



# BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

## BESCHLUSS

BVerwG 1 WB 11.16

In dem Wehrbeschwerdeverfahren

des Herrn Stabsfeldwebel a.D. ...,

- Bevollmächtigter:

hat der 1. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts durch

den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Häußler,  
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Langer,  
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Eppelt,  
den ehrenamtlichen Richter Oberstleutnant Weckbach und  
den ehrenamtlichen Richter Oberstabsfeldwebel Graf

am 29. Juni 2017 beschlossen:

Der Antrag wird zurückgewiesen.



G r ü n d e :

I

- 1 Der Rechtsstreit betrifft die Bildung einer Referenzgruppe für einen inzwischen in den Ruhestand versetzten Soldaten, der zuvor langjährig als Personalratsmitglied vom Dienst freigestellt war, sowie dessen fiktive Versetzung auf einen höherwertigen Dienstposten.
- 2 ...
- 3 Die letzte planmäßige dienstliche Beurteilung des Antragstellers wurde am 20. September 2005 zum Vorlagetermin 31. März 2005 erstellt; dabei wurden seine Leistungen im Beurteilungszeitraum nach dem damaligen Beurteilungssystem mit einem Durchschnittswert von 6,063, die Eignung und Befähigung mit "EDDE" und die Förderungswürdigkeit mit der Stufe "D" bewertet.
- 4 Unter dem 16. September 2009 erstellte die damalige Stammdienststelle der Bundeswehr im Hinblick auf die Freistellung des Antragstellers erstmals eine Referenzgruppe (Vergleichsgruppe), die aus fünf Soldaten bestand und in der der Antragsteller den dritten Rangplatz einnahm.
- 5 Mit Schreiben vom 5. Mai 2011 beantragte der Antragsteller seine Einweisung in die Besoldungsgruppe A 9 mZ (Oberstabsfeldwebel), seine Schadlosstellung in dienst-, versorgungs- und besoldungsrechtlicher Hinsicht sowie, soweit erforderlich, seine fiktive Versetzung auf einen nach Besoldungsgruppe A 9 mZ bewerteten Dienstposten. Die Stammdienststelle der Bundeswehr lehnte diese Anträge mit Bescheid vom 13. Juli 2011 ab. Die hiergegen gerichtete Beschwerde des Antragstellers wurde mit Bescheid vom 10. November 2011 zurückgewiesen. In einem anschließend geführten verwaltungsgerichtlichen Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ... erklärte das mittlerweile zuständige Bundesamt für das Personalmanagement der Bundeswehr (im Folgenden: Bundesamt für das Personalmanagement), den Bescheid vom 13. Juli 2011 in der Gestalt des Beschwerdebescheids vom 10. November 2011 aufzuheben. Das

verwaltungsgerichtliche Verfahren wurde daraufhin übereinstimmend für erledigt erklärt.

- 6 Unter dem 11. Februar 2014 wurde für den Antragsteller eine neue (zweite) Referenzgruppe gebildet, die am 25. Februar 2014 vom Abteilungsleiter IV im Bundesamt für das Personalmanagement gebilligt wurde. Die Referenzgruppe bestand aus zwölf Soldaten, wobei der Antragsteller den Rangplatz 7 einnahm.
- 7 Mit Bescheid vom 16. Juli 2014 lehnte das Bundesamt für das Personalmanagement den Antrag vom 5. Mai 2011, soweit er die fiktive Versetzung betraf, ab. Zur Begründung wurde dem Antragsteller die Zusammensetzung der neu gebildeten (zweiten) Referenzgruppe mitgeteilt und erläutert. Da bis dahin erst ein Mitglied der Referenzgruppe für eine Oberstabsfeldwebel-Verwendung ausgewählt worden sei, stehe der Antragsteller noch nicht zur Förderung an.
- 8 Hiergegen legte der Antragsteller mit Schreiben vom 5. August 2014 Beschwerde ein. Zur Begründung verwies er mit Schriftsatz seines Bevollmächtigten vom 1. April 2015 im Wesentlichen auf seine Ausführungen in dem abgeschlossenen sowie in einem weiteren, inzwischen begonnenen statusrechtlichen Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ....
- 9 Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens wies das Bundesministerium der Verteidigung - R II 2 - das Bundesamt für das Personalmanagement darauf hin, dass die für den Antragsteller gebildete neue (zweite) Referenzgruppe nicht der geltenden Erlasslage entspreche. Daraufhin hob das Bundesamt für das Personalmanagement auch diese Referenzgruppe auf und bildete unter dem 23. Oktober 2015 eine weitere neue (dritte) Referenzgruppe, die der Abteilungsleiter IV im Bundesamt für das Personalmanagement am 16. November 2015 billigte. Die Referenzgruppe besteht aus zehn Soldaten, unter denen der Antragsteller den Rangplatz 6 einnimmt. Der Antragsteller wurde mit zwei Schreiben des Bundesamts für das Personalmanagement vom 17. und 18. November 2015 unter Beifügung einer anonymisierten Übersicht über die Neubildung der Referenzgruppe, deren Größe und seine Platzierung informiert.

