



# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

## **BESCHLUSS**

BVerwG 1 A 7.17 und 1 VR 7.17

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 1. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
am 11. September 2017  
durch den Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Dörig und  
die Richterinnen am Bundesverwaltungsgericht Fricke und Dr. Rudolph

beschlossen:



ECLI : DE: BVerwG: 2017: 110917B1A7. 17. 0

Der Antrag des Klägers auf Ablehnung des Vorsitzenden Richters am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. B. wegen Besorgnis der Befangenheit wird abgelehnt.

G r ü n d e :

- 1 Der vom Kläger mit Schriftsatz vom 1. September 2017 im Verfahren 1 A 7.17 gestellte Antrag auf Ablehnung des Vorsitzenden Richters am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. B. wegen Besorgnis der Befangenheit, der am 4. September 2017 auch auf das Verfahren 1 VR 7.17 erstreckt wurde, hat keinen Erfolg.
- 2 1. Über das Ablehnungsgesuch entscheidet der Senat gemäß § 10 Abs. 3 Halbs. 2 VwGO in seiner durch den Geschäftsverteilungsplan des Gerichts vorgesehenen Zusammensetzung ohne Mitwirkung des abgelehnten Richters. Nach § 54 Abs. 1 VwGO i.V.m. § 45 Abs. 1 ZPO entscheidet über das Ablehnungsgesuch das Gericht, dem der Abgelehnte angehört, ohne dessen Mitwirkung. Hiernach ist die zur Entscheidung berufene "Spruchgruppe", der der abgelehnte Richter angehört, zunächst durch andere Mitglieder des Spruchkörpers nach Maßgabe der senatsinternen Regelung zu ergänzen. Hieraus ergibt sich die aus dem Rubrum dieses Beschlusses ersichtliche Zusammensetzung des Spruchkörpers.
- 3 2. Der Kläger hat keine Gründe glaubhaft gemacht, die geeignet sind, eine Besorgnis der Befangenheit zu begründen.
- 4 Wegen Besorgnis der Befangenheit findet die Ablehnung statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen (§ 54 Abs. 1 VwGO i.V.m. § 42 Abs. 2 ZPO). Danach ist es nicht notwendig, dass der Richter tatsächlich befangen ist. Andererseits reicht die rein subjektive Vorstellung eines Beteiligten, der Richter werde seine Entscheidung an persönlichen Motiven orientieren, nicht aus, wenn bei objektiver Würdigung der Tatsachen vernünftigerweise kein Grund für die Befürchtung

ersichtlich ist. Die Besorgnis der Befangenheit ist nur dann gerechtfertigt, wenn aus der Sicht des Beteiligten hinreichende objektive Gründe vorliegen, die bei vernünftiger Würdigung aller Umstände Anlass geben, an der Unvoreingenommenheit des Richters zu zweifeln (BVerwG, Beschluss vom 30. September 2015 - 2 AV 2.15 - NVwZ 2016, 253 Rn. 7 m.w.N.). Dass ein Richter bei der Würdigung des maßgeblichen Sachverhalts oder dessen rechtlicher Beurteilung eine andere Rechtsauffassung vertritt als ein Beteiligter, ist regelmäßig nicht geeignet, die Besorgnis der Befangenheit zu begründen. Das gilt selbst für irri-ge Ansichten, solange sie nicht willkürlich oder offensichtlich unhaltbar sind und damit Anhaltspunkte dafür bieten, dass der Abgelehnte Argumenten nicht mehr zugänglich und damit nicht mehr unvoreingenommen ist (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 20. Juli 2007 - 1 BvR 3084/06 - NJW-RR 2008, 72). Entsprechendes gilt für die von einem Richter gewählte Gestaltung des Verfahrens.

- 5 Stellt ein Betroffener einen Ablehnungsantrag, hat er die zur Begründung seines Antrags notwendigen Tatsachen nach § 54 Abs. 1 VwGO i.V.m. § 44 Abs. 2 ZPO glaubhaft zu machen, soweit diese nicht offenkundig sind (§ 291 ZPO). Hierdurch soll das Gericht in die Lage versetzt werden, ohne den Fortgang des Verfahrens verzögernde weitere Ermittlungen über das Ablehnungsgesuch zu entscheiden. Hinsichtlich der zur Glaubhaftmachung zugelassenen Beweismittel genügt nach § 44 Abs. 2 Satz 2 ZPO die Bezugnahme auf das Zeugnis des abgelehnten Richters, der sich nach § 44 Abs. 3 ZPO über den Ablehnungsgrund dienstlich zu äußern hat.
  
