

Kommt ein 7. VwGO-ÄndG?

Von Professor Dr. Bernhard *Stier*, Münster/Osnabrück und Caspar David *Hermanns*, Berlin
Gut vier Jahre sind seit dem Inkrafttreten des 6. VwGO-ÄndG nun vergangen und selten sah sich eine Änderung des Prozeßrechts so langanhaltender Kritik ausgesetzt. Sicheres Indiz dafür, daß es sich nicht um das regelmäßig auftretende Wehklagen bei der Veränderung bisher gewohnter Rechtsregeln handelte. Nein, im Jahre 1996 war mehr geschehen – der Zugang zur zweiten Instanz wurde für viele von vornherein ausgeschlossen.

Inzwischen hat auch die Bundesregierung erkannt, daß mit dem derzeitigen System des Berufungs- und Beschwerderechts im verwaltungsgerichtlichen Verfahren etwas nicht stimmt. Im vergangenen Oktober wurde nun ein Referentenentwurf zu einem 7. VwGO-ÄndG vorgelegt, in dessen Begründung es unter anderem heißt, daß lediglich Randkorrekturen veranlaßt seien um praktische Bedürfnissen infolge der Anwendung der Regelungen des 6. VwGO-ÄndG Rechnung tragen zu können. Wer also einen großen Wurf erwartet hat, kann den Gesetzentwurf enttäuscht beiseite legen.

I. Ausgangssituation

Nahezu handstreichartig und im Grunde ohne eine wissenschaftliche Begleitung¹ wurde im Jahre 1996 das 6. VwGO-ÄndG beschlossen. Zwischen dem Beschluß des Gesetzesänderungen und deren Inkrafttreten lag ein Zeitraum von nicht ganz zwei Monaten². Neben mehr technischen Änderungen waren es vor allem die neu eingeführten Instrumente der Zulassungsberufung und Zulassungsbeschwerde, von denen eine erhebliche Entlastung der Gerichte erwartet wurde. Aber auch die Begrenzung der Antragsbefugnis im Normenkontrollverfahren auf die eigenen Rechte der Antragsteller sollte nach den Vorstellungen des Gesetzgebers für die Gerichte Entlastung bringen.

Doch inzwischen wird wohl allgemein davon ausgegangen, dass die Rechtsschutzmöglichkeiten mehr als großzügig gestutzt worden sind und der Rechtsschutz der Betroffenen am Ende vielfach weitgehend auf der Strecke geblieben ist. Von einer „Zeitenwende“ seit Inkrafttreten der 6. VwGO-Novelle wird gesprochen³. Zudem bietet die Verwaltungsgerichtsbarkeit für junge Verwaltungsrichter nur wenig interessante Perspektiven, wenn der Rechtsschutz des Bürgers in aller Regel beim Einzelrichter der ersten Instanz beginnt und dort auch mit einiger Zeitverzögerung, die trotz aller Reformbemühungen

¹Vor Inkrafttreten der Änderungen äußerten sich in der Literatur *Redeker*, NVwZ 1996, 521 und *Kuhla/Hüttenbrink*, DVBl. 1996, 717.

²Das Sechste Gesetz zur Änderung der VwGO (BGBl. I S. 1626) wurde am 01.11.1996 beschlossen und trat zum 01.01.1997 in Kraft.

³*Uechtritz*, VBIBW 2000, 65, 66.

nicht geringer geworden ist, endet, schlägt dies doch auch unmittelbar auf die eigenen beruflichen Entwicklungsmöglichkeiten durch⁴.

Überdies ist es zu einem besorgniserregenden Bedeutungsverlust für die Berufungs- und Revisionsinstanz gekommen, ist doch der Hinweis auf die Rechtsprechung des *BVerwG* vor den Schranken der Tatsachengerichte nur selten noch ein Argument. Allenfalls halten die erstinstanzlichen Richter die Spruchpraxis der eigenen Kammer für wichtig – vielleicht auch noch anderer Kammern des eigenen VG und gar in weiter Ferne die des zweitinstanzlich zuständigen *OVG*. Aussagen des *BVerwG* sind – so hat man den Eindruck – zumeist nur noch von akademischer Bedeutung und haben ihre Durchschlagskraft für die Praxis weitgehend verloren.

Im einzelnen ist derzeit folgende Situation zu konstatieren

1. Zulassung der Berufung

Die Zulassung der Berufung ist gemäß § 124a Abs. 1 S. 1 VwGO zu beantragen. Der Antrag kann gemäß § 67 Abs. 1 VwGO nur von einem Angehörigen des dort genannten Personenkreises, also primär von Rechtsanwälten und ordentlichen Rechtslehrern an einer deutschen Hochschule gestellt werden. Er ist gemäß § 124a Abs. 1 S. 2 VwGO beim VG als Ausgangsgericht einzureichen. Unzulässig ist es, den Antrag unmittelbar beim *OVG* zu stellen, so daß ein dort eingereichter Antrag zwar im ordentlichen Geschäftsgang an das VG weiterzuleiten ist⁵, seine möglicherweise daraus resultierende Verfristung hat dann allerdings der Antragsteller zu vertreten⁶, solange es nicht zu von der Justiz zu verantwortenden Verzögerungen kommt⁷.

