

## Kapitel 5 Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Leistungsklage

Übersicht	Rdn.
I. Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Leistungsklage auf Versorgung mit einem Hörgerät . . . . .	1
II. Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Leistungsklage auf ein höheres Insolvenzgeld . . . . .	12

### I. Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Leistungsklage auf Versorgung mit einem Hörgerät

(Beteiligtenfähigkeit eines geistig Behinderten – § 70 Nr. 1 SGG; Prozessunfähigkeit – § 104 Nr. 2 BGB und § 71 Abs. 1 SGG; gesetzlich vertreten durch einen Betreuer – §§ 1896 und 1902 BGB; Passivlegitimation der beklagten Krankenkasse nach Zusammenschluss mehrerer Krankenkassen; Zulässigkeit und Ziel der Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Leistungsklage (§ 54 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 4 SGG); Rücknahme eines rechtswidrigen nicht begünstigenden Verwaltungsakts – § 44 Abs. 1 Satz 1 SGB X; Rechtsanspruch auf Versorgung mit Hilfsmitteln – § 21 Abs. 1 Nr. 2 SGB I und § 27 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB V; keine Versagung von Leistungen wegen unterlassener Mitwirkung – § 60 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB I; Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zur Erteilung der erforderlichen Auskünfte durch Dritte – §§ 11 SGB X und 15 SGB I)

[Datum]	1
An das Sozialgericht [Straße] [Ort]	
Klage des ... [Straße] [Ort]	– Klägers –
– gesetzlich vertreten durch seinen Betreuer O. R. – Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt ... [Straße] [Ort]	
gegen Allgemeine Ortskrankenkasse ... – vertreten durch den Geschäftsführer – [Straße] [Ort]	– Beklagte –
wegen Versorgung mit einem Hörgerät Namens und in Vollmacht des Klägers <b>erhebe ich Klage und beantrage,</b> den Bescheid vom ... in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom ... aufzuheben, die Beklagte zu verpflichten, den Bescheid der Krankenkasse X vom ... in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom ... zurückzunehmen und den Kläger mit einem Hör- gerät der Firma A. B. Modell K. zu versorgen.	

**Begründung:**

...

*[HIER nähere Ausführungen; HIER ein generalisierter Beispielssachverhalt]*

Der am ... geborene Kläger ist geistig behindert. Das Betreuungsgericht ... bestellte am ... den Angestellten W.P. zu seinem Betreuer. Dieser beantragte unter Vorlage der Verordnung des Hals-, Nasen- und Ohrenarztes Dr... bei der Krankenkasse X die Versorgung des Klägers mit einem Hörgerät der Firma A. B. Modell K. Die Krankenkasse ließ den Kläger durch den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung (MDK) untersuchen und lehnte mit Bescheid vom ... in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom ... die Versorgung mit einem Hörgerät ab. Zur Begründung führte die Krankenkasse aus: Bei dem geistig behinderten Antragsteller sei eine Schwerhörigkeit ungewöhnlich schwer festzustellen, da er auf die Untersuchungsmethoden kaum reagiere. Möglicherweise hätten die Menschen, die mit ihm zusammenlebten, zwar den Eindruck, er sei schwerhörig. Da man aber nicht feststellen könne, ob er wirklich ein Hörgerät benötige, sei der Antrag abzulehnen. Auch den Widerspruch gegen diese Entscheidung wies die Krankenkasse X. zurück. Der damalige Betreuer W. P. ließ die Bescheide bestandskräftig werden.

Nachdem W. P. das Amt des Betreuers wegen einer schweren Erkrankung niedergelegt hatte, bestellte das Betreuungsgericht am ... den Oberstudienrat O. R. zum neuen Betreuer. O. R. besuchte häufiger den in einer Behindertenwerkstatt untergebrachten Kläger. Dabei stellte er fest, dass der Betreute immer dann fröhlich wurde, wenn das Radiogerät auf besonders laut gestellt wurde und Tanzmusik erklang. Dies veranlasste den neuen Betreuer, mit dem Kläger in die Hals-, Nasen- und Ohrenklinik der Universität ... zu fahren und dort eine eingehende Untersuchung durchführen zu lassen. Sie hatte das Ergebnis: Der Kläger ist seit Geburt schwerhörig und bedarf dringend des Hörgeräts, das der Hals-, Nasen- und Ohrenarzt Dr... seinerzeit bereits verordnet hatte. Der Betreuer O. R. beantragte daraufhin bei der – nach Zusammenschluss mehrerer Ortskrankenkassen – nunmehr zuständigen Beklagten erneut die Versorgung des Klägers mit einem Hörgerät der Firma A. B. Modell K. Auch dieser Antrag hatte keinen Erfolg. Die Krankenkasse verwies auf den bestandskräftigen Bescheid der Krankenkasse X vom ... in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom ... Aufgrund dieser Bescheide stehe bindend fest, dass der Kläger keinen Anspruch auf das erneut beantragte Hörgerät habe. Selbst wenn es zutreffen sollte, dass er heute schwerhörig sei, könne er nicht mit einem solch wertvollen Hörgerät versorgt werden, das nur für Angehörige von Berufen notwendig sei, die dauernd mit anderen Menschen Gespräche führen müssten, z.B. Kaufleute, Berufsberater, also Menschen, die täglich auf ein hochwertiges Gerät angewiesen seien.

Die Auffassung der Beklagten ist unhaltbar. Schon die seinerzeitige Ablehnung der Versorgung mit dem beantragten Hörgerät war rechtswidrig. Denn nach den Feststellungen der Hals-, Nasen- und Ohrenklinik der Universität ... bestand auch bereits damals – wie sich aus dem Befundbericht der Klinik vom ... ergibt – eine Schwerhörigkeit, die nur mit dem hochwertigen Hörgerät der Firma A. B. Modell K. ausgeglichen werden kann.

Rechtsanwalt

**Anlagen:**

1. Prozessvollmacht des Klägers – unterzeichnet von dem Betreuer O. R. –
2. Urkunde über die Bestellung des Oberstudienrats O. R. zum Betreuer des Klägers
3. Bescheid der Krankenkasse X vom ... – Az.:... –
4. Widerspruchsbescheid der Krankenkasse X vom ... – Az.:... –
5. Bescheid der Beklagten vom ... – Az.:... –
6. Widerspruchsbescheid der Beklagten vom ... – Az.:... –
7. Verordnung des Hals-, Nasen- und Ohrenarztes Dr... vom ...
8. Befundbericht der Hals-, Nasen- und Ohrenklinik der Universität ... vom ...

Auch **geistig behinderte Menschen** sind selbst dann **beteiligtenfähig** (§ 70 Nr. 1 SGG), wenn sie gemäß § 104 Nr. 2 BGB geschäftsunfähig sind. Denn fähig an sozialgerichtlichen Verfahren beteiligt zu sein, sind nach der genannten Vorschrift ohne Einschränkung juristische und natürliche Personen. 2

**Geschäftsunfähige Personen** (vgl. § 104 BGB) können sich nicht für durch Verträge verpflichten. Sie sind deshalb **prozessunfähig** (Umkehrschluss aus § 71 Abs. 1 SGG). Ihre **Prozesshandlungen** sind **unwirksam**. Allerdings besteht die Möglichkeit, dass sie durch den gesetzlichen Vertreter genehmigt werden. Der Vertreter kann die **Genehmigung** aber nicht auf einzelne Prozesshandlungen beschränken. Die Rechtssicherheit erfordert es, die Prozessführung **als »einheitliches Ganzes«** zu behandeln (vgl. BSG, Urt. vom 29.06.1995 – 11 RAr 57/94 – BSGE 76, 178, 180 f. = SozR 3-4100 § 58 Nr. 7). 3

Im generalisierten Beispielsachverhalt wird der Kläger durch einen vom Betreuungsgericht bestellten **Betreuer** vertreten. Es handelt sich um einen Fall der **gesetzlichen Vertretung** (§§ 1896 und 1902 BGB). Für den Rechtsstreit hat es die Bedeutung: selbst wenn der Betreute nicht geschäftsunfähig (vgl. § 104 BGB) sein sollte, steht er für den Rechtsstreit gemäß § 53 ZPO i.Vbdg.m. § 202 SGG einer nicht prozessfähigen Person gleich, wenn er durch einen Betreuer oder Pfleger vertreten wird. Da der Kläger bereits im Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren bei der – durch einen Zusammenschluss mehrerer Krankenkassen untergegangenen – Krankenkasse X und auch in dem bei der Beklagten durchgeführten Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren durch ein Betreuer vertreten war, sind die **ergangenen Bescheide** formal in Ordnung und damit **wirksam**. 4

Die **beklagte Krankenkasse** ist **passiv legitimiert**, d.h. generell zuständig für die mit der Klage begehrte Leistung oder Verpflichtung (vgl. dazu BSG, Urt. vom 12.02.2015 – B 10 RG 1/13 R – und vom 24.04.2015 – B 4 AS 39/14 R –). Mehrere Krankenkassen, darunter die Krankenkasse X, haben sich zu einer neuen Krankenkasse, nämlich der Beklagten, zusammengeschlossen. Dadurch sind die bisherigen Krankenkassen als eigenständige Rechtssubjekte untergegangen, und die Beklagte ist **als Rechtsnachfolgerin in deren Rechten und Pflichten eingetreten**. Es handelt sich um einen **Zuständigkeitswechsel** auf die Beklagte, der hier zwar nicht während des Gerichtsverfahrens, sondern zwischen zwei in zeitlichem Abstand durchgeführten Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren eingetreten ist (vgl. zum Zuständigkeitswechsel bei Behörden während des Gerichtsverfahrens BSG, Urt. vom 26.03.2014 – B 10 EG 2/13 R – DRspr 2014/9553 – und BFH, Urt. vom 30.01.2014 – V R 38/11 – BFH/NV 2014, 837–839; siehe auch BVerwG, Urt. vom 19.02.2015 – BVerwG I C 13.14 – DÖV 2015, 584). 5

Nach § 54 Abs. 1 Satz 2 SGG ist die **Klage nur zulässig**, wenn der **Kläger behauptet**, durch den Verwaltungsakt oder durch die Ablehnung oder Unterlassung eines Verwaltungsakts **beschwert zu sein**. Der Kläger macht im generalisierten Beispielsachverhalt geltend, dass die Beklagte verpflichtet sei, die von der Krankenkasse X seinerzeit erlassenen Bescheide zurückzunehmen, weil sie von Anfang an rechtswidrig waren, und dass die Ablehnung, diesem Begehren zu folgen, ebenfalls rechtswidrig sei. Außerdem macht er geltend, dass er einen Anspruch auf Versorgung mit dem von dem Hals-, Nasen- und Ohrenarzt Dr... am ... verordneten Hörgerät habe. Nach seinem Vorbringen ergibt sich die **Möglichkeit**, dass der Kläger **in eigenen Rechten verletzt** ist (vgl. dazu BVerwG, Urt. vom 06.05.2015 – BVerwG 6 C 11.14 –; BAG, Beschl. vom 18.03.2015 – 7 ABR 6/13 – [zum Rechtsschutzinteresse als in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfende Zulässigkeitsvoraussetzung]). Dies genügt für die Zulässigkeit der Klage. Es würde allerdings nach § 54 Abs. 1 Satz 2 SGG nicht ausreichen, wenn die Richter bei der Prüfung der Zulässigkeit der Klage das Vorliegen einer objektiven Beschwer erkennen könnten, ohne dass der Kläger eine entsprechende Behauptung aufgestellt hätte (vgl. BSG, Urt. vom 21.04.1961 – 7 RAr 40/59 – BSGE 14, 164, 165 f. = SozR Nr. 2 zu § 145 AVAVG). Denn ob der Kläger **tatsächlich beschwert** ist, hat das Gericht im Rahmen der **Begründetheit** der Klage zu prüfen (BSG, Urt. vom 29.04.1958 – 3 RK 9/57 – BSGE 7, 169, 170 = DOK 1958, 374 und vom 30.10.1963 – 6 RKa 4/62 – BSGE 20, 74, 75 = SozR Nr. 1 zu § 368h RVO). 6

