

Ausübung der Sozialgerichtsbarkeit durch besondere Spruchkörper der Verwaltungsgerichte?

I. Ausgangslage

Welch ein Widerspruch: Mit Wirkung ab dem 1. Januar 2005 erweist der Gesetzgeber den Sozialgerichten großes Vertrauen, indem er ihnen durch das Gesetz zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch (BGBl I 3022/3023) sowie das Vierte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt (BGBl I 2954/2955) für Streitigkeiten der Sozial- und der mit dieser zusammengefassten Arbeitslosenhilfe die Zuständigkeit überträgt¹ - gleichzeitig will derselbe (Bundes-) Gesetzgeber die Sozialgerichtsbarkeit als Ganzes im 50. Jahr ihres Bestehens zur Disposition der jeweiligen Landesgesetzgeber stellen, indem er ihnen gestatten möchte, „die Sozialgerichtsbarkeit durch besondere Spruchkörper der Verwaltungsgerichte und der Oberverwaltungsgerichte auszuüben“².

In der Tat gilt es mit dem Wegfall der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeiten für die Sozialhilfe ein praktisches Problem zu lösen, weil diese Streitsachen dort bislang 10- 15 % der Eingänge ausmachen³, so dass geschätzt werden kann, dass – ausgehend von bundesweit 2375 Verwaltungsrichtern- und Richterinnen⁴ – rund 250 volle Richterstellen zu verlagern wären. Offenbar möchte der Gesetzgeber diese Problem aber nicht durch die Umsteuerung personeller Ressourcen lösen. Vielmehr beabsichtigt man mit der Länderöffnungsklausel im SGG ein verfassungsrechtliches Novum, das sich dabei zudem – gewollt oder ungewollt – als faktischer Einstieg in den Ausstieg aus einer selbständigen Sozialgerichtsbarkeit und damit als Preisgabe eines wesentlichen Teils gewachsener sozialstaatlicher Rechtskultur erweisen könnte. Zweifelhaft sind sowohl die formelle wie auch die materielle Verfassungsmäßigkeit einer solchen Länder-Öffnungsklausel im SGG.

1. Formelle Verfassungsmäßigkeit

Zentrale Normen für die formellen Verfassungsmäßigkeit einer Öffnungsklausel für Landesrecht sind die Art 72 und 125 a GG, die ihre jetzige Fassung durch das 42.

¹ Art 22 des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt; Art 37 a des Gesetzes zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch.

² Die entsprechende Protokollnotiz der Bundesregierung aus der Sitzung des Vermittlungsausschusses vom 16. Dezember 2003 lautet:

„Um den Ländern zu ermöglichen, Auslastungsunterschiede zwischen der Verwaltungsgerichtsbarkeit und der Sozialgerichtsbarkeit auszugleichen, wird die Bundesregierung – vorbehaltlich einer verfassungsrechtlichen Prüfung – bis zum 30. Juni 2004 einen Gesetzentwurf vorlegen, der folgende Eckpunkte enthält:

- Den Ländern wird gestattet, die Sozialgerichtsbarkeit durch besondere Spruchkörper der Verwaltungsgerichte und der Oberverwaltungsgerichte auszuüben.

- Für die so gebildeten besonderen Spruchkörper der Verwaltungsgerichte und Oberverwaltungsgerichte gelten die gerichtsverfassungsrechtlichen und verfahrensrechtlichen Vorschriften des Sozialgerichtsgesetzes.“

³ So der Präsident des Bundesverwaltungsgerichts Hien in einer Presserklärung vom 18.2.2004, www.bundesverwaltungsgericht.de.

⁴ Zahlen von 1999 bei Wassermann, in Alternativkommentar zum GG, Stand 2001, Art 95 RdNr 12 unter Bezugnahme auf Angaben des Bundesministeriums der Justiz (BMJ).

Änderungsgesetz zum GG von 27.10.1994 (BGBl I 3146) mit Wirkung vom 15.11.1994 erhalten haben.

Gemäß Art 74 Abs 1 Nrn 1, 7, 12, GG erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes u.a. auf die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren sowie die Sozialversicherung einschließlich der Arbeitslosenversicherung und die Fürsorge. Von diesen Kompetenztiteln, die in der Verfassungsrevision von 1994 unverändert blieben, hat der Bund mit Erlass des § 51 SGG im Jahr 1953, des § 40 Abs 1 Satz 1 2. Halbsatz VwGO im Jahr 1960, sowie der Kodifikation des SGB – zuletzt durch dessen II. und XII. Buch im Jahr 2003 – gemäß Art 72 Abs 1 und Abs 2 GG abschließend Gebrauch gemacht⁵. Nach dem Wortlaut des Art 72 Abs 1 GG (alter und neuer Fassung) ist damit gegenüber Landesrecht zunächst die sogenannte Sperrwirkung eingetreten (Art 72 Abs 1 GG „solange und soweit“⁶).

Problematisch ist daher, ob der Bund (noch oder wieder) befugt ist, durch Bundesgesetz ganz oder partiell zu bestimmen, dass die bestehende Regelung des § 51 SGG einschließlich ihrer jeweiligen Bezugnahmen in den Büchern des SGB durch abweichendes Recht ersetzt werden kann. Es ist zu differenzieren: Für die nach der Verfassungsrevision von 1994 (BGBl I 3146) erlassenen Bücher II und XII des SGB gilt Art 72 Abs 3 GG in heutiger Fassung; für die vor dem 15. 11.1994 ergangenen Gesetze des SGG, der VwGO und des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) könnte prima facie auch die Freigabekompetenz des Art 125 a Abs 2 S 1 GG eingreifen.

In beiden Fällen geht es freilich um denselben zentralen Rechtsbegriff, nämlich darum, ob „eine Erforderlichkeit für eine bundeseinheitliche Regelung nicht mehr besteht“ (so der Wortlaut des Art 72 Abs 3 GG, der als Vorfrage auch für das Vorliegen einer Freigabekompetenz des Bundes gemäß Art 125 a Abs 2 S 1 GG zu prüfen ist, weil sich diese nur auf Normen bezieht, die nach den heutigen – schärferen – Voraussetzungen des Art 72 GG nF nicht hätten erlassen werden dürfen⁷) „Erforderlich“ in diesem Sinne ist (und war) eine bundeseinheitliche Regelung dann, wenn sie zur „Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet“ (Art 72 Abs 2 1. Alt) oder zur „Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit“ (Art 72 Abs 2 2. und 3. Alt) geboten ist (bzw war). Ungeachtet der in allen drei Alternativen nach wie vor zu berücksichtigenden Einschätzungsprärogative des Bundesgesetzgebers⁸ handelt es sich um einen justiziablen Begriff, der damit der Kontrollbefugnis des BVerfG unterliegt⁹. Dies gilt sowohl für den (erstmaligen) Erlass von Bundesrecht nach Art 72 Abs 2 GG als auch für die Freigabe nach Art 72 Abs 3 GG, maW: Solange und soweit ein Erfordernis bundeseinheitlicher Regelung (noch) besteht, darf der Bund die Gesetzgebung nicht in das Belieben der Länder stellen¹⁰. Ein Verstoß hiergegen führt daher zur Verfassungswidrigkeit sowohl der Freigabe als auch des ggf auf eine solche verfassungswidrige Freigabe gestützten Landesrechts.

⁵ Zur VwGO: BVerfGE 20, 238; 21, 106; 35, 65; 37, 191; BVerwGE 54, 29; 61, 360; zum SGB BVerwGE 99, 10.

⁶ Pieroth in Jarrass/Pieroth GG, 7. Aufl 2004, Art 72 RdNr 5 mwN, Zuletzt hierzu am Beispiel der Sicherungsverwahrung nach Landesrecht (unter Verwerfung der gegenteiligen Rechtsauffassung des BMJ): BVerfG - 2 BvR 834/02 Urteil vom 10.2.2004- Absatz-Nr. 140 ff <http://www.bverfg.de/>.

⁷ Näher Wolff in v. Mangold/Klein/Starck GG 4. Aufl 2001, Art 125 a RdNr 14; ebenso Kirn in v. Münch GG, 4/5. Aufl 2003, Art 125 a RdNr 5 mwN.

