

§ 107

Den Beteiligten ist nach Anordnung des Vorsitzenden entweder eine Abschrift des Protokolls der Beweisaufnahme oder deren Inhalt mitzuteilen.

Mitteilung von Beweisergebnissen

Übersicht

	Rn.
1. Entstehungsgeschichte	1
2. Inhalt und Zweck	2
3. Regelungen in anderen Verfahrensordnungen	3
4. Mitteilungspflicht	4–24
a) Umfang	5–9
aa) Beweiserhebung zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung	6
bb) Beweiserhebung in der mündlichen Verhandlung	7
cc) Hauptsache- und Beschlussverfahren	8
dd) Verfahren in allen Instanzen	9
b) Beschränkung aus besonderen Gründen	10–21
aa) Gefahr für Versicherten oder Versorgungsberechtigten	11, 12
bb) Ärztliche Schweigepflicht	13–20
cc) Datenschutz	21
c) Gegenüber Beteiligten	22–26
aa) Beteiligte selbst	23, 24
bb) Prozessvertreter	25
cc) Nachträglich Beigeladene	26
5. Aufgabe des Vorsitzenden	27–32
a) Vertretung	29
b) Übertragung auf anderen Berufsrichter	30–32
6. Ermessensentscheidung	33–35
a) Inhalt	34
b) Ausführung	35
7. Art der Mitteilung	36–47
a) Übersendung von Abschriften	37–40
aa) Maschinenschriftliche Durchschrift	38
bb) Computer-Ausdruck	39
cc) Fotokopie	40
b) Zusammenfassung der Ergebnisse	41
c) Auszug	42–44
d) Verweisung auf Akteneinsicht	45
e) Information über Beziehung von Akten	46
f) Mündliche Information	47
8. Zeitpunkt der Mitteilung	48–50
9. Verstoß gegen Mitteilungspflicht	51–57
a) § 107 SGG als Ordnungsvorschrift	52

b) Verletzung des rechtlichen Gehörs	53–57
aa) Rüge des Mangels	54, 55
bb) Rügeverzicht	56
cc) Vorliegen des Verfahrensmangels	57

1. Entstehungsgeschichte

1 Bis zum 31.12.2017 galt § 107 SGG in der Form zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des SGG (vgl. Hauck, in: Hennig, SGG, Komm., § 107 Rn. 1; Roller, in: Lüdtke/Berchtold, SGG, Handkommentar, 5. Aufl. 2017 § 107 Rn. 1; Müller, in: Roos/Wahrendorf, SGG, Komm., 1. Aufl. 2014, § 107 Rn. 5). Durch Art. 18 Nr. 7 des Gesetzes zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs vom 5.7.2017 (BGBl. I S. 2208) ist § 107 SGG mit Wirkung ab 1.1.2018 geändert worden. Der Gesetzgeber hat die Wörter „der Niederschrift“ durch die Wörter „des Protokolls“ ersetzt. Die Änderung sieht – wie auch in den anderen Verfahrensordnungen – zukünftig die Verwendung des Begriffs „Protokoll“ vor. Der Begriff „Niederschrift“ ist sprachlich eng mit der Papierform verbunden. Mit der Ersatzung soll sprachlich verdeutlicht werden, dass „Niederschriften“ bei elektronischer Aktenführung auch in elektronischer Form erstellt werden können. Die Gesetzesänderung dient also der sprachlichen Vereinheitlichung (vgl. BT-Drucks. 18/12203, S. 85 zu Art. 18 Nr. 4 und 7 sowie BT-Drucks. 18/9416, S. 59 zu Nr. 11 – § 118a Abs. 3 Satz 3 und § 138d Abs. 4 Satz 4). Der jetzt zu verwendende Begriff „Protokoll“ erfasst also beide Formen, nämlich das handschriftliche oder maschinenschriftliche und das elektronische Protokoll.

2. Inhalt und Zweck

2 § 107 regelt die Mitteilung von Beweisergebnissen. Den Beteiligten ist entweder eine Abschrift des Protokolls der Beweisaufnahme oder dessen Inhalt mitzuteilen. Dies soll den Anspruch der Beteiligten auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG, § 62 SGG) sicherstellen (vgl. BSG SozR Nr. 4 zu § 107 SGG; Schmidt, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, Kommentar, 12 Aufl. 2017, § 107 Rn. 1; Hauck, in: Hennig, Sozialgerichtsgesetz, Kommentar mit Nebenrecht, § 107 Rn. 2 – Stand: Oktober 2015), in dem den Beteiligten Gelegenheit gegeben werden muss, zu den Ergebnissen einer Beweisaufnahme Stellung zu nehmen. Nur wenn die Richter den Beteiligten die Ergebnisse der Beweisaufnahme mitgeteilt haben, können sie ihre Entscheidung auf die Beweisergebnisse stützen (vgl. § 128 Abs. 2 SGG; vgl. Müller, in: Roos/Wahrendorf, § 107 Rn. 1).

3. Regelungen in anderen Verfahrensordnungen

3 In anderen Verfahrensordnungen (§ 87 Abs. 2 VwGO, § 79 Abs. 2 FGO, § 273 Abs. 4 Satz 1 ZPO und § 56 ArbGG) ist zwar eine Vorschrift, nach der das Ergebnis einer Beweisaufnahme den Beteiligten mitgeteilt werden muss, nicht enthalten. Hier hat sich der Gesetzgeber damit begnügt, das Gericht zur Information der Beteiligten über die Anordnung einer Beweisaufnahme zu in-

formieren. Durch diese Regelung erfahren die Beteiligten, dass eine Beweisaufnahme stattfindet, und sie können sich dann selbst entsprechend über die Ergebnisse der Beweisaufnahme informieren, indem sie das Protokoll anfordern oder in die Akten Einsicht nehmen. Auch diese Regelung genügt dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs, weil es die Beteiligten vor Überraschungen schützt (vgl. dazu Müller, in: Roos/Wahrendorf, § 107 Rn. 2).

