

L 8 U 1012/14

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Unfallversicherung
Abteilung
8
1. Instanz
SG Heilbronn (BWB)
Aktenzeichen
S 6 U 500/13
Datum
22.01.2014
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 8 U 1012/14
Datum
23.10.2015
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie

Urteil

Leitsätze

1. Die nach [§ 200 Abs. 2 SGB VII](#) gebotene Abgrenzung von Gutachten und beratungsärztlicher Stellungnahme verlangt ein Abstellen auf eine Kombination äußerer und innerer Faktoren. Inhaltlich liegt ein Gutachten nur dann vor, wenn vornehmlich eine eigenständige Bewertung der verfahrensentscheidenden Tatsachen im Sinne einer eigenen Beweiserhebung erfolgt und dies die ärztliche Äußerung prägt; während eine beratende Stellungnahme sich im Wesentlichen mit einem aktenkundigen (Vor-)gutachten im Sinne einer Beweiswürdigung auseinandersetzt.

2. Erweist sich eine getroffene gutachterliche Aussage wie in einer Beweiswürdigung folgerichtig nur als Ergebnis einer kritischen Auseinandersetzung mit dem zu besprechenden Gutachten, handelt es sich nicht um ein Gutachten. Weiter rechtfertigen eigenständige Überlegungen, die ohne Anknüpfung an Vorgutachten oder an die Aktenlage eingeführt werden, die Annahme eines Gutachtens auch dann nicht, wenn auf diese Überlegungen keine gutachterlichen Schlussfolgerungen gestützt werden.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Heilbronn vom 22. Januar 2014 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten darüber, ob eine von der Beklagten eingeholte und in ihren Akten dokumentierte Äußerung von Dr. Tä. vom 19.04.2011 aus den Verwaltungsakten der Beklagten zu entfernen ist.

Der 1940 geborene Kläger arbeitete zuletzt als (selbständiger) Estrich- und Fußbodenleger. Der Kläger bezieht in Folge eines Arbeitsunfalles am 28.04.1988 seit 01.02.1989 eine Rente nach einer MdE von 20 v. H ... Im Übrigen beehrte der Kläger in der Vergangenheit in verschiedenen Verfahren erfolglos Rentenleistungen (dazu vgl. beim Landessozialgericht Baden-Württemberg z.B. L 10 U 1008/98 und L 10 U 1921/02).

Am 23.09.2009 machte der Kläger erneut Leistungen wegen einer Erkrankung an der Lendenwirbelsäule als Berufskrankheit (BK) Nr. 2108 der Berufskrankheitenverordnung (BKV -) geltend. Die Beklagte holte vom Präventionsdienst die Stellungnahme zur Arbeitsplatzexposition vom 26.01.2010 ein, mit dem Ergebnis, dass der für die BK Nr. 2108 BKV erforderliche Richtwert erreicht sei. Außerdem erstellte der Chirurg Dr. K. am 12.08.2010 für die Beklagte ein Gutachten (Gutachtensauftrag vom 07.04.2010 auf Vorschlag des Klägers). Dr. K. gelangte zu dem Ergebnis, beim Kläger liege die Konstellation B 1 der Konsensempfehlungen und damit ein belastungskonformes Schadensbild vor. Der Verlauf der Erkrankung spreche für einen wesentlichen Ursachenzusammenhang. Er empfahl die Anerkennung der Lendenwirbelsäulenerkrankung als Berufskrankheit. Die Beklagte holte zum Gutachten des Dr. K. die "Beratungsärztliche Stellungnahme" des Dr. Th. vom 07.11.2010 ein. Er beantwortete die Fragen der Beklagten, setzte sich mit der Frage der Kausalität auseinander und gab an, dass angesichts der Erkrankungen die Fallkonstellation D2 vorliege, weshalb ein Ursachenzusammenhang nicht wahrscheinlich sei. Der Kläger beantragte gemäß [§ 84 Abs. 2 SGB X](#) die Herausnahme der Stellungnahme des Dr. Th. aus den Akten (Schriftsatz vom 02.02.2011). Mit Bescheid vom 24.02.2011 lehnte die Beklagte die Anerkennung einer BK Nr. 2108 BKV sowie den Antrag des Klägers auf Herausnahme der beratungsärztlichen Stellungnahme des Dr. Th. vom 08.11.2010 jeweils ab. Den hiergegen eingelegten Widerspruch des Klägers wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 15.06.2011 zurück. Hiergegen erhob der Kläger am 15.07.2011 beim Sozialgericht Heilbronn (SG) Klage (S 6 U 2597/11), das das auf Herausnahme der Stellungnahme von Dr. Th. gerichtete Klagebegehren des Klägers auf dessen Antrag (Schriftsatz vom 14.08.2012) mit Beschluss vom 20.08.2012 abtrennte und unter dem Aktenzeichen [S 6 U 2705/12](#) fortführte; mit Beschluss vom 04.01.2013 wurde die Klage S 6 U 2597/11 ausgesetzt. Mit Gerichtsbescheid vom 07.01.2013 ([S 6 U 2705/12](#)) verurteilte das SG die Beklagte, die medizinische Äußerung von Dr. Th. vom 08.11.2010 aus den Akten zu entfernen. Auf die hiergegen von der Beklagten

beim Landessozialgericht Baden-Württemberg eingelegten Berufung wurde mit rechtskräftigem Urteil vom 25.10.2013 ([L 8 U 541/13](#)) der Gerichtsbescheid des SG vom 07.01.2013 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Inzwischen hatte sich die Beklagte mit Schreiben vom 06.04.2011 unter Übersendung der Verwaltungsakten sowie radiologischer Befundunterlagen an Dr. Schr. mit der Bitte um beratungsärztliche Stellungnahme zur Aufklärung des medizinischen Sachverhaltes gewandt und um die Beantwortung bestimmter Fragen gebeten. Mit dem mit Briefkopf der Beklagten versehenen Schreiben vom 19.04.2011 legte Dr. Tä. (i.V.) die mit "Beratungsärztliche Stellungnahme" überschriebene Stellungnahme auf die Anforderung der Beklagten vom 06.04.2011 vor. In Beantwortung der gestellten Fragen führte Dr. Tä. in seiner Stellungnahme aus, die vorhandenen Unterlagen seien ausreichend. Dies gelte auch für die schriftliche Datenlage für den Gutachter Dr. "K" (gemeint ist Dr. K.), wobei allerdings die Tatsache, dass das alte Bildmaterial verlustig gegangen sei und erst ab 2009 Aufnahmen vorlägen, problematisch sei, womit die Problematik des Gutachtens beginne. Die Beurteilung sei durch fehlende Bilddokumente erschwert. Trotzdem helfe ein Blick auf die aktuellen Röntgenaufnahmen vom 17.06.2010 weiter. Dr. Tä. wertete die Röntgenaufnahmen aus und vertrat die Ansicht, dass das Verteilungsmuster mit der Einwirkung beim Heben, Tragen und Bücken biomechanisch nicht zu vereinbaren sei. Es erscheine nicht plausibel, dass Mitte der Neunzigerjahre altersvoraussetzende umformende Reaktionen vorgelegen haben sollen. In diesem Punkt sei dem Gutachter zu widersprechen. Das Gutachten sei auch nicht schlüssig. Dr. Tä. äußerte sich zum Zustandekommen der Konsensempfehlungen. Er gelangte zu der Ansicht, eine BK Nr. 2108 BKV lasse sich nicht hinreichend wahrscheinlich machen. Der Stellungnahme von Dr. Th. könne im Ergebnis gefolgt werden. Dr. Tä. nahm weiter zu den Argumenten (des Prozessbevollmächtigten) des Klägers Stellung. Der Schaden könne nicht einer zur Anerkennung empfohlenen Konstellation zugeordnet werden. Ganz wesentlich sei auch die Tatsache, dass die Belastungskonformität des Schadensbildes gänzlich fehle. Ein weiteres Gutachten hielt Dr. Tä. nicht für erforderlich.

Mit Schriftsatz vom 05.03.2012 (wiederholt mit Schriftsätzen vom 14.08.2012 und 12.09.2012) forderte der Kläger (durch seinen Prozessbevollmächtigten) die Herausnahme der Stellungnahme des Dr. Tä. gemäß [§ 84 Abs. 2 SGB X](#), da es sich um ein Gutachten handele und die Voraussetzungen des [§ 200 Abs. 2 SGB VII](#) nicht vorlägen.

Mit Bescheid vom 12.10.2012 lehnte die Beklagte den Antrag des Klägers auf Herausnahme der Stellungnahme des Dr. Tä. vom 14.04.2011 aus der Akte ab. Ein Lösungsanspruch nach [§ 84 SGB X](#) bestehe nicht, weil es sich bei der Äußerung von Dr. Tä. nicht um ein Gutachten handele und ein Verwertungsverbot daher nicht in Betracht komme. Der vom Kläger gegen diesen Bescheid eingelegte Widerspruch vom 08.11.2012 wurde von der Beklagten mit Widerspruchsbescheid vom 17.01.2013 zurückgewiesen.

