

Sachverständigenanhörung im Sozialgerichtsverfahren*

Rechtsanwalt Dr. Hermann Plagemann, Fachanwalt für Sozialrecht, Frankfurt a. M.

Der Verfasser erläutert die verschiedenen Möglichkeiten der Sachverständigenanhörung im sozialgerichtlichen Verfahren. Abzugrenzen ist der Kreis der für eine Befragung in Betracht kommenden Ärzte. Ein „Anspruch“ auf Anhörung im Sozialgerichtsprozeß setzt rechtzeitige Antragstellung und Begründung („Fragerichtung“) voraus. Unterblieb die Anhörung unter Verletzung des § 118 SGG, § 397, § 411 ZPO, kommt die Rüge eines Verfahrensfehlers in der nächsten Instanz in Betracht. Vor allem sorgfältig zu prüfen aber ist, was der Antragsteller überhaupt mit der Befragung erreichen kann und will.

I. Einleitung

Auf die Mitwirkung des medizinischen Sachverständigen sind die Sozialgerichte ebenso wie die Sozialleistungsträger mehr denn je angewiesen. Sei es in den nun schon 100 Jahre alten Rechtsgebieten der Renten- oder Unfallversicherung, der Kriegsopferversorgung, sei es in der jüngeren Arbeitslosenversicherung (z. B. § 105a AFG) oder der Krankenversicherung, die sich nicht mehr nur mit dem Vorliegen von „Arbeitsunfähigkeit“ (§ 44 SGB V)¹, sondern nun auch mit den besonderen Leistungen bei Schwerpflegebedürftigkeit (§ 53 SGB V)² oder gar mit medizinischen „Außenseitermethoden“ zu befassen hat³. Die Sozialgerichte tragen mit der Einschaltung medizinischer Sachverständiger ihrem Untersuchungsauftrag nach den §§ 103, 106 SGB Rechnung⁴. Der gleiche Auftrag ergibt sich aus den §§ 20, 21 SGB X für die Sozialleistungsträger im Verwaltungsverfahren⁵. Die den Gerichten und den Trägern eingeräumte „Entscheidungskompetenz“ verpflichtet diese dazu, die Expertise des Mediziners nachzuvollziehen, zu würdigen und für das Ergebnis die volle sozialpolitische Verantwortung zu übernehmen⁶. Dies folgt für das Gerichtsverfahren unmittelbar aus § 128 SGG⁷. Gerichte, Leistungsträger und - nota bene - auch die Bevollmächtigten sind deshalb sozusagen von Amts wegen verpflichtet, die Äußerungen des Mediziners kritisch zu würdigen, ja sie gerade daraufhin zu überprüfen, ob sie plausibel sind, ob sie mit anderen medizinischen Erkenntnissen in Einklang gebracht werden können bzw. den allgemeinen medizinischen Erfahrungswerten⁸ entsprechen. Oft genug lehrt die Erfahrung, daß das direkte Gespräch mit dem Sachverständigen am besten geeignet ist, Unklarheiten und Mißverständnisse zu klären und unter Umständen auch Vorverständnisse offen zu legen und Erkenntnisgrenzen deutlich zu machen⁹. Der Wert dieses „Fragerechts“ wird von allen Verfahrensordnungen ausdrücklich akzeptiert und garantiert. Für das Sozialgerichtsverfahren bestimmt § 116 S. 2 SGG, daß die Parteien an Zeugen und Sachverständige sachdienliche Fragen richten lassen können. Verstärkt wird dieses Recht noch durch den Verweis auf die §§ 397 und 411 ZPO in § 118 SGG. Diese aus dem Grundsatz der „Parteiöffentlichkeit“¹⁰ fließenden Rechte auf Teilnahme am Termin zur Beweisaufnahme werden vom BSG als eines der wichtigsten „Parteirechte“ bezeichnet¹¹. Zu klären ist, welcher Arzt in der mündlichen Verhandlung nach §§ 116, 118 SGG, §§ 397, 411 ZPO überhaupt befragt werden kann (dazu II), unter welchen Voraussetzungen die Partei einen Anspruch auf Anhörung hat (dazu III), und schließlich geht es um die Folgen einer Verletzung dieser Parteirechte durch das Gericht (dazu IV).

II. Die für eine Befragung in Betracht kommenden Sachverständigen

Nach §§ 116, 118 SGG, §§ 397, 411 ZPO kann als Sachverständiger zur mündlichen Verhandlung geladen werden:

a) Der medizinische „Terminssachverständige“.

