

Tel: 0561-4001128
Fax: 0561-4001128
e-mail: dralexander.gagel@arcor.de

0221-3597-550
0221-3597-555
schian@iqpr.de

AZ 10-02-08-03
November 2004

Forum C

Gutachten und Assessment
– Diskussionsbeitrag Nr. 7/2004 –

Anforderungen an die Mitwirkung des beauftragten Gutachters bei Erstellung des Gutachtens

Grundsätzlich hat der beauftragte Gutachter das Gutachten selbst zu erstellen (§ 407a Abs. 2 Satz 1 ZPO). Es ist aber gestattet, dass er dazu Mitarbeiter heranzieht (§ 407a Abs. 2 Satz 2 ZPO); er muss dann allerdings Art und Umfang der Mitwirkung ausweisen. Übertragen werden können in jedem Fall technische Vor- und Nacharbeiten. In gewissem Umfang können aber auch ärztliche Untersuchungen von anderen Ärzten durchgeführt werden. Das ist anerkannt; umstritten ist nur immer wieder die Grenzziehung. Die folgenden Urteile leisten einen Beitrag zur Präzisierung der sich aus § 407a Abs. 2 ZPO ergebenden Anforderungen. Wir geben sie wieder, da gerade in letzter Zeit die Mitwirkung von Mitarbeitern bei der Begutachtung häufiger zu Streitigkeiten geführt hat.

Dr. Alexander Gagel

Dr. Hans-Martin Schian

Sabine Dalitz

Marcus Schian

Wir möchten Sie auch auf die Sammlung aller bisher erschienen Diskussionsbeiträge im Internet unter www.iqpr.de aufmerksam machen und Sie auffordern sich an der Diskussion durch Beiträge und Stellungnahmen zu beteiligen.

BSG, Beschl. v. 18. 09. 2003 – B 9 VU 2/03 B –

Zentrale Aussagen :

- 1.) Der beauftragte Gutachter ist nicht berechtigt, den Mitarbeitern die das Gutachten prägende Zentralaufgabe zu überlassen.
- 2.) Der unverzichtbare Kern eines psychiatrischen Gutachtens liegt regelmäßig in der persönlichen Begegnung mit dem Probanden unter Einschluss eines explorierenden Gesprächs.
- 3.) Die Verwertung eines unter Verletzung des § 407a ZPO zustande gekommenen Gutachtens ist (auch) ein Fehler im Verfahren der Beweisaufnahme (§ 118 Abs. 1 SGG), auf den die Nichtzulassungsbeschwerde nach § 160 Abs. 2 Nr. 3 SGG gestützt werden kann.

Der Fall:

Zu klären war in dem zu Grunde liegenden Rechtsstreit der Zusammenhang zwischen einer DDR-Haft und noch bestehenden psychischen Störungen. Der zum Gutachter bestellte Chefarzt einer psychiatrischen Universitätsklinik hatte die Begutachtung einer Ärztin und einer Oberärztin übertragen. Die Ärztin hat das Gutachten nach mehr als ganztägiger Untersuchung gefertigt, die Oberärztin nach zehnminütigem Gespräch gegengezeichnet. Der beauftragte Chefarzt selbst hat das Gutachten nur geprüft und abgezeichnet, **ohne den Probanden gesprochen und untersucht zu haben**. Das LSG wies die Klage ab und ließ die Revision nicht zu.

Die Entscheidung:

Das BSG hat das vorinstanzliche Urteil aufgehoben, weil das LSG seine Entscheidung allein auf die „überzeugenden Darlegungen des Sachverständigen Prof. ...“ gestützt hatte. Es hat das Gutachten als unverwertbar angesehen, weil der beauftragte Sachverständige **den wesentlichen Kern der Begutachtung nicht selbst** vorgenommen hatte. Dazu rechnet das BSG **grundsätzlich ein persönliches Gespräch** mit dem Probanden, zumal, wenn Folgen weit zurückliegender Ereignisse zu beurteilen sind.

