

II. Rückwirkungen der empirischen Erkenntnisse auf die Dogmatik

1. Problemstellung

In dieser Arbeit ist ein- und derselbe Erkenntnisgegenstand – nämlich das Recht auf Anhörung eines bestimmten Arztes – aus unterschiedlichen disziplinären Perspektiven und mit unterschiedlichen methodischen Mitteln untersucht worden.⁹⁰⁰ Die rechtsdogmatische Auslegung war primär Norminterpretation, die ausgehend vom Rechtstext den Zweck des Gesetzes nicht als soziales oder politisches Faktum zu erfassen suchte, sondern in der Funktion, die der Bestimmung im Systemzusammenhang – in der *Rechtsordnung* – zukommt.⁹⁰¹ Die rechtstatsächliche Untersuchung der Anwendung und Auswirkungen des Antragsrechts ging hingegen der Frage nach, was im sozialgerichtlichen Verfahren „faktisch um deswillen geschieht“⁹⁰². Im Anschluss an die Darstellung der Ergebnisse und insbesondere angesichts der aufgezeigten Divergenzen stellt sich die Frage, wie sich die Erkenntnisse aus den beiden Teiluntersuchungen zueinander verhalten. Folgt etwa aus den teilweise abweichenden Rechtstatsachen die Fehlerhaftigkeit der Auslegung? Oder kann Recht ganz unabhängig von seinen Wirkungsbedingungen sinnvoll ausgelegt werden? Muss sich die Dogmatik des Rechts dem Faktischen öffnen und wenn ja, unter welchen Bedingungen und in welchen Grenzen? Aufgeworfen ist damit die grundlegende Frage nach der Beziehung „zwischen dem Recht und den von ihm in Bezug genommenen und überformten tatsächlichen Vorgängen.“⁹⁰³

2. Unterscheidung zwischen empirischen und nicht-empirischen Prämissen

Die Klärung dieses Verhältnisses hängt maßgeblich davon ab, ob bzw. inwieweit man Rechtsdogmatik entweder als anwendungsbezogene Entscheidungswissenschaft oder aber als in sich geschlossenes Subsystem versteht.

Auf der einen Seite hat Rechtsdogmatik den Anspruch, die Funktionsweise des Rechts zu erklären und zur richtigen Anwendung des positiven Rechts beizutragen.⁹⁰⁴ Um ihre normativen Vorstellungen umsetzen zu können, ist die Rechtswissenschaft auf außerdisziplinäre Erkenntnisse angewiesen.⁹⁰⁵ Andererseits kann Recht auch als geschlossenes System betrachtet werden, das eigenen Gesetzmäßigkeiten folgt und insoweit gegen Einflüsse aus anderen Disziplinen weitgehend immun ist. So mahnt etwa *Jestaedt*

900 Vgl. hierzu Möllers, in: Hoffmann-Riem / Schmidt-Aßmann / Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, § 3, Rn. 48, der darauf verweist, dass „[m]it Soziologie und Verwaltungsrechtswissenschaft [...] nicht Wirklichkeit und Recht aufeinander [treffen], sondern zwei verschiedene Techniken, die Gesellschaft darzustellen.“

901 Vgl. Schröder, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, S. 182f.

902 Vgl. Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 181.

903 Becker, in: Becker, Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich, S. 15.

904 Vgl. Becker, in: Becker, Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich, S. 14 ; ders., ZÖR 2010, 607, 637.

905 Vgl. Spiecker, gen. Döhmann, DVBl. 2007, 1074, 1075.

die skrupolöse Beachtung der „disziplinären Eigenrationalitäten“ bzw. der „disziplinären Inkompatibilitäten“ beim intradisziplinären Dialog an.⁹⁰⁶ Diese Sichtweise beruht auf dem Gedanken, dass Dogmatik ein eigenes, vom positiven Recht abstraktes Regelwerk schafft.⁹⁰⁷ In diesem Sinne sieht *Luhmann* die Aufgabe der Dogmatik in der systeminternen Fassung der Komplexität des Rechtssystems, das er als Einheit, als Ganzes ansieht.⁹⁰⁸

