

Bundessozialgericht

Az.: 7 RAr 37/70

B e s c h l u ß

in dem Rechtsstreit

..... ,
Kläger und Revisionskläger,

g e g e n

..... ,
Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat am 26. Februar
1971 durch

Senatspräsident	S c h m i t t
	- Vorsitzender -,
Bundesrichter	Dr. W i t t e und
Bundesrichter	Dr. H e u ß n e r

beschlossen:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landessozial-
gerichts Nordrhein-Westfalen vom 17. September 1970 wird
als unzulässig verworfen.

Kosten sind nicht zu erstatten.

- 2 -



- 2 -

G r ü n d e :

I

Die Beklagte lehnte mit Bescheid vom 8. Dezember 1966 einen Antrag des Klägers ab, ihm einen Zuschuß nach § 143 a des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG) für die Errichtung einer Garage und von Einfriedungsmauern zu gewähren. Zur Begründung führte die Beklagte aus: Das Bauwerk sei bereits bei der am 7. Dezember 1966 vorgenommenen Baustellenbegehung bezogen gewesen und daher als auslaufendes Bauvorhaben im Sinne der Richtlinien anzusehen, so daß es nicht förderungswürdig sei. Der hiergegen erhobene Widerspruch des Klägers blieb erfolglos (Widerspruchsbescheid vom 27. Dezember 1967).

Das Landessozialgericht (LSG) Nordrhein-Westfalen hat die Berufung des Klägers gegen das die ablehnenden Bescheide des Arbeitsamts bestätigende Urteil des Sozialgerichts (SG) Köln vom 2. März 1970 durch Urteil vom 17. September 1970 als unzulässig verworfen. Das LSG hat dazu ausgeführt: Die Berufung des Klägers sei gemäß § 144 Abs. 1 Nr. 1 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) nicht statthaft, da sie eine einmalige Leistung betreffe. Sie hätte nur statthaft sein können, wenn der Kläger mit Recht Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens gerügt hätte (§ 150 Nr. 2 SGG). Die vom Kläger erhobenen Verfahrensrügen wegen Verletzung des § 193 des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) und der §§ 12, 103, 112, 122 und 150 SGG seien unbegründet. Gegen das Urteil des LSG hat der Kläger Revision eingelegt. Er rügt die Verletzung der §§ 62, 128 Abs. 2 und des § 158 Abs. 1 SGG durch das Berufungsgericht.



II

Die Revision ist nicht statthaft.

Das Berufungsgericht hat die Revision nicht gemäß § 162 Abs. 1 Nr. 1 SGG zugelassen. Sie kann daher nur statthaft sein, wenn ein wesentlicher Mangel des Verfahrens des LSG (§ 162 Abs. 1 Nr. 2 SGG) in einer der Vorschrift des § 164 Abs. 2 Satz 2 SGG entsprechenden Form gerügt ist und auch vorliegt (BSG 1, 150).

Aus dem Inhalt der Revisionsbegründungsschrift ergibt sich, daß der Kläger in der Verwerfung seiner Berufung als unzulässig (§ 158 Abs. 1 SGG) einen wesentlichen Mangel des Verfahrens des LSG sieht, da er der Ansicht ist, seine im zweiten Rechtszug vorgetragenen, das Verfahren des SG betreffenden Rügen seien begründet gewesen und das LSG hätte deshalb im Hinblick auf § 150 Nr. 2 SGG in der Sache entscheiden müssen.

Der Vortrag der Revision, das LSG habe zu Unrecht angenommen, die Nichtzulassung der Berufung durch das SG sei kein Verfahrensmangel, kann das Rechtsmittel nicht statthaft machen. Mit Recht hat das Berufungsgericht ausgeführt, daß die Entscheidung über die Zulassung der Berufung eine Nebenentscheidung ist, die auch nicht auf dem Wege über die Rüge eines Verfahrensmangels überprüft werden kann (BSG SozR Nr. 12, 17 und 19 zu § 150 SGG).

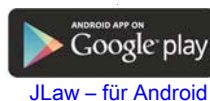
Ob der Kläger die Rüge, das SG habe durch die Anwesenheit und aktive Teilnahme von Referendaren in der Beratung § 193 GVG verletzt, bereits im Berufungsverfahren, wie dies erforderlich gewesen wäre (BSG SozR Nr. 9 zu § 150 SGG), ordnungsmäßig erhoben hat, bedurfte keiner abschließenden Prüfung, weil die Rüge jedenfalls unbegründet ist. Nach § 193 GVG, der nach § 61 Abs. 2 SGG

