

Kommt ein 7. VwGO-ÄndG?

Von Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. Bernhard *Stüer*, Richter am Anwaltsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen Münster/Osnabrück und Rechtsreferendar Caspar David *Hermanns*, Berlin

Die anhaltende Kritik an der 6. VwGO-Novelle hat inzwischen dazu geführt, dass auch im Bundesjustizministerium über ein Reparaturgesetz nachgedacht wird. Die 7. VwGO-Novelle, die zu Beginn des Jahres 2002 in Kraft treten wird, soll nach einem vorliegenden Entwurf vor allem die doch recht hohen Hürden des Zulassungsrechts etwas zurücknehmen. So soll in Zukunft das Verwaltungsgericht selbst die Berufung zulassen können. Außerdem ist auf Vorlagebeschluss des OVG ein Rechtsentscheid des BVerwG zur Auslegung der Zulassungsgründe geplant. Der Gesetzentwurf weist zwar in die richtige Richtung, greift aber dennoch zu kurz. Konsequenter wäre es gewesen, die 6. VwGO-Novelle ganz wieder aufzuheben und eine Überspannung der Rechtsschutzmöglichkeiten durch eine Missbrauchsklausel zu begegnen.

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. Sicherer 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 getrost 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 wurde³. 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 gesprochen⁴. 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 nicht geringer geworden ist, endet, schlägt dies doch auch unmittelbar auf die eigenen beruflichen Entwicklungsmöglichkeiten durch⁵.

Überdies ist es zu einem Besorgnis erregenden 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 verloren⁶. Die durch die 6. VwGO-Novelle bewirkten Änderungen stellen sich wie folgt dar:

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

² Das 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 Zur Kritik *Stüer*, NdsVBl. 1999, 260; *Stüer/Hermanns*, VBIBW 2000, 256; *Hüttenbrink*, DVBl. 2000, 882

⁴ *Uechtritz*, VBIBW 2000, 65, 66.

⁵ *Stüer/Hermanns*, VBIBW 2000, 256; *Hüttenbrink*, DVBl. 2000, 882, 884.

⁶ *Stüer*, NdsVBl. 1999, 260.

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 ist⁷, seine möglicherweise daraus resultierende Verfristung hat dann allerdings der Antragsteller zu vertreten⁸, solange es nicht zu von der Justiz zu verantwortenden Verzögerungen kommt⁹.

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

Besonders umstritten war der Begriff der ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung. Zu jedem einzelnen Wort dieses Zulassungsgrundes gab es unterschiedliche Interpretationsansätze¹⁰. 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 erschien¹¹ 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 wird¹². 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, festgestellt, dass ernstliche Zweifel immer dann gegeben seien, wenn ein einzelner tragender Rechtssatz oder eine erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage gestellt werden können¹³ und der These, nur unvertretbare Entscheidungen sollten von § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO erfasst werden¹⁴, eine klare Absage erteilt. Dabei hat sich das BVerfG davon leiten lassen, dass das Berufungszulassungsverfahren nicht die Aufgabe hat, das nachfolgende Berufungsverfahren vorewegzunehmen. 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 bisherige rigide Zulassungspraxis sich nicht mit den Anforderungen des BVerfG vereinbaren lässt¹⁵. Allerdings überrascht die Entscheidung des BVerfG nicht, denn verfassungsrechtliche Zweifel an der faktischen Unkalkulierbarkeit eines Zulassungsantrags wurden bereits vor Bekanntwerden der Entscheidung des BVerfG geäußert¹⁶.

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

⁸ OVG Hamburg, B. v. 04.09.1997 – OVG Bs IV 68/97 – NJW 1998, 696.

⁹ BVerfG, B. v. 20.06.1995 – 1 BvR 166/93 – BVerfGE 93, 99, 113 ff.

¹⁰ Stüer, NdsVBl. 1999, 260; Stüer/Hermanns, VBIBW 2000, 256.

¹¹ Schenke, NJW 1997, 81, 91; Berkemann, DVBl. 1998, 446, 454 f.; ausführlich zum Begriff der „ernstlichen Zweifel“ Roth, VerwArch. 1997, 416.

¹² 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.

¹³ BVerfG (2. Kammer des 1. Senats), B. v. 23.06.2000 – 1 BvR 830/00 – NVwZ 2000, 1163, 1164.

