

SG-Verfahren - Zurückweisung der Berufung durch Beschluss -  
Ermessensentscheidung - Ermessensfehler - fehlerhafte Gerichts-  
besetzung (§ 153 Abs. 4 SGG);  
hier: BSG-Urteil vom 2.5.2001 - B 2 U 29/00 R - (Zurückverweisung  
an das LSG)

Das BSG hat mit Urteil vom 2.5.2001 - B 2 U 29/00 R - (s. Anlage)  
Foglendes entschieden:

#### **Leitsatz**

1. Die Entscheidung, die Berufung ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß gemäß § 153 Abs 4 SGG zurückzuweisen, steht im pflichtgemäßen Ermessen des Berufungsgerichts. Sie kann im Revisionsverfahren nur auf fehlerhaften Gebrauch (sachfremde Erwägungen, grobe Fehleinschätzung) überprüft werden.
2. Eine Verletzung des § 153 Abs 4 S 1 SGG führt zur unvorschriftsmäßigen Besetzung des Berufungsgerichts nur mit den Berufsrichtern und damit zum Vorliegen eines absoluten Revisionsgrundes gemäß § 202 SGG iVm § 551 Nr 1 ZPO.

#### **Orientierungssatz**

Eine Nachholung einer unterlassenen Ablehnungsentscheidung in oder mit der abschließenden Entscheidung kann jedenfalls dann, wenn der Beteiligte auf die Ablehnungsentscheidung des Prozeßgerichts auf eine die Endentscheidung möglicherweise beeinflussende Weise hätte reagieren können, den Verfahrensmangel nicht heilen.

#### Anlage

BSG-Urteil vom 2.5.2001 - B 2 U 29/00 R -

#### **Tatbestand**

Streitig ist, ob die Klägerin Anspruch auf Verletztenrente wegen der Folgen einer von der Beklagten inzwischen anerkannten Berufskrankheit (BK) nach Nr 1304 der Anlage 1 zur Berufskrankheiten-Verordnung (BKVO) hat.

Die im Jahre 1934 geborene Klägerin war von 1953 bis 1964 als Chemiefacharbeiterin bei den Chemischen Werken H., von 1973 bis 1979 als Laborgehilfin bei der Firma L. und ab 1980 als Laborantin bei der Firma S. tätig. Bei der zuletzt verrichteten Tätigkeit mußte sie mit Toluidin umgehen. Ab Dezember 1986 wurde die Klägerin arbeitsunfähig krank; im Anschluß daran bezog sie ab Februar 1987 von der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA) Rente wegen Erwerbsunfähigkeit. Den im März 1987 gestellten Antrag der Klägerin auf Anerkennung und Entschädigung verschiedener Gesundheitsstörungen (Atemwegsbeschwerden, Brennen der Schleimhäute, Kopfschmerzen usw) als Folgen einer BK, die sie auf den Umgang mit Toluidin und anderen Chemikalien zurückführte, lehnte

die Beklagte nach technischen und medizinischen Ermittlungen durch Bescheid vom 4. September 1987 ab. Im Verfahren vor dem Sozialgericht Detmold (SG), das zunächst Befundberichte und eine Arbeitgeberauskunft eingeholt sowie Krankenhausberichte und andere medizinische Unterlagen beigezogen hatte, hat die Klägerin ein von ihr eingeholtes Gutachten des Prof. Dr. W., später ein Gutachten des praktischen Arztes F. sowie ua die von der BfA im Rentenverfahren eingeholten medizinischen Gutachten eingereicht. Darin wird die Verursachung eines bei der Klägerin vorliegenden hirnanorganischen Psychosyndroms durch eine berufsbedingte Intoxikation durch Toluidin für möglich angesehen. Hierzu hat die Beklagte mehrere ablehnende Stellungnahmen ihres beratenden Arztes Dr. M. herbeigeführt, denen die Klägerin mit Stellungnahmen des Prof. Dr. W. entgegnet hat. Das SG hat danach verschiedene medizinische Sachverständigengutachten eingeholt. Der Sachverständige Prof. Dr. N. hat in seinem Gutachten vom 30. September 1992 ausgeführt, die bei der Klägerin bestehende Leberzellverfettung sei auf den Umgang mit Toluidin zurückzuführen und als BK nach Nr 1304 der Anlage 1 zur BKVO anzusehen; die hierdurch bedingte Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE) betrage 10 vH. Der Sachverständige Prof. Dr. P. hat sich dieser Auffassung angeschlossen, während etwa der Sachverständige Prof. Dr. D. eine durch die berufliche Exposition mit Toluidin verursachte Gesundheitsstörung auf neurologisch-psychiatrischem Gebiet ausgeschlossen hat. Zu diesen Gutachten haben beide Beteiligten wiederum mehrere einander widersprechende medizinische Stellungnahmen eingereicht. In der mündlichen Verhandlung vor dem SG hat die Beklagte in einem Teilvergleich das