Diese werden z. B. in Rentenverfahren herangezogen, in denen der Kläger im Ausland lebt und zur mündlichen Verhandlung zum Sozialgericht anreist. Nach Klärung des „bisherigen Berufs“ erfolgt am Terminstage oder einen Tag zuvor die Untersuchung durch den Arzt, der dann in mündlicher Verhandlung sein Gutachten erstattet, unter Umständen auch eine kurze schriftliche Äußerung niederlegt und dazu Fragen beantwortet. Eine solche Begutachtung ist nicht eo ipso unzulässig, insbesondere dann nicht, wenn dem Terminsachverständigen die vollständigen Akten zur Durchsicht zur Verfügung standen und er mit den gängigen Hilfsmitteln eine fachkompetente Untersuchung vorgenommen hat¹². War die Untersuchung jedoch unzureichend, kann dieser Mangel¹³ nicht durch eine eingehende Befragung in der mündlichen Verhandlung „geheilt“ werden.

b) Der „Sitzungsarzt“.

Dabei handelt es sich um einen Arzt, dem zwar zuvor die Akten zur Durchsicht überlassen wurden, der aber keine eigene Untersuchung vornimmt, sondern eine Art Gesamtwürdigung insbesondere im Bereich des Schwerbehindertenrechts vornimmt¹⁴. Hier geht es auch darum, daß der in der Sitzung mit anwesende Arzt Angaben des Klägers über die Leistungseinschränkungen und deren Wichtigkeit sogleich würdigt und sie z. B. anhand der sog. Anhaltspunkte¹⁵ GdB-mäßig beurteilt.

c) Der Sachverständige, der zuvor nach § 109 SGG tätig wurde¹⁶.

Das Gericht kann dazu von dem Antragsteller einen weiteren Kostenvorschuß gem. § 109 I 2 SGG anfordern. Dies dürfte aber dann kaum sachgerecht sein, wenn das Gericht selbst zum Ergebnis gelangt; die ergänzende Befragung des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung ist i. S. der §§ 397, 411 ZPO „sachdienlich“ (dazu unten III 3). Die Befragung des Sachverständigen hat dann auf Kosten der Staatskasse zu erfolgen, wie dies für alle anderen von Amts wegen durchzuführenden Sachverhaltsaufklärungsmaßnahmen auch gilt¹⁷.

d)

Der Sachverständige, der zuvor ein schriftliches Gutachten gefertigt hat und dieses nun nach §§ 397, 411 III ZPO erläutern soll. Voraussetzung ist, daß sein Gutachten auch tatsächlich verwertbar ist und damit als Grundlage für die Befragung überhaupt in Betracht kommt. Dies ist nicht der Fall, wenn der Sachverständige gegen die Pflicht zur persönlichen Begutachtung verstoßen hat, also Untersuchung und Beurteilung - entgegen der Beweisanordnung - nicht selbst durchgeführt und verantwortet hat¹⁸ oder aber das Gutachten zwar selbst erstattet hat und auch verantwortet, als Sachverständiger in der ursprünglichen Beweisanordnung aber gar nicht aufgeführt worden ist. Die Befragung des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung kann diesen Mangel nicht heilen, allenfalls ihn zutage fördern¹⁹. Ziel der mündlichen Befragung ist es dann auch, sich der Beurteilung durch den vom Gericht beauftragten Sachverständigen - persönlich - zu vergewissern. Stellt sich nun heraus, daß der beauftragte Sachverständige das Gutachten nur mitunterzeichnet hat, im übrigen aber unter Verstoß gegen § 118 SGG, § 407a II ZPO den Auftrag einem anderen übertragen hat, unterliegt sein Gutachten einem Verwertungsverbot, jedenfalls als Sachverständigengutachten, so daß eine weitere Befragung nicht möglich ist. Eine nachträgliche Änderung des Beweisbeschlusses mit dem Ziel, nunmehr den tatsächlichen Gutachter zum Sachverständigen zu machen, ist nicht möglich²⁰. Die Befragung des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung kann jedoch auch Anhaltspunkte für eine Befangenheit des Sachverständigen zutage fördern. Stellt sich diese dann heraus, ist zumindest auf entsprechende Rüge nach § 406 ZPO hin die Befragung zu beenden. Das Gutachten unterliegt dann einem Verwertungsverbot²¹. Ob der Arzt, der im ursprünglichen Beweisbeschuß als Sachverständiger nicht benannt war, tatsächlich aber tätig wurde, oder der befangene Gutachter nunmehr in der mündlichen Verhandlung als „sachverständiger Zeuge“²² etwa zu Befundtatsachen gehört werden kann, ist eine ganz andere Frage²³.

e) Der vom Gericht ausdrücklich beauftragte Zusatzgutachter, z.