¹⁴ Bader, in: Bader/Funke-Kaiser/Kuntze/von Albedyll, VwGO, Heidelberg 1999, § 124, Rn. 22.

¹⁵ Fischer, DVBl. 2000, 186, 1687.

¹⁶ Stüer/Hermanns, VBIBW 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 spezialisierter 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 Ausführungen des gegenständlichen Urteils eingehe, zumal sich besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten der Rechtssache zumeist schon an dem vom Verwaltungsgericht betriebenen Begründungsaufwand ablesen ließen¹⁷. Auch hier ist also wieder festzustellen, dass die Rechtspraxis die Anforderungen an die Darlegung besonderer tatsächlicher oder rechtlicher Schwierigkeiten der Rechtssache in der Vergangenheit vielfach überspannt hat¹⁸.

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 Vorbild im Revisionsrecht verfügt, hielten sich hier die Kontroversen in Wissenschaft und Praxis in Grenzen¹⁹. Insofern wurde und wird im Allgemeinen auf die zur Grundsatzrevision nach § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO aufgestellten Grundsätze zurückgegriffen²⁰. 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 eventuell noch ausstehenden höchstrichterlichen Klärung zu sehen sei. Insofern dürften auch an dieser Stelle die Anforderungen an den Berufungszulassungsantrag nicht überspannt werden²¹. Des Weiteren entschied es in einem Kammerbeschluss zu dem dem § 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 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 sei²².

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 orientierte²³ 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 abweicht²⁴. 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 zum 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 korrigieren²⁵. 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 entsprechende Zersplitterung der Rechtswirklichkeit festzustellen ist.

¹⁷ *BVerfG* (2. Kammer des 1. Senats), B. v. 23.06.2000 – 1 BvR 830/00 – NVwZ 2000, 1163, 1164.

¹⁸ *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.

¹⁹ So auch *Uechtritz*, NVwZ 2000, 1217, 1220.

²⁰ *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.

²¹ *BVerfG* (2. Kammer des 1. Senats), B. v. 23.06.2000 – 1 BvR 830/00 – NVwZ 2000, 1163, 1164.

²² *BVerfG* (1. Kammer des 2. Senats), B. v. 21.01.2000 – 2 BvR 2125/97 – DVBl. 2000, 407, 408.

²³ *Uechtritz*, VBIBW 2000, 65, 69.

²⁴ *Uechtritz*, NVwZ 2000, 1217, 1220.

²⁵ *VGH 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.

e) Verfahrensrüge - § 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO

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 sind²⁶, 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 scheitern. Dies bleibt nicht aus, wenn an die Darlegungserfordernisse eines Zulassungsantrags die gleichen Anforderungen wie an eine Nichtzulassungsbeschwerde gestellt werden²⁷. 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 entsprechen²⁸, 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 vereinbarenden Weise es dem Betroffenen abverlangen dürfen, dem Gericht einen vollständigen Begründungskontext zu liefern, den es im Fall der Stattgabe des Antrags selbst zu entwickeln hätte²⁹. 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 dies durch spezifische Besonderheiten des vorläufigen Rechtsschutzes begründet ist³⁰. Danach dürfen also nicht solche Gründe zum Gegenstand des Beschwerdezulassungsantrags gemacht werden, die allein das Hauptsacheverfahren betreffen.

Einigkeit herrscht inzwischen darüber, dass das Beschwerdezulassungsrecht die Zulassungsberufung noch an Defiziten übertrifft. Denn die ohnehin bestehenden sachlichen Probleme der Berufungszulassung werden durch die engen zeitlichen Grenzen des Beschwerdezulassungsrechts noch erweitert. So überrascht es nicht, dass gar von „blankem Unsinn gesprochen“ wird³¹. Allerdings tröstet die breite Kritik an der gesetzlichen Regelung³² diejenigen kaum, die auf Grund 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 werden³³.

3. Auswirkungen der 6. VwGO-Novelle auf die Richterschaft

Die 6. VwGO-Novelle hat tiefgreifende Einschnitte in die Verwaltungsgerichtsbarkeit ausgelöst. Nach den Worten der Bundesjustizministerin hat die 6. VwGO-Novelle zu einer erheblichen Entlastung der *OVG* geführt. So

²⁶ Bader, in: *Bader/Funke-Kaiser/Kuntze/von Albedyll* (Fn. 14), VwGO, § 124, Rn. 67.

