



HVBG

HVBG-Info 07/2001 vom 02.03.2001, S. 0609 - 0615, DOK 182.13

**Umwandlung des Erörterungstermins in eine mündliche Verhandlung
- Herstellung der Öffentlichkeit - BSG-Urteil vom 28.03.2000
- B 8 KN 7/99 R - mit Urteilsanmerkung von Dr. Paul-Arthur ZEIHE,
Hattingen**

SG-Verfahren - Umwandlung des Erörterungstermins in eine mündliche
Verhandlung - Herstellung der Öffentlichkeit -
Berichtigungsmöglichkeit;

hier: BSG-Urteil vom 28.03.2000 - B 8 KN 7/99 R -
(Zurückverweisung an das LSG) mit Urteilsanmerkung von
Dr. Paul-Arthur ZEIHE, Hattingen, in "Die
Sozialgerichtsbarkeit" 2/2001, 83-86

Das BSG hat mit Urteil vom 28.02.2000 - B 8 KN 7/99 R - Folgendes
entschieden:

Leitsatz:

1. Wandelt sich vor dem LSG ein Erörterungstermin - nach
Zustimmung der Beteiligten zu einer Entscheidung durch den
Vorsitzenden anstelle des Senats (§ 155 Abs 3 SGG) - in eine
mündliche Verhandlung um, ist die Öffentlichkeit herzustellen
(Fortführung von BSG vom 22.11.1994 - 8 RKn 8/94 = HVBG-INFO
1995, 156).
2. Kann der Beteiligte erkennen, daß die Vorschriften über die
Öffentlichkeit der Verhandlung verletzt werden, hat er dies vor
Abschluß eben jener Verhandlung zu rügen (§ 295 Abs 1 ZPO iVm
§ 202 SGG).

Orientierungssatz:

1. Auf die Befolgung der Vorschriften über die Öffentlichkeit in
der mündlichen Verhandlung können die Beteiligten wirksam
verzichten.
2. Die Rechtsauffassung, daß es sich bei der "nächsten" mündlichen
Verhandlung iS des § 295 Abs 1 ZPO nicht um einen neuen
Verhandlungstermin handeln muß, sondern damit auch dieselbe
Verhandlung im nächsten Verfahrensabschnitt gemeint ist, der im
Anschluß an den Verfahrensverstoß stattgefunden hat, erklärt
sich aus der "entsprechenden" (§ 202 SGG; gleichbedeutend § 173
VWGO) Anwendung der Vorschrift des aus dem Zivilverfahren
stammenden § 295 Abs 1 ZPO auf das sozial-(und verwaltungs-)
gerichtliche Verfahren.
3. Bei dem Übergang von einem Erörterungs- und
Beweisaufnahmetermin in eine mündliche Verhandlung handelt es
sich um einen nach § 160 Abs 2 ZPO in die Niederschrift
aufzunehmenden wesentlichen Vorgang der Verhandlung.
4. Dem Berufungsgericht ist keine Gelegenheit zur Berichtigung der
Niederschrift (§ 122 SGG iVm § 164 Abs 1 ZPO) zu geben. Mit
einer derartigen Vorgehensweise ergriffe der Senat einseitig
für einen der Beteiligten (hier: den Kläger) Partei (vgl BAG
vom 11.12.1964 - 1 AZR 55/64 = BAGE 17, 21, 25 = AP NR 1 zu

Tatbestand

Die Beklagte wendet sich gegen ihre Verurteilung zur Zahlung von Rente wegen Berufsunfähigkeit (BU) ab 1. Dezember 1994. Ein Rentenantrag des Klägers vom November 1994 war im Verwaltungsverfahren ohne Erfolg geblieben (Bescheid der Beklagten vom 16. Januar 1996 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 2. Dezember 1996). Das Sozialgericht Hannover (SG) hat die Klage abgewiesen (Urteil vom 19. Mai 1998), das Landessozialgericht Niedersachsen (LSG) zur Zahlung von Rente wegen BU ab 1. Dezember 1994 verurteilt und der Beklagten zwei Drittel der Kosten des Klägers auferlegt (Urteil vom 6. November 1998).

Der Termin vom 6. November 1998 nahm folgenden Verlauf: Geladen waren die Beteiligten zu einem Termin zur Erörterung des Sachverhalts und Beweisaufnahme vor dem Vorsitzenden; ein Sachverständiger sollte zu möglichen Verweisungstätigkeiten gehört werden. Der vor dem Sitzungssaal ausgehängte Terminsplan - für mehrere angesetzte Sachen - trug die Überschrift:

"Nichtöffentliche Sitzung zur Erörterung des Sachverhalts und zur Beweisaufnahme vor dem Vorsitzenden"; die Niederschrift (erstellt vom Vorsitzenden ohne Zuziehung einer Protokollführerin) berichtet von einer "Nichtöffentlichen Sitzung". Nach der Niederschrift rief der Vorsitzende die Sache selbst auf; er nahm zunächst die Personalien der Erschienenen auf und händigte Unterlagen an die Beteiligtenvertreter aus. Diese erklärten übereinstimmend: "Wir sind mit einer Entscheidung durch den Vorsitzenden allein einverstanden". Der Vorsitzende trug den Sachverhalt vor, dem schloß sich die Antragstellung an; es folgte die Vernehmung des Sachverständigen. Nach Erörterung der Sach- und Rechtslage mit den Beteiligten beschloß und verkündete der Vorsitzende: "Es ergeht eine Entscheidung am Schluß der Sitzung". Am Schluß der Sitzung verkündete der Vorsitzende in Abwesenheit der Beteiligten "Im Namen des Volkes! folgendes Urteil ...". Das Urteil ist laut Urteilseingang (sogenanntes Rubrum) "auf die mündliche Verhandlung vom 6. November 1998" ergangen.

Die Beklagte rügt mit ihrer Revision Verfahrensfehler des LSG. Dieses habe den Grundsatz der Öffentlichkeit der mündlichen Verhandlung (§ 61 Sozialgerichtsgesetz (SGG) iVm § 169 Gerichtsverfassungsgesetz (GVG)) ebenso verletzt wie den der Gewährung des rechtlichen Gehörs (§§ 62, 128 Abs 2 SGG, Art 103 Abs 1 Grundgesetz (GG)). Der Erörterungstermin vom 6. November 1998 habe sich in eine mündliche Verhandlung verwandelt, ohne daß die Öffentlichkeit hergestellt worden sei. Zudem sei sie (die Beklagte) durch die überraschende Verfahrensweise, am Ende des Termins durch Urteil zu entscheiden, an einer umfassenden Stellungnahme zu den Ausführungen des Sachverständigen gehindert worden.

Die Beklagte beantragt,
das Urteil des LSG aufzuheben und die Berufung des Klägers gegen das Urteil des SG zurückzuweisen, hilfsweise, die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückzuverweisen.

Der Kläger beantragt - unter näherer Darlegung - sinngemäß,
die Revision zurückzuweisen.

