

Bundessozialgericht

1 RA 243/63

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

Verkündet am
23. Juli 1965

Kläger und Revisionskläger,

g e g e n

Beklagte und Revisionsbeklagte,

hat der 1. Senat des Bundessozialgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 23. Juli 1965,
durch

Bundesrichter Dr. Haug
Vorsitzender,

Bundesrichter Meyer und

Bundesrichterin Geysen,

Bundessozialrichter Lier und

Bundessozialrichter Aundgeburt

für Recht erl a s s e n t:

Das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-
Westfalen vom 3. Juli 1963 wird aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zu neuer Verhandlung und
Entscheidung an das Landessozialgericht zurück-
verwiesen.

- 2 -

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87 a ff. UrhG geschützt.



- 2 -

G r ü n d e :

Der 1912 geborene Kläger begehrt Versichertenrente. Er hält sich für nervenleidend und erwerbsunfähig. Die Beklagte lehnte nach fachärztlicher Begutachtung den Antrag mit Bescheid vom 27. August 1959 ab. Im Klageverfahren begutachtete Dr. L. den Kläger (2.5.1960) mit dem Ergebnis: Zustand nach contusio cerebri, psychopathische Gesamtpersönlichkeit, Rentenneurose. Das Sozialgericht (SG) Düsseldorf wies die Klage ab (Urteil vom 8.9.1960).

Im Berufungsverfahren beantragte der Kläger, Prof. Dr. P., Rheinische Landeslinik Bonn, gemäß § 109 SGG zu hören (14.12.1960). Das LSG zog einen Befundbericht (Dr. S.) und ein für das Arbeitsamt erstattetes nervenfachärztliches Gutachten (Dr. H.) bei. Dann fragte es den Kläger, ob er den Antrag, Prof. Dr. P. zu hören, aufrechterhalte oder einen anderen Sachverständigen benenne (26.5.1961). Nach Erinnerung (2.8.1961) und Wiederholung der Anfrage (18.8.1961) teilte der Kläger mit, er sei mit einem Gutachten des Nachfolgers von Prof. Dr. P. einverstanden (11.9.1961). Das LSG verlangte die namentliche Benennung und Anschrift des jetzt gewünschten Gutachters sowie einen "genauen Antrag" und nicht nur ein "Einverständnis" (3.11.1961). Der Kläger benannte wieder Prof. Dr. P., jetzt München (14.11.1961). Am 6.11.1962 erging die Beweisanordnung, Prof. Dr. P., München, solle ein Gutachten erstatten; gleichzeitig wurde dem Kläger ein Kostenvorschuß von

- 3 -



- 3 -

700,-- DM, einzuzahlen bis 15. Dezember 1962, aufzugeben.

Darauf änderte der Kläger seinen Antrag. Er benannte nun den Direktor der Rheinischen Landesklinik für Hirnverletzte in Bonn als Gutachter und bat, die Einzahlungsfrist zu verlängern (29.11.1962). Das LSG verlangte wieder eine namentliche Benennung (30.11.1962). Der Kläger meinte dazu, mit der Angabe "Direktor der Rheinischen Landesklinik für Hirnverletzte in Bonn" sei der gewünschte Arzt individuell bestimmbar (6.12.1962). Das LSG blieb bei dem Verlangen nach namentlicher Benennung (11.12.1962).

Darauf benannte der Kläger nun als Gutachter den Nervenfacharzt Dr. S. (1.3.1963). Das LSG fragte, ob der Kläger an eine ambulante oder stationäre Untersuchung denke, und stellte für den ersten Fall eine Herabsetzung des Kostenvorschusses in Aussicht (11.3.1963). Der Kläger wünschte eine ambulante Untersuchung und bat um Herabsetzung des Vorschusses (26.3.1963).

Darauf erließ das LSG die Beweisanordnung vom 2. April 1963 mit der Bestellung des Dr. S. als Sachverständigen und verlangte vom Kläger einen Kostenvorschuß von 400,-- DM, einzuzahlen bis 15. Mai 1963. Mit Schreiben vom 17. Mai 1963, eingegangen beim LSG am 21. Mai 1963, bat der Kläger, die Einzahlungsfrist bis 30. Juni 1963 zu verlängern; das Sozialamt habe ihm eine Beihilfe für das Gutachten in Aussicht gestellt, die Bewilligung und Auszahlung könne noch einige Zeit dauern. Am 20. Juni 1963 ging der Vorschuß ein. Am 21. Juni 1963 wurde der Kläger zur mündlichen Verhandlung für 3. Juli 1963 geladen. Im Termin beantragte er hilfsweise, ein Gutachten von Dr. S. nach § 109 SGG einzuholen. Das LSG wies die Berufung mit Urteil vom 3. Juli 1963 zurück.