- 7 Der Kläger hat mit der **kombinierten Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Leistungsklage** (§ 54 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 4, § 56 SGG) die **richtige Klageart** gewählt (vgl. dazu BSG, Urt. vom 29.09.2009 – B 8 SO 16/08 R – SozR 4-1300 § 4 Nr. 20 = BSGE 104, 213 = Breithaupt 2010, 707, 708, vom 18.05.2010 – B 7 AL 49/08 R –, vom 09.06.2011 – B 8 A Y 1/10 R – NVwZ-RR 2012, 204 = NZS 2012, 77 [nur LS], vom 10.11.2011 – B 8 SO 12/10 R – SozR 4-3500 § 30 Nr. 4 = SGB 2012, 35 und – B 8 SO 18/10 R – SozR 4-4200 § 22 Nr. 38 = NVwZ-RR 2012, 313–316 = SGB 2012, 616–618, vom 13.02.2014 – B 4 AS 19/13 R – SGB 2014, 202–203 und vom 24.03.2015 – B 8 SO 9/14 R –). Mit der **Anfechtungsklage** (§ 54 Abs. 1 Satz 1 SGG) begehrt er die Aufhebung des von der beklagten Krankenkasse erlassenen Ablehnungsbescheides vom ... in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom ... (§ 95 SGG). Die **Verpflichtungsklage** (§ 54 Abs. 1 Satz 1 SGG) ist erforderlich, um zu erreichen, dass das Gericht die Beklagte verpflichtet, den seinerzeit von der Krankenkasse X erlassenen Ablehnungsbescheid vom ... in der Gestalt des Widerspruchsbescheides ... zurückzunehmen. Die **Leistungsklage** (§ 54 Abs. 4 SGG) ist erforderlich, damit die Beklagte verurteilt werden kann, den Kläger mit dem von ihm im Prozessantrag genau bezeichneten Hörgerät zu versorgen.
- 8 **Verwaltungsakte**, gegen die der gegebene Rechtsbehelf nicht oder erfolglos eingelegt wird, werden für die Beteiligten **in der Sache bindend**, soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist (§ 77 SGG). Gegen den Bescheid der Krankenkasse X vom ... in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom ... hat der Kläger seinerzeit nicht Klage erhoben. Die Bescheide sind damit bindend geworden. Das Gesetz sieht aber unter bestimmten Voraussetzungen die **Durchbrechung der Bestandskraft**, z.B. in § 44 SGB X, vor. Nach Abs. 1 Satz 1 der genannten Vorschrift ist ein Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, **mit Wirkung für die Zukunft zurückzunehmen**, soweit sich im Einzelfall ergibt, dass bei seinem Erlass das **Recht unrichtig angewandt** oder von einem Sachverhalt ausgegangen worden ist, der sich als unrichtig erweist, und soweit deshalb Sozialleistungen zu Unrecht nicht erbracht worden sind. Über die Rücknahme entscheidet nach Unanfechtbarkeit des Verwaltungsaktes die zuständige Behörde; dies gilt auch dann, wenn der zurückzunehmende Verwaltungsakt von einer anderen Behörde erlassen worden ist (§ 44 Abs. 3 SGB X). Die Beklagte ist als Rechtsnachfolgerin der Krankenkasse X zuständig für die Überprüfung der von dieser Kasse erlassenen Bescheide.
- 9 Entgegen der Auffassung der Beklagten war das Recht seinerzeit unrichtig angewendet worden. Wie die erneute Untersuchung des Klägers in der Hals-, Nasen- und Ohrenklinik der Universität ... ergeben hat, liegt eine Schwerhörigkeit vor, die nur mit dem vom Kläger begehrten Hörgerät ausgeglichen werden kann. Die Krankenkasse X hätte seinerzeit schon den Kläger mit dem beantragten Hörgerät versorgen müssen. Das ergibt sich aus § 21 Abs. 1 Nr. 2 SGB I und § 27 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB V. Auf diese Leistung bestand und besteht ein Rechtsanspruch (vgl. den Gesetzeswortlaut: »... können in Anspruch genommen werden« bzw. »... haben Anspruch auf«). Die Versorgung von Hörgeräten, auch hochwertigen, ist allein davon abhängig, dass eine ausreichende Hörleistung erreicht wird. Wenn ein geistig behinderter Mensch nur mit einem qualitativ hochwertigen Gerät hören kann, hat er darauf einen Anspruch. Im generalisierten Beispielsachverhalt sind der Hals-, Nasen- und Ohrenarzt Dr. ... und die Hals-, Nasen- und Ohren-Klinik der Universität ... übereinstimmend zu dem Ergebnis gekommen, dass der Kläger ein Hörgerät der Firma A. B. Modell K benötigt, um überhaupt hören zu können. Das ist allein maßgebend. Sollte das Gericht insoweit noch **Zweifel** haben, müsste es eine **Beweisaufnahme** durchführen und entweder ein Gutachten eines vom Gericht als **Sachverständigen** bestellten Facharztes für Hals-, Nasen- und Ohrenkrankheiten beiziehen oder zur mündlichen Verhandlung laden und vernehmen (vgl. § 118 Abs. 1 Satz 1 SGG i.Vbdg.m. § 404 ZPO). Darüber befindet das Gericht **nach pflichtgemäßem Ermessen**, es sei denn es hätte die **notwendige Sachkunde**, um ohne ein Sachverständigen die medizinische Frage zu entscheiden (vgl. dazu BVerwG, Entsch. vom 10.02.2015 – BVerwG 5 B 60.14 – und vom 31.03.2015 – BVerwG 4 B 6.15 –; BFH, Beschl. vom 07.01.2015 – I B 42/13 –). Kommt das Gericht dann zu dem Ergebnis, dass der Kläger schon im Zeitpunkt der Entscheidung der Krankenkasse X das gewünschte Hörgerät benötigte, ist auf die **Anfechtungsklage** (§ 54 Abs. 1 Satz 1 SGG) der von der Beklagten erlassene Ablehnungsbescheid in der Ge-

stalt des Widerspruchsbescheides (§ 95 SGG) aufzuheben und auf die **Verpflichtungsklage** (§ 54 Abs. 1 Satz 1 SGG) die Beklagte zu verpflichten, die Bescheide der Krankenkasse X gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGG zurückzunehmen. Ferner hat das Gericht, weil ein Rechtsanspruch auf die begehrte Leistung besteht, auf die **Leistungsklage** (§ 54 Abs. 4 SGG) die beklagte Krankenkasse zur Versorgung des Klägers mit dem Hörgerät der Firma A. B. Modell K zu verurteilen.

Gemäß § 44 Abs. 1 Satz 2 SGB X kommt eine Rücknahme eines rechtswidrigen, nicht begünstigenden Verwaltungsakts nicht in Betracht, wenn der Verwaltungsakt auf Angaben beruht, die der Betroffene vorsätzlich in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig gemacht hat. Diese Vorschrift kann auf einen geistig behinderten Menschen, der sich nicht richtig auszudrücken weiß und möglicherweise den Zweck der Hörprüfung durch einen Arzt nicht versteht, nicht zu seinen Ungunsten angewendet werden. Denn **vorsätzlich** handelt nur derjenige, der mit **Wissen und Wollen** handelt (vgl. dazu Heinrichs in Palandt, § 276 Rn. 10) Das setzt das Verstehen der Vorgänge voraus und die Fähigkeit, entsprechend zu handeln.

Ebenso wenig können einem geistig behinderten, geschäftsunfähigen Menschen Leistungen deshalb versagt werden, weil er im Verwaltungsverfahren **nicht ausreichend mitgewirkt** hat. Nach § 60 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB I hat derjenige, der Sozialleistungen beantragt oder erhält alle Tatsachen anzugeben, die für die Leistung erheblich sind, und auf Verlangen des zuständigen Leistungsträgers der Erteilung der erforderlichen Auskünfte durch Dritte zuzustimmen. Demjenigen, der sich aus gesundheitlichen Gründen, z.B. wegen einer geistigen Behinderung, nicht äußern kann, obwohl seine Äußerung – wie bei der Untersuchung des Hörvermögens – zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen bedeutsam ist, darf die Behörde nicht deshalb Leistungen versagen. Dagegen kann der zuständige Leistungsträger verlangen, dass auch ein geistig behinderter Mensch der **Erteilung erforderlicher Auskünfte** durch Dritte (vgl. § 15 SGB I) zustimmt. Die **Zustimmung** erfolgt dann zwar nicht durch ihn persönlich, sondern **durch den gesetzlichen Vertreter**, der die erforderlichen **Verfahrenshandlungen** (vgl. dazu § 11 SGB X) vorzunehmen hat.

## II. Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Leistungsklage auf ein höheres Insolvenzgeld

(Klagebefugnis der Witwe und Alleinerbin eines Arbeitnehmers – § 165 Abs. 4 SGB III; Sonderrechtsnachfolge – § 56 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB I; Beteiligtenfähigkeit der Bundesagentur für Arbeit – § 70 Nr. 1 SGG; Passivlegitimation der Bundesagentur; örtliche Zuständigkeit der Agentur für Arbeit nach Umzug der Klägerin – § 2 Abs. 2 SGB X; örtliche Zuständigkeit des Sozialgerichts – § 57 Abs. 1 Satz 1 SGG; Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Leistungsklage, Zulässigkeit – § 54 Abs. 1 Satz 1 und 2 und Abs. 4 SGG sowie § 44 Abs. 1 Satz 1 SGB X; richtige Klageart der Klagekombination; Anspruch auf Insolvenzgeld – § 165 Abs. 1 und 2 Satz 1 SGB III und Höhe der Leistung – § 167 Abs. 1 SGB III)

	[Datum]	12
An das Sozialgericht [Straße] [Ort]		
Klage der ... [Straße] [Ort]		
	– Klägerin –	

## Kapitel 30 Ergänzung von Urteilen und Beschlüssen

Übersicht	Rdn.
I. Antrag auf Ergänzung eines SG-Urteils um eine Entscheidung über den Anspruch auf ein Hilfsmittel . . . . .	1
II. Antrag auf Ergänzung eines LSG-Urteils zur Auflage in einem Genehmigungserlass für eine Kassensatzung . . . . .	16
III. Antrag auf Ergänzung eines BSG-Urteils um die Kostenentscheidung bezüglich eines Beigeladenen . . . . .	22
IV. Antrag auf Ergänzung der SG-Anordnung der aufschiebenden Wirkung einer Beitragsnachforderung um die Anordnung, die Vollziehung des Verwaltungsakts aufzuheben . . . . .	30

### I. Antrag auf Ergänzung eines SG-Urteils um eine Entscheidung über den Anspruch auf ein Hilfsmittel

(Zweck der Regelung des § 140 SGG; Antrag – § 140 Abs. 1 Satz 1 SGG; Antragsfrist – § 140 Abs. 1 Satz 2 SGG; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand – § 67 Abs. 1 SGG; Form des Antrags – § 90 SGG analog; Antragsbegründung – Dispositionsmaxime; Antragsberechtigung; Zuständigkeit des Gerichts; Gegenstand des Verfahrens; Prozesskostenhilfe – § 73a Abs. 1 Satz 1 i.Vbdg.m. § 119 Abs. 1 Satz 1 ZPO; Gegenstand des Ergänzungsverfahrens: erhobener und übergangener materiell-rechtlicher Anspruch – vgl. dazu § 140 Abs. 1 Satz 1 SGG; Entscheidungsform – § 140 Abs. 2 Satz 2 SGG; mündliche Verhandlung – § 124 Abs. 1 und § 140 Abs. 3 SGG; selbstständige Kostenentscheidung für das Ergänzungsverfahren – § 193 SGG; Vermerk auf der Urschrift des Urteils und den Ausfertigungen – § 140 Abs. 4 SGG)

1

<i>[Datum]</i>
Rechtsanwältin ... <i>[Straße]</i> <i>[Ort]</i>
An das Sozialgericht ... <i>[Straße]</i> <i>[Ort]</i>
In dem Rechtsstreit .../... – Az.:... –
<b>beantragt</b> der Kläger,  das Urteil des Sozialgerichts ... vom ... um folgende Entscheidung zu ergänzen: Ferner wird der Bescheid der beklagten Krankenkasse vom ... in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom ... aufgehoben und die Beklagte verurteilt, den Kläger mit einer Bandage für sein verletztes Knie zu versorgen.
<b>Begründung:</b> ... <i>[HIER nähere Ausführungen; HIER ein generalisierter Beispielsachverhalt]</i> Der Kläger hat am ... durch eigenes Verschulden einen Verkehrsunfall verursacht und sich dabei mehrere Verletzungen zugezogen. Die beklagte Krankenkasse lehnte Leistungen mit der Begründung ab, es habe sich um einen Wegeunfall im Sinne von § 8 SGB VII gehandelt.