Diese Arbeit versteht Rechtsdogmatik grundsätzlich als systembildende Wissenschaft.⁹⁰⁹ Systematisierung meint dabei Ordnungsbildung durch Herausarbeitung von Prinzipien und Institutionen auf der Grundlage des positiven Rechts.⁹¹⁰ Dementsprechend war es ein Anliegen des rechtsdogmatischen Teils, das Antragsrecht nach § 109 SGG in das bestehende Rechtssystem einzuordnen und damit auch zu anderen Grundsätzen – insbesondere dem Untersuchungsgrundsatz – und übergeordneten Prinzipien in Bezug zu setzen. Gleichzeitig ist Recht jedoch nicht Selbstzweck, sondern seinem Wesen nach auf Durchsetzung angelegt, also dazu bestimmt, Wirkungen in der Außenwelt zu erzielen.⁹¹¹ Demgemäß ist es nicht die Aufgabe der Rechtsdogmatik, „ein Rechtssystem als gedankliches Kunstwerk darzustellen“⁹¹², sondern ein Mittel zur richtigen *Normanwendung* zu sein, denn sie dient „nicht sich selber, sondern dem Leben“.⁹¹³ Aus diesem Anwendungsbezug folgt jedoch keineswegs die Beschränkung der Rechtsdogmatik auf die Rolle des bloßen „Zulieferers“ der Praxis.⁹¹⁴ Daher wäre es nicht statthaft, aus den empirischen Erkenntnissen vorschnell die Unrichtigkeit der Auslegung folgern zu wollen. Ein solcher Schluss wäre eine unzulässige Verkürzung der Rechtsdogmatik auf einen „Rezeptionsapparat außerdisziplinärer Erkenntnisse“.⁹¹⁵ Eine Anpassung der rechtsdogmatischen Auslegung im Sinne einer reinen Umsetzung empirischer Erkenntnisse wäre nur um den Preis einer Beeinträchtigung eigenrechtlicher

906 Vgl. *Jestaedt*, in: *Engel / Schön*, Das Proprium der Rechtswissenschaft, S. 277f.; vgl. zur Eigengesetzlichkeit des Rechts auch *Engel*, JZ 2005, 581, 588f.

907 Vgl. dazu *Becker*, in: *Becker*, Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich, S. 15.

908 Vgl. *Luhmann*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, S. 20f.; vor einer Überschätzung der Bedeutung des Systems warnt *Becker*, in: *Becker*, Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich, S. 42f.

909 Vgl. dazu *Becker*, in: *Becker*, Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich, S. 14f. und 37f.; *Möllers*, in: *Hoffmann-Riem / Schmidt-Aßmann / Voßkuhle*, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, § 3, Rn. 36; *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, S. 524.

910 Vgl. *Becker*, ZÖR 2010, 607, 637, 639; *Möllers*, in: *Hoffmann-Riem / Schmidt-Aßmann / Voßkuhle*, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, § 3, Rn. 35.

911 Vgl. *Becker*, in: *Becker*, Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich, S. 42; *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, S. 881; *Schober*, Der Zweck im Verwaltungsrecht, S. 2.

912 *Starck*, JZ 1972, 609.

913 Vgl. *Luhmann*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, S. 15.

914 *Möllers*, in: *Hoffmann-Riem / Schmidt-Aßmann / Voßkuhle*, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, § 3, Rn. 22.

915 *Spiecker gen. Döhmman*, DVBl. 2007, 1074.

Qualitäten zu bewerkstelligen, im äußersten Fall bis an die Grenze der Verfassungswidrigkeit.⁹¹⁶

Wird Rechtsdogmatik damit als Schnittmenge von wissenschaftlich-systembildender und anwendungsbezogener Perspektive auf das Recht verstanden,⁹¹⁷ so stellt sich in einem zweiten Schritt die Frage nach den Einbruchstellen für eine Rezeption außerdisziplinärer Erkenntnisse durch die Rechtsdogmatik.