- 4 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 4 -

Das LSG führte zur Begründung, weshalb es Dr. Schuppenhausen nicht gehört hat, unter Angabe von § 109 Abs. 1 Satz 2 SGG und unter Hinweis auf den Schriftwechsel im Berufungsverfahren sinngemäß aus, nach der Prozeßmaxime der Verfahrensbeschleunigung dürfe zur Einzahlung des Kostenvorschusses eine angemessene Frist gesetzt werden. Der Kläger habe die Frist von reichlich einem Monat verstreichen lassen. Er habe diese Säumnis weder durch die nach Fristablauf eingegangene Bitte um Zeitaufschub noch durch spätere Einzahlung des Kostenvorschusses heilen können. In der Fristversäumung sei nicht ein einmaliger Mangel zu erblicken, sondern es sei der letzte Ausdruck eines über geraume Zeit hindurch geübten prozessualen Fehlverhaltens, das nicht beliebig lang hingenommen werden könne. Das Verhalten des Klägers sei ein grob nachlässiges Prozessieren und ein verantwortungsloses und rücksichtsloses Mißbrauchen der Regelung des § 109 SGG. Deshalb habe der Kläger das Recht, sich auf § 109 SGG zu berufen, mit Ablauf der gesetzten Einzahlungsfrist endgültig verwirkt. Die Revision wurde nicht zugelassen.

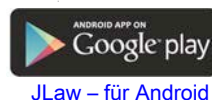
Der Kläger rügt in der Revision eine Verletzung des § 109 SGG. Das Recht auf Anhörung eines bestimmten Arztes könne nur aus den Gründen des § 109 Abs. 2 SGG abgelehnt werden. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze über die Verwirkung seien nicht anzuwenden. Aber selbst bei anderer Rechtsauffassung sei die Ablehnung der Anhörung des benannten Gutachters hier ermessensfehlerhaft. Das Versäumen der Einzahlungsfrist führe nicht zur Verwirkung des Rechts aus § 109 SGG. Der Antragsteller müsse nur mit einer Anberaumung des Termins ohne Gutachten rechnen. Er

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 5 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 5 -

könne trotz Ablauf der Einzahlungsfrist bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung den Vorschuß einzahlen und dadurch die Anhörung des benannten Arztes durchführen lassen. Er habe den Vorschuß noch vor Erhalt der Ladung eingezahlt. Bereits zwei Tage nach Ablauf der Zahlungsfrist habe er um eine zeitlich begrenzte Verlängerung unter Hinweis auf die Beihilfe des Sozialamts gebeten. In diesem Verhalten könne keine Verschleppungsabsicht erblickt werden. Er habe im übrigen mit einer Verlängerung rechnen dürfen, weil weder unmittelbar nach Ablauf der Frist Termin anberaumt wurde noch das Gericht den Verlängerungsantrag ausdrücklich abgelehnt habe. Das LSG habe sein Ermessen fehlerhaft gehandhabt, indem es bei der nur geringfügigen Versäumung der Einzahlungsfrist das Antragsrecht als verwirkt angesehen habe.

Der Kläger beantragt, das Urteil des LSG Nordrhein-Westfalen vom 3. Juli 1963 aufzuheben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an dieses Gericht zurückzuverweisen.

Die Beklagte stellt keinen Antrag.

Die Revision ist frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden (§ 164 SGG). Sie ist nach § 162 Abs. 1 Nr. 2 SGG statthaft und begründet, denn der gerügte Verfahrensmangel liegt vor; es ist nicht ausgeschlossen, daß bei Vermeidung dieses Mangels die Entscheidung anders ausgefallen wäre. Das LSG hat sich bei der Ablehnung der Anhörung des Dr. S. nicht im Rahmen des § 109 SGG gehalten.

