

Überschreiten des Aufsichtsrecht - unbestimmte und unverhältnismäßige Anordnung - kein Rechtsgrund für Verpflichtung - neu aufgenommene Berufskrankheit in BK-Liste - Stichtagsregelung - Verpflichtung zur Entschädigung (§§ 29, 88 Abs. 1 Satz 2 SGB IV; § 551 Abs. 2 RVO; § 9 Abs. 2 SGB VII; § 6 Abs. 1 BKV);

hier: Urteil des Landessozialgerichts (LSG) Nordrhein-Westfalen vom 29.11.2001 - L 2 KN 106/98 U - (Vom Ausgang des Revisionsverfahrens

- B 8 KN 1/02 U R - wird berichtet. Mit Urteilsanmerkung von Prof. Dr. Andreas MARSCHNER und Heike POHL, Berlin, in "DIE SOZIALGERICHTSBARKEIT" 7/2003, 420-423

Zur Frage der Rechtmäßigkeit eines aufsichtsbehördlichen Bescheides, welcher den Unfallversicherungsträger dazu verpflichtet, die Folgen einer vorgreiflichen Anwendung von Stichtagsregelungen in Berufskrankheitenverordnungen (hier: Stichtagsregelung des § 6 Abs. 1 der BKV vom 31. 10. 1997, BGBl. I S. 2623) im Wege der Amtshaftung rückgängig zu machen. (Urteil des 2. Senats des LSG Nordrhein-Westfalen vom 29. 11. 2001 - L 2 KN 106/98 U)

#### Gründe:

##### I.

Streitig ist die Rechtmäßigkeit eines aufsichtsrechtlichen Verpflichtungsbescheides.

Am 1. August 1995 gab der Sachverständigenbeirat beim Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung (BMA) seine im April 1995 beschlossene Empfehlung bekannt, aufgrund neuerer gesicherter Erkenntnisse die Krankheit „chronische obstruktive Bronchitis oder Emphysem von Bergleuten unter Tage im Steinkohlebergbau bei Nachweis einer kumulativen Dosis von in der Regel 100 Feinstaubjahren [...] „als neue Berufskrankheit in die Berufskrankheitenliste aufzunehmen. In der Folgezeit entschädigte die Klägerin diese Krankheit wie eine Berufskrankheit, § 551 Abs. 2 der Reichsversicherungsordnung <RVO>. Im Mai 1997 wurde beim BMA ein Referentenentwurf beschlossen, der eine Neubekanntmachung der Berufskrankheitenverordnung (BKV) vorsah, in deren Anlage (= Berufskrankheitenliste) die genannte Krankheit nunmehr als Berufskrankheit Nr. 4111 aufgenommen werden sollte. Außerdem war vorgesehen, dass nur diejenigen Versicherungsfälle entschädigt werden sollten, die nach dem Inkrafttreten der letzten Änderung der früheren Berufskrankheitenverordnung (BKVO) durch die Zweite Änderungsverordnung vom 18. Dezember 1992 (BGBl. I S. 2343 f.), also gemäß Art. 2 Abs. 1 der Verordnung nach dem 31. Dezember 1992, eingetreten waren. Dieser Referentenentwurf wurde der Klägerin am 6. Juni 1997 bekannt. Am 28. August 1997 wurde die neue BKV vom Bundeskabinett beschlossen, am 5. November 1997 wurde sie als „Berufskrankheitenverordnung vom 31. Oktober 1997“ im Bundesgesetzblatt veröffentlicht (BGBl. I S. 2623), am 1. Dezember 1997 trat sie in Kraft, § 8 Abs. 1 BKV.

Von August 1995 bis zum Bekanntwerden des Verordnungsentwurfes am 6. Juni 1997 hatte die Klägerin die genannte Berufskrankheit nach § 551 Abs. 2 RVO unabhängig davon, zu welchem Zeitpunkt der Versicherungsfall eingetreten war, entschädigt. Nachdem ihr der Entwurf bekannt geworden war, änderte sie diese Praxis, und berief sich im Folgenden bis zum Inkrafttreten der Ver-

#### Fundstelle:

DIE SOZIALGERICHTSBARKEIT  
7/2003, 415-420

ordnung am 1. Dezember 1997 für die Ablehnung von Ansprüchen im Rahmen des § 551 Abs. 2 RVO auch auf die in der beabsichtigten Neuregelung enthaltene Leistungseinschränkung (die sog. Stichtagsregelung), § 6 Abs. 1 BKV.

Diese Verfahrensweise wurde der Beklagten im Juli 1997 durch eine Einzeleingabe bekannt. Daraufhin teilte sie der Klägerin mit, dass die Ablehnung von Leistungen auf der Grundlage eines Entwurfs einer Verordnung zur Neufassung der Berufskrankheitenverordnung rechtlich bedenklich sei, und bat um nähere Angaben (Schreiben vom 29. August 1997). Die Klägerin antwortete, sie habe bisher etwa 3.800 Fälle gemäß § 551 Abs. 2 RVO im Sinne einer Einzelfallregelung entschieden. Nach dieser Vorschrift werde sie bis zum Inkrafttreten der neuen Verordnung auch weiter verfahren. Es sei rechtlich kaum vertretbar, den bereits erkennbaren Willen des Ordnungsgebers über eine zeitlich begrenzte Rückwirkung außer Acht zu lassen, weil dies zu einer Besserstellung gegenüber denjenigen Versicherten führt, deren Anträge erst nach dem Inkrafttreten der Verordnung beschieden würden. Dabei verkenne sie nicht, dass man mit ebenfalls beachtlichen Gründen auch anderer Auffassung sein könne. Gerade dies dränge zu einer schnellen gerichtlichen Klärung, die in mehreren bereits anhängigen Klageverfahren erstrebt werde. Bisher sei ein Anspruch in ca. 580 Fällen wegen der bekannt gewordenen Stichtagsregelung abgelehnt worden.

Die Beklagte hielt die Argumentation der Klägerin für nicht stichhaltig. Sie meinte, dass bis zum Inkrafttreten der neuen Verordnung nach dem bis dahin geltenden Recht zu entschädigen sei, also eine zeitlich unbegrenzte Entschädigung der Krankheit wie eine Berufskrankheit erfolgen müsse. Allenfalls könne man argumentieren, der Wille des Ordnungsgebers sei ab dem 28. August 1997, dem Beschluss der Bundesregierung, zu berücksichtigen. Keinesfalls dürfe aber der Wille des Ordnungsgebers bereits bei Bekanntwerden eines Referentenentwurfes zugrundegelegt werden. Sie bitte daher in dem der Eingabe zugrundeliegenden Fall, den ablehnenden Bescheid aufzuheben und eine Anerkennung vorzunehmen. Außerdem bitte sie, in den übrigen 580 Fällen entsprechende Überprüfungen einzuleiten (Schreiben vom 4. November 1997).

Am 25. November 1997 fand bei der Beklagten ein Gespräch zu der zwischen den Beteiligten streitigen Verfahrensweise der Klägerin statt. In einem hierzu gefertigten Gesprächsvermerk heißt es, es gehe der Beklagten nur um die Fälle, die bereits vor Inkrafttreten der Stichtagsregelung entschieden werden konnten. Es sei ein Musterverfahren beim Bundessozialgericht (BSG) anhängig, wozu im Jahre 1998 eine Entscheidung erwartet werde. Falls diese für die Klägerin negativ ausfalle, werde sie Ansprüche aus § 839 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) prüfen und in den Fällen, die bereits entscheidungsreif waren, solche Ansprüche bejahen.

Im Anschluss an dieses Gespräch erläuterte die Klägerin der Beklagten erneut schriftlich ihre Rechtsauffassung. Dabei machte sie deutlich, dass es sich bei der Frage, ab welchem Zeitpunkt eine bekannt gewordene, aber noch nicht in Kraft getretene Anspruchsbegrenzung berücksichtigt werden dürfe, um eine auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung und Literatur ungeklärte Rechtsfrage handele, die schnellstmöglich einer gerichtlichen Klärung zuzuführen sei (Schreiben vom 17. 12.1997).

Die Beklagte erwiderte, eine umfängliche rechtliche Prüfung habe ergeben, dass die vorgreifliche Anwendung der Stichtagsregelung rechtswidrig sei. Dies lasse sich auch mittelbar den Ausführungen eines Urteils des Bundessozialgerichts vom 14. November 1996 (BSGE 79, 250 ff. = SozR 3-2260 § 551 RVO Nr. 9) entnehmen. Da die Abwicklung der unrichtig entschiedenen Fälle nun wegen des zwischenzeitlichen Inkrafttretens der neuen BKV nicht mehr möglich sei, hätten die Betroffenen einen Schadensersatzanspruch nach

§ 839 BGB, Art. 34 des Grundgesetzes (GG). Die fehlerhafte Rechtsanwendung sei auch vorwerfbar erfolgt, da die Klägerin gegen die eindeutige Bestimmung des § 551 Abs. 2 RVO verstoßen habe. Deshalb werde sie gebeten, den Betroffenen im Wege des Schadensersatzes die entsprechenden Leistungen zu gewähren. Sofern sie dieser Aufforderung nicht binnen 6 Wochen nachkomme, sehe sich die Beklagte gehalten, einen förmlichen Verpflichtungsbescheid zu erlassen (Schreiben vom 19.5.1998). Die Klägerin teilte daraufhin mit, sie verbleibe bei ihrer Auffassung, mit der sie sich innerhalb eines vertretbaren Interpretationsrahmens bewege. Ihr Verhalten sei damit weder rechtswidrig noch schuldhaft.

