

# Bundesverwaltungsgericht

## BESCHLUSS

§ 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO

- 1. Das Schließen der Augen über weite Strecken der Verhandlung und das Senken des Kopfes auf die Brust beweist allein nicht, dass der Richter schläft. Denn diese Haltung kann auch zur geistigen Entspannung oder zwecks besonderer Konzentration eingenommen werden.**
- 2. Ruhiges tiefes Atmen kann ebenfalls ein Anzeichen geistiger Entspannung oder Konzentration sein, insbesondere dann, wenn es für andere nicht hörbar erfolgt, denn gerade dies kann darauf schließen lassen, dass der Richter den Atmungsvorgang bewusst kontrolliert und nicht schläft.**
- 3. Auch ein "Hochschrecken" des Richters ist kein Anzeichen eines Schlafes, wenn nicht dargelegt, dass er nach dem "Hochschrecken" einen geistig desorientierten Eindruck gemacht habe.**
- 4. Derjenige, der sich darauf beruft, das Gericht sei wegen eines in der mündlichen Verhandlung eingeschlafenen Richters nicht ordnungsgemäß besetzt gewesen, konkrete Tatsachen vortragen, welche eine Konzentration des Richters auf die wesentlichen Vorgänge in der Verhandlung ausschließen.**
- 5. Dabei sind der Zeitpunkt, die Dauer und die Einzelheiten des Verhaltens des Richters genau anzugeben Weiterhin hat die Besetzungsrüge darzulegen, was während dieser Zeit in der mündlichen Verhandlung geschehen ist, welche für die Entscheidung wichtigen Vorgänge der Richter während seines "Einnickens" nicht habe erfassen können.**

BVerwG; Beschluss vom 13.06.2001; Az.: 5 B 105.00

### **Gründe:**

Die Beschwerde hat keinen Erfolg. Ein die Zulassung der Revision nach § 132 Abs. 2 VwGO rechtfertigender Grund liegt nicht vor.

1. Die Revision kann nicht nach § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen werden. Ob der Bewilligung von Eingliederungshilfe gemäß §§ 39, 40 Abs. 1 Nr. 3 BSHG für die Kosten von Integrationshelfern für behinderte Kinder an Regelschulen der Nachranggrundsatz entgegensteht, weil ein schulischer Kostenträger vorrangig verpflichtet ist, wäre im zukünftigen Revisionsverfahren nicht klärungsfähig. Denn das Berufungsgericht hat die - im Übrigen landesrechtliche - Frage, ob ein schulrechtlicher Anspruch auf die Bereitstellung

eines Integrationshelfers besteht, offen gelassen, weil jedenfalls ein solcher Anspruch - sollte er bestehen - nicht rechtzeitig realisierbar wäre und deshalb als bereites Mittel der Selbsthilfe ausscheidet. Dass unter diesen Umständen der Nachrang der Sozialhilfe durch den möglicherweise gegen einen Dritten bestehenden Rechtsanspruch nicht ausgelöst wird, entspricht der ständigen Rechtsprechung des Senats (vgl. BVerwGE 100, 50 <54> = Buchholz 436.0 § 40 BSHG Nr. 20 m.w.N.) und ist nicht weiter klärungsbedürftig.

Soweit die Beschwerde dem Berufungsgericht vorwirft, es habe zu Unrecht die Geltung des Nachranggrundsatzes mit der Begründung verneint, dass der Klägerin keine bereiten Mittel zur Verfügung gestanden hätten, greift sie die Rechtsanwendung im Einzelfall als unrichtig an. Das Gleiche gilt für die Einwendungen der Beschwerde gegen die berufsgerichtliche Bestimmung der Reichweite der Bestandskraft und Bindungswirkung des Schulzuweisungsbescheids der Stadt Hagen vom 14. Juni 1994 im Zusammenhang mit dem Wunsch- und Wahlrecht der Eltern. Mit Angriffen gegen die Rechtsanwendung im Einzelfall kann eine Grundsatzrüge ebenso wenig begründet werden wie mit Einwendungen gegen die Tatsachen- und Beweiswürdigung.

