

C. Die Kostentragung für das Gutachten nach § 109 SGG

Die Regeln zur Tragung der Kosten für das Gutachten nach § 109 SGG zeigen in besonderer Weise das Spannungsverhältnis zwischen der Sachverhaltsaufklärungs- und der Chancengleichheitsfunktion des Antragsrechts. Einerseits bildet die Kostensystematik der §§ 109 Abs. 1 S. 2, 73a Abs. 3 SGG das ergänzende Verhältnis von § 109 SGG zur gerichtlichen Untersuchungspflicht folgerichtig ab (I.). Dabei besteht jedoch die Gefahr einer Konterkarierung der subjektivrechtlichen Funktion, welche nur durch eine konsequent an der Chancengleichheit orientierte Ermessensausübung verhindert werden kann (II.).

I. Umsetzung des Ergänzungscharakters auf Kostenebene

Nach § 109 Abs. 1 S. 2 SGG kann das Gericht die Anhörung des vom Antragsteller benannten Arztes davon abhängig machen, dass der Antragsteller die Kosten vorschießt und vorbehaltlich einer anderen Entscheidung des Gerichts endgültig trägt. Damit stellt § 109 Abs. 1 S. 2 in Verbindung mit § 183 S. 4 SGG eine Ausnahme vom Grundsatz des § 183 S. 1 SGG dar, wonach das Verfahren vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit für Versicherte, Leistungsempfänger einschließlich Hinterbliebenenleistungsempfänger, behinderte Menschen oder deren Sonderrechtsnachfolger kostenfrei ist, soweit sie in dieser jeweiligen Eigenschaft als Kläger oder Beklagte beteiligt sind. Hintergrund dieser Ausnahme ist der Vorrang der gerichtlichen Sachverhaltsermittlung von Amts wegen.

1. Kostenvorschuss

Bei der Entscheidung, die Anhörung von der Einzahlung eines Kostenvorschusses abhängig zu machen, handelt es sich um eine Ermessensentscheidung.⁵⁴³ Zentrales Kriterium für die Ermessensausübung ist nach der Auffassung des Bundessozialgerichts, ob das Gericht auf Grund seiner Amtsermittlungspflicht den Sachverhalt für ausreichend geklärt hält.⁵⁴⁴ In diesem Fall werde es in der Regel die gutachtliche Anhörung des benannten Arztes davon abhängig machen, dass der Antragsteller die Kosten vorschießt und vorbehaltlich einer anderen Entscheidung des Gerichts auch endgültig trägt.⁵⁴⁵ In diesem Zusammenhang ist zu bedenken, dass das Gericht so lange von Amts wegen die entscheidungserheblichen Tatsachen erforschen muss, bis aus seiner Sicht der Sachverhalt umfassend geklärt ist. Solange dies nicht der Fall ist, geht die gerichtliche Untersuchungspflicht ohnehin einer Gutachteneinholung nach § 109 SGG vor.⁵⁴⁶ Vor diesem

543 Rohwer-Kahlmann, SGG, § 109, Rn. 28; Keller, in: Meyer-Ladewig, SGG, § 109, Rn. 13.

544 Vgl. BSG v. 23.9.1997, NZS 1998, 302, 303.

545 Vgl. BSG v. 23.9.1997, NZS 1998, 302, 303.

546 Vgl. dazu ausführlich oben, Kapitel 3, C. I.

Hintergrund ist die Konstellation, dass das Gericht ein Gutachten nach § 109 SGG deshalb ohne Kostenvorschuss einholt, weil es weiteren Sachaufklärungsbedarf sieht, theoretisch nicht denkbar. Im Ergebnis müsste daher in aller Regel der Vorschuss verlangt werden.⁵⁴⁷

