

Az.: 3 A 368/21
3 K 106/20



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

des

- Kläger -
- Antragsteller -

prozessbevollmächtigt:

gegen

die Stadt Leipzig
vertreten durch den Oberbürgermeister
Martin-Luther-Ring 4-6, 04109 Leipzig

- Beklagte -
- Antragsgegnerin -

wegen

Aufenthaltserlaubnis
hier: Antrag auf Zulassung der Berufung

hat der 3. Senat des Sächsischen Obergerverwaltungsgerichts durch den Richter am Obergerverwaltungsgericht Kober und die Richterinnen am Obergerverwaltungsgericht Nagel und Wiesbaum

am 19. Januar 2023

beschlossen:

Auf den Antrag des Klägers wird die Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Leipzig vom 4. Mai 2021 - 3 K 106/20 - zugelassen.

Die Kostenentscheidung bleibt der Endentscheidung vorbehalten.

Gründe

- 1 Der zulässige Antrag des Klägers auf Zulassung der Berufung hat Erfolg. Die Berufung ist gemäß § 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO zuzulassen, weil der von ihm geltend gemachte Verfahrensmangel in Gestalt einer Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes gemäß § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG vorliegt.
- 2 Das Verwaltungsgericht hat die vom Kläger gegen den Bescheid der Beklagten vom 4. Juli 2017 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 23. Dezember 2019, mit dem sein Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis abgelehnt worden war, erhobene Klage aufgrund der von ihm durchgeführten mündlichen Verhandlung vom 22. April 2021 am 4. Mai 2021 abgewiesen. Ausweislich des in der Gerichtsakte befindlichen Protokolls über die mündliche Verhandlung wurde nach Aufruf der Sache der mit den Vertretern der Beklagten erschienene Rechtsreferendar gebeten, den Sitzungssaal zu verlassen, „da aufgrund der vorhandenen Bestuhlung der Mindestabstand nicht eingehalten werden kann“. Nach Eintritt in die Beweisaufnahme hat ausweislich des Protokolls der Vertreter der Beklagten die Nichtwahrung des Öffentlichkeitsgrundsatzes gerügt. Während der vom Gericht durchgeführten Zeugenvernehmung hat der Beklagtenvertreter ausweislich des Protokolls weiter vorgetragen, dass es ihm nicht um den Referendar gehe, sondern er das Öffentlichkeitsprinzip im Allgemeinen nicht gewahrt sehe. Daraufhin heißt es im Protokoll, dass der Einzelrichter darauf hinweise, „dass die im Sitzungssaal vorhandenen Stühle mit zwei Personen, dem Dolmetscher und dem Zeugen, belegt sind und anders der gebotene Abstand nicht einzuhalten ist. Daneben vertritt der Kläger die Auffassung, dass man nicht im Strafprozess sei.“ Nachdem - im Anschluss an die durchgeführte Beweisaufnahme - sowohl Zeuge als auch Dolmetscher den

Sitzungssaal verlassen hatten, heißt es im Protokoll, dass „nunmehr ausreichend Platz“ sei.