Mit der Antragsfrist für den Antrag auf Zulassung der Berufung wird gleichzeitig die Begründungsfrist für diesen Antrag in Gang gesetzt. Diese beträgt einen Monat, § 124a Abs. 1 S. 1 VwGO. Ein nicht begründeter Antrag auf Zulassung der Berufung führt zu dessen Unzulässigkeit und damit zur Nichtzulassung der Berufung, die das angefochtene Urteil in Rechtskraft erwachsen läßt, § 124a Abs. 2 S. 3 VwGO. Das Berufungsgericht hat nach bisher geltendem Recht die Berufung nur zuzulassen, wenn einer der in § 124 Abs. 2 VwGO genannten fünf Zulassungsgründe vorliegt. Ein Ermessen steht dem *OVG* bei der Entscheidung über die Annahme nicht zu, liegt ein Zulassungsgrund vor, ist die Berufung zwingend zuzulassen.

a. Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung - § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO

⁴Stüer/Hermanns, VBIBW 2000, 256; Hüttenbrink, DVBl. 2000, 882, 884.

⁵*BVerfG*, B. v. 20.06.1995 – 1 BvR 166/93 – BVerfGE 93, 99, 113 ff.

⁶*OVG Hamburg*, B. v. 04.09.1997 – *OVG Bs IV 68/97* – NJW 1998, 696.

⁷*BVerfG*, B. v. 20.06.1995 – 1 BvR 166/93 – BVerfGE 93, 99, 113 ff.

Besonders umstritten war der Begriff der ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung. Zu jedem einzelnen Wort dieses Zulassungsgrundes gab es unterschiedliche Interpretationsansätze. Vor allem aber die Frage der Ernstlichkeit der Zweifel war heftig umstritten. Sollte das *OVG* die Berufung schon zulassen, wenn eine andere Entscheidung als die des *VG* mit gewichtigen Gründen vertretbar erschien⁸ oder aber kommt eine Zulassung in Anlehnung an die Judikatur zu § 80 Abs. 4 S. 3 *VwGO* erst in Betracht, wenn eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür spricht, daß das Urteil des *VG* abgeändert wird⁹. Das waren letztlich die Gegenpole und es war nur eine Frage der Zeit, bis sich das *BVerfG* zu dieser Problematik äußern mußte. Dies ist inzwischen geschehen und das *BVerfG* hat, jedenfalls in einer Kammerentscheidung, konstatiert, daß ernstliche Zweifel immer dann gegeben seien, wenn ein einzelner tragender Rechtssatz oder eine erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage gestellt werden können¹⁰ und der These, nur unvertretbare Entscheidungen sollten von § 124 Abs. 2 Nr. 1 *VwGO* erfaßt werden¹¹, eine klare Absage erteilt. Dabei hat sich das *BVerfG* davon leiten lassen, daß das Berufungszulassungsverfahren nicht die Aufgabe hat, das nachfolgende Berufungsverfahren vwegzunehmen. Insbesondere dürften die Gerichten keine Kriterien zur Bestimmung der ernstlichen Zweifel heranziehen, die sich einer rationalen Kontrolle entziehen würden. In dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Fall wurden damit insbesondere Leerformeln wie „vertiefte Auseinandersetzung“ und „hinreichend verlässliche Aussage über die Erfolgsaussicht der Berufung“ als nicht hinnehmbar bezeichnet, weil sie unbestimmte und sich einer rationalen Betrachtung entziehende Qualitätsmerkmale einführen würden. Insofern kann die Entscheidung des *BVerfG* als sprichwörtlicher Schlag ins Kontor vieler *OVG* bezeichnet werden, deren rigide Zulassungspraxis sich zumindest bis dato vielfach nicht mit den Anforderungen des *BVerfG* vereinbaren läßt¹². Allerdings überrascht die Entscheidung des *BVerfG* nicht, denn verfassungsrechtliche Zweifel an der faktischen Unkalkulierbarkeit eines Zulassungsantrags wurden bereits vor Bekanntwerden der Entscheidung des *BVerfG* geäußert¹³.

⁸*Schenke*, NJW 1997, 81, 91; *Berkemann*, DVBl. 1998, 446, 454 f.; ausführlich zum Begriff der „ernstlichen Zweifel“ *Roth*, VerwArch. 1997, 416.

⁹*OVG Lüneburg*, B. v. 31.07.1998 – 1 L 2696/98 – NdsVBl. 1999, 93; *VGH Mannheim*, B. v. 17.02.1997 - 11 S 379/97 –; B. v. 17.03.1997 – 14 S 594/97 – ESvGH 47, 314; B. v. 18.12.1997 – A 14 S 3451/97 – NVwZ 1998, 414; B. v. 12.05.1997 – A 12 S 580/97 – DVBl. 1997, 1327; *VGH Kassel*, B. v. 04.04.1997 – 12 TZ 1079/97 – NVwZ 1998, 195; *OVG Bautzen*, B. v. 22.04.1997 – 1 S 200/97 – SächsVBl. 1998, 29; *OVG Münster*, B. v. 06.11.1997 – 11 B 2005/97 – DVBl. 1998, 244; *Bader*, NJW 1998, 409; *Schmieszek*, NVwZ 1996, 1151; *Seibert*, NVwZ 1999, 113, 115.

¹⁰*BVerfG* (2. Kammer des 1. Senats), B. v. 23.06.2000 – 1 BvR 830/00 – NVwZ 2000, 1163, 1164.

¹¹*Bader*, in: *Bader/Funke-Kaiser/Kuntze/von Albedyll*, *VwGO*, Heidelberg 1999, § 124, Rn. 22.

¹²*Fischer*, DVBl. 2000, 186, 1687.

