

DGUV Landesverband Nordost, Fregestraße 44, 12161 Berlin

An die beteiligten

- Durchgangsärzte und Durchgangsärztinnen
- VAV-Krankenhäuser
- SAV-Krankenhäuser
- Ärzte und Ärztinnen der handchirurgischen Versorgung Unfallverletzter im Rahmen des VAV

Ihr Zeichen:

Ihre Nachricht vom:

Unser Zeichen: Ze/tg

Ansprechpartner/in: Herr Ziche

Telefon: +49 (30) 13001 - 5903

Telefax: +49 (30) 13001 - 5901

E-Mail: gerald.ziche@dguv.de

Datum: 28. November 2019

Rundschreiben D 28/2019

BSG-Urteil zur Begutachtung und die Auswirkungen auf das Gutachter-Verfahren

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir möchten Sie darauf hinweisen, dass eine Entscheidung des Bundessozialgerichtes vom 07. Mai 2019, aus der sich maßgeblich relevante Punkte für den Begutachtungsprozess ergeben; ergangen ist (AZ: B 2 U 25/17 R). Zwischenzeitlich liegt nun die Urteilsbegründung vor.

Das Bundessozialgericht hat entschieden, dass ein Verstoß gegen das Gutachter-Auswahlrecht des Versicherten vorliegen kann, wenn ein anderer, als der im Gutachten-Auftrag benannte Arzt (z. B. nachgeordneter Arzt der Abteilung) das Gutachten erstellt, ohne dass der benannte Gutachter persönlichen Kontakt zu dem zu Begutachtenden hatte.

Die Begründung greift die Punkte Gutachterausswahl, Transparenz und Datenschutz im Verfahren auf.

Das BSG weist daraufhin, dass der verantwortliche Gutachter in jedem Fall einen persönlichen Eindruck vom Versicherten bekommen soll. Hierzu wird ausgeführt, dass „eine solche persönliche Begegnung, bei der sich der Gutachter einen persönlichen Eindruck verschafft und der zu Begutachtende seine subjektiven Beschwerden vorbringen kann, [...] im Rahmen einer Begutachtung nach § 200 Abs. 2 HS 1 SGB VII zwingend erforderlich“ ist.

1 / 2

„Damit entspricht es gerade der mit der Norm beabsichtigten Transparenz des Verfahrens [...], dass der Versicherte einen Anspruch darauf hat, mit dem von ihm ausgewählten Gutachter, der das Gutachten nach einer Untersuchung erstellen soll, persönlich in Kontakt zu treten.“

Darüber hinaus seien bei der Weitergabe von personenbezogenen Daten an andere (als den beauftragten Gutachter) datenschutzrechtliche Aspekte des informationellen Selbstbestimmungsrechtes klärungsbedürftig.

Das BSG-Urteil ist als Anlage beigefügt.

Die Gesetzliche Unfallversicherung arbeitet derzeit an einer zeitnahen bundeseinheitlich angepassten Vorgehensweise beim Begutachtungsprozess, die diese Punkte aufgreift. Wir werden Sie zeitnah über die Beratungsergebnisse informieren.

Sofern sich bis dahin Ihrerseits Klärungsbedarfe im konkreten Einzelfall ergeben, wenden Sie sich bitte direkt an den beauftragenden Unfallversicherungsträger.

Mit freundlichen Grüßen
Im Auftrag

Ziche
Stellv. Geschäftsstellenleiter

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Verkündet am
7. Mai 2019
Noll
als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle

BSG Az.: **B 2 U 25/17 R**
LSG Niedersachsen-Bremen 28.10.2016 - L 14 U 266/14
SG Stade 23.10.2014 - S 11 U 73/11

Klägerin und Revisionsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

g e g e n

Unfallkasse

Beklagte und Revisionsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

Der 2. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Mai 2019 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Spellbrink, die Richter Karmanski und Dr. Bieresborn sowie die ehrenamtlichen Richter Sick und Kunzmann für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen vom 28. Oktober 2016 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückverwiesen.

Gründe:

I

- 1 Die Beteiligten streiten darüber, ob die Klägerin wegen der Folgen eines Arbeitsunfalls vom 20.6.2008 Anspruch auf Verletztenrente aus der gesetzlichen Unfallversicherung hat.
- 2 Die Klägerin ist abhängig beschäftigte Tierärztin. Am Unfalltag stürzte sie auf dem Weg zur Arbeit und zog sich einen Kahnbeinbruch der linken Hand zu. Am 25.6.2008 erlitt sie beim Impfen eines Kamerunschafes einen weiteren Arbeitsunfall, wobei das rechte Handgelenk verletzt wurde (*vgl dazu BSG Urteil vom 7.5.2019 - B 2 U 26/17 R*).
- 3 Die Beklagte schlug der Klägerin im Verwaltungsverfahren gemäß § 200 Abs 2 SGB VII drei Gutachter zur Auswahl vor. Nach dieser Anhörung beauftragte sie Prof. Dr. E [redacted], Chefarzt der Abteilung für Hand-, Replantations- und Mikrochirurgie des Unfallkrankenhauses [redacted], mit der Begutachtung. In dem Gutachten vom 8.4.2010, das Prof. Dr. E [redacted] "aufgrund eigener Urteilsbildung" und Oberarzt Dr. B [redacted] "aufgrund eigener Untersuchung und Urteilsbildung" unterzeichnet haben, wird die Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE) im Bereich der linken Hand nach Ende der Arbeitsunfähigkeit am 6.10.2008 mit 10 vH eingeschätzt. Darauf gestützt lehnte die Beklagte die Gewährung von Rentenleistungen ab und erkannte als Unfallfolgen an: Knöchern fest verheilte Kahnbeinfraktur links bei erheblichen unfallunabhängigen Vorschäden im Bereich des linken Handgelenks (*Bescheid vom 10.8.2010 und Widerspruchsbescheid vom 4.5.2011*).
- 4 Das SG hat im Klageverfahren auf Antrag der Klägerin nach § 109 SGG ein Gutachten des Chirurgen Dr. H [redacted] eingeholt, wonach im Vergleich zur Vorbegutachtung im Verwaltungsverfahren die Einschränkung sowohl der Unterarmdrehung als auch der Bewegungen im linken Handgelenk in allen Ebenen zugenommen habe. Die MdE betrage 20 vH. Die Beklagte legte hierzu eine von Prof. Dr. E [redacted] und Dr. H [redacted] unterzeichnete Stellungnahme vor, nach der die MdE mit 10 vH einzuschätzen sei. Die Klägerin machte daraufhin geltend, das von Prof. Dr. E [redacted] lediglich mitunterschiedene Gutachten vom 8.4.2010 sei unverwertbar, weil es von dem nicht zum Gutachter ernannten Dr. B [redacted] erstellt worden sei. Der allein zum Gutachter bestellte Prof. Dr. E [redacted] habe außer seiner Unterschrift zu dem Gutachten nichts beigesteuert und damit entgegen § 407a Abs 2 ZPO die zentralen Aufgaben der Begutachtung nicht selbst erbracht. Sie habe Prof. Dr. E [redacted] selbst überhaupt nicht zu Gesicht bekommen. Weiterhin beantragte sie, Prof. Dr. E [redacted] und Dr. B [redacted], zur mündlichen Verhandlung zu laden und persönlich anzuhören. Dem Gutachten des Sachverständigen Dr. H [redacted] komme zudem ein höherer Beweiswert zu, weil es sich bei den beiden anderen Gutachten lediglich um Verwaltungsgutachten handele, deren Beweiskraft als Urkundenbeweis begrenzt sei. Das SG hat daraufhin von Amts wegen eine Begutachtung durch Dr. W. [redacted] veranlasst, der in seinem

Gutachten zu dem Ergebnis gelangte, Folgen des Arbeitsunfalls vom 20.6.2008 seien nicht mehr feststellbar.

