

## 66. Deutscher Anwaltstag

# Prozessuale Einbußen beim Rechtsschutz durch weniger Rechtsmittel

Verwaltungsrecht im Wandel – weniger Streitkultur?<sup>\*</sup>

Rechtsanwalt Prof. Dr. Ulrich Ramsauer, Hamburg

**Das Ergebnis ist eindeutig: Die Rechtsmittel im Verwaltungsprozess sind in den letzten dreißig Jahren eingeschränkt worden, auch wenn es zu Korrekturen gekommen ist. Bis heute in der Kritik stehen das Erfordernis der Berufungszulassung und der qualifizierten Begründungspflicht für Beschwerden gegen erstinstanzliche Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutz. Der Autor schildert differenziert und kenntnisreich aus der Sicht der Anwaltschaft, der Richterschaft und der rechtssuchenden Parteien, wie sich die Streitkultur im Verwaltungsverfahren gewandelt hat, welche Widersprüchlichkeiten sich auftun und wo das Prozessrecht zu Effekten führt, für die zumindest der rechtssuchende Bürger wenig Verständnis haben kann. Am Ende macht der Autor – heute Rechtsanwalt, früher Verwaltungsrichter und ein ausgewiesener Rechtswissenschaftler – Vorschläge, wie der Rechtsschutz durch Rechtsmittel gestärkt werden kann.**

## I. Die Entwicklung des Rechtsmittelrechts in der VwGO

Die Erfahrungen aus der Zeit des Nationalsozialismus bewogen den Gesetzgeber nach dem Krieg, eine neue, schlagkräftige Verwaltungsgerichtsbarkeit mit einem regulären dreistufigen Instanzenzug einzuführen.

### 1. Ausgangslage: Zulassungsfreie Rechtsmittel

Als die VwGO im Jahre 1960 erlassen wurde, war gegen Urteile der Verwaltungsgerichte im Regelfall<sup>1</sup> das Rechtsmittel der Berufung (§ 124 VwGO a. F.), gegen Beschlüsse des Verwaltungsgerichts im einstweiligen Rechtsschutz im Regelfall die Beschwerde (§ 146 VwGO a. F.) ohne weiteres statthaft. Beide Rechtsmittel waren nicht von besonderen Voraussetzungen abhängig und konnten ohne Hinzuziehung eines Rechtsanwalts ergriffen werden. Die zulassungsfreie Berufung war in den ersten knapp 40 Jahren eine Selbstverständlichkeit, auch wenn es gelegentlich etwas befremdete, dass beispielsweise über einen schlichten Streit um die Kosten des Abschleppens eines verbotswidrig abgestellten Pkw in der zweiten Instanz durch einen mit fünf Richtern besetzten Senat verhandelt und entschieden werden musste.

Eine Zulassungsentscheidung kannte die VwGO in ihrer Ausgangsfassung nur für die Revision gegen Urteile der Oberverwaltungsgerichte beziehungsweise der Verwaltungsgerichtshöfe. Nach § 132 Abs. 1 S. 1 VwGO steht den Beteiligten in diesen Fällen die Revision an das Bundesverwaltungsgericht (nur) zu, wenn sie das Oberverwaltungsgericht beziehungsweise der Verwaltungsgerichtshof oder auf Be-

schwerde gegen die Nichtzulassung der Revision das Bundesverwaltungsgericht zugelassen hat. Die Revision ist nach § 132 Abs. 2 VwGO nur zuzulassen, wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder das Urteil von einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts abweicht, oder wenn ein Verfahrensmangel geltend gemacht wird, auf dem das angefochtene Urteil beruhen kann. Auch wenn es nicht unmittelbar zum Thema gehört, sei auf die seinerzeit uneingeschränkte Geltung des Kollegialprinzips hingewiesen, wonach die Entscheidungen der Verwaltungsgerichte in allen Instanzen grundsätzlich durch den gesamten Spruchkörper, also in seiner vollen Besetzung, getroffen wurden. Für die rechtspolitische Bewertung einer Beschränkung von Rechtsmitteln ist das von erheblicher Bedeutung. Das wird im Laufe dieser Untersuchung noch deutlich werden.

### 2. Frühe Einschränkungen im Asylrecht

Der dramatische Anstieg der Asylverfahren seit den 1980er Jahren (im Jahr 1988 waren es bereits über 100.100, im Jahr 1991 schon über 250.000, bis zu ihrem damaligen Höhepunkt mit 428.200 im Jahr 1992) ließ sich im überkommenen System nicht mehr bewältigen. Die Gesetzgebung beschränkte daraufhin im Asylverfahrensgesetz von 1982<sup>2</sup> die Zulässigkeit von Rechtsmitteln in Asylverfahren. Neben dem Einzelrichter in § 31 AsylVfG a. F. wurde in § 32 AsylVfG a. F. erstmalig die Zulassungsberufung eingeführt, verbunden mit einem Rechtsmittelausschluss für offensichtlich unzulässige oder unbegründete Asylverfahren (§ 32 Abs. 6 AsylVfG a. F.).

Viele befürchteten damals schon, das Asylrecht werde sich als das Trojanische Pferd des Verwaltungsprozesses erweisen. Man werde versuchen, die bereichsspezifischen Beschränkungen auf den allgemeinen Verwaltungsprozess zu übertragen. So ist es denn auch gekommen.

### 3. Erste allgemeine Einschränkungen des Rechtsmittelrechts

#### a) Das Rechtspflege-Entlastungsgesetz 1993

Die großen Rückstände im Asylbereich hatten gravierende Auswirkungen auf die Funktionsfähigkeit der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Die Verfahrensdauer nahm damals dramatisch zu; die Verwaltungsgerichte waren trotz erheblicher personeller Verstärkung (die Zahl der Verwaltungsrichter nahm um mehr als die Hälfte zu) überfordert. Das Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege<sup>3</sup> führte in seinem Art. 9 für die Verwaltungsgerichte in § 6 VwGO die Möglichkeit ein, Rechtsstreitigkeiten auf den Einzelrichter zu übertragen, wenn „die Sache keine besonderen Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art aufweist und die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat“. Diese Regelung, die als solche

<sup>\*</sup> Der Beitrag beruht auf einem Vortrag in der Veranstaltung der Arbeitsgemeinschaft Verwaltungsrecht (Landesgruppe Bayern) des Deutschen Anwaltvereins am 11. Juni 2015 auf dem 66. Deutschen Anwaltstag in Hamburg. Die Fachveranstaltung griff das Motto des Anwaltstags „Streitkultur im Wandel – weniger Recht?“ auf und stand unter dem Titel „Verwaltungsrecht im Wandel – weniger Streitkultur? Ein Plädoyer gegen formelle, materielle und prozessuale Rechtsschutzeinbußen“.

<sup>1</sup> Von einigen Ausnahmen abgesehen, in denen gegen Urteile der Verwaltungsgerichte nach § 135 VwGO nur die Revision in Betracht kam, wie etwa in Lastenausgleichs- und Kriegsdienstverweigerungssachen.

<sup>2</sup> BGBl. I, S. 946.

<sup>3</sup> Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege v. 11. Januar 1993 (BGBl. I, S. 50, 55).

zwar keine Rechtsmittelbeschränkung darstellt, kann in ihrer Bedeutung für die Verwaltungsgerichtsbarkeit gar nicht überschätzt werden. Der praktische Umgang mit dieser Möglichkeit hat sich im Laufe der Jahre teilweise verselbständigt, nicht zuletzt deshalb, weil die Einhaltung der Voraussetzungen des § 6 VwGO nicht justiziabel ist. Dies hat nicht nur die Binnenstruktur der Verwaltungsgerichte wesentlich verändert, sondern lässt auch die Einschränkung von Rechtsmitteln in einem anderen Licht erscheinen. Es macht nämlich einen großen Unterschied, ob die Möglichkeit einer Kontrolle einer Einzelrichterentscheidung oder einer Kammerentscheidung abgeschnitten oder eingeschränkt wird.

