

<b>Gericht:</b>	BSG 13. Senat	<b>Normen:</b>	§ 160 Abs 2 Nr 3 SGG, § 160a Abs 5 SGG, § 202 SGG, § 547 Nr 1 ZPO
<b>Entscheidungsdatum:</b>	12.04.2017		
<b>Aktenzeichen:</b>	B 13 R 289/16 B		
<b>ECLI:</b>	ECLI:DE:BSG:2017:120417BB13R28916B0		
<b>Dokumenttyp:</b>	Beschluss		

**Sozialgerichtliches Verfahren - Nichtzulassungsbeschwerde - Verfahrensmangel - vorschriftsmäßige Besetzung des erkennenden Gerichts - "geistige Abwesenheit" eines Mitglieds des Spruchkörpers während der mündlichen Verhandlung**

### Verfahrensgang

vorgehend SG Heilbronn, 11. Juli 2013, Az: S 3 R 1250/12, Urteil  
vorgehend Landessozialgericht Baden-Württemberg, 5. August 2016, Az: L 4 R 3723/13, Urteil

### Tenor

Auf die Beschwerde des Klägers wird das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 5. August 2016 aufgehoben. Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an dieses Gericht zurückverwiesen.

### Gründe

- 1 I. Im Streit steht die Gewährung einer Rente wegen Erwerbsunfähigkeit über den 31.10.1999 hinaus bis einschließlich 31.8.2007 sowie hilfsweise die einer Rente wegen voller Erwerbsminderung bereits vor dem 1.9.2007 im Wege eines Überprüfungsverfahrens nach § 44 SGB X.
- 2 Die Beklagte lehnte eine ihre Bewilligungsbescheide ändernde Entscheidung zu Gunsten des Klägers im vorbenannten Sinne ab. Vor dem SG und dem LSG ist der Kläger mit seinem Begehren ebenfalls nicht erfolgreich gewesen (*Urteile vom 11.7.2013 und 5.8.2016*). Gegen die Nichtzulassung der Revision im Urteil des LSG wendet sich der Kläger mit einer Beschwerde an das BSG. Er rügt einen Verfahrensfehler des LSG bei dessen Entscheidungsfindung (*§ 160 Abs 2 Nr 3 SGG*) aufgrund nicht vorschriftsmäßiger Besetzung des Berufungsgerichts in der mündlichen Verhandlung vom 5.8.2016 (**§ 202 S 1 SGG iVm § 547 Nr 1 ZPO**). Der ehrenamtliche Richter M. habe während der gesamten Verhandlung "geschlafen".
- 3 Der Senat hat dienstliche Stellungnahmen zu den Vorgängen während der mündlichen Verhandlung am 5.8.2016 in der hier streitbefangenen Sache - insbesondere zur Aufmerksamkeit und Wachsamkeit des ehrenamtlichen Richters M. eingeholt bei dem Vorsitzenden des 4. Senats des LSG Baden-Württemberg VRLSG N. und den Beisitzern R'inLSG H. sowie RLSG Dr. B., den ehrenamtlichen Richtern F. und M. und der Vertreterin der Beklagten R. Zudem hat der Senat den Dolmetscher D. als Zeugen schriftlich zu seinen Beobachtungen insoweit befragt.
- 4 Die Beklagte hat nach Vorlage der dienstlichen Stellungnahmen und der schriftlichen Zeugenerklärung des Dolmetschers D. zusammenfassend ausgeführt, die Angaben seien so widersprüchlich, dass die Behauptung des Klägers, der ehrenamtliche Richter M. habe wesentliche Teile der mündlichen Verhandlung vor dem LSG am 5.8.2016 nicht aufgenommen, nicht mit ausreichender Sicherheit bewiesen sei.
- 5 II. Auf die Beschwerde des Klägers ist das Urteil des LSG vom 5.8.2016 aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Der Kläger rügt zu Recht eine nicht vorschriftsmäßige Besetzung des 4. Senats des LSG Baden-Württemberg in der mündlichen Verhandlung der hier streitbefangenen Sache.

