ehrenamtes zu ermöglichen. Dies könne nicht mit der reinen Verweisung auf verwaltungsseitig festgelegte „Anwärtergruppen“ verneint werden. Vielmehr habe hier eine Gesamtbetrachtung oder Würdigung der speziellen Umstände bei dem Antragsteller stattzufinden. Auch könne dem Soldaten sein Alter nicht als Begründung für die beabsichtigte Verweigerung der beantragten Förderung vorgehalten werden, wenn dies mit den Bestimmungen des § 8 BPersVG unvereinbar sei. Vielmehr sei eine Schadlosstellung des Soldaten geboten. Bevor sich der Personalrat im beantragten Anhörungsverfahren abschließend äußern könne, benötige er noch folgende Informationen:

1. Welche Oberstabsfeldwebeldienstposten wurden vom 04.08.1999 bis zum Zeitpunkt der Freistellung des Antragstellers bei der ...schule besetzt, und warum wurde der Antragsteller bei diesen Besetzungen nicht berücksichtigt?
2. Inwieweit wurde der Antragsteller über mögliche Förderungsmaßnahmen an der ...schule informiert?

3. Gemäß dem Schreiben der Stammdienststelle des Heeres ist bei Nichtrealisierung einer Versetzung auf einen Oberstabsfeldwebeldienstposten nach Überschreiten des 49. Lebensjahres keine Förderung mehr möglich. Der Antragsteller hat das 49. Lebensjahr am 23. Juli 2005 vollendet. Warum war es dann möglich, ihm die Versetzung auf einen Oberstabsfeldwebeldienstposten mit Wirkung vom 1. Januar 2006 anzubieten? Es gibt also offensichtlich Ausnahmen von dieser Regelung und wenn dies so ist, warum ist es dann nicht möglich, den Antragsteller wie beantragt mit Wirkung vom 1. April 2006 auf einen Oberstabsfeldwebeldienstposten zu versetzen?

- 11 Zu diesen Fragen äußerte sich die Stammdienststelle des Heeres in einem an den Kommandeur der ...schule gerichteten Schreiben vom 19. Juni 2006:

Bei den Entscheidungen über die Besetzung der Oberstabsfeldwebeldienstposten an der ...schule im Zeitraum 4. August 1999 bis 1. April 2006 habe der Antragsteller im Eignungs- und Leistungsvergleich im Rahmen einer ganzheitlichen Betrachtung nicht berücksichtigt werden können. Gegen die getroffenen Entscheidungen sei keine Beschwerde eingelegt worden. Für die Entscheidungsfindung im anhängigen Anhörungsverfahren hätten diese zurückliegenden Entscheidungen keine Relevanz.

- 12 Hinsichtlich der beabsichtigten Besetzung von Oberstabsfeldwebeldienstposten sei der Antragsteller konkret abgefragt worden, sofern er zum Zeitpunkt der Entscheidungsvorbereitung der „Anwärtergruppe“ zugeordnet gewesen sei und für den jeweiligen Dienstposten im Eignungs- und Leistungsvergleich in Frage gekommen sei.
- 13 Eine mögliche Verwendung auf einem Oberstabsfeldwebeldienstposten sei dem Antragsteller letztmalig am 2. Mai 2005 aufgezeigt worden, also zu einem Zeitpunkt, zu dem er noch der „Anwärtergruppe“ zugeordnet gewesen sei. Erst seit Vollendung des 49. Lebensjahres am 23. Juli 2005 könne er nicht mehr mitbetrachtet werden, da seine Zuordnung zur „Anwärtergruppe“ altersbedingt erloschen sei.
- 14 Weiter heißt es in dem Schreiben, dem Antragsteller seien seitens der Stammdienststelle des Heeres förderliche Verwendungsmöglichkeiten aufgezeigt wor-

den. Diese habe er abgelehnt. Eine Benachteiligung durch den Dienstherrn im Sinne des § 8 BPersVG sei somit nicht erkennbar. Gleichzeitig dürfe gemäß dieser Vorschrift aber auch keine Begünstigung erfolgen. Die Stammdienststelle des Heeres beabsichtige deshalb weiterhin, den Antrag des Soldaten abzulehnen und bitte um Beteiligung/Anhörung des örtlichen Personalrats (Soldatengruppe), um den Antrag abschließend bearbeiten zu können.