- 3 Hiergegen macht der Kläger mit seinem Zulassungsvorbringen vom 12. Juli 2021 geltend, dass die Gerichtsverhandlung aufgrund derer das Urteil gefällt wurde, nicht öffentlich gewesen sei. Es sei nicht jedermann gestattet gewesen, den Gerichtssaal zu betreten und die Verhandlung zu verfolgen. Die Öffentlichkeit sei zu Beginn der Verhandlung explizit ausgeschlossen worden. Selbst der mit den Beklagtenvertretern erschienene Rechtsreferendar habe den Sitzungssaal verlassen müssen. Dies sei damit begründet worden, dass die im Sitzungssaal vorhandene Bestuhlung andernfalls nicht den Mindestabstand gewährleiste, der infolge der Corona-Maßnahmen zu beachten sei. Trotz mehrfacher Rügen eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Öffentlichkeit sowohl seitens des Beklagtenvertreters als auch seitens der Klägervertreterin habe der Vorsitzende Richter die Öffentlichkeit nicht zugelassen. Der Richter sei den erhobenen Einwänden mit der Äußerung begegnet, dass es jedem freistünde, den Sitzungssaal zu verlassen. Da dem Richter die Ausstattung und die örtlichen Gegebenheiten des Sitzungssaals ebenso wie die Anzahl der Beteiligten bekannt gewesen seien, sei eine Verlegung des Termins geboten gewesen.
- 4 Mit diesem Vorbringen ist ein Verfahrensmangel nach § 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO in Gestalt der Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes nach § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG dargetan, bei dem unwiderleglich vermutet wird, dass die Entscheidung auf diesem beruhen kann. Der dargelegte Verfahrensmangel liegt auch tatsächlich vor.
- 5 Als Verfahrensmangel i. S. v. § 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO kommen alle Verstöße gegen Regelungen des Verwaltungsprozessrechts in Betracht (Rudisile, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, 42. EL, Stand: Februar 2022, § 124 Rn. 50 ff.). Ihre zulässige Geltendmachung setzt eine substantiierte Darlegung der Entscheidungserheblichkeit des Verfahrensfehlers voraus, soweit es sich nicht - wie hier nach § 138 Nr. 5 VwGO - um einen absoluten Revisionsgrund i. S. v. § 138 VwGO handelt (SächsOVG, Beschl. v. 23. Februar 2016 - 3 A 286/14 -, juris Rn. 4). Zudem muss der so dargelegte Verfahrensmangel auch tatsächlich vorliegen. Die dafür erforderlichen Tatsachenfeststellungen sind vom Senat selbst zu treffen, wobei er sich des Freibeweisverfahrens bedienen kann (vgl. BVerwG, Beschl. v. 24. Juli 2008 - 9 B 41/07 -, juris Rn. 4; Rudisile, a. a. O. § 124a Rn. 131.).
- 6 Ausgehend von diesen Grundsätzen ist eine Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes nach § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG nicht nur ordnungsgemäß

dargetan, sondern lag auch - ohne dass der Kläger auf dessen Einhaltung verzichtet hätte - vor.

- 7 Gemäß § 55 VwGO i. V. m. § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG ist die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht einschließlich der Verkündung des Urteils öffentlich. „Öffentlich“ im vorgenannten Sinn ist eine Verhandlung dann, wenn sie in Räumen stattfindet, die während der Dauer der Verhandlung grundsätzlich für jedermann zugänglich sind (BVerwG, Beschl. v. 18. Januar 1984 - 9 CB 444/81 -, juris Rn. 2, und, Beschl. v. 17. März 2000 - 8 B 287/99 -, juris Rn. 11). Dies umfasst auch, dass der Sitzungssaal eine solche Größe aufweist, dass Zuhörerplätze in einer Mindestzahl vorhanden sind, denn andernfalls könnte von dem Zutrittsrecht schon nicht tatsächlich Gebrauch gemacht werden (BAG, Beschl. v. 2. März 2022 - 2 AZN 629/21 -, juris Rn. 4; BFH, Beschl. v. 11. September 1997 - IV R 53/96 -, Rn. juris 15; BayObLG, Beschl. v. 30. November 1981 - 1 Ob OWi 331/81 -, NJW 1982, 395; Eichberger/Buchheister, in: Schoch/Schneider, a. a. O., § 138 Rn. 126; Suerbaum, in: Posser/Wolff, BeckOK VwGO, 62. Ed., Stand: 1. Juli 2022, § 138 Rn. 74; Mayer, in: Kissel/Mayer, GVG, 10. Aufl. 2021, § 169 Rn. 25 f.). Zwar ist seit langem allgemein anerkannt, dass ein räumlich beschränktes Platzangebot auch das Recht der Öffentlichkeit auf unbeschränkten Zugang zur Sitzung zu begrenzen vermag (beispielhaft: RGSt 54, 225). Dabei kann auch dahinstehen, wo insoweit die Grenze zu ziehen ist, ob also generell einer bestimmten Anzahl von Personen der Zutritt zu gewähren ist, denn das Zugangsrecht ist jedenfalls nicht mehr gewahrt, wenn die Saalkapazität eine Teilnahme der Öffentlichkeit von vornherein nicht zulässt (zuletzt: BAG a. a. O.).
- 8 Entsprechendes hat der Kläger vorliegend aber dargelegt. Denn nach seinem Vorbringen war der Sitzungssaal so gewählt, dass jedenfalls zu Beginn der Sitzung kein Vertreter der Öffentlichkeit in diesem Platz finden konnte, weil sämtliche vorhandene Plätze durch die Verfahrensbeteiligten sowie Dolmetscher und Zeuge belegt waren. Ein solcher jedenfalls faktisch gegebener Ausschluss der Öffentlichkeit war auch nicht durch die Mindestabstandsvorgaben der Verordnung des Sächsischen Staatsministeriums für Soziales und Gesellschaftlichen Zusammenhalt zum Schutz vor dem Coronavirus SARS-CoV-2 und COVID-19 vom 29. März 2021 in der Fassung vom 16. April 2021 gerechtfertigt. Dies folgt einfachgesetzlich bereits daraus, dass insoweit keiner der in §§ 170 ff. GVG geregelten Tatbestände für eine Beschränkung oder einen Ausschluss der Saalöffentlichkeit greift. Insbesondere greift auch nicht § 172 Nr. 1a GVG, wonach das Gericht einen Ausschluss der Öffentlichkeit anordnen kann, wenn eine Gefährdung des Lebens, des Leibes oder der Freiheit eines Zeugen oder einer