Zudem wurde im Rahmen der Zulässigkeit der Nichtzulassungsbeschwerde unter Fortentwicklung bisheriger Urteile des BSG zur Thematik (BSG, Beschl. v. 30. Dezember 1987, SozR 1500 § 160a Nr.61 und BSG , Beschl. v. 30. Juni 1998, Az. B

8 KN 17/97 B) festgehalten, dass die Verwertung eines unter Verletzung des § 407a ZPO zustande gekommenen Gutachtens nicht nur einen Beweiswürdigungsmangel (i.S.e. Verstoßes gegen § 128 SGG), sondern auch einen **Fehler im Verfahren der Beweisaufnahme** (§ 118 Abs. 1 SGG i.V.m den Vorschriften der ZPO) darstellt. Auf Erstere hätte die Nichtzulassungsbeschwerde wegen § 160 Abs. 2 Nr. 3 Halbsatz 2 SGG nicht gestützt werden können. Eine Verletzung des § 118 SGG hingegen ist auf diesem Wege nach § 160 Abs. 2 Nr. 3 Halbsatz 1 SGG angreifbar.

Würdigung/Kritik:

Das Urteil deckt sich mit vorangegangenen Urteilen des BSG (BSG SozR Nr. 73 zu § 128 SGG; BSG SozR 1500 § 128 Nr. 24). Da es sich um einen sehr krassen Fall handelt, ist der Ertrag für die Grenzziehung erlaubter Übertragung gutachtlicher Vorarbeiten nicht groß. Das BSG vermeidet es auch, über den Fall hinaus Hinweise zu geben. Das ist zu begrüßen, da **jede Begutachtung ihre eigene Struktur und ihren eigenen Kern** hat. So lässt das BSG z.B. durchblicken, dass es selbst eine psychiatrische Begutachtung ohne Gespräch des Gutachters mit dem Probanden in besonders gelagerten Ausnahmefällen nicht für gänzlich ausgeschlossen hält.

Es sollte aber in jedem Fall dokumentiert werden, was der beauftragte Gutachter selbst zu dem Gutachten beigetragen hat; dies entspricht schließlich auch § 407a Abs. 2 Satz 2 ZPO, der vorschreibt, dass der Umfang der Beteiligung von Mitarbeitern an der Begutachtung im Gutachten deutlich zu machen ist. Mit dieser Anforderung beschäftigt sich der nächste in diesem Diskussionsbeitrag zitierte Beschluss des BSG.

Abgesehen von diesen rechtlichen Überlegungen sei angemerkt, dass ein Kontakt mit dem beauftragten Gutachter vor Allem für die in ihrer Bedeutung nicht zu unterschätzende **Akzeptanz des Gutachtens durch den Probanden** sehr wichtig ist.

BSG, Beschl. v. 15.07.2004 – B 9 V 24/03 B

Zentrale Aussagen:

- 1.) Die zentralen Aussagen des oben zitierten Beschlusses in puncto Zulässigkeit der Nichtzulassungsbeschwerde (vgl. oben, 3.)) und Bestehen eines unverzichtbaren, nicht delegierbaren Kerns der Gutachtertätigkeit (vgl. oben, 1.) werden bestätigt.
- 2.) § 407a Abs. 2 Satz 2 ZPO ist keine bloße Formvorschrift, sondern dient dazu, den Beteiligten die Überwachung der Einhaltung der zulässigen Grenzen der zulässigen Mitarbeit zu ermöglichen.
- 3.) Ein unter Verstoß gegen § 407a Abs. 2 Satz 2 ZPO zustande gekommenes Gutachten ist dann unverwertbar, wenn
 - a.) Ein Beteiligter, der ein berechtigtes Interesse an Informationen über Umfang der Aufgabendelegierung und Qualifikation des Mitarbeiters des Sachverständigen hat,
 - b.) Einen Antrag auf Anforderung der entsprechenden Informationen stellt und dieser vom Gericht übergangen wird.

Der Fall:

Im Wesentlichen ging es um die Frage, ob die beim Kläger bestehenden Erkrankungen des Herz-Kreislaufsystems und der Nieren mittelbare Folgen einer während der Ableistung des Kriegsdienstes 1943/44 durchgemachten Erkrankung sind. Streitig war die Gewährung einer Beschädigtenrente nach dem Bundesversorgungsgesetz (BVG) im Rahmen eines Zugunstenverfahrens nach § 44 SGB X.

