

## *Kapitel 5. Die Gewichtung der Funktionen und ihr Niederschlag in der Auslegung des Antragsrechts*

Die bisherigen Betrachtungen haben ergeben, dass das Antragsrecht auf Anhörung eines bestimmten Arztes der Sachverhaltsermittlung sowie der Herstellung prozessualer Chancengleichheit im sozialgerichtlichen Verfahren dienen soll. Ihm kommt einerseits als Ergänzung der gerichtlichen Sachaufklärung eine objektivrechtliche Funktion zu. Daneben soll das Antragsrecht subjektivrechtlich ein faires Verfahren gewährleisten, indem es die aktive Teilhabe des Antragstellers am Verfahren und damit dessen Subjektstellung stärkt. Angesichts des Untersuchungsgrundsatzes tritt die objektivrechtliche Ebene tendenziell hinter die subjektivrechtliche zurück. Diese Gewichtung spiegelt sich auch in den Grundsätzen zum Verbrauch des Antragsrechts (A.) und in der teleologischen Reduktion des Befangenheitsbegriffs (B.) wider. In ein besonderes Spannungsverhältnis geraten die beiden Funktionsebenen im Rahmen der Kostensystematik der §§ 109 Abs. 1 S. 2, 73a Abs. 3 SGG (C.).

### *A. Der Verbrauch des Antragsrechts*

Der Wortlaut des § 109 SGG sagt nichts darüber aus, ob der Antrag mehrmals oder nur einmal oder etwa in jedem Rechtszug nur einmal gestellt werden kann.<sup>507</sup> Mangels gegenteiliger Hinweise ist das Wort „ein“ in der Formulierung „ein bestimmter Arzt“ in § 109 Abs. 1 S. 1 SGG nicht als Zahlwort, sondern als unbestimmter Artikel zu lesen.<sup>508</sup> Daher ist es grundsätzlich möglich, auf Antrag der Klagepartei in jeder Instanz mehrere von ihr benannte Ärzte gutachtlich zu hören.

Während jedoch das Gericht im Rahmen seiner Amtsermittlung nicht gehindert ist, zur selben Beweisfrage mehrere Sachverständige – auch mehrere Ärzte derselben Fachrichtung – zu hören, unterliegt die wiederholte Antragstellung nach § 109 SGG den Grenzen zweckentsprechender Rechtsverfolgung.<sup>509</sup> Hierin zeigt sich die Beschränkung der Sachverhaltsaufklärungsfunktion von § 109 SGG auf eine Ergänzung der Amtsermittlung.<sup>510</sup> Im Vordergrund steht der Zweck, es der Klagepartei zu ermöglichen, selbst ein Gutachten von einem ihr genehmen Arzt in das Verfahren einzuführen. Dabei geht

---

507 Vgl. Rohwer-Kahlmann, SGG, § 109, Rn. 24.

508 Vgl. Rohwer-Kahlmann, SGG, § 109, Rn. 24; Peters / Sautter / Wolff, SGG, § 109, Anm. 4; LSG Baden-Württemberg v. 28.6.1955 - VII b KB 957/52, Leitsatz Nr. 1 bei juris; BSG v. 4.7.1963 - 8 RV 597/62, Rn. 22 bei juris; a.A. offenbar Kunze, VSSR 2001, 151, 167.

509 Vgl. BSG v. 24.3.1961 - 10 RV 1139/59, Rn. 11 bei juris; BSG v. 28.11.1967 - 8 RV 563/67, Rn. 12f. bei juris; BSG v. 8.7.1969 - 9 RV 20/69, Rn. 10 bei juris; BSG v. 22.6.1977, 10 RV 67/76, Rn. 23f. bei juris.

