

Zwar betont das Bundessozialgericht in ständiger Rechtsprechung, dass der Antrag nach § 109 SGG nicht stets als Beweisantrag im Sinne von § 103 SGG anzusehen sei.<sup>70</sup> Diese Unterscheidung betrifft jedoch lediglich die Frage, ob die Klagepartei mit dem Antrag, einen bestimmten Arzt zu hören, stets auch eine – ggf. weitere – Beweiserhebung von Amts wegen im Rahmen von § 103 SGG beantragt oder allein gemäß § 109 SGG die grundsätzlich zwingende Anhörung des von ihr benannten Arztes. Der Charakter des § 109 SGG als Beweisantragsrecht wird durch diese Abgrenzung nicht berührt.<sup>71</sup> Im Verhältnis zu den allgemeinen, das Gericht nicht bindenden Beweisanträgen i.S.d. § 103 S. 2 SGG kann das grundsätzlich zwingende Antragsrecht nach § 109 SGG als besonderes Beweisantragsrecht bezeichnet werden.<sup>72</sup>

### *B. Inhalt des Antrags und Einholung des Gutachtens*

Der Antrag nach § 109 SGG richtet sich auf die Anhörung eines bestimmten Arztes als Sachverständiger zu medizinischen Fragen.<sup>73</sup> Um einen Sachverständigenbeweis handelt es sich nur dann, wenn der Arzt eine streiterhebliche Tatsache auf Grund seiner besonderen medizinischen Sachkenntnis beurteilen soll; soll der Arzt hingegen über seine Wahrnehmungen etwa bei der Behandlung der Klägerin oder des Klägers gehört werden, ist dies eine Anhörung als sachverständiger Zeuge, die § 109 SGG nicht unterfällt.<sup>74</sup> Gegenstand der Beweisaufnahme kann jede zwischen den Parteien streitige und entscheidungserhebliche medizinische Tatsachenfrage sein, etwa zur Erwerbsfähigkeit oder zum Vorliegen einer gesundheitlichen Schädigung, also eines schädigenden Ereignisses oder Vorgangs.<sup>75</sup> Dabei setzt der Wortlaut der Vorschrift nicht voraus, dass eine Untersuchung des Antragstellers stattfinden muss, der Sachverständige kann daher auch mit der Erstellung eines abstrakten Gutachtens zur Wirksamkeit einer bestimmten Heilbehandlung beauftragt werden.<sup>76</sup>

§ 109 SGG verlangt nach seinem Wortlaut die Benennung eines *bestimmten Arztes*. Der bzw. die Benannte muss daher durch Namen und Anschrift bestimmt werden oder

---

70 Vgl. BSG v. 24.11.1988 - 9 BV 39/88, Rn. 3f. bei juris; BSG v. 23.01.1998 - B 13 RJ 53/97; BSG v. 5.1.2000 - B 9 SB 46/99, Rn. 3 bei juris; BSG v. 22.6.2004, SozR 4-1500 § 160 Nr. 4, Rn. 4f.; BSG v. 3.5.2007 - B 2 U 102/07, Rn. 3 bei juris.

71 So auch ausdrücklich BSG v. 24.11.1988 - 9 BV 39/88, Leitsatz bei juris: „[...] ein Beweisantrag nach § 109 SGG enthält nicht immer einen Beweisantrag nach § 103 SGG“.

72 Zum Verhältnis von § 109 SGG und § 103 SGG zueinander vgl. unten, Kapitel 3.

73 Keller, in: Meyer-Ladewig, SGG, § 109, Rn. 4.

74 Vgl. Keller, in: Meyer-Ladewig, SGG, § 109, Rn. 4; Pawlak, in: Hennig, SGG, § 109, Rn. 27; Kummer, Das sozialgerichtliche Verfahren, S. 162.

