

## Sozialgerichtsgesetz - SGG

von

Dr. Elke Roos, Prof. Dr. Volker Wahrendorf, Jürgen Aussprung, Prof. Dr. Joachim Becker, Dr. Dirk Bieresborn, Prof. Dr. Claudia Bittner, Dr. Christian Burkiczak, Dr. Stefanie Engel-Boland, Max Eppelein, Prof. Dr. Martin Gutzeit, Dr. Stephan Gutzler, Knut Haack, Karin Hannappel, Dr. Thomas Harks, Andreas Heinz, Susanne Jaritz, Hans-Peter Jung, Carsten Karmanski, Jan Krauß, Dr. Anders Leopold, Dr. Henning Müller, Dr. Bernhard-Joachim Scholz, Robert Nazarek, Dr. Thomas Sommer, Elisabeth Straßfeld

1. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 65053 6

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

grundsätzlich in die Zuständigkeit des BVerfG, in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art indes nur, „soweit nicht ein anderer Rechtsweg gegeben ist“. In allgemeinen verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten ist die Zuständigkeit des BVerwG gegeben (§§ 40, 50 VwGO), in den Fällen des § 51 SGG die Zuständigkeit des BSG. Das BVerfG hat insoweit eine „ruhende Kompetenz“<sup>6</sup>.

Der enge Zusammenhang mit den verfassungsrechtlichen Verfahren spiegelt sich in den Sachurteilsvoraussetzungen wieder, im Besonderen:

Für die Abgrenzung der verschiedenen gerichtlichen Zuständigkeiten ist von der **Zuständigkeit** des BVerfG auszugehen. Dabei ist nach der Rechtsprechung des BVerfG maßgebend auf das verfassungsrechtliche Grundverhältnis abzustellen. Für die Bestimmung der Rechtsnatur des Streites um die geltend gemachten Ansprüche kommt es auf den Charakter des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses an. Denn die geltend gemachten Ansprüche können in einem engeren Rechtsverhältnis wurzeln, und dann sind dieses engere Rechtsverhältnis und seine Rechtsnatur für die Rechtsnatur der geltend gemachten Ansprüche entscheidend.<sup>7</sup> Das gilt auch, wenn der Rechtsstreit in einer verfassungsrechtlichen Norm wurzelt. Entscheidend ist daher, ob der Kern des Rechtsstreits eine verfassungsrechtliche Frage betrifft oder lediglich die rechtliche Beurteilung einer Verwaltungsmaßnahme. Streitigkeiten über einen Haftungsanspruch nach Art. 104a Abs. 5 S. 1 Halbs. 2 GG können sowohl verfassungsrechtlicher als auch nicht verfassungsrechtlicher Natur sein. Wird im Kern über die Frage der grundsätzlichen Zuordnung verfassungsrechtlicher Finanzlasten gestritten, liegt eine verfassungsrechtliche Streitigkeit vor.<sup>8</sup> Wird jedoch nur ein Anspruch auf Schadensersatz wegen fehlerhafter Verwaltungsführung geltend gemacht, der die grundsätzliche Zuordnung der Finanzlasten und damit das verfassungsrechtliche Grundverhältnis zwischen Bund und Ländern nicht infrage stellt, so ist eine im einfachen Recht wurzelnde Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art gegeben.<sup>9</sup>

Die Frage, ob bei der Berechnung des Erstattungsbetrages nach § 46 Abs. 8 SGB II als Bezugsgröße, auf die sich die aus § 46 Abs. 5 SGB II ergebende Beteiligungsquote der Bundesrepublik anzuwenden ist, ein durch rechtswidrige Gesetzesanwendung des Landes zu hoch angesetzter Betrag der Kosten der Unterkunft und Heizung nach § 22 SGB II zugrunde gelegt wurde und ob es dadurch zu einer im Rahmen des Haftungsanspruchs nach Art. 104a Abs. 5 S. 1 Halbs. 2 GG auszugleichenden Überzahlung gekommen ist, betrifft nicht das verfassungsrechtliche Grundverhältnis zwischen Bund und Ländern, sondern stellt sich lediglich als eine im einfachen Recht wurzelnde Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art dar. Hieran ändert auch das **Mängelrügeverfahren** nach Art. 84 Abs. 4 S. 1 GG nichts. Die Mängelrüge nach Art. 84 Abs. 4 S. 1 GG und der nichtverfassungsrechtliche Schadensersatzanspruch nach Art. 104a Abs. 5 S. 1 Halbs. 2 GG stehen nicht in einem Stufenverhältnis zueinander, wie es für den Grundsatz des Vorrangs des Primärrechtsschutzes gilt. Das Mängelrügeverfahren ist im Verhältnis zum Haftungsanspruch nicht als Primärrechtsschutz einzustufen. Es sieht vor, den Bundesrat für die Rüge von Mängeln bei der verwaltungsmäßigen Ausführung eines Bundesgesetzes anzurufen, bevor im Bund-Länder-Streit Rechtsschutz beim BVerfG gesucht werden kann.<sup>10</sup> Das Verfahren ist durch einen Ablauf geprägt, der einem gerichtlichen Verfahren nicht vergleichbar ist. Es handelt sich um ein spezielles Streitschlichtungsverfahren zwischen Bund und Ländern mit besonderer Entscheidungskompetenz des Bundesrates. Die gerichtliche Kontrolle durch das Verfassungsorgan BVerfG ist dem nachgelagert (Art. 84 Abs. 4 S. 2 GG) und bezieht sich lediglich auf die Überprüfung des Beschlusses des Bundesrates.<sup>11</sup>

Besondere Sachurteilsvoraussetzung ist überdies, dass es sich um eine **Angelegenheit „grundlegender Art“** des § 51 SGG handelt, die sich also nach ihrem Gegenstand einem Vergleich mit

<sup>6</sup> Vgl. Schlaich/Korioth, Rn. 106; Benda/Klein, Rn. 1110; aA Wieland, in: Dreier, Art. 93 Rn. 71 mit Blick auf BVerfG, Beschl. v. 29.4.1996 – 2 BvG 1/93 –, BVerfGE 94, 297, 310.

