

Die Zulassung der Berufung aus anwaltlicher Sicht*

Von RA Prof. Dr. Heribert Johlen, Köln

Die Frühjahrstagung der Arbeitsgemeinschaft für Verwaltungsrecht vom 19.06.2015 gab ihren Teilnehmern auch die Gelegenheit darüber zu diskutieren, ob die Einführung der Zulassungsberufung vor gut 18 Jahren die Effektivität des Rechtsschutzes beeinträchtigt hat.

I. Das Zulassungsverfahren als „kleines Berufungsverfahren“

Den zum 01.01.1997 erfolgten Fortfall der zulassungsfreien Berufung¹ hat die Anwaltschaft als eine erhebliche Einschränkung des Rechtsschutzes empfunden. Ihre Folgen wurden allerdings durch die Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte gemildert, soweit diese aus dem Zulassungsverfahren ein „kleines Berufungsverfahren“ gemacht haben. Manche Entscheidungen, in denen ein Zulassungsantrag abgelehnt wurde, lesen sich wie „kleine Berufungsurteile“, in denen die Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung mit den im Zulassungsverfahren zur Verfügung stehenden Erkenntnismitteln überprüft und bestätigt wurde. Die Nähe zum Berufungsverfahren wird auch dadurch gefördert, dass im Zulassungsverfahren neues Vorbringen, sofern es sich auf den dem erstinstanzlichen Urteil zugrundeliegenden Streitgegenstand bezieht, zulässig ist², Ermessenserwägungen nachgeschoben werden können³, eine Änderung der Sach- und Rechtslage⁴, z. B. durch den Erlass einer neuen Satzung, berücksichtigt werden muss und auch eine Aufrechnung möglich ist, wenn ihretwegen die Richtigkeit des den Leistungsbescheid bestätigenden Urteils angezweifelt werden kann.⁵ Wurde eine Untätigkeitsklage erhoben, so kann ein Ablehnungsbescheid, der nach dem klageabweisenden Urteil ergeht, in das Zulassungsverfahren eingeführt werden.⁶

Zulässig dürfte auch ein Fortsetzungsfeststellungsantrag sein, wenn sich das Verfahren nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils erledigt hat⁷, z. B. durch den Erlass einer Veränderungssperre, die der Verpflichtungsklage den Boden entzieht.

Gleichwohl: Das Zulassungsverfahren bleibt ein „kleines Berufungsverfahren“, das die Qualität eines voll ausgebildeten Rechtsmittels mit den Möglichkeiten einer Beweisaufnahme und einer mündlichen Verhandlung nicht erreicht. Bemerkenswert ist auch, dass im Gesetzgebungsverfahren der Fortfall der zulassungsfreien Berufung u. a. damit begründet wurde⁸, dass ja dem Verwaltungsprozess ein zweistufiges Verwaltungsverfahren mit Überprüfung der Ausgangsentscheidung durch die Widerspruchsbehörde vorangegangen sei, man sich also mit der Berufung sozusagen schon in einer dritten Instanz befinde. Das war allerdings ein Scheinargument; denn das Widerspruchsverfahren hat sich in der Praxis als ernstzunehmende Rechtsmittelinstanz nicht bewährt. Es ist inzwischen auch weitgehend weggefallen, ohne dass deswegen über die Wiedereinführung der zulassungsfreien Berufung nachgedacht würde.

II. Die „besonderen Schwierigkeiten“ als bevorzugter Zulassungsgrund

Man hat den Eindruck, dass die Oberverwaltungsgerichte die Berufung, wenn sie eine Überprüfung der erstinstanzlichen Entscheidung für notwendig halten, gerne nach § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO, also weil „die Rechtssache besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten aufweist“, zulassen. Damit legt man sich für das Berufungsverfahren weniger fest als bei der Äußerung ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit des Urteils nach Nr. 1 oder der Annahme eines Verfahrensmangels nach Nr. 5. Mit dem Zulassungsgrund der „besonderen Schwierigkeiten“ werde, so hat seinerzeit schon der Rechtsausschuss seinen Vorschlag zur Ergänzung der Zulassungsgründe um diese Be-

stimmung begründet⁹, dem OVG die Entscheidung über die Zulassung der Berufung erleichtert. Dieses brauche sich nicht zwangsläufig zur materiellen Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung zu äußern, was insbesondere in komplizierten Fällen von Vorteil sei.