Der Senat hat im Beschwerdeverfahren die dienstliche Äußerung des

Vorsitzenden des Berufungssenats vom 4. Mai 1999 beigezogen. Dieser hat erklärt, er pflege bei derartigen Terminen zu Beginn der Erörterung die Frage nach einer Zustimmung gemäß § 155 Abs 3 SGG zu stellen. Bei erteilter Zustimmung führe er die Verhandlung von vornherein wie in einer öffentlichen Senatssitzung, beginne also insbesondere mit dem Sachvortrag, der bei einem Erörterungstermin nicht erforderlich sei. Auch beim fraglichen Termin habe er nach den entsprechenden Erklärungen der Beteiligten gesagt, daß er die mündliche Verhandlung eröffne und den Sachverhalt vortrage. Er sei sich - wie in ähnlich gelagerten Fällen - auch bewußt gewesen, daß er die Öffentlichkeit hätte herstellen müssen. Dabei habe er ua an den Aushang gedacht, dort aber keine Änderungsmöglichkeiten gesehen, da anschließend noch eine nichtöffentliche Verhandlung stattfinden sollte. Die Einverständniserklärungen seien gleich zu Beginn der Verhandlung abgegeben worden, etwa zwei bis drei Minuten nach dem Aufruf der Sache. Deswegen habe er keinen Sinn darin gesehen, zB nochmals auf den - wie er gewußt habe - leeren Korridor hinauszugehen und kundzutun, daß die Verhandlung öffentlich sei. Auch in der Verhandlung habe er eine ausdrückliche Erklärung, daß die Öffentlichkeit hergestellt werde, für überflüssig gehalten. Von den Beteiligten habe damals niemand die getroffene Verfahrensweise beanstandet. Dem Beklagtenvertreter sei aufgrund der Frage, ob einem Verfahren nach § 155 Abs 3 SGG zugestimmt werde, klar gewesen, daß es um eine Entscheidung in der Sitzung gehe. Der Beklagtenvertreter habe sich zum Ergebnis der Beweisaufnahme geäußert und weder vor noch nach dem Beschluß, daß eine Entscheidung am Schluß der Sitzung ergehen solle, eine Vertagung beantragt.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist in dem Sinne begründet, daß wegen eines Fehlers im Verfahren vor dem LSG das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache an das LSG zurückzuverweisen ist.

Im Berufungsverfahren ist der Grundsatz der Öffentlichkeit der mündlichen Verhandlung (§ 61 Abs 1 SGG iVm § 169 GVG) verletzt worden (1). Die Beklagte hat insoweit auch ihr Rügerecht nicht nach § 295 Abs 1 Zivilprozeßordnung (ZPO) iVm § 202 SGG verloren (2). Das Verfahren des LSG erfüllt den absoluten Revisionsgrund nach § 551 Nr 6 ZPO iVm § 202 SGG (3).

(1) Der Verlauf des Termins am 6. November 1998 entspricht im wesentlichen dem Sachverhalt, der dem Senatsurteil vom 22. November 1994 (8 RKn 8/94, Kompaß 1995, 156) zugrunde lag. Auch im vorliegenden Verfahren sind bei der mündlichen Verhandlung vor dem LSG die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt worden.

Nach § 61 Abs 1 SGG iVm § 169 Satz 1 GVG ist die mündliche Verhandlung öffentlich. Die Verhandlung vor dem LSG war jedoch nichtöffentlich. Das ergibt sich aus ihrer Niederschrift. Hiernach hat in dem Rechtsstreit am 6. November 1998 eine "Nichtöffentliche Sitzung" stattgefunden. Diese war, wie ebenfalls aus der Niederschrift sowie der Ladung der Beteiligten folgt, als Termin zur Erörterung des Sachverhalts durch den Vorsitzenden mit den Beteiligten (§ 153 Abs 1 iVm § 106 Abs 3 Nr 7 SGG) gedacht. Der Termin hat sich dann jedoch - spätestens durch den Beschluß des Vorsitzenden, eine Entscheidung werde am Schluß der Sitzung ergehen - in eine mündliche Verhandlung (§ 153 Abs 1 iVm §§ 110, 112, 121 SGG) verwandelt, ohne daß die Öffentlichkeit hergestellt wurde. Daß im betreffenden Termin eine mündliche Verhandlung

stattgefunden hat, wird nicht dadurch in Frage gestellt, daß die Verhandlung nichtöffentlich war. Die Öffentlichkeit ist kein konstituierendes Merkmal einer mündlichen Verhandlung (vgl § 551 Nr 6 ZPO).

Bei dieser mündlichen Verhandlung waren die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt. Die Öffentlichkeit der Verhandlung erfordert, daß jedermann - nach Maßgabe des verfügbaren Raums - der Zutritt zur Verhandlung ermöglicht wird (s Kissel, GVG, Komm, 2. Aufl 1994, § 169 RdNr 21 mwN aus der Rspr). Bei öffentlichen Sitzungen muß durchgehend gewährleistet sein, daß der Zutritt im Rahmen der tatsächlichen Gegebenheiten deutlich erkennbar gestattet ist (Albers in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 58. Aufl 2000, § 169 GVG RdNr 1). Die Öffentlichkeit ist demgemäß nicht gewahrt, wenn - wie im vorliegenden Fall - der Aushang vor dem Sitzungssaal ausdrücklich darauf hinweist, daß im Saal eine "Nichtöffentliche Sitzung" stattfindet. Hierin liegt ein wesentliches Zutrittshindernis (vgl OLG Neustadt/Weinstraße vom 10. Oktober 1962 - Ss 177/62, MDR 1962, 1010, wonach bei Aufleuchten des Schildes "Nichtöffentliche Sitzung" vor dem Sitzungssaal zwar eine Verletzung des § 169 GVG, nicht jedoch das Vorliegen eines absoluten Revisionsgrundes gesehen wurde, da nicht das Gericht, sondern die Urkundsbeamtin versehentlich den verkehrten Knopf gedrückt hatte).

Die vom Vorsitzenden des Berufungsgerichts in seiner dienstlichen Äußerung angesprochenen Gründe, die einer Herstellung der Öffentlichkeit entgegengestanden hätten, können kein anderes Ergebnis rechtfertigen. Insbesondere läßt die Beobachtung, daß sich zwei bis drei Minuten vor Eintritt in die mündliche Verhandlung niemand auf dem Gerichtsflur befand, der Interesse hätte haben können, der Verhandlung beizuwohnen, insoweit keine Ausnahme zu. Damit entfällt noch nicht die Notwendigkeit, den Umstand kenntlich zu machen, daß nunmehr eine öffentliche mündliche Verhandlung stattfindet. Wie dies im Einzelfall geschehen kann, bleibt dem jeweils Verantwortlichen überlassen; vorstellbar wäre zB, während einer aus einem Erörterungstermin entstehenden mündlichen Verhandlung ein Schild "Öffentliche mündliche Verhandlung" über den Aushang vor dem Verhandlungssaal zu hängen.

