

Der Beweis im Verwaltungsrecht

Peters / Kukk / Ritgen

2019

ISBN 978-3-406-72849-5

C.H.BECK

(§ 383 Abs. 3 ZPO). Das Gericht hat insofern aus **Fürsorgegründen** von Fragen abzusehen, deren Beantwortung offenkundig eine berufliche Pflichtverletzung des Zeugen nach sich zieht. Für Kunst- oder Gewerbegeheimnisse ist zudem in § 384 Nr. 3 ZPO ein sachliches Zeugnisverweigerungsrecht normiert.⁴⁸⁶

Gleichwohl ist eine Aussage wegen einer solchen Pflichtverletzung nicht unwerthbar, weil der Zeuge es unterlassen hat, sich einredeweise auf ein bestehendes Zeugnisverweigerungsrecht (§ 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO iVm § 98 VwGO) zu berufen.⁴⁸⁷ 131

Unterbleibt die **gerichtliche Belehrung eines Zeugen** über ein bestehendes Zeugnisverweigerungsrecht, so ist die erlangte Aussage verwertbar, wenn dies von den Beteiligten nicht in der nächsten mündlichen Verhandlung gerügt wird (§ 295 Abs. 1 ZPO iVm § 173 VwGO).⁴⁸⁸ Auch die Vernehmung eines Beteiligten als Zeuge und umgekehrt wird allgemein als ein nach § 295 ZPO verzichtbarer bzw. heilbarer Mangel angesehen.⁴⁸⁹ Die „folgende mündliche Verhandlung“ muss dabei nicht notwendig ein neuer Termin sein, sondern wird sich regelmäßig an die Beweisaufnahme anschließen (§ 370 Abs. 1 ZPO iVm § 98 VwGO).⁴⁹⁰ Zudem normiert § 96 Abs. 1 S. 1 VwGO es als Regelfall, dass die Beweisaufnahme in der mündlichen Verhandlung erfolgt, was bedingt, dass nach Abschluss der Beweisaufnahme zu deren Ergebnis und zum Prozessstoff insgesamt mündlich verhandelt wird. 132

Der Zeuge, der das Zeugnis verweigert, hat spätestens im Termin die Tatsachen, auf die er die **Weigerung** gründet, anzugeben und glaubhaft zu machen (§ 386 Abs. 1 ZPO iVm § 98 VwGO). Die Glaubhaftmachung richtet sich nach § 294 ZPO. Hat er die mit Gründen versehene Weigerung bereits vorab schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle erklärt, ist er – bei einer berechtigten Weigerung – nicht verpflichtet, zum Vernehmungstermin zu erscheinen (§ 386 Abs. 3 ZPO iVm § 98 VwGO). Dabei muss allerdings das Zeugnisverweigerungsrecht das gesamte Beweisthema umfassen.⁴⁹¹ 133

Ist das Vorliegen eines Zeugnisverweigerungsrechts umstritten und wird es von einzelnen Beteiligten verneint, so entscheidet das Gericht hierüber durch Zwischenurteil (§ 387 ZPO iVm § 98 VwGO).⁴⁹² Dies folgt aus 134

⁴⁸⁶ Für den Verwaltungsprozess weniger bedeutsame Zeugnisverweigerungsrechte finden sich in § 384 Nr. 1 und Nr. 2 ZPO. In § 385 ZPO sind Ausnahmen vom Zeugnisverweigerungsrecht normiert.

⁴⁸⁷ BVerwG Buchholz 310 § 98 VwGO Nr. 39.

⁴⁸⁸ VGH Kassel Urt. v. 27.10.1993 – 8 UE 1160/92; *Lang* in NK VwGO § 98 Rn. 114.

⁴⁸⁹ BGH NJW 1965, 2254; *Lang* in NK VwGO § 98 Rn. 106.

⁴⁹⁰ BVerwG 50, 344 (346).

⁴⁹¹ *Rudisile* in SSB VwGO § 98 Rn. 73.

