
S 9 SB 124/17

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht	Bundessozialgericht
Sachgebiet	Schwerbehindertenrecht
Abteilung	-
Kategorie	Urteil
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	Sozialgerichtliches Verfahren – Begutachtung von Amts wegen – Recht auf Anwesenheit einer Vertrauensperson bei der Untersuchung – Beschränkung bei Erschwerung oder Behinderung einer effektiven und geordneten Beweiserhebung – Entscheidungskompetenz des Gerichts – erforderliche Abwägung – fachliche Gründe nach aktuellem wissenschaftlichem Erkenntnisstand – Handlungsfreiheit – allgemeines Persönlichkeitsrecht – Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – Mitwirkungslast – Vereitelung einer Amtsbegutachtung – Pflicht des Gerichts zur Vornahme der noch möglichen Ermittlungen – Anhörung eines bestimmten Arztes – kein von vornherein unterschiedlicher Beweiswert von Amtsgutachten nach § 103 SGG und Arztgutachten nach § 109 SGG – keine Beweislastumkehr – Beweiserleichterung zugunsten der Behörde – Zurückverweisung
Leitsätze	1. Den Beteiligten steht es grundsätzlich frei, eine Vertrauensperson zu einer gerichtlich angeordneten gutachterlichen Untersuchung mitzunehmen, sofern deren Anwesenheit eine geordnete und effektive Beweiserhebung nicht objektiv erschwert oder verhindert. 2. Die Entscheidung über die Anwesenheit eines Dritten während einer gerichtlich angeordneten gutachterlichen

	Untersuchung liegt im Streitfall allein in der Kompetenz des Gerichts.
	3. Mangelnde Mitwirkung eines Beteiligten entbindet das Gericht nicht von der Pflicht, die noch möglichen Ermittlungen anzustellen.
	4. Ein Antrag auf Anhörung eines bestimmten Arztes ist nicht allein deshalb als rechtsmissbräuchlich abzulehnen, weil eine Begutachtung von Amts wegen nicht zustande gekommen ist.
Normenkette	ZPO § 404a Abs 1 ; ZPO § 404a Abs 4 ; ZPO § 404 Abs 1 S 1 ; ZPO § 444 ; SGG § 118 Abs 1 S 1 ; SGG § 73 Abs 2 S 2 Nr 2 ; SGG § 73 Abs 7 S 3 ; SGG § 103 S 1 Halbs 1 ; SGG § 103 S 1 Halbs 2 ; SGG § 103 S 2 ; SGG § 109 Abs 1 S 1 ; SGG § 109 Abs 1 S 2 ; SGG § 128 Abs 1 S 1 ; SGG § 170 Abs 2 S 2 ; SGB IX § 69 Abs 1 S 1 ; SGB IX § 69 Abs 3 S 1 ; SGB IX § 152 Abs 1 S 1 J; 2018; SGB X § 48 Abs 1 S 1 ; VersMedV § 2 ; VersMedV Einzelanlage Teil A Nr 7 Buchst b; VersMedV Einzelanlage Teil A Nr 7 Buchst h; BGB § 242 ; GG Art 1 Abs 1 ; GG Art 2 Abs 1 ; GG Art 20 Abs 3 ; MRK Art 6 Abs 1 S 1
1. Instanz	
Aktenzeichen	S 9 SB 124/17
Datum	17.12.2018
2. Instanz	
Aktenzeichen	L 13 SB 4/19
Datum	11.12.2019
3. Instanz	
Datum	27.10.2022

Ä

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen vom 11. Dezember 2019 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an dieses Gericht zurückverwiesen.

Â

GrÃ¼nde :

I

Â

1

Der KlÃ¤ger wendet sich gegen die Herabsetzung des Grads der Behinderung (GdB) von 50 auf 30.

Â

2

Dem 1958 geborenen KlÃ¤ger wurde im Juni 2011 ein Tumor der rechten Schulter operativ entfernt. Der Beklagte stellte ausgehend von der FunktionsbeeintrÃ¤chtigung âSchulterblattteilentfernung mit BewegungseinschrÃ¤nkung der Schulter im Stadium der HeilungsbewÃ¤hrungâ einen GdB von 50 ab Juli 2011 fest (*Bescheid vom 24.5.2013*). Nach AnhÃ¶rung des KlÃ¤gers setzte der Beklagte den GdB mit Wirkung ab 1.11.2016 auf 20 herab, weil die vorgesehene Zeit der HeilungsbewÃ¤hrung abgelaufen sei und der GdB nur noch nach der tatsÃ¤chlich bestehenden FunktionsbeeintrÃ¤chtigung âSchulterblattteilentfernung mit BewegungseinschrÃ¤nkung der Schulter rechtsâ zu beurteilen sei. Weitere FunktionsbeeintrÃ¤chtigungen und GesundheitsstÃ¶rungen wirkten sich nicht aus oder seien fÃ¼r die Bildung des GdB ohne Bedeutung (*Bescheid vom 19.10.2016*). Auf den Widerspruch des KlÃ¤gers berÃ¼cksichtigte der Beklagte als weitere FunktionsbeeintrÃ¤chtigung eine âFunktionseinschrÃ¤nkung der WirbelsÃ¤uleâ mit einem Einzel-GdB von 20 und setzte den GdB ab 1.11.2016 auf 30 fest (*Teilabhilfebescheid vom 24.2.2017*). Im Ãbrigen wies er den Widerspruch zurÃ¼ck (*Widerspruchsbescheid vom 14.3.2017*).

Â

3

Mit seiner Klage hat der KlÃ¤ger FunktionsbeeintrÃ¤chtigungen auf orthopÃ¤dischem, HNO-Ã¤rztlichem sowie augenÃ¤rztlichem Fachgebiet geltend gemacht und sich auf ein von ihm bereits im Vorverfahren vorgelegtes Privatgutachten von R berufen, wonach der Gesamt-GdB mindestens 50 betrage. Das SG hat den OrthopÃ¤den G mit der Erstellung eines SachverstÃ¤ndigengutachtens beauftragt (*Beweisanordnung vom 27.9.2017*). Zur gutachterlichen Untersuchung ist der KlÃ¤ger in Begleitung seiner Tochter erschienen und hat auf deren Anwesenheit im Rahmen der Anamneseerhebung und der Untersuchung bestanden. Daraufhin hat G die Entpflichtung als

Sachverständiger beantragt. Die Anwesenheit Dritter in gutachtlichen Untersuchungen stößt bei ihm prinzipiell auf erhebliche Bedenken, weil die Erhebung objektiver Befunde dadurch erschwert werde. Das SG hat die Beweisanordnung geändert und den Orthopäden C zum neuen Sachverständigen ernannt (*Beschluss vom 10.4.2018*). Zur Begutachtung ist der Kläger in Begleitung seines Sohnes erschienen und hat auf dessen Anwesenheit bestanden. C hat die Untersuchung abgelehnt, weil durch die Anwesenheit einer Vertrauensperson eine „Zeugenungleichheit“ entstehe. Nachdem der Kläger bekräftigt hat, mit keiner Begutachtung ohne Anwesenheit einer Vertrauensperson einverstanden zu sein, hat das SG die Beweisanordnung aufgehoben und die Klage abgewiesen. Aufgrund der abgelaufenen Heilungsbewährung sei eine wesentliche Änderung in den entscheidungserheblichen Verhältnissen eingetreten. Ein höherer GdB als 30 sei zum Zeitpunkt der Bekanntgabe des Widerspruchsbescheids nach den vorliegenden medizinischen Unterlagen nicht gerechtfertigt. Weitere Ermittlungen seien nicht zu veranlassen, weil der Kläger an der vom Gericht angeordneten Beweiserhebung nicht mitgewirkt habe, obwohl dies auch in Abwesenheit einer Vertrauensperson für ihn zumutbar gewesen sei. Ein Gutachten nach Lage der Akten sei nicht zielführend (*Gerichtsbescheid vom 17.12.2018*).

Ä

4

Das LSG hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen und ausgeführt, der Beklagte habe den Gesamt-GdB nach Eintritt der Heilungsbewährung auf der vorliegenden Erkenntnisgrundlage nicht mit mehr als 30 feststellen können. Die verbleibenden Zweifel aufgrund der bislang nicht ausreichenden medizinischen Ermittlungen gingen in der Anfechtungssituation zwar grundsätzlich zulasten des sich auf eine wesentliche Änderung der Verhältnisse berufenden Beklagten. Hier sei aber eine Umkehr der Beweislast eingetreten, weil der Kläger die weitere Aufklärung des Sachverhalts vereitelt habe. Er habe keinen Anspruch auf die Anwesenheit seiner Tochter oder seines Sohnes während der gutachterlichen Untersuchung. Deren Gestaltung und damit die Beurteilung, ob die Unverfälschtheit der Untersuchungssituation durch die Anwesenheit einer Vertrauensperson gefährdet werde, unterliege der Fachkompetenz der Sachverständigen. Der vom Kläger gestellte Antrag nach [§ 109 SGG](#) auf Begutachtung durch den von ihm benannten Orthopäden sei angesichts der Vereitelung der von Amts wegen in Auftrag gegebenen Sachverständigengutachten als rechtsmissbräuchlich abzulehnen (*Urteil vom 11.12.2019*).

