

## **Ist das Rechtsmittelrecht der VwGO noch leistungsfähig?**

*Referat auf dem 18. Deutschen Verwaltungsgerichtstag*

### **I. Einführung**

Das Rechtsmittelrecht des Verwaltungsprozesses gleicht einem Thema mit Variationen. Einige Variationen finden sich schon im Stammgesetz, der Verwaltungsgerichtsordnung. Etliche Variationen aber sind in Sondergesetze ausgelagert. Manche verändern nicht nur das Thema, sondern schlagen Sonderwege ein, so dass es sich eigentlich kaum noch um Variationen handelt. Hier scheint Konsolidierung angezeigt: Rückbesinnung auf den oder die Grundgedanken, Beschränkung von Variationen auf das sachlich Gebotene.

Zugleich aber steht der Verwaltungsprozess in neuer Zeit. Die Verwaltungsgerichtsordnung wurde 1960 erlassen und geht in ihrer Grundkonzeption auf Vorläuferregelungen aus der unmittelbaren Nachkriegszeit zurück. Damals waren die Herausforderungen nicht absehbar, vor welche die Verwaltungsgerichte in den folgenden Jahrzehnten gestellt wurden: durch Massenverfahren in Numerus Clausus und Asyl, durch Mehrdimensionalität in Konzessionserteilungsverfahren mit zahlreichen Drittbewerbern, durch Komplexität in Umwelt- und Planungssachen. Ebenso wenig stand der Faktor Zeit vor Augen, der den einstweiligen und auch den vorbeugenden Rechtsschutz in den Fokus rückte. Schließlich blieb unberücksichtigt, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit kein Rechtsschutzsolitär ist, sondern mit der nationalen Verfassungsgerichtsbarkeit sowie mit den Judikativen des europäischen Mehrebenensystems koordiniert werden muss.

Schließlich hat der Verwaltungsprozess Dienstleistungen für das rechts- und rechtsschutzsuchende Publikum zu erbringen: Er muss einerseits die Rechte des Bürgers

wahren und andererseits der Verwaltung praktikable Wege zu legalem Verwaltungshandeln weisen. Dies muss er mit Gründlichkeit und Klugheit, in klarer Sprache sowie in angemessener Zeit leisten. Der deutsche Verwaltungsprozess genießt im internationalen Vergleich einen guten Ruf, doch im eigenen Land ist er als zu langsam und zu kompliziert verschrien. Vielleicht zeichnet das internationale Publikum sein Bild zu rosarot; umgekehrt fällt das heimische Bild mit einiger Sicherheit zu düster aus. Wie dem auch sei: Auch schiefe Bilder sind Realitäten, denen man sich stellen muss.

Konsolidierung, Modernisierung, Optimierung - das sind die drei Maximen, an denen sich jedes Nachdenken über Fortentwicklungen des Prozessrechts auszurichten hat. Eines der tragenden Bauelemente dieses Prozessrechts ist das System der Rechtsmittel. Die Frage, ob das Rechtsmittelrecht der VwGO noch leistungsfähig ist, muss hieraus ihr Kriterium beziehen: Konsolidierung, Modernisierung, Optimierung.

## **II. Eingrenzungen des Themas**

Das Rechtsmittelrecht ist nur ein Element im Gesamtsystem des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Es kann daher nur im Zusammenspiel mit anderen Elementen angemessen gewürdigt werden: dem Gerichtsverfassungsrecht, den Klagearten, den Verfahrensgrundsätzen, um nur einige zu nennen. Naturgemäß kann hier keine Gesamtbetrachtung des Rechtsschutzsystems geleistet werden; aber der Seitenblick auf andere Systemelemente ist unerlässlich.

Umgekehrt müssen zwei wichtige Bereiche des Rechtsmittelrechts selbst ausgeklammert werden, um Überfrachtungen zu vermeiden.

Zum einen konzentrieren sich die nachfolgenden Überlegungen auf das Hauptsacheverfahren. Der einstweilige Rechtsschutz bleibt ebenso außen vor wie die gerichtlichen Zwischenverfahren sowie die Nebenverfahren des Kosten- oder des Vollstreckungsrechts. Namentlich der einstweilige Rechtsschutz erfordert eine eigenständige Untersuchung, die auch nicht erst beim Rechtsmittelsystem ansetzen, sondern den einstweiligen Rechtsschutz nach der VwGO insgesamt und als solchen auf den Prüfstand stellen sollte. Wahrscheinlich müsste eine solche Untersuchung neben dem

vorläufigen auch den vorbeugenden und vorgängigen Rechtsschutz einbeziehen, der längst nicht mehr nur eine marginale Rolle spielt.