510 Vgl. dazu ausführlich oben, Kapitel 3.

es um die aktive Teilnahme *als solche* – also unabhängig von ihrem Ergebnis –, nicht hingegen darum, sicherzustellen, dass ein für den Versicherten günstiges Gutachten zustande kommt.<sup>511</sup> Dementsprechend hat auch das BSG entschieden, dass ein wiederholter Antrag nach § 109 SGG unzulässig ist, wenn die antragsberechtigte Partei mutwillig den endgültigen Abschluss des Anhörungsverfahrens verhindert, nachdem das Gericht den von ihr benannten Arzt als Sachverständigen bestellt und von seiner Seite alles getan hat, um ein Gutachten dieses Arztes herbeizuführen.<sup>512</sup> Daher führt der Verzicht auf das Gutachten, der nur verhindern soll, dass ein für den Antragsteller ungünstiges Gutachten zu den Gerichtsakten gelangt, dazu, dass dieser sich verfahrensrechtlich so behandeln lassen muss, als sei es zu einem abschließenden Gutachten gekommen. Würde man hier einen wiederholten Antrag nach § 109 SGG zulassen, würde dem Antragsteller ermöglicht, bei rechtzeitiger Kenntnis der medizinischen Beurteilung durch den von ihm benannten Arzt so lange immer wieder einen anderen Arzt zu benennen, bis ein Gutachten mit einem für ihn optimalen Ergebnis zustande kommt.<sup>513</sup> Eine solche Vorgehensweise widerspräche aber den Grundsätzen zweckentsprechender Rechtsverfolgung, da sie weder zur Sachverhaltsaufklärung noch zur Herstellung prozessualer Chancengleichheit erforderlich ist.

Diesen Zwecken und ihrer Gewichtung zueinander Rechnung tragend ist das Antragsrecht grundsätzlich verbraucht, wenn zu demselben Beweisthema bereits ein Gutachten auf Antrag und im Kostenrisiko der antragsberechtigten Partei eingeholt worden ist, wobei es unerheblich ist, ob das Gutachten in derselben Instanz oder in der Vorinstanz erstattet worden ist.<sup>514</sup> Einem zweiten Antrag nach § 109 SGG muss dann nur stattgegeben werden, wenn besondere Umstände die wiederholte Gutachteneinholung rechtfertigen.<sup>515</sup> Der grundsätzliche Ausschluss der wiederholten Antragstellung ist Ausfluss des Vorrangs der gerichtlichen Amtsermittlung. Dem Zweck, die antragsberechtigte Partei in ihrer Subjektstellung zu stärken, wird durch die Anhörung eines frei gewählten Arztes je Beweisthema grundsätzlich genügt, wobei Ausnahmen Rechnung getragen wird. Ein besonderer Umstand, der eine derartige Ausnahme rechtfertigt, ist insbesondere die Notwendigkeit, Ärzte unterschiedlicher medizinischer Fachgebiete zu

511 Vgl. BSG v. 26.1.1970, Breith. 1970, 450, 452.

512 Vgl. BSG v. 26.1.1970, Breith. 1970, 450, 451f.; ebenso *Keller*, in: *Meyer-Ladewig*, SGG, § 109, Rn. 10b; *Behn*, SozVers 1990, 29, 35.

513 Vgl. BSG v. 26.1.1970, Breith. 1970, 450, 452.

514 Vgl. *Rohwer-Kahlmann*, SGG, § 109, Rn. 24; zur selben Instanz: Bayerisches LSG v. 16.2.1957 – Kba 18887/53, Leitsatz Nr. 1 bei juris; BSG v. 29.11.1957, 2 RU 241/56, Leitsatz bei juris; zu beiden Instanzen: LSG Baden-Württemberg v. 28.6.1955 – VII b KB 957/52, Leitsatz Nr. 2 bei juris; BSG v. 6.5.1958 – 10 RV 813/56, Rn. 5 bei juris; BSG; Urt. v. 6.7.1962 – 10 RV 1035/61, Rn. 23 bei juris; BSG v. 22.11.1966 – 8 RV 89/66, Rn. 18 bei juris; BSG v. 28.11.1967 – 8 RV 563/67, Rn. 12 bei juris; LSG Baden-Württemberg v. 18.7.1985 – L 1 J 2840/84, Orientierungssatz Nr. 1 bei juris.

