

## L 9 AL 173/11

Land  
Nordrhein-Westfalen  
Sozialgericht  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung

Abteilung

9

1. Instanz

SG Detmold (NRW)

Aktenzeichen

S 4 AL 161/11

Datum

04.05.2011

2. Instanz

LSG Nordrhein-Westfalen

Aktenzeichen

L 9 AL 173/11

Datum

17.01.2013

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

1.

Zur Ersatzzustellung durch Niederlegung

2.

Sind die Voraussetzungen für eine Fiktion der Klagerücknahme nicht verwirklicht, das Sozialgericht gleichwohl zu Unrecht feststellt, die Klage sei zurückgenommen, bedarf es im Fall der Aufhebung dieser Entscheidung durch das Berufungsgericht nicht der Zurückverweisung an das Sozialgericht. Der ursprüngliche Rechtsstreit ist vielmehr unverändert beim Sozialgericht anhängig.

Auf die Berufung des Klägers wird der Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Detmold vom 04.05.2011 aufgehoben. Es wird festgestellt, dass das Verfahren S 4 AL 127/10 noch erstinstanzlich beim Sozialgericht Detmold anhängig ist. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten darüber, ob die Klage wegen Nichtbetreibens des Verfahrens gemäß [§ 102 Abs. 2 Satz 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) als zurückgenommen gilt.

Am 05.03.2010 hat der Kläger vor dem Sozialgericht (SG) Detmold Klage gegen den Bescheid der Beklagten vom 24.11.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 04.02.2010 (Aktenzeichen: S 4 AL 127/10) erhoben. Er hat die Verurteilung der Beklagten begehrt, ihm Arbeitslosengeld auch für die Zeit vom 06.10. bis zum 31.10.2009 zu bewilligen. Mit dem angefochtenen Bescheid vom 24.11.2009 hatte die Beklagte dem Kläger Arbeitslosengeld ab dem 11.12.2009 bewilligt. Er habe sich erst am 10.11.2009 persönlich arbeitslos gemeldet; seine Arbeitslosmeldung am 22.06.2009 sei bei einer unzuständigen Agentur für Arbeit erfolgt.

Nachdem der Bevollmächtigte des Klägers trotz gerichtlicher Erinnerung vom 21.07.2010 keine Klagebegründung vorlegt hatte, hat die Kammervorsitzende mit Verfügung vom 18.11.2010 eine Betreibensaufforderung gegenüber dem Prozessbevollmächtigten des Klägers mit dem Inhalt erlassen, das Verfahren innerhalb von drei Monaten nach Zustellung dieser Aufforderung durch Vorlage einer Klagebegründung zu betreiben. Es folgte der Hinweis, dass die Klage gemäß [§ 102 Abs. 2 Satz 1 SGG](#) als zurückgenommen gilt, wenn der Kläger das Verfahren trotz Aufforderung des Gerichts länger als drei Monate nicht betreibt. Die Betreibensaufforderung wurde dem Prozessbevollmächtigten des Klägers mit Postzustellungsurkunde vom 23.11.2010 zugestellt. Der Zusteller der Deutschen Post, Herr T, bestätigte mit seiner Unterschrift, den Tag der Zustellung auf dem Umschlag des Schriftsatzes vermerkt zu haben. Er kreuzte in der Postzustellungsurkunde ferner das Feld 10.2 an, wonach das Schriftstück in den zum Geschäftsraum gehörenden Briefkasten oder in eine ähnliche Vorrichtung eingelegt worden sei, weil die Übergabe des Schriftstücks in der Wohnung/in dem Geschäftsraum nicht möglich gewesen sei. Den Versuch, das Schriftstück in der (in einem Obergeschoss gelegenen) Kanzlei des Prozessbevollmächtigten des Klägers zu übergeben, hatte Herr T jedoch tatsächlich nicht unternommen, sondern das Schriftstück sogleich in den (im Erdgeschoss angebrachten) Briefkasten der Kanzlei eingelegt.

Am 24.02.2011 hat das SG Detmold das Klageverfahren S 4 AL 127/10 aufgrund einer Erledigung durch Rücknahme im Verfahrensregister ausgetragen. Am selben Tag ging bei dem SG die Klagebegründung zu dem Verfahren S 4 AL 127/10 ein.

Mit Schreiben vom 28.02.2011 hat das SG dem Bevollmächtigten des Klägers mitgeteilt, seine Klagebegründung sei nach Fristende (23.02.2011 - Mittwoch - 24.00 Uhr) und damit verspätet eingegangen; der Rechtsstreit sei als Klagerücknahme gelöscht worden.

