

1. Zum Anspruch auf Löschung einer im Laufe eines Verwaltungsverfahrens von der BG eingeholten schriftlichen Äußerung eines die BG beratenden Arztes aus den Verwaltungsakten.
2. Zur Abgrenzung zwischen einer nur medizinischen bzw. beratungsfachärztlichen Stellungnahme und einem Gutachten i.S.d. § 200 Abs. 2 SGB VII sowie zu der Frage, wann von einem externen Gutachter auszugehen ist.

§ 200 Abs. 2 SGB VII, § 84 SGB X

Urteil des Hessischen LSG vom 23.03.2012 – L 9 U 27/11 –
Aufhebung des Urteils des SG Darmstadt vom 09.12.2010 – S 12 U 25/09 –;
vom Ausgang des Revisionsverfahrens beim BSG – B 2 U 13/12 R – wird berichtet.

Streitig war vorliegend im Rahmen eines Überprüfungsverfahrens nach § 44 SGB X die Löschung einer im Laufe des Verwaltungsverfahrens von der beklagten BG eingeholten schriftlichen Äußerung des die BG beratenden Arztes Dr. QQ. aus den Verwaltungsakten.

Unstreitig hatte die BG vor Beauftragung des Sachverständigen Dr. QQ. dem Kläger jedenfalls keine drei Gutachter zur Auswahl gestellt (§ 200 Abs. 2 Halbs. 1 SGB VII). Das Vorliegen eines atypischen Falles, der nur die Benennung eines Gutachters erlaubt hätte, sei nicht ersichtlich und seitens der Beteiligten auch nicht behauptet worden (vgl. Urteil des BSG vom 18.01.2011 - B 2 U 5/10 R – [[UVR 008/2011, S. 493-505](#), [Rundschreiben DGUV – 0210/2011 vom 03.05.2011](#)]). Nach Auffassung des **LSG** war zwar der an Dr. QQ. gerichtete Auftrag (Rz. 3) nach der äußeren Form nur auf die Erstellung einer beratungsfachärztlichen Stellungnahme gerichtet, die allerdings hinsichtlich des Umfangs nahezu sämtliche streiterheblichen Tatsachenvoraussetzungen umfasst habe (Rz. 35), jedoch ging die medizinische Äußerung von Dr. QQ. (Rz. 4) über diesen Auftrag hinaus (Rz. 36 ff.). Die Absicht des Autors habe anscheinend darin bestanden, eine eigenständige Bewertung zu den anspruchsbegründenden Voraussetzungen des Vorliegens einer BK 1317 der Anlage zur BKV abzugeben. Dieses Verhalten müsse sich die BG zurechnen lassen (Rz. 40 unter Hinweis auf das Urteil des LSG Nordrhein-Westfalen vom 20.06.2007 – L 17 U 125/04 – [[UVR 016/2007, S. 1109-1125](#), [Gemeinsames Rundschreiben DGUV vom 03.12.2007 = Reha 074/2007](#)]). Es handele sich ferner um ein Gutachten auf medizinischem Fachgebiet, welches von einem Arzt erstellt worden sei, wie es § 200 Abs. 2 SGB VII voraussetze (Kompetenz von Dr. med. QQ als Chemiker zusätzlich angefragt, Rz. 41).

Aus dem systematischen Zusammenhang des § 200 Abs. 2 SGB VII i.V.m. § 76 Abs. 2 Nr. 1 SGB X folge schließlich – so das LSG weiter –, dass § 200 Abs. 2 SGB VII nur bei der Einholung von Gutachten bei externen Sachverständigen Anwendung finde, weil eine Übermittlung als Sonderform des Verarbeitens von Daten nur vorliege, wenn Daten an eine dritte Person (sog. Dritter) außerhalb der verantwortlichen Stelle (§ 67 Abs. 6 Nr. 3a i.V.m. Abs. 10 Satz 2 SGB X) weiter gegeben würden (Urteile des LSG Nordrhein-Westfalen vom 18.02.2009 – L 17 U 216/08 [[UVR 008/2009, S. 508-513](#)] – sowie vom 20.06.2007 – L 17 U 125/04 [[UVR 016/2007, S. 1109-1125](#), [Gemeinsames Rundschreiben DGUV vom 03.12.2007 = Reha 074/2007](#)]); andernfalls bloße Nutzung von Daten, vgl. im Einzelnen Rz. 42). Insbesondere bei Ärzten - wie dem seitens der BG beauftragten Prof. Dr. QQ., der erkennbar in ein Institut für Arbeits-, Sozial- und Umweltmedizin mit Sitz in ZZ. eingegliedert sei -, die nur im Rahmen eines Beratungsvertrages gelegentlich Stellungnahmen oder Gutachten für eine Behörde, BG oder andere Auftraggeber fertigen würden, handele es sich trotz einer bestehenden vertraglichen Dienstvereinbarung nicht um unselbständige Teile der verantwortlichen Stelle, weil sie mangels „funktionsgerechter, dienender Teilhabe am Arbeitsprozess“ weder arbeits- bzw. sozialversicherungsrechtlich als Beschäftigte der BG, noch organisatorisch als deren unselbständiges Glied anzusehen seien (auch keine sog. Auftragsdatenverarbeitung i.S.v. § 80 SGB X als weitere, eine Übermittlung ausschließende rechtliche Variante, vgl. Rz. 43 f.). Dr. QQ. sei damit nicht

als Teil der im datenschutzrechtlichen Sinne verantwortlichen Stelle „Berufsgenossenschaft“, sondern als externer Gutachter und damit Dritter im datenschutzrechtlichen Sinne tätig gewesen. Zwangsläufig sei damit eine Übermittlung der Daten zu bejahen gewesen.

Demnach habe die BG mit der Einholung des Gutachtens bei Dr. QQ. ohne zuvor dem Kläger drei Gutachter zur Auswahl zu stellen, gegen § 200 Abs. 2 Halbs. 1 SGB VII verstoßen, weshalb das Gutachten nicht hätte zur Akte genommen (gespeichert) werden dürfen und dementsprechend zu entfernen (löschen) sei. Anhaltspunkte für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 84 Abs. 3 SGB X, demzufolge unter bestimmten Bedingungen an die Stelle einer Löschung eine Sperrung trete, seien vorliegend nicht ersichtlich gewesen.

Das LSG hat Revision zugelassen, weil der Rechtssache insbesondere im Hinblick auf die Beurteilung, wann von einem externen Gutachter auszugehen sei, grundsätzliche Bedeutung zukomme.

Das **Hessische Landessozialgericht** hat mit **Urteil vom 23.03.2012 – L 9 U 27/11 –** wie folgt entschieden:

Tatbestand

1

Zwischen den Beteiligten ist im Rahmen eines Überprüfungsverfahrens nach § 44 Sozialgesetzbuch 10. Buch – Verwaltungsverfahren (SGB X) die Löschung einer im Laufe des Verwaltungsverfahrens von der Beklagten eingeholten schriftlichen Äußerung eines die Beklagte beratenden Arztes aus den Verwaltungsakten streitig.