Ä

5

Mit seiner Revision rügt der Kläger eine fehlende angemessene medizinische Sachaufklärung. Aus Gründen des fairen Verfahrens (*Art 2 Abs 1, Art 20*

AbsÂ 3 GG und ArtÂ 6 AbsÂ 1 SatzÂ 1 EMRK) mÃ¼sse es ihm grundsÃ¤tzlich erlaubt sein, eine Vertrauensperson an der Untersuchung, der Anamnese und den Unterredungen mit dem SachverstÃ¤ndigen teilnehmen zu lassen. Durch die Anwesenheit einer Vertrauensperson (Tochter oder Sohn) habe er die fÃ¼r ihn hÃ¶chst unangenehme Begutachtung ertrÃ¤glicher gestalten und dem GefÃ¼hl entgegenwirken wollen, dem SachverstÃ¤ndigen ausgeliefert zu sein. Er sei auch bereit gewesen, die Anwesenheit einer Vertrauensperson des SachverstÃ¤ndigen (zB einer Hilfsperson) oder eines Vertreters des Beklagten zu akzeptieren. Anders als bei einer psychiatrischen bestehe bei einer orthopÃ¤disch-chirurgischen Begutachtung kein genereller Grund, die Anwesenheit einer sich still und unauffÃ¤llig verhaltenden Vertrauensperson abzulehnen.

Â

6

Der KlÃ¤ger beantragt,
das Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen vom 11.12.2019 und den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts OsnabrÃ¼ck vom 17.12.2018 sowie den Bescheid des Beklagten vom 19.10.2016 in der Fassung des Teilabhilfebescheids vom 24.2.2017 und in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 14.3.2017 aufzuheben.

Â

7

Der Beklagte beantragt,
die Revision zurÃ¼ckzuweisen.

Â

8

Er verteidigt das angegriffene Urteil und hÃ¤lt die Revision fÃ¼r nicht ausreichend begrÃ¼ndet.

Â

II

Â

9

Die Revision des KlÃ¤gers ist zulÃ¤ssig und im Sinne der Aufhebung des Berufungsurteils und ZurÃ¼ckverweisung der Sache an das LSG zur erneuten Verhandlung und Entscheidung begrÃ¼ndet ([Â§Â 170 AbsÂ 2 SatzÂ 2 SGG](#)).

Ä

10

A. Gegenstand des Revisionsverfahrens ist das Urteil des LSG, mit dem es die Berufung gegen den die Klage abweisenden Gerichtsbescheid des SG vom 17.12.2018 zur¹/₄ckgewiesen und die Herabsetzung des GdB des Kl²ßgers auf 30 durch den Bescheid des Beklagten vom 19.10.2016 in der Fassung des Teilabhilfebescheids vom 24.2.2017 und in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 14.3.2017 ([Ä§Ä 95 SGG](#)) f³¼r rechtm⁴ßig befunden hat.

Ä

11

B. Die Revision des Kl²ßgers ist zul⁵ßsig. Die Revisionsbegr⁶¼ndung gen⁷¼gt den Anforderungen des [Ä§Ä 164 AbsÄ 2 SatzÄ 3 SGG](#). Danach muss die Begr⁸¼ndung einen bestimmten Antrag enthalten, die verletzte Rechtsnorm und, soweit Verfahrensm⁹ßngel ger¹⁰¼gt werden, die Tatsachen bezeichnen, die den Mangel ergeben. Sie ist nicht an den strengen formalen Anforderungen des [Ä§Ä 160a AbsÄ 2 SatzÄ 3 SGG](#) zu messen, die das BSG in Bezug auf die Begr¹¹¼ndung einer Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision entwickelt hat (*stRspr*; zB *BSG Urteil vom 14.11.2013* â¹²Ä [BÄ 9Ä SB 5/12Ä RÄ](#) â¹³Ä [BSGE 115, 18](#) = *SozR 4-1300 Ä§Ä 13 NrÄ 1, RdNrÄ 22Ä f*; s zu diesen Anforderungen zB *BSG Beschluss vom 20.5.2022* â¹⁴Ä [BÄ 10Ä ÄG 1/22Ä BÄ](#) â¹⁵Ä *juris RdNrÄ 4Ä ff*). Hierauf jedoch bezieht sich der ¹⁶¼berwiegende Teil der Revisionserwiderung des Beklagten.

Ä

12

Die Anforderungen an die R¹⁷¼ge einer Verletzung des Amtsermittlungsgrundsatzes werden mit der Revisionsbegr¹⁸¼ndung noch erf¹⁹¼llt, obwohl diese keine ausdr²⁰¼ckliche Angabe der aus Sicht des Kl²ßgers verletzten Rechtsnormen enth²¹ßlt. Jedoch gen²²¼gt es, wenn sich â²³Ä wie im vorliegenden FallÄ â²⁴Ä die Bestimmung aus dem Sinnzusammenhang der Revisionsbegr²⁵¼ndung ergibt (*stRspr*; zB *BSG Urteil vom 30.9.2021* â²⁶Ä [BÄ 9Ä V 3/21Ä RÄ](#) â²⁷Ä *SozR 4-1500 Ä§Ä 164 NrÄ 10 RdNrÄ 34 mwN*). Mit dem Vorbringen, dass eine angemessene medizinische Sachaufkl²⁸ßrung nicht erfolgt sei, weil die entsprechenden Begutachtungen nicht durchgef²⁹¼hrt worden seien, r³⁰¼gt der Kl²ßger sinngem³¹ßÄ einen Verstoß des LSG gegen [Ä§Ä 103 SGG](#). Die weiteren Anforderungen an die R³²¼ge eines Verfahrensmangels (*vgl hierzu BSG Urteil vom 30.9.2021* â³³Ä [BÄ 9Ä V 3/21Ä RÄ](#) â³⁴Ä *SozR 4-1500 Ä§Ä 164 NrÄ 10 RdNrÄ 33Ä ff*; zu den Anforderungen an die Revisionsbegr³⁵¼ndung bei Sachr³⁶¼gen *BSG Beschluss vom 13.6.2018* â³⁷Ä [GS 1/17Ä](#) â³⁸Ä [BSGE 127, 133](#) = *SozR 4-1500 Ä§Ä 164 NrÄ 9, RdNrÄ 33Ä ff*) werden erf³⁹¼llt. Die Revisionsbegr⁴⁰¼ndung enth⁴¹ßlt neben einem bestimmten Antrag die Schilderung des entscheidungserheblichen Sachverhalts, die Darlegung der Rechtsauffassung des LSG und eine substantiierte

Auseinandersetzung hiermit sowie Ausführungen dazu, warum das angefochtene LSG-Urteil auf dem gerügten Mangel beruhen kann.

Ä

13

C.Ä Die Revision des Klägers ist im Sinne einer Aufhebung des Urteils des LSG und Zurückverweisung des Rechtsstreits begründet.

Ä

14

Der Kläger verfolgt den geltend gemachten Anspruch zulässigerweise mit einer isolierten Anfechtungsklage ([ÄS 54 Abs 1 Satz 1 Alt 1 SGG](#)), deren Erfolg den zuvor mit Bescheid vom 24.5.2013 festgestellten GdB von 50 wieder aufleben ließe.

Ä

15

Ob der Beklagte berechtigt war, mit den angefochtenen Bescheiden den GdB auf 30 herabzusetzen (*zu den Voraussetzungen unter 1*), kann der Senat nicht abschließend entscheiden. Die vom Kläger gerügte Verletzung des Amtsermittlungsgrundsatzes ([ÄS 103 SGG](#)) liegt vor, worauf das angegriffene Urteil beruht. Das LSG hätte die Berufung des Klägers nicht ohne weitere Erforschung des Sachverhalts zurückweisen dürfen (*hierzu unter 2*).