75 Vgl. Rohwer-Kahlmann, SGG, § 109, Rn. 16.

76 Vgl. BSG v. 20.4.2010, BSGE 106, 81, 83f.

zumindest durch die vom Antragsteller gemachten Angaben bestimmbar sein.<sup>77</sup> Ein Arzt im Sinne der Vorschrift ist nur ein approbierter Arzt im Sinne der Bundesärzteordnung.<sup>78</sup> Angehörige anderer Berufe mit medizinischem Bezug wie Heilpraktiker, Psychologen oder Pflegefachkräfte können hingegen nicht nach § 109 SGG als Gutachter benannt werden.<sup>79</sup>

Erfüllt die Erklärung des Antragsberechtigten die genannten Anforderungen, erfolgt die Einholung des Gutachtens durch das Gericht, in Ermangelung einer oder mehrerer Voraussetzungen ist der Antrag abzulehnen.<sup>80</sup> In einem solchen Fall muss das Gericht den Antragsteller allerdings vor der Ablehnung nach § 106 Abs. 1 SGG auf den Mangel hinweisen und ihm Gelegenheit geben, seinen Antrag entsprechend zu korrigieren. Einen ordnungsgemäßen Antrag kann das Gericht wegen des zwingenden Charakters der Norm nicht mit der Begründung zurückweisen, es halte ein weiteres Gutachten nicht für notwendig oder den Sachverständigen nicht für geeignet.<sup>81</sup>

Die Durchführung der Beweisaufnahme obliegt allein dem Gericht.<sup>82</sup> Es formuliert das Beweisthema, welches sich in der Regel aus dem Streitstoff ergibt und daher keiner genauen Bezeichnung im Antrag bedarf.<sup>83</sup> Bei Unklarheiten darüber, zu welcher Frage das Sachverständigengutachten eingeholt werden soll, muss das Gericht gemäß § 106 Abs. 1 SGG auf eine Erläuterung bzw. Klarstellung hinwirken.<sup>84</sup> In der Beweis-anordnung erfragt das Gericht von der bzw. dem Sachverständigen auf der Basis der für die Entscheidung maßgeblichen Normen die hierfür erheblichen noch klärungsbedürftigen Tatsachen.<sup>85</sup> Ohne eine solche gerichtliche Beweisanordnung kann ein Sachverständigengutachten nach § 109 SGG nicht zu Stande kommen. Lässt ein nach § 109 SGG Antragsberechtigter von sich aus ein Gutachten von einem selbst gewählten

---

77 Vgl. *Krasney / Udsching*, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, III, Rn. 90; *Keller*, in: *Meyer-Ladewig*, SGG, § 109, Rn. 4.

78 *Pawlak*, in: *Hennig*, SGG, § 109, Rn. 24; BSG v. 27.1.1970, Breith. 1970, 725.

79 Vgl. *Keller*, in: *Meyer-Ladewig*, SGG, § 109, Rn. 5; *Pawlak*, in: *Hennig*, SGG, § 109, Rn. 26; *Krasney / Udsching*, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, III, Rn. 90; *Rohwer-Kahlmann*, SGG, § 109, Rn. 11; *Roller*, in: *Lüdtke*, SGG, § 109, Rn. 8; *Kolmetz*, SGB 2004, 83, 86; LSG Bremen v. 5.10.1989 - L 3 Vs 15/87, Leitsatz Nr. 2 bei juris; Bayerisches LSG v. 15.7.1998 - L 16 LW 14/96, Leitsatz Nr. 2 bei juris; LSG Baden-Württemberg v. 19.5.2004 - L 7 U 5091/03, Rn. 34 bei juris; LSG Nordrhein-Westfalen v. 20.5.2005 - L 4 U 83/03, Rn. 39 bei juris; LSG Schleswig-Holstein v. 23.6.2006 - L 3 P 7/04, Rn. 38 bei juris; BSG v. 17.3.2010 - B 3 P 33/09 B, Rn. 12 bei juris; a.A. LSG Berlin-Brandenburg v. 11.6.2009 - L 11 VH 35/08, Rn. 30 bei juris, wonach auch ein Diplom-Psychologe als Gutachter nach § 109 SGG benannt werden kann.

80 Vgl. BSG v. 20.4.2010, BSGE 106, 81, 82.

81 Vgl. BSG v. 14.12.1961, 11 RV 584/61, Rn. 10 bei juris; BSG v. 23.9.1997, NZS 1998, 302, 303; *Keller*, in: *Meyer-Ladewig*, SGG, § 109, Rn. 12.