⁸ Kunig in v. Münch GG, 4/5. Aufl 2003, Art 72 RdNr 28 mwN.

⁹ Vgl BT-Drucks. 12/6000, -33; 12/6633, 8; vgl Kunig aaO Art 72 RdNr 22.

¹⁰ Allgemeine Meinung, zB Oeter in v. Mangold/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, 4. Aufl 1999, Art 72 RdNr 119 mwN, vgl zur parallelen Wertung in Art 125 a GG: Wolff aaO Art 125 a RdNr 22.

Bezogen auf den bundeseinheitlichen Rechtsweg gemäß der seit 1954 geltenden Vorschrift des § 51 SGG und der darin verankerten Eröffnung des Sozialrechtsweges kommt primär die zweite Alternative des Art 72 Abs 2 GG nF in Betracht (wenngleich die einheitliche Eröffnung eines Rechtsweges nicht nur unmittelbar der Rechtseinheit im Bundesgebiet dient, sondern mittelbar auch die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse und die Wahrung der Wirtschaftseinheit fördert). Zur „Wahrung der Rechtseinheit im gesamtstaatlichen Interesse“ ist eine bundeseinheitliche Regelung nach der – insoweit zumindest für die Begriffsbildung weiter maßgeblichen¹¹ – Auslegung der Bedürfnisklausel des Art 72 GG aF dann geboten, wenn eine Regelung nicht nur im Interesse einzelner Länder steht¹² bzw anders ausgedrückt: wenn ansonsten eine Zersplitterung der Rechtsverhältnisse droht¹³.

Um diese Gefahr ging es freilich schon 1884, als mit Begründung der paritätisch besetzten Schiedsgerichte in Angelegenheiten der Unfallversicherung der einheitliche Rechtsweg bis zum Reichsversicherungsamt¹⁴ als oberstem Rechtsprechungsorgan eröffnet wurde. Bereits zu dieser Zeit bestand die Notwendigkeit, eine zT erheblich divergierende Praxis in den bis dahin amtierenden Innungsschiedsgerichten und Gewerbegerichten, die das Vertrauen in die Sozialversicherung gefährdete, zu Gunsten einer gleichmäßigen Behandlung der Versicherten, zu beenden¹⁵. Diese Ziele gelten damals wie heute¹⁶ - und zwar sowohl für die Versicherten wie für die Versicherungsträger, denn kraft bundesstaatlicher Ausgleichsmechanismen wie zB dem Risikostrukturausgleich in der gesetzlichen Krankenversicherung müssen auch sie im Ergebnis für regionale Disparitäten wegen unterschiedlicher Gerichtspraxis eintreten.

Eine solche unterschiedliche Gerichtspraxis würde bei einer regionalen Rechtswegspaltung zwischen Sozial- und Verwaltungsgerichten auf Basis einer Öffnungsklausel praktisch nicht zu vermeiden sein. Dies belegen bereits jetzt deutlich werdende divergierende Stellungnahmen¹⁷ aus der Verwaltungsgerichtsbarkeit über den Umfang

¹¹ Kunig aaO Art 72 RdNr 26.

¹² Vgl Pieroth aaO Art 72 RdNr 11.

¹³ Vgl zum Beispiel einer Öffnungsklausel im Eisenbahnplanungsrecht BVerfGE 26, 338, 382 f.

¹⁴ RGBI I S 69.

¹⁵ Bogs, W, Sozialrechtspflege vor Einführung der Sozialgerichtsbarkeit, insbesondere Verfassung und Verfahren des Reichsversicherungsamts, in FS 25 Jahre BSG, 1979, 3 mwN.

¹⁶ Ein jüngstes Beispiel für die empfindliche – und berechnete – Reaktion der Versicherten und der Öffentlichkeit auf regionale Verfahrensdivergenzen waren die Berichte über zT gravierenden Unterschiede in der Begutachtungspraxis der Medizinischen Dienste im Rahmen der 1995 eingeführten Pflegeversicherung. Diese wird mittlerweile, nicht zuletzt durch Entscheidungen der Sozialgerichte, bundeseinheitlich nach denselben Vorgaben durchgeführt; näher Udsching VSSR 1996, 271 mwN.

¹⁷ Vgl Stellungnahme des Präsidenten des Nordrhein-Westfälischen OVG Bertrams vom 24. 2. 2003 - unveröffentlicht -, in der die bei den Sozialgerichten geübte Praxis der Überprüfung des medizinischen Sachverhalts durch unabhängige gerichtliche Sachverständige als „Outsourcing“ des richterlichen Entscheidungsprozesses kritisiert wird; aus anwaltlicher Sicht zu dem danach bei einer Verhandlung sozialrechtlicher Sachen durch Verwaltungsgerichte zu erwartenden Absinken bisheriger Prozesschancen und Erfolgsquoten, die bei den Sozialgerichten im langjährigen Mittel bei rund 30% liegen,; Francke, Integration der Sozialgerichtsbarkeit in die Verwaltungsgerichtsbarkeit?, AnwBl 2004, 106; ferner Klocke, Rundschreiben Dezember 2003, www.koelner.anwaltverein.de; ebenso kritisch zur eingeschränkten medizinischen Ermittlungspraxis der Verwaltungsgerichte aus Sicht der medizinischen Sachverständigen: Schillings, Editorial „Anhaltspunkte“-Neuigkeiten Ausgabe 6/2003 www.anhaltspunkte.de; Belege zu den Erfolgsquoten der Sozialgerichte finden sich bei Wissing, 40 Jahre Sozialgerichtsbarkeit in Rheinland-Pfalz, in FS 40 Jahre Landessozialgerichtsbarkeit, 1994, 1,

der notwendigen medizinischen Ermittlungen, die idR das zentrale Kernstück des sozialgerichtlichen Verfahrens bilden. Da das Bundessozialgericht als Revisionsinstanz nur sehr beschränkten Einfluss auf die tatsächlichen Ermittlungen der Tatgerichte hat¹⁸, wäre in den Bundesländern, die von einer eventuellen Öffnungsklausel zu Gunsten der Verwaltungsgerichte Gebrauch gemacht haben, auf Dauer mit erheblichen faktischen Unterschieden gegenüber dem Vorgehen der Sozialgerichte jenseits ihrer Landesgrenzen zu rechnen. Die Einheitlichkeit der Realisierung sozialgerichtlichen Rechtsschutzes ginge verloren und eine Rechtszerplitterung wie vor 1884 träte ein.

Folglich sind weder die Voraussetzungen des Art 72 Abs 3 GG noch die des Art 125 a Abs 2 S 1 GG gegeben. Wegen fortbestehender Erforderlichkeit einer bundeseinheitlichen Regelung ist der Bund nicht berechtigt, zu bestimmen, dass die Vorschrift des § 51 SGG durch divergierendes Landesrecht ersetzt werden kann.

Selbst wenn diese Erforderlichkeit nicht (mehr) bestünde, käme hinzu, dass die Protokollnotiz mit der Maßgabe einer Öffnungsklausel nur zu Gunsten der Verwaltungsgerichte eine inhaltliche Einschränkung vorgibt. Ein solches Vorgehen wird in der Literatur für unzulässig gehalten; vielmehr dürfe der Bundesgesetzgeber, wenn er die Freigabe nach Art 72 Abs 3 GG nF erteile, weder die Länder zum Erlass eines Gesetzes verpflichten, noch ihnen inhaltlich etwas vorschreiben¹⁹. Dem ist zuzustimmen, denn es wäre in der Tat widersprüchlich, wenn der Bundesgesetzgeber einerseits keine Notwendigkeit zu einer bundeseinheitlichen Regelung des Rechtswegs in sozialversicherungsrechtlichen Streitigkeiten mehr sieht, andererseits aber dennoch inhaltliche Vorgaben (hier: Übertragung nur auf die Verwaltungsgerichte) machen können sollte.

Die in der Protokollnotiz der Bundesregierung enthaltene Öffnungsklausel wäre mithin sowohl nach ihren Voraussetzungen (Art 72 Abs 2 und Art 125 a Abs 2 S 1 GG) als nach ihrem Inhalt (Art 72 Abs 3 GG) formell verfassungswidrig. Damit wäre auch etwaig auf eine solche unzulässige Freigabe des Bundes gestütztes Landesrecht nicht mit dem Grundgesetz vereinbar.