Ä

16

1.Ä Rechtsgrundlage für die Herabsetzung des GdB des Klägers, die der Beklagte mit den angefochtenen Bescheiden vorgenommen hat, ist [ÄS 48 Abs 1 Satz 1 SGB X](#). Danach ist ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung â hierunter fallen auch solche über die Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft (*BSG Urteil vom 11.8.2015 â B 9 SB 2/15 R â SozR 4-1300 ÄS 48 Nr 31 RdNr 13 mwN*) â mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben, soweit in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, die bei seinem Erlass â dies ist der Zeitpunkt der Bekanntgabe des Verwaltungsakts an den Adressaten ([ÄS 37, 39 Abs 1 SGB X](#); *BSG Urteil vom 21.10.2021 â B 5 R 28/21 R â BSGE 133, 64 = SozR 4-2600 ÄS 56 Nr 11, RdNr 13*; *BSG Urteil vom 1.6.2006 â B 7a AL 76/05 R â BSGE 96, 285 = SozR 4-4300 ÄS 122 Nr 4, RdNr 13*; *BSG Urteil vom 14.3.1996 â 7 RAR 84/94 â juris RdNr 20*; *BSG Urteil vom 25.1.1994 â 7 RAR 14/93 â BSGE 74, 20 = SozR 3-1300 ÄS 48 Nr 32 â juris RdNr 19*) â vorgelegen haben, eine wesentliche Änderung

eingetreten ist. Entscheidungserheblich ist der Zeitpunkt der Bekanntgabe des Widerspruchsbescheids als letzte maßgebliche Verwaltungsentscheidung (*BSG Urteil vom 16.12.2021* â [BÂ 9Â SB 6/19Â RÂ](#) â *SozR 4-1300 Â§Â 48 NrÂ 40 â juris RdNrÂ 36*; *BSG Urteil vom 12.10.2018* â [BÂ 9Â SB 1/17Â RÂ](#) â *SozR 4-1200 Â§Â 66 NrÂ 8 RdNrÂ 14*).

Â

17

Beruhet die HÃ¶he des GdB â wie im Bescheid des Beklagten vom 24.5.2013 â auf einer Erkrankung, fÃ¼r die ein (pauschal) erhÃ¶hter GdB-Wert wÃ¤hrend des Zeitraums der HeilungsbewÃ¤hrung angesetzt worden ist, Ã¤ndert allein das Verstreichen dieses Zeitraums die wesentlichen, dh rechtserheblichen tatsÃ¤chlichen VerhÃ¤ltnisse, die der Feststellung des GdB zugrunde lagen (*TeilÂ A NrÂ 7 BuchstÂ b Anlage zu Â§Â 2 Versorgungsmedizin-Verordnung* â *Versorgungsmedizinische GrundsÃtze* , hier idF durch das *Bundesteilhabegesetz vom 23.12.2016*, [BGBl I 3234](#); *BSG Urteil vom 11.8.2015* â [BÂ 9Â SB 2/15Â RÂ](#) â *SozR 4-1300 Â§Â 48 NrÂ 31 RdNrÂ 15*).

Â

18

FÃ¼r die Zeit nach Ablauf der HeilungsbewÃ¤hrung ist der GdB nach den konkreten Auswirkungen der vorliegenden GesundheitsstÃ¶rungen zu bemessen (*vgl TeilÂ A NrÂ 2 BuchstÂ h AnlageÂ VersMedV*; *BSG Urteil vom 11.8.2015* â [BÂ 9Â SB 2/15Â RÂ](#) â *SozR 4-1300 Â§Â 48 NrÂ 31 RdNrÂ 15*; *BSG Beschluss vom 9.12.2010* â [BÂ 9Â SB 35/10Â BÂ](#) â *juris RdNrÂ 7*). Dazu ist der GdB gemÃÂ§Â 69 AbsÂ 3 SatzÂ 1 SGBÂ IX in seiner hier noch maÃgeblichen, bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung des Gesetzes vom 19.6.2001 (*BGBl I 1046*; seit 1.1.2018 [Â§Â 152 AbsÂ 3 SatzÂ 1 SGBÂ IX](#) idF des Gesetzes vom 23.12.2016, [BGBl I 3234](#)) nach den Auswirkungen der BeeintrÃ¤chtigungen in ihrer Gesamtheit unter BerÃ¼cksichtigung ihrer wechselseitigen Beziehungen festzustellen (*vgl BSG Urteil vom 16.12.2021* â [BÂ 9Â SB 6/19Â RÂ](#) â *SozR 4-1300 Â§Â 48 NrÂ 40 â juris RdNrÂ 37 mwN*). Dabei sind die MaÃstÃ¤be der Anlage VersMedV entsprechend heranzuziehen (*vgl Â§Â 159 AbsÂ 7 SGB IX idF des Gesetzes vom 7.1.2015*, [BGBl II 15](#)). Die Bemessung des GdB ist grundsÃ¤tzlich tatrichterliche Aufgabe. Hierzu mÃ¼ssen die Tatsachengerichte (SG und LSG) bei der Feststellung der einzelnen nicht nur vorÃ¼bergehenden GesundheitsstÃ¶rungen in der Regel Ã¤rztliches Fachwissen heranziehen (*stRspr*; *zB BSG Urteil vom 16.12.2021* â [BÂ 9Â SB 6/19Â RÂ](#) â *SozR 4-1300 Â§Â 48 NrÂ 40 â juris RdNrÂ 37Â f mwN*).

Â

19

2.Â Die vom LSG getroffenen tatsÃ¤chlichen Feststellungen zu den beim KlÃ¤ger

vorliegenden Gesundheitsstörungen und den hiermit verbundenen Auswirkungen auf die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft sind zur Bemessung des GdB nicht ausreichend. Durch den Verzicht auf eine weitere Sachverhaltsaufklärung hat das LSG gegen den Amtsermittlungsgrundsatz ([Â§ 103 SGG](#)) verstoßen, worauf das angegriffene Urteil beruht.

Â

20

Nach [Â§ 103 Satz 1 SGG](#) erforscht das Gericht den Sachverhalt von Amts wegen; die Beteiligten sind dabei heranzuziehen. Das Ausmaß der Aufklärung und die Wahl der Beweismittel steht im pflichtgemässen Ermessen des Gerichts und hängt weitgehend vom Einzelfall ab. Jedoch muss vom Gericht verlangt werden, dass es alle in Betracht kommenden Erkenntnisquellen ausschöpft (vgl. BSG Beschluss vom 24.5.2007 – B 3 P 7/07 B – juris RdNr. 8), sofern es bereits eingeholte Auskünfte nicht als fundiert und erschöpfend ansieht (vgl. BSG Beschluss vom 11.12.1969 – GS 2/68 – BSGE 30, 192 = SozR Nr. 20 zu [Â§ 1247 RVO](#) – juris RdNr. 73). Letzteres war hier der Fall, denn das LSG hat im angefochtenen Urteil die medizinischen Ermittlungen ausdrücklich als bislang nicht ausreichend bezeichnet, weshalb es keine volle Überzeugung davon gewinnen konnte, dass beim Kläger ein GdB von wenigstens 40 unter keinem medizinischen Gesichtspunkt mehr gerechtfertigt war. Ob das Berufungsgericht mit seiner Beweislastentscheidung zuungunsten des Klägers wegen Beweisvereitelung seine Pflicht zur Amtsermittlung bereits deshalb verletzt hat, weil es von einer Begutachtung des Klägers von Amts wegen abgesehen hat, kann der Senat nicht abschließend entscheiden (hierzu unter a). Jedoch hat das LSG andere zur Verfügung stehende Beweismittel nicht ausgeschöpft, obwohl es sich ausgehend von seiner materiellen Rechtsauffassung hierzu hätte gedrängt fühlen müssen (hierzu unter b).

Â

21

a) Ob das LSG zu Recht von einer Begutachtung des Klägers von Amts wegen abgesehen hat, weil dieser die Anwesenheit seiner Tochter oder seines Sohnes als Vertrauensperson bei der Begutachtung durch die Sachverständigen verlangt hat, kann anhand der tatsächlichen Feststellungen des LSG nicht abschließend beurteilt werden.

Â

22

Im Rahmen ihrer Mitwirkungslast bei der Erforschung des Sachverhalts ([Â§ 103 Satz 1 Halbsatz 2 SGG](#)) obliegt es den Beteiligten, sich im gerichtlichen Verfahren ärztlich untersuchen zu lassen, soweit ihnen dies zumutbar ist (BSG Urteil vom

11.11.1971 [1Â RA 63/70](#) [SozR NrÂ 55 zu Â§Â 103 SGG](#) [juris](#)
RdNrÂ 12Â f; Mushoff in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 2.Â Aufl 2022, Â§Â 103
RdNrÂ 58, Stand 26.9.2022; B.Â Schmidt in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt,
SGG, 13.Â Aufl 2020, Â§Â 103 SGG RdNrÂ 14a). Zwar steht es den Beteiligten dabei
im Grundsatz frei, eine Vertrauensperson zu einer gutachterlichen Untersuchung
mitzunehmen (*hierzu unterÂ aa*). Das Recht auf Anwesenheit einer
Vertrauensperson bei einer Begutachtung besteht aber nicht unbeschrÃ¼nkt. Eine
solche Person ist von der Begutachtung auszuschlieÃ¼en, wenn ihre Anwesenheit
eine geordnete und effektive Beweiserhebung erschwert oder verhindert (*hierzu*
unterÂ bb). Die Entscheidung Ã¼ber die Anwesenheit einer Vertrauensperson
wÃ¼hrend der Begutachtung durch den SachverstÃ¼ndigen obliegt im Streitfall
allein dem Gericht (*hierzu unterÂ cc*). Ob vorliegend fachlich-sachliche GrÃ¼nde
gegen die vom KlÃ¤ger geforderte Anwesenheit seiner Tochter oder seines Sohnes
bei der vom SG angeordneten orthopÃ¼dischen Begutachtung sprachen, hat das
LSG nicht festgestellt (*hierzu unterÂ dd*).

