

**BGH, Urteil vom 23.11.1972 – IX ZR 29/71LG Düsseldorf; OLG
Düsseldorf22.05.1969**

Titel:

BGH: Urteil vom 23.11.1972 - IX ZR 29/71

Normenketten:

§ 193 BEG

§ 209 Abs. 1 BEG

§ 299 ZPO

Amtlicher Leitsatz:

§ 193 BEG regelt nur die von den Entschädigungsbehörden zu gewährende Akteneinsicht. Sind nach Klageerhebung die Akten der Entschädigungsbehörde dem Gericht übersandt oder vom Gericht beigezogen worden, dann regelt die sinnngemäße Anwendung (§ 209 Abs. 1 BEG) des § 299 ZPO die Einsichtnahme auch in diese Akten durch die Parteien und ihre Bevollmächtigten.

[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Rechtskraft:

rechtskräftig

Verkündet am 23. November 1972

Pohl, Amtsinspektor als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

Text1

BUNDESGERICHTSHOF

URTEIL

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat ohne mündliche Verhandlung durch den Vorsitzenden Richter Mai und die Richter Wüstenberg, Zorn, Henkel und Dr. Thumm

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 22. Mai 1969 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die außergerichtlichen Kosten der Revision, an das Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Das Revisionsverfahren ist gebühren- und auslagenfrei.

Von Rechts wegen

Die 1926 in Aleksandrow bei Lodz geborene jüdische Klägerin mußte ab November 1939 den Judenstern tragen. Der Verschleppung in ein Vernichtungslager, der ihre ganze Familie zum Opfer fiel, konnte sie sich 1942 entziehen. Unter falschem Namen als nichtjüdische Polin wurde sie zur Zwangsarbeit zu einer deutschen Familie in Stettin geschickt. Sie floh, wurde wieder aufgegriffen und in Straflager gebracht. Nach ihrer Darstellung wurde sie dort und vorher bei der deutschen Familie schwer mißhandelt. Nach dem Kriege hielt sie sich in einem DP-Lager in Italien auf. Sie heiratete dort einen Angehörigen der britischen Streitkräfte und kam dann nach England. Aus der Ehe gingen zwei Kinder hervor. Der Ehemann starb 1958. Die Klägerin hat wieder geheiratet. Seit 1968 lebt sie in Australien.

1957 beantragte die Klägerin Entschädigung für Schaden an Freiheit und an Gesundheit. Der Regierungspräsident in Köln erkannte ihr mit Bescheid vom 23. Mai 1962 für Schaden an Freiheit 9.750 DM Entschädigung zu. Die für den Gesundheitsschadensanspruch zuständige Entschädigungsbehörde ließ die Klägerin durch den Vertrauensarzt Dr. J. [REDACTED] in Glasgow untersuchen. Er kam in seinem Gutachten vom 15. Dezember 1962 zu dem Ergebnis, die Erwerbsfähigkeit der Klägerin sei durch vegetative Störungen mit Wesensänderung verfolgungsbedingt um 55 % gemindert. Der medizinische Gutachter der Entschädigungsbehörde hielt eine eingehende Untersuchung durch einen Facharzt für erforderlich, die die Entschädigungsbehörde im Juli 1963 anordnete. Die Klägerin folgte jedoch der Aufforderung des Vertrauensarztes des deutschen Konsulats in Edinburgh, sich bei ihm zur Untersuchung einzufinden, nicht. Ihr Bevollmächtigter verlangte zunächst im Juli 1963 von der Entschädigungsbehörde Aufklärung über Grund oder Anlaß für die weitere Untersuchung der Klägerin und Übersendung etwa vorliegender ärztlicher Stellungnahmen zu dem Gutachten von Dr. J. [REDACTED]. Nach mehrfachem Schriftwechsel übersandte schließlich das deutsche Konsulat in Edinburgh im Dezember 1963 aus den Akten der Entschädigungsbehörde dem Bevollmächtigten die ärztliche Stellungnahme, in der eine fachärztliche Untersuchung verlangt worden war. Die Klägerin blieb jedoch, dem Rat ihres Bevollmächtigten folgend, bei ihrer Weigerung, sich erneut untersuchen zu lassen. Daraufhin holte die Entschädigungsbehörde eine neue Stellungnahme eines beratenden Arztes ein. Dieser schlug im Januar 1964 vor, als Verfolgungsschaden seit 1945 ein psychasthenisches Verfolgungssyndrom im Sinne wesentlicher Mitverursachung und zahlreiche Narben an verschiedenen Körperteilen im Sinne der Entstehung mit einer gesamten und verfolgungsbedingten Minderung der Erwerbsfähigkeit von 35 % anzuerkennen. Ein dementsprechendes, die Mindestrente vorsehendes Vergleichsangebot der Entschädigungsbehörde vom 25. April 1964 schlug die Klägerin im September 1964 aus. Gleichzeitig erklärte sie sich vergleichsbereit bei Anerkennung einer verfolgungsbedingten Erwerbsminderung von 45 %, Einreihung in den mittleren Dienst und einem Rentenhundertsatz von mindestens 33. Im Oktober 1964 teilte die Entschädigungsbehörde der Klägerin mit, eine erneute medizinische Prüfung habe nicht zu einer anderen Beurteilung geführt, ein Vergleich sei nicht mehr möglich, und verlangte Angaben zur Berufstätigkeit des Vaters der Klägerin vor der Verfolgung und zu den für die Bemessung des Rentenhundertsatzes erheblichen Verhältnissen.