Der Rückbezug von der Rechtstatsachenforschung auf die Dogmatik erfolgt dort, wo die Dogmatik selbst sich hierfür öffnet. Dies ist notwendigerweise immer dort der Fall, wo das positive Recht selbst unmittelbar auf tatsächliche Vorgänge verweist. Ein Beispiel hierfür ist Art. 6 Abs. 5 GG, der durch die Anordnung, nicht-ehelichen Kindern durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie ehelichen Kindern, die Ermittlung der realen Lebensbedingungen ehelicher Kinder voraussetzt und diese zum Gegenstand einer normativen Vorgabe macht.⁹¹⁸

Aber auch dort, wo das Recht seine empirischen Prämissen nicht ausdrücklich offenlegt, liegen ihm doch häufig implizit solche zu Grunde.⁹¹⁹ Dies gilt dort, wo die juristische Argumentation sich nicht allein logisch-systematischer, sondern auch allgemeiner praktischer Argumente bedient.⁹²⁰ Letztere schließen regelmäßig empirische Sätze ganz unterschiedlicher Art – etwa über singuläre Tatsachen, Motive oder sozialwissenschaftliche Gesetzmäßigkeiten – ein.⁹²¹ Es geht also darum, Rechtsfiguren und Institutionen zu identifizieren, in denen das Recht sich auf Modelle von der Wirklichkeit verlässt, die empirischer Überprüfung zugänglich sind.⁹²² Hier wird man häufig bei der teleologischen Auslegung fündig werden. In diesem Sinne bezeichnet *Engel* den Telos als „das trojanische Pferd, mit dem Konzepte der Nachbarwissenschaften in das Recht eindrin-

916 Vgl. *Spiecker gen. Döhmman*, DVBl. 2007, 1074, 1081; ähnlich *Luhmann*, Ausdifferenzierung des Rechts, S. 79, der aus dem „forcierten Normativismus“ des Rechts „die berechnete Entschlossenheit, Erwartungen im Enttäuschungsfalle nicht zu korrigieren, sondern durchzuhalten und mit Reaktionen zur Geltung zu bringen“, folgert; in diesem Sinne verweist auch *Gusy*, JZ 1991, 213, 216 auf die Kontrafaktizität des Rechts, welches nur dann sinnvoll ist, „wenn es nicht alles so läßt, wie es ohnehin schon ist“; vgl. dazu auch *Petersen*, The Role of Social Sciences, S. 3.

917 So *Möllers*, in: *Hoffmann-Riem / Schmidt-Aßmann / Voßkuhle*, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, § 3, Rn. 21 und 35.

918 Vgl. *Gusy*, JZ 1991, 213, 220.

919 Vgl. *Petersen*, The Role of Social Sciences, S. 4f.

920 Vgl. dazu *Becker*, in: *Becker*, Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich, S. 40; in diesem Sinne verweist *Rixen*, Verw 2009, 309, 312f., auf die „Gefahr simulierter empirischer Informiertheit“ auch der steuerungstheoretisch inspirierten sogenannten Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft, die häufig mit empirisch nicht verifizierten Plausibilitätsannahmen argumentiert, ohne diese als solche zu erkennen zu geben.

921 Vgl. *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 285f.

922 Vgl. *Tontrup*, in: *Engel / Schön*, Das Proprium der Rechtswissenschaft, S. 201.

gen“.⁹²³ Wenn die Dogmatik zur Ermittlung dessen, was sein *soll*, argumentiert, eine bestimmte Auslegung komme dem Zweck des Gesetzes näher als eine andere, legt sie implizit *empirische Annahmen* zu Grunde. So stellt sich etwa bei Ermessensregelungen die Frage, welche Ermessenskriterien geeignet sind, den Zweck einer Norm zu verwirklichen. Bei der Geeignetheit handelt es sich dann um eine faktische Frage.⁹²⁴ Ähnliches gilt dort, wo das Gesetz unbestimmte Rechtsbegriffe oder Generalklauseln verwendet. Auch bei deren Ausfüllung kann die Frage, welches Verständnis der *ratio legis* am ehesten entspricht, ein Einfallstor für empirische Befunde sein.⁹²⁵ Voraussetzung für den Einbezug nicht-juristischer Erkenntnisse ist dabei stets, dass der Telos der Norm mit den traditionellen Auslegungsmethoden überzeugend ermittelt werden kann.⁹²⁶ Freilich kann auch hierbei – quasi auf der nächsthöheren Ebene – wiederum die Empirie zum Tragen kommen, wenn die Auslegung des Normzwecks ihrerseits auf Annahmen tatsächlicher Art beruht. Dabei ist zu bedenken, dass nach dem hier vertretenen Auslegungsverständnis der Zweck des Gesetzes grundsätzlich objektiv-gegenwartsbezogen zu ermitteln ist und sich dementsprechend mit gewandelten rechtlichen wie tatsächlichen Rahmenbedingungen auch ändern kann.⁹²⁷ Dementsprechend werden häufig auch auf dieser Ebene faktische Prämissen in die Herleitung des Normzwecks einfließen.⁹²⁸