Im SGG ist nicht unmittelbar gesagt, welche Folgen die verspätete Einzahlung eines verlangten Kostenvorschusses nach Ablauf der dafür gesetzten Frist hat (§ 109 Abs. 1 Satz 2 SGG). Zur Beantwortung dieser Frage sind sachlich

- 6 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 6 -

Ähnliche Regelungen im zivilprozessualen Verfahren heranzuziehen (§ 202 SGG). Dies sind § 379 der Zivilprozeßordnung (ZPO) und die erweiternde Vorschrift des § 114 Abs. 1 des Gerichtskostengesetzes (GKG). Nach § 379 ZPO soll das Gericht die Zeugenladung von der Hinterlegung eines Vorschusses durch den Beweisführer abhängig machen; erfolgt die Hinterlegung nicht binnen der bestimmten Frist, so unterbleibt die Ladung, wenn die Hinterlegung nicht so zeitig nachgeholt wird, daß die Vernehmung ohne Verzögerung des Verfahrens durchgeführt werden kann. Nach § 114 GKG hat derjenige, der eine Handlung des Gerichts beantragt, die mit Auslagen verbunden ist, einen Vorschuß zu zahlen; das Gericht soll die Vornahme der Handlung von der vorherigen Zahlung des Vorschusses abhängig machen. Der entsprechenden Heranziehung des § 379 Abs. 2 ZPO steht nicht entgegen, daß dieser Paragraph im allgemeinen Beweisaufnahmeverfahren nach §§ 103, 106 SGG nicht anwendbar ist (§ 118 Abs. 1 SGG), denn § 109 SGG stellt insofern eine Ausnahme von § 103 SGG dar.

Das Recht des Gerichts, eine Frist zur Einzahlung des Vorschusses zu setzen, ergibt sich im Zivilprozeß aus § 379 Abs. 2 ZPO. Die Rechtsprechung hat sogar eine Pflicht des Gerichts zur Fristsetzung angenommen; nach RG in JW 1938, 3136 ist die Fristsetzung aus Gründen der Rechtssicherheit und Klarheit notwendig. Entsprechendes gilt für das sozialgerichtliche Verfahren. Das LSG hat in der Beweisanordnung vom 2. April 1963 zu Recht eine - richterliche - Frist zur Einzahlung bestimmt.

- 7 -



- 7 -

Das LSG konnte diese Frist nicht verlängern, denn der Verlängerungsantrag ging erst nach Ablauf der Frist ein (vgl. Baumbach, ZPO, 26. Aufl., Anm. 3 zu § 224 ZPO). Es hat damit, daß es den Antrag vom 17. Mai 1963 nicht ausdrücklich beantwortete, auch nicht stillschweigend eine weitere Frist, etwa bis 30. Juni 1963 entsprechend dem Vorschlag des Klägers, genehmigt. Dies ist aus der kurz darauf ergangenen Terminsanberaumung zu ersehen. Die Einzahlung des Vorschusses ist somit verspätet erfolgt.

Die Folgen der verspäteten Einzahlung des Vorschusses ergeben sich entsprechend § 379 Abs. 2 ZPO. Die verspätete Einzahlung macht die Beweisordnung nicht hinfällig; die angeordneten Beweise sind vielmehr zu erheben, wenn dies ohne Verzögerung des Verfahrens möglich ist (vgl. JW 1938, 1271). Hier war es nicht möglich, die Beweisordnung vom 2. April 1963 noch bis zum Termin durchzuführen. Die Zeit zwischen dem Eingang des Kostenvorschusses (20.6.1963) und dem Termin der mündlichen Verhandlung (3.7.1963) war zu kurz. Laut Vermerk vom 21. Juni 1963 in den Akten des LSG hat Dr. S. mitgeteilt, daß die Erstellung eines Gutachtens mindestens drei Monate dauern würde. Es ist gerichtsbekannt, daß ein nervenfachärztliches Gutachten auch nach nur ambulanter Untersuchung nicht innerhalb von knapp zwei Wochen erstattet werden kann. Die genaue Aktendurchsicht, das Studium der medizinischen Fachliteratur, die Vorladung des Versicherten, die technischen Spezialuntersuchungen (EEG, Labor usw.), die psychiatrischen Untersuchungen, die Auswertung der Einzelbefunde und die Abfassung des Gutachtens erfordern längere Zeit. Das LSG hat sich somit, indem es Dr. S. nach Einzahlung des Vorschusses bis zum Termin nicht gutachtlich anhörte, im Rahmen des § 109 Abs. 1 Satz 2 SGG gehalten.

