

**Eine bloße beratungsärztliche Stellungnahme zur Schlüssigkeit eines bereits vorliegenden Gutachtens stellt selbst kein Gutachten im Sinne des § 200 Abs. 2 HS 1 SGB VII dar, so dass kein Auswahlrecht besteht. § 200 Abs. 2 HS 2 SGB VII setzt bzgl. des Widerspruchsrechtes voraus, dass Daten an einen Dritten übermittelt werden, was bei einem in die Verwaltungsstruktur des Unfallversicherungsträgers eingegliederten Arzt nicht erfüllt ist. Eingegliedert sind nicht nur angestellte, sondern auch solche Ärzte, zu denen der UV-Träger eine besondere (Rechts-) Beziehung eingegangen ist.**

§§ 200 Abs. 2 SGB VII, 67 c, 76, 84 Abs. 2 SGB X

Urteil des LSG Baden-Württemberg vom 25.10.2013 – L 8 U 541/13 –  
Aufhebung des Gerichtsbescheides des SG Heilbronn vom 07.01.2013 – S 6 U 2705/12 –

Die Beteiligten stritten darüber, ob eine von der beklagten BG eingeholte **Äußerung des Beratungsarztes zu einem bereits vorliegenden Gutachten aus den Akten zu entfernen** war.

Der Kläger beehrte die Anerkennung einer Erkrankung an der Lendenwirbelsäule als Berufskrankheit (BK 2108). In diesem Zusammenhang erstellte der Chirurg Dr. Ku. 2010 für die Beklagte ein Gutachten mit dem Ergebnis, der Verlauf der Erkrankung spreche für einen wesentlichen Ursachenzusammenhang. Der Sachverständige empfahl die Anerkennung als Berufskrankheit. Die Beklagte wandte sich unter Übersendung der Akten an Dr. T. als Chirurg/Beratungsarzt der BG mit dem **Auftrag**, eine **beratungsärztliche Stellungnahme** zum vorliegenden Gutachten des Dr. Ku. abzugeben. Hierbei sollte er vor allem zur Frage Stellung nehmen, ob eine BK mit Vollbeweis nachgewiesen, das Krankheitsbild gemäß den Konsensempfehlungen zutreffend eingeordnet sei und der gutachtlichen Kausalitätsbeurteilung insgesamt gefolgt werden könne. Es solle **kein Gegengutachten** erstellt sondern **lediglich eine Schlüssigkeitsüberprüfung** vorgenommen werden (vgl. Rz. 4 ff).

Zwischen Dr. T. und der Beklagten war 2005 ein Vertrag geschlossen worden, wonach Dr. T. die Aufgaben eines fachärztlichen Beraters übernahm. Hierzu gehörte insbesondere die Unterstützung der Sachbearbeitung bei der Beurteilung von medizinischen Fragestellungen durch Stellungnahme zu den ihm vorgelegten Unterlagen, nicht jedoch die Erstellung von Gutachten. Dr. T. erklärte sich ferner bereit, eine datenschutzrechtliche **Verpflichtungserklärung gem. § 1 VerpflG** abzugeben, was auch erfolgte.

In seiner beratungsärztlichen Stellungnahme stützte sich Dr. T. insbesondere auf den wesentlichen Inhalt eines im Rahmen einer früheren gerichtlichen Entscheidung des LSG eingeholten Gutachtens von Prof. Dr. W. Er kam zu dem Ergebnis, es liege zweifelsfrei ein Bandscheibenschaden vor, jedoch keine bandscheibenbedingte Erkrankung (vgl. Rz. 29). Ein Ursachenzusammenhang sei nicht wahrscheinlich.

Der Kläger beantragte die Herausnahme der beratungsärztlichen Stellungnahme aus den Akten, da es sich um ein Gutachten handle und sein Recht auf Gutachterausswahl gem. § 200 Abs. 2 SGB VII verletzt sei. Dies lehnte die Beklagte mit Bescheid ab, da es sich um eine Stellungnahme und kein Gutachten handle und kein Verstoß gegen den Sozialdatenschutz vorläge. Sie stellte ferner fest, dass es sich bei der Erkrankung nicht um eine Berufskrankheit handle.

Nach Klageerhebung trennte das SG das auf Herausnahme der Stellungnahme gerichtete Verfahren ab und verpflichtete die Beklagte mit Gerichtsbescheid, die medizinische Äußerung des Dr. T. aus den Akten zu entfernen (vgl. Rz. 33).

Der hiergegen gerichteten Berufung der Beklagten hat das **LSG** stattgegeben.

Ein **Löschungsanspruch gem. § 84 Abs. 2 S. 1 SGB X** bestehe **nicht**, weil **keine unzulässige Speicherung** von Sozialdaten gem. § 67 c SGB X erfolgt sei; die Beklagte habe nicht gegen § 200 Abs. 2 SGB VII verstoßen.

Zunächst habe es sich nicht um ein Gutachten, sondern lediglich um eine beratungsärztliche Stellungnahme gehandelt, so dass § 200 Abs. 2 SGB VII schon deshalb nicht erfüllt sei (vgl. Rz. 50). Nach der Rechtsprechung des **BSG** sei unter einem **Gutachten nur die umfassende wissenschaftliche Bearbeitung** einer im konkreten Fall relevanten Fragestellung durch den Sachverständigen zu verstehen (Urteile v. 11.04.2013 – B 2 U 34/11 R – [[UVR 10/2013, S. 667](#)] und vom 05.02.2008 – B 2 U 8/07 R – [[UVR 12/2008, S. 897](#); [RS DGUV vom 15.12.2008 = Reha 080/2008 = Datenschutz 006/2008](#)]). Zusammenfassend habe Dr. T. jedoch keine neuen medizinischen Tatsachen erhoben, sondern lediglich nach Würdigung bereits vorliegender Befunde seine Stellungnahme verfasst (vgl. Rz. 62 f).

Darüber hinaus wäre § 200 Abs. 2 SGB VII auch deshalb nicht anzuwenden, weil das **Gutachten nicht** an Dr. T. **übermittelt** worden sei. **Interne Berater**, die **in einer besonderen Rechtsbeziehung zum Unfallversicherungsträger** stünden, seien als **Teil dieses Trägers** anzusehen. Dies sei **auch** dann der Fall, wenn der Arzt durch den Abschluss eines entsprechenden **Dienst- oder Beratungsvertrages höherer Art** mit der Verwaltung verbunden sei. Der seit mehreren Jahren bestehende (Rahmen-) Vertrag des Dr. T. sei als ein solcher Dienstvertrag höherer Art zu bewerten. Dr. T. sei in die Organisation der Beklagten **eingegliedert** worden, indem ihm eine über die Wahrung ärztlicher Schweigepflicht hinausgehende **besondere Pflichtenbindung auferlegt** worden sei. Der Senat schließe sich diesbezüglich der Auffassung des Bayerischen LSG (Urteil v. 13.06.2013 – L 17 U 239/11 – juris) an. Der abweichenden Rechtsprechung des Hessischen LSG (Urteil v. 12.03.2012 – L 9 U 27/11 – [[UVR 13/2012, S. 892](#)]) folge der Senat nicht. Das Erfordernis einer räumlichen Eingliederung lasse sich der Rechtsprechung des BSG nicht entnehmen. Ein Weisungsrecht sei bei Dienstverträgen höherer Art zwangsläufig auf die äußere Aufgabenwahrnehmung beschränkt, denn inhaltlich solle der Beratungsarzt zu einer ergebnisoffenen, neutralen Sachverhaltsaufklärung beitragen. Dr. T. stehe somit bei Ausübung seiner beratungsärztlichen Dienste einem Arbeitnehmer der Beklagten gleich und sei somit nicht „Dritter“ im Sinne des Datenschutzes, so dass kein Widerspruchsrecht und kein Löschungsanspruch gem. § 84 Abs. 2 SGB X bestehe (vgl. Rz. 64 ff).

