

tisch gegenüber zu stehen, wobei der Grund hierfür nicht eindeutig geklärt werden konnte. Möglicherweise liegt die negative Einstellung der bayerischen Befragten darin begründet, dass sie deutlich überdurchschnittlich häufig mit dem Antragsrecht konfrontiert sind, wies Bayern doch die zweithöchste Anzahl von Gutachten nach § 109 SGG pro Verfahren auf. Gleichwohl scheinen die für die Gerichte möglicherweise unangenehmen Folgen gerade in Bayern begrenzt zu sein, jedenfalls wiesen die Verfahren der bayerischen Sozialgerichte die bundesweit kürzeste Verfahrensdauer auf. Auch die Qualität der nach § 109 SGG eingeholten Gutachten unterscheidet sich in Bayern ebenso wenig vom Bundesdurchschnitt wie der Einfluss der „§ 109er-Gutachten“ auf das Verfahrensergebnis.

### *C. Zum Verhältnis der dogmatischen und empirischen Erkenntnisse zueinander*

#### *I. Übereinstimmungen und Diskrepanzen*

Die Ergebnisse der empirischen Untersuchung korrespondieren in weiten Teilen mit den auf der rechtsdogmatischen Auslegung basierenden Erwartungen, weichen jedoch auch in einigen Punkten von der erarbeiteten Systematisierung ab.

Im rechtsdogmatischen Teil der Arbeit war das Antragsrecht nach § 109 SGG wegen der umfassenden und vorrangigen Zuweisung der Aufgabe der Sachverhaltsaufklärung an das Gericht als Ergänzung der Sachverhaltsermittlung von Amts wegen eingeordnet worden. Die empirischen Befunde bilden diesen Vorrang der gerichtlichen Sachverhaltsaufklärung im Wesentlichen ab. Insbesondere kam es in den untersuchten Verfahren regelmäßig erst nach Vorliegen eines oder mehrerer amtsweigig eingeholter Gutachten zum Sachverständigenbeweis nach § 109 SGG. Die Länge der vom Gericht für die Antragstellung gesetzten Frist entspricht mit etwa einem Monat in der Praxis der Erwartung. Überraschend war hingegen, dass in einem erheblichen Anteil der Fälle weder eine ausdrückliche Mitteilung an die Beteiligten über den Abschluss der Amtsermittlung noch eine Fristsetzung für den Antrag erfolgt war. Vor diesem Hintergrund ist es umso bemerkenswerter, dass die Ablehnung des Antrags – zumindest bei rechtskundig Vertretenen auf Klägerseite – in der Praxis kaum eine Rolle zu spielen scheint.

Angesichts der Geltung des Untersuchungsgrundsatzes war in der rechtsdogmatischen Systematisierung der Kern des Antragsrechts nach § 109 SGG auf einer subjektivrechtlichen Ebene verortet worden. Dies bedeutet, dass sein funktionaler Schwerpunkt weniger objektivrechtlich auf der Sachverhaltsermittlung liegt, sondern dass vielmehr seine auf aktive Einbindung der Klagepartei in das Verfahren zielende Funktion im Vordergrund steht, die ihrerseits auch zu größerer Akzeptanz führen soll. Diese Systematik scheint sich in der Praxis nur teilweise wider zu spiegeln.

Die tatsächliche Einflussnahme des Gutachtens nach § 109 SGG auf das Prozessgeschehen ist relativ stark. Das Antragsrecht bietet der Klagepartei objektiv eine effektive Möglichkeit, Sachverstand in das Verfahren einzuführen, dessen Qualität von den Gerichten als hoch eingeschätzt wird. Das Gutachten kann sich – je nach dem, wie es inhaltlich ausfällt – sowohl auf die Beendigungsart als auch auf den Klageerfolg auswirken. Kommt es in diesem Sinne zu einem Effekt auf Fort- und Ausgang des Verfahrens, so führt das Gutachten für die Klagepartei fast immer zu einer Verbesserung ihrer Situation. Eine Beeinflussung des Prozessausgangs zu Lasten des Antragstellers war vor dem Hintergrund, dass zum Zeitpunkt der Antragstellung auf Grund des Prozessverlaufs bis dahin regelmäßig nicht von einem Erfolg der Klage ausgegangen werden kann, kaum zu erwarten und spielt in der Praxis auch kaum eine Rolle.