2. Materielle Verfassungsmäßigkeit

a) Art 95 GG

Zentrale Verfassungsnorm für die Frage nach der materiellen Garantie von Fachgerichtsbarkeiten im Grundgesetz ist Art 95 Abs 1 GG, der seine jetzige Gestalt durch das 16. Gesetz zur Änderung des GG vom 18. Juni 1968 (BGBl I 657) erhalten hat. Umstritten ist, ob sich aus dieser Norm nicht nur ein verfassungsrechtlicher Bestandsschutz der aufgezählten obersten Gerichtshöfe des Bundes, sondern auch der ihnen vorgelagerten Fachgerichtsbarkeiten der Länder ergibt. Judikatur des Bundes-

27; Angaben zu den Verwaltungsgerichten.zB beim Landesamt für Datenverarbeitung und Statistik NRW (für 2003: 61 699 Verfahren, davon Stattgabe zugunsten der Bürgerinnen und Bürger in 1753 Fällen, teilweise Stattgabe in 920 Fällen bei insgesamt 51 274 Verfahren ohne Beweiserhebung).

¹⁸ Zu den hohen Begründungsanforderungen an eine Nicht-Zulassungsbeschwerde gemäß § 161 a Abs 2 S 3 SGG s Kummer, Die Nichtzulassungsbeschwerde, 1990 RdNr 106 ff.

¹⁹ Pieroth aaO Art 72 RdNr 12 mwN.

verfassungsgerichts zu dieser Frage liegt nicht vor²⁰. In der Literatur stehen zwei Auffassungen gegeneinander:

aa) Herrschende Auffassung

Die herrschende Meinung²¹ sieht in Art 95 Abs 1 GG eine Verbürgung des fünfgliedrigen Systems der Fachgerichtsbarkeiten sowohl auf Bundes- wie auch auf Landesebene. Zu dieser Gruppe zählen sowohl Autoren, die den gegenwärtigen Gerichtsaufbau in der Bundesrepublik – nicht zuletzt als Mäßigung richterlicher Macht – für ausgewogen und sinnvoll halten²² wie Befürworter rechtspolitischer Änderungen²³. Zuzurechnen sind ihr im Ergebnis auch Stimmen, die in Art 95 Abs 1 GG zwar nur verfassungsrechtliche Akzente verdeutlicht sehen, seinem Text im Ergebnis jedoch gleichwohl leitende Hinweise für den Gerichtsaufbau der Fachgerichtsbarkeiten entnehmen²⁴.

Für dieses Auslegungsergebnis wird zunächst der Wortlaut des Art 95 Abs 1 GG, der nicht nur vom „Bundessozialgericht“, sondern auch von „der Sozialgerichtsbarkeit“ (und den übrigen Fachgerichtsbarkeiten) spricht²⁵, herangezogen. Ferner wird auf die Systematik der Vorschrift abgestellt, die – indem sie jeweils „oberste Gerichtshöfe“ begründet –, denklogisch spiegelbildliche Fachgerichte der Länder als Unter- und Tatsachengerichte voraussetzt²⁶. Des weiteren entspreche die Annahme eines verfassungsrechtlichen Bestandsschutzes für die Instanzgerichte der Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art 74 Abs 1 Nr 1 GG, denn wenn der Bundesgesetzgeber Aufbau und Organisation der Gerichtsorganisation regeln könne, müsse man auch die diesbezüglichen materiellen Verfassungsaussagen hierauf beziehen. Histo-

²⁰ Das BVerfG hat lediglich mehrfach im Rahmen von Verfassungsbeschwerden entschieden, dass Art 95 Abs GG keinen Instanzenzug mit mehreren mündlichen Verhandlungen gewährleistet – BVerfGE 42, 243; 54, 277; ferner hat es – ebenfalls in Bezug auf die obersten Gerichtshöfe des Bundes – den Kernbereich von durch Art 95 GG geschützter Entscheidungskompetenzen hervorgehoben, BVerfE 4, 387.

²¹ Schmidt-Aßmann, Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in FS Menger 1985, 107, 120; Betermann, Die Rechtsweggarantie des Art 19 IV GG in der Rechtsprechung des BVerfG, AöR 96 (1971) 529, 553; Heyde in Handbuch des Verfassungsrechts (Hrsg Benda/Maihofer/Vogel) 2. Aufl 1995, § 33 RdNr 19; Degenhard, Handbuch des Staatsrechts (Hrsg Isensee/Kirchhof) Bd III 2. Aufl 1996 § 75 RdNr 6,12; Detterbeck in Sachs, GG 3.Aufl 2003, Art 95 RdNr 4, 6; Schulze-Fielitz in Dreier GG, Stand 2000, Art 95 RdNr 20; Meyer in v. Münch GG 4/5. Aufl 2003, Art 95 RdNr 4, Wolf, Gerichtsverfassungsrecht aller Gerichtszweige, 6. Aufl. 1987, 76; Ule, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl 1975, 24 f; Hermanns, Einheit der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2001, S 49 ff; Hien, Presserklärung vom 18.2.2004, www.bundesverwaltungsgericht.de; iE wohl auch Stern Staatsrecht Bd II, 1980, 388 („Zusammenfassung der Fachgerichtsbarkeiten auf Landesebene theoretisch möglich aber – wegen der notwendigen Aufgliederung in der letzten Instanz – praktisch undurchführbar“); ebenso Redeker, Vereinheitlichung der öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeiten?, NJW 2004, 496 f.

²² Mit Recht wird insoweit auf die mäßigende Wirkung der in Art 95 Abs 1 GG angelegten „Gewaltenteilung innerhalb der Gewalten“ verwiesen, Leistner, Gewaltenteilung innerhalb der Gewalten, in FS Maunz 1971, 267, 279 ff. in diesem Sinne auch Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 30. Aufl. 1998, 306 („horizontale Gewaltenteilung“); ferner Meyer aaO Art 95 RdNr 4, 18 („faktische Gewaltenteilung“);

²³ Stürer/Herrmanns, Der verfassungsrechtliche Rahmen einer Vereinheitlichung der öffentlich-rechtlichen Fachgerichtsbarkeiten DÖV 2001, 505, 509.

²⁴ So insbesondere Achterberg in Bonner Kommentar zum GG, Stand Juli 1985 Art 95 RdNr 130, 135, 137, 150; iE unklar Voßkuhle in v. Mangoldt/Klein/Starck GG 4. Aufl 2001, Art 95 RdNr 29, der die Bestandsgarantie des Art 95 GG einerseits auf die Bundesebene beschränkt sieht, andererseits annimmt, faktisch dürfte Art 95 Abs 1 GG aber den Grundaufbau des Gerichts- und Rechtsmittelsystems in einigen wesentlichen Eckpunkten, insbesondere bzgl der Unterteilung in fünf Gerichtsbarkeiten vorgeben.

²⁵ Sog „Doppelte Enumeration“- Herzog in Maunz/Dürig GG Stand Dezember 1973 Art 95 RdNr 34.