- 5 Das SG hat die Klage abgewiesen (*Gerichtsbescheid vom 23.10.2014*), das LSG die Berufung der Klägerin zurückgewiesen (*Urteil vom 28.10.2016*). Zur Begründung hat das LSG ausgeführt, der Arbeitsunfall vom 20.6.2008 hätte zu keinen Funktionsstörungen geführt, die die Gewährung einer Verletztenrente rechtfertigen könnten. Die neben dem Kahnbeinbruch an der linken Hand festgestellten Veränderungen seien nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit Folgen des Arbeitsunfalls. Prof. Dr. E. habe in seinem von dem Oberarzt Dr. B., mitunterzeichneten Gutachten darauf hingewiesen, dass für die unfallunabhängige Entstehung der degenerativen Befunde deren Erkennbarkeit schon in den zeitnah zum Unfallgeschehen durchgeführten Röntgenuntersuchungen spreche, wobei sich diese auch in der von ihm durchgeführten aktuellen Röntgendiagnostik in unveränderter Form hätten nachweisen lassen. Darüber hinaus habe der Sachverständige Dr. W. plausibel darauf hingewiesen, dass für die Einordnung der Arthrose als anlagebedingtes Leiden auch die Beidseitigkeit und symmetrische Ausprägung der Befunde sprächen. Das Ergebnis der Begutachtung im Verwaltungsverfahren mit einer MdE von 10 vH sei angesichts der fast vollständigen Beweglichkeit des linken Handgelenks nicht nachvollziehbar. Die Beweisanträge betreffend eine Vernehmung des Prof. Dr. E. bzw. des Dr. B. seien nicht rechtzeitig gestellt worden, weil die Klägerin bereits im Widerspruchsverfahren anwaltlich vertreten gewesen sei. Deshalb hätte sie nach der Rechtsprechung des BSG noch vor Abschluss des laufenden Verwaltungsverfahrens die Verletzung des Auswahlrechts rügen müssen. Doch selbst wenn der Verfahrensfehler rechtzeitig gerügt worden wäre, ließe sich eine Unverwertbarkeit des Gutachtens des Prof. Dr. E. nicht begründen. Für ein im gerichtlichen Verfahren eingeholtes Gutachten gehöre die persönliche Untersuchung nur dann zum unverzichtbaren Kern der Aufgaben des Sachverständigen, wenn es sich um eine psychiatrische Begutachtung handele. Darüber hinaus lägen keine Erkenntnisse vor, dass Prof. Dr. L. tatsächlich - entgegen der von ihm mit der Unterschriftsleistung gegebenen Versicherung - die Ausführungen seines Mitarbeiters Dr. B. nicht überprüft habe.

- 6 Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Revision. Sie rügt die Verletzung des § 200 Abs 2 SGB VII und des § 407a ZPO sowie Verstöße gegen § 103 SGG, Art 103 Abs 1 GG und Art 2 Abs 1 GG iVm Art 20 Abs 3 GG (Grundsatz des fairen Verfahrens). Es liege zudem ein absoluter Revisionsgrund gemäß § 202 S 1 SGG iVm § 547 Nr 1 ZPO wegen einer fehlerhaften Besetzung des Berufungsgerichts vor.

- 7 Die Klägerin beantragt,
das Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen vom 28. Oktober 2016 sowie den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Stade vom 23. Oktober 2014 unter Aufhebung des Bescheids der Beklagten vom 10. August 2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 4. Mai 2011 abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, ihr ab dem 6. Oktober 2008 Rente aus der gesetzlichen Unfallversicherung in Höhe von mindestens 20 vH zu bewilligen.
- 8 Die Beklagte beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

II

- 9 Die Revision der Klägerin ist im Sinne der Aufhebung des angefochtenen Urteils und der Zurückverweisung der Sache an das LSG begründet (§ 170 Abs 2 S 2 SGG). Die vom LSG festgestellten Tatsachen (§ 163 Halbs 1 SGG) reichen für eine abschließende Entscheidung über den Anspruch der Klägerin auf Verletztenrente gemäß § 56 SGB VII nicht aus. Ein Besetzungsfehler des Berufungsgerichts liegt nicht vor (*dazu unter A.*). Aufgrund der tatsächlichen Feststellungen des LSG kann der Senat jedoch nicht abschließend darüber entscheiden, ob bei der Klägerin eine rentenberechtigende MdE in Höhe von 20 vH (§ 56 Abs 1 S 1 SGB VII) vorlag (*dazu unter B.*). Dahinstehen kann, ob die weiteren, von der Revision geltend gemachten Verfahrensmängel vorliegen (*dazu unter C.*).
- 10 A. Es liegt kein Besetzungsfehler des Berufungsgerichts und damit keine Verletzung des Anspruchs auf den gesetzlichen Richter iS des Art 101 Abs 1 S 2 GG vor. Der zuständige Senat des LSG entscheidet in seiner nach dem Geschäftsverteilungsplan vorgeschriebenen Besetzung (§ 33 SGG) und bei Verhinderung eines Richters mit dessen Stellvertreter; ebenso wirken die ehrenamtlichen Richter in der Reihenfolge gemäß § 6 Nr 1 SGG mit. Gegen die insoweit geltenden Regeln des jeweiligen Geschäftsverteilungsplans des LSG ist nicht verstoßen worden. Nach der vom erkennenden Senat eingeholten dienstlichen Stellungnahme des Präsidenten des LSG Niedersachsen-Bremen war der Berichterstatter RLSG Dr. ... am Verhandlungstag beurlaubt. Die Behauptung der Revision, dass nicht die RinLSG ... als Stellvertreterin für RLSG ... hätte eintreten dürfen, sondern RLSG Dr. ... ist nach den beigezogenen Geschäftsverteilungsplänen nicht nachvollziehbar. Der von der Revision angeführte angeblich alleine zuständige RLSG Dr. ... wird im Geschäftsverteilungsplan für Oktober 2016 überhaupt nicht erwähnt. Der von der Revision anscheinend angenommene Rechtssatz, dass das LSG stets nur in derselben Besetzung verhandeln und entscheiden dürfe, und kurzfristige Verhinderungen eines Berichterstatters zur Vertagung des Rechtsstreits führen müssten, existiert nicht (*BSG Urteil vom 21.3.2002 - B 7 AL 64/01 R - SozR 3-1300 § 13 Nr 7*).