Vorliegen einer BK nach Nr 1304 der Anlage 1 zur BKVO anerkannt. Das SG hat sodann die Klage auf Gewährung von Verletztenrente abgewiesen, weil die nach dem Gesamtergebnis des Verfahrens als einzige Folge der BK festzustellende Leberzellverfettung mit anhaltender Gamma-GT-Erhöhung lediglich mit einer MdE um 10 vH zu bewerten sei (Urteil vom 8. Juli 1996). Hiergegen hat die Klägerin Berufung bei dem Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen (LSG) eingelegt.

Nachdem die Klägerin im Berufungsverfahren ein rechtsmedizinisches Gutachten des Prof. Dr. B. eingereicht hatte, hat das LSG auf Antrag der Klägerin gemäß § 109 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) ein Sachverständigengutachten von dem Facharzt für innere Medizin und Umweltmedizin Dr. K. vom 7. September 1998 eingeholt, der zu dem Ergebnis gelangt ist, als Folgen der BK seien bei der Klägerin eine encephalo-, periphere und vegetative Neuropathie, eine chronische Leberschädigung, eine Arthromyopathie sowie eine generalisierte toxische Schleimhautschädigung gegeben, die seit 1982 eine abgestufte MdE zwischen 20 und 60 vH bedingten. Nachdem die Beklagte hierzu eine gutachtliche Stellungnahme des Arztes für Arbeits-, Sozial- und Umweltmedizin Dr. Pr. eingereicht hatte, der im Gegensatz zu Dr. K. lediglich eine MdE um 10 vH für gerechtfertigt hielt, hat das LSG durch den Berichterstatter eine Beweisanordnung vom 4. Januar 1999 über die Einholung eines Sachverständigengutachtens aufgrund ambulanter Untersuchung der Klägerin zur Klärung verschiedener im wesentlichen mit der unterschiedlichen Begutachtung durch Dr. K. einerseits und Dr. Pr. andererseits zusammenhängender Fragen getroffen und Prof. Dr. Ko. zum Sachverständigen ernannt. Die Klägerin hat daraufhin beantragt, diese Beweisanordnung wegen Unvereinbarkeit mit § 109 SGG aufzuheben, woraufhin der Berichterstatter mit Schreiben vom 21. Januar 1999 darauf hingewiesen hat, das Gutachten solle von Amts wegen eingeholt werden und die Klägerin treffe die Mitwirkungspflicht, sich untersuchen zu lassen. Bei Verweigerung einer zumutbaren Untersuchung solle das Gutachten nach Aktenlage erstattet werden; bei infolge fehlender Mitwirkung verbleibenden Aufklärungsdefiziten könne sich das für die Klägerin nach der prozessualen Beweislastverteilung nachteilig auswirken.