Vgl. zu dieser Entscheidung auch C. Wagner in: jurisPK SGB VII, 2. Aufl. 2014, § 200 SGB VII (Rz. 62,103).

Das **Landessozialgericht Baden Württemberg** hat mit **Urteil vom 25.10.2013 – L 8 U 541/13 –** wie folgt entschieden:

## Tatbestand

1

Die Beteiligten streiten darüber, ob eine von der Beklagten eingeholte und in ihren Akten dokumentierte Äußerung von Dr. T. vom 07.11.2011 zu einem Gutachten von Dr. Ku. aus den Verwaltungsakten der Beklagten zu entfernen ist.

2

Der 1940 geborene Kläger arbeitete zuletzt als (selbständiger) Estrich- und Fußbodenleger. Der Kläger bezieht in Folge eines Arbeitsunfalles am 28.04.1988 seit 01.02.1989 eine Rente nach einer MdE von 20. Im Übrigen beehrte der Kläger in der Vergangenheit in verschiedenen Verfahren Rentenleistungen (dazu vgl. beim Landessozialgericht Baden-Württemberg <LSG> z.B. L 10 U 1008/98 und L 10 U 1921/02). Zuletzt beehrte der Kläger die Anerkennung einer Erkrankung an der Lendenwirbelsäule als Berufskrankheit (BK

2108). In diesem Zusammenhang erstellte der Chirurg Dr. Ku. am 12.08.2010 für die Beklagte ein Gutachten (Gutachtensauftrag vom 07.04.2010, vgl. Blatt 63 der Senatsakte; Gutachten vgl. Blatt L 79 der Verwaltungsakte der Beklagten), in dem er zu dem Ergebnis gelangte, beim Kläger liege die Konstellation B 1 der Konsensempfehlungen und damit ein belastungskonformes Schadensbild vor. Der Verlauf der Erkrankung spreche für einen wesentlichen Ursachenzusammenhang. Er empfahl die Anerkennung der Lendenwirbelsäulenerkrankung als Berufskrankheit.

3

Mit Schreiben vom 03.11.2011 (L 93 der Verwaltungsakte der Beklagten; Blatt 64 der Senatsakte) wandte sich die Beklagte unter Übersendung der Akten an Dr. T.

4

„EINSCHREIBEN

Herrn Dr. med. W. T.

Chirurg/Beratungsarzt der BG

...

...

5

Wir legen Ihnen die Akte vor mit der Bitte um beratungsärztliche Stellungnahme zum vorliegenden Gutachten des Dr. Ku., O. (AS 590 ff.).

6

Bitte nehmen Sie insbesondere dazu Stellung,

7

- ob ein Krankheitsbild im Sinne der genannten Listen-Nummer mit Vollbeweis nachgewiesen ist.

8

- ob das Krankheitsbild in die zutreffende Kategorie der Konsensempfehlungen eingeordnet wurde.

9

- ob tatsächlich keine konkurrierenden Ursachenfaktoren erkennbar sind und ob eine Begleitspondylose sicher nachweisbar ist.

10

- ob Sie der gutachtlichen Kausalitätsbeurteilung insgesamt folgen.

11

- ob die MdE-Bewertung, insbesondere die Staffelung, den aktuell gültigen Bewertungssätzen entspricht.

12

Die vorliegenden Bilder (Röntgen, CT, MRT, etc.) sind beigefügt.

13

Bitte beachten Sie bei Ihrer Stellungnahme insbesondere unsere Hinweise an den Gutachter in unseren Auftragsschreiben vom 07.04.2010 (AS 577 ff.). Bitte geben Sie Hinweise, falls die Vorgaben vom Gutachter erkennbar nicht beachtet wurden.

14

Bitte beachten Sie: Der Beratende Arzt kann zur Unterstützung und Beratung der Sachbearbeitung bei der Aufklärung des medizinischen Sachverhaltes, zur Klärung der Diagnose und in medizinisch unkomplizierten Sachverhalten (z.B. einfach gelagerte MdE- oder Zusammenhangsfragen) tätig werden. Soweit es sich um die Beurteilung komplexer (Zusammenhangs-)Fragen handelt, ist die Einholung eines Gutachtens erforderlich.

15

Sofern bereits ein Gutachten vorliegt: Das Gutachten kann dem beratenden Arzt zur Überprüfung der Schlüssigkeit (z.B. MdE- oder Zusammenhangsfragen) vorgelegt werden. Eine beratungsärztliche Stellungnahme ist durchaus zulässig, wenn der Beratende Arzt bei der internen Prüfung Zweifel an der gutachterlichen Zusammenhangsbeurteilung formuliert, er eindeutig falsche Ausgangsannahmen des Gutachters (z.B. unzutreffende Diagnosen, Zugrundelegen einer unzutreffenden Exposition) bemängelt oder das Gutachten in klarer Verkennung allgemein anerkannter und in Literatur und Rechtsprechung bestätigter Grundlagen abgefasst wurde. Zur Wahrung der Verfahrensrechte des Versicherten darf der Beratende Arzt aber zu dem bereits vorhandenen Gutachten kein Gegengutachten erstellen bzw. er darf keine ausführliche Zweitexpertise erheben.“

16

Zwischen Dr. T. und der Beklagten besteht folgender Vertrag (vgl. dazu Blatt 76, 77 der SG-Akte S 6 U 2597/11):

17

„...“

18

1. Herr Dr. T. übernimmt ab dem 01.11.2005 bis auf weiteres die Aufgaben eines fachärztlichen Beraters für die Berufsgenossenschaft der Bauwirtschaft.

19

2. Der fachärztliche Berater unterstützt die Sachbearbeitung bei der Beurteilung von medizinischen Fragestellungen. Im wesentlichen handelt es sich dabei um

20

- die Klärung des ursächlichen Zusammenhangs bei der Ermittlung und Entscheidung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten,

21

- die Beurteilung der Folgen eines Versicherungsfalles sowie die Einschätzung der Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE).