- 11 B. Aufgrund der tatsächlichen Feststellungen des LSG kann der Senat nicht abschließend darüber befinden, ob die Beklagte zu Recht den geltend gemachten Anspruch der Klägerin auf Gewährung einer Verletztenrente abgelehnt hat. Gemäß § 56 Abs 1 S 1 SGB VII haben Versicherte, deren Erwerbsfähigkeit infolge eines Versicherungsfalles über die 26. Woche nach dem Versicherungsfall hinaus um wenigstens 20 vH gemindert ist, Anspruch auf Verletztenrente. Ist die Erwerbsfähigkeit infolge mehrerer Versicherungsfälle gemindert und erreichen die Vorphundertsätze zusammen wenigstens die Zahl 20, besteht für jeden, auch für einen früheren Versicherungsfall Anspruch auf Rente (§ 56 Abs 1 S 2 SGB VII). Die MdE richtet sich nach dem Umfang der sich aus der Beeinträchtigung des körperlichen und geistigen Leistungsvermögens ergebenden verminderten Arbeitsmöglichkeiten auf dem gesamten Gebiet des Erwerbslebens (§ 56 Abs 2 S 1 SGB VII). Die Bemessung der MdE hängt damit zum einen von den verbliebenen Beeinträchtigungen des körperlichen und geistigen Leistungsvermögens und zum anderen von dem Umfang der dadurch verschlossenen Arbeitsmöglichkeiten ab. Entscheidend ist nicht der Gesundheitsschaden als solcher, sondern vielmehr der Funktionsverlust unter medizinischen, juristischen, sozialen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten (BSG Urteil vom 20.12.2016 - B 2 U 11/15 R - BSGE 122, 232 = SozR 4-2700 § 56 Nr 4, RdNr 14; vgl BSG Urteil vom 22.6.2004 - B 2 U 14/03 R - BSGE 93, 63 = SozR 4-2700 § 56 Nr 1 mwN). Die Bemessung des Grades der MdE ist nach der ständigen Rechtsprechung des Senats eine tatsächliche Feststellung, die das Tatsachengericht unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalles gemäß § 128 Abs 1 S 1 SGG nach seiner freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen richterlichen Überzeugung trifft (vgl BSG Urteile vom 18.1.2011 - B 2 U 5/10 R - SozR 4-2700 § 200 Nr 3; vom 2.5.2001 - B 2 U 24/00 R - SozR 3-2200 § 581 Nr 8; vom 19.12.2000 - B 2 U 49/99 R - HVBG-INFO 2001, 499; vom 27.6.2000 - B 2 U 14/99 R - SozR 3-2200 § 581 Nr 7; vom 23.4.1987 - 2 RU 42/86 - HV-INFO 1988, 1210 und vom 24.5.1984 - 2 RU 12/83 - HV-INFO 1984, Nr 13, 18).
- 12 Das Urteil des LSG, mit dem das Erreichen einer rentenberechtigenden MdE verneint wird, leidet an einem Begründungsmangel iS des § 128 Abs 1 S 2 SGG. Hiernach sind in dem Urteil die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugungsbildung leitend gewesen sind. Das angefochtene Urteil des LSG basiert im Wesentlichen auf dem Verwaltungsgutachten vom 8.4.2010, das von Prof. Dr. E. ... und Dr. B. ... unterschrieben ist (dazu unter I.). Das Urteil des Berufungsgerichts leidet deshalb an einem Begründungsmangel iS des § 128 Abs 1 S 2 SGG, weil unklar bleibt, welchen Beweiswert das LSG diesem Verwaltungsgutachten im Verhältnis zu anderen Beweismitteln beigemessen hat (dazu unter II.). Das LSG wird folglich bei seiner erneuten Entscheidung den Beweiswert des Verwaltungsgutachtens Prof. Dr. E. ... /Dr. B. ... zu würdigen haben (dazu unter III.). Sodann wird es bei der erneuten Würdigung der Beweismittel entscheiden müssen, ob der Klägerin ein Anspruch auf Verletztenrente gemäß § 56 Abs 1 S 1 SGB VII oder zumindest aufgrund eines Stützrententatbestands (§ 56 Abs 1 S 2 SGB VII) zusteht (dazu unter IV.).

13 I. Soweit das LSG davon ausgeht, dass bei der Klägerin infolge des Arbeitsunfalles vom 20.6.2008 Funktionsbeeinträchtigungen am linken Handgelenk verblieben sind, die keine messbare MdE bedingen, bauen die diesbezüglichen Feststellungen des angefochtenen Urteils auf dem Verwaltungsgutachten auf, ohne dass diese Feststellungen noch durch das Sachverständigengutachten des Dr. Wi... vermittelt werden. Das LSG führt insoweit aus, dass bereits die im Verwaltungsverfahren gehörten Gutachter in nicht zu beanstandender Weise darauf hingewiesen hätten, dass für die unfallunabhängige Entstehung der degenerativen Befunde deren Erkennbarkeit schon in den zeitnah zum Unfallgeschehen durchgeführten Röntgenuntersuchungen sprächen. Zudem seien die im Gutachten von Prof. Dr. E... bzw Dr. B... dokumentierten Umfangmaße im Bereich des Ellenbogen- und Handgelenks nicht in Einklang zu bringen mit den zeitlich nachfolgenden Sachverständigengutachten Dr. H... und Dr. W... Damit bezieht sich das LSG unmittelbar auf die festgestellten Befundtatsachen sowie Wertungen im Verwaltungsgutachten des Prof. Dr. E... bzw des Dr. B... Auf eine eventuelle Unverwertbarkeit des im SG-Verfahren eingeholten Sachverständigengutachtens des Dr. W... kommt es somit nicht an (s zu mittelbaren Beweisverwertungsverböten vor: Gerichtsgutachten BSG Urteil vom 5.2.2008 - B 2 U 8/07 R - BSGE 100, 25 = SozR 4-2700 § 200 Nr 1, RdNr 64 zu einem Gutachten nach Aktenlage; Senatsurteil vom 5.2.2008 - B 2 U 10/07 R - juris RdNr 62; relativierend BSG Urteil vom 18.1.2011 - B 2 U 5/10 R - SozR 4-2700 § 200 Nr 3 RdNr 36 mwN).

14 II. Das Berufungsurteil leidet an einem Begründungsmangel iS des § 128 Abs 1 S 2 SGG, weil das LSG zwar die Möglichkeit eines Verwertungsverbötes des Verwaltungsgutachtens erörtert und im Ergebnis ablehnt, aber nicht zu erkennen gibt, welchen Beweiswert es diesem Gutachten im Verhältnis zu anderen Beweismitteln beigemessen hat. Insbesondere bleibt unklar, ob dem LSG bewusst war, dass das im Verwaltungsverfahren eingeholte Gutachten nicht im Wege des Sachverständigenbeweises (§ 118 Abs 1 S 1 SGG iVm § 402 ff ZPO), sondern allenfalls als Urkundenbeweis gewürdigt werden durfte (§ 118 Abs 1 S 1 SGG iVm §§ 415 ff ZPO; grundlegend BSG Beschluss vom 30.3.2017 - B 2 U 181/16 B - ASR 2017, 169 = juris). Zwar können Verwaltungsgutachten auch alleinige Entscheidungsgrundlage sein (BSG Urteil vom 8.12.1988 - 2/9b RU 66/87 - juris RdNr 17 sowie Beschlüsse vom 31.5.1963 - 2 RU 231/62 - SozR Nr 66 zu § 128 SGG und vom 6.6.2007 - B 2 U 108/07 B - RdNr 6; BVerwG Urteil vom 15.4.1964 - V C 45.63 - BVerwGE 18, 216 = Buchholz 310 § 188 Nr 1). Dies setzt allerdings voraus, dass das Gutachten in Form und Inhalt den (Mindest-)Anforderungen entspricht (vgl dazu exemplarisch BVerfG Beschluss vom 14.1.2005 - 2 BvR 983/04 - BVerfGK 5, 40 = juris RdNr 16; BGH Urteil vom 30.7.1999 - 1 StR 618/98 - BGHSt 45, 164, 178 ff), die an ein wissenschaftlich begründetes Sachverständigengutachten zu stellen sind (BSG Urteil vom 1.3.1984 - 9a RV 45/82 - juris RdNr 12), was das Tatsachengericht bei der Angabe der Gründe, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind (§ 128 Abs 1 S 2 SGG), zu erörtern und festzustellen hat. Ferner muss das LSG im Rahmen des § 128 Abs 1 S 2 SGG erkennen lassen, dass es das Verwaltungsgutachten gerade nicht als Sachverständigengutachten verwertet hat und ihm die Besonderheiten des Urkundenbeweises (§ 118 Abs 1 S 1 SGG iVm § 415 ZPO)

bewusst gewesen sind, zu denen beispielsweise die fehlende Verantwortlichkeit des Verwaltungsgutachters gegenüber dem Gericht (§ 118 Abs 1 S 1 SGG iVm §§ 404a, 407a ZPO), die fehlende Strafandrohung der §§ 153 ff StGB und die fehlende Möglichkeit der Beeidigung (§ 118 Abs 1 S 1 SGG iVm § 410 ZPO), das fehlende Ablehnungsrecht (§ 118 Abs 1 S 1 SGG iVm § 406 ZPO) und insbesondere das fehlende Fragerecht (§§ 116 S 2, 118 Abs 1 S 1 SGG iVm §§ 397, 402, 411 Abs 4 ZPO; § 62 SGG) zählen (BSG Beschluss vom 30.3.2017 - B 2 U 181/16 B - juris RdNr 9). Das LSG geht jedoch weder auf die Frage ein, ob das Verwaltungsgutachten des Prof. Dr. E. ... bzw des Dr. B. ... den förmlichen und inhaltlichen Anforderungen eines ordnungsgemäßen Sachverständigengutachtens entspricht, noch lässt es erkennen, dass es sich bei dessen Verwertung über die Unterschiede zwischen Sachverständigen- und Urkundenbeweis im Klaren gewesen ist. Dies wird das LSG nachzuholen haben.