B. ein anderer Facharzt oder ein Psychologe. Nicht zur Erläuterung befugt sind dagegen Hilfskräfte, die den Hauptsachverständigen bei der Anamnese, der Exploration oder auch bei bestimmten Spezialuntersuchungen unterstützten, wobei diese Mitarbeit im einzelnen angegeben werden muß (§ 407a II ZPO). Im Einzelfall können diese Hilfskräfte allenfalls als Zeugen vernommen werden, wenn es um streitige und einmalige Befunde geht.

f)

Der Gutachter, der im Verwaltungsverfahren im Auftrage eines Leistungsträgers tätig geworden ist (vgl. § 21 I Nr. 2 SGB X). Nach Auffassung des BSG handelt es sich bei dem Verwaltungsgutachten nicht um bloße Parteigutachten, sondern um reguläre Sachverständigengutachten, die nach § 128 SGG als Beweis zu würdigen sind²⁴. Im Einzelfall kommt dann auch eine Befragung dieses Sachverständigen in Betracht. In der Praxis freilich erscheint dies wohl nur dann sinnvoll, wenn zwischen dem Verwaltungsgutachten und später eingeholten Gutachten aus Sicht des Gerichtes kaum überbrückbare Gegensätze bestehen, die mittels eines Streitgespräches näherer Aufklärung bedürfen²⁵. Von dem Verwaltungsgutachter in diesem Sinne zu unterscheiden ist der Beratungsarzt, der im Laufe eines Gerichtsverfahrens für einen Sozialleistungsträger tätig wird. Auch dessen Votum wird von den Gerichten nach § 128 SGG gewürdigt, und zwar als Privatgutachten. Das Gericht kann unter Umständen seine Entscheidung auf ein solches Privatgutachten stützen²⁶, darf ihn aber nicht zur Erläuterung laden.

Nicht zur Verhandlung geladen werden können folgende Sachverständige:

(1) Der Sachverständige, der im Ausland seinen Wohnsitz hat. Er kann allenfalls durch entsprechende Auslandsvertretungen (nach § 363 I oder II ZPO) vernommen werden²⁷.

(2) Die Hilfskräfte, die bei der Erstellung des Gutachtens geholfen haben, einschließlich der Assistenzärzte.

(3) Der Privatgutachter, da dessen Expertise nur als „qualifizierter Beteiligtenvortrag“ vom Gericht zu würdigen ist. Die Befragung eines solchen Privatgutachters in der mündlichen Verhandlung würde den Beteiligtenvortrag nun zum echten Gutachten „befördern“, so daß die Anhörung nach §§ 116, 118 SGG, §§ 397, 411 ZPO nicht tunlich erscheint²⁸. Denkbar ist allerdings, daß der Privatgutachter auf Antrag des Gegners angehört wird²⁹ oder von Amts wegen der Privatgutachter etwa als sachverständiger Zeuge gehört wird³⁰. Ob die Anhörung nach § 109 SGG zulässig ist, könnte deshalb zweifelhaft sein, weil der Gutachter ja zumindest hinsichtlich des Ergebnisses sich festgelegt hat. Man könnte dann an Befangenheit denken³¹. Da die Anhörung aber vor allem auf die Erläuterung des Weges zielt, auf dem der Sachverständige zu dem Ergebnis gekommen ist, kann nicht ohne weiteres Befangenheit bei dem Privatgutachter unterstellt werden. Die Erläuterung nach § 109 SGG erscheint deshalb möglich.

III. Anspruch auf Anhörung

1.

Der Antrag auf Anhörung eines Sachverständigen wird allgemein als „Beweisantrag“ etwa i. S. der §§ 103, 160 II Nr. 3 SGG angesehen³². Das Erfordernis eines Antrages folgt unmittelbar aus § 397 II ZPO, wonach die Befragung nur „auf Verlangen“ durchgeführt wird³³. Die Tatsachengerichte sind nach § 128 SGG verpflichtet, die schriftlichen Gutachten daraufhin zu überprüfen, ob sie dem Sachverhalt in vollem Umfang gerecht werden (z. B. alle Fragen beantwortet wurden, alle Befunde berücksichtigt wurden) und ob sie im Ergebnis plausibel und widerspruchsfrei sind³⁴. Im Rahmen dieser von Amts wegen (§ 103 SGG) vorzunehmenden Überprüfung kann es auch ohne Antrag aus Sicht des Gerichtes geboten sein, den Sachverständigen um eine Erläuterung nach § 118 SGG, § 411 III ZPO zu bitten³⁵. Eine ganz andere Frage ist, ob der Kläger in der nächsten Instanz, insbesondere in der Nichtzulassungsbeschwerde rügen kann, daß die Anhörung zu Unrecht unterblieben ist (dazu unten IV 2, 3).

2.