- 6 In diesem Sinne hat der Kläger mit seinem Vortrag zum Telefonat des Senatsvorsitzenden (im Folgenden: Richter) mit der Mitarbeiterin des Beklagten ... D. vom 28. Juli 2017 keine Gründe glaubhaft gemacht, die bei objektiver Betrachtung eine Ablehnung des Richters wegen Besorgnis der Befangenheit rechtfertigen. Der Kläger stützt sein Befangenheitsgesuch auf das genannte Telefonat, in dem der Richter Frau D. mitteilte, dass der Kläger Rechtsmittel gegen die Abschiebungsanordnung eingelegt habe. Nach den übereinstimmenden Angaben von Frau D. in ihrem Vermerk vom gleichen Tage und der dienstlichen Äußerung des Richters hatten die Gesprächspartner festgestellt, dass kein Antrag auf Eilrechtsschutz gestellt worden war. Daraufhin fragte Frau D. den Richter,

ob es in diesem Fall noch Möglichkeiten gebe, die aufschiebende Wirkung herzustellen. Darauf soll der Richter nach dem Vermerk von Frau D. erklärt haben, "dass es die vielleicht geben könnte, dass dies aber der Anwalt mit Sicherheit nicht wüsste, dass damit eher nicht zu rechnen ist".

- 7 Der Kläger hält die von Frau D. in ihrem Vermerk gewählten Formulierungen für "höhnisch und ironisch", insgesamt einer deutschen Beamtin unwürdig. Der abgelehnte Richter habe sich mit der Beamtin "verbrüder" und seine prozessuale Beurteilung nur der Beamtin mitgeteilt, nicht aber dem Klägervertreter und auch nicht in einem Vermerk zur Akte gebracht. Er sei zudem davon ausgegangen, "dass dies aber der Anwalt mit Sicherheit nicht wüsste". Indem er seine "prozessualen Geheimnisse" mit der Beamtin geteilt, aber dem Klägervertreter nicht mitgeteilt habe, habe der Richter gegen das Prinzip der Waffengleichheit und Parteiöffentlichkeit verstoßen und sich darüber hinaus abfällig über den Klägervertreter geäußert. Er leitet daraus die Besorgnis der Befangenheit des Richters ab.
- 8 Der abgelehnte Richter hat in seiner dienstlichen Äußerung vom 5. September 2017 die Tatsache des geführten Gesprächs bestätigt und es als wahrscheinlich angesehen, eine der im E-Mail-Vermerk festgehaltenen Äußerung "entsprechende oder doch nahekommende Äußerung" getätigt zu haben. Er räumt auch ein, keinen Vermerk über das Gespräch zur Akte gebracht zu haben. Er erläutert die Umstände des Gesprächs aber wie folgt:

"Ich habe das im E-Mail-Vermerk von Frau D. vom 28.7.2017 festgehaltene Telefonat geführt. Dessen Hintergrund war, dass ich die am diesem Tage nach Dienstschluss eingegangene Klage (1 A 7.17) des Herrn Y. zunächst nicht genau gelesen hatte, ich davon ausgegangen war, dass es sich (auch) um einen Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gehandelt habe und dass ich zur Vermeidung von Rechtsnachteilen für den Kläger mit Blick auf § 58a Abs. 4 AufenthG sofort versucht habe, per Telefax der anordnenden Behörde den Eingang eines Antrages auf vorläufigen Rechtsschutz anzuzeigen. Wegen Faxübermittlungsproblemen habe ich dann bei der anordnenden Behörde angerufen. Bei diesem Telefonat habe ich dann bei dem Verlesen des Schriftsatzes den Fehler bemerkt. Es kam dann zu der im E-Mail-Vermerk genann-

ten Frage. Diese habe ich im sachlichen Gehalt wegen der mir bereits zu diesem Zeitpunkt erkennbaren Zweifel an der Richtigkeit der für den Lauf der Wochenfrist für den Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz maßgeblichen Rechtsmittelbelehrung ausweichend beantwortet. Konkreter konnte und wollte ich nicht werden. Dies wäre der Sache nach auf eine unzulässige Rechtsberatung der anordnenden Behörde hinausgelaufen; eine solche hätte ich auch dem vertretenden Rechtsanwalt nicht angedeihen lassen dürfen.

An den genauen Wortlaut meiner Äußerungen kann ich mich nicht erinnern. Ich halte es aber für wahrscheinlich, dass ich eine der im E-Mail-Vermerk festgehaltenen Äußerung entsprechende oder doch nahekommende Äußerung getätigt habe. Allerdings halte ich es dann gleichermaßen für wahrscheinlich, dass ich eine entsprechende Äußerung dann auch auf die Behörde bezogen habe (was in dem E-Mail-Vermerk nicht festgehalten ist). Eine wie auch immer objektiv 'abfällige' Konnotation der gewählten Formulierung kann ich daher für mich ausschließen. Der Mangel der Rechtsmittelbelehrung des angefochtenen Bescheides, der zu dem Beschluss des Senats vom 2.8.2017 im Verfahren 1 VR 7.17 geführt hat, ist im Übrigen von keinem der Beteiligten aufgegriffen und von dem Senat von Amts wegen berücksichtigt worden; die in der inkriminierten Äußerung enthaltene Prognose hat sich mithin im Ergebnis als empirisch zutreffend erwiesen.

