

parteien.³³ Besonders deutlich werden die gegensätzlichen Positionen an der Einschätzung der Auswirkung des Antragsrechts auf die Verfahrensdauer. Die empirische Studie soll hier neue rechtstatsächliche Erkenntnisse liefern.³⁴ Dazu werden erstmals bundesweit an Hand konkreter Verfahren die Anwendungspraxis und die Auswirkungen des Antragsrechts in der sozialgerichtlichen Realität untersucht.³⁵ Die Ergebnisse der empirischen Untersuchung werden sodann an den im rechtsdogmatischen Teil festgestellten Zielsetzungen zu messen sein.

C. Methodik

Wie bereits angesprochen wurde, untergliedert sich die Arbeit in zwei Teile mit unterschiedlichen methodischen Ansätzen.

I. Rechtsdogmatische Untersuchung

1. Ziel der Auslegung

Die rechtsdogmatische Untersuchung zielt auf die Herausarbeitung der Zwecke des Antragsrechts auf Anhörung eines bestimmten Arztes. Diese sollen durch Auslegung ermittelt werden.³⁶ In diesem Zusammenhang stellt sich das methodische Problem des Ziels der Auslegung, also die umstrittene Frage, ob die subjektive oder die objektive Auslegungstheorie vorzugswürdig ist.

Die subjektive Theorie versucht, im Wege einer genetischen Auslegung den Willen und die Absichten des historischen Gesetzgebers festzustellen, die sie – in ihrer Reinform – als allein maßgeblich für das Verständnis des Gesetzes ansieht.³⁷ Da die Normsetzung ein auf Sollen gerichteter Willensakt sei,³⁸ sei der hinter den Zeichen des Ge-

33 Von einem Kräfteungleichgewicht geht etwa die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates aus, vgl. BT-Drucks. 16/7716, S. 33; a.A. *Stoll*, NZA 1988, 272, 274.

34 Rechtstatsachenforschung ist nach ihrem Wegbereiter *Arthur Nußbaum* „die systematische Untersuchung der sozialen, politischen und anderen tatsächlichen Bedingungen, auf Grund derer einzelne rechtliche Regeln entstehen, und die Prüfung der sozialen, politischen und sonstigen Wirkungen jener Normen“, vgl. *Nußbaum*, Die Rechtstatsachenforschung, S. 67.

35 *Schnorr* legte 1993 eine Arbeit vor, für die 22 Sozialrichter/innen aus Bremen und Hamburg befragt worden waren, ohne dass sich die erhobenen Daten jedoch auf konkrete Verfahren beziehen, vgl. zur Anlage der Untersuchung *Schnorr*, Der medizinische Sachverständige, S. 29ff.

36 Vgl. *Rüthers / Fischer / Birk*, Rechtstheorie, Rn. 725f., die es als zentrales Ziel jeder Gesetzesauslegung begreifen, den Normzweck zu ermitteln und zu verwirklichen.

37 Vgl. *Coing / Honsell*, in: *Staudinger*, BGB, Einl., Rn. 133; *Hillgruber*, in: *Maunz / Dürig*, GG, Bd. VI, Art. 97, Rn. 57; vgl. zur genetischen Argumentation auch *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 291 ff. sowie *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, S. 46.

38 Vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 4f.

setzes stehende gesetzgeberische Wille maßgeblich.³⁹ Demgegenüber versteht sich die Auslegung nach der objektiven Theorie als Suche nach dem „im Gesetzeswortlaut niedergelegten Willen des Gesetzes“.⁴⁰ Sie hält der subjektiven Theorie entgegen, diese scheiterte in der gewaltenteiligen repräsentativen Demokratie bereits daran, dass die tatsächlichen subjektiven Motive der an einem Gesetzgebungsverfahren beteiligten Personen kaum je ermittelt und jedenfalls nicht den – regelmäßig in den Ministerien formulierten – Begründungen entnommen werden könnten.⁴¹ Umgekehrt sieht sich die objektive Auslegungsmethode dem Vorwurf ausgesetzt, sie sei ein Angriff auf Demokratie und Rechtsstaat, da sie die dienende Rolle des auslegenden Gerichts verkenne, das sich unter dem Deckmantel der objektiven Auslegung von der Gesetzesbindung lossage und sich so zum Herrn über den Gesetzgeber aufschwinge.⁴² Die objektive Auslegung könne, soweit sie gegen den Willen des Gesetzgebers entscheide, als Ergebnis der Interpretation nur den subjektiven Willen des Interpreten zutage fördern.⁴³ Dem ist entgegen zu halten, dass es sich bei dem als Ergebnis einer subjektiven Auslegung ermittelten „Willen des Gesetzgebers“ ebenfalls nur um eine Interpretation des Auslegenden handelt, deren Begründung häufig schwierig oder gar unmöglich sein dürfte.⁴⁴