Die Klägerin hat sich mit Schriftsatz vom 2. Februar 1999 gegen diese Verfahrensweise gewandt und erklärt, sie sei nicht bereit, sich von Prof. Dr. Ko. untersuchen zu lassen, widerspreche ausdrücklich der Erstattung eines Gutachtens nach Aktenlage durch diesen Sachverständigen und erteile keine Schweigepflichtentbindungserklärung hinsichtlich der sie betreffenden ärztlichen Gutachten und Atteste; im Falle der Zuwiderhandlung werde sie gegen den Berufungssenat Strafanzeige erstatten. Sie lehne Prof. Dr. Ko. wegen Besorgnis der Befangenheit ab, weil er Mitglied des Arbeitskreises "Lösemittel" beim Hauptverband der gewerblichen Berufsgenossenschaften und Mitverfasser des ärztlichen Merkblatts des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung zur BK Nr 1317 sei, ihm in einem Zeitschriftenartikel die unzutreffende Auswertung internationaler Forschungsergebnisse nachgewiesen worden sei und er einen wesentlichen Teil seines Vermögens aus wissenschaftlichen Gutachten für die Beklagte erziele. Als Sachverständiger komme statt dessen der Nephrologe und Internist Prof. Dr. H. in H. in Betracht, der den Neurotoxikologen Prof. Dr. Hä. in N. hinzuziehen könne. Daraufhin hat der Berichterstatter die Beweisanordnung durch Verfügung vom 4. Februar 1999 aufgehoben, "weil die Klägerin einer Einsichtnahme der Akten durch den ernannten Sachverständigen widersprochen hat". Mit Schreiben vom 16. Februar 1999 hat er den Beteiligten mitgeteilt, der Senat erwäge, die Berufung durch Beschluß gemäß § 153 Abs 4 SGG zurückzuweisen, nachdem die Klägerin einer Auswertung des Akteninhalts durch den vom Senat ernannten Sachverständigen unter Androhung strafrechtlicher Konsequenzen untersagt habe; es werde Gelegenheit gegeben, hierzu Stellung zu nehmen. Nachdem sich die Klägerin mit Schriftsatz vom 15. Februar 1999 auf die Aufhebung der Beweisanordnung hin mit einer Untersuchung durch den von ihr als Sachverständigen benannten Prof. Dr. H. einverstanden erklärt, sich mit Schriftsatz vom 1. März 1999 gegen eine "Schnellentscheidung" durch den Senat gewandt und mit Schriftsatz vom 15. April 1999 nach dem Sachstand hinsichtlich einer Beauftragung des Prof. Dr. H. gefragt hatte, hat der Berichterstatter mit Schreiben vom 10. Mai 1999 mitgeteilt, eine solche sei nicht beabsichtigt, sondern es verbleibe bei dem gerichtlichen Hinweis vom 16. Februar 1999.

Sodann hat das LSG die Berufung der Klägerin ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß vom 30. Juni 1999 zurückgewiesen. Der Senat halte die Berufung einstimmig für unbegründet sowie eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich und mache daher von der Möglichkeit des § 153 Abs 4 SGG Gebrauch. Das SG habe die Klage zu Recht abgewiesen, weil die Voraussetzungen für die Gewährung von Verletztenrente nach dem Gesamtergebnis der Beweisaufnahme nicht erfüllt seien. Eine über eine MdE um 10 vH hinausgehende "berufsbedingte Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit" der Klägerin könne nicht festgestellt werden. Auch die im Berufungsverfahren durchgeführten Ermittlungen hätten den Nachweis weitergehender Folgen der von der Beklagten anerkannten BK nicht erbracht. Zwar habe Dr. K. in seinem Sachverständigengutachten eine umfassende Erkrankung der Klägerin infolge einer längeren beruflichen neurotoxischen Lösemittelbelastung und ab 1982 eine dadurch bedingte MdE um 20 vH und mehr angenommen, jedoch bestünden erhebliche Zweifel an der Richtigkeit seiner Feststellungen, worauf Dr. Pr. im einzelnen hingewiesen habe. Die mit Beweisanordnung vom 4. Januar 1999 angeordnete weitere arbeitsmedizinische Begutachtung durch Prof. Dr. Ko.- habe dazu dienen sollen, eine Klärung der zwischen Dr. K. und Dr. Pr. unterschiedlich

