



HVBG

HVBG-Info 03/1999 vom 29.01.1999, S. 0198 - 0200, DOK 146.2

Kein Berufungsausschluss bei Streitigkeiten über Kosten des isolierten Vorverfahrens - Anmerkung von Dr. Paul-Arthur ZEIHE; Hattingen, zum BSG-Urteil vom 29.01.1998 - B 12 KR 18/97 R

Kein Berufungsausschluss bei Streitigkeiten über Kosten des isolierten Vorverfahrens (§§ 83, 144 Abs. 4, 193 Abs. 1 und Abs. 2 SGG; § 63 Abs. 1 Satz 1 SGB X);
hier: Anmerkung zum BSG-Urteil vom 29.01.1998 - B 12 KR 18/97 R -
von Dr. Paul-Arthur ZEIHE, Hattingen, in
"Die Sozialgerichtsbarkeit" 1/1999, S. 49-52

Das BSG hat mit Urteil vom 29.01.1998 - B 12 KR 18/97 R -
(= HVBG-INFO 1998, S. 1547-1551) Folgendes entschieden:
Leitsatz:

In Rechtsstreitigkeiten, in denen als Hauptsache über Kosten isolierter Vorverfahren gestritten wird, ist die Berufung nicht nach § 144 Abs 4 SGG ausgeschlossen.

Anmerkung:

1.1 Dem Urteil ist in seiner aus dem Leitsatz ersichtlichen Aussage zur Berufungsfähigkeit des Anspruchs auf Erstattung von Vorverfahrenskosten (siehe I.1.b und der Gründe) in vollem Umfang zuzustimmen. Es ist in der Tat ein Unterschied, ob Streitgegenstand nur der Kostenpunkt (vgl. § 140 Abs. 2 Satz 2 SGG) eines Urteils ist oder ob es die Kosten eines (isolierten) Vorverfahrens (SGB X § 63) - als Hauptsache - sind. Was einen dennoch ein wenig stört, ist der Umstand, daß die Entscheidungsgründe - im Zusammenhang gelesen - den Eindruck zu erwecken vermögen, daß es sich um eine Problematik allein aus dem Bereich der Sozialgerichtsbarkeit handle und daß es zu dieser Frage überhaupt keine Literatur gäbe. Dabei gehe ich davon aus, daß die Leser und ich darin übereinstimmen, daß ein oberstes Bundesgericht sich mit abweichenden Stimmen auseinandersetzen muß (siehe dazu Ranieri in DRiZ 1998 S. 285 ff. unter IV). Die älteste der geltenden Verfahrensordnungen, die ZPO, enthält bereits seit ihrem Inkrafttreten als Civilprozeßordnung am 1.10.1879 in § 94, jetzt § 99 Abs. 1 ZPO die § 144 Abs. 4 SGG vergleichbare Vorschrift. Deren Fassung ist allerdings besser, weil nach ihr die Entscheidung über den Kostenpunkt unzulässig ist, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird. Hätte der Gesetzgeber des SGG diesen Wortlaut übernommen, hätte die Vorschrift schwerlich auch auf vorgerichtliche Kosten bezogen werden können. Der Zweck dieser Regelung wird übereinstimmend darin gesehen, daß sich das Rechtsmittelgericht nicht allein wegen der Kostenfrage mit der Begründetheit der Klage soll befassen müssen (vgl. z.B.

Baumbach-Hartmann. ZPO, 56. Aufl., Rn. 3 zu § 99; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht, 15. Aufl., § 87 VI 2 S. 475; BSG SozR 2-1500 § 144 Nr. 27; Meyer-Ladewig, SGG, 6. Aufl. Anm. 49 zu § 144; Redeker/von Oertzen, VwGO, 12. Aufl., Rn. 1 zu § 158). In vergleichbarer Weise konkret taucht die Problematik in der (allgemeinen) Verwaltungsgerichtsbarkeit auf, weil auch hier das Begehren auf Erstattung von Kosten eines (isolierten) Vorverfahrens möglich ist. Dies gilt im übrigen unabhängig von einer gesetzlichen Regelung. So hat das BVerwG schon in einem Urteil vom 26.11.1954, also weit vor Inkrafttreten der VwGO, gesagt, daß die in einem Verwaltungsakt vorgenommene Gebührenfestsetzung mit der Anfechtungsklage selbständig angefochten werden könne (NJW 1955 S. 318 f.). In einem Urteil vom 6.12.1963 (BVerwGE 17 S. 249) und einem weiteren Urteil vom 1.8.1969 (BVerwGE 32 S. 346) heißt es, daß es sich bei den Kostenentscheidungen gemäß §§ 72 und 73 VwGO um Verwaltungsakte handle, denen das Verbot der isolierten Kostenanfechtung nicht entgegenstehe. Die Kostenentscheidung sei eine Entscheidung in der Hauptsache.

Das BSG hat in einem Urteil vom 21.1.1966, ohne zu verfahrensrechtlichen Fragen überhaupt Stellung zu nehmen, die Erstattungsfähigkeit von Gebühren und Auslagen für ein isoliertes Vorverfahren verneint (BSGE 24 S. 207 ff.).

In dem Urteil vom 25.10.1984 (SozR 2-1500 § 144 Nr. 27) erwähnt das BSG zwar § 99 ZPO und den Zweck der Regelungen, geht aber auf die Rechtsprechung des BVerwG trotz der Vergleichbarkeit der Vorschriften nicht ein. Die Urteile vom 14.12.1988 (SozR 2-1500 § 144 Nr. 39) und vom 14.5.1997 - 6 RKA 10/96 - nehmen ohne eigene Begründung nur auf dieses Urteil Bezug. In diesen Entscheidungen vermißt man auch einen Blick auf die verwaltungsgerichtliche Literatur. So lehnen Redeker/von Oertzen (VwGO, 12. Aufl., Rn. 33 zu § 73), Rennest (in Eyermann, VwGO, 10. Aufl., Rn. 30 zu § 73), Kopp/Schenke (VwGO, 11. Aufl., Rn. 4 zu § 158 und Rn. 19 zu § 73), Pietzner sowie Altenmüller in ihren Aufsätzen zur Kostenentscheidung im Widerspruchsverfahren (BayVBl. 1979 S. 107, 113; DVBl. 1978 S. 285, 289) und Dolde (in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Rn. 65 zu § 73) eine analoge Anwendung von § 158 Abs. 1 VwGO (Die Anfechtung der Entscheidung über die Kosten ist unzulässig, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird; so auch § 145 FGO) ab. Hier macht allerdings schon die Stellung von § 158 VwGO im Gesetz (Teil IV Kosten und Vollstreckung) klar, daß der Berufungsausschluß nur für die im gerichtlichen Verfahren entstandenen Kosten gilt. Zudem legt der Gesetzestext dieses Ergebnis näher als der des § 144 Abs. 4 SGG, weil die Kostenentscheidung der Entscheidung in der Hauptsache gegenübergestellt wird. Unabhängig von diesen Besonderheiten schließt das Ziel, eine möglichst einheitliche Rechtsordnung zu erreichen, eine erweiternde oder analoge Anwendung von § 144 Abs. 4 SGG auf die Kosten eines isolierten Vorverfahrens aus.

1.2 Im Bereich der VwGO hätte das BSG also unschwer Unterstützung für seine zutreffende Rechtsansicht finden können. Damit wäre auch eine Erleichterung in der Argumentation gegen die in der Literatur zum Sozialgerichtsgesetz zu findenden Gegenstimmen verbunden gewesen.

Bley will dem BSG entgegenhalten, daß Rechtsgrund für die Erstattung der Kosten des isolierten Vorverfahrens gerade nicht das (materiell-rechtliche) Sozialrechtsverhältnis, sondern das Verwaltungsverfahrensverhältnis sei, welches wiederum dem

Prozeßrechtsverhältnis aus dem SGG als einem Gerichtsverfahrensverhältnis ähnlicher sei als dem Sozialrechtsverhältnis. Dies spräche gegen die Anwendung des § 144 Abs. 1 und für die entsprechende Anwendung des § 144 Abs. 4 (in Peters/Sautter/Wolff, Kommentar zur Sozialgerichtsbarkeit, 4. Aufl., 55. Nachtrag, Rn 165 zu § 144). Nun ist es sicherlich richtig, daß ein förmliches Verwaltungsverfahren in seinem äußeren Ablauf einem gerichtlichen Verfahren ähnlich sein kann. Eine solche Ähnlichkeit allein berechtigt aber weder zu einer erweiternden Auslegung noch zu einer Analogie. Eine ausdehnende Auslegung kommt nicht in Betracht, weil der Begriff "Kosten des Verfahrens" in einem Prozeßgesetz dem Wortsinn nach nicht auf "Kosten des Verwaltungsverfahrens" ausgedehnt werden kann (siehe Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., S. 353 f.). Für eine Analogie ist eine Übereinstimmung in den für die rechtliche Bewertung maßgebenden Hinsichten erforderlich (siehe dazu I.1.c der Gründe). Insofern kommt es auf die ratio legis an (Larenz, a.a.O., S. 381 f.). Diese besteht aber nun einmal ausschließlich darin, daß das Verfahren in der Rechtsmittelinstanz nicht allein wegen des Kostenpunkts erneut aufgerollt werden soll (vgl. auch Eyermann/Fröhler, VwGO, 9. Aufl., Rn. 152 zu § 42). Und darum geht es hier überhaupt nicht, weil eben der Angriff auf die Kostenentscheidung im Anschluß an den erfolgreichen Widerspruch prozeßrechtlich die Hauptsache einer Anfechtungsklage ist. Die Rechtmäßigkeit der Kostenentscheidung ist das materiell-rechtliche Problem für das gerichtliche Verfahren. Das Sozialrechtsverhältnis (oder was sonst Grundlage des Vorverfahrens gewesen sein mag) ist für das gerichtliche Verfahren gänzlich ohne Bedeutung. Um es anders zu sagen: Aus Sicht des gerichtlichen Verfahrens ist das Verwaltungsverfahren dem materiellen Recht zugeordnet. Im Gesamtkommentar (Anm. 18b) enthält sich Bley einer eigenen Stellungnahme.

Meyer-Ladewig (a.a.O., Anm. 49 zu § 144) bezieht sich außer auf Bley (siehe oben) auf LSG Niedersachsen (Breithaupt 1985 S. 176) und LSG Nordrhein-Westfalen (Mitteilungen der LVA Rheinprovinz 1985 S. 185). Wenn das LSG Niedersachsen meint, an der Natur der Kosten könne sich nichts ändern, wenn sich an das Vorverfahren kein gerichtliches Verfahren anschließe, so ist das zwar richtig, weil der Kostenbegriff identisch ist. Dennoch liegt das Argument neben der Sache, weil die Kosten des isolierten Vorverfahrens im gerichtlichen Verfahren die Hauptsache sind. Deswegen geht auch der Hinweis auf den Gesetzeszweck, der auch in dem Urteil des LSG Nordrhein-Westfalen enthalten ist, fehl. Die zusätzliche Anführung der Berufungsausschließungsgründe stützt die Rechtsmeinung auch nicht. Das BSG weist in dem hier besprochenen Urteil zu Recht darauf hin, daß die Berufungsausschließungsgründe des § 144 sowohl a.F. wie auch n.F. ausreichen, um zu verhindern, daß Verfahren geringerer Bedeutung in die Berufungsinstanz gelangen (siehe I.1.b).

Ebenso hilft die Berufung des LSG Nordrhein-Westfalen auf § 197 Abs. 2 SGG nicht weiter. Daß über den Betrag zu ersetzender Kosten das Sozialgericht endgültig entscheidet, hat mit der hier bedeutsamen Problematik nichts zu tun; zum einen, weil auch die Aufwendungsgrundentscheidung im Widerspruchsbescheid betroffen sein kann, zum andern und vor allem, weil es sich nicht nur um ein Kostenfestsetzungsverfahren, sondern um die Hauptsache handelt. Zutreffend sind nach Wendt unter Kosten nur die außergerichtlichen erstattungsfähigen Kosten zu verstehen, die sich nach § 193 näher bestimmen (in Rohwer-Kahlmann, SGG, 4. Aufl., Rn. 78 zu § 144). Dort wird die Erstattungsfähigkeit von Kosten des isolierten

Vorverfahrens verneint (Rn. 11 a.E. zu § 193). In meinem Kommentar schien mir der Hinweis zu genügen, daß der Kostenerstattungsanspruch nach § 63 SGB unter den Leistungsbegriff fällt (6. Aufl., Anm. 32d zu § 144). In diesem Zusammenhang muß darauf hingewiesen werden, daß bei Anwendung von § 144 Abs. 4 SGG auf Kosten eines isolierten Vorverfahrens auch grundsätzliche Fragen nicht die Zulassung der Berufung ermöglichen (siehe dazu Bley in Peters/Sautter/Wolff, Rn. 167 zu § 144; BT-Drucks. 12/1217 zu Nr. 6 S. 52 re.Sp.).

2.1 Die Besprechung muß sich auch mit dem Schicksal der Verwaltungsakte befassen, die möglicherweise Gegenstand des abgeschlossenen Verfahrens gegen den Bescheid vom 23.3.1989 und den Widerspruchsbescheid vom 10.10.1989 geworden sind, über die jedoch weder in dem Widerspruchsbescheid noch in dem Urteil des SG vom 13.12.1991 entschieden worden ist (siehe I.1.a der Gründe).

Die Ausführungen des BSG hierzu (unter II der Gründe) sind Hinweise für die künftige Sachentscheidung des LSG. Von diesen obiter dicta kann das Landessozialgericht bei seiner erneuten Entscheidung abweichen, weil sie nicht tragen. Bindend sind nur die Gründe, die die Statthaftigkeit der Berufung betreffen.

Dem hier besprochenen Urteil des BSG ist zu entnehmen, daß über die nach dem 23.3.1989 erlassenen Bescheide weder durch Widerspruchsbescheid noch durch Klage entschieden worden ist. Das wirft die Frage auf, ob über die Verwaltungsakte, die nach §§ 86, 96 (nach § 153 Abs. 1 i.V. mit § 96) Gegenstand des (Vor-)Verfahrens geworden waren, noch entschieden werden kann. Dies wird vom BSG bejaht mit einem Urteil vom 12.12.1985 (SozR 4100 § 136 Nr. 4). Wenn der mit Widerspruch angefochtene Verwaltungsakt gemäß § 96 Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens geworden, danach die Rechtshängigkeit beendet worden sei, ohne daß das Gericht eine abschließende Entscheidung getroffen habe, dann sei der noch nicht beschiedene Widerspruch zu bescheiden. Dem kann nicht zugestimmt werden. Insbesondere steht diese Rechtsmeinung - wie sogleich zu zeigen sein wird - mit der Rechtsprechung des BVerwG nicht in Einklang. Soweit in dem Widerspruchsbescheid nicht über einen (oder mehrere) Verwaltungsakte entschieden worden ist, ist der Widerspruchsbescheid rechtswidrig (Hommel in Peters/Sautter/Wolff, Anm. 1 zu § 86 a.E.; Rohwer-Kahlmann, Rn. 4 zu § 86). Nach Meyer-Ladewig soll das SG in diesem Fall das Verfahren aussetzen dürfen, bis die Widerspruchsbehörde über den neuen Verwaltungsakt entschieden hat (a.a.O., Anm. 3c zu § 86). Das ist m.E. zu formalisiert und gleicht das Vorverfahren zu sehr dem gerichtlichen Verfahren an. Das Vorverfahren ist aber aus der Sicht des Gerichts Teil des sachlichen Rechts. Deswegen kann und muß das SG über den späteren VA mitentscheiden. Wenn jedoch die Widerspruchsstelle im Ermessensbereich hätte tätig werden müssen (was hier nicht in Betracht kommt, da es um einen Streit wegen der Höhe des gesetzlichen Beitrags geht), ist die Aufhebung des rechtswidrigen Widerspruchsbescheides zwingend, weil das Gericht sein Ermessen nicht an die Stelle des Verwaltungsermessens setzen darf. Bley hält eine Aufhebung des Widerspruchsbescheides sowohl bei bewußtem wie bei unbewußtem Übergehen des ändernden oder ersetzenden Verwaltungsakts auch im Bereich der Rechtsansprüche für unumgänglich (in Gesamtkommentar, Anm. 3b und 3c zu § 86).

Allerdings hat hier auch das SG über keinen solchen VA entschieden. Da er kraft Gesetzes Gegenstand des Vorverfahrens

geworden war, ist er nach dem Gesagten ebenso Gegenstand des Klageverfahrens gewesen. Da sich das sozialgerichtliche Urteil nicht über ihn verhält, hat es einen von dem Kläger erhobenen Anspruch teilweise übergeben. Deswegen hätte die nachträgliche Ergänzung des Urteils beantragt werden müssen (§ 140 Abs. 1 SGG - BVerwGE 81 S. 12; BVerwG NVwZ 1994 S. 1116 StR; vgl. auch RGZ 171 S. 129, 131). Die Rechtsprechung des BVerwG ist folgerichtig und deswegen überzeugend. Es kann keine Rede davon sein, daß das LSG die Beteiligten nicht auf die Urteilsergänzung nach § 140 hinweisen dürfe (so Krasney/Udsching, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, 2. Auflage, VI Rn. 119), vielmehr muß es das tun, sofern die Monatsfrist noch nicht abgelaufen ist. Meine Auffassung zur Nichtanwendbarkeit von § 140 (Anm. 3c zu § 140) gebe ich auf. - Die Monatsfrist hierfür (§ 140 Abs. 1 S. 2) ist längst abgelaufen. Deswegen ist die Rechtshängigkeit hinsichtlich dieses Teils des Streitgegenstandes erloschen (siehe z.B. BSG SozR 4100 § 136 Nr. 4; BVerwGE 81 S. 12, 14; 95, 269, 274; Buchholz 424.4 PflSchG Nr. 1; SGB 1996 S. 540-LS-; BGH LM § 322 Nr. 54; Baumbach-Hartmann, ZPO, 56. Aufl., Rn. 8 zu § 321; Redeker/von Oertzen, VwGO, 12. Aufl., Rn. 4 zu § 120; Zeihe, SGG, 6. Aufl., Anm. 8b zu § 140). Das hat die weitere Folge, daß der Verwaltungsakt unanfechtbar geworden ist (Meyer-Ladewig, a.a.O., Anm. 3 zu § 140; BVerwG Buchholz 424.4 PflSchG Nr. 1) - Anderer Ansicht ist offenbar das BSG jedenfalls dann, wenn hinsichtlich des Verwaltungsaktes ein unbeschiedener Widerspruch vorliegt (a.a.O.). Dem kann jedoch nicht gefolgt werden, weil ein Verwaltungsakt nach § 153 Abs. 1 i.V. mit § 96 SGG kraft Gesetzes Verfahrensgegenstand wird, weshalb ein Widerspruch unzulässig ist. Daher gibt es keinen unbeschiedenen Widerspruch. Ein solcher ginge - anders und unjuristisch ausgedrückt - ins Leere. Das Urteil des VGH Mannheim vom 18.10.1993 (NVwZ-RR 1994 S. 473) besagt - anders als dies Redeker/von Oertzen (a.a.O., Rn 4 zu § 120) annehmen, nichts Gegenteiliges. Dort ging es bei dem übergebenen Anspruch um eine Feststellung. Da diese nicht fristgebunden ist, konnte sie im Wege der Klageänderung Gegenstand des Berufungsverfahrens werden. Da nur Widerspruchsbescheide, nicht aber auch (belastende) Verwaltungsakte eine Kostengrundentscheidung enthalten, hat der Kläger keine Möglichkeit mehr, aus diesen Bescheiden erfolgreich einen Kostenerstattungsanspruch abzuleiten. Das Gesagte gilt mutatis mutandis auch für Verwaltungsakte, die nach § 96 SGG Gegenstand des durch Urteil vom 13.12.1991 abgeschlossenen sozialgerichtlichen Verfahrens geworden sind.

Etwaige Fehler der Beklagten hätten vom Kläger aufgrund von § 140 vor Gericht angegriffen werden müssen. Er hätte mit einem Ergänzungsurteil auch die Ergänzung der Kostengrundentscheidung des Sozialgerichts (Ausdehnung auf die 96er-Bescheide) anstreben müssen. Hierüber hätte das Sozialgericht in der Formel nicht ausdrücklich entscheiden müssen; es hätte genügt, wenn in den Gründen gesagt worden wäre, daß die Kostenentscheidung sich auch auf die nach § 96 SGG Verfahrensgegenstand gewordenen Bescheide bezieht.

Nach dem Sachverhalt können sodann Bescheide während des Berufungsverfahrens ergangen sein (§ 153 Abs. 1 i.V. mit § 96). Da die Rücknahme der Berufung durch die Beklagte auch die Rechtshängigkeit von während des Berufungsverfahrens ergangenen Verwaltungsakten beendete, hätte der Kläger nach § 156 Abs. 2 Satz 2 SGG auch insofern eine Kostengrundentscheidung herbeiführen müssen.

Beide Kostengrundentscheidungen hätten danach Grundlage eines

Kostenfestsetzungsverfahrens (§ 197 SGG) werden können. Hierbei wären die Kosten des zwingenden Vorverfahrens als solche der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung im Sinne des § 193 Abs. 2 SGG anzusehen gewesen (siehe in den Gründen II.a; allg. Meinung). Dabei hätte möglicherweise auch berücksichtigt werden können, daß die Beklagte den Kläger in eine Vielzahl von Widerspruchsverfahren getrieben hat, indem ihre Bescheide überwiegend eine Rechtsbehelfsbelehrung enthielten, wonach der Widerspruch zulässig sei. Diese Belehrung war selbstverständlich bei allen Verwaltungsakten, die Gegenstand des (Vor)Verfahrens geworden waren, falsch.

Die Unrichtigkeit der Rechtsbehelfsbelehrung hat nach dem zu § 140 SGG Gesagten nicht die Folge, daß die Beklagte nunmehr über die Widersprüche zur Sache hätte entscheiden müssen. Die Verwaltungsakte sind ja bindend geworden. Die falsche Belehrung hat die Folge, daß die Verwaltungsakte auf Antrag mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen sind, soweit in ihm das sachliche Recht unrichtig angewandt worden ist (§ 44 Abs. 1 SGB X). Das kann aus dem Urteil zum Erstbescheid erkennbar sein.

Da Kosten, die Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen hätten sein müssen, weil sie solche des zwingenden Vorverfahrens sind, nicht zugleich solche eines isolierten Vorverfahrens (§ 63 SGB X) sein können, kann die Klage insoweit keinen Erfolg haben, als Verwaltungsakte betroffen sind, die Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens geworden sind.

2.2 Damit bleiben für die erneute Prüfung durch das LSG nur die Bescheide, die nicht Gegenstand des früheren gerichtlichen Verfahrens geworden waren. Erforderlich ist also eine Regelung, die keinen der Verwaltungsakte, die Streitgegenstand waren, abändert oder ersetzt. Soweit solche Bescheide vorhanden sind, kommt es für die Begründetheit der Klage darauf an, aus welchem Grund sie erledigt sind, ob also etwa der Kläger sie durch eigenes Handeln überflüssig gemacht hat, oder ob sie durch die Erstattung eines Teiles der Beiträge erledigt worden sind.

Soweit das BSG meint, die Erledigung könne dadurch eingetreten sein, daß der Kläger die mit den Bescheiden geltend gemachten Beitragsrückstände zur Abwendung der Zwangsvollstreckung gezahlt hat, bestehen Bedenken. - Widersprüche und Klagen gegen Verwaltungsakte über Beitragsforderungen der Versicherungsträger haben keine aufschiebende Wirkung (§ 86 Abs. 2; § 97 Abs. 1 SGG). Der Versicherte (oder Arbeitgeber) muß also zahlen. Das ändert aber nichts an seiner Beschwer. Er muß den Widerspruch (die Klage) weiterverfolgen, wenn er eine Minderung oder Beseitigung des Beitragsanspruchs erreichen will. Durch die - vorläufige - Zahlung erledigt sich also nichts.

Das gilt ebenso für Verwaltungsakte, die den durch einen früheren Verwaltungsakt der Höhe nach festgesetzten Beitrag zur Vorbereitung der Zwangsvollstreckung konkretisieren (falls sie nicht schon von der vorstehend behandelten Regelung erfaßt werden). Denn dabei handelt es sich um den (selbständigen) Leistungsbescheid, durch den der Schuldner als Voraussetzung der Vollstreckung zur Leistung aufgefordert wird (§ 3 Abs. 2 Buchst. a des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes). Das ist eine neue Regelung, die über die der (bloßen) Festsetzung der Beitragshöhe oder des Beitragsrückstands hinausgeht. Sie begründet eine neue Beschwer des Klägers, die erst durch die Erstattung der zu viel geforderten Beiträge beseitigt worden ist. Seine - vorläufige - Zahlung erledigt nicht.

3. Abschließend bleibt noch ein Wort zu dem Zinsenanspruch. Aus

dem mitgeteilten Sachverhalt ergibt sich nicht, weshalb der Kläger für die Zeit vom 31.8.1993 bis 30.12.1994 12,25 v.Hdt. Zinsen begehrt. Eine Anspruchsgrundlage hierfür enthält das Sozialgesetzbuch nicht. Falls der Kläger einen Schadensersatzanspruch (§ 839 Abs. 1 BGB i.V. mit Art. 34 GG) geltend machen will, fehlt es an der Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit (Art. 34 Satz 3 GG). Der Kläger könnte sich ferner auf § 288 Abs. 2 i.V. mit § 286 BGB (Verzugsschaden) stützen. Hinsichtlich der Zuständigkeit der Sozialgerichte bestehen insofern zumindest Bedenken (vgl. § 40 Abs. 2 VwGO). Da das Sozialgesetzbuch als abschließende Regelung (Kodifikation) gedacht ist, scheidet eine analoge Anwendung dieser Vorschriften jedenfalls aus.

Es bleibt zu prüfen, ob der Kläger einen Zinsanspruch in Höhe von 4 v.Hdt. mit Erfolg geltend machen kann. § 44 SGB I ist nicht Anspruchsgrundlage, weil der Kostenerstattungsanspruch nach § 63 SGB X kein Sozialleistungsanspruch nach § 11 SGB I ist. Auch § 27 SGB IV scheidet aus, weil es nicht (mehr) um die Erstattung zu Unrecht entrichteter Beiträge, sondern um den Ersatz von Kosten des Vorverfahrens geht.