Hiergegen erhob der Kläger am 04.02.2013 Klage beim Sozialgericht Würzburg, das die Klage - auf Antrag des Klägers - an das SG weiterleitete (Eingang 13.02.2012). Der Kläger machte zur Begründung seiner Klage geltend, der mittlerweile vorliegende Vertrag über "freie Mitarbeit" mit der K. Gutachterstelle erfasse Dr. Schr., Dr. B. sowie Dr. Tä. ... Dr. Schr. habe sich in extremer Schärfe negativ zu Probanden geäußert. Es sei davon auszugehen, dass die Grundhaltung, die Dr. Schr. wiedergebe, die Gesamtauffassung der Gesamtpraxis sei. Bereits aus diesem Grund sei ein Votum nicht zu berücksichtigen. Die formellen Voraussetzungen für einen vom Bundessozialgericht geforderten "gehobenen Dienstvertrag" für einen Beratungsarztvertrag, der im Sinne von [§ 200 Abs. 2 SGB X](#) privilegieren, seien von der Beklagten nicht dargelegt worden und lägen auch nicht vor. Weiter habe Dr. Tä. auf die Stellungnahme des Dr. Th. Bezug genommen und diese gestützt. Bei der Stellungnahme des Dr. Tä. handele es sich um ein Gutachten, für das die Voraussetzungen des [§ 200 Abs. 2 SGB VII](#) fehlten, weswegen es aus den Akten zu entfernen sei. Der Kläger berief sich auf sozialgerichtliche Rechtsprechung.

Die Beklagte trat der Klage entgegen.

Mit Urteil vom 22.01.2014 wies das SG die Klage ab. Es führte zur Begründung aus, der Kläger habe keinen Anspruch auf die Entfernung der medizinischen Äußerung von Dr. Tä. vom 19.04.2011. Offenbleiben könne, ob [§ 200 SGB VII](#) Anwendung finde. Der Kläger habe seine Obliegenheit verletzt, einen Verstoß rechtzeitig zu rügen. Eine Verletzung des Auswahlrechts werde mit dem Abschluss des Verwaltungsverfahrens grundsätzlich unbeachtlich. Eine Rüge des Klägers sei erst verspätet am 05.03.2012 erfolgt. Eine Ausnahme liege nicht vor.

Gegen das dem Prozessbevollmächtigten des Klägers am 29.01.2014 zugestellte Urteil richtet sich die vom Kläger durch seinen Prozessbevollmächtigten am 27.02.2014 eingelegte Berufung. Der Kläger hat zur Begründung ausgeführt, die Beklagte habe ihre Anfrage an Dr. Schr. gerichtet, während sich Dr. Tä. geäußert habe. Es sei von der Datenschutzlage her und mangels Auftrags an Dr. Tä. unzulässig, dass Dr. Schr. die ihm persönlich zugereichten Unterlagen einfach an eine Drittperson weiterreiche. Ein von der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts geforderter Dienstvertrag höherer Art sei bei der gegebenen Vertragsgestaltung "über freie Mitarbeit", bei der keine Weisungsbefugnis in Betracht komme, nicht in Einklang zu bringen. Soweit das SG davon ausgehe, seine Rüge am 05.03.2012 sei nicht unverzüglich erfolgt, habe das SG unzulässige Folgerungen gezogen. Tatsächlich habe sein Prozessbevollmächtigter durch Akteneinsicht keine Kenntnis einer beratungsärztlichen Äußerung von Dr. Tä. erhalten, die unter dem Briefkopf der BG Bau (fälschlicherweise) formuliert sei, d.h. bei oberflächlichem Blick sei dies für den Schriftverkehr der BG Bau gehalten worden und nicht für eine beratungsärztliche Stellungnahme eines Drittarztes. Die Frage einer Datenschutzverletzung im Sinne des SGB X einerseits und die weitere Fragestellung einer in den Rahmen des Datenschutzes eingebetteten Entscheidung zu einer beratungsärztlichen Stellungnahme andererseits ([§ 200 Abs. 2 SGB VII](#)) seien grundsätzlich nebeneinander zu sehen. Im Sinne des Datenschutzes sei Dr. Tä. "Dritter". Die Tatsache, dass diese Dritteigenschaft kaschiert werde, indem ein Briefkopf der BG Bau verwendet werde, werde als verräterisch gesehen und ändere nichts an der Drittenposition von Dr. Tä. gegenüber der Beklagten. Weiter habe das SG die Qualifikationen der Äußerung des Dr. Tä. offen gelassen. Tatsächlich sei die Äußerung als Gutachten zu qualifizieren. Der Kläger hat sich hierzu auf mehrere Erklärungen des Dr. Tä. bezogen, mit denen Dr. Tä. insbesondere eigene Positionen bezogen, sich als Gutachter bezeichnet und sich mit dem Gutachten des Dr. K. nicht beschäftigt habe. Weiter habe das SG das Urteil des LSG Baden-Württemberg - [L 8 U 541/13](#) - quasi ungeprüft herangezogen, wobei unübersehbar sei, dass sich das Gericht dieser Auffassung nicht anschließe. Tatsächlich seien die Verhältnisse hier völlig anders. Der Kläger hat sich auf eine Entscheidung des Hessischen LSG - [L 9 U 27/11](#) - berufen. Außerdem hat der Kläger ein Schreiben der Ärzte Dr. Schr., F. und Dr. Schu., der Einrichtung Interdisziplinäre Medizinische Begutachtung vom 09.08.2012 an das Sozialgericht Würzburg (zu einem Befangenheitsantrag des Prozessbevollmächtigten des Klägers im dortigen Rechtsstreit) vorgelegt. Nach diesem Schreiben sei davon auszugehen, dass die zum Ausdruck gebrachte Befangenheit auch Dr. Tä. mit umfasse, weshalb eine Nichtverwertbarkeit der Äußerung des Dr. Tä. ohnehin gegeben sei. Im Urteil [L 8 U 541/13](#) werde [§ 67 Abs. 10 SGB X](#) nicht hinreichend berücksichtigt.

Der Kläger beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Heilbronn vom 22. Januar 2014 sowie den Bescheid der Beklagten vom 12. Oktober 2012 in der Form des Widerspruchsbescheids vom 17. Januar 2013 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, die medizinische Äußerung Dr. Tä. vom 19. April 2011 aus den Akten zu entfernen, hilfsweise die Unverwertbarkeit festzustellen, hilfsweise die Revision zuzulassen.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte erachtet die umfänglichen Ausführungen des Klägers für nicht geeignet, der Berufung zum Erfolg zu verhelfen. Zwar sei formal Dr. Schr. um eine beratungsärztliche Stellungnahme gebeten worden. Dies könne aber lediglich im Innenverhältnis zwischen Beklagter und Beratungsärzten eine Rolle spielen, nicht aber im Außenverhältnis zum Kläger. Soweit der Kläger eine rechtserhebliche Diskrepanz zu dem vom Bundessozialgericht propagierten Dienstvertrag höherer Art vermute, könne dies vom konkreten Inhalt des Vertrages her nicht nachvollzogen werden. Eine wissenschaftlich umfassend begründete Expertise im Sinne eines Gutachtens lasse die Stellungnahme von Dr. Tä. nicht erkennen. Mangels Vorliegens eines Gutachtens dürfte es auf die Begründung des SG einer verspäteten Geltendmachung eines Verstoßes gegen das Gutachterausswahlrecht nicht ankommen. Falls doch, rechtfertige das Vorbringen des Klägers keine Ausnahme von der Regel. Aus dem vorgelegten Schreiben der Ärzte Dr. Schr., F. und Dr. Schu. könne eine Befangenheit des Dr. Tä. nicht abgeleitet werden. Die Beklagte hat sich auf das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 25.10.2013- [L 8 U 541/13](#) - berufen; ein im Wesentlichen gleich gelagerter Sachverhalt sei gegeben.

Die Beklagte hat den Vertrag über freie Mitarbeit zwischen der Beklagten und Dres. Schr., B. und Tä. vom 08.03.2010 sowie auf Aufforderung des Senats außerdem die Niederschrift über die förmliche Verpflichtung nichtbeamteter Personen sowie die Verpflichtung auf das Daten- und Geschäftsgeheimnis hinsichtlich Dres. Schr., B. und Tä. vorgelegt (Bl. 41/42, 51 und 52 Senatsakte). Hierzu hat der Kläger ausgeführt, die Niederschrift enthalte kein Datum. Es sei nicht anzunehmen, dass diese Schriftstücke zur gleichen Zeit geschrieben wurden seien, weshalb bestritten werde, dass die Niederschrift vor der von Dr. Tä. abgegebenen beratungsärztlichen Stellungnahme bestanden habe. Dr. Schr. habe seine Position im Verhältnis zu berufsgenossenschaftlichen Antragstellern unmissverständlich deutlich gemacht, wobei er auch im Namen des Dr. Tä. gesprochen habe. Hierzu hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 30.04.2015 Stellung bezogen.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt.