<sup>7</sup> BVerfG, Urt. v. 7.4.1976 – 2 BvH 1/75 –, BVerfGE 42, 103, 113 = NJW 1976, 1084; BVerfG, Beschl. v. 23.11.1982 – 2 BvH 1/79 –, BVerfGE 62, 295, 313.

<sup>8</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 20.1.1999 – 2 BvG 2/95 –, BVerfGE 99, 361, 365 f.

<sup>9</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 20.1.1999 – 2 BvG 2/95 –, BVerfGE 99, 361, 366; BVerwG, Urt. v. 16.1.1997 – 4 A 12/94, BVerwGE 104, 29, 31 = Buchholz 11 Art. 104a GG Nr. 16; BVerwG, Urt. v. 24.1.2007 – 3 A 2/05, BVerwGE 128, 99 Rn. 16 f. = Buchholz 11 Art. 104a GG Nr. 20.

<sup>10</sup> Vgl. zB BVerfG, Urt. v. 26.3.1957 – 2 BvG 1/55 –, BVerfGE 6, 309, 328 f.

<sup>11</sup> Vgl. Dittmann, in: Sachs, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 84 Rn. 40; Hermes, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2008, Art. 84 Rn. 99; Ipsen, Staatsrecht I, 20. Aufl. 2008, Rn. 630; zum Ganzen BSG, Urt. v. 15.12.2009 – B 1 AS 1/08 KL –, BSGE 105, 100 = SozR 4–1100 Art. 104a Nr. 1 Rn. 16 ff.

den „landläufigen Verwaltungstreitigkeiten“ entzieht.<sup>12</sup> Im Fall eines Anspruchs aus Art. 104a Abs. 5 S. 1 Halbs. 2 GG ist diese Voraussetzung gegeben.<sup>13</sup>

- 11 Im Übrigen müssen die sonstigen **Sachurteilsvoraussetzungen** der jeweiligen fachgerichtlichen Verfahrensordnung, hier des SGG, gegeben sein. Zu beachten ist, dass es sich um ein **Klageverfahren**, nicht um ein Revisionsverfahren handelt. Mit Rücksicht auf die andersartige Struktur der Spruchkörper (Senatsprinzip) und die Bedeutung der Verfahren kann es aber sachgerecht sein, ergänzend die Vorschriften über das Berufungs- und Revisionsverfahren heranzuziehen, etwa §§ 73a Abs. 4, 155 Abs. 2 bis 4, 170a, 171 SGG.
- 12 **2. Vorlagepflicht (Abs. 2 S. 2 SGG).** Das BSG ist zur Vorlage an das BVerfG verpflichtet, wenn es in den Fällen des Absatz 2 Satz 1 die Sache für verfassungsrechtlich hält. Über eine Vorlage des BVerwG nach § 50 Abs. 3 VwGO oder eine Vorlage des BSG nach § 39 SGG hat das BVerfG bislang erst einmal entschieden. Die einzige – auf Vorlage des BVerwG ergangene – Entscheidung des BVerfG betraf den Fall eines Bund-Länder-Streits und die Frage, ob der Bund berechtigt war, vom Land Mecklenburg-Vorpommern die Erstattung eines Millionenbetrages zu verlangen, der ihm im Rahmen einer Rechnungsabschlussscheidung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften durch die Anlastung von Marktordnungsausgaben des Europäischen Ausrichtungs- und Garantiefonds für die Landwirtschaft auferlegt worden war. Das Land hatte, nachdem ihm im Jahr 1999 das Erstattungsbegehren des Bundes bekannt geworden war, im Jahr 2001 Klage zum BVerwG erhoben, dass BVerwG im Jahr 2002 die Sache dem BVerfG zur Entscheidung vorgelegt, daraufhin das Land noch einmal gesondert Klage beim BVerfG erhoben.<sup>14</sup> Die dort formulierten Rechtssätze sind in gleicher Weise von Bedeutung für die Vorlage nach § 39 Abs. 2 S. 2 SGG.
- 13 Die Entscheidung des vorlegenden Gerichts entfaltet für das BVerfG keine **Bindungswirkung**. Es handelt sich hierbei nicht um eine Verweisung. Mit der Verfassungsorganstellung des BVerfG wäre es unvereinbar, innerhalb seiner Zuständigkeit zur Entscheidung verfassungsrechtlicher Streitigkeiten Bindungen von Fachgerichten zu unterliegen und unter Umständen aufgrund dieser Verweisung Fragen des einfachen Rechts entscheiden zu müssen.<sup>15</sup> Das BVerfG entscheidet dagegen mit bindender Wirkung (Abs. 2 S. 3).
- 14 Das BVerfG ist für die **abschließende Entscheidung** der ihm vorgelegten verfassungsrechtlichen Streitigkeit zuständig. Der Gesetzgeber hat dem Bundesgericht in erster Instanz nur diejenigen Sachen zugewiesen, die an Umfang, Bedeutung oder Auswirkung über das Gebiet eines Landes hinausgehen, Sachen von allgemeiner grundsätzlicher Bedeutung, die aus zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses einer alsbaldigen Entscheidung bedürfen.<sup>16</sup> Bei der Auslegung der Prozessrechtsnorm des § 50 Abs. 3 VwGO ist daher derjenigen Auslegungsvariante der Vorzug zu geben, die zu größerer Verfahrensbeschleunigung führt. Einer Entscheidung, die nur den Ausspruch zum Inhalt hat, dass es sich um eine verfassungsrechtliche Streitigkeit handelt, müssten weitere förmliche Verfahrensschritte folgen, um zu der angestrebten Entscheidung in der Sache zu kommen. Eine solche Verfahrensgestaltung wäre unökonomisch.<sup>17</sup> Für das BSG und § 39 SGG verhält es sich in gleicher Weise.
- 15 Für das Verfahren vor dem BVerfG müssen sodann die **Sachurteilsvoraussetzungen** für die einschlägige Verfahrensart gegeben sein. Diese – wie beispielsweise eine Antragsfrist – können nicht durch Anrufung des unzuständigen Bundesfachgerichts umgangen werden. Es ist nicht nur sachgerecht, sondern zur Vermeidung von Missbrauch und Umgehung geboten, in solchen Fällen das Fristerfordernis für einen solchen Streit vor dem BVerfG (vgl. zB § 69 iVm § 64 Abs. 3 BVerfGG) auf die Erhebung einer Klage vor dem BVerwG zu übertragen, sofern es sich hierbei um ein Klagebegehren handelt, das unmittelbar vor dem BVerfG hätte verfolgt werden müssen. Soll die Möglichkeit einer Sachentscheidung des BVerfG offen gehalten werden, muss die Klage zum Fachgericht innerhalb der für das Verfahren vor dem BVerfG vorgesehenen Frist erhoben