- 8 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 8 -

Der Kläger hat nicht schon durch die verspätete Vorschußzahlung und die Unmöglichkeit, das Gutachten bis zum Termin beizubringen, seine Rechte aus § 109 Abs. 1 Satz 1 SGG verloren. Wenn nach § 379 Abs. 2 ZPO nicht fristgemäß gezahlt wird, so unterbleibt zwar die Ladung; die Partei wird aber dadurch mit ihrem Beweismittel nicht ausgeschlossen. Ihr Beweisantrag kann, wenn sie ihn weiter aufrechterhält, nur aus den Gründen der §§ 279, 283, 529 ZPO zurückgewiesen werden (vgl. Baumbach aaO Anm. zu § 379 ZPO; Wieczorek, ZPO, Anm. B II zu § 379 ZPO; Stein/Jonas/Schönke, Anm. II zu § 379 ZPO). Diesen Vorschriften der ZPO entspricht der Abs. 2 des § 109 SGG. Der Kläger konnte daher grundsätzlich seinen Antrag auf Anhörung des Dr. S. in der mündlichen Verhandlung am 3. Juli 1963 aufrechterhalten, indem er ihn laut Sitzungsniederschrift wiederholte. Dieser Antrag war dann gemäß Abs. 2 des § 109 SGG zu überprüfen. Dies ist nicht geschehen.

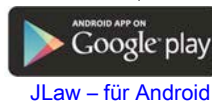
Das LSG hat sich bei der Ablehnung des Antrags nicht auf Abs. 2 des § 109 SGG bezogen, sondern den Antrag als "Verwirkt" angesehen. Zwar gilt auch im prozeduralen Verhalten der Grundsatz von Treu und Glauben (Baumbach aaO Einleitung III 6 A) und formelle Prozeßbefugnisse können daher "verwirkt" werden (vgl. BSG 7, 112, 115, 199, 200). Dabei ist ^{aber} zu beachten, daß das Rechtsinstitut der Verwirkung aus dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Vertrauensschutz entwickelt wurde (BSG 7, 200 f) und bei § 109 Abs. 1 SGG schwer zu erkennen ist, inwiefern das Aufrechterhalten eines Antrags nach § 109 SGG mit Rechtssicherheit und Vertrauensschutz der Be-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 9 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 9 -

klagten nicht vereinbar sei. Bevor eine Verwirkung geprüft wird, sind zunächst die besonderen Vorschriften, die bestimmte Rechte einschränken, anzuwenden. Abs. 2 des § 109 SGG kann nicht durch die Annahme einer Verwirkung ausgeschaltet werden, wenn das Verhalten, das die Verwirkung begründen soll, wie hier, seiner Art nach unter § 109 Abs. 2 SGG (Verschleppen, grobe Nachlässigkeit) fallen würde. Das LSG hätte daher den Antrag des Klägers vom 3. Juli 1963 nach § 109 Abs. 2 SGG prüfen müssen. Indem es dies unterlassen hat, ist sein Verfahren fehlerhaft.

Die Ausführungen des LSG darüber, aus welchen Gründen das Recht des Klägers nach § 109 Abs. 1 Satz 1 SGG verwirkt sei, genügen nicht, um zu beurteilen, ob es im Ergebnis zu Recht den Antrag des Klägers abgelehnt hat. Das LSG bezeichnet die Handlungsweise des Klägers als grob nachlässiges Prozessieren und als ein verantwortungs- und rücksichtsloses Mißbrauchen. Es stellt es also auf ein Verschulden des Klägers ab; denn grobe Nachlässigkeit, verantwortungsloses und rücksichtsloses Mißbrauchen sind wesentlich subjektiv bestimmt. Das LSG hat jedoch den subjektiven Tatbestand nicht genügend geprüft. Es hat das Verhalten des Klägers bis zu dem Antrag vom 1. März 1963, Dr. S. zu hören, nicht als so schwerwiegend angesehen, daß es gemäß § 109 Abs. 2 SGG diesen Antrag von vornherein abgelehnt hätte. Es hat vielmehr im Rahmen seines Ermessens durch den Erlaß der Beweisanordnung vom 2. April 1963 gezeigt, daß es in dem Verhalten des Klägers seit Einlegung der Berufung bis zu dieser Beweisanordnung keinen Grund zur Ablehnung nach Abs. 2 des § 109 SGG gesehen hat. Somit mußte nach Erlaß der Beweisanordnung ein entsprechendes schwerwiegendes Verhalten des Klägers neu

