

Das Ablehnungsgesuch, das erst nach Stellung des Klagantrags in der mündlichen Verhandlung gestellt wird, ist nicht unzulässig, wenn es sich auf die Protokollierung bezieht, die erst mit Zustellung der Protokollabschrift bekannt geworden ist.

Eine wissentliche Protokollierung von nicht existenten Tatsachen der mündlichen Verhandlung durch den Einzelrichter begründet die Besorgnis der Befangenheit des Richters.

Das Vorfertigen einer Erklärung eines Zeugen durch den abgelehnten Richter im laufenden Ablehnungsverfahren begründet für sich allein die Besorgnis der Befangenheit.

(Amtliche Leitsätze)

14 A 810/17

## Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht

Beschluss vom 29.11.2018

### T e n o r

Das Ablehnungsgesuch des Klägers vom 03.09.2018 gegen den Richter am Verwaltungsgericht A. wird für begründet erklärt.

### G r ü n d e

- I.
- 1 Der Kläger in diesem Asylverfahren begehrt die Ablehnung des zuständigen Einzelrichters, Richter am Verwaltungsgericht A., wegen Besorgnis der Befangenheit.
- 2 Der Kläger erhob am 02.10.2017 durch seine Prozessbevollmächtigte Klage gegen die seinen Asylantrag ablehnende Entscheidung der Beklagten und stellte einen Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe.
- 3 Am 03.09.2018 wurde die mündliche Verhandlung durchgeführt, in deren Rahmen der Kläger informatorisch angehört wurde. Nach Stellung des Klagantrags hat der Kläger durch seine Prozessbevollmächtigte den vorliegenden Antrag auf Ausschließung des Einzelrichters wegen Besorgnis der Befangenheit gestellt.
- 4 Dazu trägt der Kläger vor, der Richter habe über den Prozesskostenhilfeantrag entschieden, bevor er sich ein persönliches Bild von seinem Verfolgungsschicksal gemacht habe. Zudem sei der Richter nicht seinem Antrag aus der mündlichen Verhandlung nachgekommen, ein Protokoll zu führen. Schließlich liege ein Verfahrensfehler darin, dass der Richter im Rahmen der mündlichen Verhandlung lediglich die Niederschrift der Anhörung durch die Beklagte vorlese und ihn frage, ob er es so, wie es in der Niederschrift stehe, gesagt

habe. Der Richter habe selbst keine Fragen zu dem Verfolgungsschicksal gestellt. Zudem sei das rechtliche Gehör verletzt, da keine Fälle bekannt seien, in denen der Richter am Verwaltungsgericht A. positiv entscheide.

5 In seiner dienstlichen Äußerung vom 05.09.2018 hat der Richter am Verwaltungsgericht A. vorgetragen, das Ablehnungsgesuch sei bereits unzulässig, da es nach Stellung des Klagantrags gestellt worden sei. Darüber hinaus sei keine Besorgnis der Befangenheit zu erkennen. Üblicherweise werde über Gesuche auf Prozesskostenhilfe vor der mündlichen Verhandlung entschieden. Ein Protokoll sei geführt worden und es ergebe sich aus dem Protokoll, dass auch Fragen von Seiten des Gerichts gestellt worden seien.

6 Nach Erhalt der Abschrift des Protokolls der mündlichen Verhandlung vom 03.09.2018 und der dienstlichen Äußerung des Richters am Verwaltungsgericht A. hat der Kläger durch seine Prozessbevollmächtigte erneut Stellung genommen. Er trägt vor, der Richter am Verwaltungsgericht A. protokolliere nicht. Dies könne auch durch ein nachgeschobenes Protokoll nicht geheilt werden. Zudem entspreche das Protokoll nicht der Wahrheit. Der Richter habe zu Beginn der Verhandlung erklärt, dass er einige Fragen stellen werde, die er lediglich mit „Ja“ oder „Nein“ zu beantworten habe. Es seien nur die Fragen aus der Anhörung des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge (BAMF) vorgelesen worden.

7 Zu dieser Stellungnahme hat sich der Richter am Verwaltungsgericht A. am 01.10.2018 erneut geäußert. Er trägt vor, dass er stets das Anhörungsprotokoll des BAMF vorlese und frage, ob das Vorgelesene verstanden worden sei, ob es so richtig sei oder ob es Korrekturen gäbe. Daran schließe sich die Frage nach Ergänzungen an. Die Antworten dazu würden einschließlich eventueller Nachfragen protokolliert. Soweit die Prozessbevollmächtigte des Klägers wahrheitswidrig behauptete, das Protokoll vom 03.09.2018 entspreche nicht der Wahrheit, sei diesem Vorwurf nach Abschluss des Verfahrens strafrechtlich nachzugehen.

