

## Erfahrungen mit der 6. VwGO-Novelle

Von Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. Bernhard *Stüer*, und Caspar David *Hermanns*, Münster/Osnabrück

Drei Jahre nach Inkrafttreten der 6. VwGO-Novelle<sup>1</sup> ist es an der Zeit, auf die gesetzgeberischen Änderungen zurückzublicken und vor allem Bilanz zu ziehen.<sup>2</sup> Haben sich die geänderten prozessrechtlichen Vorschriften, die damals gelegentlich als „Wunderwaffe“ gegen einen ausufernden Rechtswege- und Rechtsmittelstaat bezeichnet wurden, im Praxistest bewährt? Oder wird hier nur alter Wein in neuen Schläuchen verkauft?

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.

Inzwischen ist allenthalben Ernüchterung eingetreten. Und es besteht irgendwie das ungute Gefühl, dass die Rechtsschutzmöglichkeiten da doch wohl etwas zu großzügig gestutzt worden sind und der Rechtsschutz der Betroffenen am Ende weitgehend auf der Strecke geblieben sein könnte. Manchen jungen Verwaltungsrichter plagten zudem handfeste existenzielle Sorgen. Denn die Verwaltungsgerichtsbarkeit bietet für sie kaum noch 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.

Die Berufungs- und Revisionsinstanz könnten dann für die Praxis nahezu bedeutungslos werden. Denn schon heute ist 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 des Verwaltungsgerichts für wichtig – vielleicht auch noch anderer Kammern des Gerichts und gar in weiter Ferne die des zweitinstanzlich zuständigen Oberverwaltungsgerichts. Erkenntnisse anderer Spruchkörper spielen heute kaum noch eine Rolle. Aussagen des *BVerwG* sind – so hat man den Eindruck – zumeist nur noch von akademischer Bedeutung und haben ihre Durchschlagskraft für die Praxis weitgehend verloren. Schlechte Aussichten also offenbar für die Rechtsschutzsuchenden aber auch für die beruflichen Zukunftschancen der Verwaltungsrichter, denen guten Gewissens kaum noch zu einem Festhalten an ihrer Berufentscheidung geraten werden kann. Woran lie-

gen solche Entwicklungen und wie kann ihnen begegnet werden?

Die 6. VwGO-Novelle hat verschiedene allgemeine Änderungen gebracht und vor allem das Zulassungs- und Beschwerderecht neu geregelt. Auch für die Antragsbefugnis im Normenkontrollverfahren sollten höheren Hürden aufgestellt werden.

### I. Änderungen allgemeiner Art

Nach den neu gefassten § 87 I (2) Nr. 7 VwGO und § 94 (2) VwGO kann das Gericht das Verfahren für höchstens drei Monate unterbrechen, um der Verwaltungsbehörde Gelegenheit zu geben, Verfahrens- oder Formfehler zu heilen. Die §§ 87 I (2) Nr. 7 und 94 (2) VwGO sollten somit die prozessuale Verknüpfung zu § 45 II VwVfG herstellen, der erst kurz vor der Novellierung der VwGO durch das Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz geändert wurde und die Heilungsmöglichkeiten für die genannten Fehler bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ausdehnte<sup>3</sup>.

Die praktischen Auswirkungen dieses Vorstoßes sind allerdings eher gering. Die Befürchtung, es komme auf Grund dieser Vorschriften zu vermehrten Nachlässigkeit auf Seiten der Behörden und zum Verlust der Neutralität der Richterschaft<sup>4</sup>, lässt sich nicht bestätigen. Gleichwohl wird § 87 I (2) Nr. 7 VwGO inzwischen einschränkend so interpretiert, dass nur bei offensichtlichen Fehlern die Anordnung der Verfahrensaussetzung ergehen darf<sup>5</sup>. Ohnehin war es schon vor der Änderung von VwVfG und VwGO allgemeine Praxis, einen fehlerhaften Erstbescheid durch einen Zweitbescheid zu ersetzen<sup>6</sup>. Dieser Praxis wurde zwar nun ein gesetzlicher Rahmen gegeben, sachlich hat sich letztlich wenig geändert, so dass sogar von der Bedeutungslosigkeit der neuen Vorschriften gesprochen wird<sup>7</sup>. Sie beziehen sich auch lediglich auf die Reparatur von Form- und Verfahrensvorschriften und sind

<sup>1</sup> Das Sechste Gesetz zur Änderung der VwGO (BGBl. I S. 1626) wurde am 1.11.1996 beschlossen und trat zum 1.1.1997 in Kraft.

<sup>2</sup> Vor Inkrafttreten der Änderungen äußerten sich in der Literatur *Redeker*, NVwZ 1996, 521 und *Kuhla/Hüttenbrink*, DVBl. 1996, 717.

<sup>3</sup> Zu den Verbindungen zwischen der 6. VwGO-ÄndG und Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz siehe *Stüer* in *Rengeling* (Hrsg.), Beschleunigung von Planung- und Genehmigungsverfahren, Köln 1997, S. 215; des weiteren *Hermanns*, Der Landkreis 1997, 237.

<sup>4</sup> *Kuhla/Hüttenbrink*, DVBl. 1996, 717, 718.

<sup>5</sup> *Geiger*, in *Eyermann*: VwGO, 10. A., München 1998, § 87, Rn. 13; *Kuntze*, in *Bader*, VwGO, Heidelberg 1999, § 87, Rn. 14; ausführlich zum ganzen *Bader*, NVwZ 1998, 674; kritisch *Berkemann*, DVBl. 1998, 446, 448 f.

<sup>6</sup> Anschaulich hierzu *BVerwG*, Urt. v. 3.11.1998 – 9 C 51.97 – DVBl. 1999, 983 = NVwZ-RR 1999, 277.

<sup>7</sup> *Meier*, NVwZ 1998, 688, 690; *Kuntze*, in *Bader* (Fn. 5), VwGO, § 87, Rn. 14.

daher nicht auf die beabsichtigte Heilung von inhaltlichen Fehlern und damit auch nicht auf die Heilung materieller Abwägungsfehler anzuwenden.

