

Sachgebiet:

BVerwGE: nein
Fachpresse: ja

Vorlagen, Anträge und Beschwerden nach der WBO in truppendienstl. Angelegenheiten

Rechtsquelle/n:

BPersVG § 46 Abs. 3 Satz 6
SBG § 51 Abs. 3 Satz 1

Titelzeile:

Referenzgruppe für vom Dienst freigestellte Soldaten

Stichworte:

Freistellung vom Dienst; Personalrat; Benachteiligungsverbot; fiktive Nachzeichnung des beruflichen Werdegangs; Referenzgruppenmodell der Bundeswehr.

Leitsatz:

Ein Verstoß gegen das personalvertretungsrechtliche Benachteiligungsverbot liegt nicht vor, wenn eine Referenzgruppe zur fiktiven Nachzeichnung des beruflichen Werdegangs eines freigestellten Personalratsmitglieds bei Erfüllung aller sonstigen Referenzkriterien auch auf Soldaten erstreckt wird, die gegenüber dem freigestellten Personalratsmitglied kein im wesentlichen gleiches Beurteilungsbild aufweisen, wenn dadurch dessen Rangplatz in der Referenzgruppe nicht berührt wird.

Beschluss des 1. Wehrdienstsenats vom 21. Juli 2016 - BVerwG 1 WB 8.16





BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 1 WB 8.16

In dem Wehrbeschwerdeverfahren

des Herrn Hauptmann ...,

...
...

- Bevollmächtigte:

...
...

hat der 1. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts durch

die Vorsitzende Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. von Heimburg,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Frenz,
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Langer,
den ehrenamtlichen Richter Oberst Schulz und
den ehrenamtlichen Richter Stabsveterinär Berger

am 21. Juli 2016 beschlossen:

Der Antrag wird zurückgewiesen.

G r ü n d e :

I

- 1 Der als Personalratsmitglied langjährig vom Dienst freigestellte Antragsteller begehrt die fiktive Versetzung auf einen nach Besoldungsgruppe A 12 bewerteten Dienstposten. Für den Fall, dass die Ablehnung dieses Antrages rechtswidrig war, beantragt er seine dienstrechtliche Schadlosstellung.
- 2 Der ... geborene Antragsteller ist Berufssoldat in der Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes. Seine Dienstzeit wird voraussichtlich mit Ablauf des 31. Juli ... enden. Er wurde am 21. November ... zum Hauptmann ernannt und mit Wirkung vom 1. Oktober ... in eine Planstelle der Besoldungsgruppe A 11 eingewiesen. Als Mitglied des Örtlichen Personalrats der ...schule ... ist er seit dem 15. Juni ... vom Dienst freigestellt.
- 3 Aufgrund seiner Freistellung wurde er am 13. Dezember ... unter Berücksichtigung seiner letzten planmäßigen Beurteilung zum Stichtag 31. März ... in einer Vergleichsgruppe (seit 2010: Referenzgruppe) gereiht, die der Amtschef des (damaligen) Personalamts der Bundeswehr am 14. Dezember ... billigte. In dieser aus insgesamt acht Offizieren der Ausbildungs- und Verwendungsreihe ... (...personal) bestehenden Gruppe nimmt der Antragsteller den zweiten Rangplatz ein.
- 4 Auf Antrag des Antragstellers führte das Personalamt der Bundeswehr mit ihm am 18. April 2007 ein Personalgespräch, um ihm das Ergebnis der Perspektivkonferenz für Offiziere des militärfachlichen Dienstes zu erläutern. Im Vermerk über das Personalgespräch heißt es unter anderem:

Hptm S. erfüllte die Bedarfsträgerforderung für die Perspektivkonferenz 2006 und wurde somit in der Konferenz betrachtet. Ihm wurde jedoch unabhängig von seiner Freistellung im Rahmen des Eignungs- und Leistungsvergleichs nur die Perspektive A11 zuerkannt. Dieses Ergebnis hat bis zur nächsten Perspektivkonferenz 2008 Gültigkeit.

Hptm S. ist jedoch aufgrund seiner Freistellung in einer Vergleichsgruppe gereiht. Dort nimmt er den zweiten Rang ein. Wenn mehr als ein Offizier dieser Vergleichsgruppe in eine A 12-Verwendung geführt werden, hat dies zur Folge, dass Hptm S. zeitgleich mit letzterem dieser beiden Offiziere in die Rotationsreihenfolge zur Einweisung in eine Planstelle der Besoldungsgruppe A 12 (OffzMilFD) aufgenommen wird.

- 5 Mit Schreiben an das Personalamt der Bundeswehr vom 3. November 2011 beantragte der Antragsteller seine Laufbahnnachzeichnung als freigestelltes Personalratsmitglied und seine Einweisung in eine Planstelle der Besoldungsgruppe A 12.
- 6 Den Antrag lehnte das Personalamt der Bundeswehr mit Bescheid vom 29. November 2011 ab. Zur Begründung führte es aus, dass sich der Antragsteller in seiner Vergleichsgruppe, die aus acht vergleichbaren Offizieren bestehe, auf Rangplatz 2 befinde. Da bisher erst ein Offizier aus dieser Vergleichsgruppe für eine Förderung auf einen A 12-dotierten Dienstposten ausgewählt worden sei, sei die fiktive Versetzung des Antragstellers auf einen Dienstposten der Dotierungshöhe A 12 derzeit noch nicht möglich.
- 7 Dagegen legte der Antragsteller unter dem 27. Dezember 2011 Beschwerde ein. Mit Schreiben vom 6. Dezember 2012 erhob er weitere Beschwerde und rügte, dass er bisher keine Entscheidung erhalten habe und seinem Antrag auf Anhörung der Vertrauensperson im Beschwerdeverfahren nicht entsprochen worden sei. Gegenüber dem Bundesministerium der Verteidigung - R II 2 - bekräftigte er mit Schreiben vom 16. Januar 2013, dass Gegenstand seines Antrags drei Aspekte seien: erstens die Einweisung in die Besoldungsgruppe A 12, zweitens, sofern erforderlich, die fiktive Versetzung auf einen nach Besoldungsgruppe A 12 bewerteten Dienstposten und drittens - sofern sich herausstelle, dass seine bisherige Behandlung während seiner Freistellung nicht rechtmäßig verlaufen sei - Schadloshaltung in dienst-, versorgungs- und besoldungsrechtlicher Hinsicht in vollem Umfang, auch rückwirkend, spätestens seit der Einweisung des Hauptmann H. (Rangplatz 5 der Vergleichsgruppe) in die Besoldungsgruppe A 12.

