

SG-Verfahren - Zurückweisung der Berufung durch Beschluss - Ermessensentscheidung - Ermessensfehler - fehlerhafte Gerichtsbesetzung (§ 153 Abs. 4 SGG);

hier: Anmerkung zum BSG-Urteil vom 2.5.2001 - B 2 U 29/00 R - von Dr. Paul-Arthur ZEIHE, Hattingen, in "DIE SOZIAL-GERICHTSBARKEIT" 1/2002, 67-70

Das BSG hat mit Urteil vom 2.5.2001 - B 2 U 29/00 R - (HVBG-INFO 2001, 1691-1696) Folgendes entschieden:

#### **Leitsatz**

1. Die Entscheidung, die Berufung ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß gemäß § 153 Abs 4 SGG zurückzuweisen, steht im pflichtgemäßen Ermessen des Berufungsgerichts. Sie kann im Revisionsverfahren nur auf fehlerhaften Gebrauch (sachfremde Erwägungen, grobe Fehleinschätzung) überprüft werden.
2. Eine Verletzung des § 153 Abs 4 S 1 SGG führt zur unvorschriftsmäßigen Besetzung des Berufungsgerichts nur mit den Berufsrichtern und damit zum Vorliegen eines absoluten Revisionsgrundes gemäß § 202 SGG iVm § 551 Nr 1 ZPO.

#### **Orientierungssatz**

Eine Nachholung einer unterlassenen Ablehnungsentscheidung in oder mit der abschließenden Entscheidung kann jedenfalls dann, wenn der Beteiligte auf die Ablehnungsentscheidung des Prozeßgerichts auf eine die Endentscheidung möglicherweise beeinflussende Weise hätte reagieren können, den Verfahrensmangel nicht heilen.

#### **Anmerkung:**

Dem Urteil kann nur bedingt zugestimmt werden. Der erste Leitsatz gibt die inzwischen gefestigte Rechtsprechung von BVerwG und BSG wieder. Gegen ihn ist nichts zu erinnern, wohl aber gegen die Annahme, dass die Entscheidung des LSG auf einer groben Fehleinschätzung beruhe (I). Hinsichtlich des zweiten Leitsatzes ist zu prüfen, ob bei Verletzung von § 153 Abs. 4 Satz 1 SGG gleichzeitig eine solche des § 551 Nr. 1 ZPO vorliegt (II). Endlich ist zu untersuchen, welche rechtliche Bedeutung es hat, wenn über ein Ablehnungsgesuch gegen einen Sachverständigen nicht durch gesonderten Beschluss (§ 406 Abs. 4 und 5 ZPO), sondern in dem Endurteil entschieden wird (III).

I.1 Soweit zu übersehen ist, handelt es sich um die erste Entscheidung des BSG, in dem eine grobe Fehleinschätzung bei Anwendung der Regelung über die Zurückweisung der Berufung durch Beschluss (§ 153 Abs. 4 SGG; vgl. auch § 130a VwGO) bejaht worden ist.

Der Gesetzgeber gibt dem LSG nach seinem Ermessen („kann“) die Möglichkeit, wenn es eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich hält (was nach Meyer-Ladewig, SGG, 6. Aufl., Rn. 16 zu § 153 und Behn, SozVers. 1993 S. 29f. nicht einmal einstimmig der Fall sein muss), durch Beschluss zurückzuweisen, wenn es die Berufung einstimmig für unbegründet hält.

Bei dem Hinweis, dass die Prüfung des richterlichen Beschlusses zur Anwendung des § 153 Abs. 4 SGG (§ 130a VwGO) durch die Rechtsmittelinstanz sich nur auf Ermessensfehler (sachfremde Erwägungen, grobe Fehleinschätzung) beziehe, handelt es sich nicht um Besonderheiten der genannten Regelungen. Es geht hier um einen Anwendungsfall der allgemeinen Grundsätze für die Überprüfbarkeit richterlicher Ermessensentscheidungen. Im Zusammenhang mit dem Ermessen bei einer Entscheidung durch Gerichtsbescheid hat das BVerwG darauf hingewiesen, dass es auf die Sicht des Rechtsmittelgerichts nicht ankomme (Urteil vom 15. 12. 1989 - 7 C 35.87 - E 84 S. 220 = NVwZ 1990 S. 963). Da in jener Sache in der Tat schwierige Rechtsfragen zu entscheiden waren, wird deutlich, dass Ermessensüberschreitungen nur in Extremfällen bejaht werden können.