Wegen weiterer Einzelheiten des Sachverhaltes und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Akten des Senats sowie die beigezogenen Akten des SG und des Landessozialgerichts Baden-Württemberg sowie auf die Verwaltungsakten der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß [§ 151](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers, über die der Senat gemäß [§ 124 Abs. 2 SGG](#) mit Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung entschieden hat, ist gemäß [§§ 143, 144 SGG](#) zulässig, insbesondere als Anfechtungs- und Verpflichtungsklage ([§ 54 Abs. 1 S. 1, Abs. 4 SGG](#); zur Entscheidung durch Verwaltungsakt i.S.d. [§ 31 SGB X](#) vgl. BSG 21.03.2006 - [B 2 U 24/04 R, SozR 4-1300 § 84 Nr. 1](#) = juris RdNr. 25) statthaft, jedoch nicht begründet. Der streitgegenständliche Bescheid des Beklagten vom 12.10.2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17.01.2013 ist rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten. Das angefochtene Urteil des SG ist nicht zu beanstanden. Der Kläger wird durch die Ablehnung der Herausnahme der ärztlichen Äußerung von Dr. Tä. vom 19.04.2011 aus den Verwaltungsakten der Beklagten nicht in seinen Rechten verletzt (1.). Sein Hilfsantrag erweist sich demgegenüber als unzulässig (2.).

1. Rechtsgrundlage für das Begehren des Klägers auf Herausnahme der ärztlichen Äußerung von Dr. Tä. ist [§ 84 Abs. 2 S. 1 SGB X](#), wonach Sozialdaten (vgl. dazu [§ 65 Abs. 1 SGB X](#)) - wozu auch Gutachten und ärztliche Stellungnahmen über einen am Verwaltungsverfahren Beteiligten bzw. Teile hieraus gehören - zu löschen sind, wenn ihre Speicherung unzulässig ist; eine bloße Nutzung von Sozialdaten i.S.d. [§ 67 Abs. 7 SGB X](#), die unzweifelhaft vorliegt, begründet den Lösungsanspruch dagegen nicht. Speichern ist gemäß [§ 67 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 SGB X](#) das Erfassen, Aufnehmen oder Aufbewahren von Sozialdaten auf einem Datenträger zum Zwecke ihrer weiteren Verarbeitung oder Nutzung. Nach [§ 67c Abs. 1 S. 1 SGB X](#) ist das Speichern, Verändern oder Nutzen von Sozialdaten durch die in [§ 35 SGB I](#) genannten Stellen zulässig, wenn es zur Erfüllung der in der Zuständigkeit der verantwortlichen Stelle liegenden gesetzlichen Aufgaben nach dem SGB erforderlich ist und es für die Zwecke erfolgt, für die die Daten erhoben worden sind. Grundsätzlich nicht gespeichert werden dürfen Sozialdaten darüber hinaus auch dann, wenn sie einem Verwertungsverbot unterliegen. Ein solches Verwertungsverbot (zu den Anforderungen an ein Beweisverwertungsverbot vgl. BSG 18.01.2011 - [B 2 U 5/10 R](#) -, SozR 4-2700 § 200 Nr. 3 = juris RdNr. 33 ff) resultiert vorliegend nicht aus einem Verstoß gegen [§ 200 Abs. 2 SGB VII](#), weshalb offen gelassen werden kann (dazu vgl. BSG 11.04.2013 - [B 2 U 34/11 R](#), juris RdNr. 20 m.w.N.), ob [§ 200 Abs. 2 SGB VII](#) überhaupt ein solches Verwertungsverbot ausspricht (ablehnend jedenfalls für den Fall, dass die Verletzung des Auswahlrechts nicht rechtzeitig gerügt wurde: BSG 27.10.2010 - [B 2 U 17/09 R](#) - juris RdNr. 37; ebenso Hessisches LSG 18.08.2009 - [L 3 U 133/07](#), juris RdNr. 32; dagegen bejahend Hessisches LSG 23.03.2012 - [L 9 U 27/11](#), juris; SG Karlsruhe 12.03.2008 - [S 4 U 1615/07](#), juris RdNr. 35).

Gemäß [§ 200 Abs. 2 SGB VII](#) soll vor Erteilung eines Gutachtensauftrages der Unfallversicherungsträger dem Versicherten mehrere Gutachter zur Auswahl benennen; der Betroffene ist außerdem auf sein Widerspruchsrecht nach [§ 76 Abs. 2 SGB X](#) hinzuweisen und über den Zweck des Gutachtens zu informieren. Der Sachverständige bzw. dessen Gutachten stellen Beweismittel i.S.d. [§ 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB X](#) dar (Wagner in juris-PK SGB VII, § 200 RdNr. 32). Aufgabe des Sachverständigen ist es, seine besondere Sachkunde zur Verfügung zu stellen, aus Tatsachen konkrete Schlussfolgerungen zu ziehen, Kenntnis von Erfahrungssätzen zu vermitteln oder mit besonderem Fachwissen Tatsachen festzustellen (Wagner a.a.O.; Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 10. Auflage, § 118 RdNr. 11a ff; Kühl in Breitkreuz/Fichte, SGG, § 118 RdNr. 13 ff; Lang in Diering/Timme/Waschull, SGB X, 3. Auflage, § 21 RdNr. 17). Dagegen handelt es sich bei der beratungsärztlichen Stellungnahme nicht um ein Beweismittel, sondern um eine verwaltungsinterne Stellungnahme einer sachkundigen Person im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens.

Die Verpflichtungen des [§ 200 Abs. 2 SGB VII](#) bestehen nur, wenn es sich bei der ärztlichen Stellungnahme zunächst um ein Gutachten, nicht jedoch, wenn es sich um eine sog. beratungsärztliche Stellungnahme handelt. Das Gesetz selbst sieht sowohl in [§ 200 Abs. 2 SGB VII](#) als auch in anderen Gesetzen von einer Definition des Gutachtensbegriffs ab. Auch Gespräche zwischen dem Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit und den Unfallversicherungsträgern nach dem SGB VII waren nicht im Sinne einer allgemeinen

Definition des Gutachtensbegriffs erfolgreich (<http://www.bfdi.bund.de>). Jedoch haben sich in diesen Gesprächen Fallgruppen herausgebildet (dazu Rundschreiben des HVBG, Datenschutz 006/2003), in denen zwar nicht der Gutachtensauftrag definiert, aber Bereiche von Tätigkeiten dargestellt wurden, in denen der beratende Arzt eingesetzt wird, ohne dass die Berufsgenossenschaften dem Versicherten die Rechte des [§ 200 Abs. 2 SGB VII](#) zu gewähren haben (die Verlautbarung des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit a.a.O.). Danach wurde eine beratungsärztliche Tätigkeit in folgenden Fällen angenommen worden, wenn - es sich um die Erläuterung medizinischer Sachverhalte handelt, die auch für einen Sachbearbeiter nachlesbar wären; - es lediglich um die Beantwortung einfacher Fragen geht; - der beratende Arzt zu Verfahrenssteuerung eingesetzt wird. Einigkeit bestand damals (a.a.O.), dass eine beratende Stellungnahme nicht in Betracht komme, wenn - komplexe (Zusammenhangs-)Fragen zu beurteilen sind oder - ausführliche Zweitexpertisen zu bereits vorhandenen Gutachten abgefordert werden oder - die Absicht besteht, diese als Beweismittel in das Verwaltungsverfahren einzuführen. Entscheidendes Kriterium für die Abgrenzung sei der Gutachtensauftrag. Deshalb wurde zwischen dem Hauptverband der gewerblichen Berufsgenossenschaften, dem Bundesversicherungsamt und dem Bundesbeauftragten für den Datenschutz vereinbart, dass der Gutachtensauftrag schriftlich zu erteilen ist, und dass die Formulierung des Gutachtensauftrags so gefasst ist, dass sich aus dem Auftrag ergibt, ob es sich um einen Gutachtensauftrag im Sinne des [§ 200 Abs. 2 SGB VII](#) handelt, oder ob lediglich die Stellungnahme eines beratenden Arztes eingeholt werden soll (HVBG- Rundschreiben a.a.O.).

Die Rechtsprechung (BSG 11.04.2013 - [B 2 U 34/11 R](#), juris RdNr. 26 m.w.N.) hat dem allgemeinen Sprachverständnis folgend unter einem Gutachten nicht jedwede Äußerung oder Stellungnahme eines medizinischen oder technischen Sachverständigen zu einzelnen Aspekten des Verfahrensgegenstandes verstanden, sondern nur die umfassende wissenschaftliche Bearbeitung einer im konkreten Fall relevanten fachlichen Fragestellung durch den Sachverständigen (vgl. BSG vom 05.02.2008 - [B 2 U 8/07 R](#) -, [BSGE 100, 25](#) = [SozR 4-2700 § 200 Nr. 1](#) RdNr. 16 = juris RdNr. 16). Die Beantwortung der Fragen durch einen externen Sachverständigen ist jedoch kein konstitutives Merkmal für ein Gutachten. Letztlich wird in der Entscheidung des BSG vom 05.02.2008 davon ausgegangen, dass Gutachten auch von internen Beratungsärzten des Unfallversicherungsträgers erstellt werden können, diese Gutachten aber mangels "Übermittlung" an Dritte oder an andere Stellen nicht dem Anwendungsbereich des [§ 200 Abs. 2](#) 2. HS SGB VII unterfallen (Urteil a.a.O., RdNr. 20, 25, 44). Die Ausführungen des BSG vom 11.04.2013 - [B 2 U 34/11 R](#) -, juris RdNr. 26, beziehen sich insoweit auf den generellen Anwendungsbereich der nach [§ 200 Abs. 2](#) 2. HS SGB VII erforderlichen Belehrung zum datenschutzrechtlichen Widerspruchsrecht. Auch nach dieser Entscheidung sind an den Begriff des Gutachtens i.S.d. [§ 200 Abs. 2 SGB VII](#) hohe Anforderungen zu stellen (BSG a.a.O. juris RdNr. 39).

Zur Abgrenzung eines Gutachtens von einer beratungsärztlichen, mithin verwaltungsinternen Stellungnahme ist auf eine Kombination äußerer und innerer Faktoren abzustellen. Zu den äußeren Faktoren zählen z.B., ob die Verwaltung ein Gutachten angefordert oder der Arzt ausweislich seiner Selbstbezeichnung ein Gutachten erstellt, übersandt oder abgerechnet hat (BSG 18.01.2011 - [B 2 U 5/10 R](#), [SozR 4-2700 § 200 Nr. 3](#) = juris RdNr. 338; BSG 05.02.2008 - [B 2 U 10/07 R](#), juris RdNr. 26; BSG 05.02.2008 - [B 2 U 8/07 R](#), [BSGE 100, 25-43](#) = [SozR 4-2700 § 200 Nr. 1](#) = juris RdNr. 26; Bayerisches LSG 13.06.2013 - [L 17 U 239/11](#), juris RdNr. 27; LSG Nordrhein-Westfalen 11.10.2011 - [L 17 U 177/10](#), juris RdNr. 52; LSG Nordrhein-Westfalen 17.03.2010 - [L 17 U 191/09](#) - juris RdNr. 22; LSG Nordrhein-Westfalen 18.02.2009 - [L 17 U 216/08](#), juris RdNr. 19); die Länge der Stellungnahme als solche soll kein Kriterium sein (Hessisches LSG 20.06.2006 - [L 3 U 716/99](#), juris RdNr. 55, dagegen wird in BSG 05.02.2008, [a.a.O.](#), RdNr. 16, auf eine umfassende wissenschaftliche Darstellung abgestellt). Ist anhand dieser Faktoren die Frage nach dem Vorliegen eines Gutachtens nicht klar zu beantworten, ist vom Bezugspunkt der schriftlichen Äußerung des Sachverständigen auszugehen, mithin auf die inneren Faktoren abzustellen. Hinsichtlich der inneren Faktoren besteht Einigkeit in der Rechtsprechung dahingehend, dass ein Gutachten nur dann vorliegt, wenn vornehmlich eine eigenständige Bewertung der verfahrensentscheidenden Tatsachen, zum Beispiel des umstrittenen Ursachenzusammenhangs, erfolgt (BSG 05.02.2008 - [B 2 U 8/07 R](#), [BSGE 100, 25-43](#) = juris; BSG 05.02.2008 - [B 2 U 10/07 R](#), juris RdNr. 26; BSG 05.02.2009 - [B 2 U 8/07 R](#), [BSGE 100, 25-43](#) = [SozR 4-2700 § 200 Nr. 1](#) = juris RdNr. 26; so auch aus der Rechtsprechung der Instanzgerichte z.B. Senatsurteil 28.10.2011 - [L 8 U 5734/10](#), juris RdNr. 44 f; Bayerisches LSG 13.06.2013 - [L 17 U 239/11](#), juris RdNr. 27; Hessisches LSG 23.03.2012 - [L 9 U 27/11](#), juris RdNr. 34; LSG Nordrhein-Westfalen, 11.10.2012 - [L 17 U 177/10](#), juris RdNr. 52; LSG Nordrhein-Westfalen 17.03.2010 - [L 17 U 191/09](#) - juris RdNr. 22; LSG Nordrhein-Westfalen 18.02.2009 - [L 17 U 216/08](#), juris RdNr. 19; LSG Rheinland-Pfalz 30.01.2009 - [L 2 U 198/04](#), juris RdNr. 12), während es sich bei einer schriftlichen Äußerung eines Arztes, die sich im Wesentlichen mit einem eingeholten (Vor-)gutachten auseinandersetzt, insbesondere im Hinblick auf dessen Schlüssigkeit, Überzeugungskraft und Beurteilungsgrundlage, nur um eine beratende Stellungnahme handelt (BSG 05.02.2008, [a.a.O.](#); Hessisches LSG a.a.O.; LSG Nordrhein-Westfalen 17.03.2010 - [L 17 U 191/09](#), juris). Dabei ist nach einer weit vertretenen Auffassung (z.B. Hessisches LSG a.a.O.) darauf abzustellen, wo der Schwerpunkt der Äußerung liegt, wozu eine Gesamtschau des die medizinische Äußerung veranlassenden Auftrags als Bezugspunkt einerseits sowie andererseits von äußerer Form, Umfang sowie Inhalt der medizinischen Äußerung selbst anzustellen ist. Hierbei kommt es weder alleine auf die Bezeichnung noch alleine auf den Umfang bzw. die äußere Form an (Hessisches LSG a.a.O.). Von einem schwerpunktmäßig vorliegenden Gutachten kann auch bei nur im geringen Maße eigene Bewertungen enthaltene Äußerungen ausgegangen werden, je mehr die äußere Form sowie der Umfang für ein Gutachten sprechen, so wie umgekehrt geringere Anforderungen an die Formalien zu stellen sind, wenn schwerpunktmäßig eigene Wertungen ohne Beschränkung auf die punktuelle Überprüfung eines bereits vorliegenden Gutachtens abgegeben werden.

Der Senat (vgl. Urteil vom 28.10.2011 - [L 8 U 5734/10](#) - juris und sozialgerichtsbarkeit.de) hatte bereits zuvor angenommen, dass Maßstab zur Abgrenzung einer solchen beratungsärztlichen Stellungnahme gegenüber einem Gutachten nach Aktenlage ist, inwieweit eigene gutachterliche Schlussfolgerungen auch unter eigener Auswertung der Aktenlage vorgenommen werden. Ist die Stellungnahme des Beratungsarztes von solchen Überlegungen geprägt und nicht hauptsächlich auf eine kritische Auseinandersetzung mit den Ausführungen in dem zu bewertenden Gutachten anhand der herrschenden Lehre und üblicher Untersuchungsstandards beschränkt, ist trotz einer gegen ein Gutachten sprechenden äußeren Form oder Honorarforderung, was bei nicht eindeutiger inhaltlicher Auseinandersetzung aber durchaus gewichtiges Indiz sein kann, von einem Gutachten auszugehen.

Nach diesen Kriterien ist die Stellungnahme von Dr. Tä. vom 19.04.2011 nicht als Gutachten zu verstehen. Die Beklagte hat in ihrem Schreiben vom 06.04.2011 kein Gutachten in Auftrag gegeben, sondern ausdrücklich eine beratungsärztliche Stellungnahme angefordert. Dass kein Gutachtensauftrag erteilt wurde, entnimmt der Senat auch dem grafisch hervorgehobenen Hinweis im Auftragsschreiben vom 06.04.2011. Darin wird darauf abgehoben, dass bei Zweifel an der gutachterlichen Zusammenhangsbeurteilung, sofern sie nicht auf Grund eindeutiger falscher Ausgangsannahmen des Gutachters, hier von Dr. K., zu widerlegen sei, kein Raum für eine beratungsärztliche Stellungnahme bestehe, sondern dann von der Beklagten ein Gutachten einzuholen ist (Schreiben vom 06.04.2011). Der den vom Sachbearbeiter aufgeworfenen Fragen vorangestellte Hinweis schließt ausdrücklich mit der Bitte, dass in diesem Fall die nachfolgenden Fragen auch unter dem Gesichtspunkt zu beantworten seien, ob Gutachtensfragen zu ergänzen/vervollständigen sind. Dr. Tä. hat seine

Stellungnahme auch nicht als Gutachten bezeichnet vorgelegt. Auch aus den Fragestellungen der Beklagten im Auftragschreiben vom 06.04.2011 ergibt sich nicht, dass - entgegen der Bezeichnung als beratungsärztliche Stellungnahme - tatsächlich ein Gutachten in Auftrag gegeben wurde. Die Fragen beziehen sich ausschließlich darauf, ob die vorliegenden Unterlagen für eine Bewertung, ob eine BK Nr. 2018 BKV vorliegt ausreichen bzw. die Bewertung erschweren, zur Bewertung der Schlüssigkeit des Gutachtens von Dr. K. vom 12.08.2010 und zur Äußerung von Dr. Th. vom 07.11.2010, zu der Widerspruchsbegründung des Klägers und, falls ein weiteres Gutachten für erforderlich gehalten wird, zu abweichenden/ergänzenden Beweisfragen. Aus der Bezugnahme auf das Gutachten von Dr. K. ergibt sich auch aus objektiver Sicht, dass insbesondere dazu Stellung genommen werden soll, ob mit dem Gutachten das Krankheitsbild der streitigen BK nachgewiesen ist, das Krankheitsbild nach den Konsensempfehlungen entsprechend den medizinischen Standards nachvollziehbar eingeordnet ist, insbesondere der hierauf beruhenden Kausalitätsbeurteilung im Gutachten Dr. K. gefolgt werden kann. Eigene Schlussfolgerungen des Dr. Tä. werden nicht abgefragt. Damit hat die Beklagte zur Unterstützung einer Verwaltungsentscheidung die Erläuterung medizinischer Sachverhalte bzw. die Beantwortung einfacher Fragen angestrebt sowie den beratenden Arzt zu Verfahrenssteuerung herangezogen, was nach dem oben Ausgeführten gegen die Einholung eines Gutachtens spricht. Soweit der Kläger davon ausgeht, Dr. Tä. habe sich selbst als Gutachter bezeichnet, trifft dies nicht zu. Die vom Kläger für seine Ansicht zitierten Aussagen beziehen sich ersichtlich auf das Gutachten des Dr. K., das Gegenstand der Überprüfung durch Dr. Tä. ist, bzw. auf die Frage der Notwendigkeit der Einholung eines weiteren Gutachtens. Eine Selbstbezeichnung als Gutachter lässt sich hieraus nicht herausleiten, wie der Kläger meint.

Auch eine Anlegung der inneren Kriterien zeigt, dass es sich bei der Stellungnahme von Dr. Tä. nicht um ein Gutachten gehandelt hat. Dr. Tä. bestätigt, dass die vorhandenen Unterlagen auch hinsichtlich des Gutachtens Dr. K. ausreichen, jedoch durch fehlende Bilddokumente erschwert seien - Ad1) bis Ad3) der Äußerung vom 19.04.2011 -. Gutachtliche Folgerungen im Hinblick auf die medizinische Zusammenhängefrage einer BK Nr. 2018 BKV enthält diese Äußerung nicht. Zwar beurteilt Dr. Tä. in der Folge dann aktuelle Röntgenaufnahmen vom 17.06.2010, die von Dr. K. gefertigt und seiner Bewertung zu Grunde gelegt worden waren, und leitet hieraus ab, dass das Verteilungsmuster mit der Einwirkung beim Heben, Tragen und Bücken biomechanisch nicht zu vereinbaren sowie nicht belastungskonform sei und es nicht plausibel erscheine, dass zum maßgeblichen Zeitraum dem Alter vorausseilende umformende Reaktionen vorgelegen haben - Ad3 -. Damit stellt Dr. Tä. jedoch unter weiterer Berücksichtigung von MRT-Bildern vom 03.08.2009, die auch bei der Begutachtung von Dr. K. vorlagen und ausgewertet wurden, die aus seiner Sicht bestehenden Widersprüche und Unschlüssigkeiten im Gutachten von Dr. K. dar. Seine Auswertung hat er die Bewertungen von Dr. K. gegenüber gestellt und darauf hingewiesen, was seiner fachlichen Einschätzung nach widersprüchlich bzw. unschlüssig sei ("Insofern ist das Gutachten auch nicht schlüssig" - Ad4) -). Dazu musste er zwangsläufig die Befunde und Ergebnisse darstellen. Denn zur Schlüssigkeitsprüfung eines Gutachtens gehört auch, ob aktenkundige Vorbefunde und ärztliche Beurteilungen zur Kenntnis genommen und sich mit gegebenenfalls abweichenden Befunden oder medizinische Bewertungen hinreichend auseinandergesetzt wurden. Denn zur kritischen Auseinandersetzung mit einem Gutachten genügt nicht nur, zu behaupten, dieses sei widersprüchlich oder unschlüssig. Vielmehr ist es erforderlich, dass sich der Arzt mit dem Gutachten gerade im Hinblick auf Schlüssigkeit, Überzeugungskraft und Beurteilungsgrundlage auseinandersetzt. Hierzu hat er nicht nur das Gutachten als solches und alleine zu bewerten. Er hat vielmehr im Hinblick auf in der Akte befindliche Vorbefunde das Gutachten darauf abzugleichen, ob die Darstellungen des Gutachters auf einer schlüssigen Beurteilungsgrundlage basieren und daher schlüssig bzw. überzeugend sind. Ist er der Auffassung, dass das Gutachten nicht schlüssig oder überzeugend, sondern widersprüchlich oder unschlüssig ist, so hat er in der entsprechenden kritischen Auseinandersetzung auch die Begründung dafür zu geben, weshalb er das Gutachten für widersprüchlich oder unschlüssig hält (so auch Thüringer LSG 22.01.2009 - [L 1 U 1089/06](#) -, juris RdNr. 42 m.w.N.). Insoweit ist es in der Auseinandersetzung mit einem Gutachten nicht zielführend, wenn der Beratungsarzt in der Stellungnahme bloß seine abweichende Sicht wiedergibt. Daher muss es auch für den Beratungsarzt zulässig sein, Einwendungen zu formulieren (Thüringer LSG a.a.O. unter Hinweis auf BSG 05.02.2008 - [B 2 U 8/07 R](#), a.a.O.). Dies hat Dr. Tä. in der gebotenen Ausführlichkeit getan. Er hat damit - entgegen der Ansicht des Klägers auch hinsichtlich der in der Berufungsbegründung gemachten Zitate aus der Äußerung des Dr. Tä. - zwar eine Bewertung (eine eigene Position) der verfahrensentscheidenden Tatsachen vorgenommen, jedoch vorwiegend damit dargestellt, aus welchen Gründen er das Gutachten des Dr. K. nicht für schlüssig hält, wozu er gerade zwangsläufig eine eigene, nämlich von Dr. K. abweichende Position einnehmen musste. Es ist aus Sicht des Senats in diesem Punkt nicht allein deshalb eine gutachterliche Schlussfolgerung zu unterstellen, wenn die ärztliche Äußerung sich nicht auf die Darstellung der Widersprüche oder der Unschlüssigkeit der zu besprechenden gutachterlichen Bewertung beschränkt, sondern die aus seiner Auswertung folgende Konsequenz, letztlich durchaus ein gutachterliches Ergebnis, ebenso darlegt, was aber in der kritischen Auswertung des zu Grunde liegenden Gutachtens und gerade nicht auf der eigenständigen Befassung mit dem medizinischen Sachverhalt und einer gänzlich neuen Bewertung bisher nicht berücksichtigter Fakten beruht. Dies stellt aber keine eigenständige gutachtliche Bewertung der verfahrensentscheidenden Tatsachen dar. Eine in diesem Zusammenhang getroffene gutachterliche Aussage erweist sich folgerichtig nur als Ergebnis der kritischen Auseinandersetzung mit dem zu besprechenden Gutachten. Dr. Tä. hat lediglich im Rahmen einer Würdigung bereits vorliegender Befunde - wie in einer Beweiswürdigung - seine Äußerung verfasst. In diesem Sinne hat Dr. Tä. auch keine eigenständige Bewertung eines Kausalzusammenhangs vorgenommen, sondern auf Grundlage der vorliegenden Befunde gefolgert, dass ein berufsbedingter Zusammenhang entgegen der Auffassung von Dr. K. nicht wahrscheinlich sei, wobei er keine komplexe Zusammenhängefrage beantwortet, sondern lediglich infolge seiner kritischen Würdigung der Anwendung der Konsensempfehlungen durch Dr. K. diese umgesetzt hat. Soweit er in Abweichung zum Gutachten von Dr. K. aus eigener Kenntnis die Entstehungsgeschichte der Konsensempfehlungen darlegt mit der Empfehlung, dieses "Kompromisspapier mit großer Vorsicht zu werten", handelt es sich insoweit um eigenständige Überlegungen, die entsprechende gutachterliche Beurteilungen und Bewertungen auch zu einer gutachterlichen und nicht bloß beratungsärztliche Stellungnahme machen würden. Aus diesen Überlegungen zog Dr. K. jedoch keinerlei gutachterliche Konsequenzen. Er hat vielmehr anknüpfend an die vorangegangenen Überlegungen, die in den gutachterlichen Ausführungen von Dr. K. gründen, das Vorliegen der Belastungskonformität des Schadensbildes und die diskussionswürdigen Konstellationen nach den Konsensempfehlungen verneint und damit auch aus medizinischer Sicht, gestützt auf die Konsensempfehlungen eine BK Nr. 2108 als nicht hinreichend wahrscheinlich beurteilt. Entgegen der vom Klägerbevollmächtigten vertretenen Auffassung setzt sich Dr. Tä. nicht gutachtlich mit den Konsensempfehlungen auseinander, sondern äußert sich zur Entstehungsgeschichte und zum Beweiswert, ohne daraus gutachterliche Konsequenzen zu ziehen. Er hat die Konsensempfehlungen auf den vorliegenden Fall vorbehaltlos - trotz seiner vorangegangenen Ausführungen zur vorsichtigen Anwendung des "Kompromisspapiers" - angewendet. Auch dass Dr. Tä. die Ansicht des Dr. Th. teilt, - Ad5) -, stellt keine gutachtliche Äußerung dar. Dies gilt auch, soweit Dr. Tä. aus medizinischer Sicht zum Vorbringen des Klägers im Widerspruchsverfahren Stellung nimmt - Ad 6) -. Diese Äußerungen sind im Rahmen der Verfahrenssteuerung zu sehen. Ein Bezug zum Gutachten des Dr. K. besteht insoweit nicht, weshalb es - entgegen der Ansicht des Klägers - insoweit auch keiner "Konzentration" auf dieses Gutachten bedurfte. Soweit der Kläger dabei eine detaillierte Auseinandersetzung mit dem Gutachten des Dr. K. vermisst, ist darauf hinzuweisen, dass eine solche Auseinandersetzung an anderer Stelle der Äußerung durch Dr. Tä. erfolgt ist. Entsprechendes gilt für seine

Äußerung, dass ein erneutes Gutachten nicht für erforderlich gehalten wird - Ad7) -. Soweit Dr. Tä. einen Gutachter Dr. "K" nennt, handelt es sich um einen offensichtlichen Schreibfehler und kann - entgegen der Ansicht des Klägers - nicht dahin gewertet werden, dass Dr. Tä. deshalb eine "eigene Position" eingenommen habe. Soweit der Kläger Unstimmigkeiten und Widersprüche in der streitgegenständlichen Äußerung des Dr. Tä. sieht, lässt sich hieraus nicht darauf schließen, dass ein Gutachten vorliegt. Eine wissenschaftlich umfassende begründete Expertise im Sinne eines Gutachtens liegt danach nicht vor, worauf die Beklagte zutreffend hinweist. Vielmehr ist die streitgegenständliche Äußerung des Dr. Tä. als sachkundige Beratung zur Unterstützung der von der Beklagten zu treffenden Entscheidung zum Vorliegen einer BK zu werten, die keine neue entscheidungserhebliche Erkenntnis vermittelt, wie sie durch ein Gutachten im Rahmen der Amtsermittlung im Verwaltungsverfahren oder im Rahmen der Beweiserhebung im gerichtlichen Verfahren gewonnen wird. Damit ist die Äußerung von Dr. Tä. vom 19.04.2011 zur Überzeugung des Senats schon kein Gutachten i.S.d. [§ 200 Abs. 2 SGB VII](#).

Außerdem ist [§ 200 Abs. 2 SGB VII](#) auch deshalb nicht anwendbar, weil Dr. Tä. nicht als Dritter oder als andere Stelle unter Übersendung der Akten herangezogen wurde. Die Verwaltung ist nicht darauf beschränkt, verwaltungsinterne Stellungnahmen nur bei ihr angestellten oder verbeamteten Ärzten einzuholen (ebenso Bayerisches LSG 13.06.2013 - [L 17 U 239/11](#), juris RdNr. 18; Wagner a.a.O. RdNr. 35.4; a.A. Thüringer LSG 22.01.2009 - [L 1 U 1089/06](#), juris RdNr. 41); jedenfalls lässt sich dieses Kriterium der Rechtsprechung des BSG nicht entnehmen (BSG 05.02.2008 - [B 2 U 10/07 R](#), juris; BSG 05.02.2008 - [B 2 U 8/07 R](#), [BSGE 100, 25-43](#) = [SozR 4-2700 § 200 Nr. 1](#) = juris; auch die späteren Urteile des BSG schließen dies nicht aus). Maßgeblich stellt das BSG (a.a.O.) vielmehr für die Frage eines Verstoßes gegen [§ 200 Abs. 2 SGB VII](#) in Verbindung mit einer unzulässigen Übermittlung von Sozialdaten darauf ab, ob ärztliche Sachverständige tätig werden, die nicht bei dem Verwaltungsträger beschäftigt und auch nicht als interne Berater im weiteren Sinne in einer besonderen Rechtsbeziehung zum Unfallversicherungsträger stehen, so dass sie nicht als Teil des Unfallversicherungsträgers tätig werden. Besteht zwischen dem Unfallversicherungsträger und dem nicht bei ihr angestellten/verbeamteten Arzt eine solche besondere Rechtsbeziehung, dass dieser Teil des Unfallversicherungsträgers wird - auch gegenüber einem Gutachter besteht eine Rechtsbeziehung, doch gliedert diese den Gutachter nicht in die Verwaltungsstruktur ein, er wird nicht Teil des Unfallversicherungsträgers -, wird er nicht als Gutachter i.S.d. [§ 200 Abs. 2 SGB VII](#) tätig. Ob eine solche besondere (Rechts-)Beziehung schon dann besteht, wenn der Beratungsarzt die Verwaltung in deren Räumen aufsucht und damit eine Versendung von Akten nicht erforderlich ist, kann vorliegend offen bleiben. Die Notwendigkeit eines Aktenversands beinhaltet zwar eine datenschutzrechtliche Risikoerhöhung für Datenverlust oder unrechtmäßige Kenntnisnahme durch andere, kann aber kein alleiniges Abgrenzungskriterium für die maßgebende Qualität der Eingliederung in die Verwaltung sein. Abgesehen davon, dass auch bei einer Verteilung unterschiedlicher Abteilungen einer Behörde auf verschiedene Verwaltungsgebäude, gegebenenfalls auch mit Behördensitzen in unterschiedlichen Städten/Orten, ein Postversand zwischen Beschäftigten notwendig sein kann, wird die Eingliederung des Beratungsarztes in die Verwaltung durch die Ausgestaltung der Pflichtenbindung bestimmt. Eine solche besondere Rechtsbeziehung kann damit auch bei räumlicher Distanz zwischen Verwaltung und Beratungsarzt angenommen werden, wenn der Arzt durch den Abschluss entsprechender Dienst- oder Beratungsverträge höherer Art mit der Verwaltung verbunden ist (BSG 05.02.2008 - [B 2 U 8/07 R](#) und [B 2 U 10/07 R](#) jeweils a.a.O.; BSG 11.04.2013 - [B 2 U 34/11 R](#) a.a.O.). Liegt eine solche Rechtsbeziehung vor, ist der Arzt kein Dritter oder eine andere Stelle i.S.d. [§ 67 Abs. 6, 10 SGB X](#).

Vorliegend war Dr. Tä. der Beklagten mit einem kündbaren Vertrag verbunden, der ihn zur Erbringung beratungsärztlicher Leistungen verpflichtet (Vertrag über freie Mitarbeit vom 08.03.2010, Bl. 41/42 der Senatsakte). Gegenstand des Vertrages ist die Unterstützung der Sachbearbeitung bei der Beurteilung von medizinischen Fragestellungen, im Wesentlichen bei der Steuerung und Überwachung der medizinischen Rehabilitation, der Überprüfung der Schlüssigkeit vorliegender Gutachten und Klärung der Diagnose in Form von Stellungnahmen zu vorgelegten Unterlagen (Nr. 2 des Vertrages), die einzelvertraglich nach Stundenaufwand über den im Rahmenvertrag festgelegten Honorarsatz abzurechnen sind (Nr. 3 des Vertrages). Dr. Tä. war aufgrund des Vertrages (Nr. 3) zudem nach dem Gesetz über die förmliche Verpflichtung nichtbeamteter Personen vom 02.03.1994 (BGBl. I S. 547) auf die gewissenhafte Erfüllung seiner Obliegenheiten verpflichtet, auf anwendbare Strafvorschriften hingewiesen (Niederschrift Bl. 51/52 Senatsakte) sowie auf das Daten- und Geschäftsgeheimnis verpflichtet und belehrt worden (Bl. 52 Senatsakte).