anderen Person zu besorgen ist. Ausgehend von der gesetzgeberischen Intention und dem Gesetzeswortlaut unterfallen der Norm nämlich nur (Gesundheits-)Gefährdungen, die aus den gerade dort zur Sprache gekommenen Umständen resultieren (vgl. BT-Drs. 11/7663, S. 46; Mayer, a. a. O., § 172 Rn. 35). Gemeint sind Gefahren, die Zeugen für den Fall der wahrheitsgemäßen Aussage in der öffentlichen Hauptverhandlung von dritter Seite drohen, etwa im Kontext organisierter Kriminalität. Mögliche Gesundheitsgefahren, die aus dem schlichten Zusammentreffen mehrerer Personen im Rahmen einer öffentlichen Verhandlung entstehen, werden vom Schutzbereich der Norm mithin nicht erfasst, so dass auf deren Grundlage auch keine entsprechenden Zugangsbeschränkungen erlassen werden können (Mayer a. a. O.; Kulhanek, NJW 2020, 1183, 1185).

- 9 Soweit nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkannt ist, dass der Grundsatz der Öffentlichkeit aus zwingenden Gründen des Gemeinwohls auch dort ganz oder teilweise ausgeschlossen werden kann, wo dies nach der Verfassung grundsätzlich geboten ist (BVerfG, Urt. v. 24. Januar 2001 - 1 BvR 2623/95 -, juris Rn. 66, und Beschl. v. 14. März 2012 - 2 BvR 2405/11 -, juris Rn. 33), liegt auch ein solcher Fall nicht vor. Dem Grundsatz der Öffentlichkeit mündlicher Verhandlungen kommt besondere Bedeutung zu, da er sich von dem in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Rechtsstaatsprinzip ableitet. Er hat einen besonders hohen Stellenwert unter den anerkannten Verfahrensgrundsätzen, soll er doch durch den so für die Gerichtsöffentlichkeit sichergestellten Einblick die Einhaltung des formellen und materiellen Rechts gewährleisten und damit letztlich zur Gewährleistung von Verfahrensgerechtigkeit beitragen. Zwar hat das durch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleistete Recht auf körperliche Unversehrtheit, dem vorliegend wohl durch einen Ausschluss der Sitzungsöffentlichkeit Sorge getragen werden sollte, auch Verfassungsrang und steht dem Rechtsstaatsprinzip keinesfalls nach. Allerdings lassen sich die beiden möglicherweise widerstreitenden Schutzgüter unproblematisch durch die Auswahl eines ausreichend großen, nämlich allen Verfahrensbeteiligten und der Gerichtsöffentlichkeit unter Wahrung des durch die Sächsische Corona-Schutzverordnung vorgegebenen Mindestabstands Platz bietenden, Sitzungssaals in Ausgleich bringen, so dass ein vollständiger Ausschluss der Öffentlichkeit angesichts dieses mildereren Mittels offensichtlich nicht erforderlich war.
- 10 Soweit der Beklagtenvertreter zuletzt unter Bezugnahme auf den Beschluss des Oberverwaltungsgerichts Schleswig-Holstein vom 22. Juli 2020 (- 5 LA 223/20 -, juris) geltend gemacht hat, dass Zugangsbeschränkungen in Zusammenhang mit der

Coronapandemie keine Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes darstellten, erkennt er, dass vorgenannter Entscheidung ein gänzlich anderer Sachverhalt zugrunde lag. Im vom Obergerverwaltungsgericht Schleswig-Holstein entschiedenen Fall waren wegen der Coronapandemie allgemein für den Zugang zu Gerichtsgebäuden erlassene Zugangsbeschränkungen streitgegenständlich und gerade nicht ein unzureichendes Platzangebot im Sitzungssaal. Dass das Gerichtsgebäude in vorliegender Sache nur unter Einschränkungen betreten werden konnte, macht der Kläger schon nicht geltend.

