

Baldschun | Dillbahner | Sternjakob | Weyrich (Hrsg.)

Sozialgerichtsbarkeit im Blick – Interdisziplinäre Forschung in Bewegung

Fachkonferenz der Nachwuchsgruppe „Die Sozialgerichtsbarkeit und die Entwicklung von Sozialrecht und Sozialpolitik in der Bundesrepublik Deutschland“ am 21./22. September 2020



Nomos

Band 63

Schriften zum Sozialrecht

hervorgegangen aus den von Prof. Dr. Ulrich Becker begründeten
„Schriften zum deutschen und europäischen Sozialrecht“

Herausgegeben von

Prof. Dr. Peter Axer | Prof. Dr. Ulrich Becker, LL.M. | Prof. Dr. Karl-Jürgen
Bieback | Prof. Dr. Winfried Boecken | Prof. Dr. Frauke Brosius-Gersdorf |
Prof. Dr. Hermann Butzer | Prof. Dr. Ulrike Davy | Prof. Dr. Ingwer Ebsen |
Prof. Dr. Dr. h.c. Eberhard Eichenhofer | Prof. Dr. Maximilian Fuchs | Prof.
Dr. Richard Giesen | Prof. Dr. Alexander Graser | Prof. Dr. Stefan Greiner |
Prof. Dr. Andreas Hänlein | Prof. Dr. Friedhelm Hase | Prof. Dr. Timo Hebel |
Prof. Dr. Hans Michael Heinig | Prof. Dr. Stefan Huster | Prof. Dr. Gerhard Igl |
Prof. Dr. Constanze Janda | Prof. Dr. Jacob Jousen | Prof. Dr. Markus
Kaltenborn | Prof. Dr. Thorsten Kingreen | Prof. Dr. Wolfhard Kohte | Prof.
Dr. Katharina von Koppenfels-Spies | Prof. Dr. Heinrich Lang | Prof. Dr. Elmar
Mand | Prof. Dr. Johannes Münder | Prof. Dr. Katja Nebe | Prof. Dr. Ulrich Preis |
Prof. Dr. Stephan Rixen | Prof. Dr. Christian Rolfs | Prof. Dr. Reimund
Schmidt-De Caluwe | Prof. Dr. Heinz-Dietrich Steinmeyer | Prof. Dr. Felipe
Temming | Prof. Dr. Astrid Wallrabenstein | Prof. Dr. Raimund Waltermann |
Prof. Dr. Felix Welti

Katie Baldschun | Alice Dillbahner | Solveig Sternjakob
Katharina Weyrich (Hrsg.)

Sozialgerichtsbarkeit im Blick – Interdisziplinäre Forschung in Bewegung

Fachkonferenz der Nachwuchsgruppe „Die Sozialgerichtsbarkeit
und die Entwicklung von Sozialrecht und Sozialpolitik in der
Bundesrepublik Deutschland“ am 21./22. September 2020



Nomos

Gefördert von:



Bundesministerium
für Arbeit und Soziales



Fördernetzwerk
Interdisziplinäre
Sozialpolitikforschung



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-8708-1 (Print)

ISBN 978-3-7489-3100-3 (ePDF)



Onlineversion
Nomos eLibrary

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Grußwort des Forschungsverbundes Sozialrecht und Sozialpolitik der Hochschule Fulda und der Universität Kassel

Liebe Leserinnen und Leser,
die Nachwuchsgruppe „Die Sozialgerichtsbarkeit und die Entwicklung von Sozialrecht und Sozialpolitik in der Bundesrepublik Deutschland“ ist aus dem Forschungsverbund Sozialrecht und Sozialpolitik (FoSS) der Universität Kassel und der Hochschule Fulda heraus initiiert worden. Seit 2010 bieten die Universität Kassel und die Hochschule Fulda gemeinsam den Masterstudiengang „Sozialrecht und Sozialwirtschaft“ an, der Studierende aus dem Bachelorstudiengang Sozialrecht der Hochschule Fulda und aus den Studiengängen der Sozialen Arbeit beider Hochschulen oder aus Studiengängen des Sozial- und Gesundheitswesens und des Wirtschaftsrechts anderer Universitäten und Hochschulen sowie Juristinnen und Juristen zu einem LL.M.-Abschluss führt. Im Jahr 2013 wurde die Zusammenarbeit der Fachbereiche Humanwissenschaften, Gesellschaftswissenschaften und Wirtschaftswissenschaften der Universität Kassel und der Fachbereiche Sozial- und Kulturwissenschaften, Pflege und Gesundheit sowie Sozialwesen der Hochschule Fulda in Forschung und Wissenstransfer durch die Gründung des FoSS institutionalisiert. Zugleich organisiert der Verein zur Förderung von Forschung und Wissenstransfer in Sozialrecht und Sozialpolitik e.V. die Zusammenarbeit mit Personen und Institutionen aus Sozialgerichtsbarkeit, Sozialversicherung, öffentlicher Fürsorge, freier Wohlfahrtspflege, Sozialverbänden und Gewerkschaften. Der Forschungsverbund ist in vielfältigen Arbeits- und Querschnitts Arbeitsgruppen aktiv, organisiert Vortragsveranstaltungen, Workshops und Kongresse, Sommerschulen insbesondere für den wissenschaftlichen Nachwuchs und schafft Gelegenheiten zur organisierten Zusammenarbeit, auch bei der Konzeption von Projekten und der Einwerbung von Forschungsmitteln.

Das Promotionskolleg „Soziale Menschenrechte“ (2016-2019) und die Nachwuchsgruppe „Die Sozialgerichtsbarkeit und die Entwicklung von Sozialrecht und Sozialpolitik in der Bundesrepublik Deutschland“ (2017-2022) gehören zu den wichtigsten und am nachhaltigsten wirksamen Formaten der Zusammenarbeit der Mitglieder des Forschungsverbundes.

Die Querschnitts-Arbeitsgruppe Sozialgerichtsforschung des FoSS, die die Tagung „Sozialgerichtsbarkeit im Blick – Interdisziplinäre Forschung

in Bewegung“ vom 21./22. September 2020 aktiv mitgestaltet hat, arbeitet eng mit Richterinnen und Richtern des Bundessozialgerichts und der Sozialgerichte Fulda und Kassel und mit Kolleginnen und Kollegen aus dem Soziologischen Forschungsinstitut Göttingen (SOFI; Prof. Dr. Berthold Vogel), dem Zentrum für Sozialforschung Halle (ZSH; Prof. Dr. Armin Höland) und der Helmut-Schmidt-Universität der Bundeswehr in Hamburg (Prof. Dr. Tanja Klenk) zusammen.

Ziel der Arbeitsgruppe ist es, eine inter- und transdisziplinäre Forschung über die Sozialgerichtsbarkeit als festen Bestandteil der Forschungslandschaft zu etablieren. Dies umfasst sowohl neue theoretische Zugänge zu Fragen des sozialgerichtlichen Verfahrensrechts und des materiellen Sozialrechts als auch kreative empirisch-analytische Zugänge zum Geschehen an den Sozialgerichten. Ganz im Sinne der „Denkanstöße aus der Akademie“¹ aus dem Jahre 2015 sollen forschungsorientierte Lehre, Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses und Forschungen auf den Gebieten der Sozialrechtswissenschaft, der Rechtssoziologie, der Soziologie des Sozialstaates und der Sozialpolitikwissenschaften vorangebracht werden. Im Fokus stehen zunehmend auch rechts-, politik- und gesellschaftsvergleichende internationale Themen oder praktische Fragen der professionellen Beratung und des ehrenamtlichen Engagements mit Relevanz für die Soziale Arbeit, die Sozialgerichtsbarkeit und Sozialpolitik.

Die Arbeitsgruppe ist regional, disziplinär und inhaltlich offen. Auch dieser Tagungsband soll eine Einladung an alle Leserinnen und Leser sein, sich an den hier angeregten Diskussionen zu beteiligen.

Simone Kreher

Felix Welti

1 Kaufmann, Franz-Xaver/Hockerts, Hans-Günter/Leibfried, Stephan/Stolleis, Michael/Zürn, Michael, Zur Entwicklung von Forschung und Lehre zur Sozialpolitik an den Universitäten der Bundesrepublik Deutschland: Ein wissenschaftspolitischer Denkanstoß aus der BBAW, Denkanstöße aus der Akademie 2015 (1), S. 16.

Grußwort des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales – Referat Forschung und Innovation

Ein starker Sozialstaat braucht gute Wissenschaft. Mit dem Ziel der Stärkung der Sozialpolitikforschung hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) im Jahr 2016 das Fördernetzwerk Interdisziplinäre Sozialpolitikforschung (FIS) ins Leben gerufen¹. In der Vergangenheit hatte die Zahl der Lehrstühle und Publikationen in der Sozialpolitik- und Sozialrechtsforschung stark abgenommen. Diese negative Entwicklung war quer durch alle universitären Fächer zu beobachten. Die Sozialpolitik war in allen Fächern – von den Wirtschaftswissenschaften, über die Soziologie und die Rechtswissenschaft bis zu den Geschichts- und den Politikwissenschaften – weitgehend marginalisiert. Die Sozialpolitikforschung drohte damit ihre notwendige Verankerung in Forschung und Lehre zu verlieren.

Das BMAS fördert mit dem FIS unabhängige Sozialpolitikforschung in den genannten Disziplinen. Es soll der Sozialpolitikforschung obliegen – frei von Verwertungsdruck und politischem Tagesgeschäft – das langfristig Grundsätzliche aufzuzeigen und auch über den nationalen und europäischen Tellerrand zu schauen. Gefördert werden Stiftungsprofessuren, Nachwuchsgruppen und Projekte. Eine wichtige Rolle spielt jedoch auch die Vernetzung, der Dialog innerhalb der Wissenschaften und der Dialog zwischen Wissenschaft und Praxis. Eine der ersten geförderten wissenschaftlichen Nachwuchsgruppen ist das Projekt „Die Sozialgerichtsbarkeit und die Entwicklung von Sozialrecht und Sozialpolitik in der Bundesrepublik Deutschland“ der Universität Kassel mit dem Forschungsverbund für Sozialrecht und Sozialpolitik (FoSS). Der Förderantrag von Herrn *Prof. Dr. Felix Welti* und Frau *Prof. Dr. Tanja Klenk* identifizierte zu Recht, dass der Forschungsstand zur Sozialgerichtsbarkeit und zum sozialgerichtlichen Verfahren wenig entwickelt ist. Aus diesem Grund und aufgrund des überzeugenden Forschungskonzepts wurde er vom wissenschaftlichen Beirat des FIS zur Förderung vorgeschlagen und wird seit 2017 vom BMAS gefördert. Die Leiterin der Nachwuchsgruppe², Frau *Dr. Katie Baldschun*, arbeitet gemeinsam mit den Doktorandinnen Frau *Katharina Weyrich*, Frau *Alice Dillbahner* und Frau *Solveig Sternjakob* und den assoziierten Dokto-

1 <https://www.fis-netzwerk.de/>.

2 Seit dem 1. Juli 2021 ist Frau Dr. Sarah Schulz Leiterin der Nachwuchsgruppe.

randen Herrn *Simon Roesen* und Herrn *Michael Beyerlein* in verschiedenen Schwerpunkten und Fragestellungen an der Erschließung des Themas. Einen guten Einblick über die weit fortgeschrittenen Qualifizierungsarbeiten und bereits gewonnenen Erkenntnisse gaben die Beiträge der Leiterin der Nachwuchsgruppe und der Doktorandinnen und Doktoranden auf der von der Nachwuchsgruppe ausgerichteten zweitägigen Online-Konferenz im September 2020. Das BMAS und sicher auch Wissenschaft und Praxis blicken daher gespannt auf den Abschluss dieser Arbeiten und weitere Ergebnisse der Forschungstätigkeiten der Nachwuchsgruppe. Generell hält das BMAS sozialrechtliche Forschung weiterhin für förderwürdig, und entsprechende Forschungsprojekte können auch künftig im Rahmen des FIS unterstützt werden.

Das FIS des BMAS entwickelt sich weiter. Aktuell werden acht Stiftungsprofessuren, acht Nachwuchsgruppen und 28 Projekte (teilweise abgeschlossen) gefördert. Weitere Projekte werden in diesem Jahr auf Basis einer laufenden Förderbekanntmachung gefördert. Im zweiten Quartal 2021 hat das Institut Arbeit und Qualifikation (IAQ) der Universität Duisburg-Essen (UDE) gemeinsam mit dem SOCIUM Forschungszentrum Ungleichheit und Sozialpolitik der Universität Bremen das vom BMAS geförderte Deutsche Institut für Interdisziplinäre Sozialpolitikforschung (DIFIS) errichtet. Zu den Kernaufgaben des Instituts gehört die inhaltliche Vernetzung und Koordinierung des FIS. Das BMAS begrüßt es ausdrücklich, wenn die Nachwuchswissenschaftlerinnen und Nachwuchswissenschaftler nicht nur Forschung und Lehre stärken, sondern alle Beteiligten der Nachwuchsgruppe auch weiterhin das FIS.

Thomas Frank

Inhalt

Einleitung	13
<i>Katie Baldschun, Michael Beyerlein, Alice Dillbahner, Simon Roesen, Solveig Sternjakob, Katharina Weyrich</i>	
Bericht zur Konferenz „Sozialgerichtsbarkeit im Blick – Interdisziplinäre Forschung in Bewegung“, 21. und 22. September 2020	27
<i>Martin Kilimann, Romina-Victoria Köller, Gül Savran</i>	
<i>Impulse</i>	
Konflikt und Kohäsion als Eckpunkte der Sozialpolitikforschung. Anmerkungen aus soziologischer Perspektive	39
<i>Berthold Vogel</i>	
Sozialpolitikforschung in Bewegung – unbewegliche Rechtswissenschaft?	53
<i>Stephan Rixen</i>	
Der Blick aus der Sozialgerichtsbarkeit – Rechtsprechung und Forschung	69
<i>Sabine Knickrehm</i>	
<i>Zugang zu Recht und Gericht</i>	
Die Mobilisierung sozialer Rechte in der sozialrechtsbezogenen Beratung durch Sozial- und Wohlfahrtsverbände	83
<i>Katharina Weyrich</i>	

Inhalt

Zum Zweck überindividueller Klagerechte – ein sozialrechtlicher Ansatz <i>Solveig Sternjakob</i>	99
--	----

Verbände vor den Sozialgerichten: Vertreter überindividueller Rechte? <i>Felix Welti</i>	119
--	-----

Rechtsschutz und Zugang zum Recht in der schweizerischen Sozialhilfe <i>Gesine Fuchs</i>	127
--	-----

Öffentliche Diskurse und nicht-juristisches Wissen in der Rechtsprechung

Generelle Tatsachen in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Off-Label-Use von Arzneimitteln <i>Simon Roesen</i>	147
--	-----

Das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 SGB V aus ökonomischer Perspektive <i>Christian Jesberger, Stefan Greß</i>	163
--	-----

Die Steuerzahler – unsichtbare Beteiligte im Sozialgerichtsstreit mit eigenen Interessen? <i>Katie Baldschun</i>	179
--	-----

Bund der Steuerzahler: Schlanker Staat durch Homogenisierung heterogener Interessen <i>Wolfgang Schroeder, Samuel Greef, Lukas Kiepe</i>	195
--	-----

Anforderungen an sozialstaatliche Konfliktlösungsverfahren

Normative Einflüsse in der Gestaltung von Rechtsschutzverfahren – die Administrative Justice in Großbritannien <i>Alice Dillbahner</i>	215
--	-----

Die Verwaltungspraxis in der Grundsicherung für Arbeitsuchende – eine rechtstatsächliche Analyse am Beispiel der kommunalen Jobcenter	233
<i>Minou Banafsche, Tanja Klenk</i>	
Ein Ausdruck von Gerechtigkeit? Normative Ansprüche an Verwaltungspraxis	251
<i>Tanja Pritzlaff-Scheele</i>	
Akzeptanz und Legitimität von sozialrechtlichen Schiedsstellen – Theoretische Überlegungen	265
<i>Michael Beyerlein</i>	
Gebühren eines sozialrechtlichen Schiedsstellenverfahrens	285
<i>Christian Grube</i>	
Die „Gemeinsame Selbstverwaltung“ in der Rechtsprechung des BSG	301
<i>Andreas Hänlein</i>	
Ein Bild mit Rahmen – Zusammenfassung und Ausblick	313
<i>Armin Höland</i>	
Autor:innenverzeichnis	333

Einleitung

Katie Baldschun, Michael Beyerlein, Alice Dillbahner, Simon Roesen, Solveig Sternjakob, Katharina Weyrich

I. Sozialgerichtsbarkeit im Blick

„Die Sozialgerichtsbarkeit und die Entwicklung von Sozialrecht und Sozialpolitik in der Bundesrepublik Deutschland“ zu erforschen, ist ohne Zweifel ein ambitioniertes und zunächst abstraktes Unterfangen, das der Konkretisierung und Fokussierung bedarf. Die Formulierung des Forschungsgegenstandes spannt ein weites Feld auf und betont damit zugleich eine Zwangsläufigkeit: Die Sozialgerichtsbarkeit lässt sich kaum in den Blick nehmen, ohne auch Sozialrecht und Sozialpolitik zu betrachten. Das Sozialrecht soll dem Menschen nützen¹, im Sozialrecht wird Sozialpolitik für den Menschen konkret. Wenn Sozialrecht „geronnene Sozialpolitik“ (*Stephan Rixen*²) ist, ist auch diese Gegenstand der sozialgerichtlichen Rechtsprechung.

Für die Rechtsuchenden geht es vor den Sozialgerichten um die Durchsetzung ihrer sozialen Rechte, um existenziell bedeutende Leistungen, um Sicherheit in den Wechselfällen des Lebens, kurz: um wesentliche Bedingungen des individuellen Lebens. Dort werden Lebenslagen verfestigt oder verändert, alles in allem individuelle und gesellschaftliche Wirklichkeiten konstituiert³. Verfassungsrechtlich betrachtet ist die Sozialgerichtsbarkeit wesentliche Institution im sozialen Rechtsstaat. Die Herausgeber der Denkschrift zum 60-jährigen Jubiläum des Bundessozialgerichts (BSG) bezeichnen Sozialstaat und BSG gar als „eineiige Zwillinge“⁴. Der Staat als Sozialstaat findet seine rechtliche Ausgestaltung insbesondere, wenn auch nicht ausschließlich, im Sozialgesetzbuch, in dem Rechte und Pflichten, vor allem aber gesetzliche Ansprüche normiert sind, die dem Grunde nach allen offenstehen⁵. Sie sind an Voraussetzungen geknüpft und je nach

1 Zacher, Vorwort, S. VIII.

2 In diesem Band.

3 Kreher/Welti (Hrsg.), Soziale Rechte und gesellschaftliche Wirklichkeiten.

4 Masuch/Spellbrink/Becker/Leibfried, Vorwort Band 1, S. XI.

5 Siehe dazu etwa die Eingangsnormen in §§ 1 ff. SGB I und zum Geltungsbereich § 30 SGB I.

Leistungssystem nach bestimmten Kriterien ausgestaltet, was den einzelnen Sozialleistungsbereichen eine spezifische Struktur und dem deutschen Sozialstaat seine typische und auch vielschichtige Prägung gibt.

In der Sozialgerichtsbarkeit wird der soziale Rechtsstaat erfahrbar. Bürger:innen, die gesetzliche Leistungsansprüche einklagen, treffen auf „den Staat“ in seinen nach Gewalten geteilten Erscheinungsformen: Anspruchsgegner und Beklagter ist ein Organ der vollziehenden Gewalt – eine Behörde oder eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, also die mittelbare Staatsverwaltung, als Leistungsträger. Das Gericht, das über den geltend gemachten Anspruch (in der Regel: den angefochtenen Verwaltungsakt) entscheidet, übt die rechtsprechende Gewalt aus, die den unabhängigen Richter:innen anvertraut ist. Selbst die Gesetzgebung ist, wenn man so will, durch die streitentscheidenden Normen vertreten oder wird als „der Gesetzgeber“ im Streit um die Auslegung rhetorisch herangezogen. Die Sozialgerichtsbarkeit ist also Teil des Sozialstaats, eine seiner Erscheinungsformen und zugleich Feld, auf dem sich seine Institutionen, seine Akteure und seine Bürger:innen begegnen. Wer das Auge auf die Sozialgerichtsbarkeit richtet, hat damit auch Sozialrecht und Sozialpolitik im Blick. Auch zwischen Wissenschaft und Gerichtsbarkeit besteht ein besonderes Verhältnis⁶. Die Sozialgerichtsbarkeit hat auf ein Gegenüber in den Wissenschaften gebaut und bauen können⁷, und auch an wissenschaftlicher Befassung mit dem Sozialrecht und seiner Anwendung durch die Sozialgerichte fehlt es nicht: Rechtsprechung und Forschung sind durch Brücken verbunden (*Sabine Knickrehm*⁸). Schwach ausgeprägt ist jedoch Forschung, die einen interdisziplinären und empirischen Blick auf die Sozialgerichtsbarkeit richtet⁹.

Die Sozialgerichtsbarkeit als Teil des Sozialstaats ist eine der „Verteilungsarenen im Wohlfahrtskapitalismus“ (*Ursula Dallinger*)¹⁰. Verteilungskonflikte und Kohäsionseffekte repräsentieren Grundprinzipien und ein Spannungsfeld der Sozialpolitik als Gesellschaftsgestaltung (*Berthold Vo-*

6 Siehe aus der Perspektive der Gerichtsbarkeit nur die Vorworte in den Festschriften zum 25-jährigen (S. V) und zum 50-jährigen Bestehen (S. V) sowie in der Denkschrift zum 60-jährigen Bestehen des BSG (Band 1, S. IX; Band 2, S. X).

7 Masuch/Spellbrink/Becker/Leibfried, Vorwort Band 1, S. IX; zum Verhältnis von Sozialgerichtsbarkeit und wissenschaftlichen Wissenssystemen auch Masuch/Spellbrink/Becker/Leibfried, Vorwort Band 2, S. X f.

8 In diesem Band.

9 Baldschun/Welti, *Betrifft Justiz* 2018, S. 77, 78 f.; Baldschun/Klenk, *SR* 2021, S. 75, 86 f.

10 In ihrem Impulsvortrag auf der Konferenz am 21./22.09.2020, siehe Tagungsbericht in diesem Band; nachzulesen auch in Dallinger, *ZSR* 2018, S. 387, 389 f.

gel)¹¹. Die aus den Dynamiken der Marktwirtschaft und dem (sozial-)politischen Umgang mit dessen Risiken und Verwerfungen resultierende Spannung wird im modernen Wohlfahrtsstaat in der Regel durch einen Kompromiss aufgelöst¹², an dem die maßgeblichen gesellschaftlichen Kräfte beteiligt sind. Auch die Sozialgerichtsbarkeit will und soll durch die rechtsförmige Austragung der Konflikte und zudem durch spezifische Verfahrensgrundsätze und Besetzungs- und Vertretungsregelungen, die die individuellen Kläger:innen schützen und unterstützen sowie kollektive und korporative Interessen einbinden, zur gesellschaftlichen Integration beitragen. Sie ist damit Teil des politisch-ökonomischen Arrangements, das die moderne kapitalistische Ökonomie garantiert¹³, und zugleich Ort, an dem die ihr innewohnenden Konflikte ausgetragen, moderiert und entschieden werden: „Fast alle zentralen sozialpolitischen Konflikte unserer Zeit [...], erreichen eher früher als später und immer wieder das Bundessozialgericht.“¹⁴ Konflikte bestehen vordringlich, aber nicht nur, über die Verteilung materieller Güter, sondern auch um und vermittels nicht-materielle(r) Ressourcen und zugleich um Anerkennung. Die Austragung von Konflikten im Sozialstaat kann somit auch als Kampf um Anerkennung und (Um-)Verteilung¹⁵ von Macht und Kapital (im weiteren Sinne)¹⁶ verstanden werden. Auch im sozialgerichtlichen Rechtsstreit und an Orten, an denen vor oder neben dem gerichtlichen Verfahren über Ansprüche, soziale Rechte und partikulare Interessen verhandelt wird, können asymmetrische Machtverhältnisse erkennbar werden. Konflikte zu untersuchen, heißt somit auch, Fragen nach Macht, Herrschaft und Legitimität zu stellen.

Die Austragung und Aushandlung der Konflikte führen immer wieder zu Ergebnissen, seien es Entscheidungen der unmittelbar Beteiligten oder Dritter, seien es Kompromisse, die gemeinsam gefunden werden. Sowohl der Weg dorthin, bewirkt durch Situation, Struktur und Verfahren, als auch der Umgang mit und die Wirkung von so erzielten Ergebnissen können Gegenstand von Sozialgerichtsforschung sein; ebenso die Akteure,

11 In diesem Band.

12 Kaufmann, Sozialpolitik und Sozialstaat, S. 132, 138.

13 Lessenich, Theorien des Sozialstaats zur Einführung, S. 30 ff.

14 Masuch/Spellbrink/Becker/Leibfried, Vorwort Band 1, S. V.

15 Zum Zusammenhang von Umverteilung und Anerkennung im Sozialstaat (unter Bezugnahme u.a. auf Fraser) Röhner, Ungleichheit und Verfassung, S. 41, 46 f. u. passim; kontrovers noch Honneth/Fraser, Umverteilung oder Anerkennung.

16 Zum erweiterten Kapitalbegriff Bourdieu, Ökonomisches Kapital – Kulturelles Kapital – Soziales Kapital, S. 49 ff.

die sich auf diesem Teilfeld des Sozialstaats bewegen, und deren Verhältnis zueinander: Bürger:in und Staat, Individuen und Kollektive, Professionelle und Laien, Verfahrensbeteiligte und Außenstehende. Deren Handeln hält auch die sozialrechtliche Rechtsprechung in Bewegung, sie ist dadurch Teil von Entwicklung und Wandel der Gesellschaft.

II. Interdisziplinäre Forschung in Bewegung

1. Die im Fördernetzwerk Interdisziplinäre Sozialgerichtsforschung geförderte Nachwuchsgruppe

Die Sozialgerichtsbarkeit und die ihr vor- und nebengelagerten Bereiche sind das Forschungsfeld, um das herum sich Forscher:innen bewegen. Obwohl der disziplinäre Zugang zu diesen Orten über die Rechtswissenschaft „gleichsam mit Händen zu greifen“¹⁷ zu sein scheint, weil dort Sozialrecht angewendet wird, ist es hilfreich, sich der historischen, z.T. auch ideologischen, Begrenzungen der dogmatischen Rechtswissenschaft bewusst zu sein. An diesen Orten geschieht darüber hinaus wesentlich mehr, als dass lediglich Recht gesprochen, indem Recht angewendet wird. Das Handeln der Akteur:innen, die strukturellen Bedingungen einer Situation, die Organisation von Institutionen und Verfahren, die dahinter oder darüber stehende(n) Ordnung(en), Vorstellung(en) und Interessen sind soziologisch und politikwissenschaftlich zu untersuchen. Gefördert im Fördernetzwerk Interdisziplinäre Sozialpolitikforschung (FIS) hat sich die Nachwuchsgruppe „Die Sozialgerichtsbarkeit und die Entwicklung von Sozialrecht und Sozialpolitik in der Bundesrepublik Deutschland“ 2017 auf dem vom Forschungsverbund für Sozialrecht und Sozialpolitik der Hochschule Fulda und der Universität Kassel (FoSS) eingeschlagenen Weg zu mehr Interdisziplinarität und Empirie in Bewegung gesetzt. Der Ansatz der Nachwuchsgruppe ist es, mit unterschiedlichen disziplinären Zugängen auf dem weiten Feld des oben umrissenen Forschungsgegenstandes sehr konkrete Aspekte und Bereiche zu untersuchen. Erkenntnisse zu einzelnen Bausteinen können dann beispielhaft für ein Ganzes stehen.

In den einzelnen Forschungsarbeiten richtet die Nachwuchsgruppe den Blick auf die vorgerichtliche Beratung und die Konfliktbearbeitung auch in anderen institutionalisierten Verfahren, die Klagebefugnis von Verbänden, die richterliche Begründungspraxis und die Verortung des Rechts-

17 Masuch/Spellbrink/Becker/Leibfried, Vorwort Band 2, S. X.

schutzes in den konkreten Erscheinungsformen des Sozial- oder Wohlfahrtsstaats. Forschungsinteresse, (theoretische) Vorannahmen und Formulierung der Forschungsfrage sind subjektiv begründet und disziplinengeleitet. Diese Aspekte sind Gegenstand des Reflexionsprozesses, der durch den interdisziplinären Austausch angestoßen und weiterbewegt wird. Die Auseinandersetzung mit und die Einbeziehung von „Nachbar“-Disziplinen helfen, den Blick zu weiten und die Grenzen der eigenen Disziplin und deren Deutungsmöglichkeiten zu erkennen. Bewegung in Grenzbereichen kann zu Irritationen und gerade dadurch zu neuen Erkenntnissen führen. Auch Erkenntnisdefizite werden offenbar und eröffnen – im Idealfall – das Feld für neue Bewegung in der Forschung. Wenngleich sich die einzelnen Untersuchungsvorhaben auf Teilaspekte der Sozialgerichtsbarkeit konzentrieren, bleibt gemeinsames Ziel auch, Konturen eines Gesamtbildes zu erkennen und Zusammenhänge zwischen Sozialgerichtsbarkeit, Sozialrecht und Sozialstaat auf Makro-, Meso- und Mikroebene sichtbar zu machen. Aber interdisziplinäre Rechtsforschung schaut auf das lebende Recht und damit auf soziale Wirklichkeiten, und diese sind auch komplex, widersprüchlich, heterogen und fragmentiert.

In multidisziplinären Diskussionen um die gegenstandsadäquate Erforschung der Sozialgerichtsbarkeit treffen Forschende mit verschiedenen wissenschafts-, erkenntnistheoretischen und methodologischen Erfahrungen und Positionen aufeinander, die eine gemeinsame Sprache finden müssen. Ein Beispiel für interdisziplinäre Irritation stellt die Frage dar, was empirisch arbeitende Soziolog:innen, Rechts-, und Politikwissenschaftler:innen unter Daten verstehen. Zu Interviews, Beobachtungen und Fragebögen besteht zustimmende Einigkeit, auch darüber, dass es sich um sog. Primärdaten handelt, wenn diese zur Beantwortung der Forschungsfragen rund um die Sozialgerichtsbarkeit selbst erhoben werden. Aber was ist ein Urteil oder ein Gesetzestext? Wann ist die Befassung mit einer Statistik oder einem Textdokument Auswertung und Analyse, wann bloßes Zitat?

Dogmatische Rechtswissenschaft und empirische Sozialwissenschaften verstehen zudem unter dem Begriff Methode nicht unbedingt dasselbe. Im Dialog über die methodischen Zugänge zur Erforschung der Sozialgerichtsbarkeit und deren Verhältnis zum theoretischen (Vor-)Verständnis entwickeln die Forscher:innen der Nachwuchsgruppe im Forschungsprozess je eigene Ansätze und kombinieren dabei auch verschiedene Methoden der qualitativen Sozialforschung, greifen auf die juristische Methodik sowie auf Methoden des Rechtsvergleichs zurück.

In der qualitativen Sozialforschung besteht eine Grundannahme darin, dass sich soziale Wirklichkeiten als Ergebnis interaktiv hergestellter Be-

deutungen und Zusammenhänge verstehen lassen, die von den Handelnden in konkreten Situationen interpretiert und als Grundlage für ihre Handlungsentwürfe verwendet werden¹⁸. Um soziale Wirklichkeiten, die sich im und um das Feld der Sozialgerichtsbarkeit aufspannen, zu untersuchen, ist der Untersuchungsgegenstand nicht auf Raum und Zeit des gerichtlichen Verfahrens zu beschränken, auch verbindende vor- und nebengelagerte Bereiche werden einbezogen. Die unterschiedlichen methodischen Werkzeuge legen verschiedene Detailansichten frei. Expert:inneninterviews eignen sich, um exklusives Wissen über Zuständigkeiten, Aufgaben, Tätigkeiten, aber auch Ansichten und Selbstverständnis der handelnden Akteur:innen in bestimmten organisatorischen oder institutionellen Kontexten zu gewinnen¹⁹. Gruppendiskussionen als weiteres Werkzeug liefern Informationen über Meinungen, die in einer kollektiven Diskussionssituation repräsentiert und aktualisiert werden²⁰. Ethnographische Verfahren schließlich bieten sich an, um gehaltvolle Informationen über praktisch erzeugte Wirklichkeiten zu erhalten²¹. Verschiedene Forschungsperspektiven und Herangehensweisen zeigen sich auch im Umgang mit dem so gewonnenen Datenmaterial: Es kann etwa als Grundlage eines der Grounded-Theory-Tradition²² verpflichteten Ansatzes dienen oder auch mithilfe der qualitativen Inhaltsanalyse²³ ausgewertet werden. Wenngleich sich verschiedene Analysetools eignen und unterscheiden, bleibt ihnen dennoch gemein, dass sie sich der sozialen Realität annähern wollen.

Mit der rechtswissenschaftlichen Methodik ist zunächst die Anwendung einer Norm auf einen „Fall“ gemeint: Unter den Tatbestand einer Vorschrift wird ein Sachverhalt subsumiert, daraus ergibt sich dann eine Rechtsfolge, z.B. ein Anspruch. Die juristische Methodik soll Jurist:innen dazu verhelfen, den objektiven Willen des Gesetzgebers festzustellen, um die Anwendung der richtigen Rechtsregel auf den zugrundeliegenden Sachverhalt zu ermöglichen²⁴. Der Inhalt der Norm ist häufig durch Auslegung zu ermitteln. Die klassischen, in den rechtswissenschaftlichen Studiengängen herkömmlich gelehrteten Auslegungsmethoden sind die grammatische, die systematische, die historische und die teleologische Ausle-

18 Vgl. Flick/Kardoff/Steinke, Qualitative Forschung, S. 20.

19 Vgl. Meuser/Nagel, ExpertInneninterviews, S. 441 ff.

20 Vgl. Bohnsack, Gruppendiskussion, S. 369 ff.

21 Vgl. Lüders, Beobachten im Feld und Ethnographie, S. 390 ff.

22 Vgl. Strauss/Corbin, Grounded Theory.

23 Siehe dazu Schreier, Forum Qualitative Sozialforschung 2014.

24 Vgl. Bydlinski/Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 18; grundlegend BVerfG, Urteil vom 21.05.1952, 2 BvH 2/52, BVerfGE 1, 299, 312.

gung²⁵, wobei sowohl der Wortlaut des Gesetzes²⁶ als auch Verfassungs- und Unionsrecht²⁷ Grenzen setzen. Die juristische Methodik ist weder theoretisch noch in der praktischen Rechtsanwendung von anderen Disziplinen abgeschottet. Bei der Feststellung des Sachverhalts kann „außerrechtliches Wissen“ ebenso eine Rolle spielen und müssen mitunter empirische Erkenntnisse bewertet werden wie bei der Konkretisierung eines (unbestimmten) Rechtsbegriffs. Ist die Rechtsprechung selbst Gegenstand der Untersuchung, bleibt zwar auch der rechtswissenschaftliche Zugang relevant. Aber Urteilstexte sind auch Material, das sich mit Werkzeugen der qualitativen Sozialforschung untersuchen lässt.

Auch zu Fragen der Produktion und Wirkung von Recht stößt die rechtswissenschaftliche Methodenlehre an ihre Grenzen²⁸, das Gleiche gilt für das Auffinden von Reformbedarf. Vergleiche sind hier sinnvolle Instrumente: Entwicklungen in anderen Rechtsgebieten oder im inter- oder supranationalen Recht können in den Blick genommen werden. Der Vergleich einzelner Verfahrensvorschriften, der zugrundeliegenden Struktur oder der dahinterliegenden normativen Vorstellungen von Rechtsschutz kann die Funktionen und Wirkungsweisen unterschiedlicher Rechtsschutzmechanismen im wohlfahrtsstaatlichen Gefüge erhellen.

2. Zu diesem Sammelband

„Sozialgerichtsbarkeit im Blick – Interdisziplinäre Forschung in Bewegung“ war der Titel der Online-Konferenz am 21. und 22. September 2020, zu der die Nachwuchsgruppe und der FoSS eingeladen hatten. Die Arbeiten der Nachwuchsgruppe wurden dort vorgestellt, durch Vorträge von Wissenschaftler:innen des FoSS ergänzt und durch Gäste aus Wissenschaft und Praxis kommentiert und erweitert. Den Rahmen bildeten Impulsvorträge aus soziologischer, rechtswissenschaftlicher und rechtspraktischer Sicht sowie eine Diskussion mit Akteur:innen des sozialgerichtlichen Verfahrens. Der vorliegende Band greift das Konzept der Tagung auf, um die dort vorgestellten und diskutierten Themen und Ideen zur interdisziplinären Sozialgerichts- und Sozialpolitikforschung zu sichern, zu vertiefen und zur weiteren Diskussion zu stellen.

25 Klassisch nach Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, S. 213 f.

26 Müller/Christensen, Juristische Methodik, Rn. 304 ff.

27 Bydlinski/Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 55 ff., 62 ff.

28 Baldschun/Klenk, SR 2021, S. 75, 76 f., 85.

Berthold Vogel, *Stephan Rixen* und *Sabine Knickrehm* setzen zunächst Impulse für die gedankliche Bewegung interdisziplinärer Forschung von verschiedenen Standpunkten aus. *Berthold Vogel* betrachtet Sozialpolitikforschung theoretisch-konzeptionell aus soziologischer Perspektive und leuchtet Konflikt und Kohäsion als ihre Eckpunkte aus. Sozialpolitik produziere und moderiere Konflikte, sie sei Ort der Konfliktaustragung und zugleich Triebfeder für gesellschaftlichen Zusammenhalt. In seinem Beitrag weist er auch die Richtung für aktualisierte Sozialpolitikforschung und betont die Staatsbedürftigkeit der Sozialpolitik zur Einlösung ihrer zentralen Versprechen Aufstieg, Fairness und Sicherheit.

Den Bedingungen, Orten und Themen von rechtswissenschaftlicher Sozialpolitikforschung widmet sich *Stephan Rixen* mit dem Grundverständnis, dass Sozialrecht geronnene Sozialpolitik und ein Gesetz der nur vorläufige Endpunkt einer sozialpolitischen Debatte sei. Lernorte für rechtswissenschaftliche Sozialpolitikforschung, die nach seinen Ausführungen unvermeidbar interdisziplinär und zudem reformorientiert ist, sind seiner Analyse nach wegen der Orientierung auf die juristische Professionsausbildung in juristischen Fakultäten schwer zu finden. Bei der Suche nach neuen Orten und Formaten adressiert er Forschende, Forschungseinrichtungen und die Forschungsförderung und schlägt vernetzte, dezentrale Ansätze vor.

Sabine Knickrehm schließlich greift die Frage nach dem Verhältnis von Rechtsprechung und Forschung auf und vertieft sie anhand von Beispielen aus der Praxis: Positives Recht ist auch bei ihr die Antwort auf eine soziale Situation, die Anwendung von Normen kann nur unter Einbeziehung der sozialen Situation und des Wirksystems dieser Normen auf wissenschaftlich fundierter Grundlage erfolgen. Erkenntnisse aus anderen Wissenschaftsdisziplinen werden, das zeigt *Sabine Knickrehm* anhand von Beispielen aus der Arbeitsmarktforschung und der Geschichtswissenschaft, nach genuin juristischen Maßstäben in die gerichtliche Entscheidung einbezogen.

Im ersten Abschnitt zu konkreten Forschungsprojekten beschäftigen sich *Katharina Weyrich* und *Solveig Sternjakob* mit dem Zugang zu Recht und Gericht anhand von nur auf den ersten Blick sehr unterschiedlichen Fragestellungen. *Katharina Weyrich* untersucht die sozialrechtsbezogene Beratung durch Verbände als Orte, an denen Bedingungen für die Mobilisierung individueller sozialer Rechte geschaffen und aktualisiert werden. Sie analysiert dabei Aushandlungsprozesse und Anerkennungserfahrungen zwischen Individuen und verknüpft die Erkenntnisse mit Überlegungen zu einer Aktualisierung des Sozialstaatsverständnisses. *Solveig Sternjakob* sammelt Argumente für überindividuelle Klagen aus anderen Rechtsgebiete-

ten und prüft ihre Übertragbarkeit auf das Sozialrecht. Dabei zeichnet sie einen Weg vom individuellen zum überindividuellen Ansatz anhand der Frage, ob effektiver Rechtsschutz für die Einzelne und den Einzelnen und die allgemeinen Ziele des Sozialstaats durch die bisherigen Instrumente des Individualrechtsschutzes erreicht werden können. Auch *Felix Welti* beleuchtet in seinem Beitrag das Verhältnis von individuellen und kollektiven Rechten und Interessen und die Rolle von Verbänden als Vertreter dieser Rechte. Er stellt auf die traditionsreiche Präsenz der Verbände in und vor den Sozialgerichten ab, durch die die Ausgangslage dort eine andere ist als in der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Eine Untersuchung, wie Entscheidungen zu einer Klageerhebung mit verbandlicher Vertretung, womöglich auch unter Gesichtspunkten strategischer Prozessführung, zustande kommen, könnte aufdecken, wieviel kollektives Programm in individuellen Klagen steckt. *Gesine Fuchs* untersucht den effektiven Zugang zum Recht in der Schweiz. Sie stellt Ergebnisse und weitergehende Überlegungen aus einer Studie zur Sozialhilfe vor und widmet sich darin den Rahmenbedingungen durch Gesetze sowie politische und öffentliche Diskurse ebenso wie der Bedeutung des individuellen Rechtswissens. Die Rolle der Rechtsberatung und der Ausgestaltung des Rechtsweges beschäftigt auch sie.

Überlegungen dazu, wie wissenschaftliche Erkenntnisse oder im weiteren Sinne „nicht-juristisches Wissen“ einschließlich öffentlicher Diskurse Inhalt der sozialgerichtlichen Rechtsprechung werden können, sind Gegenstand des zweiten thematischen Schwerpunkts. *Simon Roesen* analysiert mit einem verfahrensrechtlichen Ansatz die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts und arbeitet insbesondere am Beispiel des unbestimmten Rechtsbegriffs der Wirtschaftlichkeit im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung und im Vertragsarztrecht heraus, wie Umstände aus der Lebenswirklichkeit, insbesondere medizinische Erkenntnisse, als generelle Tatsachen in den juristischen Subsumtionsvorgang einbezogen werden. Dabei wird auch die Abgrenzung zwischen Rechts- und Tatsachenfragen in den Blick genommen. *Christian Jesberger* und *Stephan Greß* beleuchten den Begriff der Wirtschaftlichkeit aus einer (gesundheits-)ökonomischen Perspektive und schlagen vor, Kosteneffektivitätsanalysen als Entscheidungshilfe für Finanzierungsentscheidungen im Gesundheitswesen heranzuziehen. *Katie Baldschun* untersucht am Beispiel der Steuerzahler, auf welche Weise Kollektive in den sozialrechtlichen Streit um individuelle Ansprüche als Argument richterlichen Begründens einbezogen werden und für welche Interessen und Positionen sie stehen. Dabei steht die Frage im Raum, welche Vorstellungen und Diskurse über den (Sozial-)Staat durch Sprachmuster Inhalt des Verfahrens und der Entscheidung werden.

Wolfgang Schroeder, Samuel Greef und Lukas Kiepe greifen das begriffliche Beispiel auf und stellen Verbändeforschung am Beispiel des Bunds der Steuerzahler vor. Dabei arbeiten sie dessen Selbstverständnis als Vertreter vermeintlich allgemeiner Interessen heraus und stellen dieses dem in seiner Mitgliederstruktur angelegten und dem durch seine medial wirksam vorgetragenen Inhalte erkennbaren Politik- und Staatsverständnis gegenüber.

Der dritte Schwerpunkt behandelt Konfliktlösungsinstrumente und -verfahren auch außerhalb des Gerichts, die ebenfalls wesentliche Merkmale des deutschen Sozialstaats darstellen. Alice Dillbachers Blick auf normative Leitmotive und Kriterien für die Ausgestaltung von Rechtsschutzverfahren anhand des Konzepts der „administrative justice“ ist zwar auf Großbritannien gerichtet, doch die Überlegungen zu unterschiedlichen Arten der Konfliktlösung in Verfahren und deren politische Entstehung lassen Rückschlüsse auf verschiedene Ausprägungen von Wohlfahrtsstaatlichkeit zu, die auch für die hiesige Sozialstaatsforschung relevant sind. Minou Banafshe und Tanja Klenk stellen eine Studie vor, in der sie die Qualität der Verwaltungspraxis, konkret des Verwaltungsrechtsschutzes durch Widerspruchsverfahren im Bereich des SGB II, anhand der Parameter Personal, Struktur und Organisation untersuchen. Sie gehen dabei der Frage nach, inwieweit die Qualitätsstandards in kommunalen Jobcentern für eine adäquate Umsetzung der Korrektur-, Filter- und Rechtsschutzfunktion von Widerspruchsverfahren geeignet sind. Tanja Pritzlaff-Scheele formuliert normative Anforderungen an substanzielle und prozedurale Gerechtigkeit und thematisiert die unterschiedlichen Gerechtigkeitsvorstellungen und -prinzipien, die im Kontext von Verwaltungshandeln als Interaktion zwischen Bürger:in und Staat zum Tragen kommen. Nicht nur Rolle und Funktion von Schiedsstellen im Sozialstaat und in der Ausgestaltung des Leistungserbringungsrechts beleuchtet Michael Beyerlein, sondern auch er stellt die Frage, welche Faktoren die Akzeptanz der Entscheidungen und die Legitimität des Gremiums selbst beeinflussen könnten. Dafür zieht er Theorien aus verschiedenen Disziplinen heran und resümiert, dass legitime Verfahren mit deliberativer Entscheidungsfindung und eine als kompetent wahrgenommene vorsitzende Person dazu beitragen könnten, Ergebnisse von Schiedsverfahren zu akzeptieren oder sich ohne Schiedspruch zu einigen. Anhand der konkreten Regelungen zur Gebührenerhebung betrachtet auch Christian Grube die Aufgabe der Schiedsstellen und richtet dabei einen genauen Blick auf die Frage der Rechtsnatur der Schiedsstelle und der dort getroffenen Entscheidungen und verdeutlicht dadurch ebenfalls die Rolle dieser Einrichtungen im Sozialstaatsgefüge. Die gemeinsame Selbstverwaltung in der gesetzlichen Krankenversiche-

rung im Gemeinsamen Bundesausschuss und damit eine weitere für den deutschen Sozialstaat typische Einrichtung beleuchtet *Andreas Hänlein*. Kooperation ist auch hier ein Instrument zur Lösung von Konflikten, die aus pluralen, wenn nicht gar antagonistischen Interessen erwachsen.

Wenn der vorliegende Band der Versuch ist, den beweglichen interdisziplinären Austausch über das weite Forschungsfeld Sozialgerichtsbarkeit und die Entwicklung von Sozialrecht und Sozialpolitik abzubilden und sich über die Fokussierung auf einzelne Aspekte auch den wechselseitigen Zusammenhängen und gar einem Gesamtbild zu nähern, bedarf es einer Einordnung, inwieweit der Versuch gelungen ist. *Armin Höland* richtet daher zum Abschluss den Blick auf die Sammlung dieses Bandes und sieht ein Bild mit Rahmen. Die rahmenden Beiträge bringen verschiedene Disziplinen und Erfahrungswelten um und über Sozialpolitikforschung ein. Innerhalb des Rahmens sieht er ein buntes Bild, in dem die gemeinsame Bezugnahme auf die rechtlichen und gerichtlichen Handlungsformen des Sozialstaats zu erkennen ist. *Höland* qualifiziert Merkmale, die das Besondere des Forschungsfeldes beschreiben und aus denen sich nicht zuletzt Folgerungen für weitere Forschung ziehen lassen. Eines dieser Merkmale ist die von *Höland* so bezeichnete „gesellschaftliche Durchdringungstiefe“: „Sozialrecht im Allgemeinen wie die konfliktive Zuspitzung in Situationen des Rechtsschutzes im Besonderen bildet Gesellschaft ab“ – wenn das hier zusammengestellte Bild dies ausschnitthaft zu zeigen und weitere Diskussionen darüber anzuregen vermag, wären Tagung und Band aus unserer Sicht ein Erfolg.

Wir bedanken uns bei den Autor:innen, die ihren Blick auf die Sozialgerichtsbarkeit und auf interdisziplinäres Forschen mit uns geteilt, für diesen Band in Worte gefasst und zuvor, zusammen mit den weiteren Referent:innen und Gästen, die Konferenz in Bewegung versetzt haben. Konferenz und Band verstehen sich als Diskussionsbeitrag zur interdisziplinären Sozialrechts- und Sozialpolitikforschung. Großer Dank gebührt auch den Mitarbeiter:innen *Martin Kilimann*, *Romina-Victoria Köller* und *Gül Savran*, die den Tagungsbericht verfasst und zusammen mit *Eliana Höll*, *Henri Hofene*, *Mark Bienkowski* und *Lisa Weimer* an vielen Stellen zur Realisierung der Tagung und der Veröffentlichung wertvolle Hilfe geleistet haben. Die Tagung wurde zudem unterstützt durch den Verein zur Förderung von Forschung und Wissenstransfer in Sozialrecht und Sozialpolitik e.V. Die Ausrichtung der Tagung, die Veröffentlichung dieses Bandes und vor allem die Arbeit der Nachwuchsgruppe insgesamt sind möglich geworden durch die Förderung durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales im Fördernetzwerk Interdisziplinäre Sozialpolitikforschung. Für diese Möglichkeiten danken wir, genauso wie für die stete Un-

terstützung und Begleitung durch den Forschungsverbund für Sozialrecht und Sozialpolitik.

Literatur

- Baldschun, Katie/Klenk, Tanja, Warum eine interdisziplinäre Sozialrechtswissenschaft notwendig ist – Zur Entscheidung des BVerfG in Sachen Sanktionen im SGB II – Von plausiblen Annahmen und tragfähigen Erkenntnissen bei der Ausgestaltung eines einheitlich zu gewährleistenden Grundrechts, *Soziales Recht* 2021, S. 75 ff.
- Baldschun, Katie/Welti, Felix, Initiativen zur Sozialgerichtsforschung. Der Forschungsstand zur Sozialgerichtsbarkeit ist bisher unbefriedigend – ein Überblick über die rechtssoziologischen Ansätze, *Betrifft Justiz* 2018, S. 77 ff.
- Bohnsack, Ralf, Gruppendiskussion, in: Flick, Uwe/Kardoff, Ernst von/Steinke, Ines (Hrsg.), *Qualitative Forschung. Ein Handbuch*, 12. Auflage, Reinbek bei Hamburg 2017, S. 369 ff.
- Bourdieu, Pierre, Ökonomisches Kapital – Kulturelles Kapital – Soziales Kapital, in: Steinrück, Margareta (Hrsg.), Pierre Bourdieu, *Die verborgenen Mechanismen der Macht*, Schriften zu Politik & Kultur 1, durchgesehene Neuauflage, Hamburg 2015, S. 49 ff. [Erstveröffentlichung in: Kreckel, Reinhard (Hrsg.), *Soziale Ungleichheiten*, Göttingen 1983, S. 183 ff.].
- Bydlinski, Franz/Bydlinski, Peter, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, 3. Auflage, Wien 2018.
- Dallinger, Ursula, Editorial, Hart aber fair? Ungleichheit und Wohlfahrtsstaat, *Zeitschrift für Sozialreform* 2018, S. 387 ff.
- Flick, Uwe/Kardoff, Ernst von/Steinke, Ines (Hrsg.), *Qualitative Forschung. Ein Handbuch*, 12. Auflage, Reinbek bei Hamburg 2017.
- Fraser, Nancy/Honneth, Axel, *Umverteilung oder Anerkennung? Eine politisch-philosophische Kontroverse*, 5. Auflage, Frankfurt am Main 2017.
- Kreher, Simone/Welti, Felix (Hrsg.), *Soziale Rechte und gesellschaftliche Wirklichkeiten*, Interdisziplinäre Konferenz des Forschungsverbunds für Sozialrecht und Sozialpolitik (FoSS) der Hochschule Fulda und der Universität Kassel, 03./04. September 2015, Kassel 2017.
- Kaufmann, Franz-Xaver, *Sozialpolitik und Sozialstaat*, Soziologische Analysen, 3. Auflage, Wiesbaden 2009.
- Lessenich, Stephan, *Theorien des Sozialstaats zur Einführung*, Hamburg 2012.
- Lüders, Christian, Beobachten im Feld und Ethnographie, in: Flick, Uwe/Kardoff, Ernst von/Steinke, Ines (Hrsg.), *Qualitative Forschung. Ein Handbuch*, 12. Auflage, Reinbek bei Hamburg 2017, S. 384 ff.

- Masuch, Peter/Spellbrink, Wolfgang/Becker, Ulrich/Leibfried, Stephan, Vorwort, in: Masuch, Peter/Spellbrink, Wolfgang/Becker, Ulrich/Leibfried, Stephan (Hrsg.), Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats, Denkschrift 60 Jahre Bundessozialgericht, Eigenheiten und Zukunft von Sozialpolitik und Sozialrecht, Band 1, Berlin 2014, S. V ff.
- Masuch, Peter/Spellbrink, Wolfgang/Becker, Ulrich/Leibfried, Stephan, Vorwort, Richterliche Wissensgewinnung und die Wissenschaften vom Sozialstaat – ein Blick vorab auf das Ganze, in: Masuch, Peter/Spellbrink, Wolfgang/Becker, Ulrich/Leibfried, Stephan (Hrsg.), Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats, Bundessozialgericht und Sozialstaatsforschung, Richterliche Wissensgewinnung und Wissenschaft, Band 2, Berlin 2015, S. V ff.
- Meuser, Michael/Nagel, Ulrike, ExpertInneninterviews – vielfach erprobt, wenig bedacht. Ein Beitrag zur qualitativen Methodendiskussion, in: Garz, Detlef/Kramer, Klaus (Hrsg.), Qualitativ-empirische Sozialforschung, Konzepte, Methoden, Analysen, Opladen 1991, S. 441 ff.
- Müller, Friedrich/Christensen, Ralph, Juristische Methodik, Band I, Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 11. Auflage, Berlin 2013.
- Röhner, Cara, Ungleichheit und Verfassung, Vorschlag für eine relationale Rechtsanalyse, Weilerswist 2019.
- Savigny, Friedrich Carl von, System des heutigen Römischen Rechts, Band 1, Berlin 1840, abrufbar unter: https://www.deutschestextarchiv.de/book/view/savigny_system01_1840?p=269 (letzter Zugriff: 13.06.2021).
- Schreier, Margrit, Varianten qualitativer Inhaltsanalyse: Ein Wegweiser im Dickicht der Begrifflichkeiten, Forum Qualitative Sozialforschung 2014 (1), abrufbar unter: <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0114-fqs1401185> (letzter Zugriff: 13.06.2021).
- Strauss, Anselm/Corbin, Juliet, Grounded Theory: Grundlagen Qualitativer Sozialforschung, Weinheim 1996.
- Wulffen, Matthias von/Krasney, Otto Ernst, Vorwort, in: Wulffen, Matthias von/Krasney, Otto Ernst, Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, Köln u.a. 2004, S. V f.
- Zacher, Hans F., Vorwort, in: Deutscher Sozialgerichtsverband e.V. (Hrsg.), Sozialrechtsprechung, Verantwortung für den sozialen Rechtsstaat, Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts, Band 1, Köln u.a. 1979, S. VI ff.

Bericht zur Konferenz „Sozialgerichtsbarkeit im Blick – Interdisziplinäre Forschung in Bewegung“, 21. und 22. September 2020

Martin Kilimann, Romina-Victoria Köller, Gül Savran

Die Nachwuchsgruppe „Die Sozialgerichtsbarkeit und die Entwicklung von Sozialrecht und Sozialpolitik in der Bundesrepublik Deutschland“ veranstaltete am 21. und 22. September 2020 gemeinsam mit dem Forschungsverbund für Sozialrecht und Sozialpolitik (FoSS) eine Tagung unter dem Titel „Sozialgerichtsbarkeit im Blick – Interdisziplinäre Forschung in Bewegung“. Die Tagung mit über 70 Teilnehmer:innen aus Wissenschaft, Verbänden und Praxis fand pandemiebedingt im digitalen Raum statt. Neben vier Impulsvorträgen, die das Thema der interdisziplinären Arbeit aufgriffen, stellten Mitglieder der Nachwuchsgruppe an beiden Tagen Schwerpunkte aus ihren Forschungsarbeiten in drei zeitgleich verlaufenden Streams vor. Oberthemen waren die „Mobilisierung von Recht“, „Interessen und (Rechts-)Tatsachen“ sowie „Rechtsschutz und Wandel des Wohlfahrtsstaates“. Ergänzt wurden ihre Präsentationen durch Beiträge von Mitgliedern des FoSS und Kommentierungen durch Expert:innen aus Sozialpolitikforschung und Praxis. Die Tagung endete mit einer virtuellen Podiumsdiskussion zur Bedeutung interdisziplinärer Forschung für die Praxis der Sozialgerichtsbarkeit.

Impulse: Interdisziplinäre Perspektiven auf die Sozialpolitikforschung

In seinem Impulsvortrag thematisierte *Prof. Dr. Berthold Vogel* (Soziologisches Forschungsinstitut Göttingen) „Konflikt und Kohäsion“ als „Eckpunkte der Sozialpolitikforschung“. Verteilungskonflikte und Kohäsionseffekte repräsentierten Grundprinzipien der Sozialpolitik. In diesem Spannungsfeld steht interdisziplinäre Forschung: Sozialpolitisches Handeln stelle zudem stets einen Balanceakt zwischen Erfüllung und Enttäuschung gesellschaftlicher Erwartungen dar. Eine konflikttheoretische Perspektive könne die aus diesen Balanceakten erwachsenden Verteilungskonflikte untersuchen. Zugleich könne Sozialpolitik betrachtet werden als Prozess des „social equalizing“, durch den Verteilungskonflikte moderiert werden

und der freiheitsstiftende Wirkungen hervorbringt. Für die Sozialpolitikforschung formulierte er drei Perspektiven: eine konzeptionelle, mit der Sozialrecht als öffentliches Gut im Sinne einer Infrastruktur für den gesellschaftlichen Zusammenhalt betrachtet wird; eine programmatische, mit der Justiz und Verwaltung als sozialpolitische Akteur:innen anerkannt werden; sowie eine auf die Kohäsionseffekte künftiger Sozialpolitik zielende Perspektive, die *Berthold Vogel* zufolge dezentral durch kommunale Strukturen verankert sein sollten. Letztlich seien soziale Fragen (immer auch) lokale Fragen.

Vorsitzende Richterin am Bundessozialgericht Sabine Knickrehm gab in ihrem Vortrag „Der Blick aus der Sozialgerichtsbarkeit - Rechtsprechung und Forschung“ Einblicke in den Umgang mit Forschung und wissenschaftlichen Erkenntnissen in der richterlichen Praxis anhand zweier Beispiele. Im Recht der gesetzlichen Rentenversicherung seien etwa zur Beurteilung, ob eine Erwerbsminderung vorliege, Ergebnisse der Arbeitsmarktforschung heranzuziehen. Bei der Anwendung der Vorschriften aus dem Gesetz zur Zahlbarmachung von Renten aus Beschäftigung in einem Ghetto (ZRBG) zur Anrechnung von Zeiten in der Rentenversicherung seien bei der Definition des Begriffs Ghetto und der Subsumtion eines konkreten Sachverhaltes unter diesen Begriff historische Zusammenhänge und Einordnungen von besonderer Bedeutung. *Sabine Knickrehm* erläuterte, dass Erkenntnisse anderer Wissenschaftsdisziplinen durch die Rechtsprechung nicht unmittelbar übernommen würden, weil etwa die Geschichtswissenschaft andere Erkenntnisinteressen verfolge. Forschungsergebnisse aus anderen Disziplinen seien jedoch innerhalb der eigenständigen rechtlichen Prüfung bei Anwendung der juristischen Auslegungsmethoden einzubeziehen. Insgesamt betrachtet benötige Rechtsanwendung dazu sozialwissenschaftliche Forschung, umgekehrt könnten rechtlich relevante Sachverhalte auch Anlass und Gegenstand empirischer Forschung sein.

Der Frage, welche Forschungsorte und -formate für Sozialpolitikforscher:innen einen interdisziplinären, reformorientierten Denkstil ermöglichen, ging *Prof. Dr. Stephan Rixen* (Universität Bayreuth) in seinem Impulsvertrag „Sozialpolitikforschung in Bewegung – Die Rechtswissenschaft“ nach. Er bezeichnete Sozialrecht als „geronnene Sozialpolitik“ und folgerte daraus eine unvermeidbare Interdisziplinarität der Sozialrechtswissenschaft. Auf der Suche nach verlässlichen „Lernorten für einen interdisziplinär-reformorientierten Denkstil“ stellte er fest, dass in den juristischen Fakultäten das Sozialrecht nur eine Randbedeutung habe und dort aufgrund der Fixierung auf die „Dogmatik“ und die klassische Jurist:innenausbildung tendenziell kein interdisziplinäres Arbeitsumfeld bestehe. *Stephan Rixen* stellte Ideen vor, über welche Forschungsorte und -formate

eine rechtswissenschaftlich ausgerichtete und interdisziplinär informierte Sozialpolitikforschung in Bewegung gebracht werden könne. Erfolgversprechend könne der Ausbau von dezentralen Projekten und ihre Vernetzung sein, die durch übergreifende Themen („integrierende Denkbachsen“) verbunden sind. Zu diesen interdisziplinär und vernetzt zu denkenden Themen zählt er etwa den Klimawandel als soziale Problematik, soziale Ungleichheiten als kulturelle Ungleichheiten oder die Frage nach dem Rechtsschutz als (Un-)Gleichheitstreiber.

Mit ihrem Impuls „Wohlfahrtskapitalismus - Woher kommt das Soziale?“ lenkte *Prof. Dr. Ursula Dallinger* (Universität Trier) den Blick zunächst auf Verteilungsarenen. Sie unterschied dabei die Sphäre des Marktes, der mit seinem Grundsatz von Angebot und Nachfrage bei einer Knappheit von Ressourcen anderen Regeln folge als die Sphäre des Staates, in der um politische Mehrheiten konkurriert werde. Politisch werde zwar das Ziel der Egalität als Ideal verfolgt, empirisch lasse sich aber eine Zunahme der Einkommensungleichheit zwischen steigendem Markteinkommen und sinkenden Lohnersatzraten aus den Leistungen der sozialen Sicherungssysteme belegen. Im demokratischen Kapitalismus fielen Ideal und Realität im Hinblick auf Egalität und Verteilung auseinander. Festzustellen sei, dass, auch wenn Defizite in der Verteilung von Ressourcen bestünden, dies nicht zu einer entsprechenden politischen Nachfrage und anschließender Korrektur durch politische Programme und Gesetzgebung führen würde. Gründe dafür könnten *Ursula Dallinger* zufolge darin liegen, dass Verteilungsfragen von Bürger:innen ungenau rezipiert würden, unter anderem weil die subjektive Wahrnehmung der eigenen Lage wegen einer feststellbaren „Tendenz zur Mitte“ verzerrt sein könne. Politische Präferenzen für eine umverteilende Politik seien häufig vage und abhängig vom Framing durch politische Eliten und Interessenverbände, die Benennungsmacht ausübten. Umverteilende Politik sei umso mehr ausgebaut, je stärker die wohlfahrtsstaatliche Ausrichtung sozialdemokratischer Parteien sei und je höher der Anteil von Linkswählern in der Mittelschicht. Zugleich sei ihr zufolge zu beobachten, dass die Sozialdemokratie umso weniger Wähler:innen habe, je weiter links die Partei im politischen Spektrum stehe. Für die Sozialgesetzgebung als Mittel umverteilender Politik sei nach der Verfügbarkeit sozialer Rechte als individueller Rechte und ihrer Mängel auch im Verhältnis zur kollektiven Benennungsmacht zu fragen.

Stream I – Mobilisierung von Recht

Stream I mit dem Titel „Mobilisierung von Recht“ setzte sich mit verschiedenen Formen der Mobilisierung von Recht vor und in dem sozialgerichtlichen Verfahren auseinander.

In ihrem Vortrag „Die Aushandlung von Rechtskonflikten in verbandlichen Beratungssituationen“ stellte *Katharina Weyrich* (Universität Kassel) vorläufige Erkenntnisse aus ihrer empirischen Forschung vor. Gegenstand ihrer soziologischen Untersuchung sind Beratungsgespräche in Sozialverbänden, in denen Rechtskonflikte vor dem Hintergrund der je individuellen Lebenssituationen von Ratsuchenden verhandelt werden. Die Beobachtungen zeigen, dass sich die Beratungsgespräche nicht ausschließlich um den Rechtscharakter des Beratungsanliegens drehen, sondern auch um sich dahinter verbergende Konflikte um soziale Anerkennung.

Anschließend warfen *Prof. Dr. Simone Kreher* und *Prof. Dr. Susanne Dern* (beide Hochschule Fulda) empirische Schlaglichter auf „Akteur:innen, Aktanten und Agency im Prozess der Rechtsmobilisierung“. *Simone Kreher* diskutierte auf der Grundlage narrativer Selbstpräsentationen einer qualifizierten Sachbearbeiterin/Public-Health Expert:in und Referentin einer kassenärztlichen Prüfstelle deren ambivalente Akteur:innenposition. Im beruflich-professionellen Alltagshandeln begriff sie sich als routinierte Produzentin Rechtstatsachen, die auf mehreren Ebenen Rechtsmobilisierung auslösen könne. *Susanne Dern* stellte zur Diskussion, ob Kläger:innen im sozialgerichtlichen Verfahren eine eigene Stimme hätten, um ihre Rechte geltend zu machen. Die Analyse von Auszügen aus Gerichtsakten zeige, dass sowohl Gutachter:innen als auch Prozessbevollmächtigte und Richter:innen mehr über die Kläger:innen sprechen als mit ihnen.

Die Politikwissenschaftlerin *Prof. Dr. Gesine Fuchs* (Hochschule Luzern) unterstrich mit ihrem Kommentar zu den Vorträgen die Rolle sozialwissenschaftlicher Methoden in der Rechtsforschung. Insbesondere die Situationsanalyse, mit der alle drei Referent:innen gearbeitet haben, hätte ihrem Eindruck zufolge Potential für die Erforschung von Rechtswirklichkeiten.

Solveig Sternjakob (Universität Kassel) referierte zu dem Thema „Zwecke überindividueller Klagen im sozialgerichtlichen Verfahren“ und befasste sich zu Beginn ihres Vortrages mit der Frage, warum von der Klägerbetroffenheit in anderen Verfahrensordnungen abgewichen werde, um Verbänden die Möglichkeit einzuräumen, sich für fremde Rechte einzusetzen. Obwohl eine klare Tendenz der Einführung dieser Klagerechte zur Behebung von Rechtsschutzdefiziten festzustellen sei, sei deren Ausweitung auf das sozialgerichtliche Verfahren bisweilen ausgebremst worden. Dies

bedeute aber nicht, dass es keine Gründe für eine Einführung von Verbandsklagerechten gäbe.

Um die besondere Rolle von Sozialverbänden ging es auch im anschließenden Vortrag von *Prof. Dr. Felix Welte* (Universität Kassel) „Die Verbände vor den Sozialgerichten: Vertreter überindividueller Rechte?“. Seit den Anfangstagen der Sozialversicherung seien die Sozialverbände im sozialgerichtlichen Verfahren präsent und übten einen gewissen institutionellen sowie informellen Einfluss auf das sozialgerichtliche Geschehen aus. Angesichts dieser langjährigen Tradition stelle sich die Frage, wofür die Einführung von Verbandsklagerechten überhaupt gebraucht werde. Um diese zu rechtfertigen, müssten vor allem relevante Interessengruppen identifiziert werden, deren Rechte bisher nicht oder nur unzureichend im sozialgerichtlichen Verfahren zur Geltung kämen. Hier bestehe noch rechtssoziologischer Forschungsbedarf.

Aus politikwissenschaftlicher Sicht kommentierte erneut *Prof. Dr. Gesine Fuchs* (Hochschule Luzern) die beiden vorangegangenen Beiträge. Sie wies darauf hin, dass sich eine Reihe weiterer Fragen stellten, wenn über Rechtsschutzreformen gesprochen werde. Insbesondere müsse bedacht werden, welche Akteur:innen Reformen überhaupt anregen könnten und wie der politische Prozess auf die Gestaltung von Rechtsschutzinstrumenten wirke. Wie sich ein individuelles Begehren in eine kollektive Forderung innerhalb der Sozialverbände umwandle, betrachtet sie ebenfalls als eine interessante weiterführende Fragestellung.

Stream II – Interessen und (Rechts-)Tatsachen

In Stream II mit dem Titel „Interessen und (Rechts-)Tatsachen“ stellte *Simon Roesen* (Universität Kassel) einen Teilbereich seiner Forschungsarbeit vor. Mit seiner Forschung fragt er nach dem Verhältnis zwischen der Feststellung von „generellen Tatsachen“ durch die Revisionsinstanz und der richterlichen Überzeugungsbildung der jeweils zuständigen Berufungsinstanz nach § 128 Abs. 1 SGG und den sich daraus ergebenden verfahrensrechtlichen Folgen. Dazu untersucht er die Rechtsprechung des BSG zum zulassungsüberschreitenden Einsatz von Arzneimitteln (sog. Off-Label-Use). Sein Vortrag „Zwischen Rechtsanwendung und Sachverhaltsermittlung – Generelle Tatsachen in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Off-Label-Use von Arzneimitteln“ zeigte, dass die Grenze zwischen Rechtsfragen und Tatsachenfragen zum Teil fließend verläuft und dass die Feststellung von „generellen Tatsachen“ in diesem speziellen Bereich eine bedeutsame Rolle einnimmt.

Daran anschließend folgte ein Vortrag von *Christian Jesberger* (Hochschule Fulda) mit dem Titel: „Das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 SGB V aus ökonomischer Perspektive - unter besonderer Berücksichtigung des Off-Label-Use von Arzneimitteln“. Hierbei stellte *Christian Jesberger* die Bedeutsamkeit gesundheitsökonomischer Analysen im Rahmen gesundheitspolitischer Allokationsentscheidungen über Sozialleistungen heraus. Dabei nahm er auch Bezug auf das im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung verankerte und den Off-Label-Use prägende Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 SGB V.

Nachfolgend kommentierte *Prof. Dr. Michael Wrase* (Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung) die Beiträge. Die von *Simon Roesen* vorgestellten Beispiele aus der Rechtsprechung zum Off-Label-Use warfen bei ihm die Frage auf, welche Intention Richter:innen des Bundessozialgerichts verfolgen, wenn sie sich für oder gegen die Feststellung genereller Tatsachen entscheiden. Auch könne die Anwendung sozialwissenschaftlicher Methoden in diesem Rahmen weitere spannende Erkenntnisse hervorbringen, die mit den hier angewandten rechtswissenschaftlichen Methoden nicht zu erfassen seien.

Im Vortrag „Gemeinschaften und ihre sozialrechtlichen Interessen“ von *Dr. Katie Baldschun* (Universität Kassel) ging es um den Gebrauch bestimmter Begriffe im sozialgerichtlichen Streit. Dafür untersucht sie die Verwendung einzelner Begriffe in Urteilstexten der Sozialgerichte, darunter auch solche, die nicht ausdrücklich im Gesetzestext vorkommen, aber zur Argumentation im Rechtsstreit über Leistungsansprüche herangezogen werden. Ein Beispiel dafür ist der Begriff des Steuerzahlers, der in der sozialgerichtlichen Rechtsprechung als vergleichsweise neue Argumentationsfigur zu entdecken sei. Um die Verwendung des Begriffes und damit mögliche Bedeutungen zu erkennen, untersucht *Katie Baldschun* dessen Kontext in den richterlichen Begründungen von Entscheidungen auf wiederkehrende Gebrauchsmuster.

Der Frage, was Interessen im Sinne der politikwissenschaftlichen Verbändeforschung sind und wie sie aus dieser Perspektive erforscht werden könnten, ging *Prof. Dr. Wolfgang Schroeder* (Universität Kassel) nach und führte seine Überlegungen am Beispiel des Bundes der Steuerzahler (BdSt) aus. Als Verein ist sein Handeln sowohl von einer Mitgliedschaftslogik, also der Sicherung der Legitimation durch die Mitglieder, als auch einer Einflusslogik, der Wahrung der Beziehungen zum Staat und zu weiteren relevanten Akteur:innen, geprägt. Doch angesichts der Heterogenität seiner Mitglieder und der Steuerzahler im Allgemeinen habe der Bund der Steuerzahler eine Interessenselektion vorzunehmen, bevor er eine strategi-

sche Durchsetzung durch bspw. intensive Öffentlichkeitsarbeit betreiben könne.

In seiner anschließenden Kommentierung merkte *Prof. Dr. Michael Wrase* an, dass der Gegenstand von *Katie Baldschuns* Forschung einen Bezug zu Fragen der Rechtsrhetorik aufweise, und wies darauf hin, dass über Sprache auch symbolische Gewalt ausgeübt werden könne. Zudem ließen sich Zusammenhänge zu aktuellen sozialpolitischen Diskursen und zu Entwicklungen im Verständnis vom Sozialstaat sowie in der Arbeitsmarkt- und Finanzpolitik aufzeigen.

Stream III – Rechtsschutz und Wandel des Wohlfahrtsstaats

In Stream III mit dem Thema „Rechtsschutz und Wandel des Wohlfahrtsstaats“ hielt *Alice Dillbahrner* (Universität Kassel) einen Vortrag mit dem Titel „Rechtsschutz im britischen Wohlfahrtsstaat mit Blick auf die Absicherung bei Arbeitslosigkeit“. In Großbritannien seien Rechtsschutzverfahren im Kontext der sozialen Sicherung Teil der „administrative justice“ und würden vorwiegend von speziellen Gerichten behandelt. Im Zuge einer Reform der Leistungen bei Arbeitslosigkeit sei 2013 eine verpflichtende behördeninterne Überprüfung eingeführt worden, die dem deutschen Widerspruchsverfahren ähnlich sei. In der Folge sei die Anzahl an Klagen deutlich gesunken, was die Frage aufwerfe, inwieweit durch die Reform eine Hürde im Rechtsschutzverfahren entstanden ist.

Prof. Dr. Tanja Klenk (Helmut-Schmidt-Universität Hamburg) und *Prof. Dr. Minou Banafsche* (Universität Kassel) stellten in ihrem anschließenden Vortrag die Ergebnisse ihrer Studie zu dem Thema „Die Verwaltungspraxis in der Grundsicherung für Arbeitsuchende – eine rechtstatsächliche Analyse am Beispiel zugelassener kommunaler Träger“ vor. Die seit Jahren konstant hohe Zahl an Widerspruchs- und Klageverfahren im Rechtskreis des SGB II bildete für die Referent:innen den Ausgangspunkt für eine empirische Untersuchung der Organisationsstrukturen und Arbeitsabläufe in den hessischen Optionskommunen, um die Ursachen zu ermitteln. Im Ergebnis habe sich, so die Referent:innen, die Annahme bestätigt, dass strukturelle Defizite in den Behörden bestünden, welche die Entscheidungspraxis anfällig für Fehler mache.