Zuständig für die Leistungen sei die Berufsgenossenschaft ... Diese hat zunächst die Behandlungskosten im Krankenhaus und anschließend beim Hausarzt übernommen, sich aber gleichzeitig an die beklagte Krankenkasse gewendet und um Erstattung gebeten, weil der Kläger bei seiner Fahrt von der Arbeitsstelle zu seiner Wohnung von der Wegstrecke angeblich abgewichen sei, private Einkäufe getätigt und auf diesem Umweg verunglückt sei. Der Kläger hat sich daraufhin an die beklagte Krankenkasse gewendet, die Zahlung von Krankengeld verlangt und mit einer Verordnung des Hausarztes um die Lieferung einer Bandage für sein verletztes linkes Knie gebeten. Die Krankengeldzahlung wurde mit Bescheid vom ... in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom ... und die Lieferung der Bandage mit Bescheid vom ... in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom ... abgelehnt. Der Kläger hat dagegen fristgerecht beim Sozialgericht ... Klage erhoben. Nach umfangreicher Beweisaufnahme haben die Richter das Vorliegen eines Arbeitsunfalls verneint und die Beklagte zur Zahlung von Krankengeld verurteilt. Das Gericht hat jedoch vergessen, auch über den geltend gemachten Anspruch auf Lieferung einer Bandage für das verletzte linke Knie zu entscheiden. Zur Ergänzung seiner Entscheidung ist das Sozialgericht gemäß § 140 SGG verpflichtet.

Rechtsanwältin

Im generalisierten Beispielsachverhalt hat das SG versäumt, über den vom Kläger auch geltend gemachten Anspruch auf Versorgung mit einem Hilfsmittel, nämlich einer Bandage für das verletzte linke Knie, zu entscheiden. Dieser **Anspruch ist beim SG rechtshängig geblieben**. § 140 SGG ermöglicht – aus prozessökonomischen Gründen –, das Gericht zu veranlassen, die **versehentlich unterbliebene Entscheidung nachzuholen**. Es muss nicht erneut Klage erhoben werden, und es ist nicht notwendig, wegen dieses Entscheidungsdefizits die Rechtsmittelinstanz anzurufen. Die Regelung des § 140 SGG dient mithin der **Ergänzung einer lückenhaften Gerichtsentscheidung** (vgl. dazu BFH, Ergänzungsurteil vom 01.06.2011 – I ZR 80/09 –; *Kummer* in Peters/Sautter/Wolff, § 140 – 93. Lieferung – 01/2013 – Rn. 1. Es geht nicht darum, eine für falsch gehaltene Entscheidung zu berichtigen (vgl. BFH, Entsch. vom 27.11.1979 – VI ZR 40/78 – NJW 1980, 840 zu § 321 ZPO).

Die nachträgliche Ergänzung der lückenhaften Entscheidung darf – wie sich aus § 140 Abs. 1 Satz 1 SGG ergibt – **nur auf Antrag** erfolgen. Der Gesetzgeber hat es bewusst dem betroffenen Beteiligten überlassen, ob das Gericht auch über den übergegangenen Anspruch noch entscheiden muss. **Antrag** im Sinne der genannten Vorschrift ist das **auf eine bestimmte Rechtsfolge gerichtete Begehren** des Beteiligten (vgl. BFH, Entsch. vom 20.09.1989 – X R 1/84 – BFH/NV 1990, 513 zu § 109 Abs. 1 FGO). der Beteiligte muss nicht das Wort »Antrag« oder »beantragen« verwenden. Sein **Schriftsatz** ist **auslegungsfähig**. Das Gericht muss – wie bei allen Prozesanträgen – den wirklichen Willen des Beteiligten erforschen (vgl. § 133 BGB; BFH, Entsch. vom 23.02.1968 – III B 2/67 – NJW 1968, 2400 = BFHE 91, 559, vom 16.04.2015 – IV R 44/12 – NWB 2015, 2042 und vom 22.04.2015 – X R 8/13 –; BAG, Urt. vom 26.03.2015 – 2 AZR 783/13 – NZA 2015, 688 = BB 2015, 1595–1599; *Kummer* in Peters/Sautter/Wolff, § 140 – 93. Lieferung – 01/2013 – Rn. 37. Selbst eine falsche Bezeichnung des Schriftsatzes, z.B. als Widerspruch, kann das Gericht zur Ergänzung seiner Entscheidung veranlassen, wenn dies nach dem Inhalt des Schriftsatzes dem Begehren des Beteiligten entspricht.

Nach § 140 Satz 2 SGG muss die Ergänzungsentscheidung **binnen eines Monats** nach Zustellung des Urteils beantragt werden. Bei dieser Frist handelt es sich um eine **gesetzliche Frist**. Wird sie schuldlos versäumt, kann auf Antrag (vgl. § 67 Abs. 1 SGG) **Wiedereinsetzung** in den vorigen Stand gewährt werden (vgl. für das finanzgerichtliche Verfahren BFH, Entsch. vom 17.11.1987 – VIII R 346/83 – BFHE 152, 5 und vom 05.06.1997 – IV B 161/96 – BFH/NV 1998, 37).

Über die **Form des Antrags** schweigt das Gesetz. Offensichtlich hielt der Gesetzgeber es nicht für notwendig, in § 140 SGG dazu eine Regelung zu treffen. Man wird ohne Bedenken die Vorschrift

des § 90 SGG über die Klageerhebung **analog** anwenden können (ebenso *Keller* in Meyer-Ladewig u.a., § 140 Rn. 3). Danach muss der Antrag auf Ergänzung der versehentlich lückenhaften Gerichtsentscheidung schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle bestellt werden (vgl. *Kummer* in Peters/Sautter/Wolff, § 140 – 93. Lieferung – 01/2013 – Rn. 39).

- 6 § 140 SGG verlangt keine **Begründung** des Ergänzungsantrags. Das Begehren des Antragstellers muss aber gleichwohl so konkretisiert sein, dass das Gericht erkennen kann, welche Entscheidung es nachholen soll. Denn auch im Ergänzungsverfahren gilt – wie im Klageverfahren (dazu siehe Meyer-Ladewig, SGB 1980, 461, 465; *Kummer*, Verfahren, X Rn. 13) – die **Dispositionsmaxime**, d.h. der Kläger bzw. Antragsteller bestimmt den Streitstoff.
- 7 **Antragsberechtigt** ist nicht nur der **Kläger**, dessen geltend gemachter Anspruch übergegangen worden ist, sondern auch **die anderen Beteiligten** des Verfahrens (*Keller* in Meyer-Ladewig u.a., § 140 Rn. 3; *Kummer* in Peters/Sautter/Wolff, § 140 – 93. Lieferung – 01/2013 – Rn. 42). Auch sie können ein Interesse daran haben, das über den rechtshängig gebliebenen Anspruch durch das Gericht entschieden wird, z.B. wenn das Gericht versäumt hat, über die strittige Versicherungspflicht der Beigeladenen (vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V) zu entscheiden.
- 8 **Zuständigkeit** für die Ergänzungsentscheidung: Der Ergänzungsantrag muss an das Gericht gerichtet werden, dass die lückenhafte bzw. vermeintlich lückenhafte Entscheidung erlassen hat. Im generalisierten Beispielsachverhalt beantragt der Kläger zu Recht die Ergänzung des Urteils beim SG, bei dem der Anspruch auf Versorgung mit einer Bandage rechtshängig geblieben ist. Handelte es sich um ein versehentlich lückenhaft gebliebenes LSG-Urteil müsste der Antrag bei diesem Gericht gestellt werden. Allerdings müssen nicht dieselben Richter, die seinerzeit zur Entscheidung über den übergegangenen Anspruch berufen waren, auch über den Ergänzungsantrag befinden. Hat die **Zuständigkeit innerhalb des Gerichts gewechselt**, entscheidet der nunmehr zuständige Spruchkörper. Denn bei dem Verfahren nach § 140 SGG handelt es sich um ein »besonderes Verfahren«. Das macht schon der Wortlaut des § 140 Abs. 2 Satz 1 SGG deutlich. Es ist auch sachlich nicht geboten, dass wieder dieselben Richter zuständig sind. Anders als bei der Tatbestandsberichtigung (vgl. § 139 SGG) kommt es hier nicht auf das Erinnerungsvermögen der Richter an, die die lückenhafte Entscheidung erlassen haben.
- 9 Ist dem Beteiligten, der den Ergänzungsantrag stellt, **Prozesskostenhilfe** bewilligt worden, umfasst diese auch das Ergänzungsverfahren (vgl. BFH, Entsch. vom 27.07.1990 – VIII B 81/89 – BFH/NV 1991, 261). Denn die Bewilligung der Prozesskostenhilfe erfolgt für jeden Rechtszug besonders (§ 73a Abs. 1 Satz 1 SGG i.Vbdg.m. § 119 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Ein Ergänzungsverfahren vor dem SG gehört zum erstinstanzlichen Rechtszug. Das Gesetz kennt nicht die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für einzelne Prozesshandlungen, z.B. auch nicht für einen Ergänzungsantrag nach § 140 SGG (vgl. dazu BVerwG, Beschl. vom 27.07.2012 – BVerwG 2 AV 6.12 –). Allerdings kann einem Beteiligten, dessen Einkommens- und Vermögensverhältnisse sich im Laufe eines Gerichtsverfahrens verschlechtert haben, von diesem Zeitpunkt an Prozesskostenhilfe bewilligt werden. Dies gilt auch, wenn er bei Beginn des Ergänzungsverfahrens mittellos ist.
- 10 Gegenstand des Ergänzungsverfahrens (vgl. dazu § 140 Abs. 3 SGG) kann ein materiell-rechtlicher Anspruch oder der Kostenpunkt sein (vgl. § 140 Abs. 1 Satz 1 SGG). Voraussetzung **bezüglich des materiell-rechtlichen Anspruchs**: Er muss erhoben worden sein, und das Gericht muss ihn übergegangen haben. **Erhoben** ist der materiell-rechtliche Anspruch, wenn der Kläger ihn mit der Klage geltend gemacht, also vom Gericht unter Vorbringen eines Sachverhalts eine bestimmte Rechtsfolge verlangt hat. **Übergegangen** haben die Richter den erhobenen Anspruch, wenn sie versehentlich eine Entscheidung dazu unterlassen haben (wie hier Krasney/Udsching, VII Rn. 17).
- 11 Richtet sich der Ergänzungsantrag darauf, dass das Gericht die versehentlich unterbliebene Entscheidung über einen erhobenen materiell-rechtlichen Anspruch nachholt, müssen die Richter dazu ein **Ergänzungsurteil** erlassen (§ 140 Abs. 2 Satz 2 SGG), es sei denn es liegen die Voraussetzungen für eine Entscheidung durch Gerichtsbescheid (§ 105 SGG) vor, dann darf die Ergän-

zung auch durch Gerichtsbescheid erfolgen (vgl. dazu *Kummer* in Peters/Sautter/Wolff, § 140 – 93. Lieferung – 01/2013 – Rn. 62).