Zum anderen wird die Koordination des Verwaltungsprozesses mit den Verfassungs- und den europäischen Gerichten ausgeblendet. Damit bleibt etwa unerörtert, ob Beschlüsse von Instanzgerichten über ein konkretes Normenkontrollersuchen an ein Verfassungsgericht oder über ein Vorabentscheidungsersuchen an den Europäischen Gerichtshof der Beschwerde unterworfen werden sollten, natürlich beschränkt auf die Frage der Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage nach „einfachem“ nationalem Recht. Mit Blick auf das Bundesverfassungsgericht wurde die Frage bereits erörtert, freilich vor geraumer Zeit; man könnte sie neu stellen. Mit Blick auf andere Verfassungsgerichte und mit Blick auf den Europäischen Gerichtshof kämen sicherlich neue Gesichtspunkte hinzu. Das würde hier indes zu weit führen.

### **III. Rechtsmittelgründe und Rechtsmittelsystem**

Rechtsmittel eröffnen der unterlegenen Partei die Chance, das Urteil innerhalb desselben Verfahrens durch ein höheres Gericht überprüfen zu lassen. Der Staat gewährt die Ressource „Gerichtbarkeit“ gewissermaßen in vermehrter und - so jedenfalls die Hoffnung - verbesserter Auflage. Freilich kostet das Ganze Zeit und Geld, und zwar sowohl die obsiegende Partei als auch den Steuerzahler. Rechtsmittel bedürfen deshalb der Rechtfertigung. Jedes Nachdenken über Rechtsmittel setzt voraus, sich die rechtfertigenden Gründe ins Gedächtnis zu rufen. Auch wenn sich dies auf vertrauten Bahnen bewegt, so erlaubt es doch die eine oder andere Anregung für eine Nachjustierung.

#### **1. Allgemeine Rechtsmittelgründe**

Dass mehrere Gerichte durch Rechtsmittelzüge zu einer Gerichtbarkeit verbunden werden, hat zunächst vier ganz allgemeine Gründe. Gerade in der aktuellen Diskussion um den Asylprozess sollten sie wieder deutlicher ins Bewusstsein gerufen werden.

Erstens: Rechtsmittel erhöhen die Legitimität richterlichen Entscheidens. Richter üben Staatsgewalt aus, die nur durch das Gesetz legitimiert ist; im Übrigen sind sie unabhängig. Das dadurch drohende Legitimitätsdefizit wird vor allem dadurch geschlossen, dass die richterliche Entscheidungsfindung in diskursiv organisierten Verfahren stattfindet. Elemente hierzu sind der Diskurs mit den Streitbeteiligten, der Diskurs im Kollegium des Spruchkörpers, der Diskurs mit übergeordneten Instanzen und der Diskurs mit der öffentlichen Rechtsprechungskritik. Nicht alle Elemente müssen vorgesehen werden; der Verzicht auf ein Element vermindert aber die Legitimität richterlichen Entscheidens und sollte daher begründungsbedürftige Ausnahme bleiben.

Zweitens: Rechtsmittel erhöhen die Richtigkeit der richterlichen Streitentscheidung. Richter machen Fehler, Fehler im Verfahren und Fehler in der Sache. Rechtsmittel ermöglichen eine Korrektur. Schon die Möglichkeit des Rechtsmittels bewirkt vorbeugend das Bemühen um Fehlervermeidung.

Drittens: Rechtsmittel erhöhen die Rechtssicherheit. Im Rechtsstaat muss Rechtssicherheit bestehen. Rechtssicherheit bedeutet beim Gesetz Bestimmtheit, bei der Rechtsprechung Vorhersehbarkeit. Rechtsprechung ist freilich konstitutionell uneinheitlich. Das ist im Rechtsstaat nur erträglich, wenn Mittel und Wege zur Vereinheitlichung bestehen. Nur so wird Rechtsprechung vorhersehbar.

Viertens: Rechtsmittel erlauben die Fortentwicklung der Rechtsprechung und erhöhen so die Flexibilität der Rechtsordnung. Wie das Gesetz, so bedarf auch die Judikatur verfahrensrechtlicher Vorkehrungen zu ihrer Veränderung, um auf sich wandelnde Umstände und Überzeugungen flexibel reagieren zu können. Da kein Richter an Präjudizien normativ gebunden ist, sind alle Richter zur Fortentwicklung der Rechtsprechung aufgerufen. Rechtsmittel dienen auch insofern dem nötigen Reformdiskurs zwischen den Instanzen sowie der Wiederherstellung der Rechtsprechungseinheit, sei es unter Aufgreifen, sei es unter Zurückweisung der Neuerung.