Mit Schriftsatz vom 04.03.2011 hat der Prozessbevollmächtigte des Klägers Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Die Betreibensaufforderung sei am 24.11.2010 bei ihm eingegangen, der Eingang der Klagebegründung am 24.02.2011 sei daher noch

rechtzeitig. Sein Büro sei von ca. 7.45 Uhr bis 18.00 Uhr ohne Unterbrechung geöffnet und besetzt gewesen. Es sei nicht nachvollziehbar, warum eine Zustellung im Geschäftsraum nicht möglich gewesen sein sollte. Die Leerung des Hausbriefkastens sei am streitgegenständlichen Tag um ca. 08:30 Uhr das erste Mal und ein zweites Mal gegen 13.00 Uhr erfolgt. Wahrscheinlich sei, dass der Zusteller nicht persönlich in der Kanzlei des Bevollmächtigten in der ersten Etage des Geschäftsgebäudes P-Straße 00(Alte Post) in M vorstellig geworden sei, sondern zur Unzeit nach den bereits durchgeführten täglichen Kontrollen des Briefkastens das streitgegenständliche Schreiben eingelegt habe. Dieses sei dann erst bei der erst am nächsten Tag durchgeführten Kontrolle am 24.11.2010 zurechenbar in den Kenntnisbereich des Unterzeichners gelangt.

Mit Gerichtsbescheid vom 04.05.2011 hat das SG Detmold "festgestellt, dass die am 05.03.2010 erhobene Klage zurückgenommen ist". Zur Begründung hat es ausgeführt:

Die am 05.03.2010 gegen den Bescheid vom 24.11.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 04.02.2010 erhobene Klage sei rechtswirksam zurückgenommen. Das Klageverfahren sei beendet. Gemäß [§ 102 Abs. 2 Satz 1 SGG](#) gelte die Klage als zurückgenommen, wenn der Kläger das Verfahren trotz Aufforderung des Gerichts länger als drei Monate nicht betreibe.

Diese Voraussetzungen seien erfüllt. Die auf die gerichtliche Betreibensaufforderung vom 18.11.2010 am 24.02.2011 bei Gericht eingegangene Klagebegründung sei außerhalb der dreimonatigen Betreibensfrist bei Gericht eingegangen und könne nicht mehr als wirksame Klagebegründung berücksichtigt werden. Ausweislich der Postzustellungsurkunde sei dem Prozessbevollmächtigten des Klägers die Betreibensaufforderung am 23.11.2010 zugestellt worden. Die dreimonatige Frist habe daher am 23.02.2011, 24.00 Uhr (Mittwoch), geendet. Der Tag der Zustellung der gerichtlichen Betreibensaufforderung sei der 23.11.2010, der vom Postzusteller auf der Postzustellungsurkunde vermerkt worden sei. Die Zustellung könne rechtswirksam nicht nur durch Übergabe des im verschlossenen Umschlag befindlichen Schriftstücks an eine unter Punkt 5-8 auf der Postzustellungsurkunde genannte Person erfolgen, sondern auch durch Einlegung des Schriftstücks in den zum Geschäftsraum gehörenden Briefkasten oder in eine ähnliche Vorrichtung. Für die Frage der Wirksamkeit der Zustellung spiele es keine Rolle, ob die Zustellung durch Übergabe oder durch Niederlegung in einen Briefkasten erfolgt ist. Maßgebend sei allein der Tag der Zustellung. Dieser sei von dem Zusteller klar und eindeutig als Datum "23.11.2010" vermerkt worden. Unerheblich sei, wann der Adressat des mit Postzustellungsurkunde zugestellten Schriftstücks seinen Briefkasten leere und wann er den Inhalt des Schriftstücks zur Kenntnis nehme. Bei einer Zustellung mit Postzustellungsurkunde sei maßgebend das vom Postzusteller auf der Postzustellungsurkunde und deren Umschlag vermerkte Zustelldatum, nicht dagegen das Datum des Eingangsstempels des Büros des Adressaten.