²⁷ *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. 14), VwGO, § 124, Rn. 27/30; Stüer, NdsVBl. 1999, 260; Stüer/Hermanns, VBIBW 2000, 256.

²⁸ *OVG Schleswig*, B. v. 14.05.1999 – 2 L 244/98 – NVwZ 1999, 1354 f.

²⁹ *BVerfG* (2. Kammer des 1. Senats), B. v. 23.06.2000 – 1 BvR 830/00 – NVwZ 2000, 1163, 1164.

³⁰ *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.

³¹ Berkemann, DVBl. 1998, 446, 458.

³² Stüer/Hermanns, VBIBW 2000, 256, 260; Uechtritz, VBIBW 2000, 65, 70; Schenke, VBIBW 2000, 56, 61; Bader, in: *Bader/Funke-Kaiser/Kuntze/von Albedyll* (Fn. 14), VwGO, § 146, Rn. 17; Ewer, ZG 1998, 47, 53.

³³ Finkelnburg/Jank, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren, 4. A., München 1998, Rn. 50; Becker, RiA 1983, 83, 87.

sind in der Verwaltungsgerichtsbarkeit in den klassischen Verfahren die Erledigungszahlen der Richter bei den *OVG* von 54 im Jahre 1995 (Jahr vor Einführung der Zulassungsberufung) auf 78 im Jahre 1998, mithin um 44 % angestiegen. Zugleich sind die Eingänge von 14.513 (1995) um 21,3 % auf 11.428 (1998) zurückgegangen. Eine Kumulation der Effizienzsteigerung pro Richter und der Rückgänge bei den Erledigungszahlen ergibt eine Belastungsminderung von 45,5 %. Dies ergibt sich aus folgender Rechnung: Für 14.513 Eingänge wurden bei 54 Erledigungen pro Richter im Jahre 1995 insgesamt 268,7 Richter benötigt. Für die 11.428 Eingänge im Jahre 1998 wurden bei 78 Erledigungen pro Richter 146,5 Richter benötigt. Das sind 54,5 % von 268,7 Richtern. 45,5 % der 268,7 Richter = 122,2 *OVG*-Richter können mithin mit anderen Aufgaben befasst werden – sind also mit anderen Worten wegrationalisiert.

4. 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 gegebener oder in absehbarer Zeit zu erwartender Nachteil vorausgesetzt wurde, wollte der Gesetzgeber die Anforderungen an die Antragsbefugnis verschärfen, indem er ab dem 1.1.1997 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 könnten³⁴. Insofern wurde die Entscheidung des Gesetzgebers somit parziell revidiert, was allerdings nicht die verbleibenden Bedenken hinsichtlich der Anwendung des neu geregelten § 47 Abs. 2 *VwGO* bei die übrigen Rechtsgebieten betreffenden Normenkontrollverfahren zerstreut³⁵. 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 nicht zu einer, wenn auch rechtswidrigen aber zumindest doch 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 beiträgt³⁶.

II. Änderungsabsichten des Referentenentwurfs

Es wäre zu viel verlangt, von derselben Stelle, die die 6. *VwGO*-Novelle im Wesentlichen zu verantworten hat, nun eine völlige Kehrtwende 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 Mindesterwartungen zurück³⁷ und nimmt sich – bezeichnenderweise – der verfassungsrechtlich umstrittenen Bestimmungen des Berufungszulassungsrechts nicht an. Im Einzelnen werden folgende Änderungen vorgeschlagen:

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 kann, 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.

³⁴ *BVerwG*, 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.

³⁵ *Schenke*, *NJW* 1997, 81, 82.

³⁶ *Ewer*, *ZG* 1998, 47, 56.

³⁷ *Hüttenbrink*, *DVBf.* 2000, 882, 887.

Der Vorschlag, nicht mehr nur die *OVG* über die Zulassung der Berufung entscheiden zu lassen, ist nicht neu³⁸. Der Vorteil einer Zulassungsmöglichkeit durch das *VG* ist darin zu sehen, dass das über eine Fallkenntnis verfügende *VG* vielfach ohne großen zusätzlichen Aufwand die Bedeutung des Falles beurteilen können. Hier stellt sich aber 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 um so 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 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 auf Grund 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 ausgehen³⁹, dass dies für die *OVG* kein zwingender Grund wäre⁴⁰.