Bei diesem Vertrag handelt es sich um einen Dienstvertrag höherer Art (zu einer vergleichbaren Konstellation vgl. Bayerisches LSG 13.06.2013 - [L 17 U 239/11](#), juris RdNr. 19). Auf dieser Grundlage bestand zwischen der Beklagten und Dr. Tä. eine besondere Rechtsbeziehung, die diesen in die Verwaltungsorganisation und den Verwaltungsablauf einbezogen, mithin zum Teil der Beklagten gemacht hat (vgl. Senatsurteil vom 25.10.2013 - [L 8 U 541/13](#) -, juris, www.sozialgerichtsbarkeit.de). Dienste höherer Art zeichnen sich dadurch aus, dass sie überdurchschnittliche Kenntnisse oder Fertigkeiten der Dienstleistenden verlangen oder den persönlichen Lebensbereich betreffen. Erforderlich ist zudem, dass die Dienste im Allgemeinen ihrer Art nach üblicherweise nur infolge besonderen d.h. persönlichen Vertrauens übertragen zu werden pflegen; entscheidend ist die typische Lage, nicht der konkrete Einzelfall.

Dr. Tä. hat danach mit dem Vertrag die Aufgaben eines fachärztlichen Beraters für die Beklagte übernommen und war verpflichtet, die Sachbearbeitung bei der Beurteilung von medizinischen Fragestellungen zu unterstützen. Er hat sich hierzu in Form von Stellungnahmen zu den ihm vorgelegten Unterlagen zu äußern, die Erstellung von Gutachten oblag ihm ausdrücklich nicht. Auch wurde er zur Wahrung des Datenschutzes und der Geheimhaltung verpflichtet. Die Tätigkeit von Dr. Tä. wurde jeweils nach Zeitaufwand (Stundensatz) vergütet. Die Erfüllung der vertraglich vereinbarten Aufgaben durch Dr. Tä. setzte unabdingbar seine besondere Fachkenntnis auf medizinischem Gebiet voraus. Zudem umfasste die vereinbarte Dienstleistung einen Teilbereich der ärztlichen Tätigkeit, welche üblicherweise ein besonderes Vertrauensverhältnis zur Vertragsgrundlage hat (vgl. BGH 09.06.2011 - [III ZR 203/10](#), juris; BGH 18.10.1984 - [IX ZR 14/84](#), juris), unter anderem auch deshalb, weil sie den Umgang mit besonders sensiblen Daten des Betroffenen erfordert. Darüber hinaus ist die abgegebene Verpflichtungserklärung zur gewissenhaften Erfüllung seiner Obliegenheiten, insbesondere im Umgang mit den anvertrauten Daten und den offenbarten (Dienst-)Geheimnissen in diesem Zusammenhang zu sehen. Bei den Verpflichtungserklärungen (nichtbeamteter Personen und auf Daten- und Geschäftsgeheimnis) handelt sich dabei nicht um einen bloßen Hinweis i.S.d. [§ 78 Abs. 2 SGB X](#) (ebenso Bayerische LSG a.a.O. RdNr. 23). Vielmehr wird anhand dieser förmlichen Verpflichtung nichtbeamteter Personen auf die gewissenhafte Erfüllung ihrer Obliegenheiten, zu denen u.a. die Beachtung des eigentlich vorrangig die Beschäftigten betreffenden Dienstgeheimnisses gehört, und den daraus resultierenden besonderen datenschutzrechtlichen Umständen deutlich, dass Dr. Tä. gerade die Schwelle zur Eingliederung in die Verwaltungsorganisation und den Verwaltungsablauf überschritten hatte und daher insoweit den besonderen Bedingungen, vergleichbar eines Beschäftigten, unterlag. Damit handelt es sich nach Überzeugung des Senats nicht nur um Dienstverträge höherer Art. Vielmehr wurde Dr. Tä. in die Verwaltungsorganisation und den Verwaltungsablauf der Beklagten eingegliedert (vgl. Senatsurteil vom 25.10.2013 [a.a.O.](#), im Ergebnis ebenso Bayerisches LSG a.a.O.), indem ihm eine über die Wahrung ärztlicher Schweigepflicht hinausgehende besondere Pflichtenbindung auferlegt worden ist.

An dieser Bewertung ändert nichts, dass der Vertrag als "Vertrag über freie Mitarbeit" überschrieben ist und Dr. Tä. bei der Durchführung der übertragenen Tätigkeiten keinen Weisungen der Beklagten unterliegt (Nr. 1 Abs. 2 Satz 1 des Vertrages). Der davon abweichenden Ansicht des Klägers kann nicht gefolgt werden. Wie bereits ausgeführt zeichnen sich Dienste höherer Art gerade dadurch aus, dass sie überdurchschnittliche Kenntnisse oder Fertigkeiten der Dienstleistenden verlangen oder den persönlichen Lebensbereich betreffen. Weiter setzt die Erfüllung der vertraglich vereinbarten Aufgaben durch Dr. Tä. unabdingbar seine besonderen Fachkenntnis auf medizinischem Gebiet voraus. Zudem umfasste die vereinbarte Dienstleistung einen Teilbereich der ärztlichen Tätigkeit, welche üblicherweise ein besonderes Vertrauensverhältnis zur Vertragsgrundlage hat. Eine Weisungsabhängigkeit, die ermöglicht, auf den Inhalt beratungsärztlicher Äußerungen Einfluss zu nehmen, lässt sich damit nicht vereinbaren.

Der Rechtsprechung des Hessischen Landessozialgerichts (12.03.2012, [L 9 U 27/11](#), juris), auf die sich der Kläger beruft, folgt der Senat nicht (Urteil vom 25.10.2013 - [L 8 U 541/13](#) -). In jener Entscheidung des Hessischen Landessozialgerichts war die Qualifizierung der geschlossenen Verträge als Dienstverträge höherer Art deswegen abgelehnt worden, weil der dortige Arzt nicht in den Verwaltungsbetrieb eingegliedert gewesen sei und er keinem Weisungsrecht unterstanden habe. Dies überzeugt - jedenfalls für den vorliegenden (Rahmen-)Vertrag - nicht (ebenso Bayerisches LSG a.a.O.). Dienstverträge höherer Art werden typischerweise mit Personen geschlossen, die weder räumlich noch organisatorisch in den Betrieb des Auftraggebers eingegliedert sind (ebenso Bayerisches LSG a.a.O.). Das Erfordernis einer räumlichen Eingliederung geht fehl, denn es lässt sich der Rechtsprechung des BSG (05.02.2008 - [B 2 U 8/07 R](#) und [B 2 U 10/07 R](#), jeweils a.a.O.) nicht entnehmen. Soweit ein Weisungsrecht gefordert wird, so ist dieses entsprechend Dienstverträgen höherer Art naturgemäß im wesentlichen auf die äußere Aufgabenwahrnehmung eingeschränkt (ggfs. zügige Bearbeitung, Verschwiegenheit), wie dem vorliegenden Vertrag auch zu entnehmen ist; ein inhaltliches Weisungsrecht in medizinischer Hinsicht wird gerade typischerweise durch die Übertragung der Aufgabe als Beratungsarzt der Verwaltung ausgeschlossen. Denn der Beratungsarzt soll im Rahmen einer ergebnisoffenen, neutralen Sachverhaltsaufklärung (vgl. dazu [§ 20 Abs. 1](#) und 2 SGB X; Luthe in jurisPK-SGB X, [§ 20 SGB X](#) RdNr. 7; Rixen/Waschull in Dierig/Timme/Waschull, SGB X, 3. Auflage, § 20 RdNr. 2) den medizinisch nicht bewanderten Verwaltungsmitarbeiter unterstützen, weshalb - wie bei Dienstleistungen höherer Art typisch - das Weisungsrecht auf eine "funktionsgerecht dienende Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert ist (so zuletzt BSG 29.08.2012 - [B 12 R 14/10 R](#), juris m.w.N.). Eine Eingliederung in den Betrieb wie bei abhängig Beschäftigten ist nicht zu verlangen.

