

B 13 R 74/09 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung

13
1. Instanz
SG Hamburg (HAM)
Aktenzeichen
S 42 RA 609/04

Datum
09.03.2007
2. Instanz
LSG Hamburg
Aktenzeichen

L 1 R 94/09
Datum
24.09.2009

3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 13 R 74/09 R
Datum

01.07.2010
Kategorie
Urteil

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landessozialgerichts Hamburg vom 24. September 2009 aufgehoben. Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.

Gründe:

I

1

Die Klägerin begehrt eine Rente wegen Erwerbsminderung. Mit der Revision wendet sie sich gegen die Feststellung der Beendigung des Verfahrens durch eine fiktive Berufungsrücknahme.

2

Mit Bescheid vom 31.3.2004 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 24.8.2004 lehnte die Beklagte den im Januar 2004 gestellten Antrag der 1959 geborenen Klägerin auf Rente wegen Erwerbsminderung ab. Die auf Gewährung einer Rente wegen teilweiser Erwerbsminderung beschränkte Klage hat das SG mit Urteil vom 9.3.2007 abgewiesen.

3

Im Berufungsverfahren hat das LSG ein Gutachten des Neurologen und Psychiaters Dr. F. vom 23.1.2008 eingeholt. Dieser kam zu dem Ergebnis, dass die Klägerin noch in der Lage sei, leichte bis mittelschwere körperliche Tätigkeiten mit bestimmten qualitativen Leistungseinschränkungen vollschichtig auszuüben. Nachdem das LSG weitere Befundberichte eingeholt hatte, hat es der Klägerin mit Schreiben vom 2.5.2008 mitgeteilt, dass es derzeit keinen weiteren Aufklärungsbedarf im medizinischen Bereich sehe. Zugleich hat das LSG auf die Möglichkeit eines Antrags nach [§ 109 SGG](#) hingewiesen.

4

Auf einen entsprechenden Antrag der Klägerin hat das LSG mit Beschluss vom 23.6.2008 den Internisten Prof. Dr. S. zum Sachverständigen bestimmt. Den vorgesehenen Untersuchungstermin in Jena am 26.8.2008 hat die Klägerin nicht wahrgenommen, weil sie nicht reisefähig sei. Mit Schriftsatz vom 22.10.2008 hat die Klägerin Dr. W. als neuen Sachverständigen gemäß [§ 109 SGG](#) benannt. Nachdem dieser mitgeteilt hatte, dass er sich nicht in der Lage sehe, den Gutachtenauftrag zeitgerecht auszuführen, hat die Klägerin auf Anfrage des LSG vom 26.11.2008 durch ihre Prozessbevollmächtigten unter dem 12.12.2008 mitgeteilt, dass sie sich um die Benennung eines anderen Sachverständigen bemühe; auf eine Sachstandsanfrage des Gerichts vom 6.1.2009 hat sie jedoch nicht reagiert.

5

Mit einem Schreiben der Geschäftsstelle des LSG-Senats vom 20.2.2009, das auf einer durch den Berichterstatter paraphierten Verfügung vom selben Tage beruhte und mit dem Zusatz "auf richterliche Anordnung" durch eine(n) Justizangestellte(n) unterzeichnet war, wurde die Klägerin aufgefordert, das Verfahren innerhalb von drei Monaten dadurch zu betreiben, dass sie zum Schreiben vom 26.11.2008 Stellung nehme und einen anderen Sachverständigen benenne. Sie wurde zudem darauf hingewiesen, dass die Berufung nach [§ 153 Abs 1](#), [§ 102 Abs](#)

[2 Satz 1 SGG](#) als zurückgenommen gelte, wenn das Verfahren nach Zustellung dieser Aufforderung länger als drei Monate nicht betrieben werde. Auf das ihren Prozessbevollmächtigten am 24.2.2009 zugestellte Schreiben hat die Klägerin mit am 25.5.2009 (Montag) bei Gericht eingegangenen Schreiben um Fristverlängerung bis zum 25.6.2009 gebeten.

6

Am 28.5.2009 hat der Berichterstatter in der Akte vermerkt, dass die Berufung nach [§ 153 Abs 1](#), [§ 102 Abs 2 Satz 1 SGG](#) als zurückgenommen gelte, dies den Beteiligten mitgeteilt und gleichzeitig darauf hingewiesen, dass die Frist nicht habe verlängert werden können, weil es sich um eine gesetzliche Frist handle und die Fiktion der Rücknahme dementsprechend kraft Gesetzes eintrete. Das Schreiben vom 25.5.2009 könne nicht als Betreiben gewertet werden, weil die Bitte um Fristverlängerung nicht die erwartete Verfahrenshandlung (Benennung eines Sachverständigen) beinhalte.

7

Mit Schriftsatz vom 25.6.2009 hat die Klägerin gebeten, dem Verfahren Fortgang zu geben, und den Internisten Dr. K. gemäß [§ 109 SGG](#) als Sachverständigen benannt.

8

Mit Urteil vom 24.9.2009 hat das LSG festgestellt, dass das Verfahren durch Fiktion der Berufungsrücknahme beendet sei. Zur Begründung hat es ausgeführt: Die Vorschrift des [§ 102 Abs 2 SGG](#) gelte gemäß [§ 153 Abs 1 SGG](#) für das Berufungsverfahren entsprechend. Aus den Vorschriften über das Berufungsverfahren ergebe sich insoweit iS von [§ 153 Abs 1 SGG](#) auch "nichts anderes". Nicht zu folgen sei der in der Literatur vertretenen Ansicht, wonach die [§ 92 Abs 2 VwGO](#) nachgebildete Rücknahmefiktion nach [§ 102 Abs 2 SGG](#) ausschließlich für das Klageverfahren gelte, weil das SGG keine dem [§ 126 Abs 2 VwGO](#) entsprechende Fiktion der Berufungsrücknahme enthalte. Offenbar habe der Gesetzgeber übersehen, dass auch im Berufungsverfahren fehlendes Betreiben vorliegen könne und hierfür eine gesetzliche Handhabe zu schaffen sei. Dafür spreche auch, dass das Problem in den Materialien keine Erwähnung gefunden habe. Es liege eine unplanmäßige Lücke vor, die mangels erkennbar entgegenstehenden Willens des Gesetzgebers durch entsprechende Anwendung des [§ 102 Abs 2 SGG](#) auf das Berufungsverfahren zu schließen sei.