⁴⁹² BGH NJW 1990, 2937; OVG Lüneburg OVG 33, 431 ff., *Schenke* in Kopp/Schenke VwGO § 98 Rn. 11; aA Kothe in Redeker/v. Oertzen VwGO § 98 Rn. 7 (Bechluss).

dem klaren Wortlaut von § 387 Abs. 3 ZPO. Für eine Entscheidung durch Beschluss fehlt es deshalb an einer Grundlage, anders als in § 118 Abs. 1 S. 2 SGG, wo ausdrücklich die Beschlussform normiert ist. Gegen das Zwischenurteil ist entsprechend § 387 Abs. 3 ZPO die Beschwerde nach §§ 146 ff. VwGO gegeben.⁴⁹³

135 Wird die Weigerung vom Zeugen vor einem beauftragten oder ersuchten Richter erklärt, so ist dies zu Protokoll zu nehmen und eine Entscheidung des Prozessgerichts herbeizuführen (§ 389 ZPO iVm § 98 VwGO).

136 **dd) Zeugenvernehmung.** Die Vernehmung eines Zeugen geschieht regelmäßig **mündlich**. Dies folgt aus dem Unmittelbarkeitsgrundsatz des §§ 96 Abs. 1, 97 VwGO.⁴⁹⁴

137 Die hierzu notwendige **Ladung** von Zeugen erfolgt formlos und ist nicht an eine Frist gebunden (§ 377 Abs. 1 ZPO). Die Ladung des Zeugen kann nicht von der vorherigen Zahlung eines Auslagenvorschusses abhängig gemacht werden (§ 379 ZPO), denn dies stünde im Widerspruch zur Beweiserhebung von Amts wegen im Verwaltungsprozess (§§ 86 Abs. 1 S. 2, 96 Abs. 1 VwGO).⁴⁹⁵ Im Ladungsschreiben ist u.a. Zeit und Ort der Vernehmung (§ 377 Abs. 2 Nr. 3 ZPO) sowie dessen Gegenstand (§ 377 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) anzugeben.

Hierbei sollte Folgendes berücksichtigt werden:

138 „**Gegenstand der Vernehmung**“ meint das Beweisthema, ohne dass hierzu ein förmlicher Beweisbeschluss ergangen sein muss. Ein solcher Beweisbeschluss ist im Verwaltungsprozess eher die Ausnahme (→ B.III.2). Praktisch wichtig ist – unabhängig davon, ob ein Beweisbeschluss ergeht oder nicht – vielmehr eine instruktive Angabe des Beweisgegenstandes, um dem Zeugen eine Vorbereitung auf seine Aussage zu ermöglichen, vorrangig durch Rekapitulieren seiner Erinnerung.

139 Darüber hinaus hat der Zeuge in geeigneten Fällen seine Erinnerung durch den Blick in **Aufzeichnungen und andere Unterlagen** aufzufrischen und diese Unterlagen zum Termin mitzubringen, soweit ihm dies zumutbar ist (§ 378 Abs. 1 S. 1 ZPO). Diese Vorbereitungspflicht dient der Zuverlässigkeit der Beweisaufnahme und der Verfahrensbeschleunigung; wiederholte Vernehmungen sollen so vermieden werden.⁴⁹⁶ Die Verpflichtung des Zeugen beinhaltet demnach nur, in vorhandene Unterlagen Einblick zu nehmen, erforderlichenfalls nach entsprechenden Unterlagen zu suchen. Dagegen besteht keine Verpflichtung, Unterlagen erst herzustellen, also etwa Gedächtnisprotokolle über Ereignisse, Unterredung uä vor der Zeugenbefragung erst anzufertigen. Der Begriff der Aufzeichnungen und Unterlagen wird dabei nicht konventionell nur als papiergebunden zu verstehen sein, sondern ist auch auf elektronische Datenträger anzuwen-

⁴⁹³ Rudisile in SSB VwGO § 98 Rn. 76.

⁴⁹⁴ Lang in NK VwGO § 98 Rn. 99.

⁴⁹⁵ Bamberger in Wysk VwGO § 98 Rn. 11.