#### b) Gesetz zur Rechtsmittelbeschränkung in den neuen Bundesländern 1993

Der Aufbau einer Verwaltungsgerichtsbarkeit in den neuen Bundesländern in den neunziger Jahren verschärfte die Belastung der Instanzgerichte insgesamt und trug dazu bei, dass aus dem politischen Raum die Forderungen nach einer flächendeckenden Beschränkung der Berufung immer lauter wurden. Für die neuen Bundesländer wurde 1993 ein Gesetz zur Beschränkung von Rechtsmitteln in der Verwaltungsgerichtsbarkeit<sup>4</sup> erlassen, das in einer ganzen Reihe von Fällen insbesondere auf den Gebieten des Baurechts und des Anlagenrechts die Berufung von einer Zulassung durch das Verwaltungsgericht abhängig machte (mit der Möglichkeit einer Nichtzulassungsbeschwerde auf der Grundlage des später durch die 6. VwGO-Novelle aufgehobenen § 131 VwGO a. F.).

#### 4. Die 6. VwGO-Novelle<sup>5</sup>

Mit dem 6. VwGO-Änderungsgesetz wurde ab 1997 eine generelle Zulassungspflicht für Rechtsmittel gegen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte eingeführt. Sie betraf nicht nur die Hauptsacheverfahren, sondern auch die Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes. Die 6. VwGO-Novelle führte zu einem echten Kahlschlag im Rechtsmittelrecht; ihre viel zu weit gehenden Regelungen sind nur aus der ernsten Krise der Verwaltungsgerichtsbarkeit in den neunziger Jahren infolge der Überlastung durch Massenverfahren insbesondere im Asylrecht verständlich.

#### a) Die Einführung der Zulassungsberufung (§§ 124, 124 a a.F. VwGO)

In § 124 Abs. 1 VwGO a. F. wurde das Erfordernis einer Zulassung der Berufung durch das OVG anstelle des nur bereichsspezifisch geltenden § 131 VwGO a. F. für alle Bereiche der Verwaltungsgerichtsbarkeit eingeführt. Um in die Berufungsinstanz zu gelangen, mussten unterlegene Beteiligte beim Oberverwaltungsgericht beziehungsweise beim Verwaltungsgerichtshof die Zulassung der Berufung beantragen und damit ein besonderes Zulassungsverfahren nach § 124 a VwGO in Gang setzen. Eine Zulassung der Berufung durch das Verwaltungsgericht war nicht vorgesehen. In (dem nach wie vor unverändert geltenden) § 124 Abs. 2 VwGO sind fünf Zulassungsgründe vorgesehen:

- ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des erstinstanzlichen Urteils,
- besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten der Rechtssache,
- grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache,

- Abweichung des Urteils von einer Entscheidung des OVG beziehungsweise des VGH, des BVerfG, BVerwG oder des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes oder
- ein Verfahrensmangel, auf dem die Entscheidung beruhen kann.

Im Zulassungsverfahren müssen seither die Zulassungsgründe in substantiiertem Maße dargelegt werden (§ 124 a Abs. 1 VwGO). Das OVG entscheidet ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss, ob die Gründe hinreichend dargelegt sind und vorliegen. Die Ablehnung der Zulassung ist unanfechtbar; im Falle der Zulassung wird das Verfahren als Berufungsverfahren fortgesetzt.

#### b) Die Zulassungsbeschwerde (§ 146 Abs. 4 VwGO a.F.)

Gravierenderer noch als die Zulassungsberufung wirkte sich die Einführung eines Zulassungsverfahrens für die Beschwerde gegen Entscheidungen des Verwaltungsgerichts im einstweiligen Rechtsschutz aus. Hier war das Zulassungsverfahren analog zur Berufungszulassung ausgestaltet. In § 146 Abs. 4 VwGO a. F. hieß es lapidar:

Gegen Beschlüsse des Verwaltungsgerichts über die Aussetzung der Vollziehung (§§ 80, 80 a) und über einstweilige Anordnungen (§ 123) sowie gegen Beschlüsse im Verfahren der Prozesskostenhilfe steht den Beteiligten die Beschwerde nur zu, wenn sie vom Oberverwaltungsgericht in entsprechender Anwendung des § 124 Abs. 2 zugelassen worden ist.

Nach § 146 Abs. 5 VwGO a. F. war der Antrag auf Zulassung der Berufung innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe der Entscheidung unter Darlegung der Gründe zu stellen, aus denen die Beschwerde zuzulassen sei.

#### c) Weitere Beschränkungen des Rechtsschutzes durch die 6. VwGO-Novelle

Die 6. VwGO-Novelle brachte eine Reihe weiterer wesentlicher Einschränkungen des Rechtsschutzes mit sich, die hier nur der Vollständigkeit halber kurz aufgeführt werden sollen:

- Für Verfahren vor dem OVG wurde in § 67 Abs. 1 VwGO a. F. der Anwaltszwang eingeführt. Das war insoweit konsequent, als Zulassungsanträge eine intensive Auseinandersetzung mit der Ausgangsentscheidung voraussetzen, die von einer Naturalpartei typischerweise nicht erwartet werden kann.
- Erweitert wurden die Möglichkeiten einer gesetzlichen Beschränkung des Suspensiveffekts für die Landesgesetzgebung (§ 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO), die bis dahin nur für Vollstreckungsverfahren vorgesehen waren.
- Die Dauer des Suspensiveffekts (§ 80 Abs. 1 VwGO), die bis dahin bis zur Rechtskraft einer Entscheidung in der Hauptsache andauerte, wurde für den Fall einer klagabweisenden Entscheidung der ersten Instanz auf drei Monate nach Ablauf der Begründungsfrist des Antrags auf Zulassung der Berufung beschränkt (§ 80 b Abs. 1 VwGO).

<sup>4</sup> Art. 13 des Investitionserleichterungs- und Wohnbaulandgesetzes v. 22.4.1993 (BGBl. I, S. 466, 487).

<sup>5</sup> 6. Gesetz zur Änderung der VwGO v. 1. November 1996 (BGBl. I, S. 1626).

- Nach § 94 S. 2 VwGO a. F. hatten die Gerichte die Möglichkeit, das gerichtliche Verfahren auszusetzen, um der Verwaltung die Möglichkeit zu eröffnen, während des anhängigen Prozesses Verfahrens- und Formfehler des angefochtenen Verwaltungsaktes zu heilen. Für den Fall des Nichtbetreibens des Verfahrens über einen Zeitraum von drei Monaten trotz vorheriger Aufforderung wurde eine Rücknahmefiktion eingeführt (§ 92 Abs. 2, § 126 Abs. 2 VwGO).

### 5. Das Rechtsmittelbereinigungsgesetz 2001

Der Widerstand gegen die Einschnitte der 6. VwGO-Novelle war nahezu einhellig. Die Kritik richtete sich nicht nur gegen die überzogene Beschneidung des Rechtsmittelrechts, sondern auch gegen die übrigen Änderungen der VwGO. Es wurde auch schnell klar, dass die erhofften Beschleunigungseffekte nur in sehr begrenztem Umfang erreicht wurden. Insbesondere die Einführung der Zulassungsbeschwerde im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes erwies sich als kontraproduktiv, weil sie das Beschwerdeverfahren nicht nur nicht verkürzte, sondern sogar in die Länge zog. Die Folgewirkungen waren zudem erheblich: Die Zahl der mündlichen Verhandlungen vor den OVG ging stark zurück, weil die meisten Berufungen an der Zulassungshürde scheiterten. Dadurch und durch den neu eingeführten Anwaltszwang büßte die zweite Instanz stark an Bürgernähe ein. Die Bedeutung der Prozesskostenhilfe nahm stark zu; die vereinheitlichende Wirkung der zweiten Instanz nahm ab. Auch das BVerwG war davon mittelbar betroffen, weil die Zahl der Revisionsverfahren dramatisch zurückging.

Nach längerem Protest nicht zuletzt aus der Verwaltungsgerichtsbarkeit selbst kam es zum Erlass des Rechtsmittelbereinigungsgesetzes,<sup>6</sup> das wenigstens die schlimmsten Auswüchse der 6. VwGO-Novelle wieder korrigierte. Mit diesem Gesetz erhielt das Rechtsmittelrecht im Verwaltungsprozess im Wesentlichen (mit Ausnahme des bis zum Ende des Jahres 2004 befristet geltenden § 124 b VwGO a. F.) seine heute gültige Fassung. Das Gesetz enthielt folgende Regelungen:

- Möglichkeit des Verwaltungsgerichts, die Berufung gegen seine Urteile selbst wegen grundsätzlicher Bedeutung oder wegen Abweichung von einer Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts, Bundesverfassungsgerichts oder des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes zuzulassen (§ 124 Abs. 1 S. 1 VwGO),
- Abschaffung der Zulassungsbeschwerde; dafür Einführung von qualifizierten Begründungserfordernissen für die Beschwerde innerhalb eines Monats (§ 146 Abs. 4 VwGO),
- Streichung der Aussetzungsmöglichkeit zum Zweck der Heilung von Form- und Verfahrensfehlern in § 94 S. 2 VwGO a. F.

