

Aktenzeichen:

8 RV 597/62

I m N a m e n d e s V o l k e s

In Sachen

Zugestellt

am 5. August 1963

Klägers und Revisionsklägers,

g e g e n

Beklagten und Revisionsbeklagten,

hat der 8. Senat des Bundessozialgerichts gemäß §§ 165, 153 Abs. 1, 124 Abs. 2 des Sozialgerichtsgesetzes ohne mündliche Verhandlung am 4. Juli 1963 unter Mitwirkung von

Senatspräsident S t e n g e l
als Vorsitzenden,

Bundesrichter P e t e r s e n
und Bundesrichter Dr. N e u h a u s
als weiteren Berufsrichtern,

Bundessozialrichter W a g e n s c h w a n z
und Bundessozialrichterin R e i f f
als ehrenamtlichen Richtern,

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landessozialgerichts Berlin vom 17. Mai 1962 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an dieses Gericht zurückverwiesen.

V o n R e c h t s w e g e n .

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



- 2 -

G r ü n d e :

Der Kläger leistete vom Oktober 1939 bis zum 8. Mai 1945 Kriegsdienst. Vom 1. Juli 1942 bis 3. November 1942 wurde er wegen einer im Wehrdienst aufgetretenen und am 29. Juni 1942 bemerkbar gewordenen Gelbsucht im Reservelazarett Bielefeld stationär behandelt, hatte anschließend etwa drei Wochen Genesungsurlaub und wurde sodann noch für zwei Monate g.v.H. geschrieben.

Aus Anlaß der Erkrankung seiner Ehefrau im Juli 1948 an einer Rippenfellentzündung wurde auf ärztliches Anraten beim Kläger am 22. September 1948 eine Röntgenaufnahme der Lunge gefertigt, die eine rechtsseitige cirrhotische Lungentuberkulose ergab. Im Jahre 1949 erkrankte der Kläger erneut an einer Gelbsucht, Ende 1950 machte die Lungentuberkulose einen 4 1/2-monatigen Krankenhausaufenthalt (1. November 1950 bis 20. März 1951) - mit Anlegung eines Pneumotorax im Februar 1951 - erforderlich.

Am 14. Dezember 1950 beantragte der Kläger die Gewährung von Versorgung wegen der bei ihm bestehenden Lungentuberkulose, die er auf den Kriegsdienst bei der schweren Eisenbahnflak zurückführte.

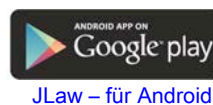
Nach versorgungsärztlicher Untersuchung und gutachtlicher Stellungnahme (Dr. ~~R=====~~) lehnte das Versorgungsamt (VersorgA) I Berlin den Antrag des Klägers auf Versorgung mit Bescheid vom 20. August 1952 ab, weil der Beginn der Lungentuberkulose während der Zeit des Wehrdienstes nicht wahrscheinlich sei. Der Widerspruch hatte keinen Erfolg.

Im Klageverfahren hat das Sozialgericht (SG) Berlin ein lungenfachärztliches Gutachten des Dr. ~~W=====~~ in Berlin eingeholt, der sowohl den zeitlichen als auch den ursächlichen Zusammenhang zwischen Wehrdienst und Lungentuberkulose bejaht hat. Das SG hat sich diesem Gutachten angeschlossen und den Beklagten unter Aufhebung der Bescheide vom 20. August 1952 und 9. Juni 1954 am 19. April 1956 verurteilt, beim Kläger eine rechtsseitige cirrhotische Lungenspitzen- und Obergeschoßtuberkulose ohne Bazillenauswurf im Sinne der Entstehung als Versorgungsleiden anzuerkennen; die Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE) des Klägers hat das SG für die Zeit vom 1.

- 3 -



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



- 3 -

Juli 1950 bis 31. Dezember 1951 auf 100 v.H., für das Jahr 1952 auf 70 v.H., für das Jahr 1953 auf 60 v.H., für das Jahr 1954 auf 50 v.H. und für die Zeit vom 1. Januar 1955 an auf 40 v.H. festgesetzt.

