

# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

## **BESCHLUSS**

BVerwG 2 B 43.03  
VGH 3 B 99.1485

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
am 11. Dezember 2003

durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Silberkuhl  
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dawin und Dr. Bayer

beschlossen:

Der Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom  
23. Mai 2003 wird aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweitigen Verhandlung und Entschei-  
dung an den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof zurückver-  
wiesen.

Die Entscheidung über die Kosten bleibt der Schlussentschei-  
dung vorbehalten.

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 61 500 €  
festgesetzt.

#### G r ü n d e :

Die Beschwerde ist begründet. Zwar kommt der Rechtssache weder die von der Be-  
schwerde geltend gemachte grundsätzliche Bedeutung zu (I.), noch ist die Diver-  
genzrüge begründet (II.). Es liegt aber ein von der Beschwerde geltend gemachter  
Verfahrensmangel vor, auf dem die angefochtene Entscheidung beruhen kann (III.).  
Dies führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung  
der Streitsache an das Berufungsgericht (§ 133 Abs. 6 i.V.m. § 132 Abs. 2 Nr. 3  
VwGO).

I. Die Sache hat keine grundsätzliche Bedeutung in der mit dem Beschwerdevorbrin-  
gen bezeichneten Richtung (§ 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO). Die angefochtene Ent-  
scheidung beruht auf der Auslegung und Anwendung irrevisibler und überdies aus-  
gelaufener Beihilfevorschriften.

II. Der angefochtene Beschluss weicht auch nicht von dem Urteil des Senats vom  
24. August 1995 - BVerwG 2 C 7.94 - (Buchholz 270 § 9 BhV Nr. 3) ab. Eine Diver-

genz im Sinne des § 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO liegt nur dann vor, wenn das Berufungsgericht in Anwendung derselben Rechtsvorschrift mit einem seine Entscheidung tragenden Rechtssatz einem in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts aufgestellten ebensolchen Rechtssatz widersprochen hat (stRspr; vgl. u.a. Beschluss vom 4. Februar 1999 - BVerwG 6 B 131.98 - Buchholz 251.8 § 94 RhPPersVG Nr. 1 S. 3 f. m.w.N.). In jedem Fall erfolglos bleibt eine Divergenzrüge, wenn die abweichende Entscheidung eine irreversible Vorschrift betrifft, und zwar auch dann, wenn diese mit einer reversiblen Vorschrift inhaltsgleich sein sollte (vgl. u.a. Beschluss vom 4. Februar 1999, a.a.O. S. 4 m.w.N.). So verhält es sich hier.

III. Das Berufungsgericht hat jedoch durch eine Überraschungsentscheidung den Anspruch des Klägers auf rechtliches Gehör (§ 108 Abs. 2 VwGO) verletzt. Es hat entscheidungstragend angenommen: Der Begriff der Pflegeeinrichtung setze voraus, dass bei einer so genannten gemischten Einrichtung deren eigentlicher Pflegezweck im Rechtssinne klar feststellbar überwiege. Diese Auslegung des Begriffs der Pflegeeinrichtung sei geboten, weil Beihilfe nur für Pflegemaßnahmen gewährt werden könne. Da bei einer gemischten Einrichtung auch die nicht der Grund- und Behandlungspflege zuzuordnenden Aufwendungen unausscheidbar in die gesamten Betreuungskosten eingingen, könne die Beihilfe von dem nicht beihilfefähigen Kostenanteil nicht entlastet werden. Deshalb müsse das Überwiegen des Pflegezwecks einer gemischten Einrichtung verlangt werden.

Die Frage, ob die Kosten für Behandlungs- und Grundpflege und die sonstigen Kosten untrennbar seien und deswegen der Begriff der Pflegeeinrichtung im Sinne des angefochtenen Beschlusses auszulegen sei, hat zuvor weder das Berufungsgericht noch ein Verfahrensbeteiligter angesprochen. Hätte das Berufungsgericht die Beteiligten in der gebotenen Weise hierauf hingewiesen, hätte der Kläger - wie die Beschwerde geltend macht - unter Beweisantritt vortragen können, ein Heim, das Behinderte betreut und pflegt, könne sämtliche Kosten, insbesondere die Aufwendungen für die Pflege, im Einzelnen aufgeschlüsselt und nachvollziehbar berechnen. Auf der Versagung rechtlichen Gehörs kann die angefochtene Entscheidung beruhen (§ 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO). Es ist nicht auszuschließen, dass das Berufungsgericht zu einer anderen Entscheidung gelangt wäre, sofern es sich im Einzelnen mit diesem Vorbringen des Klägers auseinander gesetzt hätte.

Zur Beschleunigung des Verfahrens ist der angefochtene Beschluss ohne vorherige Zulassung der Revision aufzuheben und der Rechtsstreit zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen (§ 133 Abs. 6 VwGO).

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 13 Abs. 2 GKG.

Dr. Silberkuhl

Prof. Dawin

Dr. Bayer