- 10 Gegen die Bescheide vom 17. und 18. November 2015 erhob der Antragsteller mit zwei Schreiben vom 7. Dezember 2015, bei seinem nächsten Disziplinarvorgesetzten jeweils eingegangen am selben Tag, Beschwerde. Zur Begründung verwies er darauf, dass er seit nunmehr über zehn Jahren freigestellt sei. Die ihm mitgeteilte Referenzgruppe könne er nicht nachvollziehen. Es sei für ihn auch nicht erkennbar, ob und inwiefern er bei Besetzungsverfahren für höher dotierte Dienstposten seit seiner Freistellung mitbetrachtet worden sei.
- 11 Mit Bescheid vom 2. März 2016 wies das Bundesministerium der Verteidigung - R II 2 - die zu gemeinsamer Entscheidung verbundenen Beschwerden vom 5. August 2014 und 7. Dezember 2015 zurück. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass der Antragsteller keinen Anspruch auf fiktive Versetzung auf einen nach Besoldungsgruppe A 9 mZ bewerteten Dienstposten habe. In der Referenzgruppe vom 23. Oktober 2015 nehme er den Rangplatz 6 ein; bislang sei jedoch noch kein Soldat aus der Referenzgruppe auf einen nach Besoldungsgruppe A 9 mZ bewerteten Dienstposten versetzt worden. Die Beschwerde sei auch unbegründet, soweit sie sich gegen die Referenzgruppenbildung selbst richte. Die Referenzgruppe sei zutreffend nach den gemäß Nr. 501 Zentralerlass (ZE) B-1336/2 maßgeblichen Kriterien gebildet. Der Durchschnittswert in der Beurteilung der Referenzgruppenmitglieder zum Vorlagetermin 31. März 2005 bewege sich zwischen 5,813 und 6,25 bei einer Förderungswürdigkeit der Stufe "D". Damit wiesen die Mitglieder der Referenzgruppe ein im Wesentlichen gleiches Eignungs- und Leistungsbild auf, wobei der Antragsteller mit seinem Durchschnittswert von 6,063 mittig eingeordnet sei. Die Angehörigen der Referenzgruppe seien zwar nicht alle im gleichen Jahr wie der Antragsteller auf einen nach der Verwendungsebene vergleichbaren Dienstposten versetzt worden; sie seien aber wie der Antragsteller im Zeitraum von 2002 bis 2004 zum Stabsfeldwebel befördert worden. Die Heranziehung des Kriteriums der Ernennung zum Stabsfeldwebel statt der erstmaligen Versetzung auf einen der Dotierung entsprechenden Dienstposten sei sachgerecht, weil Unteroffiziere mit Portepée regelmäßig gebündelte Dienstposten der Dotierung A 7 bis A 9 besetzten. Damit sei es im Sinne der Vergleichbarkeit, insbesondere bei dienstälteren Portepée-Unteroffizieren, geboten, an einen späteren Zeitpunkt anzuknüpfen. Hinzu komme, dass im Uniformträgerbereich Luftwaffe Soldaten erst nach er-

folgreichem Abschluss der dienstpostengerechten Ausbildung auf Dienstposten versetzt würden. Die Ernennung zum Feldwebel erfolge regelmäßig nach Erfüllen dieser Voraussetzungen und stehe in keiner Abhängigkeit zur erstmaligen Dienstpostenbesetzung; die Beförderung könne daher auch vor einer entsprechenden Dienstpostenbesetzung erfolgen. Ziel dieser Maßnahme sei das Vermeiden von Laufbahnnachteilen durch langjährige Ausbildungsgänge, weil Beförderungen in die Spitzendienstgrade der Feldwebellaufbahn Mindestdienstzeiten nach der Ernennung zum Feldwebel voraussetzten. Im Ergebnis bilde der Beförderungstermin zu dem im Zeitpunkt der Freistellung innegehabten Dienstgrad deshalb den besten vergleichbaren Wert für die Forderung nach einer "Versetzung im gleichen Jahr wie die freigestellte Person auf einen nach der Verwendungsebene vergleichbaren Dienstposten" im Sinne des Zentralerlasses B-1336/2. Ebenfalls nicht zu beanstanden sei, dass nicht nur Soldaten in die Referenzgruppe aufgenommen worden seien, die wie der Antragsteller im Jahr 2003 zum Stabsfeldwebel befördert worden seien. Nr. 502 Abs. 2 ZE B-1336/2 erlaube, die unmittelbar benachbarten Jahre in die Betrachtung einzubeziehen, wenn nur so die erforderliche Größe der Referenzgruppe erreicht werde, was hier der Fall gewesen sei. Alle in die Referenzgruppe aufgenommenen Soldaten gehörten wie der Antragsteller der Ausbildungs- und Verwendungsreihe ... an. Die Referenzgruppe sei durch die Schreiben vom 17. und 18. November 2015 ordnungsgemäß bekannt gegeben worden. Dass die Referenzgruppe erst lange Zeit nach der Freistellung und mehrfach neu gebildet worden sei, beeinträchtige den Antragsteller nicht, weil auch die neu gebildete Referenzgruppe auf die Sachlage zum Zeitpunkt der Freistellung abstelle und gegebenenfalls eine rückwirkende Förderung und Schadlosstellung erfolgen könne.

- 12 Hiergegen hat der Antragsteller mit Schriftsatz seines Bevollmächtigten vom 16. März 2016 die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts beantragt. Das Bundesministerium der Verteidigung - R II 2 - hat den Antrag mit seiner Stellungnahme vom 18. März 2016 dem Senat vorgelegt.
- 13 Parallel zu diesem Wehrbeschwerdeverfahren betreibt der Antragsteller ein Verfahren wegen Beförderung und Schadensersatz vor dem Verwaltungsge-

richt ..., das mit Beschlüssen vom 15. September 2015 und 16. März 2016 bis zur Entscheidung in der hier vorliegenden Sache ausgesetzt ist.

- 14 Zur Begründung führt der Antragsteller im vorliegenden Verfahren insbesondere aus:

Nach seinem Ausscheiden aus dem aktiven Dienst mit Ablauf des 31. März 2016 setze er das Verfahren mit Fortsetzungsfeststellungsanträgen fort, wobei sich sein Feststellungsinteresse aus der präjudiziellen Wirkung für das beim Verwaltungsgericht ... anhängige Verfahren ergebe. In der Sache mache er geltend, dass die angefochtenen Bescheide rechtswidrig seien und er im Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses wegen der fehlerhaften Referenzgruppenbildung einen Anspruch auf Versetzung auf eine Planstelle der Besoldungsgruppe A 9 mZ gehabt habe. Die Bescheide seien formell fehlerhaft, weil die erforderliche Anhörung der Vertrauensperson zu der von ihm angestrebten Laufbahnnachzeichnung unterblieben sei. Die angefochtenen Bescheide seien auch materiell fehlerhaft, weil die Antragsgegnerin ihn nicht leistungsgerecht in Auswahlverfahren zum Oberstabsfeldwebel einbezogen habe. Ausweislich der Gründe der Bescheide sei er seit seiner Freistellung lediglich ein einziges Mal im Jahre 2006 in einem Verwendungsplanungsverfahren mitbetrachtet worden, obwohl er unstreitig die zeitlichen Mindestvoraussetzungen für eine Beförderung zum Oberstabsfeldwebel erfülle. Er verlange deshalb die Vorlage überprüfbarer Unterlagen über sämtliche seit seiner Beförderung zum Stabsfeldwebel ausgesprochenen förderlichen Verwendungs- und Beförderungsentscheidungen nach Besoldungsgruppe A 9 mZ für Sanitätsunteroffiziere unter Offenlegung der dienstlichen Beurteilungen der geförderten Soldaten. Die Antragsgegnerin habe darüber hinaus gegen das Benachteiligungsverbot des § 46 Abs. 3 Satz 6 BPersVG verstoßen. Die Zugehörigkeit zu einem Geburtsjahrgang stelle kein leistungsbezogenes Kriterium dar. Beanstandet werde auch, dass die Referenzgruppe nicht schon im Zeitpunkt der Freistellung gebildet worden sei, sondern die Bildung erst 2009 abgeschlossen und sodann mit mehreren Nachbesserungen erst 2015 finalisiert worden sei.

15 Der Antragsteller beantragt,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, ihm eine fehlerfreie Neufassung der für ihn maßgeblichen Referenzgruppenbildung und -reihung mitzuteilen, sowie

2. festzustellen, dass der Bescheid des Bundesamts für das Personalmanagement der Bundeswehr vom 16. Juli 2014, die Mitteilung des Bundesamts für das Personalmanagement der Bundeswehr vom 17. November 2015, die Referenzgruppenbildung vom 23. Oktober 2015 und die Entscheidung des Bundesministeriums der Verteidigung vom 2. März 2016 im Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses am 31. März 2016 rechtswidrig waren und die Antragsgegnerin verpflichtet war, ihn, den Antragsteller, auf seinen Antrag vom 5. Mai 2011 auf einen nach Besoldungsgruppe A 9 mZ bewerteten Dienstposten fiktiv förderlich zu versetzen,

hilfsweise festzustellen, dass die vorgenannten Maßnahmen und Entscheidungen im Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses rechtswidrig waren und die Antragsgegnerin verpflichtet war, den Antrag vom 5. Mai 2011 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.

16 Das Bundesministerium der Verteidigung beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

17 Zur Begründung verweist es auf seinen Beschwerdebescheid. Ergänzend wird ausgeführt, dass eine Anhörungspflicht gemäß § 23 Abs. 1 SBG in der bis zum 1. September 2016 gültigen Fassung nicht bestanden habe. Soweit sich der Antragsteller auf real getroffene Verwendungsentscheidungen zur Besetzung von Oberstabsfeldwebel-Dienstposten beziehe, seien diese bestandskräftig geworden. Ein Verstoß gegen das personalvertretungsrechtliche Benachteiligungsverbot liege nicht vor, weil der Antragsteller keinen Rangplatz in seiner Referenzgruppe einnehme, der seine fiktive Versetzung ermöglicht hätte.

18 Auf Anforderung durch das Gericht hat das Bundesministerium der Verteidigung eine Amtliche Auskunft des für den Zentralerlass B-1336/2 zuständigen Refe-

rats P II 1 vom 22. Mai 2017 vorgelegt. Danach handele es sich bei der im Falle des Antragstellers gewählten Vorgehensweise, bei der Bildung der Referenzgruppe abweichend von Nr. 502 Abs. 1 Punkt 2 ZE B-1336/2 nicht auf die "Versetzung im gleichen Jahr wie die freigestellte Person auf einen nach der Verwendungsebene vergleichbaren Dienstposten", sondern auf die entsprechende Beförderung (Ernennung) abzustellen, um eine generelle Handhabung/Verwaltungspraxis in allen vergleichbaren Fällen der Verwendung auf gebündelten Dienstposten; in derartigen Fallkonstellationen werde regelmäßig auf das Jahr der Beförderung in das Statusamt zum Zeitpunkt der Freistellung abgehoben.

- 19 Wegen der Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen. Die Beschwerdeakte des Bundesministeriums der Verteidigung - R II 2 - Az.: 251/16 -, die Personalgrundakte des Antragstellers und die beigezogenen Akten des Verwaltungsgerichts ... (Az. ... und Az. ... mit Beiakten) haben dem Senat bei der Beratung vorgelegen.

## II

- 20 Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung hat keinen Erfolg.
- 21 1. Soweit der Antrag die Bildung der Referenzgruppe nach dem Zentralerlass (ZE) B-1336/2 betrifft, ist er mit den nachfolgenden Maßgaben zulässig, aber unbegründet.
- 22 a) Der Antrag ist als Fortsetzungsfeststellungsantrag zulässig.
- 23 aa) Nach dem Beschluss des Senats vom 4. Mai 2017 - 1 WB 5.16 - juris Rn. 18 ff. ist die Bildung einer Referenzgruppe nach dem Zentralerlass B-1336/2 "Förderung vom Dienst freigestellter Soldatinnen und Soldaten" eine anfechtbare dienstliche Maßnahme im Sinne von § 17 Abs. 3 Satz 1 WBO (hier i.V.m. § 21 Abs. 2 Satz 1 WBO). Die für den Antragsteller unter dem 23. Oktober 2015 gebildete und vom Abteilungsleiter IV im Bundesamt für das Personalmanagement der Bundeswehr (im Folgenden: Bundesamt für das Personal-



management) am 16. November 2015 gebilligte Referenzgruppe stellt deshalb einen geeigneten und im Verhältnis zu dem Begehren, fiktiv auf einen nach Besoldungsgruppe A 9 mZ bewerteten Dienstposten versetzt zu werden, selbständigen Verfahrensgegenstand dar.

