

Die Regulierungsfunktion der Obersten Verwaltungsgerichte*

- Bericht des deutschen Bundesverwaltungsgerichts -

I. Einleitung

Der Titel „Die Regulierungsfunktion der Obersten Verwaltungsgerichte“ erscheint für einen deutschen Richter ungewöhnlich, da man in Deutschland davon ausgeht, dass regulierende Funktionen der Legislative und der Exekutive vorbehalten sind. Deshalb sei zur Vermeidung von Missverständnissen an dieser Stelle noch einmal daran erinnert, dass das Bundesverwaltungsgericht - anders als der Conseil d'Etat in Paris und der Consiglio di Stato in Rom - *keine* beratende Funktion für Regierung und Gesetzgebung hat, sondern seine Aufgaben auf rein rechtsprechende Tätigkeit beschränkt sind.

Seit der revolutionären Wende von der Begriffs- zur teleologischen Jurisprudenz, die wir *Rudolf von Jhering* (1818 - 1892) verdanken,¹ hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass richterliche Rechtsfindung sich nicht auf den Vollzug vorgegebener Normen in dem Sinne beschränkt, dass der Richter dabei als bloße „*bouche de la loi*“,² das heißt als „*Subsumtionsautomat*“³ fungieren würde. Vielmehr ist jeder richterlichen Tätigkeit immanent, dass sie den Inhalt gesetzlicher Normen methodisch interpretiert und deren Anwendungsbereich definiert, um auf der Grundlage des positiven, abstrakt-generell formulierten Gesetzes im Einzelfall über dessen Anwendung zu entscheiden. Auch Rechtsanwendung ist insofern die Erzeugung von neuem, noch nicht bestehendem Recht auf der Grundlage und nach Maßgabe von anzuwendendem Recht, dessen Vorgaben mittels Rechtserkenntnis zu eruieren sind.⁴

* Manuskript eines Vortrags, den der Verfasser am 23. September 2016 bei einer Veranstaltung der Vereinigung Deutscher, Italienischer und Französischer Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichtern im Conseil d'Etat in Paris gehalten hat.

¹ Vgl. nur *Guido Sartori*, *Rudolf von Jhering - Vater der teleologischen Jurisprudenz*, 2014, passim.

² *Montesquieu*, *De l'Esprit des Lois*, 1748, Livre XI Chapitre VI, zit. nach: *Œuvres de Montesquieu*, Tome second, Edition stéréotype Didot, Paris 1803, S. 57: « ... les juges de la nation ne sont ... que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur. ». Der Satz ist allerdings, wie sich aus dem Kontext ergibt, auf den Strafrichter gemünzt.

³ *Regina Ogorek*, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? - Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, 1986.

⁴ Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Beschluss vom 22.08.2016 - 2 BvR 2953/14 - Rn. 20 - Unzulässige, weil keine Rechtsetzung betreffende Kommunalverfassungsbeschwerde gegen BGH-Rechtsprechung unter Rückgriff auf *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 1934, S. 79 f.

Die verfassungsrechtliche Rechtsbindung des Richters⁵ vermag nicht zu leugnen, dass die Differenz zwischen abstrakt-generellem Rechtssatz und dessen Konkretisierung auf den Einzelfall eine beträchtliche Spannbreite möglicher Ergebnisse bei der Rechtsanwendung eröffnet. Das liegt bei selbst völlig identischen Sachverhalten⁶ zum einen an Auslegungsspielräumen einzelner Tatbestandsmerkmale, d.h. einem unterschiedlichen Verständnis des Norminhalts, und zum anderen an einer unterschiedlichen Handhabung der normativen Maßstäbe durch den jeweils zur Entscheidung berufenen Spruchkörper, nicht zuletzt abhängig von Vorverständnissen der beteiligten Richter. Geschwächt wird die Steuerungskraft des Gesetzes durch die Verwendung hochabstrakter unbestimmter Rechtsbegriffe seitens des Gesetzgebers, der nicht selten in Leerformeln flüchtet und damit ungelöste politische Konflikte auf den Einzelvollzug und die Rechtsprechung abwälzt. Eine weitere Quelle der Rechtsunsicherheit bietet die fortschreitende Rechtsetzung im Mehrebenensystem der Europäischen Union, denn die Rechtssätze des Unionsrechts sind - in französischer Tradition - weniger durch die konditionale (wenn - dann), sondern oftmals durch die weichere finale Normstruktur (Berücksichtigungsvorgaben und Abwägung) gekennzeichnet. Wenn Unionsrecht dann auch noch auf einen nur bedingt umsetzungswilligen nationalen Gesetzgeber trifft, hat es der Entscheider schwer, den für einen Fall geltenden Rechtssatz aus sich überlagernden Rechtsschichten herauszudestillieren.

Je geringer die Determination durch das Gesetz, desto größer die Spielräume der Richter bei der Rechtsfindung. Wie deren Ausfüllung innerhalb der drei Instanzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland vernünftig organisiert und funktionsgerecht gehandhabt werden kann, ist Gegenstand der folgenden Ausführungen. Ausgangspunkt ist dabei die richterliche Unabhängigkeit, an deren Betrachtung sich ein Blick auf die Sicherungsfunktionen höchstrichterlicher Rechtsprechung anschließt, bevor wir uns den Sicherungsinstrumenten zuwenden und abschließend den Dialog der Instanzen in der Praxis betrachten.

II. Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt: Die richterliche Unabhängigkeit

Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt ist Art. 97 Abs. 1 GG, demzufolge die Richter unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen sind. Die sachliche Unabhängigkeit, Ausdruck der Gewaltenteilung und Garant strikter Rechtsbindung, meint in erster Linie

⁵ Art. 20 Abs. 3 des Grundgesetzes (GG): Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden. Art. 97 Abs. 1 GG: Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen. Vgl. auch § 1 der Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit wird durch unabhängige, von den Verwaltungsbehörden getrennte Gerichte ausgeübt. Gesetzestexte unter <http://www.gesetze-im-internet.de/> - z.T. auch mit englischen Übersetzungen.

⁶ Die Sachverhaltsfeststellung als selbständiger Unsicherheitsfaktor bei der Rechtsanwendung und Entscheidungsfindung bleibt an dieser Stelle unberücksichtigt.

die Weisungsfreiheit des Richters.⁷ Sie richtet sich nach deutschem Verständnis aber nicht nur horizontal gegen die Exekutive,⁸ sondern wird auch vertikal innerhalb der dritten Gewalt auch gegenüber im Rechtszug übergeordneten Gerichten garantiert. Ein Gericht darf deshalb Tatsachen selbständig würdigen⁹ und zur Auslegung und Anwendung von Normen eine eigene Rechtsauffassung entwickeln, auch wenn alle anderen Gerichte den gegenteiligen Standpunkt einnehmen. Daher ist Rechtspflege wegen der Unabhängigkeit der Richter konstitutionell, d.h. von Verfassungs wegen uneinheitlich.¹⁰

Die Absage des deutschen Prozessrechts an das strikte, für das anglo-amerikanische Case-Law-System essentiellen „*stare decisis*“¹¹ hat zwei Konsequenzen: Horizontal betrachtet liegt in der abweichenden Auslegungen derselben Norm durch verschiedene Gerichte oder durch verschiedene Spruchkörper desselben Gerichts kein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot (Art. 3 Abs. 1 GG).¹² Und auf der Zeitachse eignen sich selbst höchstrichterliche Entscheidungen nur bedingt als Anknüpfungspunkt schutzwürdigen Vertrauens in die Kontinuität von Rechtsprechung. Denn auch höchstrichterliche Rechtsprechung ist kein Gesetzesrecht und bindet daher rechtlich nicht einmal ihre Erzeuger.¹³

Eine **Ausnahme** bilden instanzübergreifende Zurückverweisungs- oder Vorlagekonstellationen: Hebt z.B. das Revisionsgericht das angefochtene Urteil auf, kann aber den Fall mangels ausreichender Tatsachenfeststellungen nicht selbst abschließend entscheiden, verweist es die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an die Vorinstanz zurück (§ 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwGO). Dann hat das Berufungsgericht gemäß § 144 Abs. 6 VwGO seiner erneuten Entscheidung die rechtliche Beurteilung des Revisionsgerichts zugrunde zu legen;¹⁴ andernfalls handelt es verfahrensfehlerhaft. Damit wird im Interesse der Beteiligten einem endlosen „Ping-Pong“ zwischen den Instanzen aus Gründen der Rechtssicherheit¹⁵ vorgebeugt.¹⁶

⁷ BVerfG, Beschluss vom 24.03.1982 - 2 BvR 233/82, BVerfGE 60, 175 <214>.

⁸ darauf beschränkt noch BVerfG, Beschluss vom 17.01.1961 - 2 BvL 25/60, BVerfGE 12, 67 <71>; Beschluss vom 8.06.1971 - 2 BvL 17/70, BVerfGE 31, 137 <140>; vgl. auch Beschluss vom 27.06.1974 - 2 BvR 429/72 u.a., BVerfGE 38, 1 <21>.

⁹ Aus der in Art. 97 Abs. 1 GG garantierten Unabhängigkeit der Gerichte folgt u.a., dass verschiedene Gerichte in Asylsachen die Verfolgungsgefahr im gleichen Land prognostisch unterschiedlich einschätzen können, da sie jeweils nach ihrer freien Überzeugung (§ 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO) entscheiden (Bundesverwaltungsgericht [= BVerwG] Beschluss vom 4.10.1996 - 9 B 382.96 <juris>).

¹⁰ BVerfG, Beschluss vom 3.11.1992 - 1 BvR 1243/88, BVerfGE 87, 273 <278> mit Hinweis auf Beschluss vom 26.04.1988 - 1 BvR 669/87 u.a., BVerfGE 78, 123 <126>; Beschluss vom 26.03.1999 - 1 BvR 1431/90, NVwZ 1999, 1104.

¹¹ Vollständig: „*stare decisis et non quieta movere*.“

¹² BVerfG, Beschluss vom 6.02.2004 - 1 BvR 1948/00 (Kammer), BVerfGK 2, 305.

¹³ BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 - 1 BvL 11/06 u.a., BVerfGE 126, 369 <395> mit Hinweis auf BVerfGE 78, 123 <126>; 87, 273 <278>. Vgl. demgegenüber § 31 Abs. 2 Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG, demzufolge Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Verfahren, welche - vereinfacht gesagt - die Gültigkeit von Gesetzen betreffen, Gesetzeskraft besitzen.

¹⁴ Vgl. auch die Parallelvorschrift § 130 Abs. 3 VwGO für das Berufungsverfahren, wenn das Oberverwaltungsgericht nicht selbst abschließend entscheidet, sondern die Sache an das Verwaltungsgericht zurückverweist. Ebenso § 11 Abs. 7 Satz 2 VwGO für Entscheidungen des Großen Senats für den vorliegenden Senat in der zur Vorlage führenden Sache; ebenso § 16 RsprEinhG (= Gemeinsamer Senat).

¹⁵ Beschluss des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 6.02.1973 - GmS-OBG 1/72, BVerwGE 41, 363 <368>.

III. Funktionen höchstrichterlicher Rechtsprechung

Kraft ihrer Unabhängigkeit wären Richter in der Lage, eine chaotische Entscheidungsvielfalt und -diskontinuität zu produzieren, die Bürgern und Verwaltung unzumutbar wäre. Gegen Zentrifugalkräfte bei der Auslegung und Anwendung derselben Vorschrift wirkt der dreistufige Instanzenzug als institutionelle Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung. Zwar sind die Richter aller Instanzen zur Rechtsfortbildung berufen, aber die abschließende Klärung von Rechtsfragen obliegt im Bereich des bundesrechtlich geregelten Verwaltungsrechts dem Bundesverwaltungsgericht. Damit es diese Aufgabe effektiv erfüllen kann, hat der Prozessgesetzgeber mit den Zulassungsgründen wirksame Filter installiert, so dass sich das Revisionsgericht ressourcengerecht auf die für die Rechtsentwicklung wichtigen Fälle zu konzentrieren vermag (dazu unter IV.).

Eine höchstrichterliche Entscheidung trägt, obwohl sie nur einen Einzelfall beurteilt und prozessrechtlich nur *inter partes* bindet,¹⁷ als Antwort der letzten Instanz zur Klärung grundsätzlich bedeutsamer Rechtsfragen bei und ist daher als Präjudiz für künftige Fälle bedeutsam. Diese Wirkung über den entschiedenen Fall hinaus sollte auf der Überzeugungskraft ihrer Gründe und damit der fachlichen Kompetenz des letztinstanzlichen Gerichts beruhen¹⁸ und nicht nur auf der Einsicht der Untergerichte, bei einer bewussten Abweichung von einem höchstrichterlichen Judikat durch die zu erwartende Aufhebung in der nächsten Instanz den Parteien wegen der Verfahrensdauer „Steine statt Brot“ zu geben.

Die Rechtspraxis ist aber nicht nur auf eine einheitliche, sondern auch auf eine kontinuierliche Rechtsprechung angewiesen, um sich auf eine Rechtslage einstellen zu können. Der Grundsatz der Rechtssicherheit als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips wirkt mäßigend auf die Judikative ein. So sollten gute Gründe vorliegen, bevor ein Spruchkörper eine gefestigte Rechtsprechungslinie aufgibt, ohne dazu durch Rechtsänderung oder unionsrechtliche Vorgaben gezwungen zu sein. Bei Rechtsprechungsänderungen gilt es auch ggf. auftretende Übergangsprobleme in den Blick zu nehmen,¹⁹ denn eine neue Rechtsprechung wirkt als bessere Erkenntnis zu der unveränderten Norm grundsätzlich in die Vergangenheit zurück. Die Bedeutung von Tradition in der Rechtsprechung und Vorsicht bei Modifikationen ist primär Ausdruck der Sensibilität für Rechtssicherheit und nicht (nur) Symptom konservativer Verknöcherung der Judikative.

¹⁶ *Kraft* in: Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, 14. Aufl. 2014, § 144 Rn. 25.

¹⁷ § 121 VwGO bestimmt: Rechtskräftige Urteile binden, soweit über den Streitgegenstand entschieden worden ist, 1. die Beteiligten und ihre Rechtsnachfolger und 2. ... (Sonderregelung für Massenverfahren).

¹⁸ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 - 1 BvL 11/06 u.a., BVerfGE 126, 369 <394, 395>.

¹⁹ Vgl. BVerwG, Urteil vom 15. November 2007 - 1 C 45.06, BVerwGE 130, 20 Rn. 14 ff. In dieser Entscheidung hat das Gericht den maßgeblichen Zeitpunkt für die gerichtliche Beurteilung von Ausweisungen (auch) von Drittstaatsangehörigen vom Zeitpunkt des Widerspruchsbescheids auf den der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz (= OVG) verlagert. Es hat diesen richterrechtlichen Rechtssatz ganz bewusst an das Inkrafttreten des Richtlinienumsetzungsgesetzes vom 19. August 2007 geknüpft, so dass keine größeren Rückwirkungsprobleme auftreten konnten.

Einheitliche Rechtsprechung muss in zwei Richtungen gesichert werden: Sowohl vertikal innerhalb des Instanzenzuges als auch horizontal zwischen den Senaten des letztinstanzlichen Gerichts bzw. unter den letztinstanzlichen Gerichten. Vertikales Sicherungsinstrument sind die Rechtsmittel (sub IV.); horizontal erfolgt die Abstimmung durch Gemeinsame Gremien (Großer Senat und Gemeinsamer Senat, sub V.).

Vorab eine kurze Vorbemerkung zum Föderalismus:²⁰ Im Bundesstaat der Bundesrepublik Deutschland sind Legislativ- und Exekutivgewalt zwischen Bund und Ländern aufgeteilt.²¹ Die Gesetzgebungskompetenzen sind im Grundgesetz nach unterschiedlichen Sachbereichen verteilt und die Länder vollziehen die Landesgesetze und grundsätzlich auch die Bundesgesetze. Das Staatsstrukturprinzip des Bundesstaates durchzieht aber auch die Judikative (Art. 92 GG); so ist auch der Gerichtsaufbau föderal organisiert: Die Verwaltungsgerichte und Oberverwaltungsgerichte sind Landesgerichte; nur das Bundesverwaltungsgericht ist ein Bundesgericht. Die verbindliche Auslegung des jeweiligen Landesrechts ist den Oberverwaltungsgerichten zugewiesen; als Revisionsgericht prüft das Bundesverwaltungsgericht die angefochtenen Entscheidungen nur am Maßstab des Bundesrechts.²²

Übersicht über den Instanzenzug der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Gerichte	Rechtsmittel	Prüfungsumfang	Prüfungsmaßstab
Bundesverwaltungsgericht (BVerwG = einer der Obersten Gerichtshöfe des Bundes)		<u>Rechtsinstanz:</u> nur Rechtsprüfung	nur Bundesrecht
	Revision		
15 Oberverwaltungsgerichte (OVG = Landesgericht) ²³		<u>Tatsacheninstanz:</u> Tatsachen- und Rechtsprüfung	Bundesrecht und Landesrecht
	Berufung		
51 Verwaltungsgerichte (VG = Landesgericht)		<u>Tatsacheninstanz:</u> Tatsachen- und Rechtsprüfung	Bundesrecht und Landesrecht

²⁰ Art. 20 Abs. 1 GG: Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat. Art. 30 GG: Die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben ist Sache der Länder, soweit dieses Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zulässt.

²¹ Art. 70 Abs. 1 GG: Die Länder haben das Recht der Gesetzgebung, soweit dieses Grundgesetz nicht dem Bunde Gesetzgebungsbefugnisse verleiht. Art. 83 GG: Die Länder führen die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit aus, soweit dieses Grundgesetz nichts anderes bestimmt oder zulässt.

²² § 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO: Die Revision kann nur darauf gestützt werden, dass das angefochtene Urteil auf der Verletzung ... von Bundesrecht ... beruht.

²³ § 2 VwGO: Gerichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit sind in den Ländern die Verwaltungsgerichte und je ein Oberverwaltungsgericht, im Bund das Bundesverwaltungsgericht mit Sitz in Leipzig. Berlin und Brandenburg haben von der Möglichkeit des § 3 Abs. 2 VwGO (Mehrere Länder können die Errichtung eines gemeinsamen Gerichts ... vereinbaren.) Gebrauch gemacht (= OVG Berlin-Brandenburg in Berlin). Die Oberverwaltungsgerichte in Baden-Württemberg (= Mannheim), Bayern (= München) und Hessen (= Kassel) heißen traditionell „Verwaltungsgerichtshof“ (vgl. § 184 VwGO).

IV. Vertikale Sicherung: Die Rechtsmittel

Das Instrumentarium zur Herstellung und Wahrung einer einheitlichen Rechtsprechung im Instanzenzug bieten die Rechtsmittel. **Berufung** (zum Oberverwaltungsgericht) und **Revision** (zum Bundesverwaltungsgericht) sind allerdings nicht ohne weiteres statthaft, sondern bedürfen der Zulassung durch das Ausgangsgericht oder die Rechtsmittelin- stanz. Lässt der iudex a quo das Rechtsmittel nicht von sich aus zu, kann die Partei Beschwerde mit dem Ziel (nur) der Zulassung in einem selbständigen Zwischenverfah- ren erheben (s.u. IV.4.). Die Zulassung richtet sich nach folgenden Zulassungskriterien:

Zulassungsgründe

Zulassung der Berufung § 124 Abs. 2 VwGO ²⁴	Zulassung der Revision § 132 Abs. 2 VwGO
Nr. 1: ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils	
Nr. 2: besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten	
Nr. 3: grundsätzliche Bedeutung	Nr. 1: grundsätzliche Bedeutung
Nr. 4: Abweichung	Nr. 2: Abweichung
Nr. 5: Verfahrensmangel	Nr. 3: Verfahrensmangel

1. Unterschiedliche Funktionen von Berufungs- und Revisionszulassung

Vergleicht man die beiden Vorschriften, fehlen bei der Revision die Zulassungsgründe der ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) sowie die beson- deren tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten der Rechtssache (§ 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO), die eine Fehlerkontrolle in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht gewähr- leisten sollen.²⁵ Der Prozessgesetzgeber hat bei der Normierung der Zulassungsgründe auf der Revisionsebene (nur) die Gewährleistung *allgemeiner* Revisionszwecke verfolgt, nämlich der Fortentwicklung des Rechts (Nr. 1) und der Wahrung der Rechtseinheit (Nr. 2). Eine andere Funktion hat § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO, der absichern soll, dass die Oberverwaltungsgerichte ihre Entscheidungen auf der Grundlage eines ordnungsge- mäßigen Verfahrens treffen.²⁶ Nur dieser Zulassungsgrund ist individuell rechtsschutz- orientiert, beschränkt sich aber auf *Verfahrensmängel*. Allein der Umstand, dass ein *materieller* Mangel des Berufungsurteils einer zugelassenen Revision zum Erfolg zu verhelfen würde, führt nicht zu deren Zulassung.²⁷

²⁴ Auf die engere Sonderregelung für Asylverfahren in § 78 Abs. 5 AsylG wird hier nicht eingegangen.

²⁵ BVerfG, Beschluss vom 23.06.2000 - 1 BvR 830/00, NVwZ 2000, 1163 <1164>.

²⁶ BVerwG, Beschluss vom 2.11.1995 - 9 B 710.94, NVwZ 1996, 359 = DVBl. 1996, 108.

²⁷ BVerwG, Beschluss vom 16.05.1988 - 7 B 221.87, NJW 1988, 2400; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 19.11.1992 - 1 BvR 974/92, NVwZ 1993, 358.

Aus der gesetzlichen Konzeption der beschränkten Revisionszulassung in § 132 Abs. 2 VwGO lassen sich die primären Aufgaben des Bundesverwaltungsgerichts entnehmen, nämlich die Weiterentwicklung des Rechts zu fördern und die Einheitlichkeit der Rechtsprechung innerhalb des Instanzenzugs zu wahren. Der einzelne Fall bietet in der Phase der Zulassungsentscheidung wegen Grundsatzbedeutung lediglich den Anlass zur Klärung der darin enthaltenen fallübergreifenden Rechtsfrage. Anders als bei der Berufungszulassung ist es *nicht* Aufgabe der Revisionszulassung, für eine allgemeine Richtigkeitsgewähr der vorinstanzlichen Entscheidung zu sorgen.²⁸ Das bedeutet, dass die Entscheidung über die Zulassung der Revision nicht der Gewährleistung der materiellen Einzelfallgerechtigkeit dient; erst wenn die Revision zugelassen ist, gewinnt dieses Anliegen im Revisionsverfahren Bedeutung.²⁹

2. Der Zulassungsgrund grundsätzlicher Bedeutung

Der Zulassungsgrund grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache setzt voraus, dass an der höchstrichterlichen Klärung einer für die Revisionsinstanz erheblichen Frage ein über den Einzelfall hinausgreifendes *rechtliches* Interesse besteht und die Frage in dem erstrebten Revisionsverfahren klärungsfähig ist.³⁰ Ein besonderes *tatsächliches* Interesse der Öffentlichkeit an dem konkreten Fall ist für die Zulassung ohne Bedeutung.

Die Zulassung der Revision wegen grundsätzlichen Bedeutung zielt auf die Entwicklung abstrakter richterrechtlicher Rechtssätze zur Auslegung einer Vorschrift. Diese zwischen abstrakt-genereller Norm und konkret-individuellem Einzelfall angesiedelten maßstabbildenden Obersätze steuern und leiten die Rechtsanwendung der Instanzgerichte sowie der Verwaltung und sorgen für eine bundesweit möglichst einheitliche Entscheidungspraxis. Demgegenüber dient dieser Zulassungsgrund nicht der Einzelfallgerechtigkeit.³¹ Die Zulassung wegen grundsätzlicher Bedeutung erfolgt unabhängig davon, ob die Rechtsfrage (nach vorläufiger Auffassung) richtig oder falsch entschieden worden ist; deshalb präjudiziert eine positive Zulassungsentscheidung *nicht* den Ausgang des Revisionsverfahrens.³²

Trotz des identischen Wortlauts von § 124 Abs. 2 Nr. 3 und § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO ist dieser Zulassungsgrund mit Blick auf den nur beschränkten Zugriff des Revisionsgerichts im Fall einer zugelassenen Revision enger als bei der Entscheidung über die Berufungszulassung zu verstehen:

²⁸ BVerwG, Beschluss vom 5.10.1990 - 4 B 249.89 <juris Rn 40>.

²⁹ BVerfG, Beschluss vom 19.11.1992 - 1 BvR 974/92, NVwZ 1993, 358 zu § 132 Abs. 2 VwGO unter Bezugnahme auf den Plenarbeschluss des BVerfG vom 11.06.1980 - 1 PBvU 1/79, BVerfGE 54, 277 <290> zu § 554b ZPO.

³⁰ Grundlegend BVerwG, Beschluss vom 2. Oktober 1961 - 8 B 78.61, BVerwGE 13, 90 <91>.

³¹ Vgl. BVerwG, Beschluss vom 30.03.2005 - 1 B 11.05, NVwZ 2005, 709 f.

³² *Kraft* in: Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, 14. Aufl. 2014, § 132 Rn. 15.

- Zum einen scheidet die Zulassung der Revision wegen grundsätzlich bedeutsamer *Tatfragen*³³ aus. Denn das Bundesverwaltungsgericht ist in einem Revisionsverfahren grundsätzlich an die von der Vorinstanz getroffenen tatsächlichen Feststellungen gebunden (§ 137 Abs. 2 VwGO); als Revisionsgericht ist es keine Tatsacheninstanz und kann Tatsachen nicht selbst feststellen.
- Zum anderen können nur Rechtsfragen, die das *revisible* Recht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO: Bundesrecht, Unionsrecht) betreffen, grundsätzliche Bedeutung haben; landesrechtliche Fragen bleiben grundsätzlich außen vor.³⁴

Die Beschränkungen des Prüfungsumfangs und des Prüfungsmaßstabs in dem erstrebten Revisionsverfahren gemäß § 137 Abs. 1 und 2 VwGO wirken sich also insoweit begrenzend auf das Verständnis dieses Zulassungsgrundes aus.

3. Der Zulassungsgrund der Abweichung

Der Zulassungsgrund der Abweichung (§ 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO) setzt voraus, dass ein Urteil von einer Entscheidung eines übergeordneten Gerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht. Eine Abweichung in diesem Sinne liegt vor, wenn die Vorinstanz in Anwendung derselben Rechtsvorschrift des revisiblen Rechts mit einem ihre Entscheidung tragenden abstrakten Rechtssatz von einem in der Rechtsprechung der in § 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO genannten Gerichte aufgestellten Rechtssatz abweicht.³⁵ Die dazu notwendige Unterscheidung, ob die Vorinstanz auf der Ebene der abstrakten Rechtssätze abgewichen ist, oder diese ihrer Entscheidung zugrunde gelegt hat und nur bei der einzelfallbezogenen Rechtsanwendung falsch gehandhabt hat, ist nicht immer einfach und oft fließend. Allein mit der Rüge mangelhafter Rechtsanwendung im Einzelfall ist eine Divergenz jedenfalls nicht dargetan. An dieser Unterscheidung von zulassungsträchtiger Rechtssatzdivergenz und der Rüge irrelevanter Fehlanwendung im Einzelfall scheitern die meisten Nichtzulassungsbeschwerden.

Der Zulassungsgrund der Divergenz ist der Ausgleich für die dem deutschen Prozessrecht unbekanntere *stare-decisis*-Doktrin mit ihrer strengen Bindung an Präjudizien. Er sichert die Einheitlichkeit der Rechtsprechung innerhalb des Verwaltungsrechtswegs gegenüber zentrifugalen Kräften. Ziel ist die Widerspruchsfreiheit mit den vom Bundesverwaltungsgericht und Bundesverfassungsgericht bereits entwickelten abstrakten Rechtssätzen zu einer bestimmten Vorschrift.³⁶

³³ Z.B. Gruppenverfolgung bestimmter Ethnie in Asylprozessen; vgl. BVerwG, Urteil vom 31.07.1984 - 9 C 46.84, NVwZ 1985, 199 <200>.

³⁴ Zu Ausnahmen vgl. *Kraft* in: Eyermann (Fn. 32), § 137 Rn. 30 ff.

³⁵ Die Rechtslage in Österreich ist vergleichbar, denn Art. 133 Abs. 4 Satz 1 B-VG erfasst die Abweichung als Unterfall der grundsätzlichen Bedeutung.

³⁶ So BVerwG, Beschluss vom 5.02.1990 - 4 B 249.89 <juris Rn 150>.

4. Zulassungsverfahren

Das Verwaltungsgericht kann die **Berufung** gemäß § 124 Abs. 2 Nr. 2, 3 und 4 VwGO zulassen. Tut es das nicht - in der Praxis die Regel -, kann der Unterliegende die Zulassung der Berufung beantragen und den Antrag zur Begründung auf die Zulassungsgründe des § 124 Abs. 2 VwGO stützen (§ 124a VwGO). Das Obergericht entscheidet in einem selbständigen Zwischenverfahren durch Beschluss ohne mündliche Verhandlung *nur* über die Berufungszulassung. Bei der Prüfung der Zulassungsgründe des § 124 Abs. 2 VwGO darf es nur das fristgerechte Vorbringen des Antragstellers zur Begründung seines Zulassungsantrags berücksichtigen. Die Erfolgsquote beträgt zwischen 20% und 30%.

Ganz ähnlich das Verfahren zur **Revisionszulassung**: Hat das Obergericht in seiner Entscheidung die Revision nicht zugelassen - in der Praxis die Regel -, kann der Unterliegende gegen die Nichtzulassung Beschwerde erheben (§ 133 VwGO) und diese auf die Zulassungsgründe des § 132 Abs. 2 VwGO stützen. Hilft das Obergericht der Beschwerde nicht durch nachträgliche Revisionszulassung ab, entscheidet ein Senat des Bundesverwaltungsgerichts in einem selbständigen Zwischenverfahren in der Besetzung von drei Richtern nur über die Zulassung durch Beschluss ohne mündliche Verhandlung.³⁷ Die Erfolgsquote beträgt um die 10%.

5. Unabhängigkeit von Zulassungs- und Rechtsmittelentscheidung

Wird die Berufung oder die Revision vom Rechtsmittelgericht *nicht* zugelassen, erwächst die Entscheidung der Vorinstanz in Rechtskraft. Nach einer positiven Zulassungsentscheidung wird der Prozess in der Rechtsmittelinstanz als Berufungs- bzw. Revisionsverfahren (= 5 Richter) fortgeführt. Die Eigenständigkeit der Prüfungsgegenstände von Zulassungs- als Zwischenverfahren und zugelassener Berufung bzw. Revision zeigt sich darin, dass der Zulassungsgrund nach erfolgter Zulassung ohne Bedeutung ist: Ob die Sache wirklich grundsätzliche Bedeutung hatte oder tatsächlich eine Abweichung vorlag, ist für die Revisions- bzw. Berufungsentscheidung unerheblich. So kann z.B. das Rechtsmittel aus ganz anderen Gründen, der Grundsatzfrage vorgelagerten Gründen (z.B. Nichtanwendbarkeit der der Grundsatzfrage zugrundeliegenden Norm) zum Erfolg führen bzw. erfolglos bleiben. Und eine Revisionszulassung wegen grundsätzlicher Bedeutung indiziert nicht den Ausgang des Revisionsverfahrens; denn es ist gut möglich, dass das Ergebnis die Vorinstanz bestätigt wird.

³⁷ Anders die prozessrechtliche Konstruktion in Österreich: Dort gehört die Darlegung und das Vorliegen einer Grundsatzfrage gemäß Art. 133 Abs. 4 Satz 1 B-VG, zu der als Unterfall auch die Divergenz zählt, zur Zulässigkeit der (außerordentlichen) Revision. Die deutsche Ausgestaltung der Trennung zwischen den selbständigen Verfahren (1) der Beschwerde mit dem Ziel (nur) der Zulassung der Revision und (2) dem Verfahren der zugelassenen Revision fallen dort in eins, das Revisionsverfahren.

V. Horizontale Sicherung: Großer und Gemeinsamer Senat

1. Großer Senat beim Bundesverwaltungsgericht

Als präventives Sicherungsinstrument zur horizontalen Binnenkoordination bei drohender Divergenz unter den Senaten des Bundesverwaltungsgerichts ist der Große Senat vorgesehen (§ 11 VwGO). Dieser entscheidet, wenn ein Senat entweder in einer Rechtsfrage bei Auslegung derselben Vorschrift von der Entscheidung eines anderen Senats oder des Großen Senats abweichen will (§ 11 Abs. 2 VwGO) oder eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung (dazu oben unter IV. 2.) dem Großen Senat zur Entscheidung vorlegt, da das nach seiner Auffassung zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich ist (§ 11 Abs. 4 VwGO).

Der Große Senat besteht aus dem Präsidenten und je einem Richter der Revisionsenate (zurzeit 10 Mitglieder). Die Mitglieder und die Vertreter werden durch das Präsidium für ein Geschäftsjahr bestellt. Der Große Senat entscheidet nur über die Rechtsfrage; seine Entscheidung ist in der vorliegenden Sache für den erkennenden (= vorlegenden) Senat bindend (§ 11 Abs. 7 VwGO).

Wegen der weitgehend überschneidungsfreien Aufteilung der Rechtsgebiete auf die verschiedenen Senate des Bundesverwaltungsgerichts besteht in der Praxis wenig Anlass zu Auslegungsdifferenzen bei derselben materiellrechtlichen Vorschrift; der Große Senat wird aber in verfahrens- und prozessrechtlichen Fragen angerufen.³⁸ Unter den Richtern ist ein gewisser „*horror pleni*“ zu beobachten, da man als sich als Fach- und Spezialsenat für „sein“ Rechtsgebiet versteht und nur ungern die Fäden aus der Hand gibt. Im Übrigen sollte man in der Praxis nicht-institutionalisierte und informale Koordinationsgremien wie den „*Kaffeesenat des BVerwG*“ nicht unterschätzen, in dem im gesprächsweisen fachlichen Austausch schon manche drohende Divergenz offengelegt und vermieden wurde.

Die äußerst flexible französische Lösung im Conseil d'Etat, d.h. ein wöchentliches Zusammentreffen der Senatsvorsitzenden („Troika“), in dem die Verfahren nach Urteilsfällung und vor Verkündung zur Vermeidung von Divergenzen ggf. an einen größeren Spruchkörper überwiesen werden,³⁹ wäre mit der deutschen Vorstellung der verfassungsrechtlichen Garantie des gesetzlichen Richters⁴⁰ (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) absolut unvereinbar. Solche skalierenden Modelle in der Besetzung der Spruchkörper nach Urteilsfällung wirken auf den deutschen Betrachter befremdlich.

³⁸ In der elektronischen Entscheidungssammlung *juris* (www.juris.de) sind seit 1954 nur 22 Entscheidungen des Großen Senats des BVerwG nachgewiesen; sie betreffen fast alle verfahrensrechtliche Fragestellungen.

³⁹ Vgl. dazu *Liebler*, Der Conseil d'Etat in Frankreich - zu Vergangenheit und Gegenwart des französischen Staatsrates, *VerwArch* 101 (2010), 1.

⁴⁰ Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG: Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Das deutsche Recht zeichnet sich im internationalen Vergleich durch ein besonders strenges Verständnis des gesetzlichen Richters aus; so müssen die zu einer Entscheidung berufenen Spruchkörper (Kammern oder Senate) und ihre Besetzung vorab durch den Geschäftsverteilungsplan des Gerichts abstrakt bestimmt sein.

2. Großer Senat beim Oberverwaltungsgericht

Da die Oberverwaltungsgerichte abschließend über die Auslegung ihres jeweiligen Landesrechts entscheiden, ist bei jedem Oberverwaltungsgericht ein Großer Senat vorgesehen; § 12 VwGO verweist insoweit auf die Regelungen des § 11 VwGO. Die Nichtvorlage einer Sache an den Großen Senat eines Oberverwaltungsgerichts kann einen im Rahmen der Zulassung der Revision rügefähigen Verfahrensfehler i.S.v. § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO (Verstoß gegen den gesetzlichen, d.h. zuständigen Richter) darstellen.⁴¹

3. Gemeinsamer Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes

Ein präventives Sicherungsinstrument zur horizontalen Koordination bei drohender Divergenz unter den Obersten Gerichtshöfen des Bundes (Art. 95 Abs. 1 GG: Bundesgerichtshof, Bundesverwaltungsgericht, Bundesfinanzhof, Bundesarbeitsgericht und Bundessozialgericht) sieht das Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes die Bildung eines Gemeinsamen Senats dieser Gerichtshöfe vor.⁴² Das Verfahren der Anrufung läuft ähnlich wie beim Großen Senat.

VI. Der Dialog zwischen den Instanzen

Das (Selbst-)Verständnis von Verwaltungsrechtsprechung hat sich in Deutschland seit dem Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsordnung von einer dezisionistischen hin zu einer diskursiven Entscheidungskultur entwickelt. Das zeigt sich nicht nur im Verhältnis des Gerichts zu den Parteien mit Blick auf den hohen Stellenwert der mündlichen Verhandlung und dem dort geführten offenen und ausführlichen Rechtsgespräch, wie es speziell in der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit gepflegt wird. Die mündliche Verhandlung vor dem Revisionsgericht hat dadurch den Charakter einer präventiven Qualitätskontrolle, bei der die in der Vorberatung vorläufig angedachte Lösung, die der/die Vorsitzende im Rechtsgespräch zu Beginn der Verhandlung mehr oder weniger offen legt, mit den Parteien erörtert wird. Aber auch zwischen den Instanzen wird Rechtsprechung durch Rezeption von Entscheidungen anderer Gerichte und Verarbeitung der Argumente sowie im Dialog mit der Rechtswissenschaft fortentwickelt.⁴³

⁴¹ BVerwG, Beschlüsse vom 11.03.1998 - 8 BN 6.97, NVwZ 1998, 952 und vom 14.09.2006 - 9 B 2.06, NVwZ 2006, 1404.

⁴² Vgl. z.B. Beschluss vom 27.04.1993 - GmS-OGB 1/92, BVerwGE 92, 367 zur Frist zur Absetzung der schriftlichen Urteilsgründe auf Vorlage des Großen Senats des Bundesverwaltungsgerichts.

⁴³ Der zunehmend an Bedeutung gewinnende Dialog zwischen Gerichten verschiedener Länder kann an dieser Stelle nur angerissen werden. Neben den persönlichen Beziehungen zwischen Richtern, die auf Internationalen Fachkongressen geknüpft werden, tragen auch infrastrukturelle Hilfestellungen dazu bei: Seit einigen Jahren stellt das Bundesverwaltungsgericht ausgewählte Entscheidungen zum Ausländer-, Asyl- und Flüchtlingsrecht auf der Website des Gerichts (www.bverwg.de) in englischer Übersetzung ein. Dieser Service hat zu einem Quantensprung bei der Verbreitung unter ausländischen Rechtswissenschaftlern geführt. Kraft, Die Regulierungsfunktion der Obersten Verwaltungsgerichte, 2016 - www.ingokraft.de

Dieser Diskurs findet zum einen in verschriftlichter und formalisierter Form durch die Urteile statt, die die Gründe für die getroffene Entscheidung unter ausführlicher Wiedergabe der Erwägungen des Gerichts sowie der Abwägung der Argumente enthalten. Der deutsche Richter huldigt bei der Abfassung seiner Entscheidungen - anders als der französische - *nicht* dem Ideal der „*imperatoria brevitatis*“. Aber auch in Frankreich sind, wie man dem „*Rapport Martin*“ entnehmen kann,⁴⁴ die Dinge in Bewegung geraten.

Der Dialog zwischen den Instanzen wird aber zum anderen informal auf Fachtagungen und durch Vermittlung der höchstrichterlichen Rechtsprechung durch Vorträge u.a. vor Kollegen der Instanzgerichte (z.B. in der Deutschen Richterakademie) fortgeführt. Dabei ergibt sich die Gelegenheit zu offenen Diskussionen, in denen Rechtsprechungslinien des Bundesverwaltungsgerichts von den Instanzrichtern zuweilen auch heftig kritisiert werden.⁴⁵ Auch der temporäre Austausch von Personal ist ein Teil des Dialogs: So haben qualifizierte jüngere Richter der unteren Instanzen die Möglichkeit, im Wege einer zweijährigen Abordnung als wissenschaftlicher Mitarbeiter eines Senats des Bundesverwaltungsgericht an der höchstrichterlichen Rechtsprechung mitzuarbeiten und die Arbeitsweise des Revisionsgerichts kennenzulernen. Nach dem Ende der Abordnung tragen sie bei ihrer Ausgangsinstanz als Multiplikatoren zur Vermittlung höchstrichterlicher Rechtsprechung bei.

Ein diskursives Rechtsprechungsverständnis auf und unter allen Instanzen kostet den Rechtsstaat Ressourcen, kommt aber dem Ideal des „herrschaftsfreien Diskurses“ als Voraussetzung für wahrhafte Erkenntnis (*Jürgen Habermas*) ziemlich nahe. In Deutschland wird es zu Recht als wertvoller Beitrag zur Rechtskultur begriffen.

schafflern und Praktikern geführt, der sich in Zitaten und inhaltlichen Auseinandersetzungen mit den übersetzten Judikaten sowie Abdrucken z.B. im *International Journal of Refugee Law* niederschlägt.

⁴⁴ Conseil d'Etat, Groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, Rapport, Avril 2012.

⁴⁵ Diesem Zweck dient auch der sog. „Leipziger Dialog“, der zum ersten Mal im Mai 2017 stattfinden wird: Bei einem Treffen in den Räumen des Bundesverwaltungsgerichts werden Fragen zur Rechtsprechung in nahezu allen Materien des Verwaltungsrechts zwischen Richtern der Ober- und Verwaltungsgerichte mit Mitgliedern der Revisionssenate erörtert.