beurteilten Kausalitätsfragen zu erreichen. Prof. Dr. Ko. wäre als Sachverständiger hierzu besonders geeignet gewesen. Es liege in der Natur der Sache, daß sich ein Wissenschaftler an der fachlichen Diskussion seines Gebietes beteilige. Hieraus auf eine einseitige Festlegung zu schließen und ein zur Ablehnung wegen der Besorgnis der Befangenheit berechtigendes Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit des Sachverständigen herzuleiten, sei nicht gerechtfertigt. Die Klägerin habe auch den vom LSG ins Auge gefaßten weiteren Schritt zur Klärung der streitigen, äußerst schwierigen Fragen vereitelt, indem sie der Auswertung der Streitakten durch den Sachverständigen unter Hinweis auf einen strafbewehrten Geheimnisbruch durch Verletzung der Schweigepflicht widersprochen habe. Unter diesen Begleitumständen sei die ursprünglich vorgesehene weitere Sachaufklärung nicht mehr vorzunehmen mit der Folge, daß sich dies zu ihrem Nachteil auswirke, worauf sie auch hingewiesen worden sei. Denn nach allgemeinen Beweislastgrundsätzen habe derjenige die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen, der aus bestimmten, nicht erweislichen Tatsachen eine für ihn günstige Rechtsfolge herleiten wolle. Der Senat habe sich nicht gedrängt gefühlt, dem hilfsweise gestellten Beweisantrag auf Einholung eines Gutachtens von Prof. Dr. H. und Prof. Dr. Hä. zu folgen, weil die Auswahl der Sachverständigen dem Gericht obliege, es nicht an Beweisanträge der Beteiligten gebunden und das Recht der Klägerin nach § 109 SGG bereits durch die Anhörung des Dr. K. verbraucht gewesen sei.

Mit ihrer - vom Bundessozialgericht (BSG) zugelassenen - Revision macht die Klägerin geltend, der Beschluß des LSG sei verfahrensfehlerhaft zustande gekommen. Das LSG habe nicht zuvor über den von ihr mit Schriftsatz vom 2. Februar 1999 fristgerecht gestellten Ablehnungsantrag gegen den vom Berichterstatter zum Sachverständigen ernannten Prof. Dr. Ko. nach dessen Anhörung in einem von der Endentscheidung getrennten Beschluß entschieden, wie dies von der Rechtsprechung des BSG gefordert werde (Hinweis auf BSG SozR 3-1500 § 170 Nr 5). In der Aufhebung der Beweisanordnung durch den Berichterstatter sei eine solche Entscheidung nicht zu sehen; auch in der Folgezeit sei eine solche nicht nachgeholt worden. Selbst wenn man in den den Vorwurf der Befangenheit betreffenden Ausführungen des Senats in dem angefochtenen Beschluß eine Entscheidung über ihren Befangenheitsantrag sähe, wäre diese Entscheidung ihrerseits verfahrensfehlerhaft.

Die angefochtene Entscheidung beruhe auf diesem Verfahrensmangel, weil mindestens die Möglichkeit bestehe, daß das Gericht ohne den Verfahrensverstöß zu einem für sie günstigeren Ergebnis hätte gelangen können. Bei einer dem Befangenheitsantrag stattgebenden Entscheidung hätte das LSG einen neuen Sachverständigen benennen oder seiner eigenen Ankündigung zur Einholung einer ergänzenden Stellungnahme von Dr. K. nachkommen müssen, wobei es die von ihr genannten

Sachverständigen im Rahmen seines Ermessens mit in seine Überlegungen hätte einbeziehen müssen. Im Falle einer Ablehnung hätte sie sich einer Begutachtungssituation gestellt; sie habe sich zu keinem Zeitpunkt generell geweigert, sich begutachten zu lassen.

Ferner werde ein Verstoß gegen § 103 SGG gerügt, weil das Gericht sich aufgrund des bekannten Sachverhalts zu weiteren Ermittlungen hätte gedrängt fühlen müssen. Es hätte die Widersprüche zwischen dem Sachverständigengutachten des Dr. K. und den lediglich als Parteivorbringen der Beklagten zu würdigenden Äußerungen des Dr. Pr. nicht allein im Wege der Beweiswürdigung auflösen dürfen, sondern hätte Dr. K. zu einer ergänzenden Stellungnahme auffordern müssen. Wenn man weiterhin davon ausgehe, daß das LSG fehlerhaft von ihrer Verpflichtung zur Mitwirkung ausgegangen sei, ohne die Vorfrage der Befangenheit des Prof. Dr. Ko. zu entscheiden, liege in dem fehlerhaften weiteren Verlauf des Verfahrens, an dessen Ende eine Beweislastentscheidung wegen Beweisvereitelung gestanden habe, ein weiterer Verstoß gegen die Amtsermittlungspflicht. Ein solcher sei auch darin zu sehen, daß das Gericht ihren Anträgen auf Einholung weiterer Sachverständigengutachten von Prof. Dr. H. und Prof. Dr. Hä. nicht nachgekommen sei, wozu es auf jeden Fall gemäß § 109 SGG verpflichtet gewesen wäre.