- 24 bb) Die für den Antragsteller gebildete Referenzgruppe hat sich mit seinem Ausscheiden aus dem aktiven Dienst zum 31. März 2016 erledigt.
- 25 Mit seinem Eintritt in den Ruhestand kann der Antragsteller nicht mehr, auch nicht fiktiv (vgl. BVerwG, Beschluss vom 11. Dezember 2014 - 1 WB 6.13 - Buchholz 449.7 § 51 SBG Nr. 1 Rn. 19 sowie unten II.2.a.), versetzt oder befördert werden. Damit ist zugleich die angefochtene Referenzgruppe gegenstandslos geworden, weil sie ihre Funktion, dem Antragsteller unter den Voraussetzungen der Nr. 601 und 602 ZE B-1336/2 die Versetzung auf einen höher dotierten Dienstposten und eine entsprechende Beförderung zum Oberstabsfeldwebel zu ermöglichen, nicht mehr erfüllen kann. Soweit der Sachantrag zu 1. deshalb ein Verpflichtungsbegehren (Bildung einer neuen Referenzgruppe) enthält, ist dieses unzulässig geworden.
- 26 cc) Zulässig ist hingegen das in dem Sachantrag zu 2. enthaltene Begehren, festzustellen, dass die Referenzgruppe vom 23. Oktober 2015 sowie die Bescheide des Bundesamts für das Personalmanagement vom 17. und 18. November 2015 und des Bundesministeriums der Verteidigung vom 2. März 2016, soweit sie die Referenzgruppenbildung betreffen, im Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses rechtswidrig waren.
- 27 Hat sich eine truppdienstliche Maßnahme, die - wie hier die Bildung einer Referenzgruppe für ein freigestelltes Personalratsmitglied - keinen Befehl im Sinne von § 2 Nr. 2 WStG darstellt, oder die Ablehnung einer solchen Maßnahme vor der gerichtlichen Entscheidung erledigt, so entscheidet das Wehrdienstgericht gemäß § 19 Abs. 1 Satz 3 WBO (hier i.V.m. § 21 Abs. 2 Satz 1 WBO), ob die Maßnahme rechtswidrig gewesen ist, wenn der Antragsteller ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat. Das erforderliche Feststellungsinteresse kann sich nach der Rechtsprechung des Senats aus einem

Rehabilitierungsinteresse, aus einer Wiederholungsgefahr oder aus der Absicht ergeben, einen Schadensersatzanspruch geltend zu machen, sofern dieser nicht von vornherein als aussichtslos erscheint; ein Feststellungsinteresse kommt auch in Betracht, wenn die erledigte Maßnahme eine fortdauernde faktische Grundrechtsbeeinträchtigung nach sich zieht (vgl. BVerwG, Beschluss vom 11. Dezember 2014 - 1 WB 6.13 - Buchholz 449.7 § 51 SGB Nr. 1 Rn. 24).

- 28 Der Antragsteller hat ein berechtigtes Feststellungsinteresse unter dem Gesichtspunkt der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs. Er betreibt beim Verwaltungsgericht ... ein - mit Rücksicht auf das vorliegende Wehrbeschwerdeverfahren ausgesetztes - Klageverfahren (Az.: ...), in dem er (u.a.) die dienst-, versorgungs- und besoldungsrechtliche Schadlosstellung wegen unterbliebener Förderung (Versetzung auf nach Besoldungsgruppe A 9 mZ bewerteten Dienstposten und Beförderung zum Oberstabsfeldwebel) begehrt. Das Schadensersatzbegehren des Antragstellers erschien jedenfalls bis zu der vorliegenden Entscheidung nicht als von vornherein aussichtslos. Auch ist die Erledigung des ursprünglichen Verpflichtungsbegehrens (Dienstzeitende zum 31. März 2016) erst nach Rechtshängigkeit des Antrags auf gerichtliche Entscheidung vom 16. März 2016 (Eingang bei Gericht am 23. März 2016) eingetreten (vgl. zu dieser Einschränkung BVerwG, Beschluss vom 27. Mai 2014 - 1 WB 54.13 - juris Rn. 19).
- 29 Allerdings besteht nach der Rechtsprechung des 2. Revisionssenats des Bundesverwaltungsgerichts kein Präjudizinteresse für eine ein Beförderungsbegehren betreffende Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO, wenn der Beamte einen Schadensersatzprozess vor den Verwaltungsgerichten nicht nur beabsichtigt, sondern bereits betreibt, weil sich die mit der Fortsetzungsfeststellungsklage zu klärenden Fragen auch in dem Schadensersatzprozess stellen und es deshalb an einem Rechtsschutzinteresse für die isolierte Fortsetzungsfeststellung fehlt (BVerwG, Urteil vom 17. November 2016 - 2 C 27.15 - Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 79 LS 1 und Rn. 16 ff.). Ob diese Entscheidung auch auf Fortsetzungsfeststellungsanträge von Soldaten gemäß § 19 Abs. 1 Satz 3 WBO zu übertragen ist, kann vorliegend offen bleiben. Denn wiederum nach der Rechtsprechung des 2. Revisionssenats des

Bundesverwaltungsgerichts muss ein freigestellter Soldat gerichtlichen Rechtsschutz gegen die Bildung der Referenzgruppe in Anspruch nehmen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 6. Juni 2014 - 2 B 75.13 - Buchholz 449 § 3 SG Nr. 73 Rn. 17). Ebenso muss er seine fiktive Versetzung eigenständig geltend machen und ggf. einklagen; eine inzidente Nachprüfung im Rahmen eines Beförderungs- oder Schadensersatzbegehrens findet nicht statt (BVerwG, Beschlüsse vom 25. Juni 2014 - 2 B 1.13 - Buchholz 449 § 3 SG Nr. 74 LS 3 und Rn. 10 und vom 15. April 2015 - 2 B 10.14 - Buchholz 449 § 3 SG Nr. 79 Rn. 11). Betreibt er, wie hier, die sachlich gebotenen Wehrbeschwerdeverfahren, entspricht es der Prozessökonomie, wenn ihm die in dem Schadensersatzprozess verwertbaren "Früchte" des Wehrbeschwerdeverfahrens erhalten bleiben. Jedenfalls für die vorliegende Fallkonstellation kann deshalb dem Antragsteller das Feststellungsinteresse nicht abgesprochen werden.