515 Vgl. *Keller*, in: *Meyer-Ladewig*, SGG, § 109, Rn. 10b; *Herold-Tews*, Der Sozialgerichtsprozess, Rn. 258.

hören.<sup>516</sup> Diese Notwendigkeit muss allerdings vom Antragsteller im Einzelfall darge-  
tan werden, indem substantiiert begründet wird, warum von der zweiten Sachverständi-  
genanhörung in dem konkreten Fall zusätzliche entscheidende Erkenntnisse zu erwarten  
sind.<sup>517</sup> Besondere Umstände im genannten Sinne können auch dadurch eintreten, dass  
nach der Erstattung des ersten Gutachtens nach § 109 SGG neue rechtserhebliche Tatsa-  
chen ermittelt worden sind, zu denen der erste von der Partei benannte Arzt noch nicht  
Stellung nehmen konnte.<sup>518</sup> Diese veränderte Tatsachengrundlage kann sich etwa aus  
einer abweichenden Diagnose in einem von Amts wegen eingeholten Gutachten oder  
durch die Geltendmachung neuer Leiden unter Vorlage ärztlicher Unterlagen durch den  
Antragsteller ergeben.<sup>519</sup> Auch eine Änderung der Rechtslage oder eine gegenüber der  
ersten Instanz abweichende Rechtsauffassung des Landessozialgerichts kann eine wie-  
derholte Gutachteneinholung nach § 109 SGG rechtfertigen, ebenso die Ergänzungsbe-  
dürftigkeit des ersten Gutachtens.<sup>520</sup> Eine solche Ergänzungsbedürftigkeit kann sich  
insbesondere aus einem Hinweis des ersten vom Antragsteller benannten Arztes erge-  
ben, der anregt, ein Gutachten aus einer anderen medizinischen Fachrichtung einzuho-  
len.<sup>521</sup> Das erste Gutachten ist hingegen nicht bereits deshalb in diesem Sinne ergän-  
zungsbedürftig, weil die Darstellung des Sachverständigen Mängel in der wissenschaft-  
lichen Beurteilung enthält.<sup>522</sup> Allgemein rechtfertigt das Vorbringen, der nunmehr be-  
nannte Arzt verfüge über eine größere Sachkunde als der bereits nach § 109 SGG gehör-  
te Arzt, keine wiederholte Gutachteneinholung, da das Risiko der Auswahl des Sachver-  
ständigen beim Antragsteller liegt.<sup>523</sup>

Das Begehren, ein zweites Mal einen bestimmten Arzt zu hören, kann nicht allein da-  
rauf gestützt werden, dass zwischenzeitlich ein Gutachten von Amts wegen eingeholt

---

516 Vgl. *Rohwer-Kahlmann*, SGG, § 109, Rn. 24; *Krasney / Udsching*, Handbuch des sozialgerichtli-  
chen Verfahrens, III, Rn. 94; *Peters / Sautter / Wolff*, SGG, § 109, Anm. 4.

517 Vgl. *Keller*, in: *Meyer-Ladewig*, SGG, § 109, Rn. 10b; *Behn*, SozVers 1990, 29, 33.

518 Vgl. LSG Baden-Württemberg v. 28.6.1955 - VII b KB 957/52, Leitsatz Nr. 2 bei juris; BSG v.  
15.11.1957 - 9 RV 114/55, Rn. 15 bei juris; BSG v. 6.5.1958 - 10 RV 813/56, Rn. 5 bei juris; BSG  
v. 24.3.1961 - 10 RV 1139/59, Rn. 12 bei juris; BSG; Urt. v. 6.7.1962 - 10 RV 1035/61, Rn. 24 bei  
juris; *Keller*, in: *Meyer-Ladewig*, SGG, § 109, Rn. 10b; *Behn*, SozVers 1990, 29, 34; *Rohwer-  
Kahlmann*, SGG, § 109, Rn. 26; *Peters / Sautter / Wolff*, SGG, § 109, Anm. 4.

519 Vgl. LSG Rheinland-Pfalz v. 3.3.1997 - L 4 Vs 95/96, Rn. 53 bei juris.

520 Vgl. BSG v. 31.7.1957, SGB 1958, 162; BSG v. 22.1.1958 - 11/10 RV 1296/56, Orientierungssatz  
Nr. 1 bei juris; LSG Baden-Württemberg v. 14.10.1998 - L 2 U 688/98, Rn. 25 bei juris.