22

3. Der fachärztliche Berater äußert sich in Form von Stellungnahmen zu den ihm vorgelegten Unterlagen. Die vorliegende Vertragsbeziehung erstreckt sich nicht auf die Erstellung von Gutachten.

23

4. Der fachärztliche Berater erklärt sich bereit, eine datenschutzrechtliche Verpflichtungserklärung nach § 1 des Gesetzes über die förmliche Verpflichtung nichtbeamteter Personen und zur Wahrung des Geheimnisschutzes nach dem Sozialgesetzbuch sowie dem Bundesdatenschutzgesetz abzugeben (Anlage: Niederschrift über die Verpflichtung). Die

Vertragsschließenden gehen damit davon aus, dass der fachärztliche Berater kein „Dritter“ im Sinne des § 67 Abs. 10 Sozialgesetzbuch X ist.

24

Im übrigen ergibt sich die Verschwiegenheitspflicht aus § 203 Strafgesetzbuch und dem ärztlichen Standesrecht.

25

5. Die Berufsgenossenschaft zahlt dem fachärztlichen Berater für seine Tätigkeit ein Honorar [...] je Stunde.

26

Herr Dr. T. verpflichtet sich, für die Wiedergabe seines Schreibgutes selbst Sorge zu tragen. Pro Seite wird hierfür ein Betrag [...] vergütet

27

6. Der Vertrag ist von jeder Seite mit einer Frist von 6 Wochen zum Ende eines Kalenderhalbjahres kündbar. Außerordentliche Kündigungsrechte bleiben unberührt.“

28

Dr. T. wurde auf Grundlage des Vertrages nach § 1 des Gesetzes über die förmliche Verpflichtung nichtbeamteter Personen vom 02.03.1974 (BGBl. I S. 547) verpflichtet (dazu und zu den entsprechenden Belehrungen vgl. die Niederschrift Blatt 78 SG-Akte a.a.O.).

29

Mit Schreiben vom 08.11.2010 legte Dr. T. seine mit „Beratungsärztliche Stellungnahme zur Aktenvorlage vom 3.11.10“ überschriebene Stellungnahme vom 07.11.2011 vor (L96 der Verwaltungsakte der Beklagten). In seinen insgesamt achtseitigen Ausführungen wiederholte er zunächst die Fragestellung und gab anschließend (bis Seite 4) den wesentlichen Inhalt des der letzten gerichtlichen Entscheidung des LSG zugrunde liegenden Gutachtens von Prof. Dr. W. vom 03.12.2000 sowie des Gutachtens von Dr. Ku. vom 12.08.2010 wieder. Danach führte er aus, es liege zweifelsfrei ein Bandscheibenschaden vor, jedoch „entgegen der Auffassung des Vorgutachters“ keine bandscheibenbedingte Erkrankung. Dies begründete er unter Darstellung der in früheren, fremden Begutachtungen erhobenen Befunden und gab an, Dr. Ku. habe sich hiermit nicht kritisch auseinandergesetzt. Er könne sich auch in sonst wesentlichen Punkten der Auffassung des Dr. Ku. nicht anschließen, weil sich auch anhand dessen Röntgenaufnahmen ein Übergangswirbel als konkurrierender Ursachenfaktor nicht nachweisen lasse. Aus der Argumentation von Dr. Ku., das am stärksten betroffene Segment L5/S1 sei von allen Wirbelsäulenabschnitten biomechanisch am stärksten belastet, lasse sich eine Belastungskonformität nicht plausibel begründen. Es liege entgegen der Auffassung von Dr. Ku. auch keine Begleitpondylose vor. Er beantwortete die Fragen der Beklagten, setzte sich mit der Frage der Kausalität auseinander und gab an, dass angesichts der Erkrankungen die Fallkonstellation D2 vorliege, weshalb ein Ursachenzusammenhang nicht wahrscheinlich sei.

30

Mit Schreiben vom 15.12.2010 (L 99 der Verwaltungsakte der Beklagten) teilte die Beklagte dem Kläger mit, sie habe eine beratungsärztliche Stellungnahme eingeholt und beabsichtige, eine Berufskrankheit abzulehnen. Dem trat der Kläger mit Schreiben vom 02.02.2011 entgegen (L 103 der Verwaltungsakte der Beklagten). Da es sich um ein Gutachten handle und das Recht auf eine Gutachterausswahl nach § 200 Abs. 2 SGB VII nicht

beachtet worden sei, beantrage er die Herausnahme der beratungsärztlichen Stellungnahme aus den Akten.

31

Die Beklagte stellte mit Bescheid vom 04.02.2011 (L 107 der Verwaltungsakte der Beklagten) fest, es bestehe keine Berufskrankheit. Zugleich lehnte sie (Ziffer 2 des Bescheids) die Herausnahme der beratungsärztlichen Stellungnahme von Dr. T. ab. Diese Stellungnahme sei kein Gutachten i.S.d. § 200 Abs. 2 SGB VII. Sie nehme Stellung zum Krankheitsbild und zur einfach gelagerten Zusammenhangsfrage. Es liege auch kein Verstoß gegen den Sozialdatenschutz vor, da Dr. T. aufgrund des bestehenden Beratungsvertrages kein außerhalb der Beklagten stehender Dritter sei. Den Widerspruch des Klägers vom 03.03.2011 (L 111 der Verwaltungsakte der Beklagten) wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 15.06.2011 zurück (L 124 der Verwaltungsakte der Beklagten).

32

Am 15.07.2011 hat der Kläger hiergegen beim Sozialgericht Heilbronn (SG) Klage erhoben (S 6 U 2597/11). Neben der Verurteilung der Beklagten zur Anerkennung einer Berufskrankheit hat er auch die Herausnahme der „beratungsärztlichen Stellungnahme/das Gutachten Dr. T. vom 08.11.2010“ aus den Akten begehrt. Hierzu hat er vorgetragen, bereits die Fragestellung der Beklagten sei über eine bloße Beratung zum Gutachten von Dr. Ku. hinausgegangen und stelle ein generelles Neugutachten dar. Dr. T. greife auf die früheren Feststellungen mit weit höheren Grenzwerten zurück und stelle eine Fülle von angeblich konkurrierenden Umständen heraus. Soweit Dr. T. angebe, dass zweifelsfrei ein Bandscheibenschaden vorliege aber entgegen der Auffassung der Gutachter keine bandscheibenbedingte Erkrankung, habe er nicht nur Kritik am Gutachten geübt sondern eine eigene Position bezogen.