9

Die Voraussetzungen einer fingierten Berufungsrücknahme seien erfüllt. Der Fortgang des Verfahrens sei über Monate dadurch verzögert worden, dass nach umfangreichen medizinischen Ermittlungen in zwei Rechtszügen die gewünschte Anhörung eines Arztes nach [§ 109 SGG](#) nicht zustande gekommen sei, indessen die Klägerin stets in Aussicht gestellt habe, sich um einen (anderen) Gutachter zu bemühen. In dieser Situation sei eine Betreibensaufforderung nach [§ 102 Abs 2 SGG](#) in Betracht gekommen. Innerhalb der gesetzten Frist habe die Klägerin keine das Verfahren fördernde Äußerung durch Benennung eines Sachverständigen gemacht, um ihr weiter bestehendes Interesse an einer Entscheidung zu dokumentieren. Die bloße Bitte um Verlängerung der Frist stelle keine solche Äußerung dar. Eine Fristverlängerung sei nicht in Betracht gekommen, weil es sich um eine gesetzliche Frist handle.

10

Mit der vom LSG zugelassenen Revision rügt die Klägerin eine Verletzung des [§ 102 Abs 2 SGG](#). Die in [§ 102 Abs 2 SGG](#) geregelte Rücknahmefiktion gelte nicht für das Berufungs-, sondern ausschließlich für das Klageverfahren. Eine dem [§ 126 Abs 2 VwGO](#) entsprechende Regelung der Fiktion einer Berufungsrücknahme sei nicht in das SGG aufgenommen worden, obgleich dem Gesetzgeber angesichts dieser Vorschrift der Regelungsbedarf bekannt gewesen sei. Entgegen der Ansicht des LSG sei nicht von einer unplanmäßigen Lücke auszugehen, die durch entsprechende Anwendung des [§ 102 Abs 2 SGG](#) auf das Berufungsverfahren zu schließen sei. Durch den Fristverlängerungsantrag nach Zugang der gerichtlichen Aufforderung vom 20.2.2009 habe sie deutlich gemacht, dass sie das Verfahren betreiben wolle; dies habe sie auch innerhalb der von ihr beantragten verlängerten Frist durch Benennung des Sachverständigen belegt.

11

Die Klägerin beantragt, das Urteil des LSG Hamburg vom 24.9.2009 aufzuheben und die Sache an das LSG zur Fortsetzung des Verfahrens zurückzuverweisen.

12

Die Beklagte hat keinen Antrag gestellt und sich zur Sache nicht geäußert.

13

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung des Senats ohne mündliche Verhandlung durch Urteil einverstanden erklärt ([§ 165 Satz 1](#), [§ 153 Abs 1](#), [§ 124 Abs 2 SGG](#)).

II

14

Die zulässige Revision der Klägerin hat iS der Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung Erfolg ([§ 170 Abs 2 Satz 2 SGG](#)).

15

Das LSG hat zu Unrecht festgestellt, dass das Berufungsverfahren durch Fiktion der Rücknahme der Berufung beendet sei. Denn dafür fehlt es im SGG an einer gesetzlichen Grundlage (1.). Auch eine gemäß [§ 153 Abs 1 SGG](#) entsprechende Anwendung des [§ 102 Abs 2 SGG](#) (Klagerücknahmefiktion) kommt iS einer Fiktion der Rücknahme der Berufung bei Nichtbetreiben nicht in Betracht (2.). Überdies wären die Voraussetzungen für den Eintritt einer - unterstelltermaßen entsprechend [§ 102 Abs 2 Satz 1 SGG](#) möglichen - Rücknahmefiktion nicht gegeben (3.).

16

1. Mit dem Gesetz zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes und des Arbeitsgerichtsgesetzes (SGGArbGGÄndG) vom 26.3.2008 ([BGBl I 444](#)) wurde mit Wirkung vom 1.4.2008 in Abs 2 des [§ 102 SGG](#) eine Fiktion der Klagerücknahme bei Nichtbetreiben eingefügt. Die Norm lautet:

"Die Klage gilt als zurückgenommen, wenn der Kläger das Verfahren trotz Aufforderung des Gerichts länger als drei Monate nicht betreibt. Absatz 1 gilt entsprechend. Der Kläger ist in der Aufforderung auf die sich aus Satz 1 und gegebenenfalls aus § 197a Abs 1 Satz 1 (SGG) in Verbindung mit [§ 155 Abs 2 VwGO](#) ergebenden Rechtsfolgen hinzuweisen."

17

Bei der fingierten Klagerücknahme handelt es sich um einen gesetzlich geregelten Fall des Wegfalls des Rechtsschutzinteresses (Gesetzentwurf der Bundesregierung zum SGGArbGGÄndG, [BT-Drucks 16/7716 S 19](#) zu Nummer 17 (§ 102); Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl 2008, Vor § 51 RdNr 16); sie erledigt den Rechtsstreit in der Hauptsache ([§ 102 Abs 2 Satz 2 iVm Abs 1 Satz 2 SGG](#)). Eine Regelung zur Fiktion der Berufungsrücknahme hat der Gesetzgeber im SGG hingegen nicht getroffen.

18

2. Die Klagerücknahmefiktion des [§ 102 Abs 2 SGG](#) ist nicht iS der Fiktion einer Berufungsrücknahme entsprechend anzuwenden.

