

§§ 98, 104, 105, 108 VwGO; ZPO

Informatorische Anhörung ersetzt Zeugenbeweis nicht

BVerwG, Beschl. v. 19.05.2022 – BVerwG 2 B 41.21, BeckRS 2022, 16249

Fall

VG Goldstadt

29.09.22

Öffentliche Sitzung

Protokoll (Auszug)

...

Unter Aufsicht des Einzelrichters eröffnet RRef Seibel die mündliche Verhandlung, erstattet den Sachbericht, führt in den Sach- und Streitstand ein und leitet die Verhandlung. Die Sach- und Rechtslage wird eingehend erörtert. Eine gütliche Streitbeilegung kann nicht erzielt werden.

Der vorbereitend als Zeuge geladene Forstdirektor a.D. Lobe betritt den Saal und wird angehört. Er legt eine Aussagegenehmigung seines früheren Dienstherrn vor, die zur Akte genommen wird. Herr Lobe berichtet aus der Zeit, zu der ihm der Kl. zur Ausbildung als Anwärter zugewiesen war ...

Während einer Zwischenberatung sagt RRef Seibel zu seinem Ausbilder, RVG Egers (Einzelrichter), dass die Angaben von Herrn Lobe „alles änderten“. Es sei nun nicht mehr unklar, ob der Kl. für den Forstdienst ungeeignet sei. Das stehe nach den von Herrn Lobe geschilderten Ereignissen zweifelsfrei fest. Dem Kl. könne kein Wort geglaubt werden. Die Verfügung des Bekl., die den Kl. aus dem Beamtenverhältnis auf Probe entlasse, müsse „gehalten“ werden.

RRef Seibel will die Sitzung fortsetzen, die Anträge aufnehmen und die Verhandlung schließen. Dann soll RVG Egers das Urteil fällen. Wie verhält er sich?

Zwischenberatung

I. Die Tätigkeit von **RRef Seibel** verstößt nicht gegen den Grundsatz des **gesetzlichen Richters**, Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG. Einem Berufsrichter zur Ausbildung zugewiesene Rechtsreferendare dürfen nach § 10 S. 1 GVG i.V.m. § 173 S. 1 VwGO unter Aufsicht die mündliche Verhandlung leiten und Beweise erheben, weil die Letztverantwortung beim Berufsrichter bleibt.

II. Die **mündliche Verhandlung** kann erst **geschlossen** werden (§ 104 Abs. 3 S. 1 VwGO), wenn kein Erörterungsbedarf mehr besteht (§ 104 Abs. 1 und 2 VwGO) und alle prozessrechtlich erforderlichen Handlungen vorgenommen worden sind. RRef Seibel will das Urteil ausschlaggebend auf die Angaben von Herrn Lobe in der Verhandlung stützen. Dieses Vorgehen ist mit dem **Überzeugungsgrundsatz** des **§ 108 Abs. 1 S. 1 VwGO** nicht vereinbar, sondern **verfahrensfehlerhaft**. Denn wenn entscheidungserhebliche **Tatsachen streitig** geblieben sind, muss das Gericht sie unter Nutzung aller verfügbaren **Beweismittel** aufklären, um sich eine Überzeugung bilden zu können.

1. Aus dem insofern allein maßgeblichen Protokoll (Grundsatz der **Beweiskraft des Protokolls** nach § 105 VwGO i.V.m. § 165 S. 1 ZPO) ist Herr Lobe nicht **förmlich als Zeuge** vernommen worden (§ 98 VwGO).

„[25] ... Zwar hat der Bekl. dem früheren Vorgesetzten eine Aussagegenehmigung erteilt, über die ihm dienstlich bekannt gewordenen Tatsachen und Umstände als Zeuge auszusagen. Die Vorlage der **Aussagegenehmigung** ist auch im Protokoll

Leitsätze

1. Ein Beteiligter oder Dritter kann in der mündlichen Verhandlung informatorisch angehört werden.

2. Soll das Urteil bei streitigem Tatsachenvortrag tragend auf die Angaben eines Dritten gestützt werden, muss er förmlich als Zeuge vernommen werden.

3. Unterbleibt eine gebotene Zeugenvernehmung und rügt der anwaltlich vertretene Beteiligte das nicht in der mündlichen Verhandlung, tritt noch kein Rügeverlust ein.

Meissner/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider, VwGO (Feb. 2022), § 173 Rn. 103

§ 108 VwGO

(1) Das Gericht entscheidet nach seiner freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind.