Gegen diesen Gerichtsbescheid hat der Kläger am 09.06.2011 Berufung eingelegt. Der Gerichtsbescheid wurde seinem Prozessbevollmächtigten nach der Postzustellungsurkunde, die wieder von dem Zusteller Herrn T ausgestellt worden war, am 13.05.2011, einem Freitag, zugestellt. Der Kläger hat ergänzend vorgetragen, es lägen Unregelmäßigkeiten dieses Zustellers bei der Zustellung vor. Der Gerichtsbescheid sei laut Postzustellungsurkunde bereits am 13.05.2011 zugestellt worden, obwohl er erst am 16.05.2011 (Montag) im Büro seines Prozessbevollmächtigten eingegangen sei. Dem Zusteller Herrn T sei es offensichtlich zu unbequem gewesen, die im 1. Obergeschoss gelegenen Büroräume aufzusuchen. Auch am 13.05.2011 sei das Büro seines Prozessbevollmächtigten von 7:45 Uhr bis 18.00 Uhr durchgehend besetzt gewesen.

Der Kläger beantragt schriftsätzlich,

den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Detmold vom 04.05.2011 aufzuheben und das Klageverfahren beim Sozialgericht Detmold zu S 4 AL 127/10 fortzusetzen.

Die Beklagte beantragt schriftsätzlich,

die Berufung zurückzuweisen.

Mit E-Mail vom 24.11.2011, deren Ausdruck der Kläger zur Gerichtsakte gereicht hat (Blatt 80 der Gerichtsakte), hat Herr C als Betriebsleiter der Deutschen Post (Niederlassung M) dem Prozessbevollmächtigten des Klägers mitgeteilt: "Leider hat es unser Mitarbeiter Herr T versäumt, die Postzustellungsaufträge direkt im Büro zuzustellen. Dafür möchten wir uns bei Ihnen entschuldigen. Herr T wird auch noch persönlich bei Ihnen vorsprechen. Herr T wurde angewiesen, ab sofort korrekt zu arbeiten und die Zustellung während der angegebenen Öffnungszeiten in der Kanzlei vorzunehmen."

Die Beteiligten haben ihr Einverständnis mit einer Entscheidung des Senates durch Urteil ohne mündliche Verhandlung erklärt.

Hinsichtlich des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der beigezogenen Verwaltungsakte der Beklagten Bezug genommen, die Gegenstand der Beratung waren.

Entscheidungsgründe:

Der Senat konnte gemäß [§ 124 Abs. 2 SGG](#) durch Urteil ohne mündliche Verhandlung entscheiden, weil beide Beteiligten ihr Einverständnis hierzu erteilt haben.

1. Die Berufung des Klägers ist zulässig und begründet. Das SG Detmold hat zu Unrecht festgestellt, dass die am 05.03.2010 erhobene Klage zurückgenommen ist. Eine Klagerücknahme hat der Kläger tatsächlich nicht erklärt. Die Voraussetzungen für eine fingierte Klagerücknahme gemäß [§ 102 Abs. 1 Satz 1 SGG](#) sind nicht gegeben. Der Gerichtsbescheid des SG Detmold vom 04.05.2011 war daher aufzuheben. Das Klageverfahren S 4 AL 127/10 beim Sozialgericht Detmold ist demzufolge fortzusetzen.

Die Voraussetzungen für eine fingierte Klagerücknahme gemäß [§ 102 Abs. 1 Satz 1 SGG](#) sind nicht verwirklicht. Der Kläger hat das Verfahren trotz Aufforderung des Gerichts nicht länger als drei Monate nicht betrieben. Seine Klagebegründung vom 24.02.2011 erfolgte noch innerhalb der dreimonatigen Betreibensfrist, weil seinem Prozessbevollmächtigten die Betreibensaufforderung vom 18.11.2010 nicht

bereits am 23.11.2010, sondern erst am 24.11.2010 wirksam zugestellt wurde.

a) Die Betreibensaufforderung ist dem Prozessbevollmächtigten des Klägers ausweislich der Postzustellungsurkunde am 23.11.2010 durch Einlegung in den zum Geschäftsraum gehörenden Briefkasten oder in eine ähnliche Vorrichtung zugestellt worden. Gemäß [§ 63 Abs. 1 Satz 1 SGG](#) sind Anordnungen und Entscheidungen, durch die eine Frist in Lauf gesetzt wird, den Beteiligten zuzustellen. Das SG hat hierfür die Zustellung durch Postzustellungsurkunde gewählt. Nach [§ 63 Abs. 2 Satz 1 SGG](#) wird von Amts wegen nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung (ZPO) zugestellt. Der sich hieraus ergebende Urkundsbeweis nach [§ 202 SGG](#) i.V.m. [§ 418](#), [§ 182 Abs. 1 Satz 2 ZPO](#) (vgl. dazu BSG, Beschluss vom 13.11.2008, [B 13 R 138/07 B](#); BFH, Beschluss vom 17.09.2012, [II B 87/12](#); beide m.w.N.) ist hier jedoch hinsichtlich des Tages der Zustellung widerlegt.