<sup>12</sup> Vgl. ähnlich zu § 50 Abs. 1 Nr. 1 VwGO zB *BVenwG*, Urt. v. 24.1.2007 – 3 A 2/05, *BVenwGE* 128, 99 Rn. 18 mwN stRspr.

<sup>13</sup> Entsprechend *BVenwG*, Urt. v. 24.1.2007 – 3 A 2/05 –, *BVenwGE* 128, 99 Rn. 17 mwN = Buchholz 11 Art. 104a GG Nr. 20; *BSG*, Urt. v. 15.12.2009 – B 1 AS 1/08 KL, *BSGE* 105, 100 = *SozR* 4–1100 Art. 104a Nr. 1 Rn. 21.

<sup>14</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 7.10.2003 – 2 BvG 1/02 –, 2 BvG 2/02, *BVerfGE* 109, 1.

<sup>15</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 7.10.2003 – 2 BvG 1/02 –, 2 BvG 2/02, *BVerfGE* 109, 1.

<sup>16</sup> *BVerfG*, Entsch. v. 10.6.1958 – 2 BvF 1/56 –, *BVerfGE* 8, 174 (178).

<sup>17</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 7.10.2003 – 2 BvG 1/02 –, 2 BvG 2/02 –, *BVerfGE* 109, 1.

werden. Das BVerfG folgt damit den Grundsätzen seiner bisherigen Rechtsprechung.<sup>18</sup> Die Frist beginnt zu laufen, sobald die beanstandete Maßnahme oder Unterlassung dem Kläger/Antragsteller bekannt wird. Als Maßnahme ist jedes rechtlich erhebliche Verhalten zu werten. Es muss sich um einen Vorgang oder um ein Verhalten handeln, aus dem sich eine Beeinträchtigung eines Antragstellers ergeben kann. Diese Voraussetzung ist vor allem dann gegeben, wenn ein Beteiligter eine Kompetenz beansprucht, die die föderale Zuständigkeitsordnung zu beeinflussen vermag.<sup>19</sup> Die Frist des § 69 iVm § 64 Abs. 3 BVerfGG ist nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG eine Ausschlussfrist, nach deren Ablauf Rechtsverletzungen nicht mehr geltend gemacht werden können.<sup>20</sup> Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist im Hinblick darauf, dass sich der Bundesgesetzgeber entschieden hat, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nur im Verfassungsbeschwerdeverfahren gegen Gerichtsentscheidungen zuzulassen (§ 93 Abs. 2 BVerfGG), nicht möglich.<sup>21</sup>

## II. Sonderregelungen

Außerhalb von Bund-Länder-Streitigkeiten und Zwischenländerstreitigkeiten bestimmt das Gesetz auch in anderen Fällen von übergeordneter Bedeutung die erst- und letztinstanzliche Zuständigkeit des BSG:

Das BSG entscheidet über Klagen von Personen, die als Soldaten dem Bundesnachrichtendienst angehören oder angehört haben, und ihren Hinterbliebenen im ersten und letzten Rechtszug (§ 88 Abs. 7 S. 2 Nr. 1 SVG). Über Rechtsstreitigkeiten, die aufgrund des SGB IX im Geschäftsbereich des Bundesnachrichtendienstes entstehen, entscheidet im ersten und letzten Rechtszug ebenfalls das BSG in Fällen, die der Sozialgerichtsbarkeit zugewiesen sind (§ 158 Nr. 5 SGB IX).

Das BSG entscheidet ferner im ersten und letzten Rechtszug über Klagen der Fachspitzenverbände der am Arbeitskampf beteiligten Tarifvertragsparteien, mit denen diese die Aufhebung der Entscheidung des Neutralitätsausschusses (§ 380 SGB III) nach § 160 Abs. 5 SGB III und eine andere Feststellung begehren. Die Klage ist gegen die Bundesagentur zu richten. Ein Vorverfahren findet nicht statt. Über die Klage entscheidet das Bundessozialgericht im ersten und letzten Rechtszug. Das Verfahren ist vorrangig zu erledigen. Auf Antrag eines Fachspitzenverbandes kann das BSG eine einstweilige Anordnung erlassen (§ 160 Abs. 6 SGB III).<sup>22</sup>

Für Klagen auf Entschädigung wegen überlanger Verfahrensdauer gegen den Bund ist das BSG in sozialgerichtlichen Angelegenheiten erst- und letztinstanzlich zuständig. Die Vorschriften der §§ 198 ff. VVG gelten entsprechend (§ 202 SGG S. 2 iVm § 201 Abs. 1 S. 2 VVG; → § 202 SGG).<sup>23</sup>

In all diesen Fällen ist – wie nach Absatzes 3 – zu beachten, dass es sich um erstinstanzliche Verfahren handelt, für die dementsprechend auch die für das Klageverfahren maßgeblichen verfahrensrechtlichen Grundsätze und Regeln gelten.