2. Die Revision kann auch nicht nach § 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO zugelassen werden. Zwar behauptet die Beschwerde, das Berufungsurteil weiche von Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts zur Auslegung des § 3 Abs. 2 Satz 3 BSHG und zu den Grenzen anspruchsunschädlicher Bedarfsdeckung durch Dritte ab, weil es gegen diese Entscheidungen verstoße. Das reicht jedoch für eine i.S. des § 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO ordnungsgemäße Divergenzrüge nicht aus. Denn Abweichung meint Widerspruch im abstrakten Rechtssatz (vgl. BVerwG, Beschluss vom 26. Juni 1995 - BVerwG 8 B 44.95 - Buchholz 310 § 132 Abs. 2 Ziffer 2 VwGO Nr. 2; stRspr), sodass auch und vor allem darzulegen ist, welcher im anzufechtenden Urteil aufgestellte abstrakte Rechtssatz in Anwendung derselben Rechtsvorschrift zu einem im angezogenen Urteil aufgestellten abstrakten Rechtssatz in Widerspruch steht. Nach § 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO ist deshalb die Gegenüberstellung der voneinander abweichenden abstrakten Rechtssätze unverzichtbar (vgl. BVerwG, Beschluss vom 20. Dezember 1995 - BVerwG 6 B 35.95 - Buchholz 310 § 132 Abs. 2 Ziff. 1 VwGO Nr. 9). Daran fehlt es. Mit Angriffen gegen die berufsgerichtliche Tatsachenwürdigung und Rechtsanwendung im Einzelfall dagegen kann eine Abweichungsrüge nicht begründet werden (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 12. Dezember 1991 - BVerwG 5 B 68.91 - Buchholz 310 § 132 VwGO Nr. 302, vom 10. Juli 1995 - BVerwG 9 B 18.95 - Buchholz 310 § 108 VwGO Nr. 264 S. 14 sowie vom 19. August 1997 - BVerwG 7 B 261.97 - Buchholz 310 § 133 n.F. VwGO Nr. 26 S. 14; stRspr).

3. Schließlich rechtfertigt auch die von der Beschwerde erhobene Besetzungsrüge (§ 138 Nr. 1 VwGO) nicht die Zulassung der Revision nach § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO. Insoweit genügt der Vortrag ebenfalls nicht den formellen Erfordernissen des § 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO. Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung muss derjenige, der sich darauf beruft, das Gericht sei wegen eines in der mündlichen Verhandlung eingeschlafenen Richters nicht ordnungsgemäß besetzt gewesen, konkrete Tatsachen vortragen, welche eine Konzentration des Richters auf die wesentlichen Vorgänge in der Verhandlung ausschließen (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 3. März 1975 - BVerwG 6 CB 43.74 - und vom 19. Februar 1985 - BVerwG 6 C 29.84 - Buchholz 310 § 138 Ziff. 1 VwGO Nr. 17 und Nr. 26 S. 8; BFHE 147, 402 <403>; BFH, Beschlüsse vom 5. Dezember 1985 - IV R 114/85 - BFH/NV 1986, 468 <469>, vom 6. Februar 1998 - III R 36/97 - BFH/NV 1998, 1355 <1356>, vom 17. Mai 1999 - VIII R 17/99 - BFH/NV 1999, 1491, vom 20. September 2000 - VII R 61/00 - BFH/NV 2001, 324). Dabei sind der Zeitpunkt, die Dauer und die

Einzelheiten des Verhaltens des Richters genau anzugeben (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 5. März 1971 - BVerwG 4 CB 103.67 - und vom 1. Juni 1973 - BVerwG 4 C 15.73 - Buchholz 310 § 138 Ziff. 1 VwGO Nrn. 11 und 15 sowie vom 2. November 1978 - BVerwG 7 CB 86.77 - Buchholz 310 § 133 VwGO Nr. 21 S. 13; BFH, Beschluss vom 5. Dezember 1985 a.a.O.). Weiterhin hat die Besetzungsrüge darzulegen, was während dieser Zeit in der mündlichen Verhandlung geschehen ist (BFHE 147, 402 <403>; BFH, Beschlüsse vom 17. Juli 1990 - IV R 10/89 - BFH/NV 1991, 250 und vom 17. Mai 1999 a.a.O.), welche für die Entscheidung wichtigen Vorgänge der Richter während seines "Einnickens" nicht habe erfassen können (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 19. Februar 1985 a.a.O. und vom 24. Mai 2000 - BVerwG 7 B 32.00 - Beschlussabdruck S. 3; BSG, Beschluss vom 28. März 1985 - 2 BU 240/84 - HV-INFO 1985, 12 <14>).

Die Darlegungen der Beschwerde genügen den vorgenannten Anforderungen nicht. Die Beklagtenvertreterin trägt insoweit vor: "Der ehrenamtliche Richter H. war unfähig der Verhandlung zu folgen, weil er über einen längeren Zeitraum ununterbrochen die Augen geschlossen hatte und - wie durch seine Körperhaltung, nämlich Senken des Kopfes auf die Brust und ruhiges tiefes Atmen sowie 'Hochschrecken' - zum Ausdruck kam, offensichtlich geschlafen hat." Zur Glaubhaftmachung ihres Vortrags hat sie auf einen Vermerk des ihr zur Ausbildung zugewiesenen Rechtsreferendars Bezug genommen, der an der mündlichen Verhandlung teilgenommen hatte und in seinem Vermerk anmerkt, "dass während nahezu der gesamten Verhandlung der ehrenamtliche Richter einnickte. Er schien der Verhandlung nicht zu folgen".