Das vorstehende gilt auch für Dr. Schr., den die Beklagte als beratenden Arzt angeschrieben hat. Dr. Schr. ist der Beklagten rechtlich identisch wie Dr. Tä. als Beratungsarzt verpflichtet. Er steht in derselben Stellung wie Dr. Tä., denn Dr. Schr. ist zusammen mit Dr. Tä. - beide gehören dem Medizinischen Institut für Begutachtung, K., an - dieselben Verpflichtungen eingegangen und entsprechend befehlet worden (Bl. 41/42, 51 und 52 Senatsakte). Dass nicht der von der Beklagten angeschriebene Dr. Schr., sondern Dr. Tä. (i.V.) die streitgegenständliche Äußerung abgegeben hat, ist damit - entgegen der Ansicht des Klägers - ohne Belang. Zutreffend weist die Beklagte darauf hin, dass die Abgabe der Äußerung durch Dr. Tä. anstelle von Dr. Schr. lediglich im Innenverhältnis zwischen der Beklagten und Beratungsärzten eine Rolle spielt, nicht aber im Außenverhältnis zum Kläger. Soweit der Kläger mutmaßt, aufgrund fehlender Datumsangabe und Abweichungen der Unterschriften sei davon auszugehen, dass die Niederschrift erst im Zuge der Rechtsprechung des LSG Baden-Württemberg erstellt worden sei, fehlt für die Richtigkeit dieser Vermutung jeglicher Anhaltspunkt. Das Fehlen der Datumsangabe - in der dem Senat vorgelegten Niederschrift zur Verpflichtung enthält die Erklärung der Ärzte Dr. Schr., Dr. B. und Dr. Tä., über die Verpflichtung zur Wahrung des Daten und Geschäftsgeheimnisses nach dem Verpflichtungsgesetz unterrichtet worden zu sein und das Merkblatt zur Verpflichtungserklärung erhalten zu haben, das Datum 02.07(?) 2010 (vgl. Bl. 52 R der Senatsakte) - wie auch die einer Unterschriftsleistung immanente geringfügigen Abweichung der Unterschriften tragen die vom Kläger geäußerte Vermutung nicht ansatzweise. Auch soll der von Dr. Tä. verwendete Briefkopf der Beklagten für sein Tätigwerden als Beratungsarzt sprechen, was bei der oben dargestellten Ausgangslage entgegen der Mutmaßung des Klägers kein Indiz für eine Manipulation der Beklagten ist, sondern eine verständliche Reaktion der Beklagten darstellt auf die vielfältigen - nicht immer überzeugenden - Einwendungen des Klägerbevollmächtigten gegen die Verwaltungspraxis der Beklagten zur Heranziehung von Beratungsärzten. Der Vermutung des Klägers ist die Beklagte außerdem im Schriftsatz vom 30.04.2015 - vom Kläger insoweit nicht widersprochen - entgegen getreten. Der Senat sieht sich daher auch nicht gedrängt, wegen des Bestreitens des Klägers hierzu Ermittlungen anzustellen.

Damit handelt es sich bei Dr. Tä. seiner Stellung nach nicht um einen externen Gutachter. Er steht in Ausübung seiner beratungsärztlichen Dienste vielmehr einem Arbeitnehmer bzw. Beamten im Dienste der Beklagten gleich; er unterliegt denselben Dienstverpflichtungen, denselben Dienstoffliegenheiten und auch denselben rechtlichen Konsequenzen bei Verstößen hiergegen. Ist Dr. Tä. aber nicht Dritter, der im Auftrag der Verwaltung Daten verarbeitet, sondern Teil der Beklagten und mithin organisatorisch der Verwaltung zuzurechnen, so greift weder [§ 200 Abs. 2 SGB VII](#) noch der vom Kläger vorgebrachte [§ 80 SGB X](#), [§ 67 Abs. 10 SGB X](#) steht dieser Bewertung nicht entgegen. Damit hat die Beklagte nicht gegen die Pflicht zur Belehrung über das datenschutzrechtliche Widerspruchsrecht gemäß [§ 200 Abs. 2](#) 2. HS SGB VII verstoßen, weil weder ein Gutachtenauftrag erteilt bzw. ein Gutachten eingeholt worden ist noch Sozialdaten im Sinne des [§ 76 Abs. 1 SGB X](#) übermittelt worden sind. Ebenso wenig lag ein Verstoß gegen das Auswahlrecht nach [§ 200 Abs. 2](#) 1. HS SGB VII vor. Im Übrigen hat das SG im angefochtenen Urteil zutreffend begründet, dass eine Verletzung des Auswahlrechts mangels rechtzeitiger Rüge durch den Kläger nicht festzustellen wäre. Der Senat teilt nach eigener Prüfung die Ansicht des SG und nimmt zur Begründung seiner eigenen Entscheidung auf die hierzu erfolgten Ausführungen des SG Bezug ([§ 153 Abs. 2 SGG](#)). Dass der Prozessbevollmächtigte des Klägers im Rahmen der Akteneinsicht "bei oberflächlichem Blick" die mit "Beratungsärztlicher Stellungnahme" überschriebene Äußerung des Dr. Tä. unzutreffend für Schriftverkehr der Beklagten gehalten hat, entschuldigt nicht.

Der angefochtene Bescheid der Beklagten vom 12.10.2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 17.01.2013 verletzt den Kläger damit nicht in seinen Rechten.

Die Berufung war daher im Hauptantrag zurückzuweisen.

2. Der erstmals im Berufungsverfahren gestellte Hilfsantrag des Klägers ist unzulässig. Das Begehren, die Unverwertbarkeit der Äußerung des Dr. Tä. festzustellen, stellt eine Klageänderung im Sinne einer Klageerweiterung dar, die nicht sachdienlich ist. Eine anfechtbare Verwaltungsentscheidung hierzu liegt nicht vor. Der anwaltlich vertretene Kläger hat auch keinen förmlichen Befangenheitsantrag gestellt. Er macht vielmehr die Unverwertbarkeit der Äußerungen des Dr. Tä. im Rahmen der Beweiswürdigung geltend, weshalb hierüber im ausgesetzten Klageverfahren S 6 U 2597/11 entschieden werden kann.

Der Kläger kann außerdem nicht mit Erfolg die Unverwertbarkeit der Äußerung des Dr. Tä. vom 19.04.2011 wegen Befangenheit geltend machen. Dies schon deshalb, weil seine Rüge der Befangenheit nicht rechtzeitig erfolgt ist, was aber in der Konsequenz seiner Auffassung, Dr. Tä. sei externer Gutachter, in entsprechender Anwendung von [§ 406 Abs. 2 Satz 2 ZPO](#) erforderlich gewesen wäre. Ist - wie vorliegend - keine richterliche Frist gesetzt, ist ab dem Zeitpunkt der Kenntnis des Ablehnungsgrundes dieser unverzüglich geltend zu machen, d.h. ohne schuldhaftes Zögern ([§ 121 Abs. 1 Satz 1](#) Bürgerliches Gesetzbuch - BGB -). Die hierzu angemessene Frist ist nach der herrschenden Meinung im Schrifttum (vgl. u.a. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 68. Aufl. § 406 RdNr. 23; Zöller, ZPO, 28. Aufl. § 406 RdNr. 11 jeweils m.w.N.) längstens die Zweiwochenfrist des [§ 406 Abs. 2 Satz 1 ZPO](#); in der Rechtsprechung wird teilweise die Auffassung vertreten, es komme auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalls an (vgl. BGH, Urteil vom 15.03.2005, a.a.O., m.w.N.). Der Senat hält eine Frist von längstens einem Monat, der im Sozialrecht sonst üblichen Rechtsbehelfsfrist, grundsätzlich für eine angemessene Überlegungsfrist, wenn nicht die besonderen Umstände des Einzelfalls eine kürzere Prüfungszeit nahelegen (vgl. Beschluss des Senats vom 12.10.2011 - [L 8 SB 3707/11 B](#) -). Die Rüge der Befangenheit im Schriftsatz des Prozessbevollmächtigten des Klägers vom 26.02.2014 ist danach verspätet. Dies gilt auch für die Rüge der Befangenheit eines - internen - Sachbearbeiters, wie es bei beratungsärztlicher Tätigkeit der Fall wäre, gemäß [§ 17 SGB X](#). Ausgehend von der Rechtsauffassung des Senats hatte dem Kläger als Beteiligter des Verwaltungsverfahrens bereits kein subjektives Ablehnungsrecht zugestanden, doch ist auch der Beteiligte gehalten, Ablehnungsgründe vorzubringen, da er ansonsten in einem späteren Klageverfahren in analoger Anwendung von [§ 406 Abs. 2 ZPO](#) damit ausgeschlossen ist (vgl. Roller in von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Aufl. § 17 Rn. 6, 8).

Der Prozessbevollmächtigte des Klägers beruft sich zur Begründung seiner Rüge auf ein von den Ärzten Dr. Schr. , F. und Dr. Schu. unterzeichnetes Schreiben vom 09.08.2012 an das SG Würzburg, in dem sich die Unterzeichner im Hinblick auf das (prozessuale) Verhalten des Prozessbevollmächtigten des Klägers für befangen erklären. Unabhängig von der Frage, ob hieraus für das vorliegende Verfahren im Hinblick auf Dr. Tä. überhaupt Folgerungen zu ziehen sind, ist das Schreiben vom 09.08.2012 dem Prozessbevollmächtigte (nach dem Eingangsstempel) seit 05.09.2012 bekannt, mithin bereits vor Ergehen des streitgegenständlichen Bescheides vom 12.10.2012. Seine erst im Berufungsverfahren mit Schriftsatz vom 26.02.2014 erhobene Rüge erweist sich damit als verspätet. Darauf, ob tatsächlich ein Befangenheitsgrund besteht, kommt es mithin nicht an.

Die Berufung kann daher auch mit dem Hilfsantrag keinen Erfolg haben.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor. Entgegen der Ansicht des Klägers wirft der vorliegende Rechtsstreit keine entscheidungserhebliche Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung auf.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2015-11-11