Im Berufungsverfahren vor dem Landessozialgericht (LSG) Berlin hat der Beklagte geltend gemacht, es sei beim Kläger keine wehrdienstbedingte Schädigung nachgewiesen, die in die Nachkriegszeit nachgewirkt und ihn für eine spätere Infektion besonders anfällig gemacht habe. Die erst im Jahre 1948 festgestellte Lungentuberkulose könne deshalb nicht als Schädigungsfolge angesehen werden. Das LSG hat zu der vom Beklagten für seine Auffassung vorgelegten gutachtlichen Stellungnahme des Lungenfacharztes Dr. W===== und zu den Auskünften der Dres. H===== und St===== noch ein Fachgutachten der Lungenfachärztin Dr. H=====Gräfin von H===== eingeholt, die mangels ausreichender Brückensymptome einen ursächlichen Zusammenhang mit wehrdienstbedingten Schädigungen verneint hat, wenn auch eine dahingehende Möglichkeit nicht ausgeschlossen sei. Auf Antrag des Klägers hat das Berufungsgericht nach § 109 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) sodann ein weiteres lungenfachärztliches Gutachten des Chefarztes Dr. A===== eingeholt, der - auch im Hinblick auf eine Minderung der Widerstandskraft des Klägers infolge der 1942 durchgemachten Gelbsucht - die Voraussetzung für die Anerkennung des ursächlichen Zusammenhangs bei nachträglich festgestellter Lungentuberkulose bejaht hat. Auf eine vom Beklagten beigebrachte fachinternistische Stellungnahme des Dr. P===== ist Dr. A===== in einem Nachtragsgutachten bei seiner Auffassung geblieben, daß die Folgen der Gelbsucht 1945 noch nicht überwunden gewesen seien, zumal es auch 1949 wiederum zu einer Gelbsucht gekommen sei. Das LSG hat schließlich noch ein Gutachten des beratenden Arztes des SG Berlin, Dr. ===== eingeholt, nach dessen Auffassung eine Infektion zwischen 1942 und 1947 zwar als möglich anzusehen, aber doch nicht wahrscheinlich ist.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht hat der Kläger, der zusammen mit seinem Prozeßbevollmächtigten

- 4 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 4 -

erschienen war, beantragt, die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des SG mit der Maßgabe zurückzuweisen, daß seine MdE seit dem 1. Januar 1956 30 v.H. betrage; hilfsweise hat er beantragt, nach § 109 SGG noch ein fachärztliches Gutachten des Leberspezialisten Prof. Dr. B==== darüber einzuholen, "ob die im Jahre 1942 aufgetretene schwere Gelbsucht wahrscheinlich die Resistenz des Klägers in den Jahren 1943 bis 1947 wesentlich gemindert hat".

Das LSG hat mit Urteil vom 17. Mai 1962 auf die Berufung des Beklagten das Urteil des SG Berlin vom 19. April 1956 aufgehoben und die Klage abgewiesen. Es sei nicht wahrscheinlich, daß die beim Kläger bestehende Lungentuberkulose bereits durch eine Infektion während des Wehrdienstes entstanden sei, zumal die vom Kläger geltend gemachten Bruchsymptome nicht als solche angesehen werden könnten. Ebenso wenig sei - in Übereinstimmung mit den Gutachten Dr. H====-Gräfin von H===== und Dr. N===== - wahrscheinlich, daß eine wehrdienstbedingte Schwächung der Widerstandskraft des Klägers durch die im Jahre 1942 durchgemachte Gelbsucht oder durch die Mangelernährung während des Krieges bei der Entstehung der Lungentuberkulose einen wesentlichen Einfluß ausgeübt habe. Eine Entscheidung über den im Termin zur mündlichen Verhandlung gestellten Hilfsantrag des Klägers, nach § 109 SGG noch ein fachärztliches Gutachten des Leberspezialisten Prof. Dr. B==== darüber einzuholen, "ob die im Jahre 1942 aufgetretene schwere Gelbsucht wahrscheinlich die Resistenz des Klägers in den Jahren 1943 bis 1947 wesentlich gemindert hat", hat das LSG nicht getroffen, weder durch besonderen Beschluß noch im angefochtenen Urteil; der Hilfsantrag ist im Urteil auch nicht angeführt. Das LSG hat die Revision nicht zugelassen.