Grundsätzlich muss das Gericht über den Ergänzungsantrag, soweit er einen **materiell-rechtlichen Anspruch** betrifft, eine **mündliche Verhandlung** durchführen (vgl. § 140 Abs. 3 SGG). Wenn die Beteiligten sich damit einverstanden erklären, kann das Gericht auch ohne mündliche Verhandlung entscheiden (vgl. § 124 Abs. 2 SGG). Liegen die Voraussetzungen für den Erlass eines Gerichtsbescheides vor (§ 105 SGG), ist – jedenfalls im erstinstanzlichen Verfahren – eine mündliche Verhandlung nicht erforderlich.

Da es sich bei dem **Ergänzungsverfahren** nach § 140 Abs. 2 Satz 1 SGG um ein **besonderes Verfahren** handelt, muss die Ergänzungsentscheidung auch eine **selbstständige Kostenentscheidung** für dieses Verfahren enthalten (*Kummer* in Peters/Sautter/Wolff, § 140 – 93. Lieferung – 01/2013 – Rn. 67). Gehört der Antragsteller – wie im generalisierten Beispielsachverhalt – **als Versicherter** zu den in § 183 SGG genannten Personen, die Gerichtskostenfreiheit genießen, richtet sich die Kostenentscheidung nach § 193 Abs. 1 SGG (vgl. dazu auch § 197a Abs. 1 Satz 1 SGG). Sie ist im Ergänzungsurteil zu treffen.

Im **generalisierten Beispielsachverhalt** hat der Kläger fristgerecht einen ordnungsgemäß konkretisierten Ergänzungsantrag gestellt. Sein Antrag betrifft einen erhobenen materiell-rechtlichen Anspruch, nämlich auf Versorgung mit einem Hilfsmittel (vgl. dazu § 27 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB V). Das SG hat versehentlich nicht über diesen mit einer Anfechtungs- und Leistungsklage (§ 54 Abs. 1 und 4 SGG) geltend gemachten Anspruch entschieden, ihn somit übergangen. In der vom SG bereits getroffenen Entscheidung zum Anspruch auf Krankengeld ist es davon ausgegangen, dass die beklagte Krankenkasse und nicht die Berufsgenossenschaft zur Erbringung von Leistungen zuständig ist. Deshalb dürfte die Ergänzungsentscheidung zu dem geltend gemachten Anspruch auf die Bandage unproblematisch sein, es sei denn der Kläger bedürfte aus medizinischen Gründen nicht mehr einer Bandage. Hat der Ergänzungsantrag Erfolg, wird das SG durch Ergänzungsurteil den Bescheid der Beklagten vom ... in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom ..., mit dem die Versorgung mit einer Bandage abgelehnt worden ist, aufheben und die Beklagte verurteilen, den Kläger mit einer Bandage zu versorgen.

Hat das Gericht eine **ergänzende Entscheidung** getroffen, so ist diese – wie § 140 Abs. 4 SGG vorschreibt – auf der Urschrift des Urteils und den Ausfertigungen zu **vermerken**. Der Vermerk dient der Rechtssicherheit. Für jeden, der später das Urteil einsieht oder eine Ausfertigung im Rechtsverkehr verwendet, soll sofort ersichtlich sein, dass das Urteil nachträglich ergänzt worden ist.

## II. Antrag auf Ergänzung eines LSG-Urteils zur Auflage in einem Genehmigungserlass für eine Kassensatzung

(Ergänzungsantrag – § 140 Abs. 1 Satz 1 SGG; erstinstanzliche Zuständigkeit des LSG § 29 Abs. 2 Nr. 2 SGG; Antragsberechtigung; Konkretisierung des Ergänzungsantrags – Dispositionsmaxime; eigenständige Kostenentscheidung für das Ergänzungsverfahren – § 197a Abs. 1 Satz 1 Teilsatz 3 SGG i.Vbdg.m. §§ 154–162 VwGO; Anfechtbarkeit des LSG-Ergänzungsurteils – § 140 Abs. 2 Satz 2 und § 160 Abs. 1 SGG)

16

[Datum]

Betriebskrankenkasse ...  
– vertreten durch die Geschäftsführerin –  
[Straße]  
[Ort]

An das  
Landessozialgericht ...  
[Straße]  
[Ort]

In dem Rechtsstreit  
.../...  
– Az.:... –

beantragt die klagende Betriebskrankenkasse,

durch Ergänzungsurteil die Auflage im Genehmigungserlass der beklagten Aufsichtsbehörde vom ... – Az.:... – den 5. Nachtrag zur Kassensatzung vom ... betreffend – aufzuheben.

### Begründung:

...  
[HIER nähere Ausführungen; HIER ein generalisierter Beispielsachverhalt]  
Die Klägerin beantragte am ... die Genehmigung des 4. und 5. Nachtrags zu ihrer Kassensatzung vom ... Die Genehmigung des 4. Nachtrags – betreffend das Beitragsrecht – wurde aus grundsätzlichen Erwägungen versagt. Den 5. Nachtrag genehmigte die Aufsichtsbehörde, verlangte aber, dass die unter Punkt 17 vorgesehene Änderung des § 33 Abs. 6 der Kassensatzung unterbleibt. Das erstinstanzlich zuständige Landessozialgericht bestätigte die Entscheidung der beklagten Aufsichtsbehörde zum 4. Nachtrag zur Kassensatzung. Über die Anfechtungsklage gegen die Auflage im Genehmigungserlass zum 5. Nachtrag findet sich im Urteil des LSG vom ... kein Wort. Offensichtlich hat der Senat den Anspruch auf Aufhebung der Auflage übergangen.

Betriebskrankenkasse ...  
Die Geschäftsführerin

- 17 Nach § 29 Abs. 2 Nr. 2 SGG entscheiden die **Landessozialgerichte im ersten Rechtszug** über Aufsichtsangelegenheiten gegenüber Trägern der Sozialversicherung und ihren Verbänden, gegenüber den Kassenärztlichen und Kassenzahnärztlichen Vereinigungen sowie der Kassenärztlichen und Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung, bei denen die Aufsicht von einer Landes- oder Bundesbehörde ausgeübt wird. Die klagende Betriebskrankenkasse hat die Aufsichtsklage (§ 54 Abs. 3 SGG) zu Recht bei dem Landessozialgericht ... erhoben. Die Klage enthielt zwei selbstständige Ansprüche: den Anspruch auf Verpflichtung der Beklagten zur Genehmigung des 4. Nach-

trags und den Anspruch auf Aufhebung der Auflage im Genehmigungserlass für den 5. Nachtrag. Über den erstgenannten Anspruch hat das LSG entschieden. Der zweite geltend gemachte Anspruch ist aus Versehen übergangen worden. Damit sind die Voraussetzungen für das nach § 140 SGG mögliche Ergänzungsverfahren gegeben. **Zuständig für die Ergänzung** ist das Gericht, das ein ergänzungsbedürftiges Urteil erlassen hat. Im generalisierten Beispielsachverhalt **das LSG**.

**Antragsberechtigt** ist nicht nur die klagende Betriebskrankenkasse, sondern auch die beklagte Aufsichtsbehörde, weil auch sie ein Interesse daran hat, dass der Rechtsstreit zum Abschluss kommt (*Kummer* in Peters/Sautter/Wolff, § 140 – 93. Lieferung – 01/2013 – Rn. 42). **18**

Die Klägerin hat den **Ergänzungsantrag hinreichend konkretisiert**, so dass das LSG aus dem Antrag und der Begründung sofort entnehmen kann, worüber noch nach Auffassung der Klägerin entschieden werden soll. Das ist schon deshalb erforderlich, weil der Kläger bzw. der Antragsteller nach § 140 SGG im Rahmen der **Dispositionsmaxime** (vgl. § 123 SGG) festzulegen hat, worüber zu entscheiden ist. **19**

Über den Ergänzungsantrag wird in einem **besonderen Verfahren** entschieden (§ 140 Abs. 2 Satz 1 SGG). Deshalb muss auch für dieses Verfahren eine **eigenständige Kostenentscheidung** ergehen. Weder die klagende Betriebskrankenkasse noch die beklagte Aufsichtsbehörde gehören zu den Personen, die gemäß § 183 SGG Gerichtskostenfreiheit genießen. Deshalb richtet sich die **Kostenentscheidung nach § 197a Abs. 1 Satz 1 Teilsatz 3 SGG i.Vbdg.m. §§ 154–162 VwGO**. Wird die Klage gegen die Auflage im Genehmigungserlass für den 5. Nachtrag durch Ergänzungsurteil abgewiesen, muss das LSG der Klägerin die Kosten des Verfahrens auferlegen. Denn nach § 154 Abs. 1 VwGO trägt der unterliegende Teil die Kosten des Verfahrens. Dass die Entscheidung im Ergänzungsurteil selbst zu ergehen hat, ergibt sich aus § 161 Abs. 1 VwGO i.Vbdg.m. § 140 Abs. 2 Satz 2 SGG). Kosten sind gemäß § 162 Abs. 1 VwGO die Gerichtskosten (Gebühren und Auslagen) und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Beteiligten einschließlich der Kosten des Vorverfahrens). **20**

Das Ergänzungsurteil kann mit dem bei dem übergegangenem Anspruch zulässigen Rechtsmittel **angefochten** werden. Hat das LSG im Ergänzungsurteil die **Revision zugelassen** (vgl. § 160 Abs. 2 SGG), ist das Ergänzungsurteil anfechtbar. Das Gleiche gilt, wenn auf eine Nichtzulassungsbeschwerde (vgl. § 160a SGG) das BSG die Revision zugelassen hat (vgl. § 160 Abs. 1 SGG). **21**

## Kapitel 60 Nichtzulassungsbeschwerde gegen Nichtzulassung der Revision

Übersicht	Rdn.
I. Rüge der rechtswidrigen Verwerfung der Berufung . . . . .	1
II. Rüge des Übergehens eines Wiedereinsetzungsantrags durch das LSG . . . . .	9
III. Rüge mangelnder Prozessfähigkeit des Beschwerdeführers im vorinstanzlichen Verfahren . . . . .	14
IV. Rüge einer unterbliebenen unechten notwendigen Beiladung . . . . .	25
V. Rüge fehlerhafter Bestätigung der Klagabweisung des SG wegen örtlicher Unzuständigkeit durch LSG . . . . .	35
VI. Rüge der rechtswidrigen Ablehnung eines Terminsänderungsantrags . . . . .	47
VII. Rüge der Nichteinhaltung der Wartepflicht . . . . .	53
VIII. Rüge mangelnder Sachaufklärung mit der Anschlussbeschwerde . . . . .	61
IX. Rüge der verfahrensfehlerhaften Bestätigung der Abweisung einer Nichtigkeitsklage durch das LSG . . . . .	66
X. Grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache als Revisionszulassungsgrund . . . . .	78

### I. Rüge der rechtswidrigen Verwerfung der Berufung

(Verwerfung der Berufung durch Beschluss – § 158 S. 1 SGG; Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde beim BSG innerhalb eines Monats – § 160a Abs. 1 S. 2 SGG; Anforderungen an die Rüge eines Verfahrensfehlers – § 160 Abs. 2 Nr. 3 SGG; Voraussetzungen der Wiedereinsetzung – § 67 SGG; Zurechnung des Verschuldens Dritter – § 73 Abs. 6 Satz 7 SGG i.Vbdg.m. § 85 Abs. 2 ZPO; Frist für Wiedereinsetzungsantrag – § 67 Abs. 2 SGG; Ursachenzusammenhang zwischen Verfahrensfehler und angefochtener Entscheidung – § 160 Abs. 2 Nr. 3 SGG; Aufhebung der vorinstanzlichen Entscheidung durch Beschluss des Beschwerdegerichts – § 160a Abs. 5 SGG)

	[Datum]	1
<p>Rechtsanwalt</p> <p>...</p> <p>[Straße]</p> <p>[Ort]</p> <p>An das          Bundessozialgericht          Graf-Bernadotte-Platz 5          34119 Kassel          [Postanschrift: 34114 Kassel]</p> <p style="text-align: center;">In dem Rechtsstreit</p> <p>des ...          [Straße]          [Ort]</p> <p style="text-align: right;">– Klägers und Beschwerdeführers –</p> <p>Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt ...</p> <p>gegen</p>		

Bundesagentur für Arbeit,  
vertreten durch die oder den geschäftsführende(n) Vorsitzende(n) der Regionaldirektion  
..., [andere Versicherungsträger oder Versorgungsträger, z.B. Berufsgenossenschaft, Krankenkasse, Landesversicherungsanstalt, Land usw.]