### § 40 [Fachsenate]

**<sup>1</sup>Für die Bildung und Besetzung der Senate gelten § 31 Abs. 1 und § 33 entsprechend. <sup>2</sup>Für Angelegenheiten des Vertragsarztrechts ist mindestens ein Senat zu bilden. <sup>3</sup>In den Senaten für Angelegenheiten des § 51 Abs. 1 Nr. 6a wirken ehrenamtliche Richter aus der Vorschlagsliste der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände mit.**

**Literatur:** Bader/Hohmann/Klein, Die ehrenamtlichen Richterinnen und Richter in der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit, 13. Aufl., 2012; Knörr, Die Entstehung einer eigenständigen Sozialgerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung Bayerns, Diss., 2007; Roos, Entwicklungslinien des gerichtlichen Verfahrens im Spannungsfeld von Rechtsfindung und Ressourcenknappheit – dargestellt am Sozialgerichtsverfahren, FS für O. Werner zum 70. Geburtstag, 2009, S. 597.

<sup>18</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.6.1987 – 2 BvR 826/83 –, BVerfGE 76, 107, 115 f.

<sup>19</sup> BVerfG, Beschl. v. 7.10.2003 – 2 BvG 1/02 –, 2 BvG 2/02 –, BVerfGE 109, 1.

<sup>20</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 20.1.1999 – 2 BvG 2/95 –, BVerfGE 99, 361, 366.

<sup>21</sup> BVerfG, Beschl. v. 7.10.2003 – 2 BvG 1/02, 2 BvG 2/02 –, BVerfGE 109, 1.

<sup>22</sup> Vgl. zur Vorgängerregelung des § 146 Abs. 6 AFG zuletzt BSG, Urt. v. 24.7.1996 – 7 KlAr 1/95 –, BSGE 79, 71 = SozR 3–4100 § 116 Nr. 4.

<sup>23</sup> Vgl. BSG, Urt. v. 21.2.2013 – B 10 ÜG 1/12 KL, zur Veröffentlichung vorgesehen in BSGE = SozR 4–1720 § 198 Nr. 1.

## A. Allgemeines

- 1 Die Norm enthält durch den Verweis auf die parallelen Vorschriften für die Senate bei den LSG (§ 31 Abs. 1 und § 33) und dortigen Unterverweis auf die entsprechenden Regelungen für die Kammern bei den SG (§ 12 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 bis 5) die wesentlichen Strukturelemente für den Aufbau der Spruchkörper beim BSG. Der Funktion entsprechende Regelungen, die am ehesten noch mit der Arbeitsgerichtsbarkeit strukturell Berührungspunkte aufweisen, finden sich in § 41 ArbGG, für die anderen obersten Gerichtshöfe des Bundes in § 10 VwGO, § 10 FGO sowie § 139 GVG.
- 2 Die Grundaussage (S. 1) der Regelung ist ebenso wie die verbindliche Vorgabe eines separaten Senats für Angelegenheiten des Vertragsarztrechts (S. 2) seit Anbeginn des SGG vom 3.9.1953<sup>1</sup> unverändert. Änderungen der Vorschrift ergaben sich in der Folge durch die Umbenennung des Kassenarztrechts in das Vertragsarztrecht durch das 6. SGGÄndG vom 17.8.2001.<sup>2</sup> Die ursprünglich in Satz 2 ebenfalls enthaltene verbindliche Vorgabe der Bildung eines Senats für Angelegenheiten der Knappschaftsversicherung einschließlich der Unfallversicherung für den Bergbau wurde mit dessen Bedeutungsschwund (Strukturwandel) und der einhergehenden zahlenmäßigen Abnahme der Streitigkeiten durch das SGGArbGGÄndG vom 26.3.2008<sup>3</sup> in eine fakultative Anordnung umgewandelt und dort zunächst gesondert in Satz 3 geregelt. Die in Satz 2 enthaltene obligatorische Anordnung eines Vertragsarztsenats wurde um die Möglichkeit der Bildung weiterer Senate („mindestens“) ergänzt. Der heutige Satz 3 wurde zunächst als Satz 4 in der Folge der erweiterten Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit in Sozialhilfesachen durch das Anhörungsrügensgesetz vom 9.12.2004<sup>4</sup> eingefügt und schließlich nach dem völligen Verzicht auf eigene Senate in Knappschaftssachen durch das Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren vom 24.11.2011<sup>5</sup> und der damit verbundenen Aufgabe der bisher dort angesiedelten Regelung als Satz 3 weitergeführt.