## II. Das Zulassungserfordernis im Berufungsverfahren

### 1. Die derzeitige Rechtslage

Nach geltender Rechtslage muss die Berufung gegen Urteile des Verwaltungsgerichts entweder durch das Verwaltungsgericht selbst oder das Oberverwaltungsgericht beziehungsweise den Verwaltungsgerichtshof zugelassen werden. Das Verwaltungsgericht kann die Berufung gegen sein Urteil nach § 124 a Abs. 1 S. 1 VwGO nur wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zulassen oder, wenn das Urteil von einer Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts, des

Bundesverwaltungsgerichts, des gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht. Über diese Zulassung ist im Urteil selbst zu befinden. Unterbleibt eine Zulassung durch das Verwaltungsgericht, kann der unterlegene Beteiligte nach § 124 Abs. 4 VwGO beim Verwaltungsgericht einen Antrag auf Zulassung der Berufung stellen, über den allerdings allein das Oberverwaltungsgericht beziehungsweise der Verwaltungsgerichtshof zu befinden hat. Dieser Antrag auf Zulassung der Berufung kann über die genannten Zulassungsgründe hinaus auf drei weitere Zulassungsgründe gestützt werden. Das Oberverwaltungsgericht beziehungsweise der Verwaltungsgerichtshof kann beziehungsweise muss die Berufung nämlich auch dann zulassen, wenn „*ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen*“, wenn die „*Rechtssache besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten aufweist*“ oder wenn ein „*der Beurteilung des Berufungsgerichts unterliegender Verfahrensmangel geltend gemacht wird und vorliegt, auf dem die Entscheidung beruhen kann*“.

Nach § 124 Abs. 5 Satz 2 VwGO ist die Berufung auf den Zulassungsantrag gem. § 124 a Abs. 4 VwGO hin zuzulassen, „*wenn einer der Gründe des § 124 Abs. 2 VwGO dargelegt ist und vorliegt*“. Mit dieser Regelung werden zwei Hürden errichtet, die bei der Analyse getrennt voneinander betrachtet werden müssen: Eine materielle Hürde durch die Zulassungsgründe des § 124 Abs. 2 VwGO und eine prozessuale Hürde durch das Darlegungserfordernis in § 124 a Abs. 5 Satz 2 VwGO.

### 2. Fortdauernde Kritik am Zulassungserfordernis

Heute, knapp 20 Jahre nach der Einführung der Zulassungsberufung, haben sich viele mit der Zulassungsberufung abgefunden. Die Kritik ist aber nicht verstummt.<sup>7</sup> Die rechtsdogmatischen und die rechtspolitischen Einwände gegen das Zulassungserfordernis sind nicht ausgeräumt. Leider hat auch die sehr unterschiedliche Zulassungspraxis viel dazu beigetragen, die Kritik an der Zulassungsberufung wachzuhalten.

#### a) Kritik an der Einführung der Zulassungsberufung als solcher

Auch wenn das verfassungsrechtliche Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) nach überwiegender Auffassung eine zweite Instanz nicht garantiert, ist die Eröffnung einer Kontrolle von Urteilen der Verwaltungsgerichte im Laufe der Jahre praktisch immer wichtiger geworden. In der Mehrzahl der Fälle entscheidet heute in der ersten Instanz ein Einzelrichter, die Notwendigkeit eines Diskurses im Spruchkörper und die damit verbundene Kontrolle durch die übrigen Mitglieder der Kammer fallen dann weg. Eine Übertragung der Sachen auf den Einzelrichter orientiert sich heute weniger an den Kriterien des § 6 VwGO als an der Belastungssituation der Spruchkörper und an persönlichen Befindlichkeiten und Vorlieben seiner Mitglieder. Das wird immer dann besonders augenfällig, wenn der Einzelrichter in seiner Entscheidung die Berufung wegen der besonderen Bedeutung der Sache zulässt. Das Zulassungserfordernis erschwert den Zugang zur zweiten Instanz erheblich. Selbst

<sup>6</sup> Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess v. 20. Dezember 2001 (BGBl. I, S. 3987).

<sup>7</sup> *Kienemann*: Das Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess NJW 2002, 1231; *Laudemann*: Das Rechtsmittelrecht in der zweiten Instanz nach dem RmBereinVpG LKV 2003, 66.



wenn der Kläger in der Sache selbst Chancen hätte: Ohne einen guten, im Fachrecht und im Prozessrecht gleichermaßen versierten Anwalt sind seine Aussichten auf Zulassung der Berufung eher schlecht.

Einen hinreichend qualifizierten Anwalt zu finden ist das eine, ihn zu bezahlen das andere. Die erforderliche Qualifikation eines Anwalts im Verwaltungsrecht setzt unter den heutigen Bedingungen, die durch immer komplexer werdende Regelungsstrukturen in nahezu allen Rechtsgebieten geprägt sind, regelmäßig eine Spezialisierung voraus. Die Chancen, im einschlägigen Spezialgebiet einen materiell und prozessual versierten Anwalt zu finden, der zu den Gebührensätzen des RVG arbeitet, haben deutlich abgenommen. Die im Verwaltungsprozess typischerweise niedrigen Streitwerte und die in der Konsequenz eher niedrigen Gebühren nach dem RVG mindern zwar auf der einen Seite das finanzielle Risiko für den Fall des Unterliegens, sie bedeuten aber auf der anderen Seite, dass ein Kläger, der einen spezialisierten Anwalt auf der Basis etwa einer Stundensatzvereinbarung mandatiert, selbst im Falle seines Obsiegens auf einem Großteil seiner Kosten sitzen bleibt.

Die wachsende Bedeutung des Anwalts im Verwaltungsprozess gefährdet die Einheitlichkeit des Rechtsschutzes in der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Das mit der Zulassungsberufung eingeführte Vertretungserfordernis in der zweiten Instanz (§ 67 VwGO) hat die Rollenverteilung zwischen Gerichten und Prozessbevollmächtigten in der zweiten Instanz signifikant verschoben: Die Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe tendieren deutlich stärker als früher dazu, nicht nur den Umfang der Amtsermittlung (§ 86 VwGO), sondern auch die Intensität und Tiefe der rechtlichen Befassung am Vorbringen der Prozessbeteiligten zu orientieren. Auch wenn *Eckart Hien's* Satz „Was man dem Richter nicht klagt, soll er nicht richten“ auf Verfahren nach § 47 VwGO gemünzt war,<sup>8</sup> kennzeichnet er doch eine allgemeine Tendenz in der forensischen Rollenverteilung.

Rechtsstreitigkeiten finden, wie bereits angedeutet, deutlich seltener den Weg zum Bundesverwaltungsgericht, das dementsprechend seltener Gelegenheit hat, die vereinheitlichende Wirkung seiner Rechtsprechung zu entfalten. Dass ein Rechtsstreit Fragen von grundsätzlicher Bedeutung aufwirft, führt ja nur dann zur Zulassung der Berufung, wenn dieser Zulassungsgrund im Zulassungsverfahren der zweiten Instanz hinreichend dargetan worden ist. Gleichsam zum Ausgleich wurden dem Bundesverwaltungsgericht in § 50 VwGO zunächst immer wieder befristet, inzwischen aber unbefristet diverse erstinstanzliche Verfahren übertragen. Einige Senate des Bundesverwaltungsgerichts sind auf diese Weise mit einem wesentlichen Teil ihrer Zuständigkeit zu erstinstanzlichen Tatsachengerichten geworden. Das hat zwar unbezweifelbar für die erfassten Verfahren Beschleunigungseffekte und kann auch vereinheitlichende Wirkungen erzielen, seine eigentliche Funktion als Revisionsgericht geht damit aber teilweise verloren. Welche Auswirkungen dieser Perspektivenwechsel auf das Selbstverständnis der Richter am Bundesverwaltungsgericht hat, ist noch nicht näher untersucht worden; ganz folgenlos dürfte er nicht geblieben sein.

