

medizinischer Sachverständigengutachten für das sozialgerichtliche Verfahren<sup>528</sup> muss gewährleistet werden, dass die als Gutachter bestellten Ärzte zu der Beweisfrage objektiv nach bestem Wissen und Gewissen Stellung nehmen.

Anders als bei Richterinnen und Richtern gibt es für Sachverständige keine absoluten Befangenheitsgründe entsprechend § 42 ZPO.<sup>529</sup> § 406 Abs. 1 ZPO spricht nur von Ablehnung, nicht von Ausschluss. Dementsprechend bedarf es stets des Antrags eines Beteiligten. Gleichwohl kann bereits das bloße Vorliegen von Ablehnungsgründen von Bedeutung sein: Zum einen ist das Gericht bei Kenntnis eines Ablehnungsgrundes verpflichtet, die Beteiligten über diesen zu informieren, andernfalls liegt eine Verletzung des Grundrechts auf rechtliches Gehör vor.<sup>530</sup> Zum anderen muss eine dem Gericht bekannte Besorgnis der Befangenheit von diesem im Rahmen der Beweiswürdigung auch dann berücksichtigt werden, wenn die Beteiligten auf einen Ablehnungsantrag verzichtet haben.<sup>531</sup> Auch über den Umweg der Verwertung als Urkundsbeweis darf das Gutachten dann nicht in die Entscheidungsfindung einfließen, wenn der Sachverständige abgelehnt werden könnte und ein Beteiligter sich hierauf beruft.<sup>532</sup>

Eine Ablehnung wegen der Besorgnis der Befangenheit ist möglich beim Vorliegen objektiver Umstände oder Tatsachen, die – vom Standpunkt des ablehnenden Beteiligten besehen – bei vernünftiger Betrachtungsweise Misstrauen gegen die Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit des Sachverständigen rechtfertigen können.<sup>533</sup> Den Maßstab für diese Beurteilung bildet „eine besonnen denkende Partei in der konkreten Situation des Ablehnenden“, rein subjektive, unvernünftige Vorstellungen der Partei sind unerheblich.<sup>534</sup> Die Umstände müssen objektiv vorliegen und hinreichend konkret sein; bloße Behauptungen, wie etwa, der Gutachter sei dafür bekannt, in der Regel zu Gunsten der Versicherungsträger zu entscheiden, genügen nicht.<sup>535</sup>

## *II. Teleologische Reduktion im Rahmen von § 109 SGG*

Bei der Anwendung dieser Grundsätze in Bezug auf nach § 109 SGG benannte Ärzte müssen die subjektivrechtlichen Zwecke des Antragsrechts besonders berücksichtigt werden, um dessen Chancengleichheitsfunktion nicht zu konterkarieren. Die Intention

---

528 Vgl. dazu oben, Einleitung, A.

529 Vgl. *Keller*, in: *Meyer-Ladewig*, SGG, §118 Rn. 12i; *Kühl*, NZS 2003, 579; BSG v. 31.5.1958, SGB 1958, 387.

530 Vgl. BSG v. 3.2.1999, NZS 1999, 573; *Keller*, in: *Meyer-Ladewig*, SGG, §118 Rn. 12i.

531 Vgl. *Keller*, in: *Meyer-Ladewig*, SGG, §118 Rn. 12i; BGH v. 12.3.1981, NJW 1981, 2009, 2010; weitergehend *Kühl*, NZS 2003, 579, 581, der offenbar bei begründeter Besorgnis der Befangenheit auch ohne Ablehnungsgesuch einen Ausschluss der Gutachtenverwertung bevorzugt.

532 Vgl. *Keller*, in: *Meyer-Ladewig*, SGG, §118 Rn. 12i.

533 Vgl. BVerwG v. 6.10.1998, NVwZ 1999, 184, 185; BGH v. 15.3.2005, NJW 2005, 1869, 1870; OLG Karlsruhe v. 9.11.2009, VersR 2010, 498.