Die Grenze für die Integration empirischer Erkenntnisse in die Rechtsdogmatik liegt dort, wo eine Regelung *der Rechtsordnung immanente* Zwecke verfolgt und Prinzipien wahrt.⁹²⁹ Beruht die Auslegung auf Prinzipien und Wertungen, die das Recht selbst aufstellt, so können diese durch empirische Erkenntnisse nicht ausgehebelt werden, denn hier sind die Prämissen nicht *tatsächlicher* Art, sondern durch die Rechtsordnung selbst *gesetzt*.⁹³⁰ Lassen sich der Rechtsordnung derartige Prinzipien und Wertungen entnehmen, besteht ein „Vorrang der rechtlichen vor den außerrechtlichen Begründungselementen“.⁹³¹ Insoweit zieht das Recht als in sich geschlossenes Subsystem der Integration fremdwissenschaftlicher Erkenntnisse Grenzen.⁹³² Es fehlt – um im Bilde zu bleiben – das Einfallstor für die Rezeption der Nachbarwissenschaften. Ein Beispiel hierfür ist das verfassungsrechtliche Demokratieprinzip: Selbst wenn man – hypothe-

923 Vgl. Engel, JZ 2005, 581, 582; ähnlich ders., in: Engel / Schön, Das Proprium der Rechtswissenschaft, S. 229.

924 Vgl. Möllers, in: Hoffmann-Riem / Schmidt-Aßmann / Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, § 3, Rn. 25; Petersen, The Role of Social Sciences, S. 5.

925 Vgl. Hagen, DNotZ 2010, 644, 646, 649f.

926 Vgl. Martens, Rechtstheorie 2011, 145, 165.

927 Vgl. dazu oben, Einleitung, C. I. 1.

928 Vgl. Gusy, JZ 1991, 213.

929 Vgl. Spiecker gen. Döhmman, DVBl. 2007, 1074, 1083.

930 Martens, Rechtstheorie 2011, 145, 166, spricht von der „Autonomie der rechtlichen Argumentation.“

931 Gusy, JZ 1991, 213, 218.

932 Vgl. für die verwandte Frage nach einer Integration von Verwaltungsrechtsdogmatik und Steuerungswissenschaft Spiecker gen. Döhmman, DVBl. 2007, 1074.

tisch – zu der Erkenntnis gelangte, die sozioökonomischen Voraussetzungen für eine stabile Demokratie seien in der Bundesrepublik Deutschland nicht erfüllt, hätte dies keine Auswirkungen auf die Auslegung von Art. 20 Abs. 1 GG und dessen Implikationen für das einfache Recht.⁹³³

Aus dem Gesagten ergeben sich für den Einbezug empirischer Erkenntnisse in die Rechtsdogmatik folgende Grundsätze: Um den Anspruch der Rechtsdogmatik, zur Erklärung und richtigen Anwendung des positiven Rechts beizutragen, zu verwirklichen, darf sie sich nicht umfassend gegen faktische Erkenntnisse abschotten. Sie muss bereit sein, ihre tatsächlichen Prämissen einer Überprüfung durch andere Disziplinen zu unterziehen. Soweit die Prämissen allerdings aus dem Recht selbst folgen, also insbesondere aus übergeordneten Prinzipien und verfassungsrechtlichen Wertungen, ist die Rezeption fremddisziplinärer Erkenntnisse *mit den Mitteln der Rechtsdogmatik* nicht möglich.⁹³⁴ Innerhalb dieses Rahmens ermöglicht die wechselbezügliche Analyse des Rechts und seiner Wirkungsbedingungen eine „Selbstvergewisserung des Rechts und seiner normativen und sozialwissenschaftlichen Prämissen.“⁹³⁵ Um ein allzu weites Auseinanderdriften von Sollen und Sein zu vermeiden, kann sich gegebenenfalls für den Gesetzgeber die rechtspolitische Aufgabe stellen, die durch das positive Recht gesetzten rechtlichen Wertungen selbst zu hinterfragen und eventuell durch *Rechtsetzung* anzupassen.⁹³⁶