Mit der am 31. Oktober 1964 eingereichten Klage verlangte die Klägerin für eine Erwerbsminderung von 55 % Kapitalentschädigung und Rente in Höhe von mindestens 38 vom Hundert der Dienstbezüge eines vergleichbaren Beamten des mittleren Dienstes. Im Dezember 1964 bewilligte ihr die Entschädigungsbehörde 20.000 DM Vorschuß, die auch gezahlt wurden. Das Landgericht wies die Klage am 2. März 1965 ab, weil sie weder nach § 210 noch nach § 216 BEG zulässig sei. Durch Bescheid vom 9. April 1965 erkannte die Entschädigungsbehörde mit mehreren Vorbehalten der Klägerin außer einem Anspruch auf Heilverfahren auch die Mindestrente sowie eine entsprechende Kapitalentschädigung für eine verfolgungsbedingte Minderung der Erwerbsfähigkeit

um 35 % zu und rechnete darauf den Vorschuß von 20.000 DM an. Die diesem Bescheid entsprechenden Zahlungen leistete die Behörde jedoch nicht.

Mit der Berufung verfolgte die Klägerin ihren Anspruch weiter. Das Berufungsgericht verurteilte zunächst den Beklagten durch ein Teilurteil vom 7. Juli 1966, der Klägerin insgesamt 3.087 DM zu zahlen, nämlich die ihr durch den Bescheid vom 9. April 1965 zuerkannte Kapitalentschädigung und Rente für die Zeit bis 31. Dezember 1965 nach Abzug des Vorschusses. Diesem Urteil kam das beklagte Land nach. Außerdem erließ die Entschädigungsbehörde am 16. Januar 1967 einen "Änderungsbescheid", in dem sie der Klägerin unter Anrechnung der geleisteten Zahlungen die ab 1. September 1965 neu berechnete Mindestrente zuerkannte. Diesen Bescheid führte die Behörde auch aus.

Zur Vorbereitung der abschließenden Entscheidung ordnete das Berufungsgericht Beweiserhebungen an. Die Klägerin lehnte es ab, sich weiteren ärztlichen Untersuchungen zu unterziehen. Sie verlangte insbesondere, daß zunächst die Verwaltungsakten ihrem Prozeßbevollmächtigten zur Einsichtnahme übersandt würden. Ihren im Januar 1968 gestellten Antrag, das beklagte Land durch einstweilige Verfügung dazu anzuhalten, hatte das Berufungsgericht durch Urteil vom 7. März 1968 wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges zu den ordentlichen Gerichten abgelehnt.

Mit Urteil vom 22. Mai 1969 wies das Berufungsgericht die Berufung der Klägerin zurück, soweit es ihr nicht durch das Teilurteil vom 7. Juli 1966 entsprochen hatte. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Anspruch weiter. Das beklagte Land ist nicht vertreten.