Aus diesen mitgeteilten Beobachtungen, die weder hinsichtlich der Dauer des behaupteten Einnickens bestimmt sind noch sich inhaltlich decken und die vom Klägervorteiler, der ebenfalls an der mündlichen Verhandlung teilgenommen hat, nicht bestätigt werden, lässt sich aber, selbst wenn sie zuträfen, noch nicht sicher darauf schließen, dass der bezeichnete Richter tatsächlich über einen längeren Zeitraum geschlafen hat und der mündlichen Verhandlung nicht folgen konnte. Das Schließen der Augen über weite Strecken der Verhandlung und das Senken des Kopfes auf die Brust beweist allein nicht, dass der Richter schläft. Denn diese Haltung kann auch zur geistigen Entspannung oder zwecks besonderer Konzentration eingenommen werden (vgl. BVerwG, Beschluss vom 3. März 1975 a.a.O.; Urteil vom 24. Januar 1986 - BVerwG 6 C 141.82 - Buchholz 310 § 133 VwGO Nr. 63 S. 44; BFH, Beschlüsse vom 5. Dezember 1985 und vom 17. Mai 1999 a.a.O.). Deshalb kann erst dann davon ausgegangen werden, dass ein Richter schläft oder in anderer Weise "abwesend" ist, wenn andere sichere Anzeichen hinzukommen, wie beispielsweise tiefes, hörbares und gleichmäßiges Atmen oder gar Schnarchen oder ruckartiges Aufrichten mit Anzeichen von fehlender Orientierung (vgl. BVerwG, Urteil vom 24. Januar 1986 a.a.O. und Beschluss vom 3. März 1975 a.a.O.; BFH, Beschluss vom 17. Mai 1999 a.a.O.). Derartige Beweiszeichen hat die Beschwerde nicht in ausreichendem Maße vorgetragen. Ruhiges tiefes Atmen kann ebenfalls ein Anzeichen geistiger Entspannung oder Konzentration sein, insbesondere dann, wenn es für andere nicht hörbar erfolgt, denn gerade dies kann darauf schließen lassen, dass der Richter den Atmungsprozess bewusst kontrolliert und nicht schläft. Auch das "Hochschrecken" des Richters hat die Beschwerde nicht näher geschildert, vor allem nicht dargelegt, dass er nach dem "Hochschrecken" einen geistig desorientierten Eindruck gemacht habe. "Hochschrecken" allein kann auch darauf schließen lassen, dass es sich lediglich um einen die geistige Aufnahme des wesentlichen Inhalts der mündlichen Verhandlung nicht beeinträchtigenden Sekundenschlaf gehandelt hat.

Desweiteren lässt es die Beschwerde an jeglichen Darlegungen dazu fehlen, was konkret in der Phase, in der der ehrenamtliche Richter geschlafen haben soll, in der mündlichen Verhandlung geschehen ist. Wie aus dem Vermerk des Referendars ersichtlich, war die mündliche Verhandlung in mehrere Abschnitte gegliedert, nämlich Vortrag des Sach- und Streitstandes durch den Berichterstatter, Vergleichsgespräch des Vorsitzenden mit den Parteien und schließlich Verhandlung der Beteiligten zur Sache. Darüber hinaus ergibt sich aus dem Sitzungsprotokoll, dass die von 12.48 Uhr bis 14.21 Uhr dauernde Verhandlung um 13.35 Uhr durch eine elfminütige Pause unterbrochen wurde, in der sich der Senat zu einer kurzen Zwischenberatung zurückzog. Auf welche dieser Abschnitte der mündlichen Verhandlung sich das behauptete Einnicken des ehrenamtlichen Richters bezogen haben soll, wird von der Beschwerde nicht dargelegt. Ihre Angabe, dies habe sich auf einen längeren Zeitraum bezogen, ist demnach bei weitem zu unbestimmt, um aus ihr ableiten zu können, der ehrenamtliche Richter sei bei wesentlichen Vorgängen in der mündlichen Verhandlung geistig abwesend gewesen.

Ganz offensichtlich hatte die Beklagtenvertreterin - wie sich daraus ergibt, dass sie das angebliche Schlafen des ehrenamtlichen Richters während der fast zweistündigen Verhandlung nicht zur Sprache gebracht oder beanstandet hat - auch selbst während der mündlichen Verhandlung nicht den sicheren Eindruck einer ins Gewicht fallenden geistigen Abwesenheit des ehrenamtlichen Richters. Denn es kann ihr nicht unterstellt werden, dass sie unter Verstoß gegen ihre dienstlichen Pflichten gegenüber ihrem Dienstherrn und unter Verletzung der gebotenen Verfahrensfairness einen solchen Eindruck, wenn sie sich ihrer Sache sicher gewesen wäre, nicht sogleich dem Vorsitzenden Richter mitgeteilt und um Abhilfe gebeten hätte, um sich mit diesem treu- und pflichtwidrigen Verhalten einen absoluten Revisionsgrund für den Fall des Unterliegens zu sichern (vgl. BVerwG, Urteil vom 16. Dezember 1980 - BVerwG 6 C 110.79 - Buchholz 310 § 138 Ziff. 1 VwGO Nr. 20 S. 10 und Beschluss vom 19. Februar 1985 a.a.O. S. 9).