

**Titel:**

**Nichtbescheidung eines Antrags nach § 109 Abs. 1 Satz 1 SGG**

**Normenketten:**

SGG § 106, § 109, § 159 Abs. 1 Nr. 2

ZPO § 295 Abs. 1

**Leitsätze:**

1. Die Nichtbescheidung eines Antrags nach § 109 Abs. 1 Satz 1 SGG begründet einen Verfahrensfehler. (Rn. 16) (redaktioneller Leitsatz)

2. Auch wenn ein schriftsätzlich gestellter Antrag nach § 109 Abs. 1 Satz 1 SGG in der mündlichen Verhandlung nicht nochmals ausdrücklich wiederholt wird, ist über den Antrag zu entscheiden; ein Rügeverlust nach § 295 Abs. 1 ZPO tritt nicht ein. (Rn. 21) (redaktioneller Leitsatz)

3. Die Nichtbescheidung eines Antrags nach § 109 Abs. 1 Satz 1 SGG stellt einen wesentlichen Mangel dar, der das Landessozialgericht zu einer Zurückverweisung an das Sozialgericht berechtigen kann. (Rn. 23) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Antrag nach § 109 SGG, Verfahrensmangel, Rügeverlust

**Vorinstanz:**

SG Würzburg, Urteil vom 01.08.2018 – S 13 U 293/17

**Fundstelle:**

BeckRS 2019, 14353

**Tenor**

I. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Sozialgerichts Würzburg vom 01.08.2018 aufgehoben und der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Sozialgericht Würzburg zurückverwiesen.

II. Die Entscheidung über die Kosten bleibt der endgültigen Entscheidung in der Hauptsache vorbehalten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

**Tatbestand**

1

Die Beteiligten streiten über die Gewährung einer Verletztenrente aufgrund eines Arbeitsunfalls des Klägers.

2

Der 1960 geborene Kläger war bei der Beklagten als Monteur der K. AG in T-Stadt versichert, als er am 19.02.1985 auf der Heimfahrt von einem Außendiensteeinsatz als Mitfahrer auf dem Rücksitz eines Pkw einen Autounfall erlitt. Dabei fuhr der Fahrzeugführer mit dem Pkw nach einem Überholvorgang auf einen vor ihm fahrenden Lkw auf. Beim Kläger wurden als Erstdiagnosen eine commotio cerebri, eine Schädelprellung, eine Thorax- und Sternumprellung sowie oberflächliche Hautabschürfungen festgestellt.

3

Mit Bescheid vom 11.04.1986 bewilligte die Beklagte - unter Anerkennung und Ablehnung einzelner Unfallfolgen - dem Kläger eine vorläufige Verletztenrente nach einer Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE) i.H. v. 25 v.H. ab 06.05.1985. Mit weiterem Bescheid vom 27.07.1989 entzog die Beklagte dem Kläger ab August 1989 die Verletztenrente. Die Unfallfolgen hätten sich wesentlich gebessert.

4

Am 09.06.2016 suchte der Kläger wegen einer mutmaßlich eingetretenen Verschlechterung der Unfallfolgen erneut den Durchgangsarzt auf. Nach Einholung eines neurologisch-psychiatrischen Gutachtens des Dr. med. Dipl.-Psych. F. vom 06.10.2016 mit ergänzender Stellungnahme vom 10.04.2017 lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 19.05.2017 (Widerspruchsbescheid vom 15.11.2017) die Bewilligung einer Verletztenrente wegen des Arbeitsunfalls vom 19.02.1985 ab. Hiergegen hat der Kläger Klage zum Sozialgericht Würzburg (SG) erhoben. Das SG hat vom Kläger einen ausgefüllten Fragenbogen über medizinische Behandlung und Leistungsbezug ab 2015 sowie eine Erklärung der Entbindung von der Schweigepflicht eingeholt. Ohne Beziehung von Befundberichten behandelnder Ärzte des Klägers hat das SG Professor Dr. Dr. N. (N) mit der Erstellung eines nervenfachärztlichen Gutachtens vom 09.04.2018 beauftragt. N ist abschließend zu dem Ergebnis gekommen, dass beim Kläger als Folge des Arbeitsunfalls vom 19.02.1985 noch eine tendenzielle Kopfschmerzneigung vorliege. Nicht mit dem Unfall in ursächlichem Zusammenhang stehe eine darüberhinausgehende Kopfschmerzintensität erheblichen und zunehmenden Ausmaßes mit Beeinträchtigung von Konzentration und Gedächtnis sowie mit phasenweise auftretenden Panikattacken und Angstzuständen. Spezifische Diagnosen werden in dem Gutachten nicht genannt. Die unfallbedingte MdE hat der ärztliche Sachverständige N mit maximal 10 v.H. eingeschätzt.