Der Beweisantrag muß so rechtzeitig nach Erstattung des Gutachtens beim Prozeßgericht eingebracht werden, daß dieses in der Lage ist, den Sachverständigen noch zum nächsten Termin zu laden und die Streitsache in einer mündlichen Verhandlung zu erledigen³⁶. Anderenfalls entfällt das Antragsrecht vollständig, und zwar auch für ein folgendes zweitinstanzliches Verfahren³⁷. Das BSG weist zur Begründung nicht nur auf die „Konzentrationsmaxime“ hin, sondern auch darauf, daß der Sachverständige sein Gutachten „zeitnah zur schriftlichen Abfassung erläutern können soll“³⁸. Ob die Partei mit dem Antrag auf Anhörung schon allein nach § 296 I ZPO i. V. mit § 411 IV ZPO präkludiert werden kann (was angesichts des Amtsermittlungsgrundsatzes im Sozialgerichtsverfahren zu verneinen ist), kann dahingestellt bleiben. Die mit der „rechtzeitigen“ Antragstellung angestrebte Konzentration leitet sich aus den Anforderungen einer möglichst effektiven Sachaufklärung her. Es muß dann aber auch ausreichen, wenn die Partei den Antrag auf Anhörung noch in der mündlichen Verhandlung stellt, dient diese doch gerade dazu, den Sachverhalt mit den Parteien zu erörtern mit der Folge, daß die Partei erst in der mündlichen Verhandlung einen Eindruck darüber gewinnt, wie das Gericht selbst die vorliegenden gutachterlichen Äußerungen versteht. Dies um so mehr, als im Sozialgerichtsverfahren den Parteien häufig nur ein einziges Mal Gelegenheit zur Äußerung in der mündlichen Verhandlung gegeben wird.

Hat die Partei den Antrag auf Anhörung schon vor der mündlichen Verhandlung gestellt und wird deutlich, daß das Gericht diesem Antrag nicht folgen möchte, muß sie den Antrag in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich zu Protokoll wiederholen, um sich die Möglichkeit einer Verfahrensrüge nach §§ 150 Nr. 2, 106 II Nr. 3 SGG zu erhalten³⁹.

3. Die von der Partei angekündigten Fragen müssen „sachdienlich“ sein, d.

h. die Partei muß die Richtung der an den Sachverständigen zu stellenden Fragen skizzieren. Während der BGH an die „Fragerichtung“ insbesondere in Arzthaftpflichtprozessen keine besonders hohen Anforderungen stellt⁴⁰, verlangen die Sozialgerichte - soweit sie sich überhaupt zu dieser Frage äußern - mehr: Es reicht nicht aus, den Antrag auf „eklatante Widersprüche“ zwischen verschiedenen Gutachten zu stützen, ohne die angeblichen Widersprüche genau zu bezeichnen⁴¹. Unzureichend auch der bloße Hinweis auf eine nicht genügend gründliche Untersuchung oder Diskrepanzen bei der MdE-Bewertung⁴². Nach

Auffassung des BSG handelt es sich bei der Einschätzung der Gesamt-MdE durch die jeweiligen Fachgutachter nicht um eine Erläuterung des schriftlichen Gutachtens, sondern um eine Erweiterung des Beweisthemas, wozu das Fragerecht keine Grundlage bietet⁴³. Fragen, die nur der „Einwirkung auf die gerichtliche Überzeugung“ dienen, reichen nicht aus⁴⁴. Als sachdienlich wurde dagegen die Frage akzeptiert, ob Verschleißerscheinungen an der Wirbelsäule mit einer unfallbedingten Beinverkürzung in Zusammenhang stehen. Hier hatte der Sachverständige sein schriftliches Gutachten mit der Bemerkung beendet, zur Vermeidung weiterer Gesundheitsschäden sei für einen exakten Verkürzungsausgleich Sorge zu tragen⁴⁵. Als „sachdienlich“ wird auch der Hinweis akzeptiert, der Sachverständige selbst könne in Ermangelung eigener Erkenntnisse die Verantwortung für das Gutachten gar nicht übernehmen, welches der Assistenzarzt erstattet habe⁴⁶. Hier wird man von der Antragstellerin wohl detaillierte Angaben verlangen, aus denen sich die Vermutung für die Behauptung der mangelnden Fachkenntnis des Sachverständigen herleiten lassen.

Die von der Rechtsprechung geforderte „Sachdienlichkeit“ der Fragerichtung ist nicht identisch mit den Anforderungen des § 160 II Nr. 3 SGG, wonach die Rüge, das Gericht sei rechtswidrig einem Beweis Antrag nicht gefolgt, nur dann durchgreift, wenn das Tatsachengericht sich zu weiteren Beweiserhebungen hätte „gedrängt“ sehen müssen⁴⁷. Danach kommt es nämlich allein darauf an, ob die weitere Beweisaufnahme aus der Sicht der vom Tatsachengericht selbst vertretenen Rechtsauffassung geboten erscheint. Ob eine an den Sachverständigen zu stellende Frage dagegen „sachdienlich“ ist, richtet sich nach objektiven Kriterien.

4.