33

Das SG hat mit Beschluss vom 20.08.2012 das auf Herausnahme der Stellungnahme von Dr. T. gerichtete Verfahren abgetrennt, unter dem Aktenzeichen S 6 U 2705/12 fortgeführt und mit Gerichtsbescheid vom 07.01.2013 die Beklagte unter Aufhebung der Nr. 2 des Bescheids vom 04.02.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 15.06.2011 verpflichtet, die medizinische Äußerung von Dr. T. vom 08.11.2010 aus den Akten zu entfernen. Dieser Anspruch ergebe sich aus § 84 Abs. 2 SGB X. Die Beklagte habe § 200 Abs. 2 SGB VII verletzt. Dr. T. sei ein externer Sachverständiger und seine Stellungnahme als Gutachten zu werten. Zur Beurteilung der Frage ob ein Gutachten vorliege, sei darauf abzustellen, wo der Schwerpunkt der Äußerung liege, wozu eine Gesamtschau des die medizinische Äußerung veranlassenden Auftrags als Bezugspunkt einerseits sowie andererseits von äußerer Form, Umfang sowie Inhalt der medizinischen Äußerung selbst ange stellt werden müsse. Hierbei komme es weder alleine auf die Bezeichnung noch alleine auf den Umfang bzw. die äußere Form an. Zwar habe die Beklagte eine beratungsärztliche Stellungnahme in Auftrag gegeben und in den Anmerkungen ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Beratungsarzt kein Gegengutachten erstellen oder eine ausführliche Zweitexpertise erstellen solle. Diese Anmerkungen stünden aber im Widerspruch zu der Fragestellung an den Beratungsarzt, die ein vollständiges Gutachten von Dr. T. verlangten. Es würden gerade nicht nur punktuelle Fragen gestellt sondern eine vollständige Überprüfung des Gutachtens von Dr. Ku. verlangt. Entsprechend ausführlich falle auch die Antwort von Dr. T. aus. Dieser befasse sich nicht nur mit dem Gutachten von Dr. Ku. sondern zitiere auch ein älteres Gutachten und die Entscheidung des LSG sowie Befunde von 1988 und 1992. Dr. T. setze sich damit nicht nur mit der Schlüssigkeit des Gutachtens von

Dr. Ku. auseinander sondern bewerte den Fall eigenständig und komme zu einem eigenen Bild. Dies liege angesichts der Komplexität des Falls auch in der Natur der Sache. Wegen des Umfangs der Verwaltungsakten, der Vielzahl der eingeholten Gutachten und der Änderung der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zur Kausalitätsbewertung bei der BK 2108 sei die Frage der Kausalität keine einfache Fragestellung, die einer beratungsärztlichen Stellungnahme zugänglich sei. Habe die Beklagte Zweifel an dem von ihr eingeholten Gutachten, bleibe es ihr unbenommen ein weiteres Gutachten einzuholen. Eine beratungsärztliche Stellungnahme, welche sich nur mit punktuellen Fragen auseinandersetzen könne, sei das falsche Mittel. Auch sei Dr. T. bereits deshalb ein externer Dritter, da er nicht räumlich bei der Beklagten eingegliedert sei.

34

Gegen den ihr am 10.01.2013 zugestellten Gerichtsbescheid hat die Beklagte am 06.02.2013 beim LSG Berufung eingelegt. Das SG verkenne die vom BSG aufgestellten Kriterien für die Unterscheidung zwischen einer beratungsärztlichen Stellungnahme und einem Gutachten. Der Beratungsarzt habe detailliert formulierte Einzelfragen der Sachbearbeitung zur Auswertung des Gutachtens von Dr. Ku. beantwortet. Ein Gutachtensauftrag habe weder formal noch inhaltlich vorgelegen. Die Expertise beinhalte die Beantwortung dieser Fragen auf Grundlage des Gutachtens von Dr. Ku. einschließlich der von diesem selbst für relevant erachteten bzw. genannten ärztlichen Befunde und bereits vorliegenden medizinischen Expertisen. Vertiefte Ausführungen zum Krankheitsbild und zur Frage konkurrierender Ursachen ergäben sich in Anbetracht des komplexen, umfangreichen Akteninhaltes aus der Natur der Sache. Die Antwort auf die Frage der Einordnung des Sachverhaltes in die Fallkonstellationen der Konsensempfehlungen ergebe sich unmittelbar aus der Beantwortung der genannten Vorfragen, ohne dass es dazu eigenständiger, wissenschaftlicher Ausführungen bedürfe bzw. solche zu Papier gebracht würden. Entsprechendes gelte für die Stellungnahme zur gutachterlichen Kausalitätsbeurteilung. Das BSG habe ausgeführt, dass von einer lediglich beratungsärztlichen Stellungnahme auszugehen sei, wenn sich die schriftliche Äußerung im Wesentlichen mit dem eingeholten (Gerichts-)Gutachten auseinander setze, insbesondere im Hinblick auf dessen Schlüssigkeit, Überzeugungskraft und Beurteilungsgrundlage. Sowohl die formulierten Fragen als auch deren Beantwortung bewegten sich in diesem Rahmen. Weiter räume das BSG ein, dass auch Aussagen zum Ursachenzusammenhang und zum einschlägigen aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisstand nicht allein einem Gutachten vorbehalten seien, wenn eben der Ursachenzusammenhang umstritten sei. Das LSG habe in einem anderen Rechtsstreit ausgeführt, dass die Behörde Anspruch auf eine qualifizierte beratungsärztliche Stellungnahme habe und dieser in Abhängigkeit vom Gegenstand der Stellungnahme eine gewisse Tiefe und Länge zuzugestehen sei. Das BSG wolle eine kritische, schriftlich abgefasste Auseinandersetzung mit einem vorliegenden Gutachten mit dem Ziel, den Erkenntnisprozess voranzutreiben, gerade auch im Rahmen einer beratungsärztlichen Stellungnahme ermöglichen, solange diese kein Zweitgutachten darstelle.

35

Die Beklagte beantragt,

36

den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Heilbronn vom 07.01.2013 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

37

Der Kläger beantragt,

38

die Berufung zurückzuweisen.

39

Der Kläger ist der Berufung entgegengetreten und hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend. Die Argumentation der Beklagten verkenne die hochdifferenzierte Festlegung der Kriterien, in welchen eine privilegierte Beratung angenommen werden könne. Zu Recht habe das SG festgestellt, dass es sich bei der Stellungnahme von Dr. T. um ein Gegengutachten handele und nicht nur aus formeller Sicht sondern auch aus Gründen der inhaltlichen Qualifizierung die Vorschriften des § 200 Abs. 2 SGB VII verletzt seien sowie eine Herausnahme gemäß § 84 Abs. 2 SGB II geboten sei.

40

Mit Beschluss vom 08.04.2013 hat der Senat antragsgemäß das Ruhen des Verfahrens angeordnet. Der Vorsitzende hat dann mit Beschluss vom 09.04.2013 (Blatt 23 bis 26 der Senatsakte) die Vollstreckung aus dem Gerichtsbescheid des SG ausgesetzt. Mit Beschluss vom 01.07.2013 (Blatt 32 bis 34 der Senatsakte) wurde eine Änderung des Beschlusses vom 09.04.2013 abgelehnt.

