



# BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

## BESCHLUSS

BVerwG 1 WNB 1.16  
TDG S 6 BLa 6/13  
TDG S 6 RL 2/14

In dem Wehrbeschwerdeverfahren

des Herrn Oberstleutnant ...,  
...,

- Bevollmächtigte:  
...,  
... -

hat der 1. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts durch

die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Frenz als Vorsitzende,  
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Langer und  
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Burmeister

am 11. Oktober 2016 beschlossen:

Die Beschwerde des Antragstellers gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde in dem Beschluss des Truppendienstgerichts Süd vom 9. September 2014 wird zurückgewiesen.

Der Antragsteller trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.



G r ü n d e :

- 1 Die am 13. November 2014 und somit fristgerecht eingelegte und begründete Beschwerde gegen den dem Antragsteller am 13. Oktober 2014 zugestellten Beschluss des Truppendienstgerichts Süd, der es am 23. Juni 2016 nicht abgeholfen hat, hat keinen Erfolg. Die gerügten Verfahrensmängel (§ 22a Abs. 2 Nr. 3 WBO) einer Verletzung der gerichtlichen Pflicht zur Aufklärung des Sachverhalts (§ 18 Abs. 2 Satz 1 WBO) und des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG, § 23a Abs. 2 WBO i.V.m. § 108 Abs. 2 VwGO) liegen, soweit prozessordnungsgemäß dargelegt, nicht vor.
  
- 2 Nach der Rechtsprechung der Wehrdienstsenate des Bundesverwaltungsgerichts sind an die Begründung einer Nichtzulassungsbeschwerde nach § 22b Abs. 2 Satz 2 WBO dieselben Anforderungen zu stellen, wie sie von den Revisions senaten des Bundesverwaltungsgerichts in ständiger Rechtsprechung für die Begründung einer Nichtzulassungsbeschwerde nach § 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO entwickelt worden sind (BVerwG, Beschlüsse vom 1. Juli 2009 - 1 WNB 1.09 - Buchholz 450.1 § 22a WBO Nr. 1 Rn. 2 und vom 17. Juni 2010 - 2 WNB 7.10 - Buchholz 450.1 § 22b WBO Nr. 2 Rn. 9).
  
- 3 Danach setzt die ordnungsgemäße Darlegung einer Aufklärungsrüge unter anderem die Angabe voraus, welche Tatsachen auf der Grundlage der materiellrechtlichen Auffassung des Truppendienstgerichts ermittlungsbedürftig gewesen wären und inwiefern die angegriffene Entscheidung auf der unterbliebenen Sachaufklärung beruhen kann (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 27. Juli 2011 - 2 WNB 3.11 - Rn. 5 und vom 10. Dezember 2003 - 8 B 154.03 - NVwZ 2004, 627 <628>). Weiter muss dargelegt werden, welche konkreten Beweismittel zur Klärung der für entscheidungserheblich gehaltenen Behauptungen zur Verfügung gestanden hätten, welches Ergebnis die Beweisaufnahme voraussichtlich gehabt hätte und dass entsprechende Beweisanträge im gerichtlichen Verfahren gestellt wurden oder warum sich dem Gericht die weitere Aufklärung von Amts wegen hätte aufdrängen müssen (BVerwG, Beschlüsse vom 27. Juli 2011 - 2 WNB 3.11 - Rn. 5 und vom 19. August 1997 - 7 B 261.97 - Buchholz 310 § 133 <n.F.> VwGO Nr. 26 S. 14 f. m.w.N.). Dabei findet die gerichtliche Aufklä-

rungspflicht dort ihre Grenze, wo das Vorbringen der Beteiligten keinen tatsächlichen Anlass zur weiteren Aufklärung bietet (BVerwG, Beschluss vom 5. Oktober 2012 - 1 WNB 3.12 - juris Rn. 3 m.w.N.).