Hat die Partei rechtzeitig sachdienliche Fragen angekündigt, bitten die Tatsachengerichte häufig den Sachverständigen um eine entsprechende schriftliche Ergänzung seines Gutachtens. Die bisweilen geäußerte Auffassung, es stehe im Ermessen des Gerichtes, den Sachverständigen anstelle der Ladung zur mündlichen Verhandlung schriftlich zu befragen⁴⁸, überzeugt nicht. Denn nach dem den §§ 116, 117 SGG zugrunde liegenden Prinzip der „Parteiöffentlichkeit“ soll die Befragung in der mündlichen Verhandlung der „Regelfall“ sein. Dem könnte man allenfalls unter Hinweis auf den Untersuchungsgrundsatz nach § 103 SGG widersprechen, der es dem SG - weitergehend als den Zivilgerichten - freistellt, mit welchen Mitteln die erforderliche Sachaufklärung durchgeführt wird. Hat der Sachverständige sich nun schriftlich ergänzend geäußert, hat dies auf jeden Fall Einfluß auf die Beurteilung der „Sachdienlichkeit“ solcher Fragen, die von der Partei weiterhin als durch mündliche Befragung klärungsbedürftig bezeichnet werden. Soweit dem Gericht die schriftliche Kennzeichnung der Fragen nicht genügt, hat es die antragstellende Partei zur genaueren Formulierung einzelner Unterfragen zum Beweisthema aufzufordern⁴⁹.

IV. Folgen der unterbliebenen Anhörung

1.

Ist das SG einem Antrag auf Anhörung des Sachverständigen nach §§ 117, 118 SGG, §§ 397, 411 ZPO nicht gefolgt, kann dies als verfahrenfehlerhaft in der Berufungsinstanz gerügt werden. Soweit die Berufung zulässig ist, ist das LSG von Gesetzes wegen verpflichtet, den Sachverhalt erneut zu würdigen, gegebenenfalls ergänzenden Beweis einzuholen. Das LSG hat sich also auch mit der Frage auseinanderzusetzen, ob der Antrag auf Anhörung des in der ersten Instanz bereits tätig gewordenen Sachverständigen begründet ist, etwa weil die an ihn zu stellenden Fragen - anders als vom SG angenommen - doch „sachdienlich“ sind. Wird dies - im Gegensatz zum SG - vom LSG bejaht, ist der Antrag auf Anhörung nicht „verbraucht“, und zwar auch dann nicht, wenn die Erläuterung nun nicht mehr „zeitnah zur schriftlichen Abfassung“⁵⁰ erfolgt. Hatte das SG den Antrag auf Anhörung als verspätet zurückgewiesen und verneint das LSG eine solche Verspätung, ist die Anhörung ebenfalls nachzuholen. Die Partei ist im übrigen berechtigt, im Rahmen des Berufungsverfahrens den Antrag auf Anhörung so zu ergänzen, daß nunmehr vielleicht die - vom SG bereits zutreffend verneinte - Sachdienlichkeit gegeben ist. In einem solchen Fall wird man dem LSG wohl das Recht einräumen, anstelle der beantragten mündlichen Befragung den Sachverständigen zunächst um eine schriftliche Stellungnahme zu bitten.

2.

War die Berufung nicht zulässig, kann ein Verstoß des SG gegen §§ 117, 118 SGG, §§ 397, 411 ZPO als Verfahrensfehler nach § 150 Nr. 2 SGG gerügt werden. Eine solche Rüge setzt voraus

- genaue Bezeichnung des „Beweisantrags“,

- Nachweis der Beweiserheblichkeit der- objektiv- „sachdienlichen“ Fragen, wie sie im Verfahren der ersten Instanz bereits skizziert wurden,
- Darlegung, daß das SG aufgrund der Antworten des Sachverständigen auf die sachdienliche Frage in der Sache selbst zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre,
- Angaben darüber, daß die Partei ihren Anspruch auf Anhörung nicht durch Verzicht nach § 202 SGG, § 295 I ZPO verloren hat⁵¹.

