

An das
Nieders. Oberverwaltungsgericht
Uelzener Str. 40

21335 Lüneburg

In der Verwaltungsrechtssache

Dr. Szczekalla
Kläger und Berufungsbeklagter

./.

Nds. Justizministerium
Beklagter und Berufungskläger

5 LC 171/03

führe ich zur Begründung der Beschwerde vom 02.04.2004 gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des Senates vom 10.02.2004 – 5 LC 171/03 –, zugestellt am 08.03.2004, aus:

1. Die Revision ist nach § 133 in Verbindung mit § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zuzulassen, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat.

- a) Das Oberverwaltungsgericht hat die Berufung des Beklagten für zulässig gehalten und dabei das Begründungserfordernis des § 124a Abs. 3 S. 4 VwGO in einer Weise ausgelegt, die dieses zur bloßen Förmerei werden lässt und die Grundsätze der Rechtsmittelsicherheit und -klarheit missachtet.

Die Bestimmung der Anforderungen an eine ausreichende Begründung betrifft eine Rechtsfrage von allgemeiner, über den hier zu entscheidenden Einzelfall hinausreichender Bedeutung. Ihre Beantwortung in dem durchzuführenden Revisionsverfahren kann zu einer einheitlichen Auslegung und Anwendung von Bundesrecht beitragen. Sie ist durch die bisherige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts – auch und gerade im Zusammenspiel mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den in der Verwaltungsgerichtsordnung heranzuziehenden, einschlägigen zivilprozessualen Bestimmungen (§ 519 Abs. 3 ZPO a.F. – modifiziert, präzisiert und teilweise auch verschärft in § 520 Abs. 3 ZPO n.F.) – noch nicht hinreichend geklärt.

Zu klären ist insbesondere, ob und wieweit auch die Anforderungen des § 520 Abs. 3 Nr. 2 ZPO n.F. („die Bezeichnung der Umstände, aus denen sich die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergibt“) über § 173 VwGO im verwaltungsgewichtlichen Berufungsverfahren anwendbar sind. Sind sie anwendbar, kann es sich bei dem Schriftsatz des Beklagten und Berufungsklägers keinesfalls um eine ausreichende Begründung im Sinne von § 124a Abs. 3 S. 4 VwGO handeln.

Zu klären ist dabei auch, ob schon die schlichte Negation der rechtlichen Begründung in einem Urteil eines Verwaltungsgerichts, verbunden mit einer formelhaften Rechtsbehauptung, die Anforderungen an eine zulässige Berufungsbegründung erfüllt.

Schließlich ist zu klären, ob das wörtliche Abschreiben aus einer anderen, älteren erstinstanzlichen Entscheidung (vom Beklagten und Berufungskläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Oberverwaltungsgericht auch ausdrücklich zugegeben) das Begründungserfordernis zu erfüllen vermag.

Zu alledem liegt bislang keine Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts vor. Die Durchführung eines Revisionsverfahrens verspricht eine Fortbildung des Berufungsrechts. Das Revisionsverfahren ist schon aus Gründen der einheitlichen Auslegung und der Rechtssicherheit erforderlich.

- b) Die Versagung der Fahrtkosten hängt von der Auslegung der landesrechtlichen, wegen § 193 Nr. 2 NBG gleichwohl revisiblen Begriffe der „sonstigen Ausbildungsveranstaltung“ und der „Laufbahnprüfung (Zwischenprüfung)“ in § 2 der Verordnung über die Gewährung von Reise- und Umzugskostenvergütung und Trennungsgeld an Beamte auf Widerruf im Vorbereitungsdienst v. 24.06.1971 (Nds. GVBl. S. 225) ab. Wird das Vorstellungsgespräch – ebenso wie in der Praxis des Landes jede x-beliebige Exkursion oder sonstige Veranstaltung von weit höherem Freizeitwert als ein solches Vorstellungsgespräch – nur von einem dieser beiden Begriffe erfasst, besteht ein ermessensunabhängiger Anspruch auf Fahrtkostenerstattung. Dies ist bisher ungeklärt. Ein Revisionsverfahren ist deshalb geeignet, diese Rechtsfrage von allgemeiner, über den hier zu entscheidenden Einzelfall hinausreichender Bedeutung zu entscheiden und damit zu einer einheitlichen Auslegung und Anwendung von revisiblem Landesrecht beizutragen.