3. Schlussfolgerungen

a) Das Antragsrecht als Gewährleistung prozessualer Chancengleichheit

Die dogmatische Einordnung des Antragsrechts als Mittel zur Stärkung der prozessualen Chancengleichheit beruhte auf der Feststellung, dass die prozessuale Stellung des Antragsberechtigten gegenüber dem Sozialleistungsträger strukturelle Nachteile aufweist. Dieses strukturelle Ungleichgewicht wurde aus dem Recht selbst heraus begründet, es folgt insbesondere aus dem Amtsermittlungsgrundsatz im Verwaltungsverfahren, aus der materiellen Beweislast der Klagepartei sowie aus der Ausstattung des Sozialleistungsträgers mit hoheitlichen Befugnissen. Diese Prämissen bleiben von den empirischen Ergebnissen unberührt. Darüber hinaus beruhte die Auslegung, § 109 SGG diene der prozessualen Chancengleichheit, auch auf der Annahme, dass das Antragsrecht geeignet sei, die Subjektstellung der Klagepartei im Sinne einer aktiven Teilhabe am Verfahren zu stärken. Hierbei handelt es sich um eine faktische Annahme, die durch die empirischen Daten bestätigt wird. Mit Blick auf das zahlenmäßige Verhältnis der

933 Vgl. Petersen, The Role of Social Sciences, S. 5.

934 Im Grundsatz ähnlich Jestaedt, in: Engel / Schön, Das Proprium der Rechtswissenschaft, S. 279, nach dessen Verständnis fremdwissenschaftliche Erkenntnisse von der Rechtsdogmatik nur mit deren eigenen Mitteln rezipiert werden können.

935 Spiecker gen. Döhmman, DVBl. 2007, 1074, 1083.

936 Vgl. Becker, in: Becker, Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich, S. 4.

verschiedenen Gutachten zueinander, ebenso wie an der Bewertung der Qualität der Gutachten durch die Richterinnen und Richter und – nicht zuletzt – an dem Umstand, dass Gutachten nach § 109 SGG erheblichen Einfluss auf das Prozessgeschehen nehmen können, wird deutlich, dass das Antragsrecht die prozessuale Chancengleichheit stärkt.

Bei der dogmatischen Strukturierung des Grundsatzes der prozessualen Chancengleichheit selbst wurde diesem auf der subjektivrechtlichen Ebene unter anderem die Funktion zugeordnet, die subjektive Befriedung der Parteien zu erhöhen. Dieser Argumentation lag die Annahme zu Grunde, mehr aktive Teilhabe führe zu einer Stärkung der subjektiven Akzeptanz des Verfahrens. Diese Prämisse wurde durch die empirische Untersuchung nur teilweise bestätigt. Zwar ergab der Vergleich der unterschiedlichen Erledigungsarten, dass ein Zusammenhang zwischen der Aktivität der Klagepartei und ihrer Bereitschaft, ein Ergebnis hinzunehmen, durchaus besteht. Andererseits hat sich auch gezeigt, dass andere Faktoren – namentlich der Prozesserfolg – die grundsätzlich positive Wirkung stärkerer Teilhabe überlagern oder gar einebnen können. Insofern ist eine Korrektur der Prämisse angezeigt.

Für die dogmatische Einordnung des § 109 SGG folgt aus alledem, dass das Antragsrecht auch weiterhin dem Grundsatz der prozessualen Chancengleichheit zuzuordnen ist, denn es stärkt die Einflussnahmechancen und die Subjektstellung des Antragstellers. Die weitergehende Funktion zur subjektiven Befriedung ist hingegen in ihrem Bedeutungsgehalt geringer anzusehen. Die empirische Erkenntnis, dass die Befriedungswirkung ebenso wie der Eindruck des Antragstellers, eine aktive Rolle im Prozess gespielt zu haben, weniger aus dem Gutachten als solchem erwächst, sondern sich stärker als Reflex auf einen ihm genehmen Prozessausgang darstellt, führt hier zu einer Neubewertung im Rahmen der Dogmatik.