²⁶ Meyer aaO Art 95 RdNr 6 mwN.

risch wird sowohl auf die Entstehungsgeschichte des Art 96 aF GG und die schon vor 1949 im Parlamentarischen Rat berücksichtigte Forderung des Deutschen Gewerkschaftsbunds nach Verankerung der Selbständigkeit der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit auf Verfassungsebene²⁷ wie auch auf die Vorgeschichte der 16. Grundgesetzänderung des Jahres 1968 abgestellt, der zur Frage der Zusammenlegung von Gerichtsbarkeiten eine intensive, u.a. auf dem 42. Juristentag 1957 geführte Diskussion ohne letztlich befürwortende Voten²⁸ vorangegangen war. In teleologischer bzw. funktioneller Interpretation garantiere Art 95 Abs 1 GG damit zu Gunsten jeder Fachgerichtsbarkeit einen ihr eigenen Kernbereich richterlicher Kompetenzen, den der einfache Gesetzgeber zu respektieren habe. Für die Sozialgerichtsbarkeit wird dieser Kernbereich als das Sozialrecht im engeren Sinne umschrieben und speziell für die Materie des Sozialhilferechts – noch zum alten BSHG – festgestellt, dass dessen bisherige Ressortierung bei den Verwaltungsgerichten trotz historischen Herkommens aus dem polizeilichen Armenrecht²⁹ nach heutigem Verständnis nicht mehr mit Art 95 Abs 1 GG vereinbar sei³⁰.

bb) Gegenauffassung

Die Gegenauffassung³¹ nimmt an, der Verfassungstext des Art 95 Abs 1 GG enthalte keine eindeutigen Festlegungen für den Gerichts Aufbau auf Landesebene. Systematisch spreche ein Umkehrschluss aus Art 108 Abs 6 GG vielmehr für eine in Art 95 Abs 1 GG verfassungsrechtlich offen gehaltene Entscheidung über den instanziellen Unterbau der obersten Bundesgerichte, da es anderenfalls einer Spezialregelung für die Finanzgerichte nicht bedurft hätte. Historischen Erwägungen wird hierbei kein maßgebliches Gewicht beigemessen³². Funktional bzw. teleologisch seien auch Lösungen denkbar, in denen zwischen den obersten Gerichten des Bundes und den Gerichtsstrukturen der Länder keine systematischen Anpassungen bestünden³³.

²⁷ Achterberg verweist aaO Art 95 RdNr 71 f ausdrücklich auf die Denkschrift des Abgeordneten Dr. Strauß wie auch auf eine Stellungnahme des DGB, die (bei Differenz über die Frage der Arbeitsgerichtsbarkeit) übereinstimmend eine selbständige Sozialgerichtsbarkeit vorsahen.

²⁸ Auch Ule hielt als Berichterstatter in seinem Votum eine Verfassungsänderung des Art 96 GG aF für erforderlich: Empfiehlt es sich, die verschiedenen Zweige der Rechtsprechung ganz oder teilweise zusammenzufassen?, Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages Band II, 1957 Teil E S 3 ff; zum Verlauf der Diskussion s. NJW 1957, 1509, 1510f.

²⁹ Vgl. BVwerGE 1, 160.

³⁰ Meyer aaO Art 95 RdNr 8; ebenso Voßkuhle aaO Art 95 RdNr 22; ferner Detterbeck aaO Art 95 RdNr 8; aA Schulze-Fielitz aaO Art 95 RdNr 21 im Anschluss an Silberkuhl NVwZ 1993, 46.

³¹ Wassermann aaO Art 95 RdNr 13; Raden in Umbach/Clemens GG, 2002, Art 95 RdNr 8; ferner Franke (allerdings i.w. unter Berufung auf Stimmen aus der Zeit vor der Neufassung des Art 95 GG), Wieviele Gerichtsbarkeiten brauchen wir? ZRP 1997, 333, 336; Berlit: Zusammenlegung von Gerichtsbarkeiten – ein Diskussionsbeitrag 23. Dezember 2003, unter www.asj.spd.de; wohl auch Bertams: Konzept für eine Ausübung der Sozialgerichtsbarkeit durch besondere Spruchkörper der Verwaltungsgerichte, Pressemitteilung vom 13. 2. 2004, www.ovg.nrw.de; ebenfalls ohne inhaltliche Begründung Hömig in Seifert/Hömig, GG 7. Aufl 2003, Art 95 RdNr 3; Pitschas, Reform des sozialgerichtlichen Verfahrens, Die Sozialgerichtsbarkeit 1999, 385; ferner Pieroth in Jarrass/Pieroth GG, 6. Aufl 2002, Art 95 RdNr 2; ob auch Herzog zu dieser Auffassung gerechnet werden kann, erscheint fraglich, da dieser eine Zusammenfassung von Instanzgerichten auf Landesebene als „nicht ideal“ bezeichnet und meint, sie würde „daher praktisch nicht ohne Novellierung des Art 95 GG erfolgen“, aaO Art 95 RdNr 5,42.

³² So insbesondere Berlit, der meint, aus der Entstehungsgeschichte ergäben sich keine klaren Rückschlüsse, dabei allerdings nicht auf die parlamentarischen Beratungen von Art 96 GG aF bzw Art 95 GG nF eingehend, www.asj.spd.de.

³³ Voßkuhle erwägt zB (aaO Art 95 RdNr 28, 29) als zulässige Alternative die amtswegige Einholung von höchstrichterlichen Rechtsentscheidungen in Fragen grundsätzlicher Bedeutung.

cc) Stellungnahme

Der herrschenden Meinung ist im Ausgangspunkt und im Ergebnis zuzustimmen. Entscheidend dafür sind systematische Argumente, der historische Befund und die teleologische Funktion der Einteilung der dritten Gewalt durch Art 95 Abs 1 GG in im Kernbereich garantierte Fachgerichtsbarkeiten nicht nur im Staatsaufbau des Bundes, sondern auch der Länder.

Systematisch wird zu Recht darauf hingewiesen, dass sich aus Art 108 Abs 6 GG nicht herleiten lässt, diese Norm schütze nur die Gesetzgebungskompetenz des Bundes und beinhalte allenfalls einen Gesetzgebungsauftrag für Regelungen im Bereich der Finanzgerichtsbarkeit³⁴. Denn anderenfalls wäre Art 95 Abs 1 GG mit der Garantie des Bundesfinanzhofs bereits abschließend³⁵. Geht nun aber Art 108 Abs 6 GG von einer Mehrstufigkeit „der Finanzgerichtsbarkeit“ aus, stellt sich das Problem, dass sowohl diese Bestimmung wie auch Art 95 Abs 1 GG von „der Finanzgerichtsbarkeit“ sprechen, so dass eine jeweils gegensätzliche Auslegung der Begriffe, wie sie die Gegenauffassung vornimmt, einen „interpretatorischen Spagat“ bedeutet³⁶. Damit wird die hier vertretene Auffassung durch die zu Art 108 Abs 6 GG einhellig anerkannte³⁷ Unzulässigkeit von Länderöffnungsklauseln bestätigt.

Historisch ist festzustellen, dass sowohl bei Schaffung des Art 96 aF GG 1948/1949 wie auch des Art 95 GG nF 1968 in der rechtspolitischen Debatte als selbstverständlich angenommen wurde, dass mit der Entscheidung über die obersten Gerichtshöfe auch die Aufteilung der nachgelagerten Fachgerichtsbarkeiten der Länder determiniert sei. Gerichtsverfassungsrechtlicher Tradition³⁸ entsprechend wurde die Begriffe „oberstes Gericht“ und „Gerichtsbarkeit“ in der Diskussion praktisch synonym gebraucht³⁹. Das gilt sowohl für die Gewerkschaften, die die früheren Materien von Reichsarbeitsgericht und Reichsversicherungsamt bei Schaffung des Grundgesetzes in einem Gerichtszweig zusammenfassen wollten (und die sich damit auch zunächst durchsetzten⁴⁰) wie auch für die Abgeordneten des Parlamentarischen Rates selbst. Bezeichnend ist die eindeutige Äußerung des Vorsitzenden im Rechtspflegeausschuss, Zinn⁴¹:

³⁴ So aber Berlitz aaO und Siekmann in Sachs GG 3. Aufl 2003, Art 101 RdNr 44.

³⁵ So zutreffend Stürer/Hermanns aaO 508; ihnen zustimmend auch Meyer aaO Art 95 RdNr 4.

³⁶ Stürer/Hermanns ebenda.

³⁷ Siekmann aaO, Art 108 RdNr 46 mwN.

³⁸ Auf die verfassungsrechtliche Bedeutung der gerichtsverfassungsrechtlichen Tradition verweist auch Herzog aaO Art 95 RdNr 49; vgl allgemein hierzu BVerfG - 2 BvR 834/02 Urteil vom 10.2.2004 - Absatz-Nr. 91, 140 ff <http://www.bverfg.de/>.

³⁹ Zu dieser Sprachregelung, siehe Baur, Empfiehlt es sich, die verschiedenen Zweige der Gerichtsbarkeiten ganz oder teilweise zusammenzufassen? Gutachten für den 42. Deutschen Juristentag, Bd I 2. Teil 1957, 5 f.