2. Das BSG beginnt seine Darlegungen zu Recht mit Hinweisen auf die Bedeutung der mündlichen Verhandlung für das gerichtliche Verfahren. Dabei ist insbesondere Artikel 6 Absatz 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention vom 4. 11. 1950 (BGBl. II 1952 S. 685, 953) zu beachten, der jedermann das Recht gewährleistet, in seiner Sache von einem unabhängigen und unparteiischen

Gericht öffentlich gehört zu werden. Die Regelung gilt nicht ausdrücklich für vor den Verwaltungsgerichten zu verfolgende Ansprüche, wird aber auf die Klagebegehren, die zivilrechtlichen vergleichbar sind, z. B. Rentenansprüche entsprechend angewandt. Hinsichtlich der gesetzlichen Unfallversicherung siehe Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 29. 5. 1986 – 9/1984/81/128 – (NJW 1989 S. 652; vgl. auch Schmidt-Aßmann in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Einl. Rdnr 135).

Das BVerwG hat früher ohne Einschränkung verneint, dass Artikel 6 der Menschenrechtskonvention ein – zusätzliches – zweitinstanzliches Verfahren mit öffentlicher mündlicher Verhandlung gewährleiste, es genüge eine Tatsacheninstanz mit mündlicher Verhandlung in öffentlicher Sitzung (Urteil vom 18. 6. 1983 – 9 C 15.83 – Buchholz 312 Nr. 32; B vom 13. 7. 1989 – 7 CB 80.88 – Buchholz 451, 171 (Nr. 30)). In dem ausführlichen und lesenswerten Beschluss vom 12. 3. 1999 – 4 B 112.98 – (DVBl. 1999 S. 987) hat das BVerwG jetzt die Frage offen gelassen, ob eine mündliche Verhandlung in der ersten Tatsacheninstanz in allen Fällen genügt. Im Berufungsverfahren sei – so kann man die Erwägungen zusammenfassen – eine (weitere) mündliche Verhandlung dann nicht geboten, wenn hieraus keine für die Entscheidungsfindung bedeutsamen Erkenntnisse gewonnen werden könnten.

Wie wichtig in diesem Zusammenhang der Gesichtspunkt der Öffentlichkeit des Verfahrens ist, zeigt § 551 Nr. 6 ZPO, wonach die Verletzung der Vorschriften über die Öffentlichkeit absoluter Revisionsgrund ist.

Jedes Abweichen von der Regel der mündlichen Verhandlung ist Ausnahme und erfordert gewissenhafte richterliche Prüfung (vgl. Zeihe, SGG, 7. Aufl., Anm. 20 zu § 153). Ob eine mündliche Verhandlung entbehrlich ist (§ 153 Abs. 4 SGG), hängt nicht zuletzt von den berechtigten Interessen der Beteiligten ab (vgl. Meyer-Ladewig in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Rdnr. 5 zu § 130a).

Die Frage ist, ob das BSG dem LSG zu Recht einen Ermessensfehlergebrauch vorgeworfen hat. Dafür genügt es nicht, wenn eine mündliche Verhandlung sinnvoll hätte sein können, was man hier ohne weiteres bejahen kann; sie hätte geboten sein müssen.

3. Zu Beginn der Begründung weist der Senat auf die außergewöhnlich lange Verfahrensdauer hin. Insofern mag bemerkt werden, dass das Gesetz für die Anwendung der Vorschrift keine zeitliche Begrenzung kennt. Das haben das BSG mit Beschluss vom 13. 10. 1993 – 2 BU 79/93 (SozR 3-1500 § 153 Nr. 1 und das BVerwG mit Beschluss vom 16. 6. 1999 – 9 B 1084/98 – (NVwZ 1999 S. 1108) unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des § 130a VwGO im Einzelnen dargelegt. – „Eine eingehende Erörterung des umfangreichen, schwierigen Streitstoffs ... hätte sich dem LSG ... aufdrängen müssen.“ Auch über schwierige Berufungen kann durch Beschluss entschieden werden (Behn in Peters/Sautter/Wolff, Kommentar zur Sozialgerichtsbarkeit, 4. Aufl., Rdnr. 40 zu § 153 m. N.). Zudem muss hier an den im tatbestandlichen Teil des Urteils wiedergegebenen Geschehensablauf erinnert werden. Das LSG wollte Beweis erheben. Es hat sich um einen sachgerechten Fortgang des Verfahrens bemüht. Die Klägerin wollte sich aber weder untersuchen lassen noch eine Übersendung der bisher erstatteten Gutachten an den von dem Berichterstatter ernannten Sachverständigen erlauben. Im Falle der Zuwiderhandlung hat sie dem Senat strafrechtliche Konsequenzen angedroht. Man wird zwar davon ausgehen können, dass die Übermittlung von Gutachten und Attesten, die mit Einverständnis des Betroffenen eingeholt und Gegenstand der Akten geworden sind, an einen weiteren Sachverständigen zulässig ist und schon gar nicht einen Straftatbestand (etwa § 203 StGB) erfüllt, doch macht die Drohung der Klägerin mit strafrechtlichen Konsequenzen eine aggressive Willensrichtung deutlich, deren Berücksichtigung dem LSG nicht verübelt werden kann.