- 15 In der Folgezeit kam es zu einer Reihe weiterer Schreiben des Personalrats und der Stammdienststelle des Heeres jeweils gerichtet an den Kommandeur der Schule, in denen es weiterhin um die Beantwortung der vom Personalrat gestellten Fragen und insbesondere darum ging, ob die Frage 1 einen ausreichenden Bezug zum vorliegenden Beteiligungsverfahren habe.
- 16 Schließlich teilte die Stammdienststelle des Heeres mit Schreiben vom 22. November 2006, in dem als Bezug lediglich der Antrag des Antragstellers vom 25. April 2006, nicht aber mehr wie in den früheren Schreiben der umfangreiche Schriftwechsel mit dem Personalrat genannt war, wiederum die Absicht mit, den Antrag vom 25. April 2006 abzulehnen. Dem örtlichen Personalrat sei auf Antrag des Antragstellers die nachfolgend wiedergegebene Begründung zur Kenntnis- und Stellungnahme zu geben:

„Begründung der beabsichtigten Ablehnung an StFw Sch.:

Als Soldat haben Sie keinen Anspruch auf eine bestimmte Verwendung, dies gilt ebenso für Spitzenverwendungen innerhalb der Dienstgradgruppe. Auch ein vom Dienst freigestellter Soldat kann dies grds. nicht beanspruchen, da nach § 8 des Bundespersonalvertretungsgesetzes (BPersVG) Personalratsmitglieder wegen ihrer Tätigkeit hinsichtlich ihrer beruflichen Entwicklung weder benachteiligt noch begünstigt werden dürfen. Ein dahingehender Anspruch lässt sich auch nicht aus der Fürsorgepflicht des Vorgesetzten ableiten. Über die Verwendung des Soldaten wird vielmehr nach Maßgabe des dienstlichen Bedürfnisses in Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens entschieden. Dies gilt entsprechend für eine begehrte fiktive höherwertige Verwendung.

Eine Verpflichtung, Sie auf einen Spitzendienstposten - zumal an der ...S - zu versetzen, würde demnach nur bestehen, wenn das Ermessen fehlerfrei nur mit diesem

Ergebnis ausgeübt werden könnte und sich jede andere Entscheidung als ermessenfehlerhaft darstellen würde.

Dies ist hier nicht der Fall.

Nach den ‚Richtlinien zur Versetzung, zum Dienstpostenwechsel und zur Kommandierung von Soldaten‘, VMBI 1988, S. 76 ff. Abschnitt B Nr. 4 kann ein Soldat versetzt werden, wenn er seine Versetzung beantragt hat und diese mit dienstlichen Belangen in Einklang zu bringen ist.

Die (truppendienstliche) Änderung der Verwendung eines Soldaten, also eine Versetzung - zumal wenn damit die Übertragung eines höher bewerteten Dienstpostens verbunden ist - ist jedoch nur sinnvoll, wenn der Soldat den neuen Dienstposten nach entsprechender Einarbeitung noch ‚angemessene Zeit‘ ausfüllen kann.

Wie lange dieser Zeitraum zu sein hat, lässt sich dabei mittelbar der Nr. 113a der ZDv 20/7 i.V.m. dem Erlass des BMVg - PSZ I 1 - Az.: 16-32-00/4 - vom 25.04.2006 (gemeint: 25.04.2002) (‚Wechsel in höherwertige Verwendungen‘) entnehmen. Denn danach ist (die einer o.a. Versetzung nachfolgende) Beförderung/Einweisung in eine Planstelle einer höheren Besoldungsgruppe nur zulässig, wenn die weitere Verwendung in der Bundeswehr für mindestens drei Jahre vorgesehen ist. Deshalb sind auch Verwendungsentscheidungen, die so spät vor der Zuruhesetzung rechtswirksam würden, dass sich eine daraus folgende Beförderung/Einweisung absehbar nicht mehr auf das Ruhegehalt auswirkt, auf Ausnahmen zu beschränken.

Die vorgenannten Grundsätze gelten auch dann, wenn der Antragsteller - wie in Ihrem Fall - wegen seiner Freistellung auf der in Betracht kommenden Stelle nicht eingesetzt wird. Wie sich aus § 8 BPersVG ergibt, dürfen Personalratsmitglieder wegen ihrer Tätigkeit hinsichtlich ihrer beruflichen Entwicklung nämlich nicht begünstigt werden.