Dieser Arbeit wird ein Auslegungsverständnis zu Grunde gelegt, das beiden Theorien Rechnung trägt, ohne einer der Theorien in ihrer strengsten Ausprägung den Vorzug zu geben. Dabei wird von dem durch das Bundesverfassungsgericht herausgearbeiteten und in ständiger Rechtsprechung bestätigten Ansatz ausgegangen. Nach diesem ist das Ziel der Auslegung einer Gesetzesvorschrift „[...] der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt ist.“⁴⁵ Gegenstand der Auslegung ist also das Gesetz als „Träger eines immanenten Sinnes“,⁴⁶ dessen Bedeutungsgehalt zu konkretisieren ist. Im Rahmen dieses Konkretisierungspro-

39 Vgl. *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 332ff.; *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, S. 53.

40 *Coing / Honsell*, in: *Staudinger*, BGB, Einl., Rn. 134; ebenso *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 17; *Alexy* spricht von objektiv-teleologischer Argumentation, vgl. *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 296; a.A. *Rüthers / Fischer / Birk*, Rechtstheorie, Rn. 718, die es als „irreführend und mystifizierend“ sehen, von einem „Willen des Gesetzes“ zu sprechen.

41 Vgl. *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 19; *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 293.

42 Vgl. *Hillgruber*, in: *Maunz / Dürig*, GG, Bd. VI, Art. 97, Rn. 59, 62; *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, Vorw. zur 5. Aufl., S. XIIIIf.

43 Vgl. *Rüthers / Fischer / Birk*, Rechtstheorie, Rn. 797; *Säcker*, in: Münchener Kommentar BGB, Bd. 1, Einl., Rn. 79.

44 Vgl. *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 293.

45 St. Rspr. seit BVerfG v. 21.5.1952, BVerfGE 1, 299, 312; vgl. aus neuerer Zeit BVerfG v. 10.6.2009, BVerfGE 124, 25, 39; BVerfG v. 17.11.2009, NJW 2010, 754, 755; ähnlich Rieger, NVwZ 2003, 17, 19.

46 *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 186; a.A. *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 329, der die Norm als „bloß‘ ideelle Wirklichkeit“ sieht, die „nicht mit ihrer materiellen Hülse, der Sprache“ verwechselt werden dürfe.

zesses können entstehungsgeschichtliche Sachgesichtspunkte ebenso herangezogen werden wie Wortlaut und Systematik.⁴⁷ Genetische und historische Aspekte stellen gleichsam Hilfsgesichtspunkte innerhalb der grammatischen und systematischen Auslegung dar, kann doch etwa die Wortlautinterpretation ohne einen Rückgriff auf die Entstehungsgeschichte einer Formulierung häufig kaum gelingen.⁴⁸ Erst wenn die verschiedenen Auslegungselemente zu widersprüchlichen Ergebnissen führen, bedarf es Kollisionsregeln. Dann geben die Ergebnisse der unmittelbar normtextbezogenen Auslegungsmethoden – also Wortlaut und Systematik – den Ausschlag.⁴⁹ So gesteht auch das Bundesverfassungsgericht der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift insofern eine Bedeutung zu, „als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können.“⁵⁰ Die Gesetzgebungsmaterialien dürfen hingegen nicht dazu verleiten, die subjektiven Vorstellungen der gesetzgebenden Instanzen dem objektiven Gesetzesinhalt gleich zu setzen.⁵¹

In zeitlicher Hinsicht wird gegenwartsbezogen auf den Sinn und Zweck des Antragsrechts zum Zeitpunkt der Auslegung abgestellt. Dieser Ansatz soll insbesondere dem Umstand Rechnung tragen, dass mit zunehmendem zeitlichem Abstand zwischen dem Gesetzesbefehl und der Anwendung einer Norm die sozialen Verhältnisse und die gesellschaftlich-politischen Anschauungen, auf welche die Norm wirken soll, Veränderungen unterliegen.⁵² Gerade bei einer Norm wie § 109 SGG, deren Entstehungsgeschichte vor einem ganzen Jahrhundert begann,⁵³ darf der zwischenzeitliche Wandel im Verhältnis zwischen Bürger und Verwaltung ebenso wenig ausgeblendet bleiben, wie die Umwälzung der prägenden gesellschaftlichen und politischen Anschauungen in Deutschland.⁵⁴ Die Auslegung einer Vorschrift kann nicht auf die Dauer bei dem ihr zu

47 Vgl. *Müller*, Juristische Methodik, Rn. 494.

48 Vgl. *Müller / Christensen*, Juristische Methodik I, Rn. 362; drastischer *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 330, der den Normtext nur als „Platzhalter“ der Norm sieht, der deren unsichtbarem Sinn eine wahrnehmbare Gestalt verleihe.