2

Der Kläger ist 1957 geboren und war von 1979 bis 2003 bei diversen Firmen als Techniker für Kopier- und Bürosysteme im Kundendienst tätig. Im Rahmen seiner an Kopier- und Faxgeräten durchgeführten Wartungs- und Reparaturarbeiten hatte er auch unstreitig Hautkontakt zu Reinigungs- und Poliermitteln sowie Toner, Staub und Selen. Des Weiteren war er Lösungsmitteldämpfen gegenüber Tonerstaub sowie flüchtigen Substanzen aus Reinigungs- und Poliermitteln ausgesetzt als auch Papierstaub, der beim Arbeiten aufgewirbelt wird. Im Rahmen eines Prüfungsverfahrens, bezüglich des Bestehens einer Berufskrankheit (BK) der Nr. 1317 der Anlage zur Berufskrankheitenverordnung (BKV), welches von der Rechtsvorgängerin der Beklagten der Großhandels- und Lagereibergewerkschaft eingeleitet wurde, wurde u. a. ein arbeitsmedizinisches Sachverständigen-gutachten bei Frau Dr. Prof. WW. vom Institut für Arbeitsmedizin an der JX.Universität in JO. in Auftrag gegeben, die in dem unter Mitarbeit von Dr. EE. am 22. Dezember 2004 erstellten Gutachten zu dem Ergebnis kam, dass die Exposition gegenüber den Lösungsmitteln Triecloretan und Zweipropanol ausreichend gewesen sei, um eine Enzephalopathie Schweregrad II zu verursachen. Die Diagnose ergebe sich aus den Befunden einer test-psychologischen Untersuchung vom 5. Juli 2004. Weitere konkurrierende Faktoren, die die Enzephalopathie ausgelöst haben könne, seien nicht ersichtlich, weshalb das Bestehen einer BK der Nr. 1317 der Anlage zum BKV wahrscheinlich sei. Die MdE betrage 20 v. H. ab dem Zeitpunkt der Diagnose der psychischen Erkrankung im Juli 1996.

3

Daraufhin bat die Beklagte mit Schreiben vom 27. Januar 2005 Dr. Dipl.-Chemiker Q. QQ. vom Institut für Arbeit-, Sozial- und Umweltmedizin in RR. um die Abgabe einer „beratungsfachärztlichen Stellungnahme“, ob die Ausführungen von Frau Prof. Dr. TT. zu den arbeitstechnischen Voraussetzungen schlüssig seien oder weitere Ermittlungen des Technischen Aufsichtsdienstes für erforderlich gehalten würden. Des Weiteren wurde er um Mitteilung gebeten, ob die Ausführungen zur Diagnosesicherung und insbesondere auch zum Ursachenzusammenhang unter Berücksichtigung des Umfangs und der Art der Untersuchungen und der einschlägigen arbeitsmedizinischen Literatur in sich schlüssig seien.

4

Mit Schreiben vom 23. Februar 2005 äußerte sich Herr Dr. QQ. schriftlich in einem insgesamt 22 Seiten umfassenden Schreiben, das mit der Bezeichnung „Beratungsfachärztlichen Stellungnahme“ eingeleitet wird und sodann zunächst 12 ½ Seiten mit einer Zusammenfassung des gesamten Akteninhaltes als auch eine Anamneseerhebung sowie Befunderhebung enthält. Ab Seite 13 beginnt ein neuer Abschnitt, der unter fettgedruckten Buchstaben mit der Überschrift „Beurteilung“ gekennzeichnet ist und mit dem Einführungssatz beginnt: „Es ist zur Frage des Vorliegens einer Berufskrankheit 1317 Stellung zu nehmen.“ Sie endet mit im vorletzten Satz mit der Feststellung, dass „insgesamt aus seiner Sicht erhebliche Zweifel am Vorliegen einer BK 1317“ bestünden. Inhaltlich äußerte sich Dr. QQ. dahingehend, dass die vorliegenden Ermittlungsergebnisse für eine abschließende Beurteilung der Frage, ob eine Berufserkrankung nach Ziff. 1317 der Anlage zur BKV vorliege, unzureichend seien und empfahl hinsichtlich einer evtl. vorliegenden Lösungsmittelexposition, weitere Ermittlungen durch den Technischen Aufsichtsdienst der Berufsgenossenschaft durchzuführen, was er im Wesentlichen damit begründete, dass sich die Tätigkeit eines Servicetechnikers nicht nur mit Reinigungs- und Kontrollarbeiten beschäftige, sondern wesentliche Zeiten mit Fehlversuchen, dem Austausch von defekten Teilen mit Justierarbeiten sowie mit Montagearbeiten einher gingen, so dass lösungsmittelbelastende Tätigkeiten mit deutlich weniger Zeiten anzusetzen seien, als von der Gutachterin Frau Prof. Dr. TT. angenommen worden sei. Zudem seien die Mengen der verwendeten Lösungsmittel zu berücksichtigen, die pro Reinigungsvorgang nur wenige Milliliter des Lösungsmittels aufweisen, sodass von einer vergleichsweise geringen Exposition auszugehen sei. Schließlich sei die maximale Arbeitsplatzkonzentration der verwendeten Lösungsmittel 1.1.1 Tricloritan mit 200 ppm bzw. 1100 mg/m³ und für Zweipropanol 200 ppm bzw. 500 mg/m³ verhältnismäßig hoch und wiese auf eine verhältnismäßig geringe Toxizität dieser Verbindungen hin. Es sei zweifelhaft, dass über wesentliche Anteile der Arbeitszeit eine übergrenzwertige Exposition gegenüber den in Rede stehenden Lösungsmitteln bestanden habe. Der zeitliche Verlauf der Lösungsmittelexposition sei gleichfalls zu berücksichtigen. Bei den festgestellten psychischen Störungen handele es sich um eine Somatisierungsstörung und Depression, welche in der Bevölkerung auch ohne Lösungsmittelexposition durchaus häufig anzutreffen sei und deren Ursachen nicht zwingend in einer Lösungsmittelexposition liegen müssten. Die Schlussfolgerung von Frau Prof. T. TT., ein außerberufliches Korrelat für die geklagten Einschränkungen läge nicht vor, sei nicht plausibel. Darüber hinaus spreche der Verlauf der Erkrankung gegen eine lösungsmittelbedingte Enzephalopathie, da der dokumentierte Verlauf der Erkrankung gerade in den letzten Jahren progredient sei, in dem keine Lösungsmittelexposition bestanden habe. Dementsprechend bestünden erhebliche Zweifel am Vorliegen einer BK nach Ziffer 1317 der Anlage zur BKV.

5

Die Rechtsvorgängerin der Beklagten führte daraufhin weitere Ermittlungen zur Lösungsmittelexposition durch ihren Technischen Aufsichtsdienst durch und lehnte nach zustimmender Stellungnahme des gewerbeärztlichen Dienstes durch Bescheid vom 28. Dezember 2005 die Anerkennung einer BK 1317 mangels Vorliegen der arbeitstechnischen Voraussetzungen ab. Hiergegen wurde Widerspruch erhoben und u. a. vorgetragen, dass es sich bei der Stellungnahme von Dr. QQ. tatsächlich um ein Gutachten handle und dass somit die Bestimmung des § 200 Abs. 2 Sozialgesetzbuch 7. Buch – Gesetzliche Unfallversicherung (SGB VII) nicht eingehalten worden seien. Daher werde auch die Löschung dieses Verfahrens widerrechtlich zustande gekommene Gutachten aus der Akte des Klägers beantragt.

6

Der Kläger veranlasste eine Stellungnahme des Bundesbeauftragten für den Datenschutz, in welcher datierend vom 7. Juni 2006 die Einschätzung des Klägers geteilt wurde und das Auftragschreiben vom 21. Januar 2005 der Vorgängerin der Beklagten als Gutachtenauftrag nach § 200 Abs. 2 SGB VII gewertet sowie die Stellungnahme des Dr. QQ. als Gutachten angesehen wurden. Demnach liege ein Verstoß gegen § 200 Abs. 2 Halbsatz 2 SGB VII in Verbindung mit § 76 Abs. 2 SGB X vor und die Stellungnahme sei aus der Akte zu löschen.

