

075

137

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IX ZR 85/74

URTEIL

Verkündet am
30. November 1978
Pohl,
Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Entschädigungsrechtsstreit

Louis H [REDACTED],

[REDACTED] Avenue [REDACTED], R [REDACTED], S [REDACTED], [REDACTED], USA,

- Prozeßbevollmächtigter:

Kläger und Revisionskläger,

Rechtsanwalt [REDACTED]
[REDACTED] -

gegen

Land B e r l i n ,

vertreten durch den Senator für Inneres,

Potsdamer Str. 186, 1 Berlin 30,

Beklagten und Revisionsbeklagten

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. November 1978 durch die Richter Dr. Thumm, Henkel, Fuchs, Portmann und Gärtner

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen das Urteil des 20. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 16. Dezember 1970 aufgehoben, soweit es die Klage auf eine aus 8.955,20 DM berechnete Rente abgewiesen hat.

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil der Zivilkammer 194 des Landgerichts Berlin vom 10. April 1970, soweit es über das Rentenwahlrecht entschieden hat, abgeändert: Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 28.043,80 DM Rückstände für die Zeit ab 1. Januar 1971 und ab 1. Dezember 1978 eine Monatsrente von 458 DM zu zahlen.

Im übrigen wird der Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die außergerichtlichen Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Das Revisionsverfahren ist gebühren- und auslagenfrei.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der am [REDACTED] 1906 geborene jüdische Kläger verlor 1935 seine Anstellung als Ingenieur bei den Bayerischen Motorenwerken in München. 1936 wanderte er nach den USA aus.

Seinen im Juni 1956 angemeldeten Anspruch auf Entschädigung im beruflichen Fortkommen begründete er im Juli 1957 und gab dabei auch das von 1936 bis 1954 in den USA erzielte Erwerbseinkommen (zuletzt \$ 17.805) an. Im Februar 1967 legte

- 3 -

er eine Bescheinigung seines Arbeitgebers vor, nach der er abweichend von seinen früheren Angaben 1942 nicht \$ 5.002, sondern nur \$ 3.995 und 1943 statt \$ 5.680 nur \$ 5.670 verdient hat. Am 7. Februar 1969 gewährte die Behörde dem Kläger unter seiner Einreihung in den höheren Dienst für eine Schadenszeit vom 1. Januar 1936 bis 31. Dezember 1941 7.676 DM Kapitalentschädigung, entschied aber unter IV. des Bescheids, daß ein Rentenwahlrecht nicht gegeben sei, weil der Antragsteller eine anhaltend ausreichende Lebensgrundlage erzielt habe. Vor dem Landgericht beantragte der Kläger zu erkennen:

1. Der Beklagte wird verurteilt, dem Kläger weitere 2.558 DM Kapitalentschädigung (für einen bis Ende 1943 erstreckten Entschädigungszeitraum) zu zahlen,
2. IV des Bescheids vom 7. Februar 1969 wird aufgehoben. Hilfsweise: Unter Aufhebung der gegenteiligen Feststellung wird festgestellt, daß dem Kläger das Recht zur Ausübung der Rentenwahl gemäß § 94 BEG bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen und innerhalb der Frist des § 96 BEG zusteht.

Das Landgericht sprach eine weitere Kapitalentschädigung von 1.279,20 DM für das Jahr 1942 zu und wies im übrigen die Klage ab. Der Beklagte erstrebte mit seiner Berufung die Abweisung der Klage in vollem Umfang. Der Kläger legte ebenfalls Berufung ein. Er beantragte, ihm eine aus 10.233,20 DM Kapitalentschädigung errechnete Rente ab 1. November 1965, nämlich nach Anrechnung gezahlter 7.676 DM Rückstände von 9.117 DM sowie ab 1. Januar 1971 eine laufende Rente von 306 DM monatlich zuzuerkennen, und begründete den Rentenanspruch mit der durch ein ärztliches



Zeugnis vom 1. November 1970 gestützten Behauptung, seine Arbeitsfähigkeit im ausgeübten Beruf sei seit fünf Jahren um mindestens 50 % gemindert. Das Kammergericht wies die Rechtsmittel zurück.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Berufungsantrag weiter mit der Maßgabe, daß ab 1. November 1965 monatlich 237 DM unter Berücksichtigung der seither erlassenen Änderungsverordnungen zur 3. DV-BEG verlangt werden.

