

Kapitel 4. § 109 SGG als Gewährleistung prozessualer Chancengleichheit

Die Vorschrift des § 109 SGG gibt nur einer bestimmten Gruppe von Verfahrensbeteiligten das Recht, medizinischen Sachverstand durch Benennung eines bestimmten Arztes in das Verfahren einzuführen. Antragsberechtigt sind Versicherte, behinderte Menschen, Versorgungsberechtigte oder Hinterbliebene, also die Personengruppe, die im sozialgerichtlichen Verfahren regelmäßig auf der Klägerseite steht.³⁷³ Hinter dieser Ausgestaltung steht der sogenannte Grundsatz der prozessualen „Waffen“- oder Chancengleichheit. Das Bundesverfassungsgericht entnimmt das Gebot prozessualer „Waffengleichheit“ dem in Art. 20 Abs. 3 GG niedergelegten Rechtsstaatsprinzip i.V.m. dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und definiert „Waffengleichheit“ in ständiger Rechtsprechung als die verfassungsrechtlich gewährleistete Gleichwertigkeit der prozessualen Stellung der Parteien vor Gericht.³⁷⁴ Diese Definition ist inzwischen auch in der Literatur üblich.³⁷⁵

Eine Zuordnung des Antragsrechts auf Anhörung eines bestimmten Arztes zum Grundsatz der prozessualen Chancengleichheit erfordert zunächst eine nähere Betrachtung dieses Grundsatzes selbst (A.) sowie seines Verhältnisses zum Untersuchungsgrundsatz (B.), um anschließend § 109 SGG in die herausgearbeitete Systematik einzuordnen (C.).

A. Der Grundsatz prozessualer Chancengleichheit

I. Begriffsklärung

1. „Chancen“- statt „Waffengleichheit“

Der nachfolgend gekennzeichnete Grundsatz wird in Literatur und Rechtsprechung uneinheitlich als prozessuale „Waffengleichheit“ oder „Chancengleichheit“ bezeichnet, wobei der erstgenannte Begriff deutlich stärker verbreitet ist.³⁷⁶

373 Vgl. Wulffen / Becker, SGB 2004, 507, 509.

374 Vgl. BVerfG v. 25. 7. 1979, BVerfGE 52, 131, 156; BVerfG v. 19.12.1988 - 1 BvR 1492/88, Rn. 3 bei juris; BVerfG v. 15.3.1989 - 1 BvR 1586/88, Rn. 5 bei juris; BVerfG v. 5.2.2001, NJW-RR 2001, 1006; BVerfG v. 12.12.2006, BVerfGE 117, 163, 185.

375 Vgl. Starck, in: Mangoldt / Klein / Starck, GG, Bd. 1, Art. 3 Abs. 1, Rn. 224; Rauscher, in: Münchener Kommentar ZPO, Bd. 1, Einl., Rn. 238; Musielak, in: Musielak, ZPO, Einl., Rn. 31; Osterloh, in: Sachs, GG, Art. 3, Rn. 208; Dawin, in: Schoch / Schneider / Bier, VwGO, § 108, Rn. 54.

376 Vgl. für „Waffengleichheit“: BVerfG v. 25. 7. 1979, BVerfGE 52, 131, 144; BVerfG v. 19.12.1988 - 1 BvR 1492/88, Rn. 2f. bei juris; BVerfG v. 15.3.1989 - 1 BvR 1586/88, Rn. 4f. bei juris; BVerfG v. 5.2.2001, NJW-RR 2001, 1006; BVerfG v. 12.12.2006, BVerfGE 117, 163, 185; Keller, in: Meyer-Ladewig, SGG, Vorb. vor § 60, Rn. 1f; Prütting, in: Münchener Kommentar ZPO, Bd. 1, ZPO,