⁴⁰ Vgl ArbBl. f. d. Brit. Zone 1947, 358; Telegramm des DGB zur Sitzung des Ausschusses für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege am 27. 10. 1948, bei Stolleis aaO S 39 Fn 81; weitere Nachweise bei Benz, Von der Besatzungsherrschaft zur Bundesrepublik. Stationen einer Staatsgründung 1946-1949, 1984, 210 f.

⁴¹ 7/8., 9. und 10. Sitzung des Ausschusses für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege vom 6/7., 16/17. 12. 1948 und vom 11.1.1949; vgl Stolleis, Entstehung und Entwicklung des Bundessozialgerichts, in FS 25 Jahre BSG, 1979, 25, 38f.

„Wir wollen vier vorsehen; wir fassen Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit zusammen.“⁴²

Auch in der anschließenden Auseinandersetzung über die Auslegung der in Art 96 GG aF gefundenen Formel von der „Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit“⁴³ wurde als selbstverständlich vorausgesetzt, dass – je nach der Entscheidung, ob dieses „und“ zwei getrennte oder einen gemeinsamen obersten Gerichtshof meine, gleichzeitig über die Gerichtsverfassung der nachgelagerten Fachgerichte der Länder mitentschieden sei. Nach Obsiegen der Gegner einer Zusammenfassung erhielt die Bundesregierung in der Konsequenz auch nicht nur den Auftrag, Vorschriften für zwei oberste Gerichtshöfe, sondern zwei Gesetzentwürfe für die Gerichtsverfassung und das Verfahren sowohl „der Sozialgerichtsbarkeit“ sowie „der Arbeitsgerichtsbarkeit“ vorzulegen⁴⁴. Mit Inkrafttreten des Sozialgerichtsgesetzes am 1. Januar 1954 schließlich wurden sowohl die Sozialgerichte der Länder wie auch das Bundessozialgericht als dreizügige selbständige Gerichtsbarkeit errichtet.

Auch als die verfassungspolitische Diskussion über den Gerichtsaufbau der Bundesrepublik u.a. auf dem 42. dem Deutschen Juristentag 1957 erneut aktuell wurde und im Jahr 1968 schließlich in die jetzige Fassung des Art 95 GG mündete, wurde fraglos angenommen, dass mit der Zusammenfassung oder mit dem Erhalt oberster Bundesgerichte durch Änderungen im Verfassungstext des Art 95 GG auch über Existenz oder Nicht-Existenz eines entsprechenden fachgerichtlichen Unterbaus auf Länderebene bestimmt werden könne⁴⁵. Erneut fiel auch 1968 eine Entscheidung, die Gliederung der Justiz in fünf Zweige beizubehalten, wofür sowohl fachliche wie auch Gründe der Machtbalance maßgeblich waren⁴⁶.

Da Verfassungstexte nicht zuletzt hermeneutisch im Sinne der konkreten Antwort auf eine bestimmte geschichtliche Fragestellung zu lesen und auszulegen sind⁴⁷, kann mithin nicht geleugnet werden, dass die Neufassung des Art 95 Abs 1 GG vor dem Hintergrund der oben geschilderten verfassungspolitischen Debatte eine grundlegende Bestätigung des auf Bundes- und auf Landesebene übereinstimmend vorgefundenen Befunds fünf selbständiger (Fach-) Gerichtsbarkeiten enthält.

Handelt es sich hierbei freilich um Überlegungen, die grundsätzlich auf die organisatorisch-gerichtsverfassungsrechtliche Zusammenlegung von Fachgerichtsbarkeiten abzielen (weil nur dies als rechtspolitisch reale Option erschien), so könnte die mit der Protokollnotiz der Bundesregierung vom 16. Dezember 2003 in Aussicht gestellte (verfassungspolitisch neue) Variante einer Öffnungsklausel die geschilderten Beden-

⁴² 9. Sitzung des Ausschusses für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege vom 16. 12. 1948, stenographisches Protokoll Bl 28; vgl auch Zinn, DÖV, 1949, 278; und ders in Verhandlungen des 37. Deutschen Juristentages S 46 ff.

⁴³ Stolleis aaO S 40 ff mwN.

⁴⁴ BT-Drucks. 1/ 2634 vom 28.9.1951; vgl hierzu auch Baur aaO S 16 mit FN 16 .

⁴⁵ Vgl die bezeichnende Fragestellung des damaligen Berichtstatters Ule (der i.ü. in seinem Votum eine Verfassungsänderung des Art 96 GG aF für erforderlich hielt): Empfiehlt es sich, die verschiedenen Zweige der Rechtsprechung ganz oder teilweise zusammenzufassen?, Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages Band II, 1957 Teil E S 3 ff.

⁴⁶ Vgl zum Verlauf der Diskussion NJW 1957, 1509, 1510f; weitere Nachweise zum damaligen Meinungsstand bei Leistner, aaO 279 ff.

⁴⁷ Speziell in Bezug auf die danach gebotene Berücksichtigung der deutschen einfach-rechtlichen Rechtstradition zur Auslegung von Art 95 GG zB Herzog aaO Art 95 RdNr 49; mit Recht historisch argumentiert auch Düwell, Arbeitsgerichtsbarkeit vor dem Aus? BB 2003, 2745; ebenso von Wulffen, Presserklärung vom 17.11.2003, www.bundessozialgericht.de.

ken – prima facie – vermeiden. Indes greifen auch hier die Wertungsgesichtspunkte ein, die der herrschenden Meinung materiell zugrunde liegen, da eine „Ausübung durch“ letztlich nichts anderes als eine „Übertragung auf“ und damit im Endergebnis doch eine faktische Zusammenlegung von Gerichtsbarkeiten ist.

Auch teleologische Gründe sprechen durchgreifend gegen die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Öffnungsklausel. Denn ihre scheinbar geringere Reichweite bzw. „Eindringtiefe“ in den Kernbereich verfassungsrechtlich garantierten Rechtsschutzes erweist sich bei genauer Betrachtung als ernstliche Gefährdung der Funktion der Unabhängigkeit der Rechtsprechung bzw der betroffenen Fachgerichtsbarkeiten im gewaltenteilten Staatsaufbau von Bund und Ländern (Art 95 Abs 1 GG iVm Art 20 Abs 3 GG). Die in Art 95 Abs 1 GG angelegte Mäßigung zu großer richterlicher Macht durch Gewaltenteilung kehrt sich hier in ihr Gegenteil um.

Anders nämlich als auf der Ebene des Bundes, auf der – insoweit unstrittig – durch Art 95 Abs 1 GG neben der organisatorischen Fünfteilung der Gerichtsbarkeiten auch ein Kernbereich dazugehöriger Entscheidungskompetenzen mit der dazu erforderlichen haushaltsrechtlichen Absicherung durch die Verfassung garantiert ist⁴⁸, tritt bei der beabsichtigten Öffnungsklausel auf Länderebene die Situation ein, dass der Landesgesetzgeber praktisch die freie Wahl hat, welchem Gerichtszweig eine bestimmte Sachentscheidungsbefugnis (mit dazu gehörigen Haushaltsstellen) zukommen soll. Damit würden sowohl die Gerichte wie auch der Landesgesetzgeber in die rechtsstaatlich problematische Situation geraten, dass sich Rechtswegfragen im Einzelfall oder auch im Bezug auf ein allgemein erwartetes prozessuales Vorgehen nur noch schwer oder kaum von Eigeninteressen sowohl der Gerichte selbst wie auch des Landes(haushalts) trennen lassen könnten. Denn das Land ist im Sozialgerichtsprozess regelmäßig selbst Prozessbeteiligter (zB als Träger der Versorgungsverwaltung, eines Krankenhauses, als Erstattungsverpflichteter etc.) und hätte es dann – anders als der Bund, der wegen der Kernbereichsgarantie von Art 95 Abs 1 GG inhaltlich keine Möglichkeiten hat, die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts im Sozialrecht zu umgehen – gleichzeitig in der Hand, Streitsachen an diejenige (Fach-) Gerichtsbarkeit zu übertragen, die möglichst geringe Widerstände gegen bestimmte vom Land auf Verwaltungsebene für richtig gehaltene Entscheidungen und Verfahrensweisen erwarten lässt. Wegen der sowohl hinsichtlich der Eröffnung als auch hinsichtlich des Prüfungsumfanges eingeschränkten Korrekturmöglichkeiten einer Revision an das Bundessozialgericht⁴⁹ sind die Entscheidungen der zweiten Instanz nach dem Sozialgerichtsgesetz zudem faktisch idR abschließend und können daher im Einzelfall deutliche fiskalische oder auch öffentlichkeitswirksame Auswirkungen⁵⁰ nach sich ziehen⁵¹.