## B. Bildung und Besetzung der Senate (S. 1)

- 3 Satz 1 sieht durch den Verweis auf § 33 Abs. 1 S. 1 SGG auch in der 3. Instanz obligatorisch grundsätzlich die Besetzung der Senate mit drei Berufsrichtern und zwei ehrenamtlichen Richtern und durch den weiteren Verweis in § 33 Abs. 1 S. 2 SGG auf § 12 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 bis 5 SGG ebenso zwingend auch für die 3. Instanz die Organisation der Senate nach Fachsenaten (Fachsenatsprinzip) vor. Das Gesetz gewährleistet damit in der Sozialgerichtsbarkeit eine durchgängige **Beteiligung ehrenamtlicher Richter** innerhalb des Instanzenzugs wie sie in dieser Konsequenz nur noch in der Arbeitsgerichtsbarkeit durchgehalten ist (vgl. § 41 Abs. 2 ArbGG).<sup>6</sup> Das Prinzip der Beteiligung ehrenamtlicher Richter wird darüber hinaus durch das (Fachkammer)**Fachsenatsprinzip** verfeinert, welches sicherstellt, dass nach formalisierten Gesichtspunkten besonders fachkundige bzw mit der Materie vertraute ehrenamtliche Richter als Repräsentanten der jeweiligen beteiligten Kreise in die jeweiligen Senate eingebunden werden (vgl. hierzu auch → § 10).<sup>7</sup>
- 4 Jenseits der grundsätzlichen Aussage zur Bildung und Besetzung der Senate enthält § 40 S. 1 SGG weder Vorgaben über die Anzahl der einzelnen beim BSG vorzuhaltenden Fachsenate und über Einschränkungen in Bezug auf die Besetzung mehrerer Senate mit identischen Berufsrichtern noch über die Besetzung oder auch Überbesetzung mit mehr Berufsrichtern als zur Verhandlung und Entscheidung der Sache erforderlich. Fragen dieser Art gehören in den Bereich der Präsidiums, ggf. auch in den Bereich der Justizverwaltung (vgl. § 130 Abs. 1 S. 2 GVG, § 41 Abs. 3 ArbGG; s. hierzu → § 38 Rn. 13 f.).<sup>8</sup> Die konkrete Besetzung der Senate ist in jedem Fall originäre Aufgabe des Präsidiums (§ 21e Abs. 1 S. 1 GVG). Aktuell verfügt das BSG über

<sup>1</sup> BGBl. I S. 1239, 1244.

<sup>2</sup> BGBl. I S. 2144.

<sup>3</sup> BGBl. I S. 444.

<sup>4</sup> BGBl. I S. 3220.

<sup>5</sup> BGBl. I S. 2302.

<sup>6</sup> Roos, in: FS für O. Werner 2009, S. 597, 598; Knörr, Diss., S. 116.

<sup>7</sup> Klein, in: Bader/Hohmann/Klein, S. 18.

<sup>8</sup> Breidling, in: Löwe-Rosenberg, StPO, § 21e GVG Rn. 3 mwN.

14 Senate, von denen der 7. und 8. sowie der 9. und 10. Senat bei unterschiedlichen Zuständigkeiten mit identischen Berufsrichtern besetzt sind.

Hinsichtlich der Folgen von Mängeln auf getroffene gerichtliche Entscheidungen ist zu unterscheiden nach Fehlern in der von Gesetzes wegen vorgegebenen vorschriftsmäßigen Besetzung und Verstößen gegen eine ordnungsgemäße Geschäftsverteilung. Im zuerst genannten Fall liegt ohne Weiteres eine verfassungsbeschwerderelevante Verletzung des gesetzlichen Richters vor (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; vgl. hierzu → §§ 10, 12). Im zuletzt genannten Fall wirkt sich der Mangel nur bei Willkür aus.<sup>9</sup>

## C. Angelegenheiten des Vertragsarztrechts (S. 2)

Als besondere **gesetzliche Zuweisungsregel** schreibt Satz 2 die Bildung mindestens eines Senats in vertragsärztlichen Angelegenheiten vor, die Bildung weiterer Senate bei Bedarf ist insoweit nicht ausgeschlossen.<sup>10</sup> Die vertragsärztlichen Streitigkeiten in Abgrenzung insbesondere von krankenversicherungsrechtlichen Streitigkeiten umschreibt § 10 Abs. 2 SGG (hierzu näher → § 10). Derzeit ist beim BSG der 6. Senat als Vertragsarztsenat eingerichtet.

Die Abgrenzung zwischen vertragsärztlichen und krankenversicherungsrechtlichen Angelegenheiten ist beim BSG wiederholt Gegenstand von Konflikten gewesen, bis hin zum **positiven Kompetenzkonflikt**.<sup>11</sup> Zu deren Entscheidung ist auf der Basis des § 21e GVG grundsätzlich das Präsidium des BSG berufen. Zu beachten ist jedoch, dass die danach anzunehmende Entscheidungszuständigkeit des Präsidiums im Bereich gesetzlicher Zuweisungsregeln eingeschränkt ist. Es entspricht der einhelligen Meinung in der Rechtsprechung und Literatur, dass bei Anwendung gesetzlicher Zuweisungsvorschriften im Rahmen der Geschäftsverteilung keine Entscheidungskompetenz des Präsidiums, mithin kein Ermessen besteht.<sup>12</sup> Mit §§ 10 Abs. 2, 12 Abs. 3, 40 S. 2 SGG liegt eine gesetzlich geregelte Zuständigkeit der Fachkammern/ Fachsenate für Vertragsarztrecht (in Abgrenzung zu Fachkammern/Fachsenaten in Angelegenheiten der Sozialversicherung) vor. Über diese hat deshalb der jeweilige Spruchkörper in eigener Verantwortung und unter den Voraussetzungen des § 41 SGG der Große Senat (vgl. hierzu → § 41) zu entscheiden und nicht das Präsidium. Eine analoge Anwendung des § 58 SGG – wie im Falle von Kompetenzkonflikten zwischen Spruchkörpern der Instanzgerichte mit gesetzlich begründeter Zuständigkeit – bietet sich angesichts des Verfahrens nach § 41 SGG in einem solchen Fall nicht an.

Allerdings entheben auch gesetzliche Zuweisungsvorschriften nicht von der praktischen Notwendigkeit einer vollständigen Verteilung der anfallenden Geschäfte auf die konkreten Senate durch das Präsidium. Hieraus folgt zwangsläufig, dass die gesetzliche Zuordnung nicht deren gerichtsinterne Umsetzung hindern soll und auch nicht kann, wenn das Präsidium nicht selbst zur Vorlage an den Großen Senat berechtigt ist. Hinzunehmen ist, dass ggf. die Umsetzung zur Folge hat, dass das Gericht für den Fall fehlender Deckungsgleichheit nicht ordnungsgemäß besetzt ist.<sup>13</sup> Unter diesem Vorbehalt ist es nicht ausgeschlossen, dass das Präsidium bei einem positiven Kompetenzkonflikt im Einzelfall entscheidet und im Konfliktfall auch entscheiden muss. Das erhöhte Risiko eines Verstoßes gegen den gesetzlichen Richter dürfte indessen eine besondere Zurückhaltung gebieten und Einzelfallzuweisungen auf das Notwendige beschränken.