In ihrem Kommentar näherte sich *PD Dr. Tanja Pritzlaff-Scheele* (SOCIUM Bremen) der Frage an, welche Gerechtigkeitsvorstellungen den in den Vorträgen genannten Verfahren jeweils zugrunde liegen. In ihrer eigenen Forschung stelle sie fest, dass Politik und Verwaltung die Diskussion um die Ausgestaltung tatsächlicher Verwaltungspraxis mit normativen Kon-

zepten auflüden. Insbesondere das Konzept der „richtigen Entscheidung“ mache dies deutlich, da darunter nicht nur die bloße korrekte Rechtsanwendung, sondern auch Aspekte wie eine ausreichende Begründung oder ein faires Verfahren zu verstehen seien.

Michael Beyerlein (Universität Kassel) hielt einen Vortrag mit dem Titel „Die Akzeptanz von Entscheidungen sozialrechtlicher Schiedsstellen durch Konfliktparteien – Theoretische Überlegungen“. In seiner Untersuchung versuche er Faktoren zu identifizieren, welche die Akzeptanz von Schiedsstellenentscheidungen in der Eingliederungshilfe und der Pflege, die häufig Kompromisscharakter aufweisen, fördern. Solche Faktoren fänden sich dabei sowohl in der Verfahrensgestaltung als auch in Bezug auf die Verhandlungsziele und das politische Umfeld der Konfliktparteien. Für seine Überlegungen ziehe er Theorien heran, die legitime Verfahren (Luhmann) und Deliberation (Habermas) als Akzeptanzquelle beschrieben, aber auch spieltheoretische Überlegungen.

Prof. Dr. Andreas Hänlein (Universität Kassel) kommentierte im Anschluss *Michael Beyerleins* Herangehensweise, unterschiedliche theoretische Konzepte für die Reflexion über die Akzeptanz von Schiedsstellenentscheidungen fruchtbar zu machen. Die Spieltheorie passe wohl am besten zum Modell ggf. oktroyierter Vertragsschlüsse; sie führe zu der Frage, wie nach einem spieltheoretischen Ansatz Schiedssprüche ausfallen müssten, um von Akteuren mit wirtschaftlich gegenläufigen Interessen akzeptiert zu werden. Das von *Michael Beyerlein* herangezogene Konzept der Legitimation durch Verfahren sei dazu geeignet, einen weiteren Aspekt der Schiedsstellenentscheidung zu erhellen, nämlich den – Legitimationsbedarf auslösenden – Zwangscharakter des Schiedsspruches. Das Konzept der „demokratischen Deliberation“ könne darüber hinaus den Blick auf die Leistungsberechtigten lenken, die nicht am Aushandlungsprozesses beteiligt, gleichwohl jedoch von ihm betroffen sind.

Nachfolgend kommentierte *Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Hamburg a. D. Dr. Christian Grube* die Beiträge aus seiner Perspektive als Vorsitzender sozialrechtlicher Schiedsstellen. Als solchem sei ihm die Differenzierung zwischen den sozialversicherungsrechtlichen und den fürsorgerechtlichen Schiedsstellen wichtig, da sich diese in Struktur und Problemstellungen unterschieden. Für die Akzeptanz von Entscheidungen sei neben den von *Michael Beyerlein* angesprochenen Faktoren auch relevant, ob die vorsitzende Person im Einvernehmen oder per Los bestimmt wurde. Leistungserbringer seien zudem oftmals aus zeitlichen Gründen auf eine Entscheidung angewiesen und auch deswegen bereit, nachteilige Bestandteile einer Schiedsstellenentscheidung zu akzeptieren. Praktische

Schwierigkeiten der Entscheidungsfindung gebe es insbesondere in zu großen Schiedsstellen.

Podiumsdiskussion: Sozialgerichtsbarkeit im Blick – Forschungsbedarf aus Akteursicht

Zum Abschluss der Veranstaltung wurde der Blick auf den Forschungsbedarf aus der Perspektive von Akteur:innen des sozialgerichtlichen Verfahrens gerichtet. Als Vertreterin der Richter:innenschaft wurde *Richterin am Bundessozialgericht Nicola Behrend* eingeladen, als Vertreter der Leistungserbringer *Rüdiger Mey* (Deutsche Rentenversicherung Bund) und als Akteure sowohl in der vorgelagerten Beratung als auch Vertretung vor Gericht *Robert Nazarek* (Deutscher Gewerkschaftsbund), *Dr. Joachim Rock* (Der Paritätische Gesamtverband) sowie *Jens-Oliver Siebold* (ARGE Sozialrecht im Deutschen Anwaltverein, Fachanwalt für Sozialrecht).

Nicola Behrend verdeutlichte die Relevanz von wissenschaftlichen Studien für die Rechtsprechung anhand des jüngsten Bundesverfassungsgerichtsurteils zu Sanktionen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende. Für die Urteilsbegründung werde dezidiert auf empirische Forschung Bezug genommen, so dass dies auch als Einladung für die Sozialrechts- und Sozialpolitikforschung im Generellen zu verstehen sei. Forschungsbedarf sehe sie auch bei der Umsetzung des umfassenden sozialrechtlichen Beratungsanspruchs und ob die Beratungspflichten in der Praxis erfüllt werden würden. *Rüdiger Mey* sprach das Güterichterverfahren als möglichen Gegenstand für interdisziplinäre Forschung an. Konkret stellten sich die Fragen, welche Gründe Sozialrichter:innen bewegen, solche alternativen Verfahren vorzuziehen, ob alternative Verfahren eine höhere Erfolgsquote haben und auch, wie Beteiligte das Verfahren einschätzen. *Robert Nazarek* bezog sich auf die Digitalisierung in der Sozialgerichtsbarkeit. Sie wäre im internationalen Vergleich ein interessanter Untersuchungsgegenstand. Weitere erforschungswürdige Themen stellen seiner Ansicht nach die Gebührenregelungen im sozialgerichtlichen Verfahren oder die Konzepte im Hinblick zur Ermittlung realitätsnaher Regelbedarfe in der Grundsicherung für Arbeitssuchende dar. Letzteres wurde von *Joachim Rock* unterstützt. Bei den hohen Klagezahlen sehe er Forschungsbedarf im Bereich der „Zubringerstraßen“ zum Sozialrechtsschutz. So gebe es trotz hoher Widerspruchs- und Klagezahlen auch „schwache Interessen“, die durch das Raster fielen. Anknüpfend an die Überlegungen von *Nicola Behrend* regte er Untersuchungen zu behördlichen Falschberatungen an. Abschließend formuliert *Jens-Oliver Siebold* Forschungsbedarf zur Frage der Kläger:in-

nenzufriedenheit. Die Faktoren für die Akzeptanz von Gerichts- und Behördenentscheidungen seien dabei von besonderem Interesse. Besonders wichtig sei es, dass Forschende verstärkt den Kontakt zur Praxis suchen.

Impulse

Konflikt und Kohäsion als Eckpunkte der Sozialpolitikforschung.

Anmerkungen aus soziologischer Perspektive

Berthold Vogel

Ist Sozialpolitik nicht das innere Band moderner, arbeitsteiliger Gesellschaften? Ein Band, das stets unter der Spannung von Verteilungskämpfen, aber eben auch für Stabilität im gesellschaftlichen Wandel steht? Wer in diesem Feld forscht, der und die treffen auf Konflikte zwischen Klassen, Generationen und Statusgruppen, aber sie sehen auch Effekte gesellschaftlichen Zusammenhalts, die in der Institutionalisierung von Solidarität in sozialen Sicherungssystemen ihren Ausdruck finden. In der Sozialpolitik geht es immer um das Ganze. Sozialpolitisch Aktive sind daher immer mehr als Fachpolitikerinnen und -politiker. Und Forschende in diesem Feld stoßen selbst dann, wenn sie Details der Renten- und Krankenversicherung untersuchen, immer auch auf die Ideen, Interessen und Institutionen¹, die mit Ausbau und Fortentwicklung des Sozialstaats verknüpft sind. Hierzu zählt die Vorstellung von einer „guten Gesellschaft“ (DGB-Index), von der Balance unterschiedlicher sozioökonomischer Interessen² und von der konkreten „Institutionenfortbildung“³ der Versicherung, der Daseinsvorsorge und des Gemeinwohls. Kein Wunder, dass Sozialpolitik immer eine inter- und transdisziplinäre Forschungsangelegenheit ist. Unterschiedliche Disziplinen wirken hier zusammen, die sich allesamt reaktionsfähig gegenüber gesellschaftlichen Veränderungen zeigen müssen. Die Eckpunkte der Sozialpolitikforschung sind Konflikt und Kohäsion. Das galt in der Vergangenheit, aber vielleicht noch mehr in den kommenden Jahren, wenn Pandemiebewältigung, Digitalisierung und Alterung der Gesellschaft Sozialpolitik gehörig unter Stress setzen werden. Die kommenden Verteilungskonflikte liegen auf der Hand, zumal die Kassen nach der Corona-Krise nicht voller sein werden. Auch die demografischen Ungleichgewichte, die die Sozialversicherungen in Zukunft erheblich belasten, sind im Moment noch eher Szenario als Wirklichkeit. Und wie

1 Lepsius, Institutionenanalyse und Institutionenpolitik, S. 392 ff.

2 Kallhoff, Why Democracy Needs Public Goods.

3 Schelsky, Über die Stabilität von Institutionen, besonders Verfassungen, S. 33 ff.

eine Gesundheitsversorgung in einer alternden Gesellschaft aussehen soll, die Jahr und Jahr von einem wachsenden Fachkräftemangel gerade auch in den versorgenden und pflegerischen Berufen geplagt wird, weiß wohl aktuell keine und keiner so genau. Die Prinzipien der Solidarität und Subsidiarität bleiben jedenfalls aktuell, wenn es zukünftig Konflikte zu balancieren und Kohäsion durch Sozialpolitik zu ermöglichen gilt. Wenn wir nachfolgend im Spannungsfeld von Konflikt und Kohäsion über Sozialpolitikforschung nachdenken, dann treffen wir auf ein differenziertes Feld wissenschaftlicher Analysen. Hier geht es um die Universalien des Wohlfahrtsstaates ebenso wie um die Spezifika des Sozialversicherungsrechts. Demzufolge finden wir erstens empirisch-evaluative Forschung zu Folgewirkungen sozialpolitischer Interventionen von der Familienhilfe über die Alterssicherung bis hin zur Arbeitslosenunterstützung. Dieser Zweig der Sozialpolitikforschung hat in den vergangenen Jahrzehnten deutlich an Gewicht gewonnen. Auf diese Weise ist Sozialpolitikforschung zweitens eine transferorientierte Disziplin, die im Dialog mit den Trägern der Sozialpolitik steht: mit Verbänden, Vereinen, Gerichten und öffentlichen bzw. kommunalen Einrichtungen. Sozialpolitikforschung ist drittens aber auch eine stark auf den Wohlfahrtsstaat hin ausgerichtete Disziplin, in der die Entwicklungsgeschichte der Sozialpolitik beleuchtet und das Verhältnis von Staat und Gesellschaft diskutiert wird. In konzeptioneller und zeitdiagnostischer Hinsicht sind im Rahmen der Sozialpolitikforschung unterschiedliche Typen der Staatsbedürftigkeit der Gesellschaft⁴ unterschieden und reflektiert worden – dazu zählen Konzepte des „sorgenden Staates“⁵ und des gewährleistenden Staates. Darauf kommt der Text im Folgenden zu sprechen. Insgesamt gilt, dass Sozialpolitikforschung mehr ist als ein Evaluationsprogramm, das Effekte von politischen Maßnahmen und Versicherungsleistungen misst. Es geht vielmehr um Ungleichheit, um Verteilungsfragen, um die prekäre Balance von Befriedigung und Enttäuschung gesellschaftlicher Erwartungen, kurz: um die Analyse und Gestaltbarkeit des gesellschaftlichen Ganzen durch die Bearbeitung sozialer Partikularitäten.

4 Vogel, Die Staatsbedürftigkeit der Gesellschaft.

5 De Swaan, Der sorgende Staat.

I. Konfliktreiche Balancen

Die wohlfahrtsstaatliche Politik prägt Lebenschancen und strukturiert soziale Ungleichheit, indem sie Privilegien zuweist und entzieht, indem sie das Gefüge aus Rechten und Pflichten ordnet und justiert. Der Wohlfahrtsstaat konstruiert und konstituiert soziale Vorzugslagen, aber auf diese Weise auch immer soziale Benachteiligungslagen. Der Wohlfahrtsstaat ist der Ort der Auseinandersetzungen um die politische und rechtliche Formulierung einer – in den Worten *Robert Castels* – „Handicapologie“⁶. Die politische Praxis der Handicapologie fragt: Wer verdient für welchen Tatbestand welche finanzielle und normative Aufmerksamkeit, wessen Handicaps werden als berechtigt anerkannt und welche Handicaps erweisen sich als interventionstauglich, als ausgleichsbedürftig oder vielleicht auch als zumutbar? Auf der Grundlage dieser Fragestellungen gibt es in wohlfahrtsstaatlich formierten Demokratien zu keinem Zeitpunkt dauerhaft sozialpolitisch Befriedigte und dauerhaft sozialpolitisch enttäuschte soziale Gruppen bzw. Klassen, sondern die Enttäuschungs- und Befriedigungsintensität ist zwischen den und innerhalb der unterschiedlichen sozialen Klassen stets variabel. Diese prekäre und konfliktreiche Balance von Befriedigung und Enttäuschung gesellschaftlicher Erwartungen, die als das strukturelle Grundmerkmal der Organisation und Praxis des Wohlfahrtsstaates zu betrachten ist, kommt in der Suche nach Wohlfahrtsstaatstypen meist zu kurz.

II. Sozialpolitik zweiter Ordnung

Die viel zitierte und in den Sozialstaatsdebatten hegemoniale Wohlfahrtsstaatstypologie von *Gøsta Esping-Andersen*, der drei Welten eines konservativen, liberalen und sozialdemokratisch geprägten „Wohlfahrtskapitalismus“ unterscheidet⁷, ist daher als Heuristik wohlfahrtsstaatlicher Entwicklungslogik verdienstvoll, für das systematische theoretische und empirische Verständnis wohlfahrtsstaatlicher Praxis als Spannungsfeld von Konflikt und Kohäsion allerdings weitgehend untauglich. Die Typologie hilft Unterscheidungen zu treffen, aber sie operiert mit einem Modell, das keine Konflikte um die Gestalt und Gestaltung von Staatlichkeit kennt, und sie unterstellt, dass das letzte und höchste Ziel des Wohlfahrtsstaates

6 Castel, Die Metamorphosen der sozialen Frage.

7 Esping-Andersen, Die drei Welten des Wohlfahrtskapitalismus, S. 19 ff.

tes die „Dekommodifizierung“ der Ware Arbeitskraft sei. Davon kann allerdings nicht die Rede sein. Selbstverständlich zielt wohlfahrtsstaatliche Politik von Beginn an darauf, der Nutzung der menschlichen Arbeitskraft spezifische politische und institutionelle Grenzen zu setzen bzw. das freie Spiel von Angebot und Nachfrage auf den Arbeitsmärkten einzudämmen. Doch diese auf „Dekommodifizierung“ orientierte Funktionsbestimmung bleibt eindimensional. Der Soziologe *Elmar Rieger* legte bereits in seinem Aufsatz „Soziologische Theorie und Sozialpolitik im entwickelten Wohlfahrtsstaat“⁸ mehrere Gründe dar, die gegen die in der empirischen Wohlfahrtsstaatsforschung verbreitete Praxis sprechen, die von *Esping-Andersen* prominent platzierte „Dekommodifizierung“ als Zentralmerkmal von Sozialpolitik auszuweisen. Der Maßstab des wohlfahrtsstaatlichen Handelns ist keineswegs der Schutz der Arbeitskraft vor dem Markt. So betont *Karl Polanyi* in seiner klassischen Studie zur „Great Transformation“⁹, dass es gerade der sich etablierende Wohlfahrtsstaat ist, der die marktfähige Arbeitskraft überhaupt erst herstellt. Die wohlfahrtsstaatliche Organisation des Sozialen zielt nicht auf Marktabschirmung, sondern umgekehrt auf Marktbefähigung. In dieselbe Kerbe schlägt auch *Michel Foucault* in seinen Vorlesungen zur „Gouvernementalität“. Hier konzentriert er sich auf die gesellschaftspolitischen Vorstellungen und das Markt-Staat-Verhältnis der Ordoliberalen¹⁰. *Foucault* zeigt, dass für die Freiburger Schule der Markt keine natürliche Sozialordnung darstellt, die der Staat bzw. die politische Regierung respektieren oder gar schonen müsste. Es verhält sich aus der Sicht der ordoliberalen Protagonisten *Eucken*, *Röpke* oder *Müller-Armagk* genau umgekehrt: Ohne politische Intervention und ohne rechtlichen Eingriff entstehen keine stabilen Marktordnungen. Der funktionierende Markt ist das Ergebnis von politischer, rechtlicher, d.h. in letzter Instanz staatlicher Regierungspraxis. Zudem verleitet die Konzentration auf die dekommodifizierende Wirkung zu einem Verständnis des Verhältnisses von Markt und Sozialpolitik, das den Problemen entwickelter Wohlfahrtsstaaten, in denen sich komplizierte Verbindungen wirtschaftlicher und politischer Sphären ergeben, nicht gerecht wird. Ein Grundmerkmal entwickelter Wohlfahrtsstaaten ist doch gerade, dass sie zunehmend mit sozialpolitischen Problemen zweiter Ordnung konfrontiert sind. Sozialpolitik bearbeitet durch ihre Praxis die selbst erzeugten

8 Rieger, Soziologische Theorie und Sozialpolitik im entwickelten Wohlfahrtsstaat, S. 59 ff.

9 Polanyi, The Great Transformation.

10 Foucault, Die Macht der Psychiatrie.

Handlungsanforderungen. Sie dreht sich immer weniger um die Beeinflussung konkreter sozialer Problemlagen im Sinne einer Sozialpolitik erster Ordnung, „sondern um die Beeinflussung der Interventionsapparaturen, welche einstmals um der Linderung sozialer Problemlagen willen geschaffen worden sind, heute jedoch ein institutionelles Eigengewicht gewonnen haben, das weitgehend unabhängig von den ursprünglichen Motiven um politische Beachtung ringt. Hier geht es nicht mehr um Intervention in soziale Verhältnisse, sondern um die Gewährleistung und Steuerung institutionalisierter Systeme – insbesondere des Tarifvertragswesens, der Einkommenssicherung und der Dienstleistungsproduktion“¹¹. Rieger spricht in Anspielung auf diese Sozialpolitik zweiter Ordnung sehr anschaulich von „Selbstverknötungen“ und „Selbstbindungen“. Sie sind Resultate und Steuerungsprobleme sozialpolitischer Arrangements¹². Auch er weist auf das eherne Gesetz der Sozialpolitik im entwickelten Wohlfahrtsstaat hin, „dass jede Problemlösung die Dringlichkeit der noch ungelösten Probleme erhöht“¹³. Die Grenzen des Wohlfahrtsstaates liegen mithin nicht alleine in den Problemen der fiskalischen Umverteilung oder Abgabenlast, sondern auch in den Antinomien der sozialpolitischen Praxis. Diese Praxis ist in schwelende Interessenkonflikte involviert, die sich zwischen den durch sozialpolitische Verteilung entweder gestärkten oder geschwächten Gruppen abspielen. In der Entwicklungsgeschichte moderner staatlicher Regulation des Sozialen erkennen wir Kämpfe um den Neubau, Ausbau und Abbau wohlfahrtsstaatlicher Institutionen und Sicherungssysteme sowie Auseinandersetzungen um die „regulativen Wertmaßstäbe“ der Sozialpolitik. In der Formulierung *Max Webers*: „Das Kennzeichen des sozialpolitischen Charakters eines Problems ist es ja geradezu, dass es nicht auf Grund bloß technischer Erwägungen aus feststehenden Zwecken heraus zu erledigen ist, dass um die regulativen Wertmaßstäbe selbst gestritten werden kann und muss, weil das Problem in die Region der allgemeinen Kulturfragen hineinragt. Und es wird gestritten nicht nur (...) zwischen ‚Klasseninteressen‘, sondern auch zwischen Weltanschauungen“¹⁴.

11 Kaufmann, Sozialpolitik und Sozialstaat, S. 143.

12 Rieger, Soziologische Theorie und Sozialpolitik im entwickelten Wohlfahrtsstaat, S. 74.

13 Rieger, Soziologische Theorie und Sozialpolitik im entwickelten Wohlfahrtsstaat, S. 84.

14 Weber, ArchSozWiss 1904, S. 22, 29.

III. Kohäsionseffekte

Daraus ergeben sich für die Sozialpolitik als Spannungsfeld zwischen Konflikt und Kohäsion drei Schlussfolgerungen: Erstens, es gibt keine übergeordnete, zentrale Leitfunktion der Sozialpolitik, die sich beispielsweise in der Funktion der Dekommodifizierung oder der Dämpfung und Einhegung von Marktmechanismen erschöpfen würde. Die Staatszielbestimmung des modernen, rechtsbasierten Wohlfahrtsstaates kann nicht eindimensional auf Markteinhegung reduziert werden, wie es die Typologie *Esping-Andersens* suggeriert. Zweitens, „Markt“ ist keineswegs ein diametraler Gegensatz zu Sozialpolitik. Beides, Markt und Staat, sind vielmehr Mechanismen der Regulation und Befriedigung potentiell divergenter Interessen und Bedürfnisse. Historische Arbeiten zeigen die enge Verschränkung und wechselseitige Angewiesenheit von Markt und Staat als Funktions- und Ordnungsprinzipien des Sozialen. *Max Webers* Kapitalismustheorie ruht auf der Erkenntnis, dass alleine im rationalen Staat der Kapitalismus gedeihen kann. Dieser Staatstypus beruht auf dem formalisierten Recht. Recht muss sich berechnen lassen wie eine Maschine, um das Unternehmertum auf sicherem Grund gedeihen zu lassen. Hierzu bedarf es der Sozialfiguren des Fachbeamten und des Verwaltungsdieners. Drittens, die distributive Bearbeitung der Probleme einer gesellschaftlichen Gruppe erzeugt regelhaft Probleme für andere Gruppen der Gesellschaft. „Wohlfahrtsstaatliche Einrichtungen in marktwirtschaftlichen Kontexten sind typischerweise gleichzeitig auf gegensätzliche Bedürfnisse von sozialen Gruppen bezogen, die im System der gesellschaftlichen Arbeitsteilung unterschiedliche Positionen einnehmen. Sie enthalten zwangsläufig Elemente, die untereinander in einem Spannungsverhältnis stehen“¹⁵. Mit anderen Worten: Die Sozialpolitik beeinflusst die Kräfteverhältnisse zwischen sehr unterschiedlichen sozialen Gruppen. Die politische Balancierung sozialer Ungleichheiten zwischen Männern und Frauen, Arbeitern und Angestellten, Aufstiegsorientierten und Abstiegsverängstigten, zwischen deklassierten und etablierten Gruppen ist und bleibt die zentrale Herausforderung der wohlfahrtsstaatlichen Justierung des Sozialen. Eine Balance, die freilich auch sehr starke Kohäsionseffekte hat.

15 Rieger, Soziologische Theorie und Sozialpolitik im entwickelten Wohlfahrtsstaat, S. 69.

IV. Der sorgende Staat

Der niederländische Historiker *Abram de Swaan* legt in seinem Buch „Der sorgende Staat“ (1993) eine exzellente Konflikttheorie und -soziologie des Wohlfahrtsstaates und der mit ihm verknüpften sozialpolitischen Spannungsfelder vor. Sozialpolitik kann in *de Swaans* Sichtweise nicht als ein von oben installiertes oder dekretiertes Ordnungsgerüst des Sozialen verstanden werden. Vielmehr ist sie das historisch gewachsene und sich stets verändernde Produkt gesellschaftlicher Konflikte um Anrechte und Belastungen, um Privilegien und Benachteiligungen. In seiner Analyse der Genese der modernen Sozialpolitik stellt *de Swaan* am Beispiel der Niederlande, Frankreichs, Deutschlands und der Vereinigten Staaten von Amerika die Trägergruppen sorgender Wohlfahrtsstaatlichkeit vor, und er schildert die sozialen Konflikte, die mit der politischen und rechtlichen Durchsetzung des Konzepts sorgender Staatlichkeit verbunden waren. Konflikte, die freilich auch soziale Verbindungen ermöglichten und die Konnektivität des Sozialen förderten. Auf dem historischen Tableau des sorgenden Staates erscheinen Nutznießer und Verlierer. Er kann sehr gut zeigen, dass die Ausformulierung der Sozialpolitik in sozialstruktureller Hinsicht formativ wirkte, indem sie das Strukturgefüge der Gesellschaft in besonderer Weise prägte. „Im 20. Jahrhundert ging die Kollektivierung der Fürsorge mit einer Transformation der gesellschaftlichen Mittelschicht einher. An die Stelle von Selbständigen und Kleinunternehmern traten auf breiter Basis hoch gebildete Arbeitnehmer großer Organisationen. Dadurch verschob sich ihr Rückhalt vom privaten Wirtschaftskapital zum Bildungs- und zu Anteilen am kollektiven Transferkapital. (...) Die großzügigen Regelungen für Beamte und Angestellte sollten ebenso eine prekäre soziale Distanz wahren wie allgemeine sozialpolitische Standards setzen.“¹⁶ Schulisch erworbenes Fachwissen und kollektiv begründete Transferansprüche der neuen Mittelschicht traten als Distinktionsprinzipien nun an die Stelle von Berufsautonomie und privater Vermögensbildung der alten (selbständigen) Mittelschicht. Die Etablierung öffentlicher Einrichtungen im Gesundheits-, Bildungs- und Versicherungswesen ließ neue Verwaltungsberufe für fachgeschulte Expertinnen und Experten entstehen. Die Kinder des absteigenden alten Mittelstandes (der bedrohten Selbständigen) und die Kinder aufwärtsstrebender Industriearbeiterinnen und Industriearbeiter hofften in den neuen wohlfahrtsstaatlichen Organisationen unter- und vorwärtszukommen. „Somit schluckte das Kissen der Beschäfti-

16 De Swaan, *Der sorgende Staat*, S. 254.

gung im Sozialdienst viele Tränen des Bürgertums und Hoffnungen der Arbeiterklasse: Es nahm im Sinne starker Integration und effektiven Zusammenhalts immer neue Generationen in die ‚Verteilereliten‘ auf, um die wachsende ‚Sozialklientel‘ des Staates zu bedienen. Dort halfen ihnen bürokratische Anweisungen, knappe Mittel gegen politische Loyalität einzutauschen“¹⁷. Im Grunde zeigt *de Swaan*, dass sich Sozialpolitik nicht alleine als Quantität von Sozialausgaben und Transferzahlungen oder als sukzessiver Ausbau von Versicherungseinrichtungen beschreiben lässt. Mit dem Ausbau der Sozialpolitik, aktuell der Gesundheitspolitik, etablieren sich in diesen Feldern auch Beschäftigung, Auskommen und berufliche Perspektiven. Die moderne Sozialpolitik und ihre Institutionen sind wesentliche Voraussetzungen gesellschaftlichen Zusammenhalts. Der Rückbau sozialpolitischer Infrastrukturen ist umgekehrt einer der stärksten Prozesse und Faktoren gesellschaftlicher Fragmentierung und Spaltung. Wer heute über Zusammenhalt spricht, der und die werden die Effekte der Sozialpolitik nicht ausblenden können. Neue Expert:innen betreten die öffentliche Bühne bzw. kehren auf sie zurück. Wer hätte noch vor einigen Jahren gedacht, dass öffentliche Gesundheitspolitik neue Aufmerksamkeit erhält. Auch und gerade in der Pandemie und in der Pandemiebewältigung ordnen sich Interessen und Präsenzen unterschiedlicher an Sozialpolitik und Wohlfahrtsstaat Beteiligter neu. Kurzum, in modernen Wohlfahrtsstaaten bzw. in der Sozialpolitik werden nicht nur soziale Interessenkonflikte und Kämpfe um Privilegien, materielle Verteilungen und Sicherungsleistungen ausgetragen. Auch innerhalb des staatlichen Institutionengefüges sind Konflikte um soziale und berufliche Positionen sowie um die Neudefinition von Expertenregimes präsent. Sozialpolitik bleibt der Ort latenter und manifester Konflikte um Leistungen, Ansprüche, Positionen und Karrieren. Und sie bleibt die Triebfeder gesellschaftlichen Zusammenhalts. So viel Ambivalenz muss sein¹⁸.

V. *Social Equalizing*

Damit kommen noch einmal die Kohäsionseffekte in den Blick, mit denen Sozialpolitik verknüpft ist. Soziologische Sozialpolitikforschung tut sich mit den kohäsiven und freiheitsstiftenden Effekten der Sozialpolitik schwer. In ähnlicher Weise, wie die Typologie von *Esping-Andersen* den

17 De Swaan, *Der sorgende Staat*, S. 254.

18 Vgl. auch Kersten/Rixen/Vogel, *Ambivalenzen der Gleichheit*.

Blick auf die grundsätzliche Konfliktualität der Sozialpolitik zu verstellen droht, findet sich auf soziologischer Seite oftmals eine Sichtweise, die Sozialpolitik im Wesentlichen als historisch sich verfeinernde Herrschaftsapparatur versteht. Es ist der gouvernementale Blick *Foucaults*, der zu dieser sehr grundsätzlichen Reduktion wesentlich beigetragen hat. Sehr viel weniger kommt eine theoretisch-konzeptionelle Sichtweise in den Blick, wie sie beispielsweise *Angela Kallhoff* entlang der Formel des „social equalizing“¹⁹ markiert. Sozialpolitik provoziert Verteilungskonflikte, aber sie ist zugleich auch die Moderatorin dieser Konflikte. Die Kohäsionseffekte durch Sozialpolitik ergeben sich aus dem Wechselspiel zwischen der Vergesellschaftung individueller Risiken und der Vergemeinschaftung kollektiver Chancen. Wenn zu Beginn davon die Rede war, dass es dann, wenn Sozialpolitik aufgerufen wird, immer auch um das gesellschaftlich Ganze geht, dann zeigt sich im Spannungsfeld von Konflikt und Kohäsion, dass es drei zentrale sozialpolitische Versprechen sind, die moderne, marktorientierte und wohlfahrtsstaatlich formierte Gesellschaften prägen: Die Versprechen auf Aufstieg, Fairness und Sicherheit. Sie entfalten auf jeweils spezifische Weise kohäsive Effekte. Das Versprechen auf Aufstieg signalisiert, dass die Strukturen des Sozialen prinzipiell offen und beweglich sind. Ständische Begrenzungen entfallen, jede:r kann weiterkommen, seine und ihre Bildung vermehren und die berufliche Position verbessern, die eigene Konsumkraft erhöhen und den sozial ererbten Status steigern. Im Versprechen auf Aufstieg liegt der Siegeszug des meritokratisch legitimierten Bildungsgedankens begründet. Das Versprechen auf Fairness zeigt an, dass es trotz aller Marktkonkurrenz in den gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Konflikten gerecht zugeht. Die Regeln des Spiels müssen hierfür übersichtlich und transparent sein, so dass sich alle an ihnen orientieren können und zumindest formal alle Teilnehmer:innen die gleichen Chancen haben. Erfolg und Niederlage sind auf diese Weise immer den eigenen Fähigkeiten zurechenbar. Im Versprechen auf Fairness liegt der Siegeszug des modernen Rechts begründet. Beide Versprechen – Aufstieg und Fairness – sind die Triebfedern des säkularen Trends der Individualisierung. Dieser Trend ruht freilich auf einem dritten Versprechen – dem Versprechen auf die Herstellung und Gewährleistung sozialer Sicherheit. Hier liegt zugleich das universale Grundversprechen nachständischer Gesellschaften, in denen Individuen aus zünftig geprägten, religiös begründeten und familiär organisierten Sozialverbänden heraustreten bzw. entlassen werden. Auf dem Versprechen der Sicherheit gründet der

19 Kallhoff, Why Democracy Needs Public Goods.

Siegeszug des formativen Prinzips der Sozialpolitik im Besonderen und des Wohlfahrtsstaates im Allgemeinen.

VI. Soziale Sicherheit

Die soziale Sicherheit repräsentiert die herausragende Leitkategorie der modernen Gesellschaft, die eng mit der in der Pandemie wieder aktualisierten Debatte um die Staatsbedürftigkeit der Gesellschaft²⁰ verknüpft ist. Wir haben es bei der Frage nach der Sicherheit mit einer fundamentalen „Wertidee“ zu tun, die in den Worten *Franz-Xaver Kaufmanns* gleich den Sternen am nächtlichen Himmelszelt „unerreichbar und doch richtungsweisend“²¹ ist. Das Spezifische an dem Versprechen auf soziale Sicherheit ist, dass es sich im Laufe der Entwicklung moderner Gesellschaften immer weiter ausgedehnt hat. Es umgreift immer weitere Lebensbereiche. Dessen Spektrum reicht vom betrieblichen Arbeitsschutz über die Rentenordnung und Gesundheitsvorsorge bis hin zur Wohnbauförderung, der Kilometerpauschale oder der Pflegeversicherung. Soziale Sicherheit ist als Struktur und Norm im Prinzip unbegrenzt. Jeder Aufstieg findet einmal sein akzeptiertes Ende, jedes Fairnessgebot ist in den Augen der Konkurrenten entweder verwirklicht oder nicht, aber jede Steigerung der Sicherheit befeuert in neuer Weise Unsicherheitsgefühle und Risikosensibilitäten. Mit der Perfektionierung und Universalisierung sozialer Sicherheit wächst der Wunsch nach neuer, verbesserter und verfeinerter Sicherheit. Das Bedürfnis nach Sicherheit ist daher „unstillbar, weil das Individuum als solches sich außerhalb der Schutzsysteme naher Solidargemeinschaften bewegt.“²² In Anlehnung an *Tocquevilles* Paradox, dass die Ungleichheitsempfindlichkeit einer Gesellschaft mit wachsender Gleichheit zunimmt, kommt *Castel* zu dem Schluss, dass die immer weiter um sich greifende soziale Sicherheit zu einer verschärften Unsicherheitswahrnehmung führt. Wachsende soziale Sicherheit produziert unablässig neue Sicherheitsorgen. Diese Sorgen weisen darauf hin, dass Sicherheit nicht nur ein leitsternartiger Hoffungs- und Integrationsbegriff moderner Gesellschaften ist, sondern zugleich auch ein Spaltungsbegriff, der auf die latente oder manifeste Präsenz sozialer Gefährdungen hinweist.

20 Vgl. Vogel, Die Staatsbedürftigkeit der Gesellschaft.

21 Vgl. Kaufmann, Sozialpolitik und Sozialstaat.

22 Castel, Die Stärkung des Sozialen, S. 30.

VII. Verteilungskonflikte

Vor dem Hintergrund dieser Versprechen auf Aufstieg, Fairness und Sicherheit brauchen wir neue politische Ideen zur Herstellung sozialer Durchlässigkeit als Vitalitätsprinzip freier und offener Gesellschaften. Eine solche „Mobilitätspolitik“ braucht es gerade in den Bereichen, die seit dem Frühjahr 2020 als „systemrelevant“ bzw. als gesellschaftlich notwendige Dienstleistungen markiert werden. Des Weiteren ist im Angesicht der großen Transformationen des demografischen Wandels, der Digitalisierung der Arbeits- und Lebenswelt und der Dekarbonisierung der industriellen Wirtschaftsweise eine Diskussion über das Verhältnis von privatem und öffentlichem Wohlstand erforderlich. Diese Diskussion muss sich auf eine investive Infrastrukturpolitik konzentrieren, die den öffentlichen Interessen des Gemeinwesens zu Gute kommt. Auch hier müssen Lehren aus der Erfahrung der Pandemie für eine neue Politik öffentlicher Güter gezogen werden. Die Sozialpolitik der Zukunft, die einen gesellschaftsgestaltenden Anspruch hat, wird dabei um Fragen der Steuerpolitik nicht herumkommen. Sozialpolitik ist dann mehr als das Ergebnis von Versicherungsleistungen. In der Steuerpolitik und in der Organisation der Sozialversicherungen spiegeln sich die Maßstäbe eines Gemeinwesens. Schließlich müssen in Zeiten verstärkter Verteilungskonflikte und der Re-Aktualisierung der Klassenfrage die Diskussionen um die Gestaltung sozialer Sicherheit weitergeführt werden. Ausgrenzungserfahrungen und Abstiegsängste bedürfen gleichermaßen einer sozialpolitischen Antwort, die über die Anwendung unmittelbarer Kriseninterventionen wie der Kurzarbeit deutlich hinausgehen. Hier geht es um die für die Krisenbewältigung wichtige Frage, welche neuen Rechtsformen und inner- wie außerbetriebliche Strategien gefunden werden müssen, um diskontinuierliche Erwerbsverläufe und Situationen wechselhafter Beschäftigung abzusichern. Die Energiewende, der ökologische Strukturwandel, der Mangel an Fachkräften, aber auch die Neuordnung der post-pandemischen Arbeitswelt werden ohne berufliche Mobilität und Flexibilität nicht zu bewältigen sein.

VIII. Perspektiven der Sozialpolitikforschung

Welche Perspektiven lassen sich im Spannungsfeld von Konflikt und Kohäsion nun für eine interdisziplinäre Sozialpolitikforschung entwickeln? Drei kurze Impulse seien zum Abschluss genannt: Erstens muss es darum gehen, Sozialpolitik (und das Sozialrecht) stärker als öffentliches Gut bzw. als öffentliche Güter zu begreifen und wissenschaftlich wie praktisch zu

konzeptualisieren. In diesem Sinne wäre dann die Auseinandersetzung mit Sozialpolitik und Sozialrecht nicht nur eine spezialisierte Spartenaufgabe, die disziplinär begrenzt ist, sondern mit dem Fingerzeig verbunden, dass es bei sozialpolitischen und sozialrechtlichen Fragen um die Entwicklung einer Infrastruktur des Zusammenhalts geht. In diesem Sinne müssten zweitens Justiz und Verwaltung als sozialpolitisch wirksame und gestaltende Akteure systematischer in die Forschung einbezogen werden und selbst Gegenstand von soziologisch motivierter Sozialpolitikforschung werden. Schließlich bleibt drittens die Frage nach den Orten. Die Zukunft der Sozialpolitik liegt nicht alleine, aber doch in erheblichem Maße in der dezentralen Leistungsfähigkeit kommunaler Strukturen. Sozialpolitikforschung wurde in der Vergangenheit oft ortlos und ohne systematischen Raumbezug betrieben. Zudem war der Blick der Sozialpolitikforschung eher auf den nationalen Rahmen und den internationalen Vergleich gerichtet. Das war und ist gut, richtig und produktiv. Wenn allerdings davon auszugehen ist, dass soziale Fragen auch und in Zukunft vielleicht immer mehr auch lokale Fragen sind, dann bedarf es eines stärkeren kommunalen und regionalen Blicks, der die Entwicklung und Wirksamkeit von Sozialpolitik in lokalen Kontexten systematisch aufgreift.

Literatur

- Castel, Robert, *Die Metamorphosen der sozialen Frage. Eine Chronik der Lohnarbeit*, Konstanz 2000.
- Castel, Robert, *Die Stärkung des Sozialen. Leben im neuen Wohlfahrtsstaat*, Hamburg 2005.
- Esping-Andersen, Gösta, *Die drei Welten des Wohlfahrtskapitalismus. Zur Politischen Ökonomie des Wohlfahrtsstaates*, in: Lessenich, Stephan/Ostner, Ilona (Hrsg.): *Welten des Wohlfahrtskapitalismus. Der Sozialstaat in vergleichender Perspektive*, Frankfurt/New York 1998, S. 19 ff.
- Foucault, Michel, *Die Macht der Psychiatrie – Vorlesungen am Collège de France 1973-1974*, Frankfurt am Main 2005.
- Kallhoff, Angela, *Why Democracy Needs Public Goods*, Lanham, Maryland 2011.
- Kaufmann, Franz-Xaver, *Sozialpolitik und Sozialstaat. Soziologische Analysen*, Wiesbaden 2002.
- Kersten, Jens/Rixen, Stephan/Vogel, Berthold (Hrsg.), *Ambivalenzen der Gleichheit – Zwischen Diversität, sozialer Ungleichheit und Repräsentation*, Bielefeld 2021.
- Lepsius, Rainer M., *Institutionenanalyse und Institutionenpolitik*, in: Nedelmann, Birgitta (Hrsg.), *Politische Institutionen im Wandel*, Opladen 1995, S. 392 ff.

- Polanyi, Karl, *The Great Transformation. Politische und ökonomische Ursprünge von Gesellschaften und Wirtschaftssystemen* [1. Auflage 1944], Frankfurt am Main 1978.
- Rieger, Elmar, *Soziologische Theorie und Sozialpolitik im entwickelten Wohlfahrtsstaat*, in: Lessenich, Stephan/Ostner, Ilona (Hrsg.), *Welten des Wohlfahrtskapitalismus. Der Sozialstaat in vergleichender Perspektive*, Frankfurt/New York 1998, S. 59 ff.
- Schelsky, Helmut, *Über die Stabilität von Institutionen, besonders Verfassungen. Kulturanthropologische Gedanken zu einem rechtssoziologischen Thema*, in: Schelsky, Helmut, *Auf der Suche nach Wirklichkeit, Gesammelte Aufsätze*, Düsseldorf 1965, S. 33 ff.
- de Swaan, Abram, *Der sorgende Staat. Wohlfahrt, Gesundheit und Bildung in Europa und den USA der Neuzeit*, Frankfurt 1993.
- Vogel, Berthold, *Die Staatsbedürftigkeit der Gesellschaft*, Hamburg 2007.
- Weber, Max, *Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis*, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 1904, S. 22 ff., abrufbar unter: <https://www.ssoar.info/ssoar/handle/document/50770>.

Sozialpolitikforschung in Bewegung – unbewegliche Rechtswissenschaft?

Stephan Rixen

I Sozialpolitikforschung in der Rechtswissenschaft

1. Was ist rechtswissenschaftliche Sozialpolitikforschung?

Als jemand, der seit der Zeit der Entstehung seiner Dissertation¹ immer wieder Gelegenheit hatte, in interdisziplinären Forschungskontexten² zu arbeiten, will ich einige Überlegungen dazu beisteuern, wie es derzeit um die Rolle der Rechtswissenschaft in der Sozialpolitikforschung – also um die forschungsorientierte Sozialrechtswissenschaft – bestellt ist und wie sich diese Rolle verändern könnte. Dass sie sich verändern *sollte*, davon bin ich überzeugt.

Was ist Sozialpolitikforschung?³ Sozialpolitikforschung ist, wie das Wort unschwer zu erkennen gibt, Forschung, die sich auf Sozialpolitik bezieht. Hierbei können ganz unterschiedliche wissenschaftliche Disziplinen

-
- 1 Die Dissertation ist nicht ausschließlich, aber doch wesentlich während meiner Zeit (1996-1997) in dem damaligen DFG-geförderten Graduiertenkolleg „Ethik in den Wissenschaften“ entstanden. Als einziger Jurist unter mehrheitlich Philosoph:innen, Biolog:innen etc. war es nötig, sich Nicht-Jurist:innen gegenüber verständlich zu machen, die vielfach mehr oder weniger typische Bilder vom Recht und von „den Juristen“ hatten. Die Mitkollegiat:innen waren erfreulicherweise recht bald bereit anzuerkennen, dass jemand, der Rechtswissenschaft betreibt, Wissenschaft betreibt, also die Geltungsformen, -bedingungen und -grenzen von Recht, seine Entstehung, Veränderung und Durchsetzung, reflektiert – und nicht besinnungslos juristische Sudokus löst, mögen es auch diese Übungen professions-typischen Scharfsinns sein („Falllösungen“), womit sich Jurastudierende überwiegend beschäftigen und wobei sie von Nicht-Jurastudierenden kopfschüttelnd beobachtet werden, dazu Rixen, Verfassungsrecht der Differenz, S. 113 ff.
 - 2 Der relativ vage Begriff „Forschungskontext“ wurde bewusst gewählt, um alle Gelegenheiten des interdisziplinären Austauschs zu umschreiben, dazu gehören namentlich Forschungsprojekte, in der sozial- und rechtswissenschaftliche Perspektiven verbunden wurden, vgl. BT-Drs. 17/10500, S. 29 ff.
 - 3 Grundlegend für die neuere Diskussion ist die wesentlich von Stephan Leibfried initiierte Stellungnahme: BBAW, Pressemitteilung v. 24.02.2016 (dort ist auch der Link zur Stellungnahme verfügbar).

relevant werden (Rechts-, Politik-, Verwaltungs-, Wirtschafts-, Erziehungs- und Geschichtswissenschaft, Medizin usw.). Greifen wir auf die herkömmliche politikwissenschaftliche Unterscheidung von *policy*, *politics* und *polity* zurück, dann geht es um drei Aspekte der Sozialpolitik: den institutionellen Rahmen von Sozialpolitik, der nicht zuletzt durch verfassungsrechtliche Regeln markiert wird (*polity*), die politischen Inhalte (*policy*), also konkrete sozialpolitische Ideen, sowie die konkreten interessengetriebenen und machtgeprägten Prozesse der Entscheidungsfindung (*politics*). Sozialrecht erweist sich als „geronnene Sozialpolitik“.⁴ Es entsteht wie alles positive Recht in Aushandlungsprozessen, die verfassungsrechtlich gerahmt sind und in denen sozialpolitische Ideen mit allen ihren unterschiedlichen Facetten thematisiert werden. Sozialrecht ist „eminent politisches Recht“,⁵ weil die sozialpolitischen Debatten permanent in Bewegung sind. Das Gesetz ist immer nur ein sehr vorläufiger Endpunkt der sozialpolitischen Debatte, gewissermaßen eine Boje mit bloß relativer Orientierungskraft, die irgendwann im weiten Meer des sozialpolitisch Möglichen wieder verschwinden kann.

2. Unvermeidbare Interdisziplinarität

Sozialrecht als Gegenstand und rechtswissenschaftliche Disziplin ist unvermeidbar interdisziplinär. Diese unvermeidbare Interdisziplinarität der Sozialrechtswissenschaft lässt sich beispielhaft an den gesundheitsbezogenen Materien des Sozialrechts ablesen, etwa an den Normen des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung (SGB V) oder des Rechts der sozialen Pflegeversicherung (SGB XI). So ist beispielsweise das aktuelle Pflegeversicherungsrecht ohne die gesundheitsökonomischen und pflegewissenschaftlichen Vorarbeiten, die in die Gesetzesentstehung eingeflossen sind, nicht verständlich. Aber auch der Begriff der Wirtschaftlichkeit oder manche Versorgungsmodelle in der gesetzlichen Krankenversicherung sind ohne ein Mindestmaß an ökonomischem Verständnis bzw. die Erkenntnisse etwa der gesundheitsökonomischen Versorgungsforschung nicht adäquat zu verstehen. Das gilt zum Beispiel auch für den Begriff der Krankheit, der zwar nicht einfach auf das medizinische Verständnis verweist, sondern ein normativer Begriff ist, aber eben doch bestimmte medizinische Realitätsunterstellungen voraussetzt. Entsprechendes gilt für das Kinder- und Ju-

4 Rixen, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 1 ff.

5 Zacher, RsDE 2001, S. 1, 27.

gendhilferecht, das gerade im Leistungsrecht, insbesondere bei den Hilfen zur Erziehung (§§ 27 ff. SGB VIII), ohne erziehungswissenschaftliche bzw. sozialpädagogische Expertise kaum sinnvoll anwendbar ist.

All diese Normprogramme sind von vornherein im Lichte bestimmter nicht-rechtswissenschaftlicher Wissensbestände entwickelt worden. Hierbei werden die Wissensbestände allerdings regelmäßig nicht „eins zu eins“ in das Recht übernommen. Sie werden normativ überformt, also im Lichte bestimmter Regelungszwecke, die die jeweiligen Rechtsnormen verfolgen, für relevant erklärt. D.h., das in Bezug genommene bzw. vorausgesetzte außerrechtswissenschaftlich gewonnene Wissen wird gleichsam auf die Regelungsabsichten des Rechts zugeschnitten. Sie wirken als eine Art Filter, durch die das Wissen hindurchgeleitet wird. Es wird somit nur rechtlich relevant, soweit die Deutungs- und Ordnungsschemata des Rechts es gestatten.

„Interdisziplinarität“ bezeichnet folglich den reflektierten Umgang mit den Wissensbeständen, die vom Recht in Bezug genommen und weiterverarbeitet werden. Insoweit ist dies zwar einerseits ein zwischen („inter“) dem Recht und anderen wissenschaftlich reflektierten Weisen, die Welt zu erklären und zu ordnen, ablaufender Prozess, andererseits ist es ein Prozess, der zutiefst juristisch ist, also auf das Selbstverständnis des Rechts und seiner wissenschaftlichen Reflexion verweist. Aus dem römischen Recht ist eine treffende Definition der Jurisprudenz, also des reflektierten Umgangs mit Recht, überliefert: „Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia.“⁶ Gerechtes und Ungerechtes lässt sich weder erkennen noch stimmig reflektieren ohne Sinn für die menschlichen Angelegenheiten, also all das, was Menschen interessiert, beschäftigt und anleitet. Das können auch religiöse Vorstellungen sein („divinarum [...] rerum“), die einem mehr oder weniger stark ausgeprägten metaphysischen Bedürfnis Ausdruck verleihen.

Diese Ausrichtung des Rechts auf die eine in sich vielfältige Realität ist ganz zentral, und zur Realität gehört neben handfesten, empirisch beschreibbaren Gegebenheiten auch jede in einem weiten Sinne kulturelle Gestaltung von Wirklichkeit, sei es durch Alltags- und Hochkultur, sei es durch Technologien, die die Grenze von Natürlichkeit und Künstlichkeit in Bewegung bringen, sei es durch Deutungsangebote dazu, wie die Welt zu verstehen und zu ordnen ist usw. Dazu gehört auch, die spezifische Perspektive anderer Wissenschaften auf das Recht zu respektieren und andere Wissenschaften nicht mit einer jovialen Überlegenheitsgeste zu

6 Ulpian, Digesten 1, 1, 10, 2.

Hilfswissenschaften zu degradieren, denen permanent gesagt wird, wo es langgeht, also wie Recht verstanden werden müsse und wie nicht.⁷ Jedenfalls in einer rechtswissenschaftlichen Debatte⁸ muss der Austausch mit anderen Wissenschaften auf Augenhöhe erfolgen, die deren Eigenlogik und Ansätze zur Kenntnis und zugleich ernst nimmt. *Inwieweit* sich dann, gemessen an den Ordnungs- und Gestaltungsaufgaben des Rechts (bzw. des jeweiligen Rechtsgebietes, um das es geht), in seine Interpretation oder rechtspolitische Reform Wissensbestände einbinden lassen, ist eine davon zu unterscheidende Folgefrage.

3. Sozialpolitische Reformperspektive rechtswissenschaftlich reflektieren

Wer sich näher, zumal rechtswissenschaftlich, mit Sozialrecht befasst, kann der sozialpolitischen Perspektive, die gleichsam immer huckepack auf den gerade geltenden Sozialrechtsnormen mitläuft, nicht entgehen. Ich möchte fast von einer stillschweigenden Dominanz der sozialpolitischen Reformperspektive beim sozialrechtswissenschaftlichen Arbeiten sprechen, die m.E. noch viel deutlicher als Teil des Selbstverständnisses von Sozialrechtswissenschaft vertreten werden sollte. Damit ist mehr gemeint als der Umstand, dass die genaue Kenntnis des geltenden Rechts – als *law in the books* und *law in action* –⁹ eine wesentliche Bedingung seiner kenntnisreichen Reform ist.

Die gegenwärtige Aufgabe von Rechtswissenschaftler:innen, so hat es der frühere Präsident des Bundesverfassungsgericht, *Andreas Voßkuhle*, treffend ausgedrückt, besteht „immer häufiger darin, innerhalb eines verän-

7 Hierzu Rixen, SR 2017, S. 78, 80 ff.

8 In der Rechtspraxis ist die Lage etwas komplizierter, weil reale und formelle Macht zwischen den Rechtsexpert:innen und den Expert:innen anderer Wissenschaften unterschiedlich verteilt sind. Das hängt mit der Rolle von Sachverständigen als Faktenlieferanten in Gerichtsverfahren zusammen, die keine rechtlichen Wertungen vornehmen sollen. Allerdings präjudizieren viele sachverständig aufbereitete Tatsachen die rechtliche Wertung so sehr, dass zwar nicht formell, aber doch faktisch das Sachverständigengutachten das Urteil vorwegnimmt, etwa wenn es um psychiatrisch relevante Sachverhalte im Strafrecht (Schuldfähigkeit, Gefährlichkeit) geht.

9 Zu dieser, auf den US-amerikanischen Rechtswissenschaftler Pound, *American Law Review* 1910, S. 12 ff., zurückgehende Unterscheidung, die, formelhaft vereinfacht, viel vom Selbstverständnis der sociological jurisprudence bzw. des legal realism zusammenfasst; Baer, *Recht: Normen zwischen Zwang, Konstruktion und Ermöglichung*, S. 556; s. auch Schulz-Schaeffer, *ZfRS* 2004, S. 141, 143 ff., 146 ff.

derbaren und sich stetig verändernden rechtlichen Rahmens mögliche Handlungsalternativen aufzuzeigen, ihre Folgen abzuschätzen, Interessen-gegensätze offen zu legen und rational begründete, praktische Entscheidungsvorschläge zu erarbeiten, die je nach Brauchbarkeit dann ihrerseits wieder an den dogmatischen Diskurs rückgekoppelt werden können.“¹⁰ Diese Aufgabe, so *Andreas Voßkuhle*, ist „nicht völlig neu, denn Rechtsfortbildung und Rechtspolitik besaßen ebenso wie die Rechtsvergleichung immer schon einen wichtigen Stellenwert innerhalb der Rechtswissenschaft.“¹¹ Sie wird nicht erst seit gestern auch als „legislative Rechtswissenschaft“¹² begriffen, weil sie in der Tat immer die Reformperspektive mit bedenken muss. Die Reformperspektive gehört zum positiven Recht. Es ist durch seine Änderbarkeit charakterisiert, weil es „die eigene Veränderlichkeit für Regelungsaufgaben zur Verfügung stellt“¹³ und daher „nur auf Widerruf existiert“.¹⁴

II. Verlässliche Lernorte für einen interdisziplinär-reformorientierten Denkstil?

Gibt es derzeit Orte, an denen sich ein rechtswissenschaftlicher Denkstil, der interdisziplinär und auf die Reform des Sozialrechts ausgerichtet ist, erlernen und mehr noch überhaupt erst kennenlernen lässt?

Solche „Lernorte“ bestehen m.E. derzeit kaum. Das hat wesentlich mit der Randbedeutung des Sozialrechts in Forschung und Lehre der Juristischen Fakultäten zu tun. Sie ist wesentlich auf die Prioritätensetzung in der auf das sog. Erste (Staats-)Examen ausgerichteten Ausbildung zurückzuführen; sie dominiert die Arbeit an den Juristischen Fakultäten. Diese Prioritätensetzung ist extrem strukturkonservativ, weil etwa die Bedeutung des Zivil- und des Strafrechts besonders stark betont wird, ebenso wie bestimmte wirtschaftsnahe Themen, etwa das Netzregulierungsrecht oder das Steuerrecht. Das schlägt dann weiter auf die Planungen akademischer

10 „Dogmatik“ bzw. „dogmatisch“ bezeichnen nach herkömmlichem juristischen Sprachgebrauch auf den Inhalt des geltenden Rechts bezogene Ausführungen, die durch Auslegung (Interpretation) von Normtexten gewonnen werden. Davon zu unterscheiden ist die umgangssprachliche Bedeutung von „dogmatisch“ im Sinne von engstirnig oder geistig unbeweglich, was auch Jurist:innen sein können, aber nicht müssen.

11 Voßkuhle, Europa als Gegenstand wissenschaftlicher Reflexion, S. 44.

12 Sinzheimer, Die Aufgabe der Rechtssoziologie, S. 145.

13 Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, S. 39.

14 Habermas, Faktizität und Geltung, S. 57.

Karrieren durch. Was in der auf das Erste Staatsexamen ausgerichteten Ausbildung nicht relevant ist, kann kaum zum Thema von Qualifikationschriften werden, weil sonst der Eindruck erzeugt wird, eine Bewerber:in, die sich auf eine Jura-Professur bewirbt, wisse nicht, was wirklich wichtig sei. Eine allzu starke Fokussierung auf das Sozialrecht ist derzeit eher selten ein Vorteil, etwa dann, wenn gegen den Trend doch einmal eine Professur ausgeschrieben wird, die die akademische Präsenz des Sozialrechts stärken soll.¹⁵ Da das Sozialrecht einerseits als Annex zum Öffentlichen Recht, andererseits als Annex zum Zivil- bzw. dem zivilrechtlich orientierten Arbeitsrecht begriffen wird,¹⁶ kommt es bei der Karriereplanung darauf an, das eigentliche Referenzgebiet (Öffentliches Recht oder Zivil-/Arbeitsrecht) in Breite und Tiefe gut zu vertreten. Dann wird es meist auch akzeptiert und ist sogar gewünscht, wenn zusätzlich eine überschaubare, nicht allzu spezielle Spezialisierung vorgewiesen werden kann, wobei das Sozialrecht, wie erwähnt, deutliche Berührungspunkte zum (dem Grunde nach zivilrechtlich ausgerichteten) Arbeitsrecht oder zum öffentlich-rechtlich geprägten Gesundheitsrecht aufweist, zwei Gebiete, die in der Schwerpunktausbildung (früher: Wahlfächer) bei Studierenden nach aller Erfahrung ziemlich beliebt sind. Kurz gesagt: Sozialrecht ist zwar kein Karrierekiller, aber in aller Regel auch kein Karriereturbo. Angesichts des bereits angedeuteten Trends, sozialrechtliche Professuren eher abzubauen bzw. umzuwidmen, ist der wissenschaftliche Nachwuchs gerade für das Sozialrecht überschaubar.

Aufgrund der Fixierung auf die sog. Juristenausbildung¹⁷ steht zudem an den Juristischen Fakultäten, die wie etwa auch die medizinischen Fa-

15 Wie etwa an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt/Oder geschehen mit dem Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europäisches Sozialrecht mit Schwerpunkt in der interdisziplinären Sozialrechtsforschung, www.rewi.europa-uni.de/de/lehrtstuhl/or/sozialrecht/index.html (letzter Zugriff: 10.05.2021).

16 Das hängt mit der Ähnlichkeit des am Ende des 19. Jahrhunderts entstehenden Sozialversicherungsrechts mit dem privaten Versicherungsrecht einerseits sowie der traditionell der öffentlichen Hand zugeordneten Wohlfahrtspflege bzw. dem öffentlichen Recht zugeordneten „Armenrecht“ andererseits zusammen. Das Arbeitsrecht gilt, trotz seiner vielfältigen öffentlich-rechtlichen Anteile (Arbeitsschutzrecht, Arbeitszeitrecht usw.) als im Kern zivilrechtliche Materie, obgleich in der Anfangszeit seiner Entstehung auch die Zuordnung zum öffentlichen Recht Thema war, näher Mikesic, Sozialrecht als wissenschaftliche Disziplin; Zacher, Die Entstehung des Wirtschaftsrechts in Deutschland.

17 „Juristenausbildung“ ist immer noch ein allgemein verwendeter Begriff; er meint dasselbe wie z.B. „Jurist:innenausbildung“, ein Wort, das aber noch keine vergleichbar allgemeine Anerkennung gefunden hat.

kultäten „klassische“ Professionsfakultäten sind, die Lehre des geltenden Rechts („Rechtsdogmatik“) im Vordergrund. Das bedingt eine tendenziell anti-interdisziplinäre Juristenausbildung. Zwar ist es schon heute nicht selten so, dass in der Lehre für die interdisziplinäre Dimension des Rechts sensibilisiert wird, etwa in Seminaren oder Kolloquien. Eine allzu starke Betonung des interdisziplinären Aspekts in den wichtigen Pflichtveranstaltungen – das sind im Jura-Studium immer noch die Vorlesungen zu den examensrelevanten Fächern – würde Studierende vielfach wohl irritieren, und selbst, wo das nicht der Fall ist, würde es sie zumindest in eine schwierige Situation bringen, weil der Pflichtstoff in seiner üblichen Aufbereitung eben mit ausgeprägtem interdisziplinärem Denken wenig zu tun hat. Wenn in Pflichtveranstaltungen allzu stark über Interdisziplinarität nachgedacht wird, fehlt die Zeit für den examensrelevanten Pflichtstoff. Das ist bedauerlich, aber es ist so.

Es wäre verfehlt, dies Lehrenden und Studierenden vorzuwerfen, denn es geht nicht um eine Frage des guten Willens, sondern um strukturelle Weichenstellungen und Engführungen. Deren negative Effekte sind mit gutem Willen nicht aus der Welt zu schaffen, sondern bestenfalls abzumildern. Strukturelle Fehler mit gutem Willen beheben zu wollen, führt nur in die Dauerüberforderung. Zur Wahrheit gehört allerdings auch, dass nicht alle Lehrenden und nicht alle Studierenden die Befassung mit solchen Aspekten wie Interdisziplinarität, die zu den Grundlagen des Rechts gerechnet werden,¹⁸ wünschen. Das hängt mit einer verbreiteten Verkürzung des Begriffs Rechtswissenschaft auf Rechtsdogmatik zusammen, während die kritische Beobachtung der Prozesse, in denen rechtlich relevante Wirklichkeit erzeugt wird – letztlich Fragen einer spezifisch juristischen Erkenntnis- bzw. Wissenschaftstheorie bzw. Wissens- und Wissenschaftssoziologie – manchen erst als wirkliche Rechtswissenschaft gilt.¹⁹ Diese Sichtweise, die von elitären Anklängen nicht frei ist,²⁰ kann nicht anerkennen, dass die allermeisten Studierenden hauptsächlich die Regeln des Rechts, wie es derzeit in Deutschland gewonnen wird, kennenlernen wollen, und nicht so sehr die Hintergründe, die die Rechtsgewinnung beeinflussen und prägen. Bildhaft gesprochen: Wer Schwimmen lernen will, will schwimmen lernen und ist nicht so sehr an Theorien darüber interessiert, wieso Schwimmen wichtig ist oder ob Schwimmen überhaupt sinnvoll ist.

18 Hierzu Krüper (Hrsg.), Grundlagen des Rechts.

19 Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland.

20 Kritik bei Rixen, JZ 2013, S. 708 ff.

Nun gehört zum ganzen Bild allerdings auch, dass es rechtswissenschaftliche Lehre und Forschung nicht nur an den universitären Juristischen Fakultäten, sondern auch an nicht-juristischen, etwa wirtschafts- oder erziehungswissenschaftlichen Fachbereichen der Universitäten und der Hochschulen für angewandte Wissenschaft (Fachhochschulen) gibt. Sie sind zwar punktuell, etwa im Bereich des Kinder- und Jugendhilferechts, forschend und auch politikberatend, enorm sichtbar, werden aber insgesamt tendenziell relativ wenig als Orte rechtswissenschaftlicher Sozialpolitikforschung wahrgenommen. Das hängt auch damit zusammen, dass sich die Rechtswissenschaft an den nicht-rechtswissenschaftlichen Fakultäten häufig in der Zulieferrolle der bloßen „Service-Juristerei“ wiederfindet und oft nicht den Eindruck hat, als wirkliche Forschungspartnerin wahr- und ernstgenommen zu werden.

III Was tun? Perspektiven der rechtswissenschaftlichen Sozialpolitikforschung

1. Über Forschungsorte und Forschungsformate für Bewegung sorgen

a) Außerhochschulische Aktivitäten

Damit drängt sich die Frage auf: Was tun? Wie lässt sich die eher ernüchternde Lage insbesondere der rechtswissenschaftlichen Sozialpolitikforschung – also der Sozialrechtswissenschaft – verbessern?

Denkbar wäre, das Profil des Max-Planck-Instituts (MPI) für Sozialrecht und Sozialpolitik weiterzuentwickeln.²¹ Ob das realistisch ist, darf bezweifelt werden. Das MPI ist eine Art Labor der Innovation, das – nicht zuletzt anhand von Zukunftsthemen aus dem Gesundheitsbereich – sehr grundlegend an einem neuen, erweiterten Begriff von sozialer Sicherheit arbeitet, der die traditionellen Themen und Problemzugriffe (länderorientierte Berichte über Sozialversicherung, Sozialhilfe usw.) weit hinter sich lässt und stärker von international nachweisbaren Problemen her arbeitet. Es besteht trotz aller Vernetzung mit der Universitätswelt letztlich neben ihr. Als Ort, der thematisch neu akzentuierte Karrierewege im Universitätsbereich initiiert, dürfte es daher nicht geeignet sein. Das gilt im Ergebnis z.B. auch für das Deutsche Jugendinstitut (DJI),²² das im Kern eine sozial-

21 Informationen unter www.mpisoc.mpg.de (letzter Zugriff: 10.05.2021).

22 Informationen unter www.dji.de (letzter Zugriff: 10.05.2021).

wissenschaftliche Forschungsstätte mit einem starken Fokus auf Kinder- und Jugendhilfe ist.

Eine stärkere Förderung sozialpolitischer Forschungsprojekte durch das Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) ist vorstellbar, aber über die Jahre hat sich beim BMBF ein anderer Forschungsförderfokus entwickelt, in dem für sozialpolitische Themen kein Raum ist. Relevant ist demgegenüber das vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) initiierte „Fördernetzwerk Interdisziplinäre Sozialpolitikforschung“ (FIS),²³ das etwa durch Stiftungsprofessuren – allerdings nicht nur in der Rechtswissenschaft – die Sozialpolitikforschung stärken will. Wichtigstes Resultat ist bislang das im Aufbau begriffene Deutsche Institut für Interdisziplinäre Sozialpolitikforschung (DIFIS), das – mit Standorten an der Universität Duisburg/Essen und der Universität Bremen – vor allem die sozialwissenschaftliche Sozialpolitikforschung stärken soll.²⁴ Rechtswissenschaftliche Expertise wird zwar durch externe Gründungspartner²⁵ eingebracht, allerdings wird sich erst zeigen müssen, inwieweit die Rechtswissenschaft eine substantielle Rolle im Forschungsprozess spielen und ob sie nicht vielleicht doch in der eher undankbaren Rolle der „Service-Juristerei“ landen wird. Das DIFIS könnte zu einer dauerhaften Einrichtung der Sozialpolitikforschung werden, etwa als Forschungsinstitut im Rahmen der Leibniz-Gemeinschaft, das hochschulnah verortet wird.²⁶ Ob das die Zukunft des DIFIS ist und ob es so profiliert werden kann, dass rechtswissenschaftliche Sozialpolitikforschung nicht nur marginal bedeutsam ist, das ist noch völlig offen. Entscheidend dürfte sein, ob es dem DIFIS in den nächsten Jahren gelingt, sich als neuer wichtiger Akteur der Sozialpolitikforschung zu etablieren.

23 Informationen unter www.fis-netzwerk.de (letzter Zugriff: 10.05.2021).

24 Erste Informationen zu dem seit 01.05.2021 im Aufbau befindlichen DIFIS unter www.soziopoli.de/nachgefragt-beim-deutschen-institut-fuer-interdisziplinare-sozialpolitikforschung (letzter Zugriff: 10.05.2021).

25 Prof. Dr. Ulrich Becker, Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, München; Prof. Dr. Stephan Rixen, Universität Bayreuth.

26 Zu dieser Idee die o.g. (Fn. 3) Stellungnahme „Zur Entwicklung von Forschung und Lehre zur Sozialpolitik an Universitäten in der Bundesrepublik Deutschland“, S. 11 f. Es ist wichtig, die Leibniz-Gemeinschaft in solche Überlegungen rechtzeitig einzubeziehen.

b) Forschungsförderung insbesondere durch die DFG

Eher grundsätzlicher ist zu überlegen, wie sich die Sichtbarkeit der rechtswissenschaftlichen Sozialpolitikforschung im Rahmen der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) stärken lässt. Ein erstes Problem dürfte hier bereits sein, dass beim zuständigen Fachkollegium, das über die Bewilligung von Fördergeldern entscheidet, der Sinn für die Bedeutung der Sozialpolitikforschung geschärft werden müsste. Deren Bedeutung sollte eigentlich auf der Hand liegen, denn der Sozialstaat kann nur dann verantwortungsvoll gepflegt und weiterentwickelt werden, wenn es das nötige Wissen über die unterschiedlichen Bedeutungsebenen des Sozialstaates gibt. Wenn das nötige Wissen weder generiert noch weitergegeben wird, leidet am Ende auch die Qualität des Sozialstaates und seiner Reform. Aber ist dies dem Fachkollegium bewusst? Und kann es ihm bewusst sein, solange seitens der Rechtswissenschaft das Thema der spezifisch rechtswissenschaftlichen Sozialpolitikforschung nicht offensiv diskutiert wird?

Hinzu kommen die interdisziplinären Bezüge der Sozialpolitikforschung. Der Ruf nach Interdisziplinarität gilt zwar als Mantra der Forschungsförderung, aber die Realität ist weniger hell, als die Rhetorik der Interdisziplinarität vermuten lässt. Die Forschungsförderanträge im praktisch relevanten Verfahren der Regelförderung landen praktisch immer nur bei einem Fachkollegium. Auch interdisziplinär ausgerichtete Anträge landen regelmäßig wohl immer noch beim Fachkollegium einer Disziplin. Denkbar ist zwar, dass bei interdisziplinären Anträgen mehrere Fachkollegien zusammenarbeiten, aber Standard ist das offenbar noch nicht. Daher ist es nötig, mit der DFG – genauer: den thematisch einschlägigen Fachkollegien – ins Gespräch zu kommen und zu überlegen, wie interdisziplinäre Anträge angemessen begutachtet werden können. Mit dem Fachkollegium „Rechtswissenschaft“ wäre zu klären, wie das Sozialrecht – als Gegenstand rechtswissenschaftlicher Sozialpolitikforschung – in der Forschungsförderung profiliert werden kann. Generell stehen alle Formate zur Verfügung, die die DFG kennt (z.B. Einzelantrag, Graduiertenkolleg, Forschungsgruppen, Sonderforschungsbereich [SFB]). Es dürfte klar sein, dass z.B. ein SFB erst am Ende eines länger vorbereiteten Forschungswegs stehen kann. Kleinere Forschungsformate müssen also erst einmal Priorität haben – was auch heißt: eine Stärkung der rechtswissenschaftlichen Sozialpolitikforschung wird sich über DFG-Projekte so schnell nicht auslösen bzw. herstellen lassen.

c) Stärkung der hochschulischen Forschung

Schließlich sind Förderprogramme auf Landesebene denkbar. Das setzt zum einen voraus, dass gegenüber den politisch Verantwortlichen auf Landesebene die Dringlichkeit einer Stärkung nicht nur der rechtswissenschaftlichen Sozialpolitikforschung veranschaulicht wird. Zum anderen muss gesehen werden, dass eine solche Debatte unvermeidbar Teil des harten Verteilungskampfes wäre, der auf Landesebene um die immer knappen Mittel für den Hochschul- und Forschungsbereich geführt wird. Landesmittel fließen nicht nur in die Hochschulen, sondern auch in die Förderung außeruniversitärer Forschungseinrichtungen. Geld, das in ein Landesprogramm zur Förderung der Sozialpolitikforschung flöße, wäre für andere Forschungsbereiche nicht mehr verfügbar, was die Widerstandsbereitschaft derer, die Geld zu verlieren drohen, stärken wird.

Eher auf der Hochschulebene setzen Forschungsverbünde aus Hochschulen an, wie etwa die Kooperation zwischen der Universität Kassel und der Hochschule Fulda (Forschungsverbund Sozialrecht und Sozialpolitik [FoSS])²⁷ belegt. Insoweit besteht die Möglichkeit, dass die Hochschulen, wenn sie mit dem Land Zielvereinbarungen verhandeln und ihren Haushalt planen, mehr oder weniger stark die Sozialpolitikforschung berücksichtigen. Dazu braucht es die starke Unterstützung der jeweiligen Hochschulleitung, die sich nicht in bloß rhetorischer Unterstützung erschöpfen darf. Jede Unterstützung, die sich nicht in relevanten finanziellen Summen niederschlägt, ist bloß rhetorische Unterstützung. Gerade an Hochschulen, an denen die Grundfinanzierung ohnehin niedrig ist und Drittmittelanträge von vornherein erwartet werden, um die insuffiziente Grundfinanzierung zu kompensieren, ist da nicht viel zu erwarten. Forschungsverbünde, die von den beteiligten Hochschulen kaum finanziell unterstützt werden, tun sich unweigerlich schwer, sich mittels Forschungsprojekten, die letztlich immer drittmittelfinanziert sein müssen, als wissenschaftliche Akteure zu profilieren. Bekanntlich ist nicht jeder Förderantrag erfolgreich. Gerade in der Anfangszeit (etwa drei, vier Jahre) ist eine signifikante Anschubfinanzierung nötig, um den Forschungsverbund zu konsolidieren, und das heißt auch: überhaupt zu befähigen, aussichtsreiche Drittmittelanträge zu verfassen.

Die Juristischen Fakultäten bieten kaum einen Ansatzpunkt für Wandel. Es ist aus den bereits beschriebenen Gründen sehr schwer, aus der

27 Informationen unter www.hs-fulda.de/forschen/forschungseinrichtungen/wissenschaftliche-zentren-und-forschungsverbuende/foss (letzter Zugriff: 10.05.2021).

für die typischen Karrierewege praktisch alternativlosen juristisch-dogmatischen Profilierungsfälle, die nur „more of the same“ weit weg vom Sozialrecht bzw. der Sozialpolitikforschung hervorbringt, herauszukommen. Wer sich als Rechtswissenschaftler:in auf (rechtswissenschaftliche) Sozialpolitikforschung einlässt, wird bei den meisten der gut 40 Juristischen Fakultäten in Deutschland – Stand heute – kaum eine berufliche Chance erhalten. Auch deshalb lässt sich an den Juristischen Fakultäten derzeit die Rechtswissenschaft als Teil der Sozialpolitikforschung kaum profilieren.

Bypass-Lösungen, die zur Profilierung der rechtswissenschaftlichen Sozialpolitikforschung beitragen, die an verkrusteten Mentalitäten und Strukturen (euphemistisch: „Pfadabhängigkeiten“) vorbeigeleitet werden (deshalb Bypass), sind auch von Hochschulen denkbar, gerade außerhalb der Juristischen Fakultäten. Beispielhaft sei auf die „TUM School of Governance“ an der Technischen Universität München (TUM) verwiesen.²⁸ Sie ist eine Art „Joker-Fakultät“, die als interdisziplinäre Forschungsfakultät um Themen, nicht um Fächer angeordnet ist. Das setzt den Willen einer – idealerweise ähnlich wie die TUM angesehenen – Universität voraus, die Sozialpolitikforschung auch mit großem finanziellen Einsatz zu stärken. Dass es eine solche Universität gibt, ist einstweilen nicht erkennbar – und das ist letztlich auch ein Problem des erwähnten FoSS. Hier leisten hochengagierte Forschende mit vergleichsweise knappen finanziellen Mitteln zwar Beeindruckendes, aber zugleich müssen sie anerkennen, dass unter den Bedingungen knapper finanzieller Mittel bestimmte hochgesteckte Ziele aufgrund der objektiv limitierenden Bedingungen nicht erreicht werden können.