Wegen der fehlerhaft angenommenen Mitwirkungsverpflichtung werde weiterhin ein Verstoß gegen § 128 SGG gerügt. Die Grenzen der freien Beweiswürdigung seien hier überschritten, weil das Gericht ihre Mitwirkungsverpflichtung angenommen habe, ohne zu prüfen, ob die Mitwirkung zumutbar gewesen sei oder ob andere Beweismittel zur Verfügung gestanden hätten. Da eine Mitwirkungsverpflichtung an der Untersuchung durch einen befangenen Sachverständigen nicht bestehe, das LSG diese Frage hier aber offengelassen habe, könne die fehlende Mitwirkung den Beschluß nicht tragen.

Der angefochtene Beschluß sei auch wegen Verstoßes gegen § 153 Abs 4 SGG verfahrensfehlerhaft zustande gekommen. Die Entscheidung sei unzulässigerweise ohne mündliche Verhandlung getroffen worden; dies stelle einen Verstoß gegen den Grundsatz der Mündlichkeit dar und bedeute, daß der Senat eine Entscheidung entgegen der in § 33 SGG vorgesehenen Besetzung getroffen habe. Zwar stehe die Entscheidung nach § 153 Abs 4 SGG im Ermessen des Gerichts, es sei jedoch revisionsgerichtlich überprüfbar, ob das LSG erkennbar von seinem Ermessen fehlerhaft Gebrauch gemacht habe. Dies sei der Fall, wenn - wie hier - der Beurteilung erkennbar sachfremde Erwägungen oder eine grobe Fehleinschätzung zugrunde gelegen hätten. Denn die Sache sei wegen ihrer medizinischen Komplexität schwierig und die Tatsachenfeststellung habe streitentscheidende Bedeutung. Außerdem werde der Sinn und Zweck der prozeßökonomischen Zwecken dienenden Norm des § 153 Abs 4 SGG in sein Gegenteil verkehrt, wenn deren Anwendung - wie hier - zu einer Verfahrensverlängerung führe.

Auch habe die Anhörungsmitteilung vom 16. Februar 1999 allein den Anforderungen des § 153 Abs 4 SGG nicht genügt. Erforderlich sei hier vielmehr eine zweite Anhörungsmitteilung gewesen, weil sie - die Klägerin - nach Zugang der ersten Anhörungsmitteilung prozessuale Rügen gegen die Beweisanordnung vom 4. Januar 1999 vorgebracht, den Befangenheitsantrag gegen Prof. Dr. Ko. aufrechterhalten und ihre generelle Bereitschaft erklärt gehabt habe, sich durch einen anderen Gutachter - etwa Prof. Dr. H. untersuchen zu lassen. Schließlich sei der Entscheidungsfindungsprozess hinsichtlich des Vorliegens der Voraussetzungen des § 153 Abs 4 SGG nicht dokumentiert worden, so daß er für die Beteiligten nicht überprüfbar sei.

Die Klägerin beantragt,

den Beschluß des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 30. Juni 1999 aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie ist der Ansicht, der angefochtene Beschluß sei nicht verfahrensfehlerhaft zustande gekommen.

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision der Klägerin ist insofern begründet, als das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückzuverweisen ist (§ 170 Abs 2 Satz 2 SGG). Das Berufungsverfahren leidet an einem Verfahrensmangel, auf dem die Entscheidung

beruhen kann. Das LSG hätte nicht ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß entscheiden dürfen. Nach § 153 Abs 4 Satz 1 SGG kann das LSG, außer in den Fällen, in denen das SG durch Gerichtsbescheid entschieden hat, die Berufung durch Beschluß zurückweisen, wenn es sie einstimmig für unbegründet und eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich hält. Diese durch Art 8 Nr 6 Buchst d des Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege in das SGG eingefügte Regelung stimmt - mit Ausnahme der dort nunmehr vorgesehenen Möglichkeit, der Berufung auch stattzugeben - mit der in § 130a der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) überein, die sich nach Auffassung des Gesetzgebers als wirksame Maßnahme zur Entlastung der Oberverwaltungsgerichte erwiesen hat; sie soll dem LSG die Möglichkeit geben, eindeutig aussichtslose Berufungen rasch und ohne unangemessenen Verfahrensaufwand zu bearbeiten (BT-Drucks 12/1217 S 53 zu Nr 7 Buchst d).

Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) hat zu § 130a VwGO und zu dessen Vorgängervorschrift (Art 2 § 5 des Gesetzes zur Entlastung der Gerichte in der Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit), wiederholt entschieden, daß die Entscheidung des Berufungsgerichts, bei Vorliegen der im Gesetz genannten Voraussetzungen ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß zu entscheiden, in seinem pflichtgemäßen Ermessen ("kann") steht und daß daher im Revisionsverfahren nur geprüft werden kann, ob das Berufungsgericht von seinem Ermessen erkennbar fehlerhaften Gebrauch gemacht hat, etwa wenn der Beurteilung sachfremde Erwägungen oder eine grobe Fehleinschätzung zugrunde liegen (vgl zB BVerwG DVBl 1999, 987 mwN). Dieser Rechtsprechung ist der Senat hinsichtlich der Auslegung des § 153 Abs 4 SGG gefolgt (BSG SozR 3-1500 § 153 Nr 1).

Im vorliegenden Fall beruht die Entscheidung des LSG, nach § 153 Abs 4 SGG zu entscheiden, erkennbar auf einer solchen groben Fehleinschätzung. Die mündliche Verhandlung, aufgrund der die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit regelmäßig entscheiden (§ 124 Abs 1 SGG), ist gleichsam das "Kernstück" des gerichtlichen Verfahrens und verfolgt den Zweck, dem Anspruch der Beteiligten auf rechtliches Gehör zu genügen und mit ihnen den Streitstoff erschöpfend zu erörtern (BSGE 44, 292 = SozR 1500 § 124 Nr 2). Nur wenn die Sach- und Rechtslage eine mündliche Erörterung mit den Beteiligten überflüssig erscheinen läßt und das Gericht nur noch darüber zu befinden hat, wie das Gesamtergebnis des Verfahrens gemäß § 128 SGG zu würdigen und rechtlich zu beurteilen ist, ist daher das Einverständnis zu einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung gemäß § 124 Abs 2 SGG sinnvoll (BSG aaO). Nicht erforderlich wird eine mündliche Verhandlung dagegen in der Regel nur dann sein, wenn der Sachverhalt umfassend ermittelt worden ist, so daß Tatsachenfragen in einer mündlichen Verhandlung nicht mehr geklärt werden müssen oder wenn etwa im Berufungsverfahren lediglich der erstinstanzliche Vortrag wiederholt wird (vgl Hennig / Bernsdorff, SGG, § 153 RdNr 66). Diese Funktion und Bedeutung der mündlichen Verhandlung muß das Berufungsgericht auch bei seiner Entscheidung, ob es im vereinfachten Verfahren gemäß § 153 Abs 4 SGG ohne mündliche Verhandlung entscheiden will, berücksichtigen. Demgemäß sind für diese Ermessensentscheidung - auch im Hinblick auf das in Art 6 Abs 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention jedermann gewährleistete Recht auf gerichtliches Gehör - die Schwierigkeit des Falles und die Bedeutung von Tatsachenfragen relevant (vgl BSG SozR 3-1500 § 153 Nr 1; Meyer-Ladewig, SGG, 6. Aufl, § 153 RdNr 16 mwN). Zu beachten ist auch der Anspruch der Beteiligten auf effektiven Rechtsschutz (Art 19 Abs 4 des Grundgesetzes <GG>), nach dem die Gestaltung des Verfahrens in einem angemessenen Verhältnis zu dem auf Sachverhaltsaufklärung und Verwirklichung des materiellen Rechts gerichteten