#### b) Kritik an unbestimmten Zulassungstatbeständen

Vor allem in der Anfangszeit, also in den ersten Jahren nach der Einführung der Zulassungsberufung, gab es große Unsicherheiten im Hinblick auf die einzelnen Zulassungsgründe des § 124 Abs. 2 VwGO, insbesondere über die beiden „neu-

en“ Zulassungsgründe, für die es im Revisionsrecht kein Vorbild gab, nämlich die „ernstlichen Zweifel“ und die „besondere[n] tatsächliche[n] oder rechtliche[n] Schwierigkeiten“ der Rechtssache. Um hier zu einer Vereinheitlichung zu kommen, war durch das 6. VwGO-Änderungsgesetz mit § 124 b VwGO eine bis zum Ende 2004 geltende Regelung geschaffen worden, wonach das Oberverwaltungsgericht bzw. der Verwaltungsgerichtshof die Sache unter Begründung seiner Rechtsauffassung dem Bundesverwaltungsgericht zur Entscheidung über die Auslegung von § 124 Abs. 2 oder § 124 a Abs. 4 S. 4 VwGO vorzulegen hatte, wenn die Rechtsfrage grundsätzliche Bedeutung für die Auslegung dieser Bestimmungen hatte oder die Fortbildung des Rechts bzw. die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur Auslegung dieser Bestimmungen erforderte. Eine Reihe wichtiger Zweifelsfragen konnten in der Anfangszeit auf diese Weise einer Klärung zugeführt werden.

Man geht etwa inzwischen ganz überwiegend davon aus, dass

- es für das Vorliegen ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit des Urteils auf das Ergebnis der Entscheidung ankommt, nicht dagegen auf Fehler in der Begründung (siehe aber unten 3. b),
- ernstliche Zweifel schon dann vorliegen, wenn bei summarischer Prüfung die Unrichtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung mindestens ähnlich wahrscheinlich ist wie deren Richtigkeit,
- ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung sich auch aus einer unzureichenden Sachverhaltsaufklärung durch das Verwaltungsgericht ergeben können,
- ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung sich auch aus einer Veränderung der Sach- und Rechtslage nach Erlass der erstinstanzlichen Entscheidung ergeben können.

Meinungsverschiedenheiten, Unklarheiten und unterschiedliche Judikate gibt es nach wie vor dagegen beispielsweise bei den Fragen,

- ob und ggfs. unter welchen Voraussetzungen ein unzutreffend bezeichnetes Rechtsmittel umgedeutet werden kann (z. B. Berufung in Berufungszulassung),
- ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen ein unzutreffend bezeichneter Zulassungsgrund in einen anderen umgedeutet werden darf,
- welcher Maßstab bei der Beurteilung besonderer Schwierigkeiten rechtlicher oder tatsächlicher Art angelegt werden soll.

Grundsätzlich sind Unklarheiten bei der Auslegung des materiellen wie des Prozessrechts nichts Besonderes. Es ist vielmehr gerade Sache der Rechtsprechung, diese Unklarheiten im Diskurs mit der Rechtswissenschaft auszuräumen und damit zu bewältigen, um für die Zukunft eine größere Rechtssicherheit zu erreichen. Diese Aufgabe ist bisher von Rechtsprechung und Literatur nicht erledigt worden. Die Literatur hat sich um die Problematik nur unzureichend gekümmert.<sup>9</sup> Innerhalb der Rechtsprechung liegt das Problem vor allem darin, dass es an einem Mechanismus zur Vereinheitlichung fehlt, weil es keine reguläre Rekursmöglichkeit gegen Zulassungsentscheidungen gibt.

<sup>8</sup> *Wahrendorf*, Was man dem Richter nicht klagt, soll er nicht richten – Gedanken zum Untersuchungsgrundsatz, GS Tettinger, 2007, 519.

<sup>9</sup> Vgl. ausschließliche Verweise auf die Rechtsprechung bei *Sodan/Ziekow*, VwGO, 4. Aufl. 2014, § 124 a Rn. 105 ff.

### c) Kritik an der Zulassungspraxis

Am weitaus schwersten wiegt die Kritik am praktischen Umgang der Gerichte mit der Zulassungsberufung.<sup>10</sup> Die Zulassungspraxis der Oberverwaltungsgerichte hat von Anfang an zu erheblichen Bedenken Anlass gegeben.<sup>11</sup> Die Kritik entzündet sich zunächst am verfügbaren statistischen Material. Daraus geht nämlich hervor, dass die Zulassungspraxis der einzelnen Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe sehr unterschiedlich ist. Für die überraschend großen Unterschiede in der Zulassungspraxis der Verwaltungsgerichte und Oberverwaltungsgerichte lassen sich in den jährlichen Statistiken der Verwaltungsgerichte eindeutige statistische Belege finden: Das OVG Bremen lag im Jahr 2012 mit einer Zulassungsquote von 48,6 Prozent der Anträge an der Spitze einer Gruppe von Oberverwaltungsgerichten (Saarland, Schleswig-Holstein, Sachsen, Thüringen) mit Quoten von über 30 Prozent. Es folgt ein Mittelfeld (Baden-Württemberg, Bayern, Hamburg, Nordrhein-Westfalen, Sachsen-Anhalt) mit etwa 20 Prozent. Schlusslichter sind die Oberverwaltungsgerichte beziehungsweise Verwaltungsgerichtshöfe in Berlin-Brandenburg, Hessen und Niedersachsen mit einer Zulassungsquote um 10 Prozent. Diese Werte haben sich in den letzten zwei Jahren zwar leicht verändert und regional verschoben, signifikante Unterschiede sind aber nach wie vor zu beklagen. Im Jahr 2014 verzeichneten das OVG Hamburg mit 37,1 Prozent die höchste und das OVG Berlin-Brandenburg mit 13,6 Prozent die niedrigste Zulassungsquote.

Für die Zulassungspraxis der Verwaltungsgerichte, denen als Zulassungsgründe ja nur die grundsätzliche Bedeutung der Sache und die Abweichung zu Gebote stehen, ergibt sich ein ähnliches Bild. Auch wenn man für die einzelnen Bundesländer die Zulassungsquoten der Verwaltungsgerichte und der Oberverwaltungsgerichte beziehungsweise Verwaltungsgerichtshöfe zusammenrechnet, bleibt es bei erheblichen Differenzen.

Dieser Befund muss Befremden auslösen. Die für die Länder erhobenen Werte lassen sich mit Unterschieden in den Ländern, etwa mit regional begründeten Besonderheiten der Fälle oder mit der unterschiedlichen Qualität der erstinstanzlichen Gerichtsentscheidungen, nicht befriedigend erklären. Weshalb sollten die Fälle in Bremen so viel komplexer sein als im niedersächsischen Umland? Auch wenn sich das kaum mit vertretbaren Mitteln nachprüfen lässt: Plausibel wäre eine solche Annahme nicht. Auch eine Erklärung mit der Qualität der erstinstanzlichen Urteile muss scheitern. Abgesehen davon, dass sich hierfür kaum Anhaltspunkte werden finden lassen, ist festzustellen, dass auch innerhalb der einzelnen Oberverwaltungsgerichte beziehungsweise Verwaltungsgerichtshöfe die Zulassungsquoten teilweise erheblich voneinander abweichen, ohne dass dies mit den unterschiedlichen Zuständigkeiten erklärbar wäre.

### 3. Das Problem der Kontrolle des Umgangs mit dem Darlegungserfordernis

Die Zahlen aus den letzten Jahren belegen, dass es sich bei den Unterschieden nicht nur um bloße Anfangsprobleme handelt, wie sie bei der Einführung wesentlicher Neuerungen regelmäßig auftreten und hier in besonderer Weise zu erwarten waren, weil die Neuregelungen auf eine hierauf nicht vorbereitete Anwaltschaft trafen und viele Rechtsanwälte sich vor allem an das Darlegungserfordernis gewöhnen mussten.