41

Nach Wiederaufnahme des Verfahrens hat der Kläger mit Schreiben vom 23.08.2013 u.a. darauf hingewiesen, dass die Anlegung einer „Duplo-Akte“ nur eine geringe Belastung für die Beklagte sei. Im Hauptsacheverfahren sei mittlerweile Verzögerungsrüge erhoben worden, weil die Untätigkeit unverständlich, nicht begründbar sei und dem gesetzlichen Auftrag widerspreche. Er sehe schon alleine in dem Akt, die „Duplo-Akte“ zu verhindern, einen Akt der Verfahrensverzögerung, der dem LSG anzulasten sei.

42

Mit Schreiben vom 23.09.2013 hat der Kläger vorgetragen, in der BSG-Entscheidung vom 11.04.2013 werde klargestellt, dass es nach wie vor darauf ankomme, ob eine beratungsärztliche Äußerung sich lediglich zu einem vorangegangenen, vom SG eingeholten Gutachten äußere. Die Äußerung von Dr. T. sei jedenfalls umfänglich genug, um der Qualität eines Gutachtens zu entsprechen. Es sei des Weiteren eine Fragestellung vorgegeben gewesen, die einem Gutachten entspreche. Soweit das BSG darauf hinweise, dass bereits in der Entscheidung vom 20.07.2010 in Frage gestellt worden sei, ob § 200 Abs. 2 SGB VII dahin ausgelegt werden könne, dass die Unzulässigkeit der Speicherung anordnet werde und diese Frage auch neuerdings ungeklärt geblieben sei, habe das BSG diese Frage im Endeffekt bereits durch Hinweis auf die Vorschriften des SGB X geklärt. Des Weiteren sei Bezug zu nehmen auf § 80 Abs. 2, 3, 5 und 6 SGB X. Die Entscheidung des BSG vom 05.02.2008 stelle darauf ab, wie die Äußerung des Beratungsarztes von ihm selbst bezeichnet und wie sie von Dritten verstanden worden sei. So habe die Gewerbeärztin E. das Gutachten Dr. Ku. nicht zur Kenntnis genommen und vielmehr ein „Gutachter: Dr. T., N., Gutachten vom 07.11.2010“ in Bezug genommen. Die gewerbeärztliche Prüfung beruhe auf dem Gutachten Dr. T., das im Vordergrund gesehen worden sei. Deutlicher könne der Gutachtenscharakter nicht hervorgehoben sein.

43

Die Beklagte hat mit Schreiben vom 04.10.2013 auf den bereits im SG-Verfahren vorgelegten Vertrag mit Dr. T. verwiesen. Auch die BSG-Entscheidungen aus 2008 bzw. 2013 erhellten die Rechtslage nicht. Ihre Beratungsärzte seien zumindest insoweit relevant weisungsgebunden als sie ihre Stellungnahmen unverzüglich, gut lesbar und allgemein ver-

ständig, im Verwaltungsverfahren zumeist unter Verwendung eigens vom Auftraggeber konzipierter Vordrucke und unter strikter Wahrung der Belange des Datenschutzes erbringen müssten. Bei der beratungsärztlichen Tätigkeit zur BK 2108 seien zwingend die Konsensempfehlungen zugrunde zu legen. All diese Voraussetzungen lägen im Verhältnis zu Dr. T. vor, weshalb dieser nicht als externer Dritter angesehen werden könne. Vorliegend habe der Sachbearbeiter den Beratungsarzt gefragt, ob bestimmte medizinische Kriterien der Konsensempfehlungen erfüllt seien. Dabei gehe es nicht um die Erstellung eines weiteren Gutachtens sondern lediglich darum, ob der Gutachter Dr. Ku. seine Expertise gemäß den geltenden Konsensempfehlungen, die als qualifiziertes antizipiertes Sachverständigengutachten i.S.d. höchstrichterlichen Rechtsprechung besonders zu beachten seien, den dortigen medizinischen Vorgaben entsprechend fachgerecht erstellt habe. Dass mit der Beantwortung im Einzelfall längere Ausführungen des Beratungsarztes verbunden sein könnten, ergebe sich aus der Natur der Sache. § 80 SGB X sei nicht einschlägig, weil der Beratungsarzt weder vertraglich noch tatsächlich automatisierte Datenverarbeitung im ihrem Auftrag betreibe. Schließlich lasse sich auch aus der gewerbeärztlichen Feststellung der Gewerbeärztin E. nicht ableiten, dass Dr. T. ein Gutachten erstellt habe. Selbst wenn die Gewerbeärztin die Stellungnahme Dr. T. als Gutachten aufgefasst habe, sei damit lediglich ein Beurteilungskriterium zur Frage des Vorliegens eines Gutachtens erfüllt. Erst in der Zusammenschau mit weiteren, insbesondere inhaltlich für das Vorliegen eines Gutachtens sprechenden Kriterien könne aber diese Frage beantwortet werden.

44

Zuletzt hat der Kläger mit Schreiben vom 23.10.2013 nochmals darauf hingewiesen, dass die Fragestellungen an Dr. T. eindeutig Gutachtensfragen, keine einfach gelagerte MdE- oder Zusammenhangsfrage, seien. Auch führe Dr. T. eine völlig eigenständige Begründung auf und nehme nur in Randbezügen Bezug auf das Gutachten Dr. Ku. . Dr. T. lege eigenständig dar, dass die zugestandene Beeinträchtigung L5/S1 nicht plausibel begründbar sei hinsichtlich der Belastungskonformität, insbesondere soweit eine Begleitspondylose nicht vorliegen solle. Natürlich führe der Beratungsarzt Datenverarbeitung durch. Dies müsse die Beklagte darlegen.

45

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts sowie des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Akten des Senats sowie die beigezogenen Akten des SG und der beklagten Bezug genommen.

## **Entscheidungsgründe**

46

Die gemäß den §§ 143, 144 Abs. 1 SGG statthafte und nach § 151 SGG auch insgesamt zulässige Berufung der Beklagten ist begründet.

47

Die gegen den Bescheid der Beklagten vom 04.02.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 15.06.2011, der vorliegend nur hinsichtlich der Ablehnung der Entfernung der ärztlichen Stellungnahme von Dr. T. streitgegenständlich ist, geführte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage (§ 54 Abs. 1 S. 1, Abs. 4 SGG; zur Entscheidung durch Verwaltungsakt i.S.d. § 31 SGB X vgl. BSG 21.03.2006 - B 2 U 24/04 R, SozR 4-1300 § 84 Nr. 1 = juris RdNr. 25) ist statthaft, aber unbegründet. Der angefochtene Bescheid ist nicht rechtswidrig, der Kläger wird durch die Ablehnung der Herausnahme der ärztlichen Stel-

lungnahme von Dr. T. aus den Verwaltungsakten der Beklagten nicht in seinen Rechten verletzt.