¹³*Stüer/Hermanns*, VBlBW 2000, 256, 257.

b. Besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten der Rechtssache - § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO

Zu dem in § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO genannten Zulassungsgrund der besonderen tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten der Rechtssache äußerte sich das *BVerfG* in der schon genannten Entscheidung in ähnlicher Weise. Explizit kritisierte es wiederum die Verwendung von Kriterien, die einer rationalen Kontrolle nicht zugänglich seien. Insbesondere sei es unzumutbar von dem Antragsteller die Darlegung zu verlangen, daß die Komplexität der Sache „meßbar über das in verwaltungsgerichtlichen verfahren Übliche“ hinausgehe. Denn zum einen könne dies ein nicht gerade auf das jeweilige Rechtsgebiet spezialisierte Rechtsanwalt im Regelfall gar nicht überblicken, während der zuständige Senat dies ohne weiteres beurteilen könne. Insofern müsse es genügen, wenn der Prozeßvertreter mit erläuternden Hinweisen auf die entsprechenden des gegenständlichen Urteils eingehe, zumal sich besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten der Rechtssache zumeist schon an dem vom Verwaltungsgericht betriebenen Begründungsaufwand ablesen ließen¹⁴. Auch hier ist also wieder festzustellen, daß die Rechtspraxis die Anforderungen an die Darlegung besonderer tatsächlicher oder rechtlicher Schwierigkeiten der Rechtssache in der Vergangenheit nicht überschritten hat¹⁵.

c. Grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache - § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO

Da der Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache, § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO, über ein Pendant im Revisionsrecht verfügt, hielten sich hier die Kontroversen in Wissenschaft und Praxis in Grenzen¹⁶. Insofern wurde und wird im allgemeinen auf die zur Grundsatzrevision nach § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO aufgestellten Grundsätze zurückgegriffen¹⁷. Das heißt allerdings nicht, daß nicht doch das *BVerfG* bemüht werden mußte. Dies machte zum einen in einem obiter dictum deutlich, daß die Divergenzberufung die Rechtseinheit und Rechtsfortbildung auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts sichern solle und so auch als Vorstufe zu einer eventuellen noch ausstehenden höchstrichterlichen Klärung zu sehen sei. Insofern dürften auch an dieser Stelle die Anforderungen an den Berufungszulassungsantrag nicht überspannt werden¹⁸. Des weiteren entschied es in einem Kammerbeschluß zu dem den § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO entsprechenden § 78 Abs. 3 Nr. 1 AsylVfG, eine Sache von grundsätzlicher Bedeutung sei auch dann gegeben, wenn nach Antragstellung eine Entscheidung zu der im Streit stehenden Frage erginge und diese der

¹⁴*BVerfG* (2. Kammer des 1. Senats), B. v. 23.06.2000 – 1 BvR 830/00 – NVwZ 2000, 1163, 1164.

¹⁵*OVG Weimar*, B. v. 10.12.1997 – 3 ZEO 1053/97 – DVBl. 1998, 489 f.; *OVG Münster*, B. v. 31.07.1998 – 10 A 1329/98 –; *Seibert*, DVBl. 1997, 932; *ders.* NVwZ 1999, 113, 116.

¹⁶So auch *Uechtritz*, NVwZ 2000, 1217, 1220.

¹⁷*VerfG Bbg.*, B. v. 21.10.1999 – VfG BbG 26/99 – DVBl. 1999, 1722, 1724; *VGH Mannheim*, B. v. 17.03.1997 – 8 S 664/97 – DVBl. 1997, 1326.

Rechtsansicht der entscheidenden Kammer widerspreche. Dann müsse nämlich der frühere Antrag auf Zulassung der Berufung wegen grundsätzlicher Bedeutung in einen Antrag auf Zulassung wegen Divergenz zur Entscheidung des OVG umgedeutet werden, da die Divergenzberufung ein Unterfall der Grundsatzberufung sei¹⁹.

d. Divergenzberufung - § 124 Abs. 2 Nr. 4 VwGO

Ähnlich verhält es sich mit der Auslegung des § 124 Abs. 2 Nr. 4 VwGO. Die ganz überwiegend an der Divergenzrevision des § 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO orientierte²⁰ Divergenzberufung ist vor allem mit dem Problem behaftet, daß in der Rechtsprechung nur eine Abweichung als gegeben angesehen wird, wenn das VG von tragenden Entscheidungsgründen einer Entscheidung des OVG des eigenen Bundeslandes abweicht²¹. Weicht es von einer Entscheidung eines anderen OVG ab, komme lediglich eine Grundsatzberufung nach § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO in Betracht. Die Rechtsprechung beruft sich dabei auf die Freiheit des Gesetzgebers, widerstreitende Verfahrensziele im Rahmen seiner verfassungsrechtlich begrenzten Gestaltungsfreiheit um Ausgleich zu bringen und dabei auch dem einen oder dem anderen Verfahrensziel den grundsätzlichen Vorrang einzuräumen. Wenn sich der Gesetzgeber der für eine Beschränkung der Berufungsmöglichkeiten zum Zwecke der zügigen Erledigung von Rechtsstreitigkeiten entschieden und dabei die Divergenzberufung auf Abweichungen von dem OVG des Bundeslandes beschränkt habe, sei dies nicht durch Auslegung des Gesetzes zu korrigieren²². Die Folge dieser im Hinblick auf den Wortlaut nicht zwingenden Auslegungspraxis ist, daß die Anzahl der tatsächlichen Divergenzen zu den Entscheidungen anderer OVG relativ hoch und eine Verfahrensziele-Zerklüftung nach § 124 Abs. 2 Nr. 4 VwGO Wirklichkeit festzustellen ist.

Kaum eine Bedeutung für die Praxis hat der Zulassungsgrund des Verfahrensfehlers bekommen. Dies liegt primär daran, daß es im Regelfall schwierig nachzuweisen ist, daß die Entscheidung auf dem Verfahrensfehler beruhen könnte und absolute Revisionsgründe nach § 138 VwGO, die bei der Auslegung des § 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO heranzuziehen sind²³, noch seltener vorkommen.

f. Darlegung der Berufungszulassungsgründe - § 124a Abs. 1 S. 4 VwGO

Zu einer schwer zu nehmenden Hürde haben sich die Anforderungen an die Darlegungspflicht des § 124a Abs. 1 S. 4 VwGO entwickelt, so daß zahlreiche Zulassungsanträge bereits hieran

¹⁸BVerfG (2. Kammer des 1. Senats), B. v. 23.06.2000 – 1 BvR 830/00 – NVwZ 2000, 1163, 1164.