b) Das Verhältnis der Sachverhaltsaufklärungs- zur Chancengleichheits-Funktion

Die dogmatische Gewichtung der Zwecke Sachverhaltsaufklärung und Chancengleichheit zueinander bleibt hingegen entsprechend der aufgezeigten Grundsätze von den empirischen Befunden grundsätzlich unberührt. Das Überwiegen der Chancengleichheits-Funktion gegenüber der Sachverhaltsaufklärungs-Funktion ist vor allem der Geltung des Untersuchungsgrundsatzes geschuldet. Dieser weist dem Gericht die vorrangige Aufklärungspflicht zu und führt tendenziell zu einer passiven prozessualen Stellung der Klagepartei. Insoweit basiert die dogmatische Einordnung auf dem Verfahrensrecht immanenten Prinzipien.

Auf einer höheren Ebene stellt sich jedoch die Frage, ob die empirischen Erkenntnisse Folgen für das dogmatische Verständnis der Untersuchungsmaxime selbst haben können. Haben die Daten nicht gezeigt, dass trotz des Untersuchungsgrundsatzes offenbar nicht immer eine *umfassende* Sachverhaltsaufklärung durch das Gericht erfolgt? Dies könnte womöglich die Annahme, die Untersuchungsmaxime biete eine höhere Richtigkeitsgewähr als der Verhandlungsgrundsatz, erschüttern. Insoweit ist jedoch zu

betonen, dass nach der hier vertretenen Auffassung die Geltung der Untersuchungsmaxime gerade nicht auf einer derartigen impliziten Annahme beruht. Wie oben gezeigt wurde, ergibt sich die Anordnung der gerichtlichen Sachverhaltsaufklärung vielmehr ihrerseits aus übergeordneten Prinzipien, nämlich aus der aus dem staatlichen Gewaltmonopol folgenden Befriedungsfunktion gerichtlicher Verfahren, die im Falle eines öffentlichen Interesses zu einer Sachverhaltsverantwortung des Gerichts führt.⁹³⁷ Die Annahme, der Untersuchungsgrundsatz führe in der prozessualen Wirklichkeit zu „richtigeren“ Ergebnissen, ist damit gerade nicht verbunden.⁹³⁸ Darüber hinaus spricht vieles dafür, dass die Rechtsordnung selbst einen solchen Anspruch überhaupt nicht erhebt. Indem sie die Untersuchungsmaxime ihrerseits in einen Bezugsrahmen zu anderen Prinzipien – z.B. zum Beschleunigungsgrundsatz und zum Grundsatz der Sparsamkeit – stellt, begrenzt sie selbst das Ideal der „umfassenden“ Sachverhaltsaufklärung.⁹³⁹

c) Ermessenskriterien im Rahmen der Vorschusserhebung

Im Zusammenhang mit der Kostenproblematik des § 109 Abs. 1 S. 2 SGG ist ein Rückbezug von der Empirie auf die Dogmatik möglich und angezeigt. Hier ist der Ermessenscharakter der Regelung die Einbruchsstelle für die Integration der ermittelten Rechtstatsachen. Es wurde bereits im Rahmen der Auslegung darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung des BSG, es komme maßgeblich auf die vom Gericht zu prognostizierende Notwendigkeit des Gutachtens an, hier kein sinnvolles Ermessenskriterium liefert. Diese Auslegung wurde durch die Auswertung der Verfahrensdaten bestätigt. Eine Ermessensausübung nach diesen Vorgaben führt faktisch zu einer zwingenden Vorschusserhebung, was mit dem Wortlaut des § 109 Abs. 1 S. 2 SGG unvereinbar ist. Darüber hinaus ist eine unterschiedslose Vorschusserhebung mit dem Zweck des Antragsrechts, die prozessuale Chancengleichheit für unbemittelte Antragsteller zu stärken, unvereinbar, wie die empirischen Befunde zum Zusammenhang zwischen dem Vorhandensein einer Rechtsschutzversicherung und der Wahrscheinlichkeit der Antragstellung belegen. Die Gerichte müssen daher von dem ihnen eingeräumten Ermessen tatsächlich Gebrauch machen und die Entscheidung über die Vorschusserhebung insbesondere am Ziel einer effektiven Gewährleistung prozessualer Chancengleichheit ausrichten. Geeignete Ermessenskriterien könnten dann insbesondere die Komplexität und Schwierigkeit der medizinischen Frage sowie die anderweitige Möglichkeit der Klagepartei, sich qualifiziert zur Sache zu äußern, sein.