⁴⁹⁶ BT-Drs. 11/3621, 22; Scheuch in BeckOK ZPO § 378 Rn. 1.

den.⁴⁹⁷ „Mitbringen“ der Unterlagen zum Termin ist nicht gleichzusetzen mit „Vorlegen“ gegenüber dem Gericht. Eine **Vorlagepflicht** ist gesondert in §§ 142, 429 ZPO geregelt, worauf § 378 Abs. 1 S. 2 ZPO verweist. Dabei ist § 429 ZPO über die Verweisung des § 98 VwGO auch im Verwaltungsprozess anwendbar.⁴⁹⁸ Für eine prozessuale Durchsetzbarkeit dieser Verpflichtungen muss allerdings eine Anordnung gemäß § 378 Abs. 2 ZPO ergehen. Diese ist zweckmäßigerweise mit der Ladung zu verbinden und muss die Unterlagen so bezeichnen, dass sie jedenfalls bestimmbar sind, denn anders wäre eine Rechtspflicht nicht zu begründen.

An der Zumutbarkeit des Mitbringens kann es fehlen, wenn der Zeuge **140** nicht uneingeschränkt über die Unterlagen verfügen kann, etwa aufgrund Eigentumsrechts Dritter oder innerbetrieblicher Anweisungen.⁴⁹⁹

Nur ausnahmsweise kommt nach § 377 Abs. 3 ZPO iVm § 98 VwGO **141** eine **schriftliche Zeugenaussage** infrage, die als sog. **Zeugnisurkunde** verwertet wird. Darüber hinaus können die Beteiligten einer lediglich schriftlichen Einvernahme zustimmen.⁵⁰⁰ Bei Widersprüchlichkeiten in der schriftlichen Aussage des Zeugen ist das Gericht gehalten, sich einen persönlichen Eindruck von dem Zeugen zu verschaffen und die Widersprüchlichkeiten aufzuklären.⁵⁰¹

ee) Abgrenzung zur informatorischen Befragung. Bei der **Vernehmung eines Zeugen** ist durch das Gericht stets deutlich zu machen, dass dieser **förmlich** als Zeuge und nicht nur **informatorisch** befragt werden soll.⁵⁰² Häufig wird ein Behördenvertreter durch das Gericht lediglich formlos und nicht als Zeuge befragt; dessen Ausführungen sind dann ein Teil des Beteiligtenvorbringens.⁵⁰³

Die **Uhrzeit**, zu der der Zeuge geladen wird, sollte so gewählt sein, dass **143** größere Wartezeiten möglichst vermieden werden. Dies ist geeignet, die Kooperationsbereitschaft zu erhöhen. Auch sinkt damit die Wahrscheinlichkeit, dass sich mehrere Zeugen im Wartebereich vorab über ihre Erinnerung austauschen, was – auch ohne böse Absicht – zu einer Verfälschung der Aussagen führen kann.

Jeder Zeuge ist **einzeln** und **in Abwesenheit der später zu hörenden Zeugen** zu vernehmen (§ 394 Abs. 1 ZPO iVm § 98 VwGO). Auf diese **144** Weise soll möglichst eine unbefangene und unbeeinflusste Aussage erreicht werden. Sollen Beteiligte selbst im Termin zu bestimmten Umständen informatorisch angehört werden oder wollen diese sich zur Sache äußern, so sollte dies tunlichst vor der Vernehmung von Zeugen erfolgen.

⁴⁹⁷ Scheuch in BeckOK ZPO § 378 Rn. 2.1.

⁴⁹⁸ Rudisile in SSB VwGO § 98 Rn. 63.

⁴⁹⁹ Scheuch in BeckOK ZPO § 378 Rn. 4.

⁵⁰⁰ BVerwGE 34, 77 (78).

⁵⁰¹ BVerwG BayVBl. 1988, 219.

⁵⁰² Vgl. BVerwG Beschl. v. 19.10.2001, Buchholz 310 § 86 Abs. 1 VwGO Nr. 317.