Verfahrensziel stehen muß (vgl BVerfGE 88, 118, 124, 126 ff). Ist bei Abwägung aller danach zu berücksichtigenden Umstände die Wahl des vereinfachten Verfahrens ohne mündliche Verhandlung unter keinen Umständen zu rechtfertigen, liegt eine grobe Fehleinschätzung im obigen Sinne vor. Dies ist hier der Fall. Die Sache ist durch eine außergewöhnlich lange Verfahrensdauer geprägt, die durch die Beibringung zahlreicher medizinischer Erkenntnisse von beiden Beteiligten und deren Diskussion der von den während des Verfahrens von den Tatsachengerichten eingeholten umfangreichen medizinischen Sachverständigengutachten begründet ist. Im Laufe der insgesamt fast 12 Verfahrensjahre des ersten und zweiten Rechtszuges wurden mehr als 10 Gutachten - jeweils mit zT mehreren Zusatzgutachten - mit divergierenden Befunden, Diagnosen, Ableitungen und Ergebnissen von den Beteiligten eingereicht bzw vom Gericht eingeholt, mit denen sich wiederum die beratenden Ärzte der Beteiligten in teilweise umfangreichen Stellungnahmen auseinandergesetzt haben. Daß die Fragen, die hierdurch geklärt werden sollten und von deren Beantwortung die Entscheidung des Rechtsstreits abhing, äußerst schwierig waren, hat das LSG, das deren Beantwortung letztlich nicht klären konnte, in den Entscheidungsgründen der angefochtenen Entscheidung selbst ausdrücklich dargelegt. Eine eingehende Erörterung dieses umfangreichen, schwierigen Streitstoffs mit den Beteiligten hätte sich dem LSG besonders mit Rücksicht auf die von

ihm selbst als ungeklärt angesehenen Fragen aufdrängen müssen. Angesichts der Schwierigkeiten bei der Sachaufklärung war es auch unerlässlich, die von der Klägerin verweigerte Mitwirkung in Gestalt der Duldung der Untersuchung durch Prof. Dr. Ko. im Hinblick auf die Ablehnung dieses Sachverständigen durch die Klägerin mit den Beteiligten in mündlicher Verhandlung zu erörtern, statt es bei einem knappen schriftlichen Hinweis des Berichterstatters zu belassen. Dies mußte sich insbesondere auch deshalb aufdrängen, weil die Klägerin erkennbar nicht jede Mitwirkung bei der weiteren Aufklärung abgelehnt, sondern dies ausdrücklich auf eine Untersuchung durch den vom Gericht zum Sachverständigen bestellten Prof. Dr. Ko. begrenzt, alternative Gutachter benannt und weiter hilfsweise einen Beweisantrag nach § 109 SGG gestellt hatte. Hier hätte mit den Beteiligten erörtert werden müssen, daß und aus welchen Gründen das Berufungsgericht trotz der von ihm selbst für notwendig gehaltenen weiteren Sachaufklärung und der Einführung neuer medizinischer Stellungnahmen nach Einholung des ersten nach § 109 SGG eingeholten Sachverständigengutachtens (vgl dazu Meyer-Ladewig, SGG, 6. Aufl, § 109 RdNr 10a) diesem Antrag nicht zu folgen gedenke. Aus der Abwägung aller dieser Umstände ergibt sich, daß die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu rechtfertigen war und mithin gegen § 153 Abs 4 Satz 1 SGG verstößt.

Es ist unwiderleglich zu vermuten, daß die angegriffene Entscheidung auf diesem Verfahrensfehler beruht. Mit ihrer Rüge der Verletzung des § 153 Abs 4 SGG hat die Klägerin zugleich ausdrücklich beanstandet, daß das LSG seine Entscheidung lediglich mit den Berufsrichtern und nicht in der in § 33 SGG vorgesehenen Besetzung mit den ehrenamtlichen Richtern getroffen habe. Diese Rüge ist begründet. Damit liegt hier der unbedingte Revisionsgrund nach § 202 SGG iVm § 551 Nr 1 der Zivilprozeßordnung <ZPO> (unvorschriftsmäßige Besetzung des erkennenden Gerichts) vor, so daß die Entscheidung ohne weiteres als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen ist. Die angefochtene Berufsentscheidung ist daher schon aus diesem Grunde aufzuheben und die Sache gemäß § 170 Abs 2 Satz 2 SGG in vollem Umfang zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuverweisen. Es kann mithin offen bleiben, ob die weiteren Verfahrensrügen der Klägerin begründet sind.

Bei der neuen Entscheidung wird das LSG allerdings zu beachten haben, daß es die Weigerung der Klägerin, sich von dem von ihr zuvor wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnten Sachverständigen untersuchen lassen und dessen Einsichtnahme in ihre Krankenunterlagen zu gestatten, als fehlende Mitwirkung in entscheidungserheblicher Weise bei der Endentscheidung nur dann berücksichtigen kann, wenn es vor Erlass der Endentscheidung über das Ablehnungsgesuch gesondert durch Beschluß entschieden hat.