Ihre Dienstzeit als Berufssoldat endet voraussichtlich mit Ablauf des 31.07.2009. Bei einem Verpflichtungsbegehren - um ein solches handelt es sich hier bei Ihrem Versetzungsgesuch - ist die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag maßgebend. Da Sie die o.a. Forderung der noch ‚mindestens dreijährigen Verwendung‘ nicht mehr erfüllen könnten, scheidet somit auch die entsprechende Verwendung auf einen fiktiven Dienstposten der Besoldungsgruppe A09 mZ an der ...S aus. Auf den Zeitpunkt Ihrer Antragstellung kommt es da-

bei nicht an. Anhaltspunkte für eine Ausnahme sind nicht ersichtlich.“

- 17 Der örtliche Personalrat werde letztmalig aufgefordert, zu der beabsichtigten Entscheidung Stellung zu nehmen.
- 18 Unter Bezugnahme auf dieses Schreiben teilte der örtliche Personalrat mit Schreiben vom 24. November 2006, das von dem ersten Stellvertretenden Vorsitzenden B. A. (Arbeitnehmer) allein unterschrieben war, dem Kommandeur der ...schule Folgendes mit:

„Der Personalrat ist mit der Ablehnung des Antrags - StFw Sch. - nicht einverstanden.

Begründung:

Herr StFw Sch. hat in der Vergangenheit mehrmals die Versetzung auf förderliche Dienstposten außerhalb der ...S - primär aus Gründen seiner Personalratstätigkeit - abgelehnt.

Da er wegen seiner Personalratstätigkeit nicht benachteiligt werden darf, hätte er, nachdem er offensichtlich zur Beförderung anstand, auf den nächsten geeigneten Dienstposten an der ...S versetzt werden müssen.

Dies ist nicht geschehen, obwohl die Möglichkeit dazu bestand!

Mit der Versetzung auf einen förderlichen zbV-Dienstposten könnten die Fehler der Personalführung aus der Vergangenheit geheilt werden. Dem Personalrat erschließt sich nicht, warum die Personalführung sich dieser Möglichkeit verschließt.

Sollte der Antrag des StFw Sch. dennoch wie beabsichtigt abgelehnt werden, sieht der Personalrat der gemäß § 20 SBG vorgeschriebenen Erörterung dieser Stellungnahme mit Interesse entgegen.“

- 19 Mit Bescheid vom 30. November 2006 lehnte die Stammdienststelle des Heeres den Versetzungsantrag des Antragstellers vom 25. April 2006 ab. Die Begründung entsprach dem Entwurf, den die Stammdienststelle des Heeres dem Personalrat zur Stellungnahme übermittelt hatte. Weiter heißt es in dem Be-

scheid, die vom Antragsteller beantragte Beteiligung des örtlichen Personalrats an der ...schule sei durchgeführt worden, habe jedoch aus vom Personalrat zu vertretenden Gründen nicht abgeschlossen werden können.

- 20 Gegen diesen Bescheid, der ihm am 2. Januar 2007 eröffnet worden war, legte der Antragsteller mit an den Kommandeur der ...schule gerichtetem Schreiben vom 5. Januar 2007 Beschwerde und mit einem gesonderten, auf dem Dienstweg an die Stammdienststelle des Heeres gerichtetem Schreiben vom 5. Januar 2007 „Widerspruch“ ein und führte zur Begründung aus, die von ihm beantragte Anhörung des Personalrats sei nicht zum ordnungsgemäßen Abschluss gebracht worden, da das Schreiben des Personalrats vom 24. November 2006 durch die Stammdienststelle des Heeres noch nicht beantwortet worden sei. In dem als „Widerspruch“ bezeichneten Schreiben heißt es weiter, der Entscheidung vom 30. November 2006 habe im Übrigen die erforderliche Rechtsbehelfsbelehrung gefehlt.
- 21 Mit weiterem Schreiben vom 13. März 2007 an das Bundesministerium der Verteidigung legte der Antragsteller „Untätigkeitsbeschwerde“ ein, weil er auf seine Beschwerde vom 5. Januar 2007 lediglich eine Eingangsbestätigung des Ministeriums (PSZ I 7) vom 29. Januar 2007 erhalten habe. Seit mehr als fünf Wochen sei kein/e Beschwerdebescheid/Entscheidung getroffen worden.
- 22 Der Bundesminister der Verteidigung (PSZ I 7) hat diese Untätigkeitsbeschwerde als Antrag auf gerichtliche Entscheidung ausgelegt und dem Senat mit Schreiben vom 15. Mai 2007 zur Entscheidung vorgelegt.