[Straße]

[Ort]

– Beklagten/te und Beschwerdegegner/in –

Namens und in Vollmacht der Klägerin lege ich **gegen die Nichtzulassung der Revision** im Beschluss des Landessozialgerichts ... vom ... – Az.: ... – **Beschwerde ein und beantrage,**

den Beschluss vom ... aufzuheben und den Rechtsstreit ohne vorheriges Revisionsverfahren an das Landessozialgericht ... zurückzuverweisen.

**Begründung:**

...

[HIER nähere Ausführungen; HIER ein generalisierter Beispielsachverhalt]

Die Klägerin hat am letzten Tag der Berufungsfrist ihrem Bekannten, einen Diplomkaufmann, die von ihr selbst gefertigte Berufungsschrift übergeben und ihn gebeten, das Schriftstück in den Nachtbriefkasten des Landessozialgerichts einzuwerfen. Auf dem Wege zum Landessozialgericht traf ihr Bekannter seine kränkliche Mutter, die eine schwere Tasche trug. Er sah sich deshalb gezwungen, seiner Mutter zu helfen und ihr die Tasche nach Hause zu tragen. Diese lud ihn zu einem Abendessen ein. Die Gespräche bei dieser Gelegenheit lenkten den Bekannten der Klägerin so ab, dass er nicht mehr an den ihm mitgegebenen Brief dachte. Erst am nächsten Tag erinnerte er sich an den Auftrag, als er den Brief in seiner Jackentasche fand.

Die Klägerin hat mich daraufhin zu ihrem Prozessbevollmächtigten bestellt und gebeten, alles zu tun, um das Versäumnis ungeschehen zu machen. Drei Tage nach Ablauf der Berufungsfrist wurde daraufhin ein Wiedereinsetzungsantrag gestellt und unter Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung des Bekannten der Klägerin geltend gemacht: Der Bekannte habe lediglich als Bote den Brief zum Landessozialgericht bringen sollen. Sein Fehlverhalten dürfe der Klägerin nicht zugerechnet werden. Im Übrigen treffe sie kein eigenes Verschulden. Sie habe ihren Bekannten über die Bedeutung des Briefes genau unterrichtet und ihn auch darüber informiert, was er im Rahmen des Auftrages zu tun habe.

Das Landessozialgericht hat sich aber überraschenderweise auf den Standpunkt gestellt, das Verschulden des Bekannten der Klägerin sei ihr gemäß § 85 Abs. 2 ZPO i.Vbdg.m. § § 73 Abs. 6 Satz 7 SGG zuzurechnen. Sie lebe mit ihrem Bekannten in eheähnlicher Lebensgemeinschaft und deshalb müsse sein Fehlverhalten so bewertet werden wie das eines Bevollmächtigten. Er könne nicht lediglich als Hilfskraft angesehen werden.

Diese Rechtsauffassung ist irrig. Selbst wenn zwischen der Klägerin und ihrem Bekannten eine eheähnliche Lebensgemeinschaft bestehen sollte, ändert dies nichts daran, dass er lediglich als nicht vertretungsberechtigter Bote den Brief zum Landessozialgericht bringen sollte. Das Landessozialgericht hätte der Klägerin deshalb gemäß § 67 Abs. 1 SGG Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewähren müssen und durfte nicht gemäß § 158 SGG die Berufung als unzulässig verwerfen. Die Entscheidung des Landessozialgerichts ist demgemäß im Sinne von § 160 Abs. 2 Nr. 3 SGG verfahrensfehlerhaft. Auf dem Verfahrensmangel kann auch die Entscheidung beruhen. Hätte das Landessozialgericht den Verfahrensfehler nicht begangen, wäre die Berufung nicht als unzulässig verworfen worden, sondern die Richter hätten in der Sache selbst entschieden. Da zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Bescheide der Agentur für Arbeit vom ... in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom ... in der Sache noch Zeugen zu vernehmen sind und ein Sachverständiger gehört werden muss, besteht die Möglichkeit, dass die Klägerin bei einer Sachentscheidung obsiegt.

Damit sind die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision nach § 160 Abs. 2 Nr. 3 SGG gegeben.

Anstelle der Zulassung der Revision sollte jedoch das Beschwerdegericht gemäß § 160a Abs. 5 SGG die Entscheidung des Landessozialgerichts sofort aufheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückverweisen. Zwar liegt diese Entscheidung im Ermessen des Bundessozialgerichts. Für die sofortige Zurückverweisung spricht aber, dass der Sachverhalt vor einer abschließenden Entscheidung des Revisionsgerichts noch weiterer Aufklärung durch das Landessozialgericht bedarf.

...

Rechtsanwalt

Anlage

Beschluss des LSG ... vom ... – Az.: ... – in beglaubigter Abschrift

Nach § 158 Satz 1 SGG kann das Landessozialgericht, wenn die Berufung u.a. nicht in der gesetzlichen Frist eingelegt worden ist, das Rechtsmittel **durch Beschluss als unzulässig verwerfen**. Gegen den Beschluss steht den Beteiligten das Rechtsmittel zu, das zulässig wäre, wenn das Gericht durch Urteil entschieden hätte (§ 158 Abs. 1 Satz 2 SGG). Da in dem hier angefochtenen Beschluss des Landessozialgerichts die Revision nicht zugelassen worden ist, besteht lediglich die Möglichkeit, die Nichtzulassung der Revision gemäß § 160a Abs. 1 SGG mit der Beschwerde anzugreifen.

Die Nichtzulassungsbeschwerde ist **innerhalb eines Monats** nach Zustellung des Urteils **beim Bundessozialgericht** einzulegen (§ 160a Abs. 1 Satz 2 SGG).

Mit der Beschwerde muss einer der in § 160 Abs. 2 SGG erschöpfend aufgezählten Revisionszulassungsgründe geltend gemacht werden. Zu diesen Zulassungsgründen gehört die **Rüge eines Verfahrensfehlers** (§ 160 Abs. 2 Nr. 3 SGG; zum Begriff des Verfahrensmangels siehe BVerwG, Beschl. vom 30.06.2015 – BVerwG 5 B 43.14 – unter Hinweis auf BVerwG, Beschl. vom 04.02.2015 – 5 B 28.14 –). **Mängel des Verwaltungsverfahrens** können mit der Nichtzulassungsbeschwerde allerdings nur geltend gemacht werden, wenn sie sich unmittelbar auf das Gerichtsverfahren ausgewirkt haben und damit auch diesem zueigen sind (BVerwG, Beschl. vom 30.07.2014 – BVerwG 5 B 25.14 – m.w.Nachw.). Der Verfahrensmangel ist in der Beschwerdebegründung zu bezeichnen. Das bedeutet: Es muss ein Sachverhalt dargetan werden, aus dem sich der Verfahrensmangel ergibt. Bezeichnet ist ein Verfahrensmangel nur, wenn er **mit den ihn (vermeintlich) begründenden Tatsachen substantiiert dargetan wird** (BSG, Beschl. vom 29.09.1975 – 8 SO 64/75 – SozR 1500 § 160a Nr. 14; siehe dazu auch BVerwG, Beschl. vom 12.03.2014 – 5 B 48.13 – Buchholz 310 § 96 VwGO Nr. 62 m.w.Nachw. und vom 30.06.2015 – BVerwG 5 B 43.14 –). Hierzu kann es im Einzelfalle erforderlich sein, den Verfahrensgang in den Vorinstanzen lückenlos nachzuzeichnen (*Kummer*, Nichtzulassungsbeschwerde, Rn. 437). Die Klägerin hat im generalisierten Beispielsachverhalt dargelegt, dass sie die Berufungsfrist ohne ihr Verschulden versäumt hat, weil der von ihr mit der Überbringung der Berufungsschrift beauftragte Bekannte vergessen hat, vor Ablauf der Berufungsfrist den Brief mit der Berufungsschrift beim Landessozialgericht abzugeben. Diesen Sachverhalt hat sie auch, obwohl insoweit nur eine **Sollvorschrift** gilt (vgl. § 67 Abs. 2 Satz 2 SGG), durch Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung ihres Bekannten **glaubhaft gemacht**.

Zu Unrecht hat sich das Landessozialgericht auf den Standpunkt gestellt, das Fehlverhalten des Bekannten der Klägerin dürfe ihr zugerechnet werden. Die **Zurechnung des Verschuldens eines Dritten** ist nur möglich, wenn er entweder gesetzlicher Vertreter oder Bevollmächtigter ist (vgl. dazu § 85 Abs. 2 ZPO i.Vbdg.m. § 73 Abs. 6 Satz 7 SGG; BAG, Urt. vom 18.06.2015 – 8 AZR 556/14 –; BVerwG in Buchholz 310 § 60 VwGO Nr. 1 und § 58 VwGO Nr. 23 = NJW 1972, 1435; BFHE 137, 399, 402 f.; eingehend dazu *Kummer*, Wiedereinsetzung, Rn. 338 ff.). Der Bekannte der Klägerin wurde nicht als Bevollmächtigter oder gesetzlicher Vertreter tätig. Selbst wenn zwi-

schen den beiden eine eheähnliche Lebensgemeinschaft bestehen sollte, ändert dies nichts daran, dass der Bekannte lediglich im Rahmen eines Auftragsverhältnisses **als Bote tätig geworden** ist, nicht aber als Bevollmächtigter. Das haben die Berufungsrichter verkannt. Geht man aber davon aus, dass das Fehlverhalten des Bekannten der Klägerin nicht zugerechnet werden durfte, so ist ihr gemäß § 67 Abs. 1 SGG Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren.

- 6 Die Klägerin hat auch die formellen Voraussetzungen für die Gewährung von Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (vgl. § 67 Abs. 2 SGG) erfüllt. Sie hat wenige Tage, nachdem entdeckt worden war, dass der Bekannte den Brief dem Landessozialgericht nicht fristgerecht zugeleitet hatte, die Berufung beim Landessozialgericht eingelegt und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Berufungsfrist beantragt. Damit hat sie **innen eines Monats nach Wegfall des Hindernisses** (dazu s. *Kummer*, Wiedereinsetzung, Rn. 631 ff.) den Wiedereinsetzungsantrag gestellt und innerhalb dieser Frist auch die **versäumte Rechtshandlung**, die Einlegung der Berufung, **nachgeholt** (vgl. § 67 Abs. 2 Satz 3 i.Vbdg.m. Satz 1 SGG).
- 7 Statt die Berufung durch Beschluss zu verwerfen, hätte das Landessozialgericht somit die begehrte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewähren und in der Sache entscheiden müssen. Da dies nicht geschehen ist, stellt der Verwerfungsbeschluss einen – ordnungsgemäß gerügten – **Verfahrensfehler** (s. dazu BSG, Urteil vom 25.06.2002 – B 11 AL 23/02 R –; BFH, Beschl. vom 15.04.2015 – I B 101/14 – und vom 30.06.2015 – X B 28/15 – [Verfahrensfehler: Prozessurteil statt Sachurteil]) dar, auf dem die Entscheidung des Landessozialgerichts **beruhen kann** (BAG, Urt. vom 26.03.2015 – 2 AZR 417/14 – [wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass bei fehlerfreiem Verfahren die Entscheidung anders ausgefallen wäre]). Auch dies hat die Klägerin in der Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision hinreichend deutlich dargetan. Aus ihren Ausführungen ergibt sich, dass die Möglichkeit besteht, dass das Landessozialgericht, wenn es die Berufung nicht als unzulässig verworfen hätte, in der Sachentscheidung zu einem für die Klägerin günstigen Ergebnis gekommen wäre. Damit sind die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nach § 160 Abs. 2 Nr. 3 SGG gegeben.
- 8 Auch die beantragte **Aufhebung der vorinstanzlichen Entscheidung** und die **Zurückverweisung des Rechtsstreits ohne vorheriges Revisionsverfahren** sind gerechtfertigt. Rechtsgrundlage hierfür ist die durch das 6. SGG-Änderungsgesetz mit Wirkung vom 02.01.2002 eingeführte Regelung des § 160a Abs. 5 SGG. Danach kann das Bundessozialgericht, wenn die Voraussetzungen des § 160 Abs. 2 Nr. 3 SGG vorliegen, das angefochtene Urteil aufheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverweisen. Zwar liegt diese Entscheidung im **Ermessen des Gerichts** (§ 160a Abs. 5 SGG: »kann«; *Kummer*, SGB 2001, 705, 717). Das BSG darf auch dann den Rechtsstreit in der Beschwerdeentscheidung an die Vorinstanz zurückverweisen, wenn der Beschwerdeführer in erster Linie die Zulassung der Revision und nur hilfsweise die Aufhebung des angefochtenen Urteils bzw. Beschlusses sowie die Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz beantragt hat (*Kummer*, Verfahren, XVIII Rn. 27 unter Hinweis auf BSG, Beschluss vom 12.02.2003 – B 9 SB 60/02 B –). Da nach dem Vortrag der Klägerin im Beschwerdeverfahren vor einer abschließenden Entscheidung eine weitere Sachaufklärung durch die Tatsacheninstanz erfolgen muss, erscheint es angemessen, nicht ein Revisionsverfahren durchzuführen und dann die Entscheidung des Landessozialgerichts aufzuheben und den Rechtsstreit an die Vorinstanz zurückzuverweisen, sondern insoweit dem Antrag der Klägerin zu folgen.