In dieser Arbeit wird dem Begriff der prozessualen *Chancengleichheit* der Vorzug gegeben, da er in mehrfacher Hinsicht besser geeignet ist, den Gewährleistungsgehalt des Grundsatzes zu umschreiben. Die Bezeichnung „Waffengleichheit“ vermittelt die Vorstellung eines lediglich formalen Gleichstellungserfordernisses im Sinne einer Symmetrie der Prozessparteien hinsichtlich bestimmter prozessualer Mittel. Wie sich aus den folgenden Ausführungen ergeben wird, würde durch ein solch rein formales Verständnis der Inhalt des Grundsatzes wesentlich verkürzt, da dieser auch – in einigen Prozessordnungen sogar primär – als *materielle* Gleichheitsgarantie ausgestaltet ist.³⁷⁷ Auch kann der Begriff der „Waffengleichheit“ leicht dahin missverstanden werden, dass es nur um die Gleichstellung in Bezug auf prozessuale Handlungsoptionen der Parteien ginge. Dies würde jedoch wiederum den Gewährleistungsgehalt nur unvollständig abbilden, da der Anwendungsbereich des Grundsatzes im Einzelfall über die Gewährleistung bestimmter prozessualer Mittel hinausgeht. Dies ist etwa der Fall, wenn zur Herstellung prozessualer Chancengleichheit die Beweislast verändert wird oder Fragen der Anwaltsbeordnung oder der Verteilung des Kostenrisikos der Parteien betroffen sind. Es wird sich zeigen, dass der Grundsatz insgesamt primär von seinem Ziel her definiert ist, den Prozessbeteiligten eine gleichwertige Einflussnahme auf Verlauf und Ergebnis des Verfahrens zu ermöglichen. Nicht zuletzt deshalb ist er mit dem Begriff der „prozessualen Chancengleichheit“ besser umschrieben. Soweit im Folgenden dennoch von „Waffengleichheit“ die Rede ist, so ist dies der überwiegenden Verwendung dieser Bezeichnung in Rechtsprechung und Literatur geschuldet, dementsprechend wird der Begriff als Zitat gekennzeichnet.

2. Gegenständlicher Anwendungsbereich: prozessualer Raum

Auch in Bezug auf materiell-rechtliche Fragen wird gelegentlich der Begriff der „Waffengleichheit“ bemüht. Dies ist insbesondere im kollektiven Arbeitsrecht der Fall, namentlich im Tarif- und Arbeitskampfrecht.³⁷⁸ Jedoch ist auch dort dem zutreffende-

§ 296, Rn. 33; *Schlosser*, NJW 1995, 1404; *Schmid*, NJW 1994, 767, 767ff.; *Lindacher*, in: Münchener Kommentar ZPO, Bd. 1, ZPO, Vorb. zu §§ 50 ff., Rn. 10.

Der Begriff der prozessualen „Chancengleichheit“ findet sich etwa in: BVerfG v. 14.5.1985, BVerfGE 69, 315, 370; LAG Baden-Württemberg v. 4.4.1989, NZA 1989, 823, 824; BGH v. 11.5.2005, NJW-RR 2005, 1237; *Toussaint*, in: Münchener Kommentar ZPO, Bd. 1, ZPO, § 78, Rn. 2; *Schmidt-Aßmann / Schenk*, in: *Schoch / Schneider / Bier*, VwGO, Einl., Rn. 48; *Lichtenberg*, Waffengleichheit, S. 55f.

Den Begriff der „prozessualen Chancengleichheit“ zur Konkretisierung des Grundsatzes der „prozessualen Waffengleichheit“ verwendend findet man in: BSG v. 5.2.2008, BSGE 100, 25, 34; ähnlich auch *Safferling*, NSTZ 2004, 181, 186 sowie *Vollkommer*, in: *Zöller*, ZPO, Einl., Rn. 102.

377 Vgl. zur leichten Irreführung durch den Begriff der „Waffengleichheit“ in Bezug auf fachgerichtlich nicht symmetrisch ausgestaltete Verfahren *Di Fabio*, in: *Maunz / Dürig*, GG, Bd. I, Art. 2 Abs. 1, Rn. 72; ähnlich auch *Safferling*, NSTZ 2004, 181, 187.