- 23 Der Bundesminister der Verteidigung beantragt,
den Antrag zurückzuweisen.
- 24 Der ablehnende Bescheid vom 30. November 2006 lasse keine Fehler in sachlicher oder rechtlicher Hinsicht erkennen.
- 25 Auf den Hinweis des Gerichts, dass die Stellungnahme des Personalrats vom 24. November 2006 nur von dem ersten Stellvertretenden Vorsitzenden und keinem Angehörigen der Soldatengruppe unterschrieben sei, hat der Bundesminister der Verteidigung ergänzend vorgetragen:
- 26 Die Rechtsprechung des Senats zur fehlenden zweiten Unterschrift unter Stellungnahmen/Erklärungen in Gruppenangelegenheiten sei auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar, weil es gerade nicht zu einer abschließenden Stellungnahme auf der Grundlage eines Beschlusses im Beteiligungsverfahren durch den örtlichen Personalrat gekommen sei. Das Beteiligungsverfahren sei nach mehrfachem Schriftwechsel letztlich abgebrochen worden. Dass das Verfahren letztlich offengeblieben sei, werde dadurch dokumentiert, dass im letzten Schreiben vom 24. November 2006 jedenfalls die Durchführung des Erörterungsverfahrens eingefordert worden sei, sodass eine endgültige Beschlussfassung zu der Personalmaßnahme des Antragstellers gerade nicht vorgelegen habe und damit kein gegebenenfalls unwirksamer nach außen vermittelter Beschluss in die Entscheidungsfindung der Stammdienststelle des Heeres habe mit einbezogen werden können. Aus diesem Grunde könne die von der Stammdienststelle des Heeres getroffene Zurückweisung des Antrags des Antragstellers nicht deswegen an einem Rechtsfehler leiden, weil eine Beschlussfassung des Personalrats nicht entsprechend den Geschäftsführungsbestimmungen des Bundespersonalvertretungsgesetzes erfolgt sei. Entweder sei die Informationsgewährung durch den Dienststellenleiter bis zum Abbruch des Beteiligungsverfahrens unvollständig gewesen, dann sei die Personalmaßnahme bereits aus diesem Grunde rechtswidrig, oder die Verweigerung der endgültigen Stellungnahme sei ohne rechtserheblichen Grund geschehen, dann sei die Personalmaßnahme jedenfalls nicht deswegen rechtsfehlerhaft, weil entspre-

chende Erklärungen des Personalrats, die materiell eine Verweigerung einer abschließenden Stellungnahme bedeutet hätten, gegebenenfalls nicht wirksam abgegeben worden seien. Dem Dienststellenleiter könne nicht zugemutet werden, jede Erklärung des Personalrats auf deren formelle Richtigkeit zu untersuchen und zu beanstanden. Ein Abbruch des Beteiligungsverfahrens sei daher auch unter dem Gesichtspunkt eines wiederholten Verstoßes gegen die Geschäftsführungsbestimmungen des Bundespersonalvertretungsgesetzes zu rechtfertigen, wenn auch dieses Verhalten einen ordnungsgemäßen Abschluss des Beteiligungsverfahrens verhindert habe, selbst wenn zu diesem Zeitpunkt noch Informationsansprüche als Voraussetzung für eine angemessene Stellungnahme zu erfüllen gewesen wären. Der Personalrat habe jedenfalls in seinen Mitteilungen vom 18. Juli und 4. August 2006 durch die Unterschrift eines Gruppenvertreters der Soldaten neben der des ersten Stellvertretenden Vorsitzenden wirksam gehandelt und daher offensichtlich die Bedeutung der Unterschrift des Gruppenvertreters gekannt. Der erste Stellvertretende Vorsitzende habe daher zumindest grob fahrlässig, wenn nicht sogar vorsätzlich seine Verpflichtung zur Abgabe wirksamer Erklärungen gegenüber dem Kommandeur der ...schule verletzt. Auch unter diesen Umständen könne eine Fehlerhaftigkeit des Anhörungsverfahrens nicht auf die Rechtmäßigkeit der Personalmaßnahme durchschlagen. Die Verantwortung für die Beachtung der Geschäftsführungsvorschriften habe der Personalrat selbst und nicht der Dienststellenleiter zu tragen. Anderenfalls werde dem Dienststellenleiter eine Art von Garantstellung für das richtige Agieren des Personalrats zugewiesen. Für die Rechtmäßigkeit der Entscheidung der Stammdienststelle des Heeres vom 30. November 2006 komme es darauf an, ob die möglicherweise in zulässiger Weise gestellten Fragen des örtlichen Personalrats von einem objektiven Standpunkt aus als beantwortet gelten können, sodass dem Personalrat eine abschließende Stellungnahme zur Personalmaßnahme zumutbar gewesen sei und eine Verweigerung - wirksam oder unwirksam erklärt - jedenfalls einen Missbrauch der Rechtsstellung des Personalrats im Beteiligungsverfahren und einen Verstoß gegen das Prinzip der vertrauensvollen Zusammenarbeit darstelle.

- 28 Wegen des Vorbringens im Einzelnen wird auf den Inhalt der zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze und der Akten Bezug genommen. Die Verfahrensakten des Bundesministers der Verteidigung (PSZ I 7 - 25-05-12 214/07) sowie die Personalgrundakte des Antragstellers, Hauptteile A - D, haben dem Senat bei der Beratung vorgelegen.