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß es bei der Prüfung, ob der Klägerin die verlangten Mehrleistungen zustehen, weder an die Bescheide der Entschädigungsbehörde noch an sein Teilurteil in irgendeiner Beziehung gebunden ist. Es bejaht die Flüchtlingseigenschaft der Klägerin gemäß § 160 BEG. Dafür genüge es, daß die Klägerin jüdischen Glaubens sei und aus dem Bereich des Ostblocks stamme. Den von der Klägerin vorgetragene Verfolgungstatbestand unterstellt das Berufungsgericht als richtig. Hinsichtlich der behaupteten Mißhandlungen durch ihre Dienstherrin während der Zwangsarbeit stehe freilich Aussage gegen Aussage. Selbst wenn man diesen Bereich jedoch ausklammern wollte, worüber sich das Gericht nicht auszusprechen brauche, bleibe immer noch ein sehr schwerer Verfolgungstatbestand übrig. Den medizinischen Sachverhalt hält das Berufungsgericht jedoch für so ungenügend geklärt, daß eine Minderung der Erwerbsfähigkeit der Klägerin um mindestens 25 % nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit festgestellt werden könne. Die Bescheinigungen des behandelnden Arztes enthielten nur allgemeine Redewendungen. Nach der Lebenserfahrung könne das Gericht kein bestimmtes Krankheitsschicksal unterstellen. Das Leben der Klägerin nach der Verfolgung spreche nicht für eine allzugroße Beeinträchtigung ihrer Gesundheit. Das Gutachten des Vertrauensarztes Dr. J. X. sei zu summarisch. Seine Schlußfolgerungen seien nach den mitgeteilten Befunden nicht begründet. Einen Antrag auf Vernehmung des Sachverständigen Dr. J. X. habe die Klägerin nicht gestellt. Wenn das Gericht einen Sachverständigen nicht als Erkenntnisquelle zulasse, brauche es ihn auch nicht zu vernehmen. Dr. J. X. erneut als Sachverständigen einzuschalten, sei nicht zweckmäßig, weil die Klägerin für die erforderliche Untersuchung dann von Australien nach Schottland reisen müßte. Auch als sachverständiger Zeuge sei Dr. J. X. nicht in Erwägung zu ziehen. Es sei nicht anzunehmen, daß er sich noch an die Krankengeschichte und die Befunde, die er vor sieben Jahren erhoben habe, erinnern und seine schriftliche Ausarbeitung ergänzen könnte. Unter diesen Umständen sei die Anordnung einer neuen Begutachtung gerechtfertigt gewesen. Die Klägerin habe sich ohne ausreichenden Grund geweigert, sich dieser Untersuchung zu unterziehen. Daher sei § 7 der 2. DV-BEG auf sie anzuwenden. Diese Bestimmung verschlechtere die Rechtslage der