Ebenfalls im Zusammenhang mit der Heilung von Form- und Verfahrensfehlern steht der neu gefasste § 114 VwGO. Nach § 114 (2) VwGO ist es der Behörde nun möglich, bei Ermessensentscheidungen im Ausgangsverwaltungsakt nicht genannte Gründe noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nachzuschieben. Ein derartiges Nachschieben von Gründen ist erst dann nicht mehr zulässig, wenn die Begründung des Verwaltungsakts völlig ausgewechselt werden soll oder gar keine Ermessenserwägungen angestellt worden sind<sup>8</sup>. Hierfür reichen ein formloser Schriftsatz oder entsprechender Vortrag in der mündlichen Verhandlung, der allerdings als wesentliche Förmlichkeit gemäß § 105 VwGO i. V. m. § 160 II ZPO zu protokollieren ist, aus<sup>9</sup>. Auch hier sind die Auswirkungen auf die Praxis begrenzt, hat doch der Gesetzgeber nur die bisherige gerichtliche Praxis<sup>10</sup> nachgezeichnet.<sup>11</sup>

Durch § 92 II VwGO wird eine Klagerücknahme fingiert, wenn der Kläger nach Aufforderung des Gerichts das Verfahren drei Monate nicht betreibt. Dabei nahm der Gesetzgeber auf § 81 (2) AsylVfG Bezug und wollte die dort geregelte Fiktion der Klagerücknahme auf die VwGO übertragen. Allerdings hat der Kläger in der überwiegenden Zahl der Klageverfahren an einer Verzögerung des Gerichtsverfahrens kein Interesse. Zudem belastet ein Kläger, der sein Verfahren nicht betreibt, die Arbeitsbelastung der Gerichte zumeist nur geringfügig.

Die dreimonatige Mitwirkungsfrist hat daher bisher kaum ein Echo in der Praxis ausgelöst<sup>12</sup>. Stellt das Gericht das Verfahren gemäß § 92 III (1) VwGO ein, weil der Kläger auf die gerichtliche Aufforderung nicht rechtzeitig reagiert, ist der Rechtsstreit beendet. Es kann dann allenfalls ein Antrag auf Fortführung des Verfahrens gestellt werden, wenn die Voraussetzungen für eine Einstellung des Verfahrens nicht gegeben waren, nicht aber eine Beschwerde gegen den Einstellungsbeschluss erhoben werden. Dies beruht vor allem auf rechtssystematischen Gründen, da die Beschlüsse

zur Erledigung und Rücknahme von Klagen und Anträgen nur deklaratorische Wirkung haben<sup>13</sup>. Ansonsten könnte gegen Einstellungsbeschlüsse nach § 92 III (1) i. V. m. § 92 II (1) VwGO ohne Zulassung durch das OVG Beschwerde nach § 146 I VwGO erhoben werden<sup>14</sup>. Aufforderungen, das Verfahren zu betreiben, können nicht selbstständig angefochten werden, weil es sich um prozessleitende Verfügungen handelt, die grundsätzlich nicht der Beschwerdemöglichkeit unterliegen<sup>15</sup>.

## II. Zulassungsberufung und Zulassungsbeschwerde

Von eminenter Bedeutung sind dagegen die Änderungen im Berufungs- und Beschwerderecht. Die in die VwGO neu eingeführte Zulassungsberufung/Zulassungsbeschwerde, in deren direktem Zusammenhang die Einschränkung der Postulationsfähigkeit steht, kann wohl als die weitgehendste Reformierung durch das 6. VwGOÄndG angesehen werden.

Die Berufung muss nun zunächst nach §§ 124, 124 a VwGO durch das OVG zugelassen werden. Wird die Berufung nicht zugelassen, ist sie unzulässig. Die erstinstanzliche Entscheidung wird rechtskräftig, § 124 a II VwGO. Zugleich ist die vormals in § 131 VwGO geregelte Zulassungsberufung aufgehoben worden. Es findet in diesen Fällen auch kein Revisions- oder Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren zum BVerwG statt. Sind sich Verwaltungsgericht und OVG in der Beurteilung einig, kann eine Befassung des BVerwG auch gegen den Willen der unterlegenen Partei ausgeschlossen werden.

So stehen Zulassungsberufung und Zulassungsbeschwerde im Zentrum der Auseinandersetzungen, der ansonsten auch nicht an Kontroversen armen Neuregelung des Verwaltungsprozessrechts<sup>16</sup>. Während die Befürworter der Reformen sich über eine Beschneidung des Wildwuchses eines überbordenden Rechtsmittel- und Rechtswegestaates und das Ende der Instanzenseligkeit freuen, beklagen die Kritiker eine Verkürzung des Rechtsschutzes des Bürgers und sehen mit Hinweis auf eine rigide Zulassungspraxis von etwa 10 % der eingehenden Beschwerden den Tag nicht fern, an dem Berufungs- und Revisionsrichter nicht mehr benötigt werden. Auswirkungen hat das natürlich auch für das BVerwG, bei dem die Eingänge durchweg rückläufig sind.

Und auch nach nun dreijähriger Erfahrung mit Zulassungsberufung und Zulassungsbeschwerde kann keine

<sup>8</sup> BVerwG, Urt. v. 5.5.1998 – 1 C 17.97 – DVBl. 1998, 1023, 1026 f.; Urt. v. 16.6.1997 – 3 C 22.96 – DVBl. 1998, 145, 146; OVG Koblenz, Urt. v. 4.9.1997 – 12 A 10610/97 – NVwZ-RR 1998, 315, 316; VGH Mannheim, Urt. v. 16.5.1997 – 5 S 1842/95 – NVwZ-RR 1998, 682, 683.

<sup>9</sup> Meier, NVwZ 1998, 688, 691.

<sup>10</sup> BVerwG, Urt. v. 18.5.1990 – 8 C 48/88 – BVerwGE 85, 163, 166; Urt. v. 27.1.1982 – 8 C 12.81 – BVerwGE 64, 356, 358.

<sup>11</sup> Zur Kritik an der bisherigen Praxis der Gerichte Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 3. A., Baden-Baden 1997, Rn. 620 m. w. Nachw.

<sup>12</sup> Meier, NVwZ 1998, 688, 693, vertritt sogar die Ansicht, die derzeitige Regelung sei kontraproduktiv.

<sup>13</sup> Kuntze, in Bader (Fn. 5), VwGO, § 92, Rn. 24.

<sup>14</sup> VGH München, B. v. 19.1.1999 – 1 C 97.1542 – DVBl. 1999, 993, 994; B. v. 24.11.1997 – 22 ZB 97.3262 – DVBl. 1998, 239.

<sup>15</sup> OVG Lüneburg, B. v. 7.7.1997 – 4 O 2935/97 – NVwZ 1998, 529.

<sup>16</sup> Bader, DÖV 1997, 442; Berkemann, DVBl. 1998, 446; Schmidt, NVwZ 1998, 694; Seibert, DVBl. 1997, 932; ders. NVwZ 1999, 113.

positive Zwischenbilanz gezogen werden, vielmehr haben sich beinahe alle anfänglich geäußerten Befürchtungen<sup>17</sup> bestätigt. Die Entscheidungen über Zulassung oder Nichtzulassung der Berufung/Beschwerde sind nicht anfechtbar<sup>18</sup>, so dass auch das *BVerwG* nicht rechtsvereinheitlichend wirken kann<sup>19</sup>. In der praktischen Handhabung wird dies dazu führen, dass das *OVG* die Berufung in den Fällen zulässt, die es für berufungswürdig hält. So kann nicht nur jedes Gericht, sondern auch jeder Senat seine eigene Zulassungspraxis entwickeln, die Zulassung von Berufung oder Beschwerde ist für den Prozessvertreter daher kaum noch kalkulierbar.