Obwohl sich die Lage im Laufe der Jahre etwas entspannt hat, kann von einer Entwarnung keine Rede sein. Die Praxis der Zulassungsberufung bleibt ein Sorgenkind der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

#### a) Problem der Nachvollziehbarkeit der Entscheidungen

Es fehlt nicht nur die harmonisierende Kraft des Bundesverwaltungsgerichts, das nach dem Wegfall des § 124 b VwGO wegen der Anfechtbarkeit der Nichtzulassungsbeschlüsse nicht mehr mit Fragen der Berufungszulassung befasst werden kann, es ist auch für die Rechtswissenschaft sehr schwer, die Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte beziehungsweise der Verwaltungsgerichtshöfe über die Zulassung einer kritischen Analyse zu unterziehen. Das hat mehrere Gründe: Erstens erfordert die Analyse der konkreten Anwendung des Darlegungserfordernisses die Kenntnis der Gerichtsakten, mindestens die Kenntnis des vollständigen erstinstanzlichen Urteils und der vollständigen Zulassungsbegründung. Da beide üblicherweise nicht veröffentlicht werden, kann die Fachöffentlichkeit die jeweils zugrunde gelegten Anforderungen an die Darlegung praktisch nur anhand der Gründe der Nichtzulassungsentscheidung überprüfen. Dies ist tatsächlich nur selten möglich, zumal der Beschluss über die Nichtzulassung der Berufung nach § 124 a Abs. 5 Satz 3 VwGO nur „kurz begründet werden“ soll. Zweitens werden die positiven Zulassungsentscheidungen normalerweise gar nicht veröffentlicht; sie enthalten in aller Regel auch keine substantielle Begründung. Das bedeutet, dass in der rechtswissenschaftlichen Diskussion keine sinnvolle Gegenüberstellung von positiven und negativen Zulassungsentscheidungen möglich ist. Hieraus folgt drittens, dass die präjudizielle Wirkung von Nichtzulassungsentscheidungen in der Praxis ungleich größer ist als diejenige von Zulassungsentscheidungen, die von der Fachöffentlichkeit nicht zur Kenntnis genommen und diskutiert werden können. Diese präjudizielle Wirkung gerade der negativen Entscheidungen darf in ihrem Einfluss auf den Umgang mit dem Darlegungserfordernis nicht unterschätzt werden. Auch wenn es hierzu – soweit ersichtlich – bisher noch keine Untersuchungen gibt, so erscheint es doch sehr plausibel, dass es – wenn überhaupt – eine kritische Auseinandersetzung nur aus der Perspektive der Nichtzulassungsentscheidungen und der Nichterfüllung des Darlegungserfordernisses gibt, nicht aber aus der Perspektive der Zulassungsentscheidungen und der Erfüllung des Darlegungserfordernisses. Die veröffentlichten Nichtzulassungsentscheidungen wirken präjudiziell, von den Zulassungsentscheidungen erfahren weder die anderen Gerichte noch die Fachöffentlichkeit etwas.

<sup>10</sup> Ausführlich *Neuhäuser*, Die Zulassung der Berufung im Verwaltungsprozess unter den Einwirkungen des Verfassungs- und des Unionsrechts, 2012, 67 ff.

<sup>11</sup> Vgl. z. B. *Schmidt*, Das 6.VwGO-Änderungsgesetz und seine Folgen aus der Sicht der Berufungsinstanz, NVwZ 1998, 694.

#### b) „Allzu strenge“ Zulassungsmaßstäbe

Aus dem Gesagten folgt, dass allgemeine Aussagen von der Art, die Maßstäbe einzelner Spruchkörper für die Zulassung der Berufung seien zu streng, praktisch nicht überprüfbar sind und nicht sinnvoll getroffen werden können. Selbst wenn man nach einzelnen Zulassungsgründen differenzieren würde, ließe sich ein Nachweis mit einem wissenschaftlichen Anspruch nicht führen, schon deshalb nicht, weil Attribute wie „zu streng“ oder „streng“ nicht einmal rechtspolitisch sinnvoll sind, weil ihr Bedeutungsgehalt ihrer Natur nach zu diffus ist, als dass sie Ausgangspunkt eines juristischen Diskurses sein könnten. Und dennoch: Unter den Rechtswissenschaftlern ist die Kritik an einer „zu strengen“ Zulassungspraxis der Oberverwaltungsgerichte beziehungsweise Verwaltungsgerichtshöfe seit Einführung der Zulassungsberufung nicht verstummt.<sup>12</sup> Diese Kritik speist sich aus der Betrachtung von vielen Einzelfällen, insbesondere auch solcher, die Gegenstand einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts waren. Das Bundesverfassungsgericht ist praktisch das einzige Gericht, von dem die Ablehnung einer Berufungszulassung noch korrigiert werden kann. So verwundert es denn auch nicht, dass von der Möglichkeit, gegen die Nichtzulassung Verfassungsbeschwerden zu erheben, rege Gebrauch gemacht wird.

In der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts finden sich erstaunlich viele Belege für eine „zu strenge“ Zulassungspraxis. Das Gericht hat auf Verfassungsbeschwerden hin häufig und zum Teile auch mit bemerkenswerten Begründungen Beschlüsse der Oberverwaltungsgerichte kassiert, in denen die Anträge auf Zulassung der Berufung zurückgewiesen worden waren. Bemerkenswert ist dies deshalb, weil das Bundesverfassungsgericht nicht befugt ist, über Zulassungsgründe und Darlegungserfordernis selbst zu entscheiden und „strenge“ Entscheidungen der Verwaltungsgerichte über die Nichtzulassung der Berufung schlicht unter Hinweis auf Art. 19 Abs. 4 GG zu korrigieren. Zu einer Aufhebung von Gerichtsentscheidungen darf es nur kommen, wenn eine Verletzung „spezifischen“ Verfassungsrechts festgestellt werden kann. Dies setzt voraus, dass die Nichtzulassungsentscheidung in den Augen der Richter des Bundesverfassungsgerichts nicht nur schlicht verkehrt ist, sondern unvertretbar, weil sie auf einer „Verkennung“ der Garantie effektiven Rechtsschutzes, also des Garantiegehalts des Art. 19 Abs. 4 GG beruht.

Dies hat das Bundesverfassungsgericht in der Tat mehrmals angenommen und eine „Überspannung“ der Anforderungen an die Darlegung von Zulassungsgründen festgestellt. Hierzu kann auf die Untersuchung verwiesen werden, die *Rudisile* vor einigen Jahren vorgelegt hat.<sup>13</sup> Er zeigt darin überzeugend, dass das Bundesverfassungsgericht in seinen Korrekturentscheidungen zwar über den Maßstab der Verletzung spezifischen Verfassungsrechts teilweise hinausgegangen ist, also gleichsam wie ein Fachgericht geurteilt hat, dass aber die vorgenommenen Korrekturen als solche durchaus berechtigt beziehungsweise geboten erschienen. Hier hat das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf fehlende reguläre Rekursmöglichkeiten in der VwGO also offenbar geglaubt, korrigierend eingreifen zu müssen. Dabei hat sich das Bundesverfassungsgericht etwa bei dem Zulassungsgrund der „ernstlichen Zweifel“ darauf beschränkt, die von den Oberverwaltungsgerichten beziehungsweise den Verwaltungsgerichtshöfen für die Nicht-

zulassung gegebenen Begründungen zu überprüfen, ohne sich mit der Frage der Ergebnisrichtigkeit auseinanderzusetzen. Das ist zwar im Hinblick darauf problematisch, dass es nach der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte insoweit gerade auf die Ergebnisrichtigkeit ankommen soll,<sup>14</sup> andererseits für das Bundesverfassungsgericht aber wohl die einzige Möglichkeit, die Entscheidungen am Maßstab des Art. 19 Abs. 4 GG zu messen, ohne sich wie ein Fachgericht mit der Sache selbst zu befassen und eine Aussage über die einfachgesetzlich gebotene Entscheidung zu treffen.