19

Nach [§ 153 Abs 1 SGG](#) gelten für das Verfahren vor den Landessozialgerichten die Vorschriften über das Verfahren im ersten Rechtszug mit Ausnahme der [§§ 91, 105 SGG](#) entsprechend, soweit sich aus diesem Unterabschnitt (= Erster Unterabschnitt des Zweiten Abschnitts des Zweiten Teils des SGG, der die Bestimmungen über die Berufung in den [§§ 143 bis 159 SGG](#) umfasst) nichts anderes ergibt. Bei den in Bezug genommenen "Vorschriften über das Verfahren im ersten Rechtszug" handelt es sich um die im Vierten Unterabschnitt des Ersten Abschnitts des Zweiten Teils des SGG aufgeführten Vorschriften der [§§ 87 bis 122 SGG](#) (BSG Urteil vom 5.7.1979 - [9 RV 72/77](#) - SozR 1750 § 543 Nr 2 S 2). Danach ist zwar auch [§ 102 SGG](#) grundsätzlich nicht von der Anordnung der entsprechenden Geltung im Berufungsverfahren ausgenommen. Die Vorschrift über die Fiktion der Klagerücknahme in [§ 102 Abs 2 SGG](#) ist jedoch nicht gemäß [§ 153 Abs 1 SGG](#) im LSG-Verfahren iS einer Fiktion der Berufungsrücknahme entsprechend anwendbar.

20

Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des Gesetzes (a), der Entstehungsgeschichte der Norm (b), dem Vergleich mit der Rechtslage nach der VwGO (c), einem fehlenden Bedürfnis für ein derartiges Rechtsinstitut (d) und dem Ausnahmecharakter der Klagerücknahmefiktion (e).

21

a) Schon der Wortlaut des [§ 102 Abs 2 Satz 1 SGG](#), wonach die "Klage" und nicht die "Berufung" als zurückgenommen gilt, wenn der Kläger das Verfahren trotz Aufforderung des Gerichts länger als drei Monate nicht betreibt, steht einer gemäß [§ 153 Abs 1 SGG](#) entsprechenden Anwendung dieser Regelung auf die Berufung entgegen.

22

Über [§ 153 Abs 1 SGG](#) kann nicht das Wort "Berufung" in [§ 102 Abs 2 SGG](#) hineingelesen werden (vgl Leopold, SGB 2009, 458, 463). Denn auch andere Vorschriften über "das Verfahren im ersten Rechtszug", deren entsprechende Geltung [§ 153 Abs 1 SGG](#) bestimmt und die Regelungen über die "Klage" enthalten, sind im Berufungsverfahren nicht derart erweiternd anzuwenden. Die entsprechende Geltung dieser Vorschriften (zB Klageänderung nach [§ 99 SGG](#) oder Widerklage nach [§ 100 SGG](#)) gemäß [§ 153 Abs 1 SGG](#) umfasst keine Ersetzung des Begriffs "Klage" durch "Berufung". Ein Grund für eine unterschiedliche Auslegung je nachdem, welche Norm in Bezug genommen wird, ist nicht ersichtlich.

23

Überdies findet sich im Ersten Unterabschnitt des Zweiten Abschnitts des Zweiten Teils des SGG, der die Vorschriften für das Verfahren der Berufung umfasst, für die Berufung in [§ 156 SGG](#) eine spezielle Regelung über ihre "Zurücknahme". Eine [§ 102 Abs 2 SGG](#) entsprechende Bestimmung für die Berufung iS einer Fiktion ihrer Rücknahme bei Nichtbetreiben enthält die Norm aber nicht. Schon von daher trifft die Ansicht des LSG nicht zu, aus den entsprechenden Vorschriften über das Berufungsverfahren ergebe sich "nichts anderes" iS des [§ 153 Abs 1 SGG](#) (aA auch LSG Berlin-Brandenburg Urteil vom 15.10.2009 - [L 33 R 290/09 WA](#) - Juris RdNr 32, ohne eigenständige Begründung unter Hinweis auf das im Parallelverfahren [B 13 R 58/09 R](#) aufgehobene Urteil des LSG Hamburg vom 18.3.2009 ([L 1 R 9/09](#))).

24

b) Aus den Materialien zum Gesetzgebungsverfahren ergeben sich keinerlei Hinweise dafür, dass der Gesetzgeber die Regelung in [§ 102 Abs 2 SGG](#) in entsprechender Anwendung gemäß [§ 153 Abs 1 SGG](#) auf die Berufungsrücknahme ausdehnen wollte.

25

Ziel des SGGArbGGÄndG war es, eine Vereinfachung und Straffung des sozialgerichtlichen Verfahrens herbeizuführen, um dadurch die Sozialgerichtsbarkeit nachhaltig zu entlasten (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, [BT-Drucks 16/7716 S 1](#) f, 12 ff). Dies sollte durch eine Vielzahl von Maßnahmen geschehen. Die Einführung einer Berufungsrücknahmefiktion zur Entlastung der Landessozialgerichte war aber im Gesetzentwurf der Bundesregierung zum SGGArbGGÄndG nicht vorgesehen (vgl. [BT-Drucks 16/7716 S 13](#) f); insoweit sah dieser zur Entlastung der Sozialgerichte und Straffung des dortigen Verfahrens lediglich die Fiktion einer Klagerücknahme vor ([BT-Drucks 16/7716 S 13](#)). Eine fiktive Berufungsrücknahme wurde auch - soweit ersichtlich - im gesamten Gesetzgebungsverfahren weder im Bundesrat noch in den Ausschüssen oder im Plenum des Bundestags erörtert.