Da dies mit dem Ermessenscharakter des § 109 Abs. 1 S. 2 SGG unvereinbar ist, kann die ex ante zu beurteilende Notwendigkeit des Gutachtens für die Sachverhaltsaufklärung richtigerweise kein sinnvolles Kriterium sein. Stattdessen kommen je nach Einzelfall eine Reihe anderer Umstände in Betracht, die bei der Abwägung eine Rolle spielen können. So kann das Gericht etwa dann von einem Kostenvorschuss Abstand nehmen, wenn es beabsichtigt, allein auf der Basis eines in den Akten befindlichen Gutachtens aus dem Verwaltungsverfahren zu entscheiden.⁵⁴⁸ Von Bedeutung kann auch eine besondere wissenschaftliche Reputation des nach § 109 SGG benannten Arztes auf seinem Fachgebiet oder die Verfügbarkeit neuer Untersuchungsmöglichkeiten sein.⁵⁴⁹ Auch zur Beantwortung einer besonders schwierigen Kausalitätsfrage in der Unfallversicherung oder einer besonders kontrovers diskutierten medizinischen Frage kann es geboten sein, von dem Vorschuss abzusehen.⁵⁵⁰ In den genannten Fällen besteht jedoch keine allgemeine Verpflichtung des Gerichts, auf den Kostenvorschuss zu verzichten, vielmehr kommt es stets auf den Einzelfall an.⁵⁵¹

Grundsätzlich kein Grund für das Absehen von einem Kostenvorschuss soll nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts das finanzielle Unvermögen des Antragstellers sein, diesen aufzubringen.⁵⁵² Dies gilt auch für den Fall, dass die Klagepartei an sich die Voraussetzungen für die Gewährung von Prozesskostenhilfe erfüllt.⁵⁵³ Die Festsetzung eines Kostenvorschusses in diesem Falle ist von der Rechtsprechung auch

547 Vgl. *Peters / Sautter / Wolff*, SGG, § 109, Anm. 5; *Keller*, in: *Meyer-Ladewig*, SGG, § 109, Rn. 13.

548 *Gouder*, SGB 1984, 89, 92; *Keller*, in: *Meyer-Ladewig*, SGG, § 109, Rn. 13; kritisch *Pawlak*, in: *Hennig*, SGG, § 109, Rn. 36.

549 Vgl. BSG v. 23.9.1997, NZS 1998, 302, 303.

550 Vgl. BSG v. 23.9.1997, NZS 1998, 302, 303.

551 *Keller*, in: *Meyer-Ladewig*, SGG, § 109, Rn. 13; für den Fall der geplanten Entscheidung allein auf Basis eines Verwaltungsgutachtens offenbar a.A. *Rohwer-Kahlmann*, SGG, § 109, Rn. 30.

552 Vgl. BSG v. 21.1.1958 – 2 RU 256/55, Rn. 17 bei juris; BSG v. 25.4.1958 – 3 RJ 263/56, Orientierungssatz bei juris; BSG v. 31.3.1964, Breith. 1964, 908; BSG v. 17.9.1980 – 9 RV 41/79, Rn. 14 bei juris; BSG v. 26.8.1998 – B 9 VS 7/98, Rn. 4 bei juris; *Keller*, in: *Meyer-Ladewig*, SGG, § 109, Rn. 13; *Rohwer-Kahlmann*, SGG, § 109, Rn. 29; a.A.: LSG Rheinland-Pfalz v. 10.4.1979, Breith. 1980, 171, 172f., wonach die Ausübung des gerichtlichen Ermessens für das Abverlangen eines Kostenvorschusses bei einem armen prozesskostenhilfeberechtigten Beteiligten danach zu erfolgen habe, ob ein vernünftiger Beteiligter, der die Kosten selbst tragen muss, unter den gegebenen Umständen und nach Sach- und Rechtslage einen Antrag auf Anhörung eines bestimmten Arztes gemäß § 109 SGG stellen würde.