Bei der vom Vorsitzenden des Berufungssenats geschilderten üblichen Verfahrensweise wäre es möglicherweise noch näherliegend, daß die Beteiligten - auf Befragen des Vorsitzenden - auf die Herstellung der Öffentlichkeit verzichten. Gegen eine solche Vorgehensweise bestehen keine Bedenken. Denn auf die Befolgung der Vorschriften über die Öffentlichkeit in der mündlichen Verhandlung können die Beteiligten wirksam verzichten. Zwar wird für das Straf- und das Zivilverfahren eine strengere Auffassung vertreten (zB Hanack in Löwe/Rosenberg, Strafprozeßordnung (StPO) und GVG, 24. Aufl 1988, § 337 StPO RdNr 271; Albers in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 58. Aufl 2000, vor § 169 GVG RdNr 2). Der Senat schließt sich jedoch der insoweit einheitlichen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) und des Bundesfinanzhofs (BFH) an (BFH vom 24. August 1990, BFHE 161, 427; BVerwG vom 4. November 1977, Buchholz 303 § 295 ZPO Nr 1 mwN). Diese stellt darauf ab, daß das Prinzip der Öffentlichkeit in der Verwaltungs- und der Finanzgerichtsordnung abgeschwächt ist, da die Prozeßbeteiligten auf die mündliche Verhandlung verzichten können. Dies gilt ebenso für das sozialgerichtliche Verfahren (vgl § 124 Abs 2 SGG). Bei Verzicht der Beteiligten auf die mündliche Verhandlung wäre der eingeschlagene Verfahrensweg im Ergebnis ebenfalls nicht zu

beanstanden gewesen (vgl. Bundessozialgericht (BSG) vom 5. Juli 1968, BSGE 28, 151 = SozR Nr 9 zu § 112 SGG: kein wesentlicher Verfahrensmangel bei Verkündung eines Urteils, das nach § 133 SGG zuzustellen ist). Dann aber muß auch - bei stattfindender mündlicher Verhandlung - ein Verzicht auf die Beachtung der Vorschriften über die Öffentlichkeit möglich sein.

(2) Der Verfahrensrüge der Beklagten steht die Regelung des § 295 Abs 1 iVm § 558 ZPO (diese Bestimmungen sind nach § 202 SGG im sozialgerichtlichen Verfahren entsprechend anzuwenden: BSG vom 30. Dezember 1987, SozR 1500 § 160a Nr 61 mwN) nicht entgegen. Hiernach kann ein Verfahrensfehler in der Revisionsinstanz ua dann nicht mehr gerügt werden, wenn der Prozeßbeteiligte "bei der nächsten mündlichen Verhandlung" den Mangel nicht gerügt hat, obgleich er dem Beteiligten bekannt war oder bekannt sein mußte. Daß die Vorschriften über die Öffentlichkeit der mündlichen Verhandlung im sozialgerichtlichen Verfahren verzichtbar sind, wie § 295 Abs 1 ZPO voraussetzt, ist bereits oben erläutert.

(a) Die aus dem Erörterungstermin entstandene mündliche Verhandlung vom 6. November 1998 war zwar in diesem Sinne die "nächste mündliche Verhandlung". Der Senat schließt sich auch insoweit der Rechtsprechung des BVerwG an. Hiernach ist bei der entsprechenden Anwendung des § 295 ZPO über § 173 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) (der mit § 202 SGG übereinstimmt) unter der "nächsten mündlichen Verhandlung, die aufgrund des betreffenden Verfahrens stattgefunden hat" nicht notwendig ein neuer Termin zu verstehen; vielmehr genügt, als nächster Verfahrensabschnitt, eine Verhandlung, die sich innerhalb der mündlichen Verhandlung an jenen Verfahrensabschnitt anschließt, in dem der geltend gemachte Verfahrensmangel geschehen sein soll (so BVerwG vom 26. November 1985 - 4 CB 46.85 mwN, nicht veröffentlicht, ausdrücklich für den Fall, daß ein Beteiligter in der mündlichen Verhandlung einen ihm erkennbaren Mangel der Öffentlichkeit nicht gerügt hat; s ferner zB BVerwG vom 29. April 1983 - 9 B 1610.81, NVwZ 1983, 668 mwN für die Rüge, daß die Sprachvermittlung durch einen in der mündlichen Verhandlung hinzugezogenen Dolmetscher ungenügend gewesen sei; ebenso auch BVerwG vom 7. Oktober 1987 - 9 CB 20.87, NVwZ 1988, 348 für die Nichtinzuziehung eines Dolmetschers zur Übersetzung einer fremdsprachlichen Urkunde in der - letzten - mündlichen Verhandlung; s auch BVerwG vom 29. Oktober 1987, Buchholz 310 § 103 VwGO Nr 9 für den im letzten Verhandlungstermin unterbliebenen Sachvortrag des Berichterstatters; BVerwG vom 3. Mai 1976, BVerwGE 50, 344, 346 für die Fortsetzung einer mündlichen Verhandlung nach einer fehlerhaften Beweisaufnahme; BVerwG vom 8. Dezember 1988 - 9 B 388.88, NJW 1989, 1233 sowie vom 21. Juli 1997 - 7 B 175.97, in JURIS, jeweils für die Fortsetzung einer mündlichen Verhandlung nach Ablehnung eines Beweisantrags durch Beschluß). Von dieser Auffassung ist bereits im Jahre 1965 auch das BSG ausgegangen (BSG vom 29. Juli 1965, SozR Nr 6 zu § 112 SGG zum Unterbleiben der Darstellung des Sachverhalts in der - letzten - mündlichen Verhandlung). Die hier vertretene Auffassung stimmt auch mit der des BFH überein; dieser hat insbesondere bereits mehrmals entschieden, daß bei einer Rüge der Verletzung der Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens auch vorgetragen werden muß, daß der Verstoß in der Vorinstanz - in der mündlichen Verhandlung, in der der Verstoß stattgefunden hat - gerügt worden ist (BFH vom 24. August 1990, BFHE 161, 427; BFH vom 17. Januar 1995 - V R 28/94, BFH/NV 1995, 893; BFH vom 8. Mai 1996 - XI R 5/96,

BFH/NV 1996, 772).

Die Rechtsauffassung, daß es sich bei der "nächsten" mündlichen Verhandlung iS des § 295 Abs 1 ZPO nicht um einen neuen Verhandlungstermin handeln muß, sondern damit auch dieselbe Verhandlung im nächsten Verfahrensabschnitt gemeint ist, der im Anschluß an den Verfahrensverstoß stattgefunden hat, erklärt sich aus der "entsprechenden" (§ 202 SGG; gleichbedeutend § 173 VwGO) Anwendung der Vorschrift des aus dem Zivilverfahren stammenden § 295 Abs 1 ZPO auf das sozial-(und verwaltungs-)gerichtliche Verfahren. Denn im Gegensatz zu den letztgenannten Verfahren, in denen die mündliche Verhandlung grundsätzlich auch die Beweisaufnahme einschließen kann (§ 96 Abs 1 VwGO, § 117 SGG), beginnt die mündliche Verhandlung im Zivilprozeß erst nach Erledigung der Beweisaufnahme (s § 370 Abs 1, § 367 Abs 1 ZPO). Eine wortgetreue Anwendung des § 295 Abs 1 ZPO bedeutete, daß im Gegensatz zum Zivilprozeß im Sozial- und Verwaltungsprozeß kein Rügeverlust hinsichtlich eines Verfahrensfehlers in der Verhandlung nach unmittelbar vorhergegangener Beweisaufnahme einträte (da beides in einer einheitlichen mündlichen Verhandlung stattgefunden hat). Das entspricht aber nicht dem allgemeinen Sinn dieser Vorschrift und legt nahe, bei der "entsprechenden" Anwendung des § 295 Abs 1 ZPO vor den Sozial- wie vor den Verwaltungsgerichten als "nächste mündliche Verhandlung" jeweils den nächsten Verhandlungsabschnitt zu verstehen.