48

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

49

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

50

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

<http://www.bfdi.bund.de/DE/Themen/GesundheitUndSoziales/Unfallversicherung/Artikel/Gutachten.html>) waren nicht im Sinne einer allgemeinen Definition des Gutachtensbegriffs erfolgreich. Jedoch haben sich in diesen Gesprächen Fallgruppen herausgebildet (dazu Rundschreiben des HVBG, Datenschutz 006/2003), in denen zwar nicht der Gutachtensauftrag definiert, aber Bereiche von Tätigkeiten dargestellt wurden, in denen der beratende Arzt eingesetzt wird, ohne dass die Berufsgenossenschaften dem Versicherten die Rechte des § 200 Abs. 2 SGB VII zu gewähren haben (die Verlautbarung des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit a.a.O.). Danach wurde eine beratungsärztliche Tätigkeit in folgenden Fällen angenommen worden, wenn

51

- es sich um die Erläuterung medizinischer Sachverhalte handelt, die auch für einen Sachbearbeiter nachlesbar wären;

52

- es lediglich um die Beantwortung einfacher Fragen geht;

53

- der beratende Arzt zu Verfahrenssteuerung eingesetzt wird.

54

Einigkeit bestand damals (a.a.O.), dass eine beratende Stellungnahme nicht in Betracht komme, wenn

55

- komplexe (Zusammenhangs-)Fragen zu beurteilen sind oder

56

- ausführliche Zweitexpertisen zu bereits vorhandenen Gutachten abgefordert werden oder

57

- die Absicht besteht, diese als Beweismittel in das Verwaltungsverfahren einzuführen.

58

Entscheidendes Kriterium für die Abgrenzung sei der Gutachtensauftrag. Deshalb wurde zwischen dem Hauptverband der gewerblichen Berufsgenossenschaften, dem Bundesversicherungsamt und dem Bundesbeauftragten für den Datenschutz vereinbart, dass der Gutachtensauftrag schriftlich zu erteilen ist, und dass die Formulierung des Gutachtensauftrags so gefasst ist, dass sich aus dem Auftrag ergibt, ob es sich um einen Gutachtensauftrag im Sinne des § 200 Abs. 2 SGB VII handelt, oder ob lediglich die Stellungnahme eines beratenden Arztes eingeholt werden soll (HVBG- Rundschreiben a.a.O.).

59

Die Rechtsprechung (zuletzt BSG 11.04.2013 - B 2 U 34/11 R, juris RdNr. 26 m.w.N.) hat dem allgemeinen Sprachverständnis folgend unter einem Gutachten nicht jedwede Äußerung oder Stellungnahme eines medizinischen oder technischen Sachverständigen zu einzelnen Aspekten des Verfahrensgegenstandes verstanden, sondern nur die umfassende wissenschaftliche Bearbeitung einer im konkreten Fall relevanten fachlichen Fragestellung durch den Sachverständigen (vgl. BSG 5.02.2008 - B 2 U 8/07 R, BSGE 100, 25 = SozR 4-2700 § 200 Nr. 1 RdNr. 16 = juris RdNr. 16). Entgegen der Auffassung des Klägerbevollmächtigten ist aber die Beantwortung der Fragen durch einen externen Sachverständigen kein konstitutives Merkmal für ein Gutachten. Soweit in dem genannten Urteil des

BSG vom 05.02.2008 ausgeführt wird, das Auswahlrecht nach § 200 Abs. 2 1. HS SGB VII beziehe sich auf Gutachten externer Gutachter, da der Gesetzgeber Gutachten im klassischen Wortsinn vor Augen gehabt habe (Rn. 19), kann dieses Urteil nicht als Beleg für die vom Klägerbevollmächtigten vertretene Rechtsauffassung herangezogen werden. Letztlich wird in der Entscheidung vom 05.02.2008 davon ausgegangen, dass Gutachten auch von internen Beratungsärzten des Unfallversicherungsträgers erstellt werden können, diese Gutachten aber mangels „Übermittlung“ an Dritte oder an andere Stellen nicht dem Anwendungsbereich des § 200 Abs. 2 2. HS SGB VII unterfallen (Urteil a.a.O., RdNr. 20, 25, 44). Die klägerseits zitierten Ausführungen des BSG (11.04.2013 - B 2 U 34/11 R -, juris RdNr. 26) beziehen sich insoweit auf den generellen Anwendungsbereich der nach § 200 Abs. 2 2. HS SGB VII erforderlichen Belehrung zum datenschutzrechtlichen Widerspruchsrecht. Auch nach dieser Entscheidung sind an den Begriff des Gutachtens i.S.d. § 200 Abs. 2 SGB VII hohe Anforderungen zu stellen (BSG a.a.O. juris RdNr. 39).

60

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

andererseits von äußerer Form, Umfang sowie Inhalt der medizinischen Äußerung selbst anzustellen ist. Hierbei kommt es weder alleine auf die Bezeichnung noch alleine auf den Umfang bzw. die äußere Form an (Hessisches LSG a.a.O.). Von einem schwerpunktmäßig vorliegenden Gutachten kann auch bei nur im geringen Maße eigene Bewertungen 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.

61

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

62

Nach diesen Kriterien ist die Stellungnahme von Dr. T. nicht als Gutachten zu verstehen. Weder hat die Beklagte bei Dr. T. ein Gutachten in Auftrag gegeben - vielmehr hat sie diesen als Beratungsarzt angesprochen und darauf hingewiesen, dass gerade kein Gutachten erstellt werden soll - (dazu vgl. Blatt 64 der Senatsakte), noch hat Dr. T. seine Stellungnahme als solche bezeichnet, vorgelegt oder abgerechnet. Entgegen der vom Kläger bevollmächtigten vertretenen Auffassung ergibt sich auch aus der Fragestellung der Beklagten im Auftragschreiben vom 03.11.2011 nicht, dass entgegen der Bezeichnung als beratungsärztliche Stellungnahme tatsächlich ein Gutachten in Auftrag gegeben wurde. Aus der Bezugnahme auf das Gutachten von Dr. Ku. ergibt sich auch aus objektiver Sicht, dass Dr. T. dazu Stellung nehmen soll, ob mit dem Gutachten das Krankheitsbild der streitigen Berufskrankheit nachgewiesen ist, das Krankheitsbild nach den Konsensempfehlungen entsprechend den medizinischen Standards nachvollziehbar eingeordnet ist, insbesondere der hierauf beruhenden Kausalitätsbeurteilung im Gutachten Dr. Ku. gefolgt werden kann. Damit werden keine eigenen Schlussfolgerungen des Beratungsarztes Dr. T. abgefragt, sondern es wird die kritische Auseinandersetzung mit dem Gutachten von Dr. Ku. unter einer spezifischen Fragestellungen erbeten. Damit kann anhand der äußeren Kriterien nicht auf das Vorliegen eines Gutachtens geschlossen werden. Dass die Gewerbeärztin E. (L 101 der Verwaltungsakte der Beklagten) Dr. T. als Gutachter bezeichnet hatte, ändert hieran nichts. Denn deren Einschätzung kann lediglich ein Indiz sein, jedoch ohne die zuvor genannten Umstände überragende Bedeutung.