Das durchzuführende Revisionsverfahren hätte sogar länderübergreifende Bedeutung. Das gilt vor allem deshalb, weil der Beklagte und Berufungskläger in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, vor dem Termin mit den Justizverwaltungen der anderen Bundesländer Rücksprache genommen zu haben und im Falle eines etwaigen Unterliegens im Sinne eines gemeinsamen, föderal-kooperativen Vorgehens die Praxis der Vorstellungsgespräche abzuändern (etwa Vorstellungsgespräche am gleichen Tag zur Vermeidung der Belastung der Landeshaushalte mit Fahrtkosten).

Zur Konkretisierung des Begriffs der „sonstigen Ausbildungsveranstaltung[en]“ in § 2 Abs. 1 Verordnung lässt sich dabei der – über den Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG ebenfalls reversible – Runderlass des Ministeriums der Finanzen vom 08.03.1984 heranziehen (Nds. MBl. S. 338 f.). Nach dessen Ziff. IV.2 a.E. werden im Rahmen einer beispielhaften Aufzählung sonstiger Ausbildungsveranstaltungen („insbesondere“) „der Ausbildung dienende[...] Reisen zu ... auswärtigen Besprechungen“ erwähnt. Das Vorstellungsgespräch erweist sich hier geradezu als Prototyp einer solchen Besprechung. Überhaupt zeigt der Erlass die ganze Weite der erfassten Fahrten.

In dem durchzuführenden Revisionsverfahren kann über die Auslegung der genannten Bestimmungen der Grundsatz der Belastungsgleichheit von Beamten, namentlich im (Laufbahn-) Prüfungsverfahren geklärt werden. Außerdem geht es ganz allgemein um den Anspruch auf eine – formell und materiell – faire Prüfung, zu welcher auch ein Vorstellungsgespräch gehört. Wenn, wie in der Praxis des Landes Niedersachsen, die Prüflinge schon dadurch ungleich behandelt werden, dass diejenigen am „Sitz“ des Prüfungskommissionsvorsitzenden oder in seiner unmittelbaren Nähe keine besonderen Aufwendungen zur Durchführungen eines Vorstellungsgesprächs haben, während andere ohne wenigstens teilweisen Kostenausgleich weite Strecken zurückzulegen haben, so verstößt eine solche Auslegung des Landesreisekostenrechts auch gegen das Recht auf faire Prüfung sowie gegen den allgemeinen Gleichheitssatz. Zieht man die Vergleichsgruppen sonstiger (insbesondere Lehramts-) Referendare sowie weiterer in der Landesausbildung befindlicher Personen hinzu, welche nach dem genannten Erlass und seiner praktischen Anwendung sogar für deutlich freizeitgeprägtere Veranstaltung Fahrtkostenerstattung erhalten, so zeigt sich die ganze Unhaltbarkeit der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts.

Hinzu kommt, dass das Oberverwaltungsgericht in seiner Entscheidung die Auswirkungen seiner Auslegung der genannten Bestimmungen auf den gesamten Regelungskomplex nicht vollständig und nicht richtig erfasst hat: Zwar hat es die Kontrollüberlegung des Klägers und Berufungsbeklagten hinsichtlich des Erfordernisses, für das Vorstellungsgespräch Urlaub zu beantragen, mit leichter Hand vom Tisch gewischt. Auf die zweite, wesentliche Kontrollüberlegung, das Bestehen von Unfallversicherungsschutz, ist es demgegenüber trotz ausdrücklicher Rüge mit keinem Wort eingegangen. Aus der Systematik des beamtenrechtlichen Reisekosten- und Dienstunfall-schutzrechts ergibt sich, dass die Fahrt zum Vorstellungsgespräch zur mündlichen Prüfung im Zweiten juristischen Staatsexamen zwingend als Fahrt zur Prüfung selbst oder zu einer sonstigen Ausbildungsveranstaltung anzusehen ist. Um dies klarzustellen, ist die Durchführung des Revisionsverfahrens unbedingt erforderlich.

- c) Die gleichen Auslegungsfragen stellen sich darüber hinaus im Hinblick auf die bundesrechtliche Vorschrift des § 23 Abs. 2 BRKG („Reisen zum Zwecke der Ausbildung oder Fortbildung“). Auch hier ist klärungsbedürftig, ob das Vorstellungsgespräch darunter fällt. Das Oberverwaltungsgericht hat diese Frage überraschenderweise nicht selbst beantwortet (weder positiv noch negativ), weil es den aus § 23 Abs. 2 BRKG folgenden Anspruch wenigstens auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Fahrtkostenerstattung trotz entsprechender Antragstellung des Klägers gar nicht beschieden hat, worin zugleich ein die Revisionszulassung erforderlich machender Verfahrensfehler im Sinne von § 133 in Verbindung mit § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO liegt (siehe unten).