In der Anhörungsmitteilung vom 16. 2. 1999 ist als Begründung für die Erwägung, nach § 153 Abs. 4 SGG zu verfahren, dementsprechend sowohl auf die Weigerung der Klägerin, den Akteninhalt durch den vom Gericht ernannten Sachverständigen auswerten zu lassen, wie darauf hingewiesen worden, dass die Klägerin strafrechtliche Konsequenzen angedroht habe. Wenn die Klägerin, die schon in zweiter Instanz anwaltlich vertreten war (was in dem hier besprochenen Urteil nicht erwähnt wird), danach keine mündliche Verhandlung begehrt, dann ist nicht erkennbar, inwiefern sich dem LSG die Notwendigkeit einer solchen hätte aufdrängen müssen.

4. Das Gesagte gilt auch im Hinblick auf die von der Klägerin verweigerte Mitwirkung durch Duldung der Untersuchung durch Professor Dr. Ko.. Auch in dieser Hinsicht muss darauf verwiesen werden, dass die Klägerin anwaltlich vertreten war, weshalb das Gericht davon ausgehen durfte, dass ihr die Folgen ihrer Weigerung im Hinblick auf die Regeln der objektiven Beweislast von ihren Prozessbevollmächtigten vor Augen geführt würden. Deswegen reichte auch ein knapper schriftlicher Hinweis des Berichterstatters aus.

5. Eine mündliche Verhandlung soll sich auch deswegen aufgedrängt haben, weil die Klägerin nicht jede Mitwirkung an der Aufklärung abgelehnt, sondern dies ausdrücklich nur auf Professor Dr. Ko. begrenzt, alternative Gutachter benannt und hilfsweise einen Beweisantrag nach § 109 SGG gestellt habe.

Nimmt man diese Sätze ernst, so bedeuten sie, dass ein Kläger – entgegen den Grundsätzen des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens das Gericht nötigen dürfte, nur die Sachverständigen von Amts wegen zu bestellen, die ihm genehm sind. Kein Beteiligter hat aber ein Recht darauf, dass ein von ihm als sachverständig Benannter auch zum gerichtlichen Sachverständigen ernannt wird (§ 103 Satz 2 SGG).

Der Anspruch auf Einholung eines Sachverständigen-Gutachtens nach § 109 SGG war erschöpft. Das wussten die Rechtsanwälte der Klägerin auch. Es bedurfte keiner mündlichen Verhandlung, um dies zu erörtern.

Ich sehe hier die Gefahr, dass das BSG einer Prozesstaktik Vorschub leistet, die darin besteht, nach Erstattung eines dem Kläger/der Klägerin günstigen Gutachtens – hier wollte die Klägerin an der angenommenen MdE von 20 bis 60 vom Hundert nicht rütteln lassen – jede weitere Sachaufklärung zu blockieren, um hinterher bei einem auf die Beweislastregeln gestützten Urteil mangelnde Sachaufklärung zu rügen.