4. Mitteilungspflicht

Der Gesetzgeber hat dem Gericht eine Mitteilungspflicht auferlegt. Es muss die Beteiligten von Amts wegen (BSG SozR Nr. 4 zu § 107 SGG) die Kenntnis über die Ergebnisse einer Beweisaufnahme vermitteln. Dies wird bereits aus dem Wortlaut („– ist – mitzuteilen –“) deutlich (ebenso Roller, in: Lüdtke/Berchtold, § 107 Rn. 5). Es bedarf also keines Antrags. Vielmehr muss das Gericht von sich aus tätig werden.

a) Umfang. Die Mitteilungspflicht umfasst jede Form der Beweisaufnahme unabhängig davon, ob sie in einem Hauptsacheverfahren oder einem Beschlussverfahren erfolgt (vgl. dazu Schmidt, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, 12. Aufl. 2017, § 107 Rn. 2; Hauck, in: Hennig, § 107 Rn. 6 und 7, – Stand: Oktober 2015). Die Mitteilungspflicht ist lediglich im Prozesskostenhilfeverfahren beschränkt. Nach § 73a Abs. 1 Satz 1 SGG i. V. m. § 117 Abs. 2 Satz 2 ZPO dürfen die Erklärung des PKH-Antragstellers über seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse sowie die entsprechenden Belege dem Antragsgegner nur mit Zustimmung des Antragstellers zugänglich gemacht werden, es sei denn, der Antragsgegner hat gegen den Antragsteller nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts ein Anspruch auf Auskunft über Einkünfte und Vermögen des Antragstellers.

aa) Beweiserhebung zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung. Gemäß § 106 Abs. 3 SGG kann der Vorsitzende zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung insbesondere um Mitteilung von Urkunden ersuchen, Krankenpapiere, Aufzeichnungen, Krankengeschichten, Sektions- und Untersuchungsbefunde sowie Röntgenbilder beiziehen, Auskünfte jeder Art einholen, Zeugen und Sachverständige in geeigneten Fällen vernehmen oder auch eidlich durch den ersuchten Richter vernehmen lassen sowie die Einnahme des Augenscheins und die Begutachtung durch Sachverständige anordnen und ausführen. Über die Ergebnisse der genannten Maßnahmen müssen die Beteiligten grundsätzlich schon vor der mündlichen Verhandlung unterrichtet werden. Denn insoweit ist § 107 – jedenfalls entsprechend – anwendbar (vgl. BSGE 4, 60, 64; BSG SozR Nr. 3 und Nr. 4 zu § 107 SGG); vgl. dazu auch Hauck, in: Hennig, § 107 Rn. 6 – Stand: Oktober 2015; Schmidt, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, § 107 Rn. 2). Dabei spielt – abweichend vom Wortlaut des § 107 – keine Rolle, ob die Beweisaufnahme aufgrund einer Anordnung erfolgt oder wie bei Einholung von Auskünften, Beziehung von Krankenpapieren oder anderen Urkunden sowie Beziehung von Akten dies ohne spezielle Anordnung erfolgt (so zu Recht Schmidt a. a. O.; Hauck, in: Hennig, § 107 Rn. 8 – Stand: Oktober 2015).

7 bb) Beweiserhebung in der mündlichen Verhandlung. Wird eine Beweisaufnahme in der mündlichen Verhandlung durchgeführt, z. B. ein Zeuge oder ein Sachverständiger vernommen, so ist hierüber gemäß § 122 SGG i. V. m. § 159 Abs. 1 Satz 1 SGG ein Protokoll aufzunehmen. Es muss die wesentlichen Vorgänge der Verhandlung (vgl. § 160 Abs. 2 ZPO), insbesondere die Aussagen der Zeugen und Sachverständigen (vgl. § 160 Abs. 3 Nr. 4 ZPO), enthalten. Das Gericht hat den Beteiligten – auch wenn sie an der mündlichen Verhandlung teilgenommen haben – grundsätzlich entweder eine **Ab- schrift des Gerichtsprotokolls** mitzuteilen oder sie jedenfalls über den **Inhalt der Beweisaufnahme** zu informieren. Das gilt selbst dann, wenn die Beteiligten an der mündlichen Verhandlung trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht teilnehmen (vgl. § 118 Abs. 1 Satz 1 SGG i. V. m. § 367 Abs. 1 ZPO) und in diesem Termin ein Urteil verkündet wird (so zu Recht Hauck, in: Hennig, § 107 Rn. 9 – Stand: Oktober 2015; Roller, in: Lüdtke/Berchtold, 5. Aufl. 2016, § 107 Rn. 7). Das Protokoll kann dafür von Bedeutung sein, ob der durch das Urteil Beschwerde gegen die Entscheidung des Gerichts ein Rechtsmittel einlegen will.

8 cc) Hauptsache- und Beschlussverfahren. Die Mitteilungspflicht besteht sowohl für Hauptsache- als auch Beschlussverfahren (Hauck in Hennig, § 107 Rn. 6 – Stand: Oktober 2015). So hat das Gericht beispielsweise auch dann über das Ergebnis einer Beweisaufnahme zu informieren, wenn im Rahmen eines **vorläufigen Rechtsschutzverfahrens** Zeugen vernommen worden sind oder im Rahmen des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens wegen eines angeblich begangenen Verfahrensfehlers eine **dienstliche Äußerung** der vorinstanzlichen Richter eingeholt wird.

9 dd) Verfahren in allen Instanzen. § 107 SGG ist gemäß § 153 Abs. 1 SGG im Berufungsverfahren und gemäß § 165 SGG im Revisionsverfahren anwendbar (vgl. dazu Schmidt, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, § 107 Rn. 2; Müller, in: Roos/Wahrendorf, § 107 Rn. 3). Das bedeutet: Das **Berufungsgericht** muss die Beteiligten genauso über das Ergebnis jeder von ihm durchgeführten Beweisaufnahme unterrichten wie ein erstinstanzliches Gericht. Aber auch für das **Revisionsverfahren** kann § 107 SGG ausnahmsweise Bedeutung haben. So hat das Revisionsgericht beispielsweise von Amts wegen zu ermitteln, ob die Prozessvoraussetzungen gegeben sind (vgl. dazu BVerwG, Urt. v. 19.2.2015 – BVerwG 7 C 10.12 – und vom 26.3.2015 – BVerwG 7 C 17.12 –). Dies kann es erforderlich machen, Urkunden beizuziehen, Auskünfte einzuholen oder, wenn es z. B. um die Versäumung einer Rechtsmittelfrist geht, Zeugen zu vernehmen. In allen diesen Fällen ist – wie im erst- und zweitinstanzlichen Verfahren – das Ergebnis einer solchen Ermittlungstätigkeit gemäß § 107 SGG allen Beteiligten mitzuteilen.