Das LSG stützte sich in seiner ablehnenden Entscheidung u.a. auf ein medizinisches Aktengutachten. Der Sachverständige hatte sich bei der Erstellung des Gutachtens einer Ärztin bedient, **ohne den Umfang ihrer Mitarbeit und ihre Qualifikation kenntlich zu machen. Anträge des Klägers auf Anforderung der entsprechenden Informationen wurden vom Gericht übergangen.**

Die Entscheidung:

Das BSG hat das Urteil der Vorinstanz aufgehoben. In den Gründen bestätigt es zunächst die Ausführungen im vorzitierten Beschluss über die Zulässigkeit einer Nichtzulassungsbeschwerde, die die Verwertung eines unter Verletzung des § 407a ZPO zustande gekommenen Gutachtens als Verstoß gegen § 118 SGG rügt. Weiterhin spricht das BSG auch hier davon, dass die Gutachtertätigkeit in einem unverzichtbaren Kern, der allerdings nicht weiter präzisiert wird, vom beauftragten Gutachter zu erbringen ist. En passant wird festgehalten, dass ein Urteil auch dann auf der Verwertung des fehlerhaften Gutachtens beruhen kann, wenn sich ein Gericht bei seiner **Entscheidung zwar nicht allein, aber auch auf dieses Gutachten stützt**.

Wesentlicher Kern des Urteils ist aber die **Präzisierung der Bedeutung einer Verletzung von § 407a Abs. 2 Satz 2 ZPO**.

Das BSG stellt heraus, dass die Verpflichtung des Sachverständigen, Namen und Umfang der Tätigkeit einer anderen Person deutlich zu machen, **keine reine Formvorschrift** ist. In ihr wird vielmehr dem berechtigten **Interesse des Klägers** Rechnung getragen, **selbst nachprüfen zu können, ob der Sachverständige den Kern der Begutachtung selbst vorgenommen hat**; auch soll er die Möglichkeit haben gegen Person und Sachkunde der mitwirkenden Person Einwendungen vorzubringen. Unter diesem Gesichtspunkt hat das BSG neben den gesetzlichen Anforderungen auch die Angabe der Qualifikation des Mitarbeiters gefordert.

Regelmäßig werden Name und Qualifikation des Mitarbeiters im Gutachten angegeben und bei körperlichen Untersuchungen **erlebt der Kläger selbst die Mitwirkung**. Es besteht deshalb u.U. kein Interesse an weiterer Aufklärung.

Das ist jedoch **anders bei Aktengutachten** und auch dort, wo die Mitwirkung sich auf Auswertung von Daten und Laboruntersuchungen bezieht und schließlich dort, wo übliche Angaben fehlen. So war es auch hier; der Sachverständige hatte ein Aktengutachten erstellt und nur den Namen der Mitarbeiterin angegeben.

Das **BSG hat diesen unterschiedlichen Gegebenheiten Rechnung getragen**, indem es die Unverwertbarkeit des Gutachtens wegen Fehlens der genannten Angaben auf die Fälle beschränkt, in denen der Einzelne ein Interesse an weiterer Information hat, er also durch das Gutachten und den sonstigen Gang des Verfahrens nicht alle erforderlichen Angaben kennt.

Weitere Voraussetzung der Unverwertbarkeit des Gutachtens ist dann außerdem, dass der Kläger sein Interesse bekundet, indem er bei Gericht die zusätzliche Information beantragt und das Gericht dies zu Unrecht übergeht.

Würdigung/Kritik:

Die Möglichkeit, die Nichtzulassungsbeschwerde auf die Verletzung des § 118 SGG wegen Verwertung eines unter Verstoß gegen § 407a ZPO zustande gekommenen Gutachtens zu stützen, dürfte mit diesem Beschluss als **gefestigte Rechtsprechung** gelten.

Worin der unverzichtbare und somit nicht delegierbare Kern der Gutachtertätigkeit besteht, wurde weiter offengelassen, eine Klarstellung war durch den Fall aber auch nicht veranlasst.