Gegen dieses ihm am 29. Juni 1962 zugestellte Urteil des Berufungsgerichts hat der Kläger mit Schriftsatz vom 16. Juli 1962, eingegangen beim Bundessozialgericht (BSG) am 18. Juli 1962, Revision eingelegt. Mit der am 8. September 1962 - nach Verlängerung der Revisionsbegründungsfrist bis zum 29. September 1962 - eingegangenen Revisionsbegründung rügt er die Verletzung der Vorschriften der §§ 103, 128 Abs. 1 SGG, eine Verkennung des Wahrschein-

- 5 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 5 -

lichkeitsbegriffs (§ 1 Abs. 3 des Bundesversorgungsgesetzes - BVG -) und insbesondere eine Verletzung des § 109 SGG. Das LSG habe über den in der mündlichen Verhandlung am 17. Mai 1962 nach § 109 SGG gestellten Antrag auf Anhörung des Leberspezialisten Prof. Dr. B. nicht entschieden und ihn einfach übergangen, obwohl in diesem Antrag das Beweisthema ausdrücklich bezeichnet gewesen sei.

Der Kläger beantragt,

unter Aufhebung des angefochtenen Urteils
der Klage stattzugeben,

hilfsweise,

das Urteil des LSG Berlin vom 17. Mai
1962 aufzuheben und die Sache zur erneu-
ten Verhandlung und Entscheidung an das
LSG zurückzuverweisen.

Der Beklagte beantragt,

die Revision als unzulässig zu verwerfen.

Er hält das angefochtene Urteil für zutreffend.

Auf den Schriftsatz des Klägers vom 4. September 1962 und auf
den des Beklagten vom 31. Oktober 1962 wird verwiesen.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung durch Urteil
ohne mündliche Verhandlung (§ 124 Abs. 2 SGG) einverstanden er-
klärt.

Der Kläger hat die Revision form- und fristgerecht eingelegt
und begründet. Da das LSG die Revision nicht zugelassen hat,
ist sie nur statthaft, wenn ein wesentlicher Mangel des Ver-
fahrens gerügt wird (§ 162 Abs. 1 Nr. 2 SGG) und auch vorliegt
(BSG 1, 150), oder wenn bei der Beurteilung des ursächlichen
Zusammenhanges einer Gesundheitsstörung oder des Todes mit ei-
ner Schädigung im Sinne des BVG das Gesetz verletzt ist (§ 162
Abs. 1 Nr. 3 SGG).

Der Kläger hat gerügt, daß das LSG gegen die Vorschriften der
§§ 103, 109, 128 Abs. 1 SGG, 1 Abs. 3 BVG verstoßen habe. Hier-

- 6 -



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



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

- 6 -

bei genügt es für die Statthaftigkeit der Revision, wenn eine vom Kläger erhobene Rüge durchgreift; in einem solchen Falle braucht auf weitere Rügen, welche die Revision ebenfalls statthaft machen könnten, nicht eingegangen zu werden (vgl. BSG im SozR SGG § 162 Bl. Da 36 Nr. 122).

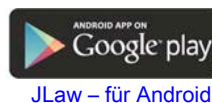
Im vorliegenden Falle hat das LSG, wie der Kläger zutreffend gerügt hat, den § 109 SGG verletzt. Nach dieser Vorschrift (Abs.1) muß auf Antrag des Beteiligten ein bestimmter Arzt gutachtlich gehört werden, wobei die Anhörung allerdings davon abhängig gemacht werden kann, daß der Antragsteller die Kostenvorschießt und vorbehaltlich einer anderen Entscheidung des Gerichts endgültig trägt. Diese Vorschrift mit der Verpflichtung des Gerichts, einem Antrag auf Anhörung eines bestimmten Arztes zu entsprechen, und mit der Möglichkeit des Beteiligten, die Anhörung gegebenenfalls auch entgegen dem Willen des Gerichts zu erzwingen, stellt eine Ausnahme und eine Durchbrechung des im sozialgerichtlichen Verfahren geltenden Grundsatzes der Amtsermittlungspflicht des Gerichts (§ 103 SGG) dar. Sie dient, als zwingende Verfahrensvorschrift aus rechtsstaatlichen Gründen ergangen, der Gleichbehandlung der Beteiligten vor Gericht bei der Beschaffung von Beweismitteln (BSG 2, 255, 256). Ein Verstoß gegen § 109 Abs. 1 SGG, der das darin niedergelegte Recht erheblich beeinträchtigt, stellt deshalb grundsätzlich einen wesentlichen Mangel des Verfahrens dar. Trotzdem besteht für das Gericht die Möglichkeit, einen nach § 109 Abs. 1 SGG gestellten Antrag abzulehnen, nämlich wenn durch die Zulassung des Antrages die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werden würde und der Antrag nach der freien Überzeugung des Gerichts in der Absicht, das Verfahren zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit nicht früher vorgebracht worden ist (§ 109 Abs. 2 SGG).