15 III. Die Klägerin hat sowohl im Klage- als auch im Berufungsverfahren behauptet, der Verwaltungsgutachter Prof. Dr. E. ... habe sie weder untersucht noch sei er ihr persönlich begegnet. Deshalb wird das LSG, um den Beweiswert dieses im Verwaltungsverfahren von der Beklagten eingeholten Gutachtens entsprechend der soeben unter II. dargestellten Grundsätze beurteilen zu können, diesem Vortrag zB durch Befragung der beteiligten Ärzte nachgehen müssen. Sofern das LSG zu der Feststellung gelangt, dass das Vorbringen der Klägerin zutrifft, also Prof. Dr. E. ... keinerlei Kontakt mit ihr hatte, würde das Verwaltungsgutachten Prof. Dr. E. .../Dr. B. ... gegen § 200 Abs 2 Halbs 1 SGB VII verstoßen und unter einem Verfahrensfehler leiden (dazu unter 1.). Dieser Verfahrensfehler wäre auch rechtzeitig gerügt worden (dazu unter 2.). Hieraus folgt aber noch nicht zwingend ein Beweisverwertungsverbot dieses Verwaltungsgutachtens (dazu unter 3.). Das LSG wird dann aber ggf weiter zu ermitteln und zu prüfen haben, ob aufgrund der Mitarbeit des Oberarztes Dr. B. ... bei der Gutachtenerstellung ein Verstoß gegen datenschützende Normen vorliegt und daraus eine Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Klägerin (Art 2 Abs 1 iVm Art 1 GG) mit der Folge eines Verwertungsverbots resultieren könnte (dazu unter 4.).

16 1. Sofern es im Rahmen der Begutachtung zu keiner persönlichen Begegnung zwischen dem ernannten Gutachter Prof. Dr. E. ... und der Klägerin gekommen sein sollte, wäre das Gutachten unter Verstoß gegen § 200 Abs 2 Halbs 1 SGB VII verfahrensfehlerhaft zustande gekommen. Dabei kann dahinstehen, ob § 407a ZPO, wonach der beauftragte Sachverständige das Gutachten persönlich zu erstatten hat und eine Übertragung des Gutachtensauftrags auf andere Personen unzulässig ist (BSG Beschlüsse vom 14.11.2013 - B 9 SB 10/13 B - juris RdNr 7 und vom 5.5.2009 - B 13 R 535/08 B - juris RdNr 12 mwN; Brandenburg/Lindemann/Palsherrn, MedSach 2011, 230, 234), sinngemäß auch im Verwaltungsverfahren Anwendung findet (so BSG Beschluss vom 17.4.2013 - B 9 V 36/12 B - SozR 4-1500 § 118 Nr 3 RdNr 6) oder ob mangels expliziten Verweises in § 21 Abs 3 S 3 SGB X dies nicht der Fall ist (so Mutschler in Kasseler Kommentar, § 21 SGB X, Stand März 2018, RdNr 8). Denn jedenfalls

würde dann, wenn das LSG zu der Feststellung gelangt, dass es zu keiner persönlichen Begegnung zwischen dem ernannten Gutachter Prof. Dr. E. [Name] und der Klägerin gekommen ist, ein Verstoß gegen § 200 Abs 2 Halbs 1 SGB VII vorliegen. § 200 Abs 2 Halbs 1 SGB VII - eine unfallversicherungsrechtliche Sondernorm, die lediglich in § 17 Abs 1 SGB IX ihre Entsprechung findet - regelt für den Bereich der Gesetzlichen Unfallversicherung eine Gutachterbenennungspflicht der Verwaltung und damit korrespondierend ein Auswahlrecht des Versicherten. Die Vorschrift ist vorliegend anwendbar (*dazu unter a*). Der vom Versicherten benannte Sachverständige ist nach § 200 Abs 2 Halbs 1 SGB VII nicht befugt, den Auftrag auf einen anderen Gutachter zu übertragen (*dazu unter b*). Zwar können bei der Erstellung orthopädischer Gutachten auch Mitarbeiter zu unterstützenden Diensten nach Weisung unter Aufsicht des Sachverständiger herangezogen werden (*dazu unter c*). Die persönliche Begegnung mit der zu untersuchenden Person gehört indes bei einem gemäß § 200 Abs 2 Halbs 1 SGB VII in Auftrag gegebenen Gutachten zu den nicht übertragbaren Kernaufgaben, die der ernannte Gutachter selbst zu erbringen hat (*dazu unter d*).

17 a) Das von Prof. Dr. E. [Name] und Dr. E. [Name] unterzeichnete Gutachten ist zunächst ein Gutachten iS des § 200 Abs 2 SGB VII. Nach der Senatsrechtsprechung fällt unter den Begriff des Gutachtens nicht jede Äußerung oder Stellungnahme eines Sachverständigen zu einzelnen Aspekten des Verfahrensgegenstands, sondern nur die umfassende Bearbeitung einer im konkreten Fall relevanten fachlichen Fragestellung durch einen medizinischen Sachverständigen (BSG Urteile vom 5.2.2008 - B 2 U 8/07 R - BSGE 100, 25 = SozR 4-2700 § 200 Nr 1 und vom 18.1.2011 - B 2 U 5/10 R - SozR 4-2700 § 200 Nr 3; Wagner in jurisPK-SGB VII § 200 RdNr 34; weitere Einzelheiten bei Bereiter-Hahn/Mehrtens, Gesetzliche Unfallversicherung [Handkommentar], 2019, § 200 SGB VII RdNr 4.5). Diese Kriterien erfüllt das Verwaltungsgutachten, wobei dahinstehen kann, ob Prof. Dr. E. [Name] als Beratungsarzt im Rahmen eines Dienst- oder Beratungsvertrags höherer Art tätig wurde und der Beklagten als verantwortlicher Stelle (§ 67 Abs 9 SGB X idF vom 18.5.2001 - BGBl I 904) zugerechnet werden kann (vgl BSG Urteil vom 5.2.2008 - B 2 U 8/07 R - BSGE 100, 25 = SozR 4-2700 § 200 Nr 1, RdNr 49; s zur Auftragsdatenverarbeitung von Ärzten Bieresborn in Krasney/Becker/Burchardt/Kruschinsky/Heinz/Bieresborn, Gesetzliche Unfallversicherung, Stand: September 2016, § 200 RdNr 37), weil die Anwendbarkeit des § 200 Abs 2 Halbs 1 SGB VII im Unterschied zu Halbs 2, der eine Bezugnahme auf § 76 SGB X enthält, nicht voraussetzt, dass ausschließlich externe Gutachter zur Auswahl benannt werden.

18 b) Aus § 200 Abs 2 Halbs 1 SGB VII folgt unabhängig von der Anwendbarkeit des § 407a ZPO zwingend, dass der ausgewählte Gutachter seinen Gutachtensauftrag nicht auf einen weiteren Gutachter übertragen darf. Dies würde Sinn und Zweck der Norm zuwiderlaufen, dem Bürger durch Einräumung eines Auswahlrechts eine qualifizierte Mitwirkung bei der behördlichen Ermittlung des Sachverhalts (§ 20 SGB X) einzuräumen und die Akzeptanz des Verwaltungsverfahrens zu fördern, soweit der Unfallversicherungsträger dem Gutachten des vom Bürger ausgewählten Gutachters folgt (BT-Drucks 13/4853 S 22).