**II. Rüge des Übergehens eines Wiedereinsetzungsantrags durch das LSG**

(Verfahrensfehler durch Verwerfungsbeschluss – § 158 SGG – statt Sachentscheidung  
 § 160 Abs. 2 Nr. 3 i.Vbdg.m. § 158 SGG; versehentlich falsches Abheften eines Wiedereinsetzungsantrags im Verantwortungsbereich des Gerichts; Darlegungspflicht des Beschwerdeführers)

[Datum]	9
Rechtsanwalt	
...	
[Straße]	
[Ort]	
An das	
Bundessozialgericht	
Graf-Bernadotte-Platz 5	
34119 Kassel	
[Postanschrift: 34114 Kassel]	
In dem Rechtsstreit	
des ...	
[Straße]	
[Ort]	
– Klägers und Beschwerdeführers –	
Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt ...	
gegen	
Bundesagentur für Arbeit,	
vertreten durch die oder den geschäftsführende(n) Vorsitzende(n) der Regionaldirektion	
...	
[Straße]	
[Ort]	
– Beklagte und Beschwerdegegnerin –	
lege ich gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Beschluss des Landessozialgerichts ... vom ... – Az.: ... – <b>Beschwerde</b> ein und <b>beantrage</b> ,	
die Revision gegen den Beschluss vom ... zuzulassen.	
<b>Begründung:</b>	
...	
[HIER nähere Ausführungen; HIER ein generalisierter Beispielssachverhalt]	
Das Landessozialgericht hat durch Beschluss vom ... die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts ... vom ... wegen Versäumung der Berufungsfrist als unzulässig verworfen. Dabei hat es nicht über den am ... innerhalb der Frist des § 67 Abs. 2 Satz 1 SGG gestellten Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand entschieden. Vielmehr wurde das Wiedereinsetzungsgesuch – wie sich jetzt nach der Entscheidung des Landessozialgerichts herausgestellt hat – aus Versehen in einer anderen Akte abgeheftet. Dies kann der Klägerin nicht angelastet werden. Das Übergehen des Wiedereinsetzungsantrags stellt einen Verfahrensfehler im Sinne von § 160 Abs. 2 Nr. 3 SGG dar. Denn es lag auch ein	

Wiedereinsetzungsgrund vor. Die Klägerin ist am Nachmittag des letzten Tages der Berufungsfrist wegen eines Herzinfarkts in das Krankenhaus gebracht worden und konnte nicht mehr – wie beabsichtigt – die bereits gefertigte Berufungsschrift noch an diesem Tage dem Landessozialgericht zuleiten. Hierzu hat die Klägerin eine Bescheinigung des Krankenhausarztes Dr. ... vom ... und eine von ihr abgegebene eidesstattliche Versicherung vom ... fristgerecht mit dem Wiedereinsetzungsantrag dem Landessozialgericht übersandt. Wenn das Landessozialgericht den Wiedereinsetzungsantrag und die beigefügten Unterlagen zur Kenntnis genommen hätte, wäre die Berufung nicht als verspätet gemäß § 158 SGG verworfen worden. Vielmehr hätten die Berufungsrichter sich in der Sache mit der Klage befasst.

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob die Klägerin der Arbeitsvermittlung in der Zeit vom ... bis ... zur Verfügung gestanden hat. Die Beklagte bestreitet dies, weil die Klägerin während dieser Zeit mit Malerarbeiten in ihrem Hause beschäftigt gewesen sei. Diese Auffassung lässt sich nicht halten. Solange ein Arbeitsloser zum gewöhnlichen Zeitpunkt des Posteingangs daheim ist und jederzeit eine ihm angebotene Arbeit aufnehmen kann und will, steht er der Arbeitsvermittlung zur Verfügung. Es kann von einem Arbeitslosen nicht erwartet werden, dass er während der Zeit der Arbeitslosigkeit absolut untätig bleibt und nur auf ein Angebot der Agentur für Arbeit wartet.

Aus alledem ergibt sich: Der gerügte Verfahrensfehler liegt vor, und auf ihm kann die Entscheidung der Vorinstanz im Sinne von § 160 Abs. 2 Nr. 3 SGG beruhen. Denn es besteht die Möglichkeit, dass das Landessozialgericht, wäre der Wiedereinsetzungsantrag nicht in einer falschen Akte abgeheftet worden, in der Sache zugunsten der Klägerin entschieden hätte. Deshalb ist – wie beantragt – die Revision zuzulassen.

Da der Sachverhalt keiner weiteren Aufklärung bedarf, erscheint es zweckmäßig, dass der Rechtsstreit nicht gemäß § 160a Abs. 5 SGG ohne vorheriges Revisionsverfahren an die Vorinstanz zurückverweisen wird. Vielmehr ist es möglich, dass das Revisionsgericht selbst in der Sache entscheidet.

...  
Rechtsanwalt

Anlage  
Beschluss des LSG ... vom ... – Az.: ... – in beglaubigter Abschrift

- 10 Die **Zulassung der Revision** kann mit der Beschwerde nach § 160a SGG über die **Rüge eines Verfahrensfehlers** erreicht werden (§ 160 Abs. 2 Nr. 3 SGG). Erlässt das Berufungsgericht eine rein prozessuale Entscheidung (hier: einen Verwerfungsbeschluss nach § 158 SGG), obwohl die Voraussetzungen für einen Verwerfungsbeschluss nicht gegeben sind, liegt darin ein Verfahrensfehler. Diesen Verfahrensfehler kann das Revisionsgericht feststellen, auch wenn er dadurch bedingt ist, dass in der Vorinstanz ein Wiedereinsetzungsantrag übergangen wurde (vgl. dazu BGHZ 280, 283 = NJW 1953, 504; BGH in LM Nr. 8 zu ZPO § 233 (B) = NJW 1980, 1168; Greger, MDR 2001, 486, 489 unter Hinweis auf BGH, Beschluss vom 11.11.1999 – V ZB 99/99 –; siehe dazu auch BSG, Urt. vom 12.06.1992 – 11 RAr 65/91 – SozR 3-4100 § 103 Nr. 8 = BSGE 71, 17; zum Ganzen s. *Kummer*, Wiedereinsetzung, Rn. 768 ff.). Nach dem Beschluss des 6. Zivilsenats des BGH vom 15.04.2014 – VI ZR 462/13 – (NJW-RR 2014, 758 = WM 2014, 1455–1456 = AnwBl. 2014, 757) ist über den Wiedereinsetzungsantrag spätestens zusammen mit der Entscheidung über die nachgeholt Prozesshandlung zu befinden. Unzulässig ist es, ein Rechtsmittel wegen Versäumung der Rechtsmittelfrist zu verwerfen, wenn über den Wiedereinsetzungsantrag bezüglich dieser Fristversäumnis noch nicht entschieden ist und nicht gleichzeitig entschieden wird.
- 11 Dass der Wiedereinsetzungsantrag dem Berufungsgericht nicht bei seiner Entscheidung über die Berufung vorgelegen hat, fällt in den **Verantwortungsbereich des Gerichts**. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Berufungsrichter einen Fehler gemacht haben. Auch das Abheften des

Wiedereinsetzungsantrags in einer anderen Akte durch einen Mitarbeiter des Gerichts kann der Klägerin nicht zugerechnet werden. Aus dem Vorbringen im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren geht aber eindeutig hervor, dass dem Wiedereinsetzungsantrag zu entsprechen gewesen wäre, weil glaubhaft gemacht worden ist, dass die Klägerin wegen einer schweren Erkrankung an der Wahrung der Berufungsfrist gehindert war.

Somit ist davon auszugehen, dass die Verwerfung der Berufung durch Beschluss nach § 158 SGG verfahrensfehlerhaft erfolgt ist. Außerdem hat die Klägerin in ihrer Nichtzulassungsbeschwerde hinreichend die **Möglichkeit dargetan**, dass das Landessozialgericht **zu ihren Gunsten entschieden hätte, wenn eine Entscheidung in der Sache erfolgt wäre**. Die beklagte Bundesagentur für Arbeit hat offensichtlich den Begriff der Verfügbarkeit verkannt. Denn ein Arbeitsloser steht auch dann den Vermittlungsbemühungen der Agentur für Arbeit zur Verfügung (s. dazu § § 138 Abs. 1 Nr. 3 SGB III), wenn er daheim private Aufgaben erledigt, aber jederzeit – beim Eintreffen eines Arbeitsangebots – dieses annehmen kann und dazu bereit ist (vgl. *Brand* in Niesel, § 119 Rn. 17 sowie 29 und 30).

Die Vorschrift des § 160a Abs. 5 SGG ermöglicht seit dem 02.01.2002, dass das Beschwerdegericht durch Beschluss die **vorinstanzliche Entscheidung aufheben und ohne vorheriges Revisionsverfahren den Rechtsstreit** an die Vorinstanz **zurückverweisen** kann. Von dieser Möglichkeit ist aber dann in der Regel kein Gebrauch zu machen, wenn die Vorinstanz bereits alle Tatsachen festgestellt hat, die das Revisionsgericht benötigt, um eine Entscheidung in der Sache zu treffen. Hier wäre es prozessökonomisch unzweckmäßig, gleichwohl gemäß § 160a Abs. 5 SGG wegen des begangenen Verfahrensfehlers – die vorinstanzliche Entscheidung aufzuheben und den Rechtsstreit an das Landessozialgericht zurückzuverweisen (zur Anwendung des § 160a Abs. 5 SGG s. auch *Kummer*, Verfahren, XVIII Rn. 27).

### III. Rüge mangelnder Prozessfähigkeit des Beschwerdeführers im vorinstanzlichen Verfahren

(Voraussetzungen für die Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde – § 160a Abs. 1 S. 2 SGG; Revisionszulassungsgründe – § 160 Abs. 2 SGG; Berücksichtigung der Prozessunfähigkeit von Amts wegen – § 71 Abs. 6 SGG i.Vbdg.m. § 56 Abs. 1 ZPO; Voraussetzungen der Prozessunfähigkeit; Streit über die Prozessfähigkeit; Anforderungen an die Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde, wenn Verfahrensfehler geltend gemacht werden; fehlende Prozessfähigkeit als absoluter Revisionsgrund – § 202 Satz 1 SGG i.Vbdg.m. § 551 Nr. 5 ZPO; Möglichkeit der Zurückverweisung des Rechtsstreits bereits im Beschwerdeverfahren – § 160a Abs. 5 SGG; Kostenentscheidung für das Beschwerdeverfahren – § 193 Abs. 1 SGG)

	[Datum]	14
An das Bundessozialgericht ... Graf-Bernadotte-Platz 5 34119 Kassel [Postanschrift: 34114 Kassel]	In dem Rechtsstreit	
der ... [Straße] [Ort]	– Klägerin, Berufungsklägerin und Beschwerdeführerin –	
Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte ...		

gegen

Berufsgenossenschaft ...