49 Vgl. *Müller*, Juristische Methodik, Rn. 494.

50 St. Rspr. seit BVerfG v. 21.5.1952, BVerfGE 1, 299, 312; vgl. aus neuerer Zeit BVerfG v. 10.6.2009, BVerfGE 124, 25, 39; BVerfG v. 17.11.2009, NJW 2010, 754, 755; ähnlich *Rieger*, NVwZ 2003, 17, 19; im Ergebnis ähnlich *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, S. 562f., der die Subsidiarität der historischen Auslegung mit dem Aufwand und der praktischen Schwierigkeit begründet, bei allen Akten der Rechtsanwendung „jeweils alles einschlägige historische Material zu erforschen und auszuschöpfen, um festzustellen, ob der Gesetzgeber nicht vielleicht doch etwas anderes gemeint als er gesagt hat.“; ähnlich *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, S. 28.

51 Vgl. BVerfG v. 17.5.1960, BVerfGE 11, 126, 130; BVerfG v. 19.12.1961 BVerfGE 13, 261, 268; BVerfG v. 11.6.1980, BVerfGE 54, 277, 298f.; BVerfG v. 16.2.1983, BVerfGE 62, 1, 45; BVerfG v. 19.9.2007, BVerfGE 119, 247, 274; kritisch *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 171f.

52 Vgl. BVerfG v. 14.2.1973, BVerfGE 34, 269, 288.

53 Näheres dazu unten, Kapitel 2.

54 Vgl. dazu BVerfG v. 14.2.1973, BVerfGE 34, 269, 288f.:

ihrer Entstehungszeit beigelegten Sinn stehenbleiben. Vielmehr ist zu berücksichtigen, welche vernünftige Funktion sie im Zeitpunkt der Anwendung haben kann.⁵⁵ Die Entscheidung für einen gegenwartsbezogenen Auslegungsansatz steht freilich der Heranziehung der historischen Materialien keineswegs entgegen. Vielmehr gilt hier wie bei der Frage nach objektiver oder subjektiver Theorie, dass genetische und historische Auslegung für ein umfassendes Normverständnis unverzichtbar sind, im Falle grundlegend geänderter normativer oder tatsächlicher Rahmenbedingungen jedoch ihre Ergebnisse zu modifizieren sind.⁵⁶

2. Zentrale argumentative Gesichtspunkte

Eingangs war bereits mehrfach die Rede von *Sachverhaltsaufklärung*, *Untersuchungsgrundsatz*, *Waffen-* bzw. *Chancengleichheit* und *Rechtsfrieden* bzw. *Befriedungsfunktion*. Diese Funktionen bzw. Prinzipien bilden den normativen Rahmen, in den das Antragsrecht auf Anhörung eines bestimmten Arztes einzuordnen sein wird. Bereits beim ersten Überblick über den Diskussionsstand fällt auf, dass diese Gesichtspunkte zur Argumentation für und wider das Antragsrecht vielfach herangezogen werden.⁵⁷ Ihre Klärung kann hier nicht vorweggenommen werden, da diese selbst Teil der Auslegung ist und ein tieferes Verständnis der damit angesprochenen Funktionen bzw. Prinzipien einerseits Ergebnis der Auslegung von § 109 SGG, andererseits wiederum Voraussetzung für dessen Verständnis ist. Dieser Wechselbeziehung Rechnung tragend

„Das gilt besonders, wenn sich zwischen Entstehung und Anwendung eines Gesetzes die Lebensverhältnisse und Rechtsanschauungen so tiefgreifend geändert haben wie in diesem [- dem 20. - Anm. D.S.] Jahrhundert. Einem hiernach möglichen Konflikt der Norm mit den materiellen Gerechtigkeitsvorstellungen einer gewandelten Gesellschaft kann sich der Richter nicht mit dem Hinweis auf den unverändert gebliebenen Gesetzeswortlaut entziehen; er ist zu freierer Handhabung der Rechtsnormen gezwungen, wenn er nicht seine Aufgabe, ‚Recht‘ zu sprechen, verfehlen will.“

55 BVerfG v. 14.2.1973, BVerfGE 34, 269, 288; vgl. auch BGH v. 29.1.1957, BGHSt 10, 157, 159f.: Kein Gesetz vertrage „eine starre Begrenzung seiner Anwendbarkeit auf solche Fälle, die der vom Gesetzgeber ins Auge gefassten Ausgangslage entsprechen; denn es ist nicht toter Buchstabe, sondern lebendig sich entwickelnder Geist, der mit den Lebensverhältnissen fortschreiten und ihnen sinnvoll angepasst weitergelten will, solange dies nicht die Form sprengt, in die er gegossen ist.“ Damit setzte der BGH konsequent den Ansatz des Reichsgerichts fort, wonach die Behauptung, das Gesetz dürfe nur auf die vom Gesetzgeber direkt erwogenen Fälle angewendet werden, „völlig unrichtig“ sei. Der Gesetzgeber vermöge „nicht zum voraus die reiche Mannigfaltigkeit des Lebens zu fixieren“, vgl. RG 1. Strafsenat v. 17.9.1885, RGSt 12, 371, 372.