553 Kritisch *Udsching*, NZS 1992, 50, 55, der vorschlägt, zu erwägen, dann von der Vorschusspflicht abzusehen, wenn der Antragsteller glaubhaft macht, dass er wirtschaftlich nicht in der Lage ist, den Kostenvorschuss aufzubringen und die Möglichkeit einer weiteren Sachaufklärung durch das beabsichtigte Gutachten im Vorhinein nicht als aussichtslos angesehen werden kann.

unter Berücksichtigung des Umstands, dass nach § 73a Abs. 3 SGG Prozesskostenhilfe für Gutachten nach § 109 SGG nicht gewährt wird, als verfassungsrechtlich unbedenklich angesehen worden.⁵⁵⁴ Eine Pflicht des Gerichts, bei prozesskostenhilfeberechtigten Antragstellern generell von der Forderung eines Kostenvorschusses abzusehen, wäre mit dem insoweit eindeutigen Wortlaut des § 73a Abs. 3 SGG auch nicht zu vereinbaren.⁵⁵⁵

Wenn das Gericht die Einholung des Gutachtens von einem Kostenvorschuss abhängig machen möchte, muss es dem Antragsteller die Höhe des Vorschusses genau beziffern, damit er auf dieser Basis eine Entscheidung über die Aufrechterhaltung seines Antrags treffen kann.⁵⁵⁶ Bei der Bemessung der Höhe des Vorschusses muss sich das Gericht an den voraussichtlich zu erwartenden Kosten orientieren, es darf den Vorschuss nicht niedriger ansetzen, da sonst die Partei ihr Risiko nicht sachgemäß kalkulieren kann.⁵⁵⁷ Für die Bemessung des Kostenvorschusses ist eine eventuelle Bedürftigkeit des Antragstellers nicht von Bedeutung. Diese kann allenfalls bei der Frage, ob überhaupt ein Vorschuss anzufordern ist, eine Rolle spielen, wird diese Frage allerdings bejaht, sind allein die Kosten der Begutachtung maßgeblich.⁵⁵⁸

Da die Vorschusszahlung bei Vorliegen einer entsprechenden Entscheidung des Gerichts Bedingung für die Beweiserhebung ist, unterbleibt die Einholung des Gutachtens bei Nichtzahlung innerhalb einer gesetzten angemessenen Frist; eine Erzwingung der Vorschusszahlung ist ausgeschlossen.⁵⁵⁹

2. Endgültige Kostentragung

Die Entscheidung über die endgültige Kostentragung ist zweifach bedingt: Zum einen hängt sie von der Festsetzung eines Kostenvorschusses ab, zum anderen wird sie gleichzeitig mit diesem festgelegt, und zwar unter der auflösenden Bedingung einer anderen Entscheidung. Dies bedeutet erstens, dass dem Antragsteller dann nicht die Tragung der endgültigen Kosten auferlegt werden kann, wenn im Vorfeld kein Kostenvorschuss verlangt wurde. Auch ist es nach dem Wortlaut des Gesetzes unzulässig, das beantragte Gutachten zwar ohne Vorschuss einzuholen, gleichzeitig jedoch im Beweisbeschluss die Zahlung der endgültigen Kosten durch die Klagepartei vorzubehalten. Zweitens bedarf es von Amts wegen grundsätzlich keiner Entscheidung über die endgültige Kostentragung, da diese bereits im Zusammenhang mit dem Vorschuss grundsätzlich der Klagepartei auferlegt wurde. Mit dem Antrag nach § 109 SGG kann aber die Über-

554 Vgl. BSG v. 23.9.1997, NZS 1998, 302, 303f.

555 Zu § 73a Abs. 3 SGG sogleich unter 3.

556 Vgl. Keller, in: Meyer-Ladewig, SGG, § 109, Rn. 14a; Rohwer-Kahlmann, SGG, § 109, Rn. 31.

557 Vgl. Keller, in: Meyer-Ladewig, SGG, § 109, Rn. 14b.

558 Keller, in: Meyer-Ladewig, SGG, § 109, Rn. 14a.

559 Keller, in: Meyer-Ladewig, SGG, § 109, Rn. 14c.

nahme der Kosten auf die Staatskasse beantragt werden, dann muss das Gericht hierüber entscheiden.⁵⁶⁰