Gemäß [§ 418 Abs. 2 ZPO](#) kann der Gegenbeweis gegen die Zustellungsurkunde, eine öffentliche Urkunde i.S.d. [§ 418 ZPO](#), nur durch den Beweis der Unrichtigkeit der in der Zustellungsurkunde bezeugten Tatsachen geführt werden. Der Gegenbeweis wird nicht schon durch die bloße Behauptung, das betreffende Schriftstück nicht erhalten zu haben, erbracht, weil es für die Wirksamkeit der Zustellung nicht darauf ankommt, ob und wann der Adressat das Schriftstück seinem Briefkasten entnommen und ob er es tatsächlich zur Kenntnis genommen hat. Vielmehr erfordert der Gegenbeweis der Unrichtigkeit den Beweis eines anderen als in der Zustellungsurkunde bezeugten Geschehensablaufs; nur so wird ein Fehlverhalten des Zustellers und eine Falschbeurkundung in der Zustellungsurkunde belegt (zum Vorstehenden: BSG, a.a.O., m.w.N.). Der Gegenbeweis der Unrichtigkeit der in der Zustellungsurkunde bezeugten Tatsachen fordert den vollen Gegenbeweis in der Weise, dass die Beweiswirkung in der Zustellungsurkunde vollständig entkräftet und jede Möglichkeit der Richtigkeit der in ihr bezeugten Tatsache ausgeschlossen wird (BSG, Beschluss vom 24.11.2009, [B 12 KR 27/09 B](#), m.w.N.).

Der Kläger hat den Gegenbeweis der Unrichtigkeit der Postzustellungsurkunde erbracht, weil er den Beweis eines anderen als in der Zustellungsurkunde bezeugten Geschehensablauf erbracht hat. Der Senat ist von einem Fehlverhalten des Zustellers Herrn T überzeugt, weil dieser die in [§ 180 Satz 1 ZPO](#) (i.V.m. [§ 63 Abs. 1 Satz 1 SGG](#)) normierte Voraussetzung für eine Ersatzzustellung durch Einlegen in den Briefkasten nicht beachtet hat.

Gemäß [§ 180 ZPO](#) kann das Schriftstück, sofern die Zustellung nach [§ 178 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 ZPO](#) nicht ausführbar ist, in einen zu der Wohnung oder dem Geschäftsraum gehörenden Briefkasten oder in eine ähnliche Vorrichtung eingelegt werden, die der Adressat für den Postempfang eingerichtet hat und die in der allgemein üblichen Art für eine sichere Aufbewahrung geeignet ist. Mit der Einlegung gilt das Schriftstück dann als zugestellt ([§ 180 Satz 3 ZPO](#)). Die Voraussetzungen für eine Ersatzzustellung durch Niederlegung gemäß [§ 180 Satz 1 ZPO](#) sind nicht verwirklicht, weil es an der hierfür zwingend notwendigen und wesentlichen Voraussetzung fehlt, dass "die Zustellung nach [§ 178 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 ZPO](#) nicht ausführbar ist". In [§ 178 Abs. 1](#) ist geregelt: "Wird die Person, der zugestellt werden soll, in ihrer Wohnung, in dem Geschäftsraum oder in einer Gemeinschaftseinrichtung, in der sie wohnt, nicht angetroffen, kann das Schriftstück zugestellt werden in der Wohnung einem erwachsenen Familienangehörigen, einer in der Familie beschäftigten Person oder einem erwachsenen ständigen Mitbewohner (Nr. 1), oder in Geschäftsräumen einer dort beschäftigten Person (Nr. 2)".

Es ist nicht nachgewiesen, dass der Prozessbevollmächtigte des Klägers als die Person, der zugestellt werden sollte, in ihrem Geschäftsraum am 23.11.2010 als dem Tag der Zustellung nicht angetroffen werden konnte. Mit Email vom 24.11.2011, deren Ausdruck der Kläger zur Gerichtsakte gereicht hat (Blatt 80 der Gerichtsakte), hat Herr C als Betriebsleiter der Deutschen Post DHL (Niederlassung M) vielmehr erklärt, dass der damalige Zusteller Herr T es versäumt hat, die Postzustellungsaufträge direkt im Büro zuzustellen; er wurde deshalb angewiesen, ab sofort korrekt zu arbeiten und die Zustellung während der angegebenen Öffnungszeiten in der Kanzlei vorzunehmen. Der Senat hatte keinen Anlass, die Richtigkeit dieses Vortrages des Betriebsleiters der Deutschen Post DHL, den sich der Kläger zu Eigen gemacht hat, zu bezweifeln; auch die Beklagte hat dies nicht getan. Der Senat hat sich daher nicht gedrängt gesehen, den Zusteller als Zeugen zu befragen, sondern seine Überzeugung auf die bereits vorliegende schriftliche Erklärung gestützt. Dieses Fehlverhalten des Zustellers hat sich erst im Berufungsverfahren herausgestellt, war dem SG also nicht bekannt.