(b) Der Verfahrensmangel, daß zu Beginn jener mündlichen Verhandlung die Öffentlichkeit nicht hergestellt war, mußte dem Vertreter der Beklagten jedoch (noch) nicht vor Abschluß des auf die Beweisaufnahme folgenden Verfahrensabschnitts jener mündlichen Verhandlung iS des § 295 Abs 1 ZPO bekannt sein. Denn es kann nicht festgestellt werden, daß dem Beklagtenvertreter vor dem die Verhandlung abschließenden Beschluß des Vorsitzenden: "Es ergeht eine Entscheidung am Ende der Sitzung" bewußt war oder hätte bewußt sein müssen, daß er sich nicht mehr in einem Erörterungs- und Beweisaufnahmetermin, sondern in einer mündlichen Verhandlung befand. Ebenso wenig mußte für die Beteiligten aus ihrem im Erörterungstermin erklärten Einverständnis mit einer Entscheidung durch den Vorsitzenden allein (§ 155 Abs 3 SGG) folgen, daß diese Entscheidung bereits - nach mündlicher Verhandlung - am Terminstag verkündet werden würde.

Unbeachtlich ist, daß der Vorsitzende in seiner dienstlichen Äußerung davon berichtet, er habe vor Beginn des Sachverhaltsvortrages die Eröffnung der mündlichen Verhandlung bekanntgegeben. Denn aus der Niederschrift ergibt sich ein derartiger Übergang in eine andere Terminsart zu einem früheren Zeitpunkt als dem des abschließenden Beschlusses nicht. Bereits aus dem Umstand, daß der fragliche Vorgang nicht in die Niederschrift aufgenommen wurde, folgt, daß jene Förmlichkeit nicht gewahrt wurde (§ 122 SGG iVm § 165 ZPO). Zwar ist die "Eröffnung der mündlichen Verhandlung" weder nach § 122 SGG iVm § 160 Abs 1 ZPO noch nach § 122 SGG iVm § 160 Abs 3 ZPO Teil des notwendigen Inhalts einer Niederschrift. Ein entsprechender Vermerk ist im sozialgerichtlichen Verfahren in der Regel auch überflüssig. Denn bei einer als solche von Anfang an durchgeführten mündlichen Verhandlung stellt der Sachverhaltsvortrag den Beginn der mündlichen Verhandlung dar (§ 112 Abs 1 Satz 2 SGG). Bei dem Übergang von einem Erörterungs- und Beweisaufnahmetermin in eine mündliche Verhandlung handelt es sich jedoch um einen nach § 160 Abs 2 ZPO in die Niederschrift aufzunehmenden wesentlichen Vorgang der Verhandlung. Beginnt nämlich - wie hier - ein Termin als Erörterungstermin und wandelt

er sich in eine mündliche Verhandlung um, so kann dem Umstand, daß der Sachverhalt vorgetragen wird, hierzu nichts entnommen werden. Denn es kann gerade auch vor Erörterung des Sachverhalts (§ 106 Abs 3 Nr 7 SGG) sinnvoll sein, wenn der Vorsitzende zunächst seine Sicht der Dinge erläutert. Entsprechendes gilt für die Antragstellung durch die Beteiligten. Fehlt jedoch ein eindeutig erkennbarer Übergang in eine mündliche Verhandlung, bedarf es eines gesonderten ausdrücklichen Hinweises auf ihren Beginn, der auch in die Niederschrift aufzunehmen ist.

Wegen der - hier negativen - Beweiskraft der Niederschrift nach § 165 ZPO besteht kein Raum mehr für Ermittlungen des Senats, um festzustellen, ob der Vorsitzende, wie er in seiner dienstlichen Äußerung ausführt, die Eröffnung der mündlichen Verhandlung in der Tat vor Darstellung des Sachverhalts bekanntgegeben hat.

Ebensowenig ist dem Berufungsgericht Gelegenheit zur Berichtigung der Niederschrift (§ 122 SGG iVm § 164 Abs 1 ZPO) zu geben. Mit einer derartigen Vorgehensweise ergriffe der Senat einseitig für einen der Beteiligten (hier: den Kläger) Partei (vgl Bundesarbeitsgericht (BAG) vom 11. Dezember 1964, BAGE 17, 21, 25 = AP Nr 1 zu § 159 ZPO). Die Beweiskraft der Niederschrift ist auch nicht wegen einer Widersprüchlichkeit zweifelhaft (s BSG vom 14. November 1961, BSGE 15, 232, 235 = SozR Nr 164 zu § 162 SGG). Ein Widerspruch in jenem Sinne liegt nicht bereits dann vor, wenn eine an sich zu erwartende Förmlichkeit in der Niederschrift nicht erwähnt ist. Denn gerade ihr Unterbleiben kann ja den Verfahrensfehler darstellen.

Kann jedoch von der Kenntnis bzw dem Kennenmüssen des Verfahrensfehlers nicht vor jenem Zeitpunkt ausgegangen werden, in dem der Vorsitzende den Beschluß verkündete, eine Entscheidung werde am Schluß der Sitzung ergehen, so war dem Beklagtenvertreter die Rüge jenes Fehlers in der mündlichen Verhandlung gerade nicht mehr möglich, markierte jener Beschluß doch gerade ihr Ende.

(3) Das Verfahren des LSG erfüllt den absoluten Revisionsgrund nach § 551 Nr 6 ZPO. Nach dieser im sozialgerichtlichen Verfahren entsprechend anwendbaren (§ 202 SGG) Vorschrift ist eine Entscheidung stets als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen, wenn die Entscheidung aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt sind.

Schon aus diesem Grund ist das Berufungsurteil aufzuheben und der Rechtsstreit an das LSG zurückzuverweisen. Darauf, ob das Urteil auf diesem Verfahrensfehler beruht, kommt es nach § 551 ZPO nicht an. Bei Vorliegen des absoluten Revisionsgrundes nach § 551 Nr 6 ZPO ist dem Senat auch die Prüfung verwehrt, ob sich nicht die Entscheidung des Berufungsgerichts aus anderen Gründen als richtig darstellt. Denn § 170 Abs 1 Satz 2 SGG gilt nicht bei absoluten Revisionsgründen (BSG vom 22. September 1993, SozR 3-1750 § 551 Nr 5 S 15; BSG vom 18. Februar 1988, BSGE 63, 43, 45 = SozR 2200 § 368a Nr 21 mwN).