10 b) Beschränkung aus besonderen Gründen. Nach § 120 Abs. 3 Satz 1 SGG kann der Vorsitzende aus besonderen Gründen die **Einsicht in die Akten** oder in Aktenteile sowie die Fertigung oder Erteilung von Auszügen und Abschriften versagen oder **beschränken**. Dies gilt entsprechend im Rahmen

des § 107 SGG (vgl. dazu Hauck, in: Hennig, § 107 Rn. 19 – Stand: Oktober 2015).

aa) Gefahr für Versicherten oder Versorgungsberechtigten. Im sozialgerichtlichen Verfahren geht es häufig um den Gesundheitszustand eines Beteiligten. Die Richter ziehen Befundberichte bei, hören Sachverständige und lassen Gutachten erstellen. Dass dabei auch gesundheitliche Verhältnisse offenbar werden, deren Kenntnisnahme den betroffenen Beteiligten **psychischen oder gar physischen Schaden** zufügen kann, liegt auf der Hand. Muss das Gericht nach dem Inhalt der Beweisergebnisse mit Nachteilen rechnen, wenn es den Betroffenen hierüber unterrichtet, so ist Vorsicht geboten. So wird der Vorsitzende vor einer entsprechenden Mitteilung den behandelnden Arzt oder den Sachverständigen zu Rate ziehen. Dies kann insbesondere dann notwendig sein, wenn die Sachverhaltsermittlung z. B. ergibt, dass der Kläger an einem – bisher nicht bekannten – Hirntumor leidet und nur noch eine geringe Lebenserwartung hat (vgl. dazu Müller, in: Roos/Wahrendorf, § 107 Rn. 8; Hauck, in: Hennig, § 107 Rn. 19; Schmidt, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, § 107 Rn. 5). **Art und Umfang der Mitteilung** müssen in derartigen Fällen **mit dem Arzt abgestimmt** werden. Wird die Mitteilung an den Betroffenen beschränkt, so liegt darin weder ein Verstoß gegen § 107 SGG noch muss dies zwangsläufig zu prozessrechtlichen Nachteilen für einen der Beteiligten führen. Ob der betroffene Beteiligte persönlich unterrichtet wird über den ihn möglicherweise gefährdenden Inhalt eines Gutachtens oder Befundberichts, hängt von einer **Interessenabwägung** ab. Dabei sind die in Betracht kommenden Rechtsgüter gegeneinander abzuwagen (so zu Recht Schmidt, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, § 107 Rn. 5).

Soweit der betroffene Beteiligte **durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten** ist, können ihm die Beweisergebnisse mit der Auflage zugänglich gemacht werden, seinen Mandanten nicht über die Fakten zu unterrichten, die dessen Gesundheit zusätzlich gefährden könnten. Ist der Beteiligte allerdings unvertreten, so ergibt sich prozessrechtlich ein nicht befriedigend zu lösendes Problem. § 128 Abs. 2 SGG schreibt vor, dass das Urteil nur auf Tatsachen und Beweisergebnisse gestützt werden darf, zu denen sich die Beteiligten äußern konnten. Ist – aus den erörterten Gründen – die Mitteilung zu beschränken, so darf das Gericht bei seiner Entscheidung auch **nicht Umstände verwerten**, die der Vorsitzende aus Rücksichtnahme auf den leidenden Kläger den Beteiligten **nicht mitgeteilt** hat. Insoweit erfolgt eine Rechtsgüterabwägung. Auch wenn das Gericht danach aus Rücksichtnahme auf den Gesundheitszustand des Klägers seiner Entscheidung nicht das gesamte Beweisergebnis zugrunde legen kann, muss dies nicht stets zu Lasten des Versicherungsträgers oder der Versorgungsverwaltung ausgehen. Vielmehr kommt es darauf an, ob sich die – nicht verwertbare – Tatsache zugunsten oder zu Ungunsten des Klägers auswirken würde. Insoweit ist auch hier der **Grundsatz der objektiven Beweislast** anzuwenden. Danach trägt die Folgen des Nichtfestgestelltseins einer Tat-

sache derjenige, der den von ihm geltend gemachten Anspruch auf die behauptete Tatsache gestützt hat (vgl. dazu BSGE 6, 70, 72 ff.; BSG SozR Nr. 18 zu § 103 SGG; Schmidt, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, § 103 Rn. 19a–19c). Das Gericht sollte aber in derartigen Fällen zunächst versuchen, eine **Lösung des Rechtsstreits ohne Urteil** zu erreichen, die der wahren Rechtslage entspricht, z. B. durch Vergleich, Anerkenntnis oder dadurch, dass es dem Kläger oder Rechtsmittelführer empfiehlt, die Klage bzw. Berufung zurückzunehmen oder – soweit dies rechtlich möglich ist – zu beschränken.

13 bb) Ärztliche Schweigepflicht. Die Mitteilung bestimmter Umstände kann auch durch die ärztliche Schweigepflicht (vgl. § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO) ausgeschlossen sein. Danach darf der Arzt **kein fremdes Geheimnis unbefugt offenbaren**, das ihm in seiner Eigenschaft als Arzt anvertraut oder bekannt geworden ist. Es handelt sich um eine Schutzzvorschrift zugunsten des Patienten. Er allein kann auf diesen Schutz verzichten und dem Arzt die Einwilligung zur Offenbarung des Geheimnisses erteilen (§ 385 Abs. 2 ZPO; vgl. dazu Schmidt, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, § 107 Rn. 6–6b).

14 In Rechtsstreitigkeiten, in denen es um den Gesundheitszustand bzw. das Leistungsvermögen des Klägers geht, z. B. in Versorgungsangelegenheiten, bei Klagen auf Gewährung einer Rente aus der gesetzlichen Rentenversicherung, ist es üblich, dass bereits die Sozialgerichte dem Kläger ein **Formular** übersenden, mit dem er durch seine Unterschrift die **Ärzte von der Schweigepflicht entbindet** und sich damit einverstanden erklärt, dass von den Ärzten dem Gericht die Behandlungsunterlagen ausgehändigt und Befundberichte erstellt werden. Soweit der Kläger sich auf derartige Unterlagen und Auskünfte der ihn behandelnden Ärzte beruft, liegt bereits darin eine konkutive Befreiung des Arztes von der Schweigepflicht. Um Missverständnisse zu vermeiden, wird es sich zwar in der Regel als zweckmäßig erweisen, eine **ausdrückliche Entbindung** von der Schweigepflicht anzustreben. Aber auch die stillschweigende Entbindung ist möglich (Schmidt, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, Komm., 12. Aufl. 2017, § 107 Rn. 6; s. dazu auch Müller, in: Roos/Wahrendorf, SGG, Komm., 1. Aufl. 2014, § 103 Rn. 38). Sie kann Anträgen, Erklärungen oder Handlungen entnommen werden, die den Schluss zulassen, dass der betreffende Beteiligte sich der Entbindung von der Schweigepflicht bewusst ist und dies auch will (ebenso Müller, a. a. O.). Aber allein in der Klage oder im Antrag beim Versicherungsträger oder bei der Versorgungsbehörde auf Entschädigung liegt eine derartige schlüssige Handlung in der Regel noch nicht. Denn es kann nicht angenommen werden, dass der Antragsteller oder Kläger schon mit der Antragstellung und/oder Klageerhebung bereits an diese Folgen denkt, es sei denn, besondere Umstände, z. B. entsprechende Ausführungen in der Klageschrift, weisen darauf hin (vgl. hierzu auch Schmidt, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, § 107 Rn. 6b).