Die Neuregelung des Berufungs- und Beschwerde-rechts und die damit in Zusammenhang stehende Einführung des Vertretungszwangs vor den *OVG* nach § 67 I *VwGO* sind zwar verfassungsrechtlich unbedenklich. Wegen ihrer Konturenlosigkeit müssen jedoch insbesondere die neuen Zulassungsgründe in § 124 II Nr. 1 und 2 *VwGO* nach dem Sinn und Zweck des Zulassungserfordernisses ausgelegt werden<sup>20</sup>. Diese Ungewissheit über den Erfolg eines Rechtsmittels lässt sich auch nicht als Anwalts-Schicksal abtun. Denn wie soll qualifizierter Rechtsrat erteilt werden, wenn das sprichwörtliche „Hornberger Schießen“ gegenüber der Bewertung der Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels oftmals eine „sichere Bank“ ist. Diese Unsicherheit geht letztlich im doppelten Sinne auf Kosten des Rechtssuchenden. Er trägt die Lasten der Zulassungsberufung, indem er entweder die ihn belastende Entscheidung gar nicht erst einer nochmaligen gerichtlichen Kontrolle zuführt oder aber einen kostenträchtigen Zulassungsantrag riskiert, der ihn in der überwiegenden Zahl der Fälle in der Sache nicht weiterbringt. Dies ist auch der entscheidende Unterschied zum früheren Berufungs- und Beschwerderecht, das im Gegensatz zur Zulassungsberufung und zur Zulassungsbeschwerde in der Regel eine volle zweitinstanzliche Überprüfung gewährleistete.

### 1. Berufungszulassungsgründe

Die in § 124 II *VwGO* benannten Berufungszulassungsgründe ähneln den Gründen für die Zulassung der Revision in § 132 II *VwGO*, allerdings sind sie teilweise weiter gefasst<sup>21</sup>.

#### a) Ernstliche Zweifel

Die Berufung ist demgemäß unter anderem zuzulassen, wenn ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung bestehen (§ 124 II Nr. 1 *VwGO*, Plausibilitätsberufung) oder die Sache tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten aufweist (§ 124 II Nr. 2 *VwGO*, Komplexitätsberufung)<sup>22</sup>. Diese beiden Zulassungsgründe beinhalten eine Art Blanketterklärung mit erheblichen Beurteilungsspielräumen, die eine Zulassung durch das *OVG* dann ermöglicht, wenn das Gericht die erstinstanzliche Entscheidung nicht für zutreffend hält oder sich zu einer vor allem rechtlich schwierigen Rechtssache äußern will.

Dass die Entscheidung über die Zulassung der Berufung allein in den Händen des *OVG* liegt, ist insbesondere bei der Komplexitätsberufung nach § 124 II Nr. 2 *VwGO* und bei der Grundsatzberufung nach § 124 II Nr. 3 misslich. Bei der Auslegung der vorgenannten Zulassungsgründe sind erhebliche Auslegungsspielräume vorhanden. Dies ermöglicht es dem Berufungsgericht letztlich auswählen, welche Verfahren einer näheren zweitinstanzlichen Untersuchung zugeführt werden. Vor allem aber vorhandene tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten nach § 124 II Nr. 2 *VwGO* oder aber die Divergenz zur obergerichtlichen oder höchstrichterlichen Rechtsprechung wird der erstinstanzliche Verwaltungsrichter zumindest ebenso gut, wenn nicht gar besser, beurteilen können. Er hat sich intensiv mit der Materie des einzelnen Falles befasst, während sich der Richter im Zulassungsverfahren erst in die Materie einarbeiten muss<sup>23</sup>.

Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung des *VG* dürften jedenfalls dann bestehen, wenn die Rechtssache Schwierigkeiten aufweist, die sich im Zulassungsverfahren nicht ohne weiteres beantworten lassen<sup>24</sup>. Vor allem in der Rechtsprechung wird im Hinblick auf die Judikatur zu § 80 IV (3) *VwGO* dagegen vertreten, dass ernstliche Zweifel erst dann bestehen, wenn sich eine überwiegende Wahrscheinlichkeit des Erfolgs des Rechtsmittels abzeichnet<sup>25</sup>. In der

<sup>17</sup> Schenke, NJW 1997, 81, 91; Kuhla/Hüttenbrink, DVBl. 1996, 717, 721.

<sup>18</sup> Denn im Berufungsverfahren kann im Gegensatz zum Revisionsverfahren wie bisher eine Beweisaufnahme erfolgen, wenn die Berufung zugelassen worden ist.

<sup>19</sup> Jank, in Stüer (Hrsg.), Verfahrensbeschleunigung, Osnabrück 1997, S. 43.

<sup>20</sup> *OVG Lüneburg*, B. v. 24.3.1997 – 1 M 1463/97 – NVwZ 1997, 1229 = NdsVBl. 1997, 284.

<sup>21</sup> Seibert, DVBl. 1997, 932, 934; ders. NVwZ 1999, 113; Berkemann, DVBl. 1998, 446, 452; Bader (Fn. 5), *VwGO*, § 124, Rn. 54/63.

<sup>22</sup> Zu allen Berufungs- und Beschwerdezulassungsgründen ausführlich Stüer, NdsVBl. 1999, 230, 231 ff.

<sup>23</sup> Berkemann, DVBl. 1998, 446, 452.

<sup>24</sup> *OVG Lüneburg*, B. v. 31.8.1998 – 1 L 3914/98 – NdsVBl. 1999, 95 = ZfBR 1999, 56.

<sup>25</sup> *VG Mannheim*, B. v. 17.2.1997 – 11 S 379/97 –; B. v. 17.3.1997 – 14 S 594/97 – ESVGH 47, 314; B. v. 18.12.1997 – A 14 S 3451/97 – NVwZ 1998, 414 = DVBl. 1998, 486; B. v. 12.5.1997 – A 12 S 580/97 – NVwZ 1998, 305 = DVBl. 1997, 1327; *VG Kassel*, B. v. 4.4.1997 – 12 TZ 1079/97 – NVwZ 1998, 195; *OVG Bautzen*, B. 22.4.1997 – 1 S 200/97 – SächsVBl. 1998, 29; *OVG Münster*, B. v. 6.11.1997 – 11 B 2005/97 – NVwZ 1998, 530 = DVBl. 1998, 244; *OVG Lüneburg*, B. v. 31.7.1998 – 1 L 2696/98 – NdsVBl. 1999, 93 = NVwZ 1999,

Literatur werden dagegen ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung bereits dann angenommen, wenn auch eine andere Auffassung als die des VG mit gewichtigen Gründen vertretbar ist<sup>26</sup>. Nach einem vermittelnden Ansatz sollen sich die Wahrscheinlichkeit der Bestätigung und der Aufhebung der erstinstanzlichen Entscheidung zumindest die Waage halten<sup>27</sup>.

Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung können sich des Weiteren bei unzutreffenden Tatsachenfeststellungen des VG ergeben, indem es in entscheidungserheblicher Weise auf der Grundlage eines unzutreffenden Sachverhalts entschieden hat. So kann die Unrichtigkeit des Sachverhalts daher nicht nur als Verfahrensrüge nach § 124 II Nr. 5 VwGO geltend gemacht werden, sondern auch im Rahmen der Darlegung ernsthafter Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung<sup>28</sup>.

Dabei ist die Richtigkeit der Entscheidung objektiv aus Sicht des OVG zu beurteilen<sup>29</sup>. Hieraus folgt, dass neue Tatsachen oder Beweismittel auf der Grundlage des bekannten Sachverhalts zumindest dann zu berücksichtigen sind, wenn auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der letzten gerichtlichen Entscheidung abzustellen ist und sie nicht aus anderen Gründen – beispielsweise gemäß § 87 b III VwGO – ausgeschlossen sind<sup>30</sup>. Ansonsten würde der Streit zumeist lediglich in ein Nachfolgeverfahren verlagert und die endgültige Herstellung des Rechtsfriedens dadurch hinausgeschoben werden<sup>31</sup>. Dadurch würde wiederum die Beschleunigungswirkung des Berufungs-

/Beschwerdezulassungsverfahrens gefährdet<sup>32</sup> und vor allem der Rechtsschutz des Bürgers nicht unbedenklich eingeschränkt<sup>33</sup>. Die gegenteilige Meinung verneint die Notwendigkeit der Berücksichtigung neuen Vorbringens im Zulassungsverfahren mit der Begründung, ein vom VG unrichtig zu Grunde gelegter Tatbestand sei allein über § 124 II Nr. 5 VwGO anzugreifen<sup>34</sup>. Diese Position berücksichtigt neue Entwicklungen nach Abfassung der Entscheidungsgründe nicht und wird dem Zweck des Zulassungsverfahrens nicht gerecht.

Ist der Rechts- oder Tatsachenvortrag erstinstanzlich unterblieben, obwohl alle Tatsachen, Beweismittel oder Rechtserkenntnisse den Beteiligten hätten zumindest bekannt sein können, ist kein „neues Vorbringen“ gegeben. Das Zulassungsverfahren kann nämlich genauso wenig wie das übrige zweitinstanzliche Verfahren dazu dienen, Versäumnisse der Beteiligten aufzufangen. So bleiben neu vorgetragene Umstände unberücksichtigt, wenn sie bereits zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung der den Zulassungsantrag stellenden Partei bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen und im Zulassungsverfahren erstmals geltend gemacht werden. Treten diese Umstände aber erst nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens aber noch innerhalb der Antrags- und Begründungsfrist der Berufung oder Beschwerde auf, sind sie zu berücksichtigen<sup>35</sup>. Zweifel an der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung des VG, die sich aus einer Änderung der Sach- oder Rechtslage ergeben sollen, können im Verfahren auf Zulassung der Berufung allerdings in keinem Fall mehr berücksichtigt werden, wenn die Änderung der Sach- oder Rechtslage erst nach Ablauf der Frist des § 124 a I VwGO dargelegt wird<sup>36</sup>.

## b) Besondere Schwierigkeit

Erst wenn die Streitentscheidung eine über das normale Maß hinausgehende Prüfung und Sichtung des Streitstoffes oder Behandlung komplizierter Rechtsfragen erfordert, kann von besonderen rechtlichen oder tatsächlichen Schwierigkeiten nach § 124 II Nr. 2 VwGO

431; *Bader*, NJW 1998, 409; *Schmieszek*, NVwZ 1996, 1151; *Seibert*, NVwZ 1999, 113.

<sup>26</sup> *Schenke*, NJW 1997, 81, 91; *Berkemann*, DVBl. 1998, 446, 454 f.; ausführlich zum Begriff der „ernstlichen Zweifel“ *Roth*, VerwArch. 1997, 416.

<sup>27</sup> *OVG Lüneburg*, B. v. 18.1.1999 – 12 L 5431/98 – NdsVBl. 1999, 93, 94; offengelassen noch in B. v. 9.2.1998 – 12 M 5642/98 – NdsVBl. 1998, 162, 163; B. v. 16.9.1997 – 12 L 3580/97 – NdsVBl. 1997, 282, 283; *Stüer*, DVBl. 1997, 326.

<sup>28</sup> Grundsätzlich a. A. auch im Hinblick auf die weiteren Ausführungen *Bader* (Fn. 5), VwGO, § 124, Rn. 13 ff.

<sup>29</sup> *OVG Lüneburg*, B. v. 9.2.1998 – 12 M 5642/98 – NdsVBl. 1998, 162, 163 f.

<sup>30</sup> *VGH München*, B. v. 5.11.1997 – 23 ZB 97.2581 – BayVBl. 1998, 154; *OVG Lüneburg*, B. v. 9.2.1998 – 12 M 5642/98 – NdsVBl. 1998, 162, 164; *OVG Koblenz*, B. v. 15.9.1997 – 6 A 12008/97 – NVwZ 1998, 302 f.; *OVG Weimar*, B. v. 13.3.1998 – 2 EO 348/98 u. 2 EO 343/98 – DVBl. 1998, 849, 850.

<sup>31</sup> Zum ganzen ausführlich *Seibert*, DVBl. 1997, 932; *ders.* NVwZ 1999, 113 m. w. Nachw.

<sup>32</sup> *OVG Koblenz*, B. v. 15.9.1997 – 6 A 12008/97 – NVwZ 1998, 302, 303; *OVG Lüneburg*, B. v. 9.2.1998 – 12 M 5642/98 – NdsVBl. 1998, 162, 165.

<sup>33</sup> *Stüer/Hermanns*, DVBl. 1998, 766, 767 f.

<sup>34</sup> *VGH Mannheim*, B. v. 18.12.1997 – A 14 S 3451/97 – DVBl. 1998, 486 = NVwZ 1998, 414; *OVG Münster*, B. v. 9.6.1997 – 15 E 444/97 – DVBl. 1997, 1337, 1338.