3. Die Revision ist gem. § 160 II Nr. 3 SGG i.

V. mit § 118 SGG, §§ 402, 397 II ZPO zuzulassen, wenn

- ein Antrag auf Parteibefragung vorliegt
- dieser rechtzeitig gestellt wurde. Da im Verfahren des SGG der Untersuchungsgrundsatz gilt, kommt eine Präklusion gem. §§ 411 IV, 296 I ZPO nicht in Betracht⁵², so daß der Antrag rechtzeitig noch im Termin gestellt werden kann⁵³, es sei denn, der Antrag wurde in Verschleppungsabsicht gestellt⁵⁴.
- Fragen angekündigt wurden, die objektiv „sachdienlich“ sind, d. h. geeignet sind, der weiteren Sachaufklärung zu dienen (beweiserheblich). An die Sachdienlichkeit sind um so geringere Anforderungen zu stellen, je unterschiedlicher die von den verschiedenen Sachverständigen vorgetragenen Beurteilungen sind bzw. je mehr Widersprüche im einzelnen Gutachten namhaft gemacht worden sind (dazu oben III 3).
- Der Beschwerdeführer darlegt, daß das angefochtene Urteil „auf der fehlerhaften Beweiserhebung beruht oder beruhen kann“⁵⁵. Erforderlich ist dazu die schlüssige Darlegung, daß dem Sachverständigen nicht nur sachdienliche Fragen gestellt worden wären, sondern diese das LSG auch zu einer anderen Einschätzung in der Sache veranlaßt hätten⁵⁶.
- Der Beschwerdeführer sein Rügerecht nicht nach § 202 SGG, § 295 ZP verloren hat, etwa durch Einverständnis mit einer schriftlichen Befragung des Sachverständigen (nach §§ 402, 377 III ZPO). Hat das Gericht ohne Einverständnis der Parteien den Sachverständigen um eine schriftliche Ergänzung gebeten, bleibt der Antrag auf Ladung nur dann wirksam, wenn die Fragerichtung auch unter Berücksichtigung der ergänzenden Stellungnahme noch „sachdienlich“ ist. Das Rügerecht verliert, wer in der letzten mündlichen Verhandlung den Beweisantrag nicht mehr aufrecht erhält.

4. Die Revision ist gem. § 160 II SGG i.

V. mit § 118 SGG, §§ 402, 411 III ZPO zuzulassen, wenn

- der Antrag auf Erläuterung rechtzeitig gestellt wurde
- dargetan wird, daß das LSG aufgrund der Erläuterungen der Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung in der Sache zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre, das Urteil des LSG also auf der fehlerhaften Beweiserhebung „beruht oder beruhen kann“,
- der Beschwerdeführer sein Rügerecht nicht nach § 202 SGG, § 295 ZP verloren hat und
- dargelegt wird, daß das LSG bei der Ablehnung des Antrags auf Anhörung „ermessensfehlerhaft“ handelte⁵⁷, soweit es der Anregung, den Sachverständigen zu laden, nicht gefolgt ist. Die Sachdienlichkeit der (offenen) Fragen indiziert allerdings wohl zumeist den Ermessensfehler. Hier gelten im wesentlichen ähnliche Erwägungen wie in den Fällen, in denen der Kläger rügt, ein Beweisantrag sei übergangen worden, das LSG hätte sich aber „gedrängt“ fühlen müssen, diesem Antrag stattzugeben⁵⁸.

V. Vom Wert der Anhörung

Der Antrag auf Ladung eines Sachverständigen will sorgfältig überlegt und vorbereitet sein. Häufig „lohnt“ es sich nicht, den Sachverständigen, der die Auffassung des Antragstellers nicht vertritt, um eine Erläuterung zu bitten. Die Erfahrung zeigt, daß dieser Sachverständige dann in der mündlichen Verhandlung sein schriftliches Votum „wasserdicht“ macht. Anders als im Arzthaftpflichtprozeß, wo z. B. zwischen einem schweren und einem minder schweren Kunstfehler auch aus Sicht der Medizin die Grenzen sehr fließend sind, hat sich der Sachverständige in seinem schriftlichen Gutachten hinsichtlich der Kausalität, unter Umständen auch der Leistungsbeurteilung, in der Regel so festgelegt, daß er auch in der mündlichen Verhandlung davon nicht abweicht.

Die „sachdienlichen“ Fragen sollten also darauf abzielen, den eigenen Standpunkt des Antragstellers sozusagen „aus dem Munde des Sachverständigen“ zu untermauern. Dann kann die Anhörung ein durchaus geeignetes Mittel sein, Einwände anderer Gutachter oder der Gegenseite zu relativieren oder sogar gegenstandslos werden zu lassen. Die von der Rechtsprechung an einen solchen Antrag gestellten Formerfordernisse dienen vor allem dazu, der antragstellenden Partei eine Art „Mitwirkungslast“ im eigenen Interesse aufzuerlegen, sie nämlich zu einer möglichst sorgfältigen Analyse der bisherigen Sachverständigenvoten zu veranlassen.

Die Mediziner belehren uns Juristen immer wieder darüber, daß es letztlich eine echte Objektivität der Befunderhebung und Diagnose nicht gibt⁵⁹, vielleicht sogar nicht geben kann. Um so wichtiger kann es dann sein, die Grenzen der medizinischen Erkenntnisgewinnung in einem persönlichen Gespräch mit dem Sachverständigen auszuloten. Daß diese Form der Sachaufklärung nicht auf Kosten der eigentlichen

Aufgabe des Klinikers - nämlich den Kranken zu helfen - gehen kann und darf, dürfte selbstverständlich sein⁵⁰.