7

Die Rechtsvorgängerin der Beklagten widersprach dieser Rechtsauffassung mit Schriftsatz vom 4. Juli 2006 an den Bundesbeauftragten für den Datenschutz. Durch Widerspruchsbescheid vom 28. Juni 2006 wies sie den Widerspruch des Klägers als unbegründet zurück. Die dagegen geführten Klageverfahren unter dem Az.: S 9 U 117/06 bzw. S 12 U 117/06, später fortgeführt unter dem Az. S 12 U 192/06, zu dem die Berufsgenossenschaft der Feinmechanik und Elektrotechnik als Rechtsvorgängerin der Beigeladenen durch Beschluss vom 7. Mai 2007 beigeladen wurde, wurde durch Beschluss des Sozialgerichts vom 13. August 2009 ruhend gestellt worden.

8

Durch Bescheid vom 11. Januar 2007 lehnte die Rechtsvorgängerin der Beklagten den Antrag des Klägers auf Löschung bzw. Sperrung der beratungsärztlichen Stellungnahme des Dr. QQ. gemäß § 84 Abs. 2 bzw. § 84 Abs. 3 SGB X mit der wesentlichen Begründung ab, dass es sich bei der Äußerung von Dr. QQ. vom 23. Februar 2005 nicht um ein Gutachten im Sinne des § 200 Abs. 2 SGB VII handle.

9

Der dagegen erhobene Widerspruch des Klägers wurde durch Widerspruchsbescheid vom 19. April 2007 als unbegründet zurückgewiesen. Dieser Bescheid wurde bestandskräftig.

10

Unter Bezugnahme auf das Urteil des Bundessozialgerichts (BSG) vom 5. Februar 2008 (B 2 U 8/07 R) stellte der Kläger durch Schriftsatz seines Bevollmächtigten vom 23. Juli 2008 bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten einen Überprüfungsantrag nach § 44 SGB X mit dem Ziel, die Bescheide vom 11. Januar 2007 und 19. April 2007 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, die Äußerung des Dr. QQ. als unter Verstoß gegen § 200 Abs. 2 SGB VII eingeholtes Gutachten aus den Akten zu entfernen.

11

Durch Bescheid vom 28. Oktober 2008 lehnte die Beklagte die Rücknahme des Bescheides vom 11. Januar 2007 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19. April 2007 ab mit der wesentlichen Begründung, dass auch unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BSG nach Wertung aller vorliegenden Umstände nicht von einem Gutachten, sondern von einer beratungsärztlichen Stellungnahme auszugehen sei, weshalb kein Anspruch auf Löschung gemäß § 84 Abs. 2 SGB X diesbezüglich bestehe. Der dagegen erhobene Widerspruch wurde durch Widerspruchsbescheid vom 26. Januar 2009 als unbegründet zurückgewiesen.

12

Hiergegen richtet sich die Klage vom 13. Februar 2009. Durch Beschluss vom 28. August 2009 hat das Sozialgericht die Rechtsvorgängerin der Beigeladenen zum Verfahren beige-laden. Durch Urteil vom 9. Dezember 2010 hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dass selbst für den Fall, dass die beratungsärztliche Stellungnahme des Dr. QQ. unter dem Begriff des Gutachtens zu subsumieren sei, wofür vieles spreche, kein Verstoß gegen § 200 Abs. 2 SGB VII in Verbindung mit § 76 SGB X vorliege, weil Dr. QQ. unter Berücksichtigung aller maßgeblicher Kriterien in den Organisationsbereich der Beklagten einbezogen sei, so dass es sich nur um eine Datenweitergabe innerhalb der verantwortlichen Stelle gehandelt habe. Zwar habe Dr. QQ. einen bei seiner Stellungnahme vom 23. Februar 2005 neutralen eigenen Briefkopf verwendet, er sei jedoch ein vertraglich gebundener Beratungsarzt der Beklagten und daher in den Organisationsbereich dieser eingebunden.

13

Gegen das am 23. Dezember 2010 den Prozessbevollmächtigten des Klägers zugegan-gene Urteil richtet sich dessen ebenfalls durch seine Prozessbevollmächtigten erhobene Berufung vom 21. Januar 2011.

14

Der Kläger vertritt im Wesentlichen die Auffassung, dass bereits aus der Stellungnahme des Bundesdatenschutzbeauftragten folge, dass hier ein Rechtsverstoß gegen § 200 Abs. 2 SGB VII vorliege. Auch handele es sich bei der Beratungsvereinbarung zwischen der Beklagten und Dr. QQ. nicht um einen entsprechenden Dienst- und Beratungsvertrag höherer Art. Diese sei vielmehr außerordentlich dürftig in ihrem Inhalt, aus der sich nur erge-be, dass Dr. QQ. die Berufskrankheitenbehandlungen in der Abteilung der Rechtsvorgän-gerin der Beklagten bei der Beurteilung medizinischer Sachverhalte berate, die einzige Verpflichtung die sich daraus ergebe, sei die Wahrung des Sozialgeheimnisses gemäß § 3 des Beratungsvertrages.

15

Der Kläger beantragt,

16

das Urteil des Sozialgerichts Darmstadt vom 9. Dezember 2010 sowie den Bescheid der Beklagten vom 28. Oktober 2008 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26. Januar 2009 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, den Bescheid vom 11. Januar 2007 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19. April 2007 aufzuheben sowie die medizini-sche Äußerung des Dr. QQ. vom 23. Februar 2005 aus den Akten zu entfernen.

17

Die Beklagte beantragt,

18

die Berufung zurückzuweisen.

19

Sie bezieht sich im Wesentlichen auf die Begründung der angefochtenen sozialgerichtlichen Entscheidung.

20

Des Weiteren trägt sie vor, dass auch das BSG die Beauftragung von Ärzten als Dienstleistung höherer Art angesehen habe, die keinerlei Weisungsgebundenheit bedürfe, um der verantwortlichen Stelle zugerechnet zu werden.

21

Wegen der weiteren Einzelheiten und Vorbringen der Beteiligten wird auf die Gerichtsakte sowie die Beklagtenakte Bezug genommen, deren Inhalt Gegenstand der mündlichen Verhandlung war.

Entscheidungsgründe

22

Die form- und fristgerecht (§ 151 Sozialgerichtsgesetz -SGG-) eingelegte Berufung des Klägers, über die der Senat nach Zustimmung der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung hat entscheiden können (§ 124 Abs. 2 SGG), ist statthaft und insgesamt zulässig.

23

Sie ist auch begründet. Das Urteil des Sozialgerichts Darmstadt vom 9. Dezember 2010 kann keinen Bestand haben. Die angefochtenen Bescheide vom 28. Oktober 2008 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. Januar 2009 waren aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, den Bescheid vom 11. Januar 2007 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19. April 2007 aufzuheben sowie die medizinische Äußerung des Dr. QQ. vom 23. Februar 2005 aus den Akten zu entfernen.

24

Nach § 44 Abs. 1 Satz 1 SGB X ist ein Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen, wenn sich im Einzelfall ergibt, dass bei Erlass des Verwaltungsaktes das Recht unrichtig angewandt oder von einem Sachverhalt ausgegangen worden ist, der sich als unrichtig erweist, und soweit deshalb Sozialleistungen zu Unrecht nicht erbracht worden sind. Zwar postuliert der Wortlaut des § 44 Abs. 1 Halbsatz 1 SGB X, dass sich eine Entscheidung als fehlerhaft „ergibt“ bzw. „erweist“, jedoch wird damit nur festgelegt, dass zur Beurteilung der Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsaktes nicht auf den Stand der Erkenntnis bei Erlass, sondern bei Überprüfung abzustellen ist, weshalb stets eine Rückschau unter Beachtung einer evtl. geläuterten Rechtsauffassung auf die zum Zeitpunkt des Erlasses des zu überprüfenden Verwaltungsaktes geltenden Sach- Rechtslage erforderlich ist (siehe BSGE 63,18 sowie BSGE 57,209 als auch BSGE 90,136). Die Rechtswidrigkeit beurteilt sich demnach nach der da-

maligen Sach- und Rechtslage aus heutiger Sicht (s. Urteil des erkennenden Senats vom 30. September 2011 - 9 U 46/10 - juris).