¹⁹BVerfG (1. Kammer des 2. Senats), B. v. 21.01.2000 – 2 BvR 2125/97 – DVBl. 2000, 407, 408.

²⁰Uechtritz, VBIBW 2000, 65, 69.

²¹Uechtritz, NVwZ 2000, 1217, 1220.

²²VGH Mannheim, B. v. 07.01.1998 – 7 S 3117/97 – NVwZ-RR 1998, 371 unter Berufung auf BVerfG, B. v. 20.04.1982 – 2 BvL 26/81 – BVerfGE 60, 253, 268.

scheitern. Dies bleibt nicht aus, wenn an die Darlegungserfordernisse eines Zulassungsantrags die gleichen Anforderungen wie an eine Nichtzulassungsbeschwerde gestellt werden²⁴. Zwar wird verschiedentlich anerkannt, daß die Anforderungen an die Darlegungspflicht im Hinblick auf Art. 19 IV GG nicht überspannt werden dürften, doch erweisen sich solche Aussagen als Leerformeln, wenn gleichzeitig eine Durchdringung und Aufbereitung des gesamten Streitstandes verlangt wird, die im Ergebnis den Darlegungserfordernissen der Nichtzulassungsbeschwerde entsprechen²⁵, obwohl im Verhältnis zur Nichtzulassungsbeschwerde nur die Hälfte der Zeit, nämlich nur ein Monat (§124a Abs. 1 S. 1 VwGO) zur Begründung der Zulassungsberufung zur Verfügung steht. Insofern sind auch die Ausführungen des *BVerfG* zu berücksichtigen, nach denen die Berufungsgerichte nicht in unzumutbarer und mit Sachgründen nicht mehr zu vereinbarender Weise es dem Betroffenen abverlangen dürfen, dem Gericht einen vollständigen Begründungskontext zu liefern, den es im Fall der Stattgabe des Antrags selbst zu entwickeln hätte²⁶. Allerdings führt die Entscheidung des *BVerfG* nur begrenzt weiter, denn einheitliche Kriterien, anhand derer sich die Anforderungen an einen Antrag auf Zulassung der Berufung bestimmen lassen, sind hieraus nicht abzulesen.

2. Beschwerdezulassungsrecht

Das Beschwerdezulassungsrecht nach der 6. VwGO-Novelle orientiert sich im wesentlichen am Berufungszulassungsrecht, was auch in der Verweisung des § 146 Abs. 4 VwGO zum Ausdruck kommt, der eine entsprechende Anwendung der Berufungszulassungsgründe anordnet. Im Unterschied zur Zulassungsberufung hat der Anwalt derzeit für die Erhebung der Zulassungsbeschwerde allein zwei Wochen Zeit, in der er die Beschwerde erheben und gemäß § 146 Abs. 5 VwGO auch begründen muß. Nach der inzwischen, unter Hinweis auf die summarische Prüfung bei Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes, zur allgemeinen Spruchpraxis gewordenen Auffassung der *OVG* kann ein Beschwerdezulassungsantrag nur durchdringen, wenn es durch spezifische Besonderheiten des vorläufigen Rechtsschutzes begründet ist²⁷. Danach dürfen also nicht solche Gründe zum Gegenstand des Beschwerdezulassungsantrags gemacht werden, die allein das Hauptsacheverfahren betreffen.

²³Bader, in: *Bader/Funke-Kaiser/Kuntze/von Albedyll* (Fn. #), VwGO, § 124, Rn. 67.

²⁴*OVG Münster*, NVwZ 1997, 1224; *OVG Berlin*, B. v. 17.09.1997 – 8 N 21/97 – NVwZ 1998, 200; *Uechtritz*, VBIBW 2000, 65, 68; *Happ*, BayVBl. 1999, 577, 578 f.; *Bader*, in: *Bader/Funke-Kaiser/Kuntze/von Albedyll* (Fn. #), VwGO, § 124, Rn. 27/30.

²⁵*OVG Schleswig*, B. v. 14.05.1999 – 2 L 244/98 – NVwZ 1999, 1354 f.

²⁶*BVerfG* (2. Kammer des 1. Senats), B. v. 23.06.2000 – 1 BvR 830/00 – NVwZ 2000, 1163, 1164.

²⁷*VGH Mannheim*, B. v. 12.05.1997 – A 12 S 580/97 – NVwZ 1998, 305, 306; B. v. 06.03.1997 – 14 S 424/97 –; B. v. 21.02.1997 – 8 S 483/97 – DVBl 1997, 1325; *OVG Münster*, B. v. 27.06.1997 – 11 B 1136/97 – NVwZ 1998, 306, 307; *OVG Weimar*, B. v. 28.11.1997 – 2 ZEO 208/97 – LKV 1998, 281.

Einigkeit herrscht inzwischen darüber, daß das Beschwerdezulassungsrecht die Zulassungsberufung noch an Defiziten übertrifft, werden doch die ohnehin bestehenden sachlichen Probleme der Berufungszulassung noch um die mit den sich aus den engen zeitlichen Grenzen des Beschwerdezulassungsrechts resultierenden Schwierigkeiten erweitert. So überrascht es nicht, daß gar von „blankem Unsinn gesprochen“ wird²⁸. Allerdings tröstet die breite Kritik an der gesetzlichen Regelung²⁹ diejenigen kaum, die aufgrund dieser Rechtslage oftmals nicht nur vorübergehend um ihr Recht gebracht werden, ist doch allgemein bekannt, daß in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes für manche Rechtsgebiete oftmals abschließende Entscheidungen getroffen werden³⁰.

