



## Diskussionsforum Teilhabe und Prävention

Herausgegeben von:

**Dr. Alexander Gagel & Dr. Hans-Martin Schian**

in Kooperation mit:

**Prof. Dr. Wolfhard Kohte**

Martin-Luther-Universität  
Halle-Wittenberg

**Prof. Dr. Ulrich Preis**

Institut für Deutsches und  
Europäisches Sozialrecht,  
Universität zu Köln

**Prof. Dr. Felix Welti**

Hochschule Neubrandenburg

Februar 2009

### Forum C

Gutachten und Assessment  
– Diskussionsbeitrag Nr. 2/2009 –

## Beweisverwertungsverbot wenn gesetzlich vorgeschriebener Hinweis auf ein Widerspruchsrecht gegen die Weitergabe gutachterlich erhobener Daten unterlassen wurde

*von Dr. Alexander Gagel*

Zu berichten ist hier über eine Entscheidung des BSG (Urt. v. 05.02.2008 – B 2 U 8/07 R -) die zu § 200 Abs. 2 SGB VII ergangen ist, jedoch für entsprechende allgemeine datenschutzrechtliche Regelungen ebenfalls heranzuziehen ist.

**§ 200 Abs. 2 SGB VII** lautet:

*Vor Erteilung eines Gutachtenauftrages soll der Unfallversicherungsträger dem Versicherten mehrere Gutachter zur Auswahl benennen; der Betroffene ist auf sein Widerspruchsrecht nach § 76 Abs.2 SGB X hinzuweisen und über den Zweck des Gutachtens zu informieren.*

**§ 76 SGB X** lautet soweit hier von Interesse:

Die Übermittlung von Sozialdaten, die einer in § 35 SGB I genannten Stelle von einem Arzt oder .... zugänglich gemacht worden sind, ist nur unter den Voraussetzungen zulässig unter denen diese Person selbst übermittlungsbefugt wäre.

*Absatz 1 gilt nicht.... für Sozialdaten, die im Zusammenhang mit einer Begutachtung wegen der Erbringung von Sozialleistungen oder wegen Ausstellung von Bescheinigungen übermittelt worden sind, es sei denn, dass der Betroffene der Übermittlung widerspricht; der Betroffene ist von der verantwortlichen Stelle zu Beginn des Verfahrens in allgemeiner Form schriftlich auf das Widerspruchsrecht hinzuweisen.*

.....

Der 2. Senat des BSG hat zu § 200 Abs.2 SGB VII entschieden, dass ein Verfahrensfehler vorliegt, der zum Verbot der Gutachtensverwertung führt, wenn es der Träger unterlassen hat, den Betroffenen auf sein Widerspruchsrecht hinzuweisen; diese Entscheidung ist auch auf die allgemeinen Regelungen in § 76 SGB X anzuwenden.

## Unsere These

**Versäumt der zuständige Träger, den Antragsteller vor Einholung eines Gutachtens auf sein Widerspruchsrecht aus § 76 Abs. 2 Nr. 2 SGB X hinzuweisen, kann dieses Gutachten nicht ohne ausdrückliche Einwilligung des Betroffenen den Entscheidungen zugrunde gelegt werden.**

Dr. Alexander Gagel  
Anja Hillmann  
Dr. Hans-Martin Schian

Wir möchten Sie auch auf die Sammlung aller bisher erschienenen Diskussionsbeiträge im Internet unter [www.iqpr.de](http://www.iqpr.de) aufmerksam machen und Sie herzlich einladen sich an der Diskussion durch eigene Beiträge und Stellungnahmen zu beteiligen.