Gibt der Kläger das ihm übersandte Formular für die Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht **nicht unterschrieben** zurück oder lehnt er ausdrücklich die Entbindung ab, so ist dies zu respektieren. Seine Entscheidung kann von keiner anderen Stelle nachgeprüft, geändert oder ersetzt werden. Auch die behandelnden Ärzte und das Gericht sind hierzu nicht befugt. Ob in besonderen Fällen die Erforschung der Wahrheit den Vorrang vor dem Schutz der Geheimsphäre verdient (siehe dazu OLG Celle, MDR 1963 S. 238; Dähne, SozSich 1958, 323), kann dahinstehen. Jedenfalls im sozialgerichtlichen Verfahren ist ein solcher Fall nicht denkbar.

Die **Schweigepflicht** besteht auch **über den Tod des Patienten hinaus**. (Roller, in: Lüdtke/Berchtold, SGG, Handkommentar, 5. Aufl. 2017, § 106 Rn. 18; Müller, in: Roos/Wahrendorf, SGG, Komm. 1. Aufl. 2014, § 103 Rn. 38). Deshalb kommt eine Entbindung von der Schweigepflicht nach dem Tode durch keinen Dritten, weder durch die Erben (so aber SG Lübeck, Breith. 1962 S. 744) noch durch die Angehörigen in Betracht (ebenso Roller, a. a. O.; Mueller, a. a. O. unter Hinweis auf BGH, Beschl. v. 4.7.1984 – IVa ZB 18/83, BGHZ 91, 392). Die Schweigepflicht dient dem Schutz der Geheimsphäre des Menschen und damit dem Schutz seiner Würde. Die Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht ist eine höchstpersönliche Entscheidung. Die **Befugnis** zur Entbindung von der Schweigepflicht kann deshalb **auf keinen anderen übergehen** (vgl. Müller a. a. O.; Schmidt, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, Komm., 12. Aufl. 2017, § 107 Rn. 6a).

Allerdings wird im Schrifttum und in der Rechtsprechung (vgl. dazu LSG Bremen, SV 1957, 371 = NJW 1958, 278; Bay. LSG, Breith. 1962, 752 = NJW 1962, 1789; Eb. Schmidt, NJW 1962, 1745; Erdiek, NJW 1963, 632; Dähne, SozSich 1958, 323; Göppinger, NJW 1958, 241; Schmidt, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 12. Aufl. 2017 § 107 Rn. 6a m. w. N.) zum Teil angenommen, dass der **Arzt** über einen seiner Schweigepflicht unterliegenden Sachverhalt dann nach dem Tode des Patienten **Mitteilung machen darf**, wenn das **öffentliche Interesse** an der Offenbarung des Geheimnisses nach seiner – unnachprüfbaren – Überzeugung höher als der Schutz der Persönlichkeitssphäre des Verstorbenen zu bewerten ist. Stehen allerdings **wichtige Interessen des Verstorbenen** oder der Angehörigen entgegen, hat jede Mitteilung durch den Arzt zu unterbleiben (vgl. dazu OLG Düsseldorf, NJW 1959, 821; Schmidt, a. a. O.). Dies wird man insbesondere dann annehmen müssen, wenn durch die Offenbarung das Ansehen des Verstorbenen oder seiner Angehörigen erheblich beeinträchtigt werden könnte.

An der Mitteilung medizinischer Feststellungen und Unterlagen ist der Arzt **nach dem Tode** des Versicherten oder Versorgungsberechtigten nicht gehindert, wenn davon ausgegangen werden kann, dass er **bei Kenntnis des Sachverhalts seine Einwilligung erteilt haben würde**, (ebenso Schmidt, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, 14. Aufl. 2017, § 107 Rn. 6a), z. B. wenn

die Beteiligten darüber streiten, ob die Witwe Anspruch auf Versorgung nach dem BVG hat, und dies von der Feststellung abhängt, dass der Tod des Kriegsbeschädigten auf die Schädigungsfolgen zurückzuführen ist.

19 Der ärztlichen Schweigepflicht unterliegt **das gesamte Wissen des Arztes**, das sich auf den Gesundheitszustand und die Behandlung des Patienten bezieht. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Arzt oder ein anderer Angehöriger eines Heilberufs sein Wissen in Ausübung der Berufstätigkeit erlangt hat, also von oder über einen Patienten, der den Arzt ausgewählt und sich ihm anvertraut hat. Damit unterliegt auch der Schweigepflicht, was der Arzt, ohne dass ein derartiges Vertrauensverhältnis besteht, durch eine Untersuchung, die er im Auftrage eines Versicherungsträgers, einer Versorgungsbehörde oder eines Gerichts durchführt, oder aus den Unterlagen, in die ihm der Auftraggeber des Gutachtens Einblick gewährt, erfährt (vgl. dazu § 203 StGB).

20 Gegenüber der Stelle, die ihm den Gutachtenauftrag erteilt, hat der vom Gericht bestimmte **Sachverständige** **keine Schweigepflicht**. Dies gilt auch, wenn der Untersuchte die Untersuchung dulden musste oder sie in Unkenntnis eines Verweigerungsrechtes geduldet hat. Damit verfügt das Gericht in diesem Falle über den Schutz der Geheimsphäre des Versicherten oder Versorgungsberechtigten und befugt den Arzt durch den Gutachtenauftrag und in diesem Rahmen, dem Gericht mitzuteilen, was ihm dabei bekannt wird. Der Inhalt der Mitteilung unterliegt aber der **Schweigepflicht in anderen Verfahren**, unabhängig davon, ob vor einem anderen oder vor demselben Gericht, und was der Sachverständige nicht im Rahmen oder in Ausführung des Gutachtenauftrages, sondern darüber hinaus erfahren hat (Grüner, SGb 1966, 1). Über inzwischen **offenkundige Tatsachen**, mögen sie auch zunächst der ärztlichen Schweigepflicht unterlegen haben, kann der Arzt nicht das Zeugnis verweigern. Dies ergibt sich aus § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO. Danach sind zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt Personen, denen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes **Tatsachen** anvertraut sind, deren **Geheimhaltung** durch ihre Natur oder durch gesetzliche Vorschrift **geboten** ist, im Betreff der Tatsachen, auf welche die Verpflichtung zur Verschwiegenheit sich bezieht. Bei offenkundigen Tatsachen ist eine Geheimhaltung nicht mehr geboten.