## 2. Dreistufiger Gerichtsaufbau

Das überkommene Rechtsmittelsystem aus Berufung und Revision rechnet mit einem dreistufigen Gerichtsaufbau. Dieser hat sich bewährt. Zudem sprechen dafür gute Gründe aus der Gliederung der Bundesrepublik in Bund und Länder. Die Organisation der Verwaltungsgerichtsbarkeit sollte der Organisation der Verwaltung folgen. „In der Fläche“ ist die Zuordnung der Verwaltungsgerichte zu Regierungsbezirken oder vergleichbaren Organisationseinheiten sinnvoll. Weil die Rechtsprechung an das Gesetz gebunden ist, sollte die Zuständigkeit eines zur Rechtsprechungsvereinheitlichung berufenen Rechtsmittelgerichts sich mit dem räumlichen Geltungsbereich des Gesetzes decken. Wegen des föderalen Aufbaus der Bundesrepublik Deutschland empfiehlt sich daher eine mittlere Vereinheitlichung für den Geltungsbereich von Landesrecht und eine obere für den Geltungsbereich von Bundes- sowie (bundesweit geltendem) Europarecht.

Freilich muss überlegt werden, welche Stufe zur Eingangsinstanz bestimmt wird. Für Rechtsstreitigkeiten, die komplexe Planfeststellungen und Anlagengenehmigungen betreffen, sollte nur eine Tatsacheninstanz vorgesehen werden. Hier setzt die gerichtliche Sach- und Rechtsprüfung mit dem bisherigen hohen Kontrollniveau voraus, dass Instrumente zur Ordnung und Konzentration des Streitstoffs zur Verfügung stehen. Das gebietet eine Konzentration in nur einer Tatsacheninstanz. Diese sollte nicht bei den Verwaltungsgerichten liegen, die für komplexe Großverfahren regelmäßig nicht eingerichtet sind. Sie sollte auch nur in begründungsbedürftigen Ausnahmefällen beim Bundesverwaltungsgericht liegen. In derartigen Verfahren sollte deshalb im Zweifel das Oberverwaltungsgericht Eingangsinstanz sein; die Eingangszuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts sollte deutlich reduziert, vielleicht gar gänzlich beseitigt werden.

Auch für Normenkontrollsachen sollte das Oberverwaltungsgericht Eingangsinstanz und einzige Tatsacheninstanz sein. Die prinzipale Normenkontrolle nach § 47 VwGO sollte - ohne Regelungsvorbehalt der Länder - für die prinzipale Kontrolle sämtlicher untergesetzlicher Rechtsnormen des Landesrechts offen stehen und auch für untergesetzliche Rechtsnormen des Bundesrechts geöffnet werden. Auch für Verbandsklagen gegen Vorfestlegungen in Planungskaskaden bietet sich § 47 VwGO an. In

der Folge könnte die verkappte Normenkontrolle im Gewande der Feststellungsklage zum Verwaltungsgericht entfallen.

### **3. Berufung und Revision**

Auf diesem Hintergrund lassen sich dann die Hauptrechtsmittel der Berufung und der Revision würdigen. Im Ausgangspunkt muss festgehalten werden: Die Rechtsmittel der Berufung und der Revision haben sich ebenfalls bewährt. Die Berufung dient zuvörderst der erhöhten Richtigkeitsgewähr für die Entscheidung des Rechtsstreits. Ihr Fokus richtet sich deshalb auf den Einzelfall. Demgegenüber dient die Revision zuvörderst der Vereinheitlichung und Fortentwicklung der Rechtsprechung. Ihr Fokus richtet sich deshalb auf die fallübergreifende, allgemeine Bedeutung der Rechtssache. Die unterschiedliche Fokussierung versteht sich als primäre Zielsetzung; sie schließt weder aus, bereits im Rahmen der Berufung einer allgemeinen Bedeutung der Rechtssache nachzugehen, noch erübrigt sie eine Fehlerkorrektur im Revisionsrechtszug.

#### **a) *Berufung***

Die Berufung sollte weiterhin der umfassenden Sach- und Rechtsprüfung dienen. Eine Beschränkung der Berufung auf geltend gemachte Sach- oder Rechtsgründe ist abzulehnen. Die Prüfung des Berufungsgerichts richtet sich auf eine zweite Entscheidung des Streitfalles, nicht lediglich auf die Tragfähigkeit der Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteils. Das ist die Konsequenz des Umstands, dass der maßgebliche Beurteilungszeitpunkt nicht - oder doch nicht in allen Fällen - auf den Zeitpunkt der erstinstanzlichen Entscheidung (oder der Verwaltungsentscheidung) fixiert werden kann. Eine relative Fixierung des Streitstoffs auf einen Zeitpunkt lässt sich nur dadurch erreichen, dass nur eine Tatsacheninstanz vorgesehen wird.

Der gesetzliche Ausschluss der Berufung gegen ein Urteil des Verwaltungsgerichts kommt nur bei bundesrechtlich geregelten Materien in Betracht. Er sollte nur ausnahmsweise vorgesehen werden, namentlich wenn generell ein erhebliches öffentliches Interesse an einer raschen Rechtsprechungsvereinheitlichung durch das Bundesverwaltungsgericht besteht. Ob im Regulierungsverwaltungsrecht ein derartiges

Interesse besteht, mag bezweifelt werden; bei gewünschter Beschleunigung dürfte die allgemeine Möglichkeit der Sprungrevision genügen, jedenfalls wenn deren Zulässigkeit erweitert wird.

