

7  
50

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IX ZR 1/77

URTEIL

Verkündet am  
31. Januar 1980  
Pohl,  
Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Entschädigungsrechtsstreit

Jean L. [REDACTED],  
M. [REDACTED] R. [REDACTED], F. [REDACTED] L. [REDACTED] C. [REDACTED], Frankreich,

Kläger und Revisionskläger,  
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Bundesrepublik Deutschland,  
vertreten durch das Bundesverwaltungsamt,  
H. [REDACTED] ring [REDACTED], K. [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 31. Januar 1980 durch den Vorsitzenden Richter Mai und die Richter Zorn, Fuchs, Dr. Thumm und Portmann

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 23. September 1976 wird zurückgewiesen.

Die außergerichtlichen Kosten des Revisionsverfahrens trägt der Kläger.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand

Der 1920 in Polen geborene Kläger verlangt Entschädigung für Gesundheitsschäden, die er auf die Zwangsverschleppung zum Arbeitseinsatz in Stuttgart zurückführt. Das Bundesverwaltungsamt lehnte ab. Das Landgericht erhob Beweis zu den Lebens- und Arbeitsbedingungen des Klägers in Deutschland und holte medizinische Sachverständigengutachten ein, mit deren Erstattung es den Vertrauensarzt der deutschen Auslandsvertretung und später durch einen weiteren Beweisbeschluß vom 17. Oktober 1973 "die medizinische und die neuro-psychiatrische Klinik der Universität des Saarlandes in Homburg/Saar" beauftragte. Dann wies es die Klage ab, weil keine schädigungsbedingte Minderung der Erwerbsfähigkeit von 25 vH vorliege. Die Berufung hatte keinen Erfolg. Mit der Revision verfolgt der Kläger den Klageanspruch weiter.

### Entscheidungsgründe

Die Revision ist nicht begründet.

Der Berufungsrichter geht zutreffend davon aus, daß der Klageanspruch nach Art. VI BEG-SchlußG zu beurteilen ist. Er verneint den Anspruch mit der Feststellung, die Erwerbsfähigkeit des Klägers sei zwar um mindestens 25 vH beeinträchtigt, diese Minderung der Erwerbsfähigkeit jedoch nicht schädigungsbedingt. Sie werde durch Lungenfunktionsstörungen und durch ein Krampfaderleiden bewirkt. Die Lungenfunktionsstörungen beruhten nach der überzeugenden Beurteilung des internistischen Sachverständigen Prof. Dr. Scheurlen nicht auf der Arbeit in Stuttgart. Gleiches gelte für das Krampfaderleiden. Es sei anlagebedingt und schon vor der Verschleppung vorhanden gewesen. Der Zwangsarbeit komme nicht das Gewicht von einem Viertel der Leidensursachen zu. Das Leiden hätte auch ohne die Zwangsarbeit in einer Kühlerfabrik in Stuttgart etwa das heutige Ausmaß erreicht. Die Belastung sei vor und nach dem Zeitraum von 1942 bis 1945 im wesentlichen die gleiche gewesen wie während des Arbeitseinsatzes.

Gegen diese Beurteilung, mit der das Berufungsgericht einen ursächlichen Zusammenhang zwischen den beiden festgestellten körperlichen Leiden und der Zwangsarbeit in Deutschland verneint, wendet sich die Revision nicht.

Weitere Leiden vermag das Berufungsgericht nicht festzustellen. Nach dem Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. Scheurlen beeinflussten erfolgreich operierte Leistenbrüche die Erwerbsfähigkeit des Klägers nicht mehr. Magenbeschwerden seien nicht zu objektivieren. Etwaige Blutdruckschwankungen habe der Sachverständige nicht als sichere Hypertoniezeichen



57

einordnen können. Ein vom Kläger behauptetes psychisches Leiden bestehe nach dem Gutachten des psychiatrischen Sachverständigen Prof. Dr. Luthe nicht.

Das Oberlandesgericht hält die Einwendungen der Berufung gegen die Unbefangenheit und fachliche Eignung des Sachverständigen Prof. Dr. Luthe, die in Ermangelung eines in erster Instanz gestellten Ablehnungsgesuchs nur im Rahmen der Beweiswürdigung zu prüfen seien, für nicht durchgreifend: Daß die Homburger Klinik in Entschädigungssachen grundsätzlich nur negative Gutachten erstatte, sei unrichtig. Es könne unterstellt werden, daß Prof. Dr. Luthe - wie auch alle sonstigen vom Berufungsgericht im Laufe der Jahre zugezogenen Psychiater - überwiegend den Anspruchstellern ungünstige Gutachten erstellt habe. Daraus sei jedoch nicht auf "Entschädigungsfeindlichkeit" zu schließen. Vielmehr ergäben sich Feststellungsschwierigkeiten aus der Natur der Sache, und in vielen Fällen seien der Prozeßvortrag und privatärztliche Atteste falsch oder übertrieben. Auch aus der von Prof. Dr. Luthe vertretenen wissenschaftlichen Auffassung in einem medizinischen Meinungsstreit folge keine Entschädigungsfeindlichkeit. Der Streit betreffe die Frage der Schädigungsbedingtheit seelischer Leiden; hier aber werde schon der Bestand eines solchen Leidens verneint.