8 Der Kläger trägt weiter vor, dass das Protokoll angezweifelt werde hinsichtlich der Vermerke „v. u. g.“ und der Formulierung „Auf gerichtliche Nachfrage“. Es seien keine Fragen des Gerichts erfolgt. Vielmehr habe er selbst am Ende der Verhandlung „das letzte Wort“ erhalten und habe am Stück vorgetragen. Seine Antworten seien auch nicht vorgelesen und genehmigt worden.

9 Mit Schriftsatz vom 24.10.2018 hat der Dolmetscher des Verhandlungstermins vom 03.09.2018, Herr F., gegenüber dem Gericht erklärt, dass er sich auf Nachfrage des Richters am Verwaltungsgericht A. äußern wolle. Er erinnere sich noch sehr genau an die am 03.09.2018 verhandelten Asylverfahren. Der Richter habe, wie in jeder seiner Verhandlungen, nach Verlesung des Anhörungsprotokolls drei Fragen gestellt: „Haben Sie alles verstanden?“; „War das auch alles so richtig, wie es im Protokoll steht, oder ist etwas zu korrigieren?“; „Gibt es über das Vorgelesene hinaus etwas zu ergänzen?“. Er wisse genau, dass durch Herrn A. verschiedene Nachfragen erfolgt seien, dass der Richter nach jeder Antwort des Klägers etwas handschriftlich notiert habe, anschließend etwas vorgelesen habe und er das Vorgelesene für den Kläger zurückübersetzt habe. Herr A. habe danach den Kläger immer gefragt, ob das vom ihm – dem Richter A. – Vorgelesene so richtig sei, was der

Kläger jeweils bejaht habe. Das gleiche Verfahren habe der Richter bei Nachfragen der Rechtsanwältin an den Kläger praktiziert.

10 Nachforschungen des Gerichts haben ergeben, dass die Erklärung des Dolmetschers vom 24.10.2018 durch den Richter am Verwaltungsgericht A. erstellt und dem Dolmetscher zur Unterschrift vorgelegt wurde.

11 Das Gericht hat zudem mehrere Terminsakten des Richters am Verwaltungsgericht A. aus dem Zeitraum vom 03.07.2018 bis zum 26.09.2018 eingesehen und die handschriftlichen Protokolle auf Abweichungen zu dem Protokoll dieses Verfahrens überprüft. Für das Ergebnis wird auf den Vermerk des Berichterstatters vom 05.11.2018 (Bl. 144 d. A.) verwiesen.

12 Herr Richter am Verwaltungsgericht A. hat am 12.11.2018 (Bl. 159 d. A.) eine weitere dienstliche Stellungnahme abgegeben. Er trägt darin vor, dass das Protokoll vom 03.09.2018 dem tatsächlichen Geschehen der mündlichen Verhandlung entspreche. Der Vortrag der Prozessbevollmächtigten des Klägers sei falsch.

13 Die Kammer hat am 26.11.2018 aufgrund ihres Beweisbeschlusses vom 06.11.2018 (Bl. 157 d. A.) eine Beweisaufnahme durch Vernehmung der beiden in der Verhandlung am 03.09.2018 anwesenden Zeugen I. (Praktikantin der Prozessbevollmächtigten des Klägers) und F. (Dolmetscher) durchgeführt. Für das Beweisergebnis wird auf das Protokoll der Beweisaufnahme vom 26.11.2018 verwiesen.

14 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Gerichtsakte verwiesen.

II.

15 Das Ablehnungsgesuch vom 03.09.2018 gegen den Richter am Verwaltungsgericht A. ist zulässig und begründet.

16 Das Ablehnungsgesuch ist zulässig. Die Stellung des Gesuchs nach Stellung des Klagantrags im Rahmen der mündlichen Verhandlung bewirkt nicht die Unzulässigkeit des Ablehnungsgesuchs. Die Stellung eines Ablehnungsgesuchs ist nach § 54 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) i. V. m. § 42 Zivilprozessordnung (ZPO) zulässig, solange die betroffene Instanz noch nicht vollständig abgeschlossen ist (BGH, Beschluss vom 30.08.2016 – I ZB 10/15 –, juris Rn. 3; BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 28.04.2011 – 1 BvR 2411/10 –, juris Rn. 23; G. Vollkommer in: Zöller, Zivilprozessordnung, 32. Aufl. 2018, § 42 ZPO, Rn. 4). Es kann hier unentschieden bleiben, ob ein Verlust des Ablehnungsrechts des Klägers durch die vorherige Antragstellung und Einlassung auf die mündliche Verhandlung nach § 43 ZPO die Zulässigkeit des Ablehnungsgesuchs oder dessen Begründetheit betrifft (als Frage der Begründetheit: G. Vollkommer in: Zöller, Zivilprozessordnung, 32. Aufl. 2018, § 43 ZPO, Rn. 1). Denn jedenfalls ist ein solcher Verlust des Ablehnungsrechts hier nicht hinsichtlich der Rüge der fehlerhaften Protokollierung eingetreten. Nach § 43 ZPO kann eine Partei einen Richter wegen Besorgnis der Befangenheit nicht mehr ablehnen, wenn sie sich bei