Daraufhin verpflichtete die Beklagte die Klägerin, „in allen Fällen, in denen aufgrund der vorgreiflichen Anwendung der Stichtagsregelung (§ 6 der Berufskrankheitenverordnung in der Fassung vom 31. Oktober 1997) der Antrag der Versicherten auf Entschädigung der chronischen obstruktiven Bronchitis oder des Emphysems von Bergleuten unter Tage im Steinkohlebergbau nach § 551 Abs. 2 bzw. § 9 Abs. 2 SGB VII abgelehnt wurde, die Feststellungsverfahren mit dem Ziel wieder zu eröffnen, den Betroffenen im Wege des Schadensersatzes nach § 839 BGB, Art. 34 GG die im einzelnen zu ermittelnden Leistungen aus der gesetzlichen Unfallversicherung zu gewähren und diese Verfahrensaufnahme dem Bundesversicherungsamt unverzüglich schriftlich zu bestätigen“. Zugleich ordnete sie die sofortige Vollziehung an. Zur Begründung führte sie aus, die Verfahrensweise der Klägerin sei mit geltendem Recht nicht vereinbar. Dazu berief sie sich auf den Sinn und Zweck der Rechtsvorschriften, nach denen eine Krankheit wie eine Berufskrankheit entschädigt wird, sowie auf die dazu ergangene Rechtsprechung des BSG und (in allgemeiner Form) auch auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Sie habe sich trotz des geltenden Opportunitätsprinzips zum Einschalten entschlossen, da es sich um schwerwiegende Rechtsverletzungen handele und im Interesse aller betroffenen Versicherten als der sozial Schwächeren ein Einschreiten geboten sei. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung sei im öffentlichen Interesse geboten (Bescheid vom 23. Juli 1998).

Hiergegen hat die Klägerin am 10. August 1998 Klage erhoben und gleichzeitig beantragt, deren aufschiebende Wirkung wieder herzustellen. Das Sozialgericht (SG) hat die aufschiebende Wirkung der Klage wieder hergestellt, da sich nach summarischer Prüfung ergebe, dass der angefochtene Verpflichtungsbescheid rechtswidrig und die Anordnung seiner sofortigen Vollziehung deshalb nicht im öffentlichen Interesse geboten sei (Beschluss vom 22.9.1998).

Die Klägerin hat zur Begründung der Klage gemeint, dass es für einen Schadensersatzanspruch jedenfalls an einer Pflichtverletzung oder einem Verschulden fehle. Sie habe zu der streitigen Rechtsfrage einen gut vertretbaren Rechtsstandpunkt eingenommen. Ihre Verfahrensweise beruhe auf einer nach gewissenhafter tatsächlicher und rechtlicher Prüfung durch vernünftige Überlegungen gebildeten Auffassung. Deshalb könne ihr auch kein schuldhaftes Verhalten vorgeworfen werden. Außerdem seien Aufsichtsmittel grundsätzlich nicht einzusetzen, wenn es um eine Rechtsfrage gehe, mit der sich bereits das BSG in einem Revisionsstreitverfahren befasse. Ein aufsichtsrechtlicher Verpflichtungsbescheid komme vielmehr nur bei eindeutigen Fehlern oder offenkundigen Rechtsverstößen in Betracht. Ein solcher liege jedoch nicht vor, weshalb das Einschreiten der Beklagten ermessensfehlerhaft sei und einen Eingriff in ihr Selbstverwaltungsrecht darstelle. Diese könne bei ungeklärter Rechtslage nicht ihre – noch so gut vertretbare – Rechtsauffassung an die Stelle der ebenfalls vertretbaren Rechtsauffassung des beaufsichtigten Versicherungsträgers setzen.

Daneben sei auch nicht erkennbar, wie die von der Beklagten ausgesprochene Verpflichtung erfüllt werden solle. Sie könne keine zivilrechtlichen Schadensersatzansprüche gegen sich selbst feststellen.

Die Klägerin hat beantragt, den Bescheid vom 23. Juli 1998 aufzuheben.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie hat ihren Bescheid weiter für rechtmäßig gehalten.

Das SG hat den Verpflichtungsbescheid aufgehoben. Es hat gemeint, die von der Klägerin geübte Verfahrensweise sei zwar rechtlich durchaus bedenklich, die Rechtswidrigkeit des Verpflichtungsbescheides ergebe sich jedoch unabhängig davon. Denn die Beklagte dürfe der Klägerin nicht auferlegen, den Versicherten Schadensersatzleistungen zu gewähren, weil ihnen solche nicht zustünden. Das Verhalten der Klägerin sei jedenfalls nicht schuldhaft, weil sie keinen rechtlich unvertretbaren Standpunkt eingenommen habe. Außerdem habe die Beklagte nicht durch eine Aufsichtsmaßnahme den zahlreichen anhängigen Klageverfahren vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit vorgeifen dürfen (Urteil vom 29. September 1998, der Beklagten zugestellt am 30. Oktober 1998).

Hiergegen hat die Beklagte am 26. November 1998 Berufung eingelegt und kurz darauf einen weiteren Bescheid erlassen, mit dem sie den Bescheid vom 23. Juli 1998 insoweit geändert hat, als der Satzteil „im Wege des Schadensersatzes nach § 839 BGB, Art. 34 GG“ gestrichen wurde. Dadurch, so hat sie in der Begründung ausgeführt, solle verhindert werden, dass andere, hilfsweise geltend gemachte Anspruchsgrundlagen ignoriert würden. Unbeschadet dessen werde der Verpflichtungsbescheid allerdings weiterhin vorrangig auf den Schadensersatzanspruch nach § 839 BGB, Art. 34 GG gestützt (Bescheid vom 10. Dezember 1998).

Zur Begründung ihres Rechtsmittels hat sie vorgetragen, sie sei entgegen der Auffassung des SG jederzeit und bei jedem Stand irgendwelcher Verfahren befugt und ggfs. sogar verpflichtet, kraft Aufsichtsrechts einzuschreiten und Verwaltungsunrecht zu beseitigen. Die zahlreichen bereits laufenden Klageverfahren zeigten gerade, wie rechtlich notwendig der Durchgriff gewesen sei. Ihr Einschreiten garantiere anders als die anhängigen gerichtlichen Verfahren eine beschleunigte einheitliche und rechtmäßige Verfahrensweise gegenüber allen Versicherten.

Eine Rechtsverletzung der Klägerin liege offensichtlich vor. Denn es gebe jeweils nur eine richtige Rechtsauffassung, nicht jedoch mehrere unterschiedliche vertretbare Ansichten. Ungeachtet dessen habe sie sich hier zum Eingreifen entschließen müssen, da die Nichtanwendung einer geltenden Norm durch die Klägerin kein Verhalten darstelle, das als vertretbar oder nachvollziehbar angesehen werden könne. Die im Anordnungsbescheid konkret ausgesprochene Verpflichtung sei weder unklar noch unbestimmt. § 44 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch <SGB X> komme nicht zur Anwendung.

Nach Bekanntwerden der Urteile des BSG vom 30. September 1999, worin die Vorgehensweise der Klägerin als – noch – rechtmäßig angesehen wird, hat sie gemeint, ihre Auffassung werde durch diese Urteile bestätigt, weil das BSG erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des § 6 Abs. 1 BKV geäußert habe. Sie habe gerade deshalb aufsichtsrechtlich einschreiten dürfen und müssen, weil durch das zwischenzeitliche Inkrafttreten der BKV sozialrechtliche Ausgleichsmechanismen versagten. Die ursprünglich rechtswidrigen Entscheidungen könnten dadurch nicht mehr anders als durch aufsichtsrechtliches Einschreiten korrigiert werden. Außerdem hat sie sich durch die Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts vom 9. und 24. Oktober (1 BvR 131/95 und 1 BvR 791/95) in ihrer Auffassung bestätigt gesehen. Darin komme nämlich zum Ausdruck, dass es den Unfallversicherungsträgern verwehrt sei, die Entscheidung über einen Antrag nach § 551 Abs. 2 RVO zurückzustellen, wenn eine Änderung der Berufskrankheitenverordnung in Sicht sei. Daraus ergebe sich im Erst-Recht-Schluss, dass es ihnen aus Gründen der Gleichbehandlung erst recht verwehrt sei, bei einer solchen Entscheidung vorgeiflich eine noch nicht in Kraft getre-

tene Stichtagsregelung anzuwenden. Eine solche Entscheidung eines Leistungsträgers sei vielmehr willkürlich und verletze den betroffenen Versicherten in seinen Grundrechten.