Umgekehrt ist der dokumentierte Wille des Gesetzgebers umso bedeutender, je kürzer der Zeitabstand zwischen Entstehung und Anwendung einer Norm ist. So führte das BVerfG im Beschl. v. 11.6.1980, BVerfGE 54, 277, 297f., aus:

„Zumal bei zeitlich neuen und sachlich neuartigen Regelungen kommt den anhand des Gesetzgebungsverfahrens deutlich werdenden Regelungsabsichten des Gesetzgebers erhebliches Gewicht bei der Auslegung zu, sofern Wortlaut und Sinnzusammenhang der Norm Zweifel offenlassen. Über die erkennbare Regelungsabsicht darf die Auslegung in solcher Lage nicht hinweggehen.“

56 Vgl. Rüthers / Fischer / Birk, Rechtstheorie, Rn. 795.

57 Vgl. oben, B.

ist es das Ziel der dogmatischen Untersuchung, im Rahmen der Auslegung von § 109 SGG zu klären, was im Zusammenhang mit dem Antragsrecht unter diesen viel gebrauchten Schlagworten zu verstehen ist. Dies ist insbesondere auch in Vorbereitung auf den empirischen Teil von Bedeutung, da nur dann empirische Aussagen zu Gegenständen wie etwa *Chancengleichheit* oder *Befriedung* gemacht werden können, wenn diese zuvor begrifflich und inhaltlich geklärt sind.

Die Untersuchung strebt daher die Konkretisierung der Bedeutung von sozialgerichtlichem Untersuchungsgrundsatz⁵⁸ und prozessualer Chancengleichheit, Befriedungsfunktion und Sachverhaltsaufklärung im Zusammenhang mit dem Antragsrecht auf Anhörung eines bestimmten Arztes an. Diese Konkretisierung kann nicht jeweils isoliert vorgenommen werden, sondern erfordert eine wechselseitige Bezugnahme, sodass eine Systematisierung dieser Prozesszwecke und -grundsätze erfolgen wird. In das so herausgearbeitete System wird dann das Antragsrecht seinerseits wieder eingeordnet.

II. Empirische Untersuchung

In ihrem zweiten – dem empirischen – Teil widmet sich die Arbeit dem Antragsrecht auf Anhörung eines bestimmten Arztes in der sozialgerichtlichen Praxis, indem an Hand konkreter in der ersten Instanz erledigter Verfahren untersucht wird, wie Antragsberechtigte und Gerichte dieses Instrument handhaben und wie es sich auswirkt. Zur Vermeidung von Wiederholungen beschränken sich die Ausführungen zur Methodik an dieser Stelle auf die Grundzüge, im Übrigen sei auf die ausführliche Darstellung der methodischen Anlage im zweiten Teil der Arbeit verwiesen.⁵⁹

Ausgangspunkt der empirischen Untersuchung ist eine Strukturierung des Forschungsgegenstandes nach den interessierenden Teilaспектen. Der Herausarbeitung der konkreten Fragestellungen folgt die Festlegung, ob diese jeweils deskriptiv oder hypothesentestend untersucht werden. Die Hypothesen beziehen sich zumeist auf Unterschiede zwischen Verfahren mit Gutachten eines von der Klagepartei benannten Arztes einerseits und ohne ein solches Gutachten andererseits. Teilweise werden innerhalb dieser Vergleichsgruppen weitere Differenzierungen vorgenommen, so wird an geeigneter Stelle innerhalb der Verfahren mit einem Gutachten nach § 109 SGG differenziert nach dem Inhalt des Gutachtens nach § 109 SGG, also danach, ob dieses aus Sicht der Klagepartei (eher) positiv oder (eher) negativ ausfiel. Die Auswahl der zu untersuchenden abhängigen Variablen – wie etwa Verfahrensdauer, Erledigungsart oder Erfolg der Klage – orientiert sich an der Diskussion in der Literatur sowie an den im rechtsdogmatischen Teil ermittelten Zwecken des Antragsrechts.⁶⁰

58 In dieser Arbeit werden die Begriffe „Untersuchungsgrundsatz“, „Untersuchungsmaxime“, „Amtsermittlungsgrundsatz“ und „Amtsermittlungsprinzip“ synonym verwendet.

59 Vgl. unten, Kapitel 6, B.

60 Vgl. grundsätzlich zur Hypothesenbildung unten, Kapitel 7, C. I.; die konkret getesteten Hypothesen finden sich jeweils in den Auswertungskapiteln ab Kapitel 9.