ihm, ohne den ihr bekannten Ablehnungsgrund geltend zu machen, in eine Verhandlung eingelassen oder Anträge gestellt hat. Das Protokoll der mündlichen Verhandlung und ein damit verbundener Ablehnungsgrund sind dem Kläger und seiner Prozessbevollmächtigten erst nach der mündlichen Verhandlung bekannt geworden. Dass das Ablehnungsgesuch ursprünglich aus anderen Gründen gestellt wurde und die Rüge der Falschprotokollierung erst nach Erhalt der Protokollabschrift im bereits laufenden Ablehnungsverfahren erhoben wurde, berührt nicht die Zulässigkeit des Ablehnungsgesuchs. Da die Stellung eines Ablehnungsgesuchs bis zum Abschluss der Instanz möglich ist, kommt auch ein ergänzendes Vorbringen eines neuen Ablehnungsgrundes im laufenden Ablehnungsverfahren in Betracht. Denn auch die Stellung eines neuen Ablehnungsgesuchs mit dem neuen Ablehnungsgrund wäre bis zum Abschluss der Instanz möglich.

17 Das Ablehnungsgesuch ist auch begründet.

18 Nach § 54 Abs. 1 VwGO i. V. m. § 42 Abs. 1 und 2 ZPO kommt die Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit in Betracht, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen seine Unparteilichkeit zu rechtfertigen. Die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit setzt nicht voraus, dass der Richter tatsächlich befangen, voreingenommen oder parteiisch ist. Es genügt, wenn vom Standpunkt der Beteiligten aus gesehen hinreichende objektive Gründe vorliegen, die bei vernünftiger Würdigung aller Umstände Anlass geben, an seiner Unparteilichkeit zu zweifeln. Die rein subjektive Besorgnis, für die bei Würdigung der Tatsachen vernünftigerweise kein Grund ersichtlich ist, reicht dagegen zur Ablehnung nicht aus (vgl. BVerwG, Beschluss vom 19.04.2018 – 1 C 1/17 –, juris Rn. 3 m. w. N.).

19 Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe ist die Besorgnis der Befangenheit des abgelehnten Richters begründet. Bei Gesamtwürdigung der unter Gründe I. dargestellten Umstände können bei einer ruhig und bedacht denkenden Partei vernünftige Zweifel an der Neutralität, Distanz und Selbstkontrolle des abgelehnten Richters bestehen.

20 Die Besorgnis der Befangenheit liegt hier darin begründet, dass in das Protokoll zur mündlichen Verhandlung vom 03.09.2018 Vorgänge aufgenommen wurden, die tatsächlich nicht stattgefunden haben.

21 Grundsätzlich kann ein Ablehnungsgesuch nicht erfolgreich auf die Verfahrensweise oder Rechtsauffassung eines Richters gestützt werden. Es ist nicht Sinn und Zweck des Ablehnungsrechts, Handlungen des Gerichts in einem besonderen Instanzenzug zu überprüfen, um so die Unzufriedenheit der Parteien abzarbeiten. Vielmehr geht es bei der Prüfung einer möglichen Befangenheit ausschließlich um eine mögliche Parteilichkeit des Richters und nicht um die inhaltliche Richtigkeit seiner Handlungen und Entscheidungen, deren Überprüfung allein den Rechtsmittelgerichten vorbehalten ist. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist indes dann geboten, wenn die Gestaltung des Verfahrens oder die Entscheidungen des Richters sich so weit von den anerkannten rechtlichen – insbesondere verfassungsrechtlichen – Grundsätzen entfernen, dass sie aus Sicht der Partei nicht mehr verständlich und offensichtlich unhaltbar erscheinen und dadurch den Eindruck

einer willkürlichen oder doch jedenfalls sachfremden Einstellung des Richters erwecken. Dies ist anhand von objektiven Kriterien festzustellen (VGH München, Beschluss vom 04.02.2015 – 22 CS 15.33 –, juris Rn. 10; KG Berlin, Beschluss vom 08.06.2006 – 15 W 31/06 –, juris Rn. 7).