Die Beklagte beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 29.9.1998 zu ändern und die Klage, auch soweit sie sich gegen den Bescheid vom 10.12.1998 richtet, abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Berufung zurückzuweisen und den Bescheid vom 10.12.1998 aufzuheben.

Die Klägerin hält das angefochtene Urteil für zutreffend und den Verpflichtungsbescheid auch in der Form, die er durch den nach Erlass des Urteils ergangenen Bescheid vom 10. Dezember 1998 erhalten hatte, für rechtswidrig. Die Beklagte sei nicht befugt gewesen, eine Verpflichtungsanordnung zu erlassen. Ihr Entschluss, aufsichtsrechtlich einzuschreiten, sei ermessensfehlerhaft, weil alle Betroffenen ihre Rechtsansprüche selbst gerichtlich verfolgen könnten. In der Sache habe sie – die Klägerin – das Recht auch nicht fehlerhaft angewandt.

Das BSG habe in seinen drei Entscheidungen vom 30. September 1999 im Ergebnis entschieden, dass die von ihr praktizierte vorgeifliche Anwendung der BKV mit dem geltenden Recht übereinstimme. Damit sei höchstrichterlich geklärt, dass die von der Beklagten als offenkundig rechtswidrig gerügte Praxis dem geltenden Recht entspreche und Ansprüche der Versicherten gegen die Klägerin damit nicht bestünden. Auch die Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts von Oktober 2000 böten keine Veranlassung, den Sachverhalt anders zu beurteilen. Dort habe das Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit der Verfassungswidrigkeit lediglich unter dem Aspekt angedeutet, dass eine allein von sachfremden Erwägungen geleitete Hinauszögerung des Verfahrensabschlusses bis zum Inkrafttreten der Stichtagsregelung vorliege; um eine solche Fallgestaltung handele es sich hier jedoch nicht.

Selbst wenn eine Rechtsverletzung vorläge, sei der angefochtene Bescheid gleichwohl wegen Ermessensmissbrauchs, nämlich wegen Verstoßes gegen die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Bestimmtheit rechtswidrig. Auch die angeordnete Verpflichtung selbst sei rechtswidrig, weil die Beklagte weder zivilrechtliche Ansprüche Dritter durch Verwaltungsakt feststellen könne, noch die Klägerin veranlassen könne, sozialrechtliche Primärleistungen, die die Betroffenen selbst vor den Sozialgerichten verfolgen könnten, zu gewähren. Schon allein die umfangreiche und komplexe Diskussion der rechtlichen Fragestellungen im Berufungsverfahren zeige, dass es sich nicht um eine eindeutige Rechtslage gehandelt habe.

Wegen der Darstellung der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakten sowie den Inhalt der beigezogenen Verwaltungsakten der Beteiligten Bezug genommen; sämtliche Akten sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

## II.

Die Berufung ist unbegründet. Die Klage gegen den Bescheid vom 10. 12. 1998, der den Ausgangsbescheid geändert hat und der gemäß §§ 153 Abs. 1, 96 Sozialgerichtsgesetz (SGG) Gegenstand des Verfahrens geworden ist, ist begründet.

Die Verwaltungsentscheidungen sind rechtswidrig und verletzen die Klägerin in ihrem Selbstverwaltungsrecht (§ 29 Abs. 1 4. Buch Sozialgesetzbuch <SGB IV>), weil die Beklagte mit den hierin getroffenen Anordnungen ihr Aufsichtsrecht überschreitet. Die Bescheide lassen sich nicht auf die (hier einzig als Ermächtigungsgrundlage in Betracht kommende) Vorschrift des § 89 Abs. 1 Satz 2 SGB IV stützen. Danach soll die Aufsichtsbehörde, wenn ein Versicherungsträger durch Handeln oder Unterlassen das Recht verletzt, zunächst darauf hinwirken, dass der Versicherungsträger die Rechtsverletzung behebt. Kommt dieser dem innerhalb angemess-

sener Frist nicht nach, kann die Aufsichtsbehörde ihn zur Behebung der Rechtsverletzung verpflichten. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift sind nicht erfüllt. Zwar ist die Anordnung formell nicht zu beanstanden (vgl. dazu 1). Sie entspricht aber jedenfalls deswegen nicht dem materiellen Recht, weil die Beklagte das ihr zustehende Auswahlmessen fehlerhaft betätigt hat (vgl. dazu 2).

1. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist die Aufsichtsordnung der hier gemäß § 90 Abs. 1 Satz 1 SGB IV zuständigen Beklagten formell ordnungsgemäß zustande gekommen. Denn diese hat die Klägerin durch ihre Schreiben vom 4. November 1997 und 19. Mai 1998 hinreichend konkret über die behauptete Rechtsverletzung sowie die zu ihrer Behebung in Betracht kommenden Maßnahmen informiert und ihr eine angemessene Frist (hier von 6 Wochen) gesetzt, um zumindest die Bereitschaft zu erklären, die zur Behebung der behaupteten Rechtsverletzung geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, § 89 Abs. 1 Satz 2 SGB IV. Selbst wenn man die Beratungsobliegenheit der Beklagten weiter fasste und eine Verpflichtung zu kooperativem Verhalten und Eintritt in einen konstruktiven Dialog forderte (vgl. Hauck, SGB Gesamtkommentar – SGB IV –, § 89 Rdnr. 4 b), ist auch diese Voraussetzung durch das Gespräch bei der Beklagten am 25. November 1997 erfüllt.

Soweit die Klägerin meint, in den Fällen, in denen bereits Klageverfahren von Versicherten anhängig seien, die die behauptete Rechtsverletzung betreffen, sei eine Aufsichtsordnung nicht statthaft, also im Gesetz gar nicht vorgesehen, trifft dies nicht zu. Eine solche Restriktion ist dem Wortlaut des § 89 Abs. 1 SGB IV nicht zu entnehmen. Vielmehr genügt es für die Statthaftigkeit einer Aufsichtsordnung, dass die Beklagte eine solche Rechtsverletzung schlüssig behauptet. Ob sie tatsächlich vorliegt, ist eine Frage der materiellen Rechtmäßigkeit.

2. Es kann dahingestellt bleiben, ob das von der Beklagten beanstandete Vorgehen der Klägerin eine Rechtsverletzung im Sinne des § 89 Abs. 1 SGB IV darstellt (dazu im Folgenden a.) Ebensovienig braucht entschieden zu werden, ob die Beklagte von ihrem Entschließungsermessens („... kann ...“) hier dahingehend Gebrauch machen durfte, sich zu einem aufsichtsrechtlichen Einschreiten gegen die Klägerin zu entschließen (dazu im Folgenden b.). Denn die getroffene Anordnung ist jedenfalls deswegen rechtswidrig, weil die Beklagte ihr Auswahlmessen fehlerhaft ausgeübt hat (dazu im Folgenden c.).

a) Eine Rechtsverletzung im Sinne des § 89 Abs. 1 Sätze 1 und 2 SGB IV liegt vor, wenn das Handeln oder Unterlassen eines Versicherungsträgers gegen Vorschriften von Gesetzen, Rechtsverordnungen, autonomen Recht, allgemeinen Verwaltungsvorschriften oder gegen Gewohnheitsrecht verstößt (Hauck § 89 Rdnr. 3; Grüner/Dalichau, Sozialgesetzbuch (SGB), Kommentar Bd. III, Stand 1. Juni 2001, § 89 SGB IV, II S. 4), wobei auch ein etwaiger Ermessensnicht- oder -fehlgebrauch der Kontrolle der Aufsichtsbehörde unterliegt (Wannagat/Stober/Schuler, SGB Kommentar, Stand 2000, § 89 SGB IV Rdnr. 6). Damit ist von diesem Begriff jeder Verstoß gegen den alles staatliche Handeln verpflichtenden Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung erfasst. Eine solche Rechtsverletzung ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die Verwaltung bei der Rechtsanwendung Normen entgegen ihrem durch höchstrichterliche Rechtsprechung geklärten oder ansonsten eindeutigen Inhalt interpretiert. Ein solcher Sachverhalt liegt hier nicht vor. Zwar hat der 2. Senat in seinem Urteil vom 14. 11. 1996 – 2 RU 9/96 – (SozR 3-2200 § 551 Nr. 9) entschieden, dass die Träger der gesetzlichen Unfallversicherung bei Vorliegen „neuer Erkenntnisse“ im Sinne des § 551 Abs. 2 RVO nicht befugt sind, einen Stichtag festzulegen und Versicherungsfälle vor diesem Tag allein deshalb von einer Entschädigung auszuschließen. Er hat aber ausdrücklich offengelassen, ob und inwieweit nach Vorliegen eines Entwurfs einer neuen Änderungsverordnung die Unfallver-