Â

23

aa)Â Entgegen der Auffassung des LSG steht es dem Beteiligten im Grundsatz frei,
eine Vertrauensperson zu einer gutachterlichen Untersuchung mitzunehmen. Dies
folgt fÃ¼r prozessbevollmÃ¼chtigte volljÃ¼hrige FamilienangehÃ¼rige ([Â§Â 15](#)
[Abgabenordnung](#), [Â§Â 11 Lebenspartnerschaftsgesetz](#)) aus [Â§Â 73 AbsÂ 2 SatzÂ 2](#)
[NrÂ 2 SGG](#) und fÃ¼r sonstige nahestehende Personen als Beistand aus [Â§Â 73](#)
[AbsÂ 7 SatzÂ 3 SGG](#), durch welche das Recht auf ein faires Verfahren fÃ¼r die
[Sozialgerichtsbarkeit konkretisiert wird \(hierzu unter \)](#). Dieses Recht ist aber nicht
allein auf die Verhandlung vor dem Richter beschrÃ¼nkt, sondern gilt
[Ã¼ber jeden falls entsprechend](#) [auch bei der DurchfÃ¼hrung einer vom Richter](#)
[angeordneten Begutachtung durch einen SachverstÃ¼ndigen](#). In diesem Kontext ist
auch zu berÃ¼cksichtigen, dass die Entscheidung, sich von einer Vertrauensperson
zu einer Begutachtung begleiten zu lassen, Ausdruck der allgemeinen
Handlungsfreiheit ([ArtÂ 2 AbsÂ 1 GG](#)) ist und die gerichtliche Anordnung einer
medizinischen Begutachtung als Eingriff in das allgemeine PersÃ¼nlichkeitsrecht
([ArtÂ 2 AbsÂ 1 iVm ArtÂ 1 AbsÂ 1 GG](#)) dem VerhÃ¼ltnismÃ¼Ã¼igkeitsgebot
[unterliegt \(hierzu unter \)](#).

Â

24

(1)Â Nach [Â§Â 73 AbsÂ 2 SatzÂ 2 NrÂ 2 SGG](#) kÃ¼nnen sich die Beteiligten vor dem
SG und dem LSG ua durch volljÃ¼hrige FamilienangehÃ¼rige ([Â§Â 15 AO](#), [Â§Â 11](#)
[LPartG](#)) als BevollmÃ¼chtigte vertreten lassen. Zudem kÃ¼nnen sie in der
mÃ¼ndlichen Verhandlung mit BeistÃ¼nden erscheinen ([Â§Â 73 AbsÂ 7 SatzÂ 1](#)
[SGG](#)). Als solche kÃ¼nnen ebenfalls volljÃ¼hrige FamilienangehÃ¼rige agieren ([Â§Â 73 AbsÂ 7 SatzÂ 2](#)
[iVm AbsÂ 2 SatzÂ 2 NrÂ 2 SGG](#)). DarÃ¼ber hinaus kann das
Gericht andere Personen als Beistand zulassen, wenn dies sachdienlich ist und

hierfür nach den Umständen des Einzelfalls ein Bedürfnis besteht ([    73 Abs   7 Satz   3 SGG](#)). Die Zulassung kann formlos, auch stillschweigend erfolgen (*Begründung des Entwurfs der Bundesregierung eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts*, [BT-Drucks 16/3655 S   96](#) zu Abs   7; allg Auffassung: zB *Stra  feld in Roos/Wahrendorf/M  ller*, BeckOGK SGG,     73 RdNr   187, Stand 1.8.2022; *Pitz in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG*, 2.   Aufl 2022,     73 RdNr   45, Stand 15.6.2022; *B.   Schmidt in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG*, 13.   Aufl 2020,     73 RdNr   78).

  

25

In dem Recht auf Vertretung durch Bevollmächtigte und auf Begleitung durch einen Beistand verwirklicht sich das durch das Rechtsstaatsprinzip des GG (*Art   20 Abs   3 GG*) iVm dem Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit (*Art   2 Abs   1 GG*) sowie durch *Art   6 Abs   1 Satz   1 EMRK* garantierte Recht auf ein faires Verfahren. Dieses zählt     wie das BVerfG wiederholt betont hat     zu den wesentlichen Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Verfahrens (*stRspr*; zB *BVerfG Beschluss vom 14.8.2007      2   BvR 1246/07       juris RdNr   4*; *BVerfG Beschluss vom 19.10.1977      2   BvR 462/77       BVerfGE 46, 202     juris RdNr   31*). Es sch  tzt die Beteiligten davor, als bloßes Objekt eines rechtsstaatlich geordneten Verfahrens behandelt zu werden. Den Beteiligten muss vielmehr die M  glichkeit gegeben werden, zur Wahrung ihrer Rechte mit der      durch Bevollmächtigte und Beistände vermittelten     erforderlichen Kompetenz auf den Gang und das Ergebnis des Verfahrens Einfluss nehmen zu können (*vgl stRspr*; zB *BVerfG Beschluss vom 12.11.2020      2   BvR 1616/18       juris RdNr   32, 34*; *BVerfG Beschluss vom 8.10.1974      2   BvR 747/73       BVerfGE 38, 105     juris RdNr   16, 18, 22   f*). Der Grundsatz der fairen Verfahrensgestaltung verpflichtet die Gerichte darüber hinaus allgemein zur Rücksichtnahme gegenüber den Verfahrensbeteiligten in ihrer konkreten Situation (*stRspr*; zB *BVerfG Beschluss vom 17.1.2019      2   BvQ 1/19       juris RdNr   24*; *BVerfG Beschluss vom 26.4.1988      1   BvR 669/87   ua       BVerfGE 78, 123     juris RdNr   8*; *BSG Beschluss vom 8.12.2020      B   1   KR 58/19   B       juris RdNr   12*; *BSG Beschluss vom 9.10.2012      B   5   R 196/12   B       SozR 4-1500     67 Nr   10 RdNr   8*).

  

26

(2)   Das Recht auf Vertretung durch Bevollmächtigte und auf einen Beistand ist nicht allein auf die Verhandlung einschließlich der Beweisaufnahme vor dem Richter beschränkt, sondern umfasst      jedenfalls entsprechend       auch die Durchführung der vom Richter angeordneten Begutachtung durch einen Sachverständigen als Teil des sozialgerichtlichen Verfahrens. Bei einer solchen Begutachtung gelten rechtsstaatliche Grundsätze wie insbesondere der des rechtlichen Gehörs und des fairen Verfahrens genauso wie bei einer Beweisaufnahme durch das Gericht in der Verhandlung (*vgl BVerwG Beschluss vom*

12.4.2006 [8Â B 91.05](#) *juris RdNrÂ 5*; OLG Zweibrücken Beschluss vom 2.3.2000 [3Â W 35/00](#) *juris RdNrÂ 4*; vgl zur Gleichsetzung der Tatsachenfeststellung durch das Gericht und durch Sachverständige im Hinblick auf den Grundsatz der Parteiöffentlichkeit BVerwG Beschluss vom 18.3.2014 [10Â B 11.14](#) *juris RdNrÂ 11*; BFH Urteil vom 26.3.1980 [IIÂ R 67/79](#) *BFHE 130, 366* *juris RdNrÂ 12*; BAG Urteil vom 28.3.1963 [5Â AZR 206/62](#) *juris RdNrÂ 40*; Greger in ZÄhler, ZPO, 34.Â Aufl 2022, [Â§Â 357 RdNrÂ 1](#); Berger in Stein/Jonas, ZPO, 23.Â Aufl 2015, [Â§Â 357 RdNrÂ 9](#); Schnapp in Erichsen/Hoppe/von Mutius, Festschrift für Christian-Friedrich Menger, 1985, [SÂ 557, 564](#) ff; kritisch: Ahrens in Wieczorek/Schäfer, ZPO, 4.Â Aufl 2013, [Â§Â 404a RdNrÂ 29, 31](#)). Denn der Sachverständige wird nach [Â§Â 118 AbsÂ 1 SatzÂ 1 SGG](#) iVm [Â§Â 404 AbsÂ 1 SatzÂ 1, Â§Â 404a ZPO](#) als *Gehilfe* (BSG Urteil vom 7.9.2017 [BÂ 10Â G 1/16](#) *RÂ BSGE 124, 136* = SozR 4â1720 [Â§Â 198 NrÂ 16, RdNrÂ 41](#); BSG Urteil vom 25.8.1955 [4Â RJ 120/54](#) *SozR NrÂ 1* zu [Â§Â 128 SGG](#) *juris RdNrÂ 22*) bzw als *Berater* (BGH Urteil vom 3.3.1998 [XÂ ZR 106/96](#) *juris RdNrÂ 24*) des Gerichts tätig, weil diesem die Sachkunde für den zu begutachtenden Bereich fehlt.