25

Nach § 84 Abs. 2 SGB X sind Sozialdaten zu löschen, wenn ihre Speicherung unzulässig ist. Gemäß § 84 Abs. 3 SGB X tritt an die Stelle einer Löschung eine Sperrung, soweit 1. einer Löschung gesetzliche, satzungsmäßige oder vertragliche Aufbewahrungsfristen entgegenstehen, 2. Grund zu der Annahme besteht, dass durch eine Löschung schutzwürdige Interessen des Betroffenen beeinträchtigt würden, oder 3. eine Löschung wegen der besonderen Art der Speicherung nicht oder nicht mit angemessenem Aufwand möglich ist.

26

§ 84 Abs. 2 SGB X als drittschützende Norm verleiht dem Bürger ein subjektives Recht. Das Bestehen der tatbestandlichen Voraussetzungen hat die Beklagte in den Bescheiden vom 11. Januar 2007 bzw. 19. April 2007 zu Unrecht verneint, weshalb diese aufzuheben waren. Zwar ist die Entfernung eines Gutachtens keine Sozialleistung im Sinne des § 11 SGB I, jedoch kann auch dies im Wege einer gebotenen extensiven Auslegung des § 44 SGB X verlangt werden, wenn zum einen nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Versagung von Sozialleistungen auf dem eingeholten Gutachten beruht und zum anderen über die Entfernung aus der Verwaltungsakte eine Entscheidung der Beklagten zwingend erforderlich ist (BSG, Urteil vom 21. März 2006 – B 2 U 24/04 R, SozR 4-1300 § 84 Nr. 1 Rn 25 = NZS 2007, 166 f. juris Rdnr. 25).

27

Sozialdaten sind die Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person, die von einer in § 35 des Ersten Buches Sozialgesetzbuch (SGB I) - und damit auch Sozialversicherungsträgern wie der Beklagten - genannten Stelle erhoben, verarbeitet oder genutzt werden (§ 67 Abs. 1 SGB X). Die Angaben zur Person der Klägerin und ihren gesundheitlichen Verhältnissen usw. unterfallen somit dem Sozialgeheimnis (§ 35 Abs. 1 SGB I) und unterliegen als Sozialdaten, soweit die Beklagte es zur Wahrnehmung der ihr gesetzlich übertragenen Aufgaben verwaltet und berücksichtigt, dem Sozialdatenschutz nach § 67a SGB III ff. Das Verarbeiten von Sozialdaten umfasst nach der Begriffsbestimmung in § 67 Abs. 6 SGB X das Speichern, Verändern, Übermitteln, Sperren und Löschen der Daten. Das Speichern von Sozialdaten ist das Erfassen, Aufnehmen oder Aufbewahren von Sozialdaten auf einem Datenträger zum Zwecke ihrer weiteren Verarbeitung oder Nutzung (§ 67 Abs. 6 Nr. 1 SGB X). Der Lösungsanspruch erfasst damit die Unkenntlichmachung unzulässig erhobener Sozialdaten (LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 28. Oktober 2011 – L 8 U 5734/10 – juris), wozu auch die Entfernung von schriftlichen Datenträgern aus Verwaltungsakten sowie deren anschließende Vernichtung oder Rücksendung an den Betroffenen zählt (LSG Bayern, Urteil vom 31. März 2011 - L 15 SB 80/06 – juris). Nur Tatsachen können Sozialdaten sein, auf die sich ein Anspruch nach § 84 SGB X beziehen kann, nicht hingegen Wertungen (vgl. LSG Niedersachsen, Urteil vom 15. März 2007 – L 12 AL 195/07). Auf letztere als Produkt einer Datennutzung (SG Trier, Urteil vom 3. September 2004 - S 6 U 19/04 – juris) alleine kann kein Anspruch gem. § 84 Abs. 1 SGB X erfolgreich geltend gemacht werden, so lange diese nicht auf „falschen“ Anknüpfungs- oder Befundtatsachen beruht (LSG Berlin, Beschluss vom 12. Februar 2003 - L 10 AL 87/02 - juris; Beschluss vom 17. Dezember 2003 – L 11 B 28/03 SB - juris; LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil vom 25.

September 2003 – L 8 AL 233/03 - juris; vgl. LSG Nordrhein-Westfalen; Urteil vom 3. September 2008 – L 17 U 46/07 – juris Rdnr. 22).

28

Der Löschungsanspruch nach § 84 SGB X erfasst damit die Unkenntlichmachung unzulässig erhobener Sozialdaten. Der Kläger rügt nicht die Verwendung einzelner sie betreffender Sozialdaten, sondern im Ergebnis die mit Aktenübersendung an Dr. QQ. erfolgte generelle Offenlegung aller seiner in der Akte befindlichen Sozialdaten. Damit sind auch im Sinne der Verarbeitung nach § 67 Abs. 6 SGB X die aus der unzulässigen Übermittlung und der daraus folgenden Nutzung der Sozialdaten (§ 67 Abs. 7 SGB X) durch den Beratungsarzt stammende Datenspeicherungen, nämlich die Archivierung der beratungsärztlichen Stellungnahmen in der Akte vom Löschungsanspruch erfasst, da sich aus dem gespeicherten Schriftstück unzulässig genutzte Sozialdaten, nämlich die gutachtliche Auswertung und das gutachtliche Ergebnis, ergeben (LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 28. Oktober 2011 - L 8 U 5734/10; die Frage, ob das Leistungsbegehren auf Löschung eines „Gutachtens“ hinreichend bestimmt ist noch offen lassend: BSG, Urteil vom 20. Juli 2010 - B 2 U 17/09 R -, juris).

29

Über den geltend gemachten Löschungsanspruch nach § 84 SGB X ist durch Verwaltungsakt zu entscheiden (BSG, Urteil vom 21. März 2006, SozR 4-1300 § 84 Nr. 1), was hier bereits durch Bescheid vom 11. Januar 2007 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19. April 2007 geschehen ist.

30

Voraussetzung des Löschungsanspruchs ist die Unzulässigkeit der Speicherung. Diese ergibt sich bereits dann, wenn sie nicht oder nicht mehr durch eine Rechtsnorm oder die Einwilligung des Betroffenen gedeckt ist (Gola/Schomerus, BDSG, § 20 Rdnr. 10; laut amtlicher Begründung zu § 84 SGB X ist die Regelung des § 84 SGB X im Wesentlichen eine Übernahme des § 20 Abs. 2 Nr. 1 BDSG; BT-Drucks. 12/5187 S. 43). Daher kommt auch der Verstoß gegen eine (nur) verwaltungsverfahrenrechtliche Norm wie § 200 Abs 2 SGB VII (BSG, Urteil vom 20. Juli 2010 - B 2 U 17/09 R -, juris) als Grund für ein Speicherverbot in Frage.

31

Nach § 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. Ob zugleich § 200 Abs 2 HS 2 SGB VII über seinen verfahrensrechtlichen Gehalt den Schutzbereich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung für den Einzelnen abbildet, weil das Widerspruchsrecht gem. § 76 Abs 2 SGB X dessen zentrale Gewährleistung darstellt und damit ein Verstoß dagegen zugleich eine Grundrechtsverletzung mit der Folge eines Beweisverwertungsverbots bedeutet (so noch BSG, Urteil vom 5. Februar 2008 – B 2 U 8/07 R, s. aber BSG, Urteil vom 18. Januar 2011 - B 2 U 5/10 R – juris), kann für das Bestehen eines Löschungsanspruchs nach § 84 SGB X demgemäß dahinstehen.