sicherungsträger möglicherweise darin vorgesehene Klauseln und Fristen bei der Entscheidung über einen Anspruch nach § 551 Abs. 2 RVO „im Vorgriff“ zu berücksichtigen haben. Allein dies erweist, dass die von der Beklagten unter Hinweis auf die Ausführungen von Eilebrecht, Die Berufsgenossenschaft 1993, S. 187 ff., 190 ff. vertretene Auffassung jedenfalls nicht unvertretbar ist. Die Analyse des BSG-Urteils bestätigt dies. Der vom BSG aufgestellte Grundsatz soll ersichtlich den Verordnungsgeber zu einer zügigen Aufnahme „neuer“ Berufskrankheiten in die Liste der Anlage zur BKV anhalten, wobei er – so das BSG – durch eine zulässige, sachlich begründete Begrenzung der Versicherungsfälle nach einem bestimmten Stichtag vermeiden kann, dass für länger zurückliegende Versicherungsfälle kaum oder nur mit unvertretbarem Verwaltungsaufwand lösbare Schwierigkeiten bei der Feststellung der erforderlichen tatsächlichen Voraussetzungen oder nicht tragbare finanzielle Belastungen auftreten. Eine solche sachgerechte Eingrenzung könnte dem Verordnungsgeber verwehrt sein, wenn es dem Gleichheitssatz des Art. 3 GG widerspräche, dass eine „nennenswerte“ Zahl von Versicherten über § 551 Abs. 2 RVO entschädigt wird, ein anderer Teil wegen der begrenzten Rückwirkung nach Inkrafttreten einer neuen Verordnung oder Änderungsverordnung aber nicht (vgl. hierzu Urteil des BSG vom 24. 2. 2000 – B 2 U 43/98 R – SozR 3-2200 § 551 Nr. 14). Dies könnte bei einer „vorgreiflichen“ Anwendung einer Stichtagsregelung vermieden werden. Durch die während des Verfahrens ergangenen Urteile des 8. Senats des BSG (Urteile vom 30. 9. 1999: BSGE 84, 24ff. = SozR 3-2200 § 551 Nr. 13 und die beiden weiteren; am gleichen Tag ergangenen Parallelentscheidungen – Az. B 8 KN 1/98 und 4/98 U R – sowie Urteil vom 24. 2. 2000 – SozR 3-2000 § 551 Nr. 14; zur Kritik vgl. Vossen, Ungereimtes (Unreimbbares?) um § 9 II SGB VII und die Rückwirkungsklausel des § 6 BKV. In: Die Sozialgerichtsbarkeit 2000, S. 610 ff.) ist die umstrittene Rechtsfrage nicht geklärt worden. Das BSG hat sich der Auffassung des 2. Senats im Urteil vom 14. 11. 1996 a. a. O. angeschlossen, ebenso wie dieser aber die hier umstrittene Frage nicht beantwortet. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist die Rechtslage auch durch die Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts vom 24. 10. 2000 – 1 BvR 1319/95 – und 9. 10. 2000 – 1 BvR 791/95 = SozR 3-2000 § 551 Nr. 15 nicht geklärt. Wenn es in der Entscheidung vom 24. 10. 2000 heißt, der dortige Beschwerdeführer habe im Zuge des von ihm beantragten Feststellungsverfahrens nach § 551 Abs. 2 RVO eine Grundrechtsverletzung nicht hinnehmen müssen, weil der Träger der Unfallversicherung einen Leistungsanspruch nicht im Hinblick auf eine künftige Rückwirkungsregelung verneint habe, so muss das nicht bedeuten, dass damit verfassungsrechtlich jeglicher Vorgriff auf eine bevorstehende Stichtagsregelung unzulässig sein soll, also auch in den Fällen, in denen ein Referentenentwurf oder sogar ein Kabinettsbeschluss vorliegt oder die neue Verordnung bereits verkündet, aber noch nicht in Kraft getreten ist. Auch der Entscheidung vom 9. 10. 2000 ist kein verfassungsrechtliches Verbot der von der Klägerin praktizierten Rechtsauslegung zu entnehmen.

Einer Entscheidung über die umstrittene Rechtsfrage bedarf es hier allerdings nicht, weil die Anordnung selbst bei sachlicher Richtigkeit der ihr zugrundeliegenden Rechtsauffassung rechtswidrig ist. Aus diesem Grunde kann es auch dahingestellt bleiben, ob eine Rechtsverletzung im Sinne des § 89 Abs. 1 Satz 2 SGB IV hier schon deswegen ausscheidet, weil die Rechtslage nicht eindeutig ist (vgl. hierzu Schirmer/Kater/Schneider a. a. O. 220 S. 3) und die Befugnis der Aufsichtsbehörde vor derjenigen der Gerichte endet (Schmidinger, Die Rechtsaufsicht gemäß §§ 87, 89 SGB IV oder: Vom Berufe der Aufsichtsbehörden, die Auslegung von Gesetzen verbindlich anzuordnen. In: Die Sozialversicherung 1989 S. 113, 115). Dabei ist allerdings auf Folgendes hinzuweisen: Wenn der Begriff der Rechtsverletzung im Sinne von § 89 Abs. 1 Satz 2 SGB IV

grundsätzlich restriktiv auszulegen wäre, müsste hier die Besonderheit beachtet werden, dass die wünschenswerte höchstrichterliche Klärung der umstrittenen Rechtsfrage unter Zugrundelegung der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Prozessen der Versicherten praktisch nicht erzielt werden kann. In Übereinstimmung mit (auch älterer) Rechtsprechung des 2. BSG-Senats (SozR 3-2200 § 551 Nrn. 3 und 14) hat der 8. Senat des BSG in den Entscheidungen vom 30. 9. 1999 a. a. O., die Rechtsauffassung vertreten, dass bei einem Versicherungsfall vor dem Stichtag einer Rückwirkungsklausel im sozialgerichtlichen Verfahren der Träger der gesetzlichen Unfallversicherung auch dann nicht zur Anerkennung einer Krankheit „wie“ eine Berufskrankheit (§ 551 Abs. 2 RVO/§ 9 Abs. 2 SGB VII) verurteilt werden kann, wenn das Verwaltungsverfahren noch vor Inkrafttreten der Aufnahme jener Krankheit in die Berufskrankheiten-Liste mit der Rückwirkungsklausel abgeschlossen worden war. Des Weiteren hat der 8. Senat entschieden, dass der Versicherte bei (unterstellter) rechtswidriger Ablehnung nach § 551 Abs. 2 RVO/§ 9 Abs. 2 SGB VII seine Ansprüche auch nicht über § 44 SGB X oder einen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch durchsetzen kann. Da ein gerichtliches Verfahren aus Zeitgründen praktisch immer erst nach Inkrafttreten der zuvor bekannt gewordenen Verwaltungsänderung abgeschlossen werden kann, ist eine höchstrichterliche Klärung der umstrittenen Rechtsfrage in Verfahren einzelner Versicherten kaum zu erwarten. Denn wenn sich das BSG auf der Basis der bisherigen Rechtsprechung zu der umstrittenen Frage nicht äußern müsste, ist kaum zu erwarten, dass ein Versicherter angesichts der übereinstimmenden Rechtsprechung zweier BSG-Senate einen auf eine rechtswidrige Anwendung des § 551 Abs. 2 RVO/§ 9 Abs. 2 SGB gestützten Prozess nach Inkrafttreten der neuen Verordnung weiterführen wird. Angesichts dieser Rechtsschutzlücke liegt es nahe, auch bei grundsätzlich restriktiver Interpretation hier eine Rechtsverletzung im Sinne von § 89 Abs. 1 Satz 2 SGB IV nicht allein wegen der unklaren Rechtslage auszuschließen.

b) Es bestehen – des Weiteren – rechtliche Bedenken, ob die Beklagte ihr Entschließungsermessen dahingehend gebrauchen durfte, eine Aufsichtsordnung zu erlassen, oder ob die Entscheidung, davon trotz angenommener Rechtsverletzung abzusehen, die allein rechtmäßige Entscheidung war. Dabei hat die Beklagte entgegen der Auffassung der Klägerin ihr Ermessen ausweislich der Ausführungen im Bescheid vom 23. Juni 1998 (S. 6 f.) tatsächlich betätigt, auch wenn sie die von der Klägerin für wesentlich gehaltenen Erwägungen nicht angestellt haben mag.

Deshalb kommt dogmatisch nur ein Ermessensfehlergebrauch ernsthaft in Betracht, weil es so etwas wie einen „partiellen Ermessensnichtgebrauch“ (etwa in Fällen, in denen nur untergeordnete, nicht jedoch die eigentlich bedeutsamen Erwägungen angestellt wurden) nicht gibt.

Ein Ermessensfehlergebrauch könnte sich daraus ergeben, dass die Beklagte sich zum Einschreiten entschlossen hat, obwohl die behaupteten Rechtsverletzungen subjektive Rechte einzelner Versicherter betrafen und bereits Gerichtsverfahren – sogar beim BSG – anhängig waren, in denen über die sozialen Rechte der Betroffenen zu entscheiden war (Schnapp, Die vorgreifliche Anordnung der Aufsichtsbehörde in der Sozialversicherung. In: Die Betriebskrankenkasse 1969, 97 ff., hält in diesen Fällen eine von ihm als „vorgreifliche Anordnung“ bezeichnete Aufsichtsmaßnahme generell für unzulässig; ähnlich BSG SozR 3-2400 § 28 n Nr. 8). Dadurch war bereits im Zeitpunkt des Einschreitens gewährleistet, dass Ansprüche aus der gesetzlichen Unfallversicherung von den durch das Grundgesetz hierzu berufenen Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit geklärt wurden. Dabei mag wegen der fehlenden Rechtskrafterstreckung nicht genügen, dass solche Entscheidungen in unter Umständen nicht repräsentativen Einzelfällen ergehen und im Er-

gebnis nicht allen betroffenen Versicherten zugute kommen mögen. Hier hatte die Klägerin aber bereits ausdrücklich erklärt, dass sie diese Verfahren für geeignet halte, eine grundsätzliche Klärung der streitigen Ansprüche zu ermöglichen (Schreiben vom 4. September 1997). Darin liegt aber die Bereitschaft, im Falle einer für die Versicherten günstigen Entscheidung alle Betroffenen entsprechend dieser Entscheidung zu behandeln. Mit guten Gründen lässt sich deshalb die Auffassung vertreten, dass jedenfalls in solchen Fällen das aufsichtsrechtliche Einschreiten mit dem Ziel, einen drohenden Nachteil von den betroffenen Versicherten abzuwenden, aus Rechtsgründen nicht zulässig ist, also allein die Entscheidung, von einem aufsichtsbehördlichen Einschreiten abzusehen, ermessensfehlerfrei und damit rechtmäßig ist (Schmidinger, a.a.O. S. 114, der meint, in einem solchen Falle verfehle die Aufsichtsordnung ihren Zweck). Ob – weitergehend – in der Entscheidung einzuschreiten ein Ermessensfehlergebrauch bereits dann liegt, wenn Klagen einzelner Versicherter zwar noch nicht anhängig, aber möglich sind (so Schnapp a.a.O. S. 100ff.) oder gar nur die Möglichkeit eines Antrages nach § 44 SGB X besteht (so Schmidinger, a.a.O. S. 115) kann hier offen bleiben. Das BSG hat diese Auffassung unter Hinweis auf den im Grundgesetz verankerten Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 3, 92 GG) und die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen vertreten (BSGE 25, 224, 226; Breithaupt 1971, 85, 87; offengelassen in SozR 2200 § 627 RVO Nr. 1; s. auch RVA GE 2225, AN 1919, 447 f. und AN 1924, 130, 132). Zum gleichen Ergebnis kommt man, wenn man für einen ermessensfehlerfreien Entschluss zum aufsichtsrechtlichen Einschreiten fordert, es müsse ein ganz eindeutiger, offenkundiger Rechtsverstoß vorliegen (Schirmer/Kater/Schneider, Aufsicht in der Sozialversicherung, Stand Januar 2001, Nr. 230 S. 2). Daraus ergibt sich gleichzeitig, dass in Fällen unklarer Rechtslage – selbst wenn nur eine Rechtsauffassung von mehreren vertretbaren richtig wäre und alle übrigen eine Rechtsverletzung darstellten – auch das Gebot der Einheitlichkeit der Rechtsanwendung nicht den Erlass einer Aufsichtsordnung rechtfertigt; diese ist dann eben nur durch (höchst-)richterliche Klärung der Rechtsfrage zu erreichen (Schmidinger S. 115 f.).

Diese Ausführungen gelten jedenfalls dann, wenn die Aufsichtsbehörde – wie hier – erst einschreitet, nachdem die maßgebliche Verordnung bereits in Kraft getreten ist. Ob angesichts der zu 1. aufgezeigten Rechtsschutzlücke zuvor ein abweichender Ermessensgebrauch eher in Betracht kommt, kann vorliegend offen bleiben.

Die gleichen Bedenken (Vorrang einer Klärung durch die – höchstrichterliche – Rechtsprechung) gelten, soweit die Beklagte durch ihre Anordnung zivilrechtliche Ansprüche festsetzt. Zum einen ist nämlich die umstrittene sozialrechtliche Rechtsfrage für einen Amtshaftungsanspruch vorgreiflich, zum anderen stünde nach ihrer Klärung den Versicherten auch hier der – ordentliche – Rechtsweg offen, Art. 34 Satz 3 GG.

c) Die Beklagte hat ihr Aufsichtsrecht jedenfalls dadurch überschritten, dass sie der Klägerin eine Verpflichtung auferlegt hat, für die es keinen Rechtsgrund gibt (vgl. hierzu aa). Zudem ist die Anordnung unbestimmt bzw. unverhältnismäßig (vgl. bb).

aa) Wie das Sozialgericht zu Recht entschieden hat, hat die Beklagte der Klägerin im Bescheid vom 23. 7. 1998 ausschließlich die Leistung von Schadensersatz nach § 839 BGB, Art. 34 GG auferlegt. Die Formulierung, dass die „im einzelnen zu ermittelnden Leistungen aus der gesetzlichen Unfallversicherung zu gewähren“ seien, betrifft nur die Höhe des Schadensersatzanspruches. Dies ergibt sich auch aus den Gründen des Bescheides, denen zufolge „zur Feststellung der Höhe des Schadensersatzanspruches ... in den betroffenen Fällen die Feststellungsverfahren wieder aufgenommen und die zu gewährenden Leistungen im Einzelnen ermittelt wer-

den“ sollten (s. Punkt 2 am Ende). Die so umschriebene Verpflichtung sollte durch den Bescheid vom 10. 12. 1998 nicht entfallen. Die darin verfügte Streichung des Satzteilens „im Wege des Schadensersatzes nach § 839 BGB, Art. 34 GG“ sollte ausweislich der Gründe vielmehr nur verhindern, dass andere, hilfsweise geltend gemachte Anspruchsgrundlagen der Versicherten „ignoriert“ würden. Vorrangig sollte „zur Begründung unseres Verpflichtungsbescheides“ auch weiterhin der deliktische Anspruch „betont“ werden. Mit dieser Erweiterung bezweckte die Beklagte ersichtlich, dass bei der gerichtlichen Überprüfung ihrer Anordnung die inzidenter zu beurteilenden materiellen Ansprüche der Versicherten unter jeglichem rechtlichen Gesichtspunkt beleuchtet werden konnten. Es kann daher nicht angenommen werden, dass mit der Erweiterung lediglich eine Verpflichtung der Klägerin zu einer (eigenständigen) Überprüfung der sozialrechtlichen Ansprüche der Versicherten etwa gemäß § 44 SGB X oder dem ausdrücklich erwähnten Herstellungsanspruch erfolgen sollte. Selbst wenn dies so wäre und die Klägerin befugt bleiben sollte, solche sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche abzulehnen, bliebe ihre Zahlungsverpflichtung davon unberührt. Denn sie müsste dann der Anordnung zufolge auf jeden Fall nach Deliktsrecht Leistungen erbringen. Die Anordnung zielt gerade nicht lediglich auf eine Überprüfung solcher Ansprüche durch die Klägerin ab, was angesichts deren Überzeugung von ihrem rechtmäßigen, jedenfalls nicht schuldhaften Verhalten keinen Sinn gemacht hätte.

Wie bereits das Sozialgericht mit zutreffender Beurteilung entschieden hat, sind aber die Voraussetzungen für einen Amtshaftungsanspruch nach § 839, Art. 34 GG nicht erfüllt, auch wenn unterstellt wird, dass die Klägerin bei ihren Entscheidungen nach § 551 Abs. 2 RVO Leistungen nicht mit Rücksicht auf den Tag des Eintritts des Versicherungsfalles ablehnen durfte. Denn diese von der Beklagten vertretene Auffassung ist keineswegs eindeutig und über jeden Zweifel erhaben, wie oben dargelegt worden ist. Dies gilt hier umso mehr, als der Senat in seiner Entscheidung vom 27. 10. 1997 (L 2 B-U 82/97) der Frage der vorgreiflichen Anwendung der Stichtagsregelung grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 160 Abs. 2 Satz 1 SGG beigemessen hat. Bei solch unklarer Rechtslage fehlt es jedenfalls an einem für den deliktischen Anspruch erforderlichen Verschulden, wenn die handelnde Körperschaft – wie die Klägerin – ihre Rechtsansicht aufgrund sorgfältiger rechtlicher Prüfung gewonnen hat (BGHZ 119, 365, 370; BGH NJW 94, 3158, 3159; Papier in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch § 839 Rdnr. 285 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen).

Damit ließe sich die Anordnung nur halten, wenn alle betroffenen Versicherten einen anderen als einen deliktischen Anspruch hätten. Dies ist aber gerade nicht der Fall. Denn nach der oben zitierten Rechtsprechung des BSG, insbesondere den Urteilen des 8. Senats vom 30. 9. 1999 a.a.O. können Versicherte eine Entschädigung wegen einer Berufskrankheit, die in die Liste aufgenommen worden ist, nicht mehr nach § 551 Abs. 2 RVO verlangen und auch aus § 44 SGB X oder dem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch keine Rechte herleiten. Damit verpflichtet die Anordnung die Klägerin zu einer vom Gesetz nicht vorgesehenen Leistung, gibt ihr also nicht die Erfüllung (gesetzlicher) Ansprüche der Versicherten auf, sondern begründet solche.

bb) Außerdem ist die Verpflichtungsanordnung unbestimmt und/oder unverhältnismäßig. Wie oben dargestellt, soll mit den zu eröffnenden Feststellungsverfahren lediglich die Höhe des Leistungsanspruches ermittelt werden (vgl. Punkt 2 der Gründe des Bescheides am Ende). Stattfinden sollen diese Verfahren „in allen Fällen, in denen aufgrund der vorgreiflichen Anwendung der Stichtagsregelung (§ 6 der Berufskrankheitenverordnung) ... der Antrag der Versicherten auf Entschädigung ... nach § 551 Abs. 2 RVO bzw. 9 Abs. 2 SGB VII abgelehnt wurde“. Damit sind auch die Sachver-

halte erfasst, in denen die Klägerin Ansprüche auch mit Rücksicht auf die Stichtagsregelung abgelehnt hat, daneben aber weitere Ablehnungsgründe wie z.B. Fehlen der arbeitstechnischen Voraussetzungen (100 Feinstaubjahre) oder der Kausalität angeführt oder nicht geprüft hat. Damit kämen auch solche Versicherte in den Genuss von Leistungen, bei denen die übrigen Voraussetzungen für den Anspruch nicht erfüllt sind, so dass allein die Tatsache einer (unterstellt) unzulässigen Anwendung einer Stichtagsregelung anspruchsbegründend wäre. Dies ginge über das Ziel der Anordnung, nämlich die Verwirklichung sozialer Rechte, hinaus. Wenn die Beklagte Bescheide mit kumulativen oder bewusst eingeschränkten Ablehnungsgründen nicht erteilt haben sollte oder wenn solchenfalls der Klägerin eine Überprüfung der übrigen Voraussetzungen verbleiben sollte, wäre immer noch offen, wie die Klägerin zu verfahren hätte, wenn sie bei erneuter Überprüfung zu der Auffassung gelangt, dass früher angenommene Anspruchsvoraussetzungen wie z.B. die Kausalität nicht vorliegen. Nach dem Wortlaut der Anordnungen hätte die Klägerin auch in solchen Fällen Ersatz zu leisten. Dass die ihr aufgegebene Eröffnung von Feststellungsverfahren nur dem Zwecke der Feststellung der Höhe der Leistungen, nicht aber einer erneuten Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen dienen soll, ist bereits dargelegt worden. Auch vom Zweck der Anordnung, nämlich die Versicherten so zu stellen, als hätte die Klägerin bei ihrer Verwaltungsentscheidung eine Stichtagsregelung nicht angewandt und der damit zwangsläufig verbundenen Folge einer Entschädigung, spricht dafür, dass die Beklagte solche Fälle in die Entschädigungspflicht einbeziehen wollte. Auch damit würde die Anordnung über eine legitime Zielsetzung hinausgehen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 Abs. 4 SGG.

Der Senat hat der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine aufsichtsbehördliche Verpflichtung in Fällen wie dem vorliegenden ergehen darf, grundsätzliche Bedeutung beigemessen und deshalb die Revision zugelassen, § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG.

#### Anmerkung:

Dem Urteil ist im Ergebnis, nicht aber in allen Teilen der Begründung zuzustimmen.

1. Das LSG war um seine Aufgabe nicht zu beneiden, weil der Streitstoff aus einer schwierigen Gemengelage von Rechtsproblemen besteht: Der rechtliche Aufhänger liegt im Aufsichtsrecht der Sozialversicherung (§ 89 Abs. 1 S. 2 SGB IV), wobei unter anderem die Frage des Verhältnisses von aufsichtsrechtlichem Instrumentarium und höchstrichterlicher Rechtsprechung zu thematisieren war. Die zentrale Rechtsfrage, die sich dem LSG im Mantel des Aufsichtsverfahrens stellte, geht dahin, ob ein Unfallversicherungsträger bei Anwendung der Auffangklausel des § 551 Abs. 2 RVO (seit 1. 1. 1997 entspricht die Vorschrift im Wesentlichen § 9 Abs. 2 SGB VII)

in der Weise „vorgreiflich“ handeln darf, dass Stichtagsregelungen eines Referentenentwurfs (Verordnungsentwurfs) in die Praxis der Leistungsbewilligung aufgenommen werden.

Insgesamt wird die Aussage getroffen werden können, dass das Gericht alle wesentlichen Gesichtspunkte angesprochen hat. Gleichwohl geben einzelne Passagen der Begründung deshalb Anlass zu Kritik, weil einige Ausführungen nicht überzeugend erscheinen und bestimmte Rechtsfragen offen gelassen werden, die besser hätten entschieden werden sollen.

2. Die Ausführungen des LSG zur Frage der Rechtmäßigkeit der Aufsichtsordnung in formeller Hinsicht können nicht beanstandet werden. Richtig sind insbesondere die Hinweise in den Urteilsgründen darauf, dass es nicht an dem gebotenen kooperativen Verhalten der Aufsichtsbehörde gemangelt hat.



3. Das LSG widmet sich im weiteren Verlauf der Entscheidungsgründe der Frage, ob und in welcher Gestalt vorliegend eine Rechtsverletzung im Sinne von § 89 Abs. 1 S. 2 SGB IV gegeben ist, lässt jedoch diese materiell-rechtliche Frage offen. Dies erscheint nicht ganz glücklich, weil die von Verunsicherung geprägte Praxis der Unfallversicherungsträger auf sich gestellt bleibt und dem Judikat ein gutes Stück seiner Überzeugungskraft genommen wird.

a) Um die rechtlichen Zusammenhänge und Probleme zu verdeutlichen, erscheint es angebracht, sich den unfallversicherungsrechtlichen Sachverhalt noch einmal zu vergegenwärtigen: Der Streitfall bewegte sich in zeitlicher Hinsicht zwischen der Berufskrankheiten-Verordnung (BKV) vom 18. 12. 1992 (BGBl. I S. 2343) und der BKV vom 31. 10. 1997 (BGBl. I S. 2623), wobei der Versicherungsfall vor dem Inkrafttreten der erstgenannten Verordnung eingetreten war; letzteres ergibt sich nicht unmittelbar aus den Urteilsgründen, sondern mittelbar aus der ablehnenden Entscheidung der Klägerin unter Berufung auf die Stichtagsregelung der neuen, noch nicht in Kraft getretenen BKV. In die letztgenannte Verordnung war eine Rückwirkungsregelung des Inhalts eingefügt worden, dass die hier in Rede stehende, neu aufgenommene Berufskrankheit nur anzuerkennen ist, wenn der Versicherungsfall nach dem 31. 12. 1992 eintrat (§ 6 Abs. 1 BKV). Die Klägerin (Berufsgenossenschaft) lehnte eine Leistungsgewährung mit der Begründung ab, dass der Versicherungsfall zeitlich vor diesem Stichtag liegt. Diese ablehnende Praxis verfolgte die Klägerin, seitdem sie im Juni 1997 von dem Referentenentwurf der späteren BKV vom 31. 10. 1997 Kenntnis erlangt hatte. Vor Kenntniserlangung entschädigte die Klägerin die genannte Berufskrankheit nach § 551 Abs. 2 RVO (§ 9 Abs. 2 SGB VII) unabhängig davon, zu welchem Zeitpunkt der Versicherungsfall eingetreten war.

b) Das BSG hat – ebenso wie das LSG im hier zugrunde liegenden Urteil – die Frage, ob und inwieweit der Unfallversicherungsträger nach Vorliegen eines Entwurfs der neuen BKV eine darin enthaltene Stichtagsregelung „im Vorgriff“ berücksichtigen darf, ausdrücklich offengelassen (BSGE 79, 250, 256; ferner BSGE 85, 24, 32). Ein vorgreifliches Handeln für zulässig zu erachten, erscheint jedoch bedenklich. Der Entwurf einer BKV vermag gerade noch keine Rechtsverbindlichkeit zu entfalten. Es bleibt bei Zugrundelegung dieser Auffassung deshalb ungeklärt, welcher rechtliche Grund eine solche Vorgehensweise des Unfallversicherungsträgers soll legitimieren können. Mangels rechtlicher Wirkung der vorgesehenen Stichtagsregelung im Entwurf der neuen BKV kann sich die Behörde auf diese Regelung (noch) nicht berufen. Sie gerät bei einer Leistungsablehnung unter Berufung auf die Stichtagsregelung vielmehr in die Nähe des eigenen Setzens eines solchen Stichtags. Diese Befugnis hat ihr das BSG ausdrücklich abgesprochen (BSGE 79, 250, 255).