Ein gerichtlich bestellter Sachverständiger kann gemäß § 118 Abs 1 Satz 1 SGG iVm §§ 406, 42 ZPO wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden. Das Prozeßgericht muß über einen solchen Antrag gemäß § 118 Abs 1 Satz 1 SGG iVm § 406 Abs 5 ZPO durch Beschluß, und zwar vor Erlass der Endentscheidung und auch nicht erst in deren Entscheidungsgründen, entscheiden. Unterläßt das Gericht diese Entscheidung und verwertet es ein Sachverständigengutachten, das der mit substantiierten Gründen abgelehnte Sachverständige erstellt hat, so liegt darin ein Verfahrensmangel, der ggf im Revisionsverfahren zur Zurückverweisung der Sache führen kann (vgl BSG SozR 3-1500 § 170 Nr 5 mwN).

Endet die Bestellung zum Sachverständigen allerdings bereits vor Erstellung eines Gutachtens - etwa wie hier durch Aufhebung der entsprechenden Beweisanordnung -, so wird der Ablehnungsantrag damit regelmäßig gegenstandslos und ist dann nicht mehr zu bescheiden. In diesem Fall darf das Gericht aber später nicht zum Nachteil des Beteiligten, der den Sachverständigen abgelehnt hat, berücksichtigen, daß dieser die Erstattung des angeordneten Sachverständigengutachtens und damit die Sachaufklärung durch fehlende Mitwirkung verhindert habe. Dies ergibt sich aus Sinn und Zweck der Ablehnungsvorschriften und folgt aus dem Gebot eines rechtsstaatlichen Anforderungen genügenden fairen Verfahrens (Art 19 Abs 4 GG). Der Gesetzgeber hat die Frage, ob ein

Ablehnungsgrund gegen einen Sachverständigen vorliegt, rasch und endgültig bereinigt sehen wollen und zu diesem Zweck ein besonderes Verfahren mit einer selbständigen Anfechtbarkeit der Entscheidung eingerichtet (vgl BSG SozR 3-1500 § 170 Nr 5 mwN). Die Beteiligten sollen umgehend Gewißheit über Erfolg oder Mißerfolg des Ablehnungsantrages erhalten, um ihr weiteres prozessuales Verhalten darauf einstellen zu können. So wird etwa der Beteiligte, der einen Sachverständigen erfolglos abgelehnt hat, von dem er sich untersuchen lassen soll, in die Lage versetzt, seine bisherige Haltung zu überprüfen und sich nunmehr ggf entgegen der bisherigen Weigerung untersuchen zu lassen, die Entscheidung anzufechten, eine Gegenvorstellung zu erheben oder bei Vorliegen neuer

bzw weiterer Ablehnungsgründe ein erneutes Ablehnungsgesuch zu stellen. Diese Möglichkeiten gingen dem Beteiligten indes verloren und er wäre geradezu rechtlos gestellt, wenn das Prozeßgericht die Ablehnungsentscheidung erst zusammen mit oder in der Endentscheidung treffen könnte. Dem Beteiligten wäre durch eine solche Verfahrensweise des Gerichts insoweit die Möglichkeit genommen, seine prozessualen Rechte effektiv wahrzunehmen. Eine Nachholung der Ablehnungsentscheidung in oder mit der abschließenden Entscheidung kann daher jedenfalls dann, wenn der Beteiligte auf die Ablehnungsentscheidung des Prozeßgerichts auf eine die Endentscheidung möglicherweise beeinflussende Weise hätte reagieren können, den Verfahrensmangel nicht heilen. So liegt es hier. Die Klägerin hat im Berufungsverfahren einen substantiierten Ablehnungsantrag schriftsätzlich gestellt, über den das LSG frühestens in dem das Verfahren abschließenden (und nunmehr durch den Senat aufgehobenen) Urteil befunden hat. Sie konnte sich deshalb nicht auf sachgerechte Weise auf diese Auffassung des LSG einstellen, indem sie - wie sie vorträgt entweder weitere Befangenheitsgründe dargetan oder zumindest die Einsicht in ihre Krankenunterlagen durch den dann erfolglos abgelehnten Sachverständigen gestattet hätte.

Das LSG hat auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden.