

Grundkurse/Referendariat

Die Station in der öffentlichen Verwaltung

Grundkurs für Rechtsreferendare

von

Michael Happ, Dr. Erwin Allesch, Harald Geiger, Dr. Andreas Metschke, Dr. Jost Hüttenbrink

7., überarbeitete und aktualisierte Auflage

[Die Station in der öffentlichen Verwaltung – Happ / Allesch / Geiger / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](#) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Allgemeines Verwaltungsrecht - Gesamtdarstellungen](#)



Verlag C.H. Beck München 2012

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 62866 5

„...Der Beklagte wird verpflichtet, über den Antrag des Klägers auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu entscheiden.“

War hier die Verpflichtung zur Erteilung der Erlaubnis beantragt, so ist selbstverständlich hinzuzufügen:

„...Im Übrigen wird die Klage abgewiesen“.

• Fortsetzungsfeststellungsklage

§ 113 Abs. 1 S. 4 VwGO sagt das Wesentliche. In Anlehnung an § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO kann man, wenn ein Widerspruchsbescheid ergangen ist, diesen in die Feststellung einbeziehen:

„Es wird festgestellt, dass der Bescheid des Landratsamtes ... und der Widerspruchsbescheid der Regierung von ... rechtswidrig waren“.

Im Fall analoger Anwendung des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO auf die **Verpflichtungsklage** muss es beispielsweise heißen:

„Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet war, dem Kläger eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen.“

Oder im Fall des § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO:

„Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet war, über den Antrag des Klägers auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu entscheiden.“

• Leistungsklage

Eine gesetzliche Vorschrift zur Fassung der Urteilsformel gibt es nicht. Hier heißt es beispielsweise:

„Der Beklagte wird verurteilt, die in der Presseerklärung vom ... getätigte Äußerung, der Kläger habe ..., zu widerrufen“.

• Feststellungsklage

Hier heißt es beispielsweise:

„Es wird festgestellt, dass der erste Bürgermeister der Beklagten verpflichtet ist, den Gemeinderat der Beklagten zu einer Sitzung mit dem Tagesordnungspunkt ... zu laden“.

II. Kostenentscheidung

Die Kostenentscheidung folgt materiell aus §§ 154 ff. VwGO. Für die Tenorierung gelten die gleichen Regeln wie im Zivilprozess.

Die „Kosten“ sind in § 162 VwGO umrissen. Danach sind Kosten auch die außergerichtlichen Kosten. Auch bei der erfolgreichen Klage heißt es daher nur:

„Die Kosten des Verfahrens hat der Beklagte zu tragen.“
(nicht etwa: „...einschließlich der außergerichtlichen Kosten...“)

Die VwGO verlangt nur für die Erstattungsfähigkeit **bestimmter Kosten** eine **ausdrückliche Entscheidung des Gerichts**:

– Die **Kosten eines Rechtsanwalts im Vorverfahren**, § 162 Abs. 2 S. 2 VwGO. Sind sie erstattungsfähig, so muss es heißen:

„Der Beklagte hat die Kosten des Verfahrens zu tragen. Die Zuziehung von Rechtsanwalt ... im Vorverfahren war notwendig.“

– Die **außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen**, § 162 Abs. 3 VwGO. Sind sie erstattungsfähig, so muss es beispielsweise heißen:

„Die Kosten des Verfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen hat der Kläger zu tragen.“

Kosten des **Vertreters des öffentlichen Interesses** sind grundsätzlich nicht erstattungsfähig. Zwar ist er Beteiligter nach §§ 162 Abs. 1, 63 Nr. 4 VwGO; seine Aufwendungen sind aber nicht zur „Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung“ notwendig.

Die Kostenlast betrifft nach § 154 Abs. 1 VwGO den „**unterliegenden Teil**“. Das wird in aller Regel der Kläger oder der Beklagte sein. Aus § 154 Abs. 3 VwGO ist aber ersichtlich, dass auch der Beigeladene unterlegen und kostenpflichtig sein kann, wenn er einen erfolglosen Antrag gestellt hat.

§ 154 Abs. 3 VwGO ist auf den Vertreter des öffentlichen Interesses (§ 63 Nr. 4 VwGO) nicht entsprechend anzuwenden, da es schon an einer Regelungslücke fehlt (Kopp/Schenke, VwGO, § 154 Rn. 10; nicht unstrittig). Der Vertreter des öffentlichen Interesses trägt also allenfalls die Kosten eines erfolglosen Rechtsmittels gem. § 154 Abs. 2 VwGO.

III. Vollstreckbarkeit

§ 167 Abs. 1 VwGO verweist zum Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf die ZPO. Besonderheiten ergeben sich – das allerdings ist wesentlich – aus § 167 Abs. 2 VwGO.

Für die Frage der **Sicherheitsleistung** werden dann vielfach §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO einschlägig sein. Die in § 708 Nr. 11 ZPO vorgesehene Beschränkung auf „**vermögensrechtliche Streitigkeiten**“ bleibt dabei nach ganz herrschender Meinung außer Betracht. Die Wertgrenze von 1.500 Euro wird auch vom obsiegenden, anwaltlich vertretenen Kläger nicht erreicht, wenn der Streitwert z.B. bei 5.000 Euro liegt (§ 52 Abs. 2 GKG):

Verfahrensgebühr (RVG Anl. 1 Nr. 3100):	391,30 Euro
Terminsgebühr (RVG Anl. 1 Nr. 3104):	361,20 Euro
Auslagen (RVG Anl. 1 Nr. 7000)	60 Euro
19 % Mehrwertsteuer (RVG Anl. 1 Nr. 7008)	154 Euro
Summe 966,50 Euro	

Im Tenor heißt es dann (Beispiel: Kläger obsiegt in der Anfechtungsklage, Streitwert 5000 Euro):

„Das Urteil ist im Kostenpunkt vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des zu vollstreckenden Betrags (alternativ: von 1.000 Euro) abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.“

IV. Rechtsmittelzulassung

§ 124a Abs. 1 VwGO ermächtigt das Verwaltungsgericht, die Berufung zuzulassen. Die Kompetenz des Verwaltungsgerichts erlaubt aber nur eine positive Zulassungsentscheidung aus den Gründen des § 124 Abs. 2 Nr. 3 oder 4 VwGO (§ 124a Abs. 1 S. 1 VwGO). Zu einer Nichtzulassung der Berufung ist das Verwaltungsgericht nicht befugt (§ 124a Abs. 1 S. 3 VwGO). Sieht also das Verwaltungsgericht einen Zulassungsgrund nach § 124 Abs. 2 Nr. 3 oder 4 VwGO nicht für gegeben an, so trifft es gar keine Entscheidung über eine Rechtsmittelzulassung. Nur in den Entscheidungsgründen empfiehlt sich hier ggf. der Hinweis, dass Gründe für eine Zulassung der Berufung nicht bestehen. Möchte das Verwaltungsgericht die Berufung nach § 124 Abs. 1 S. 1 VwGO zulassen, so heißt es im Tenor: „Die Berufung wird zugelassen“.

Die Zulassung der Berufung kann auf einen von mehreren Streitgegenständen oder einen Teil des teilbaren Streitgegenstandes beschränkt sein. Hier heißt es entsprechend im Tenor: „Die Berufung wird zugelassen, soweit ...“.

C. Tatbestand

Den Tatbestand regelt § 117 Abs. 3 VwGO. Wegen des Untersuchungsgrundsatzes kommt es auf eine exakte Schilderung des Kläger- und des Beklagtenvortrages nicht an. Die besonderen Schwierigkeiten des zivilprozessualen Tatbestandes treten daher nicht auf. Auch die Aufbauregeln sind weniger strikt.

Folgender Aufbau bietet sich beispielsweise an (bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen):

- Darstellung des unstrittigen ggf. vom Gericht ermittelten Sachverhaltes (Imperfekt)
- Darstellung des Verwaltungsverfahrens einschließlich des Vorverfahrens (Imperfekt)
- Klageerhebung (Perfekt)
- wesentlicher Sach- und Rechtsvortrag des Klägers (Konjunktiv Präsens)
- Antrag des Klägers (Indikativ Präsens)
- Antrag des Beklagten (Indikativ Präsens).
- wesentlicher Sach- und Rechtsvortrag des Beklagten (Konjunktiv Präsens)
- Prozessgeschichte (z.B. Beiladung und evtl. Anträge des Beigeladenen; Beteiligung des Vertreters des öffentlichen Interesses und dessen evtl. Anträge; Beweiserhebung) (Perfekt)
- ergänzende Bezugnahme insbesondere auf Gerichts- und Behördenakten, § 117 Abs. 3 S. 2 VwGO.

D. Entscheidungsgründe

Die Entscheidungsgründe spricht § 108 Abs. 1 S. 2 VwGO an. Sie müssen **alle im Urteilstenor getroffenen Entscheidungen** erläutern.

Der konkrete praktische Fall kann ein Verwaltungsgericht ausnahmsweise einmal veranlassen, auch zu nicht Entscheidungserheblichem ein sog. obiter dictum zu sprechen. In Klausurarbeiten muss man sich stets auf das **Entscheidungserhebliche beschränken** (s. die **Klausurhinweis S. 133**). Ungenauigkeit in diesem Punkt wird als mangelnde gedankliche Präzision negativ bewertet werden.

§ 117 Abs. 5 VwGO bietet dem Gericht die Möglichkeit, zur Begründung seiner Entscheidung auf den Verwaltungsakt oder den Widerspruchsbescheid zu verweisen.

E. Rechtsmittelbelehrung, Unterschriften, Streitwertbeschluss

Das Urteil schließt mit der **Rechtsmittelbelehrung**. Zu belehren ist über den Antrag auf Zulassung der Berufung (§ 124a Abs. 4 VwGO), über die Berufung einschließlich der Begründungsfrist (§ 124a Abs. 1 bis 3 VwGO) nur dann, wenn das Verwaltungsgericht selbst die Berufung nach § 124a Abs. 1 S. 1 VwGO zugelassen hat.

Die Rechtsmittel gegen Gerichtsbescheide regelt § 84 Abs. 2 VwGO.

Das Urteil ist nach § 117 Abs. 1 S. 2 VwGO von den mitwirkenden Richtern zu **unterschreiben**. Die Unterschrift der ehrenamtlichen Richter ist fakultativ, § 117 Abs. 1 S. 4 VwGO; in der Praxis unterschreiben in aller Regel nur die Berufsrichter.

Der **Streitwertbeschluss** gehört nicht mehr zum Urteil. Er ergeht aber in der Regel zusammen mit dem Urteil, angefügt nach dem Urteil. Der Beschluss lautet beispielsweise:

„Der Streitwert wird auf 5.000 Euro festgesetzt.“

Der Beschluss ist zu **begründen**. Der Streitwert im verwaltungsgerichtlichen Verfahren richtet sich nach § 52 GKG. Zu § 52 GKG gibt es eine sehr kasuistische Rechtsprechung, deren Kenntnis von dem Kandidaten der Zweiten Juristischen Staatsprüfung nicht erwartet wird. Hinweise, insbesondere auf den in der Praxis verbreiteten sog. Streitwertkatalog (eine unverbindliche Empfehlung) finden sich bei Kopp/Schenke, VwGO, Anhang zu § 164 VwGO.

§ 52 Abs. 2 GKG ist nur subsidiär anzuwenden, setzt also gerade **keinen Regelstreitwert** fest, wie das mitunter formuliert wird, sondern einen sog. **Auffangstreitwert**.

Gegen den Streitwertbeschluss ist die Beschwerde nach § 68 GKG möglich. Darüber ist zu belehren. Daran schließt sich die Unterschrift der mitwirkenden Richter an.

F. Verkündung des Urteils

Die Bekanntgabe des Urteils regelt § 116 VwGO. Als Regelfall ist die Verkündung im Anschluss an die mündliche Verhandlung vorgesehen, § 116 Abs. 1 S. 1 VwGO. Die Urteilszustellung nach § 116 Abs. 2 VwGO ist in der Praxis nach wie vor nicht unüblich; hier wird vielfach zunächst auch nur der Urteilstenor nach § 116 Abs. 2 2. HS VwGO der Geschäftsstelle übergeben. Das reicht für die Bekanntgabe aus und macht das Urteil wirksam, § 117 Abs. 4 S. 2 VwGO analog. Nach der Rechtsprechung des EGMR muss im Geltungsbereich der Europäischen Menschenrechtskonvention die Urteilsverkündung der Regelfall sein (NJW 2009, 2873).

G. Rechtskraft des Urteils

Verwaltungsgerichtliche Urteile erwachsen in formelle und materielle Rechtskraft (§ 121 VwGO).

I. Formelle Rechtskraft

Die formelle Rechtskraft bedeutet, dass das **Urteil mit Rechtsmitteln nicht mehr angegriffen** werden kann.

II. Materielle Rechtskraft

Das formell rechtskräftige Urteil erwächst in materielle Rechtskraft. Ihre Wirkung beschreibt § 121 VwGO. Von der gerichtlichen Entscheidung über den Streitgegenstand abweichende Verwaltungsentscheidungen sind beispielsweise – schon deshalb – rechtswidrig:

Beispiel: Die Behörde verfügt die Beseitigung des Hauses des E wegen angeblicher formeller und materieller Illegalität. Das Gericht hebt den Bescheid auf, da es den Bau für materiell legal hält. Die Behörde hält das rechtskräftige Urteil für verfehlt und verfügt erneut die Baubeseitigung:

Aufhebung des Bescheids gegebenenfalls in einem erneuten gerichtlichen Verfahren, ohne Sachprüfung allein wegen Verstoßes gegen § 121 VwGO (vgl. BVerwG DVBl 1993, 258).

Den sachlichen **Umfang der materiellen Rechtskraft** eines Urteils bestimmt sein **Tenor**. Vor allem bei klageabweisenden Urteilen muss man aber immer auch auf den **Urteilstatbestand** und die **Entscheidungsgründe zur Auslegung des Urteilstenors** zurückgreifen (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, § 121 Rn. 18 ff.; zum Umfang der Rechtskraft vgl. auch BVerwG NVwZ 2002, 343). Insbesondere bei Bescheidungsurteilen (§ 113 Abs. 5 S. 2 VwGO) kommt es gerade auf die Entscheidungsgründe an (BVerwG DVBl 1995, 925). Die Rechtskraftwirkung endet, wenn nach dem für das rechtskräftige Urteil maßgeblichen Zeitpunkt neue erhebliche Tatsachen eingetreten sind, die sich so wesentlich von den damals gegebenen Umständen unterscheiden, dass auch unter Berücksichtigung des Zwecks der Rechtskraft eine neue Sachentscheidung gerechtfertigt ist (BVerwG NVwZ 2002, 345).

Personell bindet die Rechtskraft die am Verfahren Beteiligten (§ 63 VwGO) und ihre Rechtsnachfolger (instruktiv BVerwG NVwZ 2010, 779).

Die Bindung der Beteiligten durch die materielle Rechtskraft wirkt sich auch auf die Gerichte aller Gerichtszweige aus:

Beispiel: Das Verwaltungsgericht stellt auf Fortsetzungsfeststellungsklage des E fest, dass die Untersagung seines Gewerbes durch die Behörde B rechtswidrig war. Die Entscheidung wird rechtskräftig. Klagt E später vor dem ordentlichen Gericht auf Schadenersatz nach § 839 BGB, Art. 34 GG gegen B, so steht die Rechtswidrigkeit des Handelns der Behörde zwischen E und B bereits fest.

5. Kapitel. Die Beendigung des Rechtsstreits

A. Klagerücknahme

I. Allgemeines

Die Klagerücknahme **beendet die Rechtshängigkeit der Klage rückwirkend**, § 173 VwGO i.V.m. § 269 Abs. 3 ZPO. Sie ist, wie die Klageerhebung, eine Prozesshandlung und bedarf als actus contrarius zur Klageerhebung der gleichen **Form** (Kopp/Schenke, VwGO, § 92 Rn. 6). Die Klagerücknahme nach Stellung der Anträge in der mündlichen Verhandlung bedarf zusätzlich der **Einwilligung** nach § 92 Abs. 1 S. 2 VwGO. Bereits die mündliche Verhandlung im ersten Rechtszug löst – auch für die Klagerücknahme während des Berufungsverfahrens – die Zustimmungspflicht aus (BVerwG NVwZ 1989, 861).

Nach § 92 Abs. 2 VwGO wird die Klagerücknahme fingiert, wenn der Kläger das Verfahren nicht betreibt.

II. Verfahren

Die Klagerücknahme nach § 91 Abs. 1 oder Abs. 2 VwGO führt gem. § 92 Abs. 3 VwGO zur deklaratorischen **Einstellung des Verfahrens durch Beschluss**. Die Kostenentscheidung ergeht auf der Grundlage des § 155 Abs. 2 VwGO.

Kostenentscheidungen nach § 92 Abs. 3 VwGO sind unanfechtbar (§ 158 Abs. 2 VwGO).

B. Einvernehmliche Erledigterklärung

I. Allgemeines

Die einvernehmliche Erledigterklärung des Rechtsstreits durch Kläger und Beklagten – das Einvernehmen anderer Beteiligter (auch eines notwendig Beigeladenen) ist nicht erforderlich – **beendet die Rechtshängigkeit der Klage** wie im Fall der Klagerücknahme **rückwirkend**. Gleichwohl sind Klagerücknahme und Erledigterklärung strikt zu trennen; die Erledigterklärung ist daher im Grundsatz nicht als „Klagerücknahme“ zu interpretieren. Das wird insbesondere deutlich, wenn man die unterschiedlichen Rechtsfolgen für die Kostenentscheidung berücksichtigt (siehe S. 142).

Die verfahrensbeendende Wirkung der einvernehmlichen Erledigterklärung hängt **nicht davon ab**, ob der **Rechtsstreit tatsächlich erledigt ist oder die Klage zulässig und begründet war**. Da beide Parteien

einig sind, den Rechtsstreit nicht fortzuführen, gibt es wegen der Dispositionsmaxime keinen Ansatz dafür, die Parteien am Rechtsstreit festzuhalten und eine Entscheidung über das Klagebegehren zu treffen. Besonders deutlich wird das, wenn ein außergerichtlicher Vergleich zur einvernehmlichen Erledigterklärung führt. Teilt der Beklagte nicht die Ansicht des Klägers, der Rechtsstreit habe sich erledigt, so kann er der Erledigterklärung widersprechen. Dann wird der Rechtsstreit zu dieser Frage fortgesetzt (siehe im Einzelnen S. 106 ff.).

Die Erledigterklärung ist eine Prozesshandlung; sie kann zurückgenommen werden, solange der Beklagte ihr noch nicht gegenüber dem Gericht zugestimmt hat (BVerwG NVwZ-RR 2010, 562). Eine zeitliche Grenze für die Erledigterklärung setzt das Prozessrecht nicht (BVerwG NVwZ 1993, 979).

II. Verfahren

Die einvernehmliche Erledigterklärung führt in analoger Anwendung des § 92 Abs. 2 VwGO zur deklaratorischen **Einstellung des Verfahrens durch Beschluss** und zur **Kostenentscheidung** auf der Grundlage des § 161 Abs. 2 S. 1 VwGO. Die danach erforderliche Billigkeitsentscheidung orientiert sich am bisherigen Sach- und Streitstand, § 161 Abs. 2 S. 1 2. HS VwGO. Nur in diesem Zusammenhang ist also regelmäßig die Zulässigkeit und Begründetheit der Klage noch von Bedeutung. Da der Sach- und Streitstand nur zu „berücksichtigen“ ist, ist nur eine **kursorische Prüfung** veranlasst.

Die Klärung schwieriger Rechtsfragen oder gar eine Beweiserhebung sind der Entscheidung nach § 161 Abs. 2 VwGO fremd. Bei offenem Ausgang des Rechtsstreits entspricht nach allgemeiner Meinung eine hälftige Kostenteilung am ehesten billigem Ermessen (Kopp/Schenke, VwGO, § 161 Rn. 17).

C. Gerichtlicher Vergleich

Den gerichtlichen Vergleich regelt § 106 VwGO. Er führt zur Beendigung des Rechtsstreits. Der gerichtliche Vergleich muss zur Niederschrift des Gerichts (siehe auch § 87 Abs. 1 S. 2 Nr.1 VwGO) erklärt und gem. § 105 VwGO i.V.m. § 160 Abs. 3 Nr.1 ZPO protokolliert werden. Einen Sonderfall regelt § 106 S. 2 VwGO.