Maßgeblich für die Entscheidung über die endgültige Kostentragung ist, ob das nach § 109 SGG erstattete Gutachten für die Entscheidung oder den sonstigen Ausgang des Rechtsstreites von Bedeutung gewesen ist, indem es die Aufklärung des entscheidungserheblichen Sachverhalts objektiv gefördert hat.⁵⁶¹ Damit wird der Vorrang der gerichtlichen Amtsermittlung auf der Kostenebene umgesetzt. § 103 S. 1 SGG weist dem Gericht – nicht den Beteiligten – die Verantwortung für die umfassende Sachverhaltsaufklärung zu. Ergibt nun das ergänzend auf Antrag der Klagepartei eingeholte Gutachten, dass weitergehende Aufklärung erforderlich war, so hat die Staatskasse auch die finanzielle Verantwortung für dieses Gutachten zu tragen.

Wenn ein Urteil in der Sache ergangen ist, bildet dieses die Grundlage für die Entscheidung, doch auch ein Anerkenntnis oder ein Vergleich können für eine Förderung der Sachverhaltsaufklärung durch das Gutachten nach § 109 SGG sprechen.⁵⁶² Es ist für die Kostenübernahme auf die Staatskasse nicht entscheidend, ob der Antragsteller das Verfahren gewinnt.⁵⁶³ Vielmehr muss das Gutachten des vom Antragsteller benannten Arztes dem Gericht neue Erkenntnisse verschafft haben.⁵⁶⁴ Diese müssen für die Entscheidung rechtserheblich sein, es genügt nicht, wenn der vom Gericht von Amts wegen ermittelte Sachverhalt durch das nach § 109 SGG eingeholte Gutachten lediglich „erweitert“ worden ist.⁵⁶⁵ Dementsprechend ist es auch grundsätzlich nicht von Belang für eine Übernahme der Kosten auf die Staatskasse, ob das Gutachten zu einer Förderung des Verfahrens im Sinne der Wiederherstellung des Rechtsfriedens geführt hat, indem es den Antragsteller zur Zurücknahme der Klage oder des Rechtsmittels bewogen hat.⁵⁶⁶ Maßgeblich ist allein, ob das Gutachten zu der für die Rechtsfindung relevanten Meinungsbildung des Gerichts beigetragen hat, nicht zur Meinungsbildung eines Pro-

560 Keller, in: *Meyer-Ladewig*, SGG, § 109, Rn. 18.

561 Vgl. *Rohwer-Kahlmann*, SGG, § 109, Rn. 48; *Plagemann / Hontschik*, Medizinische Begutachtung, Rn. 73; Bayerisches LSG v. 4.10.1961, Breith. 1962, 855, 855f.; Bayerisches LSG v. 17.1.1962 - L 18/Ko 43/61, Leitsätze Nr. 2 u. 3 bei juris; LSG Nordrhein-Westfalen v. 11.7.1962 - L 14 I 85/60, Leitsatz bei juris; LSG Rheinland-Pfalz v. 4.1.1999 - L 7 U 110/98, Leitsatz bei juris; LSG Nordrhein-Westfalen v. 4.7.2002, SGB 2002, 676; LSG Berlin-Brandenburg v. 13.7.2005 - L 9 B 146/03 KR, Rn. 2 bei juris.

562 Vgl. *Rohwer-Kahlmann*, SGG, § 109, Rn. 48; Keller, in: *Meyer-Ladewig*, SGG, § 109, Rn. 16a.

563 Vgl. *Rohwer-Kahlmann*, SGG, § 109, Rn. 48; Bayerisches LSG v. 4.10.1961, Breith. 1962, 855, 855f.

564 Vgl. LSG Nordrhein-Westfalen v. 4.7.2002, SGB 2002, 676; LSG Berlin-Brandenburg v. 13.7.2005 - L 9 B 146/03 KR, Rn. 2 bei juris.