32

Sowohl der Verstoß gegen das Auswahlrecht nach § 200 Abs. 2 Halbsatz 1 SGB VII als auch derjenige der fehlenden Widerrufsbelehrung ist unverzüglich zu rügen. Dem Versicherten trifft eine verwaltungsverfahrenrechtliche Rügeobliegenheit, die bis zum Abschluss des Verwaltungsverfahrens auszuüben ist. Auch dies ist – wie zwischen den Beteiligten unstrittig ist – mit der Widerspruchserhebung gegen den die Anerkennung einer Berufskrankheit ablehnenden Bescheid vom 11. Januar 2007 und damit unverzüglich geschehen (s. BSG, Urteil vom 20. Juli 2010 - B 2 U 17/09 R -, juris).

33

Dahinstehen kann vorliegend, ob die Beklagte mit der nicht datierten allgemeinen Datenschutzerklärung, die anscheinend etliche Zeit vor der Beauftragung des Dr. QQ. erging, die Belehrungspflicht gem. § 200 Abs. 2 HS 2 SGB VII vorab erfüllt hat, was angesichts des Schutzzwecks der Norm mit ihrer Warnfunktion einerseits und im Hinblick auf die allgemeine Fassung der Belehrung andererseits zweifelhaft ist. Unstrittig stellte die Beklagte vor Beauftragung des Dr. QQ. dem Kläger jedenfalls keine drei Gutachter zur Auswahl, wie es § 200 Abs. 1 Halbsatz 1 verlangt. Das Vorliegen eines atypischen Falles, der nur die Benennung eines Gutachters erlaubt hätte, ist vorliegend nicht ersichtlich und wurde seitens der Beteiligten auch nicht behauptet (vgl. BSG, Urteil vom 18. Januar 2011 - B 2 U 5/10 R – juris).

34

Tatbestandliche Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 200 Abs. 2 SGB VII ist das Vorliegen eines Gutachtensauftrags. Zur Frage, wie weit dieser Begriff geht, hat das BSG in seiner Entscheidung vom 5. Februar 2008 aus dem allgemeinen Sprachverständnis, der Entstehungsgeschichte, sowie Sinn und Zweck der Vorschrift abgeleitet, dass hierunter nicht jede Äußerung oder Stellungnahme eines Sachverständigen zu einzelnen Aspekten des Verfahrensgegenstandes zu verstehen sei, sondern vielmehr eine eigenständige Bewertung der verfahrensentscheidenden Tatsachenfragen vorausgesetzt wird. Der Begriff demnach eng auszulegen, so dass sich die Norm ausschließlich auf Gutachten im klassischen Wortsinn bezieht, d.h. die umfassende wissenschaftliche Bearbeitung einer im konkreten Fall relevanten fachlichen Fragestellung durch den Sachverständigen (BSG, Urteil vom 5. Februar 2008 - B 2 U 8/07 R - juris Rdnr. 16, 19, 26 bzw. BSG, Urteil vom 5. Februar 2008 - B 2 U 10/07 R - juris Rdnr. 16, 19, 26). Keine Gutachten sind lediglich medizinische Stellungnahmen sowie Schriftsätze des Unfallversicherungsträgers, selbst wenn diese den Inhalt beratungsärztlicher Äußerungen wiederholen (LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 28. Oktober 2011 - L 8 U 5734/10 – juris Rdnr. 42). Hinsichtlich der notwendigen Abgrenzung zwischen einer nur medizinischen bzw. beratungsfachärztlichen Stellungnahme, welche zwar von § 76 SGB X, nicht aber von § 200 Abs. 2 SGB VII erfasst wird, und einem Gutachten im Sinne der letztgenannten Vorschrift besteht allenfalls dergestalt Einigkeit, dass ein Gutachten nur dann vorliegt, wenn vornehmlich eine eigenständige Bewertung der verfahrensentscheidenden Tatsachen zum Beispiel des umstrittenen Ursachenzusammenhangs erfolgt (LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 28. Oktober 2011 - L 8 U 5734/10 – juris Rdnr. 44 f), während es sich bei einer schriftlichen Äußerung des Sachverständigen, 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 (LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 17. März 2010 - L 17 U 191/09 - juris). Nach Auffassung des erkennenden Senats ist daher darauf abzustellen, wo der Schwerpunkt der Äußerung liegt, wo-

zu eine Gesamtschau des die medizinische Äußerung veranlassenden Auftrags als Bezugspunkt einerseits sowie andererseits von äußerer Form, Umfang sowie Inhalt der medizinischen Äußerung selbst angestellt werden muss. Hierbei kommt es weder alleine auf die Bezeichnung noch alleine auf den Umfang bzw. die äußere Form an (vgl. Hessisches LSG, Urteil vom 24. Oktober 2011 – L 3 U 50/11). Von einem schwerpunktmäßig vorliegenden Gutachten kann danach auch bei nur im geringen Maße eigene Bewertungen enthaltenen 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.

35

Gemessen an diesen Kriterien steht zur Überzeugung des Senats fest, dass mit den schriftlichen Ausführungen des Herrn Dr. QQ. vom 23. Februar 2005 ein Gutachten im Sinne des § 200 Abs. 2 SGB VII eingeholt wurde. Vorliegend war am 27. Januar 2005 durch die Rechtsvorgängerin der Beklagten zwar ausdrücklich nur eine „beratungsfachärztliche Stellungnahme“ in Auftrag gegeben worden. Abgesehen von dieser allerdings nicht alleine entscheidenden Bezeichnung wurde Dr. QQ. nur aufgefordert, u.a. dazu Stellung zu nehmen, ob die Ausführungen von Frau Prof. Dr. TT. zu den arbeitstechnischen Voraussetzungen in sich schlüssig sind und der arbeitsmedizinischen Literatur ausreichend Rechnung getragen wurde. Im Hinblick auf den medizinischen Sachverhalt wurde er um eine beratungsärztliche Stellungnahme gebeten, ob die gutachterlichen Ausführungen zur Diagnosesicherung und insbesondere auch zum Ursachenzusammenhang unter Berücksichtigung der einschlägigen und arbeitsmedizinischen Literatur in sich schlüssig sind und anderenfalls welche Mängel dieses Gutachten aufweise und ggf. welche Nachermittlungen erforderlich seien. Wurde damit beim konkret formulierten Auftrag letztlich nur eine Stellungnahme in Bezug auf das zuvor eingeholte Gerichtsgutachten in Auftrag gegeben, war zugleich der Umfang dieser Stellungnahme sehr weit gespannt, da sie sich im Prinzip auf sämtliche Anspruchsvoraussetzungen der Anerkennung einer Berufskrankheit in Form von Einwirkung, Erkrankung und Kausalität bezog, wenn auch eine eigenständige Bewertung nicht ausdrücklich verlangt wurde. So bezieht sich der Auftrag zum einen auf das Vorliegen der im Verordnungstext vorausgesetzten Einwirkungen sowie auf die arbeitstechnischen Voraussetzungen im Sinne einer vorweggenommenen Kausalitätsbeurteilung, ob die vorhandenen chemischen Stoffe nach Art und Umfang (!) überhaupt geeignet waren, eine BK nach Ziff. 1317 der Anlage zur BKV zu verursachen. Des Weiteren bezieht sich der Auftrag auf die Diagnosesicherung im Hinblick auf das Bestehen der für die Anerkennung der streitgegenständlichen BK erforderlichen Erkrankung als auch auf die arbeitsmedizinischen Kriterien des Ursachenzusammenhangs.