b) Werden bei der Zustellung wesentliche Vorschriften verletzt, ist die Zustellung unwirksam; Fristen beginnen dann nicht zu laufen (Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 10. Aufl. 2012, [§ 63 Rn. 20](#)). Die in [§ 180 Satz 1 ZPO](#) normierte Voraussetzung, dass die Person, an die zugestellt werden soll, in ihren Geschäftsräumen nicht angetroffen wird, ist nach der Rechtsauffassung des Senates eine wesentliche Zustellungsvoraussetzung (ebenso Stöber in: Zöller, ZPO, 29. Aufl. 2012, [§ 180 Rn. 7](#)), weil sie die einzige Tatbestandsvoraussetzung für die Ersatzzustellung durch Einlegung in den Briefkasten darstellt.

c) Lässt sich die formgerechte Zustellung eines Dokuments nicht nachweisen oder ist das Dokument unter Verletzung zwingender Zustellungsvorschriften zugegangen, so gilt es gemäß [§ 189 ZPO](#) in dem Zeitpunkt als zugestellt, in dem das Dokument der Person, an die die Zustellung dem Gesetz gemäß gerichtet war oder gerichtet werden konnte, tatsächlich zugegangen ist.

Eine Heilung gemäß [§ 189 ZPO](#) setzt, wenn durch die Zustellung eine Frist in Gang gesetzt wird, die Feststellung des Zeitpunktes voraus, in dem das Schriftstück (ggf. spätestens) in die Hände des Adressaten gelangt ist (BGH, Beschluss vom 21.12.1983, [IVb ZB 29/82](#), [NJW 1984, S. 926](#)). Die Anwendung des [§ 189 ZPO](#) setzt nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht nur die Feststellung voraus, dass das Schriftstück zugegangen ist, sondern auch die Feststellung des Zeitpunktes, zu dem dies geschehen ist. Lässt sich dieser Zeitpunkt nicht ermitteln, steht aber fest, wann das Schriftstück spätestens in die Hände des Empfängers gelangt ist, so wird die Zustellung allerdings als in diesem Zeitpunkt bewirkt angesehen werden können. Auch bei einer Heilung des Mangels einer formgerechten Zustellung nach [§ 189 ZPO](#) muss also in jedem Fall der Zeitpunkt feststehen, zu dem die Zustellung (ggf. spätestens) als bewirkt angesehen wird. Lässt sich ein solcher Zeitpunkt im Einzelfall nicht ermitteln, so ist für eine Heilung des Zustellungsmangels kein Raum (zum Vorstehenden: BGH, a.a.O., zu [§ 187 ZPO](#) a.F. als Vorgängernorm des heutigen [§ 189 ZPO](#); ferner Stöber, a.a.O., [§ 189 Rn. 15](#); Keller, a.a.O., [§ 63 Rn. 21](#)).

Zur Überzeugung des Senates ist die Betreibensaufforderung jedenfalls am 24.11.2011 in die Hände des Prozessbevollmächtigten des Klägers als ihres Adressaten gelangt, so dass die Betreibensaufforderung gemäß [§ 189 ZPO](#) als am 24.11.2011 zugestellt gilt. Der Prozessbevollmächtigte des Klägers hat vorgetragen, er habe die Betreibensaufforderung erstmals an diesem Tag erhalten, weil sie bei den beiden Leerungen seines Briefkastens am 23.11.2010 um 08:30 Uhr sowie um 13:00 Uhr in seinem Briefkasten noch nicht eingelegt gewesen sei. Dieser Vortrag erscheint dem Senat als glaubhaft. Der Prozessbevollmächtigte des Klägers hat zudem schlüssig vorgetragen, dass seine Kanzlei auch eine entsprechende Vorfrist sowie Frist ausgehend vom 24.11.2010 als Zustelldatum notiert habe. Ein Zugang

bereits am 23.11.2010 war demgegenüber, insbesondere aufgrund des Fehlverhaltens des Zustellers, nicht nachweisbar.