- 10 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 10 -

hinzukommen, das die Voraussetzungen des Abs. 2 des § 109 SGG erfüllt und etwa auch das bisherige Verhalten in einem anderen Licht erscheinen ließ. Das LSG sieht das hinzugekommene mißbräuchliche Verhalten darin, daß der Kläger erst einige Tage nach Fristablauf um Verlängerung gebeten und erst gut einen Monat nach Fristablauf den Vorschuß geleistet hat. Es sieht darin "den letzten, nicht mehr steigerungsfähigen Ausdruck eines über geraume Zeit hindurch geübten Fehlverhaltens". Es meint damit wohl, der Kläger habe schuldhaft das Verfahren weiter verschleppt. Zur Begründung dieser Meinung hätte es aber im einzelnen ermitteln müssen, weshalb der Kläger den Antrag auf Fristverlängerung (17.5.1963) erst einige Tage nach Ablauf der Frist gestellt und weshalb er den Kostenvorschuß erst 5 Wochen nach Fristablauf gezahlt hat. Es hätte prüfen müssen, ob dieses Verhalten des Klägers entschuldbar ist oder nicht (vgl. die Verschuldensprüfung bei Versäumung gesetzlicher Verfahrensfristen nach § 67 SGG).

Das LSG hat rückschauend auch das Verhalten des Klägers von der Berufungseinlegung bis zu dem Antrag vom 1. März 1963 als grob nachlässiges Prozessieren beurteilt. Bei der Begründung dafür sind ebenfalls Unvollständigkeiten und Widersprüche zu erkennen.

Das LSG beanstandet, daß die Anfrage vom 26. Mai 1961 erst nach Erinnerung und Wiederholung im September 1961 beantwortet wurde; es hat jedoch nicht geprüft, ob der Kläger die erste Anfrage im Mai 1961 schuldhaft nicht beachtet hat - der Kläger gab damals an (11.8.1961), die Anfrage liege ihm nicht vor.

Ferner beanstandet das LSG, daß der Kläger auf die Beweisanordnung vom 6. November 1962 mit Einzahlungs-

- 11 -



- 11 -

frist bis 15. Dezember 1962 keine Kosten vorgeschossen hat. Es hat bei diesem Vorwurf außer acht gelassen, daß der Kläger am 29. November 1962 auf Prof. Dr. P. ver z i c h t e t, den Klinikdirektor in Bonn benannt und eine Verlängerung der Einzahlungsfrist im Hinblick auf die Höhe des Verlangten Vorschusses und auf das bevorstehende Weihnachten beantragt hat. Das LSG hat damals die Benennung des Klinikdirektors nicht/ausreichend angesehen und keine neue, auf diesen lautende Beweisanordnung erlassen. Es kann deshalb dem Kläger nicht vorwerfen, daß er die 700,- DM nicht eingezahlt hat.

Ausserdem hat das LSG bei seinen Ausführungen über die lange Dauer der Verhandlungen nicht berücksichtigt, daß zwischen dem Antrag vom 14. November 1961 auf Anhörung von Prof. Dr. P., München, und der darauf ergangenen Beweisanordnung vom 6. November 1962 ein ganzes Jahr liegt, das nicht allein zu Lasten des Klägers geht.

Wegen dieser Mängel entspricht das angefochtene Urteil nicht dem Gesetz (§§ 109, 128 Abs. 1 SGG). Die Revision ist deshalb begründet. Das Urteil des LSG ist aufzuheben und der Rechtsstreit an die Vorinstanz zurückzuverweisen. Diese wird den Antrag vom 3. Juli 1963 gemäß § 109 Abs. 2 SGG zu überprüfen haben.

Die Kostenentscheidung bleibt dem abschließenden Urteil des LSG vorbehalten.