30 b) Der Antrag ist jedoch unbegründet.

31 Die zuletzt unter dem 23. Oktober 2015 gebildete (dritte) Referenzgruppe und die angefochtenen Bescheide waren rechtmäßig.

32 Gemäß § 46 Abs. 3 Satz 6 BPersVG darf die Freistellung eines Personalratsmitglieds von seiner dienstlichen Tätigkeit nicht zu einer Beeinträchtigung seines beruflichen Werdegangs führen; dies gilt gemäß § 62 Abs. 3 Satz 1 SBG (bis 1. September 2016: § 51 Abs. 3 Satz 1 SBG) auch für die Soldatenvertreter in den Personalvertretungen. In Umsetzung dieser gesetzlichen Verpflichtung hat das Bundesministerium der Verteidigung das Verfahren der sog. fiktiven Laufbahnnachzeichnung 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 geregelt und im Wesentlichen unverändert in den heute geltenden Zentralerlass B-1336/2 übergeleitet. Das dort vorgesehene und auch im vorliegenden Fall anzuwendende Referenzgruppenmodell ist nach der Rechtsprechung des Senats rechtlich nicht zu beanstanden (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. und vom 4. Mai 2017 - 1 WB 5.16 - Rn. 19).

- 33 Die auf diesen Grundlagen unter dem 23. Oktober 2015 gebildete, dem Antragsteller mit Schreiben vom 17. und 18. November 2015 mitgeteilte und von ihm mit der Beschwerde vom 7. Dezember 2015 fristgerecht (§ 6 Abs. 1 WBO) angefochtene Referenzgruppe ist rechtsfehlerfrei.
- 34 aa) Verfahrensfehler liegen nicht vor.
- 35 (1) Die Bildung der Referenzgruppe nach dem Zentralerlass B-1336/2 unterlag nicht der Anhörungspflicht in Personalangelegenheiten gemäß §§ 20, 23 SBG (ab 2. September 2016: §§ 21, 24 SBG). Nach ständiger Rechtsprechung des Senats kann das Anhörungsrecht der Vertrauensperson bzw. des Personalrats nach § 20 SBG nicht von dem materiellen Beteiligungstatbestand des § 23 SBG getrennt werden; eine Rechtsverletzung kann deshalb nicht isoliert in der Missachtung der Anhörungsvorschrift des § 20 SBG, sondern stets nur in der Verletzung des Anhörungsrechts in Verbindung mit einem materiellen Beteiligungstatbestand liegen (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 17. Februar 2009 - 1 WB 37.08 - Rn. 19 und vom 6. März 2014 - 1 WB 9.14 - Buchholz 449.7 § 23 SBG Nr. 10 Rn. 11). Ein Tatbestand, der eine Beteiligung der Vertrauensperson bzw. des Personalrats bei der Bildung einer Referenzgruppe für ein freigestelltes Personalratsmitglied anordnet oder eröffnet, ist in dem abschließenden Katalog des § 23 Abs. 1 Satz 1 SBG nicht enthalten (auch nicht in dem ab 2. September 2016 zum Teil erweiterten Katalog des § 24 Abs. 1 und 2 SBG). Die Beteiligungsrechte der Vertrauensperson bzw. des Personalrats können auch nicht über die gesetzlichen Regelungen des Soldatenbeteiligungsgesetzes hinaus - etwa durch Verwaltungsvorschriften oder durch Selbstbindung einer Dienststelle der Bundeswehr - erweitert werden (BVerwG, Beschluss vom 25. Oktober 2011 - 1 WB 36.11 - Buchholz 449.7 § 23 SBG Nr. 9 LS und Rn. 42).
- 36 (2) Die Referenzgruppe wurde dem Antragsteller ordnungsgemäß bekanntgegeben. Nr. 605 Satz 5 ZE B-1336/2 bestimmt, dass die freigestellte Person über die Bildung bzw. eine Änderung der Referenzgruppe, deren Größe und ihre

Platzierung aktenkundig zu informieren ist. Diese Informationen sind in den Schreiben des Bundesamts für das Personalmanagement vom 17. und 18. November 2015 enthalten.

- 37 bb) Die Referenzgruppe ist auch materiellrechtlich nicht zu beanstanden.
- 38 (1) Maßgeblich für die Referenzgruppenbildung ist nicht die Sachlage im Zeitpunkt der Entscheidung der personalbearbeitenden Stelle, sondern die Sachlage zu Beginn der Freistellung des betroffenen Soldaten (siehe insbesondere Nr. 502 Abs. 1 Punkt 1 ZE B-1336/2). Da dieser zeitliche Bezugspunkt unveränderbar feststeht, ist es im Ergebnis unschädlich, wenn - wie vorliegend - die Referenzgruppenbildung nach mehrfacher Korrektur erst lange Zeit nach Beginn der Freistellung abgeschlossen wird.
- 39 (2) Der Zentralerlass B-1336/2 trifft für die Referenzgruppenbildung die folgenden Bestimmungen:

**501.** Wird eine Soldatin oder ein Soldat freigestellt, ist eine Referenzgruppe bei der personalbearbeitenden Stelle (PersBSt) zu bilden. Die Referenzgruppe sollte neben der freigestellten Person mindestens weitere neun nicht freigestellte Soldatinnen oder Soldaten umfassen. Eine Unterschreitung der angeführten zahlenmäßigen Größenordnung der Referenzgruppe kommt nur in begründeten Ausnahmefällen in Betracht. (...). Die Referenzgruppe muss (einschließlich der freigestellten Person) mindestens fünf Soldatinnen oder Soldaten umfassen.