36

War somit der an den Sachverständigen gerichtete Auftrag nach der äußeren Form nur auf die Erstellung einer beratungsfachärztlichen Stellungnahme gerichtet, die allerdings hinsichtlich des Umfangs nahezu sämtliche streiterheblichen Tatsachenvoraussetzungen umfasste, ging die medizinische Äußerung des Herrn Dr. QQ. vom 23. Mai 2005 über diesen Auftrag hinaus. Zwar enthält auch diese als einleitende Überschrift die Bezeichnung „Beratungsfachärztliche Stellungnahme“. Ihrer äußeren Form nach folgen jedoch sodann 12 ½ Seiten mit einer Zusammenfassung des gesamten Akteninhaltes als auch eine Anamneseerhebung sowie Befunderhebung, wie sie normalerweise nur in einem Gutachten zu finden sind. Wird aus diesen Inhalten zwar alleine noch kein Gutachten, ist auffal-

lend, dass Herr Dr. QQ. in seiner Äußerung vom 23. Februar 2005 ab Seite 13 unter fettgedruckten Buchstaben an die Auflistung des Akteninhaltes und die Anamnese eine „Beurteilung“ anschließen lässt. Diese Beurteilung wird mit dem Einführungssatz bezeichnet: „Es ist zur Frage des Vorliegens einer Berufskrankheit 1317 Stellung zu nehmen.“ Sie endet mit im vorletzten Satz mit der Feststellung, dass „insgesamt aus seiner Sicht erhebliche Zweifel am Vorliegen einer BK 1317“ bestünden. Bereits aus der Bezeichnung „Beurteilung“ und der Klammerwirkung der Bezugnahme nicht auf das Gutachten der Frau Prof. Dr. TT., sondern im Hinblick auf das Bestehen einer BK 1317 wird für den Leser der medizinischen Äußerung klar, dass anscheinend die Absicht des Autors darin bestand, eine eigenständige Bewertung zu den anspruchsbegründenden Voraussetzungen des Vorliegens einer BK 1317 der Anlage zur BKV abzugeben.

37

Inhaltlich beschränkt sich Dr. QQ. dann zwar darauf, zunächst zu den arbeitstechnischen Voraussetzungen, wie sie auch im Gutachten von Prof. Dr. TT. geprüft wurden, Stellung zu nehmen, ohne aber in diesem Teil das (Vor-)gutachten auch nur zu erwähnen. Er legt dar, worauf es bei der Feststellung der haftungsbegründenden Kausalität einer BK 1317 oder BK 1302 ankomme, wobei der Sachverständige eigene Kenntnisse auch berufskundlicher Art zum Berufsfeld des Büromaschinentechnikers einfließen lässt und Zweifel an der Tätigkeit im unbelüfteten Räumen äußert. Es folgen Ausführungen zum generellen Ursachenzusammenhang, die für die Abgrenzungsfrage Stellungnahme - Gutachten unschädlich sind, jedoch sodann im Hinblick auf die vom Sachverständigen hervorgehobenen zeitlichen Verlauf der stattgehabten Lösungsmittelexposition wieder in eine eigenständige Beurteilung münden. Sodann erfolgt die eigene Wertung, die sich darin äußert, dass der Sachverständige ohne Bezugnahme auf das Gutachten von Prof. Dr. TT. selbst apodiktisch feststellt, dass unter Berücksichtigung dieses Tätigkeitsprofils keinesfalls davon ausgegangen werden könne, dass eine dauerhaft grenzwertüberschreitende Lösemittelexposition bestanden habe, welche nach dem Merkblatt BK 1317 über einen Zeitraum von wenigstens 10 Jahren bestanden haben sollte und welche über den Grenzwerten gewesen sein sollte. Damit verneint er gänzlich eine Anerkennungsvoraussetzung der BK 1317 im Wege einer vorweggenommenen Kausalitätsprüfung.

38

Während bei den Ausführungen zu den arbeitstechnischen Voraussetzungen sich keinerlei Bezugnahme auf das Vorgutachten von Frau Prof. Dr. TT. findet, sondern vielmehr eine eigenständige Beurteilung durch Dr. QQ. bezüglich der Einwirkungen sowie im Rahmen einer vorweggenommenen Kausalitätswirkung auf die ausreichende Exposition für eine Krankheitsverursachung erfolgt, leitet er erst die Frage zum Bestehen des Krankheitsbildes mit einer Bezugnahme auf das Gutachten von Frau Prof. Dr. TT. ein. Es folgt jedoch wiederum die Wertung ohne Bezug auf das Vorgutachten, dass der Verlauf der Erkrankung gegen eine lösungsbedingte Kausalität spreche. Dr. QQ. unterbreitet ferner keine Vorschläge für ergänzende Fragen an die Gutachterin Prof. TT., obwohl dies typischerweise dem Ergebnis einer beratungsärztlichen Stellungnahme entsprochen hätte. Aus Sicht des Dr. QQ. schienen diese auch nicht notwendig zu sein, weil er selbst die dem zugrundeliegenden Rechtsstreit entscheidende Frage mit dem Satz, dass aus seiner Sicht erhebliche Zweifel am Bestehen einer BK 1317 bestünden, beantwortet.

39

Insbesondere die eine Bezugnahme auf das Vorgutachten von Frau Prof. Dr. TT. vermischenden Ausführungen zu den arbeitstechnischen Voraussetzungen, sowie die äußere Form seiner Ausführungen aufgrund der umfangreichen Zusammenfassung des Akteninhaltes sowie der Anamneseerhebung als auch der Bezeichnung als „Beurteilung“, als auch das Fehlen eigener Fragestellungen im Sinne des § 411 Abs 2 ZPO, die es der Beklagten ermöglicht hätten, ergänzende Fragen an die Gutachterin Prof. Dr. TT. zu richten, relativieren die Gesamtbezeichnung als „medizinische Stellungnahme“ erheblich und sprechen dafür, nach der Gesamtschau schwerpunktmäßig eine eigene Bewertung des Sachverständigen Dr. QQ. und damit ein Gutachten anzunehmen.

40

Entgegen der Auffassung der Beklagten kann nicht alleine auf den Text des Auftrages als Bezugspunkt trotz des Wortlauts des § 200 Abs. 2 SGB VII abgestellt werden, da sich die Beklagte als verantwortliche Stelle im Sinne des § 67 SGB X das Verhalten desjenigen, an den sie Daten übermittelt bzw. bei dem sie Daten im Auftrag verarbeiten lässt, zurechnen lassen muss, wie sich aus dem Rechtsgedanken des § 80 Abs 1 SGB X oder auch § 5 BDSG ergibt. Zudem würde ansonsten dem Betroffenen das Risiko aufgebürdet werden, dass der beauftragte Arzt - ohne hierfür einen entsprechenden Auftrag erhalten zu haben - ein selbständiges Gutachten erstellt, welches geeignet wäre, seitens des Unfallversicherungsträgers zu Lasten des Betroffenen verwertet zu werden, zumal dies Umgehungsmöglichkeiten eröffnen würde (so auch LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 20. Juni 2007 – L 17 U 125/04 – juris Rdnr. 36).