21 **cc) Datenschutz.** Ein Leistungsträger, dessen Akten Angaben enthalten, die dem ärztlichen Berufsgeheimnis unterliegen, und der das Geheimnis zu wahren hat (vgl. § 35 Abs. 1 SGB I), darf anderen Leistungsträgern im Wege der **Amtshilfe** Einsicht in die Akten gewähren, wenn der andere Leistungsträger zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben nach dem Sozialgesetzbuch die geheim zu haltenden Tatsachen kennen muss. Das setzt allerdings voraus, dass diese Tatsachen dem Leistungsträger im **Zusammenhang mit einer Begutachtung** zur Erbringung von Sozialleistungen oder wegen Ausstellung einer Bescheinigung zugänglich gemacht worden sind und dass der Betroffene der Offenbarung nicht widerspricht (vgl. § 4 Abs. 1 Nrn. 3 und 4, Abs. 2

Satz 2, § 69 Abs. 1 Nr. 1 und § 76 Abs. 1 und 2 SGB X). Unter den gleichen Bedingungen ist die **Offenbarung gegenüber den Gerichten** der Sozialgerichtsbarkeit zulässig (vgl. dazu Kummer, MEDSACH 1984 S. 66 ff.).

c) **Gegenüber Beteiligten.** Die **Mitteilungspflicht** nach § 107 SGG besteht gegenüber den Beteiligten. Nach § 69 SGG sind Beteiligte am Verfahren der Kläger, der Beklagte und der Beigeladene. Das wirft die Frage auf, ob nur ihnen selbst eine Mitteilung über die Beweisaufnahme zuzuleiten ist.

aa) **Beteiligte selbst.** Ist der Kläger nicht durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten, erhält er die Mitteilung persönlich. Denn es muss ihm dadurch Gelegenheit gegeben werden, zu den Ergebnissen der Beweisaufnahme Stellung zu nehmen. Das Gleiche gilt, wenn eine natürliche Person zum Verfahren beigeladen ist.

Auch die **Versicherungsträger** und **Versorgungsträger** sind vom Vorsitzenden nach § 107 SGG über das Ergebnis der Beweisaufnahme unmittelbar zu informieren, wenn sie nicht – was im sozialgerichtlichen Verfahren selten geschieht – durch einen Prozessbevollmächtigten, z. B. einen Rechtsanwalt, vertreten werden. Dabei spielt ihre Stellung im Prozess, d. h. ob sie Kläger, Beklagter oder Beigeladener sind, keine Rolle.

bb) **Prozessvertreter.** Hat ein Beteiligter einen oder mehrere Prozessbevollmächtigte bestellt, so besteht die Mitteilungspflicht nur ihnen gegenüber (vgl. dazu § 73 Abs. 6 Satz 6 SGG). Mit der Mitteilung an den Prozessbevollmächtigten ist auch die Mitteilungspflicht gegenüber dem Beteiligten selbst erfüllt. Denn der Prozessbevollmächtigte vertritt den Beteiligten (vgl. § 73 Abs. 2 Satz 1 SGG). Ob und in welcher Form der Prozessbevollmächtigte die Mitteilung des Gerichts an seinen Mandanten weiterleitet, bestimmt das Auftragsverhältnis zwischen Beteiligten und Prozessbevollmächtigten, darüber finden sich keine Regeln im Prozessrecht.

cc) **Nachträglich Beigeladene.** Nach § 75 Abs. 3 Satz 2 SGG sollen im Beiladungsbeschluss der Stand der Sache und der Grund der Beiladung angegeben werden (siehe dazu Littmann, in: Lüdtke/Berchtold, SGG, Handkommentar, 5. Aufl. 2017, § 75 Rn. 8). Daraus ergibt sich aber nicht zwingend, dass der nachträglich Beigeladene in gleicher Form über die Ergebnisse einer Beweisaufnahme wie die anderen Beteiligten informiert werden muss. Falls er über die im Beiladungsbeschluss enthaltene Darstellung des Sachstandes weitere Informationen verlangt, kann das Gericht ihn auf die Möglichkeit der Akteneinsicht verweisen (vgl. § 120 SGG; s. dazu auch Schmidt, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, Komm., 12. Aufl. 2017, § 107 Rn. 3a; Straßfeld, in: Roos/Wahrendorf, SGG, Komm., 1. Aufl. 2014, § 75 Rn. 199).

5. Aufgabe des Vorsitzenden

Die Mitteilung erfolgt „nach Anordnung des Vorsitzenden“. Ihm obliegt die Mitteilungspflicht. Er hat zu bestimmen, über welche Beweisergebnisse in

welcher Form die Beteiligten zu unterrichten sind. Dieser Pflicht kommt der **Vorsitzende** in der Regel dadurch nach, dass er eine entsprechende **Aktenverfügung** fertigt. Auf welche Weise die Mitteilung erfolgt, steht im **Ermessen des Vorsitzenden** (ebenso Hauck, in: Hennig, SGG, Komm., § 107 Rn. 18 – Stand: Oktober 2015; Roller, in: Lüdtke/Berchtold, SGG, Handkommentar, 5. Aufl. 2017, § 107 Rn. 5). Der Vorsitzende kann sich – wie dem Gesetzeswortlaut des § 107 SGG zu entnehmen ist – auf die Übersendung einer Abschrift des Protokolls der Beweisaufnahme an die Beteiligten beschränken (vgl. dazu auch Roller a. a. O.). Die Ausführung der Verfügung des Vorsitzenden ist in der Regel Sache der Geschäftsstelle des Gerichts, es sei denn, die Beteiligten werden in der mündlichen Verhandlung über einen bestimmten Vorgang oder Einzelheiten der Beweisaufnahme unterrichtet.

28 Durch § 107 SGG hat das Gesetz **dem Vorsitzenden** eine erhebliche **Verantwortung übertragen**. Er wird dieser Pflicht nicht gerecht, wenn er die Sichtung des Inhalts und die Bestimmung des Umfanges und der Form der Weitergabe dem **Hausarzt** des Versicherten oder Versorgungsberechtigten überlässt (BSG SozR Nr. 4 zu § 107 SGG). Das schließt allerdings nicht aus, dass der Vorsitzende zunächst Kontakt mit dem behandelnden Hausarzt aufnimmt, bevor er dem Beteiligten persönlich eine Mitteilung zuleitet, die – wegen der Brisanz ihres Inhalts – dessen Gesundheit gefährden könnte.

29 a) **Vertretung**. Ist der **Vorsitzende verhindert**, z. B. durch Krankheit oder Urlaub, so obliegen die Pflichten aus § 107 SGG dem **nach dem Geschäftsverteilungsplan bestellten Vertreter**. Das gilt in allen Instanzen, auch beim Revisionsgericht, soweit dort eine Beweisaufnahme durchzuführen ist (z. B. wegen prozessrechtlicher Fragen oder in Verfahren, für die eine erst- und letztinstanzliche Zuständigkeit des BSG besteht; vgl. dazu § 39 Abs. 2 Satz 1 SGG, § 88 Abs. 7 Satz 2 Nr. 2 Soldatenversorgungsgesetz [SVG] und § 160 Abs. 6 Satz 4 SGB III).

30 b) **Übertragung auf anderen Berufsrichter**. Gemäß § 155 Abs. 1 SGG kann der Vorsitzende seine **Aufgaben** nach den §§ 104, 106–108 und 120 SGG **einem Berufsrichter des Senats übertragen**. Ist ein **Berichterstatter** bestellt und hat der Vorsitzende uneingeschränkt von der Möglichkeit des § 155 Abs. 1 Satz 1 SGG Gebrauch gemacht, so obliegt die Mitteilungspflicht nach § 107 SGG dem Berichterstatter. Er hat dann die Rechte und Pflichten aus § 107 SGG wahrzunehmen.