63

Auch eine Anlegung der inneren Kriterien zeigt, dass es sich bei der Stellungnahme von Dr. T. nicht um ein Gutachten gehandelt hat. Dr. T. hat unter Berücksichtigung der Akten die aus seiner Sicht bestehenden Widersprüche und Unschlüssigkeiten im Gutachten von Dr. Ku. dargestellt. Dazu musste er zwangsläufig die früher vom Gutachter des damaligen LSG-Verfahrens (Prof. Dr. W. ) erhobenen Befunde und Ergebnisse darstellen sowie die

früheren Computertomographie-Befunde von 1992 und 1988 berücksichtigen. Diesen hat er die Befunde und Aussagen von Dr. Ku. gegenüber gestellt und darauf hingewiesen, was seiner fachlichen Einschätzung nach widersprüchlich bzw. un schlüssig ist. Zur Schlüssigkeitsprüfung eines Gutachtens gehört aber auch, ob aktenkundige Vorbefunde und ärztliche Beurteilungen zur Kenntnis genommen wurden und sich mit gegebenenfalls abweichenden Befunden oder medizinische Bewertungen hinreichend auseinandergesetzt wurde. Vorliegend verweist Dr. T. auf die noch aktenkundigen schriftlichen Befunde aus 1988 und 1992 durchgeführte Computertomographien, in denen ein Bandscheibenschaden, aber keine Bandscheibenerkrankungen nachvollziehbar beschrieben wird. Dr. T. legt dar, dass Dr. Ku. sich mit diesen Vorbefunden nicht kritisch auseinandergesetzt habe, obgleich hierzu auch anhand des aktuellen Bildmaterials vom August 2009, das wiederum nur eine Bandscheibenprotrusionen ohne Kompression des Duralsacks ergebe, Anlass bestanden hätte. In diesem Zusammenhang verweist er darauf, dass er entgegen dem Sachverständigen Dr. Ku., aber auch entgegen der Auffassung des Vorgutachters, hier Prof. Dr. W., zu der medizinischen Einschätzung einer fehlenden Bandscheibenerkrankungen gekommen ist. Anlässlich der Sichtung der bildgebenden Befunde bei der Schlüssigkeitsprüfung kam Dr. T. auch zu der von Dr. Ku. abweichenden Einschätzung, dass Begleitpondylosen i.S.d. Konsensempfehlungen nicht vorlägen. Damit hat er sich kritisch mit dem Gutachten von Dr. Ku. im Hinblick auf Schlüssigkeit, Überzeugungskraft und Beurteilungsgrundlage auseinander gesetzt. Denn zur kritischen Auseinandersetzung mit einem Gutachten genügt nicht nur, zu behaupten, dieses sei widersprüchlich oder un schlüssig. Vielmehr ist es erforderlich, dass sich der Arzt mit dem Gutachten gerade im Hinblick auf Schlüssigkeit, Überzeugungskraft und Beurteilungsgrundlage auseinandersetzt. Hierzu hat er nicht nur das Gutachten als solches und alleine zu bewerten. Er hat vielmehr im Hinblick auf in der Akte befindliche Vorbefunde das Gutachten darauf abzugleichen, ob die Darstellungen des Gutachters auf einer schlüssigen Beurteilungsgrundlage basieren und daher schlüssig bzw. überzeugend sind. Ist er der Auffassung, dass das Gutachten nicht schlüssig oder überzeugend sondern widersprüchlich oder un schlüssig ist, so hat er in der entsprechenden kritischen Auseinandersetzung auch die Begründung dafür zu geben, weshalb er das Gutachten für widersprüchlich oder un schlüssig hält (so auch Thüringer LSG 22.01.2009 – L 1 U 1089/06, juris RdNr. 42 m.w.N.). Insoweit ist es in der Auseinandersetzung mit einem Gutachten nicht zielführend, wenn der Beratungsarzt in der Stellungnahme bloß seine abweichende Sicht wiedergibt. Daher muss es auch für den Beratungsarzt zulässig sein, Einwendungen zu formulieren (Thüringer LSG a.a.O. unter Hinweis auf BSG 05.02.2008 - B 2 U 8/07 R, a.a.O.). Dies hat Dr. T. in der gebotenen (kurzen) Ausführlichkeit getan. Er hat damit auch keine vornehmlich eigenständige Bewertung der verfahrensentscheidenden Tatsachen abgegeben, sondern vielmehr dargestellt, aus welchen Gründen er das Gutachten nicht für schlüssig hält. Dazu musste er eine eigene, nämlich von Dr. Ku. abweichende Position einnehmen; dies ist aber gerade zwangsläufig immer der Fall, wenn der Beratungsarzt die Position des Gutachters nicht teilt und ergibt sich unweigerlich aus dem beratungsärztlich geforderten kritischen Resümee der vorausgegangenen Darstellung der Kritikpunkte (vgl. Urteil des Senats vom 28.10.2011 a.a.O.). Er hat jedoch auch, soweit er ausgeführt hat, ein Krankheitsbild i.S.d. Listen-BK sei nicht mit Vollbeweis nachgewiesen und die Erkrankung sei wegen konkurrierender Ursachenfaktoren nicht als Fallkonstellation B1, sondern als Fallkonstellation D2 anzusehen, weshalb ein Kausalzusammenhang nicht bestehe, keine eigene Bewertung an die Stelle des Gutachters gesetzt, sondern lediglich die Ausführungen des Gutachters Prof. Dr. W. in dem von diesem gegenüber dem LSG am 03.12.2000 angefertigten Gutachten (L 28 der

Verwaltungsakte der Beklagten) übernommen und den Konsensempfehlungen angepasst. Dies stellt aber keine eigenständige Bewertung der verfahrensentscheidenden Tatsachen dar. Damit hat Dr. T. keine neuen medizinischen Umstände oder Tatsachen erhoben oder festgestellt - quasi keine Tatsachenfeststellung getroffen - sondern lediglich im Rahmen einer Würdigung bereits vorliegender Befunde - wie in einer Beweiswürdigung - seine Stellungnahme verfasst. In diesem Sinne hat Dr. T. auch keine eigenständige Bewertung eines Kausalzusammenhangs vorgenommen, sondern auf Grundlage der vorliegenden Befunde die Einschätzung von Prof. Dr. W. mit der Terminologie der Konsensempfehlungen versehen; woraus er folgert, dass ein berufsbedingter Zusammenhang entgegen der Auffassung von Dr. Ku. nicht wahrscheinlich sei. Soweit Dr. T. dies formuliert hat, hat er keine komplexe Zusammenhangsfrage beantwortet, sondern lediglich infolge seiner kritischen Würdigung der Anwendung der Konsensempfehlungen durch Dr. Ku. diese umgesetzt. Damit hat Dr. T. kein Gutachten erstellt. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Beklagte konkrete, detaillierte Fragen an Dr. T. gerichtet hatte, wie oben ausgeführt. Damit liegt nach Überzeugung des Senats schon kein Gutachten i.S.d. § 200 Abs. 2 SGB VII vor.

64

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

Verwaltung verbunden ist (BSG 05.02.2008 - B 2 U 8/07 R und B 2 U 10/07 R jeweils a.a.O.; BSG 11.04.2013 - B 2 U 34/11 R a.a.O.). Liegt eine solche Rechtsbeziehung vor, ist der Arzt kein Dritter oder eine andere Stelle i.S.d. § 67 Abs. 6, 10 SGB X.