In der Praxis sind **widerrufliche Vergleiche** häufig. Hier ist die Wirksamkeit des Vergleichs aufschiebend bedingt bis zum Ablauf der vereinbarten Widerrufsfrist (Kopp/Schenke, VwGO, § 106 Rn. 16).

Eine deklaratorische Einstellung des Verfahrens ist im Fall des gerichtlichen Vergleichs teilweise gebräuchlich, aber nicht notwendig.

6. Kapitel. Das Berufungsverfahren

A. Allgemeines

I. Die Rechtsnatur der Berufung

Die Berufung gehört neben der Revision und der Beschwerde als Rechtsmittel zu den **ordentlichen Rechtsbehelfen**, verstanden als Gegensatz zu den **außerordentlichen Rechtsbehelfen** wie der Wiederaufnahmeklage (§ 153 VwGO i.V.m. § 578 ZPO) und dem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 60 VwGO), die nur bei besonderen Prozesssituationen und unter speziellen Voraussetzungen gegeben sind. Die ordentlichen Rechtsmittel sind dadurch gekennzeichnet, dass ihnen grundsätzlich Suspensiv- und Devolutiveffekt zukommt. **Suspensiveffekt** bedeutet, dass der Eintritt der Rechtskraft der angefochtenen Entscheidung gehemmt wird (daher auch als „Hemmungswirkung“ bezeichnet). Das bedeutet, dass die in § 121 VwGO bezeichnete materielle Bindungswirkung zwischen den Beteiligten – noch – nicht eintritt. Eine Ausnahme gilt hier für die Beschwerde, der nach § 149 Abs. 1 VwGO ein originärer Suspensiveffekt nur bei der Anfechtung von Beschlüssen über die Festsetzung von Ordnungs- oder Zwangsmitteln zukommt; ansonsten tritt eine aufschiebende Wirkung nur ein, wenn sie vom Erstgericht gemäß § 149 Abs. 1 S. 2 VwGO oder vom Beschwerdegericht nach § 173 VwGO i.V.m. § 572 ZPO angeordnet wird. Da die Berufung (seit Inkrafttreten des 6. VwGOÄndG) und die Revision nur statthaft sind, wenn sie entweder vom Erstgericht oder vom Berufungs- bzw. Revisionsgericht zugelassen wurden, tritt der Suspensiveffekt schon mit Anhängigwerden des „Vorschaltverfahrens“ ein. Das ist für die Berufung der Antrag auf Berufungszulassung (§ 124 a Abs. 4 VwGO) und für die Revision die Nichtzulassungsbeschwerde (§ 133 Abs. 1 und 4 VwGO). Eine andere Frage ist, ob vom Inhalt eines Urteils trotz Eintritts des Suspensiveffekts vorläufig Gebrauch gemacht werden darf. Das wird durch den Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit geregelt. **Devolutiveffekt** bedeutet, dass die Streitsache

bei der höheren Instanz anhängig wird, sie dort also anfällt (deshalb auch „Anfallwirkung“ genannt) und deren Zuständigkeit begründet. Eine gewisse Ausnahme macht auch hier wieder die Beschwerde, wo nach § 148 Abs. 1 VwGO zunächst die Vorinstanz darüber entscheiden muss, ob sie von ihrer Abhilfemöglichkeit Gebrauch macht; erst wenn hiervon abgesehen wird, kommt die Sache in die nächste Instanz.

Die **Berufung** ist das Rechtsmittel gegen **Urteile** (§ 124 Abs. 1 VwGO) und – grundsätzlich – gegen **Gerichtsbescheide** (§ 84 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 1. Alt. VwGO) eines **Verwaltungsgerichts**. Sie ist daher nicht statthaft gegen erstinstanzliche **Urteile** des **Oberverwaltungsgerichts**, gegen die lediglich die **Revision** (§ 132 Abs. 1 VwGO) gegeben ist. Im Berufungsverfahren wird die Streitsache im Rahmen der Berufungsanträge (§ 124a Abs. 3 S. 4, Abs. 6 S. 3 VwGO) im gleichen Umfang wie durch das Verwaltungsgericht in **tatsächlicher** und **rechtlicher** Hinsicht geprüft (§ 128 S. 1 VwGO); dagegen ist das **Revisionsverfahren** ausschließlich auf die **Rechtskontrolle** beschränkt. Das Berufungsgericht berücksichtigt daher grundsätzlich auch neu vorgebrachte Tatsachen und Beweismittel (§ 128 S. 2 VwGO). Eine Ausnahme hiervon ist nur für solche Erklärungen und Beweismittel zu machen, die im ersten Rechtszug entgegen einer hierfür gemäß § 87b Abs. 1 und 2 VwGO gesetzten Frist nicht vorgebracht wurden und deren Berücksichtigung nach der freien Überzeugung des Berufungsgerichts die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde oder wenn die Verspätung nicht hinreichend entschuldigt wird (§ 128a Abs. 1 S. 1 VwGO). So weit Vorbringen vom Verwaltungsgericht zu Recht zurückgewiesen wurde, ist der Kläger damit auch im Berufungsverfahren ausgeschlossen (§ 128a Abs. 2 VwGO). Nicht zu prüfen ist grundsätzlich die **Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs** und der **örtlichen** und **sachlichen** Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts (§ 83 S. 1 VwGO, § 17a Abs. 5 GVG); wegen der Einzelheiten wird auf die Ausführungen zur Begründetheit der Berufung verwiesen. Da das Berufungsgericht – auch – Tatsachengericht ist, kommt es für den **maßgeblichen** Zeitpunkt hinsichtlich der Begründetheit einer Klage auf die Sach- und Rechtslage bei der letzten mündlichen Verhandlung des Berufungsgerichts an, wenn nicht wegen der Besonderheit des Klageverfahrens Abweichendes gilt, etwa der Zeitpunkt der Behördenentscheidung der maßgebliche ist. Ergeht in der Berufungsinstanz ein Bescheidungsurteil (vgl. § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO), so ist – zur Klarstellung – im Tenor auszusprechen, dass der Kläger unter Beachtung der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts erneut zu verbescheiden ist; notwendig ist dieser Hinweis dann, wenn zwar das erstinstanzliche Bescheidungsurteil bestätigt wird, die Begründung des Berufungsgerichts aber eine andere ist als die des Erstgerichts. In diesem Fall ist die Berufung mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass der Kläger unter Beachtung der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts zu verbescheiden ist.