Die bereits beim ermessensunabhängigen Anspruch auf Fahrtkostenerstattung genannten Erwägungen (faire Prüfung, Gleichheitssatz) sprechen auch hier für einen solchen Anspruch. Auch hier erfordert die Klärung des Grundsatzes der reisekosten- und dienstunfall-schutzmäßigen Gleichbehandlung von Beamten die Durchführung eines Revisionsverfahrens.

- d) Weiter klärungsbedürftig ist die Frage, ob eine in einer behördlichen Ladung enthaltene „Bitte“ als eine verbindliche Anweisung für den angesprochenen Beamten anzusehen ist mit der Folge, dass es sich um eine der Reisen handelte, die im Sinne von § 2 der Verordnung „auszuführen sind“. Dass eine Bitte eine solche Anweisung enthält, ist vom Kläger und Berufungsbeklagten in

der mündlichen Verhandlung ausdrücklich unter Bezugnahme auf *Werner Volkert*, Die Verwaltungsentscheidung, 3. Aufl. 1997, 2. Kapitel Rn. 29, S. 103 f., vorgetragen worden. Im Übergehen dieses Vortrags liegt zugleich ein die Revisionszulassung erforderlich machender Verfahrensfehler im Sinne von § 133 in Verbindung mit § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO (willkürliche Überraschungsentscheidung, siehe unten). Die Auslegung der Wortfolge „auszuführen sind“ bei einer mit einer „Bitte“ verbundenen Ladung zu einem Vorstellungsgespräch hat über diesen Einzelfall hinausgehende Bedeutung und kann in einem Revisionsverfahren einer erstmaligen höchstrichterlichen Klärung zugeführt werden.

Mittelbar hat die Auffassung des Oberverwaltungsgerichts sogar Auswirkungen auf den Grundsatz der fairen Prüfung. Dem Kläger und Berufungsbeklagten wird vom Gericht nämlich vorgehalten, einem ihm in der universitären und praktischen Ausbildung vermittelten (Fach-) Sprachgebrauch gefolgt zu sein. Das Land empfiehlt in seinen Referendararbeitsgemeinschaften gerade das genannte Buch, sein Autor ist selbst Prüfer. Ausgerechnet in einer Prüfungssituation von diesem Sprachgebrauch abzuweichen, besteht keinerlei Anlass, weder für den Kläger und Berufungsbeklagten noch für den Beklagten und Berufungskläger noch für das entscheidende Oberverwaltungsgericht, zumal die Prüfung nach seiner Auffassung ja gerade in der Feststellung bestand, ob der Prüfling den Prüfungsstoff – und dazu gehört auch der Fachsprachgebrauch – hinreichend verinnerlicht hat. Damit erweist sich die Auslegung des Oberverwaltungsgerichts als willkürlich und unhaltbar. Um dies klarzustellen, ist die Durchführung eines Revisionsverfahrens unbedingt erforderlich.

- e) Ferner klärungsbedürftig ist die Frage, ob das Tatbestandsmerkmal „auszuführen sind“ in § 2 der Verordnung nicht bereits durch die – als Verwaltungsvorschrift über Art. 3 Abs. 1 GG reversible – Ziff. 1 S. 1 der AV zu § 2 NJAVO vom 01.09.1994 (NdsRpfl. S. 293 ff., zuletzt geändert durch AV vom 05.02.1996, NdsRpfl. S. 54) erfüllt wird. Wenn es dort wörtlich heißt: „Die oder der Vorsitzende des Prüfungsausschusses nimmt vor der Prüfung mit jedem Prüfling Rücksprache und informiert, soweit erforderlich, die Mitglieder des Prüfungsausschusses darüber und über den wesentlichen Inhalt der Prüfungsakten“, so ist fraglich, ob damit neben dem ausdrücklich angesprochenen Vorsitzenden auch noch andere Adressaten sein können.