Der Gesetzgeber hat angesichts möglicher positiver Kompetenzkonflikte zwischenzeitlich § 10 Abs. 2 SGG mit dem Gesetz vom 22.12.2011<sup>14</sup> im Interesse der Regelungsklarheit durch Anfügung von Satz 2 deutlicher konturiert (s. hierzu näher → § 10 SGG), zur Abgrenzung Krankenversicherung – Vertragsarztrecht haben der davon betroffene 1., 3. und 6. Senat das Konfliktpotenzial zusätzlich durch einen zusammenfassenden Standpunkt zu § 10 Abs. 2 SGG<sup>15</sup> entschärft.

<sup>9</sup> BVerfG, Beschl. v. 8.4.1997 – 1 PBvU 1/95 –, BVerfGE 95, 322, 330; BVerfG, Beschl. v. 23.5.2012 – 2 BvR 610/12 –, 2 BvR 625/12 –, NJW 2012, 2334, 2337; Breidling, in: Löwe-Rosenberg, StPO, § 21e GVG Rn. 35.

<sup>10</sup> BT-Drs. 16/7716, S. 17.

<sup>11</sup> Vgl. zB die ursprünglich unter B 1 KR 16/10 R eingetragene Streitsache BSG, Urt. v. 14.12.2011 – B 6 KA 29/10 R –, BSGE 110, 20 – SozR 4–2500 § 92 Nr. 13.

<sup>12</sup> Vgl. Kissel/Mayer, GVG, § 21e Rn. 117 mwN.

<sup>13</sup> Vgl. Kissel/Mayer, GVG, § 21e Rn. 117.

<sup>14</sup> BGBl. I S. 3057; BT-Drs. 17/ 6764, S. 25.

<sup>15</sup> SGB 2012, 495.

## D. Angelegenheiten der Sozialhilfe und des Asylbewerberleistungsgesetzes

- 10 Satz 3 enthält eine Klarstellung zur Besetzung der Senate in Sozialhilfe- und Asylbewerberleistungssachen als Konsequenz des auf Bundesebene besonders geregelten Vorschlagsrechts (vgl. § 46 Abs. 4 SGG).<sup>16</sup> Eine Verweisung auf § 33 Abs. 1 S. 2 iVm § 12 Abs. 5 S. 2 SGG und das dort geregelte Vorschlagsrecht der Kreise und kreisfreien Städte hätte insoweit das Vorschlagsrecht des Bundes unterlaufen.

### § 41 [Großer Senat]

- (1) Bei dem Bundessozialgericht wird ein Großer Senat gebildet.
- (2) Der Große Senat entscheidet, wenn ein Senat in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen Senats oder des Großen Senats abweichen will.
- (3) <sup>1</sup>Eine Vorlage an den Großen Senat ist nur zulässig, wenn der Senat, von dessen Entscheidung abgewichen werden soll, auf Anfrage des erkennenden Senats erklärt hat, daß er an seiner Rechtsauffassung festhält. <sup>2</sup>Kann der Senat, von dessen Entscheidung abgewichen werden soll, wegen einer Änderung des Geschäftsverteilungsplanes mit der Rechtsfrage nicht mehr befaßt werden, tritt der Senat an seine Stelle, der nach dem Geschäftsverteilungsplan für den Fall, in dem abweichend entschieden wurde, nunmehr zuständig wäre. <sup>3</sup>Über die Anfrage und die Antwort entscheidet der jeweilige Senat durch Beschluß in der für Urteile erforderlichen Besetzung.
- (4) Der erkennende Senat kann eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung dem Großen Senat zur Entscheidung vorlegen, wenn das nach seiner Auffassung zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich ist.
- (5) <sup>1</sup>Der Große Senat besteht aus dem Präsidenten, je einem Berufsrichter der Senate, in denen der Präsident nicht den Vorsitz führt, je zwei ehrenamtlichen Richtern aus dem Kreis der Versicherten und dem Kreis der Arbeitgeber sowie je einem ehrenamtlichen Richter aus dem Kreis der mit dem sozialen Entschädigungsrecht oder der Teilhabe behinderter Menschen vertrauten Personen und dem Kreis der Versorgungsberechtigten und der behinderten Menschen im Sinne des Neunten Buches Sozialgesetzbuch. <sup>2</sup>Legt der Senat für Angelegenheiten des Vertragsarztrechts vor oder soll von dessen Entscheidung abgewichen werden, gehören dem Großen Senat außerdem je ein ehrenamtlicher Richter aus dem Kreis der Krankenkassen und dem Kreis der Vertragsärzte, Vertragszahnärzte und Psychotherapeuten an. <sup>3</sup>Legt der Senat für Angelegenheiten des § 51 Abs. 1 Nr. 6a vor oder soll von dessen Entscheidung abgewichen werden, gehören dem Großen Senat außerdem zwei ehrenamtliche Richter aus dem Kreis der von der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände Vorgeschlagenen an. <sup>4</sup>Sind Senate personengleich besetzt, wird aus ihnen nur ein Berufsrichter bestellt; er hat nur eine Stimme. <sup>5</sup>Bei einer Verhinderung des Präsidenten tritt ein Berufsrichter des Senats, dem er angehört, an seine Stelle.
- (6) <sup>1</sup>Die Mitglieder und die Vertreter werden durch das Präsidium für ein Geschäftsjahr bestellt. <sup>2</sup>Den Vorsitz im Großen Senat führt der Präsident, bei Verhinderung das dienstälteste Mitglied. <sup>3</sup>Bei Stimmengleichheit gibt die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag.
- (7) <sup>1</sup>Der Große Senat entscheidet nur über die Rechtsfrage. <sup>2</sup>Er kann ohne mündliche Verhandlung entscheiden. <sup>3</sup>Seine Entscheidung ist in der vorliegenden Sache für den erkennenden Senat bindend.