Die Befriedigungswirkung des Gutachtens sowie seine Auswirkungen auf den subjektiven Eindruck der Klagepartei, aktiv am Verfahrensverlauf mitgewirkt zu haben, sind differenziert zu bewerten. Sie scheinen nicht Folge der Gutachteneinhaltung *als solcher* zu sein, sondern stellen sich vielmehr als mittelbare Folge einer günstigen Beeinflussung des Prozessergebnisses dar. Während aber das Prozessergebnis durch ein Gutachten nach § 109 SGG kaum negativ beeinflusst werden kann, besteht hinsichtlich der Akzeptanz eines ganz oder teilweise negativen Verfahrensausgangs sowie des Eindrucks der aktiven Einbindung in das Prozessgeschehen durchaus die Gefahr einer negativen Beeinflussung, namentlich in den Fällen, in denen das Klageziel trotz eines günstigen Gutachtens nach § 109 SGG verfehlt wird. Der umgekehrte Zusammenhang – also eine erhöhte Akzeptanz eines ungünstigen Verfahrensausgangs nach ungünstigem Gutachten nach § 109 SGG – konnte hingegen nicht festgestellt werden. Die verstärkte Einbindung in den Prozessverlauf schlägt sich also nicht generell und unabhängig von ihrer Auswirkung auf das Prozessergebnis in einer erhöhten Akzeptanz nieder.

Das aus der Systematik von §§ 103 S. 1, 109 Abs. 1 S. 2 und 73a Abs. 3 SGG folgende Dilemma einer möglichen Konterkarierung der Förderung der prozessualen Chancengleichheit durch die Kostentragung wird durch die empirischen Daten bestätigt. Die positive Wirkung des Antragsrechts auf der objektivrechtlichen Ebene der prozessualen Chancengleichheit – die Einflussnahmehandlungen der Klägerseite steigen quantitativ und qualitativ – dürfte in der Praxis an finanzschwachen und nicht rechtsschutzversicherten Klägerinnen und Klägern häufig vorbeigehen. Dies ist problematisch vor dem Hintergrund, dass der Grundsatz der prozessualen Chancengleichheit auch strukturelle Ungleichgewichtslagen auszugleichen sucht, die aus einer sehr unterschiedlichen Ausstattung der Parteien mit finanziellen Mitteln resultiert. Die im rechtsdogmatischen Teil angemahnte Ausgleichung dieses Effekts durch eine Berücksichtigung der Problematik im Rahmen der Ermessensentscheidung über die Vorschusserhebung scheint in der Praxis nicht zum Tragen zu kommen. In den untersuchten Verfahren wurde ausnahmslos ein Kostenvorschuss erhoben.

## *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.<sup>900</sup> 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.<sup>901</sup> Die rechtstatsächliche Untersuchung der Anwendung und Auswirkungen des Antragsrechts ging hingegen der Frage nach, was im sozialgerichtlichen Verfahren „faktisch um deswillen geschieht“<sup>902</sup>. 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.“<sup>903</sup>

### 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.<sup>904</sup> Um ihre normativen Vorstellungen umsetzen zu können, ist die Rechtswissenschaft auf außerdisziplinäre Erkenntnisse angewiesen.<sup>905</sup> Andererseits kann Recht auch als geschlossenes System betrachtet werden, das eigenen Gesetzlichkeiten 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. Specker, gen. Döhmann, DVBl. 2007, 1074, 1075.