

teiprozess die objektivrechtliche Ebene der Sachverhaltsaufklärung im Vordergrund steht, tritt diese bei Geltung gerichtlicher Aufklärungspflichten eher in den Hintergrund und die subjektivrechtliche Ebene der fairen Verfahrensgestaltung erlangt besondere Bedeutung.

Im Verwaltungsprozess allgemein und daher auch im sozialgerichtlichen Verfahren liegt ein strukturelles Ungleichgewicht bereits in der Grundkonstellation, dass eine Privatperson einem Hoheitsträger gegenüber steht, also schon vorprozessual eine Unausgewogenheit der Handlungsmöglichkeiten besteht. Insbesondere ihre Amtsaufklärungspflicht kann der Behörde später im Prozess einen „Beweisvorsprung“ verschaffen. Daneben weist das Sozialgerichtsverfahren weitere Charakteristika auf. So besitzen die Sozialleistungsträger als spezialisierte Fachverwaltungen regelmäßig einen Wissens- und Erfahrungsvorsprung gegenüber den rechtlich und medizinisch unkundigen Einzelnen, die überdies regelmäßig die materielle Beweislast tragen. Die Streitgegenstände betreffen für die Klägerinnen und Kläger häufig existentielle Fragen, für deren Klärung sie Einblicke in höchstpersönliche Lebensbereiche gewähren müssen. Angesichts der eher passiv angelegten Rollen der Beteiligten besteht die Gefahr, dass diese zum Objekt des Verfahrens werden, was insbesondere für die privaten Einzelnen gilt. Gerade bei medizinischen Fragen ist zumeist die Klägerin bzw. der Kläger selbst im Wortsinne Objekt der Begutachtung. Angesichts der Verfügbarkeit medizinischen Fachwissens auf Seiten des Sozialleistungsträgers ist dieser hier strukturell im Vorteil, während auf Seiten der Klagepartei die Gefahr besteht, dass diese sich in die passive Rolle der zu Begutachtenden gedrängt sieht, über deren Gesundheitszustand Gericht, Sachverständige und Sozialleistungsträger sich über ihren Kopf hinweg austauschen. Zur Wahrung ihrer Subjektstellung bedarf es daher Vorkehrungen, die ihr eine aktive, der Beklagtenseite adäquate Einbindung in das Verfahren ermöglichen. Diese Funktion hat § 109 SGG, indem er es der Klagepartei ermöglicht, sich durch die Stellungnahme eines frei gewählten Arztes aktiv in den Verfahrensverlauf einzuschalten. Es bedarf aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht notwendig der Möglichkeit, ein gerichtliches Gutachten zu veranlassen. Den Mindestanforderungen an ein faires Verfahren wäre grundsätzlich durch die Möglichkeit, Privatgutachten einzureichen, Genüge getan, wobei die vermehrte Beibringung von Privatgutachten einige Praktikabilitätsschwierigkeiten mit sich bringen könnte.

## *V. Niederschlag der Gewichtung der Zwecke in der Auslegung*

Die subjektivrechtliche Zweckebene des Antragsrechts – die Gewährleistung prozessualer Chancengleichheit – überwiegt wegen des Untersuchungsgrundsatzes in ihrer Bedeutung die objektivrechtliche Funktion für die Sachverhaltsaufklärung. Diese Gewichtung spiegelt sich insbesondere bei den Grundsätzen zum Verbrauch des Antragsrechts sowie bei der teleologischen Reduktion im Rahmen der Befangenheitsablehnung wider. In besonderem Maße ist sie hinsichtlich der Kostensystematik zu berücksichtigen.

Das Wort „ein“ in der Formulierung „ein bestimmter Arzt“ ist nicht Zahlwort, sondern unbestimmter Artikel, sodass es grundsätzlich möglich ist, auf Antrag der Klagepartei in jeder Instanz mehrere von ihr benannte Ärzte zu hören. Gleichwohl ist das Antragsrecht grundsätzlich verbraucht, wenn zu demselben Beweisthema in derselben oder der vorherigen Instanz bereits ein Gutachten nach § 109 SGG eingeholt worden ist. Einem zweiten Antrag muss nur stattgegeben werden, wenn besondere Umstände die wiederholte Gutachteneinholung rechtfertigen. Damit wird dem Vorrang der Amtsermittlung Rechnung getragen, neben dem Gutachten nach § 109 SGG „nur“ ergänzenden Charakter haben. Im Vordergrund steht der Grundsatz der prozessualen Chancengleichheit, der es dem Antragsteller ermöglichen soll, sich mit seinem Anliegen aktiv in das Prozessgeschehen einzubringen. Dieser Zielsetzung wird grundsätzlich durch die Benennung eines Arztes je Beweisthema genügt.

Grundsätzlich kann der Antrag nach § 109 SGG auf Antrag des Prozessgegners wegen der Besorgnis der Befangenheit des benannten Arztes abgelehnt werden. Dazu müssen objektive Umstände oder Tatsachen vorliegen, die vom Standpunkt der ablehnenden Partei aus bei vernünftiger Betrachtungsweise geeignet sind, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit des Sachverständigen zu rechtfertigen. Die Ablehnungsmöglichkeit dient der Sicherstellung der Qualität der Sachverhaltsaufklärung. Um die subjektivrechtliche Funktion des Antragsrechts nicht zu durchkreuzen, kann jedoch im Einzelfall eine teleologische Reduktion des Befangenheitsmaßstabs angezeigt sein.