- 8 Mit Bescheid vom 18. Februar 2013 hob das Personalamt der Bundeswehr seinen Ablehnungsbescheid vom 29. November 2011 auf; es kündigte dem Antragsteller eine Neubescheidung des Antrags vom 3. November 2011 an.
- 9 Mit einem weiteren Bescheid vom 18. Februar 2013 lehnte das Personalamt der Bundeswehr den Antrag auf Nachzeichnung und auf Einweisung in die Besoldungsgruppe A 12 erneut ab. Gegen diese Entscheidung legte der Antragsteller mit Schreiben vom 20. März 2013 Beschwerde ein.
- 10 Das Bundesministerium der Verteidigung - R II 2 - wertete die weitere Beschwerde des Antragstellers vom 6. Dezember 2012 als Antrag auf Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts und legte den Antrag mit seiner Stellungnahme vom 12. April 2013 dem Senat zur Entscheidung vor (Verfahren BVerwG 1 WB 25.13). In diesem Verfahren hob das inzwischen zuständige Bundesamt für das Personalmanagement der Bundeswehr (im Folgenden: Bundesamt für das Personalmanagement) mit Verfügung vom 12. März 2014 den angefochtenen Bescheid vom 18. Februar 2013 auf; es kündigte dem Antragsteller eine Neubescheidung seines Antrags vom 3. November 2011 (in der Fassung des Antrags vom 16. Januar 2013) nach abschließender Beteiligung der Vertrauensperson der Offiziere an. Daraufhin erklärten die Verfahrensbeteiligten den Rechtsstreit insoweit übereinstimmend für erledigt.
- 11 Mit Beschluss vom 12. Mai 2014 (BVerwG 1 WB 25.13) hat der Senat den Rechtsstreit, soweit er die Einweisung des Antragstellers in eine Planstelle der Besoldungsgruppe A 12 sowie dessen Antrag auf Schadloshaltung in versorgungs- und besoldungsrechtlicher Hinsicht betrifft, wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs zu den Wehrdienstgerichten an das Verwaltungsgericht ... verwiesen. Im Übrigen hat er das Verfahren eingestellt und die dem Antragsteller im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht einschließlich der im vorgerichtlichen Verfahren erwachsenen notwendigen Aufwendungen zur Hälfte dem Bund auferlegt. Der verwiesene Teil des Streitgegenstandes ist beim Verwaltungsgericht ... unter dem Az.: ... anhängig. Dieses Verfahren ruht mit Rücksicht auf das vorliegende Wehrbeschwerdeverfahren.

- 12 Nachdem sich die zuständige Vertrauensperson unter dem 22. September 2014 zu der beabsichtigten Ablehnung des Antrags des Antragstellers geäußert hatte, lehnte das Bundesamt für das Personalmanagement mit Bescheid vom 14. Oktober 2014 den Antrag auf fiktive Versetzung auf einen nach Besoldungsgruppe A 12 bewerteten Dienstposten ab und erklärte, dass auch ein Anspruch des Antragstellers auf Schadlosstellung in dienstrechtlicher Hinsicht nicht bestehe.
- 13 Gegen diesen ihm am 5. November 2014 eröffneten Bescheid legte der Antragsteller unter dem 17. November 2014 Beschwerde ein. Am 9. Januar 2015 erhob er weitere Beschwerde. Die zuständige Vertrauensperson gab am 1. Dezember 2015 eine Stellungnahme ab und erklärte am 12. Januar 2016 gegenüber dem ...zentrum ..., dass sie auf eine Erörterung verzichte.
- 14 Die Beschwerde des Antragstellers wies das Bundesministerium der Verteidigung mit Bescheid vom 14. Januar 2016 zurück. Zur Begründung führte es unter Hinweis auf den Zentralerlass B-1336/2 "Förderung vom Dienst freigestellter Soldatinnen und Soldaten" im Wesentlichen aus, dass der Antragsteller in der für ihn gebildeten Referenzgruppe den zweiten Rangplatz einnehme. Da bislang erst ein Offizier aus der Gruppe auf einen nach Besoldungsgruppe A 12 bewerteten Dienstposten versetzt worden sei, habe der Antragsteller keinen Anspruch auf fiktive Versetzung auf den angestrebten höherwertigen Dienstposten. Soweit er die Zusammensetzung der Referenzgruppe infrage stelle, sei ihm entgegenzuhalten, dass die Referenzgruppe als truppendienstliche Maßnahme bestandskräftig geworden sei. Der Antragsteller sei am 18. April 2007 in einem Personalgespräch über die Referenzgruppe informiert worden. Die Monatsfrist zur Anfechtung der Referenzgruppe sei deshalb am 18. Mai 2007 abgelaufen. Darüber hinaus habe der Antragsteller sein Rügerecht bezüglich der Zusammensetzung der Referenzgruppe verwirkt.
- 15 Gegen diese ihm am 21. Januar 2016 eröffnete Entscheidung hat der Antragsteller am 18. Februar 2016 die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts beantragt. Den Antrag hat das Bundesministerium der Verteidigung - R II 2 - mit

seiner Stellungnahme vom 11. März 2016 dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