378 Vgl. BAG v. 27. 9. 1957, NJW 1957, 1942; v. *Hoyningen-Huene*, in: Münchener Handbuch Arbeitsrecht, Bd. 2, § 214, Rn. 18; *Böttcher*, Gleichbehandlung und Waffengleichheit, S. 31.

ren, weil weniger formal ausgerichteten Begriff der Kampf- oder Verhandlungsparität der Vorzug zu geben.³⁷⁹

Die im Folgenden näher zu beleuchtende Chancen- bzw. „Waffengleichheit“ bezieht sich demgegenüber gegenständlich nicht auf das materielle Recht, sondern auf die Stellung der an einem Gerichtsverfahren Beteiligten.

3. Zeitlicher Anwendungsbereich: Hauptverfahren

In zeitlicher Hinsicht umfasst der Geltungsbereich des Grundsatzes der prozessualen Chancengleichheit nicht das Vorfeld des Gerichtsverfahrens, insbesondere nicht das Verfahren über den Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe. Freilich gelten auch für den dem Hauptverfahren zeitlich vorgelagerten Zugang zu gerichtlichem Rechtsschutz verfassungsrechtliche Voraussetzungen. Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 20 Abs. 3 GG sowie dem Sozialstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 1 GG sind weitere Gleichheitsgebote im Zusammenhang mit der Wahrnehmung bzw. Verteidigung von Rechten durch den Einzelnen zu entnehmen. Zur klaren Konturierung des Prinzips der prozessualen Chancengleichheit ist es erforderlich, dieses von jenen anderen Gleichheitsgeboten abzugrenzen.

Auf denselben Verfassungsgrundsätzen wie die prozessuale Chancengleichheit – nämlich auf Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG – basiert die vom Bundesverfassungsgericht sogenannte *Rechtsschutzgleichheit*. Sie betrifft jedoch nicht die prozessuale Stellung des Einzelnen vor Gericht, sondern – dieser gewissermaßen zeitlich vorgelagert – den Zugang zu gerichtlichem Rechtsschutz. Rechtsschutzgleichheit bedeutet nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die verfassungsrechtlich gebotene weitgehende Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten beim Zugang zu gerichtlichem Rechtsschutz.³⁸⁰ Hiervon ist neben der erstmaligen Klageerhebung auch die Einlegung von Rechtsmitteln umfasst.³⁸¹ Das Instrument zur Erreichung dieser weitgehenden Angleichung ist die Prozesskostenhilfe.³⁸² Dementsprechend betreffen die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtsschutz-

379 Vgl. für „Kampfparität“: *Ricken*, in: Münchener Handbuch Arbeitsrecht, Bd. 2, § 200, Rn. 38f.; BAG v. 22.12.1980, BAGE 34, 331, 343; BAG v. 24.4.2007, BAGE 122, 134, 152; „Arbeitskampfparität“: BAG v. 19.11.1985, BAGE 50, 179, 199; BAG v. 10.12.2002, BAGE 104, 155, 164; „Verhandlungsparität“: *Dieterich*, in: Erfurter Kommentar, GG, Art. 9, Rn. 113; *Pflüger*, RdA 2008, 185, 185ff.; BAG v. 10.06.1980, BAGE 33, 140, 161.

380 Vgl. BVerfG v. 13.3.1990, BVerfGE 81, 347, 356f.; BVerfG v. 19.1.1994, NVwZ 1994, Beilage 3, 17, 18; BVerfG v. 7.5.1997, NJW 1997, 2745; BVerfG v. 28.11.2007 - 1 BvR 69/07, 1 BvR 72/07, Rn. 21 bei juris; BVerfG v. 26.11.2008, NZS 2009, 322, 323.

381 Vgl. BVerfG v. 7.5.1997, NJW 1997, 2745.

382 BVerfG v. 22. 6. 2007, NJW-RR 2007, 1713, 1714.

gleichheit überwiegend die Überprüfung der fachgerichtlichen Auslegung der Voraussetzungen der §§ 114 ff. ZPO.³⁸³

Ob die Grundsätze der Rechtsschutzgleichheit auch auf den vor- bzw. außerprozessualen Bereich übertragbar sind, ob also auch in Bezug auf den außergerichtlichen Rechtsschutz eine Angleichung der Stellung Unbemittelter an die Bemittelten von Verfassungen wegen geboten ist, hatte das Bundesverfassungsgericht zunächst offen gelassen.³⁸⁴ In jüngerer Zeit hat es sich hierzu positioniert:³⁸⁵ Der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) in Verbindung mit dem Sozialstaats- und dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 3 GG) verlange, dass der Gesetzgeber auch im außergerichtlichen Bereich die erforderlichen Vorkehrungen treffe, damit Rechtsuchende mit der Wahrnehmung und Durchsetzung ihrer Rechte nicht von vornherein an mangelnden Einkünften oder ungenügendem Vermögen scheiterten. Die Erwägung zum Anspruch auf Rechtsschutzgleichheit im prozessualen Bereich, dass der gleiche Rechtszugang jedermann unabhängig von seinen Einkunfts- und Vermögensverhältnissen möglich sein müsse, gelte entsprechend für den außergerichtlichen Bereich. Weder der allgemeine Gleichheitssatz noch das Sozialstaatsprinzip oder das Rechtsstaatsprinzip seien in ihrer Geltung auf gerichtliche Verfahren beschränkt.³⁸⁶ Damit folgt aus Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG neben der prozessualen Chancengleichheit und der Rechtsschutzgleichheit im außergerichtlichen Bereich ein weiteres Gleichheitsgebot in Bezug auf die Rechtsverfolgung und -durchsetzung durch den Einzelnen. Die weitgehende Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten bei der Wahrnehmung und Durchsetzung ihrer Rechte im außerprozessualen Raum nennt das Bundesverfassungsgericht *Rechtswahrnehmungsgleichheit*.³⁸⁷

383 Vgl. BVerfG v. 13.3.1990, BVerfGE 81, 347, 357ff.; BVerfG v. 19.1.1994, NVwZ 1994, Beilage 3, 17, 18; BVerfG v. 7.5.1997, NJW 1997, 2745, 2745f.; BVerfG v. 28.11.2007 - 1 BvR 69/07, 1 BvR 72/07, Rn. 22ff. bei juris; BVerfG v. 26.11.2008, NZS 2009, 322, 323.

Hier ist es wichtig, präzise zu unterscheiden zwischen der erstmaligen Bewilligung vor Rechtshängigkeit des Hauptverfahrens und späteren Anträgen, etwa auf Beiordnung eines Rechtsanwalts im Rahmen der bereits bewilligten PKH nach § 121 Abs. 2 ZPO. Sobald eine Prozesssituation vorliegt, ist – zumindest auch – die prozessuale „Waffen“- bzw. Chancengleichheit einschlägig, da es dann bereits um die prozessuale Stellung der Beteiligten geht, vgl. etwa BVerfG v. 27.10.1988, NJW 1989, 3271 sowie BVerfG v. 6.5.2009 – 1 BvR 439/08, Rn. 20ff. bei juris.

In der Literatur wird eine Unterscheidung zwischen prozessualer „Waffen“- und Rechtsschutzgleichheit in weiten Teilen nicht getroffen, sodass die Frage des Zugangs zu gerichtlichem Rechtsschutz durch Prozesskostenhilfe vielfach auch der prozessualen „Waffengleichheit“ zugeordnet wird, vgl. *Rauscher*, in: Münchener Kommentar ZPO, Bd. 1, Einl., Rn. 240; *Keller*, in: *Meyer-Ladewig*, SGG, Vorb. vor § 60, Rn. 1f; unklar insoweit *Degenhart*, der die PKH-Fälle in: *Sachs*, GG, Art. 103, Rn. 24 der prozessualen Waffengleichheit zuordnet, unter Art. 103, Rn. 49 hierauf jedoch unter dem Begriff der Rechtsschutzgleichheit rekurriert.