Â

27

Als Ausfluss des Rechts auf ein faires Verfahren gibt die Anwesenheit einer Vertrauensperson *sei es als Bevollmächtigter oder Beistand* bei der gutachterlichen Untersuchung dem Beteiligten die Möglichkeit, sich nicht nur unmittelbar vor dem Gericht der für die Wahrnehmung prozessualer Rechte und Möglichkeiten erforderlichen sachkundigen Unterstützung zu bedienen, sondern auch bei einer gerichtlich angeordneten Begutachtung. Gleiches gilt im Hinblick auf eine durch [Â§Â 73 AbsÂ 7 SatzÂ 3 SGG](#) anerkannte, aus anderen Gründen als sachdienlich und erforderlich angesehene persönliche Unterstützung des Beteiligten, insbesondere durch eine ihm nahestehende Person (*im Grundsatz ebenso für die Anwesenheit einer Vertrauensperson bei der Begutachtung*: LSG Berlin-Brandenburg Beschluss vom 17.2.2010 [LÂ 31Â R 1292/09](#) *BÂ juris RdNrÂ 6*; LSG Rheinland-Pfalz Urteil vom 20.7.2006 [LÂ 5 KR 39/05](#) *juris RdNrÂ 19*; Bieresborn in Francke/Gagel/Bieresborn, Der Sachverständigenbeweis im Sozialrecht, 2.Â Aufl 2017, [Â§Â 2 RdNrÂ 28](#); Reyels, jurisPR-SozR 20/2012 Anm 4; Roller, MedSach 2007, 30; aA LSG Baden-Württemberg Urteil vom 23.9.2022 [LÂ 8Â R 2664/21](#) *juris RdNrÂ 36* zu psychiatrischen Gutachten; LSG Baden-Württemberg Urteil vom 24.10.2011 [LÂ 11Â R 4243/10](#) *juris RdNrÂ 35* mit Aussagen zu möglichen Ausnahmen im Einzelfall; LSG Niedersachsen-Bremen Beschluss vom 20.11.2009 [LÂ 2Â R 516/09](#) *BÂ juris RdNrÂ 12, 21*; KG Berlin Beschluss vom 18.2.2021 [3Â UF 1069/20](#) *juris RdNrÂ 5* ff zur gutachterlichen Untersuchung eines Elternteils nach [Â§Â 1666, 1666a BGB](#); Brockmeyer/Hellweg/Merten, MedSach 2022, 58, 59 f; Zimmermann in Münchener Komm zur ZPO, 6.Â Aufl 2020, [Â§Â 404a RdNrÂ 12](#); Ahrens in Wieczorek/Schäfer, ZPO, 4.Â Aufl 2013, [Â§Â 404a RdNrÂ 37](#)).

Â

Zudem unterliegt die gerichtliche Anordnung einer medizinischen Begutachtung, auch ohne Zwang zur Mitwirkung (*vgl BVerfG Beschluss vom 7.12.2010* [1Â BvR 2157/10](#) *â   juris RdNrÂ 30Â f*), als Eingriff in das durch ArtÂ 2 AbsÂ 1 iVm ArtÂ 1 AbsÂ 1 GG gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht (*vgl BVerfG Beschluss vom 2.4.2009* [1Â BvR 683/09](#) *â   juris RdNrÂ 11*; *BVerfG Beschluss vom 20.5.2003* [1Â BvR 2222/01](#) *â   juris RdNrÂ 10*; *BVerfG Beschluss vom 24.6.1993* [1Â BvR 689/92](#) *â   BVerfGE 89, 69* *â   juris RdNrÂ 51, 56Â f*) dem Verhältnismäßigkeitsgebot. Dies gilt ebenso für die hoheitliche Einschränkung der Entscheidung des Beteiligten, sich von einer Vertrauensperson zu einer Begutachtung begleiten zu lassen, die Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit (*ArtÂ 2 AbsÂ 1 GG*) ist. Die richterliche Entscheidung über die streitige Anwesenheit einer Vertrauensperson erfordert deshalb eine Verhältnismäßigkeitsprüfung. Dabei kommt dem durch [    73 AbsÂ 7 SatzÂ 3 SGG](#) anerkannten Gedanken besonderes Gewicht zu, dass aufgrund der oft sehr persönlich geprägten Verfahrensmaterie im Sozialgerichtsprozess häufig ein berechtigtes Bedürfnis des Beteiligten nach Unterstützung durch eine ihm nahestehende Person besteht (*vgl Begründung des Entwurfs der Bundesregierung eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts*, [BT-Drucks 16/3655 S   96](#) zu AbsÂ 7), das anders als im Zivilprozess nicht nur auf eng umgrenzte Ausnahmefälle beschränkt ist (*vgl aaO, S   90 f zu NrÂ 5*).

  

Ein rechtlich relevantes persönliches Unterstützungsbedürfnis besteht besonders dann, wenn der zu begutachtende Beteiligte in der Fähigkeit, seine gesundheitliche Situation darzustellen, gehemmt oder behindert ist. Gerade bei ängstlichen oder mit der Befragungssituation überforderten Beteiligten kann eine Vertrauensperson auch dazu beitragen, Aussagefehler, Missverständnisse oder versehentliche Aussparungen in der Schilderung durch den Beteiligten zu vermeiden und damit dem Ziel, ein möglichst wirklichkeitsgetreues Bild der Situation des Beteiligten zu erstellen, näher zu kommen (*vgl BVerfG Beschluss vom 8.10.1974* [2Â BvR 747/73](#) *â   BVerfGE 38, 105* *â   juris RdNrÂ 26*). Angesichts der regelmäßig tief in das Persönlichkeitsrecht des zu Untersuchenden eingreifenden Beweisaufnahme durch einen ärztlichen Sachverständigen kann grundsätzlich schon das subjektiv empfundene Bedürfnis des Beteiligten nach Unterstützung die Anwesenheit einer Vertrauensperson rechtfertigen. Dies kann im Einzelfall selbst dann gelten, wenn dieses Bedürfnis für Außenstehende rational nicht ohne Weiteres erklärbar ist (*vgl zu    unsachlichen Gr  nden   LSG Rheinland-Pfalz Beschluss vom 23.2.2006* [L   4   B 33/06   SB  ](#) *â   juris RdNrÂ 7*; *Tamm, ASR 2006, 62, 65*). Entspricht das Begehren, zu einer Begutachtung begleitet zu werden, hingegen lediglich dem Anliegen der Bezugsperson, nicht    au  en vor gelassen   zu werden oder sogar eigene Interessen vertreten zu können, kann dies kein Recht auf Anwesenheit während der Begutachtung des Beteiligten begründen (*vgl*

zutreffend Deutsche Rentenversicherung, Leitlinien für die sozialmedizinische Begutachtung, Sozialmedizinische Beurteilung bei psychischen und Verhaltensstörungen, August 2012 incl Update 2018, S. 31).

Ä

30

Darüber hinaus kann das Recht auf Anwesenheit einer Vertrauensperson bei Untersuchungen oder Explorationsgesprächen auch der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes gegenüber zumindest abstrakt immer denkbaren Wahrnehmungsfehlern des Sachverständigen dienen (vgl. OLG Hamm Beschluss vom 3.2.2015 – II-14 UF 135/14, 14 UF 135/14 – juris RdNr. 7). Solche Fehler lassen sich grundsätzlich nicht ohne Weiteres durch die vom Berufungsgericht angeführte Möglichkeit der schriftlichen und/oder mündlichen Befragung des Sachverständigen nach [§ 116 Satz 2](#), [§ 118 Abs. 1 Satz 1 SGG](#) iVm [§§ 397, 402, 411 Abs. 3](#) und 4 ZPO und der eigenen abweichenden Darstellung des Untersuchungsablaufs sowie eine Antragstellung nach [§ 109 SGG](#) ausgleichen. Möglichen Bedenken von Sachverständigen im Hinblick auf eine „Zeugenungleichheit“ können diese durch Hinzuziehen zB einer Sprechstundenhilfe begegnen.