[Straße]

[Ort]

– Beklagte, Berufungsbeklagte und Beschwerdegegnerin –

wegen Verletztenrente

Namens und in Vollmacht der Klägerin lege ich **Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision** in dem Urteil des Landessozialgerichts ... vom ... – Az.: ... – ein und **beantrage**,

die Revision gegen des Urteil des LSG ... vom ... zuzulassen.

**Begründung:**

...

[HIER nähere Ausführungen; HIER ein generalisierter Beispielsachverhalt]

Die Klägerin ist bei der Firma ... in ... als Näherin beschäftigt. Am ... musste sie aus dem Lager einen Stoffballen holen. Auf dem Wege zurück zu ihrem Arbeitsplatz traf sie auf der Treppe die Arbeitskollegin B. C. Beide hielten an und unterhielten sich eine Weile. Dabei gerieten sie über die bevorstehende Bundestagswahl in Streit. Die Klägerin fuchtelte so mit den Armen, dass sie plötzlich gegen den aufgestellten, relativ dünnen Stoffballen stieß und dieser ins Wanken geriet. Bei dem Versuch, ihn festzuhalten, geriet die Klägerin aus dem Gleichgewicht, stürzte die Treppe herab und zog sich mehrere Brüche sowie eine schwere Kopfverletzung zu. Die Kosten der Krankenhausbehandlung übernahm die Krankenkasse, bei der die Klägerin Mitglied ist.

Den Antrag der Klägerin, ihr eine Verletztenrente nach einer Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE) um 60 v.H. zu gewähren, lehnte die beklagte Berufsgenossenschaft mit Bescheid vom ... in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom ... ab. Bei dem Sturz von der Treppe handele es sich nicht um einen Arbeitsunfall. Die Klägerin habe ihre Arbeit zu einem privaten Gespräch unterbrochen, und während dieser Unterbrechung sei es zu dem Unfall gekommen.

Das SG hat die Arbeitskollegin B. C. und den Pförtner A. P. als Zeugen vernommen und sodann die Klage abgewiesen. Die Zeugen hätten übereinstimmend ausgesagt, dass Frau B. C. und die Klägerin sich mindestens 10 Minuten privat unterhalten hätten, dass die Klägerin dabei in eine ungewöhnliche Wut geraten sei und der Sturz von der Treppe allein darauf beruhe.

Die dagegen eingelegte Berufung hatte keinen Erfolg. In der mündlichen Berufungsverhandlung ist die Klägerin nochmals persönlich gehört worden. Sie konnte sich bei dieser Anhörung jedoch nicht mehr an das Gespräch mit der Zeugin B. C. erinnern, geriet jedoch bei Erwähnung des Namens der Zeugin ersichtlich in eine solche Erregung, dass der Senatsvorsitzende die Anhörung abrupt abbrach.

Als Prozessbevollmächtigter der Klägerin habe ich den LSG-Senat darauf hingewiesen, dass es – auch aus prozessualen Gründen – dringend geboten sei, die Auswirkungen der schweren Kopfverletzung auf die Geistestätigkeit der Klägerin durch ein Sachverständigengutachten prüfen zu lassen. Der Senatsvorsitzende hat daraufhin die mündliche Verhandlung zu einer kurzen Beratung unterbrochen und anschließend die Ansicht des Gerichts in die Worte zusammengefasst: »Der Senat sieht keine Veranlassung durch Einholung eines medizinischen Sachverständigengutachtens weitere Kosten zu verursachen, da er dazu neigt, wie das SG das Vorliegen eines Arbeitsunfalls zu verneinen.«

Nach nochmaliger Erörterung der rechtlichen Aspekte ist die Berufung der Klägerin sodann zurückgewiesen und die Revision nicht zugelassen worden.

Die Revision ist nach § 160 Abs. 2 Nr. 3 SGG zuzulassen. Als Verfahrensfehler wird die mangelnde Prozessfähigkeit der Klägerin gerügt.

1. Die Klägerin befindet sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit. Sie ist geschäftsunfähig im Sinne von § 104 Nr. 2 SGG und damit prozessunfähig. Der Zustand besteht bereits seit etwa April 2002. Die Angaben über den Gesundheitszustand der Klägerin werden belegt durch das wenige Tage nach der mündlichen Berufungsverhandlung von dem Facharzt für Neurologie und Psychiatrie Prof. Dr. ... erstellte Gutachten vom ... Darin kommt der behandelnde Arzt zu dem Ergebnis, dass die Klägerin seit Jahren an einer Geisteskrankheit leidet, die einen immer stärker werdenden Gedächtnisverlust zur Folge hat und – wenn die Klägerin auf Widerspruch stößt oder mit sonstigen sie ärgern den Umständen konfrontiert wird – mit ungewöhnlichen Wutausbrüchen und einer von ihr nicht mehr zu beherrschenden Erregung verbunden ist. Mir als ihrem Prozessbevollmächtigten ist dies schon bei der ersten Beratung aufgefallen, als es um die Formulierung der Klageschrift ging. Sie konnte ihren Hass gegen die Zeugin B. C. und die Berufsgenossenschaft nicht verbergen. Immer wieder geriet sie in höchste Erregung. Daraus ist zu schließen: Wenn der erkennende Senat nicht eine allgemeine Prozessunfähigkeit im Sinne von § 104 Nr. 2 BGB i.Vbdg.m. § 71 Abs. 1 und §§ 51 und 52 ZPO i.Vbdg.m. § 71 Abs. 6 SGG annimmt, so lag jedenfalls schon zum Zeitpunkt der Klageerhebung eine partielle Prozessunfähigkeit vor, und zwar bezogen auf den Rechtsstreit mit der Beklagten, der die Klägerin gedanklich dauernd beschäftigt und immer wieder – wie sie selbst sagt und auch dem Facharzt für Neurologie und Psychiatrie Prof. Dr. ... mitgeteilt hat – erregt und in Verwirrungszustände bringt.

Das LSG hätte – nachdem die Richter selbst die Erregung der Klägerin und die Wutausbrüche erlebt haben – und ich als Bevollmächtigter die Einholung eines medizinischen Gutachtens angeregt habe, Veranlassung gehabt, von Amts wegen die Prozessfähigkeit der Klägerin zu prüfen (§ 56 Abs. 1 ZPO i.Vbdg.m. § 71 Abs. 6 SGG). Dies ist offensichtlich deshalb nicht geschehen, weil der Senat die Klage für aussichtslos hielt und nicht weitere Kosten durch Einholung eines medizinischen Gutachtens verursachen wollte. Insoweit verweise ich auf die Äußerung des Senatsvorsitzenden des LSG, die auf Drängen des Prozessbevollmächtigten der Klägerin auch in die Niederschrift über die mündliche Berufungsverhandlung aufgenommen worden ist.

...  
Rechtsanwalt

#### Anlagen

1. Prozessvollmacht der Klägerin vom ...
2. Urteil des ... Senats des LSG ... vom ... – Az: ... –
3. Gutachten des Facharztes für Neurologie und Psychiatrie Prof. Dr. ... vom ...
4. Niederschrift über die mündliche Verhandlung vor dem LSG vom ...

Hat – wie im generalisierten Beispielssachverhalt – das LSG die Revision nicht zugelassen, so gibt es nur die Möglichkeit, die **Revisionszulassung** über eine **Nichtzulassungsbeschwerde** zu erreichen. Die Beschwerde ist **beim Bundessozialgericht innerhalb eines Monats** nach Zustellung des Urteils **einzulegen** (§ 160a Abs. 1 Satz 2 SGG). Der Beschwerdeschrift soll eine **Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des Urteils**, gegen das die Revision eingelegt werden soll, beigefügt werden.

§ 160a SGG unterscheidet zwischen der Beschwerdeeinlegung und der Beschwerdebegründung. Während für die Beschwerdeeinlegung eine Frist von einem Monat gilt, ist die Beschwerde **innerhalb von zwei Monaten** nach Zustellung des Urteils **zu begründen** (§ 160a Abs. 2 Satz 1 SGG). Einlegung und Begründung der Beschwerde können aber – wie im generalisierten Beispielssachverhalt – **in einem Schriftsatz** erfolgen.

- 17 Das Gesetz kennt drei – in § 160 Abs. 2 SGG abschließend aufgezählte – **Revisionszulassungsgründe**, die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache, die Abweichung der vorinstanzlichen Entscheidung von einer Entscheidung des BSG, des BVerfG oder des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes sowie die erfolgreiche Rüge eines tatsächlich vorliegenden Verfahrensmangels (s. dazu *Kummer*, Verfahren, XVIII Rn. 16 und XVII Rn. 37 und 66 ff.; *Kummer*, Nichtzulassungsbeschwerde, Rn. 273, 274, 277, 284, 301 ff., 375, 427 f.).
- 18 Im generalisierten Beispielsachverhalt will die Klägerin die Nichtzulassungsbeschwerde damit erreichen, dass sie geltend macht, sie sei nicht prozessfähig. Nach § 71 Abs. 6 SGG i.Vbdg.m. § 56 Abs. 1 ZPO ist die Frage der **Prozessfähigkeit** eines Verfahrensbeteiligten in jeder Lage des Verfahrens, auch in der Revisionsinstanz (und insoweit auch für das zurückliegende Verfahren) **von Amts wegen** zu prüfen (BSG, Urteile vom 31.10.1973 – 5 RKn 68/73 – und vom 05.04.2000 – B 5 RJ 38/99 R – BSGE 86, 107, 108 –; BVerwG, Urteil vom 29.03.1984 – 3 C 68.81 – Buchholz 310 § 133 VwGO Nr. 47; BGH, Urteil vom 22.12.1982 – V ZR 89/80 – BGHZ 86, 184, 188; BAG, Beschl. vom 05.06.2014 – 6 AZN 267/14 – NZA 2014, 799). Ein Beteiligter ist prozessfähig, soweit er sich durch Verträge verpflichten kann (§ 71 Abs. 1 SGG; vgl. auch § 52 ZPO). **Prozessunfähig** sind natürliche Personen, die **geschäftsunfähig** sind, z.B. wenn die Voraussetzungen des § 104 Nr. 2 BGB erfüllt sind. Danach ist geschäftsunfähig, wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht dieser Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist (zum Begriff der freien Willensbestimmung siehe BGH, Beschl. vom 26.02.2014 – XII ZB 577/13 – NJW-RR 2014, 770–772 = Bt-Prax 2014, 131–132 = MDR 2014, 540 und vom 30.07.2014 – XII ZB 107/14 –). Da **Störungen der Geistestätigkeit** nach der allgemeinen Lebenserfahrung **Ausnahmerecheinungen** bilden, sind sie grundsätzlich nicht zu vermuten (BSG, Urteil vom 05.04.2000 – B 5 RJ 38/99 R – BSGE 86, 107, 109). Deshalb hat das Gericht die Prozessfähigkeit eines Beteiligten nur dann zu **prüfen**, wenn **Anhaltspunkte für eine Prozessunfähigkeit** gegeben sind (vgl. dazu BAG, Beschl. vom 05.06.2014 – 6 AZN 267/14 – NZA 2014, 799).
- 19 Die Zulässigkeit der Beschwerde im generalisierten Beispielsachverhalt ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Klägerin als Verfahrensmangel das **Vorliegen ihrer Prozessunfähigkeit** geltend macht. Denn, selbst wenn dies zutreffen sollte, **gilt sie im Streit über ihre Prozessfähigkeit als prozessfähig** (BSG, Urt. vom 28.05.1957 – 3 RJ 98/54 – BSGE 5, 176, 177; 91, 146, 153; BSG, Beschluss vom 15.11.2000 – B 13 RJ 53/00 B – SozR 3-1500 § 160a Nr. 32; BGHZ 143, 122, 123; *Leitherer* in Meyer-Ladewig u.a., § 71 Rn. 8a und Rn. 8d; *Kummer*, Verfahren, VI Rn. 62 m.w.Nachw.). Die Klägerin kann somit durch den von ihr bevollmächtigten Rechtsanwalt wirksam Nichtzulassungsbeschwerde einlegen.
- 20 Die obersten Bundesgerichte, auch das BSG, stellen **hohe Anforderungen an die Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde** (*Kummer*, Nichtzulassungsbeschwerde, Rn. 270 ff. m. zahlr. Nachw.). Wird die Nichtzulassungsbeschwerde auf einen Verfahrensmangel gestützt, so muss dieser – wie sich aus § 160a Abs. 2 Satz 3 SGG ergibt – bezeichnet werden. Der Beschwerdeführer hat **die den Verfahrensmangel (vermeintlich) begründenden Tatsachen substantiiert darzulegen** (BSG, Beschl. vom 11.09.1975 – 10 BV 71/75 –, vom 24.03.1976 – 9 BV 214/75 –, vom 16.03.1979 – 10 BV 127/78 – und vom 18.02.1980 – 10 BV 109/79 – SozR 1500 § 160a Nrn. 14, 24, 34, 36; siehe auch BVerwG, Beschl. vom 30.06.2015 – BVerwG 5 B 43.14 – unter Hinweis auf BVerwG, Beschl. vom 12.03.2014 – BVerwG 5 B 48.13 – Buchholz 310 § 96 VwGO Nr. 62 m.w.Nachw.). Die Voraussetzung ist nur erfüllt, wenn die Tatsachen, die den Mangel ergeben sollen, im Einzelnen genau angeführt sind (BSG, Beschl. vom 11.09.1975 – 10 BV 71/75 – SozR 1500 § 160a Nr. 14). Das Begründungserfordernis gilt auch, wenn – wie im generalisierten Beispielsachverhalt – mit der **Rüge der fehlenden Prozessfähigkeit** die Zulassung wegen eines Verfahrensmangels begehrt wird, der bei zugelassener Revision von Amts wegen zu berücksichtigen wäre (BSG, Beschluss vom 15.11.2000 – B 13 RJ 53/00 B – SozR 3-1500 § 160a Nr. 32 m. Nachw.) oder wenn ein absoluter Revisionsgrund geltend gemacht wird.