⁵⁰³ Geiger in Eyermann VwGO § 98 Rn. 13; zum Beweiswert: BVerwG Buchholz 310 § 108 VwGO Nr. 237.

Hier gelten die gleichen Erwägungen wie zu der getrennten Befragung von Zeugen.

- 145** Vor der Vernehmung ist der **Zeuge zur Wahrheit zu ermahnen** und darauf hinzuweisen, dass er in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen unter Umständen seine Aussage beeidigen muss (§ 395 Abs. 1 ZPO iVm § 98 VwGO). Danach hat zunächst eine Vernehmung des Zeugen zur Person zu erfolgen mit Angaben über Vor- und Zunamen, Alter, Stand oder Gewerbe und Wohnort (§ 395 Abs. 2 S. 1 ZPO). Aus diesen Angaben ergibt sich gegebenenfalls ein Anhalt für ein **Zeugnisverweigerungsrecht**, über das im Rahmen der Verpflichtung nach § 383 Abs. 2 ZPO zu belehren ist. Darüber hinaus ist die Beschränkung der gerichtlichen Vernehmung nach § 383 Abs. 3 ZPO (Verschwiegenheit aus beruflichen Gründen) zu beachten. Im Übrigen hat die Vernehmung zur Sache nach Maßgabe von § 396 ZPO zu erfolgen. Danach ist der Zeuge zu veranlassen, seine Angaben zum Gegenstand der Vernehmung zunächst zusammenhängend zu machen (§ 396 Abs. 1 ZPO). Danach sind „nötigenfalls“ weitere Fragen zu stellen (§ 396 Abs. 2 ZPO). Ein Fragerecht hat dabei jedes Mitglied des Spruchkörpers (§ 396 Abs. 3 ZPO). Gleiches gilt für die Beteiligten, die an Zeugen sachdienliche Fragen richten können (§ 97 S. 2 VwGO). Wird eine Frage beanstandet, so entscheidet das Gericht (§ 97 S. 3 VwGO). Schließlich kann das Prozessgericht nach seinem Ermessen die wiederholte Vernehmung eines Zeugen anordnen (§ 398 Abs. 1 ZPO).
- 146** Darüber hinaus ist es statthaft, in entsprechender Anwendung von § 128a Abs. 2 ZPO (iVm § 173 S. 1 VwGO) eine **Zeugenvernehmung** im Wege der Bild- und Tonübertragung (**Videovernehmung**) durchzuführen. Voraussetzung hierfür ist, dass der Zeuge einen entsprechenden Antrag stellt (§ 128a Abs. 2 S. 1 ZPO) und das Gericht eine Befragung per Video gestattet. Dabei entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen.⁵⁰⁴ In Betracht zu ziehen ist eine solche Videovernehmung, wenn die Voraussetzungen für eine schriftliche Zeugenbefragung nach § 377 Abs. 3 S. 1 ZPO vorliegen. Kommt es dagegen auf einen unmittelbaren persönlichen Eindruck vom Zeugen und von dessen Auftreten an, sollte auf eine solche schriftliche Befragung verzichtet werden.⁵⁰⁵
- 147 ff) Zeugeneid.** Nach Abschluss der Zeugenbefragung durch das Gericht stellt sich auch im Verwaltungsprozess die Frage einer **Beeidigung des Zeugen** (§ 391 iVm § 98 VwGO). Ausgeschlossen ist eine Beeidigung nur bei Personen, die zur Zeit der Vernehmung das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet haben oder wegen mangelnder Verstandesreife oder wegen Verstandesschwäche von dem Wesen und der Bedeutung des Eides keine genügende Vorstellung haben (§ 393 ZPO iVm § 98 VwGO). In allen übrigen Fällen hat das Gericht stets Ermessen, ob eine Vereidigung erfolgen soll, weil es dies mit Rücksicht auf die Bedeutung der Aussage

⁵⁰⁴ Seiler in Thomas/Putzo ZPO § 128a Rn. 2.