31 Da auch im Revisionsverfahren eine Übertragung der Aufgaben des Vorsitzenden auf einen Berufsrichter des Senats nach § 165 Satz 1 i. V. m. § 155 Abs. 1 Satz 1 SGG möglich und üblich ist, muss auch der **Berichterstatter im Revisionsverfahren** – jedenfalls wenn eine Beweisaufnahme stattgefunden hat – die Vorschrift des § 107 SGG beachten.

32 Eine **Übertragung** dieser Aufgaben **auf die Geschäftsstelle** ist aber **ausgeschlossen**. Die Wahrnehmung der Rechte und Pflichten aus § 107 SGG gehört zu den nicht übertragbaren richterlichen Aufgaben. Denn vor einer Mit-

teilung von Beweisergebnissen an die Beteiligten ist – wie bereits an anderer Stelle hervorgehoben wurde – je nach Inhalt auch darüber zu befinden, in welchem Umfang und in welcher Form die Information erfolgen kann und darf.

6. Ermessensentscheidung

Das Gesetz stellt dem Vorsitzenden frei, ob er den Beteiligten eine Abschrift der Niederschrift der Beweisaufnahme übersenden lässt **oder deren Inhalt mitteilt**. Insoweit besteht ein Ermessensspielraum (so auch Hauck, in: Hennig, § 107 Rn. 18 – Stand: Oktober 2015). Allerdings ist die Übersendung einer Abschrift des Protokolls über die Beweisaufnahme der Mitteilung des Inhalts grundsätzlich vorzuziehen (so zu Recht Hauck, in: Hennig, § 107 Rn. 26 – Stand: Oktober 2015 – unter Hinweis auf BSG, Entsch. v. 2.9.1964 – 11/1 RA 59/63, SozR Nr. 4 zu § 107 SGG).

33

a) Inhalt. § 107 SGG soll sicherstellen, dass den Beteiligten das **rechtliche Gehör** (vgl. Art. 103 Abs. 1 GG; § 62 SGG) hinreichend gewährt wird und sie nach Inhalt und Frist **Gelegenheit zur Äußerung** haben (vgl. Hauck, in: Hennig, § 107 Rn. 26 – Stand: Oktober 2015; Müller, in: Roos/Wahrendorf, SGG, Komm., 1. Aufl. 2014, § 107 Rn. 1; Schmidt, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, Komm., 12. Aufl. 2017, § 107 Rn. 1 und 4a). Insofern ist die Form der Mitteilung im Rechtsmittelzug nachprüfbar.

34

b) Ausführung. Auch bezüglich der Form hat der Vorsitzende einen **Ermessensspielraum**. Ob er mündlich oder schriftlich informiert, ob er eine Fotokopie des Gutachtens übersendet oder eine Zusammenfassung mitteilt, ist ihm überlassen. Er verletzt die Vorschrift des § 107 SGG nur dann, wenn die gewählte Information im Hinblick auf den Anspruch auf rechtliches Gehör nicht als ausreichend angesehen werden kann. Geht es z. B. in dem Rechtsstreit darum, ob eine Lähmung auf eine Granatsplitterverletzung oder einen Schlaganfall zurückzuführen ist, so wäre es nicht ausreichend, nur die Teile der gutachtlichen Stellungnahme mitzuteilen, in denen der Sachverständige den Ursachenzusammenhang zwischen der Lähmung und dem Schlaganfall bejaht. Die Beteiligten müssen auch darüber informiert werden, aus welchen Gründen der Sachverständige meint, die Lähmung sei nicht schädigungsbedingt.

35

7. Art der Mitteilung

Über die Art der Mitteilung enthält das Gesetz **keine konkreten Vorschriften**. Es erwähnt zwar „eine Abschrift des Protokolls der Beweisaufnahme“ als Mitteilungsform, lässt aber auch die Mitteilung des Inhalts zu. Daraus ist allgemein zu schließen, dass der Vorsitzende selbst darüber entscheidet, von welcher Möglichkeit der Information er Gebrauch macht.

36

a) Übersendung von Abschriften. Hat eine Beweisaufnahme vor der mündlichen Verhandlung stattgefunden, z. B. durch Beziehung von Befundberichten, Einholung von Auskünften oder Gutachten, so genügt es in jedem Falle

37

dem Gesetzeszweck, wenn der Beteiligte eine (vollständige) **Abschrift** dieser Unterlagen erhält.

38 aa) Maschinenschriftliche Durchschrift. Hat der Sachverständige selbst mehrere Durchschriften seines Gutachtens eingereicht, ist es zweckmäßig, **jedem Beteiligten eine dieser Durchschriften zuzuleiten**. Dass das Gericht selbst noch Durchschriften auf der Schreibmaschine fertigen lässt, dürfte – schon wegen des unnötigen Aufwands – die Ausnahme sein.

39 bb) Computer-Ausdruck. Den gleichen Zweck wie die maschinenschriftliche Durchschrift erfüllt ein **vollständiger Computer-Ausdruck** des Befundberichts bzw. des Gutachtens. Auch mit ihrer Übersendung erfüllt das Gericht den Auftrag des § 107 SGG.

40 cc) Fotokopie. Sind Durchschriften oder Computer-Ausdrucke der Unterlagen, über die die Beteiligten informiert werden müssen, nicht verfügbar, so genügt eine **Fotokopie**.

41 b) Zusammenfassung der Ergebnisse. § 107 lässt ausdrücklich zu, dass der **Inhalt einer Beweisaufnahme mitgeteilt wird**. Dies erfordert nicht unbedingt, dass das Beweisergebnis in allen Einzelheiten wiedergegeben wird. Der Vorsitzende kann die erteilten Auskünfte, den Befund in den Gutachten oder den Inhalt der Krankenbehandlungsunterlagen **gekürzt mitteilen**. Dabei muss er aber darauf achten, dass die Auskunft oder das Gutachten durch die Kürzung nicht einen anderen Inhalt oder Sinn erhält oder – für eine mögliche Stellungnahme der Beteiligten – wesentliche Informationen unterbleiben.

42 c) Auszug. Auch ein Auszug aus beigezogenen Unterlagen, insbesondere Gutachten, ist rechtlich nicht zu beanstanden, wenn dieser alles Wesentliche enthält und **nicht** bereits eine **einseitige Auswahl** darstellt (vgl. dazu Schmidt, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, § 107 Rn. 3 unter Hinweis auf BSG SozR Nr. 4 zu § 107 SGG und Rn. 3a).