d) Weil die Betreibensaufforderung gemäß [§ 189 ZPO](#) als am 24.11.2011 zugestellt gilt, hat die am 24.02.2011 bei dem SG eingegangene Klagebegründung das Eintreten der Klagerücknahmefiktion gemäß [§ 102 Abs. 2 Satz 1 SGG](#) verhindert; denn der Kläger hat das Verfahren nicht länger als drei Monate nicht betrieben. Das Klageverfahren S 4 AL 127/10 ist daher noch rechtshängig und fortzuführen.

2. Im Ergebnis hat das SG am 24.11.2010 daher zu Unrecht das Weglegen der Akte wegen des Eintrittes einer Klagerücknahmefiktion verfügt, womit sich die Feststellung des SG im Gerichtsbescheid vom 04.05.2011 als unzutreffend erwiesen und dieses aufzuheben war.

Darüber hinaus war festzustellen, dass der Ausgangsrechtsstreit - das Verfahren S 4 AL 127/10 - vor dem SG noch anhängig und damit fortzuführen ist. Einer gesonderten Zurückverweisung zur erneuten Entscheidung an das SG bedurfte es insoweit nicht, denn nicht das Verfahren S 4 AL 127/10 ist mit dem Berufungsverfahren beim LSG rechtshängig geworden, sondern allein das "Wiederaufnahmeverfahren" [S 4 AL 161/11](#), das ein selbständiges Verfahren darstellt (vgl. LSG Bayern, Urteil zum 12.07.2011, [L 11 AS 582/10](#), Juris Rn. 20). Der Rechtsbehelf bei einem Streit über die Erledigung eines Klageverfahrens ist kein ordentliches Rechtsmittel, sondern - vergleichbar mit einem Wiederaufnahmeverfahren nach [§ 179 SGG](#) - ein außerordentlicher Rechtsbehelf und damit ein vom Ausgangsverfahren zu unterscheidendes selbständiges Verfahren (LSG Bayern, a.a.O., Rn. 21). Hieraus folgt, dass nur die Entscheidung in dem "Wiederaufnahmeverfahren" [S 4 AL 161/11](#) dem Devolutiveffekt der eingelegten Berufung unterlag, mithin beim LSG rechtshängig wurde, und - mangels einer erstinstanzlichen Entscheidung im Ausgangsverfahren - nicht das Verfahren S 4 AL 127/10 davon erfasst wird. Mit Rechtskraft der Entscheidung des Senates, den Gerichtsbescheid vom 04.05.2011 aufzuheben und der Feststellung, dass das Ausgangsverfahren S 4 AL 127/10 vor dem SG fortzuführen ist, entfällt die Rechtshängigkeit des allein beim LSG rechtshängig gewesenen "Wiederaufnahmeverfahrens". Die Rechtshängigkeit des Ausgangsverfahrens S 4 AL 127/10 war demgegenüber zu keinem Zeitpunkt beim SG entfallen, so dass das SG von Amtswegen über das dort noch offene Verfahren zu entscheiden hat und der Senat an einer Entscheidung in der Sache gehindert ist. Einer Zurückverweisung im Sinne des [§ 159 Abs. 1 Nr. 2 SGG](#) bedurfte es daher nicht (so zutreffend LSG Bayern, a.a.O., Rn. 21 m.w.N. auch zur gegenteiligen Auffassung, z.B. LSG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 16.06.2010, [L 5 AS 217/10](#); LSG Bayern, Urteil vom 08.12.2009, [L 5 R 884/09](#)).

3. Die Kostenentscheidung bleibt dem SG im fortzuführenden Verfahren S 4 AL 127/10 vorbehalten. Auch wenn das "Wiederaufnahmeverfahren", wie zuvor dargelegt, formal ein selbständiges Verfahren ist, ist es zur Überzeugung des Senats nicht sachgerecht, der Beklagten - unabhängig vom Ausgang des Ausgangsverfahrens - die Kosten dafür aufzuerlegen, dass das SG zu Unrecht eine fiktive Klagerücknahme angenommen, eine Entscheidung in der Sache damit (bislang) unterlassen und auf diese Weise das "Zwischenverfahren" des Streits über die Wirksamkeit der Klagerücknahme veranlasst hat.

4. Gründe für eine Zulassung der Revision ([§ 160 Abs. 2 SGG](#)) liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2013-02-19