- 4 Die Rüge der Verletzung der Pflicht zur Gewährung des rechtlichen Gehörs erfordert regelmäßig die substantiierte Darlegung dessen, was von der Vorinstanz nicht zur Kenntnis genommen worden ist und inwiefern dies für die Entscheidung erheblich gewesen wäre (stRspr, vgl. z.B. BVerwG, Beschluss vom 30. Januar 2014 - 2 WNB 4.13 - Rn. 6 m.w.N.).
- 5 1. Die Beschwerde macht mit der Aufklärungsrüge geltend, das Truppendienstgericht habe auf Seite 13 (1. Absatz) der angefochtenen Entscheidung ausgeführt, dass trotz fehlender Dokumentation des Vorgangs der Vergleichsgruppenbildung aus den Äußerungen, Beiträgen und Stellungnahmen der Truppenvorgesetzten in hinreichender Schärfe erkennbar sei, wie sich der Prozess der Vergleichsgruppenbildung gestaltet habe. Insoweit habe das Gericht seiner Entscheidung einfach die Darstellung der beteiligten Dienststellen, insbesondere die Stellungnahme des ehemaligen Kommandeurs ... vom 7. Januar 2013 (Oberst A) an den Nachfolger im Kommando, zugrunde gelegt, ohne den Erstbeurteiler des Antragstellers (Oberst B) in ausreichendem Maße anzuhören; dieser könne wesentliche Ausführungen zur Vergleichsgruppenbildung machen. Das Truppendienstgericht habe weder zur Größe noch zur Homogenität der damaligen Vergleichsgruppe die notwendige Sachverhaltsaufklärung geleistet.
- 6 Die Aufklärungsrüge kann bereits deshalb nicht durchdringen, weil der Antragsteller einen entsprechenden Beweisantrag auf Vernehmung des beurteilenden Vorgesetzten (Oberst B, damals Kommandeur ...) im Verfahren vor dem Truppendienstgericht nicht gestellt hat. Er hat mit Schriftsatz seines Bevollmächtigten vom 9. August 2013 das Truppendienstgericht lediglich gebeten, vom "Beschwerdegegner" die "Vorlage überprüfbarer Nachweise und Unterlagen des Beschwerdegegners zur hier maßgeblichen Vergleichsgruppenbildung unter Offenlegung der maßgebenden Richtwerte" anzufordern. Es handelt sich dabei lediglich um eine Beweisanregung, die nicht einem konkretisierten Beweisantrag auf Vernehmung des Erstbeurteilers Oberst B entspricht.

- 7 Bei der Überprüfung der im gerichtlichen Verfahren angefochtenen Stellungnahme des nächsthöheren Vorgesetzten (Oberst A) vom 7. August 2012 zu der planmäßigen Beurteilung des Antragstellers vom 10. August 2011 (zum Vorlagetermin 30. September 2011) musste sich dem Truppendienstgericht die mit der Beschwerde geforderte weitere Aufklärung der Vergleichsgruppenbildung auch nicht von Amts wegen aufdrängen.
  
- 8 Nach der materiell-rechtlichen Auffassung des Truppendienstgerichts, auf die es allein ankommt (BVerwG, Beschluss vom 28. Oktober 2009 - 2 WNB 4.09 - Rn. 2), konnte trotz einer fehlenden Dokumentation die Klärung des Vorgangs der Vergleichsgruppenbildung im Wege der freien Beweiswürdigung erfolgen. In dieser Beweiswürdigung stand für das Truppendienstgericht als unstreitig fest, dass die für den Antragsteller gebildete Vergleichsgruppe - auch auf der Ebene des stellungnehmenden nächsthöheren Vorgesetzten - jedenfalls weniger als 20 Personen umfasste und damit nicht die hinreichende Größe für die Anwendung der Richtwerte aufwies (vgl. dazu Nr. 610 Buchst. c Sätze 2 und 3 ZDv 20/6; BVerwG, Beschluss vom 25. Oktober 2011 - 1 WB 51.10 - BVerwGE 141, 113 Rn. 44). Das entsprach im Ergebnis dem Vorbringen des Antragstellers. Dieser hat im Schriftsatz seines Bevollmächtigten vom 9. August 2013 auf seine Beschwerdebegründung vom 10. Dezember 2012 verwiesen, in der er selbst geltend gemacht hatte, dass die Vergleichsgruppe nur zwei Stabsoffiziere der Besoldungsgruppe A 14 im Stab des ... umfasst habe. Genau dieses Vorbringen wiederholt die Beschwerde ohne Abweichungen auf Seite 3 der Begründung. Die Frage der zu geringen Größe der Vergleichsgruppe bedurfte mithin keiner weitergehenden Aufklärung.
  