- 11 Der Kläger kann sich auf den vom ihm dargelegten Verfahrensmangel auch berufen, da sich aus seinen Darlegungen ergibt, dass er sein Rügerecht nicht gemäß § 173 Satz 1 VwGO i. V. m. § 295 ZPO verloren hat.

- 12 Wird die Verletzung von Verfahrensvorschriften, auf deren Beachtung die Beteiligten in entsprechender Anwendung von § 295 ZPO verzichten können, geltend gemacht, erfordert das Darlegungsgebot auch Ausführungen zur Wahrung der Rügeobliegenheit (SächsOVG, Beschl. v. 21. Januar 2013 - 1 A 605/12 -, juris Rn. 10f.; vgl. BVerwG, Beschl. v. 30. November 2004 - 10 B 64/04 -, juris Rn. 2). Dies hat der Kläger vorliegend beachtet, denn er hat mit seinem Zulassungsantrag geltend gemacht, dass auch seine Prozessbevollmächtigte während der laufenden mündlichen Verhandlung mehrfach einen Verstoß gegen den Grundsatz der Öffentlichkeit gerügt habe. Die Einhaltung des § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, welcher der Senat folgt, auch verzichtbar (BVerwG, Beschl. v. 30. November 2004 - 10 B 64/04 -, juris Rn. 2 und, Beschl. v. 4. November 1977 - 4 C 71/77 -, juris Rn. 4; SächsOVG, a. a. O. Rn. 14; kritisch: Seibert, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 124 Rn. 215).

- 13 Der vom Kläger ordnungsgemäß dargelegte Verfahrensmangel nach § 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO i. V. m. § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG liegt nach Überzeugung des Senats auch vor.

- 14 Das Verwaltungsgericht hat den nach § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG zu wahrenen Grundsatz der Öffentlichkeit der mündlichen Verhandlung verletzt und der Kläger hat diesen Verfahrensverstoß auch rechtzeitig gerügt.

- 15 Auch wenn sich dem vom Verwaltungsgericht gefertigten Protokoll über die durchgeführte mündliche Verhandlung anders als vom Kläger vorgetragen wohl kein expliziter - durch Beschluss erfolgter - Ausschluss der Öffentlichkeit entnehmen lässt,

ergibt sich aus diesem jedoch, dass schon der mit den Beklagtenvertretern erschienene Rechtsreferendar im Sitzungssaal keinen Platz gefunden hat und damit auch kein Vertreter der Öffentlichkeit. Wie der Senat bereits dargelegt hat, stellt es eine Verletzung von § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG dar, wenn der Sitzungssaal so gewählt wird, dass von vornherein absehbar ist, dass in diesem schon nicht ein Vertreter der Öffentlichkeit Platz finden kann und, dass auch die im Entscheidungszeitpunkt des Verwaltungsgerichts geltenden Corona-Schutzmaßnahmen keine Abweichung vom Öffentlichkeitsgrundsatz rechtfertigten. Im Übrigen lässt sich entgegen § 105 VwGO i. V. m. § 160 Abs. 1 Nr. 5 ZPO dem Sitzungsprotokoll vom 22. April 2021 auch gerade nicht entnehmen, dass öffentlich verhandelt wurde.