Ä

31

Dem grundsätzlichen Recht auf Begleitung durch eine Vertrauensperson auch während der Begutachtung durch einen Sachverständigen im sozialgerichtlichen Verfahren steht nicht entgegen, dass nach der Rechtsprechung des BGH in Strafsachen im Rahmen der Begutachtung der Schuldfähigkeit und der Gefährlichkeit des Beschuldigten kein Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der Exploration besteht. Dies wird damit begründet, dass die Exploration mit einer Vernehmung bei Polizei, Staatsanwaltschaft und Gericht nicht gleichzusetzen sei und es keinen wissenschaftlichen Standard gebe, der die Anwesenheit Dritter bei Schuldfähigkeits- und Prognosegutachten vorsehe (vgl. BGH Beschluss vom 12.9.2007 – I 1 StR 407/07 – juris RdNr. 14 f.; BGH Beschluss vom 8.8.2002 – III 3 StR 239/02 – juris RdNr. 7 ff.; kritisch: Beckert, Sachverständigengutachten im Strafverfahren zur Glaubwürdigkeit und zur Schuldfähigkeit im Falle der Untersuchungsverweigerung des zu Begutachtenden, 2014, S. 224 ff.). Insbesondere die vom BGH ebenfalls angesprochene mögliche „Verfälschung des Ergebnisses der Exploration“ (BGH Beschluss vom 8.8.2002 – III 3 StR 239/02 – juris RdNr. 9) kann auch nach Auffassung des Senats den Ausschluss von Bevollmächtigten und Beiständen und damit von Vertrauenspersonen allgemein bei der Begutachtung durch einen Sachverständigen im sozialgerichtlichen Verfahren rechtfertigen (dazu sogleich).

Ä

bb) Das Recht auf Begleitung durch eine Vertrauensperson besteht auch bei der Begutachtung durch einen Sachverständigen nicht unbeschränkt. Vielmehr ist der Ausschluss einer solchen Person dann mit den genannten Grundsätzen vereinbar, wenn er unter Wahrung des Vertrauenspersonensatzungsgebots zur Aufrechterhaltung einer funktionsfähigen, wirksamen Rechtspflege erforderlich ist (vgl. BVerfG Beschluss vom 12.11.2020 [2. BvR 1616/18](#) [juris RdNr. 35, 59](#); BVerfG Beschluss vom 8.10.1974 [2. BvR 747/73](#) [BVerfGE 38, 105](#) [Leitsatz 1](#) und [juris RdNr. 23, 27](#)). Dabei ist insbesondere der Aufklärungszweck der Beweisanordnung mit dem Ziel zu berücksichtigen, ein gerichtlich verwertbares Beweisergebnis zu erreichen (Hansen, DVfR Forum C-Nr. 8/2014, S. 4). So sind Vertrauenspersonen von der Begutachtung auszuschließen, wenn ihre Teilnahme eine geordnete und effektive Beweiserhebung verhindert oder maßgeblich erschwert, jedenfalls soweit dies das Auffinden einer materiell richtigen und gerechten Entscheidung beeinträchtigt (vgl. BVerfG Beschluss vom 8.10.1974 [2. BvR 747/73](#) [BVerfGE 38, 105](#) [juris RdNr. 32](#)). Dies gilt insbesondere, wenn von vornherein die auf Tatsachen gestützte Gefahr besteht oder sich dafür im Verlauf der Begutachtung belastbare Anhaltspunkte ergeben, dass durch die Anwesenheit eines Dritten das Ergebnis der Exploration und Begutachtung verfälscht werden kann (vgl. Bayerisches LSG Beschluss vom 4.4.2019 [L 7 U 396/16](#) [juris RdNr. 13](#); LSG Baden-Württemberg Urteil vom 22.9.2016 [L 7 R 2329/15](#) [juris RdNr. 50](#); LSG Rheinland-Pfalz Urteil vom 20.7.2006 [L 5 KR 39/05](#) [juris RdNr. 19](#); daher die Anwesenheit Dritter bei psychiatrischen und psychosomatischen Begutachtungen generell ablehnend: Thüringer LSG Urteil vom 26.5.2015 [L 6 R 1362/12](#) [juris RdNr. 23](#)). Werden etwa sensible Bereiche aus der persönlichen Biografie angesprochen, erscheint es plausibel, dass die Anwesenheit Dritter dazu führen kann, dass Informationen nicht oder inhaltlich verändert mitgeteilt werden, sei es aus Scham, Angst oder Rücksicht auf die Gefühle der Vertrauensperson (vgl. Deutsche Rentenversicherung Bund, DRV-Schriften Band 21, Das Ärztliche Gutachten für die gesetzliche Rentenversicherung [Hinweise zur Begutachtung](#), September 2018, S. 23; Deutsche Rentenversicherung, Leitlinien für die sozialmedizinische Begutachtung, Sozialmedizinische Beurteilung bei psychischen und Verhaltensstörungen, August 2012 incl. Update 2018, S. 31; Hausotter, MedSach 2007, 27 ff; Bogner/Landrock, Antworttendenzen in standardisierten Umfragen, 2015, S. 6 f).

Ä

Mit Blick auf den Vertrauenspersonensatzungsgrundsatz darf aber nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die Anwesenheit Dritter stets die gesamte Untersuchungssituation unzumutbar beeinträchtigt. Vielmehr ist eine Differenzierung im Einzelfall u.a. nach der Beziehung zwischen dem zu Begutachtenden und der Vertrauensperson, dem ärztlichen Fachgebiet, dem Gegenstand der Begutachtung und deren unterschiedlichen Phasen [zB](#) (Teilen)

der Anamnese, der körperlichen Untersuchung oder der Durchführung von Testverfahren ¹ erforderlich (vgl. Bayerisches LSG Beschluss vom 4.4.2019 ² [L 7 U 396/16](#) ³ juris RdNr. 13, 15; Bayerisches LSG Beschluss vom 20.11.2013 ⁴ [L 2 SF 155/12 B](#) ⁵ juris RdNr. 15; vgl. zur notwendigen Barrierefreiheit der Kommunikation BSG Beschluss vom 14.11.2013 ⁶ [B 9 SB 5/13 B](#) ⁷ juris RdNr. 14 f). Der Ausschluss von Vertrauenspersonen ist deshalb grundsätzlich nur auf die Teile der Untersuchung und Exploration zu beschränken, bei denen dies sachlich begründbar ist (vgl. Gaidzik in Widder/Gaidzik, Neurowissenschaftliche Begutachtung, 3. Aufl. 2018, S. 60).

Ä

34

Inwieweit das Recht auf Anwesenheit einer Vertrauensperson während der Begutachtung zur Wahrung einer geordneten und effektiven Beweiserhebung auf die bloße Anwesenheit des Begleiters als ¹ stiller Beisitzer ² im Hintergrund beschränkt ist oder darüber hinaus auch dessen aktive Beteiligung durch Fragen, Vorhalte, eigene Antworten im Sinne einer Fremdanamnese, sonstige Äußerungen oder sonstiges Mitwirken umfasst, ist hier nicht zu entscheiden, weil der Kläger dies nicht verlangt (vgl. zur Verfallschung des Untersuchungsergebnisses durch Hilfeleistungen der Vertrauensperson LSG Niedersachsen-Bremen Beschluss vom 20.11.2009 ³ [L 2 R 516/09 B](#) ⁴ juris RdNr. 23; vgl. zu einer protokollierenden Vertrauensperson OVG Rheinland-Pfalz Beschluss vom 30.9.1999 ⁵ [2 B 11735/99](#) ⁶ juris RdNr. 5; vgl. zur Fremdanamnese Brockmeyer/Hellweg/Merten, MedSach 2022, 58, 62). Grundsätzlich kann aber nicht angenommen werden, dass ein Bevollmächtigter oder Beistand im Rahmen der Begutachtung weitergehende Rechte in Anspruch nehmen könnte als in der mündlichen Verhandlung (vgl. Roller, MedSach 2007, 30, 31). Eine Grenze findet eine aktive Beteiligung des Bevollmächtigten oder Beistands jedenfalls dort, wo sie den Gang der Begutachtung maßgeblich erschwert oder behindert und damit den Aufklärungszweck der gerichtlichen Beweisanordnung objektiv gefährdet. Zur Wahrung seiner Rechte verbleiben dem begutachteten Beteiligten in diesem Fall die Möglichkeit zur nachträglichen Stellungnahme einschließlich eigener abweichender Darstellung des Untersuchungsablaufs und der Anspruch auf schriftliche und/oder mündliche Befragung des Sachverständigen ([§ 116 Satz 2](#), [§ 118 Abs 1 Satz 1 SGG iVm § 411 Abs 3 und 4 ZPO](#); vgl. OLG Hamm Beschluss vom 3.2.2015 ⁷ [II a 14 UF 135/14](#), [14 UF 135/14](#) ⁸ juris RdNr. 8).

Ä

35

cc) Die Entscheidung über die Anwesenheit eines Dritten während der Begutachtung durch den Sachverständigen liegt im Streitfall allein in der Kompetenz des Gerichts. Dies ergibt sich aus [§ 118 Abs 1 Satz 1 SGG iVm § 404a Abs 1 und 4 ZPO](#).