82 *Krasney / Udsching*, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, III, Rn. 76.

83 Vgl. *Pawlak*, in: *Hennig*, SGG, § 109, Rn. 27; *Keller*, in: *Meyer-Ladewig*, SGG, § 109, Rn. 4.

84 Vgl. *Rohwer-Kahlmann*, SGG, § 109, Rn. 16.

85 Vgl. *Krasney / Udsching*, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, III, Rn. 89 und 108; *Rohwer-Kahlmann*, SGG, § 109, Rn. 38.

Arzt erstellen und legt dieses dann dem Gericht vor, so handelt es sich dementsprechend nicht um ein Gutachten nach § 109 SGG, sondern um ein Privatgutachten.<sup>86</sup> Dies verdeutlicht, dass es sich bei einer Gutachteneinholung nach § 109 SGG um eine Beweiserhebung durch das Gericht handelt, die denselben Grundsätzen unterliegt wie bei einem von Amts wegen eingeholten Sachverständigen Gutachten nach §§ 103, 106 SGG.<sup>87</sup> Unterschiede bestehen lediglich darin, dass bei Gutachten nach § 109 SGG die Partei den Arzt benennt und die Einholung erzwingen kann, sowie gegebenenfalls die Kosten zu tragen hat.<sup>88</sup>

### C. Ablehnung nach § 109 Abs. 2 SGG

Ein ordnungsgemäßer Antrag bindet das Gericht grundsätzlich, eine Ablehnung ist nach § 109 Abs. 2 SGG nur unter engen Voraussetzungen möglich. Die Regelung enthält drei Tatbestandsmerkmale, ein objektives, das stets erfüllt sein muss, sowie zwei alternative subjektive, von denen eines kumulativ zu der objektiven Komponente vorliegen muss. Voraussetzung für die Ablehnung ist danach jedenfalls, dass durch die Zulassung des Antrags die Erledigung des Rechtsstreits verzögert würde. Zusätzlich ist notwendig, dass der Antrag entweder in der Absicht der Verfahrensverschleppung oder aus grober Nachlässigkeit nicht früher gestellt wurde.<sup>89</sup> Diese Ablehnungsmöglichkeit wurde mit der Schaffung des SGG eingeführt.<sup>90</sup> Zur Ausfüllung der Begriffe Verzögerung, Verschleppungsabsicht und grobe Nachlässigkeit ist inzwischen eine umfangreiche sozialgerichtliche Judikatur ergangen.

#### I. Objektiv: Verzögerung des Verfahrens

Die Ablehnung nach § 109 Abs. 2 SGG setzt zunächst voraus, dass die Einholung des Gutachtens die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde. Da das Gericht die Beweisaufnahme von Amts wegen abgeschlossen haben muss, bevor es ein Gutachten nach § 109 SGG einholen kann, dürfte diese Voraussetzung sehr häufig erfüllt sein.<sup>91</sup> Anders können die Dinge allenfalls liegen, wenn das Gericht noch nicht terminiert hat

---

86 Krasney / Udsching, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, III, Rn. 77; Herold-Tews, Der Sozialgerichtsprozess, Rn. 255.

87 Vgl. Roller, in: Lüdtke, SGG, § 109, Rn. 26; Rohwer-Kahlmann, SGG, § 109, Rn. 40 u. 42.

88 Vgl. Pawlak, in: Hennig, SGG, § 109, Rn. 30; zur Kostentragung vgl. unten, Kapitel 5. C.

89 Vgl. Rohwer-Kahlmann, SGG, § 109, Rn. 60; Keller, in: Meyer-Ladewig, SGG, § 109, Rn. 11.

90 SGG vom 3.9.1953, BGBl. I S. 1239, ber. S. 1326; vgl. unten, Kapitel 2, E. I.

91 Vgl. Rohwer-Kahlmann, SGG, § 109, Rn. 60; Behn, SozVers 1990, 29; zum Verhältnis von § 109 SGG zur gerichtlichen Amtsermittlung vgl. unten, Kapitel 3.