Das LSG wird auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden haben.

Fundstelle:

Die Sozialgerichtsbarkeit 2/2001, 81-83

Anmerkung:

Dem Urteil ist in seinem Ergebnis zuzustimmen, soweit der erste Leitsatz betroffen ist, wenn auch die Begründung einige Bemerkungen nötig macht. Hinsichtlich des zweiten Leitsatzes, vor

allem aber wegen der obiter dicta, bestehen Bedenken.

1.1 Der Senatsvorsitzende bei dem LSG hat seinen Termin als "nichtöffentliche Sitzung" bezeichnet. Das ist falsch. Eine nicht öffentliche Sitzung ist ein Termin zur mündlichen Verhandlung, für den die Öffentlichkeit aus den in § 61 Abs. 1 i.V. mit §§ 171b und 172 GVG bezeichneten Gründen ausgeschlossen worden ist. Anberaumt war jedoch ein Erörterungstermin (§ 153 Abs. 1 i.V. mit § 106 Abs. 3 Nr. 7 SGG). Jeder Erörterungstermin - gerichtliches Handeln sui generis - ist nicht öffentlich, jedoch nicht deswegen, weil die Öffentlichkeit ausgeschlossen worden wäre, sondern weil er keine Verhandlung vor dem erkennenden Gericht (§ 202 SGG i.V. mit § 169 GVG) ist (vgl. Kissel, Gerichtsverfassungsgesetz, 2. Aufl. 1994, Rn. 10 und 11 zu § 169). Auch ein einzelner Richter ist Gericht in diesem Sinne (Kissel, a.a.O., Rn. 10). Dementsprechend muss der Hinweis vor dem Saal lauten "nichtöffentlicher Termin". Allerdings bedeutet der Hinweis "nichtöffentliche Sitzung" keinen Mangel im Verfahren, weil die entscheidende Aussage, dass die Öffentlichkeit keinen Zutritt hat, dieselbe bleibt.

1.2 In dem Urteil heißt es zu II 1: "Der Termin hat sich dann ... in eine mündliche Verhandlung ... verwandelt". - Man muss sich jedoch darüber im Klaren sein, dass sich hier nicht von selbst das eine in das andere ändert, sondern dass der Erörterungstermin durch den Richter geschlossen und die mündliche Verhandlung eröffnet wird. Es geht nicht Ersterer gleitend in die Letztere über; die gerichtlichen Handlungen folgen vielmehr aufeinander.

Begonnen hat die mündliche Verhandlung mit dem Sachvortrag des Vorsitzenden (§ 112 Absatz 1 Satz 2 SGG). Diese Vorschrift ist jedem Vorsitzenden Richter so geläufig, dass mir der Gedankengang (unter 2 b), dass es gerade auch vor Erörterung des Sachverhalts sinnvoll sein könne, wenn der Vorsitzende zunächst seine Sicht der Dinge erläutere, weit hergeholt erscheint. Wenn es in der Sitzungsniederschrift heißt, dass der Vorsitzende den Sachverhalt vorgetragen habe und hiergegen keine Revisionsrügen vorgebracht worden sind, so hat er dies getan. Die Erörterung der "Sicht der Dinge" gehört zur Erörterung des Sachverhalts, weil eine solche ohne rechtliche Hinweise undenkbar ist. Der Sachvortrag ist dagegen eine unkommentierte Darstellung des Prozessgeschehens.

2.1 Ist ein Termin zur Erörterung des Sachverhalts (ET) anberaumt worden und soll nach dessen Abschluss vor dem einzelnen Richter (§ 155 Abs. 3 und 4 SGG) mündlich zur Hauptsache verhandelt werden, so muss dies in der Sitzungsniederschrift vermerkt werden. Dem BSG ist zuzustimmen, dass dies wesentlich im Sinne von § 122 SGG i.V. mit § 160 ZPO ist. Einschlägig ist aber die spezielle Vorschrift von Abs. 1 Ziff. 4. Es handelt sich - wie gesagt - um zwei Vorgänge, nämlich den Abschluss des Erörterungstermins und den Beginn der mündlichen Verhandlung. In der Niederschrift könnte es deswegen etwa heißen: "Die Beteiligten erklären: 'Wir sind mit einer Entscheidung der Hauptsache durch den Vorsitzenden einverstanden.' Daraufhin schließt der Vorsitzende den Erörterungstermin. Nach Herstellung der Öffentlichkeit eröffnet der Vorsitzende die mündliche Verhandlung. Er trägt den Sachverhalt vor."

2.2 Dem BSG ist selbstverständlich darin zuzustimmen, dass ein Hinweis auf die Öffentlichkeit der Sitzung nicht deswegen entbehrlich ist, weil zwei bis drei Minuten vor Eintritt in die mündliche Verhandlung niemand auf dem Gerichtsflur war. Erstens

kann sich das inzwischen geändert haben und zweitens könnte auch während der mündlichen Verhandlung ein allfälliger Zuhörer die Tür zum Saal erreichen und nur durch den Hinweis auf den Terminplan abgehalten werden, den Saal zu betreten.

Die Verantwortung des Gerichts - hier des Vorsitzenden in dieser Funktion - ist hier eindeutig. Ich bejahe sie auch für den von dem BSG angeführten Fall, dass die Urkundsbeamtin (der Urkundsbeamte) bzw. die Protokollführerin (der Protokollführer) versehentlich auf den "verkehrten" Knopf gedrückt hat. Die Funktion des Urkundsbeamten in der Sitzung ist so eng mit der des erkennenden Gerichts während der Verhandlung verknüpft, dass sein Tun oder Unterlassen nicht isoliert gesehen werden kann. Damit wird die Überwachungspflicht des Gerichts (des Richters) nicht überspannt (im Einzelnen: Kissel, a.a.O., Rn. 55 und 56). Anders ist es aber dann, wenn ein Dritter, der nicht unmittelbar an dem gerichtlichen Handeln beteiligt ist, die Wahrung des Öffentlichkeitsgrundsatzes unmöglich macht; etwa der Pförtner (Hausmeister), der in der Meinung, alle Sitzungen seien beendet, die Eingangstür des Gerichtsgebäudes verschließt (Fall des BVerwG, DÖV 1984 S. 889). Der hier bedeutsame Sachverhalt verdeutlicht aber, wie problematisch eine Sitzung ohne Protokollführer(in) sein kann. Wäre eine(r) da gewesen, hätte der Vorsitzende nur zu bitten brauchen, das Schild "Öffentliche Sitzung" vor dem Saal aufzuhängen. Dass der Vorsitzende oder einer der Richter dies in einer Sitzung ohne Protokollführer tun muss, wenn es keine Leuchtzeichenanlage gibt, halte ich für unwürdig. Zudem muss der Eindruck für den unbefangenen Betrachter auch eigenartig bis belustigend sein, wenn ein Richter sich von seinem Platz hinter dem Richtertisch erhebt und zur Tür geht, um auf dem Gang ein Schild aufzuhängen oder umzudrehen.