**502.** Die Referenzgruppe ist insbesondere unter Beachtung der folgenden Kriterien zu bilden:

- Wesentlich gleiches Eignungs- und Leistungsbild zu Beginn der Freistellung,
- Versetzung im gleichen Jahr wie die freigestellte Person auf einen nach der Verwendungsebene vergleichbaren Dienstposten,
- möglichst gleiche Ausbildungs- und Verwendungsreihe/gleicher Werdegang/Verwendungsbereich/Kompetenzbereich.

Falls weniger Soldatinnen und Soldaten im selben Jahr auf einen nach der Verwendungsebene vergleichbaren Dienstposten versetzt worden sind, können bei der Fest-

legung der Referenzgruppe ausnahmsweise die unmittelbar benachbarten Jahre einbezogen werden.

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. (...).

- 40 Mit diesen Bestimmungen hat das Bundesministerium der Verteidigung das Ermessen, das ihm bei der Umsetzung des Benachteiligungsverbots aus § 46 Abs. 3 Satz 6 BPersVG und § 62 Abs. 3 Satz 1 SBG (bis 1. September 2016: § 51 Abs. 3 Satz 1 SBG) zusteht, für sich und die nachgeordneten Stellen gebunden. Außenwirkung gegenüber dem Soldaten erlangen die Verwaltungsvorschriften mittelbar über den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG (stRspr, vgl. BVerwG, Beschluss vom 28. Mai 2008 - 1 WB 19.07 - Buchholz 449 § 3 SG Nr. 44 Rn. 23). Eine an Verwaltungsvorschriften orientierte ständige Verwaltungspraxis verpflichtet zur Gleichbehandlung gleichgelagerter Fälle; andererseits kann der Soldat nur (und nicht mehr als) eine Behandlung entsprechend den gleichmäßig vollzogenen Verwaltungsvorschriften beanspruchen. Die tatsächlich geübte Verwaltungspraxis ist auch insofern von Bedeutung, als eine bestehende Ermessensbindung durch eine hiervon abweichende Praxis aus sachgerechten Erwägungen für die Zukunft geändert werden kann (vgl. BVerwG, Beschluss vom 26. Juni 2007 - 1 WB 12.07 - Buchholz 449.2 § 40 SLV 2002 Nr. 3 Rn. 29). Ebenso ist die tatsächliche Verwaltungspraxis maßgeblich, wenn diese eine Verwaltungsvorschrift auf bestimmte Sachverhalte nicht anwendet und so den Anwendungsbereich der Vorschrift einschränkt (vgl. BVerwG, Beschluss vom 10. April 2008 - 1 WDS-VR 2.08 - Rn. 27 ff.).
- 41 (3) Nach diesen Maßstäben hat das Bundesamt für das Personalmanagement die Referenzgruppe vom 23. Oktober 2015 rechts- und ermessensfehlerfrei gebildet.
- 42 (a) Alle Mitglieder der Referenzgruppe gehören - wie der Antragsteller - der Ausbildungs- und Verwendungsreihe ... an (Nr. 502 Abs. 1 Punkt 3 ZE B-1336/2).

- 43 (b) Die Referenzgruppe weist die regelmäßig ("sollte") erforderliche Mindestgröße von zehn Mitgliedern auf (Nr. 501 Abs. 1 Satz 2 ZE B-1336/2; zur Bedeutung der Mindestgröße vgl. BVerwG, Beschluss vom 11. Dezember 2014 - 1 WB 6.13 - Buchholz 449.7 § 51 SBG Nr. 1 Rn. 36 ff.). Da im Jahre 2003 neben dem Antragsteller nur zwei weitere vergleichbare Soldaten in den Dienstgrad Stabsfeldwebel befördert wurden (hierzu noch nachfolgend <c>), wurden, um die Mindestgröße zu erreichen, zulässigerweise die unmittelbar benachbarten Jahre 2002 und 2004 einbezogen (Nr. 502 Abs. 2 ZE B-1336/2).
- 44 (c) Nicht zu beanstanden ist ferner, dass das Bundesamt für das Personalmanagement bei der Bildung der Referenzgruppe auf das Jahr der Ernennung zum Stabsfeldwebel und nicht, wie es Nr. 502 Abs. 1 Punkt 2 ZE B-1336/2 grundsätzlich bestimmt, auf das Jahr der Versetzung auf einen nach der Verwendungsebene vergleichbaren Dienstposten abgestellt hat.
- 45 Wie sich aus der vom Gericht angeforderten Amtlichen Auskunft des für den Zentrallerlass B-1336/2 zuständigen Referats P II 1 im Bundesministerium der Verteidigung vom 22. Mai 2017 ergibt, handelt es sich hierbei um eine generelle Handhabung bzw. Verwaltungspraxis, die in allen Fällen der Verwendung auf gebündelten Dienstposten zur Anwendung kommt. Maßgeblich für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit unter dem Blickwinkel des Gleichbehandlungsgebots (Art. 3 Abs. 1 GG) ist deshalb nicht der Wortlaut der Verwaltungsvorschrift der Nr. 502 Abs. 1 Punkt 2 ZE B-1336/2, sondern die tatsächliche, generell geübte Verwaltungspraxis.
- 46 Die in dem Beschwerdebescheid vom 2. März 2016 (Seite 7 f.) angeführten Gründe für die tatsächliche Verwaltungspraxis stellen sachgerechte, dem Zweck des Benachteiligungsverbots aus § 46 Abs. 3 Satz 6 BPersVG und § 62 Abs. 3 Satz 1 SBG entsprechende Erwägungen dar, die die Abweichung von dem Wortlaut der Verwaltungsvorschrift rechtfertigen (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 26. Juni 2007 - 1 WB 12.07 - Buchholz 449.2 § 40 SLV 2002 Nr. 3 Rn. 29 und vom 10. April 2008 - 1 WDS-VR 2.08 - Rn. 27 ff.).