Rechtswegdiskussionen, denen auf Landesebene der mäßigende Rahmen des Art 95 Abs 1 GG fehlt, könnten daher bei einer Länder-Öffnungsklausel kraft Bundesrechts unbemerkt zur Verschiebung von Gewichten zu Lasten der klagenden Bürger

⁴⁸ Allgemeine Meinung – vgl Meyer aaO Art 95 RdNr 4; vgl zur Frage nach dem Kernbereich der Entscheidungskompetenz von Gerichtszweigen BVerfGE 4, 387.

⁴⁹ Vgl Meyer-Ladewig SGG 7. Aufl 2003, § 160 a RdNr 14 ff mwN; § 162 RdNr 2 ff mwN.

⁵⁰ Vgl als aktuelles Beispiel: Beschluss des OVG Lüneburg vom 11.8.2003 – 4 ME 310/03 – („Florida Rolf“).

⁵¹ Gleiches ließe sich i.ü. auch bei einer Übertragung des Modells der Öffnungsklausel auf das Verhältnis von Zivil- zu Arbeitsgerichten oder von Finanz- zu Verwaltungsgerichten sagen. Auch in diesen Fällen wäre ein eigenes Landesinteresse (als Arbeitgeber, als Steuergläubiger etc.) im Sinne zumindest der Besorgnis der Befangenheit nicht von der Hand zu weisen.

rinnen und Bürger führen. Vor diesem Hintergrund ist das im Vorfeld der Rechtswegdiskussion zum SGB II an den Landesjustizminister gerichtete Schreiben des nordrhein-westfälischen OVG-Präsidenten vom 24.2.2003⁵² ein bedenkliches Zeichen, das berechtigten Anlass zur Sorge gibt. Denn darin warb dieser im (Haushalts-) Interesse seiner Gerichtsbarkeit ausdrücklich damit, dass sie im Gegensatz zu den Sozialgerichten in den sozialmedizinischen Materien (Beamtenversorgung im Vergleich zu Rente, Beihilfe im Vergleich zu Kranken- Pflege- und Unfallversicherung) deutlich weniger ärztliche Gutachten unabhängiger Sachverständiger einhole und damit „kostengünstiger“ als die Sozialgerichte arbeite. Allein eine solche Gefahr des In-Aussicht-Stellens konkreten prozessualen Handelns oder Unterlassens (hier: der gebotenen Ermittlung von Amts wegen) und der auch aus Sicht eines objektiven Dritten nicht abweisbare äußere Anschein⁵³, dass derartige Versuchungen auf Seiten der Gerichte und der Länder künftig bei Rechtswegzuweisungen eine Rolle spielen könnten, bedeutet, wie der Verfassungsgerichtshof NRW am Beispiel der Zusammenlegung von Justiz- und Innenministerium mit Recht hervorgehoben hat⁵⁴, ein schwerwiegendes Argument gegen die Bildung nicht exakt getrennter Organisationsstrukturen im Bereich der dritten Gewalt, wie sie faktisch mit der Öffnungsklausel geschaffen würden.

Das Bundesverfassungsgericht und die staatsrechtliche Literatur weisen zu Recht auf die Problematik einer Richterbestimmung „ad hoc und ad personam“ hin⁵⁵ – Mit der Öffnungsklausel entstünde die Gefahr einer Richterbestimmung „ad hoc und ad curiam“ durch einfaches Landesgesetz und damit letztlich nach politischem Belieben⁵⁶. Mit Art 20 Abs 3 GG ist eine solche Möglichkeit der Umgehung von Art 95 Abs 1 GG nicht vereinbar.

b) Art 101 GG

Auch die Bestimmung des Art 101 GG, der seit Erlass des GG 1949 unverändert als grundrechtsgleiches Recht⁵⁷ gilt, und der Gefahren der Manipulierbarkeit des zur Entscheidung von Rechtsstreiten berufenen Organs vorbeugen soll, setzt der von der Bundesregierung angekündigten Öffnungsklausel Grenzen. Zur Gefahr einer Gerichtsbestellung „auf Zuruf“ kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Auch einfach-rechtlich ergeben sich Konsequenzen. So ist namentlich die von der nordrhein-westfälischen Verwaltungsgerichtsbarkeit erwogene „Umwidmung“ der ehrenamtlichen wie der Berufs-Richterschaft durch Fiktion⁵⁸ ein Eingriff in die Rechte der Beteiligten, der Art 101 GG nicht standhält. Denn die Sozial- und Verwaltungsgerichte unterscheiden sich grundlegend in ihren historischen und funktionellen Bedingungen sowie der damit verbundenen Prägung ihrer Entscheidungsträger. Im Sozialrecht bzw. vor den Sozialgerichten begegnen sich solidarisch organisierte Versicherungen und Versicherte. Trotz des faktischen Machtgefälles liegt damit eine im Ur-

⁵² Zitiert und kritisch kommentiert von Francke, AnwBl 2004, 106; ferner Klocke, Rundschreiben Dezember 2003, www.koelner.anwaltverein.de; ebenso kritisch zur eingeschränkten medizinischen Ermittlungspraxis der Verwaltungsgerichte aus Sicht der medizinischen Sachverständigen: Schillings, Editorial „Anhaltspunkte“-Neuigkeiten Ausgabe 6/2003 www.anhaltspunkte.de.

⁵³ Parallelwertung in Art 101 GG und § 42 Abs 2 ZPO; vgl BVerG NJW 2000, 2808.

⁵⁴ Urteil vom 9. Februar 1999 – VerfGH 11/98 -; zustimmend von Arnould, Justizministerium und Organisationsgewalt, AöR 124 (1999), 658, 670 ff mwN.

⁵⁵ BVerfGE 82, 159, 194; Pieroth aaO Art 101 RdNr 10 mwN.

⁵⁶ Zur Gefahr landesrechtlicher Willkür in diesem Zusammenhang vgl Herzog aaO Art 101 RdNr 38.

⁵⁷ Vgl Art 93 Abs 1 Nr 4 a GG.

⁵⁸ Bertrams aaO § 50 b und § 50 c des „Arbeitsentwurfs“ zum SGG.

sprung gleichgeordnete Rechtsbeziehung zugrunde⁵⁹. Dementsprechend sind Sozialgerichte bis heute nach Entstehung und Aufbau besondere Schiedsgerichte im öffentlich-rechtlichen Gewand⁶⁰. Deutlich wird das bis heute nicht nur an der paritätisch besetzten Bank der ehrenamtlichen Richter in allen Instanzen⁶¹, sondern auch am Beteiligungsverfahren der Sozialpartner bei der Verplanung der Berufsrichter – der Sache nach ein Erfordernis, dass sich nur aus dem schiedsgerichtlichen Charakter des Sozialgerichtsprozesses⁶² erklären lässt.

Im Unterschied hierzu ist der Verwaltungsprozess, der historisch und funktionell als Verlängerung des Verwaltungsverfahrens bzw der preussischen Kammerkollegien beschrieben wird⁶³, die Begegnung des hoheitlichen – wenn auch rechtsgebundenen – Staates mit dem rechtsunterworfenen Bürger. Hier mag die Beteiligung von ehrenamtlichen Richterinnen und Richtern, die nach § 20 ff VwGO lediglich der allgemeinen Wohnbevölkerung entnommen werden, als beliebig oder verzichtbar empfunden werden⁶⁴.