Im Berufungsverfahren hat der Kläger im Termin zur mündlichen Verhandlung am 17. Mai 1962 neben seinem Sachantrag - wie bereits dargelegt - den Hilfsantrag nach § 109 SGG gestellt, "ein fachärztliches Gutachten von Prof. Dr. B==== als Leberspezialisten darüber einzuholen, ob die im Jahre 1942 aufgetretene schwere Gelbsucht wahrscheinlich die Resistenz des Klägers in den Jahren

- 7 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 7 -

1943 bis 1947 wesentlich gemindert hat". Damit hat der Kläger sein Begehren, daß nach § 109 SGG verfahren werden sollte, sowie das von ihm gewünschte Beweisthema und den Namen des zu hörenden Arztes seines Vertrauens genau bezeichnet, ohne daß aus der Fassung des Antrages, nämlich als Hilfsantrag neben dem Haupt- (Sach-)antrag, Bedenken hergeleitet werden können. Denn der Antrag auf Anhörung eines bestimmten Arztes nach § 109 SGG kann auch hilfsweise gestellt werden, nämlich für den Fall, daß dem Sachantrag nicht oder nicht in vollem Umfange entsprochen wird (vgl. BSG im SozR SGG § 109 Bl. Da 10 Nr. 17). Dabei kann hier nicht zweifelhaft sein, daß auch der Kläger seinen Hilfsantrag nach § 109 SGG lediglich für den Fall gestellt hat, daß das LSG seinem Sachantrag nicht entsprechen würde. Der Wirksamkeit des Antrages stand auch nicht entgegen, daß der Kläger ihn erst in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht gestellt hat; denn der Antrag nach § 109 SGG auf Anhörung eines bestimmten Arztes kann grundsätzlich in jeder Phase des Verfahrens, d.h. bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung gestellt werden (vgl. BSG 2, 258), ohne daß einer solch späten Antragstellung notwendig und immer eine Verschleppungsabsicht oder eine grobe Nachlässigkeit im Sinne des § 109 Abs. 2 SGG zugrunde liegen müßte. Im übrigen mußte das Gericht, wenn es dem Antrag aus den Gründen des § 109 Abs. 2 SGG nicht stattgeben zu können glaubte, Tatsachen feststellen, aus denen sich in Hinblick auf die Antragstellung erst in der letzten mündlichen Verhandlung eine Verschleppungsabsicht oder eine grobe Nachlässigkeit des Antragstellers ergeben hätte, und es mußte insbesondere - und in jedem Falle - über einen solchen Antrag entscheiden, sei es durch besonderen Beschluß oder in dem der mündlichen Verhandlung folgenden Urteil. Der Antragsteller hat ein Anrecht darauf, zu wissen, aus welchen Gründen seinem Antrag nicht stattgegeben worden ist. Daran kann im vorliegenden Falle auch die Tatsache nichts ändern, daß es sich bei dem am 17. Mai 1962 gestellten Antrag des Klägers um den zweiten im Berufungsverfahren nach § 109 SGG gestellten Antrag gehandelt hat und das LSG dem ersten Antrag auf gutachtliche Anhörung des