3.1 Nach Meinung des BSG könnte der einzelne Richter (und dementsprechend jedes andere erkennende Gericht) der Notwendigkeit, die öffentliche Sitzung vor dem Saal kenntlich zu machen, dadurch entgehen, "dass die Beteiligten - auf Befragen des Vorsitzenden - auf die Herstellung der Öffentlichkeit verzichten. Gegen eine solche Vorgehensweise bestehen keine Bedenken. Denn auf die Befolgung der Vorschriften über die Öffentlichkeit in der mündlichen Verhandlung können die Beteiligten wirksam verzichten".

Hier ist nicht etwa ein Verzicht nach dem begangenen Verfahrensfehler gemeint, sondern eine Einwilligung darin, dass das Gericht einen Verfahrensfehler begehe. Das ist schlechterdings unmöglich. Ich habe keine Bedenken, dies so hart auszusprechen. § 295 ZPO bestimmt nur, wie bereits vorliegende (Hervorhebung vom Verfasser) Mängel in ihren Wirkungen beseitigt werden (Leipold in Stein-Jonas, ZPO, 21. Aufl., Rn 21 zu § 295 unter Hinweis auf RGZ 133 S. 215, 218 und 135 S. 118, 110; Prütting in Münchener Kommentar, Rn 32 zu § 295; Wieczorek, ZPO, 2. Aufl., C 1 zu § 295; Baumbach/Hartmann, ZPO; 58. Aufl., Rn 9 zu § 295; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 15. Aufl., § 68 II 2a S. 374; Zeihe, SGG, 7. Aufl., Anhang 8, Anm. 4b zu § 295 ZPO). Das Gericht wäre trotz des "Verzichts" gehalten, die Befolgung der Vorschrift zu beachten (Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O.). - Dabei verkenne ich nicht, dass der BGH mit Urteil vom 16.10.1963 (BGHZ 40 S. 179) bei einem Verstoß gegen die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme den Antrag auf die später beanstandete Verfahrensweise als Verzicht gewertet hat. Hierauf kam es aber nicht an, weil in einem nachfolgenden Termin zur mündlichen Verhandlung eine Rüge möglich gewesen wäre (S. 183).

Es handelt sich dabei nicht um eine Besonderheit des Zivilprozesses, die unter den besonderen Bedingungen des Verwaltungsprozesses ohne Bedeutung wäre. In keinem der von dem Senat genannten Beispielsfälle aus der Rechtsprechung von BVerwG und BFH ist eine solche Einwilligung ausgesprochen worden, vielmehr ging es stets darum, ob der Verfahrensmangel mit der Revision noch gerügt werden dürfe, wenn er im letzten Verhandlungstermin in der Tatsacheninstanz nicht gerügt worden ist (Rügeverlust). So hat das auch das BSG mit Urteil vom 15.10.1987 - 1 RA 57/85 - (SozR 1500 § 164 Nr. 33) gesehen. Ein Verzicht könne nur nachträglich im Anschluss an den Verfahrensverstöß erklärt werden.

3.2 Die Abweichung des hier besprochenen Urteils hiervon zwang nicht nach § 41 SGG zur Vorlage an den Großen Senat. Da der Prozessbevollmächtigte der Beklagten nicht einmal gewusst haben soll, dass er an einer mündlichen Verhandlung beteiligt war, kann er weder ausdrücklich noch schlüssig auf die Einhaltung der hierfür geltenden Vorschriften verzichtet haben, sei es vorher oder nachher. Darauf stellt es das BSG auch nicht ab. Es handelt sich um ein obiter dictum, einen Hinweis, wie nach Ansicht des Senats verfahren werden könnte. Auch bei einem obiter dictum sollte man nicht von der Rechtsprechung eines anderen Senates abweichen, falls man nicht bei diesem angefragt hat, ob er seine Rechtsüberzeugung aufrecht erhalte.

4 Hier muss erwähnt werden, dass auch ein (nachträglicher) Verzicht auf die Einhaltung des Öffentlichkeitsgrundsatzes (§ 169 GVG) trotz der von dem BSG angeführten Rechtsprechung von BVerwG und BFH nicht unproblematisch ist. Verzichtet werden kann nämlich auf die Einhaltung einer Verfahrensnorm nur dann, wenn sie ausschließlich den Interessen der Beteiligten (Parteien) dient (Leipold in Stein-Jonas, a.a.O., Rn 4 zu § 295; Prütting in Münchener Kommentar, Rn 6 und 16 zu § 295; RGZ 157 S. 341, 347). An der Gerichtsöffentlichkeit ist aber auch (und gerade) die Allgemeinheit interessiert (Kissel, a.a.O., Rnrn 19 und 58). Das muss hier nicht näher ausgeführt werden, weil es für die Entscheidung des Rechtsstreits bedeutungslos ist. Die Frage bleibt Darlegungen an anderer Stelle vorbehalten.

5.1 Der Senat legt unter II 2 a seine Meinung dar, dass "nächste mündliche Verhandlung" im Sinne des § 295 ZPO bei dessen entsprechender Anwendung (§ 202 SGG) in der Sozialgerichtsbarkeit nicht notwendig ein neuer Termin zu verstehen sei. Es genüge "dieselbe Verhandlung im nächsten Verfahrensabschnitt". Er belegt seine Ansicht mit Entscheidungen des BVerwG und des BFH. Ihr kann man folgen, wenn es sich um einen erkennbaren (weiteren) Abschnitt innerhalb des Termins handelt. Insoweit modifiziere ich die in meinem Kommentar zum SGG (7. Aufl.) Anm. 5a zu § 295 ZPO (Anh. 8) niedergelegte Auffassung. Ist beispielsweise im Termin Beweis erhoben worden (vgl. § 127 SGG), so ist die Verhandlung über deren Ergebnis ein solcher. Insoweit ähneln die Verhältnisse dem Zivilprozess, wenn im Anschluss an die Beweisaufnahme (§ 284 ZPO) mündlich verhandelt wird (§ 285 ZPO, § 278 Abs. 2 ZPO, § 370 ZPO). Darüber hinaus kann man sagen, dass jeder verkündete Beschluss, dem eine geheime Beratung vorausgegangen ist, eine hinreichende Zäsur ist. Denn in der Zeit, in der das Gericht berät, haben die die Beteiligten Gelegenheit, sich über allfällige Mängel im Verfahren des erkennenden Gerichts Gedanken zu machen.