## 5

Das SG hat das Gutachten am 19.04.2018 dem Kläger zugesandt mit der Bitte um Äußerung bis spätestens 17.05.2018, ob die Klage zurückgenommen werde. Es hat darauf hingewiesen, dass es die Einholung eines weiteren Gutachtens von Amts wegen nicht für erforderlich halte. Es hat dem Kläger für die Beantragung eines Gutachtens nach § 109 Sozialgerichtsgesetz (SGG) sowie die Benennung des Beweisthemas und des Gutachters eine Frist bis zum 17.05.2018 gesetzt.

## 6

Mit Schreiben vom 15.05.2018, das am gleichen Tag beim SG eingegangen ist, hat der Kläger die Einholung eines Gutachtens gemäß § 109 SGG beim Facharzt für Neurologie Dr. D. S., L-Stadt, beantragt. Zudem hat er das Beweisthema bezeichnet. Daraufhin hat das SG am 17.05.2018 vom Kläger einen Kostenvorschuss angefordert.

## 7

Mit weiterem Schreiben vom 30.05.2018 hat der Kläger mitgeteilt, dass er sich vom 22.05.2018 bis 12.06.2018 zur Rehabilitation in der B. Klinik F-Stadt und anschließend vom 21.06.2018 bis 13.07.2018 im Urlaub befinde. Am 18.06.2018 hat der Kläger an das SG geschrieben, dass er nach Rücksprache mit der Betriebsärztin einen Neurologen für die Begutachtung als ungeeignet halte. Anstelle des bisher benannten Gutachters werde die Praxis für klinische Neuropsychologie, B-Stadt benannt. Da von Seiten des SG noch kein Gutachtensauftrag versandt worden sei, sei aufgrund der Änderung der Gutachterbenennung keine Verzögerung des Verfahrens zu erwarten. Sollte das SG Bedenken an dem Wechsel des Gutachters haben, werde diesbezüglich um richterlichen Hinweis gebeten.

## 8

Mit gerichtlichem Schreiben vom 21.06.2018 hat das SG dem Kläger „auf richterliche Anordnung“ mitgeteilt, dass die Einholung eines Gutachtens nach § 109 SGG durch die „Praxis für klinische Neurologie“ abgelehnt werde. Der Antrag nach § 109 SGG müsse nach dem Kommentar Meyer-Ladewig, SGG, auf Anhörung eines bestimmten Arztes gehen, was vorliegend nicht der Fall sei. Zudem würden gemäß dem Kommentar andere Personen als Ärzte als Gutachter ausscheiden, z.B. Diplom-Psychologen. Am gleichen Tag hat das SG Termin zur mündlichen Verhandlung für den 01.08.2018 bestimmt. Nunmehr hat der Kläger mit Fax vom 16.07.2018 mitgeteilt, dass nach seiner Auffassung vor der Ablehnung des Antrags nach § 109 SGG ein entsprechender Hinweis des Gerichts hätte ergehen müssen. Dem Schriftsatz vom 18.06.2018 sei klar zu entnehmen gewesen, dass grundsätzlich an der Einholung eines Gutachtens nach § 109 SGG festgehalten werde. Der Antrag auf Anhörung des Dr. D. S., L-Stadt, sollte nur für den Fall zurückgenommen werden, dass die Einholung eines Gutachtens bei der neurologischen Praxis möglich sei. Nachdem der Antrag nach § 109 SGG nunmehr vom SG als unzulässig abgelehnt worden sei, werde erneut Antrag auf Anhörung des Dr. D. S., L-Stadt, nach § 109 SGG gestellt. Der Kläger hat das Beweisthema benannt, zu dem der Arzt gehört werden soll. Mit gerichtlichem Schreiben vom 18.07.2018 hat das SG dem Kläger mitgeteilt, dass der Termin zur mündlichen Verhandlung bestehen bleibe. In der öffentlichen Sitzung vom 01.08.2018 hat das SG die Klage auf Bewilligung einer Verletztenrente wegen des Arbeitsunfalls vom 19.02.1985 abgewiesen.