im Verfahren der Sozialgerichtsbarkeit entsprechend anzuwenden ist, dürfen bei der Beratung und Abstimmung außer den zur Entscheidung berufenen Richtern nur die bei demselben Gericht zu ihrer juristischen Ausbildung beschäftigten Personen zugegen sein, soweit der Vorsitzende deren Anwesenheit gestattet. Referendare gehören zu dem Personenkreis der Auszubildenden im Sinne des § 193 GVG (vgl. BSG 13, 147, 149; BAG 19, 285, 287; Müller/Sax, StPO, 6. Aufl., GVG § 193 Anm. 2 b; Schneider, MDR 1968, 973, 974 mit weiteren Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung). Mit Recht ist das LSG davon ausgegangen, daß gegen eine aktive Mitwirkung der zur Ausbildung zugewiesenen Referendare bei der Beratung des SG keine Bedenken bestehen. Der Revision ist allerdings zuzugeben, daß nach dem Wortlaut des § 193 GVG - "zugegen sein" - nur die Anwesenheit der Referendare bei der Beratung und Abstimmung zweifelsfrei zulässig ist. In der Gerichtspraxis wird jedoch das "Zugegensein" so verstanden, daß der Referendar aktiv an der Rechtsfindung beteiligt werden darf (Schneider aaO, vgl. auch BAG aaO). Diese Praxis entspricht dem Sinn und Zweck der zugunsten der Referendar in § 193 GVG erlassenen Ausnahmegesetz. Der Zweck dieser Regelung liegt darin, die Referendare in ihrer Ausbildung zum Erwerb der Fähigkeit zum Richteramt zu fördern. Dem kann aber - worauf Schneider (aaO) mit Recht hinweist - das bloße Anhören eines fremden Meinungsaustausches nicht in dem erforderlichen Maße dienen. Nach den Ausbildungsgesetzen soll der Referendar im Vortrag geübt werden. Daraus folgt, daß ihm auch Gelegenheit gegeben werden muß, in der Beratung des Gerichts den Sachverhalt des von ihm zu Ausbildungszwecken vorbereiteten Rechtsstreits vorzutragen und ihn rechtlich zu würdigen. Da das Gesetz die Teilnahme der Referendare an der Beratung und Abstimmung zugelassen hat, kann dies nur den Sinn haben, daß sie der Ausbildung nutzbar gemacht werden soll. Daraus ist dann aber zu folgern, daß der Gesetzgeber inso-



weit mit einer Beteiligung der Referendare an der Beratung, nicht jedoch an der Abstimmung, aus Ausbildungsgründen einverstanden war und die Formulierung "zugegen sein" nur gewählt hat, um damit deutlich zu machen, daß eine aktive Teilnahme an der Abstimmung ausscheidet.

Auch die Rüge des Klägers, im ersten Rechtszug sei § 112 SGG dadurch verletzt worden, daß ein Referendar den Sachverhalt in der mündlichen Verhandlung vorgetragen habe, geht fehl. Es kann dahinstehen, ob der Sachverhalt in der mündlichen Verhandlung des SG immer durch den Vorsitzenden vorzutragen ist. Der Wortlaut des § 112 SGG gibt dafür jedenfalls im Gegensatz zu § 103 der Verwaltungsgerichtsordnung, der den Vortrag durch den Vorsitzenden oder den Berichterstatter ausdrücklich vorschreibt, keinen Anhalt. Selbst wenn es aber unzulässig sein sollte, daß ein Dritter, der dem erkennenden Gericht nicht angehört, den Sachverhalt in der mündlichen Verhandlung darstellt, so konnte sich der Kläger auf einen solchen Mangel des Verfahrens des SG im zweiten Rechtszug nicht mehr berufen. Der Kläger, der in der mündlichen Verhandlung vor dem SG anwesend war, hat zur Sache verhandelt und Sachanträge gestellt, obwohl ihm aufgefallen war, daß der Sachverhalt nicht durch den Vorsitzenden dargestellt wurde. Nach § 295 der Zivilprozeßordnung (ZPO), der gemäß § 202 SGG im sozialgerichtlichen Verfahren entsprechend anzuwenden ist (BSG 3, 285; 4, 60), kann die Verletzung einer Verfahrensvorschrift nicht mehr gerügt werden, wenn der Beteiligte auf die Befolgung der Vorschrift verzichtet oder bei der nächsten mündlichen Verhandlung den Mangel nicht gerügt hat, obgleich er erschienen und ihm der Mangel bekannt war oder bekannt sein mußte. Da das Rügerecht nach § 295 ZPO sogar entfällt, wenn die Darstellung des Sachverhalts in der mündlichen Verhandlung - bei Anwesenheit der Beteiligten oder ihrer



- 6 -

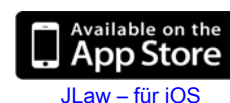
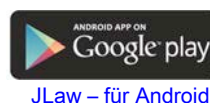
Bevollmächtigten - überhaupt unterbleibt (BSG SozR Nr.6 zu § 112 SGG), muß dies um so mehr gelten, wenn der Sachverhalt zwar dargestellt worden ist, dies jedoch durch eine möglicherweise dazu in der mündlichen Verhandlung nicht berufene Person geschehen ist.