#### 4. Das Darlegungserfordernis des § 124 a Abs. 5 Satz 2 VwGO

In § 124 a Abs. 5 Satz 2 VwGO wird verlangt, dass einer der Gründe des § 124 Abs. 2 VwGO „dargelegt ist und vorliegt“. Die Vorschrift bezieht sich damit auf § 124 a Abs. 4 Satz 4 VwGO, in der es heißt, es seien „die Gründe darzulegen, aus denen die Berufung zuzulassen ist“. In beiden Vorschriften wird das Verbum „darlegen“ verwendet. Damit wird, wie bereits angedeutet, grundsätzlich mehr verlangt als bloßes „behaupten“ oder „geltend machen“. Das „darlegen“ enthält ein Begründungselement, wobei sich die Begründung auf den geltend gemachten Zulassungsgrund beziehen muss. Wie viel an Begründung vorgebracht werden muss, ergibt sich aus dem Begriff freilich nicht: Es gibt schlechte, unvollkommene und wenig überzeugende Darlegungen, die gleichwohl „Darlegungen“ bleiben. Der Wortlaut gibt für die Auslegung des Begriffs „darlegen“ relativ wenig her. So heißt es etwa bei *Wolf-Rüdiger Schenke*:<sup>15</sup>

Darlegen erfordert mehr als einen nicht näher spezifizierten Hinweis auf das Vorliegen eines Zulassungsgrundes. Es bedeutet vielmehr ‚erläutern‘, erklären oder auf etwas näher eingehen. Deshalb bedarf es grundsätzlich unter ausdrücklicher oder jedenfalls konkludenter Bezugnahme auf den Zulassungsgrund einer substantiellen Auseinandersetzung mit der angegriffenen Entscheidung, durch die der Streitstoff entsprechend durchdrungen und aufbereitet wird.

Immerhin kann man festhalten, dass es für das „Darlegen“ ein Objekt gibt, nämlich einen der Gründe des § 124 Abs. 2 VwGO, und dass es beim Darlegen um die Angabe von Gründen dafür geht, dass einer der Zulassungsgründe vorliegt. Bloßes „Geltendmachen“ eines Zulassungsgrundes wird danach regelmäßig vom Wortlaut her hinter dem „Darlegen“ zurückbleiben.

#### a) Maßstab des Art. 19 Abs. 4 GG

Das Darlegungserfordernis muss sich am Maßstab des Art. 19 Abs. 4 GG orientieren. Zwar garantiert Art. 19 Abs. 4 GG keine Berufungsinstanz, der Zugang zur Berufungsinstanz darf aber nur von solchen Voraussetzungen abhängig gemacht werden, die in Bezug auf die damit zulässigerweise verfolgten Zwecke angemessen erscheinen. Denn im Falle der Nichtzulassung der Berufung wird dem Antragsteller eine existierende zweite Instanz vorenthalten. Diese Überlegungen führen zu dem Rechtfertigungsproblem: Für das Darlegungserfordernis und den Maßstab seiner konkreten Anwendung muss es hinreichend rechtfertigende Zwecke geben, die letztlich nur in der Entlastung der Oberverwaltungs-

<sup>12</sup> Nachweise bei *Ramsauer*, Berufungszulassungsrecht auf dem Prüfstand, Dokumentation zum 17. Deutschen Verwaltungsgerichtstages 2013, 2014, S. 154 ff.

<sup>13</sup> *Rudisile*, Die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zum Berufungszulassungsrecht der VwGO, NVwZ 2012, 1425.

<sup>14</sup> BVerwG, NVwZ-RR 2004, 542-543; VGH Kassel, NVwZ 1998, 755; weiter Nachweise bei *Sodani/Ziekow*, VwGO, 4. Aufl. 2014, § 124 Rn. 98.

<sup>15</sup> *Kopp/Schenke*, VwGO, 19. Aufl. 2013, § 124 a Rn. 49.



gerichte bzw. Verwaltungsgerichtshöfe liegen können, denen die Prüfung des Vorliegens von Zulassungsgründen erleichtert werden soll.

Somit bleibt als zulässiges Entlastungsziel nur, den Aufwand der Gerichte bei der Prüfung der Zulassungsgründe zu begrenzen. Die Zulassungsgründe sollen in einer Weise präsentiert werden, die es dem Berufungsgericht erleichtert, über die Frage der Zulassung der Berufung schnell und zutreffend zu entscheiden. Das Gericht soll insbesondere nicht gezwungen sein, bereits im Rahmen der Entscheidung über den Zulassungsantrag umfassend in die Sache selbst „einzusteigen“ und damit die Berufungsentscheidung ganz oder teilweise vorwegzunehmen. Damit stellt sich das Nebeneinander von Darlegungs- und Prüfungserfordernis als eine Art Kooperationsverhältnis dar: Der Antragsteller legt die aus seiner Sicht maßgeblichen Zulassungsgründe dar, das Gericht prüft auf dieser Grundlage das Vorliegen der (hinreichend) dargelegten Zulassungsgründe. Freilich wird das Berufungsgericht in vielen Fällen nicht umhin kommen, neben dem angefochtenen Urteil und dem Zulassungsantrag auch den Inhalt der Gerichtsakten zur Kenntnis zu nehmen. Anderenfalls ließe sich beispielsweise die Frage der Ergebnisrichtigkeit nicht beurteilen.

Das Entlastungsziel des Darlegungserfordernisses spricht dafür, die Anforderungen an die Darlegung von Zulassungsgründen nicht starr zu formulieren, sondern daran zu orientieren, ob und in welchem Umfang die Darlegung Entlastungswirkungen für die Prüfung durch das Gericht haben kann. Dies gilt insbesondere für den Zulassungsgrund der „ernstlichen Zweifel“ in § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO: Drängen sich schon bei der bloßen Lektüre des angefochtenen Urteils Zweifel an dessen Richtigkeit auf, ohne dass es einer näheren Prüfung bzw. eines tieferen Einstiegs in die Rechtsprüfung bedarf, so wird man an die Darlegung geringere Anforderungen stellen müssen als dann, wenn sich Zweifel an dem angefochtenen Urteil erst bei einer intensiveren Befassung mit den einschlägigen Rechts- oder Tatfragen ergeben können. Im zuerst genannten Fall führen strenge Anforderungen an das Darlegungserfordernis nicht zu einer Entlastung des Gerichts, im zuletzt genannten Fall müssen die ernstlichen Zweifel durch den Antragsteller erst einmal gesät werden, bevor sich ein Gericht auf die Prüfung der Frage einlassen muss, ob sie auch tatsächlich vorliegen.

#### b) Verhältnis von Darlegung und Erkennbarkeit des Zulassungsgrundes

Aus dem Sinn und Zweck des Darlegungserfordernisses, dem Berufungsgericht die Prüfung der Zulassungsgründe zu erleichtern, ergibt sich, dass es eine Relation zwischen der Erkennbarkeit des Zulassungsgrundes für das Gericht und den Anforderungen an das Darlegungserfordernis gibt.<sup>16</sup> Je leichter der Zulassungsgrund für das Berufungsgericht erkennbar ist, desto weniger muss der Antragsteller tun, um ihn darzulegen. Zweifelhaft ist, ob das in letzter Konsequenz bedeutet, dass die Anforderungen an die Darlegung bei Offensichtlichkeit des Zulassungsgrundes gegen Null gehen, so dass in solchen Fällen auf die Darlegung praktisch verzichtet werden darf. Solche Fälle gibt es: Die Fehler im Urteil oder im Verfahren liegen auf der Hand, die Darlegungen sind insoweit aber dürftig. Darf der Antrag auf Zulassung der Berufung in einem solchen Fall abgelehnt werden, obwohl dem Gericht der Fehler ohne weiteres vor Augen steht? Hierzu sei

exemplarisch ein besonders anschaulicher Fall referiert, eine Entscheidung des OVG Bautzen, mit der der Antrag auf Zulassung der Berufung gegen eine Entscheidung des VG Dresden abgelehnt wurde. In den Gründen des Beschlusses heißt es wörtlich:<sup>17</sup>

Der Antrag auf Zulassung der Berufung ist zulässig, aber unbegründet. Die Klägerin hat nicht gem. § 124 a Abs. 4 Satz 4 VwGO dargelegt, dass ein Zulassungsgrund vorliegt. [...] Das angegriffene Urteil leidet an einem Verfahrensmangel i. S. v. § 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO, der einen absoluten Revisionsgrund i. S. v. § 138 Nr. 6 VwGO darstellt. Es ist nicht mit Gründen versehen. [...] Wird ein Urteil, das aufgrund mündlicher Verhandlung ergeht, später als fünf Monate nach der Verhandlung vollständig abgefasst und zugestellt, so ist es nicht mit Gründen versehen i. S. von § 138 Nr. 6 VwGO. [...] So liegt der Fall hier. Die Berufung war aus diesem Grund jedoch nicht zuzulassen. Die Klägerin hat diesen Fehler nicht in einer § 134 Abs. 4 Satz 4 VwGO genügenden Weise geltend gemacht. Bei dem vorliegenden Verfahrensmangel hätte es zwar keiner Ausführungen mehr zu den Auswirkungen des Verfahrensfehlers auf die Entscheidung bedurft, aber zumindest rügen müssen hätte die Klägerin das Vorliegen dieses Mangels. Das hat sie nicht getan. Sie hat dem Senat mit Schreiben vom [...] mit wiederholten Ausrufezeichen zur Kenntnis gegeben, dass ihr das Urteil [...] erst am [...] zugestellt wurde. Den eingangs genannten Anforderungen an die Rüge genügt dies nicht. [...] Die beiden von der Klägerin gerügten Zulassungsgründe liegen nicht vor. [...].