- 8 -

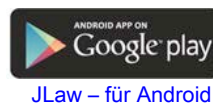


JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Dr. A===== bereits stattgegeben hatte. Denn der Wortlaut des Gesetzes, daß auf dahingehenden Antrag ein bestimmter Arzt gutachtlich gehört werden muß (§ 109 Abs. 1 SGG), beschränkt die Pflicht des Gerichts nicht darauf, nur einen einzigen Gutachter nach § 109 SGG zu hören. Das Wort "ein" ist hier nicht Zahlwort, sondern unbestimmter Artikel; anders jedenfalls läßt sich die Zielsetzung des § 109 SGG, dem Berechtigten die Beurteilung des medizinischen Sachverhalts durch einen Arzt seines Vertrauens zu ermöglichen, z.B. in solchen Fällen nicht oder nicht ausreichend verwirklichen, in denen mehrere Ärzte verschiedener Fachgebiete gehört werden müssen, nach der ersten Begutachtung neue Leiden auftreten, das erste Gutachten vom Prozeßgegner angegriffen wird oder sonstige neue Gesichtspunkte eine zweite oder weitere Stellungnahme durch den bereits angehörten oder einen anderen Arzt erforderlich machen. Das bedeutet, daß das Gericht verpflichtet ist, selbst zu derselben Beweisfrage einen zweiten Arzt gutachtlich zu hören, wenn besondere Umstände ein solches Verlangen rechtfertigen (vgl. BSG im SozR SGG § 109 Bl. Da 8 Nr. 14). Das bedeutet gleichzeitig, daß das Gericht die Anhörung eines zweiten oder weiteren Arztes zu derselben Beweisfrage dann verweigern kann, wenn das Verlangen des Berechtigten nicht durch besondere Umstände gerechtfertigt ist. Aber auch zu dieser Frage muß das Gericht, ebenso wie zu der bereits erörterten einer etwaigen Verschleppungsabsicht oder groben Nachlässigkeit, Feststellungen treffen und sodann über den Antrag ausdrücklich entscheiden. Das einfache Übergehen eines nach § 109 SGG gestellten Antrages, wie es das LSG ohne Feststellungen zu treffen - z.B. darüber, ob es sich bei dem zweiten Antrag um dieselbe Beweisfrage wie beim ersten Antrag gehandelt hat - vorliegend getan hat, geht nicht an. Wie das BSG bereits mehrfach entschieden hat (BSG 7, 241; BSG im SozR SGG § 109, Bl. Da 18, Nr. 26), ist eine einen Antrag nach § 109 SGG ablehnende Entscheidung auch zu begründen, gleichgültig ob die Ablehnung durch besonderen Beschluß oder in den Urteilsgründen erfolgt. Denn nur dann hat die höhere Instanz, vorliegend das Revisionsgericht, die Möglichkeit, die Ablehnung auf ihre Zulässigkeit zu überprüfen. Das Berufungs-

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



- 9 -

gericht hat im Falle des Klägers den am 17. Mai 1962 nach § 109 SGG gestellten Antrag überhaupt übergangen; es hat ihn weder geprüft, noch darüber entschieden. Weder die Niederschrift über die mündliche Verhandlung noch die Urteilsgründe erwähnen eine Stellungnahme des LSG zu dem Antrag. Ein in der mündlichen Verhandlung verkündeter Beschluß über den Antrag aus § 109 SGG wäre als wesentlicher Vorgang in der Verhandlung in die Niederschrift aufzunehmen gewesen (§ 122 Abs. 1 Satz 2 SGG). Da dies nicht geschehen ist, gegen die Richtigkeit des Protokollinhalts aber nur der Nachweis der Fälschung möglich ist (§ 164 der Zivilprozeßordnung - ZPO -, § 122 Abs. 3 SGG), liegt ein Beschluß des LSG über den Antrag nicht vor. Ebenso wird durch den Inhalt der Urteilsgründe bewiesen, daß sich das LSG auch bei der Sachentscheidung mit dem Antrag nach § 109 SGG nicht befaßt hat. Dies stellt einen wesentlichen Mangel im Verfahren des LSG dar.

Die Revision des Klägers ist danach statthaft. Sie ist auch begründet, denn es ist möglich, daß das LSG zu einem anderen, für den Kläger günstigeren Ergebnis gekommen wäre, wenn es die Vorschrift des § 109 SGG richtig angewandt hätte.

Das angefochtene Urteil war deshalb aufzuheben und die Sache, da das Revisionsgericht nicht selbst entscheiden konnte, zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 170 Abs. 2 Satz 2 SGG).

- 10 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 10 -

Die Entscheidung über die Kosten bleibt dem abschließenden Urteil vorbehalten.

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



JLaw – Gesetze und Urteile

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)