## BSG, Urt. v. 05.02.2008 – B 2 U 8/07 R –

### I. Wesentliche Aussagen

- 1. Ein Gutachten, das erstellt wurde, ohne dass der Betroffene auf ein gesetzlich festgelegtes Auswahl oder Widerspruchsrecht hingewiesen wurde, kann im gerichtlichen Verfahren nicht zugrunde gelegt werden, wenn der Betroffene widerspricht.**
- 2. Um ein „Gutachten“ handelt es sich nur, wenn eine umfassende wissenschaftliche Untersuchung und Beurteilung erfolgt ist.**

### II. Der Fall

Der Kläger (geb. 1960) erlitt am 09.04.1994 auf der Baustelle einen Arbeitsunfall; ihn traf ein Teil einer zerbrechenden Bohle am Kopf. In der Folgezeit litt er dauerhaft an Kopfschmerzen und Schwindel. Die beklagte Berufsgenossenschaft (BG) stellte mit Bescheid vom 06.11.1995 fest, dass keine unfallbedingte Arbeitsunfähigkeit mehr bestehe, Berufs fördernde Maßnahmen nicht erforderlich seien und kein Anspruch auf Unfallrente bestehe. Widerspruchs- und Klageverfahren hatten keinen Erfolg. Das Landessozialgericht (LSG) hat die Klage abgewiesen. Dabei hat sich das LSG u. a. auf ein **Gutachten** gestützt, das die **Beklagte zur Untermauerung ihres Standpunkts** eingeholt und **in das Gerichtsverfahren eingeführt** hatte. **Der Kläger widersprach der Verwertung** des Gutachtens, weil ihm – entgegen § 200 Abs. 2 SGB VII – nicht mehrere Gutachter zur Auswahl benannt worden seien und ihm **kein Hinweis auf sein Widerspruchsrecht** aus § 76 Abs. 2 SGB X (betr. Datenweitergabe) erteilt worden sei.

### III. Die Entscheidung

Das BSG hat das Urteil des LSG aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückverwiesen. Es hat die Rüge des Klägers als berechtigt

angesehen; **§ 200 Abs. 2 SGB VII** gelte **auch bei Einreichung von Gutachten im Gerichtsverfahren**. Die Verletzung der Pflicht auf das Widerspruchsrecht nach § 76 Abs. 2 SGB X hinzuweisen führe zu einem **Beweisverwertungsverbot**. Das LSG habe sich indes (u.a.) auf das von der Beklagten eingereichte Gutachten gestützt. Es habe sich auch um ein Gutachten gehandelt. Zwar sei nicht jede ärztliche **Stellungnahme als Gutachten anzusehen**. Diese Bezeichnung sei umfassenden, wissenschaftlichen Untersuchungen und Aussagen zu dem anstehenden Fall vorbehalten. Diese Voraussetzungen seien aber gegeben gewesen. Eine Weitergabe von Gutachten, denen – wie hier – besonders schutzwürdige Sozialdaten zugrunde liegen, sei durch **§ 76 SGB X** eingeschränkt.

Absatz 1 dieser Vorschrift bewirke eine **Verlängerung der ärztlichen Schweigepflicht** in das Verfahren hinein mit der Folge, dass in der Regel dies nur mit Einwilligung des Betroffenen zulässig sei. Hiervon werde zwar in Absatz 2 Ziffer 1 eine Ausnahme gemacht für **Sozialdaten, die im Zusammenhang mit einer Begutachtung** wegen der Erbringung von Sozialleistungen übermittelt worden seien. Dies gelte aber nicht, wenn der Betroffene widerspreche. Auf dieses **Widerspruchsrecht** muss er hingewiesen werden. Dies gelte sowohl nach § 200 Abs. 2 SGB VII als auch nach der allgemeinen Regelung in § 76 Abs. 2 Ziff. 1 SGB X. Der Datenschutz gelte gleichermaßen für **im Gerichtsverfahren eingeholte Gutachten**; denn das Gerichtsverfahren sei kein von dem Recht zur informationellen Selbstbestimmung ausgenommener rechtsfreier Raum. Dies wird im Einzelnen unter Abarbeitung der Einwände der Beklagten noch näher begründet (Wortlaut, Gesetzesgeschichte, Zweck, Systematik, keine Verletzung des rechtlichen Gehörs, Waffen- und Chancengleichheit). Das **Recht zur informationellen Selbstbestimmung** sei durch Verwertung des Gutachtens ohne Hinweis auf das Widerspruchsrecht verletzt worden; dies führe zu einem Beweisverwertungsverbot. Derartige Grenzen der Beweisverwertung seien zwar in den Gerichtsverfahrensgesetzen nicht geregelt, wohl aber in der Rechtsprechung allgemein anerkannt. Allerdings ziehe nicht jeder Verstoß bei der Beweiserhebung ein Verwertungsverbot nach sich. Es sei vielmehr eine **Güterabwägung zwischen der Rechtsverletzung und dem im Streit stehenden Recht** erforderlich. Hier spreche entscheidend für ein Beweisverwertungsverbot, dass ein **verfassungsrechtlich geschütztes Recht verletzt** worden sei. Die Verletzung könne **nur dadurch geheilt** werden, **dass das Gutachten den Akten entnommen** und keinen weiteren Entscheidungen zugrunde gelegt werde.