Entscheidungsgründe

In dem die Kapitalentschädigung festsetzenden Bescheid vom 7. Februar 1969 hat die Behörde, der Vorschrift des § 199 Abs. 2 BEG nF folgend, auch entschieden, daß ein (bisher nicht ausgeübtes) Rentenwahlrecht nicht gegeben sei. Diese Entscheidung war nicht unanfechtbar geworden, obwohl sie der Kläger nicht innerhalb der Frist des § 210 Abs. 2, 3 BEG mit der gebotenen Feststellungs- oder Leistungsklage angegriffen hat. Sie konnte nicht mit einer Klage angefochten werden, die neben einer höheren Kapitalentschädigung nur die Aufhebung der Verneinung des Rentenwahlrechts zum Ziel hatte. Denn im Gegensatz zu dem bis 17. September 1965 geltenden Recht, nach dem die Ablehnung des Rentenwahlrechts in einem die Kapitalentschädigung festsetzenden Bescheid unzulässig war, ist nach § 199 BEG in der Fassung des BEG-Schlußgesetzes der Streit, ob ein Wahlrecht nach § 82 oder § 94 BEG besteht, nicht mehr in einem sich an die bestandskräftige Festsetzung der Kapitalentschädigung anschließenden neuen Verfahren, sondern bereits im Aus-

gangsverfahren auszutragen, auch wenn die Rente noch nicht gewählt ist. Deshalb mußte der Kläger, wenn er die Verneinung seines Rentenwahlrechts im Bescheid vom 7. Februar 1969 nicht hinnehmen wollte, eine gerichtliche Entscheidung über das Bestehen des Wahlrechts nach § 94 BEG herbeiführen, indem er auf Feststellung seines Wahlrechts klagte (vgl. § 199 Abs. 2 Satz 3 BEG) oder die Rente wählte und Leistungsklage erhob (BGH RzW 1972, 469 mit Nachweisen zur Rechtslage bis 17. September 1965).

Das hat der Kläger im ersten Rechtszug nicht getan. Er hat vor dem Landgericht die Aufhebung der Feststellung, daß ein Rentenwahlrecht nicht bestehe, begehrt. Der Hilfsantrag der Klage verfolgte, wie sein Wortlaut ergibt, dasselbe Ziel. Er war nicht auf die Feststellung des Rentenwahlrechts gerichtet. Er sollte nur die spätere Rentenwahl bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen offen halten.

Der Bescheid vom 7. Februar 1969 war jedoch fristgerecht durch die Klage auf höhere Kapitalentschädigung angefochten. Solange dieses Verfahren vor den Entschädigungsgerichten nicht abgeschlossen war, blieb offen, in welchem Umfang der ablehnende Teil des Bescheids durch ein rechtskräftiges Urteil gegenstandslos oder mangels Anfechtung bestandskräftig werden würde. Da der Kläger nicht zu erkennen gegeben hatte, daß er die Verneinung des Rentenwahlrechts nicht anfechten werde, konnte er noch nach Ablauf der Klagfrist und auch noch im Berufungsrechtszug zur Klage auf Zahlung der Rente übergehen (BGH aaO; RzW 1973, 478 Nr. 22).

Ob dadurch die Klage im Sinne der §§ 523, 268 ZPO in der hier nach Art. 10 Nr. 3 der Vereinfachungsnovelle vom 3. Dezember 1976 (BGBl I 3281) maßgebenden alten Fassung erweitert oder geändert worden ist, kann offen bleiben. Eine Klageänderung wäre gemäß §§ 523, 264 ZPO aF zugelassen. Denn das Berufungsgericht hat über den neuen Antrag sachlich entschieden.