3. Normenkontrolle

Ebenfalls als rechtspolitischer Fehlschlag hat sich die Neuregelung des § 47 Abs. 2 VwGO erwiesen. Während bis zur 6. VwGO-Novelle für die Antragsbefugnis noch ein gegebenes oder in absehbarer Zeit zu erwartender Nachteil vorausgesetzt wurde, wollte der Gesetzgeber die Anforderungen an die Antragsbefugnis verschärfen, indem er ab dem 01.01.1997 analog zu § 42 Abs. 2 VwGO die Geltendmachung einer Rechtsverletzung verlangte. Des weiteren wurde die bis dahin geltende Frist von sieben Jahren, innerhalb derer der Normenkontrollantrag zu stellen war, auf zwei Jahre reduziert. Inzwischen ist auch diese Regelung Gegenstand verschiedener Entscheidungen des *BVerwG* geworden. Dies hat, zumindest für die am häufigsten vorkommenden Normenkontrollverfahren, die Bebauungspläne betreffen, festgestellt, daß das Abwägungsgebot des § 1 Abs. 6 BauGB eine subjektiv-rechtliche Qualität habe und deswegen Antragsteller demgemäß regelmäßig eine Verletzung von § 1 Abs. 6 BauGB geltend machen könnten³¹. Insofern wurde die Entscheidung des Gesetzgebers somit partiell revidiert, was allerdings nicht die verbleibenden Bedenken hinsichtlich der Anwendung des neu geregelten § 47 Abs. 2 VwGO bei den übrigen Rechtsgebieten betreffenden Normenkontrollverfahren zerstreut³². Denn durch ein Normenkontrollverfahren läßt sich regelmäßig verhältnismäßig zügig und vor allem allgemeinverbindlich klären, welche Rechtswirkungen einer untergesetzlichen Norm zukommen. Diese Möglichkeit, Rechtssicherheit zu schaffen ist nun nachhaltig eingeschränkt worden. Dies führt aber nun nicht zu einer, wenn auch rechtswidrigen aber zumindest doch

²⁸Berkemann, DVBl. 1998, 446, 458.

²⁹Stüer/Hermanns, VBIBW 2000, 256, 260; Uechtritz, VBIBW 2000, 65, 70; Schenke, VBIBW 2000, 56, 61; Bader, in: Bader/Funke-Kaiser/Kuntze/von Albedyll (Fn. #), VwGO, § 146, Rn. 17; Ewer, ZG 1998, 47, 53.

³⁰Finkelnburg/Jank, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren, 4. A., München 1998, Rn. 50; Becker, RiA 1983, 83, 87.

³¹BVerwG, Urt. v. 24.09.1998 – 4 CN 2.98 – NJW 1999, 592; Urt. v. 05.11.1999 – 4 CN 3.99 – NVwZ 2000, 806; Stüer, BauR 1999, 1221; Hermanns, JAR 2000, 94, 95.

³²Schenke, NJW 1997, 81, 82.

bestandskräftigen, Rechtssicherheit, sondern verlagert die Streitigkeiten über den Bestand der untergesetzlichen Normen in Einzelklageverfahren, in denen diese Rechtsverordnungen und Satzungen inzident geprüft werden sollen. Ehe es aber hier zu einer von den Ausgangsgerichten zu beachtenden obergerichtlichen vereinheitlichenden Rechtsprechung kommt, werden im Hinblick auf die skizzierte Zulassungspraxis der *OVG* verschiedene Verfahren vor den *VG* bestritten werden müssen, was gerade nicht zu dem vom Gesetzgeber verfolgten Ziel der Justizentlastung beiträgt³³.

II. Änderungsabsichten des Referentenentwurfs

Es wäre zuviel verlangt, von derselben Stelle, die die 6. VwGO-Novelle im wesentlichen zu verantworten hat, nun eine Wende von 180 Grad zu erwarten. Insofern dürfen hier auch die Anforderungen an den Referentenentwurf der Bundesregierung, gleichsam in Anlehnung an die Berufungs- und Beschwerdezulassung, „nicht überspannt“ werden. Mit der Zeit wird man eben bescheiden. Doch, um das Ergebnis vorwegzunehmen, der bisher vorliegende Novellierungsvorschlag bleibt vielfach noch hinter den Mindestexpectationen zurück³⁴ und nimmt sich – bezeichnenderweise – den verfassungsrechtlich umstrittenen Bestimmungen des Berufungszulassungsrechts nicht an.

Im einzelnen werden folgende Änderungen angedacht.

1. Berufungszulassungsrecht

a. Änderung bei den Berufungszulassungsgründen

Als Kernstück des Referentenentwurfs kann die Abkehr von der reinen Zulassungsberufung betrachtet werden. So sieht § 124 Abs. 1 E-VwGO vor, daß nicht mehr allein das *OVG* die Berufung zulassen können soll, sondern auch das *VG* gemäß § 124a Abs. 1 E-VwGO mit bindender Wirkung gemäß § 124a Abs. 1 E-VwGO im Urteil über die Zulassung der Berufung soll entscheiden können. Darüber hinaus soll § 124 Abs. 2 Nr. 4 VwGO insoweit ergänzt, daß eine Berufung auch dann zuzulassen ist, „wenn die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des *OVG* erfordert“. § 124a Abs. 1 E-VwGO sieht wiederum vor, daß das *VG* die Berufung zulassen muß, wenn ein Berufungsgrund gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 3 oder Nr. 4 E-VwGO gegeben ist.