26

In der Einleitung der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zum SGGArbGGÄndG heißt es zum Entwurf des [§ 102 Abs 2 SGG](#), der in seinem Satz 1 mit der späteren Gesetzesfassung übereinstimmt, wie folgt ([BT-Drucks 16/7716 S 19](#) zu Nummer 17 (§ 102)):

"Die Fiktion einer Klagerücknahme wird für die Fälle eingeführt, in denen der Kläger oder die Klägerin ungeachtet einer Aufforderung des Gerichts nicht fristgemäß die vom Gericht als geboten angesehene Mitwirkungshandlung erbringt oder hinreichend substantiiert darlegt, warum er oder sie die geforderte Handlung nicht vornehmen kann. Die Klagerücknahmefiktion des Absatzes 2 ist an [§ 92 Abs. 2](#) der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) angelehnt, der mit dem 6. VwGOÄndG vom 1. November 1996 ([BGBl. I S. 1626](#)) eingefügt wurde und [§ 81](#) des Asylverfahrensgesetzes (AsylVfG) nachgebildet ist. Die Verkürzung auf die Zweimonatsfrist durch das 1. Justizmodernisierungsgesetz vom 24. August 2004 ([BGBl. I S. 2198](#)) wurde wegen der Besonderheiten des sozialgerichtlichen Verfahrens auf drei Monate erstreckt. Damit soll insbesondere dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die vor den Sozialgerichten vorwiegend klagenden bedürftigen oder kranken Menschen zur Entscheidungsfindung über die Klagerücknahme mehr Zeit brauchen "

27

Die Begründung schließt mit dem Hinweis (aaO, S 20):

" Die Regelungen über die fiktive Klagerücknahme gelten auch im einstweiligen Rechtsschutz."

28

Demnach sollen zwar die Regelungen über die fiktive Klagerücknahme im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes Anwendung finden. Dabei braucht der Senat nicht zu entscheiden, ob im einstweiligen Rechtsschutzverfahren eine Rücknahmefiktion - unabhängig davon, ob eine solche dort überhaupt praktische Relevanz haben kann (vgl. hierzu Bienert, NZS 2009, 554, 559; Leopold, SGb 2009, 458, 462, ua mit dem Hinweis, dass das gerichtliche Abwarten der in [§ 102 Abs 2 Satz 1 SGG](#) genannten Dreimonatsfrist nicht zum Eilcharakter des Verfahrens "passt") - ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung in entsprechender Anwendung des [§ 102 Abs 2 SGG](#) zulässig ist (bejahend Bienert, aaO; Breitzkreuz in Breitzkreuz/Fichte, SGG, 2009, § 102 RdNr 8; verneinend Leopold, aaO). Jedenfalls findet sich kein Hinweis dafür, dass [§ 102 Abs 2 SGG](#) is einer Fiktion der Berufungsrücknahme über [§ 153 Abs 1 SGG](#) entsprechend anwendbar sein soll. Vielmehr wird dort nur verlautbart, dass in [§ 102 Abs 2 SGG](#) die "Fiktion einer Klagerücknahme eingeführt" wird und diese "angelehnt" ist an [§ 92 Abs 2 VwGO](#); ersichtlich sollte somit der Regelungsgehalt der Parallelvorschrift des [§ 92 Abs 2 VwGO](#) in das SGG "übernommen" werden. Die "Fiktion einer Berufungsrücknahme" wird nicht erwähnt; ebenso wird an keiner Stelle ein Bezug zur Regelung der Berufungsrücknahmefiktion in [§ 126 Abs 2 VwGO](#) hergestellt. Nichts anderes ergibt sich aus den sonstigen Materialien zum SGGArbGGÄndG (Stellungnahme des Bundesrats ([BR-Drucks 820/07 S 8](#) f = [BT-Drucks 16/7716 S 29](#) f); Gegenäußerung der Bundesregierung ([BT-Drucks 16/7716 S 37](#) f); zu Protokoll gegebene Reden zur Beratung des Gesetzentwurfs im Bundestag vom 17.1.2008, Plenarprotokoll 16/136 S 14417 - 14422 (Anlage 6); Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales vom 20.2.2008 ([BT-Drucks 16/8217 S 2](#), 4, 6 ff)). Auch sie enthalten keinen Hinweis darauf, dass nach dem "Willen" des Gesetzgebers eine "fiktive Berufungsrücknahme" in entsprechender Anwendung des [§ 102 Abs 2 SGG](#) ermöglicht werden sollte.

29

c) Der Vergleich mit den in der VwGO normierten Rücknahmefiktionen spricht ebenfalls gegen die Annahme einer Fiktion der Berufungsrücknahme im SGG ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung.

30

Die Klagerücknahmefiktion in [§ 92 Abs 2 VwGO](#) wurde durch das Sechste Gesetz zur Änderung der VwGO und anderer Gesetze (6. VwGOÄndG) vom 1.11.1996 ([BGBl. I 1626](#)) mit Wirkung vom 1.1.1997 in Anlehnung an den bereits seit 1.7.1992 geltenden [§ 81 AsylVfG](#) in die VwGO eingefügt (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung zum 6. VwGOÄndG, [BT-Drucks 13/3993 S 12](#) zu Nummer 10 ([§ 92 VwGO](#))). Nach [§ 92 Abs 2 Satz 1 VwGO](#) gilt eine Klage als zurückgenommen, wenn ein Kläger das Verfahren länger als zwei Monate (in Verfahren nach dem AsylVfG gemäß [§ 81 Satz 1 AsylVfG](#) länger als einen Monat) nicht betreibt.

31

Gleichzeitig wurde durch das 6. VwGOÄndG für die Berufung eine "gesetzliche Rücknahmefiktion" in [§ 126 Abs 2 VwGO](#) aufgenommen und die Regelung in [§ 92 Abs 2 VwGO](#) insoweit "ergänzt" (Gesetzentwurf der Bundesregierung zum 6. VwGOÄndG, [BT-Drucks 13/3993 S 13](#) zu Nummer 17 ([§ 126 VwGO](#))). Nach Satz 1 dieser Bestimmung gilt die Berufung als zurückgenommen, wenn der Berufungskläger das Verfahren trotz Aufforderung des Gerichts länger als drei Monate nicht betreibt.