- 16 Zur Begründung seines Rechtsschutzbegehrens wiederholt und vertieft der Antragsteller sein Vorbringen aus dem Verfahren BVerwG 1 WB 25.13 und macht im Wesentlichen geltend:
- Die für ihn gebildete Referenzgruppe sei mit acht Personen zu klein. Erforderlich seien unter Einschluss der freigestellten Person insgesamt zehn Personen. Die Referenzgruppe sei erst im Jahr 2005 und damit zu spät gebildet worden. Er sei bereits seit Juni 2004 vom Dienst freigestellt. Bei den gereihten Offizieren in der Referenzgruppe liege kein im Wesentlichen gleiches Eignungs- und Leistungsbild vor, das aber Voraussetzung dafür sei, in die Referenzgruppe aufgenommen zu werden. Darüber hinaus sei die Änderung der Referenzgruppe geboten gewesen, weil Angehörige der Gruppe inzwischen aus dem Dienst der Bundeswehr ausgeschieden seien. Überdies habe man die Referenzgruppe nicht in der nach der Erlasslage erforderlichen Form dokumentiert. Der auf Rangplatz 5 gereichte Offizier sei bereits für die Einweisung in die Besoldungsgruppe A 12 ausgewählt worden. Das Rügerecht bezüglich der Zusammensetzung der Referenzgruppe sei nicht verwirkt.
- 17 Das Bundesministerium der Verteidigung beantragt,
- den Antrag zurückzuweisen.
- 18 Es verteidigt den Inhalt seines Beschwerdebescheids und bekräftigt seine Auffassung, dass der Antragsteller sein Recht, die Zusammensetzung der Referenzgruppe zu rügen, verwirkt habe.
- 19 Das Bundesministerium der Verteidigung hat dem Senat ein Exemplar der vom Amtschef des Personalamts der Bundeswehr am 14. Dezember 2005 gebilligten Referenzgruppe übermittelt, in der die Termine der förderlichen Verwendung und der Zurruesetzung der dort gereihten Offiziere eingetragen sind. Daraus ergibt sich, dass der auf Rangplatz 5 gereichte Offizier Hauptmann H. ab 1. Januar ... für eine Verwendung in der Dotierungsebene A 12 ausgewählt und

zum 1. Juni ... in eine Planstelle der Besoldungsgruppe A 12 eingewiesen worden ist. Sein Dienstzeitende war am 31. März Von den übrigen sechs Offizieren (außer dem Antragsteller) sind inzwischen fünf Offiziere wegen des Endes ihrer Dienstzeit aus der Bundeswehr ausgeschieden. Der auf Rangplatz 1 platzierte Offizier hatte am 30. April ... sein Dienstzeitende. Der auf Rangplatz 4 platzierte Offizier wird voraussichtlich zum 30. Juni ... in den Ruhestand treten.

- 20 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen. Die Beschwerdeakte des Bundesministeriums der Verteidigung - R II 2 - ..., die Personalgrundakte des Antragstellers (Hauptteile A bis D) und die Gerichtsakte BVerwG 1 WB 25.13 haben dem Senat bei der Beratung vorgelegen.

II

- 21 Der Antragsteller hat - nach seiner weiteren (Untätigkeits)-Beschwerde vom 9. Januar 2015, die gemäß § 21 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 17 Abs. 1 Satz 2 WBO bereits als Antrag auf gerichtliche Entscheidung zu werten war - im Schriftsatz seiner Bevollmächtigten vom 18. Februar 2016 lediglich den prozessualen Antrag auf gerichtliche Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts gestellt, ohne einen konkreten Sachantrag zu formulieren. Unter Berücksichtigung seines Antragsschreibens vom 16. Januar 2013 ist sein Rechtsschutzbegehren sach- und interessengerecht dahin auszulegen, dass er beantragt, den Bescheid des Bundesamts für das Personalmanagement der Bundeswehr (im Folgenden: Bundesamt für das Personalmanagement) vom 14. Oktober 2014 und den ausdrücklich in das Verfahren einbezogenen Beschwerdebescheid des Bundesministeriums der Verteidigung vom 14. Januar 2016 aufzuheben und das Bundesministerium der Verteidigung zu verpflichten, ihn fiktiv auf einen nach Besoldungsgruppe A 12 bewerteten Dienstposten zu versetzen und ihn in dienstrechtlicher Hinsicht in vollem Umfang, auch rückwirkend (spätestens seit der Einweisung des Hauptmann H. in eine Planstelle der Besoldungsgruppe A 12), schadlos zu stellen.

- 22 Die im Schreiben vom 16. Januar 2013 beantragte Schadlosstellung in versorgungs- und besoldungsrechtlicher Hinsicht ist ebenso wie die Einweisung des Antragstellers in eine Planstelle der Besoldungsgruppe A 12 nicht mehr Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens; diese Rechtsschutzanträge sind aufgrund der Verweisung durch den Senatsbeschluss vom 12. Mai 2014 - BVerwG 1 WB 25.13 - beim Verwaltungsgericht ... unter dem Az.: ... anhängig.
- 23 1. Mit dem dargelegten Inhalt ist der Antrag zulässig.
- 24 2. Der Antrag ist in der Sache jedoch unbegründet.
- 25 Die angefochtenen Bescheide des Bundesamts für das Personalmanagement und des Bundesministeriums der Verteidigung sind rechtmäßig und verletzen den Antragsteller nicht in seinen Rechten. Dieser hat keinen Anspruch auf fiktive Versetzung auf einen nach Besoldungsgruppe A 12 bewerteten Dienstposten. Deshalb besteht insoweit auch kein Anspruch auf dienstrechtliche Schadlosstellung.
- 26 a) Nach § 46 Abs. 3 Satz 6 BPersVG, der gemäß § 51 Abs. 3 Satz 1 SBG auch für Soldaten gilt, darf die Freistellung eines Soldaten von seiner dienstlichen Tätigkeit wegen der Mitgliedschaft in der Personalvertretung nicht zu einer Beeinträchtigung seines beruflichen Werdegangs führen. Damit soll insbesondere gewährleistet werden, dass Soldaten nicht von einer Mitarbeit im Personalrat, insbesondere von einer Freistellung vom Dienst, aus Sorge um berufliche Perspektiven Abstand nehmen.
- 27 Auf welche Weise der Dienstherr dies sicherstellt, ist grundsätzlich ihm überlassen (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 11. Dezember 2014 - 1 WB 6.13 - Buchholz 449.7 § 51 SBG Nr. 1 Rn. 30 m.w.N. und vom 23. Dezember 2015 - 2 B 40.14 - juris Rn. 11 m.w.N.). Er hat dazu eine Prognose darüber zu erstellen, wie der berufliche Werdegang ohne die Freistellung verlaufen wäre (vgl. - auch zum Folgenden - BVerwG, Beschlüsse vom 11. Dezember 2014 - 1 WB 6.13 - Buchholz 449.7 § 51 SBG Nr. 1 Rn. 30 m.w.N. und vom 20. April 2016 - 1 WB 41.15 - juris Rn. 33 ff.). Dies wiederum hängt von der voraussichtlichen Ent-