534 Vgl. OLG Karlsruhe v. 9.11.2009, VersR 2010, 498.

535 Vgl. LSG Rheinland-Pfalz v. 18.11.1985, Breith. 1986, 638, 640.

von § 109 SGG, es der Klagepartei zu ermöglichen, einen Arzt ihrer Wahl und ihres Vertrauens hinzuzuziehen, kann es daher im Einzelfall gebieten, einen weiteren Maßstab bei der Beurteilung einer eventuellen Befangenheit anzulegen.<sup>536</sup> Der Beweiswert eines nach § 109 SGG eingeholten Gutachtens ist nicht schon deshalb geringer, weil der benannte Arzt die Partei bis zu dem Verfahren behandelt und sie möglicherweise veranlasst hat, den Antrag auf die streitige Leistung zu stellen.<sup>537</sup> Vielmehr müssen konkrete Anhaltspunkte für eine Parteilichkeit des benannten Arztes vorliegen.<sup>538</sup> Solche konkreten Hinweise auf eine Befangenheit müssen sich aus den Äußerungen des Sachverständigen selbst ergeben, sie liegen nicht bereits in der Tatsache als solcher, dass sich der Arzt im Vorfeld zu der Streitfrage geäußert hat.<sup>539</sup>

Nur mit einer solchen teleologischen Reduktion des Befangenheitsmaßstabs kann die subjektivrechtliche Funktion des Antragsrechts effektiv zur Geltung kommen. Die von § 109 SGG bezeichnete Stärkung der Subjektstellung der Klagepartei erfordert gerade, dass es dieser ermöglicht wird, die Ärztin bzw. den Arzt selbst auszuwählen. Eine zu starke Beschränkung bei der Arztwahl wäre insoweit kontraproduktiv. Auch spiegelt dieses Verständnis wiederum den ergänzenden Charakter der Sachaufklärungsfunktion wider: Durch einen etwas großzügigeren Maßstab bei der Beurteilung der Frage, ob der benannte Arzt als befangen anzusehen ist, wird die Sachverhaltsaufklärung nicht nennenswert gefährdet. Sie liegt wegen des Vorrangs der Untersuchungsmaxime ohnehin primär in der Hand des Gerichts. Darüber hinaus schränkt die teleologische Reduktion den Grundsatz der freien Beweiswürdigung nach § 128 Abs. 1 S. 1 SGG nicht generell ein. Danach entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung. Maßgeblich für die Beurteilung, ob die entscheidungserheblichen Tatsachen mit an Gewissheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststehen, ist dabei die Überzeugungskraft der jeweiligen Beweismittel und des Beteiligtenvortrags unter Abwägung aller Umstände.<sup>540</sup> Solche abwägungsrelevanten Umstände können auch in der Person des Gutachters liegen.<sup>541</sup> Deshalb dürfte es trotz des skizzierten weiteren Maßstabes bei der Beurteilung einer Befangenheit für die nach § 109 SGG Antragsberechtigten sinnvoll sein, bei der Auswahl des Arztes zu bedenken, dass ein besonderes Näheverhältnis sich in der gerichtlichen Beweiswürdigung niederschlagen kann.<sup>542</sup>

---

536 Vgl. *Keller*, in: *Meyer-Ladewig*, SGG, §118 Rn. 12k; *Kühl*, NZS 2003, 579, 581; *Stoll*, NZA 1988, 272, 273.

537 Vgl. BSG v. 30.8.1958 – 11/10 RV 1269/56, Rn. 6 bei *juris*.

538 Vgl. *Kühl*, NZS 2003, 579, 581; LSG Rheinland-Pfalz v. 31.3.1981, Breith. 1982, 169, 169f.

539 Vgl. *Kühl*, NZS 2003, 579, 581; a.A. LSG Berlin v. 3.5.1979, Breith. 1980, 71, 71f. sowie *Keller*, in: *Meyer-Ladewig*, SGG, §118 Rn. 12k.

540 Vgl. *Keller*, in: *Meyer-Ladewig*, SGG, § 128, Rn. 4.

541 Vgl. *Pawlak*, in: *Hennig*, SGG, § 109, Rn. 33.

542 Vgl. *Kühl*, NZS 2003, 579, 581.

## *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 vorschiebt 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, so weit 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.<sup>543</sup> Zentrales Kriterium für die Ermessensausübung ist nach der Auffassung des Bundessozialgerichts, ob das Gericht auf Grund seiner Amtsermittlungspflicht den Sachverhalt für ausreichend geklärt hält.<sup>544</sup> In diesem Fall werde es in der Regel die gutachtliche Anhörung des benannten Arztes davon abhängig machen, dass der Antragsteller die Kosten vorschiebt und vorbehaltlich einer anderen Entscheidung des Gerichts auch endgültig trägt.<sup>545</sup> 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.<sup>546</sup> 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.