Demgegenüber prägt die Mitwirkung besonders ausgewählter ehrenamtlicher Entscheidungsträger im sozialgerichtlichen Verfahren, die aus betrieblicher Mitbestimmung bzw Unternehmensführung oder aus der Verbindung zu Verbänden der Versorgungsberechtigten jeweils besondere Sachkunde und Engagement mitbringen, die Abläufe vor den Sozialgerichten maßgeblich mit⁶⁵. Beliebig austauschbar oder durch eine gesetzliche Fiktion (§ 50 c des vom OVG NW vorgelegten „Arbeitsentwurfs“ eines SGG) sind die nach §§ 13 ff SGG bestellten ehrenamtlichen Richterinnen und Richter daher nicht⁶⁶. Der – als einziger – von verwaltungsrichterlicher Seite genannte Einwand, die ehrenamtlichen Richterinnen und Richter der Sozialgerichtsbarkeit seien nicht berufen, in Angelegenheiten der Sozialhilfe zu entscheiden, weil es sich um eine steuerfinanzierte Leistung handele⁶⁷, hält näherer Betrachtung nicht stand. Zum einen nämlich entscheiden die Spruchkörper der Sozialgerichte von je her u.a. in den steuerfinanzierten Angelegenheiten des Schwerbehindertenrechts. Zum anderen erfüllen die ehrenamtlichen Richterinnen und Richter der Sozialgerichte alle rechtlichen Voraussetzungen der (jetzigen) §§ 19 ff VwGO, weil es sich bei ihnen – neben ihren Qualitäten kraft Auswahl durch Sozialpartner und Verbände der Versorgungsberechtigten – sämtlich auch um Steuerzahler/innen mit Wohnsitz im Bundesgebiet bzw Gerichtsbezirk handelt (§ 16 Abs 6 SGG), so dass auch sie zu den „Finanziers“ steuerfinanzierter Leistungen zählen. Der Satz, ehrenamtliche Richterinnen und Richter der Sozialgerichte könnten nicht solche der Verwaltungsgerichte

⁵⁹ Zum kooperativen Charakter des Sozialrechtsverhältnisses vgl Bogs, H, Sozialversicherungsrechtlicher Schadensausgleich in Staatshaftungsform, in FS 25 Jahre BSG 1979, 149, 159; vgl auch Kreikebohm/von Koch in Baron v. Maydell/Ruland (Hrsg) Sozialrechtshandbuch 3. Aufl 2003, 248, RdNr 4 ff, insbes RdNr 5 und 9.

⁶⁰ Näher Bogs, W, aaO 3 ff mwN.

⁶¹ Hierzu Roller, Abschied von der Sozialgerichtsbarkeit? DRiZ 2004, 53 f.

⁶² Für den mit seiner Formfreiheit und der besonderen Vorschrift des § 109 SGG weitere charakteristische Belege anzuführen sind, vgl Roller aaO 56 ff mwN.

⁶³ Vgl Rüter Verwaltungsrechtsschutz in Preussen im 18. und in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, in FS Menger, 1985, 3.

⁶⁴ So Stürer/Hermanns, die meinen, der Laienrichter habe sich in der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht nur in der Berufungs- und Revisionsinstanz weitgehend überlebt, ZRP 2002, 164, 165.

⁶⁵ Bezeichnend dafür ist der viel zitierte Satz eines Vorsitzenden am Bayerischen Landessozialgericht, der lautet, er sei in seinem Leben einmal von den ehrenamtlichen Richtern überstimmt worden – und das Urteil habe bis zum Bundesverfassungsgericht gehalten.

⁶⁶ Roller aaO 53 mwN.

⁶⁷ So Hien aaO www.bundesverwaltungsgericht.de; ebenso Bertrams aaO www.ovg.nrw.de.

sein, gilt daher nur umgekehrt. Mithin sind die Verwaltungsgerichte erst dann als gesetzliche Richter im Sinne des Art 101 GG anzusehen, wenn sowohl bezüglich der Berufsrichterinnen und Richter das Beteiligungsverfahren des § 11 SGG durchgeführt ist als auch ehrenamtliche Richterinnen und Richter gemäß §§ 13 ff SGG in ausreichender Zahl vorgeschlagen und bestellt sind.

c) Art 97 GG

Schließlich ist die Öffnungsklausel an Art 97 GG zu messen, der ebenfalls seit 1949 im Wortlaut unverändert gilt. Problematisch ist, dass der laut Protokollnotiz ausdrücklich mit der Öffnungsklausel beabsichtigte Belastungsausgleich zwischen Verwaltungs- und Sozialgerichten exakt dem Zweck der in Art 97 Abs 2 S 3 GG normierten Reaktion auf die Veränderung in der Gerichtsorganisation entspricht. Damit stellt sich die Frage nach der Sperrwirkung spezieller Regelungen im Grundgesetz bzw nach der Zulässigkeit einer Umgehung dieser Bestimmung durch einfaches Landesrecht⁶⁸. Zu berücksichtigen ist dabei, dass Art 97 GG nach den Erfahrungen der deutschen Geschichte nach allgemeiner Auffassung Eingriffen in die richterliche Unabhängigkeit möglichst weitgehend vorbeugen soll⁶⁹, so dass Ausnahmen vom sogenannten Grundsatz der Inamovibilität restriktiv zu handhaben sind⁷⁰. Vor diesem Hintergrund kann die Öffnungsklausel, als gedachtes Mittel zum Spitzenausgleich zwischen Gerichtsbarkeiten bei Belastungsunterschieden präter legem (Art 97 Abs 2 S 3 GG iVm § 32 DRiG⁷¹) verfassungsrechtlich keinen Bestand haben. In der Literatur wird zu Recht festgestellt, dass ein solches Instrument im Ergebnis die Einrichtung gerichtsbarteitsübergreifender „virtueller“ Präsidien nach sich zöge, für die es weder im geltenden einfachen Gerichtsverfassungsrecht des GVG noch in den Bestimmungen des Grundgesetzes eine Rechtsgrundlage gibt⁷². Wegen Umgehung speziellen Verfassungsrechts (Art 97 Abs 2 S 3 GG) ist die Öffnungsklausel in der vorgeschlagenen Form als Instrument zum Ausgleich von gerichtlichen Belastungsunterschieden daher nicht mit dem Grundgesetz vereinbar. Ihre Einführung bedürfte der ausdrücklichen Ergänzung von des Art 97 Abs 2 GG.

3. Rechtliche Risiken

Bei Einführung einer Öffnungsklausel nach Maßgabe der in der Protokollnotiz der Bundesregierung vom 16. Dezember 2003 angekündigten rechtlichen Regelung bestehen folgende rechtliche Risiken: Die Präsidien der Verwaltungs- und Sozialgerichte, die im Rahmen der Geschäftsverteilung nach § 21 e GVG- insbesondere Art 101

⁶⁸ So auch Jung, Zusammenlegung von Gerichtsbarkeiten, DRiZ 2004, 39.

⁶⁹ Näher Simon, Die Unabhängigkeit des Richters, 1975, insbes 22 ff.

⁷⁰ Vgl Classen in v. Mangoldt/Klein/Stark GG, 4. Aufl 2001, Art 79 RdNr 39 ff, der aaO (RdNr 41) zu Recht darauf verweist, dass Art 79 Abs 2 GG nach Sinn und Zweck auch für Fälle der Zuweisung von Rechtsprechungsaufgaben an dislozierten Spruchkörpern durch das Präsidium Anwendung finden muss.

⁷¹ An dessen Vereinbarkeit mit dem GG kein Zweifel besteht – vgl BVerfGE 2, 307; Herzog aaO Art 79 RdNr 53 ff; Schmidt-Räntsch, DRiG 5. Aufl 1995, § 32 RdNr 2; Thomas, Richterrecht, 1986, 99; Fürst, Richterrecht, 1992, § 32 RdNr 2 mwN – und der auch dann eingreift, wenn einer Gerichtsbarkeit in größerem Umfang Streitsachen genommen werden – vgl Schmidt-Räntsch aaO § 32 RdNr 3; ebenso Löwe/Rosenberg/Schäfer, DRiG § 32 RdNr 2,3; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, DRiG § 32 Anm 2; Fürst aaO § 32 RdNr 2 mwN.