32

Die eigenständige gesetzliche Regelung der Fiktion einer Berufungsrücknahme in [§ 126 Abs 2 VwGO](#) macht deutlich, dass der Gesetzgeber die allgemeine Verweisung in [§ 125 Abs 1 VwGO](#) auf die Vorschriften des Verfahrens im ersten Rechtszug der VwGO, zu denen auch [§ 92 Abs 2 VwGO](#) gehört, als nicht ausreichend angesehen hat (vgl in diesem Sinne auch Binder in Lüdtkke, SGG, 3. Aufl 2009, § 156 RdNr 16; Leopold, SGB 2009, 458, 463). Vielmehr hat er für die Einführung einer Berufungsrücknahmefiktion einen ausdrücklichen gesetzlichen Regelungsbedarf angenommen.

33

Der Verzicht des SGGArbGGÄndG auf eine Ergänzung des [§ 156 SGG](#) um eine Rücknahmefiktion für die Berufung in Kenntnis des Umstands, dass eine solche in der Parallelvorschrift der VwGO zu [§ 156 SGG](#), nämlich in [§ 126 VwGO](#), ausdrücklich geregelt worden ist, bestätigt die Annahme, dass diese "Unvollständigkeit" beabsichtigt war und der Gesetzgeber im SGG lediglich die Möglichkeit einer Fiktion der Klagerücknahme eröffnen wollte, entgegen der Ansicht des LSG also gerade keine "planwidrige Regelungslücke" vorliegt. Hätte er die Berufungsrücknahmefiktion "gewollt", wäre gerade wegen der weitgehenden Parallellität zur VwGO eine dem [§ 126 Abs 2 VwGO](#) entsprechende ausdrückliche Regelung zu erwarten gewesen (vgl in diesem Sinne auch Binder in Lüdtkke, aaO, § 156 RdNr 16).

34

Sollte der Gesetzgeber gleichwohl - anders als in der VwGO - eine ausdrückliche Regelung im SGG für entbehrlich gehalten haben, hätte es zumindest eines deutlichen Hinweises bedurft. Dieser fehlt jedoch. Keinesfalls kann daraus jedoch, wie das LSG offenbar meint, ein "Wille" des Gesetzgebers für eine gemäß [§ 153 Abs 1 SGG](#) entsprechende Anwendung des [§ 102 Abs 2 SGG](#) für die Berufung iS einer Fiktion ihrer Rücknahme bei Nichtbetreiben hergeleitet werden. Vielmehr dürfte das "Schweigen" sowohl in [§ 156 SGG](#) als auch in den Materialien zum SGGArbGGÄndG schon eher als "beredtes Schweigen" zu werten sein (vgl Leopold, SGB 2009, 458, 463).

35

Dem Gesetzgeber war im Übrigen der Regelungszusammenhang zwischen erst- und zweitinstanzlichem Verfahren durchaus bewusst; dies belegt die mit dem SGGArbGGÄndG erfolgte Einfügung des [§ 157a SGG](#) für das Berufungsverfahren gleichzeitig mit der ebenfalls durch dieses Gesetz für das erstinstanzliche Verfahren eingeführten Bestimmung des [§ 106a SGG](#) zur Zurückweisung verspäteten Vorbringens (vgl auch Leopold, SGB 2009, 458, 463). Ausdrücklich heißt es hierzu in der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung ([BT-Drucks 16/7716 S 22](#) zu Nummer 27 (§ 157a)): "Folgeänderung wegen der Einführung der Präklusionsvorschrift in § 106a im erstinstanzlichen Verfahren. Dies zieht die Notwendigkeit einer entsprechenden Vorschrift im Rechtsmittelverfahren nach sich".

36

d) Dass der Gesetzgeber auf die Regelung einer Fiktion der Berufungsrücknahme verzichtet hat, mag möglicherweise auch darauf zurückzuführen sein, dass nach dem SGG eine Klagerücknahme ohne Zustimmung der/des Beklagten bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens erfolgen kann (so Roller in Lüdtkke, aaO, § 102 RdNr 16). Auf dieser Grundlage hält die wohl überwiegende Auffassung im Schrifttum auch eine Klagerücknahmefiktion im Berufungsverfahren für zulässig (vgl Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, aaO, § 102 RdNr 8b und § 156 RdNr 1b; Roller, aaO; Eschner in Jansen, SGG, 3. Aufl 2008, § 102 RdNr 4; Hauck in Zeihe, SGG, Stand 2009, § 102 RdNr 12; Bienert, NZS 2009, 554, 558; kritisch Leopold, SGB 2009, 458, 463; Schafhausen, ASR 2010, 112, 118).

37

Der Senat kann offen lassen, ob er sich dieser Rechtsansicht anschließt; denn das LSG hat nicht festgestellt, dass das Verfahren durch Fiktion der Klagerücknahme erledigt ist. Er neigt jedoch dazu, ihr jedenfalls grundsätzlich zuzustimmen. Denn [§ 102 Abs 2 Satz 1 SGG](#) wird nicht über seinen Anwendungsbereich hinaus angewendet, sofern die Rücknahmefiktion in der zweiten Instanz die Klage betrifft. Der Übernahme einer [§ 126 Abs 2 Satz 1 VwGO](#) entsprechenden Regelung bedurfte es insoweit nicht (Hauck in Zeihe, aaO, § 102 RdNr 12).

38

Gemäß [§ 102 Abs 1 Satz 1 SGG](#) kann der Kläger die Klage bis zur Rechtskraft des Urteils zurücknehmen. Dies hat der Gesetzgeber mit der Änderung des [§ 102 Abs 1 Satz 1 SGG](#) durch das Sechste Gesetz zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes (6. SGGÄndG) vom 17.8.2001 ([BGBl I 2144](#)) klargestellt (vgl Gesetzentwurf der Bundesregierung zum 6. SGGÄndG, [BT-Drucks 14/5943 S 26](#) zu Nummer 38 (§ 102)), entsprach aber auch schon der Rechtsprechung des BSG zur früheren Fassung des [§ 102 Abs 1 Satz 1 SGG](#), wonach der Kläger die Klage "bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung" zurücknehmen konnte (s hierzu BSG Beschluss vom 27.9.1983 - [8 BK 16/82](#) - SozR 1500 § 102 Nr 5 S 10). Der Kläger kann daher auch noch im Berufungsverfahren die Klage ganz oder - wenn der Streitgegenstand teilbar ist - teilweise (Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, aaO, § 102 RdNr 4; Roller in Lüdtkke, aaO, § 102 RdNr 4) zurücknehmen mit der Folge, dass die angefochtene erstinstanzliche Entscheidung gemäß [§ 202 SGG](#) iVm [§ 269 Abs 3 Satz 1 ZPO](#) ganz oder - bei teilweiser Klagerücknahme - teilweise wirkungslos wird.