Die Möglichkeit des Berufungsgerichts, die Berufung ohne mündliche Verhandlung durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen, hat sich bewährt, auch wenn von ihr mitunter allzu großzügig Gebrauch gemacht wird. Demgegenüber sollte die Möglichkeit, der Berufung im Beschlusswege stattzugeben, ersatzlos gestrichen werden. Der gebotene Respekt vor einer richterlichen Entscheidung verbietet es, das Urteil eines Verwaltungsgerichts ohne vollgültiges Berufungsverfahren - namentlich ohne mündliche Verhandlung - zu ändern. Die Oberverwaltungsgerichte spüren das selbst; die praktische Bedeutung der Vorschrift ist demzufolge nicht allzu groß.

Schließlich sollte auch das Berufungsgericht die Möglichkeit haben, die Sache bei Fehlern der Vorinstanz an diese zurückzuverweisen. Der gesetzliche Ausschluss dieser Befugnis im Asylprozess erweist sich regelmäßig als kontraproduktiv. Eine Zurückverweisung ist unausweichlich, wenn das Rechtsmittelgericht an einer eigenen Sachentscheidung gehindert ist, weil seine Entscheidungskompetenz - wie die des Revisionsgerichts auf Rechtsfragen - beschränkt ist. Eine Zurückverweisung empfiehlt sich aber auch dann, wenn das Rechtsmittelgericht die Sache nur mit unverhältnismäßigem Aufwand selbst spruchreif machen könnte oder wenn die Herstellung einer einheitlichen Rechtsprechung die Zurückverweisung gebietet. Das kann auch bei Tatfragen der Fall sein, etwa wenn die erste Instanz eine Gruppenverfolgung bejaht hat, die die zweite Instanz verneint.

### ***b) Revision***

Die Revision sollte weiterhin der umfassenden Rechtsprüfung am Maßstab des Bundes- und des Unionsrechts dienen. Auch hier ist eine Beschränkung auf geltend gemachte Rechtsgründe oder auf die Gründe der Zulassung abzulehnen. Dass die Revision nicht nur der Prüfung und ggf. der Kassation des Urteils der Vorinstanz dient, war bereits Gegenstand umfassender Erörterung; neue Erkenntnisse, die nicht durch die Handhabung der Revisionszulassung erfasst werden könnten, haben sich insofern nicht ergeben.

Umgekehrt sollte erwogen werden, die Revision auch für solche Fragen des Landesrechts sowie für solche Tatfragen zu öffnen, die sich für eine unbestimmte Vielzahl von Fällen und für mindestens zwei Oberverwaltungsgerichte gleichermaßen stellen. § 137 Abs. 1 Nr. 2 VwGO hat sich als zu eng erwiesen; zum allgemeinen Verwaltungsrecht der Länder stellen sich gleich gelagerte Fragen, die im Text der Verwaltungsverfahrensgesetze nicht oder nur andeutungsweise geregelt sind. Nichts Anderes gilt für manches Richtlinienrecht; auch die Handhabung bundeseinheitlich gleichlautender Verwaltungsvorschriften der Länder wie etwa der Allgemeinen Nebenbestimmungen zur Projekt- oder Institutionsförderung (ANBest) sollte - ähnlich wie gerichtsbezirks-übergreifend verwendete Allgemeine Geschäftsbedingungen im Zivilrechtsweg - einer revisionsgerichtlichen Kontrolle zugänglich sein. Schließlich hat sich die ausnahmslose Beschränkung auf Rechtsfragen insbesondere im Asylrecht sowie im DDR-Folgenrecht als zu eng erwiesen; hier empfiehlt sich eine vorsichtige Lockerung, die in der Praxis mitunter schon vorweggenommen wird.

Schließlich sollte die Sprungrevision erleichtert werden. Bislang setzt die Sprungrevision den allseitigen Verzicht auf das Rechtsmittel der Berufung voraus. Einen verfassungsrechtlichen Anspruch der Beteiligten auf eine zweite Tatsacheninstanz gibt es aber nicht, sieht man einmal vom Sonderfall der Beschwerde gegen richterliche Anordnungen in Wahrnehmung eines Richtervorbehalts ab. Angesichts dessen sollte eine Nichtzustimmung des Rechtsmittelgegners nicht länger ein absolutes Hindernis für die Sprungrevision darstellen. Vielmehr sollte sie überwunden werden können, wenn ein öffentliches Interesse an einer raschen Klärung der Rechtslage durch das Revisionsgericht besteht und gegenüber dem Interesse der Beteiligten an einer zweiten Tatsacheninstanz überwiegt. Das ließe sich etwa dadurch erreichen, dass die Sprungrevision eingelegt werden kann, wenn das Verwaltungsgericht sie zulässt, auch wenn der Gegner nicht zustimmt, dass aber das Bundesverwaltungsgericht in diesem Falle die Sache ohne Sachprüfung an das Oberverwaltungsgericht zur Durchführung der Berufung zurückverweisen kann, wenn ein öffentliches Interesse an einer raschen Klärung der Rechtslage durch das Revisionsgericht fehlt oder nicht überwiegt.