wicklung der dienstlichen Leistungen ab (fiktive Nachzeichnung der Laufbahn). Der Dienstherr hat einen Einschätzungsspielraum hinsichtlich der Wahl der Methode und des Verfahrens zur Erstellung der Prognose. Das Regelungskonzept für die fiktive Nachzeichnung ist geeignet, eine Benachteiligung zu vermeiden, wenn seine Anwendung zu nachvollziehbaren, weil durch Tatsachen fundierten Aussagen über die fiktive Leistungsentwicklung und den sich daraus ergebenden Werdegang führt.

- 28 Danach wendet das Bundesministerium der Verteidigung ein grundsätzlich nicht zu beanstandendes Verfahren der Laufbahnnachzeichnung an:
- 29 In Umsetzung der gesetzlichen Verpflichtung aus § 51 Abs. 3 Satz 1 SBG in Verbindung mit § 46 Abs. 3 Satz 6 BPersVG hat das Bundesministerium der Verteidigung das Verfahren der fiktiven Laufbahnnachzeichnung in der "Richtlinie für die Förderung vom Dienst freigestellter Soldatinnen und Soldaten" vom 11. Juli 2002 (Bundesministerium der Verteidigung - PSZ I 1 - Az.: 16-32-00/28; im Folgenden: Richtlinie) und in den später hierzu ergangenen "Erläuterungen zur Erlasslage" vom 9. August 2010 (im Folgenden: Erläuterungen) geregelt. Das dort und auch nach Überführung in den Zentralerlass B-1336/2 "Förderung vom Dienst freigestellter Soldatinnen und Soldaten" weiter vorgesehene Referenzgruppenmodell ist rechtlich nicht zu beanstanden (BVerwG, Beschlüsse vom 11. Dezember 2014 - 1 WB 6.13 - Buchholz 449.7 § 51 SBG Nr. 1 Rn. 32 ff. und vom 20. April 2016 - 1 WB 41.15 - juris Rn. 35).
- 30 Gemäß Nr. 3 der Richtlinie sind freigestellte Soldatinnen und Soldaten regelmäßig in die Planungsvorgänge für die Dienstpostenbesetzung einzubeziehen und während ihrer Freistellung (ggf. zunächst fiktiv) eignungs-, befähigungs- und leistungsgerecht auf einen höherbewerteten Dienstposten zu versetzen. Der Zeitpunkt der fiktiven Versetzung auf einen höher bewerteten Dienstposten ist durch die personalbearbeitende Stelle festzustellen und schriftlich mitzuteilen. Zur Vorbereitung der Einzelfallentscheidung sind unter anderem das Beurteilungsbild vor der Freistellung, das Ergebnis des Vergleichs mit Angehörigen der gleichen Ausbildungs- und Verwendungsreihe (bzw. des gleichen Werdegangs oder Verwendungsbereichs), die im gleichen Jahr wie die freigestellte

Soldatin oder der freigestellte Soldat auf einen nach der Verwendungsebene vergleichbaren Dienstposten versetzt worden sind, sowie die allgemein üblichen Beförderungslaufzeiten in der jeweiligen Laufbahn und im jeweiligen militärischen Organisationsbereich heranzuziehen (Nr. 6 der Richtlinie). Gemäß Nr. 7 Satz 2 der Richtlinie ist grundsätzlich sicherzustellen, dass auch freigestellte Soldatinnen und Soldaten bei nachgewiesener Eignung, Befähigung und Leistung den Dienstgrad erreichen, den sie bei regelmäßiger Laufbahngestaltung und vorhandenem STAN-Dienstposten bzw. verfügbarer Planstelle erreicht hätten. Die Einzelheiten des Verfahrens, insbesondere des in Nr. 6.2 der Richtlinie vorgesehenen Vergleichs, sind in den "Erläuterungen zur Erlasslage" vom 9. August 2010, die die Verwaltungspraxis in Anwendung der Richtlinie zusammenfassen, schriftlich fixiert.

- 31 Für die Größe der Referenzgruppe ist in Nr. 2.1 Abs. 1 der Erläuterungen bestimmt, dass sie neben der freigestellten Person mindestens weitere neun nicht freigestellte Soldatinnen oder Soldaten umfassen solle. Eine Unterschreitung dieser zahlenmäßigen Größenordnung der Referenzgruppe komme nur in begründeten Ausnahmefällen in Betracht. Die Referenzgruppe müsse (einschließlich der freigestellten Person) mindestens fünf Soldatinnen oder Soldaten umfassen. Im Übrigen ist an dieser Stelle geregelt, dass die Referenzgruppe durch die Leitung der jeweiligen zentralen personalbearbeitenden Stelle zu billigen ist.
- 32 Als wesentliche Kriterien für die Bildung der Referenzgruppe sind nach Nr. 2.1 Abs. 2 der Erläuterungen festgelegt:
- wesentlich gleiches Eignungs- und Leistungsbild zu Beginn der Freistellung,
 - Versetzung im gleichen Jahr wie die freigestellte Person auf einen nach der Verwendungsebene vergleichbaren Dienstposten und
 - möglichst gleiche AVR/gleicher Werdegang/Verwendungsbereich/Kompetenzbereich.
- 33 In Abs. 4 heißt es:

"Die Angehörigen der gebildeten Referenzgruppe sind entsprechend ihres Eignungs-, Befähigungs- und Leistungsbildes, einschließlich der freigestellten Person, zu

reihen. Die Zusammensetzung der Referenzgruppe wird während der Freistellung nicht geändert. Unabhängig von der Reihenfolge erfolgter Förderungen innerhalb der Referenzgruppe behält der oder die Betroffene die ursprüngliche Position in dieser Gruppe bei. Ausnahmsweise kann nach Billigung der Leitung der jeweiligen (Z)PersBSt die Zusammensetzung der Referenzgruppe geändert werden, wenn dafür besondere dienstliche Gründe vorliegen. ..."

- 34 Nach Nr. 2.2.1 gilt für Verwendungsentscheidungen zur Umsetzung des Vergleichs Folgendes:

"Erreicht die Anzahl der Auswahlentscheidungen von Angehörigen der Referenzgruppe für einen höher dotierten Dienstposten den Rangplatz der freigestellten Person innerhalb der Referenzgruppe, ist diese nach den Regelungen des Bezuges 1 fiktiv auf einen entsprechend dotierten Dienstposten zu versetzen, sobald ein nächstes (nicht freigestelltes) Mitglied der Referenzgruppe für die Auswahl heransteht und soweit keine Hinderungsgründe in der freigestellten Person vorliegen."

- 35 Damit stimmen die entsprechenden Regelungen in Nr. 501, Nr. 502 und Nr. 601 des Zentralerlasses B-1336/2 überein.
- 36 Gegen dieses Verfahren der Laufbahnnachzeichnung bestehen keine rechtlichen Bedenken. In der Rechtsprechung ist allgemein anerkannt, dass die Bildung einer Vergleichs- oder Referenzgruppe ein geeignetes Mittel zur fiktiven Nachzeichnung darstellt (vgl. BVerwG, Beschluss vom 11. Dezember 2014 - 1 WB 6.13 - Buchholz 449.7 § 51 SGB Nr. 1 Rn. 35 unter Hinweis auf Beschluss vom 30. Juni 2014 - 2 B 11.14 - Buchholz § 449 § 3 SGB Nr. 76 Rn. 14). Übereinstimmend mit dem 2. Revisionssenat ist ferner davon auszugehen, dass das vom Bundesministerium der Verteidigung gewählte Referenzgruppenmodell grundsätzlich geeignet ist, der Zielstellung des Behinderungsverbotes Rechnung zu tragen, weil es eine Fortentwicklung der Leistung entsprechend dem durchschnittlichen Werdegang einer Gruppe vergleichbarer Soldaten unterstellt (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 11. Dezember 2014 - 1 WB 6.13 - Buchholz 449.7 § 51 SGB Nr. 1 Rn. 35 und vom 25. Juni 2014 - 2 B 1.13 - Buchholz 449 § 3 SGB Nr. 74 Rn. 23). Es schreibt nicht die letzte, aufgrund tatsächlicher dienstlicher Tätigkeit erstellte Beurteilung fort, sondern beruht auf der Annahme

einer dynamischen Fortentwicklung der beruflichen Leistungen, die sich aus dem Werdegang der Referenzgruppe ergibt; es vermeidet auf diese Weise die Schwierigkeiten, die sich bei einer lang andauernden Freistellung daraus ergeben, dass die letzte dienstliche Beurteilung immer mehr an tatsächlicher Aussagekraft verliert (BVerwG, Beschluss vom 11. Dezember 2014 - 1 WB 6.13 - Buchholz 449.7 § 51 SGB Nr. 1 Rn. 35 m.w.N.).

- 37 b) Die Ablehnung des Antrags auf fiktive Versetzung des Antragstellers ist danach rechtlich nicht zu beanstanden. Insbesondere wurde die Referenzgruppe im Ergebnis fehlerfrei gebildet.
- 38 aa) Die für den Antragsteller gebildete Referenzgruppe umfasst acht Offiziere. Im Zeitpunkt ihrer Erstellung im Dezember 2005 existierte noch keine Erlassregelung des Bundesministeriums der Verteidigung zur Mindestgröße der Referenzgruppe. Für das Verpflichtungsbegehren des Antragstellers ist allerdings auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Entscheidung des Senats abzustellen. Hiernach entspricht die Referenzgruppe nicht der in Nr. 2.1 Abs. 1 der Erläuterungen und in Nr. 501 Zentralerlass B-1336/2 vorgesehenen Sollstärke von mindestens weiteren neun nicht freigestellten Soldatinnen und Soldaten neben der freigestellten Person. Dieses Erfordernis einer hinreichenden Mindestgröße der Referenzgruppe stellt ein rechtliches Gebot dar, wenn sich der Dienstherr - wie hier - zum Zweck der Nachzeichnung für das Referenzgruppenmodell entscheidet (BVerwG, Beschluss vom 11. Dezember 2014 - 1 WB 6.13 - Buchholz 449.7 § 51 SGB Nr. 1 Rn. 41). Nach Nr. 2.1 Abs. 1 Satz 3 und Satz 5 der Erläuterungen und Nr. 501 Satz 3 und Satz 5 Zentralerlass B-1336/2 ist jedoch die Unterschreitung der Sollstärke der Gruppe auf insgesamt mindestens fünf Soldatinnen und Soldaten zulässig, wenn ein begründeter Ausnahmefall vorliegt.
- 39 Diese Voraussetzung ist hier erfüllt. Mit Schreiben vom 31. März 2014 hat das Bundesamt für das Personalmanagement der für den Antragsteller zuständigen Vertrauensperson mitgeteilt, dass für die Referenzgruppe "alle vergleichbaren Offiziere der AVR ... herangezogen" worden seien, die die Anforderungen in Nr. 6 der Richtlinie erfüllt hätten. Mit diesen Offizieren war die reguläre Sollstär-