- 19 c) Dieses Übertragungsverbot verbietet zwar grundsätzlich nicht, weitere Personen zu unterstützenden Diensten nach Weisung heranzuziehen, sofern der beauftragte Gutachter seine das Gutachten prägenden und regelmäßig in einem unverzichtbaren Kern von ihm selbst zu erbringenden Zentralaufgaben selbst wahrnimmt, die abhängig vom Fachgebiet differieren können. Insofern können hier die Grundsätze des § 407a ZPO herangezogen werden (*vgl zu § 407a ZPO: BSG Beschlüsse vom 20.3.2017 - B 9 SB 54/16 B - juris RdNr 7 <psychiatrische Untersuchung>, vom 10.10.2016 - B 13 R 172/16 B - juris RdNr 8 <internistisch-umweltmedizinisches Fachgutachten>; BSG Beschluss vom 18.9.2003 - B 9 VU 2/03 B - SozR 4-1750 § 407a Nr 1 RdNr 7 <psychiatrische Untersuchung>; BSG Beschluss vom 15.7.2004 - B 9 V 24/03 B - SGB 2004, 702; abgrenzend BSG Urteil vom 27.4.1989 - 9 RV 29/88 - juris RdNr 10; vgl BVerwG Urteil vom 9.3.1984 - 8 C 97/83 - BVerwGE 69, 70 <Laboruntersuchungen>; Grüner in Bieresborn, Einführung in die medizinische Sachverständigentätigkeit vor Sozialgerichten, 2015, S 63).*
- 20 d) Der Senat zählt jedoch auch bei einer gemäß § 200 Abs 2 Halbs 1 SGB VII in Auftrag gegebenen Begutachtung auf orthopädischem, hand- bzw (unfall-)chirurgischem Fachgebiet eine persönliche Begegnung mit dem Probanden zu den Kernaufgaben, die durch den ernannten Gutachter selbst zu erledigen sind und nicht delegiert werden dürfen. Eine solche persönliche Begegnung, bei der sich der Gutachter einen persönlichen Eindruck verschafft und der zu Begutachtende seine subjektiven Beschwerden vorbringen kann, ist im Rahmen einer Begutachtung nach § 200 Abs 2 Halbs 1 SGB VII zwingend erforderlich. Ansonsten würde gerade der von § 200 Abs 2 Halbs 1 SGB VII vorausgesetzte Sinn und Zweck des Untersuchungsauftrags nicht erreicht werden, wenn der Versicherte den von ihm selbst benannten Gutachter überhaupt nicht zu Gesicht bekommt und der ernannte Gutachter andererseits sich nicht durch eine unmittelbare Sinneswahrnehmung einen persönlichen Eindruck vom Versicherten verschafft. Damit entspricht es gerade der mit der Norm beabsichtigten Transparenz des Verfahrens (*vgl BT-Drucks 13/4853, S 22*), dass der Versicherte einen Anspruch darauf hat, mit dem von ihm ausgewählten Gutachter, der das Gutachten nach einer Untersuchung erstellen soll, persönlich in Kontakt zu treten. Dieser Grundsatz wird auch bestätigt durch Ziffer 4.2 der Leitlinie "Allgemeine Grundlagen der medizinischen Begutachtung" (*AWMF-Registernummer: 094/001*), an der ua auch die Deutsche Gesellschaft für Handchirurgie beteiligt ist, ohne dass es hier auf die Rechtssatzqualität der in dieser Leitlinie zum Ausdruck kommenden Regel ärztlichen Handelns ankommt. Nach Ziffer 4.2 der genannten Leitlinie "muss sich" der Gutachter "zwingend einen persönlichen Eindruck von dem zu Begutachtenden, seinen Beschwerden und den zu erhebenden Befunden verschaffen, um die aus Rechtsgründen erforderliche Letztverantwortung für das Gutachten übernehmen zu können."
- 21 2. Sollte dieser Verstoß gegen § 200 Abs 2 Halbs 1 SGB VII vom LSG festgestellt werden, so ist weiterhin davon auszugehen, dass der Verfahrensfehler auch rechtzeitig gerügt worden ist. Die Klägerin hat erstmals im Gerichtsverfahren vor dem SG gerügt, dass Prof. Dr. Ei . . . nicht

Verfasser des Gutachtens gewesen sei bzw sie überhaupt nicht "gesehen" habe. Zwar sind im Verfahren nach dem SGG trotz des dieses Verfahren beherrschenden Amtsermittlungsprinzips (§ 103 SGG) Verstöße gegen Verfahrens- und insbesondere gegen Formvorschriften nicht von Amts wegen, sondern ggf nur auf Rüge zu beachten (*BSG Urteil vom 5.2.2008 - B 2 U 8/07 R - BSGE 100, 25 = SozR 4-2700 § 200 Nr 1 und BSG Beschluss vom 20.3.2017 - B 9 SB 54/16 B - juris RdNr 7*). Daher muss gemäß § 202 S 1 SGG iVm § 295 Abs 1, § 556 ZPO eine Rüge bezüglich der Verwertbarkeit eines Gutachtens, das im Gerichtsverfahren eingeholt wird, spätestens in der nächsten mündlichen Verhandlung erhoben werden (*BSG Urteil vom 5.2.2008 - B 2 U 8/07 R - BSGE 100, 25 = SozR 4-2700 § 200 Nr 1; BSG Beschluss vom 30.12.1987 - 5a BKn 10/86 - SozR 1500 § 160a Nr 61 mwN; vgl Kummer, Die Nichtzulassungsbeschwerde, 2011, RdNr 200 f*). Ansonsten geht das Rügerecht verloren.

22 Soweit der erkennende Senat diese Grundsätze aus der ZPO iVm § 202 S 1 SGG auch auf das Verwaltungsverfahren übertragen und in der Vergangenheit entschieden hat, dass bei im Verwaltungsverfahren erfolgten Verfahrensverstößen spätestens mit Erlass des Widerspruchsbescheids ein Rügeverlust eintrete (*BSG Urteil vom 20.7.2010 - B 2 U 17/09 R - SozR 4-2700 § 200 Nr 2 RdNr 34*), wird diese Rechtsprechung ausdrücklich aufgegeben. Soweit der Senat zur Begründung angegeben hat, der Bürger sei hier der einzige, der eine Verletzung seines Auswahlrechts rechtzeitig abwenden oder eine Heilung dieses Verfahrensfehlers rechtzeitig anstoßen könne (*BSG Urteil vom 20.7.2010 - B 2 U 17/09 R - SozR 4-2700 § 200 Nr 2 RdNr 36*), erscheint dies wenig überzeugend, kann doch auch die Verwaltung durch einen einfachen Blick auf das ihr übersandte Gutachten jeweils feststellen, ob der im Rahmen des § 200 Abs 2 Halbs 1 SGB VII vom Bürger ausgewählte Gutachter überhaupt und in welchem Umfang tätig geworden ist. Des Weiteren ist nach § 31 SGB I (Vorbehalt des Gesetzes) zwingend erforderlich, dass Rechte und Pflichten im Bereich des SGB einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage bedürfen. Der mit der Konstruktion einer Rügeobliegenheit im Verwaltungsverfahren verbundene Rechtsverlust lässt sich mangels ausdrücklicher Anwendbarkeit des § 295 ZPO im SGB X nicht rechtfertigen. Eine dem § 202 S 1 SGG entsprechende Norm fehlt gerade im SGB X. Daher ist die von der Klägerin hier im erstinstanzlichen Klageverfahren erhobene Rüge als rechtzeitig anzusehen.