Der Vorschlag, nun nicht mehr allein die *OVG* über die Zulassung der Berufung entscheiden zu lassen, ist nicht neu³⁵. Der Vorteil einer Zulassungsmöglichkeit durch das *VG* ist darin zu sehen, daß das sich bereits in den Fall eingearbeitet habende *VG* vielfach sicherer die Schwierigkeiten und die Bedeutung des Falles beurteilen können. Hier stellt sich aber

³³Ewer, ZG 1998, 47, 56.

³⁴Hüttenbrink, DVBl. 2000, 882, 887.

³⁵Franßen, DVBl. 1999, 501, 502.

die Frage, warum die *VG* auf die Zulassungsgründe des § 124 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 E-VwGO beschränkt werden und es nicht auch bei den anderen Zulassungsgründen der Beurteilung des *VG* unterliegen soll, ob ein Fall zulassungswürdig ist. Zwar kann man nicht unbedingt erwarten, daß das *VG* Zweifel an der Richtigkeit der eigenen Entscheidung (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) hegen oder aber einen Verfahrensmangel (§ 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO) zugestehen wird, aber tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten bei einer Rechtssache müßte jedes Gericht anerkennen können, ohne dabei über seinen Schatten springen zu müssen. Insofern leuchtet der im Referentenentwurf enthaltene Vorschlag nicht ein, den *VG* nur bei zwei der fünf Gruppen die Kompetenz zuzugestehen, über die Zulassung der Berufung zu entscheiden. Dies gilt umso mehr, wenn sich die Begründung des Referentenentwurfs auf die lapidare Feststellung beschränkt, die übrigen Zulassungsgründe würden sich nicht für eine Zulassung durch das *VG* eignen, trifft dies doch zumindest für § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO nicht zu. Überdies scheinen die in der Sozialgerichtsbarkeit mit der Zulassung der Berufung durch die Ausgangsinstanz gewonnenen Erfahrungen nicht im Ansatz berücksichtigt worden zu sein, was als weiteres Defizit zu beanstanden ist.

b. Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Berufung

Wird die Berufung nicht zugelassen, weil das *VG* keinen Berufungszulassungsgrund festgestellt hat oder aber aufgrund mangelnder Entscheidungskompetenz die Berufung nicht zulassen konnte, soll gemäß § 124b Abs. 1 E-VwGO die Möglichkeit bestehen, die Zulassung der Berufung zu beantragen. § 124b Abs. 1 E-VwGO entspricht im wesentlichen der bisherigen Fassung des § 124a Abs. 1 VwGO. Dabei ist § 124b Abs. 1 E-VwGO die zwingende Folge der inkonsequenten Regelung der Zulassung der Berufung durch § 124a Abs. 1 S. 1 E-VwGO, sieht doch der Referentenentwurf das Nebeneinander von einem Antrag auf Zulassung der Berufung und der Zulassung durch das *VG* gerade vor. Zur Rechtsklarheit trägt dies nicht bei. Aber vielleicht bewahrt diese Gesetzesfassung, sofern sie denn Rechtswirklichkeit werden sollte, die Praxis davor, wiederum die hohen Anforderungen die an die eine Nichtzulassungsbeschwerde gemäß § 133 VwGO gegen die Nichtzulassung der Revision gestellt werden, auf die Antragstellung bei einer Nichtzulassung der Berufung durch das *VG* übertragen zu bekommen. Diese Antragsform wäre nämlich die Konsequenz, wenn das *VG* über alle Berufungszulassungsgründe entscheiden könnte und müßte. Solch hohe Anforderungen wären zwar, den obigen Ausführungen entsprechend, verfassungsrechtlich kaum vertretbar, doch muß man wohl im Hinblick auf die ergangene Rechtsprechung davon ausgehen³⁶, daß dies für die *OVG* kein zwingender Grund wäre³⁷.

³⁶BVerfG (2. Kammer des 1. Senats), B. v. 23.06.2000 – 1 BvR 830/00 – NVwZ 2000, 1163, 1164.

c. Verlängerung der Begründungsfristen

Unter den gegebenen Umständen auch positiv zu bewerten ist, daß der Referentenentwurf teilweise eine Verlängerung der Begründungsfristen vorsieht. Gemäß § 124b Abs. 1 S. 1 E-VwGO ist der Antrag auf Zulassung der Berufung innerhalb eines Monats nach Zustellung des erstinstanzlichen Urteils zu stellen. Dies entspricht der bisherigen Rechtslage, § 124a Abs. 1 S. 1 VwGO. Doch der neue § 124b Abs. 1 S. 3 E-VwGO sieht nun eine Begründungsfrist von zwei Monaten, gerechnet von der Zustellung des erstinstanzlichen Urteils, vor, während nach bisheriger Rechtslage die Frist für die Beantragung der Berufung mit der Begründungsfrist für diesen Antrag einhergeht und sich, wie dargestellt, auf einen Monat beschränkt. Im Hinblick auf die vielfach beklagten zu engen Fristen des 6. VwGO-ÄndG³⁸ würde dies zu tatsächlichen Entlastungen der Anwaltschaft führen.