43 Der **wörtliche Auszug** wird in der Regel einer Zusammenfassung der Beweisergebnisse mit den Worten des mitteilenden Richters vorzuziehen sein. Denn die Wiedergabe der Beurteilung eines Sachverständigen durch andere Sätze und Worte, als sie im Gutachten verwendet worden sind, birgt stets die **Gefahr** in sich, dass die **Wiedergabe ungenau** wird.

44 Zu vermeiden sind auch **offensichtliche Brüche und Lücken**. Mit einem solchen Auszug wird der Zweck der Informationspflicht des § 107 SGG, nämlich ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, nicht erreicht. Wer nur die Zusammenfassung einer gutachtlichen Stellungnahme erhält, kann das Gutachten nicht hinreichend auf seine Richtigkeit prüfen (vgl. Wagner, SGb 1967, 408).

45 d) Verweisung auf Akteneinsicht. Bei **umfangreichen Gutachten und Unterlagen** wird sich – schon aus Kostengründen – empfehlen, nur kurz das Ergebnis mitzuteilen, ohne auf den Inhalt einzugehen, und im Übrigen aus-

drücklich auf die Möglichkeit der Akteneinsicht nach § 120 SGG zu verweisen (ebenso Schmidt, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, § 107 Rn. 3a).

e) Information über Beziehung von Akten. Es ist nicht üblich, einen **Auszug aus den Akten** der Verwaltung, die der Vorsitzende nach § 106 Abs. 2 SGG beigezogen hat, den Beteiligten mitzuteilen. Es genügt, dass der Vorsitzende ihnen die Beziehung, aber auch kurz den Inhalt der Teile der Akten mitteilt, die das Gericht bei der Entscheidung berücksichtigen kann (vgl. Harthun, SGb. 1980, 151 f.), und ihnen Gelegenheit zur Kenntnis- und Stellungnahme gibt.

f) Mündliche Information. Die Mitteilung kann auch mündlich erfolgen. Doch wird in der Regel die schriftliche Mitteilung angebracht sein, um späteren Rügen, dass das rechtliche Gehör verletzt worden sei, zu begegnen. Dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG, § 62 SGG) und der Möglichkeit, sich zum Beweisergebnis zu äußern (vgl. § 128 Abs. 2 SGG), ist Genüge getan, wenn die Beteiligten der Beweisaufnahme beigewohnt haben und das Protokoll in ihrer Gegenwart aufgenommen worden ist; denn damit ist ihnen der Inhalt des Protokolls mitgeteilt worden. Auch die mündliche Bekanntgabe erst durch den Vortrag des Sachverhalts in der mündlichen Verhandlung kann genügen, wenn sich die Beteiligten dadurch ein klares Bild über das Beweisergebnis, z. B. über den Inhalt von Auskünften, machen können (BSGE 4, 60). Doch wird es wesentlich auf die Umstände des Einzelfalles ankommen.

8. Zeitpunkt der Mitteilung

Von entscheidender Bedeutung für die **Wahrung des Anspruchs auf das rechtliche Gehör** kann der Zeitpunkt der Mitteilung sein. Kurze Mitteilungen sind noch in der mündlichen Verhandlung durch Übergabe eines Schriftstückes oder durch mündliche Information oft ausreichend. Dagegen ist bei der **Mitteilung eines ärztlichen Gutachtens** davon auszugehen, dass die Beteiligten in der Regel die Möglichkeit erhalten müssen, sich in Ruhe damit zu befassen. Hier genügt auch nicht die Übergabe einer Abschrift des Gutachtens (vgl. Schmidt, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, Komm., 12. Aufl. 2017, § 107 Rn. 4a; LSG Bad.-Württ., Breith. 1956, 856).

Bei der **Verweisung auf die Möglichkeit der Einsicht in die Akten** (vgl. dazu BSG SozR Nr. 15 zu § 62 SGG) ist selbstverständlich verbunden, dass das Gericht hierfür eine **angemessene Frist** einräumt. Entsprechendes kann für jede Art der Mitteilung gelten. Es kommt immer auf die **Umstände des Einzelfalles** an, insbesondere inwieweit die Kenntnisse vom Ergebnis einer Beweisaufnahme und die Auseinandersetzung damit Zeitaufwand erfordern. Das Gericht wird es deshalb vermeiden, den Beteiligten kurz vor einer mündlichen Verhandlung **umfangreiche Unterlagen** zuzuleiten, wenn es darauf seine Entscheidung stützen will. Die Bestimmung der Frist ist dem Ermessen des Vorsitzenden überlassen (vgl. dazu BSG, SozEntsch. I/4 BSG § 62

46

47

48

49

Nr. 16 = KOV 1966, 75; BVerwG, DVBl. 1962 S. 499). In Anlehnung an § 104 Satz 3 SGG wird man annehmen können, dass die Frist in der Regel einen Monat nicht unterschreiten sollte (Bay. LSG, Breith. 1964, 813).

50 Nur bei **leicht zu erfassenden Beweisergebnissen** und entsprechender Aufnahmefähigkeit der Beteiligten kann die Darstellung in der mündlichen Verhandlung nach § 112 Abs. 1 Satz 2 SGG genügen. Ist auch dies unterblieben, ist die Verwertung bei der Entscheidung unzulässig (BSG, SozEtsch. I/4 BSG § 107 Nr. 2). Das Gebot der Prozessbeschleunigung sollte den Vorsitzenden veranlassen, das Ergebnis einer Maßnahme nach § 106 Abs. 2, 3 SGG den Beteiligten unverzüglich mitzuteilen, mag darauf auch kein Anspruch bestehen (vgl. dazu Bay. VerfGH, NJW 1963, 707).

9. Verstoß gegen Mitteilungspflicht

51 Welche Bedeutung ein Verstoß gegen § 107 SGG hat, **hängt von den Umständen des Einzelfalles ab**.

52 a) **§ 107 SGG als Ordnungsvorschrift.** § 107 SGG enthält eine Ordnungsvorschrift. Das Gesetz lässt zwar – abgesehen von dem Fall, dass die Gesundheit eines Beteiligten durch die Mitteilung gefährdet werden könnte – eine Ausnahme von der Mitteilungspflicht nicht zu. Der **Vorsitzende** hat von Amts wegen eine Abschrift der Niederschrift der Beweisaufnahme oder deren Inhalt mitzuteilen. Das ihm eingeräumte **Ermessen** geht nicht etwa dahin, dass er auch von der Mitteilung absehen könnte. Gleichwohl hat **nicht jeder Verstoß** gegen die Vorschrift die **Bedeutung eines wesentlichen Verfahrensmangels**.