II

- 29 Der Antragsteller hat keinen förmlichen Sachantrag gestellt. Zur Begründung seiner Beschwerde gegen den ablehnenden Bescheid hat er ausschließlich gerügt, dass das Beteiligungsverfahren nach dem Soldatenbeteiligungsgesetz nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden sei und dass im Übrigen dem angefochtenen Bescheid eine Rechtsmittelbelehrung gefehlt habe. Auch seinem Antrag auf gerichtliche Entscheidung und den weiteren Schriftsätzen im gerichtlichen Verfahren lassen sich keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, der Antragsteller meine, dass das dem Dienstherrn bei der Entscheidung über die Verwendung zustehende Ermessen in seinem Fall fehlerfrei nur mit dem Ergebnis hätte ausgeübt werden können, dem Antrag zu entsprechen. Sein Begehren ist daher so auszulegen, dass er nicht einen Verpflichtungsantrag, sondern nur einen Neubescheidungsantrag stellen will.
- 30 Dieser Antrag ist zulässig und begründet. Die Entscheidung der damaligen Stammdienststelle des Heeres ist wegen eines Ermessensfehlers rechtswidrig, weil vor ihrem Erlass keine wirksam erklärte Äußerung des örtlichen Personalrats zu der beabsichtigten Personalmaßnahme im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 52 Abs. 1 Satz 1 SBG vorlag.
- 31 Über die Verwendung eines Soldaten entscheidet der zuständige Vorgesetzte bzw. die zuständige Stelle, sofern hierfür ein dienstliches Bedürfnis besteht, nach seinem/i ihrem pflichtgemäßen Ermessen (Beschlüsse vom 6. Mai 1971 - BVerwG 1 WB 8.70 - BVerwGE 43, 215 <217>, vom 17. Mai 1988 - BVerwG 1 WB 53.87 - BVerwGE 86, 25 <26> = NZWehrr 1989, 257 und vom 3. Juli 2001 - BVerwG 1 WB 24.01 - Buchholz 236.1 § 3 SG Nr. 26). Das Vorliegen

eines dienstlichen Bedürfnisses ist als unbestimmter Rechtsbegriff gerichtlich voll nachprüfbar. Die sich daran anschließende Ermessensentscheidung kann von den Gerichten hingegen nur darauf überprüft werden, ob der Vorgesetzte oder die zuständige Stelle die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten oder von diesem in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat (§ 114 VwGO analog; stRspr, vgl. u.a. Beschlüsse vom 3. Juli 2001 a.a.O. und vom 30. August 2001 - BVerwG 1 WB 37.01 - Buchholz 311 § 17 WBO Nr. 45). Zwar liegt hier kein dienstliches Bedürfnis für die Versetzung des Antragstellers vor; nach Nr. 4 der Richtlinie zur Versetzung, zum Dienstpostenwechsel und zur Kommandierung von Soldaten vom 3. März 1988 (VMBl 1988 S. 76) kann ein Soldat aber auch dann versetzt werden, wenn er seine Versetzung beantragt und diese mit dienstlichen Belangen in Einklang zu bringen ist.

- 32 1. Nach § 8 BPersVG dürfen Personalratsmitglieder wegen ihrer Tätigkeit hinsichtlich ihrer beruflichen Entwicklung weder benachteiligt noch begünstigt werden. Ferner darf nach § 46 Abs. 3 Satz 6 BPersVG die Freistellung eines Personalratsmitgliedes nicht zur Beeinträchtigung des beruflichen Werdegangs führen. Dies gilt für Soldatenvertreter im Personalrat entsprechend (§§ 48, 51 Abs. 3 Satz 1 SBG). Auch ein als Personalratsmitglied vom Dienst freigestellter Soldat hat danach wie jeder andere Soldat grundsätzlich keinen Anspruch auf eine bestimmte örtliche oder fachliche Verwendung. Vielmehr entscheidet über seine Verwendung der Zuständige nach Maßgabe des dienstlichen Bedürfnisses nach seinem pflichtgemäßen Ermessen, wobei die ihm den Soldaten gegenüber obliegende Fürsorgepflicht angemessen zu berücksichtigen ist. Dies gilt für eine fiktive Verwendung der hier in Rede stehenden Art entsprechend (Beschlüsse vom 7. November 1991 - BVerwG 1 WB 160.90 - BVerwGE 93, 188 = NZWehrr 1994, 244, vom 29. Juli 1997 - BVerwG 1 WB 23.97 - Buchholz 236.1 § 10 SG Nr. 23 und vom 23. Juni 2004 - BVerwG 1 WB 25.03 - Buchholz 236.1 § 3 SG Nr. 34). Sein ihm insoweit zustehendes Ermessen hat das Bundesministerium der Verteidigung unter Beachtung der in §§ 8, 46 Abs. 3 BPersVG normierten Vorgaben rechtsfehlerfrei in der „Richtlinie für die Förderung vom Dienst freigestellter Soldatinnen und Soldaten“ vom 11. Juli 2002 (PSZ I 1 - Az.: 16-32-00/28) dahin gebunden, dass freigestellte Soldatinnen/