Nach § 109 Abs. 1 S. 2 SGG kann das Gericht die Gutachteneinholung davon abhängig machen, dass der Antragsteller die Kosten vorschießt und vorbehaltlich einer anderen Entscheidung des Gerichts endgültig trägt. Diese Ausnahme vom Grundsatz der Kostenfreiheit nach § 183 S. 1 SGG beruht auf dem Vorrang der gerichtlichen Amtsermittlung vor der Gutachteneinholung nach § 109 SGG. Die Entscheidung, die Anhörung von der Einzahlung eines Kostenvorschusses abhängig zu machen, liegt im Ermessen des Gerichts. Zentrales Kriterium ist dabei nach der Rechtsprechung des BSG, ob das Gericht den Sachverhalt für ausreichend geklärt hält. Da das Gericht so lange von Amts wegen die entscheidungserheblichen Tatsachen erforschen muss, bis aus seiner Sicht der Sachverhalt umfassend aufgeklärt ist, müsste daher in aller Regel der Vorschuss verlangt werden. Dies widerspricht dem Ermessenscharakter des § 109 Abs. 1 S. 2 SGG und ist daher abzulehnen. Richtigerweise müssen andere Ermessenskriterien wie die Komplexität der medizinischen Streitfrage oder die Reputation des benannten Arztes zum Tragen kommen. Grundsätzlich kein Grund für das Absehen von einem Kostenvorschuss ist wegen § 73a Abs. 3 SGG das finanzielle Unvermögen des Antragstellers, diesen aufzubringen. Die Entscheidung über die endgültige Kostentragung liegt ebenfalls im Ermessen des Gerichts. Maßgeblich für die Entscheidung über die endgültige Kostentragung ist, ob das nach § 109 SGG erstattete Gutachten die Aufklärung des Sachverhalts objektiv gefördert hat. Insofern bildet die Kostensystematik den ergänzenden Charakter des Antragsrechts neben der Amtsermittlung folgerichtig ab.

Problematisch ist das Zusammenspiel von § 109 Abs. 1 S. 2 und § 73a Abs. 3 SGG mit Blick auf die prozessuale Chancengleichheit. Das Ziel, eine Gleichwertigkeit der prozessualen Stellung der Parteien herzustellen, könnte dadurch konterkariert werden, dass finanziell schwache Antragsberechtigte systematisch von Erfolg versprechenden Anträgen abgehalten würden. Hier ist durch Berücksichtigung des Gebots der prozessualen Chancengleichheit bei der Ermessensentscheidung über den Kostenvorschuss Abhilfe zu schaffen, was wiederum gegen die Rechtsprechung des BSG zur Vorschusserhebung spricht.

## *B. Ergebnisse der empirischen Untersuchung*

### *I. Prozessverlauf*

Die Hypothese, die Einholung von Sachverständigengutachten nach § 109 SGG verzögere das Verfahren, kann unter Zugrundelegung eines relativen Verständnisses des Verzögerungsbegriffs nur teilweise angenommen werden. Lediglich bei Verfahren mit insgesamt drei Sachverständigengutachten wurde ein schwach signifikant erhöhter Wert gemessen, wenn ein Gutachten nach § 109 SGG eingeholt worden war. Demgegenüber wiesen die Verfahrensdauern bei Verfahren mit insgesamt zwei Sachverständigengutachten keine signifikant unterschiedlichen Verfahrensdauern auf. Auch beim Vergleich der „Verfahrensdauer je Sachverständigengutachten“ war ein signifikanter Unterschied nicht festzustellen. Soweit die Einholung von Gutachten nach § 109 SGG in höherem Maße zu einer Verlängerung führt als die Gutachteneinholung von Amts wegen, ist dies teilweise durch die Verpflichtung des Gerichts, der antragsberechtigten Person eine angemessene Frist für die Entscheidung über eine Antragstellung einzuräumen, zu erklären. Aber auch die Gutachtenerstellung als solche nimmt bei Gutachten nach § 109 SGG mehr Zeit in Anspruch als bei von Amts wegen in Auftrag gegebenen Gutachten. Zur Verfahrensdauer wurden ferner große regionale Unterschiede festgestellt. Lag die mittlere Dauer bis zur Erledigung in der ersten Instanz bei 812,5 Tagen, so wurde dieser Wert in Bayern, Rheinland-Pfalz und Nordrhein-Westfalen signifikant unter- und in Brandenburg, Thüringen, Sachsen und Berlin signifikant überschritten.

In mehr als neun von zehn Verfahren, in denen auf Antrag der Klagepartei ein Gutachten eingeholt wurde, lag zum Zeitpunkt der Einholung des Gutachtens nach § 109 SGG bereits mindestens ein Gutachten nach § 106 SGG vor. Lediglich in 8,7% der Fälle war das „§ 109er-Gutachten“ das erste Gutachten des Verfahrens. Knapp ein Drittel aller Gutachten nach § 106 SGG werden im Bereich Orthopädie eingeholt. Fasst man die Bereiche Neurologie, Psychiatrie, Neurologie-Psychiatrie, Psychologie, Psychotherapie und Psychosomatik zusammen, so bildet diese Gruppe mit 35,6% den größten Anteil der von Amts wegen eingeholten Gutachten. Zum subjektiven Erlebnis der