2. *Über Themen als integrierende Denkachsen für Bewegung sorgen*

Die Lage mag misslich sein, aber sie ist nicht aussichtslos. Alle Überlegungen, wie die Sichtbarkeit der rechtswissenschaftlichen Sozialpolitikforschung gestärkt werden kann, setzen vor allem Klarheit darüber voraus, was rechtswissenschaftliche Sozialpolitikforschung eigentlich will, was ihr also als forschungswürdig erscheint, womit sie sich profilieren, also interessant machen kann. Das hängt von subjektiv gefärbten Einschätzungen darüber ab, was warum originelle und innovative Forschungsthemen sind. Die Attraktivität der Forschungsthemen kann Forschungsförderinstitutionen ebenso beeindrucken wie Studierende oder Absolvent:innen, die sich

28 www.gov.tum.de/startseite (letzter Zugriff: 10.05.2021).

vorstellen können, im Bereich der rechtswissenschaftlichen Sozialpolitikforschung zu arbeiten. Manche Themen liegen gewissermaßen in der Luft. Nur drei Anregungen, die unterschiedlich stark um das Oberthema „Ungleichheit“ angeordnet sind:

Ein Thema könnte lauten: „Den Klimawandel sozial denken – die ökologische Problematik als soziale Problematik begreifen“. Nicht erst der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zum Klimawandel hat die Bedeutung dieses Themas veranschaulicht.²⁹ Die Frage, wie die Klimawandelfolgenpolitik gestaltet werden kann, ist eine Zukunftsfrage der sozialen – auch intergenerationell sozialen – Gleichheit.³⁰ Wie sieht es etwa mit den Preisen für Strom und Lebensmitteln aus? Was ist mit Urlaubsreisen per Auto oder Flugzeug? Wie und zu wessen Lasten verändern sich Lebensstile? Einen ökologischen Sozialstaat zu denken und zu gestalten, ist eine Dauerherausforderung, die auch durch die rechtswissenschaftliche Sozialpolitikforschung begleitet werden sollte.

Ein anderes Thema könnte lauten: „Wirkt Recht wirklich? Rechtsschutz als (Un)Gleichheitstreiber“. Das Thema ist alt, denn die Frage nach dem effektiv gleichen Zugang von Menschen zur knappen Ressource „staatliche Gerichtsbarkeit“ ist schon länger ein Thema der Rechtssoziologie. Es ließe sich aber mit einem Fokus auf dem Rechtsschutz bei der Durchsetzung des Sozialrechts variieren und wäre zugleich anschlussfähig für die allgemeine Debatte über (soziale) Ungleichheit.

Schließlich könnte es sich lohnen, nach den Normalitätsunterstellungen zu fragen, die das Sozialrecht bzw. sozialpolitische Debatten vor allem stillschweigend prägen. Hierbei ließe sich nach dem „new normal“ fragen, indem Normalität von den Grenzen des vorherrschenden Normalitätsverständnisses her gedacht wird: Behinderung, Versehrtheit oder Vulnerabilität wären da nicht Besonderheit, sondern Kriterium des gleichheitsverbürgenden Allgemeinen, sie wären Gleichheitsgaranten, die eine „neue Normalität“ herbeiführen und ordnen.

29 Bundesverfassungsgericht, Beschluss des Ersten Senats vom 24.03.2021, 1 BvR 2656/18 u.a., www.bverfg.de/e/rs20210324_1bvr265618.html (letzter Zugriff: 10.05.2021).

30 Dazu Rixen, *Ambivalenzen der Gleichheit*, S. 19 f.

IV. *Resümee: Rechtswissenschaftliche Sozialpolitikforschung in Bewegung bringen*

Die Lage der rechtswissenschaftlichen Sozialpolitikforschung ist nicht so, wie sie ist, sondern so, wie sie sich im Lichte der Veränderungspotentiale darstellt. Das setzt gleichwohl voraus, dass wir die Lage, wie sie ist, also den recht ernüchternden Befund, zunächst einmal aushalten. Das ist nicht leicht, denn Menschen neigen wohl nicht selten dazu, schwierige Situationen schönzureden. Das mag psychohygienisch eine Zeit lang helfen, hilft aber letztlich nicht dabei, eine Lage zu verändern. Veränderungen wird es nicht geben, solange wir uns einreden, die rechtswissenschaftliche Sozialpolitikforschung sei so schlecht gar nicht dran.

Veränderungen lassen sich über einen vernetzten, dezentralen Ansatz erreichen. Soll heißen: Wichtig ist eine Vielzahl kleinerer Forschungsprojekte, die nach und nach die Sichtbarkeit der rechtswissenschaftlichen Sozialpolitikforschung – auch bei Forschungsförderinstitutionen – erhöhen. Hierbei können integrierende Denkachsen helfen, Forschungsvielfalt mit Profil zu gewährleisten. Durch eine Grundidee, die variiert wird, lassen sich die unterschiedlichen Forschungsprojekte zusammenhalten. Es empfiehlt sich, nicht (sofort) „das große Rad zu drehen“, also das große Förderformat zu favorisieren; es ist besser, zunächst einmal bewusst „kleine(re) Brötchen zu backen“. Wer einen SFB beantragt bzw. an ihm teilnehmen will, sollte zunächst mit Einzelanträgen bei der DFG reüssiert haben. Sinnvoll sind also einstweilen eher kleinere oder mittlere Projekte, die weder personell noch organisatorisch bzw. forschungspraktisch noch konzeptionell überfordern. Nach und nach können die Ziele dann ausgebaut werden, und irgendwann ist es dann auch realistisch, sich Gedanken beispielsweise über ein Graduiertenkolleg oder einen SFB zu machen.

Einige Kontrollfragen bleiben bei all dem entscheidend: Wieso soll was wie sehr in Bewegung gebracht werden? Anders gefragt: Warum werden bestimmte Forschungsideen verfolgt? Warum werden sie in einem bestimmten Forschungsformat verfolgt? Warum soll das an unserer Hochschule bzw. Forschungseinrichtung geschehen? Wer engagiert sich bei Forschungsprojekten dauerhaft mit erkennbaren Beiträgen? Wie viel können wir mit den verfügbaren personellen und finanziellen Ressourcen auf die Beine stellen? Nur wer sich im Klaren darüber ist, warum er oder sie die rechtswissenschaftliche Sozialpolitikforschung in welche Richtung wie intensiv in Bewegung bringen will (und wo Grenzen zumindest vorläufig anzuerkennen sind), schützt sich und die Mitarbeitenden vor Frustration, Kleinmut, Selbstüberschätzung und Selbstüberforderung. Resilient wird bei allen Anstrengungen, die rechtswissenschaftliche Sozialpolitikfor-

schung zu profilieren, nur bleiben, wer der Einsicht *multum non multa* – sinngemäß: wenig ist mehr – einiges abgewinnen kann.

Literatur

- Baer, Susanne, Recht: Normen zwischen Zwang, Konstruktion und Ermöglichung, Gender-Studien zum Recht, in: Becker, Ruth/Kortendiek, Beate (Hrsg.), Handbuch Frauen- und Geschlechterforschung, 3. Auflage 2010, S. 555 ff.
- Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften (BBAW), Neu: Denkanstöße aus der Akademie, Pressemitteilung vom 24.02.2016, abrufbar unter: <https://www.bbaw.de/presse/pressemitteilungen/pressemitteilung-neu-denkanstoesse-aus-der-akademie> (letzter Zugriff: 10.05.2021).
- Habermas Jürgen, Faktizität und Geltung, Frankfurt a. M. 1992.
- Helfferrich, Cornelia/Kavemann, Barbara/Rixen, Stephan, Bestandsaufnahme zur Situation der Frauenhäuser, der Fachberatungsstellen und anderer Unterstützungsangebote für gewaltbetroffene Frauen und deren Kinder, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ), BT-Drs. 17/10500, S. 29 ff.
- Krüper, Julian (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, 4. Auflage, Baden-Baden 2021.
- Luhmann, Niklas, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1993.
- Mikesic, Ivana, Sozialrecht als wissenschaftliche Disziplin, Die Anfänge 1918-1933, Tübingen 2002.
- Pound, Roscoe, Law in Books and Law in Action, American Law Review 1910 (1), S. 12 ff.
- Rixen, Stephan, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht – Am Beispiel des Leistungserbringungsrechts der gesetzlichen Krankenversicherung, Tübingen 2005.
- Rixen, Stephan, Juristische Bildung, nicht leicht gemacht: Die „Perspektiven der Rechtswissenschaft“ des Wissenschaftsrates, Juristenzeitung 2013, S. 708 ff.
- Rixen, Stephan, Verfassungsrecht der Differenz – Zur Notwendigkeit einer politischen Theorie ethischer Differenz im Horizont des Rechts, in: Ammicht Quinn, Regina/Pothast, Thomas (Hrsg.), Ethik in den Wissenschaften – 1 Konzept, 25 Jahre, 50 Perspektiven, Internationales Zentrum für Ethik in den Wissenschaften, Materialien Band 10, Tübingen 2015, S. 113 ff.
- Rixen, Stephan, Rezension: Aufsatz: Masuch, Peter/Spellbrink, Wolfgang/Becker, Ulrich/Leibfried, Stephan (Hrsg.), Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats: Bundessozialgericht und Sozialstaatsforschung – Richterliche Wissensgewinnung und Wissenschaft, Band 2, Berlin 2015, Soziales Recht – Wissenschaftliche Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht 2017, S. 78 ff.

- Rixen, Stephan, Ambivalenzen der Gleichheit. Zwischen Diversität, sozialer Ungleichheit und Repräsentation, in: Kersten, Jens/Rixen, Stephan/Vogel, Berthold (Hrsg.), Ambivalenzen der Gleichheit. Zwischen Diversität, sozialer Ungleichheit und Repräsentation, Bielefeld 2021, S. 9 ff., abrufbar unter: www.transcript-verlag.de/media/pdf/65/cc/59/ts5172_1ILYncZiRz3D9o.pdf (letzter Zugriff: 10.05.2021).
- Schulz-Schaeffer, Ingo, Rechtsdogmatik als Gegenstand der Rechtssoziologie, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2004, S. 141 ff.
- Sinzheimer, Hugo, Die Aufgabe der Rechtssoziologie, in: Kahn-Freund, Otto/Ramm, Thilo (Hrsg.), *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Gesammelte Aufsätze und Reden*, Band 2, Frankfurt/Köln 1976, S. 85 ff.
- Voßkuhle, Andreas, Europa als Gegenstand wissenschaftlicher Reflexion, Eine thematische Annäherung in 12 Thesen, in: Franzius, Claudio/Mayer, Franz C./Neyer, Jürgen (Hrsg.), *Strukturfragen der Europäischen Union*, Baden-Baden 2010, S. 37 ff.
- Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland, Situation, Analysen, Empfehlungen, 2012, abrufbar unter: <https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.html> (letzter Zugriff: 10.05.2021).
- Zacher, Clemens, *Die Entstehung des Wirtschaftsrechts in Deutschland, Wirtschaftsrecht, Wirtschaftsverwaltungsrecht und Wirtschaftsverfassung in der Rechtswissenschaft der Weimarer Republik*, Berlin 2002.
- Zacher, Hans F., *Das Vorhaben des Sozialgesetzbuchs, Beiträge zum Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen* 2001, S. 1 ff.

Der Blick aus der Sozialgerichtsbarkeit – Rechtsprechung und Forschung

Sabine Knickrehm

I. Einleitung

Sozialpolitik können wir uns heute wohl kaum ohne Sozialwissenschaften vorstellen. Sie liefern die Grundlagen für sozialpolitische Entscheidungen – ermöglichen den wissenschaftlich gesicherten Realitätsabgleich oder die wissenschaftlich fundierte Prognose, z.B. im Hinblick auf Wirkung und Auswirkung einer geplanten Maßnahme. Sozialwissenschaften sind ohne Forschung undenkbar. Und wenn Sozialrecht in Gesetz gegossene Sozialpolitik ist, dann ist bereits die Brücke gefunden zwischen Rechtsprechung auf der Grundlage dieser Gesetze und „Forschung“. Aber ist dies die einzige Brücke?

Zur Beantwortung dieser Frage soll ein Blick in das letzte Jahrhundert geworfen werden. Anfang der 70er Jahre des 20. Jahrhunderts gab es eine wortstark geführte Auseinandersetzung um die Bedeutung der Sozialwissenschaften für die Rechtswissenschaft. Es kam zu Äußerungen, wie „...die Sozialwissenschaften sind das trojanische Pferd, mit dessen Hilfe die Zitadelle des Rechts eingenommen werden soll“¹ oder die Jurisprudenz sei die Magd der Soziologie.² Nun, diese Befürchtungen sind rund 45 Jahre später, wie sich auch in der Einrichtung des FIS³ zeigt, der Erkenntnis gewichen, dass sowohl die Sozialwissenschaften die Rechtswissenschaft benötigen – und das nicht nur für den reinen Umsetzungsakt – als auch die Rechtswissenschaft ohne sozialwissenschaftliche Erkenntnisse nicht zu realitätsgerechter Rechtsetzung gelangen kann. Sie ist aber auch für die realitätsgerechte Rechtsanwendung erforderlich. *Hans F. Zacher* hat letzte-

1 Heldrich, JuS 1974, S. 281 ff.

2 Henke, JZ 1974, S. 729 ff.; Laumann, DRiZ 1970, S. 162 ff.

3 Fördernetzwerk Interdisziplinäre Sozialpolitikforschung des BMAS zur Stärkung von Forschung und Lehre im Bereich der Sozialpolitik an deutschen Hochschulen (Universitäten und Fachhochschulen); s. zwischenzeitlich (2021) auch die Gründung des Deutschen Instituts für interdisziplinäre Sozialpolitikforschung, <https://www.difis.org/>.

res 1976 wie folgt formuliert: „Positives Recht ist nie aus sich heraus verständlich, sondern nur als Antwort auf soziale Situationen, Werte, Zwecke, Interessen und Konflikte. Sinn und Zweck als Teil des Auslegungskanons kann nur gefunden werden, in Wahrnehmung der objektiven sozialen Situation und ihrer Herausforderungen an das Recht, des objektiven Gefüges und Wirksystems der Rechtsnormen, des subjektiven historischen Willens der eine bestimmte Regelung trägt und des Standpunkts und Blickfeldes des Entscheidenden.“⁴ Um die objektive soziale Situation und ihre Herausforderungen, aber zum Teil auch das objektive Gefüge und Wirksystem der anzuwendenden Normen feststellen zu können bedarf es mehr als des gesunden Menschenverstands oder eines guten Judizes⁵ der Rechtsanwender:innen/Richter:innen; es bedarf wissenschaftlich fundierter Grundlagen, die die Sozialwissenschaften aufbauend auf Forschung liefern.

II. Beispielfälle

1. Einleitung

Dies soll an zwei Beispielen aus der Rechtsprechung des BSG in Angelegenheiten des Rentenversicherungsrechts verdeutlicht werden. Im ersten Fall geht es um Erkenntnisse zur aktuellen Arbeitsmarktlage auf Grundlage von Arbeitsmarktforschung und im zweiten Fall um solche zum historischen Geschehen aus der Geschichtswissenschaft. Im Streit standen die Gewährung einer Rente wegen voller Erwerbsminderung, trotz eines vollschichtigen Leistungsvermögens, und die Voraussetzungen für eine Altersrente auf Grundlage sogenannter „Ghettobeitragszeiten“. Letztere führen grob gesprochen – unter der Voraussetzung der Erfüllung der weiteren Leistungsvoraussetzungen – zu einer Rente aus der gesetzlichen Rentenversicherung für Verfolgte des Nationalsozialismus, die im oder aus einem Ghetto heraus einer freiwilligen, im Grunde sozialversicherungspflichtigen, Beschäftigung nachgegangen sind. Für diese Beschäftigung wurden i.d.R. keine Beiträge entrichtet. Damit konnte sie nach der Rechtslage vor

4 Zacher, VSSR 1976, S. 1, 28.

5 Nach Wikipedia: „.... (ein) gutes Judiz... ist ein Bewusstsein für den dem Rechtsstreit zugrunde liegenden konkreten Konflikt, ein Gespür für die in Betracht kommenden Interessenbewertungen und die Kenntnis, wie Gesetz und Rechtsprechung bei vergleichbaren Konflikten typischerweise einen Interessenausgleich vornehmen.“

dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Zahlbarmachung von Renten aus Beschäftigung in einem Ghetto – ZRBG – später auch nicht rentenrechtlich relevant werden.

2. Erkenntnisse zur aktuellen Arbeitsmarktlage

Zunächst kurz zum Sachverhalt: Der Kläger beantragte erfolglos eine Rente wegen voller Erwerbsminderung. In dem vom Kläger angestregten Berufungsverfahren hat das LSG u.a. medizinische Sachverständigengutachten eingeholt. Letztlich ist der Kläger medizinisch als vollschichtig leistungsfähig auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt – also in einem zeitlichen Umfang von mindestens sechs Stunden täglich – befunden worden, allerdings beschränkt auf Grund seines qualitativen Leistungsvermögens auf leichte körperliche Tätigkeiten. Qualitative Einschränkungen waren u.a.: Keine Arbeit in Zwangshaltungen, die Notwendigkeit, überwiegend im Sitzen zu arbeiten, keine Arbeiten, die das Steigen, Klettern, das ständige oder überwiegende Knien, Kriechen und/oder Hocken erforderten. Arbeiten auf Leitern und Gerüsten konnten ebenso wenig verrichtet werden wie solche mit ständigem oder überwiegendem Bücken, dem Heben und Tragen von schweren und mittelschweren Lasten und ständige oder überwiegende Überkopfarbeiten, Arbeiten, die eine erhöhte Belastbarkeit der Wirbelsäule, eine verstärkte Belastbarkeit der Arme und der Beine erforderten.

Das LSG hat den beklagten Rentenversicherungsträger verurteilt, dem Kläger eine Rente wegen voller Erwerbsminderung zu gewähren. Ein tragender Begründungsstrang war, dass dem Kläger der allgemeine Arbeitsmarkt verschlossen sei. Leichte Tätigkeiten für Menschen mit den geschilderten qualitativen Einschränkungen seien insbesondere durch die zunehmende Digitalisierung nicht mehr in rechtlich ausreichendem Umfang vorhanden.

An dieser Stelle ein kurzer Blick auf die vom BSG entwickelten juristischen Maßstäbe. Grundsätzlich gilt, wer noch vollschichtig leistungsfähig ist, ist nicht voll erwerbsgemindert – immer bezogen auf den allgemeinen Arbeitsmarkt. Es wird eine abstrakte Betrachtung vorgenommen. Nach der Rechtsprechung des BSG⁶ ist in diesen Fällen regelmäßig davon auszu-

6 BSG, Urteil vom 11.5.1999, B 13 RJ 71/97 R, SozR 3-2600 § 43 Nr. 21, juris Rn. 17.

gehen, dass es für Vollzeittätigkeiten⁷ Arbeitsplätze in ausreichendem Umfang gibt und der Arbeitsmarkt offen ist, sodass eine Prüfung im Einzelfall – also eine konkrete Prüfung – regelmäßig nicht vorgenommen zu werden braucht. Relevant werden kann im Fall eines vollschichtigen Leistungsvermögens allerdings der Gesichtspunkt der sog. praktischen Verschlussenheit des Arbeitsmarktes. Dazu hat die Rechtsprechung sog. Seltenheits- oder Katalogfälle entwickelt.⁸ Dies sind Fälle, in denen Versicherte zwar an sich noch eine Vollzeittätigkeit ausüben können,

- aber nicht unter den in den Betrieben üblichen Bedingungen,⁹
- wenn Versicherte nicht mehr über eine hinreichende Wegefähigkeit verfügen,¹⁰
- nur in einem Teilbereich des Tätigkeitsfeldes einsetzbar sind oder
- nur auf Schonarbeitsplätzen,
- auf Arbeitsplätzen, die an Berufsfremde nicht vergeben werden,
- nur in Aufstiegspositionen oder
- auf Arbeitsplätzen, die in ganz geringer Zahl auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt vorkommen.

Der Große Senat hat es in seiner Entscheidung vom 19.12.1996 abgelehnt, diesen Verschlussenkatalog insbesondere für ältere Arbeitnehmer:innen um Arbeitsplätze zu erweitern, auf denen ungelernte körperlich leichte Tätigkeiten zu erbringen sind.¹¹ Denn – so der Große Senat – in diesen Fällen sei regelmäßig davon auszugehen, dass das Restleistungsvermögen den Versicherten noch körperliche Verrichtungen erlaube, wie sie in ungelernten Tätigkeiten gefordert zu werden pflegen (wie z.B. Zureichen, Abnehmen, Transportieren, Reinigen, Bedienen von Maschinen, Kleben, Sortieren, Verpacken, Zusammensetzen von Teilen usw.), die in ausreichendem Umfang auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt vorhanden seien.¹²

7 Anders als für nur noch zur Teilzeitarbeit fähige Versicherte – vgl. hierzu Beschlüsse des Großen Senats vom 11.12.1969, GS 4/69, BSGE 30, 167 = SozR Nr. 79 zu § 1246 RVO und GS 2/68, BSGE 30, 192 = SozR Nr. 20 zu § 1247 RVO.

8 Vgl. BSG, Beschluss vom 19.12.1996, GS 2/95, BSGE 80, 24 = SozR 3-2600 § 44 Nr. 8, juris Rn. 38 m.w.N.

9 Vgl. bereits BSG, Urteil vom 30.10.1959, 7 RAr 2/58, BSGE 11, 16, juris Rn. 22 ff.

10 Vgl. z.B. BSG, Urteil vom 17.12.1991, 13/5 RJ 73/90, SozR 3-2200 § 1247 Nr. 10, juris Rn. 16 ff.

11 BSG, Beschluss vom 19.12.1996, GS 2/95, BSGE 80, 24 = SozR 3-2600 § 44 Nr. 8, juris Rn. 39 ff, 43.

12 BSG, Beschluss vom 19.12.1996, GS 2/95, BSGE 80, 24 = SozR 3-2600 § 44 Nr. 8, juris Rn. 34, 42.

Das LSG vertrat nun die Auffassung, die Rechtsprechung des Großen Senats des BSG¹³ aus dem Jahr 1996 sei überholt. Der Arbeitsmarkt habe sich seit dieser Entscheidung erheblich verändert. Es gebe immer weniger Tätigkeiten bzw. praktisch keine mehr für leistungseingeschränkte Versicherte, die der Definition der leichten Arbeit entsprächen und nur eine geringe Qualifikation (einfache Arbeit) erforderten.

Dies hat die Richter:innen des beim BSG zuständigen Senats nicht auf den ersten Blick überzeugt – sie suchten nach einer wissenschaftlichen Fundierung der Behauptung des LSG. Deshalb zogen sie Aufsätze und Studien aus unterschiedlichen Wissenschaftsdisziplinen und Forschungsstellen zur Entwicklung des Arbeitsmarktes für in ihrer Leistungsfähigkeit eingeschränkte Menschen, die ausschließlich einfache Arbeit verrichten können, zum Verfahren bei. Deutlich wurde dabei, dass genau die Frage, auf die es nach der Rechtsprechung ankam, in der Arbeitsmarktforschung bisher nicht untersucht worden war. Der Senat musste sich also mit vorhandenen Studien und Untersuchungen – hier veröffentlichte, denn nur diese konnten als allgemeinkundige Tatsachen in das Verfahren eingeführt werden – „begnügen“. Die Richter:innen führten die Erkenntnisse aus den unterschiedlichen Untersuchungen zusammen und folgerten aus diesen, dass die von der Rechtsprechung entwickelten Katalogfälle der Verschlossenheit des Arbeitsmarktes – anders als vom LSG sinngemäß angenommen – nicht auf gering qualifizierte Versicherte, die zwar vollschichtig einsetzbar sind, aber nur noch leichte körperliche Tätigkeiten verrichten können, erweitert werden müssten. Das BSG hat an der Vermutung eines „offenen Arbeitsmarktes“ auch für diese Versicherten festgehalten. Aus den eingeführten arbeitsmarkt-, sozial- und wirtschaftswissenschaftlichen Untersuchungen ergibt sich, dass Arbeitsplätze für sogenannte „Einfacharbeit“ oder Helfertätigkeiten weiterhin in großem Umfang auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt vorhanden sind, und es befinden sich hierunter auch in nennenswertem Umfang körperlich leichte Erwerbstätigkeiten, die für den eingangs benannten Personenkreis geeignet sind.¹⁴ Die voranschreitende Digitalisierung hat (noch) nicht zu einem Wegfall solcher Tätigkeiten geführt.

13 BSG, Beschluss vom 19.12.1996, GS 2/95, BSGE 80, 24 = SozR 3-2600 § 44 Nr. 8.

14 BSG, Urteil vom 11.12.2019, B 13 R 7/18 R, SozR 4-2600 § 43 Nr. 22; vgl. BT-Drs. 18/3474, S. 149 ff.; Lück et al., Grundausswertung der BIBB/BAuA-Erwerbstätigenbefragung 2018.

3. Historische Erkenntnisse

Auch hier zunächst zum Sachverhalt: Der 1929 geborene Kläger ist als Jude Opfer nationalsozialistischer Verfolgung im Sinne des Bundesentschädigungsgesetzes (BEG) geworden. 1939 lebte er mit seiner Mutter und seinen Geschwistern in dem polnischen Ort Sarnów nahe Mielec (Distrikt Krakau des sog. Generalgouvernements). Zu diesem Zeitpunkt hatte der Ort insgesamt ca. 100 Einwohner, darunter drei jüdische Familien mit insgesamt 21 Personen. Im September 1939 wurde der Ort von deutschen Truppen besetzt und die dortige jüdische Bevölkerung einschließlich des Klägers gezwungen, zur Kenntlichmachung Armbinden mit dem Davidstern zu tragen. Die jüdischen Familien in Sarnów verblieben (zunächst) in den von ihnen bisher bewohnten Häusern. Allerdings waren die jüdischen Bewohner nach den Feststellungen des LSG in ihrer Bewegungsfreiheit auf ihre Wohnungen bzw. Häuser beschränkt und durften diese nicht verlassen – außer für den Weg zur Arbeit oder für unerlässliche Besorgungen. In der Zeit von Januar 1940 bis März 1942 putzte der Kläger Wohnungen, führte Reinigungsarbeiten auf dem Gelände des deutschen Militärs durch und wusch Militär-LKW. Hierfür erhielt er – nach eigenen Angaben – eine Extraportion Essen. Im März 1942 wurde die gesamte jüdische Bevölkerung von Mielec und der umliegenden Ortschaften – einschließlich Sarnów – erschossen, zur Vernichtung deportiert oder in Zwangsarbeitslager verbracht.

Den Antrag des Klägers beim beklagten Rentenversicherungsträger auf Gewährung einer Regelaltersrente unter Berücksichtigung von Beitragszeiten aus Beschäftigung in einem Ghetto zwischen 1940 und 1942 lehnte dieser ab. Die erforderliche Wartezeit sei nicht erfüllt. Für die während der deutschen Besetzung verrichteten Reinigungsarbeiten könnten keine Beitragszeiten nach §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 ZRBG anerkannt werden, da der Kläger sich in dieser Zeit nicht zwangsweise in einem Ghetto aufgehalten habe. Damit wird das Kernproblem des Falles auch schon auf den Punkt gebracht: Hat der Kläger die beschriebene Arbeit von einem Ghetto aus verrichtet oder anders ausgedrückt, kann ein einzelnes unbewachtes Haus ein Ghetto im Sinne des ZRBG sein?

Der Wortlaut des hier einschlägigen § 1 Abs. 1 Satz 1 ZRBG, wie er 2002 in Kraft getreten und 2014 etwas modifiziert worden ist, lautet:

Dieses Gesetz gilt für Zeiten der Beschäftigung von Verfolgten in einem Ghetto, die sich dort zwangsweise aufgehalten haben, wenn

1. die Beschäftigung
 - a) aus eigenem Willensentschluss zustande gekommen ist,
 - b) gegen Entgelt ausgeübt wurde und
2. das Ghetto in einem Gebiet des nationalsozialistischen Einflussbereichs lag....

Es geht mithin nicht um Zwangsarbeit oder den Aufenthalt in einem KZ, sondern um „freiwillige“ Arbeit in oder – nach der Rechtsprechung des BSG – die von einem Ghetto aus verrichtet worden ist. Dabei kann das Entgelt auch in Naturalien – etwa einer Extraportion Essen – bestehen.

Es soll durch das ZRBG das darin bestehende Unrecht ausgeglichen werden, dass keine Rentenanwartschaften entstanden, obwohl die verrichteten „Ghetto-Arbeiten“ unter anderen Umständen im Rahmen von rentenversicherungspflichtigen Beschäftigungen geleistet worden wären und dann in aller Regel Rentenanwartschaften begründet hätten. Das ZRBG als neuartiger Bestandteil des Rechts der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts will einen Ausgleich hierfür schaffen.

Dem 13. Senat des BSG stellte sich im vorliegenden Fall die Frage: Was ist ein „Ghetto“ in einem Gebiet des nationalsozialistischen Einflussbereichs? Was lag näher, als in die Geschichtswissenschaft zu schauen, um festzustellen, wie dort das „Ghetto“ definiert wird. Nun, die Erkenntnisse waren für die zuständigen Richter:innen ernüchternd. Die Definitionen dessen, was ein Ghetto ist, weichen in den Geschichtswissenschaften durchaus voneinander ab. So verwenden etwa die Historiker des Yad Vashem und des United States Holocaust Memorial Museums unterschiedliche Kriterien zur Bestimmung dessen, was ein Ghetto ausmacht.¹⁵ Zudem wird in der aktuellen historischen Fachliteratur ein heterogenes Bild von Entwicklung und Funktion des nationalsozialistischen Ghettos aufgezeigt.¹⁶ Auch wird zwischen verschiedenen Typen/Erscheinungsformen von Ghettos unterschieden.¹⁷ Dies hat den 13. Senat des BSG zu der Frage geführt, ob in der Rechtsanwendung und Auslegung einer Norm überhaupt die in einer anderen Wissenschaft gefundene Definition sozusagen 1:1 übernommen werden kann und darf. Das Gericht hat dies letztlich verneint.

Denn bei dem Blick in die „andere Wissenschaft“ ist immer zu fragen, welchem Erkenntnisinteresse sie folgt und inwieweit dieses Erkennt-

15 BSG, Urteil vom 20.5.2020, B 13 R 9/19 R, juris Rn. 37.

16 BSG, Urteil vom 20.5.2020, B 13 R 9/19 R, juris Rn. 38.

17 BSG, Urteil vom 20.5.2020, B 13 R 9/19 R, juris Rn. 39.

nisinteresse kompatibel mit dem der „eigenen Wissenschaft“ ist – hier der Rechtswissenschaft. Der Vergleich von Geschichts- und Rechtswissenschaft zeigt insoweit deutliche Unterschiede auf. Die Geschichtswissenschaft dient der Erforschung der Vergangenheit.¹⁸ Das historische Interesse richtet sich bei der Forschung in der Regel nur auf bestimmte Felder, und Ausgangspunkt ist eine bestimmte Fragestellung.¹⁹ Dementsprechend erfolgte auch die Erforschung der nationalsozialistischen Ghettos aus historisch-fachlicher Sicht seit der Nachkriegszeit auf Grundlage verschiedener Perspektiven und methodischer Ansätze.²⁰ Die von Historikern vorgenommenen Begriffsbildungen folgen bzw. dienen somit einem anderen Erkenntnisinteresse als die juristische Gesetzesauslegung, deren Ziel in der Ermittlung des in einer Vorschrift zum Ausdruck kommenden objektivierte Willen des Gesetzgebers besteht.²¹ Daher hat eine eigenständige Auslegung des Begriffs Ghetto im Kontext des ZRBG unter Anwendung aller anerkannten juristischen Auslegungsmethoden zu erfolgen, innerhalb derer historische Erkenntnisse ohne Zweifel jedoch zu berücksichtigen sind.²²

Es soll an dieser Stelle nicht im Einzelnen auf die juristischen Auslegungsmethoden eingegangen werden. Gesichtspunkte im Rahmen dessen sind – wie schon nach *Zacher* eingangs zitiert – u.a., was dem historischen Gesetzgeber bei seinem Gesetzesbeschluss vor Augen stand und was Sinn und Zweck der auszulegenden Norm ist. Genau hier war für die Richter:innen des 13. Senats des BSG der Anknüpfungspunkt an die Erkenntnisse der Geschichtswissenschaften.

18 Sellin, Einführung in die Geschichtswissenschaft, S. 17.

19 Boshof/Düwell/Kloft, Grundlagen des Studiums der Geschichte, S. 3.

20 Einen Überblick bietet Michman, Angst vor den Ostjuden, S. 18 ff.

21 StRSpr.; vgl. z.B. BVerfG, Urteil vom 21.5.1952, 2 BvH 2/52, BVerfGE 1, 299, juris Rn. 56; BVerfG, Beschluss vom 15.12.1959, 1 BvL 10/55, BVerfGE 10, 234, juris Rn. 40; BVerfG, Urteil vom 19.3.2013, 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, BVerfGE 133, 168, juris Rn. 66; BSG, Urteil vom 22.10.2014, B 6 KA 3/14 R, BSGE 117, 149 = SozR 4-2500 § 106 Nr. 48, Rn. 60; BSG, Urteil vom 7.5.2019, B 2 U 27/17 R, SozR 4-2700 § 67 Nr. 1, auch für BSGE vorgesehen, juris Rn. 11; BFH, Urteil vom 30.7.1980, I R 111/77, BFHE 131, 469, juris Rn. 11; BFH, Urteil vom 23.10.2013, X R 3/12, BFHE 243, 287, juris Rn. 20, jeweils m.w.N.; zur Kritik der dem zugrundeliegenden Methodentheorie z.B. Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 799 f., 806 ff. m.w.N.

22 So im Ergebnis auch Röhl, NZS 2018, S. 513, 515.

Die Verabschiedung des ZRBG erfolgte in Reaktion auf die Ghetto-Rechtsprechung des BSG,²³ wonach auch die bis dahin regelmäßig als Zwangsarbeit qualifizierte Arbeit in einem Ghetto eine von den Merkmalen der Freiwilligkeit und Entgeltlichkeit bestimmte versicherungspflichtige Beschäftigung sein kann.²⁴ Vieles spricht dafür, dass dem Gesetzgeber bei der Verabschiedung des ZRBG im Jahr 2002 das Bild des geschlossenen Ghettos Łódź vor Augen stand. Dieses entsprach zugleich dem öffentlichen Bild eines Ghettos und dem damals vorherrschenden Verständnis des Begriffs „Ghetto“ in der Forschungsliteratur. Jedoch ist das Wissen um Ghettos und Ghettoisierung seither durch die jüngere geschichtswissenschaftliche Forschung in rechtlich wesentlicher Hinsicht erweitert worden.²⁵ Die Erscheinungsformen, die Zeitdauer ihrer Existenz, der Zweck und das Ausmaß der Überwachung sowie Drangsalierung der Bewohner eines Ghettos waren äußerst heterogen.²⁶

Da es keinen Hinweis in den Gesetzesmaterialien gibt, dass der Gesetzgeber eine dieser Erscheinungsformen von Ghettos bei der Privilegierung im Rentenrecht ausschließen wollte, ist das BSG zu dem Ergebnis gelangt, dass der in § 1 Abs. 1 Satz 1 ZRBG verwendete „Ghettobegriff“ ein weiter ist, der allerdings nicht ein einzelnes Haus, wie im Falle des Klägers, umfasst.

Da aber dem Gesetzgeber des Jahres 2002 das heute vorliegende Wissen um die Ungleichzeitigkeit und Diversität des Ghettoisierungsprozesses im nationalsozialistischen Einflussbereich noch nicht zur Verfügung stand, geht der 13. Senat des BSG von einer planwidrigen Lücke im Gesetz aus. Bei der Schaffung des ZRBG bestand für den Gesetzgeber keine Notwendigkeit, Regelungen im Hinblick auf Verfolgte zu treffen, die außerhalb eines Ghettos unter vergleichbaren Beschränkungen lebten und jede Möglichkeit wahrnehmen mussten, durch eine freiwillige entgeltliche Beschäftigung, wie sie § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZRBG umschreibt, etwas zu essen zu erhalten und so ihr Überleben zu sichern. Zwar hat der Gesetzgeber im Jahr 2014 Änderungen am ZRBG vorgenommen, also nach Veröffentli-

23 BSG, Urteil vom 18.06.1997, 5 RJ 66/95, BSGE 80, 250 = SozR 3-2200 § 1248 Nr. 15; BSG, Urteil vom 21.04.1999, B 5 RJ 48/98 R, SozR 3-2200 § 1248 Nr. 16; BSG, Urteil vom 14.07.1999, B 13 RJ 61/98 R, SozR 3-5070 § 14 Nr. 2; BSG, Urteil vom 23.08.2001, B 13 RJ 59/00 R, SozR 3-2200 § 1248 Nr. 17.

24 Gesetzentwürfe der Fraktionen SPD, CDU/CSU, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP bzw. PDS, BT-Drs. 14/8583 S. 1, 5; bzw. BT-Drs. 14/8602 S. 1, 5.

25 BSG, Urteil vom 20.05.2020, B 13 R 9/19 R, juris Rn. 67.

26 BSG, Urteil vom 20.05.2020, B 13 R 9/19 R, juris Rn. 42.

chung der neuen historisch-wissenschaftlichen Erkenntnisse. Allerdings hat er letztere dabei ersichtlich nicht im Blick gehabt.²⁷

Die sich daraus ergebende Regelungslücke ist im Hinblick auf den mit dem ZRBG bezweckten Ausgleich nationalsozialistischen Unrechts und eine entschädigungsrechtliche Überlagerung des Rentenversicherungsrechts im Wege einer Analogie durch Erstreckung der Rechtsfolgen des ZRBG auch auf die Lebens- und Arbeitssituation anwendbar, wie sie im konkreten Fall aufgrund der Feststellungen des Berufungsgerichts anzunehmen war.

III. Fazit

Diese vorstehenden beiden Beispiele verdeutlichen auf sehr unterschiedliche Art und Weise den eingangs behaupteten Zusammenhang zwischen der Rechtsanwendung und sozialwissenschaftlicher Forschung. Rechtsanwendung benötigt Erkenntnisse der Forschung aus Sozialwissenschaften und Sozialpolitik, wenn sie realitätsgerecht sein soll. Umgekehrt ergeben sich für die Forschung durch die der Rechtsanwendung zugrundeliegenden Fallgestaltungen Abbilder der Realität, die zu untersuchen sich lohnt, auch um wiederum Sozialpolitik zu beraten im Hinblick auf die Notwendigkeit sowie die Konsequenzen gesetzgeberischer Tätigkeit.

Literatur

- Boshof, Egon/Düwell, Kurt/Kloft, Hans, Grundlagen des Studiums der Geschichte, Eine Einführung, 5. Auflage, Köln 1997.
- Heldrich, Andreas, Das Trojanische Pferd in der Zitadelle des Rechts, Juristische Schulung 1974, S. 281 ff.
- Henke, Wilhelm, Jurisprudenz und Soziologie, JuristenZeitung 1974, S. 729 ff.
- Laumann, Rüdiger, Die sogenannte Soziologisierung der Jurisprudenz, Deutsche Richterzeitung 1970, S. 162 ff.
- Lück, Marcel/Hünefeld, Lena/Brenscheidt, Simone/Bödefeld, Meike/Hünefeld, Anja, Grundausswertung der BIBB/BAuA-Erwerbstätigenbefragung 2018, Vergleich zur Grundausswertung 2000 und 2012, 2. Auflage, Dortmund 2019.
- Michman, Dan, Angst vor den „Ostjuden“, Die Entstehung der Ghettos während des Holocaust, Frankfurt am Main 2011.

27 BSG, Urteil vom 20.05.2020, B 13 R 9/19 R, juris Rn. 70.

Sellin, Volker, Einführung in die Geschichtswissenschaft, Erweiterte Neuauflage, Göttingen 2005.

Röhl, Matthias, Vom historischen zum rechtlichen Ghettobegriff, Neue Zeitschrift für Sozialrecht 2018, S. 513 ff.

Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel, Rechtstheorie: mit Juristischer Methodenlehre, 11. Auflage, München 2020.

Zacher, Hans F., Grundfragen theoretischer und praktischer sozialrechtlicher Arbeit, Vierteljahresschrift für Sozialrecht 1976, S. 1 ff.

Zugang zu Recht und Gericht

Die Mobilisierung sozialer Rechte in der sozialrechtsbezogenen Beratung durch Sozial- und Wohlfahrtsverbände

Katharina Weyrich

Die Sozialgerichtsbarkeit wird meist als Ort verstanden, an dem Konflikte – klassischerweise zwischen Bürger:innen und Verwaltung – durch richterliche Rechtsanwendung gelöst werden.¹ Wie ein solcher Konflikt allerdings in die Gerichtsbarkeit gelangt, ist eine Frage der Mobilisierung (sozialer) Rechte.² Dabei ist zu unterscheiden, ob Rechte durch den Gang zu Gericht oder durch die Verbreitung von (Rechts-)Wissen und Informationen über die geltende Rechtslage und Schaffung eines Rechts- und Anspruchsbewusstseins³ *in action*⁴ gebracht werden. Für solche Formen der Rechtsmobilisierung, so *Michael Wrase*, sind vermittelnde Instanzen, sogenannte Rechtsagent:innen notwendig, die den Betroffenen den Zugang zu Rechtsinstitutionen ermöglichen.⁵ Im Folgenden steht die sozialrechtsbezogene Beratung⁶ durch Sozial- und Wohlfahrtsverbände⁷ als eine

1 Kretschmer, Zur Ausformung von Sozialrecht und Sozialpolitik durch die Sozialgerichtsbarkeit, S. 399.

2 Vgl. Baer, Rechtssoziologie, S. 247; Fuchs, Rechtsmobilisierung, S. 245; Black, The mobilization of law, S. 125 ff.; Blankenburg, Mobilisierung des Rechts.

3 Vgl. Fuchs, Rechtsmobilisierung, S. 245.

4 Vgl. Pound, American Law Review 1910, S. 12 ff.

5 Wrase, Rechtswirkungsforschung revisited, S. 133 f.; Kocher, Barrieren der Rechtsmobilisierung, S. 73.

6 Meiner Auffassung nach handelt es sich bei der verbandlichen Beratung im Erstkontakt weder um eine Sozialrechtsberatung, die dem rechtswissenschaftlichen Diskurs zufolge die Erwartungen einer Rechtsberatung im engeren Sinn erfüllt, noch um eine sozialpädagogisch ausgerichtete Sozialberatung. Vielmehr vereinen sich in der sozialrechtsbezogenen Beratung Anteile aus beiden Beratungsarten in unterschiedlichem Ausmaß. Der hier verwendete Begriff der sozialrechtsbezogenen Beratung soll zum Ausdruck bringen, dass verbandliche Beratung im Erstkontakt „als offenes und auf Freiwilligkeit basierendes Aushandeln von Positionen und Möglichkeiten [zur] Gestaltung und Bewältigung von Lebensaufgaben [im Sozialsystem]“ (vgl. Thiersch, Sozialarbeit/Sozialpädagogik und Beratung, S. 116) verstanden wird.

7 Wenn fortfolgend von Verbänden die Rede ist, dann sind in erster Linie Sozial- und Wohlfahrtsverbände gemeint.

vermittelnde Instanz in individuellen Rechtsmobilisierungsprozessen im Zentrum der Aufmerksamkeit. Dabei wird der Frage nachgegangen, wie sich die Mobilisierung sozialer Rechte im Rahmen der sozialrechtsbezogenen Beratung gestaltet.

I. Der Forschungsgegenstand

Die Beratung durch Sozial- und Wohlfahrtsverbände existiert so lange, wie es das Sozialrecht gibt. In den 80er Jahren des 19. Jahrhunderts begann mit der Entwicklung der Sozialversicherungsgesetzgebung auch die Gründung von Rechtsauskunftsstellen durch Gewerkschaften, die freie Wohlfahrtspflege und 1917 durch den Bund der Kriegsteilnehmer und Kriegsgeschädigten, heutiger Sozialverband Deutschland e.V. (SoVD).⁸ Ihre Beratungsangebote konzentrierten sich auf Rechtsfragen des Arbeitslebens, insbesondere auf die materiellen Folgen von Krankheit, Unfall, Alter, Arbeitslosigkeit und Invalidität.⁹ Insofern ist die verbandliche Beratung in sozialrechtlichen Angelegenheiten kein neues Phänomen, sondern ein historisch gewachsenes Gefüge im Sozialstaat, das sich damals wie heute durch die Unterstützung rechtlich unerfahrener Bürger:innen im Sozialsystem auszeichnet. Mit der Reformierung des Rechtsberatungsrechts 2008¹⁰ wurden die Beratungsaktivitäten der Sozial- und Wohlfahrtsverbände auf eine rechtlich sichere Grundlage gestellt. Das heißt ihnen ist seither die Erbringung von Rechtsdienstleistungen gem. §§ 7 und 8 RDG erlaubt, sofern sie gemäß § 7 Abs. 2 RDG über die zur sachgerechten Erbringung dieser Rechtsdienstleistungen erforderliche personelle, sachliche und finanzielle Ausstattung verfügen und sicherstellen, dass die Rechtsdienstleistung durch eine Person, der die entgeltliche Erbringung dieser Rechtsdienstleistung

8 Vgl. Kawamura, Die Geschichte der Rechtsberatungshilfe in Deutschland; Rücker, Rechtsberatung.

9 Ayaß, Die Rechtsprechung in der Sozialversicherung bis zur Reichsversicherungsordnung, S. 254 ff.; Kawamura, Die Geschichte der Rechtsberatungshilfe in Deutschland, S. 40.

10 Das Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) folgte auf das Gesetz zur Verhütung von Missbräuchen auf dem Gebiet der Rechtsberatung aus dem Jahr 1935, in dem erstmals eine Befugnis für die Ausübung von Rechtsberatung geregelt war. Dieses Gesetz zielte auf die hauptberuflich ausgeübten Rechtsberatungsaktivitäten ab. Die unentgeltliche, sozial motivierte Beratung war vom Anwendungsbereich des Rechtsberatungsmissbrauchsgesetzes ausgenommen, sofern die Beratung im Rahmen der verbandlichen Aufgaben durchgeführt wurde (Rücker, Rechtsberatung, S. 413).

erlaubt ist, durch eine Person mit Befähigung zum Richteramt oder unter Anleitung einer solchen Person erfolgt (§ 6 Abs. 2 Satz 2 gilt entsprechend).

Abgesehen von historischen Arbeiten zur Entwicklung des Rechtsberatungswesens¹¹ begreifen Rechts- und Sozialwissenschaften die sozialrechtsbezogene Beratung durch Verbände bislang nicht als interessanten Forschungsgegenstand. Eher beiläufig verweisen einzelne Studien auf die sozialrechtsbezogene Beratung. Eine der ältesten Untersuchungen stammt aus dem Jahre 1979. Erhard Blankenburg und Kolleg:innen zogen eine Flächenstichprobe aller privaten Haushalte in West-Berlin und befragten diese nach der Verteilung von Rechtsproblemen und den jeweiligen subjektiven Reaktionen auf diese Konflikte im Konsum-, Wohnungs- und Arbeitsbereich. Die Ergebnisse veröffentlichten sie 1982 in ihrem Buch „Rechtsberatung. Soziale Definition von Rechtsproblemen durch Rechtsberatungsangebote“. Darin wird beschrieben, dass „sozial schwache“¹² Bürger:innen ihre Rechtskonflikte u.a. mithilfe von Beratungsangeboten durch Verbände zu lösen versuchen.¹³ In jüngerer Zeit veröffentlichen Bernhard Braun, Petra Buhr, Armin Höland und Felix Welti ihre Studie zum Gebührenrecht im sozialgerichtlichen Verfahren.¹⁴ Darin wird Verbänden eine effektive Filterfunktion für das Klagegeschehen vor Sozialgerichten zugesprochen. Sie informieren ihre Mitglieder über aussichtsreiche und auch aussichtslose Klagen, ohne dabei materielle oder ideelle Eigeninteressen zu verfolgen.¹⁵ Einer Dissertation zur Mobilisierung von Recht im SGB II zufolge ist anzunehmen, dass die sozialrechtsbezogene Beratung durch Verbände für den Gang zum Gericht bedeutend ist. Allerdings wird dies nicht genau-

11 Kawamura, Die Geschichte der Rechtsberatungshilfe in Deutschland; Weber, Die Ordnung der Rechtsberatung in Deutschland nach 1945; Rücker, Rechtsberatung.

12 Erhard Blankenburg et al. konzentrieren sich in ihrer Untersuchung auf die Zugangsproblematik zum Recht (im engeren Sinne zum Gericht) für Personen, die in einem Sozialverhältnis existentiell stärker ausgeliefert sind, weil sie sich nicht in gleicher Weise der rechtlich gegebenen Möglichkeiten bedienen können (Blankenburg/Reifner/Gorges/Tiemann, Rechtsberatung, S. 1). Ihre Ausgangsthese war, dass der Zugang zum Recht und dessen Mobilisierungsfähigkeit sozialspezifisch verteilt sei (Blankenburg/Reifner/Gorges/Tiemann, Rechtsberatung, S. 1 ff.). Diese Aussage verifizierte sich und bildete die Grundlage für die Untersuchung von Verteilungsproblematiken und Kompensationsmechanismen.

13 Vgl. Blankenburg/Reifner/Gorges/Tiemann, Rechtsberatung, S. 134.

14 Vgl. Braun/Buhr/Höland/Welti, Gebührenrecht im sozialgerichtlichen Verfahren.

15 Vgl. Braun/Buhr/Höland/Welti, Gebührenrecht im sozialgerichtlichen Verfahren, S. 187.

er erörtert oder untersucht.¹⁶ Vor dem Hintergrund des rudimentären Forschungsstandes zur Gestaltung von Rechtsmobilisierung im Rahmen verbandlicher Beratung erscheint eine empirische Analyse der sozialrechtsbezogenen Beratung durch Sozial- und Wohlfahrtsverbände sinnvoll.

II. Anmerkungen zur methodischen Herangehensweise der Studie

Situative Interviews mit Beratenden in Sozial- und Wohlfahrtsverbänden und Beobachtungen von Beratungsgesprächen¹⁷ sollten dazu beitragen, Daten über die Mobilisierung sozialer Rechte in und mithilfe sozialrechtsbezogener Beratung zu erheben und materialgestützt zu rekonstruieren. Das Datenmaterial wurde anschließend mit der Situationsanalyse von *Adele Clarke*¹⁸ ausgewertet. Im Unterschied zur Grounded Theory (GTM) erweitert die Situationsanalyse ihren analytischen Blick auf „the situation of inquiry“¹⁹ und versucht mit dem Fokus auf situierte²⁰ Schlüsselemente, Materialitäten, Diskurse und Strukturen, soziale Wirklichkeiten in ihrer Komplexität zu begreifen.²¹ So werden die Bedingungen der zu analysierenden Situation methodisch gleichermaßen bedeutend wie die Handlungen in den Situationen.²² Die Inanspruchnahme von (sozialen)

16 Vgl. Müller, Proteste und Rechtsstreit, S. 262 ff.

17 Die teilnehmende Beobachtung ist ein übliches Datenerhebungsverfahren in der qualitativen Sozialforschung, um das Handeln von Menschen, ihre Alltagspraxis und Lebenswelten von innen heraus zu verstehen, indem Forscher:innen am Leben der Untersuchungsgruppe teilnehmen (Lüders, Beobachten im Feld und Ethnographie, S. 384).

18 Vgl. Clarke/Friese/Washburn, Situational analysis.

19 Vgl. Clarke/Friese/Washburn, Situational analysis, S.xxv.

20 Dem situationszentrierten Ansatz von Clarke zufolge, meint Situiertheit(en) alle in einer Forschungssituation inbegriffenen oder die Situation ko-konstituierenden Elemente, Handlungen, Strukturen, Diskurse etc. (vgl. Clarke/Friese/Washburn, Situational analysis, S. 42).

21 „Thick analysis explicitly takes into account the full array of elements in the situation – human, nonhuman, discursive. Rather than simplify, the thick analyses of SA embrace relationalities and complexities (Clarke/Friese/Washburn, Situational analysis, S. xxv ff.).

22 Clarke unterscheidet drei Mappingverfahren in der Situationsanalyse, die den methodischen Werkzeugkasten der GTM ergänzen. Situations-Maps verdeutlichen alle relevanten Elemente in einer Forschungssituation, die Maps sozialer Welten und Arenen veranschaulichen kollektive Akteur:innen in den Arenen ihres Wirkens. Schließlich visualisieren Position-Maps Diskurse und Positionen in einer zu analysierenden Situation (Clarke/Friese/Washburn, Situational analysis, xxiv).

Recht(en) wird oftmals als kompliziert beschrieben,²³ so dass mir die visuellen Darstellungen der Situationsanalyse ermöglichen, die sozialrechtsbezogene Beratung in all ihrer Komplexität empirisch zu rekonstruieren. Neben dem Erkennen eines Problems als Rechtsproblem („naming“)²⁴ und der Zuschreibung der Verantwortlichkeit für das Problem an andere Akteursgruppen („blaming“)²⁵ – was interaktiv in einer Beratung verhandelt werden kann – sind auch objektive Bedingungen²⁶ wie der Zugang zu Verwaltung und Justiz, das formale Prozessrecht oder materielle Anspruchsgrundlagen für die Mobilisierung sozialer Rechte ausschlaggebend. In den folgenden Ausführungen werden Teilergebnisse der Studie punktuell vorgestellt.

III. Die Konstitution sozialrechtsbezogener Beratung – ‚the big picture‘

Wenn man in den beobachteten Beratungen fragt „was hier wirklich wichtig ist und für wen oder was“,²⁷ kommt man nicht umhin, neben den Akteur:innen auch die situierten²⁸ Sozialen Welten und Arenen²⁹ in den Blick zu nehmen, die von den Ratsuchenden, Beratenden und

23 Vgl. Kocher, Barrieren der Rechtsmobilisierung, S. 73 ff.; vgl. Schreiner, Ergänzende unabhängige Teilhabeberatung nach § 32 SGB IX-RegE; Fuchs, Rechtsmobilisierung, S. 245; Höland, Sozialrecht im Lichte der Rechtssoziologie, S. 14 ff.

24 Vgl. Felstiner/Abel/Sarat, Law & Society Review 1980, S. 631, 635 ff.

25 Vgl. Felstiner/Abel/Sarat, Law & Society Review 1980, S. 631, 635 ff.

26 Baer, Rechtssoziologie, S. 234 ff.

27 Das Situationsmapping erfasst die Forschungssituation als Ort der Analyse und fragt, wer oder was sich in der interessierenden Situation befindet und welche Elemente von ausschlaggebender Bedeutung sind (Clarke/Friese/Washburn, Situational analysis, S. 127).

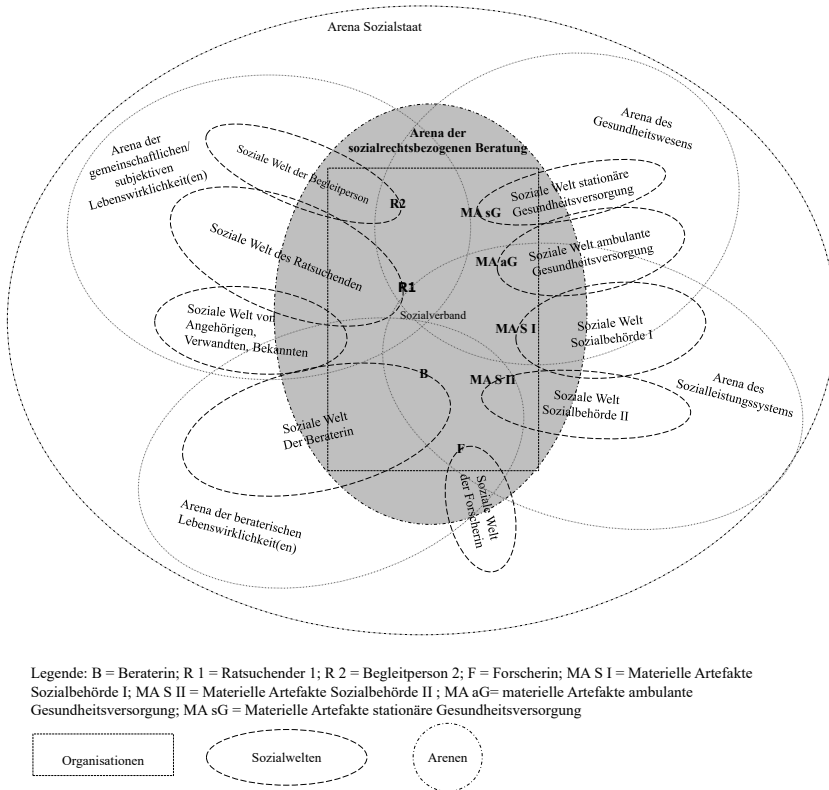
28 In der Analyse von Situationen im Sinne Clarkes handelt es sich um Elemente, Dimensionen, und Prozesse, die nicht mehr als Kontext um die Forschungssituation angeordnet sind, sondern als Gegebenheiten/Bedingungen unmittelbar in die Situation hineinreichen und durch ihre Verbindungen wirken (vgl. Clarke/Friese/Washburn, Situational analysis, S. 44 ff.; Keller, Die Situietheit der Situation, S. 531 ff.).

29 Clarke greift für diese Mappingstrategie auf den theoretischen Ansatz der Sozialen Welten und Arenen von Anselm Strauss (vgl. Strauss, A Social Worlds Perspective 1978, S. 119) zurück. Demzufolge sind soziale Welten als Gruppen mit gemeinsam geteilten Verpflichtungen hinsichtlich bestimmter Tätigkeiten zu verstehen, bei denen zum Zweck der Erreichung des gemeinsamen Ziels viele verschiedene Ressourcen geteilt und gemeinsame Ideologien hinsichtlich der genauen Vorgehensweise geschaffen werden (vgl. Clarke, Situationsanalyse, S. 86).

diversen Dokumenten der Sozialbehörden und Mediziner:innen in einem Beratungsgespräch (re-)konstruiert bzw. repräsentiert werden. Aus ihnen gehen kollektive Vorstellungen gegenüber sozialen Rechten und zu ihrer Inanspruchnahme hervor. Um die Interaktionen zwischen Beratenden und Ratsuchenden über die Mobilisierung sozialer Rechte zu verstehen, richtet sich der analytische Blick neben dem Prozess der Inanspruchnahme von Recht auf die kollektiven Muster in einzelnen Sozialwelten und Arenen. Denn, wie schon erwähnt, ist die Mobilisierung von Recht nicht nur von interaktiv herstellbaren subjektiven Bedingungen wie der Verbreitung von Rechtswissen, Schaffung von Rechts(anspruchs)bewusstheit³⁰ und Befähigung zur Nutzung von Recht abhängig, sondern auch von strukturellen Bedingungen des Rechtssystems. Die folgende Map von Sozialen Welten und Arenen (Abbildung 1) zoomt in die Arena der sozialrechtsbezogenen Beratung durch Verbände hinein und visualisiert auf der Grundlage des erhobenen Datenmaterials situierte und für die Mobilisierung von Recht bedeutende Akteur:innen (R1, R2, B, F), materielle Artefakte (MA_G, MA_{aG}, MA_{S I}, MA_{S II}) und Sozialwelten/Arenen.

-
- 30 Barney Glaser und Anselm Strauss beschäftigten sich in ihrer Studie „Interaktion mit Sterbenden“ mit Bewusstheitskontexten, die ihrer Ansicht nach als strukturelle Bedingungen von Interaktionen gelten. Dabei konzentrieren sie sich auf den Bereich, in dem Menschen miteinander interagieren, während sie ihn ständig beobachten (Glaser/Strauss/Bischof-Elten, *Interaktion mit Sterbenden*, S. 17). Unter der Bewusstheit verstehen Glaser und Strauss eine konkret einsetzbare Aufmerksamkeitsrichtung, in der „jeder Interagierende über einen bestimmten Zustand [von jemand anderem] weiß, sowie sein [des Anderen] Wissen darum, dass die anderen sich bewusst sind, was er weiß“ (Glaser/Strauss/Bischof-Elten, *Interaktion mit Sterbenden*, S. 11 ff.). Auf meinen Forschungsgegenstand angewendet würde das bedeuten, dass Ratsuchende sich bewusstwerden müssen, wie die öffentliche Verwaltung in einem Sozialrechtsverhältnis zwischen Leistungsträger und Leistungsbeziehenden handelt, um Rechte gegenüber der Sozialbehörde geltend machen zu können. Aus diesem Grund verwende ich von nun an den Begriff der Rechts- und Anspruchsbewusstheit anstelle des Rechts- und Anspruchsbewusstseins.

Abbildung 1: Die Map Sozialer Welten und Arenen der sozialrechtsbezogenen Beratung (Quelle: Eigene Darstellung in Anlehnung an Clarke/Frieze/Washburn, *Situational analysis*, S. 152 ff.)



Ratsuchende (mit oder ohne Begleitung) suchen die Beratungsstellen der Verbände entweder mit einer konkreten rechtlichen Frage oder einem unspezifischen Problem auf, was sich innerhalb ihrer Sozialwelt(en) aus Vorstellungen, Meinungen und vorhandenen Informationen über ihre lebensweltlichen Probleme und die Aufgaben des Sozialsystems konstituieren. Den meisten Fällen liegt implizit ein Konflikt mit dem Sozialrecht zu Grunde, der erst herausgearbeitet werden muss. Zum Beispiel stimmt der Grad der Behinderung (GdB) in der subjektiven Wahrnehmung nicht mehr mit dem Krankheitsverlauf seit dem Erstantrag überein, körperliche und seelische Verfassung halten den Belastungen des Arbeitsalltags nicht mehr stand und es wird nach Möglichkeiten eines frühzeitigen Eintritts

in die Altersrente gesucht oder die Verpflichtung über die Wiederherstellung der Erwerbsfähigkeit bei Leistungsbezug entspricht nicht den eigenen Vorstellungen über die zukünftige Arbeits- und Lebenssituation. Ein Teil der Ratsuchenden möchte über spezifische Handlungsmöglichkeiten informiert werden und gemeinsam mit den Beratenden „Recht in Bewegung setzen“.³¹ Andere möchten zunächst nur Hilfestellungen bei der Übersetzung eines lebensweltlichen Problems in eine rechtliche Frage in Anspruch nehmen. Folglich sind die Beratenden in den beobachteten Beratungen mit unterschiedlichen Erwartungen an ihre Berater:innenrolle konfrontiert.

In einem weiteren Schritt erörtern die Anwesenden gemeinsam, ob Recht genutzt werden kann,³² indem die Beratenden die objektiven Bedingungen³³ zur Mobilisierung sozialer Rechte diskursiv im Beratungsgespräch, u.a. mithilfe von Dokumenten aus der Verwaltungspraxis und dem Gesundheitswesen, rekonstruieren. Das beinhaltet die Auseinandersetzung mit vorhandenen Bescheiden, durch die Leistungen bewilligt oder Anträge abgelehnt worden sind, als auch mit medizinischen Gutachten, Gesetzestexten oder Antragsformularen, die wiederum behördliche, ambulante oder stationäre Sozialwelten repräsentieren. Die gemeinsam geteilten Perspektiven und kollektiven Identitäten³⁴ aus den verschiedenen Sozialwelten reichen in die Beratung hinein. Das zeigt sich bspw. anhand der diskursiv, rekonstruierten Verwaltungspraxis und geltenden Rechtslage durch die anwesenden Akteur:innen. Die Beraterin in einer der beobachteten Beratungen erläutert unter Bezugnahme auf das Formular für den Antrag auf Arbeitslosengeld der Bundesagentur für Arbeit (BA) die bürokratisch-ad-

31 Für die Mobilisierung von Recht „bedarf es Personen, die das Recht in Bewegung setzen, damit es im konkreten Fall zur Wirklichkeit wird“ (Kocher, Barrieren der Rechtsmobilisierung, S. 73).

32 Susanne Baer verweist auf die Unterscheidung von Perspektiven. Aus der Sicht des Staates steht im Vordergrund, welche Rechte gelten und ob das Recht durchgesetzt werden kann. Aus der Perspektive der Rechtssuchenden spricht die Rechtssoziologie von der Inanspruchnahme als Nutzung von Recht (Baer, Rechtssoziologie, S. 226).

33 Zu den objektiven Bedingungen und Barrieren für die Mobilisierung von Recht zählt Susanne Baer Mobilisierungsregeln, Mobilisierungskosten und Mobilisierungsbarrieren. Konkret benennt sie in diesem Zusammenhang strukturelle Bedingungen des Rechtssystems wie Prozess- und Verfahrensordnungen, (im)materielle Kosten wie finanzielle Ressourcen oder Sozialbeziehungen und -kompetenzen, die sich gleichzeitig auch als Barrieren darstellen können (Baer, Rechtssoziologie, S. 226 ff.).

34 Clarke/Friese/Washburn, Situational analysis, S. 149 ff.

ministrative Rechtsanwendung. Sie verweist u.a. auf die, mit dem Rechtsanspruch einhergehenden, verpflichtenden Eigenbemühungen zur Beendigung der Beschäftigungslosigkeit gemäß § 138 Abs. 1 Nr. 2 Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III). Demzufolge müssen die Ratsuchenden gegenüber der BA ihre Bemühungen auch in dem Antragsformular zum Ausdruck bringen. Über die Bezugnahme auf spezifische Dokumente hinaus, wird die geltende Rechtslage in den beobachteten Beratungen aber auch „ohne schriftlichen Nachweis“ diskursiv in den Gesprächen verhandelt. Die Beratenden berichten den Ratsuchenden in einfacher Sprache von potentiell bestehenden Rechtsansprüchen im Einzelfall oder kommunizieren das Verwaltungshandeln der Sozialbehörden im Allgemeinen. Demnach findet in der sozialrechtsbezogenen Beratung durch Verbände eine Wissensvermittlung über die geltende Rechtslage und administrativ-bürokratische Rechtsanwendung statt, die für die Mobilisierung sozialer Rechte im Einzelfall ausschlagend sind. Darüber hinaus können die Beratenden auch schon während der Beratung Recht in Bewegung setzen. Das konkretisiert sich im Ausfüllen von Leistungsanträgen oder der Formulierung von Widersprüchen gegen Bescheide. Entgegen ersten Vermutungen wird der Gang zum Gericht in keiner der beobachteten Beratungen als möglicher Konfliktlösungsmechanismus etwa erwogen oder sogar gewählt, so dass für die sozialrechtsbezogene Beratung im Erstkontakt eher die Verbreitung von Rechtswissen, Schaffung von Rechts(anspruchsbewusstheit und Befähigung, Recht zu gebrauchen,³⁵ kennzeichnend zu sein scheinen.

Abweichend von dem rechtssoziologischen Stufenmodell für mobilisierbare Rechte beginnend bei der Wahrnehmung einer rechtlichen Frage bis hin zur Beteiligung an einem Gerichtsverfahren³⁶ kann ich mithilfe der Situationsanalyse zeigen, dass sich die Mobilisierung sozialer Rechte in der sozialrechtsbezogenen Beratung von Sozial- und Wohlfahrtsverbänden als ein komplexer und relationaler Aushandlungsprozess zwischen subjektiven, materiell-rechtlichen, bürokratischen und nicht widerspruchsfreien Perspektiven begreifen lässt. Insbesondere der analytische Einbezug von Sozialen Welten und Arenen erlaubt es mir, die sozialrechtsbezogene Beratung durch Verbände aus einer erweiterten Perspektive wahrzunehmen

³⁵ Vgl. Fuchs, Rechtsmobilisierung, S. 245.

³⁶ Vgl. Blankenburg, Mobilisierung des Rechts, S. 39 ff.; Rottleuthner, Einführung in die Rechtssoziologie, S. 84 ff.; Kocher, Effektive Mobilisierung von Beschäftigtenrechte, S. 21 ff.; Kocher, Barrieren der Rechtsmobilisierung, S. 73 ff.; Felstiner/Abel/Sarat, *Law & Society Review* 1980, S. 631, 631; Rottleuthner, Der Konflikt zwischen Bürgerinnen und Bürgern und Sozialleistungsträgern im Spiegel der Rechtssoziologie, S. 121 ff..

und somit komplexe, multiperspektivisch erlebte und gestaltete Sozialität im Recht erfassen zu können.³⁷

IV. Mobilisierung sozialer Rechte und soziale Anerkennung in der sozialrechtsbezogenen Beratung

An die Beschreibung des Gesamtbildes der sozialrechtsbezogenen Beratung anschließend, blicke ich noch einmal auf die Ebene der Interaktion(en) zwischen Ratsuchenden und Beratenden. Unter welchen intersubjektiven Bedingungen können Rechte in Beratungen mobilisiert werden? Aus der Analyse geht hervor, dass für die tatsächliche Selbstmobilisierung – „*ich habe soziale Rechte, die ich nutzen kann*“ – Anerkennungserfahrungen relevant sind, durch die die Ratsuchenden zu einem Selbstverständnis als Träger:innen von sozialen Rechten gelangen. Diese Erkenntnis ist anschlussfähig an Axel Honneths „Kampf um Anerkennung“.³⁸ Er unterscheidet drei Sphären,³⁹ in denen Menschen Anerkennung erfahren und die ihnen zu einem praktischen Selbstverständnis verhelfen.⁴⁰ Am naheliegendsten erscheint die rechtliche Sphäre: „wir [gelangen] zu einem Verständnis unserer selbst als eines Trägers von Rechten nur dann [...], wenn wir umgekehrt ein Wissen darüber besitzen, welche normativen Verpflichtungen wir dem jeweils anderen gegenüber einzuhalten haben“.⁴¹ Mit dieser normativen Vorstellung stößt Axel Honneth bei Nancy Fraser auf Kritik. Anerkennung sei in seiner Sichtweise eine Angelegenheit der Selbstverwirklichung, indem es unabdingbar erscheint, dass ein Subjekt durch ein anderes anerkannt wird.⁴² Nancy Fraser versteht Anerkennung hingegen als eine Angelegenheit der Gerechtigkeit. Sie richtet ihren Blick auf die institutionalisierten, kulturellen Bewertungsschemata, die Auswirkungen auf den relativen Status eines/einer Akteur:in haben können.⁴³ Man

37 Strübing, Situationsanalyse, S. 682.

38 Vgl. Honneth, Kampf um Anerkennung.

39 Axel Honneth unterscheidet die Sphäre der Liebe, des Rechts und der individuellen Leistungen, in denen Individuen durch Anerkennung zu einem praktischen Selbstverhältnis gelangen (Honneth, Kampf um Anerkennung, S. 148 ff.). Fortfolgend werden ausgehend von der rechtlichen Anerkennung die Gestaltung der Mobilisierung sozialer Rechte im Rahmen der sozialrechtsbezogenen Beratung diskutiert.