<sup>35</sup> *OVG Lüneburg*, B. v. 3.11.1998 – 9 L 5136/97 – NdsVBl. 1999, 91, 92 f. m. w. Nachw. zum gesamten Streitstand.

<sup>36</sup> *VGH Mannheim*, B. v. 25.6.1997 – 3 S 2965/97 –; *OVG Lüneburg*, B. v. 3.11.1998 – 9 L 5136/97 – NdsVBl. 1999, 91, 92; *OVG Münster*, B. v. 12.1.1998 – 10 A 4078/97 – NVwZ 1998, 754.

gesprochen werden<sup>37</sup>. Diese sind einerseits zwar verfahrensunabhängig zu bestimmen, andererseits darf über ihr Vorliegen auch nicht allein abstrakt entschieden werden. Ist der Sachverhalt nicht hinreichend geklärt oder kommt die Entscheidung zu einem unrichtigen Ergebnis, indiziert dies besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten<sup>38</sup>. Die wohl überwiegende Ansicht geht allerdings davon aus, dass eine besondere Schwierigkeit nur dann vorliegt, wenn der Ausgang des Verfahrens bei summarischer Prüfung zumindest offen sei und erst im Berufungsverfahren die anstehenden Fragen zur Beurteilung der Sach- oder Rechtslage geklärt werden können (Ergebnisoffenheit)<sup>39</sup>.

### c) Grundsätzliche Bedeutung

Besteht an der Klärung einer Rechts- oder Tatsachenfrage ein über den Einzelfall hinausgehendes Interesse, kommt ihr eine grundsätzliche Bedeutung gemäß § 124 II Nr. 3 VwGO zu. Besonders wenn die angestrebte Klärung dem Interesse der einheitlichen Rechtsanwendung oder der Fortentwicklung des Rechts dient, legt dies die grundsätzliche Bedeutung der Frage nahe<sup>40</sup>. Klärungsbedürftig ist eine Rechts- oder Tatsachenfrage jedoch dann nicht, wenn sie unschwer aus dem Gesetz beantwortet werden kann oder sie bereits einer höchstgerichtlichen oder obergerichtlichen Klärung zugeführt wurde. Letzteres soll dabei auch gelten, wenn die Rechtsfrage in einem Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes entschieden wurde<sup>41</sup>.

### d) Divergenzberufung

Weichen die tragenden Entscheidungsgründe von einem abstrakten Rechtssatz einer Entscheidung des OVG, des BVerwG, des Gemeinsamen Senates der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des BVerfG ab, ist eine Divergenz nach § 124 II Nr. 4 VwGO gegeben<sup>42</sup>. Es müssen also verbindliche Entscheidungen vorliegen, von denen abgewichen worden ist. Bloße Vergleichsvorschläge gehören nicht dazu und sind

dementsprechend nicht der Divergenzrüge zugänglich<sup>43</sup>. Divergenzfähige Rechtssätze können auch in Verfahren nach § 123 VwGO aufgestellt werden, solange es sich dabei um abstrakte Aussagen zu Rechts- oder Tatsachenfragen handelt<sup>44</sup>. Eine Divergenz ist ebenfalls gegeben, wenn die angefochtene Entscheidung von einer später ergangenen Entscheidung des Obergerichts abweicht. Wird demgegenüber von der Entscheidung von einem OVG eines anderen Landes abgewichen, kann der Zulassungsantrag hierauf nicht gestützt werden. Dies folgt aus dem Wortlaut des § 124 II Nr. 4 VwGO. Jedoch liegt es in derartigen Fällen nahe, dass zumindest einer der Zulassungsgründe von § 124 II Nr. 1 – 3 VwGO vorliegt<sup>45</sup>. Eine Divergenz ist des Weiteren nicht bei unrichtiger Anwendung eines Rechtssatzes durch das VG gegeben, weil die Entscheidung der Ausgangsinstanz dann nicht auf der Abweichung beruht und die Rechtseinheit somit nicht in Frage gestellt wird. Demgemäß begründet ein bloßer Anwendungsfehler keine Divergenz im Sinne des Zulassungsrechts<sup>46</sup>.

## 2. Zulassungsantrag

Das Berufungs-/Beschwerdezulassungsverfahren unterscheidet sich vor allem dadurch von dem Revisionsverfahren, dass die Revision auch durch das OVG mit grundsätzlich bindender Wirkung für das BVerwG zugelassen werden kann. Im Gegensatz dazu kann die Berufung nicht durch das erstinstanzliche Gericht, sondern nur durch das OVG auf Grund eines entsprechenden Antragsverfahrens zugelassen werden. Die Zulassung der Berufung ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Urteils zu beantragen, § 124a I (1) VwGO. Der Antrag ist beim VG zu stellen - ein unmittelbar beim OVG gestellter Antrag ist unzulässig<sup>47</sup> - und muss das angefochtene Urteil bezeichnen. Gemäß § 67 I (1) VwGO muss sich jeder antragstellende Beteiligte vor dem OVG und dem BVerwG durch einen Anwalt oder Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule vertreten lassen. Die Beschränkung der Postulationsfähigkeit ist eine weitere Folge der Einführung von Zulassungsberufung und Zulassungsbeschwerde und muss vor dem Hintergrund der Kompliziertheit der Neuregelung der Berufung zumindest als notwendiges Übel akzeptiert werden<sup>48</sup>. In dem Antrag sind zugleich die Gründe, aus denen die Berufung zuzulassen ist,

<sup>37</sup> VGH Mannheim, B. v. 12.5.1997 – A 12 S 580/97 – NVwZ 1998, 305 = DVBl. 1997, 1327; B. v. 1.7.1997 – 5 S 1079/97 – DVBl. 1997, 1329; OVG Lüneburg, B. v. 27.3.1997 – 12 M 1731/97 – NVwZ 1997, 1225.

<sup>38</sup> OVG Lüneburg, B. v. 24.3.1997 – 1 M 1463/97 – NdsVBl. 1997, 284.

<sup>39</sup> OVG Weimar, B. v. 10.12.1997 – 3 ZEO 1053/97 – DVBl. 1998, 489; OVG Münster, B. v. 31.7.1998 – 10 A 1329/98 –; OVG Koblenz, B. v. 16.2.1998 – 2 A 11966/97 – NVwZ 1998, 1094; Seibert, DVBl. 1997, 932; ders. NVwZ 1999, 113.

<sup>40</sup> OVG Lüneburg, B. v. 3.9.1997 – 12 M 3916/97 – DVBl. 1997, 1336 = NdsVBl. 1997, 280; B. v. 16.9.1997 – 12 L 3580/97 – NdsVBl. 1997, 282, 283.