- 16 Der Senat ist auch i. S. v. § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO davon überzeugt, dass auch der Kläger während der mündlichen Verhandlung den Verstoß gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz gerügt hat und mithin sein Rügerecht nicht nach § 173 Satz 1 VwGO i. V. m. § 295 Abs. 1 ZPO verloren hat. Dem steht insbesondere auch nicht die Beweiskraft des Sitzungsprotokolls entgegen.
- 17 Nach § 295 Abs. 1 ZPO kann die Verletzung einer das Verfahren betreffenden Vorschrift nicht mehr gerügt werden, wenn die Partei auf die Befolgung dieser Vorschrift verzichtet hat oder, wenn sie bei der nächsten mündlichen Verhandlung, die auf Grund des betreffenden Verfahrens stattgefunden hat oder in der darauf Bezug genommen ist, den Mangel nicht gerügt hat, obgleich sie erschienen und ihr der Mangel bekannt war oder bekannt sein musste. Dass auch der Kläger die Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes noch während der mündlichen Verhandlung am 22. April 2021 gerügt hat und deswegen seines entsprechenden Rügerechts nicht verlustig geworden ist, steht nach den durchgeführten Ermittlungen zur Aufklärung des Verhandlungsablaufs zur Überzeugung des Senats fest.
- 18 Der Senat hatte dabei nicht bereits deswegen von einem Verlust des Rügerechts auszugehen, weil im Sitzungsprotokoll nicht auch eine Rüge betreffend die Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes durch die Prozessbevollmächtigte des Klägers verzeichnet ist. Ausdrücklich im Sitzungsprotokoll vermerkt ist nur, dass der Beklagtenvertreter die Rüge der Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes erhoben hat. Zum Kläger ist in diesem Zusammenhang nur vermerkt, dass dieser die Auffassung vertreten habe, dass man nicht im Strafprozess sei. Auch wenn eine Rüge nach § 173 Satz 1 VwGO i. V. m. § 295 ZPO grundsätzlich auch durch schlüssiges Verhalten erhoben werden kann (Prütting, in: MüKo-ZPO, a. a. O. § 295 Rn. 37), lässt

sich der vorstehenden Erklärung nicht mit der nötigen Sicherheit entnehmen, dass auch der Kläger mit dieser die Nichtwahrung der Öffentlichkeit der mündlichen Verhandlung gerügt hat. Hinzu kommt, dass der in der Sitzung anwesende Beklagtenvertreter mit Schriftsatz vom 18. August 2021 erklärt hat, dass es sich dabei um seine Äußerung handele, die seine Kritik jedoch unzutreffend wiedergebe.

- 19 Allerdings gehört die Erhebung einer entsprechenden Verfahrensrüge nach § 105 VwGO i. V. m. § 165 Satz 1 ZPO nicht zu den für die Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten, deren Beachtung nur durch das Protokoll bewiesen werden kann (BerlVerfGH, Beschl. v. 28. Mai 2004 - 104/02 -, juris Rn. 32). Die besondere Beweiskraft des Protokolls bezieht sich nach dem eng auszulegenden § 165 Satz 1 ZPO nur auf die für die Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten, mithin nur auf solche Umstände, die sich auf den äußeren Ablauf der Verhandlung beziehen, nicht jedoch auf deren Inhalt oder den Inhalt von Erklärungen (BVerwG, Beschl. v. 24. Februar 2020 - 9 BN 9/18 -, juris Rn. 41; BGH, Beschl. v. 18. Januar 1984 - IVb ZB 53/83 -, juris Rn. 13; BerlVerfGH a. a. O.; Dolderer, in: Sodan/Ziekow, a. a. O., § 105 Rn. 87; Stadler, in: Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 165 Rn. 2). Als geklärt dürfte anzusehen sein, dass die in § 160 Abs. 1 ZPO genannten Umstände wesentliche Förmlichkeiten in diesem Sinn sind (Wendtland, in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 47. Ed., Stand: 1. Dezember 2022, § 165 Rn. 4 m. w. N.) Unstreitig nicht erfasst ist hingegen der Protokollinhalt nach § 160 Abs. 3 Nr. 4 - 6 und Nr. 10 ZPO (Wendtland, a. a. O. Rn. 5; Stadler a. a. O.). Auch die Vornahme einseitiger Prozesshandlungen dürfte nach wohl herrschender Meinung - jedenfalls - der Rechtsprechung nicht der Beweiskraft unterfallen (BGH a. a. O. und BGH, Beschl. v. 4. Juli 2007 - XII ZB 14/07 -, juris Rn. 6 jeweils zum Rechtsmittelverzicht; BGH, Urt. v. 5. April 1989 - IVb ZR 26/88 -, juris Rn. 22 zum Anerkenntnis; BSG, Urt. v. 31. Januar 1963 - 9 RV 962/61 -, juris Rn. 16 zur Klagerücknahme; Redeker/von Oertzen, VwGO, 17. Aufl. 2021, § 105 Rn. 10; Brüning, in: Posser/Wolff, a. a. O., § 195 Rn. 4; a. A.: Stadler a. a. O.; Wendtland a. a. O.; Fritsche, in: MüKo-ZPO, 6. Aufl. 2020, § 165 Rn. 6, die nur die Frage der Wirksamkeit und wie die Prozesshandlung zu verstehen ist, von der Beweiskraftwirkung ausnehmen wollen). Während dies ein beachtlicher Teil von Rechtsprechung und Literatur auch für Prozessanträge annimmt (BGH, Beschl. v. 30. Januar 1979 - X ZB 22/77 -, juris Rn. 8; OLG Köln, Beschl. v. 22. Juni 1998 - 14 WF 69/98 -, juris Rn. 6 m. w. N.; OLG Düsseldorf, Urt. v. 15. März 1990 - 6 U 215/89 -, NJW 1991, 1492; Schultzy in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 165 Rn. 3; Redeker/von Oertzen a. a. O.), wird dies jedenfalls in Bezug auf Beweisangebote (BVerwG, Beschl. v. 3. August 2007 - 6 B 33/07 -, juris Rn. 26; BFH, Beschl. v. 5. Oktober 2010 - IX S