Weiterhin ist die Berufung selbst innerhalb eines Monats einzulegen. Wurde sie vom VG zugelassen, läuft die Monatsfrist ab der Zustellung des erstinstanzlichen Urteils, § 124a Abs. 2 E-VwGO. Erfolgt die Zulassung dagegen erst durch das *OVG*, bedarf es gemäß § 124b Abs. 2 S. 4 E-VwGO keiner gesonderten Einlegung der Berufung mehr. Die Berufung ist dann innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses über die Zulassung der Berufung zu begründen. Hier stellt sich wiederum die Frage, warum der Referentenentwurf unnötige Hektik hervorruft. Schon in der Vergangenheit wurden die knappen Begründungsfristen vielfach kritisiert³⁹. Auch besteht keine sachliche Notwendigkeit für die knappe, nach der Systematik des Gesetzes nicht verlängerbare – Begründungsfrist. Denn zumeist wird die lange Dauer vieler Verfahren nicht durch die Trägheit der Anwaltschaft hervorgerufen. Der Grund hierfür ist vielmehr bei den Gerichten zu suchen. Auch gibt es keinen vernünftigen Grund dafür, dem Berufungskläger einer bereits vom VG zugelassenen Berufung gemäß § 124a Abs. 3 E-VwGO eine Frist von zwei Monaten für die Begründung der Berufung einzuräumen, wobei diese Frist noch durch den Senatsvorsitzenden verlängert werden kann, während der Berufungskläger einer durch das *OVG* zugelassenen Berufung an die enge Monatsfrist gebunden wird. Insbesondere das Argument, einer vom *OVG* zugelassenen Berufung sei das Zulassungsverfahren vorausgegangen, so daß der Anwalt mit den Gründen für die Berufung bereits vertraut sei, greift nicht durch. Denn nach bisheriger Rechtsprechung reicht eine alleinige Bezugnahme auf den erfolgreichen Zulassungsantrag als Berufungsbegründung nicht aus, da nur eine solche Verfahrensweise erkennen lasse, daß der Antragsteller an seinem Ziel

³⁷A. A. Fischer, DVBl. 2000, 1686, 1687.

³⁸Fischer, DVBl. 2000, 1686.

³⁹Quaas, NVwZ 1998, 701, 702; Hüttenbrink, DVBl. 2000, 882, 884.

festhalte, ein Berufungsverfahren durchzuführen. Vielmehr sei immer ein eigener Schriftsatz, bei dem zwar auf den Zulassungsantrag Bezug genommen werden könne, erforderlich⁴⁰.

2. Rechtsentscheid des *BVerwG*

Ein Hauptproblem der Zulassungsberufung war und ist die große Zahl der divergierenden Entscheidungen der *OVG*⁴¹. So hat sich bei den einzelnen *OVG*, teilweise gar bei den Senaten, eine eigene Spruchpraxis zum Berufungszulassungsrecht herausgebildet. Dies wiederum hat zur Konsequenz, daß infolge der restriktiven Zulassungspraxis auch das materielle Recht in zunehmenden Maße zersplittert, fehlt es doch an einer vereinheitlichenden Rechtsprechungspraxis des *BVerwG*. Derzeit ist dies ohne eine Änderung der Zulassungspraxis seitens der *OVG* nicht zu korrigieren, da die Beschlüsse über Anträge auf Zulassung der Berufung gemäß § 124a Abs. 2 S. 3 VwGO unanfechtbar sind, soweit der Antrag abgelehnt wird. Wird der Antrag dagegen fälschlicherweise zugelassen, wird die Entscheidung des *OVG* hierauf nicht beruhen, was gemäß § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO wiederum deren Revisibilität ausschließt. Vor diesem Hintergrund ist es nur zu begrüßen, daß die Ministerialbürokratie den Handlungsbedarf erkennt. Anstatt aber das Übel an der Wurzel zu packen und der gesamten Zulassungsberufung zu Leibe zu rücken beläßt es der Referentenentwurf bei einer halbherzigen Kurskorrektur, die eher zu einer Verkomplizierung der Verfahren als zu deren baldigen Erledigung beiträgt.

So soll das *OVG* gemäß § 124c E-VwGO unter Begründung seiner Rechtsauffassung dem *BVerwG* per Beschluß eine Sache vorlegen, wenn es dies aufgrund grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache, zur Rechtsfortbildung oder zur Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung für erforderlich hält. Alleiniger Gegenstand dieses Rechtsentscheid ist gemäß § 124c S. 1 E-VwGO die Auslegung der Berufungszulassungsgründe des § 124 Abs. 2 E-VwGO. Gemäß § 124c S. 2 E-VwGO soll die Entscheidung über die Vorlage einer Sache an das *BVerwG* unanfechtbar sein und damit weder von den Beteiligten angefochten und schon gar nicht erzwungen werden können. Letzteres führt dazu, daß bei einer unberechtigt unterbliebenen Nichtvorlage nur der Gang zum *BVerfG* bleibt, wobei sich hierbei wiederum die Frage der offensichtlichen Unhaltbarkeit der unterbliebenen Vorlage stellt⁴².

Darüber hinaus verfehlt die im Entwurf zum 7. VwGO-ÄndG angedachte Lösung das eigentliche Problem. Notwendig wäre es nämlich sicherzustellen, daß eine materiellrechtliche Befassung des *BVerwG* auch gegen den Willen von *VG* und *OVG* erzwungen

⁴⁰*BVerwG*, Urt. v. 30.06.1998 – 9 C 6.98 – NVwZ 1998, 1311, 1312.

⁴¹*Berkemann*, DVBl. 1998, 446, 453 f.; *Quaas*, NVwZ 1998, 701, 704; *Seibert*, NVwZ 1999, 113, 114.

⁴²Hierzu *Degenhart*, in: *Sachs*, GG, 2. A., München 1998, Art. 101, Rn. 20 f.; *Kunig*, in von *Münch/Kunig*, GG, III, 3. A., München 1996, Art. 101, Rn. 35.

werden kann. Dies ist, wie dargestellt, selbst mit Hilfe des *BVerfG* nicht möglich, denn alleiniger Gegenstand des Rechtsentscheid nach § 124c E-VwGO ist die Auslegung von § 124 Abs. 2 E-VwGO. Sollte es zu einer entsprechenden Regelung kommen, bleibt daher allein die Hoffnung auf das *BVerwG*, das durch eine weite Auslegungspraxis für Abhilfe sorgen könnte.