**Literatur:** Dreher, Rechtsfrage und Tatfrage in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht 2004, 791; Knispel, Beschränkung der nachträglichen Korrektur der Rechnung eines Krankenhauses?, NZS 2013, 685; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl. 1979; Meyer, Die Sicherung der Einheitlichkeit höchstrichterlicher Rechtsprechung durch Divergenz- und Grundsatzvorlage, Dissertation 1994; Offerhaus, Die Großen Senate der obersten Gerichtshöfe des Bundes, 75 Jahre Reichsfinanzhof-Bundesfinanzhof 1993, 623.

<sup>16</sup> BT-Drs. 15/4061, S. 26.

Übersicht

	Rn.
A. Allgemeines .....	1
I. Normzweck .....	1
II. Geschichtliche Entwicklung .....	3
B. Großer Senat (Abs. 1) .....	7
C. Divergenz (Abs. 2) .....	8
I. Verbindliche Vorlage .....	8
II. Folgen einer unterbliebenen Vorlage .....	9
III. Folgen einer fehlerhaften Vorlage .....	10
D. Vorlage bei Divergenz (Abs. 3) .....	11
I. Zulässigkeit der Vorlage (Abs. 3 S. 1) .....	11
1. Rechtsfrage .....	12
2. Abweichung .....	13
3. Entscheidungserheblichkeit .....	15
4. Entscheidung .....	17
II. Anfrageverfahren (Abs. 3 S. 2) .....	18
III. Entscheidung (Abs. 3 S. 3) .....	20
E. Vorlage bei grundsätzlicher Bedeutung (Abs. 4) .....	21
I. Grundsätzliche Bedeutung .....	21
II. Rechtsfortbildung und Rechtsvereinheitlichung .....	23
III. Verhältnis zur Divergenzvorlage .....	25
IV. Ermessensentscheidung .....	27
V. Prüfkompetenz .....	28
F. Besetzung (Abs. 5) .....	29
G. Bestellung (Abs. 6) .....	31
H. Entscheidung (Abs. 7) .....	33
I. Art und Form (Abs. 7 S. 1) .....	33
II. Mündliche Verhandlung (Abs. 7 S. 2) .....	34
III. Bindungswirkung (Abs. 7 S. 3) .....	35
IV. Rechtsmittel .....	36

A. Allgemeines

I. Normzweck

Die Einrichtung eines Großen Senats ist Teil des gesetzlichen Konzepts zur Gewährleistung **1** einer bundeseinheitlichen Rechtsprechung innerhalb der Gerichtsbarkeiten.<sup>1</sup> Für den Bereich der Sozialgerichtsbarkeit unterliegt zunächst die Rechtsprechung der Ländergerichte (Art. 92 Halbs. 2 GG) der Überprüfung durch das BSG abgesehen bei Verfahrensfehlern (→ § 160 Abs. 2 Nr. 3 SGG) in Fällen grundsätzlicher Bedeutung und zur Vermeidung von Divergenzen (→ §§ 160 Abs. 2 Nr. 1 und 2, 160a SGG). Der Große Senat übernimmt diese Aufgabe der Vereinheitlichung und ggf Klärung bei grundsätzlicher Bedeutung als Binnenaufgabe innerhalb des BSG. Gerichtsbarkeitsübergreifend obliegt die Vereinheitlichung der Rechtsprechung sodann dem Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes (vgl. §§ 1, 2 RsprEinhG). Das Plenum des BVerfG ist sodann berufen, wenn ein Senat des BVerfG von in einer Entscheidung enthaltenen Rechtsauffassung des anderen Senats abweichen will (§ 16 Abs. 1 BVerfGG).

Vergleichbare Vorschriften existieren dementsprechend in allen anderen Verfahrensordnungen. **2** Für den Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit gelten die §§ 132, 138 GVG über die Großen und Vereinigten Großen Senate in Zivil- und Strafsachen, an denen sich die Regelung des § 41 SGG orientiert.<sup>2</sup> Parallele Regelungen existieren darüber hinaus in §§ 11, 12 VwGO, § 11 FGO sowie §§ 44, 45 ArbGG.

II. Geschichtliche Entwicklung

Die Norm hat ihre gegenwärtige Struktur wesentlich durch das Rechtspflege-Vereinfachungs- **3** gesetz vom 17.12.1990 erfahren.<sup>3</sup> Besetzung, Zuständigkeit, Verfahren und Entscheidung des

<sup>1</sup> Vgl. zur Rechtsanwendungsgleichheit *Meyer*, S. 14. mwN.  
<sup>2</sup> BT-Drs. 1/4225, S. 18.  
<sup>3</sup> BGBl. I S. 2847.

Großen Senats waren ursprünglich in den §§ 41 bis 44 SGG geregelt.<sup>4</sup> Der Große Senat bestand gemäß § 41 Abs. 1 SGG a. F. aus dem Präsidenten, sechs weiteren Berufsrichtern und vier Bundessozialrichtern (so die ursprüngliche Bezeichnung für die ehrenamtlichen Richter beim BSG; → § 40 SGG). Je zwei Berufsrichter mussten Senaten für Angelegenheiten der Sozialversicherung, der Arbeitslosenversicherung sowie der Kriegsopferversorgung angehören (§ 41 Abs. 2 SGG a. F.). Als ehrenamtliche Beisitzer waren aus der Zahl der als Bundessozialrichter berufenen Personen vom Präsidium durch Los auszuwählen je vier Vertreter der Versicherten und Arbeitgeber für Streitigkeiten in Angelegenheiten der Sozialversicherung und der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (heute Bundesagentur für Arbeit) sowie je vier Vertreter der mit der Kriegsopferversorgung vertrauten Personen und der Versorgungsberechtigten für Streitigkeiten in Angelegenheiten der Kriegsopferversorgung (§ 41 Abs. 3 Nr. 1 und 2 SGG a. F.). Die Berufsrichter und die Bundessozialrichter sowie die im Falle ihrer Verhinderung an ihre Stelle tretenden Berufsrichter und Bundessozialrichter wurden durch das Präsidium für zwei Geschäftsjahre bestellt (§ 41 Abs. 4 SGG a. F.). Den Vorsitz im Senat führte der Präsident, im Falle seiner Verhinderung der dienstälteste Senatspräsident (§ 41 Abs. 5 S. 1 SGG a. F.). In den Fällen des § 42 SGG a. F. (Divergenz in einer Rechtsfrage) nahmen die Präsidenten der beteiligten Senate, in den Fällen des § 43 SGG a. F. (Frage von grundsätzlicher Bedeutung) der Präsident des erkennenden Senats oder ein von ihnen bestimmtes Mitglied ihres Senats an den Sitzungen des Großen Senats mit den Befugnissen eines Mitglieds teil (§ 41 Abs. 5 S. 2 SGG a. F.). Bei Stimmengleichheit gab die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag (§ 41 Abs. 5 S. 3 SGG a. F.). Der Große Senat traf seine Entscheidungen in mündlicher Verhandlung (§ 44 Abs. 1 SGG a. F.). Die Entscheidung war in der vorliegenden Sache für den erkennenden Senat bindend (§ 41 Abs. 2 SGG a. F.). Erforderte die Entscheidung der Sache eine erneute mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Senat waren die Beteiligten unter Mitteilung der ergangenen Entscheidung der Rechtsfrage zu der Verhandlung zu laden (§ 44 Abs. 3 SGG a. F.).

- 4 Ursprünglich war die Besetzung des Großen Senats damit zahlenmäßig absolut begrenzt ohne Rücksicht auf die Anzahl der vorhandenen Senate. Die Begrenzung war zudem kombiniert mit der verfassungsrechtlich fragwürdigen Möglichkeit einer ad hoc zu treffenden Entscheidung der Vorsitzenden der beteiligten Senate über die personelle Besetzung. Zudem war das Anfrageverfahren nicht gesetzlich ausgestaltet, sondern ohne Rechtsverbindlichkeit lediglich in der Geschäftsordnung des BSG (→ § 50 SGG) enthalten.<sup>5</sup> Die mündliche Verhandlung war obligatorisch. Mit der Neufassung durch das Gesetz vom 23.9.1975<sup>6</sup> wurde der bisherige Sprachgebrauch unter Verwendung der Bezeichnung Bundessozialrichter (→ § 40 SGG) und Senatspräsident (→ § 38 SGG) aufgegeben und durch die Bezeichnung ehrenamtlicher Richter bzw. Vorsitzender Richter ersetzt, die aufgezeigte normative Ausgestaltung inhaltlich jedoch zunächst beibehalten. Auch durch das Erste Gesetz zur Änderung des Schwerbehindertengesetzes vom 24.7.1986<sup>7</sup> wurde nur der Kreis der mit der Kriegsopferversorgung vertrauten ehrenamtlichen Richter um die mit dem Schwerbehindertenrecht vertrauten Personen und der Kreis der Versorgungsberechtigten um die Behinderten i. S. d. §§ 1, 2 SchwbG erweitert (§ 41 Abs. 3 Nr. 2 SGG).
- 5 Erst durch das Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz vom 17.12.1990 schuf der Gesetzgeber Abhilfe, in dem die Besetzung des Großen Senats nunmehr für alle Verfahren einheitlich geregelt wurde, ferner eine möglichst einheitliche gleichbleibende Zusammensetzung auch hinsichtlich der ehrenamtlichen Richter gewährleistet wurde, erstmals unter Einbindung auch der ehrenamtlichen Richter für Kassenarztrecht (jetzt Vertragsarztrecht), zudem das Anfrageverfahren normativ ausgestaltet und die mündliche Verhandlung fakultativ wurde.<sup>8</sup> Da der Gesetzgeber im Zuge der Vereinfachung der Rechtspflege auf eine § 41 SGG betreffende Übergangsvorschrift verzichtet hat, hat der Große Senat auf laufende Verfahren den **intertemporalen Rechtssatz** angewendet, dass noch nicht abgeschlossene Verfahren nach neuem Verfahrensrecht weiterzuführen sind, wenn Übergangsvorschriften fehlen und die Beteiligten nach bisherigem Verfahrensrecht noch keine schutzwürdige Position erlangt haben, die es nach dem neuen Verfahrensrecht nicht mehr gibt (zB Wegfall der Berufungsmöglichkeit nach Einlegung der Berufung).<sup>9</sup>

<sup>4</sup> Gesetz v. 3.9.1953, BGBl. I S. 1239; zur Geschichte im Detail Meyer, S. 23 ff., 85 ff.

<sup>5</sup> Hierzu im Einzelnen die Nachweise in BT-Drs. 11/3621, S. 29, 54, 55, 57.

<sup>6</sup> BGBl. I S. 2535.

<sup>7</sup> BGBl. I S. 1110.

<sup>8</sup> BT-Drs. 11/3621, S. 54 ff.

<sup>9</sup> BSG, Beschl. v. 19.2.1992 – GS 1/89 –, BSGE 70, 133 = SozR 3–1300 § 24 Nr. 6.