7/10 -, juris Rn. 3; offenlassend: BVerwG, Beschl. v. 26. April 2022 - 4 BN 28/21 -, juris Rn. 8 und 12f.; ablehnend: BVerwG, Urt. v. 6. Oktober 1982 - 7 C 17/80 -, juris Rn. 14; OVG Hamburg, Beschl. v. 4. Juli 2008 - 3 So 13/08 -, juris Rn. 5) oder auch in Bezug auf sonstige Prozessanträge (BFH, Beschl. v. 4. September 2001 - I B 14/01 -, juris Rn. 4; BSG, Beschl. v. 14. Januar 2020 - B 14 KG 1/20 B -, juris Rn. 6) teilweise auch anders gesehen. Auch in Bezug auf Verfahrensrügen geht der Bundesfinanzhof davon aus, dass diese nach § 160 Abs. 2 i. V. m. § 165 Satz 1 ZPO der Beweiskraftwirkung des Protokolls unterfallen (BFH, Beschl. v. 4. September 2001, a. a. O.; Wendl in: Gosch, Abgabenordnung/Finanzgerichtsordnung, Stand: 171. EL November 2022, § 94 Rn. 17).

- 20 Der Senat geht jedoch davon aus, dass die Rüge der Verletzung des § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG nicht dem Anwendungsbereich des § 165 Satz 1 ZPO unterfällt. Die Norm sichert die Dokumentationspflicht des Gerichts verfahrensrechtlich dergestalt ab, dass anhand des Protokolls später, etwa durch das Rechtsmittelgericht, festgestellt werden können soll, ob die Vorgaben des Prozessrechts für einen ordnungsgemäßen Ablauf der mündlichen Verhandlung eingehalten wurden. Die Frage, ob eine Rüge nach § 295 ZPO erhoben wurde, ist aber keine Förmlichkeit in diesem Sinn, denn die Rüge ist schon nicht Bestandteil des ordnungsgemäßen Verhandlungsablaufs. Sie ist vielmehr eine einseitige durch das Gericht empfangsbedürftige Willenserklärung (Prütting a. a. O.) und damit eine Prozesshandlung, die eher rechtlich gestaltenden Charakter hat als eine einzuhaltende Verfahrensvorschrift oder eine Förmlichkeit i. S. v. § 165 Satz 1 ZPO. Auch lässt sich weder § 295 ZPO noch einer sonstigen Norm entnehmen, dass ihre Protokollierung Wirksamkeitsvoraussetzung wäre. Bereits das spricht dafür, sie ebenso wie sonstige einseitige Prozesshandlungen zu behandeln und sie nicht dem Anwendungsbereich des § 165 Satz 1 ZPO unterfallen zu lassen. Auch sonst ist nicht ersichtlich, warum die in Bezug auf Prozessanträge, insbesondere in Bezug auf Beweisanträge, teilweise anderslautende Rechtsprechung - unabhängig von der Frage, ob dieser überhaupt zu folgen ist - auf die Erhebung einer Verfahrensrüge übertragen werden sollte.
- 21 Den somit nach § 173 VwGO i. V. m. § 415 Abs. 2 ZPO zulässigen Gegenbeweis hat der Kläger zur Überzeugung des Senats führen können.
- 22 Dem Sitzungsprotokoll kommt vorliegend in Bezug auf die Frage der Erhebung der Verfahrensrügen wegen Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes nur die allgemeine Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde zu, für die gemäß § 415 Abs. 2 ZPO der Beweis