Nach alledem lässt sich nicht erkennen, „dass die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu rechtfertigen war und mithin gegen § 153 Abs. 4 Satz 1 SGG verstößt.“

6. In den Gründen folgt der Satz „Es ist unwiderleglich zu vermuten, dass die angegriffene Entscheidung auf diesem Verfahrensfehler beruht.“

Hier wird ein großes Wort gelassen ausgesprochen. Von einer nicht widerlegbaren Vermutung hinsichtlich der Ursächlichkeit eines Verfahrensmangels für die angegriffene Entscheidung kann man nur bei den absoluten Verfahrensmängeln sprechen (§ 551 ZPO – Eine Entscheidung ist stets auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen ...). § 551 ZPO enthält eine Regelung für ein § 153 Abs. 4 SGG oder § 130a VwGO vergleichbares Verfahren naturgemäß nicht, weil es die Alternative – Besetzung mit und Besetzung ohne ehrenamtliche Richter – nicht gibt. Dasselbe gilt für § 138 VwGO (siehe dazu unten II.2).

Geht es aber nicht um einen absoluten Revisionsgrund, so kommt es darauf an, ob die Entscheidung auf dem Verfahrensmangel beruhen kann, wenn also die Möglichkeit besteht, dass der Mangel das Urteil zu Lasten des Revisionsklägers beeinflusst hat (§ 160 Abs. 2 Nr. 3 SGG).

Diese Möglichkeit hätte das BSG aus seiner Sicht auch bejaht. Da ich aber (bisher) keine Verletzung von § 153 Abs. 4 SGG gefunden habe, hätte eine Aufhebung des Beschlusses ausscheiden müssen.

7. Da das BSG eine Verletzung von § 153 Abs. 4 Satz 1 SGG und von § 33 SGG bejaht hat, konnte es die weiteren Revisionsrügen ungeprüft lassen. Da vorstehend ein anderes Ergebnis gewonnen worden ist, soll auf sie eingegangen werden.

Die Klägerin hat mit der Revision unter anderem vorgetragen, dass sie sich im Falle einer Ablehnung ihres Befangenheitsantrags einer Begutachtungssituation gestellt hätte; sie habe sich zu keinem Zeitpunkt generell geweigert, sich begutachten zu lassen. Entscheidend ist jedoch nicht, ob die Klägerin sich von einem ihr genehmen Sachverständigen hätte untersuchen lassen, sondern ob sie sich bei Ablehnung ihres Antrags von Professor Dr. Ko. hätte untersuchen lassen. Insofern hatte sie aber vor dem LSG ohne jede Einschränkung erklärt, hierzu nicht bereit zu sein. Wenn sie im Revisionsverfahren Gegenteiliges vorträgt, ist diese Rüge wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben (widersprüchlichen Verhaltens im Verfahren) ausgeschlossen (BGHZ 50 S. 191, 196; BSG SozR 1300 § 105 Nr. 1 S. 5f).

Ein Verstoß gegen die Amtsermittlungspflicht (§ 103 SGG) ist nicht zu erkennen, da das LSG den Sachverhalt aufklären wollte. Wie es das tut, obliegt seiner pflichtgemäßen Beurteilung. Dabei ist es an Beweisanträge nicht gebunden (§ 103 Satz 2 SGG). Auch von einem Verstoß gegen § 109 SGG kann nicht die Rede sein, weil ein Antrag, die Professoren Dres H. und Hä. nach dieser Vorschrift gutachtlich anzuhören, nicht gestellt worden war. Zudem war das Antragsrecht schon verbraucht.

Die Rüge eines Verstoßes gegen § 128 SGG geht schon deswegen fehl, weil der Beweisbeschluss vom 2. 2. 1999 aufgehoben worden war. Damit stellte sich die Frage nach der Mitwirkungspflicht bei einer Begutachtung durch Professor Dr. Ko. nicht mehr. Die Ausführungen des LSG dazu sind bloße obiter dicta. Der Vorwurf, das LSG habe auch nicht geprüft, ob andere Beweismittel zur Verfügung gestanden hätten, ist nicht spezifiziert. Es ist auch nicht erkennbar, auf welche andere Weise als durch Einholung von Gutachten die medizinischen Fragen hätten geklärt werden können.

Soweit die Revision eine zweite Anhörungsmitteilung vermisst, übersieht sie, dass die Mitteilung, es verbleibe bei dem früheren Hinweis, ausreicht, weil zur Sache nichts Neues vorgetragen war, sich an der Prozesslage also nichts geändert hat (vgl. Meyer-Ladewig in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Rdnr. 10 zu § 130a). Endlich muss auch der Entscheidungsfindungsprozess nicht dokumentiert werden; es genügt der durch die Unterschrift der Richter gedeckte Hinweis, dass sie die Voraussetzungen von § 153 Abs. 4 SGG als erfüllt ansehen (vgl. BVerwG B vom 13. 12. 1983 - 9 B 1387/82 - NVwZ 1984 S. 792).