<sup>41</sup> OVG Greifswald, B. v. 15.1.1999 – 2 L 299/98 – NVwZ 1999, 789.

<sup>42</sup> Bader (Fn. 5), VwGO, § 124, Rn. 54.

<sup>43</sup> OVG Bautzen, B. v. 11.6.1998 – 2 S 669/97 – NVwZ-RR 1999, 478 f.

<sup>44</sup> VGH Mannheim, B. v. 22.6.1999 – NC 9 S 19/99 – DVBl. 1999, 1663; OVG Lüneburg, B. v. 2.2.1998 – 12 L 194/98 – NdsVBl. 1998, 167.

<sup>45</sup> Happ, in Eyermann (Fn. 5), § 124, Rn. 29.

<sup>46</sup> OVG Lüneburg, B. v. 2.2.1998 – 12 L 194/98 – NdsVBl. 1998, 167.

<sup>47</sup> OVG Weimar, B. v. 17.7.1997 – 2 ZEO 356/97 – DÖV 1998, 964.

<sup>48</sup> Meissner, VBIBW 1997, 81, 85 f.; Quaas, NVwZ 1998, 71.

darzulegen. Die Rechtskraft ist bis zur Entscheidung über den Zulassungsantrag gehemmt, § 124 a I VwGO.

Auch kann eine Berufung nicht in einen Berufungszulassungsantrag umgedeutet werden<sup>49</sup>. Der Zulassungsantrag muss vergleichbar mit einem Nichtzulassungsbeschwerdeantrag nach § 133 VwGO begründet werden und zwar im Unterschied zur Nichtzulassungsbeschwerde innerhalb des Monats für die Einlegung des Berufungszulassungsantrags. Antrag und Begründung können in gesonderten Schriftsätzen eingereicht werden. Eine nach Fristablauf eingehende Antragsbegründung ist nur insoweit zu berücksichtigen, als sie eine fristgemäß vorgebrachte Begründung erläutert, ergänzt oder klarstellt bzw. auf eine Stellungnahme der anderen Verfahrensbeteiligten erwidert, nicht jedoch, so weit mit ihr neue Rügen erhoben werden<sup>50</sup>.

Im Berufungszulassungsantrag sind die Verfahrensrügen im Einzelnen zu belegen, wobei die Voraussetzungen der Berufungszulassung nach § 124 II VwGO darzulegen sind<sup>51</sup>. Dies stellt an den begleitenden Anwalt zumeist nicht unerhebliche Anforderungen, denn es reicht grundsätzlich nicht aus, eigene Sachverhaltswertungen oder Rechtsansichten an die Stelle des Urteils zu setzen. Dies liegt für die Zulassungsgründe der Divergenz, der grundsätzlichen Bedeutung oder der Verfahrensrüge auf der Hand. Die Voraussetzungen für diese Zulassungsgründe sind darzulegen, Entscheidungen, von denen die angefochtene Entscheidung abweichen soll, sind zu benennen. Ebenso müssen die ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung substantiiert dargelegt werden<sup>52</sup>.

Das OVG hat allerdings im Rahmen der Zulassungsentscheidung nach § 124 a II VwGO die Prüfungspflicht, die Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung zumindest einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen. Erweist sich die angefochtene Entscheidung danach als unrichtig, so ist die Berufung zuzulassen. Insoweit geht die Prüfung im Rahmen des Berufungszulassungsverfahrens weiter als im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren nach § 133 VwGO, bei dem das BVerwG in seiner Beurteilung an das Vorliegen der drei Zulassungsgründe des § 132 II VwGO gebunden ist. Durch die diesen Regelungen gegenüber erweiterte Fassung der Berufungszulassungsgründe in § 124 II Nr. 1 und 2 VwGO besteht für das OVG die Möglichkeit, eine

Berufung auch dann zuzulassen, wenn es die angefochtene Entscheidung schlichtweg für falsch hält, § 124 II Nr. 1 VwGO, oder in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht weiteren Aufklärungsbedarf sieht, § 124 II Nr. 2 VwGO.

### 3. Zulassungsentscheidung

Das OVG entscheidet durch Beschluss über den Zulassungsantrag und kann dabei bei Stattgabe oder einstimmiger Ablehnung des Antrags auf eine Begründung verzichten, § 124 a II VwGO. Eine den Zulassungsantrag des Klägers/Antragstellers des Ausgangsverfahrens ablehnende Entscheidung ohne Begründung sollte im Hinblick auf Art. 103 I GG aber unbedingt vermieden werden, da ansonsten die verstärkte Gefahr besteht, dass erheblicher Rechtsvortrag nicht hinreichend zur Kenntnis genommen worden ist<sup>53</sup>.

Wird dem Antrag auf Zulassung der Berufung stattgegeben, ist die Berufung gemäß § 124 a III VwGO innerhalb eines Monats zu begründen. Dazu ist es erforderlich, dass nach Zulassung der Berufung ein gesonderter Schriftsatz eingereicht wird<sup>54</sup>. In dieser Berufungsschrift kann auf die Ausführungen im Berufungszulassungsantrag Bezug genommen werden, solange ein selbstständiger Berufungsantrag formuliert wird<sup>55</sup>.

### 4. Vorläufiger Rechtsschutz

Wie schon angedeutet, entsprechen die Zulassungsgründe im Beschwerdeverfahren durch die Verweisung von § 146 IV VwGO auf § 124 II VwGO den Gründen im Berufungsverfahren. Der Sinn dieses Verweises erschließt sich allerdings nur schwierig<sup>56</sup>. So ist es im Grunde nicht nachzuvollziehen, wenn das so genannte Eilverfahren mit einem weiteren Verfahrensschritt belastet wird, in dem Zulassungsgründe zu prüfen sind, die für ein Hauptsacheverfahren konzipiert sind. Dies führt letztlich zu einer erhöhten Belastung aller Beteiligten und trägt auch nicht zur Verfahrensbeschleunigung bei<sup>57</sup>.

Die Gerichte sind dazu übergegangen, dass Anträge auf Zulassung der Beschwerde nach § 146 IV VwGO i. V. m. § 124 II Nr. 3 VwGO nur auf solche Zulassungsgründe gestützt werden können, die die spezifischen Besonderheiten des vorläufigen Rechtsschutzes betreffen. Dies wird mit dem summarischen Prüfungsprogramm begründet, das nicht dazu geeignet sei, bisher ungeklärte Rechtsfragen abschließend zu entschei-

<sup>49</sup> BVerwG, B. v. 29.7.1997 – 5 B 60.97 – NVwZ 1998, 1197; VGH Mannheim, B. v. 12.3.1997 – 6 S 208/97 – VBIBW 1997, 264; B. v. 2.6.1997 – 5 S 914/97 – NVwZ-RR 1998, 206 = DVBl. 1997, 1328; VGH München, B. v. 4.6.1997 – 3 C 97.1147 – NVwZ-RR 1998, 207; OVG Greifswald, B. v. 1.10.1997 – 2 L 170/97 – NVwZ 1998, 201 = DVBl. 1998, 243.