Im Kontext der bisherigen Überlegungen geht es um die Frage, ob die Klägerin mit dem Ausrufezeichen hinter der Angabe, wann sie das Urteil erhalten hat, einen für das Oberverwaltungsgericht offensichtlichen wesentlichen Verfahrensfehler hinreichend dargelegt hat. Spontan fragt sich der Leser, ob denn an dem Fall „etwas dran“ gewesen wäre, obwohl es darauf bei dem hier in Rede stehenden absoluten Verfahrensmangel gar nicht ankommen konnte. Der Fall ist deshalb lehrreich, weil hier das OVG Bautzen ohne Not auf das Vorliegen eines seiner Meinung nach nicht hinreichend gerügten Verfahrensmangels eingegangen ist, vermutlich um die erste Instanz wegen der Fristüberschreitung zu rügen. Die Entscheidung löst zunächst ein gewisses Befremden aus, zeigt aber auch, wie schwer es ist, solche Entscheidungen ohne genaue Kenntnis der Gesamtumstände zu bewerten. Denn möglicherweise hat das OVG Bautzen hier im wohlverstandenen Interesse der Klägerin gehandelt, als es den Antrag ablehnte. Vielleicht war absehbar, dass die Berufung letztlich hätte erfolglos bleiben müssen. Dann wäre die Zulassung allein wegen des Verfahrensfehlers ein Pyrrhus-Sieg geblieben und hätte der Klägerin im Ergebnis nicht nur nichts genützt, sondern auch noch zusätzliche Kosten verursacht.

#### c) Verhältnis von Darlegung und Entscheidungsgründen

Jedenfalls für die Darlegung ernstlicher Zweifel (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) besteht darüber hinaus eine Relation zwischen Qualität, Art und Umfang der angefochtenen Entscheidung und den Anforderungen an die Darlegung im Zulassungsverfahren. Das Urteil selbst bildet auch den Maßstab für das Darlegungserfordernis: Je ausführlicher sich die angefochtene Entscheidung mit einzelnen Streitfragen auseinandersetzt, desto mehr kann auch von dem Antragsteller an Darlegung verlangt werden, wenn er ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils darlegen möchte.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> VGH Kassel, NVwZ 1998, 1320.

<sup>17</sup> Beschl. v. 23.3.2010 – 1 A 658/09, juris.

<sup>18</sup> OVG Lüneburg, NVwZ 1997, NVWZ 1997, 1225; OVG Münster, NVwZ 1999, 202.

Und umgekehrt gilt: Je weniger die angefochtene Entscheidung an Begründungsaufwand geleistet hat, desto weniger muss auch der Antragsteller im Rahmen des Zulassungsantrags vorbringen.

### 5. Folgerungen für die Bewertung der Zulassungsberufung

Der Umstand, dass es in mehr als fünfzehn Jahren nicht gelungen ist, eine auch nur annähernd einheitliche Zulassungspraxis zu erreichen, deutet darauf hin, dass die gesetzlichen Regelungen über die Zulassungsberufung korrekturbedürftig sind. Insbesondere im Hinblick auf die wachsende Quote von Einzelrichterentscheidungen in den Verwaltungsgerichten und die ständig zunehmende Komplexität der Rechtsmaterien erscheinen Erleichterungen bei der Erreichbarkeit der zweiten Instanz rechtspolitisch geboten. Die Vorschläge reichen von einer vollständigen Abschaffung des Zulassungsverfahrens bis hin zu verschiedenen Detailkorrekturen wie der Abschaffung oder Abmilderung des Darlegungserfordernisses.<sup>19</sup>

### III. Die qualifizierte Begründungspflicht der Beschwerde

Wie oben bereits dargelegt, wurde das Zulassungserfordernis für Beschwerden gegen erstinstanzliche Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutz durch das Rechtsmittelbereinigungsgesetz 2001 wieder aufgehoben. Seither ist die Beschwerde im einstweiligen Rechtsschutz nach § 146 Abs. 4 VwGO wieder zulassungsfrei möglich. Diese Regelung geht auf einen Kompromiss im Vermittlungsausschuss zurück, der seinerzeit angerufen wurde, weil die Länder mit der vollständigen Abschaffung des Zulassungsverfahrens nicht einverstanden waren. Ergebnis dieses Kompromisses ist eine rechtstechnisch missglückte Regelung mit einem qualifizierten Begründungserfordernis auf zwei Stufen, über dessen Verständnis nach wie vor keine Einigkeit besteht. Zunächst findet sich ein qualifiziertes Begründungserfordernis auf der Ebene der Zulässigkeitsprüfung, dann noch einmal auf der Ebene der Prüfung der Begründetheit. Auf dieser Ebene ist die Bedeutung des Erfordernisses noch (immer) nicht geklärt. Vielmehr vertreten die Oberverwaltungsgerichte beziehungsweise Verwaltungsgerichtshöfe hier sehr unterschiedliche Positionen, für die eine Vereinheitlichung nicht in Sicht ist.

#### 1. Zulässigkeit der Beschwerde

Die Beschwerde ist nach § 147 Abs. 1 S. 1 VwGO innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe (Zustellung) der Entscheidung schriftlich einzulegen. Sie muss nach § 146 Abs. 4 S. 3 VwGO innerhalb eines Monats (§ 146 Abs. 4 S. 1 VwGO) nach Bekanntgabe der Entscheidung des Verwaltungsgerichts „die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist, und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzen.“ Anderenfalls ist die Beschwerde nach § 146 Abs. 4 S. 4 VwGO als unzulässig zu verwerfen. Diese Regelung lehnt sich vom Wortlaut her stark an die abgelöste Regelung über die Zulassungsbeschwerde in § 146 Abs. 4 S. 3 VwGO a.F. an. Auch hier kommt es für die Zulassung der Beschwerde also auf ein Darlegungserfordernis an: Der Beschwerdeführer muss die Gründe für die Aufhebung oder Änderung der Ausgangsentscheidung darlegen und sich (dabei) mit den Gründen der

angefochtenen Entscheidung inhaltlich auseinandersetzen. Anders als bei der Zulassungsberufung werden an das Darlegungserfordernis aber – soweit ersichtlich – keine überzogenen Anforderungen gestellt. Jedenfalls findet sich insoweit in der Literatur keine dezidierte Kritik.<sup>20</sup>

#### 2. Qualifiziertes Begründungserfordernis auf der Stufe der Begründetheit

Der Wortlaut der Vorschrift ist eigentlich klar. Ist die Beschwerde nach § 146 Abs. 4 S. 3 VwGO zulässig, so prüft das Oberverwaltungsgericht beziehungsweise der Verwaltungsgerichtshof nach § 146 Abs. 4 S. 6 VwGO „nur die dargelegten Gründe“. Die Bedeutung dieser im Vermittlungsausschuss gefundenen Regelung wird allerdings sehr uneinheitlich beurteilt.<sup>21</sup>

##### a) Beschränkung des Prüfungsrahmens durch § 146 Abs. 4 S. 6 VwGO?

Teilweise wird – insoweit dem Wortlaut folgend – die Auffassung vertreten, dass das OVG im Rahmen der Begründetheit auf die Prüfung der vom Beschwerdeführer dargelegten Gründe beschränkt sei, also keine eigene umfassende Prüfung des Antrags auf vorläufigen Rechtsschutz vornehmen dürfe.<sup>22</sup> Danach ist das OVG also auf eine gleichsam partielle Prüfung des Antrags auf der Grundlage der Beschwerdebegründung beschränkt. Die zulässige Beschwerde führt damit nicht zu einer Entscheidung über den Antrag in der zweiten Instanz, sondern nur noch zu einer Kontrolle des verwaltungsgerichtlichen Beschlusses im Hinblick auf die erhobenen Einwendungen.<sup>23</sup> Konsequenterweise würde das bedeuten, dass das Beschwerdegericht gar nicht durchentscheiden, sondern nur die erstinstanzliche Entscheidung aufheben könnte. Teilweise soll diese Beschränkung nur insoweit gelten, als es um die Berücksichtigung von Gesichtspunkten zugunsten des Beschwerdeführers geht.<sup>24</sup> Auch wird die Ansicht vertreten, offensichtliche Gesichtspunkte, die das Verwaltungsgericht fehlerhaft unberücksichtigt ließ, sowie offenkundige Änderungen der Sach- und Rechtslage könne das Beschwerdegericht ungehindert des § 146 Abs. 4 S. 6 VwGO in seine Prüfung einbeziehen.<sup>25</sup>

##### b) Zweistufige Prüfung der Begründetheit einer Beschwerde

Die überwiegende Zahl der OVG<sup>26</sup> geht indes davon aus, dass es innerhalb der Prüfung der Begründetheit zu einer zweistufigen Prüfung des Antrags kommen muss: Zunächst wird auf einer ersten Stufe eine Art Vorprüfung vorgenommen.