## 9

Gegen das Urteil hat der Kläger Berufung zum Bayerischen Landessozialgericht (LSG) eingelegt.

**10**

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Würzburg vom 01.08.2018 und den Bescheid vom 19.05.2015 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 15.11.2017 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger ab Juni 2016 wegen des Arbeitsunfalls vom 19.02.1985 eine Verletztenrente nach einer MdE i.H.v. mindestens 20 v.H. zu bewilligen.

**11**

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

**12**

Zur Ergänzung des Sachverhalts wird auf den Inhalt der beigezogenen Akte der Beklagten sowie der Gerichtsakten beider Instanzen verwiesen.

### **Entscheidungsgründe**

**13**

Der Senat konnte gem. § 153 Abs. 1 i.V.m. § 124 Abs. 2 SGG ohne mündliche Verhandlung durch Urteil entscheiden, da die Beteiligten mit Schriftsätzen vom 24.04.2019 bzw. vom 06.05.2019 ihr Einverständnis hierzu erteilt haben.

**14**

1. Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist auch im Übrigen zulässig (§§ 143, 144, 151 SGG). Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind die Bescheide vom 19.05.2015 und vom 15.11.2017 (Widerspruchsbescheid), mit denen die Beklagte die Gewährung einer Verletztenrente wegen des Arbeitsunfalls des Klägers vom 19.02.1985 abgelehnt hat.

**15**

2. Die Berufung ist im Sinne einer Aufhebung des angegriffenen Urteils vom 01.08.2018 und einer Zurückverweisung der Sache an das SG auch begründet.

**16**

Rechtsgrundlage für die Entscheidung, das Urteil des SG aufzuheben und zurückzuverweisen, ist § 159 Abs. 1 Nr. 2 SGG. Hiernach kann das Landessozialgericht die angefochtene Entscheidung aufheben und die Sache an das Sozialgericht zurückverweisen, wenn das Verfahren an einem wesentlichen Mangel leidet und aufgrund dieses Mangels eine umfassende und aufwändige Beweisaufnahme notwendig ist. Das Verfahren vor dem SG leidet an einem wesentlichen Mangel, denn das SG hat über den Antrag des Klägers auf gutachtliche Anhörung eines bestimmten Arztes - zuletzt war Dr. D. S., L-Stadt, benannt - nach § 109 SGG (zu § 109 SGG als Sonderregelung zu § 103 S. 2 SGG für das Recht der Beweiserhebung durch Sachverständige siehe BSG, Urteil vom 20.04.2010 - B 1/3 KR 22/08 R, juris Rn. 16; Urteil vom 14.03.1956 - 9 RV 226/54, juris Rn. 10 f.) nicht entschieden.

**17**

Nach § 109 Abs. 1 S. 1 SGG muss auf Antrag des Versicherten, des behinderten Menschen, des Versorgungsberechtigten oder Hinterbliebenen ein bestimmter Arzt gutachtlich gehört werden. Die Anhörung kann davon abhängig gemacht werden, dass der Antragsteller die Kosten vorschießt und vorbehaltlich einer anderen Entscheidung des Gerichts endgültig trägt (S. 2).

**18**

Der Antrag nach § 109 muss beschieden werden, er darf nicht übergangen werden. Über den Antrag kann durch nicht beschwerdefähigen Beschluss oder in den Entscheidungsgründen des Urteils entschieden werden; eine Ablehnung ist zu begründen (siehe dazu Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 12. Auflage, § 109 Rn. 17a m.w.N.).

**19**

Der Kläger hat im erstinstanzlichen Verfahren die Anhörung des Arztes und Neurologen Dr. D. S., L-Stadt beantragt. Über den Antrag hat das SG verfahrensfehlerhaft nicht entschieden.