Verfolgten gegenüber dem Bundesentschädigungsgesetz nicht. Ohne sie müßte die Klägerin auch im gewöhnlichen bürgerlichen Rechtsstreit wegen Beweisfälligkeit abgewiesen werden. Es gehe nicht etwa um eine in das freie Ermessen des Gerichts gestellte "Bestrafung" der Klägerin, sondern um die für jedermann einzusehende Folgerung daraus, daß jede Prozeßpartei ihre Behauptung beweisen müsse. § 7 der 2. DV-BEG schütze den Verfolgten nur davor, ohne Vorwarnung mit einem für ihn ungünstigen Ergebnis überrascht zu werden. Die Bestimmung dürfe nicht dazu führen, dem Verfolgten das zu entziehen, was ihm nach dem Akteninhalt zustehe. Auf diese Weise lasse sich jedoch der Klägerin auch nicht teilweise helfen. Ihre Weigerung, sich ärztlich untersuchen zu lassen, sei unbegründet. Zwar habe das Gericht ursprünglich einen Psychiater als federführenden Gutachter vorgesehen. Die deutsche Auslandsvertretung in Melbourne habe aber von sich aus den Nichtpsychiater Dr. Lo. bestellt. Daran habe das Gericht nichts mehr ändern wollen. Es habe nur Dr. Lo. angewiesen, Zusatzgutachter namentlich auf dem Gebiete der Psychiatrie zu hören. Es wäre abwegig, daraus zu folgern, daß es der Klägerin nicht mehr zumutbar sei, sich von einem Arzt zum anderen schicken zu lassen. Vom Standpunkt der Klägerin aus könne man schlimmstenfalls von überraschenden Umdispositionen infolge technischer Schwierigkeiten sprechen. Das Gericht habe sich weitgehend auf die deutsche Auslandsvertretung verlassen müssen. Es habe jedoch auch gegenüber der Klägerin und ihrem Anwalt immer wieder betont, daß es jedem konkreten Wunsch der Klägerin, soweit es überhaupt vertretbar sei, nachkommen werde. Die Klägerin habe darauf aber nur mit der grundsätzlichen Weigerung geantwortet, einen Sachverständigen aufzusuchen. Es sei auch kein Grund für die Ablehnung des Sachverständigen, wenn die Klägerin mit allgemeinen Redewendungen auf schlechte Erfahrungen mit Vertrauensärzten hinweise. Die Weigerung der Entschädigungsbehörde, ihre Akten in das Londoner Büro des Rechtsanwalts der Klägerin zu senden, entspreche § 193 Abs. 3 Satz 2 BEG. Diese Bestimmung halte der Rechtsanwalt der Klägerin für diskriminierend und verfassungswidrig. Darüber habe sich das Gericht in seinem Urteil in der einstweiligen Verfügungssache ausgesprochen. Einen dort offengelassenen Weg zum Bundesverfassungsgericht zur Klärung der Verfassungswidrigkeit des § 193 Abs. 3 Satz 2 BEG habe die Klägerin bisher nicht beschritten. Unter diesen Umständen müsse das Gericht sich an jene Bestimmung halten und könne die Nichtübersendung der Akten nach London nicht als eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs und damit als einen Verstoß gegen die Verfassung und gegen Verfahrensgesetze ansprechen.

Die Revision rügt die Anwendung des § 7 Abs. 1 der 2. DV-BEG durch das Berufungsgericht. Sie meint, diese Bestimmung sei durch die Ermächtigung in § 42 BEG nicht gedeckt und daher nichtig. Diese Rüge ist nicht begründet.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (RzW 1963, 117; 1966, 284) ermächtigt § 7 Abs. 1 der 2. DV-BEG die Entschädigungsorgane, nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen den Anspruch auf Entschädigung abzulehnen, wenn der Verfolgte sich ohne ausreichenden Grund weigert, sich einer angeordneten ärztlichen Untersuchung zu unterziehen, obwohl er nach § 6 der 2. DV-BEG dazu verpflichtet ist. Mit eingehender Begründung hat der Bundesgerichtshof RzW 1963, 117 dargelegt, daß § 7 der 2. DV-BEG durch die Ermächtigung in § 42 BEG gedeckt ist. Dies braucht hier nicht erneut erörtert zu werden. Das Berufungsgericht sieht nämlich in § 7 Abs. 1 der 2. DV-BEG nicht eine Ermächtigung, dem Verfolgten nach Ermessen einen Anspruch zu versagen, der ihm sonst zuerkannt werden müßte oder könnte. Vielmehr hält es diese Vorschrift für eine Folgerung daraus, daß jede Prozeßpartei ihre Behauptungen beweisen muß. Den streitigen Mehranspruch der Klägerin hat es verneint, weil es eine Erwerbsminderung der Klägerin von mindestens 25 % nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit feststellen konnte.