23 3. Aus einem Verstoß gegen § 200 Abs 2 Halbs 1 SGB VII alleine folgt noch kein Beweisverwertungsverbot. Nicht jeder Verstoß gegen materielles oder formelles Recht bei der Beweiserhebung führt automatisch zu einem Verwertungsverbot. In bestimmten Fällen müssen rechtswidrig ermittelte, gespeicherte oder weitergegebene Daten genutzt werden, um gleich- oder höherrangige Rechtsgüter zu schützen. Bei der Frage, ob ein Beweisgewinnungsverbot zu einem Beweisverwertungsverbot führt, sind die widerstreitenden Interessen unter- und gegeneinander abzuwägen (*Benfer, NVwZ 1999, 237, 239; Köhler, Kausalität, Finalität und Beweis, 2001, S 34; Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 4. Aufl 2002, RdNr 152*). Die Intensität des Verfahrensverstößes fällt dabei ebenso ins Gewicht wie die Überlegung, dass die Wahrheit nicht um jeden Preis erforscht werden darf (*BGH Urteil vom 17.3.1983 - 4 StR 640/82 - BGHSt 31, 304*

309). Die Verwertung ist grundsätzlich verboten, wenn die verletzte Norm den Betroffenen vor Grundrechtseingriffen schützt (vgl. *BVerfG Beschlüsse vom 20.9.2018 - 2 BvR 708/18 - juris*; vom 9.11.2010 - 2 BvR 2101/09 - juris und vom 19.9.2006 - 2 BvR 2115/01 - juris RdNr 34; *BSG Urteil vom 5.2.2008 - B 2 U 8/07 R - BSGE 100, 25 = SozR 4-2700 § 200 Nr 1, RdNr 52*).

24 Der Senat hat insoweit bereits entschieden, dass das Auswahlrecht des § 200 Abs 2 Halbs 1 SGB VII rein verwaltungsverfahrenrechtlicher Natur ist. Es dient zwar mittelbar auch der besseren Transparenz der Entscheidungsfindung des Trägers und des Datenflusses für den Versicherten (*BT-Drucks 13/4853 S 22*; vgl. *Ricke, NZS 2018, 606, 610*). Das Auswahlrecht bezweckt ausschließlich, im jeweiligen Verwaltungsverfahren einen inhaltlich richtigen und für den Versicherten akzeptablen verfahrensabschließenden Verwaltungsakt vorzubereiten und vermittelt verglichen zum Widerspruchsrecht nach § 200 Abs 2 Halbs 2 SGB VII dem Versicherten eine erheblich schwächere Rechtsposition, weil er sich zwar zu den vorgeschlagenen Gutachtern äußern und ggf einen Gegenvorschlag machen kann, der UV-Träger dem aber nicht folgen muss (*Senatsurteil vom 20.7.2010 - B 2 U 17/09 R - SozR 4-2700 § 200 Nr 2 RdNr 35 f*; vgl. *Bieresborn in Francke/Gagel/Bieresborn, Der Sachverständigenbeweis im Sozialrecht, 2. Aufl 2017, 64*). Deshalb kann der ggf vorliegende Verfahrensfehler der faktischen Nichtbegutachtung durch den gemäß § 200 Abs 2 Halbs 1 SGB VII benannten Gutachter als solcher alleine auch nicht zu einem Beweisverwertungsverbot führen.

25 4. Das LSG wird aber ggf weiter zu ermitteln und zu prüfen haben, ob ein Beweisverwertungsverbot des Verwaltungsgutachtens ggf daraus abzuleiten ist, dass in der Mitarbeit des Dr. B. bei der Gutachtenerstellung ein Verstoß gegen datenschützende Normen und damit eine Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung oder des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Klägerin (*Art 2 Abs 1 GG iVm Art 1 Abs 1 GG*) zu sehen ist. Zwar hat die Klägerin keine Verletzung der Belehrungspflicht über das Widerspruchsrecht gemäß § 200 Abs 2 Halbs 2 SGB VII iVm § 76 Abs 2 SGB X gerügt, das der Konkretisierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung dient (*BSG Urteil vom 5.2.2008 - B 2 U 8/07 R - BSGE 100, 25 = SozR 4-2700 § 200 Nr 1, RdNr 54*). Jedoch könnte sowohl in der Weitergabe von personenbezogenen Daten durch die Beklagte über Prof. Dr. E. an Dr. B. (*dazu unter a*) als auch durch die Weitergabe von durch Dr. B. erhobene Daten an Prof. Dr. E. ein Verstoß gegen das informationelle Selbstbestimmungsrecht schützende Normen liegen (*dazu unter b*). Sodann wird das LSG einen etwaigen Verstoß gegen die ärztliche Schweigepflicht durch die beteiligten Ärzte prüfen müssen (*dazu unter c*). Schließlich wird das LSG ggf die Auswirkung eines Verstoßes auf die Verwertbarkeit des Gutachtens würdigen müssen (*dazu unter d*).

26 a) Das LSG wird einen Verstoß gegen datenschützende Normen im Hinblick auf die Weitergabe von personenbezogenen Daten der Klägerin an Dr. B. zu prüfen haben. Hierzu wird es zunächst zu ermitteln haben, ob und ggf welche personenbezogenen Daten Dr. B. durch den ernannten Gutachter Prof. Dr. E. zur Verfügung gestellt wurden. Sodann wird das LSG die konkreten rechtlichen Beziehungen zwischen der Beklagten und Prof. Dr. E. sowie

Dr. B. ... etwa im Hinblick auf bestehende Weisungsrechte zu prüfen haben. Hierbei wird zu beachten sein, dass es sich bei personenbezogenen Daten, die zuvor von der Beklagten verarbeitet wurden, um Sozialdaten gemäß § 67 SGB X iVm § 35 SGB I handelt und die Übertragung auf Prof. Dr. E. ... sofern dieser nicht der Beklagten als verantwortlicher Stelle zB als deren Auftragsdatenverarbeiter (§ 80 SGB X idF vom 18.5.2001 - BGBl I 904) zuzurechnen ist (vgl BSG Urteil vom 5.2.2008 - B 2 U 8/07 R - BSGE 100, 25 = SozR 4-2700 § 200 Nr 1, RdNr 41; Hessisches LSG Urteil vom 23.3.2012 - L 9 U 27/11 - juris RdNr 42 ff), eine Übermittlung bedeutete, die eines gesonderten Legitimationstatbestandes bedurfte (§ 67d SGB X idF vom 18.5.2001 - BGBl I 904). Sofern sich dieser aus § 69 Abs 1 Nr 1 Alt 2 SGB X (Erfüllung eigener Aufgaben) iVm §§ 20, 21 SGB X, bei medizinischen Daten ggf iVm § 76 Abs 2 SGB X, ableiten lässt, wäre als nächstes zu klären, in welcher datenschutzrechtlichen Stellung zu Prof. Dr. E. ... der - nicht seitens der Beklagten als Gutachter ernannte - Dr. B. ... stand. Personenbezogene Daten verlieren - auch wenn sie an eine nicht in § 35 SGB I genannte Stelle übermittelt werden - gemäß § 78 SGB X ihre Eigenschaft als Sozialdaten nicht oder genießen zumindest den gleichen Schutz (Rombach in Hauck/Noftz, SGB X, K § 78 RdNr 24 ff; Bieresborn in von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Aufl 2014, § 78 RdNr 6). Sofern Prof. Dr. E. ... nicht der Beklagten als verantwortlicher Stelle zuzurechnen ist und der die Untersuchung durchführende Dr. B. ... als Auftragsdatenverarbeiter (§ 11 BDSG idF vom 14.1.2003 - BGBl I 66 -; § 80 SGB X idF vom 18.5.2003 - BGBl I 904) des dann im Hinblick auf die Gutachtenerstellung als verantwortliche Stelle (§ 67 Abs 9 SGB X idF vom 18.5.2001 - BGBl I 904) handelnden Prof. Dr. E. ... anzusehen wäre - zB weil die Erstellung von Gutachten zu den arbeitsvertraglichen Pflichten gegenüber dem Unfallkrankenhaus zählte und entsprechende Weisungsbefugnisse des Prof. Dr. E. ... als Chefarzt gegenüber ihm bestanden oder sich diese kraft betrieblicher Übung auch bei an den Chefarzt gerichteten Gutachtensaufträgen ergaben -, wäre für die Weitergabe der personenbezogenen Daten keine Übermittlungsbefugnis erforderlich, weil es sich nur um eine Datennutzung und keine Übermittlung iS des § 67 Abs 6 Nr 3 SGB X idF vom 6.8.1998 (BGBl I 2022) gehandelt hätte. Andernfalls wäre die Weiterübermittlung der Daten nur mit einer grundsätzlich der Schriftform bedürfenden Einwilligung der Klägerin gemäß § 67b Abs 2 SGB X idF vom 9.12.2004 (BGBl I 3242) rechtlich zulässig gewesen. Da die entscheidenden Vorgänge sich vor Geltungsbeginn der VO (EU) 2016/679 (EU-Datenschutzgrundverordnung) in Deutschland am 25.5.2018 ereignet haben, sind sich daraus ergebende Verarbeitungsgrundlagen vorliegend nicht zu prüfen.