39

Ist aber eine Klagerücknahme nach [§ 102 Abs 1 Satz 1 SGG](#) im Berufungsverfahren möglich und bestimmt [§ 102 Abs 2 Satz 2 SGG](#) für die Klagerücknahmefiktion, dass Abs 1 entsprechend gilt, ist kein Grund dafür ersichtlich, weshalb die Fiktion der Rücknahme der Klage bei ganz oder teilweise Wegfall des Rechtsschutzinteresses nicht (grundsätzlich) auch im Berufungsverfahren in Betracht kommen kann. Denn auch im Rechtsmittelverfahren muss das Rechtsschutzinteresse des Klägers an der von ihm in erster Instanz erhobenen Klage stets fortbestehen.

40

Allerdings dürfte nach Einlegung einer Berufung gegen ein klageabweisendes erstinstanzliches Urteil ein Wegfall des Rechtsschutzinteresses

des Klägers, also ein Desinteresse an der weiteren Verfolgung seines Begehrens, nur in seltenen Ausnahmefällen zu unterstellen sein (vgl. Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, aaO, § 102 RdNr 8b; Leopold, SGB 2009, 458, 463; Hauck in Zeihe, aaO, § 102 RdNr 12, mit dem Hinweis, dass im Rechtsmittelverfahren "eher noch höhere Anforderungen an die Demonstration mangelnden Rechtsschutzinteresses zu stellen" seien; Schafhausen, ASR 2010, 112, 118). Dies gilt vor allem dann, wenn der Kläger im erstinstanzlichen Verfahren teilweise Erfolg hatte, entzöge die Klagerücknahmefiktion im Berufungsverfahren doch dem zusprechenden Teil des erstinstanzlichen Urteils die Rechtswirkung. Die Annahme, dass ein Kläger, der ein Berufungsverfahren trotz Aufforderung nicht betreibt, durch das Nichtbetreiben auch die für ihn positiven Folgen der erstinstanzlichen Entscheidung zum Wegfall bringen und damit so gestellt werden möchte, als ob er die Klage nie erhoben hätte, dürfte nur schwerlich zu begründen sein (vgl. Schafhausen, aaO; Leopold, aaO). In Betracht käme in diesen Fällen freilich eine Fiktion der teilweisen Klagerücknahme bezogen auf den klageabweisenden Teil der SG-Entscheidung.

41

e) Schließlich berücksichtigt nur die Rechtsauffassung, dass [§ 102 Abs 2 SGG](#) nicht is einer Fiktion der Berufungsrücknahme über [§ 153 Abs 1 SGG](#) entsprechend anwendbar ist, die verfassungsrechtlichen Vorgaben des BVerfG für die Auslegung und Anwendung von gesetzlichen Regelungen über die Beendigung eines Gerichtsverfahrens wegen unterstellten Wegfalls des Rechtsschutzinteresses. Vorschriften dieser Art haben nämlich strengen Ausnahmecharakter. Da sie einschneidende Rechtsfolgen für die betroffenen Beteiligten nach sich ziehen, bedürfen sie in besonderem Maße der Rechtsklarheit.

42

Das BVerfG (Kammer) hat in seinem Beschluss vom 27.10.1998 ([2 BvR 2662/95 - DVBl 1999, 166](#), 167) darauf hingewiesen, dass in Einklang mit [Art 19 Abs 4 GG](#) jede an einen Antrag gebundene Entscheidung ein Rechtsschutzbedürfnis voraussetzt und ein Gericht im Einzelfall von einem Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses ausgehen kann, wenn das Verhalten eines Verfahrensbeteiligten Anlass zu der Annahme bietet, dass ihm an einer Sachentscheidung nicht mehr gelegen ist. Ausdrücklich hat es festgestellt, dass eine hierauf gestützte Abweisung eines Rechtsschutzbegehrens mangels Sachbescheidungsinteresses verfassungsrechtlich grundsätzlich unbedenklich ist.

43

Einen gesetzlichen Niederschlag hat dieser Rechtsgedanke in [§ 81 AsylVfG](#), [§ 92 Abs 2 VwGO](#), [§ 126 Abs 2 VwGO](#) und in [§ 102 Abs 2 SGG](#) gefunden. Denn diese Bestimmungen, die eine Beendigung des Verfahrens ohne Entscheidung über das Rechtsschutzbegehren zur Folge haben, unterstellen, dass das Rechtsschutzinteresse entfallen ist, wenn ein Kläger in dem von ihm angestregten Verfahren über einen bestimmten Zeitraum nicht oder nicht in hinreichendem Maße tätig geworden ist.

