

SG-Verfahren - Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme - Erklärungs-
möglichkeiten der Beteiligten (§§ 117, 128 SGG);
hier: Anmerkung zum BSG-Urteil vom 15.8.2002 - B 7 AL 66/01 R -
von Dr. Harald HESS, Mainz, in "DIE SOZIALGERICHTSBARKEIT"
4/2003, 234-235

Das BSG hat mit Urteil vom 15.8.2002 - B 7 AL 66/01 R -
(HVBG-INFO 2003, 394-396) Folgendes entschieden:

Leitsatz

1. Stützt ein Gericht seine Entscheidung auf den persönlichen Eindruck von einem Beteiligten, müssen sich grundsätzlich alle die Entscheidung treffenden Richter einen Eindruck vom Beteiligten verschafft haben.
2. Der persönliche Eindruck, den andere Richter einer früheren mündlichen Verhandlung gewonnen haben, ist nur dann verwertbar, wenn er protokolliert oder auf sonstige Weise aktenkundig gemacht worden ist und sich die Beteiligten dazu erklären konnten.

Anmerkung:

Dem Urteil des BSG ist zuzustimmen. Es gibt Veranlassung auf dem in allen Verfahrensordnungen maßgeblichen Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme (§ 117 SGG, § 96 VWGO, § 355 ZPO, § 81 FGO, § 58 ArbGG), der insbesondere im Fall des Richterwechsels Bedeutung erlangt, einzugehen, weil häufig gegen diesen Grundsatz verstoßen wird.

I. Verfahrensmängel

Der Verstoß gegen die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme stellt einen wesentlichen Verfahrensmangel dar, der zur Aufhebung eines Urteils führen kann, wenn die Rüge des Verfahrensmangels zulässigerweise im Berufungs- oder Revisionsrechtszug erhoben wird.

II. Folgen der Verfahrensmängel

Nach § 295 ZPO kann die Verletzung einer das Verfahren betreffenden Vorschrift nicht mehr gerügt werden, wenn die Partei auf die Befolgung der Vorschrift verzichtet oder wenn sie bei der nächsten mündlichen Verhandlung den Mangel nicht gerügt hat, obwohl sie erschienen oder ihr der Mangel bekannt war oder hätte bekannt sein müssen. Diese Vorschrift gilt über § 202 SGG auch für das sozialgerichtliche Verfahren. Der Verlust des Rügerechts ist jedoch nur möglich, wenn es sich um Verfahrensverstöße handelt, die nicht von Amts wegen zu berücksichtigen sind (BSG vom 30. 8. 1955 - 7 RAf 17/54 - BSGE 1, 126, 131; BSG vom 12. 9. 1956 - 10 RV 453/56 - BSGE 3, 284, 285; BSG vom 25. 10. 1956 - 6 RKa 2/56 - BSGE 4, 60, 64).

Ob eine Verfahrensvorschrift vorliegt, auf deren Einhaltung verzichtet werden kann, muss im Einzelfall unter Berücksichtigung des Zwecks der gesetzlichen Regelung ermittelt werden. Ein Verlust des Rügerechts kommt jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn es sich um Verfahrensmängel handelt, die bei einer zulässigen Berufung oder zulässigen Revision auch dann berücksichtigt werden müssen, wenn keiner der Parteien sie gerügt hat (Kummer NJW 1989, 1569, 1571). Hierzu gehören z. B. Verfahrensmängel, die bis in die Revisionsinstanz fortwirken (BSG vom 12. 2. 1958 - 11/9 RV 888/55 - NJW 1958, 925, 926; BSG vom 28. 7. 1961 - 8 RV 145/59 - BSGE 14, 298, 299; BSG vom 14. 12. 1960 - 2 RV 18/59 - NJW 1961, 750, 751).