Des Weiteren würde die durch eine Berücksichtigung des Entwurfs „im Vorgriff“ aufgeworfene Gleichheitsproblematik (Art. 3 Abs. 1 GG) dadurch keineswegs entschärft (offen gelassen von BSGE 79, 250, 256 a.E.). Vergleichbare Sachverhalte werden mit der vorgreiflichen Berücksichtigung des Entwurfs dadurch ungleich behandelt, dass eine Leistungsgewährung nach § 551 Abs. 2 RVO (§ 9 Abs. 2 SGB VII) bis zur Kenntniserlangung von dem Entwurf durch den Unfallversicherungsträger erfolgt und nach diesem Zeitpunkt – jedoch vor dem Inkrafttreten der neuen BKV – abgelehnt wird. Die Leistungsgewährung oder -ablehnung erfolgt in Abhängigkeit von dem Zeitpunkt der Kenntniserlangung durch den Unfallversicherungsträger, also in Abhängigkeit von einem zufälligen Ereignis. Die Zufälligkeit des Zeitpunktes der Kenntniserlangung lässt an dem Vorliegen eines sachlichen Grundes für die Differenzierung und damit an der Verfassungsmäßigkeit der Anwendung des § 551 Abs. 2 RVO (§ 9 Abs. 2 SGB VII) in dieser Weise oder sogar der Vorschrift selbst zweifeln. Auch das BSG sieht

offensichtlich die Schärfe der gesamten Gleichheitsproblematik, in dem es zur Vermeidung jeglicher Härten und Ungerechtigkeiten die gesetzgeberische Möglichkeit in den Raum stellt, zum reinen Listenprinzip zurückzukehren (BSG SozR 3-2200 § 551 Nr. 14) und damit den Abs. 2 des § 551 RVO (§ 9 SGB VII) zu streichen. Schließlich bleibt fraglich, wie der Träger der gesetzlichen Unfallversicherung zu verfahren hätte, wenn der Entwurf im Verfahren der Verordnungsgebung eine fallrelevante Änderung erfahren würde – müsste der Unfallversicherungsträger dann im Rhythmus der Änderung des Entwurfs die Entschädigung entweder ablehnen oder bewilligen? Darüber hinaus ist jedenfalls rechtlich nicht sichergestellt, dass der Unfallversicherungsträger von dem jeweils aktuellen Stand des Verordnungsentwurfs erfährt. Der Entwurf muss nicht amtlich veröffentlicht werden. Der Zeitpunkt der Kenntniserlangung bleibt zufällig.

c) Eine Entscheidung für oder gegen einen „Vorgriff“ auf die Stichtagsregelung im Entwurf der neuen BKV allein kann die Problematik nicht befriedigend lösen. Das Problem ist ein grundsätzlicheres und hat seine Wurzel in dem Verhältnis des Abs. 1 zum Abs. 2 des § 551 RVO (§ 9 Abs. 2 SGB VII). Das Listenprinzip des § 551 Abs. 1 RVO (§ 9 Abs. 1 SGB VII) ist mit Einführung der Auffangklausel des § 551 Abs. 2 RVO (§ 9 Abs. 2 SGB VII) durch das UVNG im Jahre 1963 ergänzt worden. Sinn und Zweck dieser Klausel ist es, solche Krankheiten wie eine Berufskrankheit zu entschädigen, die nur deshalb nicht in die Liste der Berufskrankheiten aufgenommen worden sind, weil die Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft über die besondere Gefährdung bestimmter Personen in ihrer Arbeit bei der letzten Fassung der Anlage 1 zur BKV noch nicht vorhanden waren oder trotz Nachprüfung noch nicht ausreichten, der Ordnungsgeber mit anderen Worten wegen der regelmäßig notwendigen mehrjährigen Intervalle zwischen den Anpassungen der BKV an die neuen medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnisse nicht rechtzeitig tätig geworden ist (BSGE 59, 295, 297). Nicht beabsichtigt war die Einrichtung einer Generalklausel, die jede arbeitsbedingte Erkrankung als Versicherungsfall erfasst hätte (BSGE 44, 90, 91; Koch in: Schulin [Hrsg.], Handbuch der Sozialversicherung, Bd. 2, Unfallversicherung, S. 701 f.). Der § 551 Abs. 2 RVO (§ 9 Abs. 2 SGB VII) ermächtigt nicht dazu, über die Entscheidung des Ordnungsgebers hinweg eine weitere Berufskrankheitenliste zu schaffen (BSGE 44, 90, 92). Die Auffangbestimmung des Abs. 2 des § 551 RVO (§ 9 SGB VII) ist gleichfalls den materiellen Voraussetzungen unterworfen, die der Ordnungsgeber nach der Ermächtigungsnorm des § 551 Abs. 1 S. 2 RVO (§ 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII) für die Aufnahme einer Erkrankung in die Liste zu beachten hat.

d) Das Ergebnis der praktischen Handhabung des § 551 Abs. 2 RVO (§ 9 Abs. 2 SGB VII) durch die Klägerin ist, dass Versicherungsfälle, die zeitlich vor dem Rückwirkungsstichtag liegen, bis zur Kenntniserlangung durch die Klägerin entschädigt werden, danach aber nicht mehr. Die Klägerin hat auf diese Weise bis zum Zeitpunkt der Kenntnis des neuen Verordnungsentwurfes auf der Grundlage des § 551 Abs. 2 RVO (§ 9 Abs. 2 SGB VII) mehr gewährt, als es schließlich die neue BKV tut (insoweit ebenfalls kritisch: Ricke, SGB 1997, 482, 483). Dies ist auch deshalb bedenklich, weil die Verordnung ein der behördlichen Entscheidung übergeordnetes Recht darstellt. Es besteht ein Vorrang des Ordnungsgebers nach § 551 Abs. 1 RVO (§ 9 Abs. 1 SGB VII) gegenüber der behördlichen Einzelfallentscheidung auf der Grundlage des § 551 Abs. 2 RVO (§ 9 Abs. 2 SGB VII). Die Rückwirkungsregelung der neuen BKV bestimmt, welchen Zeitraum sie für die Anerkennung der neuen Berufskrankheit einbeziehen will. An diese Entscheidung ist die Behörde gebunden. Da die jeweils neuen BKV mit der Stichtagsregelung üblicherweise an den Zeitpunkt des Inkrafttretens der alten BKV anknüpfen (siehe BSGE 85, 24, 28), ver-

bleibt für den Zeitraum zwischen der alten und der neuen BKV keine Regelungslücke, die auf der Grundlage des § 551 Abs. 2 RVO (§ 9 Abs. 2 SGB VII) geschlossen werden könnte. Genau diesen Zeitraum hatte der Gesetzgeber mit der Einführung des § 551 Abs. 2 RVO (§ 9 Abs. 2 SGB VII) jedoch vor Augen. Neue wissenschaftliche Erkenntnisse, die zeitlich nach der alten BKV lagen, sollten behördlich auf der Grundlage des § 551 Abs. 2 RVO (§ 9 Abs. 2 SGB VII) berücksichtigt werden können, weil die Entscheidung des Ordnungsgebers zu lange auf sich warten ließ.

Selbst wenn die Rückwirkungsklausel nicht den gesamten Zeitraum zwischen alter und neuer BKV erfassen würde, wäre die Behörde an die – ihrerseits an Art. 3 Abs. 1 GG zu messende – Stichtagsregelung gebunden und könnte diese Entscheidung nicht über § 551 Abs. 2 RVO (§ 9 Abs. 2 SGB VII) umgehen. Entschieden deshalb der Ordnungsgeber mit der Stichtagsregelung, dass zeitlich davor liegende Sachverhalte nicht zu entschädigen sind, darf eine Entschädigung nicht doch über § 551 Abs. 2 RVO (§ 9 Abs. 2 SGB VII) erfolgen (BSGE 85, 24, 31 f.). Ob § 551 Abs. 2 RVO (§ 9 Abs. 2 SGB VII) vor diesem Hintergrund überhaupt über einen eigenständigen Anwendungsbereich neben § 551 Abs. 1 RVO (§ 9 Abs. 1 SGB VII) verfügt, ist mithin fraglich. Als möglicher Anwendungsbereich bis zur Entscheidung des Ordnungsgebers verbliebe nach der hier dargelegten Auffassung lediglich eine vorläufige Regelung bis zum Inkrafttreten der neuen BKV, welche die neue Stichtagsregelung enthält. Möglicherweise drohenden Leistungslücken könnte mittels einer vorläufigen Leistungsgewährung auf der Grundlage des § 551 Abs. 2 RVO (§ 9 Abs. 2 SGB VII) begegnet werden.