Dass Vorschriften in unserer Rechtsordnung so formuliert sind, dass sie einem Amtsträger ausdrückliche Pflichten auferlegen, zugleich aber auch z.B. Privatpersonen unmittelbar in die Pflicht nehmen, ist keineswegs ungewöhnlich. Ein ganzes Rechtsgebiet funktioniert nach dieser Regelungstechnik: Das Strafrecht verlangt vom Richter den Ausspruch einer bestimmten Strafe, enthält aber zugleich unmittelbare Ge- und Verbote für alle Menschen.

Ebenso muss Ziff. 1 S. 1 der AV dahingehend auszulegen sein, dass er neben dem Vorsitzenden zugleich auch alle Referendare in die Pflicht nimmt, die Fahrten zum Vorstellungsgespräch also obligatorisch sind. Sie gehören für den Referendar zu seinen allgemeinen Dienstpflichten, welche sie weiter konkretisieren. Hält sich der Referendar daran, kann dies nicht zum Anlass genommen werden, ihn mit finanziellen Nachteilen zu belasten. Eine solche Belastung wäre auch gleichheitswidrig. Auch diese Frage kann und muss in einem Revisionsverfahren geklärt werden. Sie weist ebenfalls eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung auf und ist in der Rechtsprechung bisher nicht geklärt.

- f) Schließlich folgt die grundsätzliche Bedeutung der Sache schon aus der Zulassung der Berufung durch das Verwaltungsgericht aus eben diesem Grund. Das Oberverwaltungsgericht verhält sich widersprüchlich, wenn es die Revision ohne weitere Begründung nicht aus dem gleichen Grund zulässt, nämlich ohne andernfalls zu prüfen, ob die Berufungszulassung durch das Verwaltungsgericht nicht selbst fehlerhaft und damit möglicherweise unbeachtlich ist. Diese Frage kann das Oberverwaltungsgericht nach neuerer obergerichtlicher Rechtsprechung selbst prüfen. Es ist jedenfalls nicht immer strikt an die Zulassung gebunden (vgl. Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, B.v. 15.10.2003 – 7 S 558/03 –, DVBl. DVBl 2004, 392 L = DÖV 2004, 172 = VBIBW 2004, 108).

Aus der Systematik der VwGO folgt, dass bei einer grundsätzlichen Bedeutung einer Sache diese weder einem Einzelrichter übertragen (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 VwGO) noch die Zulassung der Berufung (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO) noch die Zulassung der Revision (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) verweigert werden darf. Wenn ein Spruchkörper oder Gericht innerhalb des Instanzenzuges die Frage der Grundsätzlichkeit anders beurteilen will, hat er oder es dies jedenfalls zu begründen. Das hat das Oberverwaltungsgericht hier nicht getan. Die Reichweite dieser aus der Systematik der VwGO ableitbaren und aus dem Anspruch auf ein faires Verfahren folgenden

Begründungspflicht hat allgemeine Bedeutung und kann in dem durchzuführenden Revisionsverfahren geklärt werden.

Außerdem steht auch in der Sache der aus dem Recht auf faires Verfahren und dem allgemeinen Gleichheitssatz folgende Anspruch auf konsequente und folgerichtige Anwendung des Prozessrechts auf dem Spiel. Es gibt nicht ein Mal eine grundsätzlich bedeutsame und ein anderes Mal (in gleicher oder höherer Instanz) nicht grundsätzlich bedeutsame, insoweit gespaltene Rechtssache. Entweder die Rechtssache hat grundsätzliche Bedeutung, dann gilt dies für das gesamte Verfahren bis zum Erlass einer rechtskräftigen Entscheidung, oder die Sache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Dann muss das Obergericht die entsprechende Auffassung der unteren Instanz korrigieren. Dieses Recht auf konsequente und gleichmäßige Anwendung des Prozessrecht (als Bestandteil des Rechts auf ein faires Verfahren) hat eine weiter über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung. Seine Klärung in dem durchzuführenden Revisionsverfahren dient der Rechtsfortbildung und Rechtssicherheit.

2. Die Revision ist des weiteren nach § 133 in Verbindung mit § 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO zuzulassen, weil das Urteil von Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts abweicht.