- 9 Zu der außerdem maßgeblichen Frage der Homogenität der Vergleichsgruppe hat das Truppendienstgericht die Stellungnahme des ehemaligen Kommandeurs ... (Oberst A) vom 7. Januar 2013 ausgewertet, der - insoweit vom Truppendienstgericht wörtlich zitiert - ausführt, dass die Vergleichsgruppe auf seiner Ebene mindestens acht Stabsoffiziere in Leitungsfunktion (Stabsgebietsleiter/Disziplinarvorgesetzte) unter Einschluss des Antragstellers umfasst habe. Die gemeinsame Funktionskategorie der Leitungsaufgabe steht mit dem Homo-

genitätsgebot aus § 2 Abs. 4 Satz 1 SLV im Einklang (vgl. dazu, BVerwG, Beschluss vom 25. Oktober 2011 - 1 WB 51.10 - BVerwGE 141, 113 Rn. 40 ff.). Mit der pauschalen Behauptung, die Vergleichsgruppe sei - abgesehen von ihrer zu geringen Größe - "vorschriftenwidrig" nach der ZDv 20/6 gebildet worden, legt die Beschwerde keine substantiierten Angriffe gegen die Ausführungen des Truppendienstgerichts zur hinreichenden Homogenität dar. Im Übrigen wird in dem angefochtenen Beschwerdebescheid des Amtschefs des Streitkräfteamtes vom 2. April 2013 auf Seite 7 (unten) ebenfalls die Homogenität der Vergleichsgruppe (Stabsoffiziere A 14/A 13 in Leitungsfunktion) festgestellt. Dem Truppendienstgericht mussten sich daher auch keine weiteren Ermittlungen zu Fragen der Homogenität der für den Antragsteller gebildeten Vergleichsgruppe aufdrängen. Ferner ist nicht ersichtlich, dass die Entscheidung des Truppendienstgerichts zu diesem Gesichtspunkt auf der unterbliebenen Zeugenvernehmung des Erstbeurteilers beruhen könnte.

- 10 2. Die Rüge der Verletzung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs bleibt ebenfalls ohne Erfolg.
  
- 11 Der Antragsteller hat - wie bereits dargelegt - beim Truppendienstgericht keinen Beweisantrag zur Vernehmung des Erstbeurteilers Oberst B zur Bildung der Vergleichsgruppe gestellt. Den Inhalt der Stellungnahme des ehemaligen Kommandeurs ... (Oberst A) vom 7. Januar 2013 hat das Truppendienstgericht dem Antragsteller durch Ermöglichung der Akteneinsicht mit Verfügung vom 30. Mai 2013 zugänglich gemacht. Mit dieser Stellungnahme hat sich anschließend der Antragsteller im Schriftsatz seines Bevollmächtigten vom 9. August 2013 (auf Seite 6 unten) auseinander gesetzt. Eine weitergehende Einräumung rechtlichen Gehörs zu der Stellungnahme des Oberst A musste sich dem Truppendienstgericht nicht aufdrängen.