#### **IV. Rechtsmittelbeschränkung (Rechtsmittelzulassung)**

Der größte Reformbedarf besteht bei der Rechtsmittelbeschränkung oder - genauer - bei der nur beschränkten Rechtsmittelzulassung.

##### **1. Grundsatz**

Auch hier sollte man sich zunächst Klarheit über Sinn und Zweck der Beschränkung verschaffen. Die Beschränkung von Rechtsmitteln dient dazu, die Rechtsmittelgerichte zu entlasten und die Ressource Justizgewähr auf „rechtsmittelwürdige“ Verfahren zu konzentrieren. Rechtsmittel sind daher nicht unbeschränkt, sondern nur konditioniert zuzulassen. Streitwertgrenzen scheiden im Verwaltungsprozess als Kriterium der Zulassung aus; in Betracht kommen nur materielle Zulassungsgründe, die am Zweck des jeweiligen Rechtsmittels ausgerichtet sind. Derartige materielle Gründe bedürfen der Prüfung und Feststellung durch das Instanz- oder das Rechtsmittelgericht. Allerdings heißt das nicht zwingend, dass es einer gesonderten Zulassungsentcheidung bedarf; das ist nur der Fall, wenn das Vorliegen eines Zulassungsgrundes verneint werden soll, während eine Bejahung auch inzident oder gar implizit, also stillschweigend denkbar ist.

Vor diesem Hintergrund liegt die Beschränkung der Revision nahe, die Beschränkung der Berufung hingegen nicht. Tatsächlich besteht bei der Revision nur geringer, bei der Berufung hingegen dringender Reformbedarf.

##### **2. Beschränkung der Berufung**

Wie erwähnt, dient die Berufung zuvörderst der erhöhten Richtigkeitsgewähr für die Entscheidung des Rechtsstreits. Ihr Fokus richtet sich deshalb auf den Einzelfall. Die Berufung zu beschränken, kommt deshalb nur dort in Betracht, wo es einer Erhöhung der Richtigkeitsgewähr nicht bedarf, sei es weil der Fall einfach gelagert und die erstinstanzliche Entscheidung evident richtig ist, sei es weil die Bedeutung des Streits für die Beteiligten und für die Allgemeinheit marginal ist.

Von diesen Grundsätzen hat sich auch der Gesetzgeber der 6. VwGO-Novelle leiten lassen, als er 1996 die Berufung von einer konditionierten Zulassung abhängig machte. Hierfür bestand seinerzeit angesichts einer manifesten Überlastung der Oberverwaltungsgerichte aller Anlass. Allerdings hat sich die getroffene Regelung der §§ 124, 124a VwGO als nur sehr bedingt zielführend erwiesen. Drei hauptsächliche Schwächen seien hervorgehoben: Zum einen hat das Berufungszulassungsverfahren zwar im Durchschnitt sämtlicher zweitinstanzlichen Verfahren zu einer gewissen Verkürzung, gerade bei den zugelassenen Berufungen jedoch zu einer deutlichen Verlängerung der durchschnittlichen Verfahrensdauer bei den Oberverwaltungsgerichten geführt, addiert man nämlich die Laufzeiten für die Zulassungs- und die Berufungsverfahren. Das liegt nicht zuletzt an den doppelten Schriftsatzfristen, einmal für den Zulassungsantrag, sodann für die Berufungsbegründung, jeweils mit Erwidern. Zum zweiten hat es zu einer Fehlleitung von Ressourcen bei den Prozessbevollmächtigten geführt, die nicht mehr nur die erstinstanzliche Entscheidung als unrichtig angreifen müssen, sondern sich aus Haftungsgründen in aller Regel veranlasst sehen, auch alle anderen der insgesamt fünf Zulassungstatbestände abzuklopfen und selbst dort umfängliche Darlegungen zu präsentieren, wo sie selbst nur geringe Erfolgsaussichten sehen. Schließlich hat sich - drittens - die fehlende Überprüfungsmöglichkeit einer Zulassungsversagung im fachgerichtlichen Rechtszug als nachteilig erwiesen. Dies hat zum einen zu einer Übersteuerung geführt, indem auch möglicherweise revisionswürdige Sachen gar nicht erst vor das Bundesverwaltungsgericht gelangen können; der Zufluss an Verfahren wurde nicht zuletzt hierdurch allzu stark ausgedünnt, so dass dem Revisionsgericht die Anschauungsbreite abhandeln gekommen ist, die für eine trittsichere höchstrichterliche Rechtsprechung unerlässlich ist. Zum anderen wurde die Kontrolle über die Handhabung des Berufungszulassungsrechts aus dem fachgerichtlichen Rechtszug hinausverlagert; die Kontrollfunktion hat das Bundesverfassungsgericht übernommen.