384 Vgl. BVerfG v. 2.12.1992, BVerfGE 88, 5, 16; BVerfG v. 5.2.2001, NJW-RR 2001, 1006.

385 Vgl. BVerfG v. 12.6.2007, NJW-RR 2007, 1369; BVerfG v. 14.10.2008, BVerfGE 122, 39, 50ff.

386 Vgl. BVerfG v. 14.10.2008, BVerfGE 122, 39, 50.

387 Vgl. BVerfG v. 14.10.2008, BVerfGE 122, 39, 50.

Demzufolge kann zwischen dem Zugang zu Gericht und den Anforderungen an die Ausgestaltung der prozessualen Stellung unterschieden werden. Während Rechtswahrnehmungs- und Rechtsschutzgleichheit die Gleichstellung unbemittelter mit bemittelten Rechtsuchenden im Vorfeld bzw. in der Anbahnung des Prozesses betreffen, setzt das Gebot der prozessualen Chancengleichheit das Vorliegen einer Prozesssituation voraus. Dies hat das Bundesverfassungsgericht in einem Nichtannahmebeschluss vom 19.12.1988 deutlich gemacht, indem es eine Rüge, mit der ein Verstoß gegen das Prinzip der „Waffengleichheit“ in einem außergerichtlichen Verfahren geltend gemacht wurde, mit dem Hinweis, dieses betreffe die prozessuale Stellung der Parteien vor Gericht, zurückwies.³⁸⁸

4. Begriffe „prozessual“, „formal“, „materiell“

Schließlich muss vor einer näheren Betrachtung der Struktur der prozessualen Chancengleichheit noch die Bedeutung des Attributs „formal“ in diesem Zusammenhang erläutert werden, denn seine Verwendung mit Bezug auf die prozessuale „Waffen“- bzw. Chancengleichheit ist nicht einheitlich. So betont *Bötticher*³⁸⁹, die „Waffengleichheit“ sei „lediglich eine formale, unbeeinflusst vom materiellen Recht, um das gestritten wird“.

Hiermit ist offensichtlich die Abgrenzung zwischen materiellem Recht und Prozessrecht gemeint, die bereits oben unter 2. vorgenommen wurde. In den folgenden Ausführungen wird der Begriff „formal“ nicht in diesem Sinne verwendet, da er besser geeignet ist, eine andere Abgrenzung zu beschreiben: Wie noch zu zeigen sein wird, handelt es sich bei der prozessualen Chancengleichheit nicht nur um ein formales, also äußerliches, Gleichstellungsgebot. Ein solches dürfte in einigen Prozessordnungen schon angesichts der Grundkonstellation, dass eine Privatperson gegen die öffentliche Hand klagt bzw. von der Staatsanwaltschaft angeklagt wird, nicht erfüllbar sein.³⁹⁰ Der Frage, inwieweit über eine formale – im Sinne von *äußerliche* – Gleichbehandlung hinaus andere Gewährleistungen erforderlich sind, um die vom Bundesverfassungsgericht geforderte „Gleichwertigkeit der prozessualen Stellung der Beteiligten“ zu erreichen, sind die Ausführungen unter II. 2. gewidmet. Solche weiteren - nicht rein formalen - Aspekte

388 Vgl. BverfG, Nichtannahmebeschl. v. 19.12.1988, 1 BvR 1492/88, Rn. 3 bei juris.

389 *Bötticher*, Gleichbehandlung und Waffengleichheit, S. 12.

390 In diesem Sinne kann *Bötticher*, Gleichbehandlung und Waffengleichheit, S. 12 jedoch missverstanden werden, wenn er betont, es handle sich lediglich um eine formale Gleichheit. Auf S. 16 zeigt sich jedoch, dass auch er diesen Begriff wohl eher im Sinne von „prozessual“ verwendet:

„[...] Dabei handelt es sich um nichts Geringeres, als dass die Obrigkeit vor dem Richter mit mir gleich wird – womit ich freilich nur die formale prozessuale Stellung gemeint haben will und nicht das zu beurteilende Rechtsverhältnis, das im Gegensatz zu einer privatrechtlichen Beziehung ein Verhältnis der Über- und Unterordnung bleibt.“

Vgl. hierzu auch *Dürig / Scholz*, in: *Maunz / Dürig*, GG, Bd. I, Art. 3 Abs. 1, Rn. 50.

könnten dann einer materiellen Ebene der prozessualen Chancengleichheit zugeordnet werden.