ke von zehn Personen nicht zu erreichen. Entgegenstehendes haben die Vertrauensperson in ihrer Stellungnahme vom 1. Dezember 2015 und der Antragsteller nicht vorgetragen. Die Vertrauensperson hat in ihrer Äußerung vom 1. Dezember 2015, auf die sich der Antragsteller im Schreiben seiner Bevollmächtigten vom 18. April 2016 ausdrücklich bezieht, vielmehr ausgeführt, dass die (hinsichtlich der Sollstärke von zehn Personen) gegebenen Einschränkungen der Referenzgruppe "begründet" seien; sie hat dazu lediglich pauschal gerügt, dass die Begründung der Einschränkungen nicht bedeute, "dass die Referenzgruppe richtig und den Vorgaben entsprechend ist". Mit dieser Rüge wird verkannt, dass die Erläuterungen und der Zentralerlass B-1336/2 eine Unterschreitung der Sollstärke auf insgesamt mindestens fünf Personen explizit zulassen. Eine substantielle Rüge hätte vorausgesetzt, dass der Antragsteller geltend macht, dass es eine größere Zahl an Offizieren in der gleichen Ausbildungs- und Verwendungsreihe ... gegeben habe, die die sonstigen Anforderungen der Erlasslage erfüllt und eine Unterschreitung der Sollstärke von zehn Personen entbehrlich gemacht hätten. Derartiges hat er indessen nicht vorgetragen.

- 40 Die Referenzgruppe mit acht Offizieren übersteigt die unabdingbare Mindestzahl von fünf vergleichbaren Offizieren unter Einschluss des Antragstellers deutlich.
- 41 bb) Alle acht gereihten Offiziere gehören der gleichen Ausbildungs- und Verwendungsreihe (...) an. Nach der dem Senat vorgelegten Erläuterungsübersicht zur Referenzgruppenbildung wurden sie sämtlich im Jahr 2002 (zum 1. Oktober) erstmals auf einen Dienstposten der Besoldungsgruppe A 11 versetzt.
- 42 cc) Die gereihten Offiziere wiesen zu Beginn der Freistellung des Antragstellers im Jahr 2004 in ihren planmäßigen Beurteilungen zum 31. März 2004 (teilweise auch zum 31. März 2001/31. März 2003) allerdings nicht im Sinne der Nr. 2.1 Abs. 2 der Erläuterungen und der Nr. 502 Zentralerlass B-1336/2 ein im Wesentlichen gleiches Eignungs- und Leistungsbild auf. Als Durchschnittswert der gebundenen Beschreibung der Leistungen im Beurteilungszeitraum erzielte der erstplatzierte Offizier 6,38, der letztplatzierte Offizier hingegen 5,44. Die Diffe-

renz von 0,94 lässt sich nicht mehr mit dem Kriterium eines "im Wesentlichen gleichen" Beurteilungsbildes in Einklang bringen. Zu der damals geltenden Fassung der Beurteilungsrichtlinien für Soldaten (ZDv 20/6) hat der Senat entschieden, dass Unterschiede im Beurteilungsbild von bis zu einem halben Wertungspunkt (0,5) noch als geringfügig anzusehen seien und dass diese Leistungsbilder der betroffenen Soldaten als "im Wesentlichen gleich" bewertet werden könnten (BVerwG, Beschlüsse vom 9. Dezember 1999 - 1 WB 46.99 - BA S. 8 und vom 25. September 2002 - 1 WB 27.02 - BVerwGE 117, 81 <84>).

- 43 Gleichwohl verletzt die Differenz in den Durchschnittswerten (ebenso wie die Differenz in den Aussagen zur Eignung und Befähigung zwischen EDEE bei dem erstplatzierten Offizier und DDCD bei dem letztplatzierten Offizier) nicht die Rechte des Antragstellers aus § 46 Abs. 3 Satz 6 BPersVG in Verbindung mit Nr. 502 Zentralerlass B-1336/2.
- 44 Bei der Bildung der Referenzgruppe befindet sich die personalbearbeitende Stelle in einem Zielkonflikt, in dem sie die vier unterschiedlichen Kriterien aus Nr. 501 Satz 2, Satz 5 und Nr. 502 Satz 1 Zentralerlass B-1336/2 auf einen "Nenner" der vom Erlassgeber angestrebten Referenz der Fortentwicklung der beruflichen Leistungen der zu reihenden Soldaten bringen muss, ohne dabei inadäquate Einbußen der Referenzwirkung dieser Kriterien auszulösen.
- 45 Das Kriterium der gleichen Ausbildungs- und Verwendungsreihe ist nach Nr. 6.2 der Richtlinie ("gleiche Ausbildungs- und Verwendungsreihe") und nach Nr. 502 Zentralerlass B-1336/2 ("möglichst gleiche AVR") weitgehend zwingend; es soll - anders als das Kriterium der Versetzung im gleichen Jahr auf einen nach der Verwendungsebene vergleichbaren Dienstposten - nicht durch die Einbeziehung anderer Ausbildungs- und Verwendungsreihen zu Lasten der materiellen Vergleichbarkeit der Soldaten aufgeweicht werden. Auch bei dem Kriterium der Sollstärke der Referenzgruppe ist durch die Regelung der unabdingbaren Mindestgröße von fünf Soldatinnen und Soldaten die Dispositionsfreiheit der personalbearbeitenden Stelle entscheidend eingeschränkt. Die personalbearbeitende Stelle muss demnach bei der Bildung einer Referenzgruppe jeweils abwägen, wie sie die zwingenden mit den variationsfähigen Reihungskriterien in

Einklang bringt. Wenn sie - wie hier - bei der Bildung der Referenzgruppe die Kriterien der gleichen Ausbildungs- und Verwendungsreihe und der unabdingbaren Mindestgröße von fünf Personen und außerdem das Kriterium der Versetzung im gleichen Jahr auf einen nach der Verwendungsebene vergleichbaren Dienstposten im Sinne der Erlasslage uneingeschränkt erfüllt, kann sie bei der Reihung auch Soldaten mit einem nicht mehr geringfügig unterschiedlichen Beurteilungsbild berücksichtigen, solange dadurch keine benachteiligenden Wirkungen auf den Rangplatz des freigestellten Soldaten in der Referenzgruppe auftreten.