41

Es handelt sich ferner um ein Gutachten auf medizinischem Fachgebiet, welches von einem Arzt erstellt wurde, wie es § 200 Abs. 2 SGB VII voraussetzt. Hieran ändert nichts, dass Herr Dr. QQ. ausdrücklich im Auftrag vom 27. Januar 2005 als Chemiker gefragt wurde. Gutachten nichtmedizinischer Disziplinen werden von § 200 Abs 2 SGB VII zwar nicht erfasst, wie sich nach systematischer Auslegung aus dem Regelungskontext zu § 200 Abs 1 SGB VII und dem Verweis auf § 76 SGB X als die Übermittlungsbefugnisse bei sensiblen Daten im Sinne des § 203 StGB einschränkende Norm ergibt (vgl. BSG, Urteil vom 5. Februar 2008 - B 2 U 8/07 R – juris Rdnr. 16 ff sowie BT-Drucks. 13/4853 S. 22). Da sich § 76 Abs. 1 SGB X auf Ärzte und andere in § 203 Abs. 1 und 3 StGB genannte Personen bezieht, kommt es aber im Wesentlichen auf die Person des Gutachters an, und ob dieser zumindest auch in seiner Eigenschaft als Arzt beauftragt wurde. Vorliegend sollten die von Herrn Dr. med. QQ. als Arzt erbetenen Ausführungen sogar schwerpunktmäßig auf medizinischem Gebiet erfolgen, wobei seine Kompetenz als Dipl. Chemiker zusätzlich angefragt wurde.

42

Aus dem systematischen Zusammenhang des § 200 Abs. 2 SGB VII i.V.m. § 76 Abs. 2 Nr. 1 SGB X folgt schließlich, dass § 200 Abs 2 SGB VII nur bei der Einholung von Gutachten bei externen Sachverständigen Anwendung findet, weil eine Übermittlung als Sonderform des Verarbeitens von Daten nur vorliegt, wenn Daten an eine dritte Person (sog. Dritter) außerhalb der verantwortlichen Stelle (§ 67 Abs 6 Nr. 3a i.V.m. Abs. 10 Satz 2 SGB X) weiter gegeben werden (LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 18. Februar 2009 – L 17 U 216/08 – juris sowie Urteil vom 20. Juni 2007 – L 17 U 125/04). Andernfalls handelt es sich nur um eine bloße Nutzung von Daten, die gem. § 67 Abs 7 i.V.m. § 67 b und c SGB X

keines besonderen Übermittlungstatbestands bedarf, sondern abgesehen von einer Einwilligung des Betroffenen auch zur Erfüllung von Zwecken des SGB zulässig ist (LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 20. Juni 2007 - L 17 U 125/04 – juris Rdnr. 34). Abzustellen ist darauf, ob die Stelle, an die die Daten weitergegeben werden, und die über Mittel und Zwecke der Datenverarbeitung entscheidet und sie daher tatsächlich beherrscht, rein rechtlich Eigenständigkeit besitzt oder nicht (Kazemi/Leopold, Datenschutzrecht in der anwaltlichen Beratung, 2011). Als denkbare Varianten, dass eine Weitergabe von Daten an eine natürliche oder juristische Person nicht als Übermittlung i.S.v. § 67 Abs. 6 Nr. 3a SGB X anzusehen ist, kommt daher einmal in Betracht, dass diese Teil der verantwortlichen Stelle i.S.v. § 67 Abs. 9 SGB X (s. auch § 3 Abs. 7 BDSG) ist, was voraussetzt, dass diese entweder - im Falle einer juristischen Person - im Rahmen einer Organisationseinheit an der funktionalen Durchführung einer Aufgabe des SGB beteiligt ist (Stähler in Kraher, Sozialdatenschutz nach SGB I und X, 3. Aufl. 2011; Rombach in Hauck/Noftz, Rdnr. 26; Bieresborn in von Wulffen, § 67 Rdnr. 32), oder – im Falle einer natürlichen Person – diese als Arbeitnehmerin oder im Rahmen einer Dienstvereinbarung höherer Art (BSG, Urteil vom 5. Februar 2008 – B 2 U 8/07 R – SGB 2009, 40 - 49) in den Organisationsapparat eingegliedert ist. Wird damit nicht zwingend das Bestehen eines Arbeits-/Beschäftigtenverhältnis i.S.v. § 7 SGB IV verlangt, beziehen sich die in der Literatur genannten und vom BSG in Bezug genommen Fälle der Zurechnung von Nicht-Beschäftigten zur Behörde als verantwortlichen Stelle - nämlich Praktikanten oder freie Mitarbeiter (Dammann in Simitis, Bundesdatenschutzgesetz, 6. Aufl. 2006, § 3 Rdnr. 234; Walz in Simitis, BDSG, § 5 Rdnr. 15) – alleine auf Personen, die dort räumlich und organisatorisch eingegliedert sind. Die auch vom BSG gewählte Begrifflichkeit der Vereinbarung „Dienste höherer Art“ dient demgemäß vornehmlich dazu, bei der arbeits- und sozialversicherungsrechtlich erforderlichen Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen, die zwar in einen Arbeitsprozess eingegliedert sind, aber nur eingeschränkt Weisungen unterliegen, ausnahmsweise als abhängig Beschäftigte anzusehen, weil sich bei ihnen die Weisungsgebundenheit zur funktionsgerechten, dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verdichtet (BSGE 45, 199, 200; BSGE 16, 289, 293). Zwingende Voraussetzung hierfür ist aber das Merkmal der betrieblichen Eingliederung, das gerade bei räumlich außerhalb der Behörde als Freiberufler oder bei einer anderen Behörde oder juristischen Person, die nicht als Organisationseinheit anzusehen ist, Tätigen fehlt. Insbesondere bei Ärzten - wie dem seitens der Beklagten beauftragten Prof. Dr. QQ., der erkennbar in ein Institut für Arbeits-, Sozial und Umweltmedizin mit Sitz in ZZ. eingegliedert ist - die nur im Rahmen eines Beratungsvertrages gelegentlich Stellungnahmen oder Gutachten für eine Behörde, Berufsgenossenschaft oder andere Auftraggeber fertigen, handelt es sich trotz einer bestehenden vertraglichen Dienstvereinbarung nicht um unselbständige Teile der verantwortlichen Stelle, weil sie mangels „funktionsgerechter, dienender Teilhabe am Arbeitsprozess“ weder arbeits- bzw. sozialversicherungsrechtlich als Beschäftigte der Berufsgenossenschaft, noch organisatorisch als deren unselbständiges Glied anzusehen sind.

43

Als weitere, eine Übermittlung ausschließende rechtliche Variante käme nur die sog. Auftragsdatenverarbeitung i.S.v. § 80 SGB X in Betracht, bei der im Falle der Weitergabe von Daten an solche Personen oder Stellen außerhalb der verantwortlichen, die im Inland oder in einem anderen EU-Staat oder einem anderen Vertragsstaat der EWR Sozialdaten im Auftrag erheben, verarbeiten oder nutzen, gem. § 67 Abs. 10 S. 3 SGB X fingiert wird, dass diese nicht Dritte, sondern Teil der verantwortlichen Stelle sind (s. LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 24. Januar 2012 - L 11 AS 504/11 B zur Aktenübersendung