5.2 Es geht jedoch nicht an, eine Rüge auch dann zu fordern,

wenn es keinen erkennbaren weiteren Abschnitt innerhalb des Termins gibt, wie dies in der Rechtsprechung des BVerwG und des BFH geschieht. Die Rechtsprechung des BVerwG ist allerdings nicht einheitlich. So hat es mit Beschluss vom 3.5.1976 (E 50 S. 344) gesagt, dass nächste mündliche Verhandlung nicht notwendig ein neuer Termin sei; dies könne auch eine Verhandlung sein, die sich - wie hier - an eine Beweisaufnahme anschliesse (§ 370 Abs. 1 ZPO). Auch bei dem Beschluss vom 4.11.1977 (Buchholz 303 § 295 Nr. 1 = HFR 1978 S. 174) sind mehrere Verfahrensabschnitte erkennbar. Ebenso wird in dem Beschluss vom 29.4.1983 (Buchholz 310 § 55 VwGO Nr. 6) auf mehrere Verfahrensabschnitte abgestellt. Die Abkehr hiervon wird deutlich in dem Leitsatz des Beschlusses vom 8.12.1988 (NJW 1989 S. 1233). Danach kann ein Verfahrensmangel in der Revisionsinstanz "nicht mehr gerügt werden, wenn der (anwaltlich vertretene) Beteiligte den Mangel in der Berufungsinstanz nicht gerügt hat, obwohl er dort in der mündlichen Verhandlung erschienen und ihm der Mangel bekannt sein musste". Der BFH hat sich der Rechtsprechung des BVerwG angeschlossen. Er bezieht sich zwar auf den Beschluss vom 4.11.1977, wendet § 295 ZPO aber bei einheitlicher mündlicher Verhandlung an (Beschluss vom 24.8.1990 - BFHE 161 S. 427). Seine späteren Entscheidungen basieren sämtlich hierauf. Diesem Verständnis kann nicht zugestimmt werden. Das BVerwG und der BFH entfernen sich damit so weit vom Wortlaut des § 295 ZPO, dass von einer entsprechenden Anwendung unter Auslegung der Vorschrift nicht mehr gesprochen werden kann (Engisch, Einführung in das juristische Denken, 7. Aufl., S. 82 f; Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 14. Aufl., § 54 II, S. 199). Beide Gerichte gehen damit im Verwaltungsprozess strenger vor, als dies § 295 ZPO das für den Zivilprozess vorsieht. Während der Partei in diesem eine Überlegungsfrist bis zum nächsten Termin, in dem sie erscheint, bleibt, soll der Beteiligte im Verwaltungsprozess sofort - im selben Termin - reagieren müssen. Hier wird von einem Beteiligten und insbesondere von einem Prozessbevollmächtigten verlangt, dass er sich während eines einheitlichen Termins ständig fragt, ob das Gericht an irgend einer Stelle einen Verfahrensmangel begangen hat. Dies, obwohl seine Aufmerksamkeit intensiv darauf gerichtet ist, ein ihm günstiges Urteil zu erreichen. Deswegen ist dem BSG zuzustimmen, das bei der entsprechenden Anwendung des § 295 Abs. 1 ZPO als "nächste mündliche Verhandlung" den nächsten Verhandlungsabschnitt ansieht. Jedoch ist der zweite Leitsatz zu weit gefasst, weil er nur von einer ("eben jener") Verhandlung spricht.

5.3 In dem besprochenen Urteil ist mehrfach von der letzten mündlichen Verhandlung (in der zweiten Tatsacheninstanz) die Rede (II 2 a). Das gibt erneut Anlass, darauf hinzuweisen, dass es in den Tatsacheninstanzen nur eine mündliche Verhandlung gibt. Das ergibt sich zum Beispiel aus § 370 ZPO, wonach die mündliche Verhandlung nach einer Beweisaufnahme fortgesetzt wird. Für das Berufungsverfahren lassen dies z.B. die §§ 525 und 537 ZPO erkennen (siehe auch Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., § 81 V S. 446 f. und § 139 IV S. 840f). Deswegen wird von dem Berufungsgericht die vorinstanzliche Entscheidung in der Sache abgeändert, nicht aber das erstinstanzliche Urteil aufgehoben (§ 536 ZPO). Letzteres ist nur bei wesentlichen Mängeln im Verfahren der Fall. - Wohl gibt es mehrere Termine zur mündlichen Verhandlung.

6.1 In der von dem BSG entschiedenen Sache hat es einen solchen

erkennbaren Abschnitt gegeben, denn es ist Beweis erhoben worden durch Vernehmung eines Sachverständigen. Danach ist die Sach- und Rechtslage mit den Beteiligten erörtert worden. Nach dem Gesagten hätte nunmehr der Prozessbevollmächtigte der Bundesknappschaft den Verfahrensmangel rügen müssen. Diese Notwendigkeit verneint das BSG mit der Begründung, dass nicht festgestellt werden könne, dass dem "Beklagtenvertreter" vor dem Beschluss "Es ergeht eine Entscheidung am Ende der Sitzung" bewusst war oder hätte bewusst sein müssen, dass er sich in einer mündlichen Verhandlung befand. Dem kann ich nicht folgen. Nach der Niederschrift (siehe unter I des Urteils) ist nach der Erklärung, dass man mit einer Entscheidung durch den Vorsitzenden allein einverstanden sei, alles so verlaufen, wie es in einer mündlichen Verhandlung erforderlich ist. Der Sachverhalt ist vorgetragen worden. Im Erörterungstermin geschieht das nicht, weil die Beteiligten ihn kennen und keine ehrenamtlichen Richter unterrichtet werden müssen. Danach ist der Sachverständige vernommen worden. Das hätte zwar auch im Erörterungstermin geschehen können, doch wäre dies dann vor der Einverständniserklärung der Fall gewesen. Praxisfremd ist der Satz "Ebenso wenig musste für die Beteiligten aus ihrem im Erörterungstermin erklärten Einverständnis mit einer Entscheidung durch den Vorsitzenden allein (§ 155 Abs. 3 SGG) folgen, dass diese Entscheidung bereits - nach mündlicher Verhandlung - am Terminstag verkündet werden würde." - Hier sprach doch alles dafür, dass dies geschehen sollte. Das Bestreben des Vorsitzenden, den Rechtsstreit alsbald abzuschließen, war deswegen, weil ein Sachverständiger vernommen wurde, deutlich. Warum sollte der Vorsitzende, nachdem er die Sach- und Rechtslage mit den Beteiligten erörtert hatte und nachdem er den Sachverhalt für aufgeklärt ansah, die Sache vertagen? Was gab es noch zu verhandeln?

Unabhängig davon muss jeder Beteiligte, der sein Einverständnis mit der Entscheidung durch den einzelnen Richter (§ 155 Absätze 3 und 4 SGG) im Erörterungstermin gibt, sich bewusst sein, dass das Urteil bereits in der anschließenden mündlichen Verhandlung ergehen kann. Überraschen kann diese praxisübliche Verfahrensweise allenfalls einen juristischen Laien, der zum ersten Mal bei Gericht ist. Das BSG widerspricht sich bei seiner Argumentation aber auch. Es hat selbst aus dem Inhalt der Sitzungsniederschrift geschlossen, dass es eine mündliche Verhandlung vor dem Vorsitzenden gewesen sei. Warum soll das dann dem an Ort und Stelle anwesenden Prozessbevollmächtigten eines großen Versicherungsträgers verborgen geblieben sein? Der Prozessbevollmächtigte der Beklagten hat nach meiner Überzeugung Bescheid gewusst oder hätte zumindest Bescheid wissen müssen. Ich habe jedenfalls keinen Prozessbevollmächtigten der Bundesknappschaft kennen gelernt, der so unbedarft gewesen wäre, wie das BSG annimmt.