521 Vgl. *Peters / Sautter / Wolff*, SGG, § 109, Anm. 4.

522 Vgl. *Keller*, in: *Meyer-Ladewig*, SGG, § 109, Rn. 10b; BSG v. 17.4.1974 - 2 RU 33/74, Orientie-  
rungssatz bei juris.

523 Vgl. LSG Baden-Württemberg v. 14.10.1998 - L 2 U 688/98, Rn. 25 bei juris; *Krasney / Udsching*,  
Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, III, Rn. 80 u. 94; *Keller*, in: *Meyer-Ladewig*, SGG,  
§ 109, Rn. 10b.

worden ist, das im Ergebnis dem ersten Gutachten nach § 109 SGG widerspricht.<sup>524</sup> Das Bedürfnis einer wiederholten Anhörung nach § 109 SGG muss sich inhaltlich aus der Sachlage ergeben, der antragsberechtigten Partei bzw. dem von ihr benannten Arzt muss nicht „das letzte Wort“ verbleiben.<sup>525</sup>

Soweit es nicht gerade darauf ankommt, das Gutachten eines anderen als des bereits gehörten Sachverständigen einzuholen, muss das Gericht auch bei Vorliegen besonderer Umstände im dargestellten Sinne einem Antrag auf Anhörung eines anderen Gutachters nicht stattgeben; es kann die Klagepartei auch darauf verweisen, lediglich die Einholung einer ergänzenden Stellungnahme des zuerst benannten Arztes zu beantragen.<sup>526</sup> Auf diesem Wege wird die prozessuale Chancengleichheit grundsätzlich hinreichend gewahrt sein.

### *B. Ablehnung des benannten Arztes wegen der Besorgnis der Befangenheit*

Die objektivrechtliche Funktion des Antragsrechts kann im Einzelfall mit seinen subjektivrechtlichen Zwecken kollidieren. Namentlich dann, wenn der benannte Arzt zu der Klagepartei in einer besonderen Nähebeziehung steht, stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Antrag wegen der Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden kann. Bei der Auflösung dieses Konflikts zwischen Sachaufklärung und Chancengleichheit ist wiederum die Gewichtung der beiden Funktionsebenen von Bedeutung.

#### *I. Grundsätze*

Auch Ärztinnen und Ärzte, die auf einen Antrag nach § 109 SGG hin zur Begutachtung bestellt werden, unterliegen als gerichtliche Sachverständige der Ablehnung wegen der Besorgnis der Befangenheit.<sup>527</sup> Gemäß § 406 Abs. 1 S. 1 ZPO, der über § 118 Abs. 1 S. 1 SGG auch im sozialgerichtlichen Verfahren gilt, können Sachverständige aus denselben Gründen, die zur Ablehnung von Richterinnen und Richtern berechtigen, abgelehnt werden. Die Befangenheitsablehnung sichert die Qualität der Sachverhaltsaufklärung, welche durch das Einfließen parteiischer Sachverständigengutachten in die gerichtliche Überzeugungsbildung gefährdet würde. Angesichts der enormen Bedeutung

---

524 Vgl. Keller, in: Meyer-Ladewig, SGG, § 109, Rn. 10b; Rohwer-Kahlmann, SGG, § 109, Rn. 27; a.A: Krasney / Udsching, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, III, Rn. 79; Udsching, NZS 1992, 50, 54.

525 Keller, in: Meyer-Ladewig, SGG, § 109, Rn. 10b; ebenso Rohwer-Kahlmann, SGG, § 109, Rn. 27, der in der Gegenauffassung die Gefahr eines „Ping-Pong-Spiels“ zwischen Gutachten nach § 109 SGG und §§ 103, 106 SGG ausmacht.

526 Vgl. Keller, in: Meyer-Ladewig, SGG, § 109, Rn. 10b.

527 Vgl. Keller, in: Meyer-Ladewig, SGG, § 118 Rn. 12i u. 12k; Kühl, NZS 2003, 579, 581.