Soldaten wie alle Soldatinnen/Soldaten mit gleicher Laufbahnvoraussetzung zu fördern und regelmäßig in die Planvorgänge für die Dienstpostenbesetzung einzubeziehen sind (Nr. 1, 3 der Richtlinie). Sie sind nach Nr. 3.1 der Richtlinie während ihrer Freistellung - gegebenenfalls zunächst fiktiv - eignungs-, befähigungs- und leistungsgerecht auf einen höher bewerteten Dienstposten zu versetzen.

- 33 Danach ist es hier nicht von vornherein ausgeschlossen, den Antragsteller auf den angestrebten fiktiven Dienstposten bei der ...schule umzusetzen. Zwar hat der Bundesminister der Verteidigung sein Ermessen hinsichtlich des Wechsels in höherwertige Verwendungen durch den Erlass vom 25. April 2002 (PSZ I 1 - Az.: 16-32-00/4) dahin gebunden, dass Verwendungsentscheidungen, die so spät vor der Zuruhesetzung rechtswirksam würden, dass sich eine daraus folgende Beförderung/Einweisung absehbar nicht mehr auf das Ruhegehalt auswirkt, auf Ausnahmen zu beschränken sind. Die danach bisher geübte generelle Praxis, eine solche Verwendungsentscheidung nur unter Beachtung des dreijährigen Zeitraums zwischen Beförderung und Zuruhesetzung vorzunehmen, bedarf im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Beschluss vom 20. März 2007 - 2 BvL 11/04 - ZBR 2007, 204 = NVwZ 2007, 679), wonach die dreijährige Wartefrist des § 5 Abs. 3 Satz 1 BeamtVG verfassungswidrig ist, einer Überprüfung. Mit der Begründung einer fehlenden Auswirkung auf das Ruhegehalt lässt sich die bisherige Voraussetzung einer mindestens dreijährigen Restdienstzeit jedenfalls nicht aufrechterhalten, zumal mit Weisung des Bundesministeriums der Verteidigung vom 31. Juli 2007 (PSZ I 1 - Az 16-26-00) für Beförderungen und Einweisungen in eine höhere Besoldungsgruppe angeordnet wurde, die bisherige dreijährige Frist in ZDv 20/7 Nr. 113a ab dem Wirksamkeitsdatum 13. April 2007 „in entsprechend geänderter Form“ anzuwenden. Ob und welche Konsequenzen dies für Entscheidungen über die Versetzung auf einen höherwertigen Dienstposten haben wird oder ob die bisherige Praxis wegen des angestrebten Zeitraums, während dessen die höherwertige Tätigkeit noch im Interesse des Dienstherrn ausgeübt werden kann, dennoch beibehalten werden soll, bedarf noch einer generellen Entscheidung des Bundesministeriums der Verteidigung. Im Übrigen käme nach dem Erlass vom 25. April 2002 gegebenenfalls auch eine Ausnahmeentschei-

dung in Betracht, weil im vorliegenden Fall bei Bekanntwerden der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts der Zeitraum bis zum Ende der Dienstzeit des Antragstellers noch mehr als zwei Jahre betrug.