- 12 3. Die Beschwerde rügt außerdem die Versagung rechtlichen Gehörs und die Verletzung der Amtsermittlungspflicht mit dem Vorbringen, das Truppendienstgericht habe vor seiner Entscheidung dem Antragsteller die dann im angefochtenen Beschluss niedergelegte Rechtsauffassung zur Frage der Vergleichsgruppenbildung bekanntgeben und ihm insoweit Gelegenheit zur Äußerung gewähren müssen.
- 13 Mit dieser Rüge wird verkannt, dass Art. 103 Abs. 1 GG grundsätzlich nicht verlangt, dass das Gericht vor seiner Entscheidung auf seine Rechtsauffassung hinweist; dem Gericht obliegt insoweit auch keine allgemeine Frage- und Aufklärungspflicht (stRspr, vgl. z.B. BVerwG, Beschluss vom 26. Oktober 2010 - 1 WNB 4.10 - juris Rn. 16 m.w.N.). Deshalb ist das Gericht nicht gehalten, unter dem Blickwinkel der Gewährung rechtlichen Gehörs seine die Entscheidung tragende Rechtsauffassung schon vor der Urteils- oder Beschlussberatung im Einzelnen festzulegen und den Beteiligten zur Erörterung bekanntzugeben (BVerwG, Beschluss vom 26. Oktober 2010 - 1 WNB 4.10 - juris Rn. 16 m.w.N.). Daher hat das Truppendienstgericht auch insoweit in dem angegriffenen Beschluss den Grundsatz des rechtlichen Gehörs nicht verletzt.
- 14 4. Der Aspekt einer von der Beschwerde behaupteten Pflicht zur Dokumentation des Vorgangs der Vergleichsgruppenbildung war für die entscheidungstragende Rechtsauffassung des Truppendienstgerichts nicht maßgeblich. Diese Rechtsauffassung hat der Antragsteller im Übrigen nicht mit einer Grundsatzrüge (§ 22a Abs. 2 Nr. 1 WBO) oder mit einer Divergenzrüge (§ 22a Abs. 2 Nr. 2 WBO) angegriffen. Die Rechtsanwendung des Truppendienstgerichts ist für sich genommen im Zulassungsverfahren nicht rügefähig.
- 15 5. Mit dem Vorbringen unter Nr. 3 greift die Beschwerde lediglich die Rechtsauffassung des Truppendienstgerichts an, ohne insoweit einen konkreten Verfahrensmangel darzulegen. Die Befangenheit des stellungnehmenden nächsthöheren Vorgesetzten (Oberst A) hatte der Antragsteller im gerichtlichen Verfahren ausdrücklich geltend gemacht. Das Truppendienstgericht hat sich damit in dem angefochtenen Beschluss ausführlich auseinandergesetzt. Eine weitere Anhörung des Antragstellers im Sinne einer Vorwegmitteilung der Rechtsauffassung

des Truppendienstgerichts war aus den bereits dargelegten Gründen nicht geboten.

- 16 6. Die von der Beschwerde unter Nr. 4a in Bezug genommenen "Versäumnisse" werden vom Truppendienstgericht auf den Seiten 15 und 16 des angefochtenen Beschlusses nicht erörtert. Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, welche Feststellungen des Truppendienstgerichts die Beschwerde im Einzelnen mit der Nichtzulassungsbeschwerde angreifen will. Der Gesichtspunkt angeblicher "Versäumnisse" des Antragstellers, die im Beurteilungsverfahren zu einer Herabsetzung der vom Erstbeurteiler vergebenen Leistungswerte durch den stellungnehmenden nächsthöheren Vorgesetzten geführt haben sollen, ist im gerichtlichen Verfahren und schon zuvor im Beschwerdeverfahren ausführlich von den Beteiligten erörtert worden. Vor diesem Hintergrund musste sich dem Truppendienstgericht eine weitere Anhörung des Antragstellers insoweit nicht aufdrängen.
- 17 7. Soweit die Beschwerde schließlich einen Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs durch Unterlassung der Vernehmung des Erstbeurteilers (Oberst B) zu dem Inhalt der Stellungnahme des nächsthöheren Vorgesetzten (Oberst A) vom 7. Januar 2013 behauptet, wird auf den bereits dargelegten Umstand verwiesen, dass der Antragsteller keinen diesbezüglichen Beweisantrag gestellt hat. Das gilt auch für die von der Beschwerde als notwendig bezeichnete Vernehmung des Erstbeurteilers und des stellungnehmenden Vorgesetzten zu angeblichen "Versäumnissen" des Antragstellers, die zur Herabsetzung einzelner Leistungswerte geführt haben sollen.
- 18 8. Die von der Beschwerde gegen die Beurteilung des Antragstellers gerichteten Rügen sind unzulässig, weil die Beurteilung vom 10. August 2011 nicht Streitgegenstand des truppendienstgerichtlichen Verfahrens war.
- 19 9. Die Kostenentscheidung folgt aus § 23a Abs. 2 WBO in Verbindung mit § 154 Abs. 2 VwGO.