Das Berufungsgericht hat demnach keine Ermessensentscheidung getroffen, wie sie die Entschädigungsorgane nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf Grund des § 7 der 2. DV-BEG treffen können. Es hat vielmehr den noch streitigen Anspruch der Klägerin verneint, weil es eine Voraussetzung dieses Anspruchs nicht feststellen konnte. Dies ist an sich aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Nach §§ 31 Abs. 1, 36 BEG setzt der Anspruch auf Rente und Kapitalentschädigung voraus, daß die Erwerbsfähigkeit des Verfolgten um mindestens 25 % beeinträchtigt ist. Kann der Tatrichter dies nicht feststellen, dann muß er die auf Rente und Kapitalentschädigung gerichtete, nach § 210 oder § 216 BEG erhobene Klage als unbegründet abweisen. Dies gilt auch dann, wenn wie hier die Entschädigungsbehörde eine Minderung der Erwerbsfähigkeit um mehr als 25 % festgestellt und dem Verfolgten Rente und Kapitalentschädigung zuerkannt hat. Bei der Entscheidung über den mit der Klage erhobenen Mehranspruch ist das Gericht weder an die tatsächlichen Feststellungen der Entschädigungsbehörde noch an die von ihr daraus hergeleiteten Rechtsfolgen gebunden. Es kann auch nicht etwa, wie die Revision zu meinen scheint, einzelne Berechnungsmerkmale wie die Einreihung in eine vergleichbare Beamtengruppe oder den Rentenhundertsatz zugunsten des Klägers gegenüber dem Verwaltungsbescheid verbessern und die übrigen Feststellungen der Behörde seiner Entscheidung ohne eigene Prüfung zugrunde legen. Davon ist auch das Berufungsgericht trotz möglicherweise mißverständlicher Bemerkungen zur Einreihung, zu §§ 35, 206 BEG und zum Rentenhundertsatz am Schluß seiner Entscheidungsgründe ausgegangen.

Gleichwohl muß das Berufungsurteil aufgehoben werden, weil es auf einem von der Revision mit Recht gerügten Verfahrensfehler beruht.

Das Berufungsgericht hat zur weiteren Klärung des medizinischen Sachverhalts ein nach erneuter Untersuchung der Klägerin zu erstattendes ärztliches Gutachten für erforderlich gehalten. Die Klägerin hat es abgelehnt, sich dieser Untersuchung zu stellen. Sie hat verlangt, daß zunächst die Akten der Entschädigungsbehörde ihrem Prozeßbevollmächtigten zur Einsichtnahme nach England übersandt werden. Sie hat zum Ausdruck gebracht, daß sie erst danach sich endgültig entschließen wolle, ob sie sich einer weiteren Untersuchung unterziehen werde oder nicht. Die Akten der Entschädigungsbehörde sind dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin nicht übersandt worden. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, dies sei im Sinne des § 7 Abs. 1 der 2. DV-BEG kein ausreichender Grund, nicht zu der angeordneten Untersuchung zu erscheinen. Es hat dies nur damit begründet, daß die Weigerung der Entschädigungsbehörde, ihre Akten dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin zuzusenden, nach § 193 Abs. 3 Satz 2 BEG berechtigt sei. Dabei hat es übersehen, daß die Klägerin nach Erlaß des Urteils in der einstweiligen Verfügungssache vom Berufungsgericht die Übersendung der Akten verlangt hatte. Dieses Verlangen der Klägerin ist in ihrem Schriftsatz vom 3. Oktober 1968 deutlich zum Ausdruck gekommen, wie sie in ihrer Revisionsbegründung zutreffend darlegt. Darüber war nach § 209 Abs. 1 BEG, § 299 ZPO, nicht nach § 193 Abs. 3 BEG zu entscheiden.

§ 193 Abs. 3 BEG gibt bevollmächtigten Rechtsanwälten ein Recht auf Aushändigung der Verwaltungsakten, das allerdings dadurch beschränkt ist, daß eine Versendung in Gebiete außerhalb des Geltungsbereichs des Gesetzes nicht stattfindet. § 193 BEG regelt aber nur die von den Entschädigungsbehörden zu gewährende Akteneinsicht. Dies ergibt sich schon aus der Stellung der Vorschrift im Dritten Titel des Neunten Abschnitts des Gesetzes, der nur die Errichtung, die Zuständigkeit und das Verfahren der Entschädigungsbehörden zum Gegenstand hat. Sind nach Klageerhebung die Akten der Entschädigungsbehörde dem Gericht übersandt oder vom Gericht beigezogen worden, dann regelt die sinngemäße Anwendung (§ 209 Abs. 1 BEG) des § 299 ZPO die Einsichtnahme auch in diese Akten durch die Parteien und ihre Bevollmächtigten.