19 Ewer, Beweisanspruchsrecht und Zulassungsberufung auf dem Prüfstand, BDVR-Rundschreiben 2013, 67, 69.

20 Eher im Gegenteil: Einen eher großzügigen Umgang mit dem Darlegungserfordernis attestiert Guckelberger in Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl. 2014, § 146 Rn. 98 den Gerichten.

21 Gute Übersicht bei Guckelberger in Sodan/Ziekow, VwGO 4. Aufl. 2014, § 146 Rn. 99 ff.

22 OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2007, 521; VGH Mannheim, NVwZ 2002, 1388; NVwZ 2002, 883; VGH Kassel, ESVGB 52, 256; OVG Hamburg, NordÖR 2003, 271; NVwZ-RR 2004, 203.

23 Hierzu Kopp/Schenke, VwGO, 20. Aufl. 2014, § 146 Rn. 43 mwN.

24 OVG Schleswig, NJW 2003, 158; OVG Berlin, LKV 2003, 29.

25 OVG Frankfurt (Oder), NVwZ-RR 2003, 694; Beschl. v. 3.3.2006 – OVG 2 S 106.05, juris; VGH Kassel, NVwZ-RR 2003, 458; InfAusR 2004, 185; OVG Bautzen, Beschl. v. 28.4.2011 – 2 B 235/10, juris.

26 OVG Berlin, NVwZ 2002, Beilage Nr I 9, 98; OVG Münster, NVwZ 2002, 1390; BauR 2007, 861; VGH Mannheim, BauR 2013, 1088; NVwZ-RR 2006, 75; OVG Greifswald, NordÖR 2008, 191; OVG Weimar, Beschl. v. 11.2.2003 – 3 EO 387/02, juris; ThürVBI 2012, 101; Beschl. v. 24.11.2014 – 1 EO 92/14, juris; VGH München, NVwZ 2004, 251; OVG Saarlouis, WfsR 2006, 265; Nachweise bei Guckelberger in Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl. 2014, § 146 Rn. 107.



Dabei wird nur untersucht, ob die vom Beschwerdeführer vorgetragene Gründe so etwas wie ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit des Beschlusses aufkommen lassen. Ist das nicht der Fall, wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen. Stellt das OVG dagegen fest, dass die Beschwerdebeurteilung die Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung ernsthaft erschüttert, tritt das OVG in eine zweite Phase der Überprüfung ein. Hier öffnet sich dann gewissermaßen der Prüfungsrahmen und das OVG prüft auf dieser Stufe den Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz im selben Umfang wie das Verwaltungsgericht. Gegenstand ist dann nicht mehr die Entscheidung des Verwaltungsgerichts, sondern der Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz.

Ziel dieser zweistufigen Prüfung ist eine Beschleunigung des Beschwerdeverfahrens. In allen Fällen, in denen die Beschwerde keinerlei Ansatzpunkte für Zweifel an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung aufzeigt, soll das Beschwerdegericht von einer eigenen umfassenden Prüfung des Antrags auf vorläufigen Rechtsschutz befreit werden. Erst wenn die Beschwerdebeurteilung die Ausgangsentscheidung inhaltlich in Zweifel zieht, soll es zu einer umfassenden gleichsam originären Prüfung durch das Beschwerdegericht kommen.

### 3. Kritik am zweistufigen Prüfungskonzept

Während die teilweise befürwortete grundsätzliche Beschränkung der Prüfung des Beschwerdegerichts auf die dargelegten Gründe jedenfalls den Wortlaut des § 146 Abs. 4 S. 6 VwGO für sich in Anspruch nehmen kann, sonst aber erhebliche rechtspolitische und möglicherweise auch verfassungsrechtliche Bedenken gegen sich hat, sieht sich die weitergehende Auffassung von einer zweistufigen Prüfung dogmatischen und systematischen Einwänden ausgesetzt. Wortlaut und Systematik geben für die Unterscheidung zweier Stufen im Bereich der Begründetheit wenig her. Die zwischen den beiden Stufen gezogene Grenze ist eher theoretischer als praktischer Natur. Für den normalen Menschenverstand ist schwer nachvollziehbar, weshalb es bei einer zulässigen Beschwerde, die bereits einem Begründungserfordernis genügen muss, in der Begründetheit noch einmal zu einer Differenzierung zwischen den möglichen Gründen für die Abänderung der Ausgangsentscheidung kommen soll.

## IV. Fazit

### 1. Folgerungen für die Zulassungsberufung

Die derzeitige Praxis der Verwaltungsgerichte beim Umgang mit Anträgen auf Zulassung der Berufung ist unbefriedigend. Hierauf deuten die unterschiedlichen Zulassungsquoten und die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts über Verfassungsbeschwerden gegen die Nichtzulassung der Berufung hin.

Sollte man angesichts der Schwierigkeiten im Umgang mit dem Darlegungserfordernis die Zulassungsberufung wieder abschaffen, wie das gelegentlich<sup>27</sup> gefordert wird? Abgesehen davon, dass diese Forderung unter den derzeitigen Umständen als wenig aussichtsreich erscheinen muss, stellt sich auch die Frage, ob es rechtspolitisch sinnvoll ist, auf die

Hürde der Zulassungsberufung gänzlich zu verzichten. Sinnvoller und vielleicht auch aussichtsreicher erschiene es, die Voraussetzungen für die Ablehnung eines Zulassungsantrags strenger zu fassen. Hier käme insbesondere eine Änderung des qualifizierten Darlegungserfordernisses in Betracht. Im Hinblick auf § 6 VwGO disziplinierend würde eine Regelung wirken, nach der eine Berufung gegen Entscheidungen des Einzelrichters zulassungsfrei möglich wäre, um den Beteiligten wenigstens in Zweiter Instanz zu einer Kollegialentscheidung zu verhelfen.

### 2. Folgerungen für die Beschwerde im einstweiligen Rechtsschutz

Die gestufte Prüfung der Begründetheit von Beschwerden gegen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte in vorläufigen Rechtsschutzverfahren nach §§ 80, 80 a, 123 VwGO sollte ersatzlos aufgegeben werden. Seine Beschleunigungseffekte sind – wenn überhaupt – gering; dem stehen erhebliche rechtsdogmatische und rechtssystematische Bedenken gegenüber. Die Regelung in § 146 Abs. 4 S. 6 VwGO sollte deshalb ersatzlos gestrichen werden. Damit würde zwar die Parallelität von Hauptsacheverfahren und Eilverfahren endgültig aufgegeben, dieser Nachteil erscheint aber im Hinblick auf die derzeitige äußerst unbefriedigende Situation hinnehmbar.

<sup>27</sup> Ewer, Beweisanspruchsrecht und Zulassungsberufung auf dem Prüfstand, BDVR-Rundschreiben 2013, 67, 69.



**Prof. Dr. Ulrich Ramsauer, Hamburg**

Der Autor ist Rechtsanwalt und Of Counsel bei Görg Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB in Hamburg. Er war Vorsitzender Richter am OVG Hamburg und Professor für Öffentliches Recht an der Universität Hamburg.

Leserreaktionen an [anwaltsblatt@anwaltverein.de](mailto:anwaltsblatt@anwaltverein.de).