Ich habe dem Telefonat, das der Effektivität des Eilrechtsschutzes dienen und sicherstellen sollte, dass der (zu diesem Zeitpunkt: vermeintliche) Antragsgegner von dem Antrag Kenntnis erlangt, nach Aufklärung meines Irrtums dann keine weitere mehr Bedeutung beigemessen und allein aus diesem Grunde über das Telefonat keinen Aktenvermerk gefertigt."

- 9 Daraus ergibt sich, dass das Gespräch mit der Mitarbeiterin des Beklagten nicht geführt wurde, um dieser Informationen zukommen zu lassen, über die der Kläger nicht verfügt. Es ging im Gegenteil darum, den Rechtsschutz des Klägers zu sichern. Die Frage, ob es trotz Verstreichens der Sieben-Tages-Frist des § 58a Abs. 4 Satz 2 AufenthG noch die Möglichkeit des vorläufigen Rechtsschutzes gebe, hat der Richter jedenfalls sinngemäß dahin beantwortet, "dass es die vielleicht geben könnte, dass dies aber der Anwalt mit Sicherheit nicht wüsste, dass damit eher nicht zu rechnen ist". Darin lag keine abfällige Bemerkung über den Klägervertreter.

- 10 Der Senat hat mit Beschluss vom 2. August 2017 festgestellt, dass der Antrag vom 1. August 2017 auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Abschiebungsanordnung des Beklagten vom 27. Juni 2017 fristgerecht eingegangen ist und daher gemäß § 58a Abs. 4 Satz 3 AufenthG bis zur Entscheidung des Gerichts über den Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz eine Abschiebung des Klägers nicht vollzogen werden darf. Begründet wurde dies damit, dass der Antrag fristgerecht ist, obwohl er nicht innerhalb der Sieben-Tages-Frist des § 58a Abs. 4 Satz 2 AufenthG eingegangen war. Die Fristwahrung wird darauf gestützt, dass die Rechtsbehelfsbelehrung unzureichend war und damit die Frist nicht begonnen hat zu laufen. Damit hat der Senat Anforderungen an die Rechtsbehelfsbelehrung gestellt, die in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung so bisher nicht bestanden. Er hat für Verfügungen nach § 58a AufenthG verlangt, dass die Rechtsbehelfsbelehrung auf das Erfordernis hinweist, sich bei einer Klage vor dem Bundesverwaltungsgericht von einem Prozessbevollmächtigten gemäß § 67 Abs. 4 VwGO vertreten zu lassen. Der Senat hat dies aus den Besonderheiten des Verfahrens nach § 58a AufenthG abgeleitet, zugleich darauf hingewiesen, dass für andere Verfahren nach herrschender Meinung andere Regeln gelten und insoweit auf eine zusammenfassende Kommentarstelle verwiesen. Wegen des Neuigkeitswerts dieser Rechtsauslegung hat der Senat seinen Beschluss mit einem Leitsatz versehen, was für Beschlüsse über einen Wiedereinsetzungsantrag eher ungewöhnlich ist. Von daher entsprach die geäußerte Auffassung des Richters, der Klägervertreter werde eine solche neue Rechtsauslegung "mit Sicherheit" nicht erkennen oder vorausahnen, damit sei "eher nicht zu rechnen", dem Stand der Rechtsentwicklung zum Zeitpunkt des geführten Gesprächs. Eine abfällige Bemerkung über den Klägervertreter ist darin - auch unter Berücksichtigung der Stellungnahme des Klägervertreters vom 8. September 2017 - nicht zu sehen.
- 11 Im Übrigen ergibt sich aus dem Verhalten des Richters auch keine Verletzung des Grundsatzes der Waffengleichheit. Vielmehr hat der Senat unter Mitwirkung des abgelehnten Richters im Beschluss vom 2. August 2017 eine Rechtsauslegung getroffen, die dem gesteigerten Rechtsschutzbedürfnis von Betroffenen im

Verfahren nach § 58a AufenthG Rechnung trägt und damit Waffengleichheit gesichert.

- 12 Eine Besorgnis der Befangenheit ergibt sich auch nicht aus der Tatsache, dass der Richter keinen Vermerk über das Telefonat zur Akte gebracht hat. Er hat nach seiner dienstlichen Äußerung dem Telefonat, das der Effektivität des Eilrechtsschutzes dienen und sicherstellen sollte, dass der Beklagte von dem Antrag Kenntnis erlangt, keine weitere Bedeutung beigemessen und allein aus diesem Grund keinen Aktenvermerk hierüber gefertigt. Eine Voreingenommenheit gegenüber dem Kläger ergibt sich daraus nicht, zumal in dem Beschluss des Senats, in dem die aufschiebende Wirkung der Klage festgestellt worden ist, den Beteiligten das Ergebnis der Erwägungen des Gerichts mitgeteilt worden ist.
  
- 13 Für die Aktenführung der angesprochenen Mitarbeiterin des Beklagten trägt der abgelehnte Richter keine Verantwortung.

Prof. Dr. Dörig

Fricke

Dr. Rudolph