



# BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

## BESCHLUSS

BVerwG 1 WB 37.16

In dem Wehrbeschwerdeverfahren

des Herrn Stabsbootsmann ...,

- Bevollmächtigte:

hat der 1. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts durch

den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Häußler,  
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Frenz,  
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Langer,  
den ehrenamtlichen Richter Fregattenkapitän Jorek und  
den ehrenamtlichen Richter Hauptbootsmann Hartmann

am 31. August 2017 beschlossen:

Der Antrag wird zurückgewiesen.



G r ü n d e :

I

- 1 Der als Personalratsmitglied vom Dienst freigestellte Antragsteller begehrt seine fiktive Versetzung auf einen nach Besoldungsgruppe A 9 mZ (Oberstabsbootsmann) bewerteten Dienstposten.
- 2 Der ... geborene Antragsteller ist Berufssoldat in der Laufbahn der Fachunteroffiziere mit Portepeee; seine Dienstzeit endet voraussichtlich mit Ablauf des .... Zuletzt wurde er am ... zum Stabsbootsmann befördert und mit Wirkung vom ... in eine Planstelle der Besoldungsgruppe A 9 eingewiesen. Der Antragsteller gehört der Verwendungsreihe ... (...) an. Seit 15. April 2014 ist er aufgrund seiner Wahl zum Vorsitzenden des Gesamtpersonalrats beim Marineunterstützungskommando von seinen dienstlichen Tätigkeiten freigestellt.
- 3 Der Antragsteller hat seine letzte planmäßige dienstliche Beurteilung unter dem 16. Juli ... zum Vorlagetermin 30. September 2012 erhalten. Dabei wurde die Aufgabenerfüllung auf dem Dienstposten mit einem Durchschnittswert von "8,00" bewertet und als Entwicklungsprognose die "Förderung bis in die höchsten Verwendungen der Laufbahn" abgegeben.
- 4 Im Hinblick auf die Freistellung des Antragstellers erstellte das Bundesamt für das Personalmanagement der Bundeswehr (im Folgenden: Bundesamt für das Personalmanagement) am 15. Juli 2014 eine Referenzgruppe nach der "Richtlinie für die Förderung vom Dienst freigestellter Soldatinnen und Soldaten" vom 11. Juli 2002, in der der Antragsteller unter insgesamt zehn Soldaten den Rangplatz 2 einnahm. Hierüber wurde der Antragsteller mit Schreiben des Bundesamts für das Personalmanagement vom 28. Juli 2014 informiert.
- 5 Mit Schreiben vom 29. September 2014 beantragte der Antragsteller seine fiktive Versetzung auf einen Dienstposten der Dotierung A 9 mZ und seine Beförderung zum Oberstabsbootsmann.

- 6 Mit Bescheid vom 21. Januar 2015 lehnte das Bundesamt für das Personalmanagement diesen Antrag ab. Hiergegen erhob der Antragsteller mit Schreiben vom 19. März 2015 Beschwerde. Im Folgenden hob das Bundesamt für das Personalmanagement die Referenzgruppe vom 15. Juli 2014 und seine Ablehnungsentscheidung auf. Es bildete unter dem 12. Februar 2016 eine neue Referenzgruppe, die der Abteilungsleiter IV am 22. Februar 2016 billigte. Die Referenzgruppe besteht einschließlich des Antragstellers aus zehn Soldaten, die der Verwendungsreihe ... angehören und zwischen 2007 und 2009 zum Stabsbootsmann befördert wurden; der Antragsteller nimmt darin den Rangplatz 2 ein. Der auf dem ersten Rangplatz geführte Soldat war im Zeitpunkt der Referenzgruppenbildung bereits zum Oberstabsbootsmann befördert. Der Antragsteller wurde mit Schreiben des Bundesamts für das Personalmanagement vom 8. März 2016 unter Beifügung einer anonymisierten Übersicht über die Neubildung der Referenzgruppe informiert. Er hat keinen Rechtsbehelf gegen die Referenzgruppe eingelegt.
- 7 Mit Bescheid vom 7. Juni 2016 lehnte das Bundesamt für das Personalmanagement den Antrag vom 29. September 2014 erneut ab. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass der Antragsteller bei der Perspektivkonferenz 2013 für Oberstabsbootsmann-Verwendungen in der Verwendungsreihe ... bei absehbar nur einer möglichen Förderung bis März 2016 als Ersatzkandidat (Zweitplatziertes) bestimmt worden sei. Für den Zeitraum vom 1. April 2014 bis 31. März 2016 sei der Antragsteller bis zum 31. März 2015 regulär bei Verwendungsentscheidungen zur Besetzung von Dienstposten in der Dotierung A 9 mZ in der Verwendungsreihe ... mitbetrachtet worden. Er wäre in diesem Zeitraum für eine förderliche Verwendung in Betracht gekommen, wenn der Erstplatzierte in der Verwendungsreihe ... einen Dienstposten A 9 mZ angeboten bekommen hätte. Der Antragsteller wäre insoweit ohne Berücksichtigung seiner Freistellung betrachtet worden, weil ihm grundsätzlich die Möglichkeit einzuräumen gewesen sei, zugunsten einer förderlichen Verwendung das Mandat niederzulegen. Seit 1. April 2015 liege hingegen für den Antragsteller keine aktuelle Beurteilung mehr vor, sodass die Referenzgruppe zum Tragen komme. In dieser belege der Antragsteller den zweiten Platz bei erst einer erfolgten Beförderung. Erst wenn der nächste Kandidat der Referenzgruppe förderlich auf einem Oberstabs-

bootsmann-Dienstposten verwendet werde, sei der Antragsteller fiktiv mitzubetrachten.

- 8 Hiergegen erhob der Antragsteller mit Schreiben vom 4. Juli 2016, bei seinem Disziplinarvorgesetzten eingegangen am selben Tag, Beschwerde. Zur Begründung führte er mit Schriftsatz seiner Bevollmächtigten vom 27. Juli 2016 aus, dass für seine Förderung nicht allein auf seine frühere Verwendungsreihe abgestellt werden dürfe, sondern der Schnitt über alle Verwendungsreihen hinweg als Basismaßstab heranzuziehen sei. Zudem sei in der Vergangenheit ein Stabsbootsmann (StBtsm X) auf einen Dienstposten an der ... versetzt worden, der ausdrücklich ihm, dem Antragsteller, zugesprochen gewesen sei. Dieser Soldat sei definitiv nicht der Erstplatzierte in der Reihung. Auch im Übrigen sei der Zentralerlass B-1336/2 durch das Bundesamt für das Personalmanagement nicht korrekt angewendet worden.
- 9 Mit Bescheid vom 19. September 2016, ausgehändigt am 4. Oktober 2016, wies das Bundesministerium der Verteidigung - R II 2 - die Beschwerde zurück. Die Referenzgruppe sei gemäß den Vorgaben des Zentralerlasses B-1336/2 ordnungsgemäß gebildet worden und im Übrigen inzwischen bestandskräftig. Es sei bislang erst ein Soldat aus der Referenzgruppe auf einen Oberstabsbootsmann-Dienstposten versetzt worden; der Antragsteller stehe deshalb noch nicht zur Förderung an. Der vom Antragsteller benannte Soldat sei nicht in der Referenzgruppe geführt und könne deshalb auch nicht die Förderung des Antragstellers bewirken. Der Antragsteller könne vielmehr erst dann gefördert werden, wenn unabhängig vom Rangplatz ein zweiter Soldat aus der Referenzgruppe für eine förderliche Verwendung ausgewählt werde.
- 10 Hiergegen hat der Antragsteller mit Schriftsatz seiner Bevollmächtigten vom 28. Oktober 2016 die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts beantragt. Das Bundesministerium der Verteidigung - R II 2 - hat den Antrag mit seiner Stellungnahme vom 2. November 2016 dem Senat vorgelegt. Der statusrechtliche Teil des Wehrbeschwerdeverfahrens (Beförderung zum Oberstabsbootsmann) ist bis zur Entscheidung im vorliegenden Verfahren ausgesetzt.

- 11 Zur Begründung nimmt der Antragsteller Bezug auf seine Beschwerdebegündung und führt ergänzend insbesondere aus:  
Die Antragsgegnerin habe zum 1. April 2017 einen Oberstabsbootsmann-Dienstposten (ID ...) mit einem anderen Stabsbootsmann (StBtsm Y) besetzt. Auch in der Vergangenheit seien regelmäßig Beförderungen zum Oberstabsbootsmann vorgenommen und er, der Antragsteller, dabei übergangen worden, zum Beispiel bei der Neubesetzung des Dienstpostens ID .... Es könne nicht sein, dass er sein Ehrenamt als Personalrat niederlegen müsse, um erneut betrachtet zu werden.
- 12 Der Antragsteller beantragt,  
  
den Bescheid des Bundesamts für das Personalmanagement der Bundeswehr vom 7. Juni 2016 und den Beschwerdebescheid des Bundesministeriums der Verteidigung vom 19. September 2016 aufzuheben und ihm, dem Antragsteller, einen beförderungsfähigen Dienstposten in der Wertigkeit Oberstabsbootsmann/Oberstabsfeldwebel zu übertragen.
- 13 Das Bundesministerium der Verteidigung beantragt,  
  
den Antrag zurückzuweisen.
- 14 Zur Begründung verweist es auf die Ausführungen in den angefochtenen Bescheiden. Unter dem 9. August 2017 hat es mitgeteilt, dass auch in der Zwischenzeit kein weiterer Soldat aus der Referenzgruppe gefördert worden sei.
- 15 Wegen der Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen. Die Beschwerdeakten des Bundesministeriums der Verteidigung - R II 2 - Az.: ... - und die Personalgrundakte des Antragstellers haben dem Senat bei der Beratung vorgelegen.

II

- 16 Der zulässige Antrag hat keinen Erfolg.
- 17 Der Bescheid des Bundesamts für das Personalmanagement der Bundeswehr (im Folgenden: Bundesamt für das Personalmanagement) vom 7. Juni 2016 und der Beschwerdebescheid des Bundesministeriums der Verteidigung vom 19. September 2016 sind rechtmäßig. Der Antragsteller hat keinen Anspruch auf fiktive Versetzung auf einen nach Besoldungsgruppe A 9 mZ (Oberstabsbootsmann) bewerteten Dienstposten.
- 18 1. Nach § 46 Abs. 3 Satz 6 BPersVG, der gemäß § 62 Abs. 3 Satz 1 SBG (bis 1. September 2016: § 51 Abs. 3 Satz 1 SBG) auch für die Soldatenvertreter in den Personalvertretungen gilt, darf die Freistellung eines Personalratsmitglieds von seiner dienstlichen Tätigkeit nicht zu einer Beeinträchtigung seines beruflichen Werdegangs führen. Damit soll gewährleistet werden, dass Soldaten nicht von einer Mitarbeit im Personalrat, insbesondere von einer Freistellung vom Dienst, aus Sorge um berufliche Perspektiven Abstand nehmen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 21. Juli 2016 - 1 WB 8.16 - Buchholz 449.7 § 51 SBG Nr. 8 Rn. 26). Auf welche Weise der Dienstherr dies sicherstellt, ist grundsätzlich ihm überlassen; er hat dabei einen Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum.
- 19 Der Senat hat - in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des 2. Revisionssenats (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 25. Juni 2014 - 2 B 1.13 - Buchholz 449 § 3 SG Nr. 74 Rn. 23 und vom 30. Juni 2014 - 2 B 11.14 - Buchholz 449 § 3 SG Nr. 76 Rn. 14) - wiederholt entschieden, dass das vom Bundesministerium der Verteidigung zunächst in der "Richtlinie für die Förderung vom Dienst freigestellter Soldatinnen und Soldaten" vom 11. Juli 2002 und den hierzu ergangenen "Erläuterungen zur Erlasslage" vom 9. August 2010 geregelte und im Wesentlichen unverändert in den heute geltenden Zentralerlass (ZE) B-1336/2 "Förderung vom Dienst freigestellter Soldatinnen und Soldaten" übernommene Referenzgruppenmodell eine geeignete und rechtlich nicht zu beanstandende Umsetzung der Verpflichtung aus § 46 Abs. 3 Satz 6 BPersVG darstellt (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 11. Dezember 2014 - 1 WB 6.13 - Buchholz 449.7

§ 51 SBG Nr. 1 Rn. 32 ff., vom 20. April 2016 - 1 WB 41.15 - juris Rn. 34 ff., vom 21. Juli 2016 - 1 WB 8.16 - Buchholz 449.7 § 51 SBG Nr. 8 Rn. 28 ff., vom 4. Mai 2017 - 1 WB 5.16 - juris Rn. 19 sowie zuletzt vom 3. August 2017 - 1 WB 28.16 - Rn. 27 f.).

- 20 Wird ein Soldat freigestellt, so ist nach diesem Modell eine Referenzgruppe zu bilden, die neben der freigestellten Person grundsätzlich mindestens weitere neun nicht freigestellte Soldaten umfassen soll, wobei in begründeten Ausnahmefällen auch eine Gruppengröße von insgesamt mindestens fünf Soldaten ausreicht (vgl. im Einzelnen Nr. 501 ZE B-1336/2). Die Angehörigen der Referenzgruppe müssen unter dem Blickwinkel der Homogenität der Referenzgruppe bestimmten Kriterien genügen (siehe im Einzelnen Nr. 502 Abs. 1 ZE B-1336/2). Innerhalb der Referenzgruppe, deren Zusammensetzung im Folgenden grundsätzlich nicht mehr geändert wird, werden die Soldaten entsprechend ihres Eignungs-, Befähigungs- und Leistungsbildes, einschließlich der freigestellten Person, gereiht (Nr. 502 Abs. 3 Satz 1 und 2 ZE B-1336/2).
- 21 Solange über eine freigestellte Person aktuelle verwertbare Beurteilungserkenntnisse vorliegen, erfolgt die Betrachtung in allen personellen Auswahlverfahren weiterhin auf der Grundlage dieser Erkenntnisse (Nr. 503 ZE B-1336/2). Wird eine freigestellte Person zu einem planmäßigen Beurteilungstermin nicht mehr beurteilt, erfolgt ab dem Zeitpunkt des Vorlagetermins, bei der Beförderungsauswahl sechs Monate nach dem Vorlagetermin, die Betrachtung der entsprechenden Person in dem jeweiligen Auswahlverfahren hingegen nur noch auf der Grundlage der gebildeten Referenzgruppe (Nr. 504 ZE B-1336/2).
- 22 Für die hier strittige Förderung auf einen höherwertigen Dienstposten bestimmt Nr. 601 ZE B-1336/2, dass dann, wenn bei Verwendungsentscheidungen die Anzahl der Auswahlentscheidungen von Angehörigen der Referenzgruppe für einen höher dotierten Dienstposten den Rangplatz der freigestellten Person innerhalb der Referenzgruppe erreicht, diese fiktiv auf einen entsprechend dotierten Dienstposten zu versetzen ist, sobald ein nächstes (nicht freigestelltes) Mitglied der Referenzgruppe für die Auswahl heransteht und soweit keine Hinderungsgründe in der freigestellten Person vorliegen.

- 23 2. Nach diesen Maßstäben wurde die fiktive Versetzung des Antragstellers auf einen nach Besoldungsgruppe A 9 mZ bewerteten Dienstposten zu Recht abgelehnt.
- 24 a) Der Antragsteller hatte keinen Anspruch auf eine entsprechende Förderung während des Zeitraums, in dem über ihn in Gestalt seiner letzten planmäßigen dienstlichen Beurteilung vom 16. Juli 2012 (Vorlagetermin 30. September 2012) noch aktuelle verwertbare Beurteilungserkenntnisse vorlagen.
- 25 Dabei kann dahingestellt bleiben, ob dieser Zeitraum am 30. September 2014 (nächstfolgender Vorlagetermin, Nr. 504 Halbs. 1 ZE B-1336/2) oder aber am 31. März 2015 endete (so offenbar die Praxis, weil planmäßige Beurteilungen bei der Bildung von Eignungsreihenfolgen grundsätzlich erst sechs Monate nach den Vorlageterminen berücksichtigt werden; vgl. Nr. 107 ZDv A-1340/111 und die Erläuterung in dem Beschwerdebescheid vom 25. Juni 2015, S. 5).
- 26 Der Antragsteller war zwar in der Perspektivkonferenz 2013, bei der die Auswahl für den im Besetzungszeitraum vom 1. April 2014 bis 31. März 2016 in der Verwendungsreihe ... voraussichtlich zu besetzenden einen Oberstabsbootsmann-Dienstposten getroffen wurde, hinter dem Erstplatzierten als (zweitplatzierte) sog. Nachrückerkandidat benannt worden. Wegen später geänderter Bedarfsträgervorgaben und einer Herabdotierung bzw. Sperrung von Oberstabsbootsmann-Dienstposten in der Verwendungsreihe ... wurde jedoch in dem hier maßgeblichen Zeitraum selbst der Erstplatzierte nicht auf einen nach Besoldungsgruppe A 9 mZ bewerteten Dienstposten versetzt, sodass auch der Antragsteller für eine Förderung nicht in Betracht kam.
- 27 Der Antragsteller hat sich zu diesem Sachverhaltskomplex, in dem auch der Wehrbeauftragte des Deutschen Bundestags auf eine Eingabe des Antragstellers hin keinen Anlass zu Beanstandungen erkannte, im gerichtlichen Antragsverfahren nicht erneut geäußert.