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 auf einen Monat beschränkt. Im Hinblick auf die vielfach beklagten zu engen Fristen des 6. VwGO-ÄndG⁴¹ 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 mit 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 kritisiert⁴². 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. 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. Insbe-

³⁸ *Franßen*, DVBl. 1999, 501, 502; vgl. auch *Stüer*, NdsVBl. 1999, 260; *Stüer/Hermanns*, VBIBW 2000, 256.

³⁹ *BVerfG* (2. Kammer des 1. Senats), B. v. 23.06.2000 – 1 BvR 830/00 – NVwZ 2000, 1163, 1164.

⁴⁰ A. A. *Fischer*, DVBl. 2000, 1686, 1687.

⁴¹ *Fischer*, DVBl. 2000, 1686.

⁴² *Quaas*, NVwZ 1998, 701, 702; *Hüttenbrink*, DVBl. 2000, 882, 884.

sondere 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 festhalte, ein Berufungsverfahren durchzuführen. Vielmehr sei immer ein eigener Schriftsatz, bei dem zwar auf den Zulassungsantrag Bezug genommen werden könne, erforderlich⁴³.

2. Rechtsentscheid des *BVerwG*

Ein Hauptproblem der Zulassungsberufung war und ist die große Zahl der divergierenden Entscheidungen der *OVG*⁴⁴. 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, so weit 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 durch *BVerwG* per Beschluss eine Sache vorlegen, wenn es dies auf Grund einer grundsätzlichen 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 stellt⁴⁵.

Darüber hinaus verfehlt die im Entwurf zum 7. VwGO-ÄndG Lösung das eigentliche Problem. Notwendig wäre es nämlich sicherzustellen, dass eine materiell-rechtliche Befassung des *BVerwG* auch gegen den Willen von *VG* und *OVG* erzwungen 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 ist, wenn sie Aussicht auf Erfolg hat. Wesentlich ist auch die im Entwurf vorgesehene Abkehr von der engen, zwei Wochen währenden, Frist für den Antrag auf Zulassung der Beschwerde und auch dessen Begründung. Zwar sieht auch § 146 Abs. 5 S. 1 E-VwGO weiterhin vor, dass für den Antrag auf Zulassung der Beschwerde lediglich zwei Wochen zur Verfügung stehen, doch wenigstens geht § 146 Abs. 5 S. 3 E-VwGO von einer Frist von einem Monat, gerechnet ab der Zustellung der Entscheidung des *VG*, aus.

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, 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. § 146 Abs. 6 S. 2 VwGO sieht nun ausdrücklich vor, dass das *OVG* über die Zu-

⁴³ *BVerwG*, Urt. v. 30.06.1998 – 9 C 6.98 – NVwZ 1998, 1311, 1312.

⁴⁴ *Berkemann*, DVBl. 1998, 446, 453 f.; *Quaas*, NVwZ 1998, 701, 704; *Seibert*, NVwZ 1999, 113, 114.

⁴⁵ Hierzu *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.

lassung der Beschwerde und über die Beschwerde selbst gleichzeitig, also in einem Beschluss, entscheiden kann. Damit wird jedoch nur die derzeitige Rechtspraxis aufgegriffen⁴⁶ 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 im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes entschieden werden⁴⁷. Findet man sich mit der letztlich dann doch unbefriedigenden Fortführung der jetzigen 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 nicht möglich ist. 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 können⁴⁸.

III. Ausblick

Der Entwurf für ein 7. VwGO-ÄndG weist zwar in die richtige Richtung, greift aber dennoch zu kurz. Die Defizite bei der Normenkontrolle lässt der Referentenentwurf 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 - genauso wenig wie es selten vorkommt, dass derjenige, der sein Arbeitspensum selbst bestimmen kann, sich ohne Grund zusätzliche Arbeit auflädt. 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. Missbräuchliches Rechtsschutzersuchen könnte durch eine moderate Regelung zur Zurückweisung in Fällen offener Aussichtslosigkeit abgedeckt werden.

⁴⁶ *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.

⁴⁷ *Finkelnburg/Jank* (Fn. 33), Rn. 50; *Becker*, RiA 1983, 83, 87.

⁴⁸ *BVerfG* (2. Kammer des 1. Senats), B. v. 23.06.2000 – 1 BvR 830/00 – NVwZ 2000, 1163, 1164.