Eine Reform erscheint daher dringlich. Sie sollte drei Ziele verfolgen: Sie sollte zum einen die Pflicht des Berufungsklägers zur Darlegung von Zulassungsgründen beseitigen; die Berufungsbegründung mit dem Angriff gegen das erstinstanzliche Urteil sollte genügen. Die Reform sollte - zweitens - dem Berufungsgericht gleichwohl weiterhin die Möglichkeit geben, die Durchführung des vollgültigen Berufungsverfahrens bei offensichtlich aussichtslosen Berufungen abzulehnen. Drittens sollte aber auch

bei einer derartigen Negativentscheidung des Berufungsgerichts der Rekurs an die Revisionsinstanz offen stehen.

In der Konsequenz sollte das bisherige Zulassungsverfahren als gesondertes Zwischenverfahren entfallen - also als ein Verfahren, das durch einen auf Zulassung der Berufung gerichteten Antrag eingeleitet und mit dessen Bescheidung durch Beschluss abgeschlossen wird. Stattdessen sollte der Rechtsmittelführer sogleich Berufung einlegen und diese begründen dürfen. Jedoch sollte das Berufungsgericht ermächtigt werden, die Durchführung des Berufungsverfahrens abzulehnen, wenn es einstimmig davon überzeugt ist, dass die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, und ein Grund, aus dem die Revision gegen ein gleichlautendes Berufungsurteil zugelassen werden müsste, nicht vorliegt. Der Beschluss sollte denselben Rechtsmitteln unterliegen wie ein Berufungsurteil, so dass der Rechtsmittelführer eine in seinen Augen unzutreffende Verneinung von Revisionszulassungsgründen oder eine fehlerhafte Handhabung der Verwerfungsmöglichkeit mit der (Revisionsnichtzulassungs-) Beschwerde rügen kann.

Der Vorschlag orientiert sich an § 522 Abs. 2 und 3 ZPO sowie an der ursprünglichen Fassung von § 130a VwGO. Allerdings besteht ein bedeutsamer systematischer Unterschied, der in einer Gesetzesfassung noch deutlicher zum Ausdruck kommen sollte. § 522 Abs. 2 ZPO und § 130a VwGO enthalten eine vollgültige Berufungsentscheidung; die Vorschriften ermächtigen lediglich dazu, auch gegen den Willen der Beteiligten auf eine mündliche Verhandlung zu verzichten. Eine vollgültige Berufungsentscheidung setzt freilich eine vollständige Sach- und Rechtsprüfung voraus, die im Verwaltungsprozess auch über den Horizont der erstinstanzlichen Entscheidung und der hiergegen in der Berufungsbegründung gerichteten Angriffe hinausreichen kann und muss. Beließe man es dabei, so würde auf den vorgelagerten Filter gänzlich verzichtet. So weit sollte man nicht gehen; damit würde das richtige Anliegen, welches der 6. VwGO-Novelle zugrunde lag, wieder preisgegeben. Auch wenn also ein gesonderter Berufungszulassungsantrag des Rechtsmittelführers entbehrlich ist, so sollte das Berufungsgericht doch die Befugnis behalten, die Durchführung des Berufungsverfahrens abzulehnen, und zwar aufgrund einer Prüfung, die thematisch auf den Horizont der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils und der Berufungsbegründung beschränkt ist und sich darin von der vollständigen Berufungsprü-

fung gerade unterscheidet. Das orientiert sich noch an der bisherigen Zulassungsentscheidung und findet ein weiteres Vorbild in der Entscheidung der Kammern des Bundesverfassungsgerichts über die Annahme einer Verfassungsbeschwerde. Um dies deutlich zu machen, könnte der Tenor eines solchen Beschlusses dahin lauten, dass die Berufung „verworfen“ oder die Durchführung des Berufungsverfahrens abgelehnt wird. Im gegenteiligen Falle ergeht keine gesonderte Entscheidung, vielmehr wird das Berufungsverfahren durchgeführt. Das sollte auch dann möglich sein, wenn an sich die Voraussetzungen für eine Beschlussverwerfung vorliegen. Das Obergericht sollte insofern ein gewisses Ermessen behalten. Das ist vor allem dann bedeutsam, wenn ihm das angefochtene Urteil aus Gründen zweifelhaft zu sein scheint, die der Berufungskläger nicht moniert hat.

