

# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

## **BESCHLUSS**

BVerwG 10 B 6.04 (vormals 9 B 33.04)  
OVG 9a D 113/00.G

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 10. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
am 5. November 2004  
durch den Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichts H i e n und die Richter  
am Bundesverwaltungsgericht Dr. N o l t e und D o m g ö r g e n

beschlossen:

Auf die Beschwerde des Klägers gegen die Nichtzulassung der Revision im Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 18. Februar 2004 wird dieses Urteil aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Oberverwaltungsgericht zurückverwiesen.

Die Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens bleibt der Schlussentscheidung vorbehalten.

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Beschwerdeverfahren auf 4 000 € festgesetzt.

#### G r ü n d e :

Die Beschwerde ist zulässig und begründet. Die Verfahrensrüge des Klägers greift durch, da der mit ihr geltend gemachte Mangel vorschriftswidriger Besetzung des Flurbereinigungsgerichts vorliegt und das angefochtene Urteil als auf ihm beruhend anzusehen ist (§ 132 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. § 138 Nr. 1 VwGO). Dies führt zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an die Vorinstanz (§ 133 Abs. 6 VwGO).

Das Flurbereinigungsgericht war in der dem angefochtenen Urteil zugrunde liegenden mündlichen Verhandlung nicht vorschriftsmäßig besetzt, weil einer der drei mitwirkenden ehrenamtlichen Richter nicht vorher gemäß § 45 Abs. 2 DRiG vereidigt worden war. Wirkt an einer mündlichen Verhandlung oder einer Beratung des Gerichts ein ehrenamtlicher Richter ohne die zu Beginn seiner Amtszeit gebotene Vereidigung mit, so folgt daraus nach einhelliger Rechtsprechung ein Besetzungsmangel im Sinne des § 138 Nr. 1 VwGO (vgl. BVerwG, Beschluss vom 26. Oktober 1962 - BVerwG 7 P 1.62 - BVerwGE 15, 96 <97>; Urteil vom 21. Oktober 1980 - 2 WD 17.80 - BVerwGE 73, 78 <79>; BGH, Urteil vom 12. September 1952 - 1 StR

349/52 - BGHSt 3, 175 <176>; Urteil vom 22. Mai 2003 - 4 StR 21/03 - BGHSt 48, 290 <291>). Hieran ist festzuhalten. Zwar ist die Vereidigung kein Bestandteil der - durch den Wahlakt als solchen erfolgenden - Bestellung zum ehrenamtlichen Richter (BVerwG, Beschluss vom 26. Oktober 1962 - BVerwG 7 P 1.62 - a.a.O., S. 97; Ziekow, in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 31 Rn. 2), so dass die Auffassung, im Falle fehlender Vereidigung habe ein Nichtrichter mitgewirkt (so BVerwG, Urteil vom 21. Oktober 1980 - 2 WD 17.80 - a.a.O., S. 79) als problematisch erscheint. Mit der Regelung, dass der ehrenamtliche Richter "vor seiner ersten Dienstleistung ... zu vereidigen" ist, bringt § 45 Abs. 2 DRiG aber unmissverständlich zum Ausdruck, dass die Vereidigung eine zwingende Voraussetzung für die Amtsausübung des ehrenamtlichen Richters darstellt. Dieses Verständnis wird bestätigt durch den Zweck der Eidesleistung. Sie soll den ehrenamtlichen Richter in einer feierlichen Form in die Pflicht nehmen. Es soll ihm auf diese Weise eindrücklich bewusst gemacht werden, welcher verantwortungsvollen Aufgabe er sich bei der Ausübung seines Richteramts zu unterziehen hat (BVerwG, Urteil vom 21. Oktober 1980 - 2 WD 17.80 - a.a.O., S. 80). Damit wäre es unvereinbar, die Vereidigung als bloße Formalie anzusehen, deren Nichtbefolgung die vorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts unberührt lässt (a.A. - soweit ersichtlich - allein Fürst/Mühl/ Arndt, Richtergesetz, § 45 Rn. 6).

Hiervon ausgehend war das Flurbereinigungsgericht in der mündlichen Verhandlung am 18. Februar 2004 vorschriftswidrig besetzt. Der ehrenamtliche Richter K., der an jenem Tag erstmals nach seiner Wahl sein Amt ausübte, wirkte an der Verhandlung mit, ohne vorher vereidigt worden zu sein. Dies steht fest aufgrund der dienstlichen Äußerung der Vorsitzenden Richterin, die die Vereidigung vorgenommen hat. Darin bestätigt sie die - auch vom Beklagten gestützte - Behauptung des Klägers, die fehlende Vereidigung sei erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung während der Urteilsberatung bemerkt und sodann in Gegenwart der auf die Urteilsverkündung wartenden Beteiligten nachgeholt worden, woraufhin die Beratung fortgesetzt worden sei.

Dass der Kläger diese Verfahrensweise widerspruchslos hinnahm, hat keinen Rügeverlust gemäß § 173 VwGO i.V.m. § 295 ZPO zur Folge, denn auf die Beachtung der Vorschriften über die ordnungsgemäße Besetzung des Gerichts kann nicht verzichtet werden (BVerwG, Urteil vom 23. August 1996 - BVerwG 8 C 19.95 - BVerwGE 102,

7 <10> m.w.N.). Ohnehin hätte der Kläger prozessual wirksame Erklärungen erst nach Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung abgeben können.

Der Senat hat erwogen, ob der Verfahrensmangel durch die vor Abschluss der Urteilsberatung nachgeholt Vereidigung entfallen sein könnte. Das Gesetz bietet jedoch keinen Anhaltspunkt für die Annahme, ein einmal eingetretener Besetzungsmangel sei nachträglich ohne Wiederholung der betreffenden Amtshandlung behebbar; die nachgeholt Vereidigung deckte nur die künftige, nicht hingegen die vorangegangene Amtsführung des ehrenamtlichen Richters ab (vgl. BGH, Urteil vom 22. Mai 2003 - 4 StR 21/03 - a.a.O., S. 291). Ein gewichtiges praktisches Bedürfnis, für eine solche Fallgestaltung eine Heilungsmöglichkeit zu bejahen, ist im Übrigen nicht ersichtlich, da das Gericht es in der Hand hat, den Mangel zu beheben, indem es die mündliche Verhandlung wiedereröffnet und sie in ihren wesentlichen Teilen wiederholt.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 72 Nr. 1 GKG n.F. i.V.m. § 13 Abs. 1 Satz 2 GKG a.F.

Hien

Dr. Nolte

Domgörgen

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Flurbereinigungsrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

DRiG                    § 45 Abs. 2  
VwGO                   § 138 Nr. 1

Stichworte:

Vereidigung; ehrenamtlicher Richter; Besetzungsmangel; vorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts; Heilung.

Leitsatz:

Wirkt ein ehrenamtlicher Richter an einer mündlichen Verhandlung ohne die zu Beginn seiner Amtszeit gebotene Vereidigung mit, so ist das Gericht im Sinne des § 138 Nr. 1 VwGO nicht vorschriftsmäßig besetzt (stRspr). Dieser Mangel lässt sich durch nachgeholt Vereidigung nur beheben, wenn die mündliche Verhandlung in ihren wesentlichen Teilen wiederholt wird.

Beschluss des 10. Senats vom 5. November 2004 - BVerwG 10 B 6.04

I. OVG NRW vom 18.02.2004 - Az.: OVG 9a D 113/00.G -