- 46 Dieser Anforderung entspricht die strittige Referenzgruppe. Bis auf den letztplatzierten Offizier mit einem Durchschnittswert 5,44 sind alle in der gebilligten Referenzgruppe enthaltenen Offiziere in ihren 2004 aktuellsten planmäßigen Beurteilungen mit nur geringfügigen Unterschieden im Durchschnittswert (von 6,38 bis 6,00) beurteilt worden. Zwischen dem Antragsteller als Zweitplatziertem (Durchschnittswert 6,31, Eignungsbewertung: EDDE, Förderungswürdigkeit: E) und dem erstplatzierten Offizier (Durchschnittswert 6,38, Eignungsbewertung: EDEE, Förderungswürdigkeit: E) sind die Differenzen noch geringer. Der Rangplatz 2 des Antragstellers wird daher nicht dadurch tangiert, dass ein Offizier mit einem nicht nur geringfügig schlechteren Beurteilungsbild in die Referenzgruppe aufgenommen und auf einem Rangplatz *nach* dem Antragsteller eingestuft wurde. In der vom Amtschef gebilligten Referenzgruppe ist *nicht* der in der Erläuterungsübersicht an drittletzter Stelle aufgeführte Offizier enthalten, der den Beförderungstermin für den Dienstgrad Hauptmann, Besoldungsgruppe A 11, am 25. November 2002 (und zum 31. März 2004 den Durchschnittswert 5,88) hatte, weil er nach Auskunft des Bundesministeriums der Verteidigung nicht der Ausbildungs- und Verwendungsreihe ... (...personal) angehörte, sondern der Ausbildungs- und Verwendungsreihe ... (...).

- 47 Innerhalb der danach beanstandungsfrei zustande gekommenen Referenzgruppe belegt der Antragsteller Rangplatz 2, weil der vor ihm gereichte Offizier einen geringfügig besseren Durchschnittswert und eine geringfügig bessere Bewertung der Eignung und Befähigung aufwies. Da bisher nur ein Angehöriger der Referenzgruppe förderlich verwendet worden ist, kann der Antragsteller mit dem zweiten Rangplatz noch nicht fiktiv auf einen nach Besoldungsgruppe A 12 bewerteten Dienstposten versetzt werden.
- 48 dd) Die weiteren Einwendungen des Antragstellers gegen die Referenzgruppe greifen nicht durch:
- 49 Die Referenzgruppe ist nicht bereits deshalb fehlerhaft, weil sie nicht zum Zeitpunkt der ersten Freistellung des Antragstellers im Juni 2004, sondern erst im Dezember 2005 gebildet wurde. Zwar sieht Nr. 2.1 Abs. 1 der Erläuterungen ebenso wie Nr. 501 Abs. 1 Zentralerlass B-1336/2 die Bildung der Vergleichsgruppe bei Freistellung des betroffenen Soldaten vor, also zu Beginn der Freistellung. Diese Regelung schließt aber nicht aus, dass die zunächst versäumte Bildung der Referenzgruppe nachgeholt und das Versäumnis damit behoben werden kann. Voraussetzung ist allerdings bei einer späteren Bildung der Referenzgruppe, dass diese nach den zum Zeitpunkt der ersten Freistellung geltenden Kriterien zusammengestellt wird (BVerwG, Beschluss vom 20. April 2016 - 1 WB 41.15 - juris Rn. 43). Insoweit weist die strittige Referenzgruppe keine Mängel auf, weil in ihr nur die planmäßigen Beurteilungen zum Stichtag 31. März 2004 (bzw. zum 31. März 2001 oder 31. März 2003) und die beiden jeweils vorangegangenen Beurteilungsdurchgänge für die gereichten Offiziere berücksichtigt worden sind.
- 50 Entgegen der Auffassung des Antragstellers war eine nachträgliche Änderung der Referenzgruppe nicht geboten. Die von der Vertrauensperson im Verfahren BVerwG 1 WB 25.13 behauptete Strukturänderung der Gruppe durch Wechsel der gereichten Offiziere in andere Teilstreitkräfte hat sich nicht bestätigt. Von den gereichten Offizieren hat nach der vom Bundesministerium der Verteidigung am 30. Juni 2016 vorgelegten Übersicht kein einziger Offizier die Teilstreitkraft gewechselt. Die Übersicht lässt stattdessen erkennen, dass mehrere der gereich-

ten Soldaten wegen Dienstzeitendes aus dem aktiven Dienst und damit aus der Möglichkeit, förderlich verwendet zu werden, ausgeschieden sind. Dieser Umstand begründet jedoch nicht eine nachträgliche Fehlerhaftigkeit der Referenzgruppe (vgl. - auch zum Folgenden - BVerwG, Beschluss vom 20. April 2016 - 1 WB 41.15 - juris Rn. 45).