⁵⁰⁵ Seiler in Thomas/Putzo ZPO § 128a Rn. 4.

oder zur Herbeiführung einer wahrheitsgemäßen Aussage für geboten erachtet.⁵⁰⁶ Dies gilt unabhängig davon, ob die Beteiligten ausdrücklich eine Vereidigung beantragt haben oder auf eine Vereidigung des Zeugen verzichten.⁵⁰⁷ Beides bindet aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes das Verwaltungsgericht nicht. **Gründe für eine Vereidigung** sind jedoch nur im **Ausnahmefall** gegeben. Dabei ist zugrunde zu legen, dass die VwGO – anders als die StPO – die Vereidigung eines Zeugen nicht als Regelfall vorsieht.⁵⁰⁸ Widerruft ein Zeuge während seiner Vernehmung den Verzicht auf ein gegebenes Zeugnisverweigerungsrecht, so kommt eine Beeidigung dieses Zeugen hinsichtlich der bereits gemachten Teilaussage nicht in Betracht.⁵⁰⁹ Sollte das Gericht verfahrensfehlerhaft von einer Zeugenvereidigung abgesehen haben, so müsste dieser Mangel in der auf die Zeugeneinvernahme folgenden mündlichen Verhandlung gerügt werden (§ 173 VwGO iVm § 295 Abs. 1 ZPO), andernfalls tritt ein Rügeverlust ein.

Erscheint ein Zeuge trotz ordnungsgemäßer Ladung und ohne triftigen Entschuldigungsgrund nicht, so hat er die dadurch verursachten **Kosten** – bedingt durch den notwendig werdenden weiteren Termin – zu tragen. Außerdem wird gegen ihn ein **Ordnungsgeld** und – für den Fall dass dieses nicht beigetrieben werden kann – Ordnungshaft festgesetzt (§ 380 Abs. 1 S. 2 ZPO iVm § 98 VwGO). Gegen den Beschluss, der dies auferlegt, ist die Beschwerde statthaft, unabhängig vom Erreichen eines bestimmten Beschwerdewertes.⁵¹⁰ 148

Die Auferlegung der Kosten und die Festsetzung eines Ordnungsmittels unterbleiben bzw. werden wieder aufgehoben, wenn das **Ausbleiben** des Zeugen **rechtzeitig genügend entschuldigt** wird. Erfolgt die Entschuldigung verspätet, so unterbleiben die Auferlegung der Kosten und die Festsetzung eines Ordnungsmittels, wenn glaubhaft gemacht wird, dass den Zeugen an der Verspätung der Entschuldigung kein Verschulden trifft (§ 381 ZPO iVm § 98 VwGO). Ist der Zeuge geladen und nicht erschienen, wird er jedoch nicht (mehr) benötigt, etwa weil das Verfahren nicht-streitig im Termin beigelegt wurde oder weil Gericht und Beteiligte der Auffassung sind, die Zeugenaussage sei entbehrlich, so haben Zwangsmaßnahmen (Ordnungsgeld, Ordnungshaft) zu unterbleiben. Der Zweck des § 380 ZPO, den ungehinderten Verlauf des Verfahrens sicherzustellen, kann nicht mehr erreicht werden.⁵¹¹ 149

Im Falle erneuter Ladung und erneuten Ausbleibens wird das Ordnungsmittel noch einmal festgesetzt; auch kann die zwangsweise Vorführung des Zeugen angeordnet werden (§ 380 Abs. 2 ZPO iVm § 98 VwGO). Hierfür hat das Gericht einen gesonderten Vorführungsbefehl zu erlassen. 150

⁵⁰⁶ BVerwG NJW 1998, 3369.

⁵⁰⁷ BVerwGE 52, 11 (16).

⁵⁰⁸ Lang in NK VwGO § 98 Rn. 121; vgl. BVerwG Buchh 310 § 98 VwGO Nr. 14.

⁵⁰⁹ BGH NJW 1988, 716.

⁵¹⁰ OVG Berlin-Brandenburg Beschl. v. 18.7.2016 – OVG 12 L 11.16.