- 6 1. Die Beschwerde des Klägers ist zulässig (§ 160a Abs 2 S 3 iVm § 160 Abs 2 Nr 3 SGG).
- 7 Für die Bezeichnung des Verfahrensmangels (§ 160a Abs 2 S 3 SGG) müssen die den Verfahrensmangel (vermeintlich) begründenden Tatsachen substantiiert dargetan werden (vgl BSG SozR 1500 § 160a Nr 14, 34, 36). Speziell für die Darlegung eines Verfahrensmangels wegen nicht vorschriftsmäßiger Besetzung des erkennenden Gerichts aufgrund von "Abwesenheit" eines Richters während der mündlichen Verhandlung sind konkrete Tatsachen vorzutragen, welche eine Wahrnehmung des Richters von den wesentlichen Vorgängen der Verhandlung ausschließen. Dabei sind der Zeitpunkt, die Dauer und die Einzelheiten des Verhaltens des Richters genau anzugeben. Weiterhin hat die Besetzungsrüge darzulegen, was während dieser Zeit in der mündlichen Verhandlung geschehen ist und welche für die Entscheidung wichtigen Vorgänge der Richter nicht hat erfassen können (zu Fällen des "schlafenden Richters" vgl BSG Beschluss vom 18.3.2014 - B 12 R 37/13 B - Juris RdNr 4; Senatsbeschluss vom 29.8.2012 - B 13 R 41/12 B - BeckRS 2012, 73507 RdNr 13; BVerwG Beschluss vom 22.5.2006 - 10 B 9/06 - Buchholz 310 Ziff 1 VwGO Nr 45; BVerwG Beschluss vom 17.12.2003 - 4 BN 54/03 - Buchholz 406.11 § 165 BauGB Nr 13; BVerwG Beschluss vom 13.6.2001 - 5 B 105/00 - Buchholz 310 § 138 Ziff 1 VwGO Nr 38 mwN; vgl auch Kummer, Die Nichtzulassungsbeschwerde, 2. Aufl 2010, RdNr 515). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.
- 8 Denn der Kläger hat in seiner Beschwerdebegründung vorgebracht, der von seiner Position aus betrachtet rechts auf der Richterbank sitzende ehrenamtliche Richter habe während der gesamten Dauer der mündlichen Verhandlung von 10:22 Uhr bis 10:48 Uhr geschlafen und die Augen erst wieder geöffnet, als die Verhandlung beendet gewesen sei. Nach verspätetem Eintreffen und Platznehmen im Sitzungssaal sei er mit auf die Brust gesunkenem Haupt sofort eingeschlafen und habe tief sowie hörbar geatmet. Wegen des verspäteten Eintreffens dieses ehrenamtlichen Richters habe der erkennende Senat des LSG das Urteil in der streitbefangenen Sache nicht nach Beratung am Ende der mündlichen Verhandlung, sondern erst am Ende des Sitzungstages verkündet. Der ehrenamtliche Richter sei am Ende der Verhandlung jedoch nicht orientiert gewesen und habe erst durch die R'inLSG H. darauf hingewiesen werden müssen, dass er sitzen bleiben könne, weil sogleich weiter verhandelt werde. Es habe sich ersichtlich nicht nur um eine kurzfristige Ablenkungs- und Ermüdungserscheinung gehandelt. Zum Beleg seiner Ausführungen hat der Kläger eidesstattliche Versicherungen seines Sohnes, der für ihn an der mündlichen Verhandlung vor dem LSG teilgenommen hatte, und seines ihn vertretenden Prozessbevollmächtigten Rechtsanwalt Dr. H. vorgelegt. Als weiteren Zeugen hat er zudem einen Dolmetscher benannt, der für die der Sache des Klägers folgende Verhandlung geladen und wegen des verspäteten Verhandlungsbeginns bereits im Sitzungssaal anwesend gewesen sei.
- 9 2. Die Beschwerde ist auch begründet. Der geltend gemachte absolute Revisionsgrund der nicht vorschriftsmäßigen Besetzung des LSG bei der Durchführung der mündlichen Verhandlung am 5.8.2016 in der streitbefangenen Sache iS des § 202 S 1 SGG iVm § 547 Nr 1 ZPO liegt hier vor.
- 10 Vorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts iS des § 547 Nr 1 ZPO bedeutet, dass jeder Richter die zur Ausübung des Richteramts erforderliche Verhandlungsfähigkeit besitzt und damit auch in der Lage ist, die wesentlichen Vorgänge der Verhandlung wahrzunehmen und sie aufzunehmen. Das wiederum setzt voraus, dass der Richter körperlich und geistig im Stande ist, der Verhandlung in allen ihren wesentlichen Abschnitten zu folgen. Das Gericht, also jeder einzelne Richter, muss seine Überzeugung aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewinnen (§ 128 Abs 1 S 1 SGG). Nur wenn der Richter die wesentlichen Vorgänge der Verhandlung aufgenommen hat, ist er seiner Aufgabe gewachsen, sich sein Urteil selbstständig und ohne wesentliche Hilfe der anderen Richter zu bilden und so an einer sachgerechten Entscheidung mitzuwirken. Die damit gebotene Aufmerksamkeit, die ihn befähigt, der Verhandlung zu folgen und sich den Verhandlungsstoff anzueignen, fehlt einem Richter, der in der mündlichen Verhandlung eingeschlafen ist. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Richter wesentlichen Vorgängen nicht mehr folgen konnte. Allerdings sind Zeichen einer großen Ermüdung, Neigung zum Schlaf und das Kämpfen mit der Müdigkeit noch kein sicherer Beweis dafür, dass der Richter die Vorgänge in