Macht der Beschwerdeführer als Verfahrensmangel geltend, dass die Vorinstanz ihn zu Unrecht als prozessfähig angesehen hat, muss in der Beschwerdeschrift substantiiert und schlüssig dargelegt werden, aufgrund welcher Anzeichen das LSG während des Berufungsverfahrens ernsthafte und begründete **Zweifel am Vorliegen der Prozessfähigkeit des Beschwerdeführers hätte haben und von Amts wegen weitere Ermittlungen hierzu hätte anstellen müssen** (so mit Recht BSG, Beschluss vom 15.11.2000 – B 13 RJ 53/00 B – SozR 3-1500 § 160a Nr. 32).

Im generalisierten Beispielsachverhalt hat die Beschwerde den **Verfahrensmangel** im Sinne von § 160a Abs. 2 Satz 3 SGG **ordnungsgemäß bezeichnet**. In der Begründung wird ausgeführt, dass die Klägerin in der mündlichen Berufungsverhandlung in hohem Maße erregt war und derart in Wut ausbrach, dass der Vorsitzende ihre persönliche Anhörung abrupt beendete, ferner, dass ihr Prozessbevollmächtigter auf die Notwendigkeit einer medizinischen Untersuchung der Klägerin hinwies und dass weitere Ermittlungen offensichtlich nur deshalb unterblieben, weil der Senat die Klage für aussichtslos hielt. Damit hat die Beschwerdeführerin hinreichend dargelegt, dass ernsthafte und begründete Zweifel am Vorliegen ihrer Prozessfähigkeit bestanden, der LSG-Senat diese nicht übersehen konnte, sondern verpflichtet war, von Amts wegen die Prozessfähigkeit zu prüfen. Dabei kann offen bleiben, ob das LSG von der Möglichkeit einer allgemeinen Prozessunfähigkeit oder eine partiellen Prozessunfähigkeit der Beschwerdeführerin ausgehen musste.

Fehlende Prozessfähigkeit ist ein **absoluter Revisionsgrund** (§ 202 Satz 1 SGG i.V.m. § 551 Nr. 5 ZPO; BSG, Urteil vom 05.04.2000 – B 5 RJ 38/99 R – BSGE 86, 107, 109). Bei der Rüge eines solchen Mangels bedeutet dies für den **Umfang der Darlegungspflicht** im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren: Es braucht nicht zusätzlich dargelegt werden, dass die angefochtene Entscheidung auf dem Mangel beruhe (BSG, Beschluss vom 15.11.2000 – B 13 RJ 53/00 B – SozR 3-1500 § 160a Nr. 32). Im Übrigen kann das Fehlen der Prozessfähigkeit **auch von der Gegenseite geltend gemacht werden** (BSG, Urt. vom 05.04.2000 – B 5 RJ 38/99 R – BSGE 86, 107, 109). **21**

Ist mit der Nichtzulassungsbeschwerde erfolgreich ein Verfahrensmangel gerügt worden, kann das BSG anstelle der Zulassung **bereits in der Beschwerdeentscheidung** das vorinstanzliche Urteil oder den nach § 153 Abs. 4 SGG erlassenen Beschluss des Berufungsgerichts aufheben und die **Sache** zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG **zurückverweisen** (vgl. dazu BSG, Beschluss vom 03.07.2003 – B 7 AL 216/02 B –). Diese Möglichkeit bietet der mit Wirkung vom 02.01.2002 durch Art. 1 Nr. 53 Buchstabe b des 6. SGG-ÄndG vom 17.08.2001 (BGBl. I S. 2144) dem § 160a SGG angefügte Abs. 5. Ob das LSG diese Möglichkeit nutzt, liegt in seinem **Ermessen** (§ 160a Abs. 5 SGG: »kann«). Für eine Zurückverweisung ohne vorherige Durchführung eines Revisionsverfahrens können vor allem **prozessökonomische Gründe** sprechen, z.B. wenn der Beschwerdeführer zu Recht eine verfahrensfehlerhafte Tatsachenfeststellung gerügt hat und eine erneute Verhandlung und Entscheidung durch das Tatsachengericht unumgänglich ist. Dagegen spricht für eine Revisionszulassung, wenn alle entscheidungserheblichen Tatsachen ermittelt sind und das Revisionsgericht trotz des gerügten Verfahrensfehlers eine Sachentscheidung treffen kann (s. dazu *Kummer*, Verfahren, XVIII Rn. 27 und ders., SGB 2001, 705, 717). Nach Auffassung des BVerwG (vgl. BVerwG, Beschl. vom 21.07.2014 – BVerwG 3 B 70.13 – m.w.Nachw.) kann das BVerwG das vorinstanzliche **Urteil bereits im Beschwerdeverfahren** in entsprechender Anwendung des § 133 Abs. 6 VwGO (entspricht inhaltlich § 160a Abs. 5 SGG) **korrigieren**, wenn dadurch ein **prozessrechtlich zwingendes Verfahrensergebnis** im Interesse der Verfahrensökonomie hergestellt wird. **22**

Im **generalisierten Beispielsachverhalt** müsste das BSG als Beschwerdegericht zunächst ermitteln, ob die Klägerin prozessunfähig ist. Wenn dies – nach Einholung eines medizinischen Gutachtens und persönlicher Anhörung der Klägerin (vgl. BSG, Urteil vom 05.05.1993 – 9/9a RVg 5/92 – SozR 3-1500 § 71 Nr. 1; *Leitherer* in Meyer-Ladewig u.a., § 71 Rn. 8b) – bejaht wird, kommt es darauf an, ob der Vorsitzende des BSG-Senats gemäß § 72 Abs. 1 SGG für die Klägerin einen **besonderen Vertreter** bestellt, der die Erteilung der Prozessvollmacht an den bisher tätig gewordenen Bevollmächtigten und dessen Prozessführung insgesamt genehmigt. Die wegen des vom LSG begangenen Verfahrensfehlers zugelassene Revision würde es dann ermöglichen, das Revisionsverfahren fehlerfrei durchzuführen und in diesem Verfahren auch die Frage zu prüfen, ob

die Klägerin am ... beim Sturz von der Treppe im Betriebsgebäude einen Arbeitsunfall erlitten hat. Denn die Zulassung der Revision wegen eines Verfahrensmangels eröffnet – jedenfalls, wenn es um einen einheitlichen Streitgegenstand geht – die **Vollrevision**, d.h. im anschließenden Revisionsverfahren können alle Rügen der Verletzung materiellen und formellen Rechts erhoben werden (*Leitherer* in Meyer-Ladewig u.a., § 160 Rn. 28 m. Nachw. aus der höchstrichterlichen Rspr.).

- 23 Das LSG hat im generalisierten Beispielsachverhalt die Klage für aussichtslos gehalten. Ob die Klägerin indessen einen **Arbeitsunfall** im Sinne von § 8 SGB VII erlitten hat, ist nicht ganz leicht zu beantworten. Einmal fragt sich, ob die Klägerin durch das Gespräch mit der Arbeitskollegin ihre Arbeitstätigkeit bereits unterbrochen und für die Zeit der Unterbrechung den Versicherungsschutz durch die gesetzliche Unfallversicherung verloren hat, welche Rolle der möglicherweise krankheitsbedingte Wutausbruch bei dem Unfall gespielt hat und ob mit dem Greifen nach dem umkippenden Stoffballen möglicherweise die versicherte Tätigkeit wieder aufgenommen worden ist. Bei der Beantwortung dieser Fragen sind u.a. die vom BSG in seinen Urteilen vom 20.01.1987 – 2 RU 27/86 – (BSGE 61, 127, 128) und vom 19.03.1996 – 2 RU 19/95 – (BSGE 78, 65, 66 f.) entwickelten **Grundsätze** zu berücksichtigen.

- 24 Lässt das BSG die Revision zu, kann eine **Kostenentscheidung** im Zulassungsbeschluss noch nicht ergehen. Wer die Kosten eines Gerichtsverfahrens zu tragen hat, hängt vom Ausgang des gesamten Rechtsstreits ab (BFHE 119, 380, 383). Hierüber wird aber erst im Revisionsurteil entschieden. Im Beschluss über die Zulassung der Revision muss das Beschwerdegericht daher die **Entscheidung über die Kosten** des Beschwerdeverfahrens **der Revisionsentscheidung vorbehalten** (s. dazu z.B. BSG, Beschluss vom 01.12.1988 – 8/5a RKn 11/87 – SozR 1500 § 193 Nr. 7; *Kummer*, Nichtzulassungsbeschwerde, Rn. 952).

Wird dagegen die Nichtzulassungsbeschwerde als unzulässig verworfen oder als unbegründet zurückgewiesen, erfolgt **für das Beschwerdeverfahren eine Kostenentscheidung**. Sie würde sich im generalisierten Beispielsachverhalt nach § 193 Abs. 1 SGG richten, weil die Klägerin als Versicherte nach § 183 SGG Gerichtskostenfreiheit genießt und deshalb gemäß § 197a Abs. 1 Satz 1 SGG nicht die Vorschriften der §§ 154 bis 162 VwGO anzuwenden sind. Konkret würde der Misserfolg der Nichtzulassungsbeschwerde im generalisierten Beispielsachverhalt bedeuten: Der beklagten Berufsgenossenschaft dürfen die außergerichtlichen Kosten der Klägerin nicht auferlegt werden. Umgekehrt darf das Beschwerdegericht aber auch der Klägerin nicht die Aufwendungen der Beklagten für das Beschwerdeverfahren auferlegen. Denn diese Aufwendungen sind – wie sich aus § 184 i.Vbdg.m. § 193 Abs. 4 SGG ergibt – nicht erstattungsfähig.