§ 299 ZPO gilt allerdings unmittelbar nur für die Akten des Gerichts. Werden in einem gewöhnlichen Zivilprozeß Akten einer Behörde beigezogen, dann entscheidet grundsätzlich zunächst diese Behörde, ob die Parteien und ihre Bevollmächtigten die Akten einsehen dürfen. Verbieta die Behörde die Einsichtnahme, dann darf sie das Gericht nicht gewähren. Es kann dann aber die Behördenakten auch nicht zum Gegenstand der Verhandlung machen und kann sie infolgedessen für seine Entscheidung nicht verwerten. Sollen und können die beigezogenen Akten Gegenstand der mündlichen Verhandlung werden, dann haben die Parteien nach § 299 ZPO das Recht, sie einzusehen. Im Entschädigungsverfahren hat die Entschädigungsbehörde nicht die Möglichkeit, die Verwertung ihrer Akten durch das Entschädigungsgericht durch ein Verbot der Einsichtnahme zu verhindern. Schon im Verwaltungsverfahren hat der Antragsteller ein Recht, die Behördenakten einzusehen, das ihm nur aus besonderen Gründen verweigert werden darf (§ 193 BEG). Es besteht demnach kein Geheimhaltungsinteresse der Behörde, das es rechtfertigen könnte, daß die Behörde im gerichtlichen Verfahren die Einsichtnahme verbietet. Die Möglichkeit eines solchen Verbots wäre auch mit den Belangen des gerichtlichen Verfahrens nicht zu vereinbaren. Die eine Partei, nämlich das auf Entschädigung in Anspruch genommene Land, wird im Rechtsstreit durch die Entschädigungsbehörde, bei der die Verwaltungsakten angefallen sind, oder durch eine übergeordnete Behörde vertreten. Sie kennt die Verwaltungsakten, kann sie für ihr Vorbringen im Rechtsstreit verwerten und verwertet sie auch. Aus dem gesetzlichen Gebot, Entschädigungsverfahren mit besonderer Beschleunigung durchzuführen (§ 179 Abs. 1 BEG), ergibt sich, daß die Behördenakten und die darin enthaltenen Ermittlungsergebnisse im gerichtlichen Verfahren nicht unverwertbar sein dürfen. Deswegen muß das Gericht dem Gegner des auf Entschädigung in Anspruch genommenen Landes die Verwaltungsakten zur Gewährung rechtlichen Gehörs im gerichtlichen Verfahren zugänglich machen. Auch die Art und Weise dieser Einsichtnahme muß den Belangen des gerichtlichen Verfahrens entsprechend geregelt sein. Die Grundlage dafür bietet die sinngemäße Anwendung des § 299 ZPO. Daß sie ausgeschlossen oder durch § 193 BEG beschränkt sein sollte, läßt sich dem Gesetz nicht entnehmen.

Nach § 299 Abs. 1 ZPO können die Parteien des Entschädigungsverfahrens somit nicht nur die eigentlichen Gerichtsakten, sondern auch die Verwaltungsakten einsehen. Sie können dieses Recht auch durch ihren Prozeßbevollmächtigten wahrnehmen. Sie haben aber kein Recht auf Aushändigung oder Übersendung der Akten. Ein solches Recht steht auch einem von ihnen bevollmächtigten und im Geltungsbereich des Bundesentschädigungsgesetzes zugelassenen Rechtsanwalt nicht zu. Andererseits ist es auch nicht, wie in § 193 Abs. 3 Satz 2 BEG, schlechthin verboten, die Akten ins Ausland zu verschicken. Über Anträge auf Aushändigung oder Zusendung der Akten hat der Vorsitzende des Prozeßgerichts zu entscheiden. Die Anordnung gehört zur Prozeßleitung und betrifft die Gewährung rechtlichen Gehörs in dem anhängigen Rechtsstreit. Zu entscheiden ist nach pflichtgemäßem Ermessen, wobei in erster Linie die Belange des gerichtlichen Verfahrens maßgebend sind. Beanstandet eine Partei die Anordnung des Vorsitzenden, dann entscheidet in entsprechender Anwendung des § 140 ZPO das Gericht. Die Entscheidung ist nur zusammen mit dem Endurteil anfechtbar. Die Verwaltungsgerichte sind dafür, anders als für den bei der Entschädigungsbehörde geltend zu machenden Anspruch aus § 193 BEG (vgl. dazu BGH RzW 1960, 86), nicht zuständig.