6.2 Unterstellt man aber, dass es dem Prozessbevollmächtigten der Beklagten wirklich nicht bewusst geworden ist, dass er Beteiligter einer mündlichen Verhandlung war, dann hätte es bei ihm - ich sage das einmal salopp - klingeln müssen, als der Beschluss verkündet wurde: "Es ergeht eine Entscheidung am Ende der Sitzung." Das war zugleich schlüssig die Erklärung, dass die mündliche Verhandlung geschlossen sei (§ 121 Satz 1 SGG). Jetzt hätte der Prozessbevollmächtigte der Beklagten die Wiedereröffnung beantragen können (§ 121 Satz 2 SGG), um seine Rüge anzubringen. Der Vorsitzende hätte dann die Verhandlung unter Herstellung der Öffentlichkeit wiederholen können. Nach der Rechtsprechung des BVerwG ist übrigens das Rügerecht in

der von dem BSG entschiedenen Sache verloren gegangen. Denn nach dem Beschluss vom 4.11.1977 (a.a.O.) wäre es erforderlich gewesen, den Mangel zumindest im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu rügen, damit dieser noch ohne größere Verzögerung geheilt werden könne.

7 Unter II 3 verweist der Senat auf die Rechtsprechung, dass bei einem absoluten Revisionsgrund (hier § 551 Nr. 6 ZPO) dem BSG die Prüfung verwehrt sei, ob sich die Entscheidung des Berufungsgerichts aus anderen Gründen als richtig darstelle. § 170 Abs. 1 Satz 2 gelte nicht bei absoluten Revisionsgründen.

Das BSG stützt sich hierbei unter anderem auf das Urteil vom 18.2.1988 (BSGE 63 S. 43, 45 = SozR 2200 § 368a Nr. 21). Dort findet sich in der Tat dieser Satz. Ferner aber auch eine Bezugnahme auf BSGE 4 S. 281, 288. Und hier wird es interessant! In jenem Urteil vom 14.2.1957 hat das BSG die Prüfung nicht als abgeschlossen angesehen, wenn bei absoluten Verfahrensmängeln eine Zurückweisung der Revision ausgeschlossen ist, das angefochtene Urteil also aufgehoben werden muss. Es hat dem *judicium rescindens* das *judicium rescissorium* folgen lassen, und zwar deswegen, weil das Revisionsgericht nach § 170 Abs. 2 Satz 1 SGG grundsätzlich in der Sache selbst zu entscheiden habe. "Diese Regelung weicht von § 565 ZPO ab, wonach die Zurückverweisung die Regel und die Sachentscheidung durch das Revisionsgericht die Ausnahme ist ... Im vorliegenden Fall kann das BSG über die Klage sachlich entscheiden, weil die vom Berufungsgericht getroffenen tatsächlichen Feststellungen für die Entscheidung ausreichen." Nach den Ausführungen zur sachlichen Begründung der Klage schließt das BSG "Die Klage gegen diesen Bescheid ist somit unbegründet und daher abzuweisen (§ 170 Abs. 2 Satz 1 SGG)." Dieses Urteil wird von Langkeit zustimmend unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte besprochen. Er weist darauf hin, dass § 170 Abs. 2 Satz 1 SGG - von Untunlichkeit abgesehen - die Entscheidung des BSG in der Sache selbst verlange (NJW 1957 S. 765 f.). Die Kopplung an § 565 ZPO gibt es über § 202 SGG nicht, weil das SGG eine eigene abschließende Regelung enthält (Zeihe, a.a.O., Anm. 6b Doppelbuchst. bb zu § 170). Zudem sollte auch § 565 Abs. 3 Ziff. 1 ZPO nicht übersehen werden (vgl. Bettermann, Anfechtung und Kassation, ZZP Bd. 88 S. 365, 378ff). Das BSG hat 1957 zutreffend gesagt, dass eine Zurückweisung der Revision bei absoluten Verfahrensmängeln nicht möglich sei, ein Gebot der Zurückverweisung und damit ein Verbot eigener Sachentscheidung aber eindeutig verneint.

Es lässt sich also feststellen, dass das BSG bei dem Urteil vom 18.2.1988 die Entscheidung im 4. Bande nur bis zur Mitte der Seite 288 gelesen, den Rest des Urteils aber unbeachtet gelassen hat. In dem Urteil vom 22.9.1993 (SozR 3-1750 § 551 Nr. 5 S. 15) wird für einen Fall nach § 551 Ziff. 7 - das Urteil des LSG war nicht binnen fünf Monaten unterschrieben zur Geschäftsstelle gelangt - unter Hinweis auf die vorstehend behandelte Entscheidung ausgesprochen, dass eine Ausnahme von dem Gebot (!) der Zurückverweisung nicht zulässig sei. Knapp ein Jahr später entscheidet ein anderer Senat - bei ebenfalls fehlenden Entscheidungsgründen - doch in der Sache (Urteil vom 14.9.1994, BSGE 75 S. 74 = MDR 1995 S. 1046; vgl. auch BFH ZIP 1994 S. 229).

Abschließend lässt sich (leitsatzartig) zusammenfassen:

1. Endet ein Erörterungstermin und beginnt eine mündliche Verhandlung vor dem einzelnen Richter an Stelle des Senats (§ 155 Abs. 3 und 4 SGG), so ist die Öffentlichkeit

- herzustellen.
2. Die Angabe, dass öffentlich verhandelt worden ist, ist in die Niederschrift aufzunehmen (§ 122 SGG i.V. mit § 160 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO).
 3. In die Verletzung von Verfahrensvorschriften kann nicht (vorweg) eingewilligt werden.
 4. Auf die Einhaltung der Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens kann nicht nach § 202 SGG i.V. mit § 295 ZPO verzichtet werden.
 5. "Nächste mündliche Verhandlung" im Sinne von § 202 SGG i.V. mit § 295 ZPO ist auch ein (weiterer) erkennbarer Abschnitt in einem Termin zur mündlichen Verhandlung.
 6. Kann der Beteiligte erkennen, dass Verfahrensvorschriften (hier: die Vorschriften über die Öffentlichkeit der Verhandlung) verletzt worden sind, muss er dies bei einem Termin mit mehreren Abschnitten im nächsten Abschnitt rügen (§ 202 SGG i.V. mit § 295 ZPO).
 7. Das BSG muss auch bei Aufhebung eines Urteils wegen eines absoluten Verfahrensmangels (§ 202 SGG i.V. mit § 551 ZPO) prüfen, ob der Rechtsstreit entscheidungsreif ist (§ 170 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Es darf nur zurückverweisen, wenn dies untunlich ist, insbesondere wenn (weitere) Ermittlungen nötig sind.

Dr. Paul-Arthur Zeihe,
Hattingen