der Unrichtigkeit eröffnet ist (BVerwG, Beschl. v. 26. April 2022, a. a. O. Rn. 13 m. w. N.). Vorliegend war die durchgeführte Protokollierung unvollständig, weil sie entgegen § 105 VwGO i. V. m. § 160 Abs. 2 ZPO nicht auch die nach Überzeugung des Senats auch vom Kläger erhobene Verfahrensrüge beinhaltet hat. Der Kläger hat in seinem Berufungszulassungsantrag vom 12. Juli 2021 den Hergang der Sitzung geschildert und dabei explizit ausgeführt, dass seine Prozessbevollmächtigte ebenso wie der Beklagtenvertreter mehrfach den Verstoß gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz gerügt hat. Der von dem in der Sitzung anwesenden Beklagtenvertreter verfasste Erwidierungsschriftsatz vom 18. August 2021 führt aus, dass den Ausführungen der Klägerseite, die nur durch ein Schreibversehen als „Ziff. 1.2“ statt „Ziff. 1.1“ bezeichnet werden, „nicht entgegengetreten“ wird. Angesichts dessen, dass der Kläger in seinem Zulassungsantrag deutlich auf die auch von ihm erhobene Rüge verwiesen hat, wäre zu erwarten gewesen, dass der Beklagtenvertreter dem entgegengetreten wäre, zumal er den Sachverhalt auch noch so genau in Erinnerung hatte, dass die Äußerung, dass man nicht im Strafprozess sei, von ihm und nicht vom Kläger gekommen sei, wenn die tatsächlichen Schilderungen des Klägers unzutreffend gewesen wären. Auf den Umstand, dass sich eine Rüge des Klägers nicht im Sitzungsprotokoll findet, hatte die Parteien vielmehr erst die Berichterstatterin hingewiesen. Auch danach bekräftigte die Prozessbevollmächtigte des Klägers mit Schriftsatz vom 17. Oktober 2022 erneut, dass auch sie die Rüge erhoben habe. Diesen Sachverhalt hat auch die weitere Beklagtenvertreterin auf Nachfrage des Senats mit Schriftsatz vom 4. November 2022 ausdrücklich bestätigt. Auch die weiteren vom Kläger geschilderten Sitzungsumstände lassen sich ohne Mühe mit dem Protokoll und den Schilderungen der Beklagten zum Sitzungshergang in Einklang bringen, was dafürspricht, dass sich auch der Teilaspekt betreffend die von ihm erhobene Rüge tatsächlich ereignet hat und nur nicht protokolliert worden ist. Damit haben letztlich alle in der Sitzung anwesenden Verfahrensbeteiligten den Ablauf der Sitzung und die widerwillige Protokollierung durch das Verwaltungsgericht in wesentlichen Aspekten übereinstimmend geschildert. Dass der Kläger keine Rüge erhoben hat, hat keiner von ihnen geltend gemacht. Daher ist der Senat unter Würdigung aller Umstände davon überzeugt, dass dies auch tatsächlich erfolgt ist. Jedenfalls bei so einer Sachlage muss der Kläger für eine wirksam erhobene Verfahrensrüge nicht dartun, dass er die Protokollierung seiner Verfahrensrüge nach § 105 VwGO i. V. m. § 160 Abs. 4 Satz 1 ZPO ausdrücklich beantragt hat, dies vom Gericht abgelehnt worden ist und der diesbezügliche Beschluss wiederum nicht im Protokoll vermerkt worden ist, sowie, dass er gemäß § 105 VwGO i. V. m. § 164 ZPO die Berichtigung des Protokolls beantragt hat (vgl. BVerwG, a. a. O. Rn. 11 zur fehlenden Erwähnung eines Beweisantrags im Protokoll).