Nach herrschender Meinung kann auf die Rüge der Verletzung des § 117 SGG wirksam verzichtet werden (Bley Gesamtkommentar SGB/RVO (Loseblatt) Lieferung 141, § 117 SGG Anm. 3c;

Meyer-Ladewig 7. Aufl. 2002, § 117 Rz. 7; Redecker/v. Örtzen VGO, Kommentar 13. Aufl., 2000 § 96 Rz. 8 unter Hinweis auf die Entscheidungen des BVerwG vom 12. 7. 1979 - 6 B 81/78 - VRspr. 31, 506). Nach Stein/Jonas (Kommentar zur ZPO 21. Aufl. 1999, Band 42, § 355, Rz. 26) unterliegt der Verstoß gegen die formelle Unmittelbarkeit grundsätzlich dem Rügeverzicht der Parteien gemäß § 295 Abs. 1 ZPO. Der Rügeverzicht könne deshalb zugelassen werden, weil die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme nicht in erster Linie dem öffentlichen Interesse diene. Für die Verzichtbarkeit spreche auch, dass die sachlich benachbarte Frage, ob unter Verzicht auf ein unmittelbares Beweismittel nur ein mittelbares Beweismittel verwertet wird, der Parteidisposition unterliege (OLG Frankfurt vom 21. 9. 1976 - 8 U 57/76 - NJW 1977, 301; BGH vom 2. 2. 1979 - V ZR 146/77 - NJW 1979, 2518; BVerwG vom 17. 11. 1972 - IVc 41.68 - BverfGE 41, 174; BFH vom 26. 3. 1991 - VII R 72/90 -).

III. Der Inhalt des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme

Die Unmittelbarkeit ist nur gewahrt, wenn die Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht durchgeführt wird. Bei einem Kollegialgericht muss sie vor dem vollbesetzten Kollegium stattfinden (BVerwG vom 17. 11. 1972 - IV C 41/68 - DVBl. 1973, 372). Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, einer der wichtigsten Grundsätze des Beweisrechts ist angeordnet, weil grundsätzlich nur der eigene, nicht durch Protokolle oder mündliche Bericht vermittelte Eindruck vom Ergebnis der Beweisaufnahme eine ausreichende Grundlage für eine gewissenhafte Tatsachenfeststellung darstellt. Nur wer die Vernehmung eines Zeugen oder einer Partei miterlebt hat, kann sich über deren Glaubwürdigkeit und über den Sinn ihrer Aussage ein eigenes Urteil bilden (Stein/Jonas Kommentar zur ZPO 21. Aufl. 1999, Band 4/2, § 355 Rz. 6).

Dem Grundsatz der Unmittelbarkeit entspricht es nicht, Protokolle von Beweisaufnahmen in anderen Verfahren anstelle eigener Ermittlungen des Gerichts zu verwenden. Die Verwertung als insofern unmittelbarer Urkundenbeweis ist zulässig, wenn die Beteiligten damit einverstanden sind. Soweit ein Protokoll über die frühere Vernehmung eines Zeugen vorliegt, stellt sich für das Gericht die Frage, ob es den Zeugen selbst noch einmal vernehmen soll. Geht es um die Glaubwürdigkeit ist die nochmalige Vernehmung des Zeugen unentbehrlich, weil das Gericht einen unmittelbaren Eindruck vom Zeugen erhalten muss, um seine Glaubwürdigkeit beurteilen zu können (Peter/Sauter/Wolf SGG 4. Aufl. 72. Lfg. 4/2001 Rz. 29).

An der mündlichen Verhandlung wirken die ehrenamtlichen Richter auch während der Beweisaufnahme mit, so dass die Kammer beim SG mit einem Berufsrichter als Vorsitzenden und zwei ehrenamtlichen Richtern als Beisitzer und der Senat beim LSG mit 3 Berufsrichtern und 2 ehrenamtlichen Richtern besetzt ist. Nach § 129 SGG kann das Urteil nur von den Richtern gefällt werden, die an der dem Urteil zugrunde liegenden Verhandlung teilgenommen

haben. Durch die Bestimmung soll erreicht werden, dass kein Richterwechsel stattfindet, wenn in einem Rechtsstreit nur ein Termin zur mündlichen Verhandlung stattfindet. Finden mehrere Termine zur mündlichen Verhandlung statt, lässt es sich nicht vermeiden, dass die Besetzung der Gerichte während der Beweisaufnahme teilweise eine andere ist, als in dem Termin in dem das Urteil gefällt wird.

IV. Einzelfälle

Zur Glaubwürdigkeitsbeurteilung bei einem durch den Einzelrichter vernommenen Zeugen hat der BGH (vom 13.3.1991 – 4 ZR 74/90 – NJW 1991, 384) entschieden, dass zwischen der auf die Sachdarstellung bezogenen Glaubhaftigkeit und der sich auf die Persönlichkeit des Zeugen beziehenden Glaubwürdigkeit zu unterscheiden ist. Das Kollegium kann die Glaubwürdigkeit eines von dem Einzelrichter vernommenen Zeugen, die von den Parteien substantiiert in Zweifel gezogen worden ist, nur dann beurteilen, wenn der Einzelrichter seinen Eindruck von dem Zeugen und von dessen Glaubwürdigkeit im Protokoll niedergelegt hat.