565 Vgl. LSG Nordrhein-Westfalen v. 4.7.2002, SGB 2002, 676.

566 Vgl. *Rohwer-Kahlmann*, SGG, § 109, Rn. 52; *Krasney / Udsching*, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, III, Rn. 101; Keller, in: *Meyer-Ladewig*, SGG, § 109, Rn. 16a; Hessisches LSG v. 30.7.1969, SGB 1970, 70; LSG Rheinland-Pfalz v. 24.1.1977, SozVers 1977, 298, 298f.; LSG Rheinland-Pfalz v. 4.1.1999 - L 7 U 110/98, Rn. 3 bei juris; a.A. LSG Rheinland-Pfalz v. 5.4.1966, 377 sowie LSG Rheinland-Pfalz v. 12.2.1998, SGB 1998, 412.

zessbeteiligten.⁵⁶⁷ Auch ist es für die Entscheidung über die endgültige Kostentragung unerheblich, ob der Antrag aus der Sicht des Antragstellers aus verständigen Gründen gestellt worden ist.⁵⁶⁸

Die Kostenübernahme ist grundsätzlich dann angezeigt, wenn – entgegen der ursprünglichen Annahme des Gerichts – das Gutachten nach § 109 SGG aufzeigt, dass eine weitere Sachaufklärung von Amts wegen notwendig gewesen wäre.⁵⁶⁹ Dies kann sich auch darin äußern, dass in Folge des Gutachtens des benannten Arztes weitere Beweiserhebungen von Amts wegen – auch erst im anschließenden Berufungsverfahren – erforderlich werden.⁵⁷⁰ In diesem Fall ist allerdings dann keine Kostenübernahme auf die Staatskasse anzuordnen, wenn das weitere Gutachten nach § 106 SGG lediglich die Unrichtigkeit des Gutachtens nach § 109 SGG ergibt, ohne wesentliche, darüber hinausgehende zusätzliche Erkenntnisse hervorzubringen.⁵⁷¹

Problematisch ist die Frage, ob die Kosten auf die Staatskasse zu übernehmen sind, wenn eine nach § 109 SGG angeordnete Untersuchung zwar ergibt, dass vom Untersuchungstag an die medizinischen Voraussetzungen für die streitgegenständliche Leistung vorliegen, gleichzeitig aber feststeht, dass diese Voraussetzungen vorher – also zum Zeitpunkt der Stellung des Leistungsantrags oder der Klageerhebung – nicht erfüllt waren. Nach einer Entscheidung des LSG Nordrhein-Westfalen sollen die Kosten in dieser Konstellation nicht übernommen werden.⁵⁷² Es sei nicht die Aufgabe der Gerichte, in einem sich über Jahre hinziehenden Rechtsstreit wiederholt Gutachten auf Kosten der Allgemeinheit einzuholen, bis schließlich ein Sachverständigengutachten wegen zwischenzeitlich eingetretener Verschlimmerungen die medizinischen Voraussetzungen der Berufsunfähigkeit bejahe. Der Grundsatz der Prozesswirtschaftlichkeit gebiete es, die Rentenbewerber auf den zweckmäßigeren und mit geringerem Aufwand erreichbaren Weg eines neuen Rentenanspruchs zu verweisen.⁵⁷³ Diese Auffassung ist jedoch bei Verpflichtungs- und Leistungsklagen problematisch, da hier der maßgebende Zeitpunkt

567 Vgl. Bayerisches LSG v. 17.1.1962 – L 18/Ko 43/61, Leitsatz Nr. 2 bei juris; Hessisches LSG v. 30.7.1969, SGB 1970, 70, 70f.

568 Vgl. *Peters / Sautter / Wolff*, SGG, § 109, Anm. 5; *Keller*, in: *Meyer-Ladewig*, SGG, § 109, Rn. 16a; LSG Rheinland-Pfalz v. 4.1.1999 – L 7 U 110/98, Rn. 3 bei juris; a.A. LSG Rheinland-Pfalz v. 12.2.1998, Breith. 1998, 946, 947f.

569 Vgl. *Peters / Sautter / Wolff*, SGG, § 109, Anm. 5; *Keller*, in: *Meyer-Ladewig*, SGG, § 109, Rn. 16a; Hessisches LSG v. 28.1.2004, Breith. 2005, 87, 87f.; ausführlich zum Verhältnis zwischen gerichtlicher Sachverhaltsaufklärungspflicht und § 109 SGG oben, Kapitel 3.