Auf die weitere Rüge, die Beklagte habe dem Kläger nicht mehrere Ärzte zur Auswahl benannt, geht das BSG nicht näher ein, da dies für die Entscheidung nicht mehr erforderlich erschien.

#### **IV. Würdigung/Kritik**

Es ist sehr zu begrüßen, dass das BSG mit diesem Urteil **das informationelle Selbstbestimmungsrecht** in Bezug auf sensible Sozialdaten **konsequent umsetzt**. Es gibt den dieser Sicherung dienenden Hinweispflichten in § 200 Abs. 2 SGB VII und § 76 SGB X konkrete Gestalt und Durchsetzungskraft. Zugleich räumt es mit zahlreichen in der Praxis erörterten Vorschlägen, dieses Recht vor allem in Gerichtsverfahren einzuschränken auf. Auf die Einzelheiten der Begründung kann hier verwiesen werden.

## V. Benennung mehrerer Ärzte zur Auswahl

Leider bestand für das Gericht keine Notwendigkeit auf die in § 200 Abs. 2 SGB VII – und auch in § 14 Abs. 5 Satz 3 SGB IX - geregelte Verpflichtung einzugehen, dem Betroffenen mehrere **Gutachter zur Auswahl** vorzuschlagen. Insoweit deutet das Gericht lediglich a, dass auch insoweit ein Verfahrensverstöß festzustellen ist, und dass die für ein Verwertungsverbot erforderliche Güterabwägung hier möglicherweise anders ausfallen könnt. Die **Rechtsposition** des Betroffenen sei gegenüber derjenigen beim Widerspruchsrecht **erheblich schwächer**. Dabei sei zu berücksichtigen, dass der Betroffene sich zwar zu den Gutachtern äußern und auch Gegenvorschläge machen könne, der **Träger dem aber nicht folgen müsse**.

**Diese Aussage kann so aber nicht hingenommen werden**. Sie ist u. U. missverständlich. An die unter den benannten Gutachtern getroffene Auswahl muss sich der Träger grundsätzlich halten, weil **andernfalls das Auswahlrecht nur eine Anhörung wäre ohne eigentliche Rechtsfolgen**. Von einer derartigen Reduzierung steht aber nichts im Gesetz. Auch der **eigene Vorschlag des Versicherten** kann nicht willkürlich abgelehnt werden. Für die Güterabwägung ist zunächst einmal der Sinn der Regelung deutlich zu machen. Sie berührt zwei Aspekte, zum einen die **Befindlichkeit in Bezug auf die Objektivität des Verfahrens** und zum Zweiten den **Schutz der Selbstbestimmung** in Bezug darauf, wem ich meine persönliche Situation anvertraue und offen lege. Der letztgenannte Gedanke liegt auch dem Recht auf freie Arztwahl zugrunde. Dieses Auswahlrecht kann zwar bei Begutachtungen nur begrenzt gesichert werden. Die **Auswahlrechte sind aber das Minimum, das dabei zu beachten ist**.

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