- 47 Da Unteroffiziere mit Portepees regelmäßig auf gebündelten, nach Besoldungsgruppe A 7 bis A 9 dotierten Dienstposten geführt werden, ist die Bestimmung der Nr. 502 Abs. 1 Punkt 2 ZE B-1336/2, wonach die Referenzgruppe aus Soldaten zu bilden ist, die im gleichen Jahr wie die freigestellte auf einer der Verwendungsebene vergleichbaren Dienstposten versetzt wurden, für Soldaten mit den Dienstgraden Hauptfeldwebel (A 8) oder - wie der Antragsteller - Stabsfeldwebel (A 9) wortgetreu nicht vollziehbar, weil eine Versetzung auf einen speziell nach Besoldungsgruppe A 8 oder A 9 dotierten Dienstposten in der Regel nicht erfolgt. Andererseits ist es nicht sachgerecht, auf die erstmalige Versetzung auf einen nach Besoldungsgruppe A 7 bis A 9 dotierten Dienstposten abzustellen. Zum einen liegt dieser Zeitpunkt in der Regel sehr lange zurück, sodass seine Aussagekraft für die aktuelle Vergleichbarkeit von Soldaten gering ist; zum anderen hängt dieser Zeitpunkt, wie das Bundesministerium der Verteidigung in dem Beschwerdebescheid im Einzelnen dargelegt hat, von Zufälligkeiten der dienstpostengerechten Ausbildung ab, die nicht zwingend im Zusammenhang mit der Förderung des Soldaten stehen. Es entspricht deshalb dem Zweck, die Referenzgruppe aus nach dem Stand ihrer Förderung vergleichbaren Soldaten zu bilden, wenn bei der Verwendung auf gebündelten Dienstposten nicht auf die (truppdienstliche) Versetzung, sondern auf die (statusrechtliche) Beförderung, im Falle des Antragstellers also auf die Beförderung zum Stabsfeldwebel, abgestellt wird.
- 48 Soweit der Bevollmächtigte des Antragstellers zuletzt mit Schriftsatz vom 19. Juni 2017 geltend gemacht hat, dass das Bundesministerium der Verteidigung für die Untermauerung seiner generellen Verwaltungspraxis darlegungs- und beweispflichtig sei, ergeben sich hieraus keine Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit der erteilten Amtlichen Auskunft, die dem Gericht Anlass zu einer weiteren Sachaufklärung gegeben hätten. Unabhängig davon hat der Antragsteller im gesamten gerichtlichen Verfahren auch keine sachlichen Einwände gegen die oben dargestellte Vorgehensweise erhoben, die ihm bereits in dem Beschwerdebescheid vom 2. März 2016 offengelegt und erläutert worden ist.



- 49 (d) Die Angehörigen der Referenzgruppe verfügen über ein Eignungs- und Leistungsbild, das wesentlich gleich ist mit dem des Antragstellers zu Beginn seiner Freistellung (Nr. 502 Abs. 1 Punkt 1 ZE B-1336/2).
- 50 Maßgeblich für den Vergleich ist der Stand der letzten planmäßigen dienstlichen Beurteilung, die der Antragsteller für seine Tätigkeit vor der Freistellung erhalten hat, also der planmäßigen dienstlichen Beurteilung zum Vorlagetermin 31. März 2005. In den dienstlichen Beurteilungen zu diesem Vorlagetermin ist allen Referenzgruppenmitgliedern die Förderungswürdigkeit der Stufe "D" (zweitbeste Stufe nach den damaligen Beurteilungsbestimmungen) zuerkannt. Der Durchschnittswert in der Bewertung der Leistungen im Beurteilungszeitraum bewegt sich bei den Referenzgruppenmitgliedern zwischen 5,813 und 6,25, wobei der Antragsteller - annähernd mittig - einen Durchschnittswert von "6,063" aufweist. Diese Spannbreite von rund 0,44 Wertungspunkten entspricht dem Maßstab eines "wesentlich gleichen Eignungs- und Leistungsbilds" (vgl. BVerwG, Beschluss vom 21. Juli 2016 - 1 WB 8.16 - Buchholz 449.7 § 51 SGB Nr. 8 Rn. 42). Nach der Rechtsprechung des Senats zu den damaligen Beurteilungsbestimmungen (ZDv 20/6) sind Unterschiede von bis zu einem halben Wertungspunkt (0,5) noch als geringfügig anzusehen, sodass die Leistungsbilder der betroffenen Soldaten als "im Wesentlichen gleich" angesehen werden können (BVerwG, Beschluss vom 25. September 2002 - 1 WB 27.02 - BVerwGE 117, 81 <84>).
- 51 (e) Keinen Bedenken begegnet schließlich die Reihung innerhalb der Referenzgruppe (Nr. 502 Abs. 3 Satz 1 ZE B-1336/2). Sie folgt, da alle Referenzgruppenmitglieder über dieselbe Förderungswürdigkeit verfügen, schematisch dem Durchschnittswert der Leistungsbewertung.
- 52 2. Soweit der Antrag auf gerichtliche Entscheidung die fiktive Versetzung des Antragstellers auf einen nach Besoldungsgruppe A 9 mZ (Oberstabsfeldwebel) bewerteten Dienstposten betrifft, bleibt er ebenfalls ohne Erfolg.
- 53 a) Der Antrag ist zulässig.