⁵¹¹ BGH NJW-RR 2007, 1364 (1365); Scheuch in BeckOK ZPO § 380 Rn. 5.

- 151 **d) Begutachtung durch Sachverständigen. aa) Allgemeines.** Der **Sachverständige** soll – anders als der Zeuge – nicht über eigene wahrgenommene Tatsachen aussagen, sondern für das Gericht Tatsachen und Erfahrungssätze aufgrund seiner **besonderen Expertise** beurteilen.⁵¹² Die Tätigkeit des Sachverständigen beinhaltet demgemäß die Prüfung, Beurteilung und Bewertung von Gegenständen, Vorgängen sowie individuellen Leistungen und Verhaltensweisen, die ihm im Einzelfall wegen des besonderen Schwierigkeitsgrades, mit Rücksicht auf seine anerkannten Kenntnisse und Fähigkeiten und im Vertrauen auf seine Unabhängigkeit übertragen werden.⁵¹³ Für diese Begriffsbildung kann auf § 36 Abs. 1 S. 1 GewO (besondere Sachkunde), S. 2 (unabhängig) sowie Abs. 2 (Feststellung von Tatsachen, Überprüfung) zurückgegriffen werden. Die grundsätzlichen Anforderungen an einen Sachverständigen und seine Tätigkeit sind infolgedessen Sachkunde, Objektivität, Neutralität und Unabhängigkeit sowie die Pflicht zur eigenverantwortlichen Erstellung und Erstattung des Gutachtens.⁵¹⁴
- 152 Im Verwaltungsprozess kommt dem Sachverständigen eine **große Bedeutung** zu. So sind medizinische Sachverständige häufig im Beamtenrecht (Dienstfähigkeit; Dienstunfälle) und im Fahrerlaubnisrecht (Kraftfahrtauglichkeit) unerlässlich. Im Asyl- und Flüchtlingsrecht kann ein Sachverständiger zur Situation im Herkunftsland des Flüchtlings und damit im Zusammenhang stehenden speziellen Fragen herangezogen werden. Auch die Überprüfung der behaupteten Herkunft des Flüchtlings durch ein Sprachgutachten ist denkbar. Schließlich ist im Bereich komplexer technischer Verfahren und raumbedeutsamer Planfeststellungen häufig die Heranziehung eines Sachverständigen notwendig.⁵¹⁵
- 153 Der Sachverständige ist also ein **Gehilfe des Gerichts**, der zur Beurteilung komplexer tatsächlicher Umstände als Berater herangezogen wird.⁵¹⁶ Dieser begutachtet einen grundsätzlich vom Gericht festzustellenden Sachverhalt (§ 404a Abs. 3 ZPO iVm § 98 VwGO) aufgrund seiner besonderen Sachkunde. Im Übrigen ist es Sache des Gerichts, dem Sachverständigen vorzugeben, welchen Sachverhalt er konkret seiner Begutachtung zugrunde zu legen hat.⁵¹⁷ Hierbei ist es wichtig, die **sog. Anknüpfungstat-sachen**, die dem Gutachten zugrunde zu legen sind, mitzuteilen, bei einem medizinischen Gutachten sind dies die vorliegenden Krankenunterlagen.
- 154 Das Gericht hat grundsätzlich Ermessen, ob es in einem Rechtsstreit der Zuziehung eines Gutachters bedarf.⁵¹⁸ Im Einzelfall kann das Gericht sich die **notwendige Sachkunde** auch durch eigenes Studium der Fachliteratur

⁵¹² Vgl. BVerwG Buchholz 232 § 139 BBG Nr. 9.

⁵¹³ Lang in NK VwGO § 98 Rn. 139.

⁵¹⁴ Lang in NK VwGO § 98 Rn. 161.

⁵¹⁵ Rudisile in SSB VwGO § 98 Rn. 102.

⁵¹⁶ BVerwG NVwZ-RR 1991, 118.

⁵¹⁷ Vgl. BGH NJW-RR 1996, 345.