II. Das Berufungsverfahren

1. Berufungszulassung

Eine zulassungsfreie Berufung gibt es im Verwaltungsprozess nicht. Sie ist nur möglich, wenn sie vom Verwaltungsgericht oder dem Oberverwaltungsgericht zugelassen wurde (zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Zulassung der Berufung im Verwaltungsprozess vgl. Gaier NVwZ 2011, 385). Nach § 124a Abs. 1 VwGO kann das **Verwaltungsgericht** in Fällen grundsätzlicher Bedeutung oder bei Divergenz (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 und 4 VwGO) dieses Rechtsmittel in seinem Urteil zulassen. Wird hiervon kein Gebrauch gemacht, ist eine Berufung nur dann statthaft, wenn sie das **Berufungsgericht** auf einen **besonderen Antrag** hin **zugelassen** hat (§ 124a Abs. 4 VwGO). Man spricht hier von Zulassungsberufung. Mit Stellung des Zulassungsantrags wird nicht das Hauptsacheverfahren bei dem Berufungsgericht anhängig, sondern nur das besondere Zulassungsverfahren. Nach einer positiven Entscheidung geht das Zulassungsverfahren automatisch gemäß § 124a Abs. 5 S. 5 VwGO in das Berufungsverfahren über; einer gesonderten Berufungseinlegung bedarf es nicht. Keine besondere Regelung enthält das Gesetz darüber, welches Gericht während des Laufs des Zulassungsverfahrens für mit der Hauptsacheklage zusammenhängende Nebenverfahren, insbesondere Anträge nach § 80 Abs. 5 und 7, § 80a sowie § 123 VwGO zuständig ist. Obwohl die Hauptsache formal erst mit der Zulassung der Berufung bei dem Berufungsgericht anhängig wird, wird man dieses im Sinne von § 80 Abs. 5 S. 1, Abs. 7 S. 1, § 123 Abs. 2 S. 1 und Abs. 2 VwGO als **Gericht der Hauptsache** anzusehen haben, sobald der Zulassungsantrag dort eingegangen ist.

2. Verfahren bei zugelassener Berufung

Die Berufungszulassung durch das Verwaltungsgericht kommt nur in den von § 124a Abs. 1 S. 1 VwGO abschließend genannten Fällen in Betracht. Hierüber entscheidet das Gericht von Amts wegen; eines hierauf gerichteten Antrags bedarf es nicht. Das Verwaltungsgericht kann in seinem Urteil nur positiv

über die Zulassung der Berufung entscheiden; eine Ablehnung der Zulassung ist nicht möglich (§ 124a Abs. 1 S. 3 VwGO). Dementsprechend gibt es auch kein besonderes Rechtsmittel, wenn die Berufungszulassung unterbleibt. Hier ist nur der Weg über den Zulassungsantrag beim Berufungsgericht möglich. Die Berufung ist nach § 124a Abs. 2 S. 1 VwGO innerhalb eines Monats nach Zustellung des vollständigen Urteils beim Verwaltungsgericht einzulegen; die Einreichung beim Oberverwaltungsgericht wahrt die Frist nicht (BVerfG NVwZ 2003, 728; Eyermann/Happ VwGO § 124a Rn. 40). In der Berufungsschrift, die von einem postulationsfähigen Bevollmächtigten (§ 67 Abs. 4 i.V.m. Abs. 2 S. 1 VwGO) unterschrieben sein muss, ist das angefochtene Urteil zu bezeichnen. Nach Eingang der Berufung legt das Verwaltungsgericht diese dem Berufungsgericht mit den Akten vor; regelmäßig erhalten die Beteiligten eine Abgabenaachricht. Die Berufungsbegründung ist nach § 124a Abs. 3 S. 1 VwGO innerhalb von zwei Monaten ab Zustellung des erstinstanzlichen Urteils zu begründen; diese Frist kann auf einen Antrag, der vor ihrem Ablauf zu stellen ist, vom Vorsitzenden des Berufungssenats verlängert werden. Ist die Begründung nicht bereits im Berufungsschriftsatz enthalten, ist sie beim Berufungsgericht einzureichen. Wird sie stattdessen beim Verwaltungsgericht eingereicht, ist die Frist nicht eingehalten. Spätestens im Rahmen der Berufungsbegründung muss ein bestimmter Antrag gestellt werden (Berufungsantrag). Weiterhin muss die Begründung im Einzelnen angegeben, aus welchen Gründen das verwaltungsgerichtliche Urteil angefochten wird (Berufungsgründe). Mangelt es an einer dieser Voraussetzungen, ist die Berufung nach § 124a Abs. 3 S. 5 VwGO als unzulässig zu verwerfen.