44

Das BVerfG hat bereits mehrfach entschieden, dass hiervon ausgehende Vorschriften mit der Rechtsfolge einer Verfahrensbeendigung mit [Art 19 Abs 4 GG](#) vereinbar sind; es hat aber zugleich betont, dass Regelungen dieser Art Ausnahmecharakter haben, der bei ihrer Auslegung und Anwendung besonders zu beachten ist (BVerfG (Kammer) Beschluss vom 27.10.1998 - [2 BvR 2662/95 - DVBl 1999, 166](#), 167 zu [§ 81 AsylVfG](#) und [§ 92 Abs 2 VwGO](#); vgl. bereits BVerfG (Vorprüfungsausschuss) Beschluss vom 7.8.1984 - [2 BvR 187/84 - NVwZ 1985, 33](#); BVerfG (Vorprüfungsausschuss) Beschluss vom 15.8.1984 - [2 BvR 357/84 - DVBl 1984, 1005](#); BVerfG (Kammer) Beschluss vom 19.5.1993 - [2 BvR 1972/92 - NVwZ 1994, 62](#) f, alle zu [§ 33 AsylVfG](#) 1982). Auch in der Literatur besteht über den Ausnahmecharakter und ein von Verfassungs wegen gebotenes enges Verständnis gesetzlich fixierter Rechtsmittelrücknahmefiktionen Einigkeit (vgl. zu [§ 102 Abs 2 SGG](#): Roller in Lütke, aaO, § 102 RdNr 17; Binder in Lütke, aaO, § 156 RdNr 16; Berchtold in Berchtold/Richter, Prozesse in Sozialsachen, 2009, § 5 RdNr 586; Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, aaO, § 102 RdNr 8a; Leitherer, NJW 2008, 1258, 1260; Hauck in Hennig, SGG, Stand: 2010, § 102 RdNr 29; Hauck in Zeihe, aaO, § 102 RdNr 8b; Krasney/Udsching, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, 5. Aufl 2008, Kap VII RdNr 170a; Schafhausen, ASR 2010, 112, 115; Leopold, SGB 2009, 458, 459; Bienert, NZS 2009, 554, 555; Becker, SGB 2009, 267, 269; Tabbara, NZS 2008, 8, 10; Francke, ASR 2008, 127, 128; vgl. zu [§ 92 Abs 2 VwGO](#): Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl 2009, § 92 RdNr 18; Clausing in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Stand Juli 2009, § 92 RdNr 39).

45

Dass sich auch der Gesetzgeber des SGGArbGGÄndG bei der Einfügung der Klagerücknahmefiktion in [§ 102 Abs 2 SGG](#) der vom BVerfG aufgezeigten engen verfassungsrechtlichen Grenzen unter Beachtung ihres Ausnahmecharakters bewusst war, kommt in den Materialien deutlich zum Ausdruck. In der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zum SGGArbGGÄndG heißt es zum dortigen Entwurf des [§ 102 Abs 2 SGG](#) unter Bezugnahme auf die vorgenannte Rechtsprechung des BVerfG und des BVerwG (Beschluss vom 12.4.2001 - [8 B 2/01 - NVwZ 2001, 918](#)) ausdrücklich, dass "die Auslegung und Anwendung der Norm nur vor dem Hintergrund ihres strengen Ausnahmecharakters erfolgen" darf ([BT-Drucks 16/7716 S 19](#) zu Nummer 17 (§ 102)).

46

Ist dies aber der Fall, verbietet es sich, [§ 102 Abs 2 SGG](#) als Sonder- und Ausnahmeregelung über seinen ausdrücklich geregelten Anwendungsbereich hinaus erweiternd auszulegen und anzuwenden. Vielmehr ist es aus verfassungsrechtlichen Gründen ([Art 19 Abs 4 GG](#), [Art 103 Abs 1 GG](#)) geradezu geboten, wollte man auch im SGG eine Fiktion der Rücknahme der Berufung wegen Nichtbetreibens ermöglichen, hierfür - wie in der VwGO durch Einfügung des [§ 126 Abs 2 VwGO](#) geschehen - eine eigenständige gesetzliche Grundlage zu schaffen.

47

3. Nach dem Vorstehenden braucht der Senat nicht mehr zu prüfen, ob - wie vom LSG entschieden - die Voraussetzungen einer Fiktion einer Berufungsrücknahme bei unterstellter entsprechender Anwendbarkeit des [§ 102 SGG](#) vorliegen. Gleichwohl weist der Senat darauf hin, dass, selbst wenn man der generellen Rechtsansicht des LSG folgen würde, die Feststellung der Beendigung des Verfahrens durch das LSG im

Falle der Klägerin zu Unrecht erfolgt wäre.

48

a) Eine Rücknahmefiktion setzt den Ablauf einer zuvor vom Gericht gesetzten Frist zum Betreiben des Verfahrens voraus (vgl. [§ 102 Abs 2 Satz 1 SGG](#)). Eine in diesem Sinne wirksame Fristsetzung ist vorliegend nicht erfolgt. Denn ein - wie hier - lediglich mit dem Zusatz "auf richterliche Anordnung" durch eine(n) Justizangestellte(n) unterzeichnetes gerichtliches Schreiben der Geschäftsstelle vermag eine Frist zum Betreiben des Verfahrens nicht in Lauf zu setzen (vgl. Krasney/Udsching, aaO, Kap VII RdNr 170a; Leopold SGB 2009, 458, 460; Breitzkreuz in Breitzkreuz/Fichte, aaO, § 102 RdNr 11, mit dem Hinweis, die Betreibensaufforderung müsse "wenigstens die Form eines Richterbriefs" haben; s. auch BGH Urteil vom 13.3.1980 - [VII ZR 147/79](#) - [BGHZ 76, 236](#), 241 - zur Frist gemäß [§ 273 Abs 2 Nr 1](#), [§ 275 Abs 1, § 296 ZPO](#)).