## 20

Der Senat kann dahingestellt sein lassen, ob das SG verfahrensgerecht über den mit Schriftsätzen des Klägers vom 15.05.2018 und vom 18.06.2018 zunächst gestellten Antrag nach § 109 SGG entschieden hat. Es erscheint allerdings äußerst fraglich, ob das gerichtliche Schreiben vom 21.07.2018, das auf richterliche Anordnung durch die Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle erfolgt ist, die Voraussetzungen eines förmlichen Beschlusses nach § 109 SGG erfüllt. Denn ein solcher Beschluss ist vom Vorsitzenden zu unterschreiben (vergleiche § 142 Abs. 1 i.V.m. § 134 Abs. 1 SGG), was vorliegend nicht erfolgt ist. Im Übrigen hätte vor eine Ablehnung des Antrags nach § 109 SGG zunächst im Rahmen der Aufklärungs- bzw. Fürsorgepflicht nach § 106 Abs. 1 SGG ein Hinweis des SG erfolgen müssen, dass mit dem abgeänderten Antrag vom 18.06.2018 unzulässigerweise kein bestimmter Arzt benannt worden ist (siehe dazu Keller a.a.O. Rn. 10a, 9a). Der Kläger hatte sogar für den Fall, dass Bedenken gegen den Wechsel des Gutachters beständen, ausdrücklich um einen entsprechenden richterlichen Hinweis gebeten. Über diese Bitte hat sich das SG ohne Begründung hinweggesetzt.

## 21

Jedenfalls ist ein Verfahrensmangel aber darin zu sehen, dass das SG über den erneuten Antrag des Klägers nach § 109 Abs. 1 SGG auf Anhörung des Arztes und Neurologen Dr. D. S., L-Stadt - Fax vom 16.07.2018 - nicht entschieden hat. Nach den glaubhaften Angaben des Klägers im Berufungsverfahren ist an diesem Antrag im erstinstanzlichen Verfahren auch festgehalten worden, eine Rücknahme nicht erfolgt. Über diesen Antrag hat das SG weder durch gesonderten Beschluss noch in den Gründen seines Urteils vom 01.08.2018 entschieden (zu diesem Erfordernis siehe u.a. BSG v. 26.04.1967 - 9 RV 634/65, NJW 1967, 1534; v. 31.01.1973 - 9 RV 362/72, juris Rn. 10; v. 26.08.1998 - B 9 VS 7/98 B, juris Rn. 3). Dabei ist es nicht erforderlich, dass der Antrag nach § 109 SGG in der mündlichen Verhandlung nochmals ausdrücklich zu Protokoll gestellt wird (vgl. u.a. BSG v. 26.04.1967 - 9 RV 634/65, NJW 1967, 1534; v. 31.01.1973 - 9 RV 362/72, juris Rn. 10; Hessisches Landessozialgericht v. 04.05.2011 - L 6 AL 86/10, juris Rn.27). Insbesondere ist die Vorschrift des (§ 202 S. 1 SGG i.V.m.) § 295 Abs. 1 Zivilprozessordnung (ZPO) nicht einschlägig. Danach kann die Verletzung einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozesshandlung betreffenden Vorschrift nicht mehr gerügt werden, wenn die Partei auf die Befolgung der Vorschrift verzichtet, oder wenn sie bei der nächsten mündlichen Verhandlung, die auf Grund des betreffenden Verfahrens stattgefunden hat oder in der darauf Bezug genommen ist, den Mangel nicht gerügt hat, obgleich sie erschienen ist und ihr der Mangel bekannt war oder bekannt sein musste. Denn der Verfahrensmangel steht im Falle der Nichtverbescheidung eines Antrags nach § 109 SGG erst mit der gerichtlichen Hauptsachenentscheidung fest, da das Gericht, wie dargelegt, über den Antrag auch noch in den Gründen seines Urteils entscheiden kann.

## 22

Der beschriebene Verfahrensmangel ist auch wesentlich, weil die Entscheidung des SG auf ihm beruhen kann (zur Wesentlichkeit des Mangels siehe Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 12. Aufl. 2017, § 159 Rn. 3a; zur Nichtentscheidung über einen Antrag nach § 109 SGG als wesentlichem Verfahrensmangel siehe u.a. BSG v. 26.04.1967 - 9 RV 634/65, NJW 1967, 1534). Hätte das SG dem Antrag des Klägers entsprochen, hätte es entgegen seiner getroffenen Entscheidung im Wege der Beweiswürdigung zu dem Ergebnis kommen können, dass unfallbedingte Gesundheitseinschränkungen des Klägers die Gewährung einer Verletztenrente begründen.