der Verhandlung nicht mehr wahrnehmen konnte. Auch das Schließen der Augen und das Senken des Kopfes auf die Brust, selbst wenn es sich nicht nur auf wenige Minuten beschränkt, beweist noch nicht, dass der Richter schläft. Diese Haltung kann vielmehr auch zur geistigen Entspannung oder besonderen Konzentration eingenommen werden. Deshalb kann erst dann davon ausgegangen werden, dass ein Richter schläft oder in anderer Weise "abwesend" ist, wenn andere sichere Anzeichen hinzukommen, wie beispielsweise tiefes, hörbares und gleichmäßiges Atmen oder gar Schnarchen oder ruckartiges Aufrichten mit Anzeichen von fehlender Orientierung (vgl. BVerwG Beschluss vom 19.7.2007 - 5 B 84/06 - Buchholz 310 § 133 <nF> VwGO Nr 88 - Juris RdNr 2).

- 11 Es steht zur Überzeugung des Senats fest, dass der ehrenamtliche Richter M. zumindest für einen erheblichen Teil der mündlichen Verhandlung geistig abwesend war und sich auf Grundlage des Verlaufs der mündlichen Verhandlung keine eigene Überzeugung in der Sache bilden konnte. Dies ergibt die Gesamtwürdigung der dienstlichen Äußerungen der Berufsrichter des 4. Senats des LSG Baden-Württemberg, der ehrenamtlichen Richter F. und M. sowie der Vertreterin der Beklagten R., der eidesstattlichen Versicherungen des Sohnes des Klägers und seines Rechtsanwalts sowie der schriftlichen Zeugenerklärung des Dolmetschers D. Dabei stützt sich der Senat insbesondere auf die glaubhaften Angaben des Zeugen D. und der Vertreterin der Beklagten R. Anlass, an der Glaubwürdigkeit der Auskunftspersonen und Glaubhaftigkeit der Aussagen zu zweifeln, hat der Senat nicht, so dass kein Erfordernis für deren persönliche Einvernahme bestand.
- 12 Der vor der Befragung durch den Senat schriftlich belehrte Zeuge D. hat - im Übrigen in Übereinstimmung mit den Angaben aller anderen befragten Personen - ausgeführt, dass die Verhandlung in der Sache des Klägers wegen des verspäteten Erscheinens des ehrenamtlichen Richters M. zeitverzögert begonnen habe. Er, der Zeuge, sei für die darauf folgende Sache geladen gewesen und wegen des späteren Beginns der Sache des Klägers bereits während deren gesamter Verhandlung als Zuschauer anwesend gewesen. Dabei habe er vom Zuschauerraum aus einen freien Blick auf die Richterbank gehabt und bemerkt, wie der rechts sitzende ehrenamtliche Richter Schwierigkeiten gehabt habe, wach zu bleiben. Obwohl er einige Blätter Papier in der Hand gehalten habe, sei er offensichtlich ständig dabei gewesen einzunicken, seine Augen seien geschlossen, sein Körper nach vorn gebeugt gewesen und von Zeit zu Zeit sei er merklich leicht aufgeschreckt bzw. habe sich kurz vor dem "Wegkippen" des Kopfes wieder gefangen. Auch habe er den Eindruck gewonnen, dass der oder die Richter/Richterin neben dem ehrenamtlichen Richter dies ebenfalls bemerkt habe.
- 13 Letztere Angabe ist von den beiden beisitzenden Berufsrichtern bestätigt worden. Die R'inLSG H. hat ausgeführt, dass sie zwar keine lauten Atemgeräusche des Richters M. gehört habe, ihr jedoch aufgefallen sei, dass er seinen Kopf leicht seitlich nach vorne geneigt gehabt habe. Sie habe sodann den neben dem ehrenamtlichen Richter M. sitzenden RLSG Dr. B. mit Blicken auf diesen Zustand aufmerksam gemacht. Zwar konnte sie sich sodann nicht erinnern, was weiter geschah. RLSG Dr. B. hat jedoch in seiner dienstlichen Stellungnahme vorgebracht, er habe den ehrenamtlichen Richter M. auf die Blicke der R'inLSG H. hin beobachtet. Dabei sei ihm aufgefallen, dass dieser den Kopf nach vorne bzw. seitlich gebeugt gehabt habe. Er habe den ehrenamtlichen Richter daraufhin zwei oder drei Mal dezent mit dem Fuß angestoßen - ob auch mit der Hand, sei ihm nicht mehr erinnerlich -, um zu bewirken, dass dieser seine Körperhaltung ändere. Der ehrenamtliche Richter habe hierauf jeweils reagiert und seine Körperhaltung für eine gewisse Zeit aufgerichtet.
- 14 Auch wenn RLSG Dr. B. angegeben hat, dass der ehrenamtliche Richter seiner Wahrnehmung nach keinesfalls die gesamte Verhandlung geschlafen habe, so machen die drei zuvor dargestellten Angaben jedoch deutlich, dass der ehrenamtliche Richter M. keineswegs nur einmal "kurz" eingenickt gewesen ist. Vielmehr belegen das mehrfache Anstoßen durch den neben ihm sitzenden Berufsrichter und der Hinweis durch Blicke seiner Senatskollegin, dass er über einen gewissen Zeitraum geschlafen hat oder dem Schlaf zumindest so nahe war, dass er ersichtlich die Kontrolle über seine Körperhaltung verloren hatte. Das Anstoßen durch den Berufsrichter erklärt auch das vom Dolmetscher benannte leichte Aufschrecken und dann folgende "Wiedewegkippen" des Kopfes des ehrenamtlichen Richters M.