- 34 2. Die Ermessensausübung der Stammdienststelle des Heeres im Rahmen der Ablehnung des Versetzungsantrags ist fehlerhaft, weil vor ihrem Erlass keine wirksame Äußerung des örtlichen Personalrats eingeholt worden ist.
- 35 Auf Antrag des Antragstellers war bei der Entscheidung über den Antrag auf Umsetzung auf einen fiktiven Dienstposten eines Oberstabsfeldwebels der örtliche Personalrat nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SBG zu beteiligen. Gemäß § 23 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 52 Abs. 1 Satz 1 SBG war das Ergebnis der Anhörung der Personalvertretung in die Personalentscheidung der Stammdienststelle der Bundeswehr einzubeziehen. Die Vorschrift des § 52 Abs. 1 Satz 1 SBG knüpft an die Regelungen in § 38 BPersVG an, die gemäß § 48 Satz 1 und § 49 Abs. 2 Satz 3 SBG (mit Ausnahme von Angelegenheiten nach der Wehrbeschwerdeordnung und der Wehrdisziplinarordnung) auch in den personalratsfähigen Dienststellen der Bundeswehr anzuwenden ist. § 38 Abs. 2 Satz 1 BPersVG bestimmt, dass in Angelegenheiten, die - wie hier - lediglich die Angehörigen einer Gruppe betreffen, nach gemeinsamer Beratung im Personalrat nur die Vertreter dieser Gruppe zur Beschlussfassung berufen sind. Ob der Äußerung des örtlichen Personalrats vom 24. November 2006 eine solche Beschlussfassung zugrunde liegt, kann dahinstehen; denn jedenfalls ist die Stellungnahme des örtlichen Personalrats wegen Verstoßes gegen Vertretungsbestimmungen unwirksam.
- 36 Nach § 48 Satz 1 SBG i.V.m. § 32 Abs. 3 Satz 2 BPersVG wird der Personalrat in Angelegenheiten, die nur eine Gruppe (hier die der Soldaten) des Personalrats betreffen, durch seinen Vorsitzenden, und wenn dieser nicht der Gruppe angehört, durch diesen gemeinsam mit einem der Gruppe angehörenden Vorstandsmitglied vertreten. Die von den Soldatenvertretern - nach der Beratung im Plenum des Personalrats - beschlossene Stellungnahme zu der Personalmaßnahme ist durch die nach § 32 Abs. 3 Satz 2 BPersVG Vertretungsberechtigten, nämlich durch den Vorsitzenden des Personalrats gegebenenfalls ge-

meinsam mit einem der Gruppe der Soldaten angehörenden Vorstandsmitglied, an die anhörende Stelle zu übermitteln (Beschlüsse vom 20. Juni 2005 - BVerwG 1 WB 60.04 - Buchholz 252 § 20 SGB Nr. 1 und vom 13. Juni 2007 - BVerwG 1 WDS-VR 1.07 - DokBer 2007, 277). Dabei vertritt der Vorsitzende einer Personalvertretung diese nicht in der Willensbildung, sondern in der Erklärung. Die Beschlussfassung in Beteiligungsangelegenheiten stellt einen Akt interner Willensbildung dar; zur Rechtserheblichkeit gegenüber Dritten bedarf es einer besonderen Erklärung, die durch den Vorsitzenden - gegebenenfalls gemeinsam mit einem der Gruppe (hier: der Soldaten) angehörenden Vorstandsmitglied - abgegeben wird (Ilbertz/Widmaier, Bundespersonalvertretungsgesetz, 10. Aufl., § 32 Rn. 23; Altvater/Hamer/Ohnesorg/Peiseler, Bundespersonalvertretungsgesetz, 5. Aufl., § 32 Rn. 30).

- 37 Die Stellungnahme des örtlichen Personalrats vom 24. November 2006 ist allein von dem Stellvertretenden Vorsitzenden, einem Arbeitnehmer, unterzeichnet worden. Dieser gehört nicht der Gruppe der Soldatenvertreter an. Deshalb hätte es zusätzlich der Unterzeichnung durch ein dieser Gruppe angehörendes Vorstandsmitglied bedurft. Erklärungen, die unter Missachtung der gemeinsamen Vertretungsbefugnis nach § 32 Abs. 3 Satz 2 BPersVG i.V.m. § 48 Satz 1 SBG abgegeben werden, sind unwirksam (vgl. Beschluss vom 13. Juni 2007 a.a.O.; Ilbertz/Widmaier, a.a.O. § 32 Rn. 35; Altvater u.a., a.a.O. § 32 Rn. 40 m.w.N.).
- 38 Zu Unrecht meint der Bundesminister der Verteidigung, auf die Wirksamkeit der Erklärung komme es nicht an, weil das Beteiligungsverfahren durch diese Erklärung nicht abgeschlossen, sondern von der Stammdienststelle des Heeres zu Recht abgebrochen worden sei. Die Stammdienststelle des Heeres hatte mit ihrem Schreiben vom 22. November 2006 dem örtlichen Personalrat über den Kommandeur der Schule den Entwurf der Begründung für den beabsichtigten Ablehnungsbescheid mit der Bitte um Äußerung und Stellungnahme übermittelt. Dabei hat sie nicht etwa, wie in früheren Schreiben z.B. vom 26. Oktober 2006, auf den umfangreichen Schriftwechsel zwischen ihr und dem örtlichen Personalrat Bezug genommen und ist auch nicht auf die bis dahin kontrovers diskutierten Fragen eingegangen, sondern hat das Schreiben so abgefasst, als han-

dele es sich um eine neue Angelegenheit. Unter diesen Umständen ist es rechtlich nicht mehr erheblich, ob die Stammdienststelle des Heeres im Hinblick auf den bisherigen Verlauf des Schriftwechsels berechtigt gewesen wäre, das Beteiligungsverfahren wegen missbräuchlichen Verhaltens des Personalrats abubrechen.