* Wesentlich ergänzte und überarbeitete Fassung eines Referates, das der Verfasser auf der 3. Jahrestagung des Fachinstituts für Sozialrecht im Februar 1991 in Düsseldorf gehalten hat.

¹Plagemann, Medizinische Begutachtung im Sozialrecht, 1991, Rdnr. 261 ff.; BSG, Urt. v. 7. 8. 1991 - 1/3 RK 28/89.

²Zur Schwerpflegebedürftigkeit vgl. neustens auch Brocke, SGB 1991, 211; Plagemann (o. Fußn. 1), Rdnrn. 288 ff.

³Übersicht bei Plagemann (o. Fußn. 1), Rdnrn. 272 ff.; vgl. ferner Estelmann-Eicher, SGB 1991, 247; Kirsten, SGB 1991, 257; LSG Niedersachsen, Breithaupt 1991, 617; LSG Niedersachsen, Breithaupt 1991, 619.

⁴Zur Statistik: Diemer, SGB 1988, 139; Rohwer-Kahlmann, Rechtstatsachen zur Dauer des Sozialprozesses, 1979, S. 78 ff.; Steinwedel, MedSach 87 (1991), 59.

⁵Dazu etwa Bonnermann, Kompaß 1986, 404; Behn, BG 1990, 753.

⁶Vgl. dazu Schäfer, in: Gitter u. a. (Hrsg.), Festschr. f. Wannagat 1981, S. 431; Haase, SGB 1987, 363 (365); für eine Art „Beurteilungsspielraum“ plädiert dagegen Eicher, MedR 1989, 118 (122).

⁷BSG, SGB 1988, 506 m. Anm. Müller.

⁸Dazu etwa Rauschelbach, MedSach 83 (1987), 2 (3); BSG, Meso B 30/73; Plagemann (o. Fußn. 1), Rdnrn. 15 ff.

⁹Vgl. Brückner, in: Festschr. f. Grüner, 1982, S. 103.

¹⁰Dazu etwa Schnapp, in: Erichsen u. a. (Hrsg.), Festschr. f. Menger, 1985, S. 567; nach BSG, Meso B 20 a/209, tragen die Parteien mit der Ausübung des Fragerechts zur Ermittlung des wahren Sachverhaltes bei. Das Fragerecht sei Ausfluß des Rechts der Beteiligten auf rechtliches Gehör (§ 62 SGG).

¹¹BSG, SozR 1500§ 116 Nr. 1.

¹²Dazu etwa BSG, SozR 1500§ 160a Nr. 60; Krasney-Udsching, Hdb. des sozialgerichtlichen Verfahrens, 1991, Kap. III, Rdnr. 32.

¹³BSG, SGB 1959, 236 m. Anm. Schiek; VersR 1969, 1092.

¹⁴Plagemann (o. Fußn. 1), Rdnr. 133.

¹⁵Vgl. die vom Bundesarbeitsminister herausgegebenen „Anhaltspunkte für die ärztliche Gutachtertätigkeit im sozialen Entschädigungsrecht und nach dem Schwerbehindertengesetz“, 1983.

¹⁶BSG, Meso 20 a/209.

¹⁷A. A. Schur, SGB 1985, 529.

¹⁸Dazu Plagemann (o. Fußn. 1), Rdnrn. 45 ff.; BSG, NZA 1989, 197; Thomas-Putzo, ZPO, 17. Aufl. (1991), § 407a Anm. 3.

¹⁹BSG VersR 1972, 872; Kummer, in: Peters-Sautter-Wolff, SGG, § 108 Anm. zu § 411 ZPO.

²⁰Anders: BGH, VersR 1985, 361 (363); BVerwG, MedR 1984, 191 (194).

²¹Zur Befangenheit des Sachverständigen im einzelnen vgl. Schimanski, SGB 1986, 404; Krekeler, ZAP, F. 22, S. 7; Blau, in: Festschr. f. Schewe, 1991, S. 10.

²²Zum sachverständigen Zeugen: § 414 ZPO; Thomas-Putzo (o. Fußn. 18), § 414.

²³Bejahend Fezer, JR 1990, 397.

²⁴Vgl. dazu BSG, SozR § 128 BSG Nr. 66; Meso B 40/39; zweifelnd BSG, SozVers 1988, 53 m. Anm. Behn; eingehend dazu auch Behn, BG 1990, 753 (760).

²⁵Vgl. dazu Müller, SGB 1988, 508.

²⁶BSG, SGB 1989, 252; krit. Glücklich, SGB 1958, 192.

²⁷BGH, MDR 1980, 931; Zöller-Stephan, ZPO, 17. Aufl. (1991), § 405 Rdnr. 3.

²⁸BVerwGE 71, 38; Jessnitzer, Der gerichtliche Sachverständige, 9. Aufl. (1988), S. 149.