⁷² Vgl Berlitz aaO; ferner Richterverein der Sozialgerichtsbarkeit NRW: Info 5 2003; zur Verpflichtung der organisatorischen Selbständigkeit der Gerichte hinsichtlich ihrer Präsidialverfassung siehe ferner Meyer aaO Art 95 RdNr 4, sowie Redeker in Redeker/von Oertzen VwGO 13. Aufl 2000, § 2 RdNr 2.

GG zu wahren haben⁷³, hätten die formelle und materielle Rechtmäßigkeit der Öffnungsklausel zu überprüfen. Da die Präsidien – unabhängig von der streitigen Frage nach der Rechtsnatur des Geschäftsverteilungsplans⁷⁴ - in richterlicher Unabhängigkeit entscheiden, wären divergierende Entscheidungen sozial- und verwaltungsgerichtlicher Präsidien über den Rechtsweg nicht ausgeschlossen. Fehler bei der Geschäftsverteilung können von den Beteiligten nach Erschöpfung des (Verwaltungs-) Rechtswegs⁷⁵ über Art 101 GG, von betroffenen Richtern nach Anrufung des Verwaltungs⁷⁶- oder des Richterdienstgerichts⁷⁷ über Art 97 GG mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden⁷⁸. Ferner kommt eine Vorlage nach Art 100 GG an das Verfassungsgericht in Betracht⁷⁹. Alle Urteile, die in grundgesetzwidriger Besetzung bzw. durch unzuständige Spruchkörper erlassen wurden, leiden am absoluten Revisionsgrund falscher Besetzung und sind über §§ 170 Abs 3, 202 SGG in Verbindung mit § 547 Zivilprozessordnung vom Bundessozialgericht aufzuheben⁸⁰.

II. Fazit und rechtspolitische Bewertung

Die von der Bundesregierung erwogene Öffnungsklausel ist abzulehnen. Sie ist sowohl formell wie auch materiell verfassungswidrig. Sie würde – noch bevor sich das Bundesverfassungsgericht letztverbindlich mit ihr beschäftigen könnte – die Tätigkeit der betroffenen Gerichtszweige durch rechtliche Unwägbarkeiten bei der Geschäftsverteilung lähmen.

Auch haushalts- und justizpolitisch wäre eine solche Öffnungsklausel kontraproduktiv. Sie setzt keine Synergien frei, sondern schafft ein vermeintliches Ventil, das in den betroffenen Fachgerichtsbarkeiten inneren Ansätzen zur Organisationsentwicklung⁸¹ die Grundlage entzieht. Bei den betroffenen richterlichen Entscheidungsträgern entstünde ein mikroökonomisches Interesse an Einpendelung auf dem jeweils niedrigeren Leistungsniveau und zur Preisgabe spezifischer juristischer wie auch nicht-juristischer Qualitäten⁸². Gerichtsstandorte stehen ohnehin - schon wegen zu erwartender lokaler Widerstände und fehlender Mittel für Gerichtsneubauten - nicht ernstlich zur Disposition⁸³; Büchereikosten sind, sofern die Gerichte nicht ohnehin bereits auf EDV-Recherchen und JURIS umgestellt sind, wegen der großen fachlichen Spezialisierung nicht einzusparen; Führungspersonal mit entsprechenden Beförderungsstellen muss wegen der natürlichen Grenzen von Leitungsspannen auch bei einer Zusammenfassung von Gerichten vorgehalten werden. Bei genauerer Betrachtung entspricht die Gliederung der deutschen Gerichtszweige auch europäi-

⁷³ Schilken Gerichtsverfassungsrecht, 1990, RdNr 381 mwN.

⁷⁴ Hierzu Schilken aaO RdNr 371 mwN.

⁷⁵ So BVerwGE 50, 11; kritisch hierzu Schilken aaO RdNr 383 mwN.

⁷⁶ So HessVGH DRiZ 1984, 62.

⁷⁷ So BGHZ 93, 100; kritisch hierzu Schilken aaO RdNr 383 mwN.

⁷⁸ BVerfGE 17, 252; zustimmend Schilken aaO RdNr 382 f.

⁷⁹ Redeker in Redeker/von Oertzen VwGO, 13. Aufl 2000, § 2 RdNr.2.

⁸⁰ Vgl Meyer-Ladewig aaO § 170 RdNr 7c.

⁸¹ Dazu, Brand: Benchmarking in der nordrhein-westfälischen Sozialgerichtsbarkeit, Ein Erfahrungsbericht, in Justiz und Justizverwaltung zwischen Ökonomisierungsdruck und Unabhängigkeit (Hrsg Schulze-Fielitz/ Schütz), 2002, 99; vgl auch Kundenbefragung der Sozialgerichtsbarkeit NRW, abrufbar unter www.lsg.nrw.de; ferner v. Renesse, Entscheidung und Verantwortung, 2001, 161 ff.

⁸² Vgl hierzu am Beispiel der – zZt ebenso zur Disposition gestellten – Arbeitsgerichtsbarkeit, Deutscher Anwaltverein, www.dav.de.

⁸³ So zutreffend Hien: Presseerklärung vom 18.2.2004, www.bundesverwaltungsgericht.de.

schem Standard, weil sie nicht auf historischen Zufällen, sondern auf Notwendigkeiten einer modern ausdifferenzierten Industriegesellschaft beruht⁸⁴.

Schließlich würde eine Zusammenfassung von Sozial- und Verwaltungsgerichten bei den betroffenen Versicherten als weitere Erosion des Sozialstaats und seiner sozialpartnerschaftlichen Errungenschaften empfunden⁸⁵. Die mit einer Öffnungsklausel zu Gunsten der Länder verbundenen manipulativen Möglichkeiten würden darüber hinaus das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Unabhängigkeit der Justiz gefährden. In der gegenwärtigen Situation, in der sich auf Grund des demographischen Wandels und der verschärften ökonomischen Rahmenbedingungen eine zunehmend konfliktträchtige Auseinandersetzung in Grundfragen des Sozialrechts abzeichnet⁸⁶, wäre eine solche Schwächung der Justiz und der Sozialgerichtsbarkeit mit ihren historisch gewachsenen Legitimationsgrundlagen ein kaum reparabler Fehler⁸⁷.

Demgegenüber kann der Gesetzgeber bei Mobilisierung aller Kräfte auch mit Blick auf die Übernahme des Sozialhilferechts im neuen SGB XII durch die Sozialgerichte berechtigtes Vertrauen auf diese Gerichtsbarkeit setzen⁸⁸, die bereits 1995 bei Einführung der sozialen Pflegeversicherung durch das SGB XI in allen Instanzen bewiesen hat, dass sie auch in neuen Rechtsgebieten und in bewegter sozialpolitischer Debatte bürgernah, nachhaltig, kostengünstig, zeitnah und effizient Rechtsfrieden schafft.

⁸⁴ Vgl im einzelnen Zacher: Der Rechtsschutz auf dem Gebiet des Sozialrechts im Ausland, in FS aus Anlass des 100-jährigen Bestehens der sozialgerichtlichen Rechtsprechung (Hrsg Deutscher Sozialrechtsverband), 1984, 773, 779 ff vgl ferner Schulze-Fielitz aaO Art 95 RdNr 9 ff sowie jüngst Hien, Presseerklärung vom 18.2.2004, www.bundesverwaltungsgericht.de.

⁸⁵ Dass eine solche Einebnung sozialstaatlicher Strukturen von manchen Gegnern einer unabhängigen Sozialgerichtsbarkeit tatsächlich auch beabsichtigt ist, wird bei Pitschas (der aaO 386 f, meint, der „das überkommene Verständnis des Sozialstaats in der Bundesrepublik habe inzwischen abgedankt“) auch unmissverständlich deutlich.

⁸⁶ Hierzu Hauser in Baron v. Maydell/Ruland (Hrsg) Sozialrechtshandbuch, 3. Aufl 2003, 192, 198 ff.

⁸⁷ So auch Roller aaO 57.

⁸⁸ So mit Recht Gerhards, Grußwort anlässlich des 50-jährigen Bestehens der Sozialgerichtsbarkeit in NRW vom 14. Januar 2004, www.jm.nrw.de.