II. Zwecke und Gewährleistungsgehalt prozessualer Chancengleichheit

1. Die Zwecke prozessualer Chancengleichheit

a) Objektivrechtliche Ebene: Erzielung richtiger Prozessergebnisse

Auf einer objektiven Ebene dient die prozessuale Chancengleichheit zunächst der Aufklärung des Sachverhalts. Chancengleichheit im Prozess gewährleistet ausgeglichene Möglichkeiten für alle Beteiligten, auf die Tatsachenermittlung Einfluss zu nehmen, um auf dieser Grundlage einen richtigen Urteilsspruch zu erlangen.³⁹¹ Im Parteiprozess ist dies augenfällig, da das Gericht hier grundsätzlich nur das zur Grundlage seines Urteils machen darf, was die Parteien vorgetragen und gegebenenfalls bewiesen haben.³⁹² Doch auch bei Geltung des Untersuchungsgrundsatzes mit der Verpflichtung des Gerichts, den Sachverhalt umfassend zu ermitteln, kann die Klärung der entscheidungserheblichen Tatsachen häufig nur gelingen, wenn die Beteiligten daran mitwirken.³⁹³ Dementsprechend sehen die Prozessordnungen in § 27 Abs. 1 FamFG, § 83 Abs. 1 S. 2 ArbGG, § 86 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. VwGO, § 103 S. 1, 2. Hs. SGG und § 76 Abs. 1 S. 2 FGO auch vor, dass die Beteiligten zur Sachverhaltsaufklärung heranzuziehen sind bzw. an dieser mitwirken sollen, im Strafprozess gewährt § 244 Abs. 3 bis 6 StPO den Beteiligten trotz des Untersuchungsgrundsatzes umfassende Beweisantragsrechte. Das Gericht benötigt Hinweise dazu, auf welche Tatsachen es seine Ermittlungen lenken soll. Diese erhält es regelmäßig, indem die Beteiligten jeweils die Umstände vortragen, die einen für sie günstigen Prozessausgang versprechen.

Neben der Sachverhaltserforschung bezweckt die prozessuale Chancengleichheit auch die umfassende Klärung relevanter Rechtsfragen.³⁹⁴ So hat das Bundesverfassungsgericht in einem Beschluss vom 7.12.1977 ausgeführt, die Prüfung, ob eine Erstattung der Kosten für die Mitwirkung mehrerer Rechtsanwälte auf Seiten des Beschwerdeführers gerechtfertigt sein könne, dürfe nicht von vornherein mit dem Hinweis auf § 91 Abs. 2 S. 2 ZPO³⁹⁵ unterbleiben. Der Ansicht, dass auch im Rahmen von § 34 BVerfGG die Kosten für mehrere Rechtsanwälte stets nur insoweit erstattungsfähig seien, als sie die Kosten eines Rechtsanwalts nicht überstiegen oder als in der Person des Rechtsanwalts ein Wechsel habe eintreten müssen, könne in dieser Allgemeinheit

391 Vgl. *Lichtenberg*, Waffengleichheit, S. 56.

392 Vgl. §§ 138f. ZPO.

393 Vgl. BVerfG v. 8.1.1959, BVerfGE 9, 89, 95; BVerfG v. 19.1.1994, NVwZ 1994, Beilage 3, 17, 18.

394 Vgl. BVerfG v. 7.12.1977, BVerfGE 46, 321, 324; BVerfG v. 22.6.1998, BVerfGE 98, 163, 167.

395 In der Entscheidung ist entsprechend der damals geltenden Fassung von § 91 Abs. 2 S. 3 ZPO die Rede, der dem heutigen S. 2 entspricht.