3. Verfahren bei Eingang eines Zulassungsantrags

Der Berufungszulassungsantrag muss, wie sich aus der Verweisung in § 125 Abs. 1 VwGO auf das Klageverfahren ergibt, der **Schriftform** (§ 81 Abs. 1 S. 1 VwGO) genügen; sie muss von einem **Rechtsanwalt**, einem Hochschullehrer oder in bestimmten Verfahren ersatzweise von einem besonderen Prozessvertreter (§ 67 Abs. 4 S. 3 und Abs. 2 S. 1 VwGO) unterschrieben sein; juristische Personen des öffentlichen Rechts können sich durch die in § 67 Abs. 4 S. 4 VwGO genannten Personen vertreten lassen. Der Vertretungszwang besteht unbeschadet des Umstands, dass der Berufungszulassungsantrag gemäß § 124a Abs. 4 S. 2 VwGO beim Verwaltungsgericht einzulegen ist (VGH Mannheim NJW 2004, 250). Außerdem muss die Antragschrift nach § 124a Abs. 4 S. 3 VwGO das angefochtene Urteil bezeichnen.

Der Antrag auf Berufungszulassung ist nach § 124 Abs. 4 S. 2 VwGO bei dem **Verwaltungsgericht**, dessen Urteil oder Gerichtsbescheid angefochten wird, einzureichen; die Frist hierfür beträgt ein Monat. Das Verwaltungsgericht legt den Antrag mit den Akten dem **Berufungsgericht** vor. Es gibt den Beteiligten hiervon Nachricht; das ist zwar gesetzlich nicht vorgeschrieben, aber aus Gründen der Rechtssicherheit anzuraten, weil der Zulassungsantrag die Rechtskraft der Entscheidung hindert (§ 124a Abs. 4 S. 6 VwGO) und die Prozessparteien wissen müssen, ob sie von der Entscheidung Gebrauch machen dürfen. Der Vorsitzende des Berufungsgerichts verfügt nach Anhängigwerden die förmliche Zustellung des Antrags (§ 56 Abs. 2 VwGO, §§ 166 ff. ZPO) an den Rechtsmittelgegner sowie die sonstigen Beteiligten entsprechend § 125 Abs. 1 S. 1, § 85 VwGO. Innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des verwaltungsgerichtlichen Urteils ist der Zulassungsantrag zu begründen. Hier besteht keine Möglichkeit einer Fristverlängerung. Die Begründung ist beim Oberverwaltungsgericht einzureichen; eine Einreichung beim Verwaltungsgericht wahrt die Frist nicht. In der Begründung sind die Zulassungsgründe (§ 124 Abs. 2 VwGO) darzulegen.

4. Entscheidungsmöglichkeiten im Zulassungsverfahren

Prüfungsgegenstand im Zulassungsverfahren ist nach § 124a Abs. 5 S. 2 VwGO ausschließlich die Frage, ob ein **Zulassungsgrund** im Sinne des § 124 Abs. 2 VwGO dargelegt wurde und vorliegt. Es wird also in diesem Verfahren noch nicht über die Rechtmäßigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung befunden; hierzu bedarf es stets der Durchführung eines Berufungsverfahrens. Über den Antrag auf Zulassung entscheidet das Gericht gemäß § 124a Abs. 5 S. 1 VwGO durch **Beschluss**; dieser soll nach § 124a Abs. 5 S. 3 VwGO kurz begründet werden. Erweist sich der Zulassungsantrag als unzulässig, wird er verworfen. Mit dieser Entscheidung ist das Verfahren abgeschlossen (§ 124a Abs. 5 S. 4 VwGO); Rechtsmittel dagegen gibt es nicht. Im Fall eines **unzulässigen Zulassungsantrags** ist wie folgt zu **tenorieren**:

- I. *Der Antrag wird verworfen.*
- II. *Der Kläger trägt die Kosten des Verfahrens.*
- III. *Der Streitwert für das Zulassungsverfahren wird auf 5000 EUR festgesetzt.*

Erläuterungen zum Tenorbeispiel:

Zu I. Unzulässige Rechtsmittel werden nach allgemeinem Sprachgebrauch der Verwaltungsgerichte „verworfen“, nicht „abgelehnt“ oder „zurückgewiesen“. So wäre zu tenorieren, wenn sich der Antrag als unbegründet erweist.