## 23

Es ist beim gegenwärtigen Sachstand davon auszugehen, dass der vorliegende Verfahrensmangel eine umfangreiche und aufwändige Beweisaufnahme erforderlich macht. Denn die Frage, ob der Kläger einen Anspruch auf Bewilligung einer Verletztenrente hat, kann nicht ohne weitere Sachverhaltsaufklärung entschieden werden. Das SG hat durch Einholung aktueller Befunde der behandelnden Ärzte des Klägers und eines Gutachtens nach § 109 SGG weiteren Beweis zu erheben. Dabei stellt schon allein die Einholung eines weiteren Gutachtens eine umfangreiche und aufwändige Beweisaufnahme dar, da sie einen erheblichen Einsatz von personellen und sächlichen Mitteln erfordert (std. Rechtsprechung des Senats vgl. u.a. Urteil v. 12.10.2017 - L 17 U 208/17, juris; v. 10.08.2017 - L 17 U 400/16, juris; siehe auch LSG Berlin-Brandenburg v. 09.03.2017 - L 13 SB 273/16, juris Rn. 21, und v. 14.01.2016 - L 27 R 824/15, juris Rn. 14; Landessozialgericht Mecklenburg-Vorpommern v. 27.08.2014 - L 5 U 6/14, juris Rn. 82; a.A. Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 12. Aufl. 2017, § 159 Rn. 3a). Zudem zieht ein solches Gutachten erfahrungsgemäß weitere Stellungnahmen der Beteiligten nach sich und macht häufig auch eine

ergänzende gutachtliche Stellungnahme des zunächst von Amts wegen gehörten ärztlichen Sachverständigen erforderlich.

#### **24**

Bei seiner Zurückverweisung nach § 159 Abs. 1 Nr. 2 SGG hat der Senat sein Ermessen dahingehend auszuüben, ob er die Sache selbst entscheiden oder zurückverweisen will. Die Zurückverweisung soll zwar in der Regel vermieden werden (Keller a.a.O. Rn. 5a). In Abwägung zwischen den Interessen der Beteiligten an einer möglichst schnellen Sachentscheidung und dem Grundsatz der Prozessökonomie einerseits sowie dem Verlust einer Instanz andererseits hält es der Senat jedoch vorliegend für angezeigt, den Rechtsstreit an das SG zurückzuverweisen. Dabei berücksichtigt der Senat, dass die Berufung des Klägers erst seit 11.10.2018 und somit seit relativ kurzer Zeit in der Berufungsinstanz anhängig ist. Dem Kläger entsteht durch die Zurückverweisung somit kein wesentlicher zeitlicher Nachteil. Auch ist der Rechtsstreit aus den genannten Gründen nicht entscheidungsreif. Vielmehr ist zunächst der medizinische Sachverhalt von Amts wegen aufzuklären, um abschließend prüfen zu können, ob (nunmehr) die Voraussetzungen für die Bewilligung einer Verletztenrente beim Kläger vorliegen. Zudem kann nicht außer Acht bleiben, dass das SG bislang keine Befundberichte über den Kläger beigezogen hat, obwohl es von diesem einen ausgefüllten Fragebogen über medizinische Behandlung ab 2015 und eine Entbindungserklärung von der Schweigepflicht angefordert hat. Der Kläger hat im Übrigen mit Schriftsatz vom 24.04.2019 ausdrücklich sein Einverständnis mit der beabsichtigten Zurückverweisung erklärt; die Beklagte hat gegen die Zurückverweisung keine Einwände erhoben. Nach alledem fällt für den Senat der Umstand, dass dem Kläger durch eine Zurückverweisung an das SG eine Instanz zurückgegeben wird, wesentlich stärker ins Gewicht als die durch die Zurückverweisung eintretende kurze zeitliche Verzögerung im gerichtlichen Verfahren.

#### **25**

Gründe, die Revision zuzulassen (§ 160 Abs. 2 Nr. 1 u. 2 SGG), sind nicht ersichtlich.