Denn angesichts des von beiden Parteien geschilderten Sitzungsverlaufs ist nicht ersichtlich, dass ein ausdrücklicher Protokollierungsantrag in irgendeiner Weise geeignet gewesen wäre, dem Verfahrensmangel weiter entgegenzutreten, insbesondere nicht nachdem das Gericht dem Protokollierungsbegehren des Beklagten zunächst mit der Aussage begegnet war, dass der Sitzungssaal auch verlassen werden könne. Auch ein Antrag auf Protokollberichtigung war nicht zwingend zu stellen, denn eine nach § 165 Satz 1 ZPO vorgegebene Beweiskraftwirkung war hier gerade nicht zu entkräften (vgl. Czybulka/Ulrich, in: Sodan/Ziekow, a. a. O. § 133 Rn. 57).

- 23 Da der Antrag auf Zulassung der Berufung bereits wegen der vom Kläger erhobenen Verfahrensrüge erfolgreich ist, bedarf es keiner Entscheidung darüber, ob die weiteren von ihm geltend gemachten Zulassungsgründe vorliegen.
- 24 Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 VwGO).

Belehrung zum Berufungsverfahren

Das Antragsverfahren wird als Berufungsverfahren fortgesetzt; der Einlegung einer Berufung bedarf es nicht.

Die Berufung ist innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Beschlusses zu begründen. Die Begründung ist beim Sächsischen Obergericht, Ortenburg 9, 02625 Bautzen, schriftlich einzureichen. Die Begründungsfrist kann auf einen vor ihrem Ablauf beim Sächsischen Obergericht gestellten Antrag verlängert werden. Die Begründung muss einen bestimmten Antrag enthalten sowie die im Einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung (Berufungsgründe). Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Berufung unzulässig.

Die Schriftform ist auch bei Übermittlung als elektronisches Dokument nach Maßgabe des § 55a der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) sowie der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung – ERVV) vom 24. November 2017 (BGBl. I 3803), die durch Artikel 6 des Gesetzes vom 5. Oktober 2021 (BGBl. I S. 4607, 4611) zuletzt geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung gewahrt. Verpflichtet zur Übermittlung als elektronisches Dokument in diesem Sinne sind ab 1. Januar 2022 nach Maßgabe des § 55d VwGO Rechtsanwälte, Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse; ebenso die nach der Verwaltungsgerichtsordnung vertretungsberechtigten Personen, für die ein sicherer Übermittlungsweg nach § 55a Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 VwGO zur Verfügung steht. Ist eine Übermittlung aus technischen Gründen vorübergehend nicht möglich, bleibt die Übermittlung nach den allgemeinen Vorschriften zulässig. Die vorübergehende Unmöglichkeit ist bei der Ersatzeinreichung oder unverzüglich danach glaubhaft zu machen; auf Anforderung ist ein elektronisches Dokument nachzureichen.

Für das Berufungsverfahren besteht Vertretungszwang; dies gilt auch für die Begründung der Berufung. Danach muss sich jeder Beteiligte durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, der die Befähigung zum Richteramt besitzt, als Bevollmächtigten vertreten lassen. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen. Darüber hinaus sind als Bevollmächtigte vertretungsbefugt nur

Steuerberater, Steuerbevollmächtigte, Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer, Personen und Vereinigungen im Sinn des § 3 Nr. 4 des Steuerberatungsgesetzes sowie Gesellschaften im Sinn des § 3 Nr. 2 und 3 des Steuerberatungsgesetzes, die durch Personen im Sinn des § 3 Nr. 1 des Steuerberatungsgesetzes handeln, in Abgabenangelegenheiten,

berufsständische Vereinigungen der Landwirtschaft für ihre Mitglieder,

Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,

Vereinigungen, deren satzungsmäßige Aufgaben die gemeinschaftliche Interessenvertretung, die Beratung und Vertretung der Leistungsempfänger nach dem sozialen Entschädigungsrecht oder der behinderten Menschen wesentlich umfassen und die unter Berücksichtigung von Art und Umfang ihrer Tätigkeit sowie ihres Mitgliederkreises die Gewähr für eine sachkundige Prozessvertretung bieten, für ihre Mitglieder in Angelegenheiten für Kriegsopferversorge und des Schwerbehindertenrechts sowie der damit im Zusammenhang stehenden Angelegenheiten,

juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in den Nummern 3 und 4 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

Ein Beteiligter, der zur Vertretung berechtigt ist, kann sich selbst vertreten.

gez.:
Kober

Nagel

Wiesbaum