- 39 Der örtliche Personalrat hat mit seinem Schreiben vom 24. November 2006 mitgeteilt, dass er mit der beabsichtigten Entscheidung „nicht einverstanden“ sei. Er hat dies begründet, ohne dabei seinerseits auf die bisher kontrovers diskutierten Fragen erneut einzugehen. Unter diesen Umständen lag eine Äußerung des Personalrats vor, die allerdings - wie dargelegt - rechtlich nicht wirksam war. Aus dem Umstand, dass der Personalrat in dem genannten Schreiben zum Ausdruck gebracht hat, er sehe im Falle einer Ablehnung des Antrags „der gemäß § 20 SBG vorgeschriebenen Erörterung dieser Stellungnahme mit Interesse entgegen“, kann der Bundesminister der Verteidigung ebenfalls nichts für sich herleiten. Da die Stammdienststelle des Heeres auf den Erörterungswunsch des Personalrats - sei es zu Recht oder sei es zu Unrecht - nicht eingegangen ist, hätte sie jedenfalls die Stellungnahme „nicht einverstanden“ in ihre Ermessensentscheidung einbeziehen müssen. Dies hätte aber vorausgesetzt, dass die Stellungnahme rechtswirksam erklärt worden wäre.
- 40 Die Unwirksamkeit der Erklärung wegen fehlender zweiter Unterschrift war dieser „auf die Stirn“ geschrieben. Es bedurfte daher keiner umfassenden Überprüfung der Rechtmäßigkeit und Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung des Personalrats. Der Dienststellenleiter muss nicht generell die Ordnungsmäßigkeit der Beschlussfassung überprüfen, wohl aber, ob das nach außen gerichtete Schreiben den formalen Anforderungen entspricht. Daran ändert sich auch nichts durch den Umstand, dass der Personalrat hier im Laufe des umfangreichen Schriftwechsels zunächst nach außen ordnungsgemäße Erklärungen abgegeben, aber bereits bei den letzten vorangegangenen Äußerungen vom 6. Oktober 2006 und vom 10. November 2006 jeweils seine Schreiben nur mit der Unterschrift des nicht allein vertretungsberechtigten ersten Stellvertretenden Vorsitzenden versehen hatte. Selbst wenn dies - wie der Bundesminister der Verteidigung offenbar unterstellt - absichtlich erfolgt sein sollte, um so einen

Verfahrensfehler zu produzieren, hätte es am Dienststellenleiter der Schule oder an der Stammdienststelle des Heeres gelegen, auf den Mangel hinzuweisen und jedenfalls hinsichtlich der letzten Äußerung vom 24. November 2006 eine ordnungsgemäße Stellungnahme durch den Personalrat anzufordern.

- 41 Die nach Vermutung des Bundesministers der Verteidigung beabsichtigte Verzögerung des Verfahrens durch den Personalrat war hier schon deswegen nicht entscheidungserheblich, weil es sich um ein Verpflichtungsbegehren handelt und der betroffene Soldat, wenn er die Verzögerung durch den Personalrat hätte verhindern wollen, jederzeit seinen Antrag nach § 23 Abs. 1 Satz 1 SBG auf Beteiligung des Personalrats hätte zurücknehmen können.
- 42 Die nunmehr zuständige Stammdienststelle der Bundeswehr wird daher über den Antrag des Antragstellers vom 25. April 2006 nach vorheriger ordnungsgemäßer Beteiligung des örtlichen Personalrats erneut zu entscheiden haben. Dazu weist der Senat darauf hin, dass jedenfalls durch das Schreiben der Stammdienststelle des Heeres vom 18. September 2006, mit dem „nochmalig“ Erläuterungen zu allen vom Personalrat aufgeworfenen Fragen gegeben wurden, diese Fragen umfassend und ausreichend beantwortet waren. Insbesondere sind die in der Zeit vom August 1999 bis April 2006 getroffenen und jeweils bestandskräftig gewordenen Entscheidungen über die Besetzung von Oberstabsfeldwebeldienstposten bei der ...schule für das vorliegende Beteiligungsverfahren nicht relevant. Die konkrete Beantwortung dieser Frage kann der Personalrat daher nicht verlangen.
- 43 Die Kostenentscheidung beruht auf § 20 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 21 Abs. 2 Satz 1 WBO.

Golze

Dr. Frenz

Dr. Langer