40 Honneth, Kampf um Anerkennung, S. 148.

41 Honneth, Kampf um Anerkennung, S. 174.

42 Vgl. Fraser/Honneth, Umverteilung oder Anerkennung?, S. 43.

43 Vgl. Fraser/Honneth, Umverteilung oder Anerkennung?, S. 45.

könne erst von einer wechselseitigen Anerkennung und einer Gleichheit des Status sprechen, wenn institutionalisierte Muster die Akteur:innen als Gleichrangige klassifizieren, „die untereinander in ebenbürtiger Weise am Gesellschaftsleben teilzuhaben vermögen [...]“.⁴⁴ Erinnern wir uns nun noch einmal an die Map sozialer Welten und Arenen (Abbildung 1), dann sind für die Mobilisierung sozialer Rechte auch strukturelle Bedingungen des Sozialsystems und kulturelle Wertmuster, wie der Sozialstaatsgedanke oder Stigmatisierungen von Sozialleistungsempfänger:innen, bedeutend. Die Ratsuchenden in den beobachteten Beratungen erzählen in allen Situationen von Erfahrungen mangelnder Anerkennung und statusmäßiger Benachteiligung. Sie seien bspw. mit ihren bisherigen Bemühungen im Kontakt mit der Sozialverwaltung erfolglos geblieben, verstehen die Behördensprache nicht oder können behördliche Entscheidungen nicht nachvollziehen und sehen sich aufgrund von Krankheit und Erwerbsunfähigkeit nicht mehr als vollwertige Gesellschaftsmitglieder. Der Grund von mangelnder Anerkennung und statusmäßiger Benachteiligung liegt oftmals in dem Nichtwissen über die geltende Rechtslage, bestehende Rechtsansprüche und über die Verwaltungspraxis von Sozialbehörden.⁴⁵ Als „Einmalstreitende“ verfügen rechtsunkundige Bürger:innen im Vergleich zu Leistungsträgern nicht über Rechts- und Prozesserfahrung.⁴⁶ Zudem gilt es strukturelle Hürden des Sozialrechts zu überwinden. Die enorme Regelungsbreite, der Abstraktionsgrad, die Unübersichtlichkeit und vergleichsweise hohe Änderungsfrequenz, so *Armin Höland*, machen das Sozialrecht zu einer Spezialmaterie,⁴⁷ die für rechtsunerfahrene Bürger:innen schwer zugänglich ist.⁴⁸ *Nancy Fraser* zufolge verweigern Institutionen ihrem Gegenüber die Partizipation am gesellschaftlichen Leben als Gleichberechtigte, wenn sie soziale Interaktionen nach Maßgabe kultureller Wertmuster strukturieren.⁴⁹ Insofern führt die Klassifikation als ‚Leistungsberechtigte‘ bereits zu einer statusmäßigen gesellschaftlichen Benachteiligung, weil die Inanspruchnahme von bestimmten Sozialleistungen in unserer Gesellschaft oftmals auch mit Befürchtungen von Stigmatisierung verbunden sind.⁵⁰ Außerdem werden die unterstützungswürdigen Bedürf-

44 Fraser/Honneth, Umverteilung oder Anerkennung?, S. 45.

45 Vgl. Ortman, *juridikum* 2012, S. 53, 54.

46 Vgl. Galanter, *Law & Society Review* 1974, S. 95, 95.

47 BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 11.05.2009, 1 BvR 1517/08, juris.

48 Vgl. Höland, *Sozialrecht im Lichte der Rechtssoziologie*, S. 13 ff.

49 Vgl. Fraser/Honneth, *Umverteilung oder Anerkennung?*, S. 45.

50 Vgl. Friedrichsen/Schmacker, *Die Angst vor Stigmatisierung hindert Menschen daran, Transferleistungen in Anspruch zu nehmen*.

nisse von Bürger:innen durch Dritte in Form von politischen Interpretationen definiert.⁵¹ Das heißt es handelt sich um vorgegebene Situationen von Bedürftigkeit (Arbeitslosigkeit, Krankheit, Pflege etc.). Die Ratsuchenden müssen ihre Lebensprobleme an die verwaltbaren Gegebenheiten anpassen, um anspruchsberechtigt zu sein, wenngleich die Bedürfnisse strukturell den administrativ definierten Kriterien nicht zwangsläufig entsprechen.⁵² Für eine gleichberechtigte Teilnahme am gesellschaftlichen Leben, die in meinem Beispiel auch die Mobilisierungsfähigkeit sozialer Rechte betrifft, stellt *Nancy Fraser* das Konzept der partizipatorischen Parität vor, das allen Gesellschaftsmitgliedern erlaubt, miteinander als Ebenbürtige zu verkehren.⁵³ Um partizipatorische Parität herzustellen, müssen sowohl objektive als auch intersubjektive Bedingungen erfüllt sein.⁵⁴ Die Verteilung von materiellen Ressourcen müsse, so *Nancy Fraser*, die Unabhängigkeit und das Stimmrecht der betroffenen Personengruppen gewährleisten.⁵⁵ Das würde bedeuten, dass die Nutzung sozialer Rechte per se nicht zum Nachteil der Leistungsberechtigten führen dürfe. Des Weiteren müssten kulturelle Wertmuster allen Gesellschaftsmitgliedern dieselben Chancen beim Erwerb gesellschaftlicher Achtung gewährleisten.⁵⁶ Das heißt, dass das Sozialrecht und die Verwaltungsverfahren so ausgestaltet sein müssten, dass jede:r Bürger:in über bestehende Rechte und den Weg, diese zu verwirklichen, informiert sein muss. Dass dies aber nicht so ist, zeigt sich allein schon darin, wie schwer es ist, die Rechts- oder Behördensprache auch für Laien verständlich und nachvollziehbar zu gestalten.⁵⁷

Um eine umfassende partizipatorische Parität in der Gesellschaft herzustellen, müsste sich das Sozialstaatsverständnis neu konstituieren, indem sich der Anerkennungsdiskurs im Sozialstaat nicht ausschließlich auf die ökonomische Ressourcen(um)verteilung bezieht, sondern auch auf kultureller Ebene Missachtungen entgegenwirkt. An *Frank Nullmeier* anknüpfend vermag ein solches kultureles Sozialstaatsverständnis die Zusammenhänge zwischen Leistungssystemen und Identitätsbildung, Statusstrukturen und kulturellen Differenzierungen zu betonen und die Sozialstaatlich-

51 Vgl. Fraser, *Widerspenstige Praktiken*, S. 237 ff.

52 Vgl. Fraser/Honneth, *Umverteilung oder Anerkennung?*, S. 48; Fraser, *Widerspenstige Praktiken*, S. 237 ff.

53 Vgl. Fraser/Honneth, *Umverteilung oder Anerkennung?*, S. 54 f.

54 Vgl. Fraser/Honneth, *Umverteilung oder Anerkennung?*, S. 55.

55 Fraser/Honneth, *Umverteilung oder Anerkennung?*, S. 55.

56 Vgl. Fraser/Honneth, *Umverteilung oder Anerkennung?*, S. 55.

57 Vgl. Höland, *Sozialrecht im Lichte der Rechtssoziologie*, S. 15.

keit weiter zu fassen als bisher.⁵⁸ Anerkennung als eine Angelegenheit der Gerechtigkeit im Sozialstaat zu begreifen, bedeutet meiner Meinung nach, sich zu bemühen, eine partizipatorische Parität herzustellen. Demnach kann die sozialrechtsbezogene Beratung durch Verbände als ‚Prototyp‘ partizipatorischer Parität gelten. Die Interaktionsbeteiligten nehmen sich untereinander auf ebenbürtige Weise als Gleichrangige wahr und unterstützen durch wechselseitige Anerkennung die (Weiter-)Entwicklung individueller Rechts(anspruchs)bewusstheit und Mobilisierungsfähigkeiten. Außerdem kann die sozialrechtsbezogene Beratung die intersubjektiven Bedingungen für eine partizipatorische Parität stärken, indem sie die Chancengleichheit marginalisierter Personengruppen für die Inanspruchnahme von Sozialleistungen erhöht und sie mit „Werkzeugen“ ausstattet, um Rechte innerhalb des Sozialsystems zu mobilisieren.

Literatur

- Ayaß, Wolfgang, Die Rechtsprechung in der Sozialversicherung bis zur Reichsversicherungsordnung. Beteiligte, Institutionen, Verfahren, in: Collin, Peter (Hrsg.), *Justice without the State within the State, Judicial Self-Regulation in the Past and the Present*, Frankfurt am Main 2016, S. 243 ff.
- Baer, Susanne, *Rechtssoziologie, Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung*, 4. Auflage, Baden-Baden 2021.
- Black, Donald J., *The Mobilization of Law*, *The Journal of Legal Studies* 1973 (1), S. 125 ff.
- Blankenburg, Erhard, *Mobilisierung des Rechts, Eine Einführung in die Rechtssoziologie*, Berlin, Heidelberg 1995.
- Blankenburg, Erhard/Reifner, Udo/Gorges Irmela/Tiemann, Fritz, *Rechtsberatung, Soziale Definition von Rechtsproblemen durch Rechtsberatungsangebote*, Neuwied und Darmstadt 1982.
- Braun, Bernhard/Buhr, Petra/Höland, Armin/Welti, Felix, *Gebührenrecht im sozialgerichtlichen Verfahren*, Baden-Baden 2009.
- Clarke, Adele E., *Situationsanalyse. Grounded Theory nach dem Postmodern Turn*, Herausgegeben und mit einem Vorwort von Reiner Keller, Wiesbaden 2012.
- Clarke, Adele E./Fries, Carrie/Washburn, Rachel, *Situational Analysis, Grounded Theory After the Interpretive Turn*, Los Angeles u.a. 2018.
- Ehrlich, Eugen, *Die Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Altenburg 1913.

58 Nullmeier, Anerkennung: Auf dem Weg zu einem kulturalen Sozialstaatsverständnis?, S. 417.

- Felstiner, William L. F./Abel, Richard L./Sarat, Austin, The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming and Claming..., *Law & Society Review* 1980 (3/4), S. 631 ff.
- Flick, Uwe/Kardoff, Ernst von/Steinke, Ines, Was ist qualitative Forschung? – Einleitung und Überblick, in: Flick, Uwe/Kardoff, Ernst von/Steinke, Ines (Hrsg.), *Qualitative Forschung, Ein Handbuch*, 12. Auflage, Reinbek bei Hamburg 2015, S. 13 ff.
- Fraser, Nancy, *Widerspenstige Praktiken: Macht, Diskurs, Geschlecht. Gender Studies*, 4. Auflage, Frankfurt am Main 2015 [1994].
- Fraser, Nancy/Honneth, Axel, *Umverteilung oder Anerkennung? Eine politisch-philosophische Kontroverse*, 5. Auflage, Frankfurt am Main 2017 [2003].
- Friedrichsen, Jana/Schmacker, Renke, Die Angst vor Stigmatisierung hindert Menschen daran, Transferleistungen in Anspruch zu nehmen, *Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung e.V., DIW Wochenbericht* 26, Berlin 2019, abrufbar unter: https://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.632756.de/19-26-1.pdf#? (letzter Zugriff: 23.03.2021).
- Fuchs, Gesine, Rechtsmobilisierung. Rechte kennen, Rechte nutzen und Recht bekommen, in: Boulanger, Christian/Rosenstock, Julika/Singelnstein, Tobias (Hrsg.), *Interdisziplinäre Rechtsforschung. Eine Einführung in die geistes- und sozialwissenschaftliche Befassung mit dem Recht und seiner Praxis*, Wiesbaden 2019, S. 243 ff.
- Galanter, Marc, Why the „Haves“ Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change, *Law & Society Review* 1974 (1), S. 95 ff., abrufbar unter: <http://www.jstor.org/stable/3053023>.
- Glaser, Barney G./Strauss, Anselm/Bischof-Elten, Gisela, *Interaktion mit Sterbenden, Beobachtungen für Ärzte, Schwestern, Seelsorger und Angehörige*, Göttingen 1974.
- Höland, Armin, Sozialrecht im Lichte der Rechtssoziologie, in: Kreher, Simone/Welti, Felix (Hrsg.), *Soziale Rechte und gesellschaftliche Wirklichkeiten, Interdisziplinäre Konferenz des Forschungsverbunds für Sozialrecht und Sozialpolitik (FoSS) der Hochschule Fulda und der Universität Kassel*, 03./04. September 2015, Tagungsband, Kassel 2017, S. 10 ff.
- Honneth, Axel, *Kampf um Anerkennung, Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*, 10. Auflage, Frankfurt am Main 2018 [1992].
- Kawamura, Hiroki, *Die Geschichte der Rechtsberatungshilfe in Deutschland, Von der Wilhelminischen Zeit bis zur Entstehung des Beratungshilfegesetzes von 1980*, Berlin 2014.
- Keller, Reiner, Die Situiertheit der Situation, in: Pofert, Angelika/Schröer, Norbert/Hitzler, Ronald/Klemm, Matthias/Kreher, Simone (Hrsg.), *Ethnographie der Situation, Erkundungen sinnhaft eingrenzbarer Feldgegebenheiten*, Essen 2020, S. 531 ff.
- Kocher, Eva, *Effektive Mobilisierung von Beschäftigtenrechten, Das Arbeitsrecht in der betrieblichen Praxis*, Hans Böckler Stiftung, Forschungsmonitoring, Düsseldorf 2009, abrufbar unter: https://www.boeckler.de/pdf/p_fomo_hbs_08.pdf.

- Kocher, Eva, Barrieren der Rechtsmobilisierung, in: Welti, Felix (Hrsg.), *Rechtliche Instrumente zur Durchsetzung von Barrierefreiheit*, Kassel 2013, S. 73 ff.
- Kretschmer, Hans-Jürgen, Zur Ausformung von Sozialrecht und Sozialpolitik durch die Sozialgerichtsbarkeit, in: Boecken, Winfried/Ruland, Franz/Steinmeyer, Heinz-Dietrich (Hrsg.), *Sozialrecht und Sozialpolitik in Deutschland und Europa*, Festschrift für Bernd Baron von Maydell, Neuwied 2002, S. 395 ff.
- Lüders, Christian, Beobachten im Feld und Ethnographie, in: Flick, Uwe/Kardoff, Ernst von/Steinke, Ines (Hrsg.), *Qualitative Forschung*, Ein Handbuch, 12. Auflage, Reinbek bei Hamburg 2017, S. 384 ff.
- Müller, Ulrike, *Protest und Rechtsstreit, SGB-II-Mobilisierung als Konservierung des Hartz-IV-Konflikts*, Baden-Baden 2021.
- Nullmeier, Frank, Anerkennung: Auf dem Weg zu einem kulturalen Sozialstaatsverständnis?, in: Lessenich, Stephan (Hrsg.), *Wohlfahrtsstaatliche Grundbegriffe, Historische und aktuelle Diskurse*, [Neudr.], Theorie und Gesellschaft Band 52, Frankfurt am Main 2003, S. 395 ff.
- Ortmann, Günther, Vor dem Gesetz, Was Menschen von dem Gang zum Gericht abhält, *juridikum – Zeitschrift für Kritik – Recht – Gesellschaft* 2012, S. 53 ff.
- Pound, Roscoe, Law in Books and Law in Action, *American Law Review* 1910 (1), S. 12 ff.
- Rottleuthner, Hubert, *Einführung in die Rechtssoziologie*, Darmstadt, 1987.
- Rottleuthner, Hubert, Der Konflikt zwischen Bürgerinnen und Bürgern und Sozialleistungsträgern im Spiegel der Rechtssoziologie, in: Höland, Armin/Welti, Felix (Hrsg.), *Recht und Praxis der Widerspruchsausschüsse in der Sozialversicherung. Bestandsaufnahme und Wirkungsanalyse*, Düsseldorf 2019, S. 116 ff.
- Rücker, Simone, *Rechtsberatung, Das Rechtsberatungswesen von 1919-1945 und die Entstehung des Rechtsberatungsmissbrauchsgesetz von 1935*, Tübingen 2007.
- Schreiner, Mario, Ergänzende unabhängige Teilhabeberatung nach § 32 SGB IX-RegE – Eckpunkte der Ausgestaltung und Stand der Diskussionen, Diskussions-Forum Rehabilitations- und Teilhaberecht, DVfR, 28.11.2016, Beitrag D55-2016, abrufbar unter: www.reha-recht.de.
- Strauss, Anselm, A Social Worlds Perspective, in: Denzin, Norman K. (Hrsg.), *Studies in Symbolic Interaction*, United Kingdom, North America, Japan, India, Malaysia, China 1978, Vol. 1, S. 119 ff.
- Strübing, Jörg, Situationsanalyse, Eine pragmatische Erweiterung der Grounded Theory unter dem Eindruck der Postmoderne, in: Akremi, Leila/Baur, Nina/Knoblauch, Hubert/Traue, Boris (Hrsg.), *Handbuch Interpretativ forschen, Grundagentexte Methoden*, Weinheim 2018, S. 681 ff.
- Thiersch, Hans, Sozialarbeit/Sozialpädagogik und Beratung, in: Engel, Frank/Nestmann, Frank/Sickendiek, Ursel (Hrsg.), *Das Handbuch der Beratung, Band I, Disziplinen und Zugänge*, Tübingen, S. 115 ff.
- Weber, Thomas, *Die Ordnung der Rechtsberatung in Deutschland nach 1945*, Tübingen 2010.

Wrase, Michael, Rechtswirkungsforschung revisited. Stand und Perspektiven der rechtssoziologischen Wirkungsforschung, in: Boulanger, Christian/Rosenstock, Julika/Singelnstein, Tobias (Hrsg.), Interdisziplinäre Rechtsforschung, Eine Einführung in die geistes- und sozialwissenschaftliche Befassung mit dem Recht und seiner Praxis, Wiesbaden 2019, S. 127 ff.

Zum Zweck überindividueller Klagerechte – ein sozialrechtlicher Ansatz

Solveig Sternjakob

Die folgenden Überlegungen sind im Rahmen eines Dissertationsvorhabens entstanden, das sich der Frage nach der Zweckmäßigkeit der Einführung von überindividuellen Rechtsschutzinstrumenten im sozialgerichtlichen Verfahren widmet und darüber hinaus Vorschläge für eine funktionsfähige Klage formulieren möchte.

Problemstellung

Skandale¹ aber auch Harmonisierungsversuche auf gemeinschaftsrechtlicher² oder bundesrechtlicher³ Ebene, führen in Deutschland immer wieder zu rechtspolitischen Diskussionen über die Einführung von „kollektiven Klagerechten“,⁴ „Vereins“- oder „Verbandsklagen“⁵ in die sonst sehr

-
- 1 Auslöser für die Diskussion eines kollektiven Klagerechts waren 16.000 Verfahren gegen die deutsche Telekom, oder zuletzt der „Abgasskandal“. Ersteres führte zur Einführung des Gesetzes über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten (Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz – KapMuG), zweiteres zur Einführung der Musterfeststellungsklage in der Zivilprozessordnung (ZPO).
 - 2 In Bezug auf die Einführung eines „New Deal for Consumers“ (COM/2018/185 final - 2018/0090 (COD)) oder in Bezug auf die Umsetzung der sog. Öffentlichkeitsrichtlinie (ABl. EU L 156, 17).
 - 3 Z.B. im Fall der Klage nach dem Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (Bundesnaturschutzgesetz – BNatSchG): BT-Drs. 14/6378, S. 17-18.
 - 4 Der Begriff wird vor allem auf europäischer Ebene verwendet, insbesondere in der Diskussion auf nationaler Ebene wird der Begriff „kollektives Klagerecht“ in der Literatur benutzt, s. u.a. Stadler, ZHR 2018, S. 623, 623 ff.; Buchner, Kollektiver Rechtsschutz in Europa; Meller-Hannich/Höland, Gutachten Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente, Abschlussbericht. Zum Teil wird kollektives Klagerecht als Überbegriff benutzt, s. Meller-Hannich, Sammelklagen, Gruppenklagen, Verbandsklagen.
 - 5 Die Bezeichnung Verbandsklage wird vor allem im deutschsprachigen Raum verwendet, sei es in der Literatur: siehe u.a. Schlacke, NuR 2004, S. 629, 629 ff.; Halfmeier, Begriffe und Perspektiven des Verbandsklagerechts, S. 125 ff.; Höland, Verbandsklagen im Verbraucherrecht und im Sozialrecht, S. 113 ff.; Bizer/Ormond/

individualisierte Rechtsschutzordnung. Hinter den unterschiedlichen Bezeichnungen verbergen sich zum Teil ähnliche Verfahren und Instrumente, wobei eine Benennung auch unterschiedliche Phänomene beschreiben kann. Die „Verbandsklage“ kann sowohl die Klage eines Verbandes zur Verteidigung seiner eigenen Rechte als auch die Mitgliederververtretungsklage, bei der der Verband Interessen von Mitgliedern gebündelt vor Gericht vertritt, oder die altruistische Verbandsklage, bei der sich ein Verband für die Durchsetzung von fremden Rechten einsetzt, beschreiben.⁶ Die uneinheitliche Verwendung der Begrifflichkeiten kann daher zu Recht verwirren.

Am weitesten von den üblichen individuellen Verfahrensgrundsätzen entfernt, ist das Klagerecht, welches einer durch das Gesetz qualifizierten oder anerkannten Einrichtung (oft ist dies ein Verband, aber nicht immer)⁷ ermöglicht, sich für die Rechte Dritter vor Gericht einzusetzen. Das heißt, dass sich die Inhaber dieser Rechte nicht aktiv um die Verfahrenseinleitung bemühen müssen. Es ist ein ungewöhnliches Klagerecht, weil die Klageerhebung auf Nichtbetroffene ausgelagert wird.⁸ Es unterscheidet sich vor allem streng von der mandatierten Rechtsvertretung individueller Interessen sowie von der eingewilligten Repräsentation der Interessen einer Gruppe.⁹ Es ist daher nicht als „verbesserte Durchsetzungsmöglichkeit individueller Interessen“ zu verstehen,¹⁰ sondern es wird eine „abweichende zusätzliche Spur des Rechtsschutzes [eröffnet, die sich durch] eine Erweiterung des Kreises der Klagebefugten über den individuell Betroffenen hinaus“ auszeichnen.¹¹ Es ist folglich angebracht, die Klageart als überindividuelles Klagerecht zu bezeichnen.

Riedel, Die Verbandsklage im Naturschutzrecht; oder in der rechtspolitischen Debatte, s. u.a. Schmidt/Stracke/Wegener/Zschesche, Die Umweltverbandsklage in der rechtspolitischen Debatte.

6 Ähnliches gilt für kollektive Klagerechte, unter die auch Sammelklagen und Gruppenklagen subsumiert werden können, die mit dem Einverständnis der Inhaber der Rechte geführt werden, aber auch für solche Klagerechte, die eine Durchsetzung von fremden Interessen ermöglichen.

7 Z.B. Industrie- und Handelskammern, § 8 Abs. 3 Nr. 4 Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb – UWG.

8 „Intervenienten“: Halfmeier, Popularklagen im Privatrecht, S. 6.

9 Diese sind im Sozialrecht weiter verbreitet als die hier angesprochene Klageform, siehe § 63 SGB IX, § 14 BGG, und laufen zum Teil auch unter der Bezeichnung „Verbandsklage“.

10 Halfmeier, Popularklagen im Privatrecht, S. 6.

11 Halfmeier, Popularklagen im Privatrecht, S. 6.

Zunächst waren überindividuelle Klagerechte auf das Gebiet des Privatrechts¹² limitiert und wurden erst nach und nach auf Teile des öffentlichen Rechts, wie das Umweltschutzrecht¹³ und das Recht zur Gleichstellung der Menschen mit Behinderungen,¹⁴ ausgeweitet. Die letzte wichtige Einführung eines überindividuellen Klagerechts fand im Kontext des „Abgasskandals“¹⁵ 2018 mit der Musterfeststellungsklage zum Schutz der Verbraucher in der Zivilprozessordnung (ZPO) statt.¹⁶ Trotz der Zunahme von überindividuellen Klagerechten in der deutschen Rechtsschutzordnung werden weitere Einführungsvorhaben kontrovers diskutiert. Dabei wird immer wieder auf deren Ausnahmecharakter hingewiesen.¹⁷ Weitere Vorhaben scheiterten¹⁸ wie bspw. 2012, als die Einführung einer überindividuellen Klage in das Sozialgerichtsgesetz (SGG) abgelehnt wurde.¹⁹

Ergebnis dieser Entwicklungen ist eine Diskrepanz zwischen Rechtsgebieten, in denen überindividuelle Klagerechte verbreitet sind, und anderen, in denen eine Ausbreitung bisher ausgebremst wurde. Im Sozialrecht kann diese Divergenz direkte Auswirkungen auf den Rechtsschutz haben. So führt der ausdrückliche Anwendungsausschluss im SGG (§ 202 Satz 1,

12 Im Wettbewerbsrecht (§ 8 UWG), erste Vorläufer der Klage sind bis in das Jahr 1896 nachzuverfolgen, RGBl 1896, Nr. 13, S. 145 (§ 1). Im Verbraucherschutzrecht, ursprünglich im Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG), dann im Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (UKlaG); zuletzt in der Zivilprozessordnung (§ 606 ZPO).

13 Eingeführt 2002 durch das Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (BNatSchG), 2006 erweitert durch das Gesetz über ergänzende Vorschriften zu Rechtsbehelfen in Umweltangelegenheiten nach der EG-Richtlinie 2003/35/EG (UmwRG).

14 2002 durch das Gesetz zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (BGG).

15 Siehe u.a.: Balser/Fromm/Ott, *Süddeutsche Zeitung* v. 22.04.2021.

16 BT-Drs. 19/2507; BT-Drs. 19/2741; BGBl. I, S. 1151; Röthemeyer, *Musterfeststellungsklage*, ZPO § 606 Rn. 76 ff.

17 Schriftliche Stellungnahme der Bundesvereinigung Deutscher Arbeitgeberverbände, Ausschussdrucksache BT-Drs. 17/10203, S. 5, zitiert aus: Höland, *Verbandsklagen im Verbraucherrecht und im Sozialrecht*, S. 113; auch Kloepper, *Umweltrecht*, § 8 Rn. 82.

18 Z.B. im Umweltrecht: Schlacke, *Überindividueller Rechtsschutz*, S. 164 ff.; BT-Drs. 10/2653 u. 10/1794; siehe auch der Referentenentwurf aus dem Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit zur Novellierung des Bundesnaturschutzgesetzes 1988: Bizer/Ormond/Riedel, *Die Verbandsklage im Naturschutzrecht*, S. 18; überindividuelle Klagerechte wurden schließlich 2009 im BNatSchG eingeführt, BGBl. I, S. 2542.

19 BT-Drs. 17/7032; BT-Drs. 17/10203, S. 2; BT-PIPr.17/223, S. 27823.

2. Halbsatz SGG) dazu, dass je nachdem, ob ein Verfahren gegen eine gesetzliche oder eine privatrechtliche Krankenversicherung geführt wird, eine Musterfeststellungsklage zulässig ist oder nicht.²⁰ Dabei sind die Argumente zum Zweck von überindividuellen Klagerechten grundsätzlich auch auf andere Rechtsgebiete übertragbar. Dies trifft insbesondere auf das Sozialrecht zu.

Argument 1: Bekämpfung der rationalen Apathie

Bevor sich Individuen für eine Klageerhebung entscheiden, werden oft die Mobilisierungskosten,²¹ die ein meist langjähriges und kräftezehrendes gerichtliches Verfahren mit sich bringt, in Betracht gezogen. Die Kosten und Mühen der Verfahrensführung werden dem Vorteil eines möglicherweise erfolgreichen Rechtsstreits gegenübergestellt. Übertreffen die Mühen den Gewinn, wird vermutet, dass sich Rechtsuchende gegen die Verfahrensbeziehung entscheiden.²² Dieses Kosten-Nutzen-Kalkül wird rationales Desinteresse oder rationale Apathie genannt und ist in allen Rechtsgebieten verbreitet. Verbraucher:innen erheben z.B. für den Ersatz eines vermeintlich geringen Schadens nur selten eine Klage.²³ Auch kann nicht davon ausgegangen werden, dass Personen mit Behinderungen sich aufgrund vieler alltäglicher Diskriminierungen zu einer Klage entscheiden, falls bspw. Vorschriften zur Barrierefreiheit von Seiten der Verwaltung nicht umgesetzt werden: „So ist es keine Seltenheit bei rollstuhlnutzenden Menschen, dass sie nach einem Wochenende gegen eine Kinogesellschaft klagen müssten, die den Zugang zu einem Filmabend verwehrt hat, einige Tage später gegen eine Fluggesellschaft, die eine Beförderung ablehnte und wiederum

20 Ein Zustand, der vom Bundesverband privater Anbieter sozialer Dienste bedauert wird: bpa, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage, S. 4; für private Pflegekassen greift hingegen § 51 Abs. 2 S. 2 SGG, wonach die Sozialgerichte für Streitigkeiten in Angelegenheiten des SGB XI zuständig sind. Falls der Streit gegen eine privatrechtliche Pflegeversicherung keine Angelegenheit des SGB XI ist, entfällt die Zuständigkeit der Sozialgerichte, BSG, Beschluss vom 09.02.2006, B 3 SF 1/05 R, juris.

21 Baer, Rechtssoziologie, S. 235.

22 Zumindest wird dies in Gesetzesbegründungen und -kommentaren vermehrt vermutet: u.a. BT-Drs. 15/4187, S. 22; Büscher in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, § 8 Rn. 242; Meller-Hannich, Sammelklagen, Gruppenklagen, Verbandsklagen, S. 42; Meller-Hannich/Höland, Gutachten Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente, S. 12.

23 Meller-Hannich, Sammelklagen, Gruppenklagen, Verbandsklagen, S. 24.

einige Tage später gegen die Deutsche Bahn, die keinen geeigneten Wagon zur Beförderung bereitgestellt hat.“²⁴ Wenn Individuen nicht in der Lage sind, ihre Rechte durchzusetzen oder sich schlicht nicht um die Rechtdurchsetzung bemühen möchten, hat das für die gegnerische Seite positive Folgen. Rechtswidrig Handelnde können z.B. erhebliche Profite generieren oder es werden mangels Klageerhebung bestimmte Standards nicht eingehalten und das Recht wird nicht vollzogen.²⁵

Das sozialgerichtliche Verfahren ist keinesfalls vom Phänomen der rationalen Apathie befreit. Doch gibt es hier Steuerungsversuche, um diese gezielt einzudämmen. Vor allem wird im SGG versucht, die Verfahren niedrigschwellig zu gestalten. So muss eine Klageschrift bspw. nur Mindestanforderungen erfüllen (§ 92 SGG). Damit ist gesichert, dass die Zulässigkeit der Klage nicht vom Wissensstand der rechtsuchenden Person abhängt. Denn angesichts des hohen Komplexitätsgrades des Sozialrechts kann es Betroffenen schwerfallen, ihre Lebenssituation als Grundlage für einen Anspruch auf Erwerbsminderungsrente, Krankengeld, Arbeitslosengeld oder Sicherung des Existenzminimums zu begreifen.²⁶ Die Klage muss auch nicht unbedingt bei dem zuständigen Gericht eingehen, sondern kann bei einer anderen inländischen Behörde oder bei einem Versicherungsträger abgegeben werden (§ 91 Abs. 1 SGG). Diese sind dann verpflichtet, die Klage an das zuständige Gericht weiterzuleiten (§ 91 Abs. 2 SGG). Die örtliche Zuständigkeit des Gerichts ist dabei ebenfalls auf die Niedrigschwelligkeit der Verfahrensführung ausgerichtet: Es soll Rechtsuchenden nicht allzu schwerfallen, ein Verfahren vor den Sozialgerichten zu führen. Daher ist das Gericht des Sitzes oder Wohnsitzes des/der Kläger:in (§ 57 Abs. 1 SGG) und nicht, wie bei Zivilprozessen, das Gericht des Sitzes der beklagten juristischen Person (§§ 12 und 17 ZPO) zuständig für das Verfahren. Auch darf eine mögliche materielle Notlage der Rechtsuchenden nicht zu einer zusätzlichen Hürde werden.²⁷ So sind die Verfahren grundsätzlich kostenfrei (§ 183 SGG).

24 FbJJ, Entwurf eines Gleichstellungsgesetzes für Behinderte (BehGleichstG), S. 39.

25 Vollzugsdefizite können auch entstehen, wenn es keine subjektiv einklagbaren Rechte gibt. Das trifft insbesondere auf das Natur- und Umweltrecht zu: Bizer/Ormond/Riedel, Die Verbandsklage im Naturschutzrecht, S. 23; Kloepper, Umweltrecht, § 8 Rn. 89.

26 Näher dazu Weyrich in diesen Band; Binder in: Berchtold, HK-SGG, § 91 Rn. 2, § 92 Rn. 2.

27 BT-Drs. I/4357, S. 32.

Für rechtsuchende Laien kann es schwierig sein, die Erfolgchancen vor Gericht einzuschätzen.²⁸ Das liegt u.a. an der asymmetrischen Ausgangssituation des sozialrechtlichen Konfliktes, bei der sich Laien gegen die Entscheidung einer staatlichen Einrichtung wehren, die erstens mit Verfahrensabläufen vertraut ist und zweitens über spezialisiertes Wissen verfügt.²⁹ Dabei gilt das Sozialrecht aufgrund seiner Regelungsbreite (das Sozialgesetzbuch erstreckt sich unter anderem über dreizehn Sozialgesetzbücher),³⁰ seiner Unübersichtlichkeit und vergleichsweise hohen Änderungsfrequenz selbst unter ausgebildeten Jurist:innen als schwerverständliche „Spezialmaterie“. ³¹ Der ungleiche Wissenstand zwischen Kläger:in und Sozialleistungsträger kann das Phänomen des rationalen Desinteresses zusätzlich bestärken. Sozialleistungsbeziehenden ist nicht immer klar, wie sie welche Ansprüche geltend machen können. Hier können Beratungsangebote dazu verhelfen, Sozialleistungsbeziehende in die Lage zu versetzen, ihre Rechte durchzusetzen. Behörden sind gesetzlich verpflichtet, Beratung anzubieten (§ 14 Erstes Buch Sozialgesetzbuch – SGB I). Darüber hinaus gibt es auch das behördenunabhängige Beratungsangebot von Sozialverbänden und Gewerkschaften. Diesen wird im sozialgerichtlichen Verfahren eine Vertretungsbefugnis zuerkannt (§ 73 Abs. 1 Nr. 7, 8 SGG), was praktisch dazu führen kann, dass sich Betroffene von dem Sozialverband oder von der Gewerkschaft vertreten lassen können, bei dem oder bei der sie zuvor ggf. beraten wurden. Auch gilt vor den Sozialgerichten der sogenannte Amtsermittlungsgrundsatz. So obliegt es nicht den Parteien, alle relevanten Tatsachen rechtzeitig vorzubringen, wie es im Zivilprozess der Fall wäre (§ 282 ZPO), sondern das Gericht ist verpflichtet, den Sachverhalt, unabhängig vom Vorliegen von Anträgen der Beteiligten, zu ermitteln (§ 103 SGG).

Doch es ist fraglich, ob hiermit überhaupt gegen rationale Apathie vorgegangen werden kann. Denn die Regelungen des sozialgerichtlichen Verfahrens und seine klägerfreundliche Sonderstellung sind selbst Personen, die sich zu einer Klage entschieden haben, nicht unbedingt bekannt. Das zeigt eine von *Bernard Braun*, *Petra Buhr*, *Armin Höland* und *Felix Welti*

28 Zur Rechtskenntnis als Rechtsmobilisierungsfaktor: Baer, Rechtssoziologie, S. 229 ff.

29 Rehder, Konflikte vor den Sozialgerichten aus politikwissenschaftlicher Perspektive, S. 138; Höland, Sozialrecht im Lichte der Rechtssoziologie, S. 16; für eine Systematisierung siehe Galanter, Law & Society Review 1974, S. 95, 107 f.

30 Einige Leistungen sind in weiteren Gesetzen geregelt, vgl. § 68 SGB I.

31 BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 11.05.2009, 1 BvR 1517/08, AnwBl 2009, S. 645 Rn. 31, in Bezug auf BT-Drs. 8/3068.

durchgeführte Untersuchung zur Gebührenfreiheit des sozialgerichtlichen Verfahrens. Etwa ein Drittel der Befragten wussten zum Zeitpunkt der Klageerhebung nicht, dass ein Verfahren vor den Sozialgerichten gebührenfrei ist. Bei Kläger:innen, die zum ersten Mal den Rechtsweg eingeschlagen hatten, waren es sogar 43,1 % der Befragten.³² Es bleibt unklar, wie diese Zahlen bei Menschen, die bis dato noch keine Klageerfahrung sammeln konnten – zu denen logischerweise auch jene Personen zu zählen sind, die sich rational gegen ein Verfahren entschieden haben –, ausfallen. Allerdings kann nicht pauschal davon ausgegangen werden, dass die klägerfreundlichen Regelungen des SGG das rationale Desinteresse der potenziellen Kläger:innen verringern.³³

Argument 2: Verfahrensökonomie

Die Wirkungen eines Individualrechtsschutzverfahrens können in manchen Situationen unzureichend erscheinen. Das ist z.B. der Fall, wenn eine größere Zahl von Personen von einem rechtswidrigen Verhalten geschädigt wurde. Denn das Urteil wirkt *inter partes*, d.h. zwischen beiden Streitparteien. So finden gerichtliche Entscheidungen nicht unbedingt einen breiten Niederschlag in der Praxis, und weitere Betroffene müssen sich jeweils selbst um die Durchsetzung ihrer Rechte bemühen. Die Grenzen von Individualverfahren machten sich im Kontext des „Abgasskandals“ besonders bemerkbar.³⁴ Nicht nur Unternehmen, sondern auch Verwaltungsträger können Entscheidungen treffen, die nicht im Einklang mit den Interessen einer Vielzahl von Bürger:innen stehen. Sachverhalte, die ein hohes Klageaufkommen auslösen, können ein Indiz für den dringenden Klärungsbedarf einer Rechtsfrage sein. Doch je höher das Klageaufkommen, desto höher ist auch die Wahrscheinlichkeit, dass ähnliche Sachverhalte

32 Braun/Buhr/Höland/Welti, Gebührenrecht im sozialgerichtlichen Verfahren, S. 91 f.

33 Trotzdem wird vor allem die Kostenfreiheit der Verfahren vor den Sozialgerichten immer wieder als Motivationsfaktor für Klageerhebungen angeführt; siehe dazu der hessische Vorschlag, BR-Drs. 495/20 und zur Rezeption des Vorschlages: Lang, FAZ vom 10.02.2021.

34 Siehe Bratzel, Der Abgasskandal und die Vertrauenskrise im Automobilmarkt; auch weitere sog. Massenschäden und Streuschäden: Micklitz/Rott in: MüKoZ-PO, UKlaG vor § 1; Meller-Hannich, Sammelklagen, Gruppenklagen, Verbandsklagen, S. 40.

von Gerichten unterschiedlich entschieden werden.³⁵ Es wird dann schwerer, eine „mit dem Gesetz im Einklang stehende Verwaltungspraxis“³⁶ oder einen von „Wettbewerbswidrigkeiten befreiten Markt herzustellen“.³⁷ Überindividuellen Verfahrensrechten wird eine direkte Auswirkung auf die Klagezahlen zugeschrieben, da ein einziges Verfahren zur Klärung der Rechtslage ausreichen kann.³⁸ Somit sinkt auch das Risiko von widersprüchlichen Entscheidungen und von einer Überlastung der Gerichte. Deswegen greift die Gesetzgebung auch vermehrt auf überindividuelle Klagen zurück, um die Rechtsachtung und -anwendung zu verbessern.³⁹

Die Sozialgerichtsbarkeit zeichnet sich durch ein hohes Klageaufkommen aus. Doch die andauernde Belastung der Sozialgerichte wird in der Literatur teilweise als Hinweis gegen die Notwendigkeit, überindividuelle Klagerechte einzuführen, angeführt: Hohe Klagezahlen würden beweisen, dass der Individualrechtsschutz bereits genüge, um Rechtsfragen zu klären.⁴⁰ Mit dem hohen Klageaufkommen lässt sich aber allein der große Klärungsbedarf sozialrechtlicher Sachverhalte beweisen.⁴¹ Dazu können hohe Klagezahlen sehr wohl auf das Vorliegen von Gruppenbetroffenheit hinweisen, nämlich bei ähnlichen oder gleichgelagerten Sachverhalten.

Gerade deswegen kann eine Bündelung von Verfahren bereits im Widerspruchsverfahren vorgenommen werden. Bei sogenannten Massenwiderspruchsverfahren kann die Widerspruchsbehörde durch Allgemeinver-

35 Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage, S. 7.

36 Z.B für das BGG: BT-Drs. 14/7420, S. 30.

37 Höland, Verbandsklagen im Verbraucherrecht und im Sozialrecht, S. 116; über die überindividuellen Klagen im AGBG, Vorläufer des UKlaG.

38 Für das Zivilrecht bspw. BT-Drs. 19/2507, S. 15: „Darüber hinaus dient sie [Musterfeststellungsklage] der effektiven Rechtsdurchsetzung, kann durch die verbindliche Entscheidung wesentlicher Tatsachen- und Rechtsfragen zu einer Entlastung der Justiz beitragen“; für das Verwaltungsrecht bspw. BT-Drs. 14/8043, S. 18: „Verbandsklagen können auch zu einer Kanalisierung der Anliegen beitragen und damit einer Belastung der Justiz durch Massenverfahren entgegenwirken.“

39 BT-Drs. 14/7420, S. 30: „Eine Rechtsverfolgung im Wege einer Verbandsklage wird vor allem in Betracht kommen, um eine mit den Vorschriften des Behindertengleichstellungsgesetzes in Einklang stehende Verwaltungspraxis herbeizuführen“; BT-Drs. 19/2439, S. 1; BR-Drs. 411/01, S. 112: „Die bisherigen Erfahrungen in den Ländern belegen, dass die Möglichkeit der Erhebung einer Vereinsklage zum Abbau von Vollzugsdefiziten im Naturschutz beitragen kann.“

40 Masuch/Spellbrink, Das Gerichtsverfahren nach dem Sozialgerichtsgesetz, S. 448.

41 Höland, Verbandsklagen im Verbraucherrecht und im Sozialrecht, S. 123.

fügungen entscheiden (§ 85 Abs. 4 SGG).⁴² Die Sachverhalte müssen bestimmten Voraussetzungen entsprechen. Die durch die Widersprüche angefochtenen Verwaltungsakte müssen eine abstrakte Rechtsnorm für die Betroffenen konkretisieren. Damit sind Entscheidungen der Verwaltung gemeint, die nicht auf individuellen Umständen, wie persönlichen oder wirtschaftlichen Verhältnissen, basieren, sondern allein die Umsetzung einer Norm entsprechen,⁴³ wie z.B. die Berechnung einer neuen Rentenhöhe nach prozentualer Rentenanpassung oder von Beitragserhöhungen nach satzungsmäßigen Beitragssatzänderungen.⁴⁴ Wurden die Widersprüche im Erwarten einer Klärung der Gesetzeslage durch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) ruhend gestellt und hat das BVerfG die Rechtslage bestätigt, dann kann die Widerspruchsbehörde mittels einer Allgemeinverfügung entscheiden. Nach einer negativen Entscheidung des BVerfG muss der Widerspruchsausschuss hingegen Einzelfallentscheidungen treffen. Ob Widerspruchsbehörden tatsächlich Allgemeinverfügungen nutzen, ist äußerst zweifelhaft. Denn, obwohl die Entscheidung als öffentliche Bekanntmachung im Internetauftritt der Behörde und in mindestens drei überregionalen Zeitschriften bekanntzugeben ist, konnte bisher nur eine einzige sozialrechtliche Allgemeinverfügung im Bundesanzeiger gefunden werden.⁴⁵

Auch bestehen Zweifel an der praktischen Bedeutung einer weiteren Regelung zur Bündelung von Verfahren. Es handelt sich diesmal um die Bündelung von gleichgelagerten Fällen vor Gericht, die dann in einem Musterverfahren entschieden werden (§ 114a SGG). Hier können aber, im Gegensatz zum Vorverfahren, nur Verfahren zusammengeführt werden, die sich gegen ein und dieselbe behördliche Maßnahme, also gegen denselben Verwaltungsakt, richten.⁴⁶ Doch diese echten Massenverfahren kom-

42 Die gesetzliche Bezeichnung dieser Form der Entscheidung als Allgemeinverfügung ist etwas unscharf, denn es handelt sich nicht um eine klassische Allgemeinverfügung, bei der der Adressatenkreis unbestimmt ist. Aufgrund der eingegangenen Widersprüche sind die Einzelpersonen, die von der Entscheidung betroffen sind, identifizierbar, vgl. Hintz in: BeckOK SozR, SGG § 85 Rn. 10.

43 Binder in: Berchtold, HK-SGG, § 85 Rn. 24.

44 BT-Drs. 16/7716, S. 21.

45 Bekanntmachung der BAHN-BKK über die Entscheidung der Widerspruchsstelle vom 11.07.2011, Publikation am 22.07.2011 (abrufbar über die Suchfunktion unter www.bundesanzeiger.de).

46 BR-Drs. 820/07, S. 26; Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, § 114a Rn. 3; für eine Begriffsbestimmung von Massenverfahren s. BR-Drs. 100/82 u. BT-Drs. 7/4494, S. 4, wonach Massenverfahren „Verfahren mit einer ungewöhnlich großen Zahl von Beteiligten“ seien und „die Zahl der Beteiligten an

men im Sozialrecht sehr selten vor. Was hingegen öfter vorkommt, sind unechte Massenverfahren: Darunter ist eine Häufung von Verfahren zu verstehen, die im Kern gleichgeartete Rechtsfragen betreffen,⁴⁷ z.B. die Auslegung oder Verfassungsmäßigkeit einer bestimmten Norm. Jedoch ist hier § 114a SGG weder unmittelbar noch analog anwendbar.⁴⁸ Daher ist es nicht verwunderlich, dass eine Recherche nach Musterverfahren auf dem Rechtsportal Juris nur vier Treffer ergab.⁴⁹ Es ist auch äußerst unwahrscheinlich, dass die Norm in der Zukunft an Bedeutung gewinnen wird. Das Ziel, die Sozialgerichtsbarkeit nachhaltig zu entlasten und zugleich eine Straffung der sozialgerichtlichen Verfahren herbeizuführen,⁵⁰ kann mit dieser Vorschrift nicht erreicht werden.

Argument 3: Durchsetzung allgemeiner Ziele

Die Erhaltung der natürlichen Umgebung des Menschen,⁵¹ die Herstellung eines von wettbewerbswidrigen Praxen befreiten Marktes,⁵² die Gewährleistung einer gleichberechtigten Teilhabe am gesellschaftlichen Leben und die Vermeidung von Benachteiligungen⁵³ sind allgemeine Zielsetzungen, die die Einführung von überindividuellen Klagerechten motiviert haben. Auch das Sozialrecht soll zur Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit führen, und zwar in der Form einer sozial gerechteren Gesellschaft (§ 1 Abs. 1 Satz 1 SGB I; Art. 20 Grundgesetz – GG „sozialer Bundestaat“). Die sozialrechtlichen Zielbestimmungen sind eng mit der Einhaltung von

einem Verfahren so ungewöhnlich groß ist, dass dieses ohne besondere Regelungen nicht sach- und fristgerecht durchgeführt werden kann“.

47 Roller in: HK-SGG, § 114a Rn. 4.

48 Roller in: HK-SGG, § 114a Rn. 4; BT-Drs. 16/7716, S. 26.

49 LSG Thüringen, Urteil vom 18.06.2013, L 3 SF 1147/12 EK, juris; LSG Thüringen, Urteil vom 10.07.2013, L 12 SF 1138/12, juris; SG Stuttgart, Urteil vom 26.11.2009, S 16 KR 84/07, juris; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 17.07.2008, L 33 B 1194/08 R, juris.

50 BT-Drs. 16/7716, S. 1.

51 BT-Drs. 14/6878, S. 1 f.: „Vor dem Hintergrund vielfältiger Belastungen kommt dem Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen sowie der biologischen Vielfalt in einem dicht besiedelten Land besondere Bedeutung zu. Erforderlich sind Maßnahmen zur dauerhaften Sicherung der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts, der Regenerations- und nachhaltigen Nutzungsfähigkeit der Naturgüter sowie der Tier- und Pflanzenwelt.“

52 BT-Drs. 15/1487, S. 15.

53 BT-Drs. 14/7420, S. 1.

Grundrechten verflochten. Das bestätigt die Formulierung des § 1 SGB I. Hiernach soll das Recht des SGB dazu beitragen, ein menschenwürdiges Dasein zu sichern (vgl. Art. 1 Abs. 1 GG) und gleiche Voraussetzungen für die freie Entfaltung der Persönlichkeit zu schaffen (vgl. Art. 2 Abs. 1 GG). Konkret sollen Sozialleistungen auch dem Schutz und der Förderung der Familie dienen (vgl. Art. 6 GG) oder auch den Erwerb des Lebensunterhalts durch eine frei gewählte Tätigkeit ermöglichen (vgl. Art. 14 und Art. 12 GG). Generell zielen Sozialleistungen auf die Abwehr oder den Ausgleich besonderer Belastungen des Lebens ab (§ 1 SGB I).

Sozialleistungen erfüllen also wichtige Aufgaben.⁵⁴ Was diese ausrichten und welche Voraussetzungen zu welchen Leistungen berechtigen, wird unter anderem in den dreizehn Büchern des Sozialgesetzbuches geregelt. Es kann aber vorkommen, dass Bedenken an der Verfassungsmäßigkeit einer sozialrechtlichen Norm bestehen. Wie gestaltet sich in diesem Fall der Rechtsschutz? Eine Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz ist nur in seltenen Fällen zulässig, nämlich wenn die Grundrechtsverletzung unmittelbar vom Gesetz abgeleitet werden kann.⁵⁵ Im Sozialrecht ist das selten der Fall. Denn erst durch einen verwaltungsrechtlichen Vollzugsakt, das heißt die behördliche Entscheidung, die die gesetzliche Lage ausführt, wird das Grundrecht verletzt. Ist dies der Fall, müssen sich Betroffene an die Fachgerichte wenden. Falls nach Erschöpfung des Rechtsweges noch Bedenken an der Verfassungsmäßigkeit der Rechtslage bestehen, ist das BVerfG anzurufen. Eine konkrete Normenkontrolle stellt hingegen einen deutlich kürzeren Weg dar: Sieht das Fachgericht die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung, kann es entscheiden, die konkrete Streitnorm dem BVerfG vorzulegen (Art. 100 GG; §§ 80 ff. BVerfGG, sogenannte Vorlageverfahren oder konkrete Normenkontrolle).⁵⁶ Zuletzt wurden durch Vorlageverfahren Sanktionsbestimmungen aus dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (§§ 31, 31a Abs. 1c, 31b Abs. 1 Satz 3 SGB II) durch das BVerfG als teilweise verfassungswidrig beurteilt.⁵⁷

Zum Schutz der Gewaltenteilung und der Autorität der Legislative sowie zur Entlastung des BVerfG⁵⁸ gelten strenge Maßstäbe für die Zulässig-

54 „Sozialrecht bildet die Grundordnung der Gesellschaft“, Höland, Sozialrecht im Lichte der Rechtssoziologie, S. 14.

55 Graßhof, Nachschlagewerk der Rechtsprechung des BVerfG, § 90 BVerfGG Abs. 1 Nr. 250; Lenz/Hansel in: Lenz/Hansel, BVerfGG, § 90 Rn. 503; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19.12.1951, 1 BvR 220/51, BverfGE 1, 97, 101 ff., st. Rspr.

56 Walter in: Maunz/Dürig, GG, Art. 93 Rn. 356.

57 BVerfG, Urteil vom 05.11.2019, 1 BvL 7/16, juris.

58 Sieckmann/Kessal-Wulf in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 100 Rn. 35.

keit eines Vorlageverfahrens.⁵⁹ Es kommt auf die Entscheidung des Fachgerichts an, die Gültigkeit des vorgelegten Gesetzes überprüfen zu lassen. Dafür muss die Norm entscheidungserheblich sein. Das bedeutet, es muss bei der Entscheidung des Fachgerichts im Ausgangsverfahren „auf dessen Gültigkeit ankommen“ (Art. 100 Satz 1 GG). In anderen Worten müsste das Gericht bei der Ungültigkeit der Norm anders entscheiden als bei ihrer Gültigkeit.⁶⁰ Weitere Voraussetzungen hat das BVerfG im Laufe der Jahre zur Eindämmung seiner eigenen Arbeitsbelastung entwickelt.⁶¹ So muss sich die Entscheidungserheblichkeit aus dem Vorlagebeschluss selbst ohne Einbeziehung der Akten des Ausgangsverfahrens ergeben.⁶² Daneben muss der verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstab angegeben werden. Das vorlegende Gericht muss sich dazu eingehend mit der Rechtslage auseinandersetzen und dabei auch die in der Literatur und Rechtsprechung entwickelten Auffassungen berücksichtigen, die für die Auslegung der zur Prüfung vorgelegten Norm von Bedeutung sind.⁶³ Es gelingt den Gerichten nicht immer, die Anforderungen des BVerfG zu erfüllen.⁶⁴ Laut *Frank Schorkopf* hatte diese Entwicklung auch direkte Auswirkungen auf die Zahl der jährlichen Eingänge der Vorlageverfahren, die sich bezogen auf die Zeiträume 1986 bis 1990 und 1999 bis 2003 praktisch halbiert habe.⁶⁵ Seit-her haben sich die Zahlen in den Zeiträumen 2005 bis 2009 und 2010 bis 2016 konstant gehalten (um die 90 Entscheidungen), bevor sie im Zeitraum 2016 bis 2021 wieder zurückgingen (auf rund 60 Entscheidungen).⁶⁶

59 Wieland in: Dreier, GG, Art. 100 Rn. 26; Dederer in: Maunz/Dürig, GG, Art. 100 Rn. 189.

60 Wieland in: Dreier, GG, Art. 100 Rn. 26; Sieckmann/Kessal-Wulf in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 100 Rn. 39; Dederer in: Maunz/Dürig, GG, Art. 100 Rn. 139; BVerfG, Beschluss vom 11.07.1967, 1 BvL 11/67, BVerfGE 22, 175, 176 f.; BVerfG, Urteil vom 27.06.1991, 2 BvL 3/89, BVerfGE 84, 233, 237; BVerfG, Beschluss vom 20.02.2002, 2 BvL 5/99, BVerfGE 105, 63, 67; BVerfG, Beschluss vom 02.05.2012, 1 BvL 20/09, BVerfGE 131, 1, 15.

61 Schorkopf, AöR 2005, S. 465, 469 f.; Wieland in: Dreier, GG, Art. 100 Rn. 30.

62 Dederer in: Maunz/Dürig, GG, Art. 100 Rn. 191; BVerfG, Beschluss vom 03.11.1987, 1 BvL 28/87, BVerfGE 77, 259, 261.

63 Wieland in: Dreier, GG, Art. 100 Rn. 30; BVerfG, Beschluss vom 07.12.1988, 1 BvL 27/88, BVerfGE 79, 240, 243 f.; BVerfG, Beschluss vom 20.02.2002, 1 BvL 19/97, 1 BvL 20/97, 1 BvL 21/97, 1 BvL 11/98, BVerfGE 105, 48, 56 f.

64 Wieland in: Dreier, GG, Art. 100 Rn. 30.

65 Schorkopf, AöR 2005, S. 465, 475.

66 Die Zahlen basieren auf eigener Recherche auf der Seite: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SiteGlobals/Forms/Suche/Entscheidungensuche_Formular.html (letzter Zugriff: 15.04.2021), für die jeweiligen Zeiträume und mit Angabe der Entscheidungsart „BvL“.

In dem seltenen Fall, in dem die Frage der Vereinbarkeit einer sozialrechtlichen Norm mit der Verfassung dem BVerfG vorgelegt wird, ist auch unklar, wie sich dies auf ähnlich gelagerte Sachverhalte auswirkt. Denn ob bei eingeleiteter Normenkontrolle durch Vorlageverfahren mit noch ausstehender Entscheidung des BVerfG ein Aussetzen ähnlicher Verfahren vor den Sozialgerichten möglich ist, bleibt umstritten (§ 114 Abs. 2 SGG analog). In der Regel ist dies nur in Ausnahmefällen möglich.⁶⁷ Alternativ kann für anhängige Klagen ein Ruhen des Verfahrens angeordnet werden, unter der Voraussetzung des Einverständnisses der Beteiligten (§§ 202 Satz 1 SGG i.V.m. 251 ZPO). Das Ruhen des Verfahrens hat im Gegenteil zum Aussetzen des Verfahrens keine verjährungshemmende Wirkung;⁶⁸ etwaige Ansprüche können während des Ruhens verjähren.

Auch untergesetzliche Regelungen können gegen grund- und sozialrechtliche Standards verstoßen. Untergesetzliche Normen sind wichtige Rechtsquellen des Sozialrechts, denn sie regeln sozialrechtliche Einzelfragen. Unter anderem können Regelbedarfsstufen (§ 40 SGB XII), Berufskrankheiten (§ 9 SGB VII) oder auch Instrumente der Bedarfsermittlung (§ 118 Abs. 2 SGB IX) aufgrund gesetzlicher Ermächtigung von der Exekutive durch Verordnung festgelegt werden; zum Teil bedarf es der zusätzlichen Zustimmung des Bundesrates. Eine Überprüfung von untergesetzlichen Vorschriften ist im SGG jedoch auf die Kontrolle von Satzungen über die Angemessenheit der Höhe der Kosten der Unterkunft beschränkt (§ 55a SGG, sogenannte Normenkontrolle). Unterkunftskosten sind, soweit sie angemessen sind, von den zu erbringenden Leistungen für Arbeitssuchende umfasst (§§ 19 Abs. 1, 22 Abs. 1 SGB II). Die angemessene Höhe der Kosten kann von einer Gemeinde durch Satzung⁶⁹ (also eine untergesetzliche Norm) bestimmt werden, sofern das Land sie dazu ermächtigt (§ 22a SGB II). Die gesamte Sozialgerichtsbarkeit ist durch Verfahren aus

67 Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, § 114 Rn. 5c: nämlich „um eine Überschwemmung des BVerfG mit einer Vielzahl gleichgelagerter Fälle zu verhindern, ohne dass eine Verpflichtung dazu besteht, wenn bei sachgerechter Ermessensausübung die zumindest ganz überwiegenden Gründe für die Aussetzung sprechen“; dennoch str.: BSG, Beschluss vom 01.04.1992, 7 RAr 16/91, juris; LSG Thüringen, Beschluss vom 19.03.2007, L 6 R 57/07, juris; LSG Bayern (Senat), Beschluss vom 22.12.2015, L 7 AS 782/15 B, juris.

68 Das Ruhen des Verfahrens ist dem Nichtbetreiben des Verfahrens i.S.d. § 204 Abs. 2 Satz 3 und 4 BGB gleichzustellen. Daher endet die Hemmung der Verjährung 6 Monate nach der letzten Verhandlung, bzw. nach der Anordnung des Gerichts; siehe: BGH, Urteil vom 21.02.1983, VIII ZR 4/82, juris Rn. 10, 13.

69 Bremen, Berlin und Hamburg können die Angemessenheit der Kosten der Unterkunft auch durch Rechtsverordnung festsetzen: § 22a Abs. 1 Satz 3 u. 4 SGB II.

dem Bereich der Grundsicherung für Arbeitsuchende stark belastet, in denen der Streit über die Angemessenheit von Kosten für Unterkunft und Heizung einen erheblichen Raum einnimmt.⁷⁰ Man hätte also denken können, dass die sozialgerichtliche Normenkontrolle regelmäßig von den Gerichten betrieben wird. Doch auch hier ist die Zahl der veröffentlichten Entscheidungen überschaubar.⁷¹ Die mangelnde Anwendung der sozialrechtlichen Normenkontrolle ist auf die Beschränkung auf Satzungen zurückzuführen. Bis 2014 waren es nur vier Bundesländer, die von der Befugnis zur Ermächtigung zum Erlass einer Satzung Gebrauch gemacht haben.⁷² Es gibt keinen Hinweis darauf, dass nun mehr Bundesländer Kommunen nach § 22a SGB II zum Erlass von Satzungen ermächtigt haben oder dies beabsichtigen.⁷³

Ausblick

Grundsätzlich kann zwischen den Zielbestimmungen der sozialgerichtlichen Verfahrensinstrumente und denen der überindividuellen Rechtsschutzinstrumente kein Widerspruch gefunden werden. Vielmehr ist eine Parallelität zu erkennen, weil Ziele der Niederschwelligkeit der Verfahrensbestreitung und somit der Bekämpfung der rationalen Apathie, der

70 Groß in: HK-SGG, § 55a Rn. 1.

71 § 55a SGG wird in 58 Entscheidungen genannt. Davon sind allerdings nur sechs eine Normenkontrolle nach § 55a SGG. Fünf davon betreffen die Berliner Verordnung (BSG, Urteil vom 04.06.2014, B 14 AS 53/13 R, BSGE 116, 94; BSG, Urteil vom 17.10.2013, B 14 AS 70/12 R, BSGE 114, 257; LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 04.09.2013, L 36 AS 1414/12 NK, juris; LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 25.04.2013, L 36 AS 2095/12 NK, juris; LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 07.08.2012, L 36 AS 1162/12 NK, juris). Eine weitere Entscheidung betrifft die Satzung einer Kommune in Schleswig-Holstein (LSG Schleswig-Holstein, Urteil vom 30.05.2016, L 11 AS 39/14 NK, juris).

72 Länder Hessen (§ 4a Offensiv-Gesetz Hessen), Berlin (§ 8 AG-SGB II), Schleswig-Holstein (§ 2a AG-SGB II/BKGG) und Sachsen (§ 9a Sächs. AGSGB); Berlit, info also 2014, S. 243, 246; „Es gibt in unserem Bundesland keine Satzungsermächtigung“ wird 2016 von 83,7% der kommunalen Akteure als Grund für die Nichtanwendung der Satzungslösung angegeben: Malottki/Krapp/Kirchner/Lohmann/Nuss/Rodenfels, Ermittlung der existenzsichernden Bedarfe für die Kosten der Unterkunft und Heizung in der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II) und in der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII), S. 69 f.

73 Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, § 55a Rn. 4; Berlit, info also 2014, S. 243, 246.

Verfahrensökonomie und auch der Durchsetzung allgemeiner Ziele weitestgehend geteilt werden. Doch bleibt das Potential der Instrumente im SGG zum Teil unausgeschöpft, wie es die Analyse der Bündelungsnormen der §§ 85 und 114a SGG oder die des sozialgerichtlichen Normenkontrollverfahrens nach § 55a SGG zeigt. Verfahren vor dem BVerfG können nur bei Verletzung spezifischer Verfassungsrechte die Rechtsschutzlücken des sozialgerichtlichen Verfahrens füllen. Daher kann man die Frage stellen, ob überindividuelle Klagerechte eine geeignete Ergänzung wären, um die Bekämpfung der rationalen Apathie, die Verfahrensökonomie und die Verbesserung der Durchsetzung allgemeiner Ziele zu vereinen.

Im nächsten Schritt ist weiterhin Vorsicht geboten. Denn die Gestaltung von effektiven Rechtsschutzinstrumenten kann zu einem regelrechten Fallstrick werden. Bisherige Untersuchungen zu existierenden überindividuellen Klagerechten zeigten nämlich, dass manche Klagen als erfolgreiche und effiziente Instrumente des deutschen Rechtsschutzes geschätzt sind, andere dagegen nur selten benutzt werden. Das gilt einerseits auf dem Gebiet des Privatrechts, wo die meisten Instrumente regelmäßig und effektiv eingesetzt werden,⁷⁴ bis auf § 10 UWG, welcher in der Literatur als „Flop“⁷⁵ oder sogar „totes Recht“⁷⁶ gilt. Bereits die von *Caroline Meller-Hannich* und *Armin Höland* geführte Untersuchung⁷⁷ stellte 2010 fest, dass „Verfahren bezogen auf Abschöpfung des Verletzergewinns nach § 10 UWG [...] auffallend selten betrieben [werden]“. Seit 2010 kommt § 10 UWG allein in 46 von den auf der Datenbank juris publizierten Entscheidungen vor. Im Vergleich gibt es 2812 Treffer für § 8 UWG. Diskrepanzen sind auch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts zu beobachten, wo Klagen zum Schutz der Natur und der Umwelt sich in empirischen Studien immer wieder als effiziente Rechtsdurchsetzungsinstrumente erweisen,⁷⁸ während die Klage zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderung fast keine praktische Anwendung findet. Das zeigte die 2014 von *Wel-*

74 Dies trifft auf § 8 UWG und §§ 1 u. 2 UKlaG zu: Meller-Hannich/Höland, Gutachten Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente, S. 146 ff.

75 Henning-Bodewig, GRUR 2015, S. 731, 731.

76 Goldmann in: Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 5; zustimmend: Emmerich, Überlegungen zur Gewinnabschöpfung, S. 1027; Ohly in: Ohly/Sosnitzka, UWG, § 10 Rn. 3; UWG seit 2010.

77 Meller-Hannich/Höland, Gutachten Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente, S. 30.

78 Schmidt/Zschiesche, Verbandsklagen im Natur- und Umweltschutzrecht 2011 und 2012; Führ et al., Evaluation von Gebrauch und Wirkung der Verbandsklagemöglichkeiten nach dem Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz; Kloepper, Umweltrecht, § 82.

ti et al. geführte Evaluation des BGG.⁷⁹ Solch eine Begutachtung der Effektivität von Verfahrensnormen führt nicht nur dazu, dass Probleme in der Rechtsanwendung erkannt werden, sondern dienen auch der weiteren Rechtsentwicklung. So führte die Evaluation des BGG zur Einführung einer Schlichtungsstelle, die im Gegensatz zur Klage von Verbänden tatsächlich genutzt wird.⁸⁰

Um die bestehenden Probleme des sozialgerichtlichen Verfahrens auch durch die Einführung eines neuen Klagerechtes zu beheben, müsste folglich ein Bezug zur sozialgerichtlichen Realität geschaffen werden, am besten mit Hilfe weiterführender rechtssoziologischer Untersuchungen.

Literatur

- Baer, Susanne, *Rechtssoziologie*, 4. Auflage, Baden-Baden 2021.
- Balser, Markus/Fromm, Thomas/Ott, Klaus, Der Abgasskandal – ein Debakel für die gesamte Autoindustrie, *Süddeutsche Zeitung* vom 22.04.2016, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/abgasaffaere-die-abgasaffaere-ein-debakel-fuer-die-gesamte-autoindustrie-1.2961703> (letzter Zugriff: 29.01.2021).
- Berchtold, Josef (Hrsg.), *Sozialgerichtsgesetz, Handkommentar*, 6. Auflage, Baden-Baden 2020 (zitiert: Bearbeiter in: Berchtold, HK-SGG).
- Berlit, Uwe, *Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung zu den Kosten der Unterkunft* (Teil 1), info also 2014, S. 243 ff.
- Bizer, Johann/Ormond, Thomas/Riedel, Ulrike, *Die Verbandsklage im Naturschutzrecht*, Schriften des Instituts für Umweltrecht Bremen, Taunusstein 1990.

79 Welti et al., *Evaluation des Behindertengleichstellungsgesetzes*, S. 500; an der Situation scheint sich nichts geändert zu haben: Eine Juris-Recherche ergab keinen Eintrag bis auf ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes (BVerwG, Urteil vom 05.04.2006, 9 C 1/05, NVwZ 2006, S. 817) aus 2006 auf Bundesebene sowie auf Landesebene ein Urteil des Bayrischen Verwaltungsgerichtshofes aus 2011 (Bayeischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 16.03.2011, 22 A 09.40041, BayVBl 2011, S. 608 f.).

80 Schlichtungsstelle nach dem BGG bei der Beauftragten der Bundesregierung für die Belange von Menschen mit Behinderungen, Jahresbericht 2017, S. 21; und: Schlichtungsstelle nach dem BGG bei dem Beauftragten der Bundesregierung für die Belange von Menschen mit Behinderungen, Jahresbericht 2018, S. 26; eine Tendenz, die 2019 bestätigt wurde: Schlichtungsstelle nach dem BGG bei dem Beauftragten der Bundesregierung für die Belange von Menschen mit Behinderungen, Jahresbericht 2019, S. 29.

- Bratzel, Stefan, Der Abgasskandal und die Vertrauenskrise im Automobilmarkt – Ursachen, Lösungen und Auswirkungen auf die Verbraucher, Gutachten, erstellt im Auftrag der Verbraucherzentrale Bundesverbandes e.V., Bergisch Gladbach 2018, abrufbar unter: https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/09/13/cam_gutachten_vertrauenskrise_im_automobilmarkt_v1.1.pdf (letzter Zugriff: 15.12.2020).
- Braun, Bernard/Buhr, Petra/Höland, Armin/Welti, Felix/Schmidt, Sabine/Ullmann, Karen/Golke, Tim/Rehberg, Viktoria/Sethe, Anna, Gebührenrecht im sozialgerichtlichen Verfahren, Baden-Baden 2009.
- Buchner, Jenny, Kollektiver Rechtsschutz für Verbraucher in Europa, Die grenzüberschreitende Durchsetzung des europäischen Verbraucherrechts bei Bagatellschäden, Göttingen 2015.
- Bundesverband privater Anbieter sozialer Dienste e.V. (bpa), Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage – Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 16.03.2018, Berlin 2018.
- Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch die Ausschüsse Bank- und Kapitalmarktrecht, Zivilrecht und Zivilverfahrensrecht zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage (Stand 09.05.2018, BR-Drs. 176/18), Stellungnahme Nr. 20/2018, Berlin 2018, abrufbar unter: https://www.bundesta.g.de/resource/blob/559104/561e15606af734ce45438eba2f5bc688/salger_dav-data.pdf (letzter Zugriff: 13.11.2020).
- Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar: GG, Band III, Artikel 83-146, 3. Auflage, Tübingen 2018 (zitiert: Bearbeiter in: Dreier, GG).
- Emmerich, Volker, Überlegungen zur Gewinnabschöpfung, in: Büscher, Wolfgang/Glückner, Jochen/Nordemann, Axel/Osterrieth, Christian/Rengier, Rudolf (Hrsg.), Marktkommunikation zwischen geistigem Eigentum und Verbraucherschutz, Festschrift für Karl-Heinz Fezer zum 70. Geburtstag, München 2016, S. 1027 ff.
- Fezer, Karl-Heinz/Bücher, Wolfgang/Obergfell, Eva Inés (Hrsg.), Lauterkeitsrecht: UWG –Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Band II, 3. Auflage, München 2016 (zitiert: Bearbeiter in: Fezer/Bücher/Obergfell, UWG).
- Forum behinderter Juristinnen und Juristen (FbJJ), Entwurf eines Gleichstellungsgesetzes für Behinderte (BehGleichstG), 01.08.2000, erhältlich über Netzwerk Artikel 3, Verein für Menschenrechte und Gleichstellung Behinderter e.V., Berlin, abrufbar unter: <https://www.nw3.de/dokum/uebersi.html> oder www.netzwerk-artikel-3.de/dokum/behgleichstg.rtf (letzter Zugriff: 25.06.2021).
- Führ, Martin/Schenten, Julian/Schreiber, Melanie/Schulze, Falk/Schütte, Silvia, Evaluation von Gebrauch und Wirkung der Verbandsklagemöglichkeiten nach dem Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz (UmwRG), Umweltbundesamt, Dessau-Roßlau 2014.
- Galanter, Marc, Why the „Haves“ come out ahead: Speculations on the limits of legal change, Law & Society Review 1974, S. 95 ff.
- Graßhof, Karin, Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Loseblatt, Stand April 2021, Heidelberg 2021.

- Halfmeier, Axel, Begriffe und Perspektiven des Verbandsklagerechts in: Welti, Felix (Hrsg.), *Rechtliche Instrumente zur Durchsetzung von Barrierefreiheit*, Kassel 2013, S. 125 ff.
- Halfmeier, Axel, *Popularklagen im Privatrecht, Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Verbandsklage*, Tübingen 2006.
- Harte-Bavendamm, Henning/Henning-Bodewig, Frauke (Hrsg.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Kommentar, 4. Auflage, München 2016 (zitiert: Bearbeiter in: Harte/Henning, UWG).
- Henning-Bodewig, Frauke, *Die Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG – ein Flop?, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2015, S. 731 ff.
- Höland, Armin, *Sozialrecht im Lichte der Rechtssoziologie*, in: Kreher, Simone/Welti, Felix (Hrsg.), *Soziale Rechte und gesellschaftliche Wirklichkeiten, Interdisziplinäre Konferenz des Forschungsverbunds für Sozialrecht und Sozialpolitik (FoSS) der Hochschule Fulda und der Universität Kassel*, 03./04. September 2015 – Tagungsband, Kassel 2017, S. 12 ff.
- Höland, Armin, *Verbandsklagen im Verbraucherrecht und im Sozialrecht – Vergleichende Überlegungen*, in: Welti, Felix (Hrsg.), *Rechtliche Instrumente zur Durchsetzung von Barrierefreiheit*, Kassel 2013, S. 113 ff.
- Kloepfer, Michael, *Umweltrecht*, 4. Auflage, München 2016.
- Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, Band 3, 5. Auflage, München 2017, (zitiert: Bearbeiter in: MüKoZPO).
- Lang, Anna-Sophia, *Querulanten lähmen Sozialgerichte – 2600 Klagen von acht Klägern*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 10.02.2021, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/rhein-main/region-und-hessen/vielklaeuer-fluten-hessens-sozialgerichte-mit-aussichtslosen-klagen-17189165.html> (letzter Zugriff: 14.04.2021).
- Lenz, Christopher/Hansel, Roland, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Handkommentar*, 3. Auflage, Baden-Baden 2020 (zitiert: Bearbeiter in: Lenz/Hansel, BVerfGG).
- Malottki, Christian von/Krapp, Max-Christopher/Kirchner, Joachim/Lohmann, Günter/Nuss, Galina/Rodenfels, Markus, *Ermittlung der existenzsichernden Bedarfe für die Kosten der Unterkunft und Heizung in der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II) und in der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII)*, *Forschungsbericht* 478, Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Januar 2017.
- Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Begr.), *Grundgesetz – Kommentar*, Band 3, Artikel 83-146, 7. Auflage, München 2018 (zitiert: Bearbeiter in: Mangoldt/Klein/Starck, GG).
- Masuch, Peter/Spellbrink, Wolfgang, *Das Gerichtsverfahren nach dem Sozialgerichtsgesetz – Stand und Perspektiven*, in: Masuch, Peter/Spellbrink, Wolfgang/Becker, Ulrich/Leibfried, Stephan (Hrsg.), *Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats, Denkschrift 60 Jahre Bundessozialgericht, Eigenheiten und Zukunft von Sozialpolitik und Sozialrecht*, Band 1, Berlin 2014, S. 437 ff.

- Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.), Grundgesetzkomentar, Loseblatt, Stand August 2020, München 2020 (zitiert: Bearbeiter in: Maunz/Dürig, GG).
- Meller-Hannich, Caroline, Sammelklagen, Gruppenklagen, Verbandsklagen – Bedarf es neuer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im Zivilprozess?, Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages Leipzig 2018, Band I: Gutachten Teil A, München 2018.
- Meller-Hannich, Caroline/Höland, Armin, Gutachten Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente – Abschlussbericht gemäß § 5 sowie Anhang B „Gliederung der Berichte“ des Vertrags vom 16.11.2009 – Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente für Verbraucher im nationalen Recht und rechtliche Bewertung ausgewählter Ansätze zu ihrer Fortentwicklung, Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Schriftenreihe Angewandte Wissenschaft 2011 (523).
- Meyer-Ladewig, Jens/Keller, Wolfgang/Leitherer, Stephan/Schmidt, Benjamin (Hrsg.), SGG – Sozialgerichtsgesetz, Kommentar, 13. Auflage, München 2020 (zitiert: Bearbeiter in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG).
- Ohly, Ansgar/Sosnitza, Olaf, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG, Kommentar, 7. Auflage, München 2016 (zitiert: Bearbeiter in: Ohly/Sosnitza, UWG).
- Rehder, Britta, Konflikte vor den Sozialgerichten aus politikwissenschaftlicher Perspektive: Thesen und Forschungsperspektiven, in: Höland, Armin/Welti, Felix (Hrsg.), Recht und Praxis der Widerspruchsausschüsse in der Sozialversicherung: Bestandsaufnahme und Wirkungsanalyse, Study 411 Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf 2019, S. 130 ff.
- Röthemeyer, Peter, Musterfeststellungsklage – Spezialkommentar zum 6. Buch ZPO, Baden-Baden 2019.
- Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Meßling, Miriam/Udsching, Peter (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar Sozialrecht, Sozialgerichtsgesetz, 60. Edition, Stand 01.03.2021 (zitiert: Bearbeiter in: BeckOK SozR).
- Schlacke, Sabine, Überindividueller Rechtsschutz – Phänomenologie und Systematik überindividueller Klagebefugnisse im Verwaltungs- und Gemeinschaftsrecht, insbesondere im Umweltrecht, Thüringen 2008.
- Schlacke, Sabine, Rechtsschutz durch Verbandsklage – Zum Fortentwicklungsbedarf des umweltbezogenen Rechtsschutzsystems, Natur und Recht 2004, S. 629 ff.
- Schlichtungsstelle nach dem Behindertengleichstellungsgesetz bei der Beauftragten der Bundesregierung für die Belange von Menschen mit Behinderungen, Jahresbericht 2017, Berlin 2018, abrufbar unter: https://www.behindertenbeauftragter.de/SharedDocs/Downloads/DE/SchlichtungsstelleBGG/T%C3%A4tigkeitsbericht%202017.pdf?__blob=publicationFile&v=9 (letzter Zugriff: 25.06.2021).

- Schlichtungsstelle nach dem Behindertengleichstellungsgesetz bei dem Beauftragten der Bundesregierung für die Belange von Menschen mit Behinderungen, und aktuelle Rechtstexte des Behindertengleichstellungsrechts, Jahresbericht 2018, Berlin 2019, abrufbar unter: https://www.behindertenbeauftragter.de/SharedDocs/Downloads/DE/SchlichtungsstelleBGG/T%C3%A4tigkeitsbericht%202018.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (letzter Zugriff: 25.06.2021).
- Schlichtungsstelle nach dem Behindertengleichstellungsgesetz bei dem Beauftragten der Bundesregierung für die Belange von Menschen mit Behinderungen, Jahresbericht 2019, Berlin 2020, abrufbar unter: https://www.behindertenbeauftragter.de/SharedDocs/Downloads/DE/SchlichtungsstelleBGG/Jahresbericht%202019.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (letzter Zugriff: 25.06.2021).
- Schmidt, Alexander/Stracke, Karl/Wegener, Bernhard/Zschesche, Michael, Die Umweltverbandsklage in der rechtspolitischen Debatte – Eine wissenschaftliche Auseinandersetzung mit Argumenten und Positionen zur Umweltverbandsklage, zugleich ein rechtvergleichender Beitrag zur weiteren Diskussion des Verbandsrechtsschutzes im Umweltbereich, Umweltbundesamt, Dessau-Roßlau 2017.
- Schmidt, Alexander/Zschesche, Michael, Verbandsklagen im Natur- und Umweltschutzrecht 2011 und 2012 unter Berücksichtigung der Entwicklung von 2007 bis 2010, Abschlussbericht der empirischen Untersuchung im Auftrag des Bundesamtes für Naturschutz, Fachgebiet I 2.1, 2013.
- Schorkopf, Frank, Die prozessuale Steuerung des Verfassungsrechtsschutzes: Zum Verhältnis von materiellem Recht und Verfassungsprozeßrecht, Archiv des öffentlichen Rechts 2005, S. 465 ff.
- Stadler, Astrid, Kollektiver Rechtsschutz – Chancen und Risiken, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 2018, S. 623 ff.
- Welti, Felix/Groskreutz, Henning/Hlava, Daniel/Rambausek, Tonia/Ramm, Diana/Wenkebach, Johanna, Evaluation des Behindertengleichstellungsgesetzes: Abschlussbericht, Forschungsbericht, Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Kassel 2014.