Auch die vorgenannten Rügen hätten also nicht zu einem Erfolg der Revision führen können.

II.1. Das BSG hat die weitere Rüge der Klägerin, dass das Gericht nicht in der von § 33 SGG vorgesehenen Besetzung entschieden habe, als begründet angesehen. § 202 SGG i. V. mit § 551 Nr. 1 ZPO sei verletzt.

In diesem Zusammenhang muss man sich vergegenwärtigen, dass bei Verletzung von § 153 Abs. 4 Satz 1, wenn also die Berufung nicht durch Beschluss allein der Berufsrichter hätte zurückgewiesen werden dürfen, in allen denkbaren Fällen feststeht, dass der Senat in der Besetzung unter Mitwirkung der ehrenamtlichen Richter hätte entscheiden müssen. Dieser zwangsläufige Umstand legt die Überlegung nahe, ob hier nicht eine Gesetzeskonkurrenz mit der Folge zu bejahen ist, dass § 153 Abs. 4 Satz 1 als die spezielle Norm die Anwendung der allgemeinen Regel des § 551 Nr. 1 ZPO ausschließt (Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 14. Aufl., § 60 I 3, S. 217; Larenz, Methodenlehre

der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., S. 266ff.). Für eine solche Ausschlusswirkung spricht nicht nur die erwähnte stete Gleichzeitigkeit der Normverletzung, sondern das vom Gesetzgeber eingeräumte Handlungsermessen für die Berufsrichter. Wenn diese sich hinsichtlich der Anwendbarkeit von § 153 Abs. 4 Satz 1 irren, dann geschieht das eben im Anwendungsbereich dieser Norm. Wenn die Vorschrift nicht hätte angewendet werden dürfen, dann steht schon deswegen fest, dass die ehrenamtlichen Richter hätten mitwirken müssen. So hat auch der 2. Senat in seinem Beschluss vom 13. 10. 1993 (a. a. O.) die Rüge, dass die ehrenamtlichen Richter nicht hinzugezogen worden seien, allein mit Hinweis auf § 12 Abs. 1 Satz 2 SGG, nicht aber unter Heranziehung von § 551 Nr. 1 ZPO beantwortet.

Ist aber nur § 153 Abs. 4 Satz 1 SGG verletzt, dann fehlt es an einem absoluten Verfahrensmangel. Ein Zwang zur Zurückverweisung nach Aufhebung des Beschlusses entfiel, worauf erneut hingewiesen werden mag, auch dann, wenn ein solcher vorläge (Zeihe, SGG, 7. Aufl., Anm. 6b bb zu § 170; ders. SGB 2001 S. 86 unter 7).

2. Auffällig ist, dass das BVerwG bei der revisionsrechtlichen Prüfung einen anderen Weg einschlägt. Soweit sich übersehen lässt, behandelt es bei Verletzung von § 130a VwGO die Besetzung des Gerichts überhaupt nicht, obwohl eine Reihe von Landesgesetzen auf der Grundlage von § 9 Abs. 3 VwGO die Mitwirkung ehrenamtlicher Richter vorsieht. Das BVerwG stützt seine Erkenntnisse auf den absoluten Revisionsgrund des § 138 Nr. 3 VwGO (Versagung des rechtlichen Gehörs), sei es, weil eine mündliche Verhandlung erforderlich gewesen wäre (Beschluss vom 22. 11. 1984 - 9 CB 171.83 - Buchholz 312 Nr. 40; Beschluss vom 10. 4. 1992 - 9 B 142/91 - NVwZ 1992 S. 890 = Buchholz 310 § 130a Nr. 5, vgl. § 2 des rheinland-pfälzischen Ausführungsgesetzes; Beschluss vom 8. 4. 1998 - 8 B 218/97 - NJW 1998 S. 2377), sei es, weil die Anhörungsmitteilung fehlte oder fehlerhaft war (Beschluss vom 3. 2. 1993 - 11 B 12/92 - NVwZ-RR 1994 S. 120, Art. 2 Abs. 2 des bremischen Ausführungsgesetzes).

Hier gilt mutatis mutandis das oben zu § 551 Nr. 1 ZPO Gesagte. Da in allen Fällen, in denen § 130a VwGO verletzt ist, auch das rechtliche Gehör betroffen ist, ist § 130a VwGO die spezielle Norm, welche die Anwendung der allgemeinen Norm ausschließt.