22 Derartig grobe Verfahrensverstöße sind im vorliegenden Fall gegeben. Eine wissentliche Protokollierung von nicht existenten Vorgängen im Rahmen der mündlichen Verhandlung erfüllt strafrechtlich den Tatbestand einer Falschbeurkundung im Amt nach § 348 Strafgesetzbuch (StGB) und stellt damit eine grobe Verletzung von Richteramtspflichten dar. Dies wiederum drängt bei der dadurch betroffenen Partei den Eindruck einer sachwidrigen auf Voreingenommenheit beruhenden Benachteiligung auf.

23 Die Kammer ist nach Durchführung der Beweisaufnahme davon überzeugt, dass die in der Verhandlungsniederschrift vom 03.09.2018 durch den abgelehnten Richter am Verwaltungsgericht A. protokollierten Vorgänge „auf gerichtliche Nachfrage“ und „vorgelesen und genehmigt“ tatsächlich nicht erfolgt sind. Die Aussage der Zeugin I., im Rahmen ihres einmonatigen Praktikums an der Asylverhandlung am 03.09.2018 in A-Stadt teilgenommen zu haben und sich sicher zu sein, dass Nachfragen des Gerichts nicht erfolgt seien, ist glaubhaft. Es ist für das Gericht nachvollziehbar, dass sich die Zeugin noch an den Ablauf der Verhandlung am 03.09.2018 erinnern kann. Die Zeugin hat als Studentin der Rechtswissenschaft im Allgemeinen noch keine unüberschaubare Vielzahl von Gerichtsverhandlungen miterlebt. Sie gab an, im Rahmen ihres Praktikums an vier Asylverhandlungen teilgenommen zu haben. Plausibel erscheint für das Gericht daher auch die auf gerichtliche Nachfrage mehrfach wiederholte Aussage, sie könne sich noch an den Ablauf der Verhandlung am 03.09.2018 erinnern und daran, dass nach Verlesen des Anhörungsprotokolls des BAMF keine Nachfragen von Seiten des Gerichts erfolgt seien. Sie habe das mit den anderen Verhandlungen, die sie miterlebt habe, verglichen.

24 Dass nach Aussage des Zeugen F. in der Verhandlung am 03.09.2018, wie in jeder Verhandlung des Richters A., nach Verlesung der Fragen aus der Anhörungsniederschrift des BAMF drei Fragen an den Kläger gestellt worden seien – ob er alles verstanden habe, ob es Korrekturen gebe, ob es Ergänzungen gebe –, steht nicht im Widerspruch zur Aussage der Zeugin I.. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass der Zeuge F. erklärt hat, sich nicht positiv an den Termin erinnern zu können. Der Verhandlungsstil des abgelehnten Richters sei jedoch immer gleich und es wäre ihm aufgefallen, wenn etwas anders abgelaufen wäre. Zudem hat die Kammer in die Würdigung der Aussage des Zeugen F. einfließen lassen, dass diese Aussage durch die von dem abgelehnten Richter vorformulierte Erklärung beeinflusst war und nicht den vollen Wert einer unbeeinflussten Aussage haben kann.

25 Die Kammer geht nicht davon aus, dass die Falschprotokollierung ohne Wissen des abgelehnten Richters erfolgt ist. Dagegen sprechen erhebliche Indizien. Zum einen erwecken die handschriftlichen Notizen des Richters zum Termin vom 03.09.2018 den Eindruck, dass das Wort „gerichtliche“ vor „Nachfrage“ nachträglich eingefügt wurde. Zum anderen entstand durch die Beeinflussung des Zeugen F. der Anschein, der Richter wolle etwas verdecken.

26 Darüber hinaus ist durch die von Herrn Richter am Verwaltungsgericht A. für den Zeugen F. vorformulierte Erklärung ein neuer Ablehnungsgrund geschaffen worden. Durch dieses Verhalten hat der abgelehnte Richter objektiv auf einen Zeugen eingewirkt und damit einen objektiven Grund dafür geschaffen, an seiner Unvoreingenommenheit gegenüber dem Kläger zu zweifeln. Denn das durch das Vorfertigen der Erklärung gezeigte Verhalten des abgelehnten Richters trägt erheblich manipulative Züge. Dies genügt, um das Vertrauen in die Objektivität des Richters zu erschüttern.

27 Dieser Beschluss ist gemäß § 80 Asylgesetz (AsylG) unanfechtbar.