937 Vgl. oben, Kapitel 3, B. I.

938 Vgl. oben, Kapitel 3, B. I. 2.

939 Vgl. dazu, dass auch der behördliche Amtsermittlungsgrundsatz des § 24 Abs. 1 S. 1 VwVfG lediglich ein Ideal postuliert, Möllers, in: *Hoffmann-Riem / Schmidt-Aßmann / Voßkuhle*, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, § 3, Rn. 34.

III. Fazit

Das Antragsrecht nach § 109 SGG dient der Sachverhaltsaufklärung und der Herstellung prozessualer Chancengleichheit im sozialgerichtlichen Verfahren. Die dogmatische Gewichtung dieser Zwecke zueinander weicht teilweise von derjenigen in der Praxis ab. Dies ist einerseits dem Umstand geschuldet, dass die vom Untersuchungsgrundsatz angeordnete umfassende gerichtliche Sachverhaltsaufklärung ein theoretisches Ideal ist. Auf Grund der Einbettung in ein System, das auch Verfahrensbeschleunigung und sparsame Mittelverwendung gewährleisten soll, wird dieses Ideal bereits in der Theorie beschnitten. Auch in der Praxis zeigt sich, dass eine Ergänzung der gerichtlichen Sachverhaltsaufklärung durch das Gutachten eines von der Klagepartei benannten Arztes zu einer breiteren Entscheidungsgrundlage und infolgedessen auch zu anderen Ergebnissen führen kann. Dies ändert jedoch nichts an der rechtlichen Zuweisung der *Verantwortung* für die Sachverhaltsaufklärung an das Gericht. Diese folgt aus übergeordneten Prinzipien, die durch empirische Erkenntnisse nicht einzuebnen sind. Die Zuordnung des Antragsrechts zum Grundsatz prozessualer Chancengleichheit wurde durch die empirische Untersuchung bestätigt. Die empirische Erkenntnis, dass aktive Teilhabe am Verfahren nicht zwingend automatisch zu einer stärkeren Befriedung der Beteiligten führt, muss bei der dogmatischen Strukturierung des Grundsatzes prozessualer Chancengleichheit beachtet werden. Gleichwohl sollte der Umstand, dass die Klägerinnen und Kläger – bzw. ihre Bevollmächtigten – die Stärkung ihrer aktiven Rolle als Prozessakteure bei einem ungünstigen Prozessausgang subjektiv weniger stark empfinden als bei einem günstigen Prozessausgang, nicht darüber hinweg täuschen, dass ihre Position tatsächlich gestärkt wird. Dass die Klägerseite nach einem verlorenen Prozess dieser gestärkten Subjektstellung im Sinne eines *Werts an sich* nicht viel abgewinnen kann, mag verständlich sein, ist doch primärer Prozesszweck der Klagepartei, ihr Klageziel zu erreichen.

Die Verwirklichung der Zwecke steht und fällt mit dem richtigen Verständnis des § 109 Abs. 1 S. 2 SGG, dessen Ermessenscharakter nicht unterlaufen werden darf. Die voraussichtliche Erforderlichkeit des Gutachtens nach § 109 SGG ist kein geeignetes Ermessenskriterium bei der Entscheidung über die Erhebung eines Kostenvorschusses. Richtigerweise muss die Entscheidung primär am Ziel prozessualer Chancengleichheit ausgerichtet werden.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass das Antragsrecht auf Anhörung eines bestimmten Arztes für die einzelne Klagepartei wie auch für das sozialgerichtliche Verfahren insgesamt Chancen bietet, aber auch Risiken birgt. Auf der Ebene der einzelnen Klagepartei bedeutet die Gutachteneinholung eine effektive Möglichkeit, den Prozessausgang zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Dieser Chance steht das finanzielle Risiko gegenüber, die Kosten des Gutachtens tragen zu müssen, wenn dieses für die Sachverhaltsaufklärung wertlos bleibt. Auch ist zu bedenken, dass ein negativer Prozessausgang