

# Die Sozialrechtsprechung im Wandel der Anforderungen – 47. Richterwoche des Bundessozialgerichts

KIM-THORBEN BÜLOW

Dr. Kim-Thorben Bülow ist Richter am Sozialgericht Neuruppin und war vom 01.01.2014 – 31.12.2015 an das Bundessozialgericht in Kassel abgeordnet.

**Die Qualitätssicherung in der Sozialrechtsprechung war das Thema der 47. Richterwoche am Bundessozialgericht (BSG) in Kassel vom 3. bis 5. November 2015. Ausgehend von einer kritischen Bestandsaufnahme der Veranstalter und Referenten hinterfragten mehr als 450 Teilnehmerinnen und Teilnehmer die Verfahrensgarantien vor dem Hintergrund wachsender Ansprüche der Rechtsschutzsuchenden an transparente und partizipatorische Abläufe vor Gericht. Sie formulierten Ansprüche an die eigene Arbeit, die über die bloße Vermeidung überlanger Gerichtsverfahren insbesondere bei der Bewältigung der sozialrechtlichen Folgen der aktuellen Migration nach und in Europa hinausgehen.**

## 1. Eröffnung

In seiner Begrüßungsrede erinnerte *Peter Masuch*, Präsident des BSG, an den Beschluss der Justizministerkonferenz vom 29./30. Juni 2005 in Dortmund, der die Qualitätssicherung als eine der zentralen Herausforderungen für die Justiz kennzeichnete. Knapp zehn Jahre danach gelte es heute, Anspruch und Wirklichkeit zu hinterfragen. Um gutes Recht in angemessener Zeit als Dienstleistung am Bürger zu verwirklichen, müssten die richterlichen Arbeitsweisen weiterentwickelt und Anforderungsprofile und Beurteilungssysteme im Sinne einer effektiven und transparenten Personalauswahl überprüft werden.

*Anette Kramme*, parlamentarische Staatssekretärin bei der Bundesministerin für Arbeit und Soziales, hob in ihrem

Grußwort die besondere Bedeutung der Sozialgerichtsbarkeit hervor. Die aktuelle Asyl- und Flüchtlingspolitik werde sich als künftige große Herausforderung für die Sozialgerichtsbarkeit erweisen.

Die hessische Justizministerin *Eva Kühne-Hörmann* wies auf die Bedeutung einer guten Personalauswahl für die Qualitätssicherung in der Justiz hin, die trotz großer regionaler Unterschiede im Bewerberfeld eine Bestenauslese erfordere. Vor dem Hintergrund des demographischen Wandels, aber auch besserer Verdienstmöglichkeiten in der Wirtschaft müsse die Justiz für potentielle Bewerberinnen und Bewerber attraktiver werden, indem etwa auf die Vereinbarkeit von Familie und Beruf, eine angemessene Alimentierung und ein funktionierendes Gesundheitsmanagement angesichts einer längeren Lebensarbeitszeit geachtet werden müsse.

Bertram Hilgen, Oberbürgermeister der Stadt Kassel, schilderte anschaulich die Belastungen der Verwaltungen durch die aktuelle Flüchtlingskrise, welche bald auch die Gerichte beschäftigen werde.

Als kritische Stimme „von außen“ leitete Dr. Reinhard Müller, Redakteur der Frankfurter Allgemeinen Zeitung, zu der sich anschließenden Reihe von Fachvorträgen über. Ausgehend von der These „Unerreicht und (un)abhängig: Die deutsche Justiz“ zeigte er Belastungsproben für die Unabhängigkeit der Justiz auf. Beispielhaft ging er auf den Fall des in den Ruhestand versetzten ehemaligen Generalbundesanwalts Range sowie den Einfluss der Medienberichterstattung auf laufende Gerichtsverfahren ein.

## 2. Personalauswahl in der Sozialgerichtsbarkeit

Joachim Nieding, Präsident des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen, scheute in seinem Vortrag über die künftigen Herausforderungen für die Personalauswahl der Richter keine deutlichen Worte. Bei der Gewinnung von Richterinnen und Richtern für die Tätigkeit in der ersten Instanz weise die Entwicklung „von der Juristenschwemme zur Juristendürre“. In Nordrhein-Westfalen hätten im Jahr 2000 2.549 Referendare das Zweite Juristische Staatsexamen bestanden, im Jahr 2014 dagegen nur noch 1.494. Dieser Rückgang von über 1.000 in absoluten Zahlen und mehr als 40 % habe unmittelbare Auswirkungen auf die Personalgewinnung der Justiz in Nordrhein-Westfalen. Bundesweit ergebe sich ein entsprechendes Bild. Ausgehend vom Höhepunkt erfolgreich geprüfter Kandidaten im Jahr 1999 von 10.710 sei bis zum Jahr 2013 ein Rückgang von über 30 % auf 7.491 zu beklagen. Perspektivisch sei nicht mit einer Änderung dieses Abwärtstrends zu rechnen. Die Zahl derjenigen, die sich für ein juristisches Studium entschieden, gehe stetig zurück. Auch Berufschancen und Einstellungen der Studierenden änderten sich. Heute sei nicht mehr wie selbstverständlich davon auszugehen, dass sie einen Abschluss mit dem ersten Juristischen Staatsexamen anstrebten. Die Möglichkeiten, einen Bachelor- und einen Masterabschluss zu erreichen, korrespondierten mit den erweiterten Berufsbildern in der Privatwirtschaft.

Parallel dazu verkleinere sich auch der Kreis derjenigen Assessoren, die ein

Zweites Juristisches Staatsexamen mit einer Prädikatsnote („vollbefriedigend“ oder besser) abschließen. Im Jahr 2014 beispielsweise hätten dem Stellenbedarf des Landes Nordrhein-Westfalen im höheren Justizdienst von 333 Stellen 365 Assessoren gegenübergestanden, die in Nordrhein-Westfalen ein „vollbefriedigendes“ oder besseres Zweites Juristisches Staatsexamen abgelegt hätten. Hieraus folge, dass der Anspruch, nur Assessoren mit einer Prädikatsnote im Zweiten Juristischen Staatsexamen einzustellen, nicht einzuhalten sei. In Nordrhein-Westfalen sei dies im Jahr 2014 für alle Gerichtszweige nur zu 71% gelungen.

Die Verkleinerung des Kreises von Assessoren mit einer Prädikatsnote im Zweiten Juristischen Staatsexamen sah Nieding jedoch nicht als das Hauptproblem der Personalgewinnung für die erste Instanz an. Er wandte sich ausdrücklich gegen einen übersteigerten Glauben an die Aussagekraft der Ergebnisse aus beiden juristischen Prüfungen. Deshalb werde für die Personalgewinnung in der Sozialgerichtsbarkeit des Landes Nordrhein-Westfalen neben den Examensnoten eine vorherige Berufstätigkeit bei einem Sozialversicherungsträger, ein erfolgreich absolvierter Fachanwaltslehrgang für Sozialrecht, eine Tätigkeit als Rechtsanwalt in einer Kanzlei mit sozialrechtlicher Ausrichtung, eine wissenschaftliche Tätigkeit im Sozialrecht oder eine Wahlstation bei einem Sozialgericht oder einem Sozialversicherungsträger hoch angesehen.

„Wir werden auch zu Werbemaßnahmen greifen müssen“- Mit dieser Aussage gab Nieding einen Vorgeschmack auf den Perspektivwechsel in Richtung auf ein aktives Personalmarketing, das Nieding angesichts der dargestellten Entwicklungen für unumgänglich hält. Nieding wörtlich:

„Wir müssen der Justiz ein Bild geben, wir müssen auf die Studenten zugehen, wir müssen auf die Referendare zugehen, wir müssen auf Berufsmessen vertreten sein, wir müssen Karrieretage anbieten, wir müssen, wie wir das beim Landessozialgericht in Essen machen, für Studenten, Referendare und Assessoren einen Perspektivtag mit Informationen zu dem Beruf Richter anbieten und das alles unter Betreuung eines Beraterteams

für die Einstellung. Wir werden auch zu Werbemaßnahmen greifen müssen, die Justizjuristen fremd und konservativen Präsidenten wie meiner Wenigkeit als unseriös erscheinen mögen. Wir werden mit der Professionalität von großen Anwaltskanzleien nicht mithalten können. Aber wenn Sie Gelegenheit haben, gehen Sie doch mal auf den Internetauftritt der Rechtsanwaltskanzlei [...] und dann auf das dortige Karriereportal. Dieser Auftritt überzeugt durch seine Bilder, seinen Praxisbezug, und dann wird man sich einen Ruck geben müssen, und „Facebook“ und Filmchen auf „Youtube“ für doch nicht so außerhalb seines Horizonts halten.“

Auf die Nachfrage eines Teilnehmers, ob sein Vorschlag einer Personalgewinnung auf „Facebook“ ein Scherz sei oder er wirklich vor gar nichts mehr zurückschrecke, entgegnete Nieding, ihm seien solche Portale doch auch nicht geheuer, aber man könne die Realität nicht leugnen und die Jüngeren müsse man eben dort abholen, wo sie sich nun einmal befänden.

## NRW-LSG-Präsident Joachim Nieding forderte bei der Gewinnung von Sozialrichtern ein aktives Personalmarketing.

Über die Gewinnung von Frauen für den Richterdienst könne er nur positives berichten. Aus einem Frauenanteil von 52–64 % im juristischen Vorbereitungsdienst folgten zunächst entsprechend höhere Zahlen von Bewerberinnen für den höheren Justizdienst. Darüber hinaus fänden sich in dem Kreis der schließlich eingestellten Bewerberinnen überdurchschnittlich viele Frauen mit Prädikatsexamen. Dass Frauen bessere Zweite Staatsexamina ablegten, sei eine Legende. Vielmehr zeige sich, dass hochqualifizierte Juristinnen sich in hoher Zahl im Einstellungsgespräch durchsetzen. Dies sei erfreulich, aber auch eine Herausforderung für die Personalplanung. Der Beruf der Richterin erlaube die Vereinbarkeit von Beruf und Familie besser als andere Berufe in der Privatwirtschaft und Verwaltungen. Dass aus Sicht des Personalverantwortlichen das Kinderkriegen den gleichmäßigen Ablauf der Rechtsschutzgewährung störe, liege

zwar auf der Hand. Man könne sich aber auf der einen Seite gesellschaftspolitisch nicht darüber beklagen, dass zu wenige Kinder geboren würden, auf der anderen Seite aber auch, wenn wegen einer Elternzeit schon wieder die Geschäftsverteilung geändert werden müsse. Im Wettbewerb um die Gewinnung des besten Personals müssten teilzeit- und familienfreundliche Rahmenbedingungen geschaffen werden, was auch das berufliche Fortkommen über Erprobungen, die Übernahme von Verwaltungstätigkeiten und das Beurteilungswesen betreffe. Soweit in Nordrhein-Westfalen eine Gesetzgebung in Rede stehe, die darauf hinauslaufe, Frauen bevorzugt zu befördern, wenn nicht offensichtlich ein männlicher Bewerber die bessere Eignung, Befähigung und fachliche Leistung vorzuweisen habe, meldete *Nieding* dagegen verfassungsrechtliche Zweifel und personalpolitische Bedenken an.

Mobilität sei anders als Viele glaubten keine Frage der Füße, sondern des Kopfes. Wichtiger als die räumliche Mobilität sei, dass zügig ein möglichst breites Spektrum sozialrechtlicher Rechtsgebiete schon in der ersten Instanz bearbeitet werde, denn dies sei für die Entwicklung einer Richterpersönlichkeit essentiell.

Ein Ärgernis sei dagegen die Unterrepräsentanz der Sozialgerichtsbarkeit in Ministerien, der sonstigen Verwaltung wie den Staatskanzleien und in der Parlamentsverwaltung. Kohorten von Kollegen aus der ordentlichen und der Verwaltungsgerichtsbarkeit leisteten dort ihren Dienst. Ambitionierte Sozialrichter, die mitgestalten wollten, müssten dort in gleicher Weise ihren Platz finden. Für die Personalentwicklung könne eine solche Abordnung von großem Nutzen sein.

Zur Wahl von Bundesrichtern leitete *Nieding* über mit einem Seitenblick auf den Bundesgerichtshof. Der Vorsitzende Richter am Bundesgerichtshof Thomas Fischer, der einiges zur Aktualität des Themas beigetragen habe, habe im Juli diesen Jahres erklärt, er habe zwar keine Belege und keine Statistik, sei aber trotzdem sicher, dass jenseits der Besoldungsgruppe R 2 fast nichts mehr gehe ohne „*parteilpolitische Hintergrundmusik*“. Diese Bemerkung Fischers sei, so *Nieding*, nach seiner eigenen Erfahrung ahnungslos und unseriös. Das Thema habe auch die Politik erreicht. Die Justizministerkonferenz habe im Juni diesen Jahres unter anderem festgestellt, dass

das Thema verstärkt öffentliche Aufmerksamkeit erfahre und sie habe zur Kenntnis genommen, dass es verschiedene Reformansätze gebe. Solche Ansätze fänden sich in der Forderung nach kooptativen Elementen im Wahlverfahren nach Art 95 Abs 2 GG einerseits sowie in der Stärkung des Leistungsprinzips nach Art 33 Abs 2 GG andererseits. Kooptative Elemente – etwa die unmittelbare Beschickung des Richterwahlausschusses durch Richterverbände oder die Richterschaft – führten jedoch rasch an die Grenzen der Ämterlegitimation und damit des Demokratieprinzips. *Nieding* zitierte an Adolf Arndt, den er als großen Rechtspolitiker in den ersten 25 Jahren unserer Republik würdigte. Auf dem Deutschen Juristentag 1953, als über die „*Entfesselung der dritten Gewalt*“, das heißt über die Forderung des ersten nordrhein-westfälischen OVG-Präsidenten Paulus van Husen nach Selbstverwaltung der Justiz diskutiert wurde, habe Arndt zu bedenken gegeben:

„*Personalpolitik hört in der Hand von Richtern nicht auf Personalpolitik zu sein. Vielmehr fangen die Richter an, Politiker zu werden. Es gibt kein ärgeres Danaergeschenk für die Gerichte als eine solche Macht.*“

Artikel 95 Abs 2 GG sei in der ursprünglichen Intention das Misstrauensvotum gegenüber der Justiz gewesen. Heute gelte es, einen Einklang zu finden zwischen dem Bild des politisch bewussten Richters und dem Grundsatz der Bestenauslese aus Art 33 Abs 2 GG. Dies könne durch die Einführung von Interessenbekundungsverfahren in den Landesjustizverwaltungen, die Erstellung eines transparenten Anforderungsprofils sowie schließlich ein Rederecht des Präsidialrats des jeweiligen Bundesgerichts im Richterwahlausschuss vor dem Wahlakt erreicht werden.

### 3. Anforderungen an Richter in der Sozialgerichtsbarkeit und Selbstverständnis

*Dr. Thomas Flint*, Richter am BSG, warf zu Beginn seines Vortrags die Frage auf, ob die Rolle des Richters in der Sozialgerichtsbarkeit eine andere sei als in anderen Gerichtsbarkeiten und ob sich hieraus Schlussfolgerungen für das richterliche Selbstverständnis und die Personalauswahl ableiten ließen. Einerseits unterscheide das Grundgesetz

nicht zwischen den unterschiedlichen Gerichtsbarkeiten, andererseits leuchte ein, dass das richterliche Selbstverständnis durchaus im Zusammenhang mit den Besonderheiten der jeweiligen Gerichtsbarkeit stehe. Die in den Gerichtsbarkeiten sehr unterschiedliche Struktur von Aufgaben und Belastungen präge den Richter im Laufe seines Berufslebens. Schlussfolgerungen für das angestrebte Richterbild dürfe man hieraus jedoch nicht ziehen.

Der Richter sei „*Diener und Knecht des Rechts*“. Er habe das Recht anzuwenden, aber nicht eigenes Recht zu sprechen. Der Subjektivität eigener Vorverständnisse müsse sich der Richter bewusst sein. Da sich die richterliche Entscheidung im Spannungsfeld verschiedener Rechtsmeinungen bewege, komme der sorgfältigen Begründung der richterlichen Meinung die entscheidende Bedeutung zu. Die Qualität richterlicher Arbeit sei daher nicht vorrangig an der Entscheidung im Ergebnis, sondern der Methodik der Entscheidungsfindung und ihrer Darstellung zu messen. Bei der überzeugenden Darstellung der eigenen Rechtsmeinung komme der Sprache und den rhetorischen Fähigkeiten des Richters eine größere Bedeutung zu, als gemeinhin angenommen werde. Denn Recht sei Sprache. Hierbei sei, trotz der erforderlichen Fachsprache, „*Einfachheit und Klarheit statt Überfeinerung*“ gefragt.

Der Richterberuf erfordere Konzentration und Überblick, Ordnungs- und Klärungsgeschick, Ausdauer und Geduld bei der Aufarbeitung von Lebenssachverhalten. Das dann folgende moderierende Gespräch mit den Beteiligten bereite die Entscheidung nicht nur vor, sondern könne sie entbehrlich machen und damit einen größeren Beitrag zum Rechtsfrieden leisten als ein Urteil. Ein Ausgleich mit den Beteiligten gelinge dem Richter jedoch nur, wenn er bereit sei, den eigenen vorläufigen Rechtsstandpunkt zu hinterfragen und jederzeit unparteilich neu zu bewerten. Der Richter habe während seines langen Berufslebens die ständige Aufgabe, das eigene Absinken in die Routine seines Erfahrungshorizonts zu vermeiden, da er den Rechtssuchenden sonst nur statisch und nicht als unvoreingenommener Moderator entgegenreten könne. Es verstehe sich von selbst, so *Flint*, dass er damit eine Art Idealbild des Richters beschreibe, an dem man sich aber unbeirrt orientieren müsse.

In der sich anschließenden von *Christoph Wünderlich*, Vorsitzender Richter am LSG Niedersachsen-Bremen a.D., moderierten Diskussion hielt *Flint* auf die von einigen Teilnehmern hervorgehobenen Besonderheiten der richterlichen Arbeitsweise in der Sozialgerichtsbarkeit an seiner These eines übereinstimmenden richterlichen Selbstverständnisses in allen Gerichtsbarkeiten fest. Unterschiede im richterlichen Alltag, die z.B. aus der hohen Arbeitsbelastung bei hohen Fallzahlen und oft kaum überschaubaren Abläufen im Verwaltungs- und Vorverfahren sowie einer Vielzahl an Eilanträgen resultierten, stelle er nicht in Frage, ein fundamental anderes Richterbild ergebe sich in der Folge jedoch nicht. Er habe den Blick auf die Gemeinsamkeiten lenken wollen.

#### 4. Wissensgewinnung und Aufarbeitung des Prozessstoffs

*Steffan Knittel*, Vorsitzender Richter am LSG Baden-Württemberg, leitete seinen Vortrag mit einem Blick auf die Verfahrensordnungen der Gerichtsbarkeiten ein. Grundlage der Qualitätssicherung seien vor allem die Ausgestaltung eines Instanzenzugs und die Regelungen zur Beweiserhebung. Die Einhaltung des Prozessrechts spiele bei der Qualitätssicherung eine ebenso große Rolle wie ein zügiger Verfahrensablauf.

Für die Entscheidungsfindung in der Sozialgerichtsbarkeit von großer Bedeutung sei der Gerichtssachverständige, dessen Sachkunde sich der Richter in den vorwiegend medizinisch geprägten Sachgebieten der gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Renten- und Unfallversicherung, dem Schwerbehinderten- und dem Versorgungsrecht regelmäßig bedienen müsse. Auch wenn es sich bei der Einholung von Gutachten um einen alltäglichen Vorgang handele, seien bestimmte Grundsätze zu beachten, um unnötige Beweiserhebungen zu vermeiden und eine zügige und gleichzeitig umfassende Aufklärung zu gewährleisten. Eine Mehrzahl während eines gerichtlichen Verfahrens eingeholter medizinischer Gutachten fördere leider nicht ohne Weiteres eine sorgfältige Aufklärung des entscheidungserheblichen Sachverhalts, sondern könne eine Entscheidung auch erheblich erschweren oder ihre Überzeugungskraft schmälern.

Der Richter müsse sich bewusst machen, dass es allein die Aufgabe des Gerichts, nicht des Sachverständigen sei, die nicht medizinischen Ausgangs- und Anknüpfungstatsachen (z.B. den Unfallhergang, Expositionen und Belastungen im Beruf) vor der Beauftragung eines Sachverständigen sorgfältig zu ermitteln, z.B. durch Beiziehung von Arztbriefen, die Vernehmung der behandelnden Ärzte als sachverständige Zeugen oder eine mündliche Erörterung tatsächlicher Umstände in einem Erörterungstermin. Diese ermittelten Tatsachen seien dem Sachverständigen vorzugeben. Außerdem sei dessen Arbeit durch an den jeweiligen Erfordernissen des Einzelfalls ausgerichtete Fragestellungen zu steuern. Für die Ausarbeitung des Fragenkatalogs benötige der Richter Zeit. Es gelte, keine entscheidungserhebliche Frage auszuklammern und Abgrenzungsprobleme zwischen der Aufgabenstellung an den Gutachter und der richterlichen Entscheidungsfindung möglichst zu vermeiden.

*Knittel* ging auch auf Probleme bei der Sachverhaltsaufklärung ein, soweit das Gericht auf die Mitwirkung eines Beteiligten angewiesen sei. Obwohl es die Parteivernehmung im sozialgerichtlichen Verfahren nicht gebe, spiele die Anhörung der Beteiligten oft eine große Rolle. Erforderlichenfalls dürfe das Gericht im Einzelfall Feststellungen allein auf Grundlage der Angaben eines Beteiligten treffen, dürfe diese allerdings nicht einfach ungeprüft übernehmen. Besonders deutlich werde die Problematik bei Ermittlungen zu psychischen Gesund-

### Die Einholung einer Mehrzahl von Gutachten im Instanzenzug könne nicht das Mittel der Wahl sein, so LSG-Richter Stefan Knittel.

heitsbeschwerden oder einem psychosomatischen Schmerzsyndrom. Eine andere Erkenntnisquelle als die Angaben des Beteiligten stehe dabei regelmäßig nicht zur Verfügung. Der Konsistenzprüfung komme daher eine zentrale Bedeutung zu. Häufig sei zu beobachten, dass der Beteiligte seine Angaben im Gespräch mit dem Gutachter auf in vorhergehenden Begutachtungen „gelernte“ Maßstäbe ausrichte, d.h. die Wahrhaftigkeit und

Aussagekraft des Patientengesprächs sei im Verlauf eines Rechtsstreits in mehreren Instanzen immer weniger gegeben. Eine zutreffende Beurteilung des Sachverhalts werde dadurch für den Sachverständigen und das Gericht erschwert. Dies sei ein Grund dafür, warum die Einholung einer Mehrzahl von Gutachten für die Lösung eines Rechtsstreits im Instanzenzug regelmäßig nicht das Mittel der Wahl sein könne.

Deutliche Kritik übte *Knittel* an der Rechtsprechung des 5. Senats des BSG<sup>1</sup>, welche die Anforderung an die Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen durch die Instanzgerichte überdehne, wenn eine Tatsache auf Grundlage unstreitigen Beteiligtenvorbringens festgestellt worden sei. Da das Gericht sich sogar auf die Angaben nur eines Beteiligten stützen dürfe, müsse dies erst recht für unstreitigen Sachvortrag gelten, soweit das Tatsachengericht keinen Zweifel an dessen Richtigkeit habe.

Die sich anschließende Diskussion wurde von *Karen Kraus*, Richterin am BSG, moderiert. Hauptsächlich wurde die Frage erörtert, wann eine Tatsache als bewiesen gelten könne. Die Maßstäbe hierfür müsse das Gericht vorgeben, so *Knittel*, jedenfalls aber die Angaben des Sachverständigen im Hinblick auf deren Beweiswert auswerten.

Auch das aktuelle Gesetzgebungsvorhaben zur Pflicht einer Anhörung der Beteiligten vor der Auswahl eines Sachverständigen wurde angesprochen. *Knittel* führte aus, dass mit der Neuregelung auf Probleme im familiengerichtlichen Verfahren reagiert werden solle. Für die Sozialgerichtsbarkeit halte er eine solche Regelung nicht für sinnvoll, denn es sei eine Verzögerung der Verfahren zu befürchten. Aus berufungsgerichtlicher Sicht sei auch nicht erkennbar, dass im Rahmen des Sachverständigenbeweises strukturelle Probleme durch die im Ermessen des Gerichts stehende Auswahl der Sachverständigen bestünden. Zusätzlich liege zwischen der Bekanntgabe des Gutachtensauftrages an die Beteiligten und der Begutachtung ausreichend Zeit, in der die Beteiligten dem Gericht Bedenken hinsichtlich der Sachverständigenauswahl mitteilen oder

<sup>1</sup> vgl. BSG Urteil vom 23. Juli 2015 – B 5 RE 17/14 R.

einen Befangenheitsantrag (gegen den Sachverständigen oder das Gericht) stellen könnten.

## 5. Ausgewählte Probleme der Beweiserhebung und Wissensgewinnung

Die Referenten *Pablo Coseriu* (Richter am BSG) und *Hans-Christian Jakob* (Richter am Thüringer LSG) befassten sich anhand von Praxisbeispielen mit Problemen der Einhaltung der prozessrechtlichen Standards bei der Beweiserhebung.

*Coseriu* machte auf Probleme beim Grundsatz der Meistbegünstigung, der mündlichen Verhandlung im sozialgerichtlichen Verfahren, der Beiladung sowie dem Grundurteil aufmerksam. Zum Grundsatz der Meistbegünstigung erläuterte er die Schwierigkeit insbesondere bei anwaltlich nicht vertretenen Klägern das klägerische Begehren und den entscheidungserheblichen Sachverhalt zu erfassen. Auch bei der Einlegung von Rechtsmitteln durch unvertretene Kläger sei der Meistbegünstigungsgrundsatz zu beachten. Hier verbiete sich bei einer offensichtlich falschen Bezeichnung die Haftung am Wortlaut. Häufig sei eine Auslegung geboten, erforderlichenfalls auch eine Umdeutung möglich. Es dürfe nicht aus dem Blick geraten, dass Prozessrecht „dienendes Recht“ sei. In diesem Zusammenhang betonte *Coseriu* die Bedeutung der mündlichen Verhandlung für ein faires und transparentes sozialgerichtliches Verfahren, weshalb nur in Ausnahmefällen (§§ 105, 153 Abs 4 SGG) hierauf verzichtet werden dürfe. Nicht zuletzt diene die mündliche Verhandlung dem Rechtsfrieden und biete zudem die Gelegenheit zur unstreitigen Erledigung des Rechtsstreits. Zur Beiladung (§ 75 SGG) verwies *Coseriu* auf eine inzwischen nahezu unüberschaubare Rechtsprechung des BSG, welche jedenfalls den Schluss zulasse, dass die Beiladung vom Prozessgericht „immer im Blick behalten“ werden müsse. In Zweifelsfällen sei zu einer Beiladung zu raten. Abschließend behandelte *Coseriu* Probleme des Grundurteils (§ 130 SGG) im sozialgerichtlichen Verfahren. Da diesem bei einer Leistungsklage der Charakter eines Zwischenurteils zukomme, sei Voraussetzung für das Grundurteil im Höhenstreit jedenfalls eine umfassende Aufklärung des Sachverhalts. Die

Frage, inwieweit hierbei ein Unstreitigstellen einzelner Berechnungselemente in Betracht komme, sei – auch unter den Senaten des BSG – umstritten.

Hieran anschließend befasste sich *Jakob* mit drei prozessualen „Stolpersteinen“ des sozialgerichtlichen Verfahrens, nämlich der Einbeziehung von Folgebescheiden, der Verurteilung des Beigeladenen nach § 75 Abs 5 SGG und – anknüpfend an *Coseriu* – dem Grundurteil. Zur Problematik der Einbeziehung von Folgebescheiden verwies *Jakob* auf § 96 SGG in der seit 1.4.2008 geltenden Fassung. Dessen Anwendungsbereich sei nunmehr auf die Änderung oder Ersetzung des ursprünglichen Verwaltungsakts begrenzt. Der Wortlaut des § 86 SGG sei dagegen unverändert geblieben. Aktuell stelle sich die Frage der Einbeziehung von Folgebescheiden insbesondere im Recht der Grundsicherung, wenn nach ursprünglich vorläufiger Leistungsbewilligung eine endgültige Leistungsfestsetzung einhergehend mit einer Erstattungsforderung ergehe. In Bezug auf die Verurteilung eines beigeladenen Leistungsträgers (§ 75 Abs 5 SGG) machte *Jakob* auf das Problem aufmerksam, wie sich die Bestandskraft ablehnender Bescheide des beigeladenen Leistungsträgers auswirke. Wegen § 14 SGB IX komme dieser Frage auch im Recht der Teilhabeleistungen Relevanz zu. Ggf sei eine Wiederaufnahme des Verfahrens (§ 180 SGG) in Betracht zu ziehen. Zum Grundurteil (§ 130 SGG)

### **BSG-Richter Pablo Coseriu betonte im Hinblick auf den Meistbegünstigungsgrundsatz die Bedeutung der mündlichen Verhandlung für ein faires und transparentes Verfahren.**

verwies *Jakob* darauf, dass er – anders als *Coseriu* – davon ausgehe, dass ein solches nicht nur Geldleistungen, sondern – abhängig vom Normzweck – auch Sachleistungen zum Gegenstand haben könne. Das Grundurteil im Höhenstreit ermögliche die Herabsetzung von Prüfungsumfang und -dichte. Daher sei es für die Instanzgerichte auch und gerade im Interesse der Verfahrensbeschleunigung unverzichtbar.

In der anschließenden, von *Karen Krauß*, Richterin am BSG, moderierten Diskussion wurde vor dem Hintergrund der von den Referenten angesprochenen unterschiedlichen Sichtweisen der Senate des BSG zu einzelnen Rechtsproblemen die Frage aufgeworfen, ob eine verstärkte Anrufung des Großen Senats – oder in Einzelfällen auch des BVerfG – geboten sein könnte.

## 6. Verfahrens- und verfassungsrechtliche Standards bei Kommunikationsschwierigkeiten mit Prozessbeteiligten

Zu Beginn seines Vortrags erinnerte *Dr. Steffen Luik*, Richter am LSG Baden-Württemberg, an den Wandel des Verhältnisses von Bürger und Staat seit 1945. Der sich „*einmischende*“ Bürger habe sich als ein nützliches Instrument zur Kontrolle der Verwaltung erwiesen.

Im Hinblick auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art 19 Abs 4 GG) und den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs 1 GG) für Menschen mit Behinderungen müsse die barrierefreie Kommunikation gewährleistet werden (§§ 186, 191a GVG). Wirksam würden diese Rechte jedoch nur im Rahmen einer funktionsfähigen Justiz, die eine angemessene Personalausstattung benötige, um dem Justizgewährungsanspruch Rechnung tragen zu können. Im Einzelnen ging *Luik* auf Grundsätze der Kommunikation im Gerichtssaal ein. Eine offene, kommunikative Verhandlungsführung könne der Verfahrensförderung dienlich sein, weil die analytisch-gutachterliche Kompetenz von Juristen allein zur Konfliktlösung nicht ausreiche. Neben den erforderlichen Fachkenntnissen, die ein Jurist benötige, sei daher Sozialkompetenz ein entscheidendes Qualifizierungsmerkmal. Hierzu gehöre auch Bürgerfreundlichkeit im Auftreten und in der Sprache.

Zum Thema „*Querulanz*“ von Prozessbeteiligten mahnte *Luik* zu Vorsicht und Zurückhaltung. Eine Verkürzung des Rechtsschutzes komme grundsätzlich auch bei „*Querulanten*“ nicht allein deshalb in Betracht, weil sie prozessual gegebene Rechte in nach Ansicht des Richters unangemessener Weise ausnutzten.

Auch dürfe man in schwierigen Fällen nicht ohne weiteres die Prozessfähigkeit des Beteiligten anzweifeln. Habe man tatsächlich schwerwiegende begründete Zweifel, so müsse in jedem Fall die Klärung durch Sachverständigengutachten erfolgen. Falls Prozessunfähigkeit bestätigt werde, müsse ein besonderer Vertreter bestellt werden (§ 72 SGG). Ausnahmen von der Vertreterbestellung seien nur zulässig, wenn unter Anlegung eines strengen Maßstabs das Rechtsmittel eines Prozessunfähigen bereits formal offensichtlich haltlos sei, die bloße offensichtliche Unbegründetheit eines Begehrens reiche nicht aus. Die Gerichte müssten schließlich die Amtsführung besonderer Vertreter kontrollieren und im Rahmen ihrer den Beteiligten gegenüber bestehenden Fürsorgepflichten sicherstellen, dass sich deren prozessuale Handlungen als pflichtgemäße Interessenwahrnehmung darstellten.

Im Rahmen der anschließenden, von *Dr. Ursula Waßer*, Richterin am BSG, moderierten Diskussion, betonte *Luik*, dass es sich lohne, auch mit schwierigen Prozessbeteiligten mündlich zu verhandeln bzw. Erörterungstermine durchzuführen. Nur dadurch erwerbe man das notwendige Fingerspitzengefühl, um auch in unvorhergesehen schwierigen Situationen angemessen und sachgerecht reagieren und entscheiden zu können.

## 7. Qualitätssicherung durch Gewährleistung eines Instanzenzugs

Den Instanzenzug behandelten die Referenten aus richterlicher und anwaltlicher Perspektive. *Dr. Ruth Düring*, Richterin am Bundessozialgericht, wies einleitend darauf hin, dass Art 19 Abs 4 GG kein Recht auf einen Instanzenzug vorgebe, sondern Rechtsschutz durch, nicht gegen den Richter garantiere. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben wahre das Prozessrecht daher unabhängig vom Instanzenzug durch Gewährleistung von Verfahrensgarantien. Der Instanzenzug solle hierauf aufbauend die Einheitlichkeit und Verlässlichkeit der Rechtsprechung sicherstellen, indem Qualitätssicherung durch ein System der internen Kontrolle angestrebt werde. Aus rechtspraktischer Sicht sei der Instanzenzug allerdings bis zur Revisionsinstanz nicht in der Weise offen, wie das Prozessrecht dies vermuten ließe.

Die für das BSG als Revisionsinstanz verfügbaren statistischen Daten zeigten nämlich, dass Revisionsverfahren gegenüber Entscheidungen über Nichtzulassungsbeschwerden mengenmäßig deutlich in den Hintergrund treten. Grund für die vielen Nichtzulassungsbeschwerden sei eine eher restriktive Zulassungspraxis durch die Landessozialgerichte. Nicht weniger restriktiv gestalte sich jedoch auch die Zulassungspraxis des BSG. Nichtzulassungsbeschwerden würden durch das BSG in der großen Mehrzahl wegen unzureichender Darlegung eines Zulassungsgrundes bereits als unzulässig verworfen, eine Sachprüfung der Zulassungsgründe (grundsätzliche Bedeutung, Divergenz und Verfahrensmangel) erfolge in diesen Fällen nicht.

Die Anforderungen an die Zulässigkeit von Nichtzulassungsbeschwerden seien im Gesetz nur rudimentär vorgegeben. Das BSG habe die Anforderungen an die Darlegung des jeweils geltend gemachten Zulassungsgrundes recht weit ausdifferenziert. Die Anforderungen seien inzwischen so hoch, dass der Rechtsmittelführer hier „mit dem Florett und nicht mit dem Säbel“ kämpfen müsse. Vom Bundesverfassungsgericht seien die hohen Darlegungsanforderungen des BSG bislang nicht beanstandet worden. Dennoch, so *Düring*, stelle sich die Frage, ob nicht mittlerweile ein Rechtsanwalt bei Anlegung der praxisüblichen Sorgfalt mit dem Versuch, eine Zulassung seiner Revision über die Nichtzulassungsbeschwerde zu erreichen, bereits auf der formalen Ebene scheitern müsse.

In ihrem Fazit hielt *Düring* fest, dass die Auslegung der einzelnen Zulassungskriterien in den Senaten des Bundessozialgerichts stark variere. Eine einheitliche und vorhersehbare Rechtsprechung bestehe insoweit nicht. Im Interesse der Qualitätssicherung bestehe daher Handlungsbedarf im Sinne einer Fortentwicklung und Vereinheitlichung durch die Senate des BSG.

Aus der anwaltlicher Perspektive definierte *Dr. Reimar Buchner*, Rechtsanwalt aus Berlin, die Anforderungen der rechtsberatenden Praxis an den Instanzenzug. *Buchner* ging zunächst auf den Qualitätsbegriff, verstanden als Struktur-, Prozess- und Ergebnisqualität

ein. Neben rechtlichen erläuterte er auch außerrechtliche Qualitätsansprüche, wie die Verfahrensdauer, Transparenz und Informationssymmetrie in der Verfahrensführung des Gerichts gegenüber beiden Beteiligten, die Kommunikation und das Auftreten des Gerichts in der mündlichen Verhandlung und schließlich die Qualität der Entscheidung.

Auch *Buchner* ging vertieft auf das Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerden ein. Die hohe Zahl der als unzulässig verworfenen Nichtzulassungsbeschwerden sei tatsächlich bemerkenswert. Diese

**Die restriktive Zulassungspraxis des BSG führe dazu, dass die Mehrzahl der Nichtzulassungsbeschwerden wegen unzureichender Darlegung eines Zulassungsgrundes verworfen würden, so BSG-Richterin Ruth Düring.**

hätten im Jahre 2014 bei 91,66 % der durch Beschluss erledigten Beschwerden gelegen. Damit stelle sich aus anwaltlicher Sicht die Frage, ob der Zugang zur Revisionsinstanz zu stark eingeschränkt und die Qualitätssicherung durch Gewährleistung der Revision verwehrt werde. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stehe die Garantie effektiven Rechtsschutzes aus Art 19 Abs 4 GG einer Überspitzung der Anforderungen an ein Rechtsmittelzulassungsverfahren entgegen. Die Darlegungsanforderungen müssten demnach auch von einem durchschnittlichen, nicht auf das gerade einschlägige Rechtsgebiet spezialisierten Rechtsanwalt mit zumutbarem Aufwand erfüllt werden können. Die Garantie des gesetzlichen Richters nach Art 101 Abs 1 Satz 2 GG werde jedenfalls dann verletzt, wenn der Umfang der Darlegungsanforderungen für die Zulässigkeit der Nichtzulassungsbeschwerde sich von den Anforderungen an dessen Begründetheit nicht mehr signifikant unterscheide. Denn die Verwerfung der Nichtzulassungsbeschwerde als unzulässig erfolge anders als eine Sachentscheidung über die Begründetheit der Nichtzulassungsbeschwerde ohne Hinziehung der ehrenamtlichen Richter.

*Buchner* schloss seine Ausführungen mit dem Wunsch, dass jeder ablehnen- den Entscheidung zumindest eine kurze Begründung beigegeben werden sollte. Auch wenn diese nach § 160a Abs 4 Satz 2 SGG entfallen könne, sei sie für die Akzeptanz der getroffenen Entscheidung ebenso wichtig wie für die Prüfung, ob die Einlegung einer Verfassungsbeschwerde sinnvoll sei.

## 8. Eignung, Leistung und Befähigung – Anspruch und Wirklichkeit – Beurteilungen und dienstrechtliche Aufsicht

*Dr. Malte Graßhof*, Vizepräsident des Verwaltungsgerichts Karlsruhe, leitete seinen Vortrag mit einem Seitenblick auf den US-amerikanischen Rechtskreis ein, in dem sich Bundesrichter für ihre Wiederwahl der wohl härtesten Form der Beurteilung stellen müssten, nämlich einer öffentlichen Bewertung von außen durch Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte („judging the judges“). So exotisch ein solches Verfahren in Deutschland auch wirke, so unverzichtbar sei die dienstliche Beurteilung auch hierzulande. Sie erfülle zwei wichtige Funktionen, nämlich zum einen als Grundlage für Auswahlentscheidungen bei Beförderungen, zum anderen als Maßnahme der Dienstaufsicht, um eine ordnungsgemäße Erledigung der richterlichen Aufgaben sicherzustellen. Letztlich dienten beiden Funktionen der Qualitätssicherung, wenngleich sie hierzulande nicht gleichgewichtig seien. Ganz im Vordergrund stehe die dienstliche Beurteilung als Mittel der Bestenauslese im Rahmen von Auswahlentscheidungen. Dagegen trete die Funktion der klassischen Dienstaufsicht (mit ihrer Nähe zum Disziplinarrecht), Fehler und Mängel zu korrigieren und die Qualität der richterlichen Arbeit zu verbessern, leider in den Hintergrund. Das gleiche gelte für andere personalbezogene Maßnahmen der Qualitätssicherung wie das Coaching, das Jahresgespräch oder die Supervision, obwohl gerade gegenüber Richterinnen und Richtern solche „weichen“ Personalentwicklungsmaßnahmen wirkungsvoller sein könnten als die „harte“ Beurteilung. Das formale Beurteilungs-

wesen sei für die Betroffenen oft sozial und kommunikativ überfordernd. Für die Beurteilten bestehe die Gefahr der Demotivierung. Seitens der Beurteiler werde darauf zum Teil mit nichtssagen- den Einheitsbeurteilungen reagiert, die für die Personalauswahl nicht geeignet seien, was einen informellen und intransparenten Informationsaustausch zur Folge habe.

Bei Auswahlentscheidungen folge aus Art. 33 Abs 2 GG ein Bewerbungsverfahrensanspruch der konkurrierenden Kolleginnen und Kollegen. Gehe man davon aus, dass sich die leistungsstärkeren Richter um Beförderungämter bewerben, so gehe es darum, innerhalb dieses dichten Bewerberfeldes valide Differenzierungen vorzunehmen, um das bestmögliche Personal zu identifizieren. Durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sei geklärt, dass die dienstliche Beurteilung dabei die zentrale Rolle einnehme und andere Instrumente wie beispielsweise Auswahlgespräche daneben nur eine ergänzende Funktion hätten. Damit komme es nicht auf eine Momentaufnahme, sondern auf die längerfristige dienstliche Leistung an, was hohe Anforderungen an die Justizverwaltungen stelle. Ein Grundproblem sei dabei die Vergleichbarkeit dienstlicher Beurteilungen, da Beurteiler erfahrungsgemäß ganz unterschiedliche Maßstäbe für die Erfül-

**Bei Konkurrentenstreitverfahren sei eine höhere gerichtliche Prüfungsdichte im Hinblick auf die Vergleichbarkeit und Schlüssigkeit von Beurteilungen zu beobachten; dies sei positiv zu bewerten, so Malte Graßhof.**

lung der vorgegebenen Notenstufen zur Anwendung brächten. Eine Validierung der Anforderungen an die Notenstufen in regelmäßigen Gesprächsrunden sei daher unverzichtbar. Darüber hinaus stelle sich aufgrund der oft gegebenen Sachferne der Beurteiler, die nicht selten keine persönliche Anschauung von der tatsächlichen Arbeit des zu Beurteilenden hätten, das Problem des Erkenntnisgewinns. Schließlich müsse auch eine zeitliche Vergleichbarkeit der

Beurteilungen gewährleistet sein; bei Regelbeurteilungen böten sich hierfür Stichtagsregelungen an.

Begleitet werde die Personalgewinnung durch eine immer intensivere Kontrolle der Verwaltungsgerichte. Eine höhere gerichtliche Prüfungsdichte sei vor allem im Hinblick auf die Vergleichbarkeit und Schlüssigkeit von Beurteilungen zu beobachten. Dieser Umstand, so *Graßhof*, sei grundsätzlich positiv zu bewerten, denn durch die Gewährung subjektiven Rechtsschutzes sei eine wirk- same Kontrolle der Justizverwaltungen gegeben. Verständlicherweise würden solche Verfahren intensiv betrieben, schließlich gehe es oft um die am Ende des Berufslebens erreichbare Position. Trotzdem sei es aus Sicht der Justizverwaltungen wünschenswert, die Dauer von Konkurrentenstreitverfahren zu verkürzen. Besonders nachteilig auf die Verfahrensdauer wirke sich neben der Prüfungsdichte, die im Eilverfahren keine andere als im Hauptsacheverfahren sei, das Informationsungleichgewicht aus, das der Konkurrent erst im gerichtlichen Eilverfahren aufholen könne. Denn wegen Fehlens eines Verwaltungsverfahrens beginne erst dort mit der Akteneinsicht die Informationsgewinnung und der Austausch von Argumenten.

Als Ausgangspunkt für Reformüberlegungen schlug *Graßhof* vor, strengere Präklusionsvorschriften in den Blick zu nehmen, die Zuständigkeit für Verfahren zu konzentrieren, z.B. für Bundesrichter und höhere Beamte auf die Oberverwaltungsgerichte. In Ausnahmefällen müsse es darüber hinaus möglich sein, Beförderungen vorläufig vorzunehmen, um gravierende Funktionseinschränkungen in den betroffenen Institutionen zu vermeiden.

In der sich anschließenden von *Inken Gallner*, Amtschefin des Justizministeriums Baden-Württemberg, moderierten Diskussion wurde die Herstellung von Transparenz durch Offenlegung der Beurteilungsstatistiken gefordert und der Sinn der sog. weichen Quote in Frage gestellt, da diese eine angemessene Beurteilung im Einzelfall verhindern könne. Schließlich wurde auch über Aufwand und Sinn des Beurteilungswesens zur Erreichung einer Bestenauslese im Sinne von Art. 33 Abs 2 GG diskutiert.

Die nächste Richterwoche in Kassel findet vom 8. bis 10. November 2016 statt. ■