- 15 Letztlich bestätigt die Vertreterin der Beklagten R. diese Beobachtungen, wenn sie in ihrer Stellungnahme ausführt, ihr sei aufgefallen, dass ein ehrenamtlicher Richter - von ihr aus gesehen rechts auf der Richterbank sitzend - der mündlichen Verhandlung nicht habe konzentriert folgen können. Er habe auf sie einen nicht ganz ausgeschlafenen Eindruck gemacht und sei ihr in körperlich nicht guter Verfassung erschienen. Diese Angaben fügen sich in das zuvor nach den Angaben des Dolmetschers und der beiden berufsrichterlichen Beisitzer erkennbare Bild, dass der ehrenamtliche Richter M. zumindest erhebliche Phasen während der mündlichen Verhandlung in der Streitsache des Klägers geistig abwesend war.
- 16 Insoweit ist es für den Senat nicht entscheidend, wenn weder die Vertreterin der Beklagten noch die beiden Berufsrichter sich dahingehend festzulegen vermochten, dass der ehrenamtliche Richter M. während der (gesamten) Verhandlung durchgehend geschlafen habe. Denn das "Einnicken" war ersichtlich nicht auf ein punktuell Ereignis beschränkt, sondern wiederholte sich. Unerheblich ist in einem Fall wie dem vorliegenden, wie oft und welche Teile der Verhandlung genau davon betroffen waren. Denn aus den Angaben in den Stellungnahmen und der Zeugenaussage wird deutlich, dass offensichtlich verschiedene Personen aus unterschiedlichen Blickwinkeln und zu unterschiedlichen Zeitpunkten Beobachtungen zum "Einnicken" oder einer den Schlaf nahelegenden Haltung des ehrenamtlichen Richters gemacht haben. So hat die R'inLSG H. den ehrenamtlichen Richter zunächst beobachtet, danach musste sie sich mit Blicken die Aufmerksamkeit des RLSG Dr. B. verschaffen. Insoweit ist anzunehmen, dass während dieser Zeit keine Änderung in der Haltung des ehrenamtlichen Richters eingetreten ist. RLSG Dr. B. hat sodann den ehrenamtlichen Richter wiederholt angestoßen, und nach den ebenfalls übereinstimmenden Angaben des Sohnes sowie des Rechtsanwalts des Klägers in ihren eidesstattlichen Versicherungen war der ehrenamtliche Richter M. auch zum Schluss der mündlichen Verhandlung offensichtlich nicht orientiert. Da die R'inLSG H. zudem Berichterstatterin in diesem Verfahren war und den Sachverhalt vorgetragen hat, geht der Senat davon aus, dass sie auch erst danach Gelegenheit hatte, den ehrenamtlichen Richter zu beobachten und den Versuch zu unternehmen, den Berufsrichterkollegen auf ihre Beobachtung aufmerksam zu machen. Aus dem Vorbringen des Zeugen D. sowie des Sohnes des Klägers und des Rechtsanwalts, dass der ehrenamtliche Richter sogleich zu Beginn der mündlichen Verhandlung einen schläfrigen Eindruck erweckt habe, muss zudem geschlossen werden, dass er auch den Sachbericht der R'inLSG H. zumindest nicht vollständig wahrgenommen hat. Wenn es sich demnach um einen kontinuierlichen Vorgang - wenn auch mit gewissen Unterbrechungen - handelte, kann nicht mehr davon ausgegangen werden, dass der betreffende Richter sich seine Überzeugung aus dem Verlauf der mündlichen Verhandlung bilden konnte. Auch ist auszuschließen, dass es sich bei der eingenommenen Körperhaltung nur um eine solche gehandelt hat, die der besseren Konzentration oder der besseren akustischen Wahrnehmung der Ausführungen von Gericht und Beteiligten zu dienen bestimmt war.