<sup>50</sup> OVG Münster, B. v. 24.2.1998 – 24 B 236/98 –.

<sup>51</sup> OVG Münster, B. v. 27.6.1997 – 11 B 1136/97 – NVwZ 1998, 306, 37.

<sup>52</sup> OVG Lüneburg, B. v. 18.1.1999 – 12 L 5431/98 – NdsVBl. 1999, 93, 94.

<sup>53</sup> BVerfG (1. Kammer des 2. Senats), B. v. 10.7.1997 – 2 BvR 1291/96 – NVwZ-Beilage 1998, 9, 10; Bader (Fn. 5), VwGO, § 124a, Rn. 74.

<sup>54</sup> OVG Münster, B. v. 23.10.1998 – 9 S 1372/98 – NVwZ 1999, 207; B. v. 27.10.1998 – 10 A 3602/98 – NVwZ 1999, 208, 29.

<sup>55</sup> OVG Münster, B. v. 27.10.1998 – 10 A 3602/98 – NVwZ 1999, 208, 29.

<sup>56</sup> Bader (Fn. 5), VwGO, § 146, Rn. 17.

<sup>57</sup> Meissner, VBIBW 1997, 81, 86.

den<sup>58</sup>. Nach anderer Auffassung ist diese Beschränkung der Überprüfung der grundsätzlichen Bedeutung einer Rechtssache zumindest in den Fällen, in denen um eine einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO gestritten wird, nicht geboten, da bei der Überprüfung des Anordnungsanspruches keine summarische Prüfung erfolge, vielmehr alle Rechtsfragen für das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zu beantworten seien<sup>59</sup>. Dies erscheint auch sachgerecht, da das Gebot eines ausreichenden gerichtlichen Rechtsschutzes auch für das Eilverfahren gilt und auch im Eilverfahren zumindest vom Ansatz her das Prüfprogramm der Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit des Verwaltungshandelns abgearbeitet werden muss, das auch im Hauptverfahren allerdings noch zur genaueren Prüfung ansteht. So kann man als kleinsten gemeinsamen Nenner zumindest festhalten, dass die Zulassungsvoraussetzungen des § 124 II VwGO zumindest dann vollständig auf das Beschwerdeverfahren übertragen werden müssen, wenn eine spätere Entscheidung in der Hauptsache ausgeschlossen erscheint<sup>60</sup>.

### 5. Prozesskostenhilfe

§ 67 I (2) VwGO ist auf Verfahren der Prozesskostenhilfe nicht anwendbar. Dies wird einerseits aus einer verfassungskonformen Auslegung abgeleitet<sup>61</sup>, andererseits über die Paragrafenkette § 67 VwGO, § 166 VwGO, § 173 VwGO, § 78 III ZPO und § 117 I (1) ZPO begründet<sup>62</sup>. Dennoch muss der Beschwerdeführer im Rahmen seiner Fähigkeiten die seiner Meinung nach einschlägigen Zulassungsgründe des § 124 II VwGO angemessen darlegen. Wird daher der Zulassungsgrund des § 124 II Nr. 1 VwGO geltend gemacht, reicht die Behauptung, es beständen ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung, nicht aus. Viel-

mehr muss ansatzweise erläutert werden, woraus sich diese ernstlichen Zweifel ergeben<sup>63</sup>. Wie notwendig aber dennoch eine vereinheitlichende Wirkung höchstgerichtlicher Rechtsprechung wäre, zeigt sich hier am Beispiel der Rechtsprechung des 4. Senats des OVG Lüneburg, der seitens des nicht vertretenen Rechtssuchenden im Verfahren zu Prozesskostenhilfeanträgen keine Darlegung der Zulassungsgründe verlangt<sup>64</sup>.

### 6. Einschränkung des Rechtsschutzes

Die Zulassungsgründe des § 124 II VwGO sind zwar gegenüber den Nichtzulassungsbeschwerdegründen in § 132 II VwGO erweitert. Dies alles führt aber nicht daran vorbei, dass die Rechte der Verfahrensbeteiligten durch die Einführung der generellen Zulassungsberufung gegenüber dem bisherigen Standard des Rechtsschutzes kräftig zurückgeschnitten worden sind. In vielen Fällen wird eine zweite Instanz fehlen und auch die Revisionsinstanz des BVerwG wird gewiss um viele interessante Verfahren ärmer. Durch die Ausgestaltung des Zulassungsverfahrens ist es auch einzig das BVerwG, das tatsächlich entlastet wird<sup>65</sup>. Wenn VG und OVG sich in der Beurteilung einig sind, kann das BVerwG auch gegen den Willen der unterlegenen Partei ausgeschaltet werden, selbst wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder von einer Entscheidung des BVerwG abgewichen wird. Die bisherigen Erfahrungen mit der Zulassungsberufung nähren die Sorge, dass für viele interessante und auch wichtige Verfahren der Einzelrichter des VG zur einzigen und damit auch letzten Instanz einer Sachentscheidung wird. Auf Dauer gesehen dürfte dies zu erheblichen Rechtsschutzdefiziten führen.

### III. Antragsbefugnis in der Normenkontrolle

Auch das Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO sollte nach dem Willen des Gesetzgebers in der 6. VwGOÄndG nicht ungeschoren davonkommen. Zum einen wurde in § 47 II (1) VwGO die Antragsbefugnis an eine Verletzung eigener Recht geknüpft, zum anderen wurde die Zweijahresfrist eingeführt, innerhalb deren der Normenkontrollantrag zu stellen ist. Auch wurde die Revisibilität von Urteilen in Normenkontrollverfahren durch die Änderung der §§ 47 V (1) und 47 VII VwGO a. F. dem übrigen Revisionsrecht angeglichen<sup>66</sup>.

<sup>58</sup> VGH Mannheim, B. v. 12.5.1997 – A 12 S 580/97 – NVwZ 1998, 305, 306 = DVBl. 1997, 1327; B. v. 6.3.1997 – 14 S 424/97 –; B. v. 21.2.1997 – 8 S 483/97 – DVBl. 1997, 1325 = NVwZ-RR 1997, 758; OVG Münster, B. v. 27.6.1997 – 11 B 1136/97 – NVwZ 1998, 306, 307; OVG Weimar, B. v. 28.11.1997 – 2 ZEO 208/97 – LKV 1998, 281; ebenso Bader (Fn. 5), VwGO, § 146, Rn. 17; a. A. OVG Lüneburg, B. v. 3.11.1998 – 9 L 5136/97 – NdsVBl. 1999, 91, 92.