Damit muß die leidige Frage nach den Prozeßzinsen aufgeworfen werden, die von dem BSG in ständiger Rechtsprechung verneint, andererseits aber doch auch wieder bejaht wird. Zu nennen ist hier vor allem das BVerwG, nach dessen Rechtsprechung geklärt ist, daß § 291 Satz 1 BGB im öffentlichen Recht analoge Anwendung findet, wenn das einschlägige Fachgesetz keine gegenteilige Regelung trifft (BVerwGE 99 S. 53 = DVBl. 1996 S. 104 m.N.). Das BSG hat den genau entgegengesetzten gedanklichen Ansatz, ohne zu sehen, daß die Überlegungen des BVerwG ebenso auf den sozialrechtlichen Bereich zutreffen. Es verneint den Anspruch auf Prozeßzinsen, wenn ein solcher nicht ausdrücklich geregelt ist (z.B. E 49 S. 227 = SozR 1200 § 44 Nr. 2 = SGB 1984 S. 32 mit Anmerkung Sieveking; Urteil vom 23.7.1992 - SozR 3-7610 § 291 BGB). Die Gedankengänge von Sieveking (a.a.O.) können hier nicht im einzelnen mitgeteilt werden. Sie sind beachtenswert. - Es soll hier nicht übersehen werden, daß das BSG in einem Urteil vom 14.12.1988 für den Anspruch auf Ausgleich nach einer Wehrdienstbeschädigung einen Anspruch auf Prozeßzinsen bejaht hat (E 64 S. 225 ff.). In dem Urteil vom 27.7.1992 wird versucht, dies mit Besonderheiten der Fallkonstellation zu erklären. Wer das Urteil aus 1988 liest, wird diesen Eindruck nicht haben (Wenn für diese Rechtsbeziehung "im materiellen Recht die Verzinsung nicht abschließend geregelt ist, steht das Rechtsverhältnis offen für die entsprechende Anwendung des § 291 BGB"). Auch das Argument, eigentlich hätte die am 14.12.1988 entschiedene Sache vor die allgemeinen Verwaltungsgerichte gehört, geht fehl. Der BGH hat in dem umgekehrten Fall, daß eine Sache eigentlich in der Sozialgerichtsbarkeit hätte entschieden werden müssen (Klage einer Berufsgenossenschaft auf Rückzahlung überzahlten Aufwendersatzes) den Anspruch auf Prozeßzinsen bejaht (NJW 1970 S. 1637).

Warum zwar bei verspäteter Erfüllung eines Leistungsanspruchs eine Zinspflicht des Leistungsträgers nach § 44 SGB I bestehen, ein Anspruch auf Prozeßzinsen aber zu verneinen sein soll, wird in der Rechtsprechung des BSG nicht erklärt. Das sachliche Recht regelt zwar die Zinspflicht abschließend: eine Aussage in einzelnen Bereichen des sachlichen Rechts zu Prozeßzinsen ist aber deswegen nicht zu erwarten, weil § 291 BGB eine - gesetzestechnisch unglücklich eingeordnete - allgemeine Regelung für das Verfahren, wenn auch unmittelbar nur für die Zivilgerichte, ist. Gegen die Rechtsprechung des BSG wendet sich auch Fischer unter

Auseinandersetzung mit deren Argumenten (NJW 1969 S. 1883 ff; vgl. auch Zeihe, SGG, 6. Aufl., Bem. 1 H II 2 und 3 vor § 54). Man kann nur hoffen, daß eines der obersten Bundesgerichte doch noch den Gemeinsamen Senat anruft.

Dr. Paul-Arthur Zeihe,
Vors. Richter am Landessozialgericht a.D., Hattingen