Eine erneute Zeugenvernehmung durch das Berufungsgericht kann erforderlich sein, wenn das erstinstanzliche Gericht aufgrund von Zeugenaussagen über den Verlauf der Vertragsverhandlungen festgestellt hat, dass eine schriftliche Vertragserklärung im Einverständnis des Vertragspartners nur zum Schein abgegeben worden ist. Will das Berufungsgericht zu der Erkenntnis kommen, dass die Erklärung ernstlich gewollt worden ist und muss es deshalb die begleitenden Umstände und Äußerungen, von denen das erstinstanzliche Gericht ausgegangen war, anders bewerten, so ist eine erneute Zeugenvernehmung unabdingbar (BGH vom 28.11.1995 – XI ZR 37/95 – NJW 1996, 663).

Zur Bedeutung des Glaubwürdigkeitsvermerks bei widersprechenden Zeugenaussagen und wechselnder Besetzung des Gerichts hat der BGH (vom 9. 1. 1997 – III ZR 162/95 – NJW-RR 1997, 506) wie folgt entschieden:

Bezeichnet ein Gericht aufgrund einer Beweisaufnahme, an der nur einer der an der Urteilsfällung beteiligten Richter teilgenommen hat, einen Zeugen als glaubwürdig, dann kann die Feststellung, der Zeuge sei ersichtlich bemüht gewesen, nur das zu bekunden, woran er sich auch erinnern konnte, und es könne nach dem in der Beweisaufnahme gewonnenen persönlichen Eindruck aus-

geschlossen werden, dass er eine Gefälligkeitsaussage gemacht habe, nur auf der Würdigung des auch an der Beweisaufnahme beteiligten Richters beruhen. Damit ist der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme nicht beachtet.

Vernimmt ein Gericht beide Parteien in unterschiedlicher Besetzung und hält es die Aussage einer Partei im Hinblick auf vorliegende Urkunden und die Aussage der anderen Partei für nicht glaubhaft, ohne sich mit der auch nicht einmal in einem Protokollvermerk behandelten Glaubwürdigkeit dieser Partei auseinander zu setzen, dann liegt ein Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme vor, da das Gericht der in seiner Schlussbesetzung vernommenen anderen Partei glaubt und damit zwangsläufig die in anderer Besetzung vernommene Partei für unglaubwürdig hält.

Auf einer ähnlichen Linie liegt die Entscheidung des BGH (vom 12. 3.1992 – III ZR 133/90 – WM 1992, 1712) zur Frage, unter welcher Voraussetzung die Verwertung der Ergebnisse einer Augenscheinseinnahme nach einem Richterwechsel gegen das Gebot der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme verstößt.

Der BGH hat bestätigt, dass ein Richterwechsel nach der Beweisaufnahme nicht grundsätzlich deren Wiederholung erzwingt, die Ergebnisse eines früheren Augenscheins können im Wege des Urkundenbeweises durch Heranziehung des Augenscheinprotokolls (§ 160 Abs. 3 Nr. 5 ZPO) verwertet werden. Das Gericht darf dann bei der Beweiswürdigung aber nur das berücksichtigen, was auf der persönlichen Erinnerung aller an der Entscheidung beteiligten Richter beruht oder aktenkundig ist und wozu die Parteien sich erklären konnten. Eindrücke, die nicht in das Verhandlungsprotokoll aufgenommen worden sind, zu denen die Parteien auch keine Stellung nehmen konnten, dürfen dagegen nach einem Richterwechsel nicht verwendet werden, selbst, wenn von 3 mitwirkenden Richtern nur einer an der Beweisaufnahme nicht teilgenommen hat.

Hat sich das Sitzungsprotokoll im wesentlichen auf die Wiedergabe des äußeren Ablaufs des Ortstermins bezogen und wurde der Inhalt der gemachten Wahrnehmungen nicht protokolliert, sondern erstmals im Berufungsurteil mitgeteilt, liegt ein Verfahrensfehler vor, der nicht nach § 295 Abs. 1 ZPO geheilt worden ist.

*Rechtsanwalt Dr. Harald Hess,
Mainz*