570 Vgl. *Keller*, in: *Meyer-Ladewig*, SGG, § 109, Rn. 16a; Bayerisches LSG v. 19.8.1999, Breith. 1999, 1051, 1052; Bayerisches LSG v. 13.6.2006, NZS 2006, 615, 616.

571 Vgl. *Udsching*, NZS 1992, 50, 55; *Krasney / Udsching*, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, III, 101.

572 LSG Nordrhein-Westfalen v. 11.7.1962 – L 14 I 85/60, Leitsatz bei juris; ebenso *Rohwer-Kahlmann*, SGG, § 109, Rn. 53.

573 LSG Nordrhein-Westfalen v. 11.7.1962 – L 14 I 85/60, Leitsatz bei juris.

für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz ist.⁵⁷⁴

3. Keine Gewährung von Prozesskostenhilfe

§ 73a Abs. 3 SGG bestimmt, dass § 109 Abs. 1 S. 2 SGG von den Vorschriften über die Prozesskostenhilfe unberührt bleibt. Dies bedeutet, dass weder für den Kostenvorschuss noch für die dem Antragsteller endgültig auferlegten Kosten des Gutachtens Prozesskostenhilfe gewährt werden kann.⁵⁷⁵

Dem Ausschluss liegt die Systematik der §§ 103, 109 SGG zu Grunde: Gemäß § 114 S. 1 ZPO, der über § 73a Abs. 1 S. 1 SGG auch für das sozialgerichtliche Verfahren gilt, erhält eine Partei auf Antrag Prozesskostenhilfe, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint. Der zwingende Charakter des § 109 Abs. 1 S. 1 SGG, der das Gericht zur Einholung des Gutachtens verpflichtet, soweit nicht Ablehnungsgründe im Sinne des § 109 Abs. 2 SGG vorliegen, bedeutet aber im Kern nichts anderes, als dass das Gericht die für die Prozesskostenhilfe zwingend vorgeschriebene Erfolgsaussicht nicht prüfen kann.⁵⁷⁶ Doch selbst wenn das Gericht diese Prüfung vornähme, müsste es in aller Regel abschlägig über den Prozesskostenhilfeantrag entscheiden: Wegen des Vorrangs der Untersuchungsmaxime muss das Gericht so lange von Amts wegen medizinische Sachverständigengutachten einholen, wie es dies für die umfassende Aufklärung des entscheidungserheblichen Sachverhalts für erforderlich hält. Erst danach kann § 109 SGG zum Tragen kommen. Zu diesem Zeitpunkt ist aber aus der Sicht des Gerichts ein weiteres Sachverständigengutachten gerade nicht mehr erforderlich. Es fehlt daher grundsätzlich an der hinreichenden Erfolgsaussicht im Sinne des Prozesskostenhilferechts.⁵⁷⁷ Für den Fall, dass diese Einschätzung später durch das Gutachten widerlegt wird, werden die endgültigen Kosten jedoch auf die Staatskasse übernommen, so dass ein Bedürfnis für die Gewährung von Prozesskostenhilfe auch dann nicht besteht.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass das Zusammenspiel von § 109 Abs. 1 S. 2 und § 73 a Abs. 3 SGG die Systematik des Prozesskostenhilferechts sowie das Verhältnis von § 109 SGG zum Untersuchungsgrundsatz folgerichtig umsetzt.

⁵⁷⁴ Vgl. Keller, in: Meyer-Ladewig, SGG, § 109, Rn. 16a.

⁵⁷⁵ Vgl. BSG v. 23.9.1997, NZS 1998, 302, 303; LSG f. d. Saarland v. 13.5.1997 – L 2 U 121/96, Rn. 36 bei juris; Leitherer, in: Meyer-Ladewig, SGG, § 73a, Rn. 3; Rohwer-Kahlmann, SGG, § 109, Rn. 29.

⁵⁷⁶ Vgl. BSG v. 23.9.1997, NZS 1998, 302, 303.