Das Berufungsgericht hat somit, wie sich aus den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils ergibt, über den Antrag der Klägerin, die Verwaltungsakten ihrem Prozeßbevollmächtigten zu übersenden, nicht unter den zutreffenden rechtlichen Gesichtspunkten entschieden. Es ist nicht ausgeschlossen, daß die Klägerin bei richtiger Behandlung ihres Antrags ihren Widerstand gegen die angeordnete ärztliche Untersuchung aufgegeben hätte. Eine zutreffend begründete Ablehnung des Antrags auf Aktenübersendung wäre auch im Sinne des § 7 Abs. 1 der 2. DV-BEG kein

hinreichender Grund, die ärztliche Untersuchung zu verweigern. Das angefochtene Urteil ist somit aufzuheben.

Einer Entscheidung über die weiteren Revisionsrügen bedarf es danach nicht. Der Senat hält jedoch die folgenden Hinweise für angebracht.

Die Begründung, mit der das Berufungsgericht die Flüchtlingseigenschaft der Klägerin im Sinne des § 160 BEG bejaht hat, läßt nicht erkennen, ob die vom Bundesgerichtshof RzW 1968, 571 dargelegten Grundsätze beachtet sind und auf welchen Zeitpunkt (§ 160 Abs. 1 oder 2 BEG) es dabei ankommt.

Ob der medizinische Sachverhalt hinreichend geklärt ist, oder ob weitere Ermittlungen, insbesondere eine neue ärztliche Untersuchung und Begutachtung durch einen bereits gehörten oder durch andere Sachverständige erforderlich sind, ist keine Rechtsfrage. Diese Entscheidung hat der Tatrichter auf Grund der nur ihm obliegenden Würdigung der Ergebnisse der Verhandlung und Beweisaufnahme zu treffen (§§ 286, 412 Abs. 1 ZPO). Das gleiche gilt für die Entscheidung, ob ein Sachverständiger, der ein schriftliches Gutachten erstattet hat, zu dessen Erläuterung vorzuladen ist (§ 411 Abs. 3 ZPO), wenn die Partei erst nach der mündlichen Verhandlung, in der das schriftliche Gutachten erstmals in den Rechtsstreit eingeführt wurde, beantragt hat, den Sachverständigen zum Zwecke der Befragung (§§ 402, 397 ZPO) zu laden (BGH RzW 1969, 213). Bedenken begegnet es allerdings, daß das Berufungsgericht die Ablehnung einer Anordnung nach § 411 Abs. 3 ZPO damit begründet hat, es wolle sich auf den Sachverständigen nicht stützen, es lasse ihn nicht als Erkenntnisquelle zu. Diese Begründung kann in Betracht kommen, wenn das schriftliche Gutachten aus Rechtsgründen nicht verwertet werden darf oder sein Inhalt ergibt, daß sein Verfasser als Sachverständiger völlig ungeeignet ist. Dieser Auffassung ist das Berufungsgericht jedoch nicht. Es hätte daher vor allem prüfen müssen, ob Lücken oder sonstige Mängel des schriftlichen Gutachtens durch die Anhörung des Sachverständigen behoben werden können und ob die Aussicht, dies zu erreichen, den durch die Anhörung entstehenden Aufwand rechtfertigt. Dies gilt auch dann, wenn das schriftliche Gutachten im Verwaltungsverfahren auf Veranlassung der Entschädigungsbehörde erstattet worden ist. Ein solches Gutachten kann wie ein dem Gericht erstattetes Gutachten verwertet werden (BGH RzW 1968, 327 Nr. 25). Daß nicht das Gericht den Gutachter bestellt hat, ist daher kein Grund, ihn nicht nach § 411 Abs. 3 ZPO zu vernehmen.

Von der Erhebung eines von keiner Partei angetretenen (§ 373 ZPO) Zeugenbeweises kann der Tatrichter absehen, wenn davon nach seiner durch das Revisionsgericht nicht nachprüfaren Überzeugung eine weitere Aufklärung nicht zu erwarten ist. Es ist daher vom Revisionsgericht nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht den Vertrauensarzt Dr. J. [REDACTED] nicht als Zeugen gehört hat.