an einen mandatierten Rechtsanwalt). Voraussetzung einer Auftragsdatenverarbeitung ist, dass neben der Datenverarbeitung nicht auch die zugrundeliegende Aufgabe im Sinne einer Funktionsübertragung übertragen wird, wobei wichtigstes Abgrenzungskriterium der Verbleib der Entscheidungsbefugnis über die Daten bei der übertragenden Stelle und die fehlende Einräumung eines eigen inhaltlichen Bewertungs- oder Ermessensspielraums ist (Gola/Klug/Körffer, BDSG, 10. Aufl. § 11 Rdnr. 9; Wächter CR, 1991, 333). Da der Gutachter regelmäßig mit der Erstellung seines Gutachtens einen eigenen Geschäftszweck verfolgt, weil er die ihm übertragenen Daten unter Anwendung seiner besonderen Sachkunde nutzt, um ein eigenes Produkt in Form einer Wertung zu erstellen, sowie ihm im Rahmen eines Gutachtensauftrags zumindest punktuell die gem. § 20 SGB X bestehende Ermittlungspflicht der Beklagten bezüglich medizinischer und arbeitstechnischer Fragen eines Leistungsfalls regelmäßig übertragen wird, was grundsätzlich mehr für die Funktionsübertragung als für die bloße Auftragsdatenverarbeitung spricht, kommt vornehmlich eine bestehende Weisungsabhängigkeit bezüglich Zeit, Ort oder Art und Weise der Ausführung einer Begutachtung bzw. der inhaltlichen Gestaltung des Gutachtens die Rolle als taugliches Abgrenzungsmerk zu (vgl. SG Karlsruhe, Urteil vom 12. März 2008 - S 4 U 1615/07 - juris Rdnr. 35; vgl. LSG Thüringen, Urteil vom 22. Januar 2009 - L 1 U 1089/06 - juris Rdnr. 41; vgl. a. SG Würzburg, Urteil vom 14. Januar 2009 - S 11 U 114/08 - juris Rdnr. 21 und SG Nürnberg, Urteil vom 16. Februar 2011 - S 15 U 34/07 – juris). Eine Beschränkung auf weisungsunabhängige Ärzte kann den Urteilen des BSG vom 5. Februar 2008 zwar nicht entnommen werden (C. Wagner, jurisPK § 200 Rdnr. 35.4), ohne dieses Kriterium wäre die Abgrenzung zwischen Auftragsdatenverarbeitung und der sog Funktionsübertragung indes kaum noch möglich (Gola/Klug/Körffer, BDSG 10 Aufl. § 11 Rdnr. 9; vgl. a. Kazemi/Leopold, Datenschutzrecht in der anwaltlichen Beratung, Rdnr. 495).

44

Da der aktenkundliche Beratervertrag lediglich Bestimmungen zur Vergütung sowie der Einhaltung von Datenschutznormen enthält, jedoch keinerlei Direktionsrecht vergleichbar zu § 315 BGB zumindest hinsichtlich etwaiger Anwesenheitspflichten oder sogar der Gutachtensausführung enthält, geht der Senat davon aus, dass Dr. QQ. keinerlei Weisungen unterlag und dementsprechend seine Gutachten im Rahmen eines freien Auftragsverhältnisses erstellte und abrechnete. Hinzu kommt der Aspekt, dass bei einer Auftragsdatenverarbeitung an eine nicht-öffentliche Stelle gem. § 80 Abs. 2 Satz 4 SGB X in der auf den vorliegenden Fall anwendbaren Fassung vom 18. Mai 2001 voraussetzt, dass der Auftragnehmer dem Auftraggeber schriftlich das Recht eingeräumt hat, Auskünfte bei ihm einzuholen (Nr. 1), während der Betriebs- oder Geschäftszeiten seine Grundstücke oder Geschäftsräume zu betreten und dort Besichtigungen und Prüfungen vorzunehmen (Nr. 2) und geschäftliche Unterlagen sowie die gespeicherten Sozialdaten und Datenverarbeitungsprogramme einzusehen (Nr.3) soweit es im Rahmen des Auftrags für die Überwachung des Datenschutzes erforderlich ist. Derartige schriftlich eingeräumte Befugnisse der Beklagten sind der Dienstvereinbarung mit Herrn Dr. QQ. nicht zu entnehmen. Schließlich handelt es sich bei dem Streitgegenständlichen Beratervertrag zwar um einen Dienstvertrag i.S.v. § 611 Abs. 1 BGB, dem aber lediglich eine beratende Tätigkeit als Inhalt der Dienstverpflichtung, der Stundensatz für die beratende Tätigkeit und die Verpflichtung zur Beachtung datenschutzrechtlicher Belange als Vertragsinhalt entnommen werden kann, nicht aber der genaue Inhalt der Dienstverpflichtung. Diese bedarf demnach weiterer Konkretisierung in Form von Aufträgen (§ 662 BGB) sowie im Falle der Gutachtenerstellung von Werkverträgen (§ 631 BGB; s. BGH NJW 2001, 514), womit der Vertragstext vom 3. Februar 2004 lediglich den Charakter einer Rahmenvereinbarung mit konkreter Bestim-

mung der Vergütungshöhe erhält. Würde man eine solche Vertragsgestaltung als Auftragsdatenverarbeitung anerkennen, wäre nicht einsehbar, warum nicht auch jeder andere Gutachtensauftrag als solche zu werten ist, weshalb im Ergebnis § 200 Abs 2 SGB VII gänzlich obsolet wäre. Die Vereinbarung von Diensten höherer Art im Sinne des § 627 BGB kann demgegenüber alleine nicht ausreichen, weil Ärzte üblicherweise aufgrund besonderen Vertrauens tätig werde (vgl. Putzo in Palandt, BGB, § 627 Rdnr. 2.; s. zum Arztbehandlungsvertrag KG Berlin vom 4. Juni 2009 - 20 U 49/07 - juris Rdnr. 21 - MDR 2010, 35 - 36.).

45

Im Ergebnis war Dr. QQ. damit nicht als Teil der im datenschutzrechtlichen Sinne verantwortlichen Stelle „Berufsgenossenschaft“, sondern als externer Gutachter und damit Dritter im datenschutzrechtlichen Sinne (§ 67 Abs. 12 SGB X) tätig. Zwangsläufig war damit eine Übermittlung der Daten zu bejahen.

46

Dem steht auch nicht die in der Rechtsprechung vertretene Ansicht entgegen, auch bei Auftragsdatenverarbeitung von Patientendaten liege immer zugleich eine Datenoffenbarung i.S.v. § 203 Abs 1 StGB vor (OLG Düsseldorf, Urteil vom 20. August 1996 - 20 U 139/95 – CR 1997, 536; vgl. aber Lensdorf/Mayer-Wegelin/Mantz, CR 2009, 62), weil im Falle eines Gutachtens Einzeldaten des Probanden wie z.B. Befundtatsachen nicht i.S.v. § 203 StGB „anvertraut“ werden und die ärztliche Schweigepflicht zumindest im Verhältnis zum Auftraggeber nur eingeschränkt gilt (vgl. zu Gerichtsgutachten: Kaltenstein, Verwendung von bei Gelegenheit der Begutachtung erhobenen Befunden - aus rechtlicher Sicht, MedSach 2001, 60, 61).

47

Demnach verstieß die Beklagte mit der Einholung des Gutachtens bei Dr. QQ. ohne zuvor dem Kläger drei Gutachter zur Auswahl zu stellen, gegen § 200 Abs. 2 Halbsatz 1 SGB VII, weshalb das Gutachten nicht zur Akte genommen (gespeichert) werden durfte und dementsprechend zu entfernen (löschen) ist. Anhaltspunkte für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 84 Abs. 3 SGB X, demzufolge unter bestimmten Bedingungen an die Stelle einer Löschung eine Sperrung tritt, waren vorliegend nicht ersichtlich.

48

Auf die Berufung des Klägers war das Urteil des Sozialgerichts daher aufzuheben und die Beklagte unter Aufhebung der angefochtenen Bescheide zu verurteilen, unter Aufhebung der Bescheide vom 11. Januar 2007 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19. April 2007 das Gutachten des Dr. QQ. vom 23. Februar 2005 aus den Akten zu entfernen.

49

Die Kostenentscheidung folgt aus § 193 SGG.

50

Die Zulassung der Revision ergibt sich aus § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG, weil der Rechtsfrage insbesondere im Hinblick auf die Beurteilung, wann von einem externen Gutachter auszugehen ist, grundsätzliche Bedeutung zukommt.