<sup>59</sup> VGH Mannheim, B. v. 16.8.1999 – NC 9 S 31/99 u.a. – DVBl. 1999, 1663, 1664; OVG Lüneburg, B. v. 2.2.1998 – 12 L 194/98 – NdsVBl. 1998, 167; B. v. 3.9.1997 – 12 M 3916/97 – DVBl. 1997, 1336 = NdsVBl. 1997, 280.

<sup>60</sup> BVerfG (1. Kammer des 2. Senats), B. v. 27.5.1998 – 2 BvR 378/98 – NVwZ-RR 1999, 219, 220; Bader (Fn.5), VwGO, § 146, Rn. 19.

<sup>61</sup> VGH Mannheim, B. v. 30.3.1998 – 7 S 376/98 – NVwZ 1998, 648, 649; Bader, VBIBW 1997, 401, 404; a. A. OVG Bautzen, B. v. 30.3.1999 – 1 S 185/99 – NVwZ 1999, 784.

<sup>62</sup> OVG Lüneburg, B. v. 6.8.1997 – 12 L 3035/97 – NdsVBl. 1997, 284, 285.

<sup>63</sup> VGH Mannheim, B. v. 10.6.1998 – A 9 S 1269/98 –; VGH Kassel, B. v. 27.5.1997 – 13 UZ 1213/97 – DVBl. 1997, 1334, 1335 = NVwZ 1998, 203; OVG Lüneburg, B. v. 6.8.1997 – 12 L 3035/97 – NdsVBl. 1997, 284, 285 = NVwZ-RR 1997, 761; OVG Frankfurt/Oder, B. v. 1.4.1998 – 4 A 29/98 –.

<sup>64</sup> OVG Lüneburg, B. v. 20.1.1998 – 4 L 5475/97 – NVwZ 1998, 533 = NdsVBl. 1998, 168.

<sup>65</sup> Meissner, VBIBW 1997, 81, 84 f.

<sup>66</sup> Stier, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2. A., München 1998, Rn. 2246; ders., BauR 1999, 1121.

Durch das Erfordernis der Verletzung eigener Rechte sollte die Antragsbefugnis an die Klagebefugnis des § 42 II VwGO angepasst und damit die Schwelle für die Zulässigkeit der Normenkontrolle erhöht werden. Das *BVerwG* ist diesen Weg des Gesetzgebers jedoch nicht mitgegangen und hat auf die grundsätzliche Verschiedenheit des objektiv-rechtlich ausgerichteten Normenkontrollverfahrens und der subjektiv-rechtlich geprägten übrigen Klageverfahren hingewiesen<sup>67</sup>. Auch § 113 I (1) VwGO ist im Normenkontrollverfahren nicht anwendbar<sup>68</sup>. In diesem Spannungsfeld hat das *BVerwG* auch in der Bauleitplanung aus dem Abwägungsgebot ein Recht auf Abwägung der eigenen Belange abgeleitet und damit durch die Hintertür des entsprechend weit ausgelegten materiellen Rechts den bisherigen Rahmen für die Antragsbefugnis erhalten.<sup>69</sup> Das ist aber für den Bestand der Abwägungs- und Rechtsschutzpyramide nicht unbedenklich.<sup>70</sup>

Die Ausdehnung der Schutzfunktion von § 1 VI BauGB wird sich erst noch in der Praxis beweisen müssen. Bejaht man nämlich ein subjektives Recht auf Abwägung, ist der Schritt zu einem Anspruch auf ein abwägungsdirigiertes Planungsverfahren nicht weit. Auch könnte am Ende der Nachbarschutz um ein Recht auf Abwägung erweitert werden. So gesehen hat die Erweiterung der eigenen Rechte in der Normenkontrolle auf ein Recht zur Abwägung der eigenen abwägungserheblichen Belange mehr Fragen aufgeworfen als geklärt.

#### **IV. Partieller Wegfall der aufschiebenden Wirkung bei Widersprüchen**

Die durch § 80 II Nr. 3 VwGO eingeräumte Möglichkeit, den Wegfall der aufschiebenden Wirkung von Widersprüchen durch Gesetz anzuordnen, eröffnet das 6. VwGOÄndG auch für den Landesgesetzgeber. Diese Option begünstigt allerdings die Rechtszersplitterung in der Bundesrepublik weiter und verschärft zudem die Problematik der ausufernden Bedeutung von Eilanträgen gemäß § 80 V VwGO<sup>71</sup>.

#### **V. Kurskorrektur erforderlich**

Die 6. VwGO-Novelle hat zu tiefgreifenden Änderungen im verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzsystem geführt. In der Regel wird nur noch die erste Instanz des Verwaltungsgerichts eine volle Sachentscheidung treffen. Berufungs- und Revisionsinstanz haben schon heute eine wesentlich geringere Bedeutung. In aller Regel entscheidet derjenige den Rechtsstreit endgültig

für sich, der im gerichtlichen Eilverfahren der ersten Instanz obsiegt. Es wird zwar ein kürzerer Prozess gemacht. Der Rechtsschutzgewährung dient dies aus der Sicht des Bürgers aber eher selten. Und auch die Verwaltung kann nicht immer zufrieden sein, wenn ihre Berufungszulassungsanträge in aller Regel kaum Erfolgsaussichten haben. Abhilfe kann nur durch eine grundlegende Änderung der Zulassungspraxis der Obergerverwaltungsgerichte oder durch eine Gesetzesänderung erfolgen. Eine Kurskorrektur durch den Gesetzgeber wäre dabei wohl der sicherste Weg, auf Grund der negativen Erfahrungen mit der Zulassungsberufung und der Zulassungsbeschwerde das mit der 6. VwGO-Novelle eingeleitete Experiment in diesem wesentlichen Punkt zu beenden.

<sup>67</sup> *Schenke*, NJW 1997, 81, 82.

<sup>68</sup> *VGH Mannheim*, Urt. v. 13.5.1997 – 8 S 2814/96 – DVBl. 1998, 236, 237 = VBIBW 1997, 426.

<sup>69</sup> *BVerwG*, Urt. v. 24.9.1998 – 4 CN 2.98 – NJW 1999, 592; *Stüer* (Fn. 87), Rn. 864.

<sup>70</sup> *Stüer*, BauR 1999, 1121.

<sup>71</sup> Hierzu *Lotz*, BayVBl. 1997, 257, 262; i. E. auch *Funke-Kaiser*, in *Bader* (Fn. 5), VwGO, § 80, Rn. 32.