Verbände vor den Sozialgerichten: Vertreter überindividueller Rechte?

Felix Welti

I. Verbände in und vor den Sozialgerichten

Verbände sind im deutschen Sozialrecht seit den Anfangstagen der Sozialversicherung Akteure im Rechtsschutz. Gewählte Vertreterinnen und Vertreter der Versicherten und Arbeitgeber waren Teil der Schiedsgerichte,¹ Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände benennen in der heutigen Sozialgerichtsbarkeit die ehrenamtlichen Richterinnen und Richter in Angelegenheiten der Sozialversicherung und der Grundsicherung für Arbeitssuchende (§ 12 Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz – SGG). Nach dem Krieg kamen das Schwerbehindertenrecht und soziale Entschädigungsrecht und mit ihnen die Sozialverbände hinzu, die als Interessenvertreter der Versorgungsberechtigten und behinderten Menschen (§ 12 Abs. 4 SGG) vorschlagsberechtigt sind.

Mit den ehrenamtlichen Richterinnen und Richtern und mit einem gewissen institutionellen (§ 11 SGG) und informellen Einfluss bei der Auswahl der Berufsrichterinnen und Berufsrichter sind die Verbände im Gericht präsent. Durch Rechtsberatung und Rechtsvertretung sind sie es ebenso lange vor dem Gericht – im doppelten Sinne: Bevor es zum gerichtlichen Verfahren kommt, sind die Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände, Sozialverbände und Verbände der freien Wohlfahrtspflege nach §§ 7, 8 Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) zur Rechtsberatung berechtigt.² Kommt es zum sozialgerichtlichen Verfahren, so können insbesondere die Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände und Sozialverbände nach § 73 Abs. 2 Nr. 7 und 8 SGG die Beteiligten vor dem Sozialgericht vertreten. Auch das hat Tradition: Schon Ende des 19. Jahrhunderts wurden die gewerkschaftlichen Arbeitersekretariate zur Beratung und Rechtsvertretung

1 Ayaß, Wege zur Sozialgerichtsbarkeit, S. 265 ff.

2 Vgl. den Beitrag von Katharina Weyrich in diesem Band.

im Arbeitsrecht und Sozialrecht gegründet,³ in Bremen mit dem späteren Reichspräsidenten Friedrich Ebert, in Kassel mit dem späteren Regierenden Bürgermeister von Berlin, Otto Suhr. Der Reichsbund, heute SoVD, betätigte sich seit seiner Gründung 1917 in der Rechtsberatung und -vertretung. Auch heute hat die individuelle Rechtsvertretung durch Verbände vor den Sozialgerichten aller Instanzen eine hohe Bedeutung, sowohl für den Gerichtsalltag wie für den Verbandsalltag, für Identität und Attraktivität der Verbände.

Insofern ist die Ausgangslage an den Sozialgerichten und den Arbeitsgerichten anders als in Rechtsgebieten, in denen Verbände erst in den letzten Jahrzehnten durch Verbandsklagerechte einen Platz gefunden haben, wie die Umweltverbände bei den Verwaltungsgerichten⁴ und die Verbraucherverbände in der ordentlichen Gerichtsbarkeit.⁵ Bei den Sozialgerichten sind die Verbände schon da. Diskutiert wird, ob es überhaupt neue Rechtsschutzformen braucht, um relevante Interessen zur Geltung zu bringen.⁶

II. Beispiel: Grundsicherung für Arbeitsuchende

Rechtssachen der Grundsicherung für Arbeitsuchende – Sozialgesetzbuch (SGB) II, bekannt als „Hartz IV“ – sind erst seit 2005 Gegenstand der Sozialgerichtsbarkeit (§ 51 Abs. 1 Nr. 4a SGG). Ein Teil der auf diese Sozialleistung angewiesenen Personen wäre nach vorheriger Rechtslage auf Arbeitslosenhilfe angewiesen gewesen, ein anderer Teil auf Sozialhilfe. Beide Leistungen waren in Entstehung und Durchführung rechtlich und politisch nicht so kontrovers wie das neue Gesetz, jedenfalls in seinen Anfangsjahren.⁷ Zugleich wurde hier für die Sozialgerichtsbarkeit und die bei ihr aktiven Verbände ein neues Feld geöffnet, was sich in hunderttausenden Klagen und hunderten neuen Richterstellen materialisierte. Auch die Verbände waren mit neuen Rechtsfragen und Zielgruppen konfrontiert.

3 Vgl. Buschmann, AuR 2018, S. G13 ff.; Kawamura, Die Geschichte der Rechtsberatungshilfe in Deutschland; Bauer, AuR 2011, S. 149 ff.; Kehrmann, Die Entwicklung des gewerkschaftlichen Rechtsschutzes, S. 169 ff.; Fricke, ZSR 1993, S. 116 ff.

4 Vgl. Schlacke, Natur und Recht 2004, S. 629 ff.; Schlacke, DVBl 2015, S. 929 ff.

5 Vgl. Halfmeier, Popularklagen im Privatrecht; Klocke, Rechtsschutz in kollektiven Strukturen.

6 Vgl. den Beitrag von Solveig Sternjakob in diesem Band.

7 Vgl. Spellbrink, info also 2009, S. 99 ff.; Fuchsloch, Krisenbewältigung durch „Hartz-Instrumente“ aus der Sicht der Justiz, S. 103 ff.; Rixen, SRA 2010, S. 81 ff.; Knickrehm, Armut und Unterversorgung aus richterlicher Sicht, S. 495 ff.

Diese Hartz-IV-Klagewelle ist bislang kaum Gegenstand der rechtssoziologischen Forschung gewesen, obwohl sie eines der größten Beispiele für Rechtsmobilisierung in der Bundesrepublik Deutschland gewesen ist. Darüber, wie stark die Struktur des neuen Rechts, die Art seiner Durchführung durch die Jobcenter und das Wirken kollektiver Akteure ursächlich für das Klageaufkommen gewesen sind, gibt es Vermutungen, aber wenig gesicherte Erkenntnis. Im von der Hans-Böckler-Stiftung 2013 bis 2016 geförderten Kolleg „Wohlfahrtsstaat und Interessenorganisationen“ an der Universität Kassel ist dazu die von mir betreute Dissertation „Protest und Rechtsstreit – SGB-II-Mobilisierung als Konservierung des Hartz-IV-Konflikts“ von *Ulrike A. C. Müller* entstanden.⁸

Müller hat auf der Basis von Interviews mit Klägerinnen und Klägern und in der Rechtsberatung und -vertretung tätigen Personen unter anderem die These entwickelt, dass die Klagemöglichkeit dazu beigetragen hat, politische Konflikte aus der Entstehungsphase des Gesetzes zu festigen und auf Dauer zu stellen. Auch enthält die Arbeit die Beobachtung, dass die erhebliche Beratungs- und Vertretungsarbeit Rückwirkungen auf die politische Positionierung der Gewerkschaften gehabt haben könnte, für die die Interessenvertretung Arbeitsloser ja nicht zum Kerngeschäft gehört. Ganz sicher bietet die Arbeit von *Müller* viel Material für weitere Forschung, die stärker auf der Ebene der Gerichte oder der Verbände ansetzen könnte.

Jedenfalls waren es verbandlich vertretene Klägerinnen und Kläger, deren Verfahren schließlich auf dem Weg der Vorlage durch das Bundessozialgericht⁹ (BSG) und das Hessische LSG¹⁰ Ausgangspunkt der rechtlich und politisch folgenreichen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 9. Februar 2010¹¹ zum Regelsatz des Existenzminimums geworden sind. Frühere Verfassungsbeschwerden hatte das BVerfG 2005 gar nicht zur Entscheidung angenommen, weil der Rechtsweg nicht erschöpft war.¹² Insofern ist die prozessuale Voraussetzung der Rechtswegerschöpfung eben nicht nur eine Formalität, sondern der Aufruf, vor der Weisheit

8 Müller, Protest und Rechtsstreit; vgl. bereits Müller, Hartz-IV-Proteste und SGB-II-Klagen, S. 159 ff.

9 BSG, Vorlagebeschluss vom 27.01.2009, B 14/11b AS 9/07 R, B 14 AS 5/08 R, juris.

10 Hessisches LSG, Vorlagebeschluss vom 29.10.2008, L 6 AS 336/07, ZfSH/SGB 2009, 100.

11 BVerfG, Urteil vom 09.02.2010, 1 BvL 1/09, BVerfGE 125, 175.

12 BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 18.03.2005, 1 BvR 444/05, 1 BvR 453/05, 1 BvR 454/05 u.a., NJW 2005, 1642; BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 28.09.2005, 1 BvR 1789/05, NJW 2006, 895.

des höchsten Gerichts die Schwarmintelligenz der Gerichte, der Klagen- und Beklagten zu aktivieren und dem BVerfG eine Vorstellung von den möglichen Argumenten, aber auch von ihrer sozialen Relevanz und Mächtigkeit zu geben. Inwieweit vieltausendfach mobilisierte und teils verbandlich vertretene Klägerinnen und Kläger zu der Entscheidung des BVerfG von 2010 beigetragen haben, ist zu diskutieren. Ganz anders als in den Jahrzehnten bis 2005 ist das Grundsicherungsrecht nun bis heute viel- diskutierter Gegenstand von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis geworden. Auch die Entscheidungen des BVerfG zum Asylbewerberleistungsgesetz 2012,¹³ zum Regelsatz 2014¹⁴ und zu den Sanktionen im SGB II im November 2019¹⁵ waren folgenreich. Wenn man soziale Grundrechte als kollektiv gewordene Individualrechte interpretiert, dann wären diese vielleicht nicht ohne verbandliche Vertretung individueller Interessen entstanden.

III. Forschungsansätze in Recht und Empirie

Welche Forschungsansätze könnten sich für die Verbindung von individuellen und kollektiven Interessen im sozialgerichtlichen Verfahren, namentlich durch die verbandliche Rechtsvertretung, bieten?¹⁶

Es könnten die Statistiken der Gerichte und der Verbände ausgewertet werden. Von den Entscheidungen, die im Laufe eines Sozialgerichtsverfahrens zu treffen sind, ist die gerichtliche Streitentscheidung die letzte, aber nicht die einzige. Zuvor liegen die Entscheidungen der Klägerinnen und Kläger zu klagen und – wenn sie verbandlich vertreten sind – der Verbände, diesem Begehren so viel Erfolgsaussicht und Relevanz zuzumessen, dass zur Klage geraten und die Vertretung übernommen wird. Gerade die bislang kaum erforschten Kriterien und Routinen dieses Vorgangs könnten klären helfen, wieviel kollektives Programm in individuellen Klagen steckt. Enger gefasst könnte nach der strategischen Prozessführung gesucht werden, also denjenigen Fällen, in denen bewusst Streitverfahren herbeigeführt und ausgewählt werden, die für den Weg durch die Instanzen zur Klärung beim BSG und sogar beim BVerfG geeignet erscheinen. Auch hierzu gibt es bislang keine Studie der deutschen Verbände- oder Rechts-

13 BVerfG, Urteil vom 18.07.2012, 1 BvL 10/10, 1 BvL 21/11, BVerfGE 132, 134.

14 BVerfG, Beschluss vom 23.07.2014, 1 BvL 10/12 u.a., BVerfGE 137, 34.

15 BVerfG, Urteil vom 05.11.2019, 1 BvL 7/16, BVerfGE 152, 68.

16 Ausführlicher dazu: Welti, Verbände und Sozialgerichtsbarkeit, S. 63 ff.

forschung. Auch interessant, wenn auch noch schwerer zugänglich, ist die Responsivität der Gerichte auf solche verbandlichen Anliegen. Sie kann sich zuspitzen bei der Rechtsfrage, ob eine Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat und deswegen die Revision vom Landessozialgericht zuzulassen ist (§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG), oder, wenn das nicht geschehen ist, die Nichtzulassungsbeschwerde beim BSG (§ 160a SGG) Erfolg hat. Die „Breitenwirkung“ einer Rechtsfrage kann grundsätzliche Bedeutung einer Rechtssache begründen,¹⁷ die sozialpolitische Bedeutung als solche nicht.¹⁸ Die Trennlinie zwischen beiden wäre auszuloten. Dass Verfahren mehr als eine Person betreffen können, weil die Rechtsfrage gleich ist, hat der Gesetzgeber auch mit der Regelung des Musterverfahrens in § 114a SGG jedenfalls anerkannt. Eine empirische Auswertung der Norm gibt es bisher nicht, ausweislich juris auch kaum Praxis.

Eine mit solchen und anderen Fragestellungen geführte empirische Rechtsforschung – wobei die Empirie auch in Gerichtsentscheidungen bestehen kann – wäre hilfreich für die Frage, wozu es neuer prozessrechtlicher Instrumente wie Verbandsklagen bedürfen könnte.¹⁹ Würden sie den Sozialgerichten neue Rechtsfragen zuführen? Oder würden bestimmte Rechtsfragen schneller oder mit anderen Wirkungen geklärt werden können? Hier ist auch und gerade an die Frage der Rechtmäßigkeit untergesetzlicher Normen zu denken, seien es Richtlinien,²⁰ Gesamtverträge oder Verwaltungsvorschriften,²¹ in denen sich auch das sozialpolitische Eigenleben der Sozialleistungsträger materialisiert oder die Kompromisse zwischen sozialpolitischen Interessen ratifizieren, die möglicherweise zu Lasten der Leistungsberechtigten gehen.²² Oder kann auch ein Computerprogramm Gegenstand einer Klage werden, wenn es – wie das legendäre A2LL in der Anfangsphase von „Hartz IV“ – eine rechtmäßige Antragsbe-

17 Leitherer in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, § 160 Rn. 7b; BSG, Beschluss vom 25.09.2002, B 7 AL 142/02 B, juris Rn. 6, SozR 3-1500 § 160a Nr. 34.

18 Z.B. BSG, Beschluss vom 30.12.2015, B 13 R 345/15 B, juris.

19 Dazu Höland, Verbandsklagen im Verbraucherrecht und im Sozialrecht, S. 113 ff.

20 Z.B. des Gemeinsamen Bundesausschusses nach § 92 SGB V; vgl. BSG, Urteil vom 28.02.2008, B 1 KR 16/07 R, BSGE 100, 103; dazu Temizel, SGB 2009, S. 96, 103.

21 Noch zum BSHG vgl. BVerwG, Urteil vom 25.11.2004, 5 CN 1/03, BVerwGE 122, 264; dazu Berlit, JurisPR-BVerwG 7/2005, Anm. 1.

22 Etwa bei den Verträgen zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern in der Eingliederungshilfe, dies als Grund für die Beteiligung der Verbände von Menschen mit Behinderungen in § 131 Abs. 2 SGB IX; vgl. Beyerlein, Die Umsetzung des Bundesteilhabegesetzes in den Bundesländern – Teil IV.

arbeitung teilweise gar nicht zulässt?²³ Schließlich ist zu prüfen, ob Rechtsfragen einer gerichtlichen Klärung zugänglich gemacht werden können, die die soziale Infrastruktur und damit eine Vorfrage individueller Rechte betreffen. Dies ist etwa bei den Verbandsklagen nach dem Behindertengleichstellungsgesetz (BGG) wegen fehlender Barrierefreiheit von Verwaltungs- und Dienstgebäuden der Sozialleistungsträger und nicht barrierefreier Räume und Anlagen, in denen Sozialleistungen ausgeführt werden (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGG i.V.m. § 17 Abs. 1 Nr. 4 SGB I), angelegt, wenn auch noch nicht entfaltet worden. Solche Klagen sind möglich, aber es hat sie noch nicht gegeben.²⁴

Jedes klagende Individuum ist auch sozial eingebunden, jedes Kollektiv besteht aus Individuen. Dies zu entschlüsseln, wäre eine Aufgabe der Rechtssoziologie.

Literatur

Ayaß, Wolfgang, Wege zur Sozialgerichtsbarkeit: Schiedsgerichte und Reichsversicherungsamt bis 1945, in: Masuch, Peter/Spellbrink, Wolfgang/Becker, Ulrich/Leibfried, Stephan (Hrsg.), Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats: Denkschrift 60 Jahre Bundessozialgericht, Eigenheiten und Zukunft von Sozialpolitik und Sozialrecht, Band 1, Berlin 2014, S. 265 ff.

Bauer, Matthias, Zur Geschichte des gewerkschaftlichen Rechtsschutzes, Arbeit und Recht 2011, S. 149 ff.

Berlit, Uwe-Dietmar, BVerwG vom 25.11.2004 – 5 CN 1/03 – Ausführungsbestimmungen zur pauschalierten Sozialhilfegewährung als normenkontrollfähiger Rechtssatz, Juris PraxisReport Bundesverwaltungsgericht 7/2005, Anmerkung 1.

Beyerlein, Michael, Die Umsetzung des Bundesteilhabegesetzes in den Bundesländern – Teil IV: Qualität, Wirtschaftlichkeit und Wirksamkeit der Leistungen, Diskussions-Forum Rehabilitations- und Teilhaberecht, DVfR, 09.04.2020, Beitrag A7-2020, abrufbar unter: www.reha-recht.de.

Buschmann, Rudolf, Geschichte des centralen gewerkschaftlichen Rechtsschutzes, Arbeit und Recht 2018, S. G13 ff.

Fricke, Dieter, Soziale Observatorien – Das erste deutsche Arbeitersekretariat in Nürnberg (1894-1904), Schlussteil, Zeitschrift für Sozialreform 1993, S. 116 ff.

23 Vgl. BVerfG, Urteil vom 20.01.2007, 2 BvR 2433/04 u.a., BVerfGE 119, 331, juris Rn. 80.

24 Vgl. Welti et al., Evaluation des Behindertengleichstellungsgesetzes, S. 482 ff., 500.

- Fuchsloch, Christine, Krisenbewältigung durch „Hartz-Instrumente“ aus der Sicht der Justiz, in: Knickrehm, Sabine/Rust, Ursula (Hrsg.), Arbeitsmarktpolitik in der Krise – Festgabe für Professor Dr. Karl-Jürgen Bieback, Baden-Baden 2010, S. 103 ff.
- Halfmeier, Axel, Popularklagen im Privatrecht, Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Verbandsklage, Tübingen 2006.
- Höland, Armin, Verbandsklagen im Verbraucherrecht und im Sozialrecht – vergleichende Überlegungen, in: Welti, Felix (Hrsg.), Rechtliche Instrumente zur Durchsetzung von Barrierefreiheit, Kassel 2013, S. 113 ff.
- Kawamura, Hiroki, Die Geschichte der Rechtsberatungshilfe in Deutschland – Von der Wilhelminischen Zeit bis zur Entstehung des Beratungshilfegesetzes von 1980, Berlin 2014.
- Kehrmann, Karl, Die Entwicklung des gewerkschaftlichen Rechtsschutzes, in: Arnold, Jürg (Hrsg.), Die Arbeitsgerichtsbarkeit: Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes, Neuwied 1994, S. 169 ff.
- Klocke, Daniel, Rechtsschutz in kollektiven Strukturen, Die Verbandsklage im Verbraucher- und Arbeitsrecht, Tübingen 2016.
- Knickrehm, Sabine, Armut und Unterversorgung aus richterlicher Sicht: Der andere Blickwinkel oder der Blick durch die normative Brille der Rechtsprechung, in: Masuch, Peter/Spellbrink, Wolfgang/Becker, Ulrich/Leibfried, Stephan (Hrsg.), Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats: Bundessozialgericht und Sozialstaatsforschung: Richterliche Wissensgewinnung und Wissenschaft, Band 2, Berlin 2015, S. 495 ff.
- Meyer-Ladewig, Jens/Keller, Wolfgang/Leitherer, Stephan/Schmidt, Benjamin, SGG – Sozialgerichtsgesetz, Kommentar, 13. Auflage, München 2020 (zitiert: Bearbeiter in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG).
- Müller, Ulrike A. C., Hartz-IV-Proteste und SGB-II-Klagen: Interessenorganisation mittels Recht, in: Schroeder, Wolfgang/Schulze, Michaela (Hrsg.), Wohlfahrtsstaat und Interessenorganisationen im Wandel, Theoretische Einordnungen und empirische Befunde, Baden-Baden 2019, S. 159 ff.
- Müller, Ulrike A. C., Protest und Rechtsstreit, SGB-II-Mobilisierung als Konservierung des Hartz-IV-Konflikts, Baden-Baden 2021.
- Rixen, Stephan, Verfassungsrecht ersetzt Sozialpolitik?, „Hartz IV“ auf dem Prüfstand des Bundesverfassungsgerichts, Sozialrecht aktuell 2010, S. 81 ff.
- Schlacke, Sabine, (Auf)Brüche des Öffentlichen Rechts: von der Verletztenklage zur Interessentenklage, Deutsches Verwaltungsblatt 2015, S. 929 ff.
- Schlacke, Sabine, Rechtsschutz durch Verbandsklage – Zum Fortentwicklungsbedarf des umweltbezogenen Rechtsschutzsystems, Natur und Recht 2004, S. 629 ff.
- Spellbrink, Wolfgang, Das Bundessozialgericht und die Sozialpolitik – oder Freiheit und Bindung des Richters am Beispiel der Rechtsprechung zum SGB II, Informationen zum Arbeitslosenrecht und Sozialhilferecht 2009, S. 99 ff.
- Temizel, Deniz, Anmerkung zum Urteil des 1. Senats des BSG vom 28.02.2008 – B 1 KR 16/07 R, Die Sozialgerichtsbarkeit 2009, S. 96 ff.

Welti, Felix, Verbände und Sozialgerichtsbarkeit – eine Forschungsskizze, in: Schroeder, Wolfgang/Schulze, Michaela (Hrsg.), Wohlfahrtsstaat und Interessenorganisationen im Wandel, Theoretische Einordnungen und empirische Befunde, Baden-Baden 2019, S. 63 ff.

Welti, Felix/Groskreutz, Henning/Hlava, Daniel/Rambauser, Tonia/Ramm, Diana/Wenckebach, Johanna, Evaluation des Behindertengleichstellungsgesetzes: Abschlussbericht, Forschungsbericht, Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Kassel 2014.

Rechtsschutz und Zugang zum Recht in der schweizerischen Sozialhilfe

Gesine Fuchs

Die Sozialhilfe ist das letzte Netz im System der sozialen Sicherheit der Schweiz. Sie kommt nur zum Zuge, wenn keine anderen finanziellen Ressourcen und Ansprüche vorhanden sind. Entsprechend „vulnerabilisierend“ ist die Situation für Menschen in der Sozialhilfe. Sie sind darauf angewiesen, dass die Sozialhilfbehörden umfassend und verständlich über Ansprüche, Rechte und Pflichten informieren, nach Recht und Gesetz handeln und ihren Handlungsspielraum angemessen nutzen. Unweigerlich auftretende Konflikte zwischen Sozialdiensten und ihren Klient:innen können deshalb schwerwiegende Konsequenzen für die materielle Existenzsicherung haben.

Das schweizerische Sozialhilferecht ist Teil des Verwaltungsrechts, kantonale geregelt und wird überwiegend von den Gemeinden umgesetzt. Es ist daher heterogen, komplex und hat viele Berührungspunkte bspw. mit dem Sozialversicherungs- oder Unterhaltsrecht. Der Bedarf an rechtlicher Expertise ist daher hoch und der Zugang zu kompetenter unabhängiger Beratung wichtig, um Rechte zu kennen und allenfalls zu erstreiten. In einem Projekt im Auftrag des Bundesamts für Sozialversicherungen hat ein Team der Hochschule Luzern und der Universität Basel den Rechtsschutz und den Zugang zur Rechtsberatung untersucht.¹

Untersucht man nicht nur gesetzliche Regelungen zum Recht auf eine rechtlich verbindliche Entscheidung einer unabhängigen Instanz – also einen engen Begriff von Rechtsschutz –, sondern auch die tatsächlichen Möglichkeiten des Zugangs zum Recht, so sind interdisziplinäre und rechtssoziologische Herangehensweisen nötig. Zu untersuchen sind jene Faktoren, die sich in der Forschung immer wieder als relevant für einen tatsächlichen Zugang zum Recht erwiesen haben: Materielles und Verfahrensrecht, Rechtswissen und Rechtsbewusstsein der Beteiligten, Infrastruktur für Beratung, Rechtsanwendung durch Behörden und schließlich politische Rahmenbedingungen. Im Folgenden wird daher ein Arbeitsmodell für die verschiedenen Einflüsse auf Zugang zum Recht und Rechtsschutz

1 Fuchs/Studer, Soziale Sicherheit CHSS 2021, S. 17 ff.

vorgestellt und im Folgenden mit empirischen Erkenntnissen der Studie verknüpft. Die zentralen Fragen lauten:

- Wie sind die Einflussfaktoren ausgestaltet und wie bestimmen sie den effektiven Zugang zum Recht in der Sozialhilfe?
- Welche Empfehlungen und welcher Handlungsbedarf lassen sich aus den Ergebnissen ableiten?

Kein Faktor für sich allein garantiert oder verhindert einen effektiven Zugang zum Recht, sondern macht ihn wahrscheinlicher oder unwahrscheinlicher.²

I. Effektiver Zugang zum Recht in rechtssoziologischer Perspektive

Der Zugang zum Recht auf Rechtsschutz kann nicht nur aus juristischen, sondern auch aus weiteren sozialen, ökonomischen oder administrativen Gründen erschwert sein. Unter dem Begriff „Access to Justice“ bzw. „Zugang zum Recht“ sind auch jene Aspekte angesprochen, die außerhalb des positiven Rechts und der unmittelbar mit seiner Anwendung befassten Institutionen liegen. Rechtsschutz im rechtswissenschaftlichen Sinne wird durch verschiedene Faktoren, die unten im Einzelnen aufgeführt werden, beeinflusst. Diese Faktoren sind mithin Voraussetzung, damit das Recht auf Rechtsschutz tatsächlich in Anspruch genommen werden kann. Aus rechtssoziologischer Sicht beeinflussen folgende Faktoren den Zugang zum Recht:³

Materielles Recht auf internationaler, verfassungsrechtlicher und gesetzlicher Ebene bis hin zu Verordnungen und kommunalen Weisungen kodifiziert Ansprüche und bildet die Grundlage jedes Rechtsbegehrens.

Das *Verfahrensrecht* – also die konkreten Beschwerdeverfahren und Klagebefugnisse, aber auch Verfahrensgrundsätze (etwa die Untersuchungsmaxime des Gerichts), Kosten und Fristen sowie die Verfügbarkeit von unentgeltlicher Rechtsvertretung bestimmen die Handlungsmöglichkeiten von Sozialhilfebeziehenden wesentlich mit.⁴

2 Graser, ZIAS 2020, S. 13, 26.

3 Baer, Rechtssoziologie; Morrill/Feddersen/Rushin, Law, Mobilization of, S. 590 ff.

4 Sarat, Yale Journal of Law and the Humanities 1990, S. 343 ff.; Lens, Administration & Society 2007, S. 382 ff.

Rechtsstaatliche Grundsätze – etwa faire Standards bei Verwaltungs- und Gerichtsverfahren, angemessene Verfahrensdauer oder eine garantierte Unabhängigkeit der Justiz rahmen materielles und Prozessrecht ein.⁵

Rechtswissen und *Rechtsbewusstsein* sind auf Seiten der Normbetroffenen wesentlich, um die eigenen Rechte geltend zu machen. „Legal literacy“ des materiellen und prozeduralen Rechts kann je nach Rechtsgebiet anspruchsvoll sein – für das schweizerische Sozialhilferecht gilt dies auf alle Fälle. Rechtsbewusstsein heißt, sich bewusst zu sein, Rechte zu haben und ein bestimmtes persönliches Problem (auch) als Rechtsproblem zu definieren.⁶ Ältere Forschungen im deutschsprachigen Raum verweisen darauf, dass marginalisierte Gruppen a) vulnerabel sind, b) von mehr Rechtsproblemen als die Mittelschicht betroffen sind, c) dass diese Personen sich bewusst sind, dass gleiches Recht materielle Ungleichheiten nicht beseitigt und d) im Ergebnis rechtliche Ansprüche häufig nicht einfordern.⁷

Infrastruktur: Angesichts komplexer Materien ist der Zugang zu Expertise und qualifizierter Beratung nötig. Anwaltschaft, spezialisierte Beratungsstellen sowie öffentliche Ombudsstellen können solche Expertise zur Verfügung stellen. Dies ist wiederum abhängig von Prozesskostenregelungen, der Möglichkeit unentgeltlicher Rechtsverteidigung sowie Subventionen aus öffentlichen oder zivilgesellschaftlichen Quellen. Normbetroffene befinden sich in strukturell schwächeren Position gegenüber Justiz und Exekutive, da sie in der Regel einmalig gegen eine Entscheidung vorgehen, die Gegenseite aber eine Vielzahl von Entscheidungen und Einsprachen macht sowie mit rechtlicher Expertise ausgestattet ist. Für Sozialhilfebeziehende gilt dies in besonderem Maße.⁸

Rechtsanwendung durch Behörden: Ob und unter welchen Bedingungen Rechte mobilisiert und Normbetroffene eine rechtliche Entscheidung erwirken, wird durch rechtsanwendende Behörden gefiltert – dies sind nicht nur Gerichte und Beschwerdeinstanzen, sondern auch die Exekutive, hier also Sozialhilfebehörden. Ihr Handeln ist wert- und ressourcengebunden. Hohe Falllast, die Wert- und Normorientierungen der *street level bureau-*

5 Sandefur, Annual Review of Sociology 2008, S. 339 ff.; de Langen/Barendrecht, Legal Empowerment of the poor, S. 250 ff.; Marchiori, Measuring Women's and Children's Access to Justice.

6 Ewick/Silbey, The Common Place of Law; Marshall/B Barclay, Law & Social Inquiry 2003, S. 617 ff.

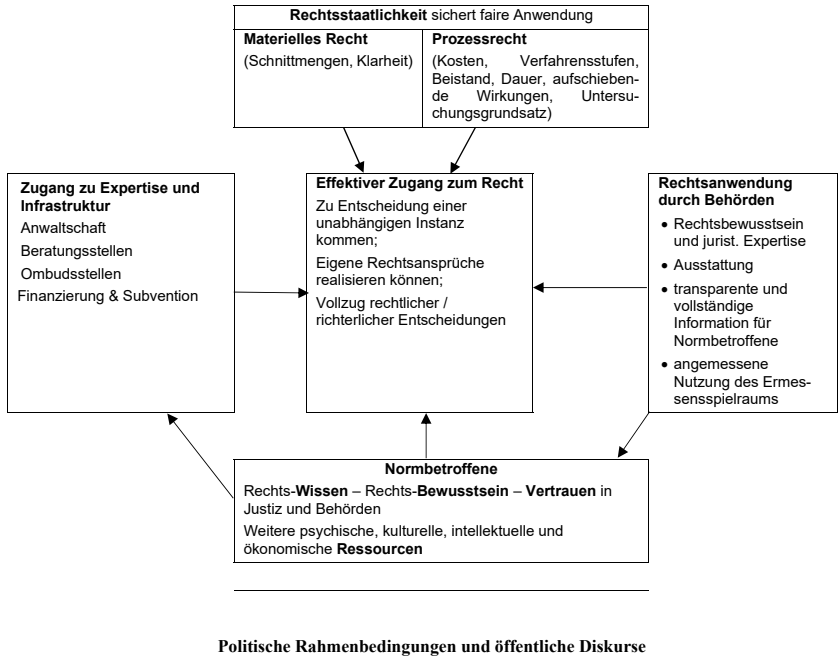
7 Blankenburg, Mobilisierung des Rechts, S. 25 f.

8 Galanter, Law and Society Review 1974, S. 95 ff.

crats,⁹ politischer Druck, professionelle Fallbearbeitung und rechtskonforme Anwendung können in einem Spannungsverhältnis zueinander stehen. Aktuelle Erkenntnisse über die Soziologie gerichtlicher Wissensproduktion – wie z.B. Richter:innen über Armutsbetroffene denken und wie sie zu ihren Urteilen gelangen – sind ein Desiderat.¹⁰

Schließlich beeinflussen *öffentliche Diskurse* zu Rechtsmaterien die handelnden Akteur:innen, seien es Normbetroffene oder Behörden. Die *Politik* entscheidet mit Gesetzesänderungen über Ressourcen und materielle Ansprüche und damit über die Konkretisierung des Rechts auf Existenzsicherung (vgl. 2.). Somit erscheint die Einforderung von Rechten mehr oder weniger legitim bzw. aussichtsreich.

Abbildung 1: Modell der Einflussfaktoren auf effektiven Zugang zum Recht in der Sozialhilfe (Quelle: eigene Darstellung)



9 Raaphorst/Groeneveld, Discrimination and representation in street-level bureaucracies, S. 116 ff.

10 Boulanger, Die Soziologie juristischer Wissensproduktion, S. 173 ff.

Zur Untersuchung dieser Faktoren wurden in unserer Studie a) dogmatisch-rechtswissenschaftliche Grundlagen erarbeitet, b) Rekursinstanzen bzw. Gerichte befragt und ausgewählte Rechtsprechung nach prozessrechtlichen Kriterien analysiert, c) Beratungs- und Ombudsstellen sowie Anwält:innen mit einem Online-Survey befragt und d) Interviews mit Betroffenen, Beratungsstellen und Rechtsabteilungen der Sozialhilfe geführt. Die Online-Befragung fand schweizweit statt. Vertiefende Analysen und Interviews wurden in den Kantonen Genf, Freiburg, Zürich und St. Gallen durchgeführt, die sich sprachlich und sozialräumlich unterscheiden.

Über die konkrete Gestalt dieser Faktoren in der Schweiz ist nur wenig bekannt. Das Land ist an einschlägigen internationalen Vergleichsuntersuchungen und -erhebungen, wie etwa des World Justice Projects,¹¹ oder den Bemühungen der OECD für repräsentative Erhebungen zu den Rechtsbedürfnissen nicht beteiligt.¹² Eine größere Studie des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte (SKMR) zum Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen berücksichtigt rechtliche Grundlagen, Gerichtspraxis und Einschätzungen von Beratungsstellen und Anwaltschaft. Sie kam zum Schluss, dass mangelndes Rechtswissen und fehlendes Erkennen einer Diskriminierung zusammen mit knappen Beratungsressourcen und geringe Rechtspraxis hohe Hürden für den Zugang zur Justiz darstellen.¹³ Systematische Befragungen von Betroffenen oder Bevölkerungsumfragen fehlen in der Schweiz. Etwas breiter sind die unmittelbare Mobilisierung von Gerichten und die Erfolgchancen erforscht.¹⁴

II. Politischer Kontext und öffentliche Diskurse als schwierige Rahmenbedingungen für Verbesserungen in der Sozialhilfe

Subsidiarität und Föderalismus sind bestimmend für den schweizerischen Sozialstaat und die kleinräumige Organisation der Sozialhilfe. Subsidiarität besagt, dass a) zentrale Behörden nur die Aufgaben wahrnehmen sollen, die nicht von unteren, lokalen Ebenen erfüllt werden können, und b) die Menschen für sich selbst verantwortlich sind und nur dann, wenn sie nicht allein zurechtkommen, der Staat unterstützend eingreift.¹⁵ Bei-

11 Seite des World Justice Projekts abrufbar unter: <https://worldjusticeproject.org>.

12 OECD/Open Society Foundations, Legal Needs Surveys and Access to Justice.

13 Locher, Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, S. 49 ff.

14 Rothmayr Allison/Varone, Justiz, S. 219 ff.; Gertsch, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 2021, S. 34 ff.

15 Studer, Subsidiarität, S. 523 ff.

de Prinzipien nähren eine liberale Skepsis gegenüber einem ausgebauten Wohlfahrtsstaat; stattdessen wird Eigenverantwortung betont und werden strukturelle Probleme eher ausgeblendet.

Durch die kantonale Regelungskompetenz und den lokalen Vollzug ergibt sich eine erhebliche Heterogenität in Bezug auf die Rechtslage, die spezifischen Aufgaben und Pflichten sowie die unterschiedlichen Ansprüche der Klient:innen. Zur Bewältigung der Heterogenität gibt es die Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe (www.skos.ch), in der Kantone, Gemeinden und private Organisationen Mitglied sind. Seit 1963 veröffentlicht sie „Richtlinien zur Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe“ als Ergebnis eines komplexen Aushandlungsprozesses unter den Mitgliedern.¹⁶ Die SKOS-Richtlinien sind nicht automatisch rechtsverbindlich, werden jedoch in allen kantonalen Rechtsquellen genannt. Zudem gibt es überall mehr oder weniger Ausnahmen zu den Richtlinien. Gegen jede weitere Vereinheitlichung gibt es starke politische Widerstände, da sie mit dem Aufgeben lokaler und kantonomer Autonomie gleichgesetzt wird. Wiederholte politische Initiativen für ein Bundesrahmengesetz sind bisher erfolglos geblieben.¹⁷

Die Sozialhilfequote in der Schweiz beträgt seit Jahren um die 3 %. Szenarien gehen von etwa 20 % mehr Sozialhilfebeziehenden durch die Corona-Pandemie aus, wenn die vorgelagerten Sozialversicherungsansprüche ausgeschöpft sind.¹⁸ Risikogruppen der Sozialhilfe sind ausländische Personen, Personen ohne Berufsbildung sowie Kinder/Jugendliche und Einzelternfamilien: von letzteren sind ein Fünftel auf Sozialhilfe angewiesen.¹⁹

Im neuen Jahrtausend ist der öffentliche Diskurs gegenüber Armutsbetroffenen stetig rauer und hartherziger geworden. Dies ist eng verbunden mit der Kampagnenpolitik der größten rechtspopulistischen Partei in Europa, der Schweizerischen Volkspartei (SVP).²⁰ Die SVP konzentriert sich auf ausgrenzende und fremdenfeindliche Überzeugungen. Ein neoliberales Weltbild und ein unverhohlener Wohlfahrts-Chauvinismus prägen ihre anhaltenden Angriffe auf die Sozialhilfe seit 2007. Die SVP kann in diesem Politikfeld Mehrheiten gewinnen, da die gemäßigten Rechte viele der zu-

16 Die SKOS ist damit Akteurin im „kooperativen Föderalismus“, und eine von über 300 freiwilligen Koordinationsgremien, vgl. Vatter, *Föderalismus*, S. 119 ff.

17 Gurny/Tecklenburg, *Fallgruben und Sackgassen*; Keller, *Sozialhilfe Schweiz*.

18 Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe, *Corona-Pandemie: Aktuelle Lage und zukünftige Herausforderungen für die Sozialhilfe*.

19 Bundesamt für Statistik Schweiz, *Sektion Sozialhilfe, Statistiken Wirtschaftliche Sozialhilfe*.

20 Bernhard, *Swiss Political Science Review* 2017, S. 509 ff.

grunde liegenden wirtschaftlichen Annahmen und moralischen Werte teilt. Mit der Umsetzung der 2010 gewonnenen „Ausschaffungsinitiative“ der SVP können nun ausländische Personen ausgewiesen werden, wenn sie eine Straftat, darunter Sozialhilfemissbrauch, begehen. Seit 2009 können Daueraufenthaltsbewilligungen entzogen werden, wenn Personen „in erheblichem Umfang Sozialhilfe“ beziehen.²¹ Der SVP-Kampagne von 2015 „Stoppt Missbrauch und ausufernde Sozialindustrie“, in der die Partei radikale Kürzungen der Sozialhilfeleistungen forderte, folgte eine Verschärfung der SKOS-Richtlinien: Leistungen für kinderreiche Familien und junge Erwachsene wurden gekürzt und die möglichen Sanktionen von 15 % auf 30 % der Grundleistungen erhöht. Im Jahr 2018 versuchten mehrere Kantone, Leistungen massiv zu kürzen. In einigen Fällen, wie in Bern, wurden diese Gesetze an der Urne abgelehnt. Befürworter:innen eines sozialen Existenzminimums sind in der Defensive. Eine starke advokatorische Stimme für Sozialhilfeempfänger:innen gibt es kaum. Hinzu kommt, dass in den Medien die Erfahrungen der Armutsbetroffenen kaum vorkommen und systemische Probleme der Sozialhilfe betont werden.²² Verbesserungen in der Sozialhilfe und im entsprechenden Rechtsschutz sind darum nur schwer durchzusetzen.

III. Einflussfaktoren im Kontext: Die Ergebnisse der Untersuchung

1. Sozialhilferecht: Autonomieverlust und „Schleier der Intransparenz“

Artikel 12 der schweizerischen Bundesverfassung (BV) hält fest: „Wer in Not gerät und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen, hat Anspruch auf Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind.“ Diese Bestimmung legt das Recht auf Nahrung, Kleidung, Unterkunft und medizinische Grundversorgung fest und soll vor einer unwürdigen Bettelexistenz bewahren.²³ Zu den Grundprinzipien der Sozialhilfe²⁴ gehören die Wahrung der Menschenwürde, das Bedarfsdeckungsprinzip (Soziales Existenzminimum), das Finalitätsprinzip (Sozialhilfe wird verschuldensunabhängig gezahlt), der Individualisie-

21 Art. 63 Abs. 1 lit. c Ausländer- und Integrationsgesetz, SR 142.20.

22 Rosenberger Staub et al., Linguistische Diskursanalyse zu „Sozialhilfe“ 2019.

23 Studer/Fuchs/Meier/Pärli, Arbeiten unter sozialhilferechtlichen Bedingungen, S. 6.

24 Wizent, Sozialhilferecht.

rungsgrundsatz und schließlich die Schadensminderungspflicht. Sozialhilfeempfänger:innen haben das Recht auf Beteiligung, Mitsprache, Aufklärung sowie rechtliches Gehör. Zur Minderung der eigenen Bedürftigkeit müssen sie eine zumutbare Erwerbstätigkeit suchen und annehmen oder einen Beitrag zur beruflichen und sozialen Integration leisten. Hinzu kommen umfassende Mitwirkungs- und Auskunftspflichten (Einkommens- und Vermögensverhältnisse; Größe und Zusammensetzung der Haushaltsgemeinschaft; Familienverhältnisse; Informationen zur Gesundheit). Die Sozialdienste ihrerseits sind verpflichtet, umfassend über Rechte, Pflichten und weitere relevante Sachverhalte zu informieren. Sie müssen verhältnismäßig handeln und ihr Ermessen pflichtgemäß ausüben. Insgesamt bedeutet Sozialhilfebezug einen erheblichen Autonomieverlust und verpflichtet zur Kooperation mit dem Sozialdienst.

Das Sozialhilferecht umgibt ein „Schleier der Intransparenz“.²⁵ So folgen Sozialdienste in ihrer Arbeit auch sog. Sozialhilfehandbüchern, welche Gesetze, Verordnungen und SKOS-Richtlinien erklären sowie z.T. Rechtsprechung und Informationen zu kantonalen Versorgungsstrukturen enthalten. Hinzu kommen interne Weisungen. Beides, Handbücher und Weisungen, sind aber nicht in allen Kantonen zugänglich. Dies ist rechtsstaatlich bedenklich, da alle Rechtsgrundlagen öffentlich sein müssen. Praktisch können Beratungsstellen und Klient:innen damit nicht beurteilen, ob eine amtliche Entscheidung zu Recht und unter Nutzung des Ermessensspielraums erfolgt ist oder nicht.²⁶ Aus ihrer Sicht ergeben sich also besondere rechtliche Schwierigkeiten in der Sozialhilfe.

2. Verfassungsrechtlicher Rechtsschutz und verfahrensrechtliche Ausgestaltung: Grundsätze mit hohem Risiko für die Betroffenen

Die Schweizer Bundesverfassung gewährleistet die rechtsstaatlichen Grundbedingungen des Rechtsschutzes, wie sie im Recht auf gleiche und gerechte Behandlung vor Justizbehörden (Art. 29 Abs. 1 BV), durch den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV), die Gewährung von unentgeltlicher Rechtspflege und unentgeltlichem Rechtsbeistand (Art. 29

25 Wizent, Sozialhilferecht, N 364.

26 Fuchs et al., Rechtsberatung und Rechtsschutz von Armutsbetroffenen in der Sozialhilfe, S. 121.

Abs. 3 BV) sowie durch die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) zum Ausdruck kommen.²⁷

Beim *rechtlichen Gehör* in der Sozialhilfe zeigte sich in der Untersuchung, dass die grundsätzliche Schriftlichkeit des verwaltungsrechtlichen Verfahrens eine hohe Hürde für viele Klient:innen ist, die ihre persönlichen Umstände schriftlich darlegen müssen. Betroffene berichteten, wie sie es noch Jahre später als sehr unfair empfinden, dass sie sich dem Gericht gegenüber nie mündlich erklären konnten. Dabei gewährleistet Art. 6 EMRK im Rahmen des effektiven Zugangs zum Recht ausdrücklich das Recht auf ein öffentliches Verfahren, was vom Bundesgericht bestätigt wurde.²⁸ Das rechtliche Gehör umfasst auch die sachgerechte Begründung von Entscheidungen. Dazu gehört eine klare und verständliche Sprache, ggf. eine mündliche Erläuterung. Davon sind viele Entscheidungen der Sozialhilfebehörden weit entfernt: 85 % der befragten Beratungsstellen gaben an, sie würden Briefe und Entscheidungen der Behörden den Ratsuchenden erklären. Die Interviews mit den Betroffenen bestätigten diesen Eindruck.

Die *unentgeltliche Rechtspflege* (Art. 29 Abs. 3 BV) ist im Sozialhilferecht zentral. Sie umfasst das Recht auf ein kostenloses Verfahren und einen kostenlosen Rechtsbeistand. Diese unentgeltliche Rechtspflege wird auf Antrag gewährt und ist an Voraussetzungen geknüpft; die Rechtsprechung hat diese Voraussetzungen sehr eng ausgelegt. Die Antragstellerin muss bedürftig sein, die Sache darf nicht aussichtslos sein und der Rechtsbeistand muss wegen tatsächlicher oder besonderer Schwierigkeiten notwendig sein. Behörden und Gerichte verneinen diese Schwierigkeiten häufig, obwohl auch die interviewten Richter das Sozialhilferecht als komplex, aber lückenhaft, als „nébuleux“ oder „incompréhensible“ beschreiben. Die restriktive Praxis wird in der Lehre seit Jahren stark kritisiert und war zentrales Thema in den Kommentaren in der Befragung der Anwaltschaft.²⁹ Sie bewirkt, dass eine Beschwerde oder Klage ein hohes Kostenrisiko darstellt, das Betroffene vom Rechtsweg abhält und Anwält:innen von der Übernah-

27 Fuchs et al., Rechtsberatung und Rechtsschutz von Armutsbetroffenen in der Sozialhilfe, S. 13.

28 BGer, Urteil vom 19. Juli 2013, 8C_95/2013, abrufbar unter: https://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/2013/130719_8C_95-2013.html (letzter Zugriff 23.06.2021).

29 Vgl. Hobi, Jusletter, 19. März 2018; Heusser, plädoyer, S. 33 ff.; die meisten Kommentare in der Anwaltschaftsumfrage betrafen die unentgeltliche Rechtspflege, vgl. Fuchs et al., Rechtsberatung und Rechtsschutz von Armutsbetroffenen in der Sozialhilfe, S. 55.

me eines Mandats. Besonders die fehlende Erfolgsaussicht des Verfahrens ist de facto eine hohe Hürde. So zeigt auch die Analyse der 48 Gerichtsurteile in den vier Fall-Kantonen, dass die Beurteilung der Erfolgschancen (zu) häufig zusammen mit dem Endentscheid erfolgt und vom Ausgang des Verfahrens (zu) häufig auf die Aussichtslosigkeit der Beschwerde geschlossen wird.³⁰

Der *Rechtsweggarantie*, also der Möglichkeit, einen Fall vor eine unabhängige richterliche Behörde zu bringen, wird auch entsprochen, wenn die Sache nicht von einem Gericht, sondern von einer von Weisungen unabhängigen Kommission beurteilt wird. Die Verfahrenswege sind mitunter lang. Gegen Verfügungen muss immer zuerst bei der Behörde Einsprache erhoben werden. Während aber bspw. in Genf und Fribourg (also in der französischsprachigen Schweiz) der zweite Schritt bereits ans kantonale Verwaltungsgericht führt, ist es in St. Gallen der dritte, in Winterthur (Kanton Zürich) erst der fünfte Schritt.³¹

Überwiegend bestehen 30-tägige *Einsprachefristen* im Verwaltungsrecht. De facto kann dies in Krisensituationen herausfordernd sein. Zwei Drittel der Beratungsstellen berichteten, dass Betroffene nicht rechtzeitig zu ihnen kommen. Aus Betroffeneninterviews geht auch hervor, dass in Kombination mit psychischen Erkrankungen die Fristen (zu) kurz erscheinen. Beschwerden müssen schriftlich und in der Amtssprache erfolgen. Dies dient dem ordentlichen Verfahren, ist aber auch eine Einschränkung des Zugangs. Darum sollen *Formvorschriften* nicht zu rigide ausgelegt werden.³² Unsere Untersuchungen zeigen, dass diesem Grundsatz gefolgt wird. Einsprachen müssten verständlich sein; einige Instanzen fragen bei Unklarheiten ggf. nach.

Verwaltungsinterne Verfahren sind in den näher untersuchten Kantonen kostenlos, ebenso bei der zweiten Verfahrensstufe. Während etwa in Genf und Fribourg das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht kostenlos ist, gehen Sozialhilfebeziehende im Kanton Zürich vor Gericht (3. Verfahrensstufe) ein erhebliches Kostenrisiko ein. Verfahrenskosten werden hier nur auf Antrag erlassen, wenn das Verfahren nicht offenkundig aussichtslos ist.³³ Tatsächlich wurden in neun von zwölf untersuchten Zürcher Urteilen Verfahrenskosten im mittleren dreistelligen Bereich erhoben, in einem

30 Heusser, plädoyer, S. 37; Fuchs et al., Rechtsberatung und Rechtsschutz von Armutsbetroffenen in der Sozialhilfe, S. 53 f.

31 Fuchs et al., Rechtsberatung und Rechtsschutz von Armutsbetroffenen in der Sozialhilfe, S. 35-47.

32 Kiener, ZSR 2019, S. 5, 49.

33 Art. 16 Abs. 1 Verwaltungsrechtspflegegesetz Kanton Zürich.

Fall jedoch CHF 3100 (etwa 2800 €).³⁴ Zwei Drittel der befragten Beratungsstellen und über die Hälfte der Anwaltschaft erwähnten zu hohe Verfahrenskosten als Grund, wieso Sozialhilfebeziehende kein Rechtsmittel ergreifen. Zur *Verfahrensdauer* können wegen der großen Unterschiede in den Kantonen keine Schlüsse über den Zugang zum Recht gezogen werden.

Insgesamt weisen die Urteilsanalyse und Interviews der Studie auf erhebliche Lücken bei der Effektivität des Rechtsschutzes hin, besonders beim schriftlichen Verfahren, der unentgeltlichen Rechtspflege und den Verfahrenskosten. Das Verfahrensrecht strukturiert den Zugang zum Recht und die Rechtsmobilisierung stark vor.

3. Zugang zu Rechtsberatung: Bedarf höher als Angebot

Für die Sozialhilfe kann von einem Beratungsbedarf zu Ansprüchen, bei Sanktionen, Kürzungen und Rückzahlungen ausgegangen werden. Die Forschung hat hier hohe Hürden für den Rechtsschutz identifiziert, darunter mangelnde Beratungskapazitäten.³⁵ Hinzu kommen komplexe Anspruchsklärungen mit Sozialversicherungen als eine weitere Hürde.³⁶ Rechtsberatungsstellen sind für den Zugang zum Recht unverzichtbar und sie können mit Fachwissen die Situation von Ratsuchenden schnell und situativ verbessern.

Die *Beratungsstellenlandschaft* in der Schweiz ist ausgesprochen vielfältig und breitgefächert. Dies reicht von generellen Anlaufstellen für Armutsbetroffene (etwa der Caritas) über themenspezifische Stellen (wie z.B. Pro Infirmis oder Frauenberatungsstellen) bis zu solchen in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft (z.B. Sozialdienste großer öffentlicher Spitäler). Unter den gut 100 befragten Stellen mit Rechtsberatung konnten 34 identifiziert werden, die eine *detaillierte sozialhilferechtliche Beratung* anbieten, also eine (auch mehrmalige) Beratung zum Einzelfall. Aber auch *allgemeine Beratungsstellen mit Beratung zum Sozialhilferecht* (29 Stellen) sind immens wichtig, weil sie Rechtsberatungsbedürfnisse erkennen: Sie zeigen Rechte und Pflichten auf oder geben Informationen zu weiteren Sozialleistungsansprüchen. Sie leiten bei Bedarf zu detaillierter Rechtsberatung weiter. In etwa einem

34 Fuchs et al., Rechtsberatung und Rechtsschutz von Armutsbetroffenen in der Sozialhilfe, S. 50.

35 Hobi, Jusletter, 19. März 2018; Heusser, plädoyer, S. 33 ff.

36 Siehe dazu auch Studer/Fuchs/Meier/Pärli, Arbeiten unter sozialhilferechtlichen Bedingungen.

Drittel der 34 Stellen mit detaillierter Sozialhilferechtsberatung arbeiten weder Jurist:innen noch Personen mit juristischer Weiterbildung. Dies kann ein Problem sein, wenn z.B. nicht alle sinnvollen rechtlichen Möglichkeiten und Ansprüche erkannt werden. Dabei ist die Finanzierung der Beratungsstellen mit Beratung zum Sozialhilferecht komplex – am häufigsten finanzieren sie sich über Spenden, Beiträge privater Organisationen, Eigenmittel und staatliche Subventionen. Die Zugangshürden zu detaillierter Rechtsberatung sind hoch: es gibt Wartezeiten, sehr strenge Triageregeln (also Regeln, welche Fälle angenommen werden) und kurze Öffnungs- oder Telefonzeiten, damit nicht mehr Leute anfragen als effektiv beraten werden können. Die Nachfrage übersteigt das Angebot somit deutlich.³⁷

Die wichtigsten Themen in sozialhilferechtlicher Beratung sind das Nichtverstehen amtlicher Mitteilungen, situationsbedingte Leistungen (z.B. Schule, Gesundheit), Miete, Auskunftspflichten, drohende oder ausgesprochene Sanktionen sowie die Rückzahlung der Sozialhilfe.³⁸ Stellen mit allgemeiner Rechtsberatung sind besonders auf Informationsvermittlung und allenfalls Weiterleitung ausgerichtet. Bei spezialisierten Stellen ist die Rechtsberatung manchmal Teil einer umfassenden Problembearbeitung. So ist die Unabhängige Fachstelle für Sozialhilferecht UFS zusätzlich in Weiterbildung und Öffentlichkeitsarbeit engagiert. Detaillierte Rechtsberatung erfolgt meist in mehrmaligem persönlichem Kontakt. Je nach Konzept und Ressourcen beraten die 34 Stellen nicht nur; 16 begleiten die Ratsuchenden auch bei Gesprächen mit Behörden.³⁹ Nur fünf Stellen übernehmen im Ernstfall aber auch eine Rechtsvertretung.

Diese letzte Zahl zeigt, dass die *Anwaltschaft* unverzichtbar für einen effektiven Rechtsschutz ist. Die Befragung konnte 84 Anwält:innen identifizieren, die im Sozialhilferecht vertreten. Davon bezeichnen sich allerdings nur 27 Personen als spezialisiert. Das Engagement von Beratungsstellen und Anwält:innen ist nicht per se konfliktverschärfend, im Gegenteil: Sowohl die Anwaltschaft (69 %) als auch die Beratungsstellen (91 %) nehmen für eine Lösung Kontakt mit dem Sozialdienst auf. Hier lassen sich bereits viele Streitfragen klären. Kompetenz im Sozialhilferecht kann Konflikte entschärfen, was auch die Behörden und Gerichte anerkennen. Anwaltliche Vertretung kann das Verhältnis zwischen Sozialdienst und Klient:in

37 Vgl. Fuchs/Studer, Soziale Sicherheit CHSS, S. 17 ff.

38 Nennung von jeweils über zwei Drittel der Beratungsstellen, Fuchs et al., Rechtsberatung und Rechtsschutz von Armutsbetroffenen in der Sozialhilfe, S. 70-74.

39 Fuchs et al., Rechtsberatung und Rechtsschutz von Armutsbetroffenen in der Sozialhilfe, S. 87.

radikal verändern; ein Betroffener berichtet, er sei erst anständig behandelt worden, als er einen Anwalt gehabt habe.

4. Rechtsbewusstsein der Betroffenen

Im Rahmen der Studie wurden zehn Betroffene mit und ohne Erfahrung mit rechtlichen Schritten befragt, die über ein relativ gutes Bildungsniveau verfügten.⁴⁰ Zusammen mit anderen Informationen aus der Erhebung zeigten die Schilderungen der Betroffenen, dass Rechtskonflikte vor allem in wenig individueller Fallbearbeitung durch die Sozialdienste, wenig persönlichem Kontakt und mangelnden Erklärungen zum konkreten Vorgehen wurzeln. Auch wird häufig von despektierlicher Behandlung berichtet, von „Vorschuss-Misstrauen“ und ungleicher Behandlung von Gemeinde zu Gemeinde. Eine ambivalente Informationspolitik wirkt konfliktischürend: Viele fühlten sich unzureichend über Rechte und Pflichten aufgeklärt, aber zu viele schriftliche Informationen ohne Erklärung wirken belastend. Viele, nicht alle, Betroffenen haben sich Rechtskenntnisse im Laufe ihres Sozialhilfebezugs selbst angeeignet. Sie haben grundsätzlich Vertrauen ins Recht und in die Justiz, sind sie doch bei ihren Problemen mit dem Sozialdienst an Rechtsberatungsstellen gelangt. Diese Stellen weisen ihrerseits allerdings darauf hin, dass sie selbst besonders vulnerable Gruppen kaum erreichen und dass einige schlechte Erfahrungen mit Behörden gemacht haben. Dazu gehören z.B. ausländische Frauen, die kaum eine Landessprache sprechen, isoliert leben und keine dauerhafte Aufenthaltsgenehmigung haben.⁴¹ Diese Erkenntnisse bestätigen ältere Forschungen, rufen jedoch nach einer differenzierteren Erhebung bei unterschiedlichen Gruppen von Armutsbetroffenen.

IV. Schlussfolgerung: Handlungsbedarf und starker Einfluss positiven Rechts

Aus der Untersuchung lässt sich Handlungsbedarf für die Beratungsstellen, bei Behörden und auf der rechtlichen Ebene formulieren. Beratungsstellen müssen gezielt in ihren Ressourcen und Kompetenzen gestärkt werden.

40 Fuchs et al., Rechtsberatung und Rechtsschutz von Armutsbetroffenen in der Sozialhilfe, S. 103-113.

41 Fuchs et al., Rechtsberatung und Rechtsschutz von Armutsbetroffenen in der Sozialhilfe, S. 133.

Das betrifft den Ausbau ihrer Beratungskapazitäten, aber auch ihre Vernetzung und den fachlichen Austausch. Diese Stärkung sollte mittels öffentlicher Finanzierung erfolgen: Das Recht auf Rechtsschutz ist verfassungs- und völkerrechtlich verankert und um es effektiv zu gewährleisten, ist der Staat verpflichtet, aktiv tätig zu werden. Dazu kann die Finanzierung von Rechtsberatungsstellen beitragen. Ein Recht auf Rechtsberatung hat in anderen schweizerischen Rechtsbereichen schon erfolgreiche Vorbilder – etwa im Sozialversicherungs- oder Opferhilferecht. Eine zugängliche und fachlich kompetente Rechtsberatung durch Beratungsstellen und die Anwaltschaft ist ein wirksames Druckmittel, um Behörden, vor allem im Einzelfall, zu einer sorgfältigen Anwendung des Sozialhilferechts anzuhalten.

Prägnant formuliert, verbessert mehr Zeit für Sozialarbeit in den Sozialdiensten nicht nur die Reintegration, sondern beugt Konflikten vor. Es braucht daher eine durchgehende Professionalisierung von Sozialdiensten. Beschäftigte müssen reflektiert handeln und sich dabei am Menschenbild der Sozialen Arbeit orientieren (z.B. Menschenrechte, Empowerment, Individualisierung von Hilfe), um den oftmals prekären Lebenssituationen gerecht zu werden. Pilotprojekte haben wiederholt bestätigt, dass mehr Beratungsressourcen die Reintegration von Sozialhilfebeziehenden fördern.

Für einen effektiven Rechtsschutz braucht es mehr unabhängige Rechtsberatung und eine häufigere unentgeltliche Rechtsverbeiständung auch schon in verwaltungsinternen Einspracheverfahren. Auf dieser Verfahrensstufe wird die Angemessenheit einer Entscheidung geprüft, was später nur noch sehr zurückhaltend geschieht, weshalb hier ein Rechtsbeistand besonders hilfreich sein kann. Auch mündliche Verhandlungen sollten häufiger werden. Schließlich braucht es einen besseren Zugang zu allen Rechtsinformationen im Sinne des Öffentlichkeits- und Rechtsstaatsprinzips.

Tatsächlich verhindert kein einzelner Faktor allein den Zugang zum Recht. Die Studie hat jedoch gezeigt, dass bei den unweigerlich auftretenden Konflikten das Verfahrens- und das materielle Recht die Handlungsmöglichkeiten stark vorstrukturieren und daher der stärkste einzelne Einflussfaktor auf einen effektiven Rechtsschutz sind.

Besonders die hohe rechtliche Komplexität bei unzureichender Transparenz ist eine hohe effektive Hürde. Diese Komplexität des Sozialhilferechts ergibt sich letztendlich aus den starken föderalen und subsidiären Prinzipien des Staatswesens. Die kleinräumige Regelung der Sozialhilfe erweist sich in einem entscheidenden Punkt als vorteilhaft für Kantone und Gemeinden: sie können als Gemeinwesen entscheiden, wie sie Grundprinzipien konkret interpretieren. Dabei scheinen politische und persönliche Grundhaltungen verschiedener Akteur:innen immer durch. Auf der

anderen Seite bringen Föderalismus und Subsidiarität in diesem Zusammenhang vor allem Nachteile für die Bürger:innen, die nicht auf rechtsgleiche Behandlung bei gleicher Ausgangslage vertrauen können. In der Untersuchung konnte kein Bereich der Sozialhilfe identifiziert werden, bei dem kantonale und kommunale Unterschiede im Sozialhilferecht durch die ungleichen Ausgangslagen verständlich wurden oder gerechtfertigt erschienen.

Die gegenwärtige häufige Verweigerung einer unentgeltlichen Rechtsverbeiständung beschneidet den Rechtsschutz Armutsbetroffener und kann Resignation bezüglich eigener Rechtsansprüche und staatsbürgerliche Entfremdung fördern. Ein klares und transparentes Recht sowie eine verständliche und adressatengerechte Behördenkommunikation hingegen sind förderlich für das Vertrauen in staatliche Institutionen und die Konfliktbearbeitung. Eine entsprechende Förderung im Bereich der Sozialhilfe in einem Land mit hohem generellen sozialen Vertrauen und verfügbaren finanziellen Ressourcen ist möglich und adäquat.

Literatur

- Baer, Susanne, Rechtssoziologie, Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung, 4. Auflage, Baden-Baden 2021.
- Bernhard, Laurent, Three Faces of Populism in Current Switzerland: Comparing the Populist Communication of the Swiss People's Party, the Ticino League and the Geneva Citizens' Movement, *Swiss Political Science Review* 2017 (4), S. 509 ff.
- Blankenburg, Erhard, Mobilisierung des Rechts, Eine Einführung in die Rechtssoziologie, Berlin 1995.
- Boulanger, Christian, Die Soziologie juristischer Wissensproduktion, Rechtsdogmatik als soziale Praxis, in: Boulanger, Christian/Rosenstock, Julika/Singelstein, Tobias (Hrsg.), *Interdisziplinäre Rechtsforschung: Eine Einführung in die geistes- und sozialwissenschaftliche Befassung mit dem Recht und seiner Praxis*, Wiesbaden 2019, S. 173 ff.
- Bundesamt für Statistik Schweiz, Sektion Sozialhilfe, Statistiken Wirtschaftliche Sozialhilfe, abrufbar unter: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/soziale-sicherheit/sozialhilfe/sozialhilfebeziehende/wirtschaftliche-sozialhilfe.html> (letzter Zugriff: 28.04.2021).
- Ewick, Patricia/Silbey, Susan S., *The Common Place of Law, Stories from everyday life*, 5. Auflage, Chicago 2008.
- Fuchs, Gesine/Abbas, Marina/Studer, Melanie/Koschmieder, Nikola/Pärli, Kurt/Meier, Anne/Blanchet, Nathalie/Ruch, Marion, *Rechtsberatung und Rechtsschutz von Armutsbetroffenen in der Sozialhilfe, Schlussbericht, Berichtsnummer 18/20, Nationale Plattform gegen Armut*, Bern 2021.

- Fuchs, Gesine/Studer, Melanie, Sozialhilfe, Handlungsbedarf bei Rechtsschutz und -beratung?, *Soziale Sicherheit* CHSS 2021 (1), S. 17 ff.
- Galanter, Marc, Why the „Haves“ Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change, *Law & Society Review* 1974 (1), S. 95 ff.
- Gertsch, Gabriel, Richterliche Unabhängigkeit und Konsistenz am Bundesverwaltungsgericht, eine quantitative Studie, *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht* 2021 (1), S. 34 ff.
- Graser, Alexander, Zugang zum Recht: Kein Thema für die deutsche (Sozial-) Rechtswissenschaft?, *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht* 2020 (ZIAS) (1), S. 13 ff.
- Gurny, Ruth/Tecklenburg, Ueli, Fallgruben und Sackgassen, *Zur Entwicklung der schweizerischen Sozialhilfe in den letzten Jahrzehnten*, Denknetz, Zürich 2016.
- Heusser, Pierre, Rechtsschutz, Für die Schwächsten zu schwach, *plädoyer – Magazin für Recht und Politik* 2009, S. 34 ff.
- Heusser, Pierre, Die unentgeltliche Vertretung ist klarer zu regeln, *plädoyer – Magazin für Recht und Politik* 2011, S. 33 ff.
- Hobi, Tobias, Unentgeltliche Prozessführung und unentgeltliche Rechtsverteidigung – Unter besonderer Berücksichtigung sozialhilferechtlicher Verfahren, *Jusletter*, 19. März 2018.
- Keller, Véréna, Sozialhilfe Schweiz, Chronologie eines Umbaus, Vorstösse und Entscheide auf Bundes-, Kantons- und Gemeindeebene 2000-2018, *Avenir Social: Berufsverband Soziale Arbeit Schweiz*, Bern 2019.
- Kiener, Regina, Zugang zur Justiz, *Zeitschrift für schweizerisches Recht* 2019, S. 5 ff.
- de Langen, Maaïke/Barendrecht, Maurits, Legal Empowerment of the poor: Innovating access to justice, in: *Brookings Institution (Hrsg.), The state of access. Success and failure of democracies to create equal opportunities*, Washington 2008, S. 250 ff.
- Lens, Vicki, Administrative Justice in Public Welfare Bureaucracies: When Citizens (Don't) Complain, *Administration & Society* 2007 (3), S. 382 ff.
- Locher, Reto, Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, in: Kaufmann, Claudia/Hausammann, Christina (Hrsg.), *Zugang zum Recht, Vom Grundrecht auf einen wirksamen Rechtsschutz*, Basel 2017, S. 49 ff.
- Marchiori, Teresa, Measuring Women's and Children's Access to Justice, abrufbar unter: https://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/160830_Presentation_Teresa_Marchiori.pdf (letzter Zugriff: 30.06.2021).
- Marshall, Anna-Maria/Barclay, Scott, In Their Own Words, How Ordinary People Construct the Legal World, *Law & Social Inquiry* 2003 (3), S. 617 ff.
- Morrill, Calvin/Feddersen, Mayra/Rushin, Stephen, Law, Mobilization of, in: Wright, James D. (Hrsg.), *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, 2. Auflage, Amsterdam 2015, S. 590 ff.
- OECD/Open Society Foundations, *Legal Needs Surveys and Access to Justice*, Paris 2019.

- Raaphorst, Nadine/Groeneveld, Sandra, Discrimination and representation in street-level bureaucracies, in: Hupe, Peter L. (Hrsg.), *Research Handbook on Street-Level Bureaucracy, The Ground Floor of Government in Context*, Cheltenham 2019, S. 116 ff.
- Rosenberger Staub, Nicole/Dreesen, Philipp/Krasselt, Julia/Klopfenstein Frei, Nadine/Bubenhöfer, Noah/Kehl, Konstantin/Gabriel, Rainer, *Linguistische Diskursanalyse zu „Sozialhilfe“*, Sozialdepartement der Stadt Zürich, Zürich 2019.
- Rothmayr Allison, Christine/Varone, Frédéric, Justiz, in: Knoepfel, Peter/Papadopoulos, Yannis/Sciarini, Pascal/Vatter, Adrian/Häusermann, Silja (Hrsg.), *Handbuch der Schweizer Politik*, Zürich 2014, S. 219 ff.
- Sandefur, Rebecca L., *Access to Civil Justice and Race, Class, and Gender Inequality*, *Annual review of Sociology*, 2008, S. 339 ff.
- Sarat, Austin, „...The Law Is All Over“: Power, Resistance and the Legal Consciousness of the Welfare Poor, *Yale Journal of Law and the Humanities* 1990 (2), S. 343 ff.
- Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe, *Corona-Pandemie: Aktuelle Lage und zukünftige Herausforderungen für die Sozialhilfe*, Analysepapier, Überarbeitete Version Januar 2021, Bern 2021.
- Studer, Melanie, Subsidiarität, in: Bonvin, Jean-Michel/Hugentobler, Valérie/Knöpfel, Carlo/Maeder, Pascal/Tecklenburg, Ueli (Hrsg.), *Wörterbuch der Schweizer Sozialpolitik*, Zürich 2020, S. 523 ff.
- Studer, Melanie/Fuchs, Gesine/Meier, Anne/Pärli, Kurt, *Arbeiten unter sozialhilferechtlichen Bedingungen – Schlussbericht*, Basel 2020.
- Vatter, Adrian, Föderalismus, in: Knoepfel, Peter/Papadopoulos, Yannis/Sciarini, Pascal/Vatter, Adrian/Häusermann, Silja (Hrsg.), *Handbuch der Schweizer Politik*, Zürich 2014, S. 119 ff.
- Wizent, Guido, *Sozialhilferecht*, Zürich 2020.

Öffentliche Diskurse und nicht-juristisches Wissen in der Rechtsprechung

Generelle Tatsachen in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Off-Label-Use von Arzneimitteln

Simon Roesen

I. Vorbemerkungen und Aufbau des Beitrags

Der vorliegende Beitrag wirft Schlaglichter auf einzelne Aspekte des Forschungsvorhabens mit dem Titel „Zwischen Rechtsanwendung und Sachverhaltsermittlung – Generelle Tatsachen in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Off-Label-Use von Arzneimitteln“. Dieses Promotionsprojekt verfolgt die übergeordnete Forschungsfrage, in welchem Verhältnis die Feststellung von generellen Tatsachen durch das Bundessozialgericht (BSG) zu der Erforschung des Sachverhalts durch das jeweils vorinstanzlich zuständige Landessozialgericht steht und was verfahrensrechtlich daraus folgt. Dieser Frage wird anhand der Rechtsprechung des ersten (Krankenversicherungsrecht) und sechsten (Vertragsarztrecht) Senats des BSG zum Off-Label-Use nachgegangen. Wenn einerseits nach der Funktion des BSG in einem Revisionsverfahren und andererseits eines Landessozialgerichts in einem Berufungsverfahren gefragt wird, können als Ausgangspunkt zwei verfahrensrechtliche Normen dienen. § 162 Sozialgerichtsgesetz (SGG) besagt, dass die Revision an das BSG nur darauf gestützt werden kann, dass das angefochtene Urteil auf einer Rechtsverletzung beruht. In diesem Zusammenhang ist § 163 SGG zu sehen. Gemäß dieser im Wortlaut knapp gehaltenen Vorschrift ist das BSG an die in dem angefochtenen Urteil getroffenen tatsächlichen Feststellungen gebunden. Das bedeutet, dass das BSG grundsätzlich nicht zu eigenen Tatsachenfeststellungen berechtigt ist, sondern dass es die Entscheidung der Vorinstanz in rechtlicher Hinsicht überprüft. Das BSG hat also lediglich Rechtsfragen zu beantworten. Die Berufungsinstanz entscheidet über Rechtsfragen sowie über Tatsachenfragen, also Fragen, welche sich auf die Ermittlung des Sachverhalts beziehen. Daraus folgt die Frage, was unter Rechtsfragen und Tatsachenfragen zu verstehen ist¹. Im Hinblick auf die Sachverhaltsermittlung

1 Nierwetberg, JZ 1983, S. 237, 237; Rauscher, SGB 1986, S. 45, 45; Leitherer in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, § 163 Rn. 1 f.; Udsching in: BeckOK SozR, SGG § 163 Rn. 1; Berchtold in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 2.

lungen des vorinstanzlich zuständigen Berufungsgerichts ist insbesondere § 128 Abs. 1 SGG zu beachten. § 128 Abs. 1 S. 1 SGG besagt, dass das Gericht nach seiner freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung entscheidet. Das bedeutet, dass ein Landessozialgericht bei der Würdigung von Beweisen, welche nach § 103 SGG von Amts wegen zu ermitteln sind, grundsätzlich an keine festen Beweisregeln gebunden ist. Die Norm zielt auf die tatsächlichen Grundlagen eines Urteils ab und fordert in Abs. 1 S. 2, dass das Gericht die tragenden Gründe für seine Entscheidung offenzulegen hat.² Vom Grundsatz der Bindung des BSG an die Tatsachenfeststellungen des Landessozialgerichts gibt es verschiedene Ausnahmen.³ Eine Ausnahme bezieht sich auf sogenannte generelle Tatsachen, welche vom Revisionsgericht selbst festgestellt werden können.⁴ Die Feststellung von generellen Tatsachen stellt den Hauptuntersuchungsgegenstand der oben genannten Forschungsarbeit dar.