⁵¹⁸ BVerwG Beschl. v. 25.3.2009 – 4 B 63.08.

verschaffen. Dies wird allerdings der Ausnahmefall sein, weil die Beantwortung der anstehenden Fragen nicht aus der Literatur selbst folgt, sondern diese auszuwerten ist und daraus Schlüsse gezogen werden müssen. Dies setzt wiederum besondere Fachkenntnisse voraus, über die regelmäßig nur ein Gutachter verfügt.⁵¹⁹ Lehrbuchwissen allein reicht dafür nicht aus. Stützt das Gericht gleichwohl seine Entscheidung auf die **eigene Sachkunde**, so ist in der Entscheidung nachvollziehbar darzulegen, wie es diese Sachkunde erworben hat.⁵²⁰ Verfügt das Gericht dagegen von vornherein über ausreichende Sachkunde, hat es hiervon Gebrauch zu machen. Andernfalls würden durch die entstehenden Kosten der Beweiserhebung unzulässig hohe Hürden für einen wirksamen Rechtsschutz errichtet werden.⁵²¹ Dies betrifft etwa im Ausländerrecht die Wiederholungsgefahr als ausweisungsrechtliche Gefahrenprognose bei Straftaten.⁵²² Ähnliches gilt auch im Prüfungsrecht bei juristischen Prüfungen.⁵²³

Das Gericht soll durch die Hinzuziehung eines Sachverständigen in die Lage versetzt werden, die **entscheidungserheblichen Tatsachen sachkundig beurteilen** zu können.⁵²⁴ Keinesfalls kann die gerichtliche Entscheidung, die als Teil der rechtsprechenden Gewalt allein den Richtern anvertraut ist (Art. 20, 92 und 97 GG), auf den Sachverständigen übertragen werden. Auch die weitere Sachverhaltsaufklärung ist demgemäß nur im gerichtlichen Auftrag die Aufgabe des Sachverständigen. Im Einzelfall kann das Gericht den Sachverständigen ermächtigen, in einem vorher bestimmten Umfang einzelne Tatsachen aufzuklären (§ 404a Abs. 4 ZPO iVm § 98 VwGO). Dabei wird es sich etwa um die Einsicht in behördliche Akten und Unterlagen handeln.

bb) Auswahl und Beauftragung des Sachverständigen. Ausgewählt wird der Sachverständige durch das Gericht (§ 404 Abs. 1 S. 1 ZPO). Dabei kann es sich auf die Ernennung eines einzigen Sachverständigen beschränken (S. 2). Bei komplexen Sachverhalten, die verschiedene Fragenbündel berühren, ist kann die Beauftragung mehrerer Sachverständiger sinnvoll sein. Der einmal ausgewählte Sachverständige kann durch einen anderen ersetzt werden (S. 3). Bestellung und Ersetzung des Sachverständigen erfolgt dabei durch Beweisbeschluss oder durch formlose Beweisanordnung, im vorbereitenden Verfahren durch den Vorsitzenden oder den Berichterstatte (§ 87 Abs. 1 S. 2 Nr. 6, Abs. 3 VwGO) oder durch den Spruchkörper insgesamt, an dessen Stelle auch der Einzelrichter nach § 6 VwGO oder nach § 87 a Abs. 2, 3 VwGO treten kann. Entsprechend der

⁵¹⁹ *Rudisile* in SSB VwGO § 98 Rn. 103.

⁵²⁰ BVerwG NVwZ-RR 1990, 652.

⁵²¹ *Rudisile* in SSB VwGO § 98 Rn. 103.

⁵²² BVerwG Buchholz 402.240 § 45 AuslG 1990 Nr. 10.

⁵²³ BVerwG DVBl 1993, 1310. Ausnahmsweise ist die Zuziehung eines Sachverständigen hier statthaft, wenn sich das Gericht mit einzelnen Rechtsgebieten, die Prüfungsgegenstand waren, nicht hinreichend vertraut sieht (BVerwG DVBl 1998, 1350).