3. Beschwerdezulassungsrecht

Den dargestellten Mißständen bei der Zulassung der Beschwerde in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes soll durch eine deutliche Abschwächung der Zulassungsvoraussetzungen für die Beschwerde begegnet werden. So soll der in § 146 Abs. 4 VwGO enthaltene Verweis auf die Berufungszulassungsgründe aufgehoben und durch eine Neufassung ersetzt werden. So sieht § 146 Abs. 4 E-VwGO vor, daß in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes die Beschwerde durch das *OVG* zuzulassen sei, wenn sie Aussicht auf Erfolg habe. Wesentlich ist auch die im Entwurf vorgesehene Abkehr von der engen, zwei Wochen währenden, Frist für das Stellen des Antrags der Zulassung der Beschwerde und auch dessen Begründung. Zwar sieht auch § 146 Abs. 5 S. 1 E-VwGO weiterhin vor, daß der Antrag auf Zulassung der Beschwerde lediglich zwei Wochen zur Verfügung stehen, doch wenigstens wird in § 146 Abs. 5 S. 3 E-VwGO von einer Frist von einem Monat, gerechnet ab der Zustellung der Entscheidung des *VG*, ausgegangen.

Im Falle der Umsetzung des Entwurfs käme es also zu einer Abkehr von der Koppelung der Zulassungsvoraussetzungen der Beschwerde an die Zulassungsvoraussetzungen der Berufung. Damit würde der Kritik entsprochen werden, daß die Zulassungsvoraussetzungen des Hauptsacheverfahrens nicht ohne weiteres auf das Eilverfahren übertragen werden können. Akzeptiert man aber diese Erkenntnis, stellt sich die Frage, warum überhaupt weiterhin Zulassungsvoraussetzungen in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes angewendet werden sollen. Nimmt man den Begriff Eilverfahren beim Wort, ist jeder Zwischenschritt eine das Ziel des Rechtsschutzbegehrens einschränkende Verzögerung. Zwar sieht § 146 Abs. 6 S. 2 VwGO nun explizit vor, daß das *OVG* über die Zulassung der Beschwerde und über die Beschwerde selbst gleichzeitig, also in einem Beschluß, entscheiden kann. Damit wird jedoch nur die derzeitige Rechtspraxis aufgegriffen⁴³ und ihr eine gesetzliche Form gegeben, so daß diese Regelung die tatsächliche Entscheidungspraxis kaum zu beeinflussen vermag.

Auch bleibt es bei dem grundsätzlichen Problem, daß verschiedene Rechtsbereiche abschließend primär in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes entschieden werden⁴⁴. Findet man sich mit der letztlich dann doch unbefriedigenden Fortführung der jetzigen

⁴³*OVG Lüneburg*, B. v. 27.03.1997 – 12 M 1731/97 – NVwZ 1997, 1225; *VGH Mannheim*, B. v. 12.02.1997 – 7 S 430/97 – NVwZ 1998, 405; *VGH München*, 17.09.1997 – 12 ZE 97.1331 – BayVBl. 1998, 83.

⁴⁴*Finkelnburg/Jank* (Fn. #), Rn. 50; *Becker*, RiA 1983, 83, 87.

Rechtslage ab, ist die Generalklausel des einzigen Zulassungsgrundes „Aussicht auf Erfolg der Beschwerde“ hinzunehmen. Zwar würde es zunächst wiederum Schwierigkeiten geben, zu einer einheitlichen Linie zu finden, insbesondere wenn man berücksichtigt, daß der Rechtsentscheid durch das *BVerwG* hier keine Anwendung findet. Wenn die *OVG* aber berücksichtigen, daß die Anforderungen an die Aussicht auf Erfolg einer Beschwerde nach § 146 Abs. 6 S. 2 E-VwGO sich noch unterhalb des Kriteriums des in § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO geregelten Zulassungsgrundes der ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung bewegen und darüber hinaus auch die Entscheidung des *BVerfG* beachten, daß ernstliche Zweifel immer dann gegeben sind, wenn ein einzelner tragender Rechtssatz oder eine erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage gestellt werden können⁴⁵.

III. Ausblick

Der vorliegende Entwurf für ein 7. VwGO-ÄndG weist zwar in die richtige Richtung, greift aber dennoch zu viel kurz. Die Defizite bei der Normenkontrolle läßt der Referententwurf gänzlich unberücksichtigt. Zwar ist es sicherlich ein erster Schritt, auch dem VG als Ausgangsinstanz die Entscheidung über die Zulassung von Berufung und Beschwerde zuzugestehen. Doch wird sich an der Grundproblematik solange nichts wesentlich ändern, wie die restriktive Auslegungspraxis der *OVG* anhält. Hinzu kommt, daß nur wenige ihre für richtig befundene Entscheidung nochmals gern durch Dritte überprüfen lassen, genausowenig wie es selten vorkommt, daß derjenige, der sein Arbeitspensum selbst bestimmen kann, dieses reduziert, wenn dies an seiner gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Stellung wenig ändert, zumal die Zeit auch anders genutzt werden kann. Insofern könnte sich das 7. VwGO-ÄndG auf einen Satz beschränken: Das 6. VwGO-ÄndG wird aufgehoben, es gilt die zum 31.12.1996 gültige Gesetzesfassung.

⁴⁵*BVerfG* (2. Kammer des 1. Senats), B. v. 23.06.2000 – 1 BvR 830/00 – NVwZ 2000, 1163, 1164.