An der Verwertung des Gutachtens sieht das Berufungsgericht sich nicht deshalb gehindert, weil die Sachverständigen in dem Beweisbeschluß des Landgerichts vom 17. Oktober 1973 nicht benannt und der früheren Bevollmächtigten des Klägers insoweit unrichtige Auskünfte gegeben worden seien: Mit Schreiben vom 12. November 1973 habe die Bevollmächtigte um namentliche Benennung der Sachverständigen gebeten. Darauf habe sie von der Berichterstatterin des Landgerichts die Antwort erhalten, die medizinische Abteilung der Universitätsklinik Homburg sei mit

der Erstattung des Gutachtens beauftragt worden. Als die Bevollmächtigte daraufhin mit Schreiben vom 20. Dezember 1973 erneut um Benennung der Sachverständigen dem Namen nach gebeten und einer Begutachtung durch Prof. Dr. Witter und Prof. Dr. Luthe vorsorglich widersprochen habe, habe sie zur Antwort erhalten, daß die Begutachtung durch diese Sachverständigen nicht vorgesehen sei. In dieser Sachbehandlung sieht das Berufungsgericht keinen erheblichen Verfahrensmangel. Die falsche Auskunft habe offensichtlich zum Teil darauf beruht, daß dem Landgericht damals die an die medizinische Universitätsklinik in Homburg versandten Gerichtsakten nicht vorgelegen hätten. Sie habe sich auf das Verfahren nicht ausgewirkt und den Kläger in der Geltendmachung seiner Rechte nicht beschränkt. Seine frühere Prozeßbevollmächtigte und sein jetziger Anwalt hätten den richtigen Sachverhalt noch vor der Schlußverhandlung der ersten Instanz erfahren. Im Schriftsatz vom 1. Oktober 1974 sei auf die unrichtigen Auskünfte hingewiesen worden, der Kläger also in der Lage gewesen, rechtzeitig ein Ablehnungsgesuch gegen den Sachverständigen Prof. Dr. Luthe anzubringen (§ 406 Abs. 2 Satz 2 ZPO), zumal seiner Bevollmächtigten das Gutachten des Sachverständigen seit März und die Terminsladung seit Mai 1974 vorgelegen hätten.

Der Kläger habe jedoch im Schriftsatz vom 1. Oktober 1974 wegen der geschilderten Sachbehandlung die Einholung eines Obergutachtens erbeten. Auf die Beanstandung der Berufung sei daher zu prüfen, ob ein Verfahrensmangel insoweit vorliege, als das Landgericht die medizinischen Sachverständigen nicht namentlich benannt, sondern "die medizinische und die neuropsychiatrische Klinik der Universität" beauftragt habe. Das sei nicht der Fall. Die Auswahl des Sachverständigen dürfe im Entschädigungsrecht, zumal im Blick auf das Bedürf-

nis nach besonderer Beschleunigung der Untersuchung wegen der Regelung in Art. VI Nr. 1 Abs. 6 BEG-SchlußG, dem Klinikvorstand übertragen werden.

Die Revision wendet sich gegen die Verwertung des Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. Luthe, das ein psychisches Leiden des Klägers verneint. Sie bekämpft die Zurückweisung der insoweit vom Kläger erhobenen Einwendungen, bleibt damit aber ohne Erfolg.

Das gilt zunächst für die Rüge, Prof. Dr. Luthe sei nicht prozeßordnungsgemäß mit der Erstattung des Gutachtens beauftragt worden (§ 209 Abs. 1 BEG, § 404 ZPO), sein Gutachten sei also nicht das eines gerichtlich ernannten Sachverständigen und deshalb unverwertbar.

Soweit die Revision dazu vorbringt, der Gutachtenauftrag sei nur an die medizinische Klinik der Universität Homburg an der Saar gerichtet gewesen, übersieht sie, daß in dem Beweisbeschluß vom 17. Oktober 1973 "die medizinische und die neuropsychiatrische Klinik" der Universität genannt sind. Mit letzterer ist offensichtlich, wovon auch das Berufungsgericht ausgeht, das in Entschädigungssachen bei in Frankreich lebenden Klägern häufig in Anspruch genommene Institut für gerichtliche Psychologie und Psychiatrie der Universität des Saarlandes unter der damaligen Leitung des Prof. Dr. Witter mit dem Oberarzt Prof. Dr. Luthe gemeint. Die Entschädigungskammer des Landgerichts hat diesen Beschluß später nicht geändert. Nur die Berichterstatterin hat die unrichtige Auskunft erteilt, der Direktor der medizinischen Universitätsklinik sei mit der Erstattung des Gutachtens beauftragt worden und eine Begutachtung durch die Professoren Witter und Luthe nicht vorgesehen.

Weiter beanstandet die Revision, § 404 ZPO sei deshalb verletzt, weil das Berufungsgericht auf Grund eines Gutachtens des Prof. Dr. Luthe entschieden habe, obwohl nicht dieser als Einzelperson zum Sachverständigen ernannt, sondern angeordnet worden sei, das Gutachten von einer Universitätsklinik einzuholen. Der Verfahrensverstoß, den die Revision darin sieht, ist jedenfalls nach § 295 ZPO heilbar und hier durch rügelose Verhandlung geheilt worden. Denn der Kläger hat den Mangel bei der nächsten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 2. Oktober 1974 nicht beanstandet. Das Sitzungsprotokoll weist keine Rüge aus, und in dem Schriftsatz des Prozeßbevollmächtigten vom 1. Oktober 1974, der in der Verhandlung überreicht wurde, bat dieser um die Einholung eines Obergutachtens, weil die Begutachtung "entgegen der Verfügung vom 9.1.1974" dennoch durch das gerichtsmedizinische Institut der Universität Homburg/Saar erfolgt sei. Damit rügte er nicht, daß das Landgericht das Verfahrensrecht durch die Beauftragung einer Klinik statt einer Einzelperson verletzt habe. Die - möglicherweise - mangelhafte Prozeßhandlung ist also nach § 295 Abs. 1 ZPO als gültig zu behandeln, und zwar auch in der Berufungsinstanz (§ 530 ZPO aF). Deshalb braucht nicht entschieden zu werden, ob der vom Berufungsgericht mit beachtlichen Gründen vertretenen Auffassung, im Entschädigungsrechtsstreit dürfe die Auswahl des Sachverständigen dem Vorstand einer Klinik überlassen werden, in Fortführung der mit BGH RzW 1965, 466 Nr. 19 und 1967, 229 eingeleiteten Rechtsprechung gefolgt werden kann.

Die Revision führt aus, entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts habe der Kläger schon vor dem Landgericht ein Ablehnungsgesuch (§ 406 ZPO) gegen den Sachverständigen Prof. Dr. Luthe gestellt. Das trifft nicht zu. Die Witwe des zunächst bestellten Prozeßbevollmächtigten, von deren Bevollmächtigung das Berufungsgericht offenbar ausgeht, hat mit Schriftsatz vom 20. Dezember 1973 "vorsorglich einer Beauftragung der Herren Prof. Dr. Luthe bzw. Prof. Dr. Witter im Interesse des Klägers" widersprochen. Der Schriftsatz enthält weder einen Ablehnungsgrund (§§ 406 Abs. 1 Satz 1, 42 Abs. 2 ZPO) noch gar dessen Glaubhaftmachung (§ 406 Abs. 3 ZPO). Er sollte die Auswahl des Sachverständigen beeinflussen, nicht aber einen bereits ernannten Gutachter ablehnen (§ 406 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

Entgegen der Ansicht der Revision enthält auch der in der Schlußverhandlung des Landgerichts am 2. Oktober 1974 überreichte Schriftsatz vom 1. Oktober 1974 kein Ablehnungsgesuch. Wie bereits dargelegt, begründete er die Bitte um Einholung eines Obergutachtens damit, daß "entgegen der Verfügung vom 9.1.1974" die Begutachtung doch durch das gerichtsmedizinische Institut der Universität Homburg/Saar erfolgt sei. Damit wurde der Sachverständige Prof. Dr. Luthe weder abgelehnt noch ein Ablehnungsgrund auch nur genannt. Zu einer Frage des Gerichts (§ 139 ZPO), ob Prof. Dr. Luthe als Sachverständiger abgelehnt werde, bestand kein Anlaß.

Der Kläger hat die Ablehnung erst in der Berufungsbegründung ausgesprochen. Das Berufungsgericht hält die Ablehnung für verspätet, wie sich den Entscheidungsgründen seines Urteils entnehmen läßt. Diese Beurteilung ist der Nachprüfung durch das Revisionsgericht entzogen (§§ 548, 567 Abs. 3 ZPO, § 209 Abs. 1 BEG).

Unzutreffend ist die Rüge, die tatrichterliche Sachbehandlung habe den Kläger in der Geltendmachung seiner Rechte beschränkt. Nach § 406 Abs. 2 Satz 1 ZPO ist das Ablehnungsgesuch bei schriftlicher Begutachtung vor Einreichung des Gutachtens anzubringen. Nach diesem Zeitpunkt ist die Ablehnung zulässig, wenn glaubhaft gemacht wird, daß der Ablehnungsgrund vorher nicht geltend gemacht werden konnte (Satz 2 aaO). Hier konnte das Ablehnungsgesuch gestellt werden, nachdem das schriftliche Gutachten des Prof. Dr. Luthe den Parteien im März 1974 mitgeteilt worden war. Damit wußte der Kläger, daß trotz des Widerspruchs seiner Bevollmächtigten und entgegen der Auskunft der Berichterstatteerin des Landgerichts doch Prof. Dr. Luthe in Ausführung des Beweisbeschlusses vom 17. Oktober 1973 als Sachverständiger tätig geworden war. Jetzt bestand Gelegenheit, Bedenken gegen seine Unparteilichkeit in der Form eines Ablehnungsgesuches nach § 406 ZPO vorzutragen.

Das Berufungsgericht prüft die erst im zweiten Rechtszug vorgebrachten Ablehnungsgründe bei der Beweiswürdigung. Das ist verfahrensrechtlich richtig und erledigt den Einwand der Revision, dem Kläger sei durch die Sachbehandlung in den Tatsacheninstanzen das rechtliche Gehör verweigert worden. Ihr Angriff dagegen, daß das Berufungsgericht sich bei der Beurteilung der angeblichen psychischen Gesundheitsschäden des Klägers dem Gutachten des Prof. Dr. Luthe angeschlossen und von der Einholung eines weiteren Gutachtens abgesehen hat, zeigt keinen Verfahrensfehler auf.

Eine verfahrensrechtliche Pflicht zur Einholung eines Obergutachtens besteht nur ausnahmsweise, so bei besonders schwierigen Fragen oder bei groben Mängeln des vorhandenen

57

Gutachtens. Im Regelfall ist die Ablehnung des Antrags auf Einholung eines Obergutachtens kein Verfahrensverstoß (BGH MDR 1953, 605). Hier wird das Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. Luthe nicht wegen schwerwiegender inhaltlicher Mängel im Einzelfall für unzureichend gehalten, und es wird auch nicht geltend gemacht, der Fall des Klägers werfe besonders schwierige Fragen auf. Die Revision greift die Verneinung eines psychischen Leidens des Klägers durch das Berufungsgericht auf Grund des Gutachtens des Prof. Dr. Luthe deshalb an, weil der Sachverständige "umstritten", "entschädigungsfeindlich" sei, und weil er in einem medizinisch-wissenschaftlichen Streit über die Verfolgungsbedingtheit seelischer Schäden eine den Antragstellern ungünstige Außenseitermeinung vertrete. Zu letzterem legt das Berufungsgericht bedenkenfrei dar, bei der völligen Verneinung eines psychischen Leidens stelle sich die Frage nach Ursachen nicht. Anzeichen für eine Voreingenommenheit des Sachverständigen im Sinne einer Entschädigungsfeindlichkeit sieht das Berufungsgericht nicht. Es weist die Behauptung der Berufung zurück, die Homburger Klinik erstatte in Entschädigungssachen grundsätzlich nur negative Gutachten, und führt aus, Prof. Dr. Luthe habe ebenso wie alle sonst im Laufe der Jahre zugezogenen Psychiater überwiegend den um Entschädigung nachsuchenden Klägern ungünstige Gutachten erstattet, weil häufig Feststellungsschwierigkeiten bestünden und der Prozeßvortrag sowie privatärztliche Atteste falsch oder übertrieben seien. Damit tritt es dem Vorwurf, der Sachverständige sei entschädigungsfeindlich, im Rahmen seiner tatrichterlichen

Verantwortung für die Auswahl des Sachverständigen entgegen.  
Davon, daß seine Entscheidung insoweit der Begründung ermangele (§ 551 Nr. 7 ZPO), kann nicht die Rede sein.

Mai

Zorn

Fuchs

Dr. Thumm

Portmann