- 17 Der Senat verkennt dabei nicht, dass der Prozessbevollmächtigte des Klägers ein zumindest professionelles Interesse an dem Ausgang des Verfahrens hat; allein hieraus folgt indes nicht, dass seine Angaben unzutreffend sind. Wenn auch entgegen dem Vortrag des Klägers ein durchgehendes Schlafen des ehrenamtlichen Richters M. nicht erkennbar ist, fehlt es an greifbaren Anhaltspunkten dafür, dass seine Angaben parteilich eingefärbt sein könnten. Sie stimmen abgesehen von der Dauer des Schlafs insbesondere in dem zuvor dargelegten Umfang im Kern mit den Angaben in den dienstlichen Stellungnahmen und der Zeugenaussage überein. Die Ausführungen des VRLSG N., dass er keine Beobachtungen der vorbezeichneten Art gemacht habe, sprechen ebenfalls nicht gegen die Wertung des Senats. Denn dass er während der Verhandlungsführung sich den Beteiligten zugewandt und nicht den ehrenamtlichen Richter im Blick hatte, ist ebenso glaubhaft wie seine Angaben, er habe erst nach dem Schluss der Sitzung von den Vorgängen erfahren, wie sie in den dienstlichen Stellungnahmen der beiden weiteren Berufsrichter dargelegt sind. Auch die Angaben des ehrenamtlichen Richters F. führen nicht zu einem anderen Ergebnis, denn er konnte sich an keine spezifischen Beobachtungen bezüglich des ehrenamtlichen Richters M. erinnern. Auch dies erscheint angesichts dessen, dass er am anderen Ende der Richterbank saß, glaubhaft, ohne dass es den Beweiswert der Angaben der anderen Beobachter, die ein besseres Blickfeld hatten, schmälert. Der betroffene ehrenamtliche Richter M. hat zwar kein genaues Erinnerungsvermögen an die spezielle Situation in der mündlichen Verhandlung des 5.8.2016 aufzeigen können. Er hat vielmehr ausgeführt, dass er den Ver-

läufen der Verhandlungen - "wie immer" - habe folgen können. Da es sich insoweit jedoch um Angaben in eigener Sache handelt, sieht sich der Senat nicht gehindert, gleichwohl den im Kern übereinstimmenden Angaben der außenstehenden Beobachter ein größeres Gewicht beizumessen.

- 18 Da die Voraussetzungen des § 160 Abs 2 Nr 3 SGG vorliegen, steht es im Ermessen des erkennenden Senats, nach § 160a Abs 5 SGG zu verfahren. Im Rahmen dieser Ermessensausübung ist der Senat nicht daran gebunden, dass der Kläger nur die Zulassung der Revision und nicht oder ggf hilfsweise die Aufhebung des angefochtenen Urteils sowie die Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz beantragt hat. Der Senat verweist den Rechtsstreit maßgeblich aus prozessökonomischen Gründen an das LSG zurück.
- 19 Das LSG wird auch über die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu entscheiden haben.

© Ein Service des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz  
in Zusammenarbeit mit der juris GmbH - [www.rechtsprechung-im-internet.de](http://www.rechtsprechung-im-internet.de)