Die Filterfunktion der Verwerfungsentscheidung könnte noch durch zusätzliche Verfahrensmodalitäten unterstrichen werden. Zum einen versteht sich von selbst, dass die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung ergeht. Das ist auch unbedenklich, sofern der sachliche Streitstoff, der der Entscheidung zugrundeliegt, nicht über den Streitstoff hinausgeht, über den schon die Vorinstanz mündlich verhandelt hat. Auch aus diesem Grunde sollte jede Erweiterung des Streitstoffs, auch jeder Gedanke an eine Auswechslung der Gründe, zwingend zur Durchführung der Berufung führen. Zum zweiten dürfte ein vorheriger Warnhinweis, dass der Senat die Berufung zu verwerfen gedenke, nicht erforderlich sein, wenn denn das Gesetz die Notwendigkeit, diese Tür zu durchschreiten, schon selbst hinlänglich deutlich ins Bewusstsein der Streitparteien rückt. Auch nach heutiger Rechtslage muss das Berufungsgericht, bevor es einen Antrag auf Zulassung der Berufung ablehnt, nicht vorwarnen, dass es „ernstliche Zweifel“ an der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung nicht hege. Zum dritten muss der Beschluss, mit dem die Berufung verworfen wird, zwar begründet werden. Die Begründung kann sich aber darauf beschränken, auf die Berufungsbegründung zu antworten; darin unterscheidet sie sich gerade von einer vollgültigen Berufungsentscheidung. Ausführungen zum Nichtvorliegen einer grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache oder einer Divergenz sind nicht zu verlangen, es sei denn, dass der Berufungskläger deren Vorliegen in der Berufungsbegründungsschrift behauptet und näher dargelegt hat, was unbenommen bleibt.

Schließlich sollte darauf hingewirkt werden, dass die Entscheidung über die Verwerfung der Berufung in kurzer Zeit getroffen wird. § 522 ZPO spricht von „unverzüglich“; man könnte vielleicht sogar eine Frist vorsehen. Zwar sähen wahrscheinlich etliche Richter in einer Frist einen unerträglichen Eingriff in die richterliche Unabhängigkeit. Vielleicht erzielen ja weichere Mittel ebenfalls den erwünschten Beschleunigungseffekt. Es ist freilich daran zu erinnern, dass die gerichtlichen Verfahren recht häufig noch zu lange dauern. Es sollte unser aller Bestreben sein, dem entgegenzuwirken. Einen großen Fortschritt könnten wir erzielen, wenn wir uns angewöhnten, eine Berufungsbegründung sofort zur Kenntnis zu nehmen und gegen die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils zu halten. Den für eine Beschlussverwerfung erforderlichen Gewissheitsgrad der Evidenz - dass eine Berufung im Wortsinne aussichtslos ist - sollte ein Fachsenat ohne Weiteres gewinnen können. Darüber hinaus muss das Berufungsgericht von Amts wegen lediglich prüfen, ob das angefochtene Urteil auf einer Divergenz beruht oder ob die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat; auch dies sollte ein Fachsenat ohne Weiteres feststellen können.

Der die Berufung zurückweisende Beschluss enthält zugleich - durch Ausspruch im Tenor oder durch gesetzliche Fiktion - eine Nichtzulassung der Revision; hiergegen steht die Nichtzulassungsbeschwerde offen. Damit unterliegt die Verneinung einer grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache und einer Divergenz der Überprüfung durch das Bundesverwaltungsgericht; der Weg zur Revisionsinstanz bleibt offen, wenn einer dieser Zulassungsgründe vorliegt. Zusätzlich kann die Nichtzulassungsbeschwerde auf die Verfahrensrüge gestützt werden, das Berufungsgericht habe seine Möglichkeit der Beschlussverwerfung fehlerhaft gehandhabt. Erweist sich eine solche Rüge einmal als begründet, müsste die Sache an das Oberverwaltungsgericht zur Durchführung der Berufung zurückverwiesen werden. Vorstellbar ist auch die wiederholende Verfahrensrüge, wenn das Berufungsgericht einen Verfahrensmangel der ersten Instanz unkorrigiert gelassen hat, der bereits mit der Berufungsbegründung gerügt worden war. Je nach Art und Schwere des Fehlers kommt dann sogar in Betracht, die Sache an das Verwaltungsgericht zur Wiederholung des erstinstanzlichen Verfahrens zurückzuverweisen.

### **3. Beschränkung der Revision**

Die Revision dient der Vereinheitlichung und der Fortentwicklung der Rechtsprechung. Die Durchführung eines Revisionsverfahrens sollte wie bisher davon abhängig gemacht werden, dass einer dieser Revisionszwecke dies gebietet. Dass die Revision nur eingeschränkt eröffnet wird, liegt damit von vornherein nahe. Hier zeigt sich, dass die Revision in ungleich stärkerem Maße als die Berufung im öffentlichen Interesse liegt - und dass es ihrer Durchführung nicht bedarf, wenn dieses öffentliche Interesse fehlt.