Die nachfolgenden Ausführungen geben einen ersten Einblick in die Abgrenzungsproblematik zwischen Rechtsfragen und Tatsachenfragen sowie in das Verständnis und den Einsatz von generellen Tatsachen in dem speziellen Rahmen eines Off-Label-Use. Zunächst ist mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot und dem Qualitätsgebot auf zwei Grundprinzipien des Sozialgesetzbuchs Fünftes Buch (SGB V) einzugehen (II.), welche in der Rechtsprechung des BSG zum zulassungsüberschreitenden Einsatz von Arzneimitteln (Off-Label-Use, III.) eine bedeutende Rolle einnehmen. Nachdem die Abgrenzung zwischen Rechtsfragen und Tatsachenfragen thematisiert worden ist (IV.), werden generelle Tatsachen in die Prüfung eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use eingeordnet (V.). Abschließend werden die Ergebnisse in Thesen zusammengefasst und ein Ausblick gegeben (VI.).

II. Leistungsrechtlicher Rahmen der Arzneimittelversorgung nach dem SGB V

Die leistungsrechtlichen Grundsätze des Wirtschaftlichkeitsgebots nach § 12 Abs. 1 SGB V und des Qualitätsgebots nach § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V be-

2 Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, § 128 Rn. 1; Hintz in: BeckOK SozR, SGG § 128 Rn. 8; Bolay in: Berchtold, SGG, § 128 Rn. 3.

3 Berchtold in: Berchtold, SGG, § 163 Rn. 13 ff.; Udsching in: BeckOK SozR, SGG § 163 Rn. 3; Leitherer in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, § 163 Rn. 5a ff.

4 Beispielhaft: Leitherer in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, § 163 Rn. 7, m.w.N.

schränken und konkretisieren die Leistungsansprüche der Versicherten nach den §§ 27 ff. SGB V und geben insofern den Versorgungsrahmen eines Anspruchs auf ein Arzneimittel im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung vor.⁵ § 12 Abs. 1 S. 1 SGB V besagt, dass die im SGB V verankerten Leistungen grundsätzlich ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein müssen und zudem das Maß des Notwendigen nicht überschreiten dürfen. Das Wirtschaftlichkeitsgebot kann in zwei Teilbereiche untergliedert werden. Derjenige Teil, der die Begriffe ausreichend und zweckmäßig in § 12 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. SGB V sowie den Begriff notwendig in § 12 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. SGB V umfasst, lässt sich der medizinischen Erforderlichkeit bzw. Notwendigkeit eines Medikaments zuordnen. Der zweite Teilbereich des Wirtschaftlichkeitsgebots, die sogenannte Wirtschaftlichkeit im engeren Sinne nach § 12 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. SGB V, umfasst Abwägungsentscheidungen hinsichtlich der Kosten und des Nutzens von Leistungen.⁶ Das Wirtschaftlichkeitsgebot steht in einem engen Zusammenhang zum Qualitätsgebot nach § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V.⁷ Diese Norm gibt vor, dass Qualität und Wirksamkeit der Leistungen des SGB V dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse zu entsprechen und den medizinischen Fortschritt zu berücksichtigen haben.⁸

III. Zulassungsüberschreitender Einsatz von Arzneimitteln (Off-Label-Use)

Wenn ein Medikament für eine Indikation eingesetzt werden soll, für welche es nicht zugelassen ist, liegt ein Off-Label-Use vor.⁹ Der Begriff des Off-Label-Use ist weder im SGB V noch im Arzneimittelgesetzes (AMG) definiert.¹⁰ Eine Ausnahme stellt § 35c SGB V dar, welcher den richtliniengestützten Off-Label-Use nach einem Beschluss des Gemeinsamen Bundesausschusses (Abs. 1) und den Off-Label-Use im Rahmen klinischer Studien (Abs. 2) regelt.¹¹ Die Zulassung eines Medikaments kann einerseits auf europäischer Ebene bei der European Medicines Agency (EMA) in

5 Jousen in: BeckOK SozR, SGB V § 12 Rn. 1 f.; Jousen in: BeckOK SozR, SGB V § 2 Rn. 4; Wicke, Der Off-Label-Use, S. 72.

6 Huster, Die Konkretisierung des Leistungsniveaus der sozialen Gesundheitsversorgung in Selbstverwaltung, S. 99 f. und 104; Greiner/Benedix, SGB 2013, S. 1, 3.

7 Noftz in: Hauck/Noftz, SGB V, 01/00, § 12 Rn. 20, m.w.N.

8 Jousen in: BeckOK SozR, SGB V § 2 Rn. 4.

9 Wicke, Der Off-Label-Use, S. 65.

10 Hafner, Off-Label-Use von Arzneimitteln in der Palliativmedizin, S. 29.

11 Dewitz in: BeckOK SozR, SGB V § 35c Rn. 2 f.

einem zentralisierten Verfahren beantragt werden. Im Fall einer erfolgreichen Zulassung ist diese in allen europäischen Mitgliedsstaaten rechtswirksam. Andererseits existiert auch das deutsche Zulassungsverfahren, das im AMG geregelt ist. Zuständige Zulassungsbehörde ist grundsätzlich das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM).¹² Da das SGB V selbst kein Verfahren für die Prüfung der Wirksamkeit, Sicherheit und Qualität eines Medikaments vorsieht, wird an dieses Arzneimittelprüfverfahren angeknüpft (sogenannte Vorgeiflichkeit des AMG).¹³ Das BSG folgert im Rahmen der Prüfung eines Anspruchs auf Versorgung mit einem Arzneimittel aus der fehlenden arzneimittelrechtlichen Zulassung nach § 21 Abs. 1 AMG die fehlende krankenversicherungsrechtliche Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit nach den §§ 2 Abs. 1 S. 3 und 12 Abs. 1 SGB V (negative Vorgeiflichkeit des AMG¹⁴).¹⁵ Das Hauptproblem bei einem Off-Label-Use besteht also darin, dass die in der Regel durchzuführende arzneimittelrechtliche Kontrolle der Sicherheit, Wirksamkeit und Qualität nach einem im AMG geregelten Prüfverfahren für das zulassungsüberschreitend anzuwendende Arzneimittel fehlt.¹⁶ Daraus folgt, dass ein Anspruch nach § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 3 i.V.m. § 31 Abs. 1 S. 1 SGB V auf Versorgung mit dem Medikament für diesen anderen Anwendungsbereich nicht besteht.¹⁷ Gesagt werden kann, dass sich ein Off-Label-Use nicht innerhalb des von den beiden Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und der Qualität abgesteckten Versorgungsrahmens bewegt.¹⁸ Die so entstehende Versorgungslücke¹⁹ im SGB V, welche durch das Defizit im AMG, die Arzneimittelsicherheit bei einem Off-Label-Use zu gewährleisten, hervorgerufen wird, kann jedoch durch sozialrechtlich ausgestaltete Ausnahmen geschlossen werden. Dadurch wird gleichzeitig die Wirtschaftlichkeit und Qualität gewahrt und ermöglicht, dass das im Einzelfall begehrte Arzneimittel zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung bean-

12 Janda, *Medizinrecht*, S. 244 ff.; BSG, Urteil vom 19.03.2020, B 1 KR 22/18 R, juris Rn. 13.

13 Janda, *Medizinrecht*, S. 267 f.; Wicke, *Der Off-Label-Use*, S. 72.

14 Janda, *Medizinrecht*, S. 267 f.; Wicke, *Der Off-Label-Use*, S. 72; BSG, Urteil vom 23.07.1998, B 1 KR 19/96 R, juris Rn. 14 f.; die Rechtsprechung des BSG bestätigt: BVerfG, Kammerbeschluss vom 05.03.1997, 1 BvR 1071/95, juris Rn. 10.

15 BSG, Urteil vom 20.03.2018, B 1 KR 4/17 R, juris Rn. 11, m.w.N.

16 BSG, Urteil vom 26.09.2006, B 1 KR 14/06 R, juris Rn. 11, m.w.N.

17 Beispielhaft: BSG, Urteil vom 20.03.2018, B 1 KR 4/17 R, juris Rn. 11, m.w.N.

18 Wicke, *Der Off-Label-Use*, S. 72.

19 Wicke, *Der Off-Label-Use*, S. 83; BSG, Urteil vom 19.03.2002, B 1 KR 37/00 R, juris Rn. 23.

sprucht werden kann.²⁰ Diese Prüfung eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use kann in eine grundsätzliche Reihenfolge²¹ gebracht werden. Zunächst wird geprüft, ob das beantragte Medikament für die Behandlung einer Erkrankung gemäß § 21 Abs. 1 AMG oder nach dem Recht der Europäischen Union zugelassen ist. Sodann wird § 35c SGB V geprüft. In einem nächsten Schritt wird ein möglicher Anspruch nach den von der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen für einen ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use geprüft. Das BSG hat dafür drei Voraussetzungen in einem Grundsatzurteil aus dem Jahr 2002²² definiert. Danach kommt eine Verordnung nur in Betracht, wenn erstens eine schwerwiegende Erkrankung vorliegt, zweitens keine im System der gesetzlichen Krankenversicherung zugelassene Behandlungsalternative besteht und drittens Forschungsergebnisse einer bestimmten Evidenzklasse nachgewiesen werden können. Das BSG fordert in diesem Zusammenhang, dass für die Wirksamkeit des begehrten Medikaments zur Behandlung der Erkrankung der versicherten Person Ergebnisse einer kontrollierten klinischen Prüfung der Phase III (sogenannte Phase-III-Studie²³) veröffentlicht sind²⁴. Davon streng zu trennen ist die grundrechtsorientierte Auslegung des Leistungsrechts des SGB V im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vom 6. Dezember 2005²⁵, aus welcher sich ebenfalls ein Anspruch ergeben kann. Seit 2012 sind die Voraussetzungen hierfür in § 2 Abs. 1a SGB V²⁶ normiert. Danach ist es neben weiteren Voraussetzungen erforderlich, dass die versicherte Person an einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung leidet.

20 Sieper, jurisPR-SozR 2020, juris Anm. 2, S. 1, 6 f.

21 Beispielhaft für den ersten Senat: BSG, Urteil vom 19.03.2020, B 1 KR 22/18 R, juris Rn. 12 ff.; beispielhaft für den sechsten Senat: BSG, Urteil vom 13.08.2014, B 6 KA 38/13 R, juris Rn. 30 ff.

22 BSG, Urteil vom 19.03.2002, B 1 KR 37/00 R, juris.

23 Ein arzneimittelrechtliches Prüfverfahren läuft grundsätzlich in vier Phasen ab. In der dritten Phase, nach deren Abschluss der Zulassungsantrag gestellt wird, wird das Arzneimittel an mehreren tausend Menschen in mehreren Praxen oder Kliniken gleichzeitig erprobt. Siehe dazu etwa Janda, Medizinrecht, S. 248 f.

24 BSG, Urteil vom 19.03.2002, B 1 KR 37/00 R, juris Rn. 26 f.

25 BVerfG, Beschluss vom 06.12.2005, 1 BvR 347/98, juris.

26 Eingefügt durch Art. 1 Nr. 1 des Gesetzes vom 22.12.2011, BGBl. I, S. 2983 m.W.v. 01.01.2012.

IV. Rechtsfragen und Tatsachenfragen im Rahmen der Prüfung eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use

Im Folgenden wird die Abgrenzung zwischen Rechts- und Tatsachenfragen anhand einzelner Prüfungspunkte eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use dargestellt.

1. Rechtsfragen

Anhaltspunkt dafür, was unter einer Rechtsfrage zu verstehen ist, kann die Rechtsanwendung sein. Wenn definiert werden kann, was unter Rechtsanwendung verstanden wird, könnte gleichsam die Grenze zwischen Rechtsfrage und Tatsachenfrage gezogen werden. Bei der Rechtsanwendung geht es um die Subsumtion von Lebenssachverhalten unter Rechtsnormen. Dazu gehört die Ermittlung des Inhalts einer anzuwendenden Norm. Damit ist die Auslegung von Rechtsnormen und deren Tatbestandsmerkmalen gemeint, um dann den festgestellten Sachverhalt bzw. einzelne Sachverhaltselemente im Weg eines logischen Schlussverfahrens dem ausgelegten Tatbestand einer Rechtsnorm unterordnen zu können.²⁷ Also ist z.B. Rechtsfrage, was unter dem Tatbestandsmerkmal der lebensbedrohlichen Erkrankung des § 2 Abs. 1a SGB V zu verstehen ist. Dieser unbestimmte Rechtsbegriff ist auslegungsbedürftig, muss also rechtlich-abstrakt näher bestimmt werden²⁸. Hierfür ist auf die juristischen Auslegungsregeln nach Wortlaut, Systematik, Sinn und Zweck sowie historischen Gesichtspunkten zurückzugreifen.²⁹

Eine weitere Rechtsfrage im Zusammenhang mit dem Wirtschaftlichkeits- und Qualitätsgebot ist, welche Folgerungen aus dem arzneimittelrechtlichen Prüfverfahren nach dem AMG für die Wirtschaftlichkeit im engeren Sinne gemäß § 12 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. SGB V gezogen werden können. Diese Frage ergibt sich, wenn neben der negativen Vorgreiflichkeit des AMG auch eine positive Vorgreiflichkeit angenommen wird, wenn also aus einer erfolgreichen Zulassung auch auf die Wirtschaftlichkeit im engeren Sinne geschlossen wird³⁰. Diese Rechtsfrage nach dem systemati-

27 Nierwetberg, JZ 1983, S. 237, 238; Müller/Christensen, Juristische Methodik, Rn. 24.

28 Bockholdt, NZS 2017, S. 569, 571.

29 Müller/Christensen, Juristische Methodik, Rn. 24.

30 Janda, Medizinrecht, S. 268; Francke, MedR 2006, S. 683, 685 f.; Wicke, Der Off-Label-Use, S. 72; BSG, Urteil vom 19.03.2002, B 1 KR 37/00 R, juris Rn. 11.

schen Verhältnis zwischen AMG und SGB V kann mit den Mitteln der juristischen Methodik beantwortet werden, da beide Gesetze hinsichtlich ihres Zwecks miteinander verglichen werden können.³¹

2. Tatsachenfragen

Um einen Sachverhalt unter den Tatbestand einer Rechtsnorm subsumieren zu können, muss dieser zunächst festgestellt werden. Auf dieser Ebene sind Tatsachenfragen zu verorten. Sie zielen auf die Feststellung tatsächlicher Umstände des Einzelfalls ab. Fragen, welche die Ermittlung des Sachverhalts betreffen, können allein mit der juristischen Methodik nicht beantwortet werden. Grundsätzlich ist es notwendig, Beweis zu erheben.³² Nach § 106 Abs. 3 SGG liegt es im Ermessen des/der Vorsitzenden, beispielsweise Stellungnahmen einzuholen, sachverständige Personen anzufragen oder medizinische Gutachten anzuordnen, um den Sachverhalt zu rekonstruieren.³³ Beispielsweise muss das Gericht bei der Prüfung der Voraussetzungen des Vorliegens einer lebensbedrohlichen Erkrankung im Sinne von § 2 Abs. 1a SGB V den Sachverhalt nach § 103 SGG von Amts wegen erforschen und die Einzeltatsache feststellen, ob eine versicherte Person tatsächlich an einer konkreten Erkrankung leidet.³⁴

Wenn unbestimmte Rechtsbegriffe wie derjenige der lebensbedrohlichen Erkrankung auf einen Lebenssachverhalt angewandt werden, kann es zu einer Verwischung der Grenze zwischen Rechtsanwendung und Sachverhaltsermittlung kommen, da unbestimmte Rechtsbegriffe oftmals

31 Dazu Francke, MedR 2006, S. 683, 684 ff.; Janda, Medizinrecht, S. 267 f.; BVerfG, Kammerbeschluss vom 05.03.1997, 1 BvR 1071/95, juris Rn. 10; BSG, Urteil vom 27.09.2005, B 1 KR 6/04 R, juris Rn. 23.

32 Leitherer in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, § 163 Rn. 2; Berchtold in: Berchtold, SGG, § 163 Rn. 5; Fichte in: Fichte/Jüttner, SGG, § 163 Rn. 2 ff.; Berchtold in: Berchtold, SGG, § 162 Rn. 6; Hintz in: BeckOK SozR, SGG § 118 Rn. 1.

33 Hintz in: BeckOK SozR, SGG § 106 Rn. 4; B. Schmidt in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, § 106 Rn. 7; Hintz in: BeckOK SozR, SGG § 118 Rn. 7.

34 Hintz in: BeckOK SozR, SGG § 103 Rn. 2 f.; BSG, Urteil vom 28.02.2008, B 1 KR 15/07 R, juris Rn. 35; BSG, Urteil vom 13.12.2016, B 1 KR 1/16 R, juris Rn. 18 und 21; BSG, Urteil vom 13.12.2016, B 1 KR 10/16 R, juris Rn. 18.

natürliche oder außerrechtliche Elemente³⁵ enthalten.³⁶ Das Problem dieser „Grenzverwischung“ entsteht an dem Punkt, an dem geprüft wird, ob die Wirklichkeit unter den rechtlich definierten Begriff subsumiert werden kann. An dieser Schnittstelle sind generelle Tatsachen zu verorten.³⁷

V. Generelle Tatsachen im Rahmen der Prüfung eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use

Der Begriff der generellen Tatsachen ist nicht im Gesetz verankert, sondern wurde von der Rechtsprechung entwickelt. Generelle Tatsachen bzw. damit verwandte Begrifflichkeiten spielen nicht nur in der sozialgerichtlichen Rechtsprechung eine Rolle, vielmehr werden sie in Entscheidungen verschiedener Revisionsgerichte³⁸ verwendet und eingesetzt.³⁹ Der Begriff der generellen Tatsachen wird vom BSG⁴⁰ erstmalig in einem Urteil aus dem Jahr 1973⁴¹ aufgegriffen und definiert. In diesem Urteil wurde vom BSG Beweis erhoben und die damit verbundenen festgestellten Tatsachen als generelle Tatsachen eingeordnet.⁴² In diesem Zusammenhang führte das BSG aus, dass generelle Tatsachen „[...] im Zwischenfeld zwischen abstrakter Rechtsnorm und zu subsumierender Einzeltatsache.“ lägen. Das BSG verweist dabei hauptsächlich auf Literatur.⁴³ In Bezug auf diese Literatur kann z.B. *Klaus Jürgen Philippi* genannt werden, welcher in Anlehnung an die englischsprachige Rechtsliteratur⁴⁴ den Begriff der „legislative facts“ dem der generellen Tatsachen gleichsetzt.⁴⁵ Vor 1973 werden gene-

35 Zum Begriff der „nicht-juristischen“ oder „extrajuristischen Wissensbestände“: Brockmann, Die Einbeziehung nicht-juristischer Wissensbestände in sozialrechtliche Entscheidungen, S. 73 ff.; Hase, Sozialrecht und die Integration gesellschaftlichen Wissens, S. 423 ff.

36 Nierwetberg, JZ 1983, S. 237, 238 ff.; Eicher, SGB 1986, S. 501, 504; Leitherer in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, § 162 Rn. 3 f., m.w.N.

37 Rauscher, SGB 1986, S. 45, 45 f.

38 Beispielhaft: Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 01.07.1975, I C 44.70, juris Rn. 22; Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 19.03.1959, 2 AZR 402/55, juris Rn. 25.

39 Eicher, SGB 1986, S. 501, 503 f.; Rauscher, SGB 1986, S. 45, 46 ff.

40 Weitere Beispiele in Bezug auf das sozialgerichtliche Revisionsverfahren sind insbesondere bei Eicher, SGB 1986, S. 501, 501 ff. und Rauscher, SGB 1986, S. 45, 45 ff. zu finden.

41 BSG, Urteil vom 16.08.1973, 4 RJ 361/72, juris.

42 Eicher, SGB 1986, S. 501, 501 f.

43 BSG, Urteil vom 16.08.1973, 4 RJ 361/72, juris Rn. 8.

44 Beispielhaft: Baade, JOP 1961, S. 421, 426.

45 Philippi, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, S. 7.

relle Tatsachen in der Rechtsprechung des BSG oftmals in Verbindung mit Begriffen wie dem des „allgemeinen Erfahrungssatzes“⁴⁶ oder der „Verkehrsauffassung“⁴⁷ eingesetzt.⁴⁸ In der rechtswissenschaftlichen Literatur definiert *Philippi* generelle Tatsachen als „[...] Tatsachen, die sich auf eine Klasse von Menschen oder Sachen beziehen.“⁴⁹ *Wolfgang Dreher* definiert generelle Tatsachen als „Tatsachen, die nicht nur für die Rechtsfindung im Einzelfall, sondern für eine Vielzahl von Fällen bedeutsam sind – etwa weil sie gesellschaftliche, historische oder wissenschaftliche Fakten betreffen, auf die das Gesetz ausdrücklich verweist oder die den Inhalt der vom Gesetz verwendeten Begriffe auf allgemeiner Ebene konkretisieren [...]“.⁵⁰ Das BSG geht davon aus, dass seine Befugnis, generelle Tatsachen selbst zu überprüfen und festzustellen, dadurch gerechtfertigt ist, dass sich derartige Fragen nicht nur im jeweiligen Einzelfall, sondern in allen einschlägigen Fällen stellen und es deshalb Aufgabe der Revisionsinstanz ist, die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu sichern.⁵¹ Trotz der Verwendung genereller Tatsachen in Rechtsprechung und Literatur ist bis heute fraglich, was mit diesem Begriff konkret gemeint ist.⁵²

Angelehnt an *Dreher* wird nachfolgend die These vertreten, dass das BSG die Rechtsfigur der generellen Tatsachen zu unterschiedlichen Zwecken einsetzt⁵³. Erstens im Rahmen der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen: Danach können generelle Tatsachen festgestellt werden, um den Inhalt von Rechtsnormen und deren Rechtsbegriffe mit Hilfe von Fakten zu konkretisieren, also zur Rechtsauslegung. Zweitens können generelle Tatsachen für die Schließung von Lücken bei der Feststellung von Einzeltatsachen eingesetzt werden. Die Feststellung von generellen

46 Beispielhaft: BSG, Urteil vom 11.02.1960, 4 RJ 211/58, juris Rn. 12.

47 Beispielhaft: BSG, Urteil vom 28.02.1963, 12/4 RJ 326/60, juris Rn. 12 und 24.

48 Eicher, SGB 1986, S. 501, 501 ff.; Rauscher, SGB 1986, S. 45, 46 ff.

49 Philippi, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, S. 7.

50 Dreher, Rechtsfrage und Tatfrage in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, S. 793.

51 Udsching in: BeckOK SozR, SGG § 163 Rn. 3; Leitherer in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, § 163 Rn. 7, m.w.N.; als Beispiel hinsichtlich der Frage, ob eine dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechende Behandlung einer Krankheit im Inland möglich ist: BSG, Urteil vom 16.06.1999, B 1 KR 4/98 R, juris Rn. 17; diese Rechtsprechung bestätigend: BSG, Urteil vom 13.12.2005, B 1 KR 21/04 R, juris Rn. 18, m.w.N.

52 Berchtold in: Berchtold, SGG, § 163 Rn. 19, m.w.N.

53 Diese Unterscheidung könnte zurückzuführen sein auf Stein, Das private Wissen des Richters, S. 104 ff.

Tatsachen dient also der Sachverhaltsermittlung.⁵⁴ Die Tatsacheninstanz hat im Sinne von § 128 Abs. 1 S. 2 SGG anzugeben, welche tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen für die jeweilige Entscheidung leitend gewesen waren⁵⁵, es muss also deutlich werden, welcher Tatsachenstoff in welchem konkreten Bezug zu den im Einzelfall anzuwendenden Normen steht⁵⁶. Wenn sich tatsächliche Feststellungen eines Landessozialgerichts (noch) nicht unter einen ausgelegten Rechtsbegriff subsumieren lassen, ist es denkbar, dass das BSG diese unklaren bzw. unvollständigen oder fehlenden Feststellungen durch die Feststellung von generellen Tatsachen ergänzt oder ersetzt.⁵⁷ Dazu kann auch eine eigene Beweisaufnahme und -würdigung gehören, vorausgesetzt es handelt sich um generelle Tatsachen und nicht um, vom Landessozialgericht festzustellende, Einzeltatsachen.⁵⁸ Nach Ansicht des Verfassers könnte über eine solche eigenständige Ermittlung genereller Tatsachen durch das BSG nachgedacht werden, wenn z.B. die Vorinstanz eine Tatsachenfeststellung ohne Nennung der dieser Feststellung zugrunde liegenden Fakten getroffen hat. Auch kann der Tatsachenstoff, welcher vom Berufungsgericht ermittelt wurde, durch das BSG anders oder ergänzend gewürdigt und in diesem Zusammenhang generelle Tatsachen festgestellt werden⁵⁹. Alternativ dazu, kann das BSG den Fall auch nach § 170 Abs. 2 S. 2 SGG zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an die Tatsacheninstanz zurückverweisen.⁶⁰ Es wird deutlich, dass sich eine Abgrenzung genereller Tatsachen von den oben⁶¹ dargestellten Einzeltatsachen in der Rechtspraxis schwierig gestalten kann.⁶² Deshalb könnte der Einsatz des Instruments der generellen Tatsachen durch das BSG in einzelnen Konstellationen auch dazu führen, dass durch das BSG

54 Dreher, Rechtsfrage und Tatfrage in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, S. 793 ff.

55 Bolay in: Berchtold, SGG, § 128 Rn. 26, m.w.N.; Haupt in: Fichte/Jüttner, SGG, § 128 Rn. 1.

56 Hintz in: BeckOK SozR, SGG § 128 Rn. 8, m.w.N.

57 Ähnlich: Leitherer in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, § 163 Rn. 2 und 7, m.w.N.

58 BSG Großer Senat, Beschluss vom 12.12.2008, GS 1/08, juris Rn. 33; Leitherer in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, § 163 Rn. 1 f. und 7, m.w.N.; siehe aktuell: Terminbericht des BSG Nr. 17/21 zur gesetzlichen Unfallversicherung: BSG, Sitzung vom 06.05.2021, B 2 U 11/20 R, juris.

59 Krasney in: Krasney/Udsching/Groth, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Kapitel, Rn. 310, m.w.N.

60 Leitherer in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, § 163 Rn. 7, m.w.N.; Eicher, SGB 1986, S. 501, 506 f.

61 Siehe IV. 2.

62 Philippi, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, S. 6 f.

Einzeltatsachen festgestellt werden, was § 163 SGG widersprechen würde.⁶³ Richtigerweise müsste in einem solchen Fall der Rechtsstreit nach § 170 Abs. 2 S. 2 SGG an das Tatsachengericht zurückverwiesen werden, das dann ggf. weitere Ermittlungen durchführen muss.⁶⁴

Im Folgenden wird beispielhaft beleuchtet, wie der erste Senat des BSG im Rahmen der Prüfung, ob ein ausnahmsweise zulässiger Off-Label-Use gegeben ist, generelle Tatsachen einerseits für die Rechtsauslegung und andererseits für die Sachverhaltsermittlung feststellt.

1. Feststellung von generellen Tatsachen für die Rechtsauslegung

In seinem Urteil vom 20. März 2018⁶⁵ wurde vom BSG der unbestimmte Rechtsbegriff der lebensbedrohlichen Erkrankung in § 2 Abs. 1a SGB V ausgelegt. So sei eine Erkrankung lebensbedrohlich, wenn sie in überschaubarer Zeit das Leben beenden könne und damit eine notstandsähnliche Situation herbeigeführt werde, in der die versicherte Person zu allen denkbaren medizinischen Hilfen greifen müsse. Ein nur allgemeines mit einer Erkrankung verbundenes Risiko eines lebensgefährlichen Verlaufs genüge hierfür nicht. Im Zuge dieses Auslegungsvorgangs wurde vom BSG die generelle Tatsache festgestellt, „[...] dass allgemein Pneumonien unter den Infektionskrankheiten in den industrialisierten Ländern die häufigste Todesursache darstellen [...]“. Für diese Feststellung wurde auf medizinisches Wissen⁶⁶, konkret auf das klinische Wörterbuch Pschyrembel⁶⁷, zurückgegriffen. Die oben aufgezeigte enge Auslegung des Begriffs der lebensbedrohlichen Erkrankung wurde mit der Feststellung dieser generellen Tatsache untermauert: Laut BSG reiche selbst diese Tatsache nicht aus, um eine unmittelbar drohende Lebensgefahr anzunehmen.⁶⁸

63 In Bezug auf diese Problematik hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der lebensbedrohlichen Erkrankung des § 2 Abs. 1a SGB V etwa: BSG, Urteil vom 26.09.2006, B 1 KR 14/06 R, juris Rn. 17 f.; BSG, Urteil vom 28.02.2008, B 1 KR 15/07 R, juris Rn. 29 ff.

64 Knittel, SGB 2016, S. 124, 135.

65 BSG, Urteil vom 20.03.2018, B 1 KR 4/17 R, juris.

66 Brockmann, Die Einbeziehung nicht-juristischer Wissensbestände in sozialrechtliche Entscheidungen, S. 76.

67 Tiemann/Schäffler, Pschyrembel, Stichwort: Pneumonie, S. 1400.

68 BSG, Urteil vom 20.03.2018, B 1 KR 4/17 R, juris Rn. 21 f.

2. Feststellung von generellen Tatsachen für die Ermittlung des Sachverhalts

Zunächst wird auf die von der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use und der damit zusammenhängenden Feststellung, ob gewisse Forschungsergebnisse einer bestimmten Evidenzklasse vorliegen, eingegangen. In seinem Urteil vom 28. Februar 2008⁶⁹ stellte das BSG die generelle Tatsache fest, dass es zu einer Phase-III-Studie für das von der Versicherten begehrte Medikament nicht gekommen sei⁷⁰. Hierfür ermittelte das BSG nicht selbst, sondern zog Beweise heran, welche bereits im Berufungsverfahren vom vorentscheidenden Tatsachengericht ermittelt wurden⁷¹.

In seinem Urteil vom 13. Dezember 2016⁷² hatte das BSG u.a. zu prüfen, ob für das Arzneimittel Avastin aufgrund europarechtlicher Vorschriften eine Pflicht zur Beantragung einer Zulassung im Rahmen eines zentralisierten Verfahrens besteht. Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Nr. 1 des Anhangs der Verordnung (EG) Nr. 726/2004 sieht vor, dass Arzneimittel, welche unter den Anhang der Verordnung fallen, innerhalb der Gemeinschaft nur in den Verkehr gebracht werden dürfen, wenn von der Gemeinschaft eine Genehmigung für das Inverkehrbringen erteilt worden ist. Der Anhang der Verordnung (EG) Nr. 726/2004 (Nr. 1, dritter Spiegelstrich) besagt u.a., dass Arzneimittel, die mit Hilfe eines Verfahrens auf der Basis von monoklonalen Antikörpern hergestellt werden, innerhalb der Gemeinschaft nur nach Erteilung einer Genehmigung in den Verkehr gebracht werden dürfen.⁷³ Das BSG stellte im Rahmen dieser Prüfung generell fest, dass das Medikament Avastin den Wirkstoff Bevacizumab enthalte, welcher ein rekombinanter humanisierter monoklonaler Antikörper sei. Für diese Feststellung wurde vom BSG auf den European public assessment report (EPAR)⁷⁴ für Avastin zurückgegriffen. Das BSG subsumierte anschließend die zuvor fest-

69 BSG, Urteil vom 28.02.2008, B 1 KR 15/07 R, juris.

70 BSG, Urteil vom 28.02.2008, B 1 KR 15/07 R, juris Rn. 26.

71 LSG Schleswig-Holstein, Urteil vom 31.01.2007, L 5 KR 28/06, juris Rn. 24.

72 BSG, Urteil vom 13.12.2016, B 1 KR 10/16 R, juris.

73 BSG, Urteil vom 13.12.2016, B 1 KR 10/16 R, juris Rn. 12 ff.; EuGH, Urteil vom 11.04.2013, C-535/11, juris Rn. 37.

74 Dieser Europäische Öffentliche Beurteilungsbericht wird nach Art. 13 Abs. 3 VO (EG) Nr. 726/2004 von der EMA auf ihrer Homepage veröffentlicht und enthält einen Bericht über die Beurteilung des zugelassenen Medikaments sowie die Gründe für das Gutachten, welches die Genehmigung des Medikaments empfiehlt. Zudem enthält der Bericht eine allgemein verständliche Zusammenfassung für die Öffentlichkeit. Bezüglich des Arzneimittels Avastin: EMA, Zusammenfassung des EPAR für die Öffentlichkeit, 2017, S. 2.

gestellte generelle Tatsache unter Nr. 1, dritter Spiegelstrich des Anhangs der Verordnung (EG) Nr. 726/2004. Dadurch wurde die Rechtsfolge des Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 726/2004 ausgelöst, dass für das Inverkehrbringen von Avastin eine Genehmigung von der EMA erforderlich ist.⁷⁵

VI. Zusammenfassung in Thesen und Ausblick

Konstatiert werden kann, dass sich Rechtsfragen auf die Rechtsanwendung und Tatsachenfragen auf die Ermittlung des Sachverhalts beziehen. Festgehalten werden muss jedoch, dass diese Abgrenzung in Einzelfällen auf Schwierigkeiten stoßen kann, insbesondere wenn unbestimmte Rechtsbegriffe betroffen sind. Die Feststellung von generellen Tatsachen durch das BSG im Rahmen der Prüfung eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use lässt sich in zwei Gruppen einteilen: Auslegung und Sachverhaltsermittlung⁷⁶. In diesem Kontext ist die eingangs dieses Beitrags erwähnte übergeordnete Fragestellung hinsichtlich des Verhältnisses zwischen der Feststellung von generellen Tatsachen durch das BSG und der Erforschung des Sachverhalts durch die Vorinstanzen zentral. So ist anhand der Prüfung eines ausnahmsweise zulässigen Off-Label-Use durch die beiden dafür zuständigen BSG-Senate zu untersuchen, wie die Beweiserhebung und/oder Beweiswürdigung und die daraus resultierenden Tatsachenfeststellungen des Landessozialgerichts in rechtlicher Hinsicht bewertet werden. Der Schwerpunkt wird dabei auf der Frage liegen, ob und in welchen Konstellationen das BSG in seiner Prüfung generelle Tatsachen feststellt. Damit zusammenhängend ist mit Blick auf die Abgrenzungsproblematik zwischen generellen Tatsachen und Einzeltatsachen insbesondere zu untersuchen, ob und in welchen Konstellationen das BSG entgegen § 163 SGG Einzeltatsachen feststellt. Die Hauptfragestellung des mit diesem Beitrag vorgestellten Forschungsprojekts ist von rechtspraktischer Relevanz und weist gleichzeitig eine enge Verzahnung zu rechtstheoretischen Unterfragen auf. Rechtstheoretisch wird zu thematisieren sein, was unter dem Begriff der generellen Tatsachen zu verstehen ist und welchen Stellenwert generelle Tatsachen innerhalb des juristischen Subsumtionsmodells ha-

75 BSG, Urteil vom 13.12.2016, B 1 KR 10/16 R, juris Rn. 13.

76 Dieses Ergebnis ergibt sich aus einer Analyse der Rechtsprechung des ersten Senats (Krankenversicherungsrecht). Eine Analyse der Rechtsprechung des sechsten Senats (Vertragsarztrecht) steht noch aus.

ben⁷⁷. Dazu gehört auch die Aufarbeitung der in der Literatur diskutierten Abgrenzungstheorien⁷⁸ in Bezug auf Rechts- und Tatsachenfragen. Diese rechtspraktisch und rechtstheoretisch unbeantworteten Fragen des Verfahrensrechts verdienen es, einer tiefergehenden Untersuchung unterzogen zu werden. Dieser Aufgabe stellt sich das Forschungsprojekt, indem die Rechtsprechung des ersten und sechsten Senats des BSG mit einer Rechtsprechungsanalyse unter Einbezug der Tatsachenfeststellungen der Berufungsgerichte ausgewertet wird.

Literatur

- Baade, Hans W., Social Science Evidence and the Federal Constitutional Court of West Germany, *The Journal of Politics* 1961, S. 421 ff.
- Berchtold, Josef (Hrsg.), Sozialgerichtsgesetz, Handkommentar, 6. Auflage, Baden-Baden 2021 (zitiert: Bearbeiter in: Berchtold, SGG).
- Bockholdt, Frank, Die „Nikolaus-Rechtsprechung“ des BVerfG – Eine Bestandsaufnahme, Zugleich Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 11. April 2017 – 1 BvR 452/17, *Neue Zeitschrift für Sozialrecht* 2017, S. 569 ff.
- Brockmann, Judith, Die Einbeziehung nicht-juristischer Wissensbestände in sozialrechtliche Entscheidungen, in: Deutscher Sozialrechtsverband e. V. (Hrsg.), *Das Sozialrecht und seine Nachbardisziplinen*, Band 65, Berlin 2015, S. 73 ff.
- Dreher, Wolfgang, Rechtsfrage und Tatfrage in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, in: Wulffen, Matthias von/Krasney, Otto Ernst (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht*, Köln 2004, S. 791 ff.
- Eicher, Wolfgang, Generelle Tatsachen in der Revisionsinstanz, Eine Darstellung anhand des sozialgerichtlichen Verfahrens, *Die Sozialgerichtsbarkeit* 1986, S. 501 ff.
- European Medicines Agency (EMA), Zusammenfassung des EPAR für die Öffentlichkeit, Avastin (Bevacizumab), EMA/302947/2017, EMEA/H/C/000582, London 2017, abrufbar unter: https://www.ema.europa.eu/en/documents/overview/avastin-epar-summary-public_de.pdf (letzter Zugriff: 18.10.2021).
- Fichte, Wolfgang/Jüttner, Andreas (Hrsg.), SGG – Sozialgerichtsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, Berlin 2020 (zitiert: Bearbeiter in: Fichte/Jüttner, SGG).
- Francke, Robert, Die regulatorischen Strukturen der Arzneimittelversorgung nach dem SGB V, *Medizinrecht* 2006, S. 683 ff.
- Greiner, Stefan/Benedix, Mathias, Struktur und Systematik des Wirtschaftlichkeitsgebots im SGB V, *Die Sozialgerichtsbarkeit* 2013, S. 1 ff.

77 Müller, Strukturierende Rechtslehre, S. 400 f.; Berchtold in: Berchtold, SGG, § 163 Rn. 19.

78 Henke, ZZP 1968, S. 196, 196 ff., u.v.m.

- Hafner, Katrin, Off-Label-Use von Arzneimitteln in der Palliativmedizin, Bonn 2013.
- Hase, Friedhelm, Sozialrecht und die Integration gesellschaftlichen Wissens, in: Masuch, Peter/Spellbrink, Wolfgang/Becker, Ulrich/Leibfried, Stephan (Hrsg.), Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats, Denkschrift 60 Jahre Bundessozialgericht, Eigenheiten und Zukunft von Sozialpolitik und Sozialrecht, Band 1, Berlin 2014, S. 423 ff.
- Hauck, Karl/Noftz, Wolfgang (Begr.)/Rademacker, Olaf (Hrsg.), Sozialgesetzbuch – SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, Loseblatt-Kommentar, Updatestand/Werkstand: 11. Ergänzungslieferung 2021, Berlin (zitiert: Bearbeiter in: Hauck/Noftz, SGB V, Dokumentstand).
- Henke, Horst-Eberhard, Rechtsfrage und Tatfrage – eine Frage ohne Antwort? Betrachtungen zum Revisionsrecht des deutschen Zivilprozesses, Zeitschrift für Zivilprozess 1968 (3/4), S. 196 ff.
- Huster, Stefan, Die Konkretisierung des Leistungsniveaus der sozialen Gesundheitsversorgung in Selbstverwaltung: Gegenwärtiger Stand und Perspektiven der Weiterentwicklung, in: Wallrabenstein, Astrid/Ebsen, Ingwer (Hrsg.), Stand und Perspektiven der Gesundheitsversorgung, Optionen und Probleme rechtlicher Gestaltung, Bern 2014, S. 95 ff.
- Janda, Constanze, Medizinrecht, 4. Auflage, München 2019.
- Knittel, Stefan, Wissensgewinnung und Aufarbeitung des Prozessstoffes in der Sozialgerichtsbarkeit – Qualitätssicherung, Die Sozialgerichtsbarkeit 2016, S. 124 ff.
- Krasney, Otto Ernst/Udsching Peter/Groth, Andy (Hrsg.), Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, Systematische Gesamtdarstellung mit zahlreichen Beispielen und Mustertexten, 7. Auflage, Berlin 2016 (zitiert: Bearbeiter in: Krasney/Udsching/Groth, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens).
- Meyer-Ladewig, Jens/Keller, Wolfgang/Leitherer, Stephan/Schmidt, Benjamin (Hrsg.), SGG – Sozialgerichtsgesetz, Kommentar, 13. Auflage, München 2020 (zitiert: Bearbeiter in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG).
- Müller, Friedrich, Strukturierende Rechtslehre, 2. Auflage, Berlin 1994.
- Müller, Friedrich/Christensen, Ralph, Juristische Methodik, Band 1, Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 11. Auflage, Berlin 2013.
- Nierwetberg, Rüdiger, Die Unterscheidung von Tatfrage und Rechtsfrage, Juristen-Zeitung 1983, S. 237 ff.
- Philippi, Klaus Jürgen, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, Ein Beitrag zur rational-empirischen Fundierung verfassungsrechtlicher Entscheidungen, Köln 1971.
- Rauscher, Bruno, Die Feststellung genereller Tatsachen durch das Bundessozialgericht, Zur Legitimation der Berücksichtigung von legislative facts im Revisionsverfahren, Die Sozialgerichtsbarkeit 1986, S. 45 ff.
- Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Meßling, Miriam/Udsching, Peter (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, 62. Edition, München, Stand: 01.09.2021 (zitiert: Bearbeiter in: BeckOK SozR).

- Sieper, Marc, Kostenübernahme für außerhalb der arzneimittelrechtlichen Zulassung verabreichtes Medikament bei vollstationärer Krankenhausbehandlung, *juris PraxisReport Sozialrecht* 2020 (18), *juris*, Anm. 2, S. 1 ff.
- Stein, Friedrich, *Das private Wissen des Richters, Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, Leipzig 1893.
- Tiemann, Daniel/Schäffler, Arne, *Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch*, 268. Auflage, Berlin 2020.
- Wicke, Julia, Der Off-Label-Use – Probleme bei der Rechtsanwendung, in: Becker, Ulrich/Wilman, Nikola (Hrsg.), *Im Zweifel auf Privatrezept? Sozial- und haftungsrechtliche Aspekte des Off-Label-Use*, Baden-Baden 2012, S. 63 ff.

Das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 SGB V aus ökonomischer Perspektive¹

Christian Jesberger, Stefan Greß

I. Einleitung

Das zentrale Ziel des ökonomischen Denkens und Handelns ist der möglichst effiziente Einsatz der vorhandenen, knappen Ressourcen. Dies gilt auch für die Gesundheitsökonomie, die in den zurückliegenden Jahrzehnten auch in Deutschland zunehmend an Bedeutung gewonnen hat.² Bei einer stetig wachsenden Anzahl an Therapieoptionen rückt zunehmend auch die Frage in den Mittelpunkt, welche Leistungen aus den vorhandenen, knappen Mitteln bezahlt werden sollen (Allokationsproblem). Dieser Effekt wird noch verstärkt, wenn Innovationen regelmäßig höhere Kosten verursachen als die bisherigen Standardbehandlungen. Unter der Prämisse, dass einerseits alle Menschen individuell verschiedene und tendenziell unbegrenzte Präferenzen und Bedürfnisse haben und andererseits die zur Verfügung stehenden Ressourcen begrenzt sind, ist es unabdingbar Entscheidungen über die Allokation der Ressourcen zu treffen. Im Rahmen eines solchen Entscheidungsprozesses wird es zwangsläufig zu Zielkonflikten kommen. Um die erforderlichen Allokationsentscheidungen zu treffen, kommen daher auch im deutschen Gesundheitswesen zunehmend ökonomische Instrumente zum Einsatz.

Zur Lösung des Allokationsproblems stehen in der Ökonomie grundsätzlich zwei Optimierungswege zur Verfügung: Die Maximierung des Nutzens bei gegebenem Mitteleinsatz oder die Minimierung des Mitteleinsatzes bei Vorgabe eines bestimmten Ziels. Auf Gesundheitssysteme übertragen wird somit entweder auf eine Maximierung der Ergebnisse (Output), wie z.B. der gesamtgesellschaftlichen Gesundheit oder der durchschnittlichen Lebensdauer, bei einem vorgegebenen Budget (Input)

1 Der vorliegende Beitrag basiert auf einem Vortrag, den der Erstautor im Rahmen der Konferenz „Sozialgerichtsbarkeit im Blick – Interdisziplinäre Forschung in Bewegung“ gehalten hat.

2 Vgl. z.B. Wasem/Greß/Hesel, Gesundheitswesen und Sicherung bei Krankheit und im Pflegefall, S. 649 ff.; Jesberger/Greß, Ökonomie und Public Health, S. 85 ff.

abgestellt. Diese Form der Optimierung wird als Maximalprinzip bezeichnet. Bei der Alternative, dem Minimalprinzip, wird demgegenüber (gesellschaftlich) ein Ziel definiert. Dieses kann z.B. ein bestimmtes Maß an gesamtgesellschaftlicher Gesundheit oder eine angestrebte durchschnittliche Lebensdauer sein. Dieses festgelegte Ziel soll mit einem möglichst geringen Einsatz von Mitteln, wie z.B. Steuern oder Versichertenbeiträgen, finanziert werden. Während demnach beim Maximalprinzip im Rahmen des Optimierungsprozesses auch Rationierungen möglich sind, zielt das Minimalprinzip primär auf eine Rationalisierung innerhalb der gewählten Ziele ab.³ Implizit können Rationierungen beim Minimalprinzip aber beispielsweise über die Auswahl der gewünschten Ziele erfolgen.

Die ökonomische Analyse der Wirtschaftlichkeit erfolgt somit grundsätzlich durch den Vergleich von Alternativen. Dabei wird untersucht, welche (zusätzlichen) Kosten und Nutzen beim Einsatz unterschiedlicher Interventionen zu erwarten sind. Das ermittelte Kosten-Nutzen-Verhältnis kann im Rahmen der Entscheidung über den Einsatz der knappen Mittel als Entscheidungsunterstützung herangezogen werden. Im Rahmen der Analyse sind somit auch die Opportunitätskosten der Mittelverwendung zu betrachten, d.h. der nicht realisierte Nutzen der (bestmöglichen) Alternative, die aufgrund der limitierten Mittel nicht umgesetzt wird.⁴

II. Der Wirtschaftlichkeitsbegriff im SGB V

Das Ziel eines effizienten Ressourceneinsatzes spiegelt sich auch in der Ausgestaltung des Wirtschaftlichkeitsgebots im SGB V (§ 12 SGB V) wider. Demnach müssen Leistungen „ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein“ und „dürfen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten“ (§ 12 Abs. 1 S. 1 SGB V). Wirtschaftlichkeit im ökonomischen Sinn (als Vergleich der Kosten und Nutzen von Alternativen) stellt somit nur eines von mehreren Kriterien bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit gemäß § 12 SGB V dar. Im Schrifttum wird daher vielfach von der „Wirtschaftlichkeit im engeren Sinne“ (i.e.S.) gesprochen.⁵ Nur wenn auch die weiteren, nicht ökonomischen Voraussetzungen (ausreichend, zweckmäßig, notwendig) erfüllt sind, liegt Wirtschaftlichkeit im weiteren Sinne (i.w.S.) gemäß § 12 SGB V

3 Vgl. Scholz in: Becker/Kingreen, SGB V, § 12 Rn. 6.

4 Vgl. Graf v. d. Schulenburg, Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz 2012, S. 660 ff.

5 Vgl. Greiner in: NK-GesundhR, SGB V § 12 Rn. 19.

vor. Entsprechend wird das Wirtschaftlichkeitsgebot vom Bundessozialgericht (BSG) als komplexer Oberbegriff verstanden.⁶ Der Wirtschaftlichkeitsbegriff im SGB V geht folglich über das, was aus ökonomischer Sicht unter Wirtschaftlichkeit zu verstehen ist, deutlich hinaus.

In § 12 Abs. 1 SGB V i.V.m. § 2 SGB V stellt der Gesetzgeber zudem explizit klar, dass sowohl Krankenkassen als auch Leistungserbringer dem Wirtschaftlichkeitsgebot unterliegen.⁷ Gemäß § 2 Abs. 4 SGB V haben neben Krankenkassen und Leistungserbringern auch die Versicherten *„darauf zu achten, dass die Leistungen wirksam und wirtschaftlich erbracht und nur im notwendigen Umfang in Anspruch genommen werden.“* Diese Pflicht wird in der Literatur überwiegend als *„Nebenpflicht aus dem Sozialversicherungsverhältnis“*⁸ betrachtet.

Der Wirtschaftlichkeitsbegriff im Sinne des § 12 SGB V wird als unbestimmter Rechtsbegriff durch weitere unbestimmte Rechtsbegriffe (ausreichend, zweckmäßig, notwendig) konkretisiert, wobei sich diese nicht immer trennscharf voneinander abgrenzen lassen.⁹ Die Vorgaben, was unter „Wirtschaftlichkeit“ zu verstehen ist, werden zudem durch spezielleres Recht im SGB V, durch die Rahmengesetzgebung des gemeinsamen Bundesausschusses (G-BA) sowie durch (höchst-)richterliche Entscheidungen geprägt. Diese Rahmenbedingungen führen bei den Beteiligten regelmäßig zu Unsicherheit, wenn es um die Beurteilung der Frage geht, ob eine Handlung als wirtschaftlich anzusehen ist. Auch disziplinenübergreifend kommt es zu Unstimmigkeiten, da der Begriff beispielsweise über die Wirtschaftlichkeit im ökonomischen Sinne deutlich hinausgeht.

Mit der Beschränkung auf die wirtschaftlich bereitzustellenden (unbedingt) notwendigen Maßnahmen bei gleichzeitiger Sicherstellung der erforderlichen Behandlung setzt das Wirtschaftlichkeitsprinzip des § 12 SGB V beim zuvor dargestellten Minimalprinzip an, indem die notwendigen Leistungen möglichst kostengünstig bereitgestellt werden sollen. Der Wirtschaftlichkeitsbegriff beschränkt sich jedoch nicht auf ein klassisches, auf Rationalisierung ausgerichtetes Minimalprinzip. So werden z.B. im Rahmen der Arzneimittelzulassung auch Wirksamkeits- und Qualitätskriterien berücksichtigt. Ein Maximalprinzip im Sinne einer Maximierung des gesamtgesellschaftlichen Nutzens bei einem fixierten Budget für Gesund-

6 Vgl. Scholz in: Becker/Kingreen, SGB V, § 12 Rn. 1.

7 Vgl. BT-Drs. 11/2237, S. 163.

8 Vgl. Scholz in: Becker/Kingreen, SGB V, § 2 Rn. 16.

9 Vgl. dazu ausführlich Greiner/Benedix, SGB 2013, S. 1 ff.

heitsausgaben ist in Deutschland nicht vorgesehen. Eine (offene) Rationierung findet somit zumindest im Grundsatz nicht statt.¹⁰

Die Beurteilung der Kriterien des Wirtschaftlichkeitsgebots sollte rückblickend nur mit Blick auf den Entscheidungszeitpunkt erfolgen. Dies folgt schon aus der Tatsache, dass Ärzt:innen (und auch Versicherte) auf zahlreiche den Behandlungserfolg beeinflussende Faktoren nur bedingt Einfluss nehmen können. Die Beurteilung erfolgt somit auf Basis zum Entscheidungszeitpunkt plausibler Wahrscheinlichkeiten, die sich im Einzelfall ex-post nicht einstellen müssen.

Das aus ökonomischer Perspektive weit gefasste Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 SGB V ist im Ergebnis sowohl leistungsbegründend (ausreichend) als auch leistungsbegrenzend (zweckmäßig, wirtschaftlich, notwendig).¹¹ Zudem greift das Wirtschaftlichkeitsgebot nach ständiger Rechtsprechung des Bundessozialgerichts nicht, wenn nur eine Therapieoption zur Verfügung steht.¹²

III. Ökonomische Einordnung des Wirtschaftlichkeitsgebots im SGB V

Das Bundessozialgericht versteht den Begriff der Wirtschaftlichkeit in ständiger Rechtsprechung als eine Art Oberbegriff.¹³ Aus ökonomischer Perspektive ist dem nicht zu folgen. Zwar spielt das ausreichende Maß einer Behandlung im Sinne einer Opportunitätskostenbetrachtung, die auch Folgekosten einer nicht ausreichenden Behandlung einbezieht, auch unter ökonomischen Aspekten eine Rolle. Gesellschaftliche Präferenzen, was eine ausreichende Versorgung ausmachen soll, welche Zielgruppen ggf. bevorzugt behandelt werden sollen etc., sollten jedoch davon losgelöst betrachtet werden. Dies bedeutet nicht, dass gesellschaftliche Präferenzen außer Acht gelassen werden sollten. Das Gegenteil ist der Fall. Sie sollten aber nicht in den Wirtschaftlichkeitsbegriff integriert, sondern daneben als weitere Ziele im Rahmen eines gesellschaftlichen (und politischen) Entscheidungsprozesses verstanden werden. In der Literatur wird versucht die Problematik durch die Aufspaltung des Begriffs in eine „Wirtschaftlichkeit im engeren Sinne“ und eine „Wirtschaftlichkeit im weiteren Sinne“ zu lösen, wobei letztere auf den „Oberbegriff“ im Sinne der BSG-Rechtspre-

10 Vgl. Greiner/Benedix, SGB 2013, S. 1 ff.

11 Vgl. beispielhaft Scholz in: Becker/Kingreen, SGB V, § 12 Rn. 2.

12 Vgl. BSG, Urteil vom 02.09.2014, B 1 KR 3/13 R, juris m.w.N.; zustimmend z.B. Heinz in: jurisPK-SGB V, § 12 Rn. 107.

13 Vgl. Scholz in: Becker/Kingreen, SGB V, § 12 Rn. 1.

chung abstellt. Dies führt jedoch regelmäßig dazu, dass der Begriff der Wirtschaftlichkeit aus ökonomischer Perspektive missverstanden oder fehlinterpretiert wird. Aus dem Entscheidungsprozess sollte transparent hervorgehen, ob die Entscheidung auf Basis von wirtschaftlichen oder anderen Überlegungen (z.B. ethischen Gesichtspunkten) getroffen wird. Die Vermischung ökonomischer und nicht-ökonomischer Kriterien bei der Beurteilung der „sozialrechtlichen Wirtschaftlichkeit“ im SGB V steht diesem Ziel entgegen.

Im Hinblick auf das Wirtschaftlichkeitsprinzip des SGB V ist es ökonomisch unstrittig und wird auch im Schrifttum weithingehend akzeptiert, dass wenn zwei in gleichem Maße notwendige Behandlungsalternativen die identische Zweckmäßigkeit aufweisen, im Grundsatz die Maßnahme zu wählen ist, bei der die geringeren Kosten anfallen.¹⁴ Nach herrschender Meinung ist ebenfalls weitgehend unstrittig, dass eine Nichtberücksichtigung des Wirtschaftlichkeitsgebots nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen kann. Dabei wird jedoch im Schrifttum wie auch seitens der Gerichte in der Regel auf den Wirtschaftlichkeitsbegriff i.w.S. abgestellt.

Der Schlussfolgerung des Bundessozialgerichts und Teilen des Schrifttums, dass das Wirtschaftlichkeitsgebot nicht greifen könne, wenn keine andere Leistung zur Verfügung steht, ist aus ökonomischer Perspektive zumindest in Extremfällen nicht zu folgen. Unter der Voraussetzung, dass man die Prämisse limitierter finanzieller Mittel akzeptiert, wird es unzweifelhaft einen Punkt geben, ab dem das Verhältnis aus (zusätzlichen) Kosten und Nutzen so schlecht ausfällt, dass auch ohne Behandlungsalternative eine Finanzierung nicht möglich scheint bzw. zwingende Einsparungen an anderer Stelle nach sich ziehen muss. Im Ergebnis sollte aus ökonomischer Perspektive mit dem Ziel, beispielsweise die gesamtgesellschaftliche Gesundheit zu maximieren, das Wirtschaftlichkeitsgebot zumindest in Extremfällen dahingehend ausgelegt werden (dürfen), dass unter Beachtung verfassungsrechtlicher Standards der Leistungsumfang begrenzt werden kann.¹⁵ Eine Nichtberücksichtigung der Opportunitätskosten der Mittelverwendung würde dazu führen, dass kurz- oder mittelfristig die Wahrscheinlichkeit einer verdeckten Rationierung an anderer Stelle zunimmt.

Dass der Gesetzgeber sich der grundsätzlichen Problematik bewusst ist, zeigt § 35b SGB V. So soll im Rahmen der „wirtschaftlichen Bewertung“ einer durch den Gemeinsamen Bundesausschuss (G-BA) beauftragten Kosten-Nutzen-Bewertung von Arzneimitteln durch das Institut für Qualität

14 Vgl. BSG, Urteil vom 01.07.2014, B 1 KR 62/12, juris Rn. 24 f.

15 Zustimmend z.B. Greiner in: NK-GesundhR, SGB V § 12 Rn. 19.

und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen (IQWiG) „auch die Angemessenheit und Zumutbarkeit einer Kostenübernahme durch die Versichertengemeinschaft, angemessen berücksichtigt werden“.

IV. Wirtschaftlichkeit von Arzneimitteln

Mit ca. 41 Mrd. Euro (2019) machen die Ausgaben für Arzneimittel einen erheblichen Anteil (17%) der jährlichen Ausgaben der GKV aus. Nach den Kosten für Krankenhausbehandlungen (ca. 80 Mrd. Euro) liegen sie damit gemeinsam mit Ausgaben für ärztliche Behandlungen (ebenfalls ca. 41 Mrd. Euro) auf dem geteilten zweiten Platz der einzelnen Leistungsbereiche.¹⁶ Analysen der Wirtschaftlichkeit (neuer) Arzneimittel können daher einen wichtigen Beitrag zur Finanzierungsentscheidung und der langfristigen finanziellen Stabilität der GKV beitragen.

In der Rechtspraxis des Bundessozialgerichts knüpft die Prüfung der Wirtschaftlichkeit von Arzneimitteln gemäß § 12 SGB V regelmäßig an die arzneimittelrechtliche Zulassung an.¹⁷ Im Rahmen der Zulassung sind Arzneimittel insbesondere im Hinblick auf deren Qualität, Wirksamkeit und Unbedenklichkeit zu prüfen (§ 1 AMG). Da für ein nicht zugelassenes Arzneimittel der Wirksamkeitsbeleg fehlt, gelten nicht zugelassene Arzneimittel im Grundsatz als nicht verordnungsfähig.¹⁸ Diese sogenannte negative Vorgreiflichkeit des Arzneimittelrechts wird allerdings beispielsweise im Rahmen des Off-Label-Use von Arzneimitteln durchbrochen.¹⁹

Die Anknüpfung an die Arzneimittelzulassung bei der Prüfung der Wirtschaftlichkeit im Sinne des SGB V ist insofern folgerichtig, als eine nicht wirksame Behandlung auch bei extrem geringen Kosten keinesfalls eine positive Kosteneffektivität aufweisen kann. Umgekehrt gilt dieser Zusammenhang allerdings nicht. Es kann durchaus wirksame Leistungen geben, die unter Einbezug der Kosten – im Vergleich zu möglichen Behandlungsalternativen – als nicht wirtschaftlich (kosteneffektiv) anzusehen sind. Die Zulassung eines Arzneimittels stellt damit im Grundsatz eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für dessen Wirtschaftlichkeit dar.

16 Vgl. BMG, Gesetzliche Krankenversicherung – Endgültige Rechnungsergebnisse 2019 (Amtliche Statistik KJ 1).

17 Vgl. exemplarisch BSG, Urteil vom 27.09.2005, B1 KR 6/04 R, juris m.w.N.

18 Vgl. BSG, Urteil vom 27.09.2005, B1 KR 6/04 R, juris m.w.N.

19 Vgl. Kap. 5.

Neben der im Rahmen der Zulassung im Mittelpunkt stehenden Effektivität der Behandlung, gilt es somit auch, den Einsatz knapper Mittel durch eine Analyse der zusätzlichen Kosten und Nutzen zu rechtfertigen. Die Implementierung der Kosteneffektivität als „vierte Hürde“ könnte genau an diesem Punkt ansetzen.²⁰

V. Grenzen des Wirtschaftlichkeitsgebots am Beispiel des Off-Label-Use

Unter Off-Label-Use wird nach Definition des Gemeinsamen Bundesausschusses der Einsatz von zugelassenen Arzneimitteln in nicht zugelassenen Anwendungsgebieten (Indikationen, Patientengruppen) verstanden.²¹ Das Arzneimittel hat durch Zulassung die Mindeststandards des Arzneimittelgesetzes für die zugelassenen Anwendungsgebiete erfüllt. Für die Anwendungen in anderen Anwendungsgebieten gilt dies jedoch nicht. Ärzt:innen wiederum können grundsätzlich im Rahmen der Behandlungsfreiheit auch nicht für bestimmte Anwendungsgebiete zugelassene Arzneimittel einsetzen.²² Die grundlegenden Anspruchsgrenzen der Arzneimittelversorgung und damit insbesondere auch die Regelungen zum Off-Label-Use gelten aus Sicht des BSG dabei grundsätzlich neben der ambulanten vertragsärztlichen Versorgung auch im Bereich der stationären Versorgung.²³

Die Gründe für den Off-Label-Use von Arzneimitteln sind vielfältig. Unabhängig von den Gründen haben die Szenarien jedoch gemein, dass aufgrund der Nichtzulassung eines Arzneimittels der üblicherweise im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsbetrachtung herangezogene Beleg der Wirksamkeit fehlt und damit mangels Wirtschaftlichkeit eine Erstattung durch die gesetzliche Krankenversicherung regelmäßig ausscheidet. Da jedoch in bestimmten Fällen der Einsatz nicht für das Anwendungsgebiet zugelassener Arzneimittel z.B. aus Mangel an Alternativen geboten sein kann, wird die negative Vorgeiflichkeit des Arzneimittelrechts sowohl durch die Arzneimittel-Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses (§ 35c SGB V) als auch durch die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts durchbrochen.

Das BSG hat hierfür im Zuge der ständigen Rechtsprechung Maßstäbe entwickelt, wann ein Arzneimittel im Off-Label-Use ausnahmsweise ver-

20 Vgl. SVR, Bedarfsgerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit.

21 Vgl. G-BA, Stichwort Off-Label-Use.

22 Vgl. Lang in: Becker/Kingreen, SGB V, § 28 Rn. 7.

23 Vgl. BSG, Urteil vom 13.12.2016, B 1 KR 1/16 R, juris Rn. 26; zustimmend z.B. Axer in: Becker/Kingreen, SGB V, § 31 Rn. 21.

ordnungsfähig ist.²⁴ Demnach kommt eine Erstattung durch die GKV in Betracht, wenn es sich um eine schwerwiegende Erkrankung handelt, keine andere Therapie verfügbar ist und die begründete Aussicht auf einen Behandlungserfolg besteht.²⁵ Durch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) wurden im Jahr 2005 im sogenannten „Nikolaus-Beschluss“ auch die grundrechtlichen Grenzen der Leistungseinschränkung im gegenwärtigen System der sozialen Krankenversicherung klargestellt.²⁶ Demnach ist es nicht mit dem Grundgesetz vereinbar „einen gesetzlich Krankenversicherten, für dessen lebensbedrohliche oder regelmäßig tödliche Erkrankung eine allgemein anerkannte, medizinischem Standard entsprechende Behandlung nicht zur Verfügung steht, von der Leistung einer von ihm gewählten, ärztlich angewandten Behandlungsmethode auszuschließen, wenn eine nicht ganz entfernt liegende Aussicht auf Heilung oder auf eine spürbare positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf besteht.“²⁷ Der Gesetzgeber hat die Vorgaben des BVerfG und BSG in § 2 Abs. 1a SGB V inzwischen auch gesetzlich verankert.²⁸

In Extremsituationen rückt damit die Wirtschaftlichkeit i.e.S. weitgehend in den Hintergrund. Die Abwägung erfolgt vielmehr zwischen dem Fehlen eines Wirksamkeits- und Unbedenklichkeitsnachweises auf der einen und einer dem Einzelfall angemessenen, ausreichenden Leistung auf der anderen Seite.²⁹ Damit treten ethische und verfassungsrechtliche Aspekte in den Vordergrund der Finanzierungsentscheidung.³⁰ Stehen mehrere Alternativen zur Verfügung, ist die Erstattung der kostenintensiveren Behandlung (verfassungsrechtlich) dann nicht geboten, wenn das Verhältnis aus zusätzlichen Kosten und zusätzlichem Nutzen zwischen den Behandlungsalternativen deutlich zu Lasten einer der beiden Maßnahmen ausfällt.³¹

24 Vgl. BSG, Urteil vom 19.03.2002, B 1 KR 37/00 R, juris; für weitere Nachweise vgl. beispielsweise Axer in: Becker/Kingreen, SGB V, § 31 Rn. 33-37.

25 Vgl. zur Auslegung der Rechtsprechung z.B. Bischofs in: BeckOK SozR, SGB V § 31 Rn. 26-27. Von einer schwerwiegenden Erkrankung ist nach ständiger Rechtsprechung auszugehen, wenn diese lebensbedrohlich ist oder die Lebensqualität einer Person dauerhaft und nachhaltig beeinträchtigt.

26 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 06.12.2005, 1 BvR 347/98, juris Rn. 1-69.

27 Siehe Leitsatz zum Beschluss des BVerfG vom 06.12.2005, 1 BvR 347/98, juris.

28 Vgl. Scholz in: Becker/Kingreen, SGB V, § 2 Rn. 5.

29 Vgl. Axer in: Becker/Kingreen, SGB V, § 31 Rn. 33.

30 Davon unbenommen kann (und wird) auch in Extremsituationen weiterhin eine Wirtschaftlichkeitsprüfung gegenüber den Leistungserbringern erfolgen, bei der überprüft wird, ob die Leistung zum Zeitpunkt der Leistungserbringung als notwendig und zweckmäßig anzusehen war.

31 Vgl. Greiner/Benedix, SGB 2013, S. 1 ff.

VI. Relevanz einer Analyse der Kosteneffektivität

Für Versicherte sind die Anreize, kostensparende Maßnahmen zu bevorzugen oder auf Leistungen ganz zu verzichten, im System der GKV ausgesprochen gering. Die tatsächlichen Behandlungskosten spielen für sie auch unter Einbezug von Zuzahlungen in den meisten Fällen eine untergeordnete Rolle. Die einkommensabhängigen GKV-Beiträge stehen einem weitgehend vereinheitlichten Leistungsangebot gegenüber. Solange der Nutzen aus einer Behandlung demnach nicht null oder negativ ist, haben GKV-Versicherte wenig Anreize, auf Leistungen zu verzichten.³² Der Einbezug von Kosteneffektivitätsanalysen im Rahmen der Finanzierungsentscheidung könnte als Surrogat für die nicht offenbarte individuelle Zahlungsbereitschaft und damit den Nutzen der Versicherten aus einzelnen Maßnahmen herangezogen werden.³³

Ärzt:innen wiederum stehen vor einem Dilemma. Zum einen wollen und/oder müssen sie den Patient:innen bestmöglich helfen. Der Ausschluss von Arzneimitteln aufgrund der verursachten Kosten (die mit der Krankenkasse eine dritte Partei trägt) ist damit im Rahmen der Therapieentscheidung nicht von höchster Priorität. Die Nichtanwendung vorhandener Therapieoptionen kann für Ärzt:innen (haftungs-)rechtliche Folgen haben. Andererseits sind Ärzt:innen wie Krankenkassen auch dem Wirtschaftlichkeitsgebot im SGB V unterworfen.³⁴

Die Anwendung von Kosten-Nutzen-Analysen zur Entscheidungsunterstützung kann dabei durchaus auch aus ethischer Perspektive Vorzüge bieten, wenn es sich um ein transparentes, faires und evidenzbasiertes Verfahren handelt. So kann die Transparenz der Entscheidungsfindung neben der Entscheidungsunterstützung auch (haftungs-)rechtliche Unsicherheiten reduzieren, damit auch zur Entlastung der Ärzt:innen beitragen und zudem die Akzeptanz gesellschaftlicher Allokationspräferenzen stärken. Voraussetzung ist allerdings, dass diese Präferenzen zuvor in einem unbedingt erforderlichen Diskurs ermittelt wurden.³⁵ Durch den Einbezug

32 Das ohnehin vielfach eher abstrakt wahrgenommene Risiko steigender Beitragsätze wird noch geschwächt, indem die Versicherten „befürchten“ könnten, dass nur sie verzichten, alle anderen aber nicht. Der eigene Verzicht würde sich somit unmittelbar in entgangenem Nutzen nicht erhaltener Leistungen widerspiegeln und die Versicherungsbeiträge würden dennoch steigen.

33 Vgl. SVR, Bedarfsgerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit.

34 Vgl. Frahm et al., *Medizin und Standard*, S. 1 ff.

35 Vgl. Marckmann/Strech, *Kostensensible Leitlinien als Priorisierungsinstrument*, S. 75 ff.

systematischer Kosteneffektivitätsanalysen werden die Entscheidungen der Finanzierung einzelner Leistungen und die Streitigkeiten darüber zunehmend – möglichst transparent und fachlich fundiert – auf die institutionelle Ebene verlagert und nicht auf die ohnehin in einer Extremsituation befindlichen Versicherten, die behandelnden Ärzt:innen und die jeweilige Krankenversicherung abgewälzt.

So hat auch das Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit solcher Analyseverfahren explizit angesprochen. Nach Auffassung des Gerichts ist es *„dem Gesetzgeber schließlich nicht von Verfassungs wegen verwehrt, zur Sicherung der Qualität der Leistungserbringung, im Interesse einer Gleichbehandlung der Versicherten und zum Zweck der Ausrichtung der Leistungen am Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit ein Verfahren vorzusehen, in dem neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden in der vertragsärztlichen Versorgung auf ihren diagnostischen und therapeutischen Nutzen sowie ihre medizinische Notwendigkeit und Wirtschaftlichkeit nach dem jeweiligen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse sachverständig geprüft werden, um die Anwendung dieser Methoden zu Lasten der Krankenkassen auf eine fachlich-medizinisch zuverlässige Grundlage zu stellen.“*³⁶

Es gibt aber auch Vorbehalte und Bedenken auf Seiten der Ärzteschaft bezüglich einer stärker standardisierten Entscheidungsfindung, beispielsweise hinsichtlich einer eingeschränkten Einzelfallsensibilität, der unterschiedlichen Evidenzlage zwischen den Fachgebieten sowie der Einschränkung der ärztlichen Behandlungsfreiheit und (daraus resultierenden) Beeinträchtigungen der Arzt-Patientenbeziehung.³⁷

VII. Kosteneffektivitätsanalysen zur Entscheidungsunterstützung

Während die Zulassung von Arzneimitteln primär auf deren Wirksamkeit sowie Unbedenklichkeit und Qualität abstellt, stellen Kosteneffektivitätsanalysen primär auf die Erstattungsfähigkeit und Erstattungshöhe einer Intervention ab. Die Kosteneffektivität wird daher auch als „vierte Hürde“ bezeichnet.³⁸ Das Ziel von Kosteneffektivitätsanalysen ist dabei nicht die Minimierung der Ausgaben. Kosteneffektivitätsanalysen stellen vielmehr

36 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 06.12.2005, 1 BvR 347/98, juris Rn. 59. Die Entscheidung, ob die (damaligen) gesetzlichen Regeln zur Entscheidungsfindung den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen, lies das BVerfG offen.

37 Vgl. Marckmann/Strech, Kostensensible Leitlinien als Priorisierungsinstrument, S. 75 ff.

38 Vgl. SVR, Bedarfsgerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit.

regelmäßig darauf ab, ob die zusätzlichen Kosten einer effektiveren Behandlung im Vergleich zu den Kosten und Outcomes der bisherigen (Standard-)Therapie eine bestmögliche Zielerfüllung, wie z.B. die Maximierung der gesamtgesellschaftlichen Gesundheit, erwarten lassen und folglich aus Versicherten- oder Steuergeldern finanziert werden sollten.³⁹

Da die monetäre Erfassung insbesondere der Nutzenseite (z.B. der Wert eines gewonnenen Lebensjahrs) regelmäßig methodische und ethische Probleme aufwirft, spielt die unter Ökonomen gebräuchlichste Form der Effizienzanalyse, die Kosten-Nutzen-Analyse, im Rahmen vergleichender gesundheitsökonomischer Analysen nur eine untergeordnete Rolle.⁴⁰ Stattdessen kommen häufig Kosten-Wirksamkeits- oder Kosten-Nutzwert-Analysen zum Einsatz.⁴¹ Diese umgehen die Schwierigkeiten einer Monetarisierung der Nutzenseite z.B. durch die Betrachtung der Anzahl gewonnener (qualitätsadjustierter) Lebensjahre.⁴² Kosten-Nutzwert-Analysen auf Basis qualitätsadjustierter Lebensjahre (QALYs) bieten zudem die Möglichkeit indikationsübergreifender Vergleiche.

Während in zahlreichen Ländern weltweit QALY-basierte Kosteneffektivitätsanalysen eine wichtige Rolle im Rahmen der Finanzierungsentscheidung einnehmen, kommen diese in Deutschland bislang kaum zum Einsatz.⁴³ Eine Erklärung hierfür ist, dass das Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen (IQWiG) die Anwendung von QALYs zwar nicht ausschließt, dem QALY-Konzept aber tendenziell kritisch gegenübersteht.⁴⁴

39 Unter ökonomischen Gesichtspunkten wäre es (mit Verweis auf die Opportunitätskosten der Mittelverwendung) auch denkbar zu fragen, ob eine im Vergleich zur bisherigen Standardbehandlung weniger effektive aber deutlich günstigere Therapie eingesetzt werden sollte, wenn die dabei freiwerdenden Mittel an anderer Stelle (im Gesundheitswesen) einen größeren Nutzen stiften als der Nutzenverlust aufgrund des geringfügig schlechteren Outcomes im Vergleich zur bisherigen Standardbehandlung.

40 Eine Ausnahme bilden Return-on-Investment-Analysen im Rahmen der betrieblichen Gesundheitsförderung, deren methodische Vorgehensweise einer klassischen Kosten-Nutzen-Analyse sehr ähnlich ist. Vgl. Masters et al., JECH 2017, S. 827 ff.

41 Vgl. Weatherly et al., Health Policy 2009, S. 85 ff.

42 Vgl. Drummond/Teeling Smith/Wells, Economic Evaluation and Develop Medicines in the Development of Medicines.

43 Vgl. Graf v. d. Schulenburg/Vauth/Mittendorf/Greiner, Gesundheitsökonomie & Qualitätsmanagement 2007, S. S3 ff.; sowie exemplarisch für England Dakin et al., Health Economics 2015, S. 1256 ff.