Es hält den Rentenanspruch für unbegründet, weil das Vorbringen des zur Zeit der Berufungsverhandlung noch nicht 65 Jahre alten Klägers, seine Arbeitsfähigkeit im Beruf sei seit 1. November 1965 um mindestens 50 % herabgesetzt, nach § 209 Abs. 1 BEG, § 529 Abs. 2 ZPO (aF) nicht zugelassen werden könne. Es sei verspätet. Seine Berücksichtigung würde den Rechtsstreit verzögern. Der Kläger habe es nur deshalb nicht früher eingeführt, um den Prozeß zu verschleppen und in die Rente "hineinzuwachsen". Das sei rechtsmißbräuchlich.

Schon der Ausgangspunkt dieser Erwägungen ist falsch. Der Berufungsantrag, die Rente ab 1. November 1965 zuzuerkennen, war ein zulässiger neuer Angriff, gleichgültig, ob er als Erweiterung oder Änderung der Klage angesehen wird. Er unterlag mit seiner Begründung nicht den Beschränkungen des § 529 Abs. 2 ZPO aF. Diese galten nur für neue Angriffs- und Verteidigungsmittel sowie Beweismittel und Beweiseinreden, die schon im ersten Rechtszug zur Stützung der bereits dort gestellten Anträge hätten geltend gemacht werden können. An der Bemerkung im Urteil BGH RzW 1972, 469, dem Mißbrauch der Möglichkeit, während des Rechtsstreits den Rentenanspruch zum Streitgegenstand zu machen, sei nach den in BGH RzW 1966, 372 zu § 529 Abs. 2 ZPO aF dargelegten Grundsätzen zu begegnen, kann deshalb nicht festgehalten werden.

Die Abweisung des Rentenanspruchs ist nur zum Teil aus anderen Gründen aufrechtzuerhalten.

Der Kläger hat die Rente im Ausgangsverfahren, mithin vor Beginn der Frist des § 96 BEG gewählt. Eine Verwirkung des Rentenanspruchs scheidet von vornherein aus. Denn schon die Klage vom August 1969 ist, wenn auch mit einem ungeeigneten Antrag, der Verneinung des Wahlrechts im angefochtenen Bescheid entgegengetreten.

Das Revisionsgericht hat die im Tatbestand des Berufungsurteils festgestellte Tatsache, daß der am 4. Januar 1906 geborene Kläger am 4. Januar 1971 sein 65. Lebensjahr vollendet, zu berücksichtigen (§ 561 ZPO, § 209 Abs. 1 BEG; BGH RzW 1972, 419). Der Rechtsstreit ist mithin entscheidungsreif und die Berufung nach §§ 93, 94 BEG begründet, soweit ab 1. Januar 1971 (§ 33 Abs. 5 der 3. DV-BEG) statt der zuerkannten Kapitalentschädigung von 8.955,20 DM die aus dieser Kapitalentschädigung errechnete Rente begehrt wird.

Dem Kläger stehen gemäß § 33 Abs. 1 bis 4 der 3. DV-BEG in der Fassung der 16. ÄndVO vom 19. Dezember 1977 (BGBl I, 3117) Rückstände von (36.999 DM abzüglich im Antrag des Klägers berücksichtigter 7.676 DM und möglicherweise geleisteter 1.279,20 DM =) 28.043,80 DM für die Zeit bis Ende November 1978 und ab 1. Dezember 1978 eine Monatsrente von 458 DM zu.

Soweit der Kläger weitere 1.279,20 DM und eine aus 8.955,20 DM errechnete Rente für die Zeit vor dem 1. Januar 1971 begehrt, ist die Sache an das Kammergericht zurückzuverweisen. Der Tatrichter muß entscheiden, ob der Rentenanspruch in Höhe von 1.279,20 DM getilgt ist oder noch besteht und ob die zweite der alternativen Voraussetzungen des § 94 BEG seit 1. November 1965 gegeben ist. Dabei werden auch die

in BGH RzW 1965, 270 Nr. 20; 1975, 77 dargelegten Grundsätze zu beachten sein.

Die Revision ist jedoch unbegründet, soweit der Kläger eine höhere, nämlich aus 10.233,20 DM Kapitalentschädigung ermittelte Rente verlangt. Denn die von der Revision nicht angegriffene Festsetzung der Kapitalentschädigung auf 8.955,20 DM ist nicht zu beanstanden.

Dr. Thumm

Henkel

Fuchs

Portmann

Gärtner