27

b) An diesen Maßstäben wird das LSG auch die Zulässigkeit der Weitergabe der von Dr. B. ... bei der Klägerin erhobenen Befundtatsachen an Prof. Dr. E. ... messen müssen. Zunächst wird auch hier zu ermitteln sein, welche personenbezogenen Daten der Klägerin im Rahmen der Gutachtenerstellung durch Dr. B. ... an Prof. Dr. E. ... bekannt gegeben wurden. Sofern beide Ärzte nicht der Beklagten als verantwortlicher Stelle zuzurechnen sind, wären unabhängig davon, ob Dr. B. ... seinerseits als Auftragsdatenverarbeiter des verantwortlichen Prof. Dr. E. ... handelte, die von ihm erhobenen Daten keine Sozialdaten, weil

weder er noch Prof. Dr. E. eine in § 35 SGB I genannte Stelle sind oder dieser angehören. Sowohl die Erhebung als auch Nutzung oder ggf Übermittlung dieser Daten wäre daher am Maßstab des BDSG zu messen, wobei die Ärzte als nicht-öffentliche Stellen fungierten, da sie als Sachverständige keine hoheitliche Funktion wie ein Beliehener ausüben (vgl BGH Urteil vom 5.10.1972 - III ZR 168/70 - BGHZ 59, 310 RdNr 14 ff; Taeger in Taeger/Gabel, Kommentar zum BDSG <aF>, 2010, § 28 RdNr 24).

28 Die Datenverarbeitung nicht-öffentlicher Stellen wird jedoch durch das BDSG nur erfasst, wenn die Daten unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen oder nicht automatisierten Dateien verarbeitet, genutzt oder dafür erhoben werden (§ 27 BDSG idF vom 14.1.2003 - BGBl I 66 -, s zu der Frage, ob ein medizinisches Gutachten in einer Gerichtsakte eine Datei iS des Art 3 Abs 1, Art 2 Buchst c der Datenschutzrichtlinie <RL 95/46/EG> ist: BGH Urteil vom 29.11.2016 - VI ZR 530/15 - juris RdNr 24). Sollte das LSG insoweit zur Anwendbarkeit des BDSG gelangen, wäre ferner zu beachten, dass es sich bei medizinischen Daten um besonders schutzwürdige Daten gemäß § 3 Abs 9 BDSG (idF vom 14.1.2003 - BGBl I 66) handelt, deren Übermittlung nur auf Grundlage einer - ebenfalls grundsätzlich der Schriftform bedürftigen - Einwilligung des Betroffenen gemäß § 4a Abs 1 und 3 BDSG oder bei Vorliegen einer der sonstigen normativen Voraussetzungen des § 28 Abs 6 BDSG (jeweils idF vom 14.1.2003 - BGBl I 66) zulässig gewesen wäre. Sollte Dr. B hingegen der Beklagten - und sei es mittelbar über Prof. Dr. E. - zugerechnet werden können, läge nur eine Weitergabe und damit keine Übermittlung von durch ihn erhobenen Sozialdaten vor.

29 c) Davon unabhängig wird das LSG die ärztliche Schweigepflicht (vgl § 203 StGB; § 9 MBOÄ; Katzenmeier in Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 7. Aufl 2015, Kap IX RdNr 3) als weitere das Recht auf informationelle Selbstbestimmung schützende Schranke für die Offenbarung von Daten (BVerfG Beschluss vom 6.6.2006 - 2 BvR 1349/05 - juris RdNr 32; Dochow, GesR 2016, 405) zu beachten haben. Selbst wenn man Dr. B. als berufsmäßig tätigen Gehilfen (§ 203 Abs 3 S 2 StGB idF vom 13.11.1998 <BGBl I 3322>) des Chefarztes Prof. Dr. E. ansieht und er dementsprechend befugter Mitwisser im Rahmen der Gutachtenerstellungen durch Prof. Dr. E. war (vgl Deitmar, MedSach 2011, 223, 227; Bauer, MedSach 2006, 79, 81; Heghmanns/Niehaus, NStZ 2008, 57, 58), ist zu ermitteln, ob der Klägerin bewusst war, dass die Untersuchung nicht vom ernannten Gutachter durchgeführt wurde, wobei auch zu berücksichtigen sein wird, dass die Klägerin nach den Feststellungen des LSG durch Dr. B. bereits zuvor behandelt worden war. Daher wird ggf zu prüfen sein, ob und inwieweit in der freiwilligen Teilnahme an der Untersuchung eine konkludente Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht des Dr. B. gegenüber dem eigentlich ernannten Gutachter Prof. Dr. E. zu sehen ist (vgl Kaltenstein, MedSach 2001, 60, 61; Deitmar, MedSach 2011, 223, 226). Hierbei könnte auch zu beachten sein, dass nach Ziffer 4.10 der Leitlinie "Allgemeine Grundlagen der medizinischen Begutachtung" (AWMF-Registernummer: 094/001) - die der Senat insoweit als Formulierung eines allgemeinen wissenschaftlichen Standards betrachtet - der Gutachter "das ausdrückliche Einverständnis des zu begutachtenden Patienten dazu

einholen" muss, "dass sich die Schweigepflichtentbindung im Rahmen des Gutachtens auch auf die im Behandlungsverhältnis erhaltenen Informationen bzw erhobenen Befunde erstreckt", wenn - wie hier - "ausnahmsweise ein behandelnder Arzt mit der Begutachtung beauftragt" wird.

30 d) Schließlich wird das LSG, sofern es einen Verstoß gegen die soeben genannten Normen feststellen sollte, prüfen müssen, ob diese der Beklagten unmittelbar zurechenbar sind oder ob auch Verletzungen durch beauftragte Sachverständige, die ihrerseits nicht-hoheitlich und auch nicht als Beliehene handeln, zu Beweisverwertungsverböten führen (vgl BSG Urteil vom 15.2.2005 - B 2 U 3/04 R - BSGE 94, 149 = SozR 4-2700 § 63 Nr 2, RdNr 41 ff; s zur Drittwirkung der Grundrechte BVerfGE 80, 81, 92 f mwN; BVerfGE 84, 192, 195 mwN; vgl BSG Urteil vom 9.12.2003 - B 2 U 8/03 R - SozR 4-2200 § 589 Nr 1 RdNr 26). Hierbei wird auch zu berücksichtigen sein, dass sowohl Prof. Dr. E. als auch Dr. B. Beschäftigte des Unfallkrankenhauses sind, dessen Mehrheitsgesellschafter die "BG Kliniken-Klinikverbund der gesetzlichen Unfallversicherung gGmbH" ist, an der die Beklagte ihrerseits als Gesellschafterin beteiligt ist, und damit eine gewisse Nähe besteht.