Die Rüge des Klägers, das LSG hätte die Berufung nicht als unzulässig verwerfen dürfen, weil sie wegen mangelnder Sachaufklärung des SG zulässig gewesen sei, ist ebenfalls unbegründet. Mit Recht hat das LSG ausgeführt, daß es für die Statthaftigkeit der Berufung darauf ankommt, ob die vom Kläger nach § 103 SGG gerügte Sachaufklärung vom sachlich-rechtlichen Standpunkt des SG aus notwendig war (vgl. das zu § 162 Abs. 1 Nr. 2 SGG ergangene Urteil BSG 2, 84, 87; Peters/Sautter/Wolff, Kommentar zur Sozialgerichtsbarkeit, § 150 SGG Anm. 3 Seite III, 61 unten). Nur wenn das SG sich von seiner sachlich-rechtlichen Auffassung hätte gedrängt fühlen müssen, den Sachverhalt weiter aufzuklären, kann eine Verletzung des § 103 SGG vorliegen. Die Revision hat aber nicht - wie es nach § 164 Abs. 2 Satz 2 SGG erforderlich ist - dargetan, wie so das LSG den sachlich-rechtlichen Standpunkt des SG verkannt hat und weshalb sich das SG von jenem Standpunkt aus hätte gedrängt fühlen müssen, den Sachverhalt durch eine Ortsbesichtigung aufzuklären. Da insoweit der Vortrag der Revision schon nicht der Formvorschrift des § 164 Abs. 2 Satz 2 SGG genügt, ist diese Rüge auch nicht geeignet, die Revision statthaft zu machen. Es kann deshalb in diesem Zusammenhang auch nicht darauf an, ob der Kläger in der Berufungsinstanz noch die Nichtprotokollierung des Antrags auf die Abhaltung einer Ortsbesichtigung als Verstoß gegen § 122 Abs. 1 Satz 2 SGG geltend machen konnte. Das LSG hat insoweit zutreffend ausgeführt, daß auf einem solchen Verfahrensmangel die Entscheidung des SG nicht beruhen konnte, wenn es sich von seinem sachlich-rechtlichen

- 7 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Standpunkt aus nicht gedrängt fühlen brauchte, den Sachverhalt in dieser Richtung weiter aufzuklären.

Schließlich ist die Revision auch nicht deshalb statthaft, weil das LSG in den Urteilsgründen eine dienstliche Äußerung des Vorsitzenden des SG verwertet hat, die dem Kläger nicht zugänglich gemacht worden ist.

Die §§ 62, 128 Abs. 2 SGG, die den verfassungsrechtlich garantierten Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 des Grundgesetzes) wiederholen, verlangen allerdings, daß bei einer gerichtlichen Entscheidung allein solche Tatsachen und Beweisergebnisse zugrunde gelegt werden, zu denen die Beteiligten Gelegenheit hatten, Stellung zu nehmen (BVerfG 5, 22, 24; 6, 12, 14; 13, 132, 144 f.; 10 177, 182; BSG 7, 209, 211). Diesen Grundsatz hat das LSG auch verletzt, weil es durch Urteil entschieden hat, ohne vorher den Beteiligten von der dienstlichen Äußerung des Vorsitzenden des SG Kenntnis zu geben. Die entsprechende Verfahrensrüge ist jedoch nicht begründet, weil das Urteil des LSG nicht auf diesem Verfahrensmangel beruht. Das wäre nur der Fall, wenn nicht ausgeschlossen werden könnte, daß schon eine Stellungnahme des Klägers zu einer anderen Bewertung der dienstlichen Äußerung des Vorsitzenden des SG und damit zu einer dem Kläger günstigeren Entscheidung geführt hätte. Da der Kläger aber selbst bereits in der Berufungsinstanz davon ausgegangen war, daß es sich bei den beiden, zusätzlich am Richterisch des SG sitzenden Personen um zur Ausbildung zugeteilte Referendare gehandelt habe, konnte die Bestätigung dieses Sachverhalts durch die dienstliche Äußerung des erstinstanzlichen Vorsitzenden zu keinem anderen, für den Kläger günstigeren Ergebnis führen.

Nach allem sind die vom Kläger vorgebrachten Rügen nicht geeignet, die Revision gemäß § 162 Abs. 1 Nr. 2 SGG statthaft



- 8 -

zu machen. Das Rechtsmittel muß daher nach § 169 SGG als unzulässig verworfen werden.

Die Kostenentscheidung ergeht in entsprechender Anwendung des § 193 SGG.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)