- 54 Hinsichtlich des ursprünglich verfolgten Verpflichtungsbegehrens, fiktiv auf einen nach Besoldungsgruppe A 9 mZ bewerteten Dienstposten versetzt zu werden, ist mit der Versetzung des Antragstellers in den Ruhestand zum 31. März 2016 Erledigung eingetreten (vgl. - auch zum Folgenden - BVerwG, Beschluss vom 11. Dezember 2014 - 1 WB 6.13 - Buchholz 449.7 § 51 SBG Nr. 1 Rn. 19).
- 55 Ist ein Wehrdienstverhältnis beendet, so ist eine Versetzung auf einen Dienstposten nicht mehr möglich. Dies gilt ohne Weiteres für die Versetzung von Soldaten, die keine freigestellten Personalratsmitglieder sind, weil ein Dienstantritt und die Wahrnehmung der Aufgaben des Dienstpostens nach dem Dienstzeitende nicht mehr in Betracht kommen. Gleiches muss für freigestellte Personalratsmitglieder gelten. Das Verbot einer Beeinträchtigung des beruflichen Werdgangs durch die Freistellung (§ 46 Abs. 3 Satz 6 BPersVG) zielt - positiv gewendet - darauf, dem Personalratsmitglied diejenige berufliche Entwicklung zu ermöglichen, die es ohne die Freistellung durchlaufen hätte, nicht aber darauf, Personalmaßnahmen zu eröffnen, die ohne die Freistellung nicht möglich gewesen wären. Eine (rückwirkende) fiktive Versetzung unter Freistellung vom Dienst auf einen (höherwertigen) Dienstposten z.B.V. (bzw. ein dienstpostenähnliches Konstrukt) kommt nach Dienstzeitende deshalb auch für freigestellte Personalratsmitglieder nicht in Betracht.
- 56 Der Antragsteller hat daher sein Rechtsschutzbegehren zutreffend auf den in seinem Sachantrag zu 2. enthaltenen Antrag umgestellt, festzustellen, dass der Bescheid des Bundesamts für das Personalmanagement vom 16. Juli 2014 und die Beschwerdeentscheidung des Bundesministeriums der Verteidigung vom 2. März 2016, soweit sie die Ablehnung der fiktiven Versetzung betraf, im Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses rechtswidrig waren. Dieser Antrag ist als Fortsetzungsfeststellungsantrag (§ 19 Abs. 1 Satz 3 WBO) aus den oben unter II.1.a.cc. genannten Gründen zulässig.
- 57 b) Der Antrag ist jedoch unbegründet.

- 58 Der Antragsteller hatte im Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses (Dienstzeitende zum 31. März 2016) keinen Anspruch auf fiktive Versetzung auf einen nach Besoldungsgruppe A 9 mZ bewerteten Dienstposten oder auf erneute Entscheidung über seinen diesbezüglichen Antrag vom 5. Mai 2011. Der ablehnende Bescheid des Bundesamts für das Personalmanagement vom 16. Juli 2014 ist in der Gestalt des Beschwerdebescheids des Bundesministeriums der Verteidigung vom 2. März 2016 rechtmäßig.
- 59 aa) Der Antragsteller stand nach der für ihn rechtmäßig gebildeten (oben II.1.b) Referenzgruppe vom 23. Oktober 2015 nicht zur Förderung an.
- 60 Nr. 601 ZE B-1336/2 bestimmt für das Verfahren der fiktiven Versetzung aufgrund des Referenzgruppenmodells Folgendes:
- "Erreicht bei Verwendungsentscheidungen 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 o.a. Regelungen (Abschnitt 5) 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."
- 61 Der Antragsteller, der in seiner Referenzgruppe den Rangplatz 6 einnimmt, wäre danach fiktiv auf einen nach Besoldungsgruppe A 9 mZ bewerteten Dienstposten zu versetzen gewesen, wenn zuvor fünf beliebige andere Angehörige der Referenzgruppe (nicht notwendigerweise diejenigen im Rangplatz vor dem Antragsteller) für einen höher dotierten Dienstposten ausgewählt worden wären und nunmehr ein nächstes Mitglied der Referenzgruppe für die Auswahl herangestanden hätte, das den freigestellten Antragsteller bei der Förderung gleichsam "mitgezogen" hätte. Nach dem unmittelbar vor dem Dienstzeitende des Antragstellers (31. März 2016) ergangenen Beschwerdebescheid des Bundesministeriums der Verteidigung vom 2. März 2016 ist bis dahin jedoch noch kein Mitglied der Referenzgruppe für die Versetzung auf einen nach Besoldungsgruppe A 9 mZ bewerteten Dienstposten ausgewählt worden. Die vom Antrag-

steller begehrte Förderung nach dem Referenzgruppenmodell kam deshalb bis zum Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses nicht in Betracht.

- 62 bb) Soweit der Antragsteller darüber hinaus beanstandet, dass er seit seiner Freistellung nicht leistungsgerecht in Auswahlverfahren zur Besetzung von Oberstabsfeldwebel-Dienstposten einbezogen worden sei, bedarf dies keiner Klärung, weil Gegenstand des vorliegenden Verfahrens nur die mit dem Schreiben vom 5. Mai 2011 beantragte Förderung des Antragstellers im Wege der fiktiven Versetzung nach dem Referenzgruppenmodell des Zentralerlasses B-1336/2 ist. Sofern der Antragsteller - unter Verzicht auf seine Freistellung vom Dienst - auf einen "realen" Oberstabsfeldwebel-Dienstposten hätte versetzt werden wollen, hätte er sich um bestimmte konkrete Dienstposten bewerben und gegebenenfalls im Wege des Konkurrentenstreits gesondert Rechtsschutz suchen müssen.
- 63 Da es für den vorliegenden Verfahrensgegenstand nicht erheblich ist, ist auch der Beweisantrag des Antragstellers abzulehnen, das Bundesministerium der Verteidigung zur Vorlage überprüfbarer Unterlagen über sämtliche seit der Beförderung des Antragstellers zum Stabsfeldwebel ausgesprochenen förderlichen Verwendungs- und Beförderungsentscheidungen nach Besoldungsgruppe A 9 mZ für Sanitätsunteroffiziere unter Offenlegung der dienstlichen Beurteilungen der geförderten Soldaten aufzufordern.

VRiBVerwG  
Dr. Häußler ist  
wegen Erkrankung und  
anschließenden Urlaubs  
verhindert zu unterschreiben  
Dr. Langer

Dr. Langer

Dr. Eppelt