Ob eine Rechtssache besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten aufweist, kann nach Auffassung des BVerfG¹⁰ auch am Begründungsaufwand abgelesen werden. Dieser Aufwand muss aber objektiv erforderlich und darf nicht „hausgemacht“ sein. „Besondere Schwierigkeiten“ können also nicht dadurch konstruiert werden, dass in der Antragsbegründung eine Vielzahl letztlich nicht entscheidungserheblicher Tat- oder Rechtsfragen aufgeworfen und behandelt wird. Das OVG Lüneburg führt dazu in einem Beschluss vom 26.09.2014¹¹ aus: „Der Umfang der vorstehenden Ausführungen“ – 14 Seiten –, „mit denen der Senat die Darlegungen der Klägerin beschieden hat, ist ausschließlich der Fülle der Ausführungen in der Zulassungsbeurteilungsschrift sowie dem Bemühen des Senates geschuldet, diese jede für sich gebührend zu würdigen“.

III. Anforderungen an das „Darlegen“ der Zulassungsgründe

Nach § 124 a Abs. 4 Satz 4 VwGO sind die Gründe „darzulegen“, aus denen die Berufung zuzulassen ist. Das Gericht prüft also nicht von Amtswegen, ob ein Zulassungsgrund vorliegt. Der Antragsteller muss zweifelsfrei kundtun, aus welchem der in § 124 Abs. 2 VwGO genannten Gründe er die Zulassung begehrt und warum der von ihm genannte Zulassungsgrund vorliegt.¹²

An die Benennung des Zulassungsgrundes werden unterschiedliche Anforderungen gestellt. Es wird teilweise verlangt, dass der Zulassungsgrund explizit bezeichnet wird¹³, teilweise wird als ausreichend angesehen, wenn er sich durch sachgerechte Auslegung des Vorbringens in der Antragsbegründung ermitteln lässt.¹⁴

Solche Großzügigkeit wird der Erkenntnis geschuldet, dass zwar niemand einen Anspruch auf ein weiteres Rechtsmittel hat, der Zugang zu der einmal geschaffenen Instanz aber nicht unzumutbar erschwert werden darf.¹⁵

* Aufsatzfassung des Impulsreferates, das der Verfasser, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht in der Kanzlei Lenz und Johlen in Köln, auf der gemeinsamen Veranstaltung der Arbeitsgemeinschaft Verwaltungsrecht im DAV – NRW und des Oberverwaltungsgerichts NRW am 19.06.2015 in Münster gehalten hat.

1 Gesetz v. 01.11.1996, BGBl. I S. 1626.

2 ThürOVG, DVBl. 1998, 849; OVG LSA, LKV 2010, 520.

3 OVG NRW, NWVBl. 2011, 438.

4 OVG NRW, NWVBl. 2004, 183; OVG M-V, NordÖR 2014, 245.

5 OVG NRW, Beschl. v. 18.04.2011 – 2A 2492/09, juris.

6 OVG NRW, DVBl. 2010, 1309.

7 Anders, wenn die Erledigung schon in erster Instanz eingetreten war, BayVGH, Beschl. v. 27.03.2014 – 15 ZB 12.1562, juris.

8 BT-Drs. 13/4069 zu Art. 1 Nr. 15 S. 2.

9 BT-Drs. 13/5098 S. 24.

10 BVerfG, NVwZ 2000, 1163.

11 NdsOVG, Beschl. v. 26.09.2014 – 5 LA 92/14, S. 14 n. v.

12 OVG NRW, Beschl. v. 14.09.2011 – 13 A 2769/10, juris; Beschl. v. 12.07.2012 – 12 A 1394/12, juris.

13 OVG LSA, NVwZ-RR 2000, 136.

14 BerlVerfGH, Beschl. v. 14.05.2014 – 80/12, juris.

15 BVerfG E 125, 104 (137) = NVwZ 2010, 634.

IV. Veröffentlichung von die Berufung zulassenden Entscheidungen?

Es könnte darüber nachgedacht werden, ob nicht nur ablehnende, sondern auch Entscheidungen, mit denen die Berufung wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen wurde, veröffentlicht werden. Solche Entscheidungen sollen zwar nach § 124 a Abs. 5 Satz 3 VwGO nur kurz begründet werden. Gleichwohl könnte es zur Rechtsfortbildung beitragen zu erfahren, welche vor allem sich aus dem Landesrecht ergebenden Rechtsfragen vom OVG als grundsätzlich bedeutsam angesehen werden. Das OVG Bautzen verfährt so. Es sah z. B. in veröffentlichten Entscheidungen als klärungsbedürftig die Frage an, ob bei der i. R. d. § 35 BeamtVG vorzunehmenden Ermittlung des Grades der Minderung der Beeinträchtigungen des Beamten zu berücksichtigen ist¹⁶, welche Behörden in § 3 Abs. 1 Nr. 1 Landes IFG mit „Stellen der öffentlichen Verwaltung“ gemeint sind¹⁷ oder ob Gebühren für die Trinkwasserversorgung degressiv gestaffelt werden dürfen.¹⁸ Als klärungsbedürftig werde auch die Frage angesehen, ob der „Teilbeitrag Schmutzwasserentsorgung für zwei selbstständig bebaubare Grundstücke gesondert festgesetzt werden muss, wenn sie in einem Industriegebiet gelegen sind und die zwischen ihnen verlaufende Grenze durch ein Bauwerk überbaut ist und sie gemeinschaftlich über ein drittes Grundstück Schmutzwasser entsorgen“.¹⁹ Nimmt man diese Entscheidung zum Maßstab, so können auch sehr spezielle und einzelfallbezogene Fragen von grundsätzlicher Bedeutung und klärungsbedürftig sein.

V. Anschließendes Berufungsverfahren

Wird die Berufung zugelassen, so wird das Verfahren als Berufungsverfahren fortgesetzt; der Einlegung einer Berufung bedarf es nicht, § 124 a Abs. 5 Satz 5 VwGO.

Die Berufung ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Zulassungsbeschlusses zu begründen, § 124 a Abs. 6 Satz 1 VwGO.

Die Begründungsfrist kann, anders als die Frist zur Begründung des Zulassungsantrages²⁰, verlängert werden, § 124 a Abs. 6 Satz 3 mit Abs. 3 Satz 3 VwGO. Der Antrag auf Verlängerung muss vor Ablauf der Begründungsfrist bei Gericht eingegangen sein; die Verlängerung selbst kann danach erfolgen.²¹

Für das Berufungsverfahren spielt der Grund der Berufungszulassung keine Rolle. Es muss also auf die grundsätzliche Bedeutung der Sache nicht weiter eingegangen werden, wenn ihretwegen die Berufung zugelassen wurde. Von Bedeutung ist aber, wenn bei einem tatsächlich und rechtlich selbständigen und abtrennbaren Teil des Streitgegenstandes die Berufung nur für einen Teil zugelassen wurde.²² Das ist vor allem bei der Formulierung des nach § 124 Abs. 6 Satz 3 mit Abs. 3 Satz 4 VwGO zu stellenden Berufungsantrages zu berücksichtigen. Mit der sonst üblichen Formulierung: „Unter Abänderung des angefochtenen Urteils nach den Schlussanträgen des Klägers/des Beklagten in I. Instanz zu erkennen“ ist es dann nicht getan. Ein solcher den Umfang der durchzuführenden Berufung nicht genau erfassender Antrag kann, wenn das Ziel der Berufung nicht durch Auslegung der Begründung zu ermitteln ist²³, zur Unzulässigkeit der Berufung führen.

In einem Fall, in dem Grund und Höhe des streitgegenständlichen Straßenausbaubeitrages streitig waren, ließ das OVG NRW²⁴ die Berufung zu, „soweit das Verwaltungsgericht angenommen hat, der umlagefähige Aufwand sei zu reduzieren, soweit die Beklagte im Jahr 2013 im Rahmen der endgültigen Ermittlung des beitragsfähigen Aufwandes Rechnungen für projektübergreifende Leistungen berücksichtigt habe, die schon zum Zeitpunkt des Erlasses des vorläufigen Beitragsbescheides im Jahre 2011 vorgelegen hätten, seinerzeit aber übersehen worden seien“.

Aus einer so eingeschränkten Berufungszulassung einen Berufungsantrag zu entwickeln, mit dem auf Euro und Cent genau angegeben wird, in welcher Höhe unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils der Beitragsbescheid aufgehoben werden soll, stößt auf nicht unerhebliche Schwierigkeiten. Sie können dadurch vermieden werden, dass, wenn das Verfahren ohnehin fortgeführt wird, der Teil des Streitgegenstandes, auf den sich die Entscheidung im Berufungsverfahren erstrecken soll, nicht zu eng abgegrenzt wird.

¹⁶ SächsOVG, Beschl. v. 29.11.2011 – 2 A 337/10, juris.

¹⁷ SächsOVG, Beschl. v. 25.07.2014 – 4 A 209/13, juris.

¹⁸ SächsOVG, Beschl. v. 20.05.2014 – 5 A 299/13, juris.

¹⁹ SächsOVG, Beschl. v. 20.03.2014 – 5 A 477/13, juris.

²⁰ OVG NRW, NVwZ 2014, 1256.

²¹ BGH, NJW 1992, 842.

²² S. dazu OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 22.10.2012 – OVG 2 B

17.11, juris; OVG M-V, Beschl. v. 14.01.2014 – 1 L 7/11, juris.

²³ OVG NRW, Beschl. v. 23.05.2003 – 11 A 5503/99, juris.

²⁴ OVG NRW, Beschl. v. 04.04.2014 – 15 A 134/14, n. v.