Der grundlegende Unterschied zur Berufung rechtfertigt auch, ein gesondertes Revisionszulassungsverfahren zwischenschalten, das der Prüfung dient, ob ein Revisionszulassungsgrund gegeben ist, und dem Revisionskläger eine diesbezügliche gesonderte Darlegung abzuverlangen. Natürlich fällt auf, dass der Berufungskläger sich auf sein sachliches Anliegen konzentrieren darf und eine etwaige Grundsatzbedeutung der Sache vom Berufungsgericht von Amts wegen zu prüfen sein soll, während der Revisionskläger von seinem sachlichen Anliegen zunächst einmal absehen und seinerseits eine Grundsatzbedeutung oder Divergenz dartun muss. Das findet seinen Grund aber eben im unterschiedlichen Zweck des jeweiligen Rechtsmittels. Die Revision dient öffentlichen Zwecken; wer sie in Anspruch nimmt, muss sich an diesen öffentlichen Zwecken orientieren, muss seinen Vortrag hierauf konzentrieren. Nur so trägt auch er dazu bei, dass diese öffentlichen Zwecke erreicht werden.

Die revisionstypischen Zulassungsgründe sollten etwas offener als bislang formuliert werden. Damit würde das diskretionäre Element anerkannt und unterstrichen, das auch bislang schon jeder Entscheidung über die Zulassung oder Nichtzulassung der Revision innewohnt. Mit dem Grundsatz der Rechtsmittelsicherheit ist dies vereinbar; die Zulassungsentscheidung bleibt eine Rechtsentscheidung, und eine absolute Rechtsmittelsicherheit wäre ohnehin nicht erreichbar. Vorbild können § 522 Abs. 2 Nr. 3 ZPO und § 115 Abs. 2 Nr. 2 FGO sein. Hiernach ist die Revision zuzulassen, „wenn die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert“. Diese Formulierung hatte in § 124b VwGO a.F. auch schon einmal Eingang in die Verwaltungsgerichtsordnung gefunden. Weshalb freilich daneben noch an einem eigenen Tatbestand der Grund-

satzrevision festgehalten wird, erschließt sich nicht so recht; darauf könnte dann wohl verzichtet werden.

Die Zulassung der Revision bedarf einer gesonderten Zulassungsentscheidung. Diese ist grundsätzlich vom Instanzgericht zu treffen; nur deshalb ist die Rede von der „Nichtzulassungsbeschwerde“ angebracht. Das Instanzgericht sollte seine diesbezügliche Entscheidung begründen müssen, sofern einer der Prozessbeteiligten das Vorliegen eines Zulassungsgrundes schon dort geltend macht und darlegt. Liegt einer der revisionstypischen Zulassungsgründe vor, so sollte der gesetzliche Regelfall einer Zulassung durch das Instanzgericht auch zum praktischen Regelfall werden. Das kann nicht erzwungen, durch die vorgeschlagene - sanktionslose - Begründungspflicht aber vielleicht gefördert werden.

Neben der Sicherung der Einheitlichkeit und der Fortentwicklung der Rechtsprechung obliegt dem Revisionsgericht auch, über die Einhaltung der Verfahrensgrundlage der rechtskräftigen Entscheidung des Streitfalles zu wachen. Die Verfahrensrevision ist deshalb angebracht. Eigentlich handelt es sich um eine zulassungsfreie, sachlich auf Verfahrensrügen beschränkte Revision, über die im schriftlichen Verfahren entschieden werden kann (§ 133 Abs. 6 VwGO), deren Verbindung mit einer gleichzeitigen Nichtzulassungsbeschwerde aber aus Gründen der Verfahrensökonomie mit Recht vorgesehen ist.

## **V. Schluss**

Eine grundlegende Reform des Zugangs zur Berufung; eine Reduktion des § 130a VwGO; eine vorsichtige Öffnung der Sprungrevision; sowie flankierende Beschleunigungs- und Begründungspflichten - eine solche Neujustierung des Rechtsmittelsystems täte dem Verwaltungsprozess gut. Aus dem Dreiklang von Maximen, die zu Beginn angesprochen wurden, steht die Maxime der Konsolidierung ganz im Zentrum der vorstehenden Überlegungen; besonders bei der Berufung geht es zugleich um Optimierung, hingegen nur am Rande auch um Modernisierung. Eine Modernisierung aber setzt die Konsolidierung voraus; nur dann kann man sich Neuerungen zuwenden. Anlass hierzu besteht vornehmlich beim einstweiligen Rechtsschutz; doch dies ist ein weiteres - und weites - Feld.