Zuzugeben ist, dass Ungewissheit darüber herrscht, zu welchem Zeitpunkt der Ordnungsgeber tätig werden, ob er die vorläufig aufgenommene Berufskrankheit als solche anerkennen und ob er überhaupt tätig werden wird. Eine praxisbezogene Betrachtung zeigt jedoch, dass die BKV mit einer gewissen Regelmäßigkeit alle vier bis fünf Jahre aktualisiert wird (der Verordnung zur Änderung der BKV vom 22. 3. 1988 folgte die Zweite Verordnung zur Änderung der BKV vom 18.12.1992, dieser die BKV vom 31. 10. 1997, letzterer wiederum die Verordnung zur Änderung der BKV vom 5. 9. 2002). Auch bei einem Untätigbleiben des Ordnungsgebers könnte aber der Unfallversicherungsträger nicht ohne weiteres seine endgültige Entscheidung an die Stelle der – ausgebliebenen – Regelung des Ordnungsgebers setzen. Er ist nicht dazu berufen, die – möglicherweise rechtswidrige – Untätigkeit des Ordnungsgebers zu beheben. Dies könnte theoretisch zur Folge haben, dass unangemessen lange Zeiträume einer vorläufigen Leistungsgewährung entstehen. Diese sozialpolitisch unbefriedigende Folge hätte jedoch der Ordnungsgeber zu vermeiden oder jedenfalls im Rahmen seiner endgültigen Entscheidung durch BKV, insbesondere mit Blick auf eine Stichtagsregelung, hinreichend zu berücksichtigen. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass wohl lediglich eine verfassungskonforme Interpretation des § 551 Abs. 2 RVO (§ 9 Abs. 2 SGB VII) dahingehend, dass lediglich vorläufige Leistungsgewährungen legitimiert werden, diese Diskrepanz von § 9 Abs. 1 SGB VII und § 9 Abs. 2 SGB VII vermeiden und das Gleichheitsproblem zu entschärfen vermag.

e) Die Entscheidung der Klägerin, eine Leistungsgewährung (für Versicherungsfälle vor dem Stichtag der neuen BKV) auf der Grundlage des § 551 Abs. 2 RVO (§ 9 Abs. 2 SGB VII) abzulehnen, ist nach dem vorstehend Gesagten rechtmäßig, weil § 551 Abs. 2 RVO (§ 9 Abs. 2 SGB VII) endgültige Leistungsbewilligungen nicht legitimiert.

Selbst wenn man der hier zugrunde liegenden Auffassung nicht folgen würde, könnte man wohl auf der Grundlage der Rechtsprechung des BSG zu demselben Ergebnis (Rechtmäßigkeit der Leistungsablehnung) gelangen. Das Bundessozialgericht hat zwar

– wie dargelegt – die Frage, ob und inwieweit nach Vorliegen eines Entwurfs einer neuen BKV die Behörde eine darin enthaltene Stichtagsregelung „im Vorgriff“ berücksichtigen darf, ausdrücklich offengelassen (BSGE 79, 250, 256; ferner BSGE 85, 24, 32). Die Rechtmäßigkeit eines ablehnenden Bescheides hat es jedoch dann angenommen, wenn – wie hier – die behördliche Entscheidung nach dem Vorliegen des Entwurfs der neuen Verordnung erging und im Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung die neue BKV bereits in Kraft getreten ist (BSGE 85, 24, 32 f.). Das Abstellen auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung führt regelmäßig dazu, dass die ablehnende Entscheidung des Unfallversicherungsträgers – selbst bei Rechtswidrigkeit zum Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung – jedenfalls rechtmäßig wird. Bis zur letzten mündlichen Tatsachenverhandlung ist die jeweils neue BKV nämlich regelmäßig in Kraft getreten.

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies letztlich, dass keine Rechtsverletzung im Sinne des § 89 Abs. 1 SGB IV gegeben ist. Selbst wenn die Entscheidung der Klägerin nur für vertretbar gehalten wird, schließt dies die Rechtsverletzung aus. Eine vertretbare Interpretation des Gesetzes (§§ 551 Abs. 2 RVO, 9 Abs. 2 SGB VII) kann nämlich nicht als Verstoß gegen das Gesetz und damit nicht als Rechtsverletzung nach § 89 Abs. 1 SGB IV angesehen werden.

4. Das LSG hat die Frage dahingestellt sein lassen, ob das Entschließungsermessen fehlerfrei betätigt wurde, weil jedenfalls die beklagte Aufsichtsbehörde ihr Auswahlermessen fehlerhaft ausgeübt habe.

a) Problematisch war unter dem Gesichtspunkt des Entschließungsermessens die Frage, ob vorliegend eine „Vorfahrtsberechtigung“ der höchstrichterlichen Rechtsprechung vor der aufsichtsbehördlichen Tätigkeit zum Zuge kommt. Das BSG hat zu diesem Problemkreis ausgeführt, dass die Aufsichtsbehörden mit ihren Aufsichtsordnungen grundsätzlich nicht einer gerichtlichen Entscheidung über ein Rechtsverhältnis vorgreifen dürften (BSGE 25, 224, 226). Dem wurde vielfach in der Literatur entgegengehalten, dass die vollziehende und die rechtsprechende Gewalt innerhalb der verfassungsrechtlichen Ordnung gleichberechtigte Teile des Staates seien und dass keine Identität zwischen den Aufgaben der Staatsaufsicht und denen der Gerichtsbarkeit bestehe (vgl. die Nachweise bei Schmidinger, SV 1989, 113). Wenn auch die Judikative über die Rechtmäßigkeit des Handelns der vollziehenden Gewalt zu befinden und deshalb letztlich „das letzte Wort“ hat, wird doch davon auszugehen sein, dass die originären Kompetenzen der Exekutive nicht von der Rechtsprechung eingeschränkt werden dürfen: Exekutive und Judikative besitzen unabhängig voneinander ihren jeweiligen Aufgabenbereich, der sich im Einzelfall durchaus auf identische Sachverhalte beziehen kann.

b) Ebenfalls unentschieden geblieben ist in den Entscheidungsgründen die Frage, ob für einen ermessensfehlerfreien Entschluss zum aufsichtsrechtlichen Einschreiten ein offenkundiger, eindeutiger Rechtsverstoß vorliegen muss. Diese Frage ist zu verneinen, denn § 89 Abs. 1 SGB IV setzt lediglich einen Verstoß gegen das Recht voraus; weitere Anforderungen werden von der Vorschrift nicht gestellt. Ohnehin käme als Aufsichtsmittel zunächst nach § 89 Abs. 1 S. 1 SGB IV die Beratung in Betracht. Erst wenn der Versicherungsträger die Rechtsverletzung nicht binnen angemessener Frist beseitigt, ist überhaupt ein Verpflichtungsbescheid nach § 89 Abs. 1 S. 2 SGB IV zulässig. Etwas anderes kann auch dann nicht gelten, wenn bereits ein gerichtliches Verfahren anhängig ist, weil sich auch diese Situation als Ausfluss des Umstands darstellt, dass die Exekutive einerseits und die Judikative andererseits in ihrem eigenen Wirkungskreis tätig werden.

c) Das LSG lässt schließlich die Rechtmäßigkeit des Verpflichtungsbescheides mit der Bemerkung scheitern, dass das Auswahl-



ermessen deshalb fehlerhaft ausgeübt worden sei, weil – unter Ausschluss sonstiger Ansprüche – ein Amtshaftungsanspruch gemäß § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG nicht gegeben sei. Das Gericht stützt seine Entscheidung auf das Fehlen der Voraussetzung des Verschuldens: Die Ablehnung der Leistungsgewährung durch die Klägerin, die unter Bezugnahme auf die Stichtagsregelung erfolgte, sei jedenfalls rechtlich vertretbar. Dieser zutreffenden Aussage des Gerichts ist nichts hinzuzufügen. Es kann schlichtweg nicht zu einem Schuldvorwurf kommen, wenn – wie vorliegend – die behördliche Rechtsansicht aufgrund sorgfältiger Rechtsprüfung gewonnen wurde.

5. Nicht überzeugend sind die Ausführungen am Ende der Entscheidungsgründe, die sich mit Fragen der Unbestimmtheit und Unverhältnismäßigkeit der Verpflichtungsanordnung befassen. Zwar hat das LSG zutreffend erkannt, dass der Wortlaut der Verpflichtungsanordnung insofern Unklarheiten aufweist, als er weiter gefasst ist (d. h. weiter reichende Sachverhalte erfasst), als es eigentlich den Intentionen der beklagten Aufsichtsbehörde entspricht. Daraus hätte aber das Gericht nicht eine Unbestimmtheit und schon gar nicht eine Unverhältnismäßigkeit der Verpflichtungs-

bescheides ableiten dürfen. Vielmehr lässt sich der Bescheid aus Empfängersicht (§§ 133, 157 BGB analog, siehe BVerwG VIZ 2001, 149, 149) entsprechend der – den Umständen zu entnehmenden – Intention der Aufsichtsbehörde auslegen. So kann der Bescheid nicht dahin interpretiert werden, dass eine Leistungsbewilligung gefordert wird, wenn es etwa an der gem. § 551 Abs. 1 S. 1 RVO (§ 9 Abs. 1 S. 1 SGB VII) unstreitig erforderlichen unfallversicherungsrechtlichen Kausalität mangelt.

Im Übrigen würde bei fehlender Kausalität die für die Aufsichtsmaßnahme vorausgesetzte Rechtsverletzung entfallen. Ein ablehnender Bescheid der Klägerin wäre in einem Fall fehlender Kausalität nämlich wegen Fehlens der Voraussetzungen des § 551 Abs. 2 RVO (§ 9 Abs. 2 SGB VII) bereits aus diesem Grunde rechtmäßig. Dies wäre keine Frage der Unverhältnismäßigkeit der Aufsichtsmaßnahme, sondern des Fehlens des Tatbestandsmerkmals „Recht verletzt“ im Sinne des § 89 Abs. 1 S. 2 SGB IV.

*Prof. Dr. Andreas Marschner und Ass. iur. Heike Pohl,  
Dozenten an der Fachhochschule des Bundes für  
öffentliche Verwaltung, Berlin*