53 b) **Verletzung des rechtlichen Gehörs.** Die Vorschrift des § 107 SGG konkretisiert den **Anspruch auf das rechtliche Gehör** (§ 62 SGG, Art. 103 GG). Die Beteiligten haben einen prozessrechtlichen Anspruch auf die in der Vorschrift genannten Mitteilungen. Die Information ist somit ein Mittel, den Beteiligten rechtliches Gehör zu gewähren. Das bedeutet nun aber **nicht**, dass **jeder Verstoß** gegen § 107 SGG gleichzeitig auch mit Erfolg als **Verletzung des rechtlichen Gehörs** gerügt werden könnte. Hat das Gericht beispielsweise seine Entscheidung nicht auf den Inhalt einer Akte gestützt, von deren Beziehung die Beteiligten nicht unterrichtet worden sind, so ist der Verstoß gegen § 107 SGG für das Verfahren ohne Folgen geblieben. Von einem wesentlichen Mangel des Verfahrens kann aber auch dann keine Rede sein, wenn der Vorsitzende zwar vergessen hat, einen Befundbericht den Beteiligten zuzuleiten, die Beteiligten dann jedoch noch rechtzeitig vor der Entscheidung des Gerichts vom Inhalt dieses Befundberichts durch Akteneinsicht Kenntnis erlangen.

54 aa) **Rüge des Mangels.** Aber selbst wenn aufgrund eines Versäumnisses des Gerichts ein Beteiligter die nach § 107 SGG **notwendige Information nicht erhalten hat**, muss dies nicht automatisch zur Aufhebung des angefochtenen Urteils oder zur Zulassung eines Rechtsmittels, z. B. der Berufung oder der Revision, führen. Es ist nämlich zu unterscheiden zwischen Verfahrensmän-

geln, die von Amts wegen zu beachten sind (vgl. dazu BSG SozR 1500 § 150 Nr. 11) und solchen, die **nur auf Rüge** berücksichtigt werden (vgl. dazu Kummer, NJW 1989, 1569, 1570 ff.). Bei dem Verstoß gegen § 107 SGG handelt es sich ebenso wie bei der Verletzung des Anspruchs auf das rechtliche Gehör (§ 62 SGG) um Verfahrensmängel, die nur auf Rüge zu beachten sind (vgl. BSGE 4, 60, 64 f.; vgl. zur Rspr. des Bundesverwaltungsgerichts BVerwGE 8, 149, 150; 19, 231, 234; Kummer, NJW 1989, 1569, 1571).

Der betroffene Beteiligte muss also im Rechtsmittelverfahren darlegen, dass das vorinstanzliche Gericht verpflichtet gewesen wäre, über das Ergebnis einer bestimmten Beweisaufnahme oder über die Beziehung einer bestimmten Akte die Beteiligten zu unterrichten, dass dies unterblieben ist und dass das Gericht trotzdem seine Entscheidung – entgegen § 128 Abs. 2 SGG – auf die nicht mitgeteilten Fakten gestützt hat und dass dadurch keine Möglichkeit bestanden hat, sich hierzu zu äußern. Außerdem wird der Rechtsmittelführer in der Regel auch angeben müssen, welches **Vorbringen durch das Verhalten des Gerichts**, nämlich die Nichtmitteilung der Beweisergebnisse, verhindert worden ist und inwieweit das angefochtene Urteil auf Verletzung des rechtlichen Gehörs beruhen kann (vgl. hierzu Kummer, Die Nichtzulassungsbeschwerde, 2. Aufl. 2010 Rn. 695 ff. m. Nachw. aus der Rspr. des BFH, des BSG und des BVerwG).

bb) Rügeverzicht. Wenn ein Beteiligter auf die Befolgung einer Verfahrensvorschrift verzichtet oder wenn er den Gesetzesverstoß bei der nächsten mündlichen Verhandlung nicht gerügt hat (vgl. dazu BSG, Urt. v. 23.2.2017 – B 4 AS 7/16 R, NZS 2017, 874 = Zff 2017, 2016 unter Hinweis auf BSG, Beschl. v. 20.1.1998 – B 13 RJ 207/97 B, SozR 3-1500 § 160 Nr. 22), obgleich er erschienen oder ihm der Mangel bekannt war oder hätte bekannt sein müssen, kann die Verletzung nicht mehr gerügt werden. Dies ergibt sich aus der Vorschrift des § 295 ZPO, die über § 202 Satz 1 SGG auch für das sozialgerichtliche Verfahren gilt (Kummer, NJW 1989, 1569, 1571; Schmidt, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, § 107 Rn. 10; Hauck, in: Hennig, § 107 Rn. 33 und 34 – Stand: Oktober 2015; Müller, in: Roos/Wahrendorf, 1. Aufl. 2014, § 107 Rn. 16). Der **Verlust des Rügerechts** ist jedoch nur möglich, wenn es sich um Verfahrensverstöße handelt, die nicht von Amts wegen zu berücksichtigen sind (vgl. dazu BSGE 1, 126, 131; 3, 284, 285; 4, 60, 64). Der Verstoß gegen § 107 SGG gehört nicht zu den von Amts wegen zu berücksichtigenden Verfahrensverstößen. Auf eine Rüge der Verletzung des § 107 SGG kann deshalb verzichtet werden (BSGE 4, 60, 64 f.; BFH, Beschl. v. 14.4.2015 – VII B 149/14 und v. 23.10.2015 – XI B 92/15; Kummer, NJW 1989, 1569, 1571; Roller, in: Lüdtke/Berchtold, SGG, Handkommentar 5. Aufl. 2017, § 107 Rn. 8; Hauck, in: Hennig, § 107 Rn. 33 – Stand: Oktober 2015).

cc) Vorliegen des Verfahrensmangels. Auch die ordnungsgemäße Rüge eines Verstoßes gegen § 107 SGG bedeutet noch nicht, dass das angefochtene Urteil verfahrensfehlerhaft zustande gekommen ist und deshalb aufgehoben werden muss oder dass z. B. die Berufung oder Revision zugelassen werden

55

56

57

muss. Der **Verfahrensfehler** muss auch **tatsächlich vorliegen**. Die Überprüfung muss also, wenn ein Verstoß des § 107 SGG gerügt wird – ergeben, dass das Gericht Beweisergebnisse, die nach der genannten Vorschrift hätten mitgeteilt werden müssen, nicht mitgeteilt hat und dass dadurch der Rechtsmittelführer an einem Vorbringen gehindert worden ist, das möglicherweise zu einer anderen, für den Rechtsmittelführer günstigeren Entscheidung des vorinstanzlichen Gerichts geführt hätte (vgl. zum Ganzen BSG SozR 1500 § 150 Nrn. 11 und 28 m. w. N.; BFH, Beschl. v. 14.4.2015 – IV B 115/13, BFH/NV 2015, 1256–1257; Kummer, NJW 1989, 1569, 1571; ders., Die Nichtzulassungsbeschwerde 2. Aufl. 2010, Rn. 702–703 m. N. aus der Rspr. des BFH und des BSG; zum Ganzen siehe auch Schmidt, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, § 107 Rn. 10; Krasney/Udsching, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, 7. Aufl. 2016, IX Rn. 136 und Rn. 137 für die Nichtzulassungsbeschwerde mit Nachw.).