44 Vgl. IQWiG, Allgemeine Methoden; die vom IQWiG stattdessen zur Messung der Kosteneffektivität verwendete Effizienzgrenze wurde im Schrifttum bereits inten-

Ogleich die im Rahmen des Arzneimittelmarktneuordnungsgesetzes (AMNOG) eingeführte frühe Nutzenbewertung nach § 35a SGB V keine vierte Hürde im Sinne einer vergleichenden indikationsübergreifenden Kosteneffektivität darstellt, setzt diese dennoch bei den Zielen des Wirtschaftlichkeitsgebots an. Die Feststellung, ob ein neues Arzneimittel einen medizinischen Zusatznutzen gegenüber der bisherigen zweckmäßigen Vergleichstherapie aufweist, stellt zwar keine explizite Marktzugangshürde dar. Die Ergebnisse der Nutzenbewertung bilden jedoch die Grundlage der anschließend stattfindenden Verhandlungen über die Höhe des Erstattungsbetrags zwischen dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen (GKV-SV) und dem pharmazeutischen Unternehmen. Zusätzliche Kosten einer Behandlung werden somit im Grundsatz nur in Höhe des zusätzlichen Nutzens berücksichtigt. Ein indikationsübergreifender Vergleich der Kosteneffektivität ist hingegen nicht möglich. Ähnlich wie Kosteneffektivitätsanalysen stellen auch die Ergebnisse der frühen Nutzenbewertung zudem einen Informationsgewinn für Leistungserbringer dar.

VIII. Fazit

Das eingangs dargestellte Allokationsproblem resultiert aus der Tatsache, dass alle Menschen individuell verschiedene Präferenzen und Bedürfnisse haben und die zur Verfügung stehenden Ressourcen limitiert sind. Wenn jedoch die zur Verfügung stehenden Ressourcen begrenzt sind, ist es unabdingbar, Entscheidungen über die Allokation dieser Ressourcen zu treffen. Wir konnten zeigen, dass auch keine Entscheidung zu treffen aufgrund der knappen Ressourcen eine – verdeckte – Entscheidung darstellt. Überdies stehen Gesundheitsausgaben stets auch im Wettbewerb mit anderen Staatsausgaben und sind damit rechtfertigungsbedürftig. Unsere Analyse unterstreicht vor diesem Hintergrund, dass der auf dem Wirtschaftlichkeitsgebot basierende Einsatz von Kosteneffektivitätsanalysen im Rahmen der Finanzierungsentscheidung eine wichtige Entscheidungshilfe darstellen kann und dass eine Umsetzung auch in Deutschland (z.B. durch QALY-basierte Kosten-Nutzwertanalysen) möglich wäre.⁴⁵ Hierbei können – wie bisher – auch Faktoren wie z.B. die zu erwartende Nachhaltigkeit des

siv diskutiert; vgl. exemplarisch Greiner/Kuhlmann/Schwarzbach, Gesundheitsökonomie & Qualitätsmanagement 2010, S. 241 ff.

45 Vgl. dazu an einem anderen Beispiel Jesberger/Greß, Ökonomie und Public Health, S. 85 ff.

Behandlungserfolgs berücksichtigt werden.⁴⁶ Der Einsatz von Kosteneffektivitätsanalysen stellt sicher, dass nicht wirksame Maßnahmen von vornherein von der Finanzierung aus Beitragsmitteln ausgeschlossen werden. Die Analysen erhöhen zudem die Transparenz und können zur Reduktion von Unsicherheit im Entscheidungsprozess beitragen. Durch den Rückgriff auf QALYs sind überdies indikationsübergreifende Vergleiche möglich.

Mit dem Einbezug von Kosteneffektivitätsanalysen zur Unterstützung der Finanzierungsentscheidung liefert die Ökonomie damit einen – keineswegs exklusiven – Vorschlag zur Lösung der Allokationsproblematik im Gesundheitswesen. Dabei sollte es nicht die Aufgabe der Gerichte sein, regelmäßig darüber zu entscheiden, ab welchem Verhältnis aus zusätzlichen Kosten und Nutzen die Finanzierung einer Leistung zu verwehren ist. Diesen Rahmen vorzugeben obliegt der Politik, im Idealfall basierend auf einem gesellschaftlichen Diskurs. In diesen Diskurs müssen auch ethische Aspekte und Gerechtigkeitsüberlegungen, etwa Chancengerechtigkeit bezogen auf den Zugang zu Gesundheitsleistungen, einfließen. Offene Diskussionen über Rationierung werden aber in Deutschland bislang kaum geführt. Dabei wird ausgeblendet, dass bei knappen Ressourcen schon eine nicht fundierte und erst recht keine Entscheidung eine verdeckte Rationierung bedeuten kann. Die somit erforderlichen Allokationsentscheidungen sollten dabei auf einer möglichst transparenten und umfassenden Wissensbasis erfolgen. Gesundheitsökonomische Evaluationen stellen hierfür im Rahmen der Finanzierungsentscheidung eine wichtige Entscheidungsunterstützung dar.⁴⁷

Literatur

Becker, Ulrich/Kingreen, Thorsten (Hrsg.), SGB V – Gesetzliche Krankenversicherung, Kommentar, 7. Auflage, München 2020 (zitiert: Bearbeiter in: Becker/Kingreen, SGB V).

Berchtold, Josef/Huster, Stefan/Rehborn, Martin (Hrsg.), Gesundheitsrecht, SGB V, SGB XI, NOMOS-Kommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2018 (zitiert: Bearbeiter in: NK-GesundhR).

46 Zur Möglichkeit beispielsweise des Einbezugs von „equity weights“ vgl. Deutscher Ethikrat, Nutzen und Kosten im Gesundheitswesen.

47 Vgl. Jesberger/Greif, Ökonomie und Public Health, S. 85 ff.

- Bundesministerium für Gesundheit (BMG), Gesetzliche Krankenversicherung – Endgültige Rechnungsergebnisse 2019, Einnahmen und Ausgaben, Amtliche Statistik KJ 1, Stand 22.06.2020, Bonn, abrufbar unter: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Statistiken/GKV/Finanzergebnisse/KJ1_2019_Internet.pdf.
- Dakin, Helen/Devlin, Nancy/Feng, Yan/Rice, Nigel/O'Neill, Phill/Parkin, David, The Influence of Cost-Effectiveness and Other Factors on Nice Decisions, *Health Economics* 2015 (10), S. 1256 ff.
- Deutscher Ethikrat, Nutzen und Kosten im Gesundheitswesen – Zur normativen Funktion ihrer Bewertung, Stellungnahme, Berlin 2011, abrufbar unter: https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/DER_Stn_Allo-Aufl2_Online.pdf (letzter Zugriff: 15.02.2021).
- Drummond, Michael F./Teeling Smith, George/Wells, Nick, *Economic Evaluation and Develop Medicines in the Development of Medicines*, Office of Health Economics, London 1988.
- Frahm, Wolfgang/Jansen, Christoph/Katzenmeier, Christian/Kienzle, Hans-Friedrich/Kingreen, Thorsten/Lungstras, Anne Barbara/Saeger, Hans-Detlev/Schmitz-Luhn, Björn/Woopen, Christiane, *Medizin und Standard – Verwerfungen und Perspektiven*, in: Jansen, Christoph/Katzenmeier, Christian/Woopen, Christiane (Hrsg.), *Medizin und Standard – Verwerfungen und Perspektiven*, Berlin 2020, S. 1 ff.
- Gemeinsamer Bundesausschuss (G-BA), Stichwort Off-Label-Use – Verordnungsfähigkeit von Arzneimitteln in nicht zugelassenen Anwendungsgebieten, o. J., abrufbar unter: <https://www.g-ba.de/themen/arzneimittel/arzneimittel-richtlinie-anlagen/off-label-use/> (letzter Zugriff: 14.05.2021).
- Graf von der Schulenburg, Johann-Matthias, *Entscheidungsunterstützung durch gesundheitsökonomische Evaluation in Deutschland aus Perspektive der Wissenschaft*, *Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz* 2012, S. 660 ff.
- Graf von der Schulenburg, Johann-Matthias/Vauth, Christoph/Mittendorf, Thomas/Greiner, Wolfgang, *Methoden zur Ermittlung von Kosten-Nutzen-Relationen für Arzneimittel in Deutschland*, *Gesundheitsökonomie & Qualitätsmanagement* 2007 (S1), S. S3 ff.
- Greiner, Stefan/Benedix, Mathias, *Struktur und Systematik des Wirtschaftlichkeitsgebots im SGB V*, *Die Sozialgerichtsbarkeit* 2013, S. 1 ff.
- Greiner, Wolfgang/Kuhlmann, Alexander/Schwarzbach, Christoph, *Ökonomische Beurteilung des Effizienzgrenzenkonzeptes*, *Gesundheitsökonomie & Qualitätsmanagement* 2010, S. 241 ff.
- Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen (IQWiG), *Allgemeine Methoden*, Version 5.0 vom 10.07.2017, Köln 2017, abrufbar unter: https://www.iqwig.de/methoden/allgemeine-methoden_version-5-0.pdf?rev=180459 (letzter Zugriff: 15.02.2021).
- Jesberger, Christian/Greß, Stefan, *Ökonomie und Public Health*, in: Schmidt-Semisch, Henning/Schorb, Friedrich (Hrsg.), *Public Health*, Wiesbaden 2021, S. 85 ff.

- Marckmann, Georg/Strech, Daniel, Kostensensible Leitlinien als Priorisierungsinstrument, in: Diederich, Adele/Koch, Christoph/Kray, Ralph/Sibbel, Rainer (Hrsg.), *Priorisierte Medizin – Ausweg oder Sackgasse der Gesundheitsgesellschaft?*, Wiesbaden 2011, S. 75 ff.
- Masters, Rebecca/Anwar, Elspeth/Collins, Brendan/Cookson, Richard/Capewell, Simon, Return on investment of public health interventions: A systematic review, *Journal of Epidemiology and Community Health* 2017 (8), S. 827 ff.
- Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Meßling, Miriam/Udsching, Peter (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht*, 59. Edition, Stand 01.12.2020 (zitiert: Bearbeiter in: BeckOK SozR).
- Sachverständigenrat für die Konzentrierte Aktion im Gesundheitswesen (SVR), *Bedarfsgerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit – Band I bis III: Zur Steigerung von Effizienz und Effektivität der Arzneimittelversorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV)*, Addendum zum Gutachten 2000/2001, Baden-Baden 2002, abrufbar unter: https://www.svr-gesundheit.de/fileadmin/Gutachten/Gutachten_2000_2001/Addendum/Addendum.pdf (letzter Zugriff: 15.02.2021).
- Schlegel, Rainer/Voelzke, Thomas (Hrsg.), *Juris Praxiskommentar SGB V – Gesetzliche Krankenversicherung*, 4. Auflage, Saarbrücken 2020, Stand 15.06.2020 (zitiert: Bearbeiter in: jurisPK-SGB V).
- Wasem, Jürgen/Greß, Stefan/Hesel, Franz, *Gesundheitswesen und Sicherung bei Krankheit und im Pflegefall*, in: Ritter, Gerhard A./Hockerts, Hans Günter (Hrsg.), *Geschichte der Sozialpolitik in Deutschland seit 1945*, Band 11: Ritter, Gerhard A. (Bandhrsg.), 1989-1994, Bundesrepublik Deutschland: Sozialpolitik im Zeichen der Vereinigung, Baden-Baden 2007, S. 649 ff.
- Weatherly, Hellen/Drummond, Michael/Claxton, Karl/Cookson, Richard/Ferguson, Brian/Godfrey, Christine/Rice, Nigel/Sculpher, Mark/Sowden, Amanda, Methods for assessing the cost-effectiveness of public health interventions: key challenges and recommendations, *Health Policy* 2009 (2-3), S. 85 ff.

Die Steuerzahler – unsichtbare Beteiligte im Sozialgerichtsstreit mit eigenen Interessen?

Katie Baldschun

I. Kollektive im sozialrechtlichen Streit

„Damit soll ein Ausgleich zwischen den Interessen der Leistungsberechtigten und denen der Allgemeinheit der Steuerzahler bewirkt werden“.¹

Im Recht wird über Begriffe gestritten. Die Subsumtion eines Sachverhaltes unter einen Tatbestand zur Anwendung der Rechtsfolge im konkreten Fall ist Rechtspraxis und Rechtsprechungspraxis. Auf diese Weise wird über Ansprüche entschieden, über Haben und Nichthaben, Sein oder Nichtsein: Im Sozialrecht etwa darüber, wer Rente oder Arbeitslosengeld in welcher Höhe erhält oder wer versichert oder schwerbehindert im Sinne des Gesetzes ist. Der Streit darüber ist Ausdruck eines Konfliktes. In ein Gesetz gefasste, also versprachlichte Normen bedürfen zur Handhabung und Anwendung weiterer Umsetzung in Sprache. Bei der Anwendung und Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und Generalklauseln, die im Gesetzestext verwendet werden, entstehen regelmäßig feste Formeln außerhalb des Normtextes.²

Die Ausgestaltung der Leistungssysteme, die gesetzlich geregelten Ansprüche und die Anwendung des konkreten Rechts in der Praxis geben dem Sozialstaat sein spezifisches Gepräge. Anhand bestimmter Begriffe und Figuren lassen sich seine Struktur und womöglich auch sein Wandel beschreiben. Zum Wesen der Sozialversicherung gehört nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die gemeinsame Deckung eines möglichen, in seiner Gesamtheit schätzbaren Bedarfs durch Verteilung auf eine organisierte Vielheit.³ Das so ausgedrückte Versicherungsmäßige wird

1 BSG, Urteil vom 18.11.2014, B 4 AS 3/14 R, juris Rn. 17.

2 Zur „Normsetzungsphantasie und Produktivität der Gerichte“ Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, Rn. 837; im Urteil werde der Fall unter mit dem Normtext verknüpfte „Leitsätze“ subsumiert, so Christensen/Kudlich, Theorie richterlichen Begründens, S. 176 f.

3 BVerfG, Urteil vom 10.05.1960, 1 BvR 190/58 u.a., juris Rn. 21.

durch den Gedanken der Solidarität und des sozialen Ausgleichs ergänzt und überlagert; damit hat der Begriff der Solidarität systemprägende Bedeutung für die Sozialversicherung.⁴ Die „organisierte Vielheit“ ist daher nicht (nur) die Risikogemeinschaft, wie sie die Privatversicherung kennt, sondern wird begrifflich zur Solidargemeinschaft. In einem engen Verständnis handelt es sich dabei um die Versichertengemeinschaft.⁵ In einem anderen Verständnis kann es sich auch um die Beitragszahler handeln.⁶ Aus der Einbeziehung in die (Solidar-)Gemeinschaft folgen Rechte und Pflichten für das einzelne Mitglied, die Gegenstand von Konflikten – über Leistungsansprüche oder Beitragspflichten – sein können. Darüber hinaus erlangt die Gemeinschaft als Ganze Bedeutung: Im sozialgerichtlichen Rechtsstreit werden die Versichertengemeinschaft⁷ oder die Beitragszahler⁸ und deren Belange oder Interessen als Argumentationsfigur in der Ausgestaltung von Sozialrechtsbeziehungen in Bezug zum oder auch gegen das Interesse des Individuums gestellt. Eine ähnliche Funktion scheinen die Steuerzahler einzunehmen.⁹

Für diese Gemeinschaften oder Kollektive, die im sozialgerichtlichen Streit so bezeichnet und verwendet werden, stellen sich Fragen: Woher kommen diese Bezeichnungen? Wie und zu welchem Zweck werden sie verwendet? Welches Interesse hat ein solches Kollektiv bzw. wird ihm zugeschrieben? In welchem Verhältnis steht das Kollektiv zum Individuum? Auch für die Versichertengemeinschaft und die Beitragszahler sind diese Fragen nicht allein über die Struktur der Sozialversicherung zu beantworten. Der vorliegende Beitrag, der ein Schlaglicht auf das Forschungsthema

4 Vgl. etwa BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 04.02.2004, 1 BvR 1103/03, juris Rn. 28.

5 Zum Verhältnis von Solidarität zu Versicherungspflicht und Versicherungsberechtigung BVerfG, Beschluss vom 18.07.2005, 2 BvF 2/01, juris Rn. 144.

6 Für die gesetzliche Unfallversicherung BSG, Urteil vom 20.03.2007, B 2 U 9/06 R, juris Rn. 12 f.

7 Zum Recht der gesetzlichen Krankenversicherung BSG (Großer Senat), Beschluss vom 11.12.1973, GS 1/73, juris Rn. 28; im Arbeitsförderungsrecht BSG, Urteil vom 12.09.2017, B 11 AL 25/16 R, juris Rn. 16.

8 Zum Kindergeld BSG, Urteil vom 22.02.1961, 7 RKG 6/59, juris Rn. 21; im Zusammenhang mit dem Qualitätsgebot im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung BSG, Urteil vom 24.04.2018, B 1 KR 10/17 R, juris Rn. 19.

9 Siehe als Beispiel das Zitat zu Beginn; als Beispiel für die Verwendung durch den Leistungsträger in der Begründung eines Bescheids LSG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 23.04.2018, L 4 AS 554/15, juris Rn. 27.

„Gemeinschaften und ihre sozialrechtlichen Interessen“ werfen soll, wird sich jedoch auf den oder die Steuerzahler¹⁰ konzentrieren.

II. Die Steuerzahler im Rechtsprechungstext – Eine Analyse der Treffer in der Datenbank juris

Warum und wie finden die „Steuerzahler“ als Begriff Eingang in die Rechtsanwendung? Eine Antwort auf diese Frage findet sich nicht im Gesetz, jedenfalls im Sozialgesetzbuch oder im bis 2004 geltenden Bundessozialhilfegesetz kommt das Wort Steuerzahler oder eine Abwandlung davon nicht vor. Die Suche in Rechtsprechungsdatenbanken ist hingegen ertragreich: Insgesamt 2487 Treffer waren für den Suchbegriff „Steuerzahler“ in der Datenbank juris (Kategorie Rechtsprechung) zu finden, davon 643 in Entscheidungen der Sozialgerichtsbarkeit.¹¹ Treffer sind auch zu erzielen auf der justizeigenen Seite www.sozialgerichtsbarkeit.de¹² und in der Datenbank beck-online.

1. Vorkommen in und diachrone Betrachtung der „veröffentlichten Rechtsprechung“ der Sozialgerichte

In diesem Beitrag beschränkt sich die weitere Betrachtung auf Suchergebnisse der kostenpflichtigen Datenbank juris. Die dort veröffentlichte Rechtsprechung¹³ stellt zwar nur einen Bruchteil der Zahl der insgesamt ergangenen Entscheidungen dar.¹⁴ Die veröffentlichte und über Datenbanken zugängliche Rechtsprechung ist aber gleichwohl von Bedeutung, da

10 Das Wort wird hier in der regelmäßig durch die Rechtsprechung genutzten Form verwendet und nicht in gendergerechter Sprache.

11 Der Suche in den juristischen Datenbanken sowie den folgenden aus der juristischen Recherche gewonnenen Ergebnissen liegen Abrufe aus dem Zeitraum Juli bis September 2020 zugrunde.

12 Die Seite stand zum Zeitpunkt der Manuskripterstellung wegen sicherheitsrelevanter Probleme nicht zur Verfügung.

13 Zum Umfang siehe „Über juris“, abrufbar unter https://www.juris.de/jportal/nav/juris_2015/unternehmen_2/ueber_juris/ueber_juris.jsp (letzter Zugriff: 20.06.2021).

14 Für das Jahr 2019 z.B. lässt sich für die Sozialgerichtsbarkeit eine Anzahl von 98.188 Entscheidungen (Urteile und Beschlüsse) der drei Instanzen errechnen (vgl. Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.7, 2019); juris enthielt für den gleichen Zeitraum 4.205 Entscheidungen.

sie die öffentlich wahrnehmbare, die von der rechtswissenschaftlichen Literatur und der Wissenschaft im Allgemeinen rezipierte und nicht zuletzt die auch für Richter:innen leicht heranzuziehende Rechtsprechung ist und damit in der Praxis Bezugspunkt auch für die weitere Rechtsfindung. Diese Datenbank kann als Korpus betrachtet werden. Korpus wird hier mit der (verkürzt wiedergegebenen) Definition von *Lothar Lemnitzer* und *Heike Zinsmeister* verstanden als Sammlung schriftlicher oder gesprochener Äußerungen aus digitalisierten, d.h. auf Rechnern gespeicherten und maschinenlesbaren Daten.¹⁵ Bei linguistischen Korpora handelt sich oft um eine Sammlung mit kompletten Texten, die repräsentativ für den Gegenstand sind, auf den sie sich beziehen, die durch Metadaten erschlossen und linguistisch annotiert sind.¹⁶ Diese Kriterien erfüllt die Datenbank juris zumindest zum Teil.

Die Suchmaske ermöglicht es, die Suche auf die vorhandenen Texte ohne den Tatbestand¹⁷ zu begrenzen. Dadurch können die Ergebnisse auf diejenigen Treffer¹⁸ reduziert werden, in denen der Begriff vom Gericht selbst in den Entscheidungsgründen verwendet wird.¹⁹ Hier erzielte die Suche 1848 Treffer, davon entfielen 536 auf Entscheidungen der Sozialgerichtsbarkeit (von 141.458 insgesamt abrufbaren). Ein erster Vergleich: Bei keiner anderen Gerichtsbarkeit wurden mehr Treffer für das Suchwort „Steuerzahler“ erzielt, wobei die Verwaltungsgerichte den Begriff bis dahin in nahezu gleicher absoluter Häufigkeit (in 535 Entscheidungen), jedoch relativ zu den insgesamt zugänglichen (407.478) deutlich seltener erwähnt haben, die Finanzgerichte hingegen nur in 294 (von 143.177 abrufbaren) Entscheidungen. Ein weiterer Vergleich kann eine erste Einordnung der quantitativen Verwendung innerhalb der sozialgerichtlichen Rechtsprechung ermöglichen: Begriffe, die für das Sozial(versicherungs)recht typisch²⁰ sind, wie „Solidarität“ (1.133), „Gerechtigkeit“ (2.824), „schutzbe-

15 Lemnitzer/Zinsmeister, *Korpuslinguistik*, S. 39.

16 Lemnitzer/Zinsmeister, *Korpuslinguistik*, S. 39.

17 Der Tatbestand (§ 136 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2 SGG) wird in Urteilen und regelmäßig auch bei juris als eigener Abschnitt ausgewiesen und enthält i.W. den Sachverhalt, Prozessgeschichte, Beteiligtenvortrag und Anträge.

18 Gefunden werden bei einer Suche ohne weitere Einschränkung auch Abwandlungen von der Grundform des Wortes und zusammengesetzte Begriffe.

19 Enthalten sind jedoch auch Treffer in Leit- oder Orientierungssätzen, in den Gründen zu I. eines Beschlusses (vergleichbar mit dem Tatbestand in Urteilen) sowie die Wiedergabe von Beteiligtenvortrag oder andere Zitate.

20 Einfachgesetzlich in § 1 SGB I; s. auch Beschreibungen des Rechtsgebietes in Lehrbüchern (z.B. Muckel/Ogorek/Rixen, *Sozialrecht*, S. 3 ff., 26 ff.; Eichenhofer, *Sozialrecht*, S. 5 ff.).

dürftig“ (1.429), „Menschenwürde“ (1.066), „Existenzminimum“ (3.708), „Eigenverantwortung“ (2.773), „Sozialstaatsprinzip“ (1.891), „Sozialstaat“ (2.441) und auch die genannten Kollektive „Versichertengemeinschaft“ (2.438) und „Beitragszahler“ (948) wurden deutlich häufiger verwendet, der zahlenmäßige Unterschied zum Vorkommen etwa zum auch rechtswissenschaftlich viel diskutierten „Versicherungsprinzip“ (564) ist aber schon nur noch marginal. Die der Untersuchung des Wortes „Steuerzahler“ zugrundeliegende hermeneutische Signifikanz wird also durch eine statistische Signifikanz²¹ gestützt. Zudem ist eine zeitliche Entwicklung beschreibbar: Der oder die Steuerzahler tritt bzw. treten das erste Mal 1963 in einer Entscheidung des BSG zum Kindergeld auf, werden sechsmal in den 1980er Jahren und 169-mal zwischen 1990 und 2004 erwähnt. Die übrigen Nennungen stammen aus der Zeit ab 2005. Zwar steigt in der Datenbank im Verlauf der Zeit auch die Zahl der sozialgerichtlichen Entscheidungen pro Jahr, aber auch im Verhältnis dazu ist eine zunehmende Häufigkeit der Treffer zum Wort „Steuerzahler“ zu errechnen.

In den 536 Entscheidungen, die das Wort „Steuerzahler“ im Text-ohne-Tatbestand verwenden, wird es in 589 Sätzen erwähnt. Davon entfallen zwei Drittel auf zwei sozialrechtliche Sachgebiete, nämlich auf das Recht der Rentenversicherung bzw. der Alterssicherung (216 Sätze) und auf die Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II (179 Sätze).²² Die Verwendung des Begriffs in den beiden Sachgebieten mit den meisten Treffern im Zeitverlauf zeigt einerseits, dass die Steuerzahler nahezu unmittelbar mit Inkrafttreten des SGB II im Jahr 2005 eine Rolle spielen, nämlich in fünf Sätzen im Jahr 2005 und schon in 22 Sätzen im Jahr 2006. Zum Vergleich: die Verwaltungsgerichte erwähnen sie bis 2005 im Zusammenhang mit Leistungen nach dem Bundessozialhilfegesetz insgesamt nur sechsmal. Andererseits ist im Rentenversicherungsrecht in der Zeit zwischen 2002 (14 Sätze) und 2006 (22 Sätze) mit einem Höhepunkt im Jahr 2004 (53 Sätze) eine deutliche Häufung zu erkennen. Etwas mehr als die Hälfte der dort gefundenen Sätze ist sehr ähnlich formuliert; sie stehen jeweils im Zusammenhang mit dem Anspruchs- und Anwartschaftsüberführungsgesetz (AAÜG), in dem der rentenrechtliche Umgang mit der Zugehörigkeit zu Zusatz- und Sonderversorgungssystemen im Beitrittsgebiet²³ geregelt wird.

21 Zur Abgrenzung Stegmeier, Computergestützte Diskursanalyse, S. 521 f.

22 Weitere Treffer u.a. im Arbeitsförderungsrecht (38 Sätze, vor allem zur Arbeitslosenhilfe), zur Sozialhilfe (55 Sätze), zum Recht der gesetzlichen Unfallversicherung (25 Sätze, der größte Anteil betrifft Klagen des Bundes der Steuerzahler).

23 § 18 Abs. 4 SGB IV; Art. 3 Einigungsvertrag.

2. Gebrauchskontexte in der richterlichen Begründung

Um weitere Antworten auf die eingangs gestellten Fragen zu suchen, wird das Wort als sprachliches Phänomen im Text betrachtet, indem die Kontexte²⁴ des Wortes auf wiederkehrende Gebrauchsmuster untersucht werden. Dieser Ansatz lässt sich mit *Friedemann Vogel*, *Stephan Pötters* und *Ralph Christensen* so begründen: „Kann man [...] den Kontext beschreiben, in dem ein Wort regelmäßig gebraucht wird, so gelangt man auch zu einer Paraphrasierung dessen, was mit dem untersuchten Wort gemeint sein könnte.“²⁵ Die Autoren beziehen sich dabei auf Wittgensteins Postulat, die Bedeutung eines Wortes liege in seinem (regelhaften) Gebrauch in der Sprache. Sie gehen im Weiteren davon aus, dass eine singuläre Phrase in einem Textnetz zum Sprachgebrauchsmuster heranwachsen kann und solche Sprachmuster der juristischen Textarbeit durch ihre Formelhaftigkeit Zeichen ihrer Stellung in der dogmatischen Auseinandersetzung sind.²⁶ In dieser Auseinandersetzung spielt das Urteil als konkrete Textform, in der die Phrase gebraucht wird, eine besondere Rolle, weil es zu der Klasse von Handlungen gehört, die bezeichnen oder instituieren, und das mit autorisiertem Mandat ausgestattet die Macht hat, universell anerkannt zu werden.²⁷

Gesucht wird also nach der Bedeutung des Wortes in seinem regelmäßigen Gebrauch durch die Sozialgerichte. Die Sammlung der 589 aufgefundenen Sätze kann ihrerseits als Korpus betrachtet werden, das Gegenstand der weiteren Untersuchung ist. *Vogel* und *Christensen* haben die Korpuslinguistik oder korpuslinguistische Sprachdatenanalyse als neue Methode des Rechtsempirismus vorgestellt.²⁸ Die Korpuslinguistik hat *Wolfgang Teubert* zufolge dem Vorrang des Einzelwortes Grenzen gezogen, indem sie auf die Rolle des Kontextes und weitergehend des Diskurses verweist.²⁹ Weil die Sammlung der Datenbank juris nicht zu linguistischen Zwecken erstellt wird und insbesondere die für linguistische Korpora üblichen Annotatio-

24 Kurze Einführung zum Kontextualismus in der Sprachwissenschaft bei Lemnitzer/Zinsmeister, *Korpuslinguistik*, S. 30 ff.

25 Vogel/Pötters/Christensen, *Richterrecht der Arbeit*, S. 80.

26 Vogel/Pötters/Christensen, *Richterrecht der Arbeit*, S. 90; zu Funktionen sprachlicher Muster für Juristen Vogel, *Das Recht im Text*, S. 314, 317; auch als „Spuren der juristischen Semantik“ bezeichnet, S. 345.

27 Bourdieu, *Die Kraft des Rechts*, S. 35; vgl. auch Nour Sckell, *Bourdieu's juristisches Feld*, S. 251 f.

28 Vogel/Christensen, *Neuer Rechtsempirismus*, S. 110 ff. mit Beispielen; ein weiteres Beispiel liefert Wendel, *JZ* 2020, S. 668 ff.

29 Teubert, *Von der Korpuslinguistik zur Analyse thematischer Diskurse*, S. 234.

nen fehlen, ist sie kein linguistisches Korpus im engeren Sinne. Auch das nicht-annotierte Korpus der 589 Sätze eignet sich daher nur für vergleichsweise schlichte maschinelle Auswertungen wie die Zählung der Häufigkeit der vorkommenden Wörter. Nach dem Wort „Steuerzahler“ werden folgende Wörter besonders häufig erwähnt: „Lasten“, „Beitrags“, „heutigen“, „rückwirkend“, „auszugleichen“ und „Ungleichheiten“ (zwischen 125- und 189-mal). Bildet man ein eigenes Korpus nur aus den Sätzen aus dem Gebiet der Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II), sieht die Liste der häufig verwendeten Wörter anders aus: Neben „Steuerzahler“ werden die Wörter „Leistungen“, „Gemeinschaft“, „finanzieren“, „Kosten“ häufiger (29- bis 40-mal) erwähnt, zwischen 23- und 26-mal auch noch die Wörter „Grundsicherungsträger“, „Miete“, „unangemessene“ und „Allgemeinheit“. Durch Zählung kann also ein schlagwortartiger erster Eindruck entstehen, worum es in einem bestimmten Rechtsgebiet gehen könnte.

Die weitergehende manuelle Gebrauchs- oder Kontextanalyse zieht eine in der sozialwissenschaftlichen Inhaltsanalyse gebräuchliche Auswertungstechnik heran:³⁰ Der Text (hier: der Satz) wird aufgebrochen, in einzelne Sinneinheiten zerlegt, Wichtiges von Unwichtigem getrennt, Strukturen gebildet bzw. erkannt.³¹ Im Fokus sollen in diesem Beitrag Satzglieder stehen, die das Substantiv „Steuerzahler“ ergänzen oder ihm beigelegt sind. Denn zum einen stellen diese Einheiten regelmäßig den unmittelbaren sogenannten Ko-Text des hier interessierenden Wortes dar, so dass bei Wiederkehr sich verfestigende Formeln erkennbar werden. Zum anderen dienen diese Satzglieder der näheren Beschreibung des Substantivs, so dass deutlich werden kann, in welchem konkretisierten Verständnis das Wort als Phrase verwendet wird.

Im Textmaterial sind Adjektiv- oder Genitivattribute zum Substantiv „Steuerzahler“ zu finden. Beispiele für Adjektivattribute sind: „künftige“, „heutige“, „die deutschen“, „die die Alhi³² finanzierenden“ oder „im Beitrittsgebiet versicherungspflichtig beschäftigte“. Als Genitivattribute sind zu nennen: „der (gesamten) BRD“ „des Freistaates Bayern“. Umgekehrt ist das Wort „Steuerzahler“ selbst Genitivattribut, nämlich von den Wörtern „Gesamtheit“, „Gemeinschaft“, „Solidargemeinschaft“, „einstandspflichtige Gemeinschaft“ oder auch „Allgemeinheit“ sowie „Geld“. Spezifiziert

30 Man könnte dies als korpusbasierte oder korpusgestützte Analyse bezeichnen; zu Abgrenzung und Schwierigkeiten dieser Ansätze vgl. Lemnitzer/Zinsmeister, *Korpuslinguistik*, S. 34 ff.

31 So die Kurzbeschreibung für Codierung als Auswertungstechnik bei Behnke/Baur/Behnke, *Empirische Methoden der Politikwissenschaft*, S. 359.

32 Arbeitslosenhilfe.

wird das Wort zudem, indem es als Teil eines Kompositums erscheint („Steuerzahlergemeinschaft“). Nur aus wenigen dieser Ausdrücke lässt sich unmittelbar eine Antwort auf die Frage finden, in welchem Bezug der Begriff „Steuerzahler“ zum Sachverhalt und zur angewendeten Vorschrift steht: Der „Bund der Steuerzahler“ ist ein eingetragener Verein, der in einigen sozialgerichtlichen Verfahren Kläger ist.³³ Die Adjektive „die Alhi finanzierenden“ und „einstandspflichtige“ weisen ebenso wie die Formulierung „Geld der Steuerzahler“ darauf hin, dass es hier um diejenigen geht (gehen soll), die die Mittel für Sozialleistungen aufbringen.

Schließlich sind für die Analyse auch Wendungen von Interesse, in denen durch Satzglieder wie Konjunktionen („als“, „nämlich“, „und damit“, „also“, „bzw“, „d.h.“), Partizip- oder Adverbkonstruktionen („vertreten“, „repräsentiert“, „letztlich“), zum Teil auch nur durch Satzzeichen (Klammern oder Gleichheitszeichen) das Substantiv „Steuerzahler“ mit einem anderen Substantiv gleichgesetzt wird. Diese anderen, mit dem Sinn einer Entsprechung mit dem Wort „Steuerzahler“ verknüpften Substantive lassen sich in drei Gruppen einteilen: Zur ersten gehören Begriffe, die einen am Rechtsstreit Beteiligten („Beklagter“, „Antragsgegner“) oder die dahinterstehende Organisation bezeichnen („Leistungsträger“, „Behörde“, „Sozialverwaltung“). Die zweite Gruppe bilden Begriffe wie der Staat und Synonyme dafür sowie besondere Erscheinungsformen des Staates („sozialer Rechtsstaat“, „öffentliche Hand“, „Fiskus“, „Staatskasse“, „Bund“, „Körperschaft“, „Sozialversicherungssystem“). Die dritte Gruppe beinhaltet weniger spezifische und zugleich weiterreichende Begriffe („Dritte“, „Allgemeinheit“).

3. Erste Schlussfolgerungen und Einordnungen

Ein Ziel der Sprachgebrauchsanalyse ist es, zu einem empirischen linguistischen, historischen oder soziologischen Verständnis des praktischen Rechtsstaats beizutragen.³⁴ Die sprachliche Praxis der Akteur:innen der Rechtsprechung besteht (auch) in der Formulierung von Entscheidungsgründen und in der Verwendung bestimmter Sprachmuster. Die bisherigen Betrachtungen lassen sich in erste Ergebnisse zusammenfassen:

33 Dazu schon oben Fn. 22; zum Bund der Steuerzahler Schroeder/Greef/Kiepe in diesem Band.

34 Vogel/Christensen, Neuer Rechtsempirismus, S. 115 f.

„Steuerzahler“ ist ein vergleichsweise neues Wort in der sozialgerichtlichen Rechtsprechung, das ganz überwiegend erst seit der Jahrtausendwende mit Höhepunkten in den Jahren 2004 und 2011 in Entscheidungsgründen erscheint. Das Wort wird vor allem in Entscheidungen verwendet, in denen es um Ansprüche auf Leistungen geht, für die die Mittel nicht aus Beiträgen, sondern aus dem Staatshaushalt und damit aus dem allgemeinen Steueraufkommen erbracht werden. Während das Gesetz dazu formuliert, dass der Bund die Aufwendungen trägt (§ 6b Abs. 2 Satz 1, § 46 Abs. 1 Satz 1 SGB II) bzw. erstattet (§ 15 Abs. 1 Satz 1 AAÜG), sind es in den ausgewerteten Sätzen die Steuerzahler, die die im Streit stehenden Leistungen finanzieren. Die Steuerzahler werden dadurch zu einem eigenständigen Akteur. Durch die Verwendung des Plurals, als Genitivattribut von oder Teil eines Kompositums mit dem Wort „Gemeinschaft“ oder inhaltlich ähnlichen Worten erscheinen die Steuerzahler als Kollektiv. Zum Teil werden die Steuerzahler in einem weiteren Schritt mit sprachlichen Mitteln anderen, wenn auch teilweise abstrakten, Subjekten gleichgestellt: mit einem Prozessbeteiligten, mit dem Staat bzw. seinen Untergliederungen oder mit der Allgemeinheit.

Daraus lassen sich folgende Aussagen reformulieren: In einem Rechtsstreit um Sozialleistungsansprüche Einzelner erhalten in der richterlichen Begründungspraxis auch diejenigen eine Position, die diese Leistung finanzieren. Diese werden zu einem homogenen Kollektiv verdichtet, das und dessen Interessen³⁵ im Rechtsstreit berücksichtigt oder durch den Leistungsträger vertreten werden. Der Prozess erscheint dadurch als kontradiktorischer. Diejenigen, die die Mittel für steuerfinanzierte Leistungen aufbringen, sind die Allgemeinheit oder „der Staat“.

III. Welche Position haben Steuerzahler im (Sozial-)Staat?

Daraus eröffnet sich Raum für weitere Interpretation oder besser, für Interpretationsvorschläge.³⁶ Wenn die Steuerzahler alle Menschen sind, die Steuern zahlen oder indirekt tragen, könnte mit dem Begriff schlicht die Allgemeinheit gemeint sein, deren Interessen zu berücksichtigen sind, in einem weiteren Verständnis wäre es dann das Gemeinwohl, das im sozialgerichtlichen Streit eine Rolle spielte. „Die Steuerzahler“ blieben letztlich

35 Vorkommen des Wortes „Interesse“ im Korpus 84-mal, Belange 8-mal, Anliegen 3-mal.

36 Teubert, Von der Korpuslinguistik zur Analyse thematischer Diskurse, S. 274.

eine leere Phrase, um in der Auslegung oder Abwägung ein Gegengewicht zum individuellen Interesse zu personifizieren. Doch die machtvolle Bedeutung liegt in der Verwendung gerade dieses Wortes, das ein bestimmtes Bild heraufbeschwören kann.³⁷ In der Sprachpragmatik beschreibt der Begriff Präsupposition die „stillschweigende Annahme, dass die Entität, auf die mittels einer definiten Nominalphrase referiert wird, auch existiert“.³⁸ *Pierre Bourdieu* sieht ein Mittel symbolischer Macht darin, schon durch Benennung Phänomenen zur Existenz zu verhelfen.³⁹ Der Gedanke, dass es im Sozialrecht auf die Belange derjenigen ankommt, die die Mittel für die Leistungen aufbringen, ist aus dem Sozialversicherungsrecht bekannt; hier werden die Beitragszahler und die Versichertengemeinschaft als Argumentationsfigur herangezogen. Anders als Beiträge zur Sozialversicherung werden Steuern aber gerade nicht zweckgebunden erhoben, sondern fließen in einen Gesamthaushalt, über dessen Aufteilung der Haushaltsgesetzgeber, also das Parlament, entscheidet. Die Steuerzahler finanzieren also das Leistungssystem Arbeitslosengeld II oder Sozialhilfe genauso nur indirekt wie Schulen und Universitäten, Polizei und Bundeswehr, Straßenbau und Schienennpflege oder Corona-Soforthilfemaßnahmen. Zudem werden die gesetzgeberischen Zwischenschritte von der Steuererhebung, die ihrerseits ganz unterschiedlich ausgestaltet ist, über die Mittelverteilung zur Leistungsgestaltung ausgeblendet. Innerhalb der sozialrechtlichen Dogmatik lässt sich zunächst die Frage aufwerfen, ob Argumente aus einem dem Versicherungsgedanken verpflichteten System, die auf Entscheidungen zur Risikoabsicherung und -verteilung abzielen, auf ein Sicherungssystem zu übertragen sind, das seine Mittel aus dem allgemeinen Steueraufkommen erhält. Wenn im sozialgerichtlichen Streit, in dem Bürger:in und Staat im Bereich der Leistungsverwaltung aufeinandertreffen, die Steuerzahler mit dem Staat gleichgesetzt werden, stellen sich indes noch sehr viel weitergehende Fragen verfassungsrechtlicher und auch demokratietheoretischer Art: Die grundgesetzlichen Anforderungen an die Ausübung staatlicher Gewalt, zu der die Ausgestaltung des (Sozial-)Leistungsrechts gehört, sind in Art. 20 Abs. 2 und 3 GG verankert. Die Verteilung von Haushaltsmitteln auf die Systeme der sozialen Sicherung und die gesetzliche Ausgestal-

37 Hall beschreibt den Steuerzahler als populäre diskursive Figur neoliberaler Strategien („ein hart arbeitender Mann, der steuerlich über alle Maßen belastet wird, um den ‚Sozialbetrüger‘ und ‚Drückeberger‘ zu finanzieren, für den das Leben von Sozialhilfe zur Entscheidung für einen Lebensstil geworden ist“); Hall, Eine permanente neoliberale Revolution?, S. 239.

38 Klabunde, Pragmatik, S. 128.

39 Bourdieu, Sozialer Raum und „Klassen“, S. 39.

tung der Ansprüche ist Aufgabe des demokratisch legitimierten Gesetzgebers. Seine Legitimation gründet sich auf Wahlen, das Wahlrecht ist nicht an das Steuerzahlen geknüpft. In der Argumentation des BVerfG kann bei der Ausgestaltung des Sozialstaatsprinzips auch eine „Schonung der begrenzten finanziellen Ressourcen des Staates“⁴⁰ eine Rolle spielen. Wenn diese Schonung dem Staat die „künftige Gestaltungsmacht gerade auch zur Verwirklichung des sozialen Staatsziels“⁴¹ sichert, wäre es auch denkbar, die Interessen von Empfänger:innen oder Nutzer:innen anderer aus dem Staatshaushalt finanzierter Leistungen, auf die die zur Verfügung gestellten Mittel aufgeteilt werden, für Auslegung und Abwägung heranzuziehen. Stattdessen wird in der hier untersuchten Rechtsprechung zum Sozialleistungsrecht auf die Gruppe der Mittelaufbringenden abgestellt. Es scheint also um das Verhältnis zwischen Schutz vor Eingriffen in ein Grundrecht (Art. 2, Art. 14 GG) und Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG), zwischen Freiheits- oder Eigentumsschutz und Gewährleistungsanspruch,⁴² um die alte Debatte um den Begriff des sozialen Rechtsstaats⁴³ oder neuere Überlegungen zur „verfassungstheoretischen Reflexion“ des Sozialstaats⁴⁴ zu gehen.

Den Staat als Steuerzahler als Beklagten im sozialgerichtlichen Streit zu beobachten, lässt Schlüsse zu auf Positionen im sozialgerichtlichen Feld, das ein Teilfeld der größeren Felder Sozialpolitik und Sozialstaat darstellt. Hier werden Verteilungskonflikte ausgetragen, die sich den hier herausgearbeiteten Sprachmustern zufolge nicht zwischen verschiedenen Gruppen oder innerhalb derselben Gruppe um die vorhandenen Ressourcen, sondern zwischen der Gruppe, die gibt (Beiträge und Steuern zahlt), und dem Individuum, das nimmt (Leistungsansprüche geltend macht), abspielen. Organisiert und formalisiert wird dieser Konflikt über das Recht: Steuer- und Beitragerhebung sowie Leistungsgewährung erfolgen rechtsförmig durch Gesetz; die Anwendung der Gesetze ist justiziabel vor den Finanz- und Sozialgerichten. In diesen Verfahren treffen die beiden Gruppen jedoch nicht unmittelbar aufeinander: Klagegegner der Steuerschuldnerin

40 BVerfG, Urteil vom 05.11.2019, 1 BvL 7/16, juris Rn. 124.

41 BVerfG, Urteil vom 05.11.2019, 1 BvL 7/16, juris Rn. 124.

42 Zugespitzt in dieser Formulierung: „Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass sich jede ausgabeerhöhende Auslegung reflexhaft als freiheitsverkürzend gegenüber den die Leistungen finanzierenden Steuerzahlern erweist“, SG Reutlingen, Gerichtsbescheid vom 24.01.2008, S 2 AS 1647/07, juris Rn. 34.

43 Darstellung bei Thurn, Welcher Sozialstaat?.

44 Heinig, Grundgesetzliche Vorgaben für das Sozialrecht und ihre verfassungstheoretische Reflexion, S. 333, 349 f.

wie des Leistungsbeziehers ist der Staat, im Bild von *Bourdieu* seine rechte und linke Hand.⁴⁵ In den hier analysierten Entscheidungen scheinen jedoch Steuerzahler und Sozialrechtssubjekt zumindest in einzelnen Sätzen gegeneinander anzutreten. Teilweise werden die Steuerzahler sogar als Allgemeinheit oder Staat benannt, dem das Individuum einzeln gegenübersteht. In dieser Zuordnung und Benennung zeigt sich symbolische Gewalt: Indem ein Wort an die Stelle eines anderen gesetzt wird, kann die Sicht der sozialen Welt verändert werden.⁴⁶ In dieser Sichtweise könnte dann die Staatsgewalt nur von einem bestimmten Teil der Bevölkerung ausgehen, nämlich von dem Teil, auf den das hervorgerufene Bild der Steuerzahler passt. Dieser Teil wird sprachlich zu einer Gemeinschaft verdichtet, der homogene Interessen⁴⁷ zugeschrieben werden, denen wiederum im sozialgerichtlichen Streit Relevanz eingeräumt wird. Damit sind Positionen im Feld mit unterschiedlicher Durchsetzungsstärke verteilt: „Gruppenbezeichnungen“, so formuliert es *Bourdieu*, „[...] protokollieren gleichsam einen jeweiligen Stand der Auseinandersetzungen und Verhandlungen um offizielle Bezeichnungen und die damit verbundenen symbolischen wie materiellen Vorteile“.⁴⁸

IV. Ausblick

Das Wort „Steuerzahler“ ist Bestandteil von Gebrauchskontexten im Rechtsprechungstext. Die Steuerzahler als Gemeinschaft sind ein machtvoller Begriff, der beispielhaft dafür sein kann, dass sich anhand der Verwendung von Begriffen, ihrer Entwicklung und des Streits darum gesellschaftliche und sozialpolitische Konflikte und Leitbilder sowie deren Verrechtlichung aufzeigen lassen. Als machtvoll steht das Wort nicht isoliert, sondern in einem Bezügekontext. Zum einen besteht innerhalb der sozialgerichtlichen Rechtsprechung selbst ein Verwendungs- und Verweisungskontext. Zum anderen wird das Wort auch in anderen Teilfeldern des juristischen Feldes, in anderen Wissenschaftsdisziplinen, auf dem politischen Feld und in der medial vermittelten Öffentlichkeit gebraucht.

45 Kurze Erläuterung dieses Bildes z.B. bei Voigt, Das Machtdreieck: Staat – Macht – Legitimität, S. 40 ff.

46 Bourdieu, Die verborgenen Mechanismen der Macht enthüllen, S. 84; siehe dazu auch Voigt, Das Machtdreieck: Staat – Macht – Legitimität, S. 43.

47 Zum Bund der Steuerzahler als Interessenverband Schroeder/Greef/Kiepe in diesem Band.

48 Bourdieu, Sozialer Raum und „Klassen“, S. 25.

Für die weitere, vertiefende Untersuchung ist rechtswissenschaftlich die Frage der dogmatischen Herleitung eröffnet. Um eine darüberhinausgehende Diskursentwicklung zu beleuchten, muss der Spur der Steuerzahler in anderen Verwendungszusammenhängen gefolgt werden. Dafür stehen weitere Korpora als Material zur Verfügung. Ein Schlaglicht auf die Verwendung des Wortes in den Medien als Ausschnitt des öffentlichen Diskurses lässt sich aus dem Zeitungskorpus des Digitalen Wörterbuchs der deutschen Sprache (DWDS)⁴⁹ gewinnen: Das DWDS-Wortprofil schlüsselt u.a. typische Verbindungen eines Wortes mit anderen Worten nach Wortart und Häufigkeit auf. Adjektivattribute verknüpfen Steuerzahler und Eigenschaften und rufen damit Bilder hervor: In den Zeitungen ist der Steuerzahler bzw. sind die Steuerzahler – in der Reihenfolge der Plätze eins bis sieben⁵⁰ – „säumig“, „ehrlich“, „potent“, „brav“, „gebeutelt“, „geplagt“ und „geschöpft“.

Literatur

- Behnke, Joachim/Baur, Nina/Behnke, Nathalie, Empirische Methoden der Politikwissenschaft, 2. Auflage, Paderborn 2010.
- Bourdieu, Pierre, Die Kraft des Rechts. Elemente einer Soziologie des juristischen Feldes, in: Kretschmann, Andrea (Hrsg.), Das Rechtsdenken Pierre Bourdieus, Weilerswist 2019, S. 35 ff.
- Bourdieu, Pierre, Die verborgenen Mechanismen der Macht enthüllen, in: Steinrück, Margareta (Hrsg.), Pierre Bourdieu, Die verborgenen Mechanismen der Macht. Schriften zu Politik & Kultur 1, durchgesehene Neuauflage, Hamburg 2015, S. 81 ff. [Interview mit D. Eribon in *Libération* vom 19.10.1982, Übersetzung Jürgen Bolder].
- Bourdieu, Pierre, Sozialer Raum und „Klassen“. *Leçon sur la leçon*, Zwei Vorlesungen, 4. Auflage, Frankfurt a. M. 2016 (1. Aufl. 1985).
- Christensen, Ralph/Kudlich, Hans, Theorie richterlichen Begründens, Berlin 2001.
- Eichenhofer, Eberhard, Sozialrecht, 11. Auflage, Tübingen 2019.
- Hall, Stuart, Eine permanente neoliberale Revolution?, in: Hall, Stuart, Populismus, Hegemonie, Globalisierung, Ausgewählte Schriften 5, Hamburg 2014, S. 228 ff.

49 Es umfasst aktuell mehr als 300 Millionen Sätze aus 13 überregionalen Zeitungen der Jahre 1945 bis 2021, nähere Angaben abrufbar auf <https://www.dwds.de/d/korpora/zeitungen> (letzter Zugriff: 21.06.2021).

50 <https://www.dwds.de/wp/Steuerzahler> (letzter Zugriff: 21.06.2021).

- Heinig, Hans Michael, Grundgesetzliche Vorgaben für das Sozialrecht und ihre verfassungstheoretische Reflexion, in: Masuch, Peter/Spellbrink, Wolfgang/Becker, Ulrich/Leibfried, Stephan (Hrsg.), Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats, Denkschrift 60 Jahre Bundessozialgericht, Eigenheiten und Zukunft von Sozialpolitik und Sozialrecht, Band 1, Berlin 2014, S. 333 ff.
- Klabunde, Ralf, Pragmatik – sprachliches Schließen und Handeln, in: Dipper, Stefanie/Klabunde, Ralf/Mihatsch, Wiltrud (Hrsg.), Linguistik. Eine Einführung (nicht nur) für Germanisten, Romanisten und Anglisten, Berlin 2018, S. 127 ff.
- Lemnitzer, Lothar/Zinsmeister Heike, Korpuslinguistik. Eine Einführung, 3. Auflage, Tübingen 2015.
- Muckel, Stefan/Ogorek, Markus/Rixen, Stephan, Sozialrecht, 5. Auflage, München 2019.
- Nour Scell, Soraya, Bourdieus juridisches Feld: Die juristische Dimension der sozialen Emanzipation, in: Buckel, Sonja/Christensen, Ralph/Fischer-Lescano, Andreas (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 3. Auflage, Tübingen 2020, S. 243 ff.
- Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 11. Auflage, München 2020.
- Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.7, Wiesbaden 2019.
- Stegmeier, Jörn, Computergestützte Diskursanalyse. Eine E-Learning-Plattform, in: Felder, Ekkehard/Müller, Marcus/Vogel, Friedemann (Hrsg.), Korpuspragmatik. Thematische Korpora als Basis diskurslinguistischer Analysen, Berlin/Boston 2012, S. 512 ff.
- Teubert, Wolfgang, Von der Korpuslinguistik zur Analyse thematischer Diskurse, in: Felder, Ekkehard/Müller, Marcus/Vogel, Friedemann (Hrsg.), Korpuspragmatik. Thematische Korpora als Basis diskurslinguistischer Analysen, Berlin/Boston 2012, S. 231 ff.
- Thurn, John Philipp, Welcher Sozialstaat? Ideologie und Wissenschaftsverständnis in den Debatten der bundesdeutschen Staatsrechtslehre 1949-1990, Tübingen 2013.
- Vogel, Friedemann/Christensen, Ralph, Neuer Rechtsempirismus, in: Buckel, Sonja/Christensen, Ralph/Fischer-Lescano, Andreas (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 3. Auflage, Tübingen 2020, S. 105 ff.
- Vogel, Friedemann/Pötters, Stephan/Christensen, Ralph, Richterrecht der Arbeit – empirisch untersucht. Möglichkeiten und Grenzen computergestützter Textanalyse am Beispiel des Arbeitnehmerbegriffs, Berlin 2015.
- Vogel, Friedemann, Das Recht im Text. Rechtssprachlicher Usus in korpuslinguistischer Perspektive, in: Felder, Ekkehard/Müller, Marcus/Vogel, Friedemann (Hrsg.), Korpuspragmatik. Thematische Korpora als Basis diskurslinguistischer Analysen, Berlin/Boston 2012, S. 314 ff.
- Voigt, Rüdiger, Das Machtdreieck: Staat – Macht – Legitimität. Bourdieus Versuch, die verborgenen Mechanismen der Macht zu entschlüsseln, in: Hirsch, Michael/Voigt, Rüdiger (Hrsg.), Symbolische Gewalt. Politik, Macht und Staat bei Pierre Bourdieu, Baden-Baden 2017, S. 35 ff.

Wendel, Luisa, Welche Grundrechte führen zum Erfolg? – Eine quantitative, korpusgestützte Untersuchung anhand von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, *JuristenZeitung* 2020, S. 668 ff.

Bund der Steuerzahler: Schlanker Staat durch Homogenisierung heterogener Interessen

Wolfgang Schroeder, Samuel Greef, Lukas Kiepe

I. Einleitung

Seit der Jahrtausendwende taucht die Argumentationsfigur der Steuerzahler:in vermehrt in der Rechtsprechung der deutschen Sozialgerichtsbarkeit auf.¹ Damit sind diese zu unsichtbaren Beteiligten im Sozialgerichtsstreit geworden. Doch wer vertritt im politischen System die Interessen der Steuerzahler:innen? In der breiten Öffentlichkeit und den Medien wird mitunter der „Bund der Steuerzahler“ (BdSt) als Stimme aller Steuerzahler:innen, unabhängiger Kontrolleur und Finanzgewissen der Nation wahrgenommen.² Diese Außenwahrnehmung deckt sich mit der Selbstdarstellung des Verbandes, der von sich sagt, dass er seit 70 Jahren „unser aller Interesse wahrt, schützt, formuliert und die Verantwortlichen adressiert“.³ Es ist wichtig, dass Akteure existieren, die genau hinschauen, wie Staat und Verwaltung mit den Geldern der Steuerzahler:innen umgehen, um für einen effizienten und transparenten Einsatz zu sorgen. Allerdings sollte beachtet werden, aus welcher Perspektive, für wen und mit welchen Interessen und Zielen sie dies tun. Wie steht es also um die selbstformulierte Gemeinwohlorientierung des BdSt? Die einzige vorliegende Forschungsmonografie zum Verband stellt heraus, dass dessen Mitgliedschaft „überwiegend aus Kleingewerbetreibenden und Angehörigen freier Berufe“ besteht.⁴ Vertritt der BdSt damit als Pressure-Group ausschließlich Partikularinteressen oder übernimmt er dennoch eine gesamtgesellschaftlich relevante Interessenvertretung als Watchdog staatlicher Ausgaben? Diesen Fragen möchte der vorliegende Artikel nachgehen.

1 Siehe Baldschun in diesem Band.

2 Bach, *Unsere Steuern*, S. 148.

3 BdSt, *70 Jahre Finanzgewissen der Nation*, S. 5.

4 Speth, *Steuern, Schulden und Skandale*, S. 5.

Dazu wird im zweiten Kapitel ein kurzer theoretischer Überblick über die sozialwissenschaftliche Verbändeforschung gegeben. Im dritten Kapitel werden Entstehung, Binnenorganisation und Ziele des BdSt betrachtet. Das vierte Kapitel zeigt, dass der BdSt keineswegs die Interessen aller Steuerzahler:innen repräsentiert, sondern einseitigen Lobbyismus betreibt. Das fünfte Kapitel widmet sich den Instrumenten, mit denen er versucht, Interessen durchzusetzen. Die Frage, ob der Verband dabei als ein neoliberaler oder gar populistischer Akteur in Erscheinung tritt, steht im Zentrum des sechsten Kapitels. Abschließend werden im Fazit die sozialpolitischen Implikationen der erzielten Forschungsergebnisse aufgezeigt.

II. Verbändeforschung zwischen Mitgliedschafts- und Einflusslogik

Interessen sind das „Salz in der Suppe“ der Demokratie, denn Menschen handeln interessengeleitet.⁵ Diese Interessen können sehr unterschiedliche Motive haben: die Befriedigung individueller Grundbedürfnisse, die Maximierung des Eigennutzes oder die Verfolgung ideeller, d.h. immaterieller bzw. nicht am Eigennutz orientierter Ziele.⁶ Interessenverbände sind auf Dauer gestellte, arbeitsteilig organisierte und professionalisierte Kollektivakteure zur Verfolgung gemeinsamer Ziele.⁷ Als intermediäre Organisationen vermitteln sie dabei zwischen Staat und Gesellschaft. Dabei kommt ihnen die Funktion der Interessenaggregation, Interessenselektion und Interessenartikulation und ggf. auch der Staatsentlastung zu. Aufgrund ihres intermediären Charakters interagieren Verbände mit zwei unterschiedlichen Umwelten: „nach innen“ mit ihren Mitgliedern und „nach außen“ mit dem Regierungssystem, wo sie gemeinsam mit vielen anderen Gruppen um politischen Einfluss ringen. Ihr Handeln ist daher von zwei gegensätzlichen Logiken geprägt: der Mitgliedschaftslogik und der Einflusslogik.⁸

Interessenverbände lassen sich anhand von sechs Kriterien charakterisieren:⁹ rechtlicher Status, Handlungsfeld, Organisationsebene, Binnenorganisation, Organisationsgrad und schließlich anhand des Sanktionspotenzials. Eine strukturelle Ursache für die unterschiedlich hohen Organisationsgrade liegt in der unterschiedlichen Organisierbarkeit von Interessen. Nicht jede Personengruppe mit gleichgelagerten Interessen kann sich

5 Grotz/Schroeder, Das politische System der Bundesrepublik Deutschland, S. 179.

6 Alemann, Organisierte Interessen an der Bundesrepublik Deutschland, S. 27.

7 Zimmer/Speth, Verbändeforschung, S. 268.

8 Streeck, KZfSS 1987, S. 471, 473.

9 Grotz/Schroeder, Das politische System der Bundesrepublik Deutschland, S. 185 ff.

gleich gut organisieren. So stehen Zeit- und Geldmangel oder ein fehlendes Zusammengehörigkeitsgefühl, wie z.B. bei Arbeitslosigkeit, einer interessenpolitischen Organisation eher entgegen. Umgekehrt ist die Organisationsfähigkeit von Gruppen, die ein spezifisches Interesse teilen (z.B. Taxifahrer:innen), höher als bei allgemeinen Gruppen (alle Autofahrer:innen). Die Theorie kollektiven Handelns¹⁰ weist daher darauf hin, dass je spezieller ein Interesse ist und je homogener die davon betroffene Gruppe, desto größer ist die Organisationsfähigkeit und potentiell auch der Organisationsgrad eines Verbandes.

III. Entstehung des BdSt: Binnenorganisation und Funktionen

Im Gegensatz zu vielen Verbänden, deren Wurzeln bis ins Kaiserreich und die Weimarer Republik zurückreichen, wurde der BdSt am 5. Oktober 1949 in Stuttgart ohne direkte Vorläuferorganisation gegründet.¹¹ Gleichwohl hatte ein Kreis von Großindustriellen um Gustav Krupp von Bohlen und Halbach, der in Nürnberg als Hauptkriegsverbrecher angeklagt wurde, bereits in den 1920er- und 1930er-Jahren über einen Steuerzahlerbund nach schwedischem Vorbild nachgedacht. Dabei konnten die Herren auf einen Forschungsbericht *Günter Schmolders* zu nordischen Steuerzahlerorganisationen zurückgreifen, „aber jeder Gedanke an eine demokratische Bürgerinitiative der Steuerzahler mußte aufgegeben werden, als sich die nationalsozialistische Machtübernahme abzuzeichnen begann [...]“.¹² Die Gründung im Jahr 1949 orientierte sich dann auch an amerikanischen Vorbildern, wenngleich die angebotene finanzielle Subvention durch die amerikanische Besatzungsmacht abgelehnt wurde.¹³

Wie viele Interessenverbände im gesellschaftspolitischen Bereich verfügt auch der BdSt über den rechtlichen Status eines eingetragenen Vereins. Der Bundesverband ist Mitglied in der Taxpayers Association of Europe und Word Taxpayers Association. Es handelt sich um einen Verbände-Verband, in dem fünfzehn¹⁴ unabhängige Landesverbände zusam-

10 Olson, The logic of collective action.

11 Däke, Vorwort, S. 9.

12 Schmolders, Das Selbstverständnis von Steuerzahlerbewegungen im Ausland, S. 27.

13 Schmolders, Das Selbstverständnis von Steuerzahlerbewegungen im Ausland, S. 29.

14 Niedersachsen und Bremen bilden einen gemeinsamen Landesverband.

mengeschlossen sind.¹⁵ Weitere regionale Untergliederungen existieren nicht. Die Binnenorganisation eines Landesverbandes erfüllt den Mindestanspruch an einen demokratischen Vereinsaufbau in Form der jährlichen Mitgliederversammlung. Diese wählt jedoch nur den Verwaltungsrat, der das eigentliche Entscheidungsgremium darstellt und auch den Landesvorstand bestellt.¹⁶ Die Landesvorsitzenden wählen wiederum den Bundesvorstand, der Präsidium genannt wird, und als Kontrollgremium den Verwaltungsrat.

Nach Satzung ist der BdSt zwar parteipolitisch unabhängig, wird aber von Journalisten regelmäßig in die Nähe der FDP gerückt, da sein programmatisches Profil mit dem der Partei konvergiert.¹⁷ Wie Tabelle 1 zeigt, rekrutieren sich die männlichen Vorsitzenden bzw. Präsidenten aktuell insbesondere aus dem CDU/FDP-Lager.

Tabelle 1: Führungspersonal des BdSt und seiner Landesverbände (Quelle: eigene Zusammenstellung)

Ebene	Vorsitzender/ Präsident	Partei	Ausbildung	Weitere Beschäftigungen
Bundesverband	Reiner Holznagel	CDU	MA Politikwissenschaft	Ehem. Chefredakteur „Der Steuerzahler“
Baden-Württemberg	Zenon Bilaniuk		Dipl.-Ökon.	
Bayern	Rolf Baron von Hohenhau	CSU	Dipl.-Kfm.	Wirtschaftsberatungs und Verwaltungs-GmbH Augsburg
Berlin	Alexander Kraus		Dipl.-Volksw.	
Brandenburg	Dr. Hans Seiz & Clemens Timm			
Hamburg	Lorenz Palte		Dipl.-Betriebsw.	Leiter Lohnsteuerhilfeverein Hamburg-Barmbek
Hessen	Joachim Papendick	FDP	Dipl.-Volksw.	
Mecklenburg-Vorpommern	Knud Bernitz			Knud Bernitz Versicherungsmakler GmbH
Niedersachsen/Bremen	Bernhard Zentgraf		Dipl.-Volksw.	
Nordrhein-Westfalen	Rik Steinheuer	CDU	Rechtsanwalt	

15 Möller, Politische Bildung 1998, S. 48, 57.

16 Schöbel, Politische Partizipation als Verbandsarbeit, S. 11.

17 Lösche, Verbände und Lobbyismus in Deutschland, S. 59.

Ebene	Vorsitzender/ Präsident	Partei	Ausbildung	Weitere Beschäftigun- gen
Rheinland-Pfalz	Rainer Brüderle	FDP	Dipl.-Volksw.	Ehem. Wirtschaftsminister Rainer BrüderleConsult
Saarland	Christoph Walter		Dipl.-Kfm.	
Sachsen	Thomas Meyer			
Sachsen-Anhalt	Ralf Seibicke	CDU	Dipl.-Ökon.	Präsident des Landesrechnungshofs a. D.
Schleswig-Holstein	Dr. Aloys Altmann	SPD	Wirt.-Soz. des Landbaus	Präsident des Landesrechnungshofs a. D.
Thüringen	Justus Kehrl		Rechtsanwalt	Weisskopf Rechtsanwälte Partnerschaft

Der Bundesverband finanziert sich durch eine Umlage der Landesverbände, 2018 betrug der Etat 1,66 Millionen Euro.¹⁸ Die Landesverbände tragen auch das Deutsche Steuerzahlerinstitut (DSi), das aufgrund der NS-Vergangenheit Karl Bräuers 2013 umbenannt wurde.¹⁹ Waren anfangs die Mitgliedsbeiträge nicht steuerlich abzugsfähig,²⁰ ist der Verein inzwischen als gemeinnützig anerkannt.

Der satzungsgemäße Vereinszweck ist die „Förderung des demokratischen Staatswesens“ und die „Wahrnehmung der Belange aller Steuer- und Abgabenzahler“.²¹ Die acht Vereinsziele²² bricht der BdSt in der Außendarstellung üblicherweise auf die Formel Steuern und Abgaben senken, Verschwendung stoppen, die Staatsverschuldung zurückfahren und Bürokratie abbauen herunter.²³ Damit folgt der Verband dem Leitbild des schlanken Staates. Die ursprünglich ebenfalls angestrebte Verbesserung der Steuermoral ist heutzutage kein Thema mehr.²⁴ „Steuerflucht, Steuer-

18 BdSt, Jahresrückblick 2018, S. 8.

19 Schäfers, FAZ v. 21.06.2013.

20 Schmolders, Das Selbstverständnis von Steuerzahlerbewegungen im Ausland, S. 29.

21 BdSt, Satzung des Bundes der Steuerzahler Deutschland e.V., S. 1 f.

22 Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit bei der Bewirtschaftung öffentlicher Mittel, gerechte Steuer- und Abgabenlast, Rechtsstaatlichkeit, einfaches und verständliches Steuerrecht, Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit der Steuerzahler:innen, öffentliche Finanzwirtschaft soll sich an der sozialen Marktwirtschaft ausrichten, Vermeidung von Staatsverschuldung und angemessene Kosten der Daseinsvorsorge.

23 BdSt, Das Schwarzbuch. Die öffentliche Verschwendung 2020/2021, S. 3.

24 Schöbel, Politische Partizipation als Verbandsarbeit, S. 6.

hinterziehung und Steuervermeidung stellen hingegen keine Themen dar, die der BdSt aufgreift“.²⁵

In den 2000er-Jahren verursachte der Verband eine öffentliche Debatte, weil er sich selbst nicht an die Transparenzprinzipien hielt, die er immer wieder einfordert.²⁶ Ex-Präsident Heinz Däke hatte ein dreifaches Gehalt, insgesamt rund 190.000 Euro jährlich, bezogen.²⁷ Im Zuge dessen hatte der Skandal auch direkte Auswirkungen auf die Mitgliederentwicklung. Zudem erhielt Däke als Beiratsmitglied der Hamburg-Mannheimer Versicherung (jetzt ERGO) Aufwandsentschädigungen. Diese Versicherung ist seit den 1970er-Jahren in die Mitgliederakquise des BdSt eingebunden, wirbt erst Verbandsmitglieder und bietet dann eigene Versicherungsangebote an.²⁸ Umstrukturierungen bei der Versicherung, die aufgrund von Internetgeschäften weniger persönlichen Kundenkontakt hat, verschärfen die Mitgliederkrise, weshalb der BdSt vermehrt auf eigene, aber sehr kostspielige, Akquiseabteilungen und selektive Anreize (u.a. Rabatte beim Tanken, Leasing und GEMA-Gebühren) setzt.²⁹

IV. Repräsentation und Legitimität: Wen vertritt der BdSt?

Als der BdSt von sich selbst als der „mitgliederstärksten Steuerzahlerorganisation der Welt“ sprach,³⁰ konnte er auf eine seit seiner Gründung kontinuierlich steigende Mitgliederzahl zurückblicken. Anfang der 2000er-Jahre, 50 Jahre nach seinem Entstehen, verzeichnete er mit 430.000 Mitgliedern seinen Höchststand. Seit dem Skandal um Däke und die ERGO-Versicherung sinkt die Mitgliederzahl rapide. 2020 lag der Mitgliederstand nur noch bei 205.881, wenn dafür das zentrale Mittel der Mitgliederkommunikation herangezogen wird: die Zeitschrift „Der Steuerzahler“. Gemessen an allen Erwerbstätigen entspricht dies einem überschaubaren Organisationsgrad von 0,5 % der Steuerzahler:innen (Tabelle 2: *Verteilung der BdSt-Mitgliederzeitung „Der Steuerzahler“*). Den Mitgliedern kommt dabei fast ausschließlich die Rolle des Finanziers der Verbandstätigkeiten zu. Diese

25 Greef/Kiepe, FJSB 2018, S. 28, 33.

26 Scheele, Der Spiegel v. 28.10.2010.

27 Lösche, Verbände und Lobbyismus in Deutschland, S. 59; Speth, Steuern, Schulden und Skandale, S. 10.

28 Speth, Steuern, Schulden und Skandale, S. 10; Stein, Der Bund der Steuerzahler und seine Mitglieder, S. 180 f.

29 Speth, Steuern, Schulden und Skandale, S. 22.

30 Däke, Vorwort, S. 9.

sind kaum in die verbandliche Willensbildung einbezogen, die Einladung zur Mitgliederversammlung erfolgt als Bekanntmachung in der Mitgliederzeitschrift. Daher spielt die Mitgliedschaftslogik für den BdSt eine untergeordnete Rolle, wichtiger ist die Einflusslogik, die sich insbesondere in einer starken Medienfixierung niederschlägt.

Das zehn Mal im Jahr erscheinende, als „Wirtschaftsmagazin“ werblich vermarktete Magazin, erhalten alle Mitglieder über den Bundesverband (teilweise mit Landesbeilagen, bspw. die HessenZeitung vier Mal im Jahr). Es richtet sich mit dem Themenspektrum Steuern, Versicherungen und Geldanlage zwar an ein breites Publikum, mit einem durchschnittlichen Haushaltsnettoeinkommen von 4.784 Euro und einem Durchschnittsalter von 50,8 Jahren bildet der Leser:innenkreis – und damit auch die Mitgliedschaft des BdSt – jedoch nicht den Querschnitt der Bevölkerung ab.³¹ 2018 lag das Nettoeinkommen privater Haushalte bei durchschnittlich 3.661 Euro. Und auch die Altersgruppe mit dem höchsten durchschnittlichen Haushaltseinkommen, die 45- bis 54-Jährigen, liegen mit 4.398 Euro noch darunter.³² Die Verteilung der Zeitschrift „Der Steuerzahler“ bietet auch einen Anhaltspunkt für die Zahl der Verbandsmitglieder in den einzelnen Bundesländern.

Tabelle 2: Verteilung der BdSt-Mitgliederzeitung „Der Steuerzahler“ (Quellen BdSt, Mediadaten 2021, Der Steuerzahler; eigene Darstellung und Berechnung)

Bundesland	Exemplare	Erwerbstätige	Verhältnis
Saarland	3.485	478.000	0,73 %
Baden-Württemberg	40.740	5.987.000	0,68 %
Niedersachsen	23.443	4.017.000	0,58 %
Nordrhein-Westfalen	49.934	8.807.000	0,57 %
Schleswig-Holstein	7.394	1.465.000	0,50 %
Bayern	34.842	7.076.000	0,49 %
Hessen	13.717	3.220.000	0,43 %
Bremen	1.395	332.000	0,42 %
Thüringen	3.986	1.042.000	0,38 %
Mecklenburg-Vorpommern	2.681	761.000	0,35 %
Hamburg	3.314	979.000	0,34 %
Rheinland-Pfalz	6.559	2.090.000	0,31 %

31 BdSt, Der Steuerzahler, Wirtschaftsmagazin Mediadaten 2021, S. 3.

32 Bundeszentrale für politische Bildung, Einkommen privater Haushalte.

Bundesland	Exemplare	Erwerbstätige	Verhältnis
Brandenburg	3.653	1.244.000	0,29 %
Sachsen-Anhalt	2.618	1.027.000	0,25 %
Berlin	4.422	1.868.000	0,24 %
Sachsen	3.698	1.985.000	0,19 %
<i>Gesamt</i>	<i>205.881</i>	<i>42.378.000</i>	<i>0,49 %</i>

Die Verbreitungszahlen der Mitgliederzeitung zeigen, dass der BdSt insbesondere in den neuen Bundesländern unterdurchschnittlich vertreten ist. Überproportional viele Mitglieder kommen dagegen aus drei großen westdeutschen Flächenländern: NRW, Baden-Württemberg und Niedersachsen, insbesondere aber auch aus dem Saarland³³ – trotz seiner geringen Größe und dem unterdurchschnittlichen Haushaltseinkommen. Schwächer vertreten ist der BdSt dagegen in den Stadtstaaten Bremen, Hamburg und Berlin.

Die Leserschaft von „Der Steuerzahler“ beschreibt der BdSt selbst als „gehobenen Mittelstand“, „überdurchschnittlich hoch gebildet“ und mit „hoher Kaufkraft“ ausgestattet.³⁴ 2014 lasen überwiegend Männer (75 %) die damals noch als „Wirtschaftsmagazin für den Mittelstand“ beworbene Mitgliederzeitung.³⁵ Bach konstatiert daher: „In der breiten Öffentlichkeit und den Medien wird [der BdSt] als Stimme aller Steuerzahler und unabhängiger Kontrolleur des öffentlichen Finanzgebarens wahrgenommen. Tatsächlich repräsentiert er vor allem mittelständische Unternehmer, Freiberufler und Besserverdiener, die ihn über Beiträge und Spenden finanzieren“.³⁶

Lösche charakterisiert den BdSt zwar als Public Interest Group, allerdings würde er als Teil der eigenen PR-Strategie Steuerzahlerinteressen als allgemeine Interessen deklarieren.³⁷ In Wirklichkeit verberge sich hinter Gemeinwohlanspruch und Fachwissenvermittlung jedoch ein partikulares Interesse. Gleichwohl nimmt der BdSt laut Schöbel „eine im allgemeinen Interesse liegende und nicht nur den Mitgliedern dienende Wächterfunktion für eine nachhaltige Finanzpolitik ein.“ Er übernimmt damit zumindest teilweise auch Funktionen sogenannter Watchdog-Organisationen,

33 Bundesweit ist das Saarland bei Vereins- und Parteimitgliedschaft sowie Aktivitäts- und Engagementquoten führend; Kausmann et al., Länderbericht zum Deutschen Freiwilligensurvey 2014.