⁵⁷⁷ Vgl. BSG v. 23.9.1997, NZS 1998, 302, 303; Rohwer-Kahlmann, SGG, § 109, Rn. 29.

II. Bedeutung der Kostensystematik für die prozessuale Chancengleichheit

Problematisch ist demgegenüber die Auswirkung der Kostentragungsregelung auf das Ziel des Antragsrechts, die prozessuale Chancengleichheit zu fördern. Wie gesehen soll das Recht auf Anhörung eines bestimmten Arztes die strukturellen Nachteile der klagenden gegenüber der beklagten Partei auszugleichen helfen, die es ihr erschweren, aktiv Einfluss auf Gang und Ausgang des Verfahrens zu nehmen. Der Klagepartei soll es ermöglicht werden, nicht lediglich passiv am Verfahren teilzunehmen, sondern aktiv am Verfahren teilzuhaben und so ihrer Subjektqualität Geltung zu verschaffen.

Zwar ermöglicht das Recht, einen bestimmten Arzt als Gutachter zu benennen, der Klagepartei grundsätzlich diese Teilhabe. Gleichwohl stellt sich die Frage, ob die Wahrnehmung dieser Möglichkeit faktisch dadurch erschwert wird, dass die Partei die Kosten gegebenenfalls – nach der Rechtsprechung des BSG sogar in aller Regel – vorschießen und für den Fall, dass das Gutachten dem Gericht keine neuen Erkenntnisse verschafft, auch endgültig tragen muss. Diese Frage stellt sich umso dringlicher, wenn man bedenkt, dass für das Gutachten nach § 109 SGG keine Prozesskostenhilfe gewährt werden kann. So liegt das finanzielle Risiko, dass das beantragte Gutachten letztlich nicht den erhofften Einfluss auf die Sachverhaltsaufklärung nehmen kann – abgesehen von einer eventuell eingreifenden Rechtsschutzversicherung – allein bei der antragstellenden Partei. Dieses Risiko dürfte gerade bei an sich prozesskostenhilfeberechtigten Klägerinnen und Klägern nicht zu unterschätzen sein, liegen doch die Kosten für medizinische Sachverständigengutachten regelmäßig im vierstelligen Bereich.⁵⁷⁸ In diesem Zusammenhang gilt es, sich nochmals zu vergegenwärtigen, welche strukturellen Ungleichgewichtslagen § 109 SGG unter anderem ausgleichen soll. Es sind dies insbesondere die bessere finanzielle Ausstattung sowie die höhere Verfügbarkeit medizinischer Fachkenntnis auf Seiten der Sozialleistungsträger. Das Recht, einen bestimmten Arzt als Gutachter hinzuzuziehen, soll es gerade der zumeist medizinisch unkundigen Klagepartei ermöglichen, Einfluss auf das Verfahren zu nehmen. Gleichzeitig ist ihr jedoch das finanzielle Risiko auferlegt, die Erfolgsaussichten dieses Vorgehens abschätzen zu müssen. Um diese Prognose sachgemäß anstellen zu können, ist jedoch wiederum eine gewisse medizinische Beschlagenheit vonnöten. Insbesondere finanziell schwache Antragsberechtigte sehen sich so einem Dilemma ausgesetzt, das § 109 SGG eigentlich auflösen möchte.⁵⁷⁹

Freilich ist damit nicht gesagt, dass die Kostensystematik des § 109 Abs. 1 S. 2 SGG in Verbindung mit § 73a Abs. 3 SGG nicht mit der verfassungsrechtlich gebotenen prozessualen Chancengleichheit vereinbar wäre. Wie gesehen, wäre diese grundsätzlich

578 Dies ergibt sich aus der Verfasserin zur Verfügung gestellten nichtöffentlichen Daten des Sozialgerichts Berlin für die Jahre 2005 bis 2009.

579 Ähnlich LSG Rheinland-Pfalz v. 10.4.1979, Breith. 1980, 171, 172f.; LSG Rheinland-Pfalz v. 12.2.1998, Breith. 1998, 946, 947.