Zu II. Da mit einer negativen Entscheidung über den Zulassungsantrag die Instanz abgeschlossen und das Urteil rechtskräftig wird (§ 124a Abs. 5 S. 4 VwGO), ist über die Kosten des Zulassungsverfahrens zu entscheiden. Da der Antrag erfolglos blieb, ergibt sich die Kostentragungspflicht aus § 154 Abs. 2 VwGO. Der Zulassungsantrag ist ein Rechtsmittel im Sinne dieser Vorschrift.

Zu III. Da im Zulassungsverfahren eine Gerichtsgebühr anfällt, ist eine Streitwertfestsetzung veranlasst.

Ist der Zulassungsantrag erfolgreich, spricht das Gericht die Zulassung der Berufung durch Beschluss aus. Der Tenor würde wie folgt lauten:

Die Berufung wird zugelassen.

Erläuterungen zum Tenorbeispiel:

Es bedarf lediglich der Zulassung der Berufung; da das Zulassungsverfahren kraft Gesetzes in das Berufungsverfahren übergeht, wird die Instanz nicht beendet. Einer Kostenentscheidung bedarf es nicht; die Kosten des Zulassungsverfahrens sind Teil der Kosten des Berufungsverfahrens.

5. Verfügungen und Entscheidungsmöglichkeiten im Berufungsverfahren

a) Hat das Berufungsgericht das Rechtsmittel zugelassen, muss der Berufungsführer die Berufung gemäß § 124a Abs. 6 S. 1 VwGO innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses **begründen**. Die Frist kann nach § 124a Abs. 6 S. 3 i.V.m. Abs. 3 S. 3 VwGO vom **Vorsitzenden** auf Antrag, der vor ihrem Ablauf bei Gericht eingehen muss, **verlängert** werden. Hält das Berufungsgericht das Rechtsmittel für unzulässig, so kann eine Anhörung der Beteiligten zu diesem Punkt nach § 125 Abs. 2 S. 2 VwGO durchgeführt werden. Dabei ist sinnvoller Weise eine Frist zu setzen, binnen deren sich die Beteiligten zur Zulässigkeit der Berufung äußern können; gesetzlich vorgeschrieben ist eine solche Fristsetzung nicht, aber in jedem Fall anzuraten, um einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) zu vermeiden. Kommt das Gericht nach Prüfung etwa eingehender Stellungnahmen zu dem Ergebnis, dass das Rechtsmittel tatsächlich nicht zulässig ist (zu den einzelnen Zulässigkeitspunkten siehe im Einzelnen unten), so kann es durch Beschluss, also ohne mündliche Verhandlung, gemäß § 125 Abs. 2 S. 2 VwGO verworfen werden (§ 125 Abs. 2 S. 1 VwGO). Hält das Gericht zur Klärung einer Zulässigkeitsfrage eine mündliche Verhandlung für notwendig, erweist sich das Rechtsmittel aber auch danach noch als nicht zulässig, so ist die Verwerfung der Berufung durch Urteil auszusprechen. Durch den Begriff „kann“ in § 125 Abs. 2 S. 2 VwGO hat der Gesetzgeber dem Berufungsgericht ein Ermessen eingeräumt, von welcher dieser beiden Möglichkeiten es Gebrauch machen will. Neben der Verwerfung des Rechtsmittels hat eine Entscheidung nach § 125 Abs. 2 VwGO immer auch über die Kosten des Berufungsverfahrens, die vorläufige Vollstreckbarkeit und die Revisionszulassung zu befinden.

Beispiel für einen Verwerfungsbeschluss:

I. Die Berufung wird verworfen.

II. Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

III. Der Beschluss ist im Kostenpunkt vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des zu vollstreckenden Betrags abwenden, sofern nicht der Beklagte vorher Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Erläuterungen zum Tenorierungsbeispiel:

Zu I. Aus § 125 Abs. 2 S. 1 VwGO ergibt sich, dass eine unzulässige Berufung nicht „abzuweisen“, „abzulehnen“ oder „zurückzuweisen“, sondern zu verwerfen ist.

Zu II. Die Kostenentscheidung ergibt sich, da das Rechtsmittel erfolglos war, aus § 154 Abs. 2 VwGO.

Zu III: Da ein etwaiges Rechtsmittel gegen einen Beschluss nach § 125 Abs. 2 S. 1 und 2 VwGO – in Frage kommen hier je nach der Entscheidung in Nummer IV des Beschlusses die Nichtzulassungsbeschwerde, § 125 Abs. 2 S. 4, § 133 Abs. 1 VwGO oder die Revision, § 125 Abs. 2 S. 4, § 132 Abs. 1 VwGO – den Eintritt der Rechtskraft hindert (vgl. § 133 Abs. 4 VwGO; für die Revision als ordentliches Rechtsmittel bedarf es einer entsprechenden Norm nicht), ist die Kostenentscheidung gemäß § 167 VwGO, § 708 Nr. 10 bzw. 11 ZPO für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Die Abwendungsbeugnis war entsprechend § 711 ZPO auszusprechen.

Zu IV. Über die Zulassung der Revision ist nach § 125 Abs. 2 S. 4, § 132 Abs. 1 VwGO zu entscheiden.

Im Fall eines Verwerfungsurteils ist entsprechend zu tenorieren; hier muss es nur statt „Beschluss“ jeweils „Urteil“ heißen.