Einen Beweisbeschluß, durch den eine schriftliche Begutachtung angeordnet worden ist, kann das Gericht von Amts wegen auch ohne erneute mündliche Verhandlung und ohne Zustimmung durch Bestellung anderer Sachverständiger ändern. Die Parteien sind allerdings tunlichst vorher zu hören und in jedem Falle von der Änderung unverzüglich zu benachrichtigen (§ 360 ZPO, § 209 Abs. 1 BEG). Die Auswahl der Sachverständigen, die den Gesundheitszustand eines im Ausland wohnenden Verfolgten begutachten sollen, kann das Entschädigungsgericht der zuständigen Auslandsvertretung der Bundesrepublik Deutschland überlassen (BGH RzW 1965, 466 Nr. 19; 1967, 229). Daran hält der Senat fest. Wenn die Auslandsvertretung, wie das Berufungsgericht in seinem Beweisbeschluß vom 16. Dezember 1968 angeordnet hat, die Namen der von ihr bestellten Sachverständigen alsbald den Parteien und ihren Prozeßbevollmächtigten mitteilt und die

Sachverständigen erst danach ihre Tätigkeit aufnehmen, dann ist insoweit dem § 360 Satz 4 ZPO und den dadurch geschützten Interessen der zu begutachtenden Partei Genüge getan.

Den Sachverhalt, insbesondere auch den Verfolgungsvorgang, den der Sachverständige seinem Gutachten zugrunde zu legen hat, muß das Gericht feststellen, wenn es dabei auf die Fachkunde des Gutachters nicht ankommt (BGH RzW 1962, 564 Nr. 36; 1964, 474; 1966, 40; 1969, 134 Nr. 24). Der Tatrichter entscheidet, ob er zur Feststellung des Sachverhalts der Hilfe des Sachverständigen bedarf. Den festgestellten Sachverhalt hat das Gericht dem Sachverständigen mitzuteilen (BGH a.a.O.). Dies hat das Berufungsgericht getan. Ob es angebracht ist, dem Sachverständigen auch die von den Feststellungen abweichenden Parteibehauptungen mitzuteilen, entscheidet das Gericht nach den Umständen des einzelnen Falles. Es ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn dies, wie es das Berufungsgericht in seinem Beschluß vom 18. Dezember 1967 angeordnet hatte, in der Weise geschieht, daß dem Sachverständigen schriftliche Erklärungen der Partei und ihres Prozeßbevollmächtigten sowie ärztliche Atteste übersandt werden.

Die zum Zwecke der Begutachtung getroffenen tatsächlichen Feststellungen sind nicht etwa für das weitere Verfahren bindend. Das Gericht kann sie später überprüfen und muß dies tun, wenn weitere Ermittlungsergebnisse, etwa das von ihm eingeholte Gutachten, dazu Anlaß geben.

Die Kostenentscheidung in dem angefochtenen Urteil begegnet Bedenken. Selbst wenn die Klage erst im zweiten Rechtszug zulässig geworden sein sollte, ist dies für sich allein kein Grund, der Klägerin die gesamten außergerichtlichen Kosten des ersten Rechtszugs aufzuerlegen. Dies wäre allenfalls dann gerechtfertigt, wenn und soweit außerdem die Voraussetzungen der §§ 91 a, 93 oder 271 ZPO für eine Kostenentscheidung zum Nachteil der Klägerin vorliegen. Anderenfalls ist für die Kostenentscheidung maßgebend, inwieweit jede Partei im Berufungsrechtszug unterliegt (§§ 91 Abs. 1, 92 ZPO). Der nach Abweisung der Klage durch das Landgericht ergangene Bescheid vom 9. April 1965 hat weder die Hauptsache teilweise erledigt noch zu einer teilweisen Klagerücknahme geführt und ist auch kein Anerkenntnis im Sinne des § 93 ZPO. Die Klägerin hat ihre Klage auch insoweit, als ihr der Bescheid Leistungen zuerkannte, aufrechterhalten. Der Beklagte hat die zuerkannten Leistungen, wie das Berufungsgericht in seinem rechtskräftigen Teilurteil vom 7. Juli 1966 festgestellt hat, zu Unrecht verweigert.

Zitiervorschlag:

BGH Urt. v. 23.11.1972 – IX ZR 29/71, BeckRS 1972, 31207622