Kopp/Schenke, VwGO (2021), § 105 Rn. 2

Zeugenvernehmung nach § 98 VwGO

- Förmlicher Beweisbeschluss oder formlose Beweisanordnung, § 358 ZPO
- Zeugen verlassen den Saal, werden einzeln aufgerufen (§ 394 Abs. 1 ZPO)
- Personalienaufnahme, § 395 Abs. 2 ZPO
- Wahrheitsermahnung, Belehrung über Zeugnisverweigerung (§§ 383 ff. ZPO) und evtl. Beeidigung (§ 395 Abs. 1 ZPO)
- Befragung durch Gericht und Beteiligte
- Protokollierung der Zeugenaussagen, § 105 VwGO, §§ 160 Abs. 3 Nr. 4, 162 ZPO
- Entscheidung über Beeidigung (selten), §§ 391 ff. ZPO
- Schluss der Beweisaufnahme
- Fortsetzung der mdl. Verhandlung, § 370 Abs. 1 ZPO
- Verhandlung zum Ergebnis der Beweisaufnahme, § 279 Abs. 3 ZPO

der mündlichen Verhandlung ... erwähnt. Es fehlt jedoch an den weiteren **Förmlichkeiten einer Zeugenvernehmung**. Das Berufungsgericht hat weder einen **Beweisbeschluss** noch eine formlose Beweisanordnung vor Anhörung des früheren Vorgesetzten erlassen, ihn nicht zur Person befragt und belehrt, nicht zur **wahrheitsgemäßen Aussage** ermahnt und auf die Möglichkeit der **Beeidigung** (§ 98 VwGO i.V.m. § 395 Abs. 1 und 2 ZPO) hingewiesen. Seine Erklärungen wurden auch nicht **protokolliert** (vgl. § 160 Abs. 3 Nr. 4, § 162 ZPO). Schließlich enthält das Sitzungsprotokoll keinen Hinweis darauf, dass den **Beteiligten** Gelegenheit gegeben wurde, zu einer durchgeführten Beweisaufnahme **Stellung** zu nehmen.“

2. Herr Lobe ist lediglich „**informativ angehört**“ worden.

„[24] Eine informatorische Anhörung (§ 103 Abs. 3, § 104 Abs. 1 VwGO) ist weder formell noch inhaltlich der **Zeugenvernehmung** (§ 96 Abs. 1 S. 2, § 98 VwGO i.V.m. § 373 ff. ZPO) gleich zu achten. Die als Zeuge zu hörende Person ist einzeln und in Abwesenheit etwaiger später anzuhörenden Zeugen zu vernehmen (§ 394 Abs. 1 ZPO), als Zeuge zu belehren (§ 395 Abs. 1 ZPO) und zur Person zu befragen (§ 395 Abs. 2 ZPO). Die Zeugenaussage ist in einer den Anforderungen nach § 160 Abs. 3 Nr. 4, § 162 ZPO entsprechenden Weise zu protokollieren. Eine **informativische Anhörung** von Personen, die nicht den strengen Regeln der anzuwendenden Bestimmungen der ZPO über den Zeugenbeweis genügt, kann nicht an die Stelle einer Zeugenvernehmung treten, wenn die **entscheidungserheblichen Tatsachen** und Umstände zwischen den Beteiligten **streitig geblieben** sind. Zwar ist es nicht ausgeschlossen, dass das Gericht Erklärungen im Rahmen einer informatorischen Anhörung würdigt. Solche Erklärungen dienen aber nur der Klarstellung und Ergänzung des Beteiligtenvorbringens; sie sind von der Vernehmung eines Zeugen zu unterscheiden und vermögen diese auch nicht zu ersetzen. **Die Anhörung ist kein Beweismittel.**“

3. Die lediglich informatorische Anhörung **beschränkt** die **Verwertbarkeit** der gewonnenen Erkenntnisse. Zwar können sie bei der Überzeugungsbildung nach § 108 Abs. 1 S. 1 VwGO verwertet werden. Die informatorische Anhörung ist aber nur eine Form der Amtsermittlung und keine Beweisaufnahme. Ihre Ergebnisse dürfen nicht wie erhobene (Zeugen-)Beweise gewürdigt werden.

„[26] ... Das Berufungsgericht hat diese Erklärungen ... in der Art der Würdigung einer Zeugenaussage ausgewertet. Im Ergebnis dieser Würdigung ist es zu der Überzeugung gelangt, dass bezogen auf die Tätigkeit des Kl. im Forstamt ... von dem Sachverhalt auszugehen ist, wie er sich nach den Schilderungen des früheren Vorgesetzten darstellt. Damit hat das Berufungsgericht die informatorische Anhörung des früheren Vorgesetzten als **unzulässigen Ersatz für die gebotene Beweiserhebung** verwertet. Angesichts des widerstreitenden Vorbringens der Beteiligten zum dienstlichen Verhalten des Kl. wäre die Beweiserhebung durch Einvernahme des früheren Vorgesetzten als Zeugen geboten gewesen.“

4. Auch wenn der Kl. die fehlende Zeugenvernehmung nicht bemängelt und seinen Klageantrag rügelos stellt und sein RA danach weiter zu Sache verhandelt, tritt **kein Rügeverlust** nach **§ 173 S. 1 VwGO, § 295 Abs. 1 ZPO** ein.

„[27] ... Ob ein Verfahrensverstoß vorliegt, konnte der Kl. erst abschließend beurteilen, nachdem ihm die **Entscheidungsgründe** ... vorlagen. Erst die Entscheidungsgründe gaben Aufschluss darüber, dass das [Gericht] die informatorische Anhörung wie eine Zeugeneinvernahme verwertet hat. Der Kl. war auch nicht gehalten, das Berufungsgericht vorbeugend auf eventuelle Verfahrensverstöße aufmerksam zu machen.“

RVG Egers bittet RRef Seibel, Herrn Lobe zunächst als Zeugen zu vernehmen.

VRVG Dr. Martin Stuttmann