65

Vorliegend war Dr. T. der Beklagten mit einem langjährigen (Rahmen-)Vertrag verbunden, der ihn zur Erbringung beratungsärztlicher Leistungen verpflichtet. Gegenstand des Vertrages ist, dass auf Anfrage der Verwaltung unter jeweiliger Vorlage von Unterlagen Dr. T. als Beratungsarzt Stellungnahmen abzugeben hat, die einzelvertraglich nach Stundenaufwand über den im Rahmenvertrag festgelegten Honorarsatz abzurechnen sind. Er war aufgrund dieses Vertrages nach dem Verpflichtungsgesetz unter Hinweis auf die besonderen datenschutzrechtlichen Bindungen und die Wahrung des über die ärztliche Schweigepflicht hinausgehenden Dienstgeheimnisses - auch über die Strafbarkeit von Verstößen - verpflichtet und belehrt worden. Bei diesem Vertrag handelt es sich um einen Dienstvertrag höherer Art (zu einer vergleichbaren Konstellation vgl. Bayerisches LSG 13.06.2013 - L 17 U 239/11, juris RdNr. 19). Auf dieser Grundlage bestand zwischen der Beklagten und Dr. T. eine besondere Rechtsbeziehung, die diesen in die Verwaltungsorganisation und den Verwaltungsablauf einbezogen, mithin zum Teil der Beklagten gemacht hat.

66

Dienste höherer Art zeichnen sich dadurch aus, dass sie überdurchschnittliche Kenntnisse oder Fertigkeiten der Dienstleistenden verlangen oder den persönlichen Lebensbereich betreffen. Erforderlich ist zudem, dass die Dienste im Allgemeinen ihrer Art nach üblicherweise nur infolge besonderen d.h. persönlichen Vertrauens übertragen zu werden pflegen; entscheidend ist die typische Lage, nicht der konkrete Einzelfall (Bayerisches LSG 13.06.2013 - L 17 U 239/11, juris RdNr. 19 m.w.N.).

67

Dr. T. hat mit dem Vertrag - der gemäß Blatt 84 der SG-Akten auch dem Kläger über dessen Prozessbevollmächtigten zugesandt worden war - die Aufgaben eines fachärztlichen Beraters für die Beklagte übernommen und war verpflichtet, die Sachbearbeitung bei der Beurteilung von medizinischen Fragestellungen, im Wesentlichen bei der Klärung des ursächlichen Zusammenhangs bei der Ermittlung und Entscheidung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten, der Beurteilung der Folgen eines Versicherungsfalles sowie die Einschätzung der Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE) zu unterstützen. Er hat sich hierzu in Form von Stellungnahmen zu den ihm vorgelegten Unterlagen zu äußern, die Erstellung von Gutachten oblag ihm ausdrücklich nicht. Auch wurde er zur Wahrung des Datenschutzes und der Geheimhaltung verpflichtet. Die Tätigkeit von Dr. T. wurde jeweils nach Zeitaufwand (Stundensatz) vergütet. Die Erfüllung der vertraglich vereinbarten Aufgaben durch Dr. T. setzte unabdingbar seine besonderen Fachkenntnis auf medizinischem Gebiet voraus. Zudem umfasste die vereinbarte Dienstleistung einen Teilbereich der ärztlichen Tätigkeit, welche üblicherweise ein besonderes Vertrauensverhältnis zur Vertragsgrundlage hat (vgl. BGH 09.06.2011 - III ZR 203/10, juris; BGH 18.10.1984 - IX ZR 14/84, juris), unter anderem auch deshalb, weil sie den Umgang mit besonders sensiblen Daten des Betroffenen erfordert. Darüber hinaus ist die abgegebene Verpflichtungserklärung zur gewissenhaften Erfüllung seiner Obliegenheiten, insbesondere im Umgang mit den anvertrauten Daten und den offenbarten (Dienst-)Geheimnissen in diesem Zusammenhang zu sehen. Damit handelt es sich nach Überzeugung des Senats nicht nur um Dienstverträge höherer Art. Vielmehr wurde Dr. T. in die Verwaltungsorganisation und den Verwaltungsablauf der Beklagten eingegliedert (im Ergebnis ebenso Bayerisches LSG a.a.O.), indem

ihm eine über die Wahrung ärztlicher Schweigepflicht hinausgehende besondere Pflichtenbindung auferlegt worden ist.

68

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

69

Aus der Verpflichtungserklärung ergibt sich nichts anderes. Es handelt sich dabei nicht um einen bloßen Hinweis i.S.d. § 78 Abs. 2 SGB X (ebenso Bayerische LSG a.a.O. RdNR. 23). Vielmehr wird anhand dieser förmlichen Verpflichtung nichtbeamteter Personen auf die gewissenhafte Erfüllung ihrer Obliegenheiten, zu denen die Beachtung des eigentlich vorrangig die Beschäftigten betreffenden Dienstgeheimnisses gehört, und den daraus resultierenden besonderen datenschutzrechtlichen Umständen deutlich, dass Dr. T. gerade die Schwelle zur Eingliederung in die Verwaltungsorganisation und den Verwaltungsablauf überschritten hatte und daher insoweit den besonderen Bedingungen, vergleichbar eines Beschäftigten, unterlag.

70

Damit handelt es sich bei Dr. T. seiner Stellung nach nicht um einen externen Gutachter. Er steht in Ausübung seiner beratungsärztlichen Dienste vielmehr einem Arbeitnehmer bzw. Beamten im Dienste der Beklagten gleich; er unterliegt denselben Dienstverpflichtungen, denselben Dienstobliegenheiten und auch denselben rechtlichen Konsequenzen bei Verstößen hiergegen. Ist Dr. T. aber nicht Dritter, der im Auftrag der Verwaltung Daten verarbeitet, sondern Teil der Beklagten und mithin organisatorisch der Verwaltung zuzurechnen, so greift weder § 200 Abs. 2 SGB VII noch der vom Kläger vorgebrachte § 80 SGB X. Damit hat die Beklagte nicht gegen die Pflicht zur Belehrung über das datenschutzrechtliche Widerspruchsrecht gemäß § 200 Abs. 2. HS SGB VII verstoßen, weil weder ein Gutachtauftrag erteilt bzw. ein Gutachten eingeholt worden ist noch Sozialdaten im Sinne des § 76 Abs. 1 SGB X übermittelt worden sind. Ebenso wenig lag ein Verstoß

gegen das Auswahlrecht nach § 200 Abs. 2 1. HS SGB VII vor. Der angefochtene Bescheid der Beklagten vom 24.02.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 15.06.2011 war insoweit nicht rechtswidrig, der Kläger wird nicht in seinen Rechten verletzt. Der Gerichtsbescheid des SG war daher aufzuheben und die Klage abzuweisen.

71

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

72

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.