31 III. Sofern das LSG mangels Verstoßes gegen datenschützende Normen kein Verwertungsverbot des von Prof. Dr. E. und von Dr. B. unterzeichneten Gutachtens annimmt, wird es zu prüfen haben, ob nicht die Vernehmung des Dr. B. als sachverständiger Zeuge angesichts der Bedeutung der Messergebnisse und aufgrund des höheren Beweiswertes einer solchen persönlichen Anhörung im Hinblick auf Glaubwürdigkeit und Transparenz sowie die Strafandrohung der §§ 153 ff StGB und die Möglichkeit der Beeidigung (§ 118 Abs 1 S 1 SGG iVm § 414, § 391, §§ 478 ff ZPO) unabdingbar ist. Dabei wird das LSG auch zu thematisieren haben, warum Dr. B. die Begutachtung überhaupt durchgeführt und nicht abgelehnt hat, obwohl er die Klägerin zuvor bereits behandelt hatte. Auch insofern könnte den in der Leitlinie "Allgemeine Grundlagen der medizinischen Begutachtung" (AWMF-Registernummer: 094/001) enthaltenen Regeln der ärztlichen Kunst Bedeutung zukommen, ohne dass deren Normqualität im Einzelnen zu prüfen wäre. Nach Ziffer 4.1 der genannten Leitlinie soll der Gutachter "stets prüfen, ob ihm der Wechsel aus dem vom Fürsorgeprinzip getragenen Behandlungsauftrag in die strikte gutachterliche Neutralität möglich ist, und im Zweifel den Auftrag mit Hinweis auf diese Konfliktsituation ablehnen." Andererseits stand Dr. B. als Beschäftigter des Unfallkrankenhauses in einer gewissen Nähe zur Beklagten als Gesellschafterin dieses Krankenhauses. Folglich könnte auch zu erörtern sein, welche Auswirkungen dieser Rollenkonflikt (abhängig Beschäftigter, behandelnder Arzt, neutraler Gutachter in einer Person) auf den Beweiswert des Verwaltungsgutachtens und die dort dokumentierten Befunde hat.

32 IV. Sodann wird das LSG bei der erneuten Würdigung der Beweismittel entscheiden müssen, ob der Klägerin ein Anspruch auf Verletztenrente gemäß § 56 SGB VII zusteht. Die der Feststellung der MdE zugrunde liegende, vom LSG gemäß § 128 Abs 1 S 1 SGG nach dem Gesamtergebnis des Verfahrens unter Einschluss der Beweisaufnahme nach der Überzeugungskraft der jeweiligen Beweismittel frei vorzunehmende Würdigung des Sachverhaltes kann das Revisionsgericht

auf Rüge grundsätzlich nur darauf prüfen, ob das Tatsachengericht bei der Beweiswürdigung gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstoßen und ob es das Gesamtergebnis des Verfahrens berücksichtigt hat (*BSG Urteile vom 20.12.2016 - B 2 U 11/15 R - BSGE 122, 232 = SozR 4-2700 § 56 Nr 4, RdNr 15 und vom 18.3.2003 - B 2 U 31/02 R - Breith 2003, 565*). Das LSG wird deshalb auch die genaue Fundstelle der MdE-Erfahrungswerte zu benennen haben, die es angewandt hat (*vgl BSG Urteil vom 20.12.2016 - B 2 U 11/15 R - BSGE 122, 232 = SozR 4-2700 § 56 Nr 4, RdNr 15*).

- 33 Wie die nach ständiger Rechtsprechung des erkennenden Senats revisionsrechtlich überprüfba-
ren allgemeinen (generellen) Tatsachen, die für die Feststellung von Berufskrankheiten von
Bedeutung sind (*vgl dazu zuletzt BSG Urteil vom 23.4.2015 - B 2 U 10/14 R - BSGE 118, 255
= SozR 4-5671 Anl 1 Nr 2108 Nr 6*), sind auch die MdE-Tabellenwerte allgemeine (generelle)
Tatsachen, die für die Bestimmung des Inhalts einer Rechtsnorm - nämlich des in § 56 Abs 2
SGB VII verwendeten Begriffs der MdE - und damit für eine Vielzahl gleichgelagerter Fälle rele-
vant sind. Wendet ein Tatsachengericht allgemein akzeptierte MdE-Tabellen an, ist revisions-
rechtlich die Prüfung des BSG darauf beschränkt, ob diese Tabellenwerte erkennbar falsch sind,
etwa weil sie dem Stand des medizinischen Wissens oder des Erfahrungswissens anderer ein-
schlägiger Wissenschaftsgebiete widersprechen (*BSG Urteil vom 20.12.2016 - B 2 U
11/15 R - BSGE 122, 232 = SozR 4-2700 § 56 Nr 4, RdNr 20*). Um diese Prüfung vornehmen zu
können, ist es aber unabdingbar, dass das LSG mitteilt, welche Tabelle es zugrunde gelegt hat.
- 34 Ferner wird das LSG im Hinblick auf das Parallelverfahren B 2 U 26/17 R das Vorliegen eines
Stützrententatbestands prüfen müssen, der bei einer MdE von unter 10 vH allerdings nicht in
Betracht kommt (*BSG Urteile vom 27.1.1994 - 2 RU 4/93 - SozR 3-2200 § 581 Nr 4 und vom
2.11.1988 - 2 RU 39/87 - juris RdNr 17; BSG Urteil vom 7.12.1976 - 8 RU 14/76 - BSGE 43, 53 =
SozR 2200 § 581 Nr 9 = juris RdNr 12*).
- 35 C. Da der Rechtsstreit somit an das LSG zurückzuverweisen war, kann dahinstehen, ob das LSG,
wie seitens der Revision vorgetragen, den Anspruch auf rechtliches Gehör der Klägerin (*Art 103
Abs 1 GG, § 62 SGG*) im Hinblick auf die Folgen eines eventuellen Rügeverzichts, durch eine
fehlende Akteneinsicht der ehrenamtlichen Richter (*vgl dazu BSG Beschluss vom
25.1.2011 - B 5 R 261/10 B - SozR 4-1500 § 112 Nr 3 RdNr 6; BSG Urteil vom 27.2.1964 - 12 RJ
254/63 - SozR Nr 5 zu § 112 SGG = juris RdNr 13*) oder durch eine Missachtung des Fragerechts
verletzt hat (*vgl BSG Beschluss vom 22.5.2012 - B 2 U 119/12 B*).
- 36 In der zu treffenden Kostenentscheidung nach § 193 SGG wird das LSG ggf zu prüfen haben,
wie sich ein Verfahrensverstoß gegen § 200 Abs 2 Halbs 1 SGB VII auf die Rechtmäßigkeit der
angefochtenen Bescheide gemäß § 42 SGB X ausgewirkt hat. Hierbei wird es berücksichtigen
müssen, dass danach ein Verfahrensverstoß nicht zur Aufhebung eines Verwaltungsaktes führt,
wenn offensichtlich ist, dass dieser die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat. Insofern
stellt sich bei einem etwaigen Verstoß gegen § 200 Abs 2 Halbs 1 SGB VII die Frage, ob der auf

die fehlerhafte Begutachtung gestützte ablehnende Verwaltungsakt bereits deshalb im Widerspruchsverfahren hätte aufgehoben werden müssen. Wenn stattdessen ein Klageverfahren durchgeführt wurde, wäre dieser Umstand bei der Kostenentscheidung im Rahmen des § 193 SGG zu berücksichtigen.

Spellbrink

Karmanski

Bieresborn

Beglaubigt

Wanz Kranz
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle
des Bundessozialgerichts