- a) Aus der Entscheidung BVerwG, U.v. 25.09.2003 – 2 C 20.02 – DVBl. 2004, 320, folgt der bundesrechtliche Grundsatz der Lastenverteilung zwischen Dienstherrn und Beamten auf Widerruf im Vorbereitungsdienst, wonach der Dienstherr die Kosten der Ausbildung vollständig trägt. Prüfung und Vorstellungsgespräch (Letzteres eigenständig oder als Bestandteil der Prüfung selbst) gehören zur Ausbildung. Mit dem von ihm angenommenen, nicht weiter begründeten Rechtssatz, dass in den Anwärterbezügen auch ein gewisser Anteil für ausbildungsbedingte Reisekosten enthalten sei, weicht das Oberverwaltungsgericht ausdrücklich von diesem Lastenverteilungsgrundsatz ab. Von der vom BVerwG angenommenen ungeschmälerten Belassung der dem Referendar bundesbesoldungsrechtlich zustehenden Bezüge kann danach nicht mehr die Rede sein. Das Urteil beruht mithin auch auf dieser Abweichung.
- b) Indem das Oberverwaltungsgericht nach Verneinung des ermessensunabhängigen Anspruchs auf Fahrtkostenerstattung aus § 2 der Trennungsgeldverordnung keine weiteren Anspruchsgrundlagen mehr prüft, weicht es auch von BVerwG, U.v. 14.02.1984 – 6 C 46/83 –, BVerwGE 69,

24 = DVBl 1984, 946, ab. Nach diesem Urteil besteht jedenfalls ein Anspruch auf ermessensfehlerfreier Entscheidung über die Erstattung von Fahrtkosten unter Beachtung der Fürsorgepflicht. Das Urteil des Oberverwaltungsgerichts beruht auch auf dieser Abweichung. Denn bei Prüfung des eigenständigen Anspruchs auf ermessensfehlerfreie Entscheidung hätte es der Berufung nicht insgesamt statt geben dürfen.

3. Die Revision ist schließlich auch nach § 133 in Verbindung mit § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO zuzulassen, weil sie auf Verfahrensmängeln beruht.

- a) In der Sachentscheidung über eine mangels ausreichender Begründung unzulässige Berufung liegt zugleich ein Verfahrensmangel, auf dem die Entscheidung beruht: Die Berufung hätte als unzulässig verworfen werden müssen. Bei einer unzulässigen Berufung ist das Oberverwaltungsgericht nicht gesetzlicher Richter im Sinne von Art. 101 Abs. 1 S.2 GG.
- b) Die Auslegung der Ladung zum Vorstellungsgespräch durch das Oberverwaltungsgericht dahingehend, dass diese keine Dienstpflicht zum Erscheinen begründe („freundlich-entgegenkommende Wortwahl“), ist willkürlich und stellt eine unzulässige Überraschungsentscheidung dar, erweist sich mithin auch als verfahrenfehlerhaft. In der mündlichen Verhandlung hatte der Kläger und Berufungsbeklagte ausdrücklich vorgetragen, dass eine Bitte im Rechtssinn eine Anordnung darstellt und dazu auf das entsprechende Schrifttum verwiesen (Volkert, a.a.O.). Eine andere Auffassung des Senats war hierzu nicht erkennbar. Die gleichwohl im Urteil gegebene „Begründung“ ist deshalb nicht nachvollziehbar, willkürlich und überraschend. Hätte sich das Oberverwaltungsgericht mit dem Vortrag des Klägers und Berufungsbeklagten hinreichend auseinander gesetzt, hätte es die „Bitte“ als Anweisung verstehen und die Berufung aus diesem Grund zurückweisen müssen.
- c) Verfahrenfehlerhaft unterblieben ist schließlich die Bescheidung des vom Kläger mit Ermessensausfall begründeten Antrags auf Neubescheidung durch den Beklagten und Berufungskläger unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts. Wenn nach Auffassung des Oberverwaltungsgerichts die Voraussetzungen des § 2 der Verordnung über die Gewährung von Reise- und Umzugskostenvergütung und Trennungsgeld an Beamte auf Widerruf im Vorbereitungsdienst nicht erfüllt gewesen sein sollen, müsste auch nach seiner Ansicht immer noch die Ermessen er-

öffnende Vorschrift des § 23 Abs. 2 BRKG als weitere Anspruchsgrundlage in Betracht kommen. Darauf geht der Senat unter Übergehung des klägerischen Vortrags und ausdrücklichen Antrags aber überhaupt nicht (mehr) ein. Darin liegt zugleich eine unzulässige, willkürliche Überraschungsentscheidung, also ein Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs. Wäre der Senat auf diese Frage eingegangen, so hätte er jedenfalls einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung anerkennen müssen. Er hätte der Berufung also jedenfalls nicht vollständig stattgeben können.

Rechtsanwalt