- 28 b) Der Antragsteller hat auch für den darauffolgenden Zeitraum, in dem er nur noch auf der Grundlage der Referenzgruppe zu betrachten war (Nr. 504 ZE B-1336/2), keinen Anspruch auf eine fiktive Versetzung auf einen nach Besoldungsgruppe A 9 mZ bewerteten Dienstposten.
- 29 aa) Für den Antragsteller wurde unter dem 12. Februar 2016 eine Referenzgruppe gebildet, die, weil er sie nicht mit der Beschwerde angefochten hat, bestandskräftig geworden und deshalb hier zugrunde zu legen ist (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 4. Mai 2017 - 1 WB 5.16 - juris Rn. 27 ff. und vom 22. Juni 2017 - 1 WB 43.16 - juris Rn. 23 ff.). Unabhängig von der Bestandskraft ist darauf hinzuweisen, dass in die Referenzgruppe zutreffend und in Übereinstimmung mit Nr. 502 Abs. 1 Punkt 3 ZE B-1336/2 nur Soldaten aufgenommen wurden, die wie der Antragsteller der Verwendungsreihe ... (...) angehören; denn auch ohne seine Freistellung wäre der Antragsteller nur innerhalb der eigenen Verwendungsreihe (und im Rahmen des dort gegebenen Bedarfs) für eine mögliche Förderung in Betracht gezogen worden.
- 30 bb) Die Voraussetzungen für eine fiktive Versetzung gemäß Nr. 601 ZE B-1336/2 liegen nicht vor. Bisher wurde erst ein Angehöriger der Referenzgruppe für einen nach Besoldungsgruppe A 9 mZ bewerteten Dienstposten ausgewählt. Der auf dem Rangplatz 2 gereihte Antragsteller steht deshalb erst für eine fiktive Versetzung an, sobald ein (beliebiger) weiterer Angehöriger der Referenzgruppe für einen höher dotierten Dienstposten ausgewählt wird und den Antragsteller bei der Förderung gleichsam "mitzieht". Die Besetzung von Oberstabsbootsmann-Dienstposten mit Soldaten, die nicht der Referenzgruppe angehören, bleibt hingegen ohne Auswirkung auf die Position des Antragstellers.
- 31 cc) Soweit der Antragsteller schließlich beanstandet, dass er wiederholt bei der Besetzung von Oberbootsmann-Dienstposten, namentlich der Dienstposten ID ... (mit StBtSm Y) und ID ... (mit StBtSm X), übergangen worden sei, bedarf dies keiner Klärung, weil diese Soldaten nicht der Referenzgruppe angehören und Gegenstand des vorliegenden Verfahrens nur die mit dem Schreiben vom 29. September 2014 beantragte fiktive Versetzung ist. Sofern der Antragsteller - unter Verzicht auf seine Freistellung vom Dienst - auf einen "realen" Ober-

stabsfeldwebel-Dienstposten hätte versetzt werden wollen, hätte er sich um bestimmte konkrete Dienstposten bewerben und gegebenenfalls im Wege des Konkurrentenstreits gesondert Rechtsschutz suchen müssen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 29. Juni 2017 - 1 WB 11.16 - juris Rn. 62). Insoweit hätte sich der Antragsteller in der Tat entscheiden müssen, ob er seine Förderung auf der Grundlage des Referenzgruppenmodells (bei fortbestehender Freistellung) oder aber in der Konkurrenz um "reale" Dienstposten (unter Verzicht auf seine Freistellung vom Dienst) anstreben möchte. Beides zugleich ist nicht möglich; es wäre zudem eine gemäß § 46 Abs. 3 Satz 6 BPersVG und § 62 Abs. 3 Satz 1 SBG ebenfalls unzulässige Privilegierung eines Personalratsmitglieds.

Dr. Häußler

Dr. Frenz

Dr. Langer