Nach [ÄSÄ 404a AbsÄ 1 ZPO](#) hat das Gericht die TÄtigkeit des SachverstÄndigen zu leiten und kann ihm fÄ¼r Art und Umfang seiner TÄtigkeit Weisungen erteilen. Soweit es erforderlich ist, bestimmt das Gericht auch, wann der SachverstÄndige den Beteiligten die Teilnahme an seinen Ermittlungen zu gestatten hat ([ÄSÄ 404a AbsÄ 4 ZPO](#)). Zwar sollen die verbindlichen Anordnungen des Gerichts die fachliche UnabhÄngigkeit und Verantwortlichkeit des SachverstÄndigen nicht berÄ¼hren (*BegrÄ¼ndung des Entwurfs der Bundesregierung eines Rechtspflege-Vereinfachungsgesetzes*, [BT-Drucks 11/3621 SÄ 39](#) zu Nummer 21). Dies fÄ¼hrt aber nicht dazu, dass die Entscheidung Ä¼ber die Anwesenheit einer Vertrauensperson dem SachverstÄndigen zu Ä¼berlassen ist (*ebenso Bayerisches LSG Beschluss vom 4.4.2019* âÄ [LÄ 7Ä U 396/16Ä](#) â juris RdNrÄ 9; Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 13.Ä Aufl 2020, ÄSÄ 118 RdNrÄ 11m; Kemper, MedSach 2014, 46, 49; Roller, MedSach 2007, 30, 31; Francke in Francke/Gagel/Bieresborn, *Der SachverstÄndigenbeweis im Sozialrecht*, 2.Ä Aufl 2017, ÄSÄ 11 RdNrÄ 65; aA LSG Baden-WÄ¼rttemberg Urteil vom 24.10.2011 âÄ [LÄ 11Ä R 4243/10Ä](#) â juris RdNrÄ 35; LSG Niedersachsen-Bremen Beschluss vom 20.11.2009 âÄ [LÄ 2Ä R 516/09Ä BÄ](#) â juris RdNrÄ 12; Brockmeyer/Hellweg/Merten, MedSach 2022, 58, 60; vgl auch Leopold in Roos/Wahrendorf/MÄ¼ller, BeckOGK SGG, ÄSÄ 118 RdNrÄ 102, Stand 1.11.2022, der sich fÄ¼r eine Formulierung der Beweisanordnung ausspricht, die dem SachverstÄndigen die Entscheidung Ä¼berlÄsst).

Das Verbot der Erteilung fachlicher Weisungen schlieÄt zwar auch Anordnungen des Gerichts dazu aus, auf welchem Weg der SachverstÄndige das Gutachten zu erarbeiten hat (vgl LSG Baden-WÄ¼rttemberg Urteil vom 24.10.2011 âÄ [LÄ 11Ä R 4243/10Ä](#) â juris RdNrÄ 35; LSG Niedersachsen-Bremen Beschluss vom 20.11.2009 âÄ [LÄ 2Ä R 516/09Ä BÄ](#) â juris RdNrÄ 12; vgl BGH Beschluss vom 8.8.2002 âÄ [3Ä StR 239/02Ä](#) â juris RdNrÄ 9 zu [ÄSÄ 78 StPO](#), der anders als [ÄSÄ 404a AbsÄ 1 ZPO](#) explizit nur die Leitung des SachverstÄndigen, nicht die Erteilung von Weisungen anspricht). Dennoch trÄgt das Gericht die Verantwortung fÄ¼r die Einhaltung rechtsstaatlicher VerfahrensgrundsÄtze bei der von ihm angeordneten Begutachtung (*in diesem Sinne auch Bayerisches LSG Beschluss vom 4.4.2019* âÄ [LÄ 7Ä U 396/16Ä](#) â juris RdNrÄ 9). Hierbei hat es nicht nur das Anwesenheitsrecht der Beteiligten bei Ermittlungshandlungen zu berÄ¼cksichtigen (Greger in ZÄ¼ller, ZPO, 34.Ä Aufl 2022, ÄSÄ 357 RdNrÄ 1 und ÄSÄ 404a RdNrÄ 9; Berger in Stein/Jonas, ZPO, 23.Ä Aufl 2015, ÄSÄ 357 RdNrÄ 9; Daub, *Die Tatsachenerhebung durch den SachverstÄndigen*, 1997, SÄ 197 f), sondern insbesondere auch deren grundsÄtzliches Recht auf Begleitung durch BevollmÄchtigte und BeistÄnde ([ÄSÄ 73 AbsÄ 2 und AbsÄ 7 SGG](#), dazu bereits oben unter aa) und damit auch durch Vertrauenspersonen bei einer gerichtlich

angeordneten Begutachtung.

Â

38

Lehnt der Gutachter die Untersuchung unter Anwesenheit eines Dritten ab und kann (ggf durch ein klärendes Gespräch) auch kein Einvernehmen über dessen (partielle) An-/Abwesenheit erzielt werden (vgl hierzu *Francke in Bieresborn, Einföhrung in die medizinische Sachverständigentätigkeit vor Sozialgerichten*, 2015, SÂ 389; *Kemper, MedSach* 2014, 46, 49; *Roller, MedSach* 2007, 30, 31), hat das Gericht zunächst die vom Sachverständigen im Einzelfall gegen die Anwesenheit eines Dritten während der Begutachtung angeführten fachlichen Gründe (*Francke in Bieresborn, Einföhrung in die medizinische Sachverständigentätigkeit vor Sozialgerichten*, 2015, SÂ 51, 389; *Kemper, MedSach* 2014, 46, 49; vgl auch *LSG Rheinland-Pfalz Urteil vom 8.7.2020* âĀĀ [LÂ 4Â R 149/19](#) âĀĀ *juris RdNr* 41) unter Beachtung des aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisstands (vgl *BSG Urteil vom 9.5.2006* âĀĀ [BÂ 2Â U 1/05Â R](#) âĀĀ [BSGE 96, 196](#) = [SozR 4-2700 ÂSÂ 8 NrÂ 17](#), *RdNr* 28) zu prüfen. Sodann hat es diese Gründe unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gegen die Rechte des Beteiligten abzuwägen. Falls der Sachverständige nach der Untersuchung unter Anwesenheit eines Dritten zu der begründbaren Auffassung gelangen sollte, dass eine Beeinflussung erfolgt sei und das Untersuchungsergebnis deshalb eine geringere Aussagekraft habe, als wenn es ohne Anwesenheit einer Vertrauensperson gewonnen worden wäre, hat er dies in seinem Gutachten darzulegen. Dies zu wärdigen, ist allein Aufgabe des Gerichts (vgl *OLG Hamm Beschluss vom 3.2.2015* âĀĀ [IIâĀ 14Â UF 135/14](#), [14Â UF 135/14](#) âĀĀ *juris RdNr* 7).

Â

39

dd) Ob vorliegend sachlich-fachliche Gründe gegen die vom Kläger geforderte Anwesenheit seiner Tochter oder seines Sohnes bei der vom SG angeordneten orthopädischen Begutachtung sprachen, kann der Senat auf Grundlage der bisherigen Feststellungen des LSG nicht beurteilen. Durch die vom SG als Sachverständige beauftragten G und C ist deren Anwesenheit lediglich pauschal abgelehnt worden. Den von G ohne Bezug auf den Einzelfall geäußerten âĀĀfachlichen BedenkenâĀĀ, dass durch die Anwesenheit Dritter bei der gutachterlichen Untersuchung die Erhebung objektiver Befunde erschwert werde, ist das LSG nicht weiter nachgegangen.

Â

40

bb) Aber dies war der Antrag des Klägers nach [§ 109 SGG](#) auf Begutachtung des von ihm benannten Orthopäden nicht allein deshalb als rechtsmissbräuchlich abzulehnen, weil eine Begutachtung von Amts wegen nicht zustande gekommen ist (aA LSG Baden-Württemberg Urteil vom 14.12.2018 [L 8 R 2569/17](#) *juris RdNr 39*).

Ä

44

Nach [§ 109 Abs 1 Satz 1 SGG](#) muss das Gericht *ab*weichend von [§ 103 Satz 2 SGG](#) *ein*en von einem berechtigten Beteiligten benannten Arzt als Gutachter gemäß [§ 118 Abs 1 Satz 1 SGG](#) iVm [§ 402 ff ZPO](#) hÄhlen. Zwar obliegt die Auswahl des Sachverständigen wegen des Vorrangs der Ermittlungen von Amts wegen (*BSG Beschluss vom 23.9.1997* [2 Ä BU 177/97](#) *Ä* *SozR 3-1500 § 109 Nr 2* *Ä* *juris RdNr 7*) *Ä* wie vom LSG zutreffend ausgefÄhrt *Ä* grundsÄtzlich dem Gericht ([§ 118 Abs 1 Satz 1 SGG](#) iVm [§ 404 Abs 1 Satz 1 ZPO](#)). [§ 109 SGG](#) bedeutet insoweit aber eine EinschrÄnkung des Gerichts in der freien Auswahl der Ärztlichen Sachverständigen (*BSG Urteil vom 20.4.2010* [BÄ 1/3 Ä KR 22/08](#) *Ä* *BSGE 106, 81* = *SozR 4-1500 § 109 Nr 3, RdNr 16; BSG Urteil vom 14.3.1956* [9 Ä RV 226/54](#) *Ä* *BSGE 2, 255* *Ä* *juris RdNr 10*).