III.1. Die abschließenden Äußerungen über die Notwendigkeit, über ein Ablehnungsgesuch hinsichtlich eines Sachverständigen durch gesonderten Beschluss vor Erlass des Endurteils zu entscheiden, lassen sich nur als obiter dictum auffassen. Sie schließen nämlich an die Begründung für die Aufhebung des angefochtenen Urteils an und geben Hinweise für die Sachbehandlung nach der Zurückverweisung.

Nach dem von dem BSG mitgeteilten Sachverhalt erscheint es zweifelhaft, ob das Ablehnungsgesuch innerhalb der Zweiwochenfrist des § 406 Abs. 2 Satz 1 ZPO eingereicht worden ist. Der Beweisbeschluss ist am 4. 1. 1999 ergangen, die Klägerin hat den Sachverständigen aber erst mit Schriftsatz vom 2. 2. 1999 abgelehnt, nachdem sie sich vorher mit einer völlig anderen Begründung gegen die Erstattung eines Gutachtens durch Professor Dr. Ko. gewandt hatte. Falls die Frist nicht gewahrt worden war, wäre die Zurückweisung des Antrags zwangsläufig vorgegeben gewesen.

Sicher ist der Satz richtig, dass bei Aufhebung eines Beweisbeschlusses nach Ablehnung eines Sachverständigen nicht zum Nachteil des ablehnenden Beteiligten berücksichtigt werden dürfte, dass dieser die Sachaufklärung durch fehlende Mitwirkung verhindert habe. Man kann die Entscheidungsgründe des LSG in der Tat in diesem Sinne lesen. Sie können aber auch in dem Sinne verstanden werden, dass das LSG - wiederum als obiter dictum - nur im Nachhinein erklären wollte, dass die Klägerin auch bei Fortbestehen des Beweisbeschlusses und der deswegen erforderlichen

Entscheidung über das Ablehnungsgesuch mit diesem keine Aussicht auf Erfolg gehabt hätte. Die Ausführungen zur Beweislast tragen die Sachentscheidung des LSG allein.

Wichtig ist der Hinweis des BSG auf das Urteil vom 15. 3. 1995 – 5 RJ 54/94 – (SozR 3-1500 § 170 Nr. 5 = MDR 1996 S. 94). Darin weist der 5. Senat unter Anführung einer Reihe von Entscheidungen darauf hin, dass es rechtsfehlerhaft sei, den Beschluss über die Ablehnung eines Sachverständigen nicht vor der Sachentscheidung zu fassen. Das ist so selbstverständlich, dass es eigentlich nicht näher begründet werden müsste. – Betont werden muss jedoch, dass dort über einen Fall zu entscheiden war, in dem das LSG über ein Ablehnungsgesuch überhaupt nicht entschieden hatte. Wäre darüber in den Entscheidungsgründen befunden worden, wäre nach dem Urteil des BSG vom 31. 7. 1975 – 9 RV 540/74 – (SozR 1750 § 406 Nr. 1) hierüber von dem Rechtsmittelgericht zu befinden gewesen. Dabei ergibt sich eine Diskrepanz zur Rechtsprechung des BGH.

Dieser hat mit Urteil vom 4. 12. 1958 – III ZR 169/57 (NJW 1959 S. 293) – ausgesprochen, dass das Revisionsgericht die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch wegen § 548 ZPO nicht prüfen dürfe. Dieser Verfahrensmangel sei mit der Revision nicht angreifbar. Ein gesonderter Beschluss wäre gemäß § 567 Abs. 3 ZPO nicht mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar gewesen und könnte mithin auch gemäß § 548 ZPO nicht von dem Revisionsgericht geprüft werden. Diese Rechtsansicht hat der BGH mit Urteil vom 14. 11. 1978 – X ZR 11/75 – (NJW 1979 S. 720 – LS –) aufrechterhalten. Hiervon ist das BAG mit Urteil vom 31. 5. 1960 – 5 AZR 326/58 – (JZ 1960 S. 606 = AP Nr. 1 zu § 406 ZPO mit Anm. Baumgärtel) abgewichen. § 548 ZPO verbiete die Überprüfung von Entscheidungen, die entgegen § 406 Abs. 4 ZPO nicht durch Beschluss, sondern in den Urteilsgründen ergangen seien, nicht. Die Entscheidung des BGH hat das BAG offenbar übersehen, denn es zitiert nur das Reichsgericht. Dessen Argumentation, dass ein formgerecht erlassener Beschluss wegen § 567 Abs. 3 (jetzt: Abs. 4) ZPO ohnehin nicht hätte angefochten werden können, mutet ihn formalistisch an. Ich sehe hierin nur eine konsequente Gesetzesanwendung. Dies soll an einem Beispiel gezeigt werden:

Ginge man allgemein von der Auslegung des § 548 ZPO durch das BAG aus, dann wäre etwa auch der Beschluss, mit dem das Berufungsgericht Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist in den Entscheidungsgründen bewilligt hat, durch den Gegner mit der Rüge, Wiedereinsetzung hätte nicht bewilligt werden dürfen, angreifbar. Diese Konsequenz (entgegen § 67 Abs. 4 Satz 2 SGG; § 238 Abs. 3 ZPO) wird ernstlich niemand ziehen wollen.

Der BGH hat seine Rechtsauffassung bei einer Entscheidung zu § 515 Abs. 3 ZPO beibehalten und in dem Urteil vom 17. 10. 1966 – II ZR 230/64 – (BGHZ 46 S. 112 ff.) allgemein dahin gefasst, dass § 548 ZPO auch dann gelte, wenn die unanfechtbare Vorentscheidung des Berufungsgerichts nicht durch selbstständigen Beschluss ergangen, sondern in dem über das Rechtsmittel selbst entscheidenden Urteil oder Beschluss enthalten sei (a. a. O., S. 116; vgl. zu der Problematik auch: Leipold in Stein/Jonas, ZPO, 21. Aufl., Rdnr. 36 zu § 406; Damrau in Münchener Kommentar, Rdnr. 14 zu § 406; abweichend Walchshöfer in Münchener Kommentar, Rdnr. 6 zu § 548).

Das BAG konnte dem Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes die Rechtsfrage noch nicht vorlegen, weil das Gesetz hierüber erst am 1. 7. 1968 in Kraft getreten ist. Wenn aber jetzt ein oberstes Bundesgericht in einem Fall zu entscheiden hat, in dem das Berufungsgericht ein Ablehnungsgesuch hinsichtlich eines Sachverständigen erst in den Entscheidungsgründen beschieden und seine Begründung hierauf gestützt hat, ist dies unumgänglich.

Dabei halte ich das in dem hier besprochenen Urteil angeführte Argument für gewichtig. Der betroffene Beteiligte muss in der Tat die Möglichkeit haben, sich in seinem weiteren prozessualen Verhalten auf den Misserfolg seines Antrags einzustellen.

Anders wäre es jedoch dann, wenn ein Beweisbeschluss nicht ausgeführt oder ein eingeholtes Gutachten in dem Urteil nicht verwertet würde. Das könnte z. B. der Fall sein, wenn der Senat der Ansicht des Berichterstatters nicht folgt und die Berufung aus Rechtsgründen zurückweist. Dann bedarf es keiner gesonderten und vorherigen Entscheidung über das Ablehnungsgesuch.

2. Soweit das BSG am Ende seiner Gründe dem LSG vorhält, dass die Klägerin sich nicht in sachgerechter Weise auf die Auffassung des LSG, dass der Sachverständige Professor Dr. Ko nicht befangen sei, habe einstellen können, widerspricht es seinem eigenen Hinweis zu Beginn desselben Absatzes, dass der Ablehnungsantrag durch die Aufhebung der Beweisanordnung gegenstandslos geworden sei. Da der Beweisbeschluss bereits am 4. 2. 1999 aufgehoben worden ist und das LSG mit Schreiben vom 10. 5. 1999 deutlich gemacht hatte, dass es kein Gutachten von Professor Dr. H. einholen werde, hatte die rechtskundig vertretene Klägerin bis zu dem Beschluss vom 30. 6. 1999 hinreichend Zeit zu reagieren.

IV. Zusammenfassend ist festzustellen, dass den rechtlichen Erwägungen des BSG in dem besprochenen Urteil beizupflichten ist, dass aber ihrer Anwendung auf den Sachverhalt durch Bejahen einer groben Fehleinschätzung nicht gefolgt werden kann.

*Dr. Paul-Arthur Zeibe,  
Hattingen*