⁵²⁴ BVerwG NVwZ 1999, 654 (657); VGH Mannheim NVwZ RR 1998, 689.

Bedeutung und des Umfangs einer Sachverständigenbeauftragung ist der Erlass eines Beweisbeschlusses jedenfalls tunlich. (→ B.III.2a bb)

- 157** Die **Auswahl des Sachverständigen** sollte unter Einbeziehung der Beteiligten erfolgen (§ 404 Abs. 3 ZPO) wie auch sonst die Beteiligten anzuhören sind. Dies ist auch zur Vermeidung späterer Befangenheitsanträge (§ 406 ZPO) gegen den Sachverständigen ratsam.⁵²⁵ Ein eigenständiges Bestimmungsrecht über die Person des Sachverständigen, wie es in § 404 Abs. 4 ZPO vorgesehen ist, haben die Beteiligten des Verwaltungsprozesses nicht, weil dies im Widerspruch zum verwaltungsgerichtlichen Untersuchungsgrundsatz stünde.⁵²⁶
- 158** **Behörden oder sonstige öffentliche Einrichtungen** können mit der Gutachterstattung beauftragt werden, wenn dies zu ihrem Aufgabenkreis gehört.⁵²⁷ In Einzelfällen ist dies gesetzlich sogar vorgesehen, wie in § 73 Abs. 2 Nr. 8 BRAO, § 91 Abs. 1 Nr. 2 HandwO. Insgesamt ist der Sachverständigenbeweis nach der Systematik der §§ 402 ff. ZPO jedoch auf eine Gutachterstattung durch eine einzelne natürliche Person hin angelegt.⁵²⁸
- 159** Eine **Verpflichtung zur Gutachtenerstellung** besteht insoweit, als der vom Gericht ernannten Gutachter öffentlich bestellt ist oder sonst die Wissenschaft, die Kunst oder das Gewerbe, deren Kenntnis Voraussetzung der Begutachtung ist, öffentlich zum Erwerb ausübt (§ 407 Abs. 1 ZPO). Im Übrigen entsteht die Verpflichtung, ein Gutachten zu erstatten, erst durch Übernahme des gerichtlichen Gutachtenauftrages (§ 407 Abs. 2 ZPO). Dem Sachverständigen steht in gleicher Weise wie einem Zeugen ein Zeugnisverweigerungsrecht zu (§ 408 Abs. 1 ZPO). Für die Vernehmung eines Richters, Beamten oder eines anderen Angehörigen des öffentlichen Dienstes als Sachverständigen gelten die besonderen beamtenrechtlichen Vorschriften (§ 408 Abs. 2 ZPO). Diese öffentlich Bediensteten benötigen – wie bei einer Zeugenaussage – eine Genehmigung durch ihre Dienstbehörde.
- 160** Bei der Bestellung als Sachverständiger hat dieser unverzüglich zu prüfen, ob der **Auftrag** in sein **Fachgebiet** fällt und ohne die Hinzuziehung weiterer Sachverständiger sowie innerhalb der vom Gericht gesetzten Frist erledigt werden kann; ist das nicht der Fall, so hat der Sachverständige das Gericht zu verständigen (§ 407a Abs. 1 ZPO).
- 161** Der Sachverständige ist nicht befugt, den Auftrag an einen anderen zu übertragen (§ 407a Abs. 3 S. 1 ZPO). Auch im Beweisbeschluss sollte das Recht zur (teilweisen) Übertragung des Gutachtenauftrages dem Gutachter nicht eingeräumt werden, weil dies die gerichtliche Auswahl unterliefe. Soweit er sich bei der Gutachtenerstellung der Mitarbeit anderer Personen

⁵²⁵ Rudisile in SSB VwGO § 98 Rn. 120.

⁵²⁶ Bamberger in Wysk VwGO § 98 Rn. 19; Schenke in Kopp/Schenke VwGO § 98 Rn. 1.

⁵²⁷ Geiger in Eyermann VwGO § 98 Rn. 14.

⁵²⁸ Rudisile in SSB VwGO § 98 Rn. 122.