



# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

## **BESCHLUSS**

BVerwG 2 B 4.10  
OVG 1 A 67/08

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
am 21. Juli 2010

durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Herbert,  
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Thomsen und  
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Hartung

beschlossen:

Die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung  
der Revision in dem Urteil des Oberverwaltungsgerichts  
für das Land Nordrhein-Westfalen vom 29. Oktober 2009  
wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Wert des Streitgegenstandes für das Beschwerdever-  
fahren wird auf 5 000 € festgesetzt.

#### G r ü n d e :

- 1 Die Beschwerde bleibt ohne Erfolg.
- 2 1. Die Klägerin begehrt eine Neubescheidung durch die Beklagte unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts über ihre Bewährung bzw. Nichtbewährung auf einem höher bewerteten Dienstposten im Sinne des § 11 BLV a.F. Während das Verwaltungsgericht der Klage stattgegeben hat, weil hierfür eine dienstliche Beurteilung erforderlich sei, hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen. Nach seiner Auffassung bedurfte es keiner dienstlichen Beurteilung.
- 3 2. Die Beschwerde sieht als grundsätzlich klärungsbedürftig im Sinne des § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO an, ob die Feststellung der Eignung für einen höher bewerteten Dienstposten in einem förmlichen (Beurteilungs-)verfahren zu erfolgen hat oder nicht, mithin, ob die Beurteilungsbestimmungen auch auf die Fälle der (Nicht-) Bewährungsfeststellung i.S.d. § 11 BLV a.F. anzuwenden sind. Zur Begründung bezieht sie sich auf das erstinstanzliche Urteil und verweist auf das Urteil des Senats vom 25. Januar 2007 - BVerwG 2 A 2.06 - (Buchholz 232.1 § 11 BLV Nr. 4).

- 4 Die Revisionszulassung wegen grundsätzlicher Bedeutung gemäß § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO setzt voraus, dass die Rechtssache eine konkrete, in dem zu entscheidenden Fall erhebliche Frage des revisiblen Rechts aufwirft, die im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsprechung oder der Rechtsfortbildung der Klärung in einem Revisionsverfahren bedarf (Beschluss vom 2. Oktober 1961 - BVerwG 8 B 78.61 - BVerwGE 13, 90 <91> = Buchholz 310 § 132 VwGO Nr. 18; stRspr). Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt. Die mit der Beschwerde aufgeworfene Frage ist nicht entscheidungserheblich und lässt sich zudem anhand der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts beantworten.
  
- 5 Das Berufungsgericht schließt aus, dass allein das Fehlen einer förmlichen dienstlichen Beurteilung irgendeinen Einfluss auf das inhaltliche Ergebnis der Prüfung und Feststellung der (Nicht-) Eignung gehabt haben könne. Die Beschwerde meint demgegenüber, die Frage sei gleichwohl entscheidungserheblich und „tritt insoweit den Äußerungen ausdrücklich entgegen“, weil nicht von vornherein auszuschließen sei, dass auf diesem Weg eine Verständigung der nunmehr völlig verhärteten Fronten hätte stattfinden können, welche zu einer Bewährungsfeststellung hätte führen können. Im Übrigen verbiete sich eine Argumentation vom Ergebnis der Neubescheidung her. Dies widerspricht jedoch den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts, die mangels einer zulässigen und begründeten Verfahrensrüge in einem Revisionsverfahren zugrunde zu legen wären.
  
- 6 Im Übrigen verweisen das Berufungsurteil und die Beklagte zutreffend darauf, dass der Senat im Urteil vom 25. Januar 2007 a.a.O. entschieden hat, dass § 11 BLV a.F. eine förmliche Bewährungsfeststellung nicht vorsieht. Dem Dienstherrn ist aufgrund seines organisatorischen Ermessens, innerhalb des gesetzlich vorgegebenen Rahmens das Verfahren der Bewährungsfeststellung im Einzelnen zu bestimmen, eine solche förmliche Feststellung jedoch nicht verwehrt. Sieht er eine solche förmliche Feststellung nach einem bestimmten Verfahren vor, so sind diese selbst gesetzten Vorgaben zu beachten. Dass es besondere Vorschriften für das Verfahren der Eignungsfeststellung im Sinne

des § 11 BLV a.F. im Bereich des Bundesministeriums der Verteidigung gebe oder gegeben habe oder der Dienstherr dessen Beurteilungsbestimmungen vom 13. April 2004 in diesem Sinne anwende oder angewendet habe oder es eine ständige tatsächliche Praxis in diesem Sinne gebe oder gegeben habe, hat das Berufungsgericht verneint. Dem tritt die Beschwerde nicht substantiiert entgegen. Mangels zulässiger und begründeter Verfahrensrüge wären auch diese tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts in einem Revisionsverfahren zugrunde zu legen. Schon deswegen gehen die Grundsatzrüge und die hilfsweise erhobene Abweichungsrüge an dem vom Oberverwaltungsgericht festgestellten Sachverhalt vorbei.

- 7 3. Die Beschwerde meint außerdem, die Revision sei nach § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO zuzulassen, weil das Berufungsgericht seiner Aufklärungspflicht nach § 86 VwGO nicht nachgekommen sei. Für die Bewährungsfeststellung sei nur auf dienstpostenfremde Tätigkeiten abgestellt worden, zu denen die Beklagte bereits zuvor eine vorgezogene Beförderungsentscheidung getroffen habe. Diese Vorgänge seien aber nicht zu den Gerichtsakten gereicht worden. Die weitere Sachaufklärung hätte sich dem Tatsachengericht aufdrängen müssen. Die Bewährungsfeststellung sei tätigkeitsgebunden, so dass es entscheidungserheblich gewesen sei, ob Tätigkeiten des Dienstpostens TE/Z 353/315 oder des Dienstpostens TE/Z 353/514 ausgeübt worden seien. Insofern verweist die Beschwerde auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung. Ausweislich des Protokolls der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht wurde dieser Vortrag von der Beklagten als „völlig neu“ bezeichnet und seine Richtigkeit wurde bestritten.
- 8 Die Verfahrensrüge ist unbegründet. Das Maß der Sachaufklärungspflicht bestimmt sich nach der materiellrechtlichen Auffassung des Gerichts (Urteil vom 25. Juni 1986 - BVerwG 6 C 98.83 - Buchholz 310 § 86 Abs. 1 VwGO Nr. 177; stRspr). Nach Rechtsauffassung des Oberverwaltungsgerichts, die in den Gründen der angegriffenen Entscheidung im Einzelnen dargelegt ist, ist es unerheblich, ob die Klägerin mit den Aufgaben des ihr übertragenen oder mit den Aufgaben eines anderen Dienstpostens betraut war; maßgeblich sei allein die tatsächliche Wahrnehmung der dienstlichen Aufgaben. Angesichts dessen

musste das Oberverwaltungsgericht nicht aufklären, welcher Dienstposten der Klägerin übertragen war.

- 9 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Festsetzung des Streitwertes beruht für das Beschwerdeverfahren auf § 47 Abs. 1 und 3 und § 52 Abs. 2 GKG.

Herbert

Thomsen

Dr. Hartung