²⁹Zöller-Stephan (o. Fußn. 27), § 411 Rdnr. 5a.

³⁰BGH, NJW 1991, 98 (99); Jessnitzer (o. Fußn. 28), S. 9 f.; § 414 ZPO.

³¹Dazu auch Plagemann (o. Fußn. 1), Rdnrn. 55 ff.; LSG Rheinland-Pfalz, Breithaupt 1982, 169; LSG Hessen, SGB 1987, 115.

³²Meyer=Ladewig, SGG, 4. Aufl. (1991), § 160 Rdnr. 18; BSG, NJW 1992, 455 (in diesem Heft).

³³Dazu Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, 48. Aufl. (1990), § 397 Anm. 1.

³⁴Vgl. dazu auch Plagemann, ZAP F 18, S. 29, 35 ff.

³⁵Vgl. BGH, MedR 1987, 156; BSG, SozR 1700§ 411 Nr. 2.

³⁶BSG, SozR 1700§ 411 Nr. 2.

³⁷So ausdr. auch BSG, NJW 1991, 3053.

³⁸BSG, NJW 1991, 3053.

³⁹Vgl. zur rechtzeitigen Antragstellung unter Hinweis auf die unterschiedliche Rechtsprechung des BSG Meyer=Ladewig (o. Fußn. 32), § 160 Rdnr. 18; Krasney-Udsching (o. Fußn. 12), Kap. IX, Rdnrn. 129, 130.

⁴⁰Dazu Pantle, MDR 1989, 312.

⁴¹BSG, SGB 1972, 68; LSG Saarland, Breithaupt 1991, 602 (604).

⁴²LSG Saarland, Breithaupt 1991, 602 (604).

⁴³BSG, NJW 1992, 455 (in diesem Heft).

⁴⁴OLG Oldenburg, MDR 1975, 408.

⁴⁵BSG, Meso B 20 a/209; krit. dazu Jaeger, DRiZ 1985, 529 (530).

⁴⁶BVerwGE 69, 70; Meyer=Ladewig (o. Fußn. 32), § 118 Rdnr. 12b.

⁴⁷Dazu BSG, SozR 1500§ 160 Nr. 49; Meyer=Ladewig (o. Fußn. 32), § 160 Rdnr. 18; Krasney-Udsching (o. Fußn. 12), IX Rdnr. 134; Kummer, Nichtzulassungsbeschwerde, 1990, Rdnr. 225.

⁴⁸BSG, NJW 1961, 2087; Bley, in: SGB-SozVers GesKomm. § 118 SGB-SozVers § 411 ZPO; Meyer=Ladewig (o. Fußn. 32), § 118 Anm. 12b; Krasney, SGB 1987, 381 (386); vgl. auch Ankermann, NJW 1985, 1204 (1205).

⁴⁹BSG, SGB 1984, 523; vgl. auch BSG, Meso B 20 a/224 = Kompaß 1988, 77, wonach es bei einer nicht anwaltlich vertretenen Partei ausreicht, wenn sie die Gegenüberstellung von Sachverständigen verlangt, das Gericht dann aber nicht auf eine sachdienliche Antragstellung hinweist.

⁵⁰BSG, NJW 1991, 3053; wie im Text auch BGH, MedR 1989, 193.

⁵¹Dazu BSG, SozR 1500§ 160a Nr. 61; eingehend Kohlendorfer, DVBl 1988, 474; Meyer=Ladewig (o. Fußn. 32), § 118 Anm. 11c; Kummer, NJW 1989, 1569 (1571).

⁵²Meyer=Ladewig (o. Fußn. 32), § 118 Rdnr. 12b; Krasney-Udsching (o. Fußn. 12), Kap. III Rdnr. 165; Kap. VII Rdnr. 99; Hennig-Danckwerts-König, SGG, § 118 Anm. 8.8.2.

⁵³BSG, Meso 20 a/209.

⁵⁴BGHZ 24, 9 (14) = NJW 1957, 870; BGH, NJW 1983, 340 (341); vgl. auch BSG, SozR 1750§ 411 Nr. 2.

⁵⁵BSG, Meso B 20 a/224 = Kompaß 1988, 77.

⁵⁶BSG, NJW 1992, 455 (in diesem Heft).

⁵⁷Dazu auch BSG, SozR 1750§ 411 Nr. 2.

⁵⁸Dazu Meyer=Ladewig (o. Fußn. 32), § 160 Rdnr. 18; Krasney-Udsching (o. Fußn. 12), Kap. IX Rdnr. 134.

⁵⁹Vgl. etwa Haas, in: Festschr. f. Grüner, 1982, S. 223 ff.

⁶⁰Vgl. in diesem Sinne auch die mahnenden Worte von Rompe, MedSach 87 (1991), 48 (49).