- 51 Die einmal gebildete und gebilligte Referenzgruppe bleibt statisch und kann nicht aktualisiert oder neu zusammengesetzt werden. Aus dieser statischen Rechtsnatur folgt, dass ein freigestellter Soldat ohne eigene Einflussmöglichkeiten keine Förderung mehr erfahren kann, wenn die anderen Mitglieder der einmal gebildeten Referenzgruppe z.B. wegen Versetzung oder Eintritts in den Ruhestand nicht mehr gefördert werden können. Wählt der Dienstherr zur Sicherung des Förderungsanspruchs freigestellter Personalratsmitglieder das Referenzgruppenmodell, so ist deren Chance auf berufliches Fortkommen unauflöslich gekoppelt an den - von dem freigestellten Soldaten nicht beeinflussbaren - beruflichen Werdegang der Mitglieder der Referenzgruppe. Der Dienstherr verstößt insoweit gegen das personalvertretungsrechtliche Benachteiligungsverbot, wenn er eine Referenzgruppe so zusammenstellt, dass ein Fortkommen des freigestellten Personalratsmitglieds von vornherein ausgeschlossen ist (BVerwG, Beschlüsse vom 11. Dezember 2014 - 1 WB 6.13 - Buchholz 449.7 § 51 SGB Nr. 1 Rn. 40 und vom 30. Juni 2014 - 2 B 11.14 - Buchholz 449 § 3 SGB Nr. 76 Rn. 15 f.). Das war hier aber nicht der Fall. Zwei der gereihten Offiziere sind erst 2013, der auf Rangplatz 1 gereichte Offizier ist zum 30. April 2016 in den Ruhestand getreten. Das auf Rangplatz 4 gereichte Mitglied der Referenzgruppe wird erst zum 30. Juni 2019 aus dem aktiven Dienst der Bundeswehr ausscheiden, sodass die Möglichkeit für den Antragsteller, dass ein zweites Gruppenmitglied auf einen höherwertigen Dienstposten versetzt wird, mehrfach gegeben war und auch jetzt noch grundsätzlich besteht.
- 52 Die Referenzgruppenbildung wurde ausreichend dokumentiert. Unter dem 13. Dezember 2005 stellte das Personalamt der Bundeswehr die damals noch als Vergleichsgruppe bezeichnete Reihung zusammen und legte sie dem Amtschef zur Billigung vor, die ausweislich der vorgelegten Akten am 14. Dezember 2005 erfolgte. Weitere Dokumentationspflichten waren nicht einzuhalten. Nach

Nr. 2.3 der Erläuterungen und Nr. 605 Zentralerlass B-1336/2 unterliegen lediglich die Bildung einer Referenzgruppe, deren Änderung und die in Bezug auf die Angehörigen der Referenzgruppen getroffenen personellen Entscheidungen einer Dokumentationspflicht. Die Bildung der Referenzgruppe ist dokumentiert. Eine Änderung der Referenzgruppe hat nicht stattgefunden und war - wie dargelegt - auch nicht erforderlich. Hinsichtlich der Einweisung des Hauptmanns H. in die Besoldungsgruppe A 12 liegt zwar ein Dokumentationsfehler vor, der sich im vorliegenden Verfahren jedoch nicht zu Lasten des Antragstellers ausgewirkt hat, weil dem Antragsteller diese Einweisung spätestens seit dem Bescheid des Personalamts der Bundeswehr vom 29. November 2011 bekannt war.

- 53 Da die Referenzgruppe rechtsfehlerfrei gebildet wurde, bedarf es keiner Entscheidung, ob die Erstellung der Referenzgruppe für den betroffenen Soldaten eine beschwerdefähige und anfechtbare dienstliche Maßnahme im Sinne des § 17 Abs. 3 Satz 1 WBO ist (vgl. dazu BVerwG, Beschluss vom 11. Dezember 2014 - 1 WB 6.13 - Buchholz 449.7 § 51 SGB Nr. 1 Rn. 45 ff.), die hier dem Antragsteller gegenüber bestandskräftig geworden ist, oder ob der Antragsteller - wie das Bundesministerium der Verteidigung unter Hinweis auf das Personalgespräch vom 18. April 2007 geltend macht - ein entsprechendes Rügerecht verwirkt hat.
- 54 Dazu gibt der Senat lediglich zu erwägen, dass die Annahme der Verwirkung des Rügerechts wohl nur dann in Betracht kommt, wenn sich der freigestellte Soldat nach eingehender Information durch die personalbearbeitende Stelle und in Kenntnis aller Umstände mit der Bildung der Referenzgruppe (hinsichtlich des Zeitpunkts, der einbezogenen Soldaten und der Reihung der Soldaten) einverstanden erklärt und keinen zeitnahen Rechtsbehelf erhoben hat (BVerwG, Beschluss vom 6. Juni 2014 - 2 B 75.13 - Buchholz 449 § 3 SGB Nr. 73 Rn. 16). Es könnte zweifelhaft sein, ob im Fall des Antragstellers diese Voraussetzungen erfüllt sind, weil ihm im Personalgespräch am 18. April 2007 nur mitgeteilt worden ist, dass er "aufgrund seiner Freistellung in einer Vergleichsgruppe gereiht" worden sei und "dort den zweiten Rang" einnehme; ihm wurde aber weder der Zeitpunkt der Referenzgruppenbildung noch deren Zusammensetzung oder deren Größe mitgeteilt.

- 55 Sofern der Antragsteller mit seinem Vortrag zur ihm vorgezogenen Einweisung des Hauptmann H. in die Besoldungsgruppe A 12 rügen wollte, die förderliche Verwendung dieses Offiziers sei rechtsfehlerhaft erfolgt, hätte er dies innerhalb der Monatsfrist des § 6 Abs. 1 WBO seit Kenntniserlangung der Förderung konkret geltend machen müssen. Der Senat weist insoweit darauf hin, dass die Versetzung auf den höher bewerteten Dienstposten und die nachfolgende Einweisung in die höhere Besoldungsgruppe von dem im Zeitpunkt der Förderung belegten Eignungs- und Leistungsbild abhängen, im Fall des Hauptmann H. also von dessen Beurteilungsbild Ende des Jahres 2008. Der erreichte Rangplatz in der Referenzgruppe hat bei den Auswahlentscheidungen bezüglich der nicht freigestellten Soldaten keine Bindungswirkung für die Reihenfolge der Förderung.
- 56 3. Da das Verpflichtungsbegehren des Antragstellers ohne Erfolg bleibt, ist auch sein Begehren auf Schadlosstellung unbegründet.

Dr. von Heimburg

Dr. Frenz

Dr. Langer