49

Die Betreibensaufforderung muss vom zuständigen Richter verfügt und mit vollem Namen unterzeichnet werden, wenn sie Wirkungen für die Beteiligten erzeugen soll. Ein - wie hier - den Namen abkürzendes Handzeichen (Paraphe) genügt als Unterschrift nicht (vgl. Krasney/Udsching, aaO, Kap VII RdNr 170a; Leopold, SGB 2009, 458, 460; Bienert, NZS 2009, 554, 556, jeweils mwN). Dies folgt schon aus den einschneidenden Rechtsfolgen einer (erfolglosen) Betreibensaufforderung. Erst die Beifügung der vollen Unterschrift des Richters macht deutlich, dass es sich bei dem unterzeichneten Text nicht lediglich um einen Entwurf handelt und dass der Unterzeichnende nicht von einer Routine-Verfügung ausgeht; hierüber muss aber bei einer Betreibensaufforderung auch für die Betroffenen Gewissheit bestehen. Deshalb muss sie nicht nur vom zuständigen Richter verfügt und unterschrieben sein, sondern auch die gemäß [§ 63 Abs 1 Satz 1 SGG](#) zuzustellende Ausfertigung/beglaubigte Abschrift (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung zum SGGArbGGÄndG, [BT-Drucks 16/7716 S 19](#) zu Nummer 17 (§ 102); Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, aaO, § 63 RdNr 3) diesen Umstand erkennen lassen, dh durch Wiedergabe des vollen Namens des Richters ausweisen, dass die Betreibensaufforderung von ihm stammt.

50

b) Fraglich ist vorliegend ferner, ob das vom BVerfG für gesetzliche Rechtsmittelrücknahmefiktionen aus verfassungsrechtlichen Gründen ([Art 19 Abs 4 GG](#), [Art 103 Abs 1 GG](#)) geforderte ungeschriebene Tatbestandsmerkmal erfüllt war, dass zum Zeitpunkt der Betreibensaufforderung sachlich begründete Anhaltspunkte für den Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses bestanden (vgl. BVerfG (Kammer) Beschluss vom 27.10.1998 - [2 BvR 2662/95](#) - [DVBl 1999, 166](#), 167; vgl. ebenso Senatsurteil vom heutigen Tage - [B 13 R 58/09 R](#)).

51

Solche Anhaltspunkte können sich im sozialgerichtlichen Verfahren - worauf auch in den Materialien zu [§ 102 Abs 2 SGG](#) hingewiesen wird (vgl. [BT-Drucks 16/7716 S 19](#) zu Nummer 17 (§ 102)) - aus einer Verletzung der prozessualen Mitwirkungspflichten des Klägers ([§ 103 Satz 1 Halbs 2 SGG](#)) ergeben. Stets muss sich daraus aber der Schluss auf einen Wegfall des Sachbescheidungsinteresses, also auf ein Desinteresse des Klägers an der weiteren Verfolgung seines Begehrens, ableiten lassen. Denn die Klagerücknahmefiktion ist "kein Hilfsmittel zur bequemen Erledigung lästiger Verfahren oder zur vorsorglichen Sanktionierung prozessleitender Verfügungen" (so zutreffend BVerfG Beschluss vom 12.4.2001 - [8 B 2/01](#) - [NVwZ 2001, 918](#); BVerfG Beschluss vom 5.7.2000 - [8 B 119/00](#) - [NVwZ 2000, 1297](#), jeweils zu [§ 92 Abs 2 VwGO](#)).

52

Damit aber genügt für eine Betreibensaufforderung iS des [§ 102 Abs 2 Satz 1 SGG](#) nicht jegliche Verletzung einer Mitwirkungspflicht; vielmehr ist nur das Unterlassen solcher prozessualen Mitwirkungshandlungen erheblich, die für die Feststellung von entscheidungserheblichen Tatsachen bedeutsam sind, die also für das Gericht - nach seiner Rechtsansicht - notwendig sind, um den Sachverhalt zu klären und eine Sachentscheidung zu treffen (vgl. Bienert, NZS 2009, 554, 556; in diesem Sinne auch Krasney/Udsching, aaO, Kap VII RdNr 170a, wonach ein Nichtbetreiben nur vorliege, wenn der Kläger "einer vom Gericht zu Recht für notwendig gehaltenen Mitwirkung nicht nachkommt"; vgl. auch BVerfG (Kammer) Beschluss vom 27.10.1998 - [2 BvR 2662/95](#) - [DVBl 1999, 166](#), 168, wo ausdrücklich darauf abgestellt wird, ob bestimmte Erklärungen der Beschwerdeführer "für die weitere Förderung des Verfahrens notwendig" waren).

53

Danach erscheint es im vorliegenden Fall aber als zweifelhaft, ob in der damaligen Verfahrenssituation eine Betreibensaufforderung durch das LSG hätte ergehen dürfen. Eine Mitwirkung der Klägerin war nämlich für das LSG nicht erforderlich, um in der Sache zu entscheiden. Denn die Aufforderung vom 20.2.2009, innerhalb von drei Monaten einen anderen medizinischen Sachverständigen zu benennen, bezog sich auf einen Antrag der Klägerin nach [§ 109 Abs 1 SGG](#). Ein solcher kommt aber erst dann zum Tragen, wenn das Gericht nicht mehr beabsichtigt, von Amts wegen (weiter) zu ermitteln (vgl. Roller in Lüdtko, aaO, § 109 RdNr 1; Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, aaO, § 109 RdNr 2; Krasney/Udsching, aaO, Kap III RdNr 78); dies hatte das LSG bereits mit Schreiben vom 2.5.2008 mitgeteilt. Damit hätte es einer weiteren Verfahrensverzögerung dadurch begegnen können, dass es nach Erledigung des Beweisbeschlusses vom 23.6.2008 und Setzung einer angemessenen Frist für die Benennung eines "bestimmten Arztes" den Antrag nach [§ 109 Abs 2 SGG](#) abgelehnt und sodann eine Entscheidung in der Sache getroffen hätte. Das - weitaus mehr in die Rechte der Klägerin einschneidende - Vorgehen nach [§ 102 Abs 2 SGG](#) war nicht erforderlich, zumal durchaus zweifelhaft sein kann, ob aus Verzögerungen bei der Benennung eines bestimmten Arztes nach [§ 109 Abs 1 SGG](#) ohne Weiteres auf einen Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses, also auf ein Desinteresse an einer Rentengewährung, geschlossen werden kann.

54

4. Nach allem war die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an das Berufungsgericht zurückzuverweisen ([§ 170 Abs 2 Satz 2](#)

[SGG](#)). Das LSG hat bei seiner erneuten Entscheidung auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden.

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2010-10-08