Die Präzisierung der Anforderungen an die Unverwertbarkeit eines Gutachtens bei Verstoß gegen § 407a Abs. 2 Satz 2 ZPO ist zu begrüßen.

Dem Erfordernis eines vom Gericht übergangenen ausdrücklichen Antrags auf Offenlegung des Umfangs der Delegation müsste unseres Erachtens eine entsprechende **Hinweispflicht des Gerichts** (§§ 106 Abs. 1 SGG, 112 Abs. 2 Satz 2 SGG) zumindest gegenüber nicht rechtskundigen oder nicht rechtskundig beratenen Beteiligten korrespondieren, **wenn ein Interesse des Klägers deutlich wird**.

Nach **§ 106 Abs. 1 SGG** hat der Vorsitzende auf die Stellung sachdienlicher Anträge hinzuwirken. § 112 Abs. 2 Satz 2 SGG macht deutlich, dass diese Pflicht auch in der mündlichen Verhandlung besteht. Sie beschränkt sich nicht auf Klageanträge, sondern **umfasst auch sonstige Anträge**¹. Die Hinweispflicht ist gegenüber Rechtskundigen oder rechtskundig Beratenen geringer, entfällt aber keineswegs ganz. Rechtsberatung ist natürlich nicht die Aufgabe des Gerichts. Es hat aber dafür Sorge zu tragen, **dass die Verwirklichung eines bestehenden Anspruchs nicht an Unerfahrenheit oder mangelnder Rechtskenntnis eines Beteiligten scheitert**².

Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass unerfahrene Beteiligte einen ausdrücklichen Antrag nicht stellen würden, selbst wenn sie das Gutachten wegen mangelnder Offenlegung im Verfahren kritisieren. Trotz berechtigter Kritik dürfte das Gutachten dann verwertet werden, was zu einer Vereitelung eines eigentlich

¹ Roller in Binder u.a., Handkommentar Sozialgerichtsgesetz, 1. Auflage, 2003, § 106 Rz. 6.

² Meyer-Ladewig, Kommentar zum Sozialgerichtsgesetz, 7. Auflage, 2002, § 106 Rz. 2.

bestehenden Anspruchs führen kann. Dies ist genau die Situation, die das Gericht nach § 106 Abs. 1 SGG durch entsprechenden Hinweis zu verhindern gehalten ist.

Fazit/Diskussionsgrundlage:

- 1.) Der beauftragte Gutachter darf den unverzichtbaren Kern seiner Gutachtertätigkeit, der sich aus den Umständen des Einzelfalls ergibt, nicht an Mitarbeiter delegieren.
- 2.) Bei Gutachten auf Grund persönlicher Untersuchung, insbesondere bei psychiatrischen Gutachten, besteht dieser Kern regelmäßig in einer persönlichen Begegnung unter Einschluss eines explorierenden Gesprächs.
- 3.) Die Verwertung von Gutachten, die unter Verstoß gegen § 407a Abs. 2 ZPO zustande gekommen sind, kann als Verfahrensfehler nach § 160 Abs. 2 Nr. 3 Halbsatz 1 SGG im Rahmen der Nichtzulassungsbeschwerde angegriffen werden.
- 4.) Gutachten, die entgegen § 407a Abs. 2 Satz 2 ZPO Umfang der Mitarbeit und Qualifikation des Mitarbeiters nicht erkennen lassen, sind dann unverwertbar, wenn
 - a.) einem Beteiligten nicht alle erforderlichen Angaben vorliegen und er deshalb ein berechtigtes Interesse an diesen Angaben hat,
 - b.) er einen Antrag auf Anforderung der entsprechenden Informationen stellt, welcher vom Gericht übergangen wird.
- 5.) Nach hiesiger Auffassung müsste in diesem Fall die Obliegenheit eines Antrags auf Anforderung entsprechender Informationen mit einer entsprechenden Hinweispflicht des Gerichts korrespondieren, wo ein Interesse des Klägers deutlich wird.

Ihre Meinung zu diesem Diskussionsbeitrag ist von großem Interesse für uns. Wir freuen uns auf Ihren Beitrag.