Ä

45

Die Bestimmung dient in erster Linie dazu, aus rechtsstaatlichen GrÄnden einen Ausgleich bei der Beschaffung von Beweismitteln (*Ä* Grundsatz der Waffengleichheit *Ä*) zugunsten des Beteiligten zu sichern, der nicht wie ein VersicherungstrÄger oder eine VersorgungsbehÄrde auf Ärztlichen Sachverstand im eigenen Bereich zurÄckgreifen kann (*vgl BSG Urteil vom 20.4.2010* [BÄ 1/3 Ä KR 22/08](#) *Ä* *BSGE 106, 81* = *SozR 4-1500 § 109 Nr 3, RdNr 15; BSG Urteil vom 14.3.1956* [9 Ä RV 226/54](#) *Ä* *BSGE 2, 255* *Ä* *juris RdNr 10; MÄller in Roos/Wahrendorf/MÄller, BeckOGK SGG, § 109 RdNr 2, Stand 1.11.2022*). Dazu wird den Beteiligten die MÄglichkeit erÄffnet, insbesondere nach Abschluss der Ermittlungen von Amts wegen, eine (weitere) Bewertung durch einen Arzt ihres Vertrauens in das Verfahren einzubringen (*vgl MÄller in Roos/Wahrendorf/MÄller, BeckOGK SGG, § 109 RdNr 4, Stand 1.11.2022; Pitz in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 2. Ä Aufl 2022, § 109 RdNr 7, Stand 5.7.2022; Groth in Krasney/Udsching/Groth/MeÄling, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, 8. Ä Aufl 2022, III. Ä Kap RdNr 78*). Zudem kann [§ 109 SGG](#) den Rechtsfrieden fÄhrdern, indem das oft *Ä* diffuse Misstrauen *Ä* vieler KlÄger gegen die ObjektivitÄt der behÄrdlich oder seitens des Gerichts beauftragten Ärzte aufgefangen wird (*vgl MÄller in Roos/Wahrendorf/MÄller, BeckOGK SGG, § 109 RdNr 2, Stand 1.11.2022; Roller, MedSach 2007, 30, 31*).

Ä

Dass ein Gutachten nach [Â§Â 109 SGG](#) auf der Antragstellung eines Beteiligten basiert und ggf von diesem zu finanzieren ist, nimmt ihm nicht den Charakter eines Gerichtsgutachtens (*BSG Beschluss vom 30.8.1958 â€“ [11/10 RV 1269/56](#) â€“ SozR NrÂ 22 zu [Â§Â 109 SGG](#) â€“ juris RdNrÂ 6; MÃ¼ller in Roos/Wahrendorf/MÃ¼ller, BeckOGK [SGG Â§Â 109](#) RdNrÂ 4, Stand 1.11.2022; Pitz in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 2.Â Aufl 2022, Â§Â 109 RdNrÂ 7, Stand 5.7.2022; Groth in Krasney/Udsching/Groth/Meßling, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, 8.Â Aufl 2022, III.Â Kap RdNrÂ 76*). Ein nach [Â§Â 109 SGG](#) erstattetes Gutachten ist kein â€“Parteigutachtenâ€“; denn auch im Fall des [Â§Â 109 SGG](#) handelt es sich um eine Beweiserhebung durch das Gericht (*BSG Urteil vom 27.1.1970 â€“ [9Â RV 80/69](#) â€“ SozR NrÂ 38 zu [Â§Â 109 SGG](#) â€“ juris RdNrÂ 12; Berchtold in Berchtold, SGG, 6.Â Aufl 2021, Â§Â 109 RdNrÂ 4*). Ein Gutachten nach [Â§Â 109 SGG](#) unterscheidet sich von einem von Amts wegen eingeholten Gutachten nur dadurch, dass es vom Gericht abweichend vom Amtsermittlungsgrundsatz ([Â§Â 103 SatzÂ 2 SGG](#)) eingeholt werden muss und dass es von einem Kostenvorschuss sowie endgÃ¼ltiger Kostentragung durch den Antragsteller vorbehaltlich einer anderen Entscheidung des Gerichts abhÃ¤ngig gemacht werden kann ([Â§Â 109 AbsÂ 1 SatzÂ 2 SGG](#); Hauck in Hennig, SGG, Â§Â 109 RdNrÂ 52, Stand September 2010). Der Beweiswert eines Gutachtens, welches das Gericht nach [Â§Â 109 SGG](#) bei einem von einem Beteiligten vorgeschlagenen Arzt eingeholt hat, ist nicht schon allein deshalb geringer als der eines Gutachtens, das vom Gericht bei einem von ihm selbst ausgewÃ¤hlten SachverstÃ¤ndigen eingeholt worden ist. MaÃgebend ist allein der Wert des Gutachtens selbst, der durch die Sachkunde des SachverstÃ¤ndigen sowie dessen Sorgfalt bei der Untersuchung und bei der Erstattung des Gutachtens bestimmt wird. Ãber diesen Wert entscheidet das Gericht gemÃ¤Ã [Â§Â 128 AbsÂ 1 SatzÂ 1 SGG](#) nach seiner freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Ãberzeugung (*BSG Beschluss vom 30.8.1958 â€“ [11/10 RV 1269/56](#) â€“ SozR NrÂ 22 zu [Â§Â 109 SGG](#) â€“ juris RdNrÂ 6*).

Â

Vor diesem Hintergrund bleibt die AnhÃ¶rung eines nach [Â§Â 109 AbsÂ 1 SatzÂ 1 SGG](#) benannten Arztes auch dann ein geeignetes Beweismittel, wenn eine Begutachtung durch von Amts wegen ausgewÃ¤hlte SachverstÃ¤ndige gescheitert ist. Jedoch wÃ¤re der Antrag des KlÃ¤gers â€“ sofern keine anderen AblehnungsgrÃ¼nde, insbesondere nach [Â§Â 109 AbsÂ 1 SatzÂ 2 und AbsÂ 2 SGG](#) vorlagen â€“ im Ergebnis zu Recht von den Vorinstanzen abgelehnt worden, wenn von vornherein festgestanden hÃ¤tte, dass das dann in Anwesenheit einer Vertrauensperson erstellte Gutachten aufgrund sachlich-fachlicher MÃ¤ngel nicht verwertbar gewesen wÃ¤re. Feststellungen hierzu hat das LSG â€“ wie oben bereits ausgefÃ¼hrt â€“ nicht getroffen.

Â

3. Im wieder eröffneten Berufungsverfahren wird das LSG die unterbliebene Begutachtung des Klägers nachholen müssen, soweit es diese für erforderlich hält und nicht sachlich-fachliche Gründe gegen die vom Kläger verlangte Anwesenheit seiner Tochter oder seines Sohnes während der Begutachtung sprechen. Sollte dies der Fall sein und sich aufgrund der Weigerung des Klägers, sich einer Begutachtung ohne Anwesenheit einer Vertrauensperson zu unterziehen, auch im Übrigen keine ausreichende Tatsachengrundlage für die Bestimmung des GdB zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt im März 2017 ergeben, wird das LSG auch die in der Rechtsprechung des BSG entwickelten Grundsätze zu Beweiserleichterungen zugunsten dessen zu beachten haben, der den Beweis vereitelt hat (vgl. hierzu BSG Urteil vom 11.7.2019 – BÄ 14 AS 51/18 R – SozR 4-4200 § 37 Nr. 9 RdNr. 33; BSG Urteil vom 20.10.2005 – BÄ 7a/7 AL 102/04 R – SozR 4-1500 § 103 Nr. 5 RdNr. 14 f.; BSG Urteil vom 2.9.2004 – BÄ 7 AL 88/03 R – SozR 4-1500 § 128 Nr. 5 RdNr. 17 f.; BSG Urteil vom 10.8.1993 – 9/9a RV 10/92 – SozR 3-1750 § 444 Nr. 1 – juris RdNr. 14 f.; s. zur Abgrenzung gegenüber einer Beweislastumkehr zB BSG Beschluss vom 25.3.2013 – BÄ 5 R 424/12 B – juris RdNr. 9 mwN).

Ä

4. Bei seiner erneuten Entscheidung wird das LSG auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden haben.

Ä

Erstellt am: 15.03.2023

Zuletzt verändert am: 21.12.2024