34 BdSt, Mediadaten 2021, Der Steuerzahler, S. 2.

35 BdSt, Mediadaten 2014, Der Steuerzahler, S. 3.

36 Bach, Unsere Steuern, S. 148.

37 Lösche, Verbände und Lobbyismus in Deutschland, S. 57 f.

welche „die Tätigkeit des Staates und seiner Institutionen, anderer Organisationen oder Unternehmen [...] überwachen beziehungsweise deren Handeln kritisch [...] begleiten und damit [...] kontrollieren.“³⁸ Dabei agiert der BdSt jedoch nicht im öffentlichen Interesse, sondern verfolgt Partikularinteressen.

Die Interessenvertretung durch den BdSt wird also keineswegs durch einen repräsentativen Querschnitt der deutschen Steuerzahler:innen legitimiert. „Der Bund der Steuerzahler [...] kann entgegen seiner Titulierung als Massenorganisation keine großflächige Vertretung von Sozialinteressen aufweisen.“³⁹ Im Vordergrund stehen vielmehr die materiellen Interessen einer partikularen Gruppe. Dem BdSt gelingt es jedoch immer wieder erfolgreich, diese als Gemeinwohlinteressen aller Steuerzahler:innen auszugeben, „sich als Finanzgewissen der Nation in Szene zu setzen“⁴⁰ und auch als solches in den Medien, in der Politik oder der Sozialgerichtsbarkeit wahrgenommen zu werden.

V. Instrumente des BdSt: Symbolische Öffentlichkeitsarbeit und Musterklagen

Der BdSt greift auf zwei zentrale Instrumente zurück: er stellt Informationen bereit und kritisiert Sachverhalte durch naming, blaming und shaming.⁴¹ Zur Verfolgung dieser symbolischen Öffentlichkeitsarbeit nutzt der BdSt insbesondere die Schuldenuhr, den Steuerzahlergedenktag und das Schwarzbuch, die er auch als seine Markenzeichen bezeichnet.

Die Schuldenuhr wurde am 12. Juni 1995 in Wiesbaden, dem alten Vereinssitz, eingeweiht. Im gleichen Jahr kamen diverse TV-Teams, um den Augenblick festzuhalten, als der öffentliche Schuldenstand 2 Billionen D-Mark erreichte.⁴² Auch danach blieb die Schuldenuhr ein Medienstar der Haushaltspolitik und wurde zwischenzeitlich als App angeboten.

Die wohl bekannteste Marke des BdSt, das Schwarzbuch, entstand 1973 und prangert jährlich über 100 Beispiele von Steuerverschwendung an. Dabei greift der BdSt häufig auf die Berichte der Rechnungshöfe zurück, nimmt es aber mit den Fakten nicht immer so genau und überschätzt wohl die Effizienzreserven des Staates.⁴³ Wobei es dem Verband auch nach

38 Greef/Kiepe, FJSB 2018, S. 28, 28.

39 Sebalt/Straßner, Verbände in der Bundesrepublik Deutschland, S. 115.

40 Bach, Unsere Steuern, S. 148.

41 Greef/Kiepe, FJSB 2018, S. 28, 30.

42 BdSt, 70 Jahre Steuerzahler.

43 Speth, Steuern, Schulden und Skandale, S. 26; Scheele, Der Spiegel v. 28.10.2010.

fast 50 Jahren nicht hinreichend präzise gelungen ist, den Begriff der Verschwendung zu definieren.⁴⁴ Während nutzlose „So-da-Brücken“ ohne Straßenanschluss für die meisten Steuerzahler:innen einen Schildbürgerstreich darstellen, bewegen sich viele Sachverhalte des Schwarzbuches im Bereich des Politischen und der ist bekanntermaßen umstritten. Eine Pflegekammer mag für den BdSt Steuergeldverschwendung sein, für andere ein legitimes Instrument zur Aufwertung der Pflegeberufe. Eine beachtliche Reichweite kann auch die RTL-Sendung „Mario Barth deckt auf!“ vorzeigen, die in Kooperation mit dem BdSt (vermeintliche) Steuerverschwendung anprangert: In der zweiten Jahreshälfte 2020 erreichte die Sendung mit 2 bis 2,5 Millionen Zuschauer:innen einen Marktanteil von 7 bis 9 %.⁴⁵

Zudem hat der Verband den Steuerzahlergedenktag ausgerufen, ab dem jeder Bürger:in für das eigene Portemonnaie arbeitet. Der BdSt taxiert diesen auf den 18. Juli, was allerdings als „vulgärökonomischer Populismus“ kritisiert wird: Zum einen müsste der 18. Juli korrekt als Sozialbeitrags- und Steuerzahlergedenktag bezeichnet werden, zum anderen verschiebt sich der Tag bei korrekter Berechnung auf den 15. Mai, wenn nicht gar Anfang Februar.⁴⁶

Über symbolische Öffentlichkeitsarbeit hinaus leitet der BdSt zum einen aufgedeckte Tatbestände auch an sanktionierende Institutionen (bzw. die Rechnungshöfe) weiter.⁴⁷ Zum anderen ist bereits in der Vereinssatzung ein handfestes weiteres Instrument zur Interessenvertretung verankert: Musterprozesse zur Klärung steuerrechtlicher Fragen von grundsätzlicher Bedeutung. Das Beispiel der Pendlerpauschale zeigt, dass der BdSt hier bereits wegweisende Entscheidungen erstritten hat. Allerdings orientiert sich der Verband vor allem am Kriterium der Erfolgsaussicht und an Themen, mit denen er für sich werben kann.⁴⁸ Mit Stand vom 2. Oktober 2020 hat der BdSt 77 Musterklagen begleitet, die überwiegend vor Finanzgerichten oder auch vor Verwaltungsgerichten (7) und der ordentlichen Gerichtsbarkeit (3), aber nur zweimal vor Sozialgerichten verhandelt wurden.⁴⁹

44 Möller, Politische Bildung 1998, S. 48, 52.

45 Quotenmeter, Mario Barth deckt auf, <http://www.quotenmeter.de/tag/Mario+Barth+deckt+auf> (letzter Zugriff: 27.3.2021).

46 Bach, Die Zeit v. 19.07.2017.

47 Greef/Kiepe, FJSB 2018, S. 28, 30.

48 Speth, Steuern, Schulden und Skandale, S. 36 f.

49 BdSt, Musterklagen des Bundes der Steuerzahler.

VI. Populismus, Neoliberalismus und Demokratieverständnis des BdSt

Der BdSt nutzt im Schwarzbuch, beim Steuerzahlergedenktag und für seine Posts in den Sozialen Medien plakative Darstellungen, die Sachverhalte verkürzt und emotional aufgeladen präsentieren. Die Aufhebung der Schuldenbremse in der Corona-Pandemie bezeichnet der Verband als „Politik der maximalen Verschuldung!“⁵⁰ und forderte den Bundestag auf „sich Mega-Schulden [zu] widersetzen!“⁵¹ Bach spricht, bezogen auf den Steuerzahlergedenktag, von „vulgärökonomische[m] Populismus“.⁵² Folgt der BdSt damit einer populistischen Logik? Populismus charakterisiert nach Mudde und Kaltwasser⁵³ nicht nur die Gegenüberstellung von Volk und (korruptem) Establishment (die „Elite“ aus Politik, Medien oder Wirtschaft) als vertikale Dichotomie und „Volkssouveränität um jeden Preis“, sondern auch eine ideologische Komponente („dünne Ideologie“) oder Weltsicht.

Beim BdSt ist der Gegensatz zwischen dem Volk und dem Establishment, in Form von Steuerzahler:innen gegen den Staat, durch seine inhaltliche Ausrichtung auf Steuern und ihre Verausgabung sowie durch seine Funktion als Watchdog in der DNA des Verbandes angelegt. Zwar spricht er nicht von „Volk“,⁵⁴ stilisiert sich aber doch zur „Interessenvertretung für alle Steuerzahler“, der „für die Bürger“ arbeitet.⁵⁵ Die Unterstützung der Kampagne „Jetzt ist die Zeit: Volksentscheid. Bundesweit“ des Mehr Demokratie e.V. 2017 kann wie jede Forderung nach mehr Partizipation der Bürger:innen nicht grundsätzlich als populistisch eingeordnet werden, obwohl direkte Demokratie auch von Populist:innen genutzt werden kann. Das stärker direktdemokratische denn repräsentative Demokratieverständnis des BdSt dürfte daher rühren,⁵⁶ dass in direktdemokratischen Gebietskörperschaften Steuern und Staatsverschuldung geringer sind.⁵⁷ Zusätzlich zu den ebenfalls vorhandenen populistischen Stilelementen auf der instru-

50 BdSt, Presseinformation v. 27.11.2020.

51 BdSt, Presseinformation v. 23.11.2020.

52 Bach, Die Zeit v. 19.07.2017.

53 Mudde/Kaltwasser, CPS 2018, S. 1667, 1669.

54 Wobei die englischsprachige Populismus-Literatur mit dem Begriff „the people“ einen stärkeren Bezug zum (demokratischen) Demos aufweist als der deutsche, häufig völkisch verstandene Volksbegriff.

55 BdSt, Porträt.

56 BdSt, Presseinformation v. 16.11.2017.

57 Feld/Kirchgässner, Wirkungen direkter Demokratie, S. 417 ff.

mentellen Ebene existiert mit dem Neoliberalismus auch eine „dünne Ideologie“.

Das Projekt einer neoliberalen Ausgestaltung der politischen Ökonomie verbindet den Markt als zentralen Koordinationsmechanismus, individuelle Freiheit und Verantwortung mit einer minimalen staatlichen Ordnungsfunktion. Der Staat wird als steuernder und regulierend intervenierender Akteur zurückgedrängt. Als Nachtwächterstaat ist er primär nur noch für die Sicherstellung eines funktionierenden Marktes und eines fairen Wettbewerbs zuständig, während ansonsten Angebot und Nachfrage steuern.⁵⁸ Das marktradikale Zurückdrängen (Deregulierung, Privatisierung) des Staates betrifft auch den Steuerstaat, insbesondere unter dem Label der Senkung von Lohnnebenkosten, die aus neoliberaler Perspektive vor allem die (globale) Wettbewerbsfähigkeit hemmen.

Zugleich finanzieren Steuereinnahmen maßgeblich die Leistungen der öffentlichen Daseinsvorsorge. Die Forderung nach Steuersenkung – und damit sinkenden Einnahmen des Sozialstaates – wird daher auf der Ausgabenseite mit einer zentralen neoliberalen Argumentation begleitet: die Übertragung der staatlichen Leistungserbringung auf den vermeintlich effizienteren Markt und in die individuelle Verantwortung. Für das Effizienzkriterium wiederum sind Kosten und Langsamkeit der staatlichen Bürokratie und vermutete Steuerverschwendung zentrale Bezugspunkte. Aus dieser Perspektive heraus lässt sich der Bund der Steuerzahler also durchaus als neoliberaler Akteur charakterisieren.

VII. Fazit: Sozialpolitische Implikationen

Die vorstehende Untersuchung zeigt, dass der BdSt nicht geeignet ist, (im Sozialgerichtsstreit) die gemeinwohlorientierten Interessen der Steuerzahler:innen zu vertreten, sondern partikulare Gruppeninteressen repräsentiert. Daher ist seine Rolle im Feld der Sozialpolitik kritisch zu hinterfragen. So unterstützte der BdSt eine (nicht angenommene) Musterklage bis vor das Bundesverfassungsgericht gegen die Künstlersozialkasse. Diese hatte er bereits vor dem Sozialgericht Lübeck, vorm Landessozialgericht Schleswig-Holstein und vorm Bundessozialgericht begleitet.⁵⁹ Das Ziel war die Befreiung von Unternehmen von der (auftraggeberseitigen) Pflichtabgabe für künstlerische Dienstleistungen. Ebenfalls unterstützte der BdSt

58 Kolb, *Ökonomische Ideengeschichte*, S. 79 ff.

59 BdSt, Presseinformation v. 15.02.2018.

eine (gescheiterte) Musterklage vor dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) gegen das Monopol der Berufsgenossenschaften. Diesen würde das Wesensmerkmal des sozialen Ausgleichs fehlen, weshalb private Unfallversicherungen gleichzustellen wären.⁶⁰ Darüber hinaus setzt der Verband sich bspw. für ein Ende der sozialen Wohnraumförderung ein und hält kommunale Wohnungsunternehmen für ein sozialpolitisch ungeeignetes Instrument.⁶¹ Überhaupt hält der BdSt öffentliche Unternehmen für ungeeignet, politische Ziele zu verfolgen.⁶²

Auch diese Beispiele verdeutlichen, dass der BdSt vorrangig die Interessen von kleinen und mittleren Unternehmen, Freiberuflern und Selbstständigen vertritt. Mit seinem Fokus auf Steuersenkung, Bürokratieabbau und einen schlanken Staat setzt er sich für den Abbau des Sozialstaats, Privatisierung, Liberalisierung und individuelle Eigenverantwortung ein, wobei er neoliberal-populistisch agiert. Er vertritt damit zwar legitime Interessen gegenüber der Öffentlichkeit und dem politischen System. Allerdings lassen sich die Positionen des Verbandes keinesfalls als Referenz für *die* deutschen Steuerzahler:innen heranziehen. Die Gruppe der Steuerzahler:innen ist höchst heterogen zusammengesetzt und hinter ihr stehen diametral unterschiedliche Interessen: Während kleinere Gruppen, für die der BdSt sich öffentlich einsetzt, weniger Steuern zahlen wollen, sind große Gruppen der Gesellschaft an einem hohen Steueraufkommen interessiert und auf Umverteilungsaktivitäten des Staates im Rahmen der öffentlichen Daseinsvorsorge angewiesen.

Der Steuerzahlerbund gehört damit zu den klassischen Pressure-Groups, auch wenn er sich selbst gerne als zivilgesellschaftlicher Watchdog des Staates präsentiert. Gleichwohl nimmt der BdSt auf zwei Arten eine Kontrollfunktion wahr: Einerseits verfolgt er mit seinem „Deutschen Steuerzahlerinstitut“ eine Informationsstrategie. Gegenwärtig wird das Institut in Öffentlichkeit und Wissenschaft aber kaum noch wahrgenommen. Andererseits setzt der BdSt auf symbolische Aktionen (Schuldenuhr, Steuerzahlergedenktag, Stadtrundgang der Steuerverschwendung), Skandalisierung durch das alljährliche Schwarzbuch der Steuerverschwendung und Musterklagen. Mit diesem Instrumentarium verhält er sich wie ein Watchdog und orientiert sich dabei stark an der Medienlogik. Allerdings tut er dies mit

60 BdSt, Musterklagen des Bundes der Steuerzahler.

61 BdSt, Das Schwarzbuch. Die öffentliche Verschwendung 2019/20, S. 22 ff.

62 BdSt, Das Schwarzbuch. Die öffentliche Verschwendung 2020/21, S. 16.

eindeutig neoliberaler Schlagseite. Von wissenschaftlicher Seite wird seine Arbeit als unseriös kritisiert.⁶³

Bei der Wahrnehmung seiner Kontrollfunktion ist der BdSt von drei Asymmetrien betroffen. Erstens ist er auf die (öffentlichen) Ergebnisse der ressourcenstarken Rechnungshöfe angewiesen. Zweitens ist für die Skandalisierung von Steuerverschwendung eine Zusammenarbeit mit kampagnenstarken Boulevardmedien nötig. Drittens hält sich der Verband selbst nicht an die Maßstäbe einer transparenten und schlanken Verwaltung sowie einer nachvollziehbaren Politikfinanzierung, die er beim Handeln des Staates anlegt. Konkurrierende NGOs wie Transparency International, Abgeordneten-Watch und Lobby-Control können daher die Position einer kritischen und unabhängigen Kontrolle glaubwürdiger ausfüllen.⁶⁴

Der BdSt zielt auf die Verhinderung der Verschwendung von Steuergeldern und eine sparsame Haushaltsführung. Darüber hinaus geht es ihm um eine vereinfachte Besteuerung und die Begrenzung der Abgabenlast. Themen wie Steuerflucht, Steuerhinterziehung und Steuervermeidung greift der BdSt hingegen nicht auf. Erklären lässt sich dies damit, dass, entgegen der Wahrnehmung als unabhängigem Kontrolleur und Stimme aller Steuerzahler:innen, der BdSt „vor allem mittelständische Unternehmer, Freiberufler und Besserverdiener, die ihn über Beiträge und Spenden finanzieren“ repräsentiert.⁶⁵ Der Lobbyismus zugunsten dieser partikularen Gruppen unter dem Leitbild eines schlanken Staates schmälert die Output-Legitimität des Verbandes. Sowohl aus dieser Perspektive als auch mit Blick auf seine Input-Legitimität mit zuletzt rund 205.000 Mitgliedern erscheint sein Gemeinwohlspruch, für alle Steuerzahler:innen zu sprechen, als vorgeschoben.⁶⁶

Literatur

Alemann, Ulrich von, *Organisierte Interessen in der Bundesrepublik Deutschland*, 2. Auflage, Wiesbaden 1989.

Bach, Stefan, *Unsere Steuern. Wer zahlt? Wie viel? Wofür?*, Frankfurt 2016.

63 Bach, *Unsere Steuern*, S. 147 f.; Speth, *Steuern, Schulden und Skandale*, S. 36; Greef/Kiepe, FJSB 2018, S. 28, 33.

64 Greef/Kiepe, FJSB 2018, S. 28, 34.

65 Bach, *Unsere Steuern*, S. 14.

66 Greef/Kiepe, FJSB 2018, S. 28, 33.

- Bach, Stefan, Die Tea Party lässt grüßen. Steuerzahler, Die Zeit vom 19.07.2017, abrufbar unter: www.zeit.de/wirtschaft/2017-07/steuerzahler-gedenktag-deutschland-arbeit-abgaben (letzter Zugriff: 24.3.2021).
- Bund der Steuerzahler e.V. (BdSt), Porträt. Der Bund der Steuerzahler stellt sich vor, o. J., abrufbar unter: www.steuerzahler.de/ueber-uns/kontakt/der-bdst (letzter Zugriff: 25.3.2021).
- Bund der Steuerzahler e.V. (BdSt) (Hrsg.), Mediadaten 2014, Der Steuerzahler, Wirtschaftsmagazin für den Mittelstand, 2014.
- Bund der Steuerzahler e.V. (BdSt), Satzung des Bundes der Steuerzahler Deutschland e.V., 2017, abrufbar unter: www.steuerzahler.de/fileadmin/user_upload/2017_12_05_Satzung_BdSt.pdf (letzter Zugriff: 29.3.2021).
- Bund der Steuerzahler e.V. (BdSt), Jetzt Volksabstimmungen auf Bundesebene!, Presseinformation vom 16.10.2017, abrufbar unter: www.steuerzahler.de/presse/detail/jetzt-volksabstimmungen-auf-bundesebene (letzter Zugriff: 25.03.2021).
- Bund der Steuerzahler e.V. (BdSt), Contra Künstlersozialabgabe: Deshalb hat sich unser Einsatz gelohnt, Presseinformation vom 15.02.2018, abrufbar unter: www.steuerzahler.de/aktuelles/detail/contra-kuenstlersozialabgabe-deshalb-hat-sich-unser-einsatz-gelohnt (letzter Zugriff: 29.3.2021).
- Bund der Steuerzahler e.V. (BdSt), Jahresrückblick 2018. Bund der Steuerzahler Deutschland e.V., 2018, abrufbar unter: www.steuerzahler.de/fileadmin/user_upload/Gesch%C3%A4ftsbericht_2018_web.pdf (letzter Zugriff: 24.03.2021).
- Bund der Steuerzahler e.V. (BdSt), 70 Jahre Bund der Steuerzahler. 7 Geschichten aus 7 Jahrzehnten, 2019, abrufbar unter: www.steuerzahler.de/ueber-uns/kontakt/70-jahre-7-geschichten (letzter Zugriff: 29.03.2021).
- Bund der Steuerzahler e.V. (BdSt), Das Schwarzbuch. Die öffentliche Verschwendung 2019/20, Berlin 2019.
- Bund der Steuerzahler e.V. (BdSt), 70 Jahre Finanzgewissen der Nation. Bund der Steuerzahler, Berlin 2019.
- Bund der Steuerzahler e.V. (BdSt), Das Schwarzbuch. Die öffentliche Verschwendung 2020/21, Berlin 2020.
- Bund der Steuerzahler e.V. (BdSt), Musterklagen des Bundes der Steuerzahler, Ergebnisliste, 2020, abrufbar unter: https://steuerzahler.de/fileadmin/user_upload/Ergebnisliste_01.pdf (letzter Zugriff: 30.3.2021).
- Bund der Steuerzahler e.V. (BdSt), Das ist eine Politik der maximalen Verschuldung!, Presseinformation vom 27.11.2020, abrufbar unter: www.steuerzahler.de/presse/detail/das-ist-eine-politik-der-maximalen-verschuldung (letzter Zugriff: 26.3.2021).
- Bund der Steuerzahler e.V. (BdSt), Bundestag muss sich Mega-Schulden widersetzen!, Presseinformation vom 23.11.2020, abrufbar unter: www.steuerzahler.de/presse/detail/bundestag-muss-sich-mega-schulden-widersetzen (letzter Zugriff: 25.3.2021).

- Bund der Steuerzahler e.V. (BdSt) (Hrsg.), Mediadaten 2021, Der Steuerzahler. Wirtschaftsmagazin, 2021, abrufbar unter: www.steuerzahler.de/fileadmin/user_upload/Steuerzahler/Mediadaten/Mediadaten_2021_AnzeigenverkaufPRINT.pdf (letzter Zugriff: 29.3.2021).
- Bundeszentrale für politische Bildung, Einkommen privater Haushalte, 2020, abrufbar unter: www.bpb.de/nachschlagen/zahlen-und-fakten/soziale-situation-in-deutschland/61754/einkommen-privater-haushalte (letzter Zugriff: 29.3.2021).
- Däke, Karl Heinz, Vorwort, in: Bund der Steuerzahler e.V. (Hrsg.), Wer Steuern zahlt, will Sparsamkeit, Wiesbaden 1999, S. 9 f.
- Feld, Lars. P./Kirchgässner, Gebhard, Wirkungen direkter Demokratie. Was sagt die moderne politische Ökonomie?, in: Heußner, Hermann K./Jung, Otmar (Hrsg.), Mehr direkte Demokratie wagen. Volksentscheid und Bürgerentscheid: Geschichte – Praxis – Vorschläge. 2. Auflage, München 2009, S. 417 ff.
- Greef, Samuel/Kiepe, Lukas, Staatsnahe Watchdog-Organisationen, Forschungs-journal Soziale Bewegungen 2018, S. 28 ff.
- Grotz, Florian/Schroeder, Wolfgang, Das politische System der Bundesrepublik Deutschland, Wiesbaden 2021.
- Kausmann, Corinna/Simonson, Julia/Ziegelmann, Jochen P./Vogel, Claudia/Tesch-Römer, Clemens, Länderbericht zum Deutschen Freiwilligensurvey 2014, Deutsches Zentrum für Altersfragen, Berlin 2016, abrufbar unter: https://www.dza.de/fileadmin/dza/Dokumente/Publikationen/FWS_Laenderbericht_ges_2016.09.13.pdf (letzter Zugriff: 27.07.2020).
- Kolb, Gerhard, Ökonomische Ideengeschichte. Volks- und betriebswirtschaftliche Entwicklungslinien von der Antike bis zum Neoliberalismus, 2. Auflage, Berlin 2015.
- Lösche, Peter, Verbände und Lobbyismus in Deutschland, Stuttgart 2007.
- Möller, Eike, Der Staat als Verschwender? Staatsausgaben aus Sicht des Bundes der Steuerzahler, Politische Bildung 1998, S. 48 ff.
- Mudde, Cas/Kaltwasser, Cristóbal Rovira, Studying Populism in Comparative Perspective: Reflections on the Contemporary and Future Research Agenda, Comparative Political Studies 2018, S. 1667 ff.
- Olson, Mancur, The logic of collective action. Public goods and the theory of groups, Cambridge 1971.
- Schäfers, Manfred, Karl Bräuer ist nur noch belastende Geschichte. Bund der Steuerzahler, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 21.06.2013, abrufbar unter: www.faz.net/aktuell/wirtschaft/bund-der-steuerzahler-karl-brauer-ist-nur-noch-belastende-geschichte-12238493.html (letzter Zugriff: 25.3.2021).
- Scheele, Markus, „Die haben sich unglaublich gemacht“. Bund der Steuerzahler in der Kritik, Der Spiegel vom 28.10.2010, abrufbar unter: www.spiegel.de/wirtschaft/bund-der-steuerzahler-in-der-kritik-die-haben-sich-unglaublich-gemacht-a-724006.html (letzter Zugriff: 19.3.2021).
- Schmölders, Günter, Das Selbstverständnis von Steuerzahlerbewegungen im Ausland, in: Bund der Steuerzahler e.V. (Hrsg.), Wer Steuern zahlt, will Sparsamkeit, Wiesbaden 1999, S. 11 ff.

- Schöbel, Enrico, Politische Partizipation als Verbandsarbeit. Der Bund der Steuerzahler zwischen Mitgliederinteressen und Gemeinwohl, 2005, abrufbar unter: www.econstor.eu/bitstream/10419/23943/1/2005-006E.pdf (letzter Zugriff: 19.3.2021).
- Sebaldt, Martin/Straßner, Alexander, Verbände in der Bundesrepublik Deutschland, Wiesbaden 2004.
- Speth, Rudolf, Steuern, Schulden und Skandale. Für wen spricht der Bund der Steuerzahler?, 2008, abrufbar unter: www.boeckler.de/pdf/p_arbp_161.pdf (letzter Zugriff: 4.6.2018).
- Stein, Hannah, Der Bund der Steuerzahler und seine Mitglieder, in: Bund der Steuerzahler e.V. (Hrsg.), Wer Steuern zahlt, will Sparsamkeit, Wiesbaden 1999, S. 180 ff.
- Streeck, Wolfgang, Vielfalt und Interdependenz. Überlegungen zur Rolle von intermediären Organisationen in sich ändernden Umwelten, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 1987, S. 471 ff.
- Zimmer, Annette/Speth, Rudolph, Verbändeforschung, in: Kaina, Viktoria/Römmele, Andrea (Hrsg.), Politische Soziologie. Ein Studienbuch, Wiesbaden 2009, S. 267 ff.

Anforderungen an sozialstaatliche Konfliktlösungsverfahren

Normative Einflüsse in der Gestaltung von Rechtsschutzverfahren – die Administrative Justice in Großbritannien

Alice Dillbahner

I. Einleitung

Rechtsschutzverfahren in Systemen sozialer Sicherung sind ebenso vielfältig wie die Sicherungssysteme selbst. Die Gestaltung von Rechtsschutzmechanismen variiert dabei nicht nur zwischen verschiedenen Staaten, sondern kann auch innerhalb eines Landes im Verlauf der Zeit einem Wandel unterliegen. So hat das Rechtsschutzsystem im britischen Wohlfahrtsstaat, als Teil der sogenannten *administrative justice*, in den vergangenen Jahrzehnten tiefgreifende Reformen erlebt, die zum Teil eng mit einem Wandel des Wohlfahrtsstaats verknüpft sind. In der Forschungsarbeit, die diesem Beitrag zugrunde liegt, soll näher untersucht werden, welche normativen Einflussfaktoren sich in der konkreten Gestaltung der wohlfahrtsstaatlichen Rechtsschutzmechanismen Großbritanniens¹ widerspiegeln. Konkreter Anknüpfungspunkt sind dabei die Leistungen zur Absicherung bei Arbeitslosigkeit. Der vorliegende Beitrag bietet einen schlaglichtartigen Überblick über das Forschungsthema und diskutiert die Frage, inwieweit sich die jüngsten Reformen anhand dieser Einflussfaktoren erklären lassen.

II. Das Konzept der Administrative Justice

Eine eigenständige Sozialgerichtsbarkeit wie in Deutschland gibt es in Großbritannien nicht. Hier fällt der Rechtsschutz innerhalb des wohlfahrtsstaatlichen Sicherungssystems in die ‚Verwaltungsjustiz‘, die *administrative justice*. Der Begriff lässt sich jedoch nicht eindeutig übersetzen, da er zugleich für Verwaltungsrechtsschutz und für Verfahrensgerechtigkeit

1 Da Nordirland über ein abweichendes Rechtsschutzsystem verfügt, beziehen sich die Ausführungen nicht auf das gesamte Vereinigte Königreich, sondern nur auf Großbritannien, also die Landesteile England, Wales und Schottland.

in der öffentlichen Verwaltung steht.² Davon umfasst sind sowohl die Verfahren, die der Ausgangsentscheidung zugrunde liegen, als auch mögliche Beschwerde- und Überprüfungsverfahren von Verwaltungsentscheidungen sowie die jeweils zugrundeliegenden Gerechtigkeitsvorstellungen.³ Für Angelegenheiten der Absicherung bei Arbeitslosigkeit sind die einschlägigen Rechtsbehelfe vor allem behördeninterne Überprüfungen, gerichtliche Kontrolle durch *tribunals* und *judicial review*⁴ sowie Ombudsverfahren. Gegenstand von Rechtsschutzverfahren können dabei sowohl der Inhalt von Entscheidungen als auch Verfahrensablauf und Umgang von Mitarbeitenden gegenüber Antragstellenden sein.

Das Administrative Justice and Tribunals Council (AJTC), ein unabhängiges Gremium⁵ zur Überwachung und Förderung von *administrative justice*, beschreibt diese als einen Kreislauf, bestehend aus drei Schritten (Abbildung 1). Ziel ist zunächst eine bereits beim ersten Anlauf korrekte Verwaltungsentscheidung („getting it right first time“). Gelingt dies nicht, bestehen verschiedene Streitschlichtungsmechanismen, um eingetretene Fehler unterschiedlicher Art zu korrigieren („putting things right“). Als dritter Schritt soll (idealerweise) auf der Grundlage von Feedback aus den vorangegangenen Verfahren ein Verbesserungsprozess stattfinden, der dafür Sorge trägt, dass sich die Qualität der Ausgangsentscheidungen kontinuierlich verbessert.⁶ Die dritte Komponente von *administrative justice* wird auch als „setting it right“ beschrieben, umfasst dann aber auch den weiteren politischen Rahmen von Governance- und Rechenschaftsbeziehungen, in die die Verwaltungspraxis und Rechtsschutzinstanzen eingebettet sind.⁷

2 Zur Begriffsbestimmung von *administrative justice* s.a. Jansing, Verwaltungsrechtsschutz durch tribunals in England, S. 44 ff.

3 AJTC, Principles for Administrative Justice, S. 7; Adler, Understanding and Analysing Administrative Justice, S. 129; Anthony, Italian Journal of Public Law 2015, S. 9, 9, 16 f.; Mullen, Access to Justice in Administrative Law and Administrative Justice, S. 69.

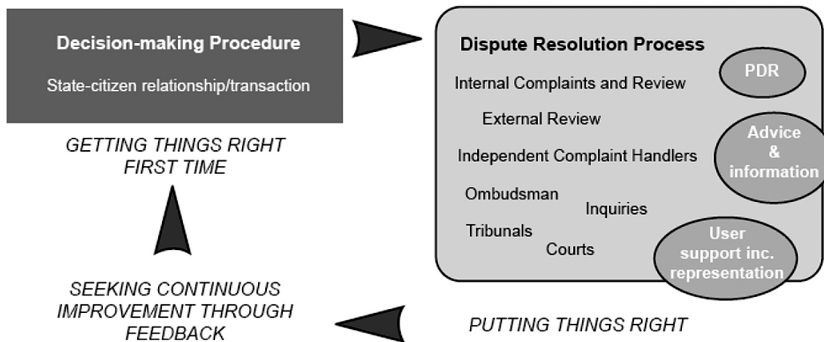
4 Diese Verfahren dienen ausschließlich der Überprüfung der Gesetzmäßigkeit von Entscheidungen (also ob der Entscheidungsprozess im Rahmen geltenden Rechts stattgefunden hat) und werden durch den High Court oder (seit 2007) die zweite *tribunal*-Instanz – das Upper Tribunal – durchgeführt.

5 Das AJTC wurde mit dem Tribunals, Courts and Enforcement Act (TCEA) 2007 erschaffen und löste das seit 1959 aktive Council on Tribunals ab. Das AJTC war konstituiert als unabhängige öffentliche Körperschaft, finanziert durch das Ministry of Justice. 2012 wurde das Gremium jedoch wieder abgeschafft.

6 AJTC, The Developing Administrative Justice Landscape, S. 7 f.

7 Buck/Kirkham/Thompson, The Ombudsman Enterprise and Administrative Justice, S. 57 f.

Abbildung 1: Die Zusammenhänge von Administrative Justice (Quelle: AJTC, *The Developing Administrative Justice Landscape*, S. 8)



Aus diesem Kreislauf wird deutlich, dass die einzelnen Elemente unmittelbar zusammenhängen und sich gegenseitig beeinflussen. Je höher die Qualität der Ausgangsentscheidungen, desto geringer ist der Bedarf, diese im Rahmen von Rechtsschutzmechanismen zu korrigieren. Zugleich braucht es aber auch effektive Verfahren, um Korrekturbedarf zu erkennen und umzusetzen. Zudem hat die Gestaltung des Zugangs zu Rechtsschutz einen entscheidenden Einfluss darauf, inwieweit dieser auch tatsächlich in Anspruch genommen werden kann und wird. Lernprozesse wiederum können nur stattfinden, wenn eine Rückkopplung der Inhalte und Ergebnisse von Rechtsschutzverfahren innerhalb der Verwaltung vorgesehen ist und die Bereitschaft besteht, entsprechendes Feedback aufzugreifen und in die Gestaltung von Entscheidungsprozessen einfließen zu lassen.⁸

Administrative justice lässt sich also nicht allein anhand ihrer institutionellen Gestaltung beschreiben. Vielmehr ist sie geprägt von bestimmten normativen Vorstellungen, die die Entscheidungspraxis und entsprechenden Verfahrensvorschriften mit beeinflussen. So werden im politischen und wissenschaftlichen Diskurs über *administrative justice* regelmäßig unterschiedliche Werte und Prinzipien angeführt, die beschreiben, wie die Verfahren gestaltet sein und welche Leitbilder dem System zugrunde

8 AJTC, *The Developing Administrative Justice Landscape*, S. 7; Thomas, *Public Law* 2015, S. 111, 119 ff.; Buck/Kirkham/Thompson, *The Ombudsman Enterprise and Administrative Justice*, S. 63; vgl. dazu auch den Beitrag von Banafsche/Klenk in diesem Band.

liegen sollten.⁹ Dies betrifft sowohl institutionelle als auch prozessuale Aspekte sowie Form und Inhalt von Entscheidungen. Entsprechend werden diese Anforderungen auch regelmäßig als argumentative Grundlage für Reformen im Allgemeinen und die spezifische Formulierung von Rechtsvorschriften im Besonderen herangezogen. Zu diesen Werten und Prinzipien gehören unter anderem Unparteilichkeit und Unabhängigkeit, Zugänglichkeit, Fairness, Genauigkeit und Fehlerfreiheit von Entscheidungen, Partizipation, Effizienz, Rechtzeitigkeit bzw. Fristwahrung, Kostenersparnis sowie Nachvollziehbarkeit und Verständlichkeit.

III. Entwicklung und jüngste Reformen

Anders als Ziviljustiz (*civil justice*) und Strafjustiz (*criminal justice*), die über lange in die Vergangenheit reichende Wurzeln verfügen und fester Bestandteil des britischen Justizsystems sind, ist die *administrative justice* noch ein recht ‚junges‘ Konzept. Als Grundlage für die Gestaltung von Verwaltungs- und Rechtsschutzprozessen hielt sie erst in den letzten 20 Jahren Einzug in die politische Argumentation. Eine Ursache dafür ist, dass es in Großbritannien lange kein eigenständiges und als solches abgegrenztes Verwaltungs- oder Sozialrecht gab und damit auch keine entsprechende einheitliche Rechtspflege.¹⁰ So entstanden im Laufe der Zeit für die Überprüfung von Entscheidungen der Verwaltungsorgane unzählige unterschiedliche Kontrollinstanzen, die oft sehr verwaltungsnah gestaltet waren.¹¹ Eine Besonderheit dabei war, dass es für die Überprüfung der spezifischen Sachverhalte regelmäßig einer großen thematischen Expertise und zugleich schneller Verfahren bedurfte, um die oft hohen Zahlen von

9 So z.B. Franks, Report of the Committee on Administrative Tribunals and Enquiries, para. 38, 43; Leggatt, Tribunals for Users, para. 7.28; Adler, Journal of Law and Society 2006, S. 615, 619; Mullen, A Holistic Approach to Administrative Justice?, S. 383; AJTC, Principles for Administrative Justice; Tomlinson, Journal of Social Welfare and Family Law 2017, S. 524 ff.

10 Ausführlich dazu Loughlin, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Großbritannien; Cane, Administrative Tribunals and Adjudication, S. 36 ff.; Jansing, Verwaltungsrechtsschutz durch tribunals in England, S. 44 ff.

11 Leggatt, Tribunals for Users, para. 14; Cane, Administrative Tribunals and Adjudication, S. 31; Jansing, Verwaltungsrechtsschutz durch tribunals in England, S. 187, 220; Brinktrine, Geschichte des Verwaltungsrechtsschutzes im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland, S. 1255.

Verfahren zu bewältigen.¹² Dadurch entwickelten sich besondere Spruchkörper, aus denen sich im Laufe der Zeit die gerichtsähnlichen *tribunals* herausbildeten.¹³ Dennoch wurden diese, ebenso wie alle weiteren zur Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen geschaffenen Spruchkörper, nicht als Teil der Justiz angesehen.¹⁴ Vielmehr wurde die Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen als Aufgabe und Zuständigkeitsbereich der Exekutive gesehen.¹⁵ Eine Vereinheitlichung von Spruchkörpern und Verfahren blieb lange aus.¹⁶

Eine erste umfassende Evaluierung der zahllosen bestehenden *tribunals* erfolgte 1957 mit dem sogenannten Franks Report.¹⁷ Doch erst nach einer weiteren Evaluation des bestehenden Systems im Rahmen des sogenannten Leggatt Review¹⁸ von 2001 wurde eine umfassende Reform der *tribunals*-Landschaft in Angriff genommen. Eine wichtige Grundlage für diese Reform bildete der Constitutional Reform Act 2005 (c. 4), der die *tribunals* als Teil der Justiz anerkannte und die Unabhängigkeit von Exekutive und Legislative verfassungsrechtlich verankerte. Mit dem Tribunals, Courts and Enforcement Act (TCEA) 2007 (c. 15) wurde schließlich ein einheitlicher Instanzenzug für Angelegenheiten der sozialen Sicherung geschaffen sowie grundlegende gemeinsame Verfahrensvorschriften festgelegt. Das dem TCEA 2007 zugrunde liegende Weißbuch (*White Paper*) von 2004 bezieht sich dabei auch erstmals auf die *administrative justice* als zentralen Rahmen des Verwaltungsrechtsschutzes und Argumentationsgrundlage für die angestrebten Reformen.¹⁹

12 Stebbings, Legal Foundations of Tribunals in Nineteenth-Century England, S. 38; Jansing, Verwaltungsrechtsschutz durch tribunals in England, S. 128 f.

13 Drewry, Transylvanian Review of Administrative Sciences 2009, S. 45, 47; Jansing, Verwaltungsrechtsschutz durch tribunals in England, S. 171.

14 Hiervon außen vor blieben die vom High Court durchgeführten *judicial review*-Verfahren.

15 Cane, Administrative Tribunals and Adjudication, S. 31; Jansing, Verwaltungsrechtsschutz durch tribunals in England, S. 188.

16 Brinktrine, Geschichte des Verwaltungsrechtsschutzes im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland, S. 1255; Jansing, Verwaltungsrechtsschutz durch tribunals in England, S. 196, 198.

17 Franks, Report of the Committee on Administrative Tribunals and Enquiries. Benannt wurde der Bericht ebenso wie das die Evaluation durchführende Komitee („Franks Committee“) nach dessen Vorsitzendem, Oliver Shewell Franks.

18 Leggatt, Tribunals for Users. Auch hier stand der Vorsitzende, Sir Andrew Leggatt, Pate für den Namen.

19 Secretary of State for Constitutional Affairs, Transforming Public Services: Complaints, Redress and Tribunals.

Eine erneute tiefgreifende Reform erfolgte mit dem Welfare Reform Act 2012 (c. 5), der mit dem *universal credit* sukzessive ein neues Leistungssystem in der Absicherung bei Arbeitslosigkeit einführte. Zuvor gab es neben der beitragsfinanzierten (*contribution-based jobseeker's allowance*) eine einkommensabhängige steuerfinanzierte Leistung (*income-based jobseeker's allowance*), ähnlich dem deutschen Arbeitslosengeld und Arbeitslosengeld II. Allerdings umfasste die *jobseeker's allowance* lediglich einen pauschalen Regelbedarf und damit keine Unterstützungen für zum Beispiel Unterkunft und Heizung oder im Haushalt lebende Kinder. Diese Leistungen mussten jeweils gesondert beantragt werden, teilweise auch bei unterschiedlichen Leistungsträgern. Mit dem *universal credit* werden nun sieben verschiedene einkommensabhängige Leistungen²⁰ in einer zusammengefasst und einheitlich vom Department for Work and Pensions (DWP) verwaltet.

Im Zusammenhang mit der Leistungsreform wurde auch das Rechtsschutzverfahren reformiert und für weite Teile der sozialen Sicherung eine sogenannte verpflichtende behördeninterne Überprüfung (*mandatory reconsideration*) eingeführt.²¹ Dieses Überprüfungsverfahren ist nun die Voraussetzung dafür, eine (anschließende) gerichtliche Kontrolle in Anspruch zu nehmen und entspricht damit im Wesentlichen dem Widerspruch im deutschen Verfahrensrecht.

Während der TCEA 2007 zunächst die Etablierung einer eigenständigen und unabhängigen gerichtlichen Kontrolle vorantrieb, wurde mit dem Welfare Reform Act 2012 und der Einführung der verpflichtenden Überprüfung die verwaltungsinterne Kontrolle gestärkt und der (unmittelbare) Zugang zu gerichtlicher Kontrolle wieder reduziert.²² So ging im Kontext der betroffenen Sozialleistungen die Zahl der Klageeingänge vor den *tribunals* stark zurück, die Klagequote betreffend die *jobseeker's allowance* bis 2018 sogar um über 90 Prozent.²³

20 Die beitragsfinanzierte Absicherung bei Arbeitslosigkeit besteht weiterhin als *new style jobseeker's allowance* fort.

21 Sec. 102 Welfare Reform Act 2012.

22 S.a. AJTC, Annual Report 2011/2012, S. 23; SSAC, Decision Making and Mandatory Reconsideration; Mullen, Access to Justice in Administrative Law and Administrative Justice, S. 99; Thomas/Tomlinson, Public Law 2018, S. 537 ff.

23 Eigene Berechnungen auf Grundlage von Ministry of Justice, Tribunal Statistics Quarterly, sowie erstellten Datenreihen aus *nomis*, official labour market statistics, Jobseeker's Allowance - seasonally adjusted, <https://www.nomisweb.co.uk/> (letzter Zugriff 01.08.2021) (der Rückgang an Leistungsbeziehenden aufgrund der Einführung von *universal credit* wurde berücksichtigt). S.a. SSAC, Decision Ma-

IV. Normative Aspekte in der Gestaltung von Rechtsschutz

Betrachtet man die verschiedenen Reformen im Verlauf der Zeit, wird deutlich, dass hier mit unterschiedlichen normativen Anforderungen an die Rechtsschutzverfahren argumentiert wurde. Bereits im Franks Report von 1957 wurden erstmals derartige Ansprüche an die Rechtsschutzverfahren durch *tribunals* formuliert. So sollten diese von Offenheit, Fairness und Unparteilichkeit geprägt sein.²⁴ Aufgrund der lange Zeit bestehenden engen Verbindung von Verwaltung und Rechtsschutzinstanzen war auch für die Reformen zur Jahrtausendwende die Forderung nach Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Spruchkörper ein zentraler Treiber.²⁵ Dementsprechend waren die 2001 im Leggatt Review und später im TCEA 2007 formulierten Ziele vor allem die Schaffung eines unabhängigen und kohärenten Systems zur Sicherstellung von *administrative justice*.²⁶ Zugleich sollte es aber auch wirtschaftlich, professionell und nutzerfreundlich (*user-friendly*) gestaltet sein und damit einen erleichterten Zugang und eine verbesserte Partizipation für diejenigen schaffen, die das Rechtsschutzsystem in Anspruch nehmen.²⁷ Gerade der Fokus auf die Nutzer:innen wird bereits im Titel des Leggatt Review deutlich: „Tribunals for Users – One System, One Service“.

Die zentralen Beweggründe für die Einführung der verpflichtenden Überprüfung hingegen waren eine Entlastung der Gerichte durch die Reduzierung von Verfahren sowie ein effizienteres Verfahren, das – auch im Interesse dessen Nutzer:innen – eine möglichst schnelle und auch kostensparende Erledigung von Rechtsbehelfen und Herstellung korrekter Entscheidungen ermöglicht.²⁸ Während der Aspekt der Wirtschaftlichkeit zwar bereits im Leggatt Review auftauchte, erhält er bei den Reformen

king and Mandatory Reconsideration, S. 22; weitere mögliche Gründe für den Rückgang aufführend Thomas/Tomlinson, Public Law 2018, S. 537, 546.

24 Franks, Report of the Committee on Administrative Tribunals and Enquiries, para. 23. Unter Offenheit ist sowohl die Öffentlichkeit von Verfahren als auch die Offenlegung von Abläufen und Urteilsbegründungen zu verstehen (Franks, Report of the Committee on Administrative Tribunals and Enquiries, para. 42).

25 Leggatt, Tribunals for Users, para. 1; Harris, Law in a Complex State, S. 142; Secretary of State for Constitutional Affairs, Transforming Public Services; Explanatory Notes to TCEA 2007, para. 37.

26 Leggatt, Tribunals for Users, para. 1; Explanatory Notes to TCEA 2007, para. 6.

27 Leggatt, Tribunals for Users, para. 1; Harris, Law in a Complex State, S. 142; Secretary of State for Constitutional Affairs, Transforming Public Services, para. 6.89.

28 Explanatory Notes to Welfare Reform Act 2012, para. 497; DWP, Appeals Process Changes, S. 2 ff.; s.a. den Beitrag von Banafsche/Klenk in diesem Band.

durch den Welfare Reform Act 2012 eine wesentlich stärkere Bedeutung. Darüber hinaus sollte das Überprüfungsverfahren aber auch transparent und verständlich gestaltet sein, um eine effektive Partizipation der Antragsteller:innen zu ermöglichen.²⁹

Die im Rahmen der einzelnen Reformen formulierten normativen Ansprüche haben damit einen maßgeblichen Einfluss auf die institutionelle und prozessuale Gestaltung des Rechtsschutzes. Dabei wurde schon im Franks Report darauf verwiesen, dass die dort formulierten Werte durchaus unterschiedlich ausgeprägt sein können, je nach der Gestaltung des konkreten Rechtsschutzverfahrens. Entsprechend ist ein behördengeleitetes Überprüfungsverfahren grundsätzlich weniger unparteiisch als eine gerichtliche Überprüfung.³⁰ Dafür können behördeninterne Überprüfungen oft eine schnellere und kostengünstigere Bearbeitung ermöglichen als gerichtliche Verfahren, eine umfassende Beteiligung von Nutzer:innen am Verfahren wiederum einem schnellen Entscheidungsprozess entgegenstehen.³¹ Die Gestaltung von Rechtsschutzverfahren ist demnach auch das Ergebnis einer Abwägung oder Austauschbeziehung (Trade-off) zwischen verschiedenen Interessen bzw. Ansprüchen an das Verfahren.³²

Es stellt sich also die Frage, welche dieser Einflüsse in besonderem Maße prägend sind und sich letztendlich in der konkreten Gestaltung von Rechtsschutzmechanismen widerspiegeln. Eine Möglichkeit, die verschiedenen Motive einzuordnen und auf bestimmte ‚Grundmuster‘ hin zu typologisieren, bieten die von *Jerry L. Mashaw* und *Michael Adler* entwickelten normativen Modelle von *administrative justice*.

V. Normative Modelle von Administrative Justice

Die Grundlage dieser Typologie bildet zunächst *Mashaws* Untersuchung der Leistungsverwaltung des amerikanischen Versicherungssystems für Menschen mit Behinderungen in den 1980er Jahren. Er ging davon aus, dass sich das Verwaltungshandeln nicht allein aus technischen Regelwerken und bürokratischen Routinen ableiten lässt, sondern in der Praxis ver-

29 Explanatory Memorandum to UC, PIP, JSA & ESA (Decision and Appeals) Regulations, para. 7.3.

30 Franks, Report of the Committee on Administrative Tribunals and Enquiries, para. 25.

31 Ausführlich zu den positiven und negativen Aspekten von verwaltungsinternen Überprüfungen s. Thomas/Tomlinson, Public Law 2018, S. 524, 537.

32 S. dazu auch das folgende Kapitel.

schiedenen Einflussfaktoren unterliegt.³³ Auf Grundlage der zentralen Kritikpunkte, die an der Entscheidungspraxis der Leistungsverwaltung geäußert wurden, identifizierte *Mashaw* zunächst die mit diesen Kritikpunkten verbundenen Gerechtigkeitsvorstellungen. Daraus leitete er drei normative Modelle ab, die jeweils anhand der zugrundeliegenden Werte beschreiben, wie eine daran ausgerichtete Verwaltungspraxis (idealtypisch) gestaltet sein sollte.³⁴

Nach diesen drei normativen Modellen von *administrative justice* sollten Entscheidungen einerseits korrekt den gesetzlichen Vorgaben entsprechen (*bureaucratic rationality*), andererseits aus professioneller Sicht die gebotene Unterstützung oder Therapie ermöglichen (*professional treatment*), und schließlich sollten die Sachverhaltsprüfung und Entscheidungsfindung in einem fairen Verfahren ablaufen (*moral judgement*).³⁵ Dabei handelt es sich nicht um tatsächlich ‚in Reinform‘ anzutreffende Entscheidungspraktiken, sondern um Idealtypen, die jeweils bestimmte normative Anforderungen und daran ausgerichtete Merkmale eines entsprechenden Verfahrens abbilden. Die Modelle können dabei in unterschiedlichen Ausprägungen durchaus nebeneinander bestehen, auch wenn sie in einer gewissen Konkurrenz zueinander stehen. So kann *administrative justice* in der Praxis auf verschiedenen Gerechtigkeitsargumenten basieren und ist in ihrer konkreten Ausgestaltung das Ergebnis von Trade-offs zwischen diesen.³⁶

Anknüpfend an die Arbeit von *Mashaw* hat *Adler* die drei Modelle und deren Merkmale weiterentwickelt sowie drei weitere Modelle hinzugefügt.³⁷ Diese sollten vor allem den Entwicklungen hin zu einem New Public Management Rechnung tragen.³⁸ Die von ihm beschriebenen sechs Modelle von *administrative justice* sind das bürokratische (*bureaucratic model*), professionelle (*professional model*), rechtliche (*legal model*), Management- (*managerial model*), Verbraucher- (*consumerist model*) sowie Marktmodell (*market model*), die durch die in Abbildung 2 dargestellten Merkmale charakterisiert werden.³⁹ Der von *Adler* ergänzte „mode of redress“

33 Mashaw, *Bureaucratic Justice*, S. 11, 16.

34 Mashaw, *Bureaucratic Justice*, S. 11, 16 f., 21 ff.

35 Mashaw, *Bureaucratic Justice*, S. 25.

36 Mashaw, *Bureaucratic Justice*, S. 31.

37 Ausführlich zu den Kritikpunkten an Mashaws Modell s. Adler, *Law & Policy* 2003, S. 323, 329 ff.; Adler, *Journal of Law and Society* 2006, S. 615, 619 ff.

38 Adler, *Law & Policy* 2003, S. 323, 331.

39 Adler, *Understanding and Analysing Administrative Justice*, S. 149; ausführlich zu den Modellen und deren Entwicklung s. Adler, *Law and Policy* 2003, S. 323 ff.; Adler, *Journal of Law and Society* 2006, S. 615 ff.

steht dabei für idealtypische Konfliktlösungsmechanismen im weitesten Sinne, die zur Herstellung von *administrative justice* beitragen.⁴⁰ Diese umfassen sowohl Rechtsbehelfe im engeren Sinne als auch weiter gefasste Reaktionsmöglichkeiten, die über eine reine inhaltliche Überprüfung von Entscheidungen hinausgehen.

Abbildung 2: *Six Normative Models of Administrative Justice* (Quelle: Adler, *Understanding and Analysing Administrative Justice*, S. 149)

Model	Mode of decision making	Legitimizing goal	Mode of accountability	Mode of redress
Bureaucratic	Applying rules	Accuracy	Hierarchical	Administrative review
Professional	Applying knowledge	Public service	Interpersonal	Second opinion or complaint to a professional body
Legal	Asserting rights	Legality	Independent	Appeal to a court or tribunal (public law)
Managerial	Managerial autonomy	Improved performance	Performance indicators and audit	None, except adverse publicity or complaints that result in sanctions.
Consumerist	Consumer participation	Consumer satisfaction	Consumer Charters	‘Voice’ and/or compensation through Consumer Charters
Market	Matching supply and demand	Economic efficiency	Competition	‘Exit’ and/or court action (private law)

Der Idealtypus des bürokratischen Modells verfolgt das Ziel, akkurate Entscheidungen zu treffen und damit möglichst effizient zwischen berechtigten und unberechtigten Ansprüchen zu unterscheiden. Die Grundlage dafür bilden (technokratische) Regelwerke, die bei korrektem Durchlaufen korrekte und reproduzierbare Ergebnisse hervorbringen. Die Verantwortung bzw. Rechenschaftsstruktur (*accountability*) ist hierarchisch gestaltet, um eine entsprechende Kontrolle der Abläufe zu ermöglichen.⁴¹ Innerhalb dieser Logik ist der idealtypische Rechtsbehelf eine verwaltungsinterne Überprüfung, die das Verfahren erneut auf mögliche Fehler hin prüft.⁴² Werte und Prinzipien wie Genauigkeit, Fehlerfreiheit und Effizienz können demnach als Hinweise auf eine Ausprägung des bürokratischen Modells betrachtet werden.

40 Adler, *Journal of Law and Society* 2006, S. 615, 620; Adler spricht hier von „external forms of accountability“.
41 Mashaw, *Bureaucratic Justice*, S. 25 f.
42 Adler, *Understanding and Analysing Administrative Justice*, S. 149.

Das professionelle Modell wiederum zeichnet sich vor allem durch eine spezifische Fachkenntnis der Entscheidungsträger:innen aus, die überall dort zum Tragen kommt, wo es um eine Beurteilung von Besonderheiten des Einzelfalls geht und um passgenaue Maßnahmen, etwa im Kontext medizinischer Beurteilungen.⁴³ Eine typische Art der Konfliktlösung wäre das Einholen einer zweiten professionellen Meinung oder die Beschwerde bei einem Berufsverband.⁴⁴ Als zentrale Werte und Prinzipien sind in diesem Modell zum Beispiel Angemessenheit und Eignung von Maßnahmen sowie Ergebnisgerechtigkeit anzusehen.

Das Ziel des rechtlichen Modells ist die Sicherstellung der Gesetzmäßigkeit (*legality*) von Entscheidungen und die Geltendmachung von Rechten auf Seiten der Antragstellenden. Die Entscheidung erfolgt durch eine unabhängige Instanz auf Basis gesetzlicher Grundlagen.⁴⁵ Der idealtypische Rechtsbehelf ist eine Klage vor einem unabhängigen Gericht (*court* oder *tribunal*).⁴⁶ Ein vom rechtlichen Modell geprägtes Verfahren sollte demnach neben der benannten Unabhängigkeit auch Unparteilichkeit, Gleichheit, Zugänglichkeit und Verfahrens- sowie Ergebnisgerechtigkeit aufweisen.

Eine dem Managementmodell entsprechende Entscheidungspraxis strebt eine stetige Verbesserung der Leistung und Effizienz an. Dies geschieht insbesondere durch die Einführung ursprünglich privatwirtschaftlicher Managementmechanismen wie Service-Standards oder verschiedene finanzielle und betriebswirtschaftliche Prüfverfahren. Den einzelnen Mitarbeitenden kommt dabei ein erhöhter Gestaltungsspielraum (Autonomie) in ihren Entscheidungen zu.⁴⁷ Ein zusätzlicher Rechtsbehelf ist in dieser Logik nicht vorgesehen, da die Entscheidungsträger:innen bereits anhand der vorgegebenen Leistungskriterien evaluiert und zur Rechenschaft gezogen werden.⁴⁸ Als typisch für das Managementmodell können demnach Effizienz und das Einsparen von Kosten sowie Fristwahrung und Rechtzeitigkeit angesehen werden.

Das Verbrauchermodell rückt die Personen, die die angebotenen Services nutzen, in den Fokus. Sie sollen aktiver in den Prozess eingebunden

43 Mashaw, *Bureaucratic Justice*, S. 27.

44 Adler, *Understanding and Analysing Administrative Justice*, S. 149.

45 Mashaw, *Bureaucratic Justice*, S. 30.

46 Adler, *Understanding and Analysing Administrative Justice*, S. 149.

47 Adler, *Law & Policy* 2003, S. 323, 333; Adler, *Journal of Law and Society* 2006, S. 615, 623.

48 Adler, *Law & Policy* 2003, S. 323, 333; Adler, *Journal of Law and Society* 2006, S. 615, 623.

werden und nicht nur passive Nutzer:innen sein. Entscheidungen basieren daher auf einer Beteiligung der betroffenen Personen am Verfahren. Formen der Konfliktlösung sind neben Mitsprache bzw. Rückmeldemöglichkeiten (*voice*)⁴⁹ auch Entschädigungen, wenn vorgegebene Standards aus Verbraucherchartas nicht erreicht wurden.⁵⁰ Ein diesem Modell entsprechendes Verfahren sollte also von Werten und Prinzipien wie Nutzerfreundlichkeit, Partizipation sowie Verständlichkeit und Nachvollziehbarkeit geprägt sein.

Im Marktmodell wiederum werden die Verbraucher:innen als eigenständige ökonomische Akteur:innen betrachtet, die aus verschiedenen Angeboten dasjenige wählen können, das ihren Wünschen und Bedürfnissen am besten entspricht. Die Entscheidungsprozesse sind geprägt durch das Markt-Prinzip von Angebot und Nachfrage sowie Wettbewerb. Eine entsprechende Reaktionsmöglichkeit im Konfliktfall ist der Austritt (*exit*), also ein Wechsel des Anbieters, oder auf zivilrechtlicher Basis auf Schadensersatz zu klagen.⁵¹ Indizien für das Marktmodell können Wirtschaftlichkeit und Effizienz sein.

Welches der beschriebenen Modelle in der Praxis auf welche Weise ausgeprägt ist, bleibt das Ergebnis von Trade-offs zwischen konkurrierenden Einflüssen:

„the trade-offs that are made, and likewise those that could be made, between the different models of administrative justice reflect the concerns, and the bargaining strengths of those institutional actors who have an interest in promoting each of them. [...] The outcome of the power struggle between these institutional actors determines the trade-offs between the different models of administrative justice with which they are associated.”⁵²

So können beispielsweise Einschränkungen von Rechtsschutzmöglichkeiten als Folge von Sparmaßnahmen⁵³ einer Reduzierung des rechtlichen oder des Verbrauchermodells zugunsten des Management- oder Marktmo-

49 Eine Form dieses Mitspracherechts ist z.B. die „board participation“ (Jantz/Klenk, *Marketization and Managerialization of Active Labor Market Policies in a Comparative Perspective*, S. 101).

50 Adler, *Law & Policy* 2003, S. 323, 334; Adler, *Journal of Law and Society* 2006, S. 615, 623.

51 Adler, *Law & Policy* 2003, S. 323, 334; Adler, *Journal of Law and Society* 2006, S. 615, 624.

52 Adler, *Understanding and Analysing Administrative Justice*, S. 151.

53 Vgl. dazu Anthony, *Italian Journal of Public Law* 2015, S. 9 ff.

dells entsprechen oder die Ersetzung medizinischer Begutachtung durch formale Kriterien eine Abkehr vom professionellen hin zum bürokratischen Modell darstellen.⁵⁴ Trade-offs zwischen den unterschiedlichen Modellen finden dabei nicht nur über den Lauf der Zeit statt, sondern auch innerhalb einzelner Institutionen und den jeweiligen politischen Programmen, die sie umsetzen sollen.⁵⁵

Die Modelle von *administrative justice* bieten damit eine Möglichkeit, einzelne Werte und Prinzipien in einen größeren Zusammenhang zu bringen und als Bestandteile von spezifischen normativen Konstrukten zu erfassen. Damit lässt sich die konkrete Gestaltung von Rechtsschutzmechanismen auf ihre normativen Einflüsse hin untersuchen und auch ein möglicher Wandel derselben abbilden. Auch wenn die Entwicklung der Modelle von einer verwaltungsinternen Entscheidungspraxis ausging, lassen sie sich ebenfalls auf die Verfahren innerhalb der verschiedenen Rechtsschutzmechanismen der *administrative justice* übertragen.⁵⁶

VI. Untersuchung der Rechtsschutzmechanismen

Gleicht man die oben beschriebenen Reformen in der *administrative justice* mit den normativen Modellen ab, lassen sich darin verschiedene Ausprägungen derselben wiederfinden.

Die dem TCEA 2007 vorausgegangenen Debatten und Reformvorschläge waren, ebenso wie dessen Gesetzesbegründung, geprägt von Werten und Prinzipien wie Unabhängigkeit, Unparteilichkeit, Zugänglichkeit, Fairness und Partizipation. Besonders die ersten drei Begriffe lassen sich dem rechtlichen Modell zuordnen. Dafür spricht auch die mit der Reform institutionell etablierte gerichtliche Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen durch *tribunals*, der idealtypische Rechtsbehelf im Sinne der rechtlichen Gerechtigkeitsdimension. Der verstärkte Fokus auf die Nutzer:innen des Systems und die Forderung eines zugänglichen und partizipativen Verfahrens wiederum entspricht den normativen Leitmotiven des

54 So wurden und werden z.B. private Unternehmen wie ATOS, Capita und Maximus damit beauftragt, Prüfungen der Erwerbsfähigkeit („Work Capability Assessments“) für die Beantragung bestimmter Leistungen durchzuführen, was angesichts häufiger medizinischer Fehleinschätzungen viel Kritik auslöste; ausführlich dazu Thomas, Public Law 2021, S. 542 ff.

55 Adler, Understanding and Analysing Administrative Justice, S. 151.

56 S.a. Kagan, The Organisation of Administrative Justice Systems, S. 165.

Verbrauchermodells. Hier zeigt sich also auch ein deutlicher Einfluss des New Public Management in der Gestaltung der Verfahren.⁵⁷

Die Einführung der verpflichtenden Überprüfung durch den Welfare Reform Act 2012 wiederum war vor allem (wie auch die Leistungsreform) auf Effizienz, Kostenersparnis und möglichst schnelle korrekte Ergebnisse ausgerichtet. Das Verfahren selbst entspricht dabei bereits dem idealtypischen Rechtsbehelf des bürokratischen Modells. Für dieses spricht auch der Fokus auf die Herstellung korrekter Entscheidungen.⁵⁸ Darüber hinaus sind Effizienz und Wirtschaftlichkeit prägende Leitmotive des Managementmodells.⁵⁹ Insbesondere die Managementautonomie zeigte sich teilweise auch in der Entscheidungspraxis, da vom DWP, dem zuständigen Ministerium für die Absicherung bei Arbeitslosigkeit, zeitweise Quoten für die Ausgänge von Überprüfungsverfahren festgelegt wurden.⁶⁰ Zugleich wurden in einigen Leistungsbereichen die Möglichkeiten einer gerichtlichen Überprüfung stark eingeschränkt,⁶¹ was sowohl der bürokratischen als auch der Logik des Managementmodells entspricht, in der es keine weiterführenden Rechtsbehelfe gibt.

Die Gesetzesbegründungen sahen darüber hinaus auch eine verstärkte Beteiligung der Antragsteller:innen am Verfahren vor. Dies würde den normativen Vorstellungen des Verbrauchermodells entsprechen. Eine Evaluation der Überprüfungsverfahren ergab jedoch, dass die praktische Umsetzung oft anders aussah und zum Beispiel relevante Unterlagen häufig erst in anschließenden gerichtlichen Verfahren von den Kläger:innen vorgelegt wurden.⁶² Auch die Verständlichkeit und Nachvollziehbarkeit von Verfahren und Bescheiden wurden in der Evaluation kritisiert. Das Ver-

57 S. dazu auch Drewry, *Transylvanian Review of Administrative Sciences* 2009, S. 45, 53.

58 Zur Verschiebung vom rechtlichen zum bürokratischen Modell s.a. Thomas/Tomlinson, *Journal of Social Welfare and Family Law* 2017, S. 380, 396 f.

59 Sie können zwar auch ein Indiz für die Ausprägung des Marktmodells sein, doch fehlen dafür zumindest im Kontext existenzsichernder Leistungen weitere Kriterien wie die Prägung von Entscheidungen durch Wettbewerb sowie Angebot und Nachfrage.

60 So sollte u.a. in mindestens 80 Prozent der Überprüfungsverfahren das ursprüngliche Ergebnis beibehalten werden. Dies ergab eine Freedom of Information-Anfrage (FOI 1740) vom 20. April 2017 (DWP Central Freedom of Information Team, DWP Response to Freedom of Information Request 1740 from 20 April 2017).

61 So z.B. im Asylrecht, wo die meisten Klagemöglichkeiten durch verwaltungsinterne Überprüfungen ersetzt wurden; ausführlich dazu Thomas/Tomlinson, *Public Law* 2018, S. 537, 552 ff.

62 Vgl. SSAC, *Decision Making and Mandatory Reconsideration*, 2016.

brauchermodeLL scheint hier in der praktischen Umsetzung also weniger stark ausgeprägt zu sein als das ManagementmodeLL. Dieses Beispiel macht auch die möglichen Differenzen zwischen den von außen an ein Verfahren gerichteten Anforderungen und der tatsächlichen Umsetzung in der Praxis deutlich.

Auch wenn sich bei detaillierterer Betrachtung eine größere Vielfalt der Modelle abbildet und einzelne Normen und deren Umsetzung ganz unterschiedlichen Modellen entsprechen können, lassen sich gewisse Tendenzen abbilden. Hier wird die tiefergehende Untersuchung ansetzen, um zu zeigen, inwieweit anhand dieser und weiterer Modelle ein Wandel von normativen Leitmotiven sowie Unterschiede zwischen den einzelnen Rechtsbehelfen identifizierbar sind.

Literatur

- Adler, Michael, A Socio-Legal Approach to Administrative Justice, *Law & Policy* 2003 (4), S. 323 ff.
- Adler, Michael, Fairness in Context, *Journal of Law and Society* 2006 (4), S. 615 ff.
- Adler, Michael, Understanding and Analysing Administrative Justice, in: Adler, Michael (Hrsg.), *Administrative Justice in Context*, Oxford 2010, S. 129 ff.
- Administrative Justice and Tribunals Council (AJTC), *Principles for Administrative Justice*, London 2010.
- Administrative Justice and Tribunals Council (AJTC), *The Developing Administrative Justice Landscape, Executive Summary*, London 2012.
- Administrative Justice and Tribunals Council (AJTC), *Annual Report 2011/2012*, London 2013.
- Anthony, Gordon, Administrative Justice in the United Kingdom, *Italian Journal of Public Law* 2015 (1), S. 9 ff.
- Brinktrine, Ralf, Geschichte des Verwaltungsrechtsschutzes im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland, in: Sommermann, Karl-Peter/Schaffarzik, Bert (Hrsg.), *Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa*, Berlin, Heidelberg 2019, S. 1215 ff.
- Buck, Trevor/Kirkham, Richard/Thompson, Brian, *The Ombudsman Enterprise and Administrative Justice*, London 2016.
- Cane, Peter, *Administrative Tribunals and Adjudication*, Oxford 2009.
- Department for Work and Pensions (DWP), *Appeals Process Changes: Detailed Lines to Take for Customer Representative Groups 2013*, abrufbar unter: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/568324/withdrawn-appeals-process-changes-q-and-a.pdf (letzter Zugriff: 01.08.2021).

- Department for Work & Pensions (DWP), Central Freedom of Information Team, DWP Response to Freedom of Information Request 1740 from 20 April 2017, 2017, abrufbar unter: https://www.whatdotheyknow.com/request/kpis_for_reconsiderations_and_di_2 (letzter Zugriff: 01.08.2021).
- Drewry, Gavin, The Judicialisation of 'Administrative' Tribunals in the UK: From Hewart to Leggatt, *Transylvanian Review of Administrative Sciences* 2009, S. 45 ff.
- Franks, Oliver Shewell, Report of the Committee on Administrative Tribunals and Enquiries, London 1957.
- Harris, Neville, Law in a Complex State, Complexity in the Law and Structure of Welfare, Oxford 2013.
- Jansing, Jonas, Verwaltungsrechtsschutz durch tribunals in England, Die Umgestaltung der „administrative justice landscape“ durch den Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007 c.15, *Schriften zum europäischen und internationalen Recht* 22, Göttingen 2013.
- Jantz, Bastian/Klenk, Tanja, Marketization and Managerialization of Active Labor Market Policies in a Comparative Perspective, in: Klenk, Tanja/Pavolini, Emanuele (Hrsg.), *Restructuring Welfare Governance*, Cheltenham 2015, S. 97 ff.
- Kagan, Robert A., The Organisation of Administrative Justice Systems: The Role of Political Mistrust, in: Adler, Michael (Hrsg.), *Administrative Justice in Context*, Oxford 2010, S. 161 ff.
- Leggatt, Andrew, Tribunals for Users – One System, One Service, Report of the Review of Tribunals, 2001, abrufbar unter: <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/+/http://www.tribunals-review.org.uk/leggatthtm/leg-00.htm> (letzter Zugriff: 01.08.2021).
- Loughlin, Martin, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Großbritannien, in: Bogdandy, Armin von/Cassese, Sabino/Huber, Peter M. (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Band III, *Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen*, Heidelberg 2010, S. 115 ff.
- Mashaw, Jerry L., *Bureaucratic Justice, Managing Social Security Disability Claims*, New Haven, London 1983.
- Ministry of Justice, Tribunal Statistics Quarterly, January to March 2021, 10. Juni 2021, abrufbar unter: <https://www.gov.uk/government/statistics/tribunal-statistics-quarterly-january-to-march-2021> (letzter Zugriff: 01.08.2021).
- Mullen, Tom, A Holistic Approach to Administrative Justice?, in: Adler, Michael (Hrsg.), *Administrative Justice in Context*, Oxford 2010, S. 383 ff.
- Mullen, Tom, Access to Justice in Administrative Law and Administrative Justice, in: Palmer, Ellie/Cornford, Tom/Marique, Yseult/Guinard, Audrey (Hrsg.), *Access to Justice, Beyond the Policies and Politics of Austerity*, Oxford 2016, S. 69 ff.
- Secretary of State for Constitutional Affairs, *Transforming Public Services: Complaints, Redress and Tribunals*, 2004.

- Social Security Advisory Committee (SSAC), Decision Making and Mandatory Reconsideration, A Study by the Social Security Advisory Committee Occasional Paper No. 18, London 2016.
- Stebbins, Chantal, Legal Foundations of Tribunals in Nineteenth-Century England, Cambridge 2006.
- Thomas, Robert, Administrative Justice, Better Decisions, and Organisational Learning, Public Law 2015, S. 111 ff.
- Thomas, Robert, Does Outsourcing Improve or Weaken Administrative Justice? A Review of the Evidence, Public Law 2021, S. 542 ff.
- Thomas, Robert/Tomlinson, Joe, Mapping Current Issues in Administrative Justice: Austerity and the 'More Bureaucratic Rationality' Approach, Journal of Social Welfare and Family Law 2017, S. 380 ff.
- Thomas, Robert/Tomlinson, Joe, A Different Tale of Judicial Power: Administrative Review as a Problematic Response to the Judicialisation of Tribunals, Public Law 2018, S. 537 ff.
- Tomlinson, Joe, The Grammar of Administrative Justice Values, Journal of Social Welfare and Family Law 2017 (4), S. 524 ff.

Die Verwaltungspraxis in der Grundsicherung für Arbeitsuchende – eine rechtstatsächliche Analyse am Beispiel der kommunalen Jobcenter¹

Minou Banafsche, Tanja Klenk

I. Die Verwaltungspraxis der Optionskommunen als „Blackbox“

Das Verwaltungsverfahrensgesetz ermöglicht es dem/der Bürger:in, Widerspruch gegen eine ihm/ihr gegenüber ergangene, nachteilige Entscheidung einer Behörde einzulegen. Damit wird er/sie in die Lage versetzt, im Vorfeld einer gerichtlichen Auseinandersetzung eine Überprüfung des Bescheids durch die Behörde selbst herbeizuführen. Die Behörde erhält ihrerseits die Gelegenheit, eine zuvor getroffene Entscheidung zu korrigieren oder in einer dem/der Bürger:in verständlichen Weise zu begründen. Dadurch können das Vertrauen in die Verwaltung und die Akzeptanz ihrer Entscheidungen unter Umständen auch dann gestärkt werden, wenn diese am Ende nicht zugunsten der Betroffenen ausfallen. Das Widerspruchsverfahren kann demnach einen Beitrag zur Herstellung von Rechtsfrieden leisten.

Das setzt allerdings voraus, dass die Behörden mit dem Instrument des Widerspruchs verantwortungsvoll umgehen. Das bedeutet im Kern, dass die Entscheidung in unvoreingenommener Weise, durch fachlich qualifiziertes Personal und im Ergebnis recht- und zweckmäßig getroffen werden muss.

Schaut man sich die Klagequoten gegen Widerspruchsbescheide an, wird man jedoch feststellen, dass diese in einzelnen Rechtsbereichen ausgesprochen hoch sind. Hier scheint das Widerspruchsverfahren seine Wirkung zu verfehlen. In diesem Kontext ist seit Einführung der Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II) zum 1.1.2005² die Konflikthanfälligkeit der Entscheidungen der Jobcenter i.S.d. § 6d SGB II als zuständigen Behörden verstärkt in den Blickpunkt der Öffentlichkeit geraten. Die beispieलो

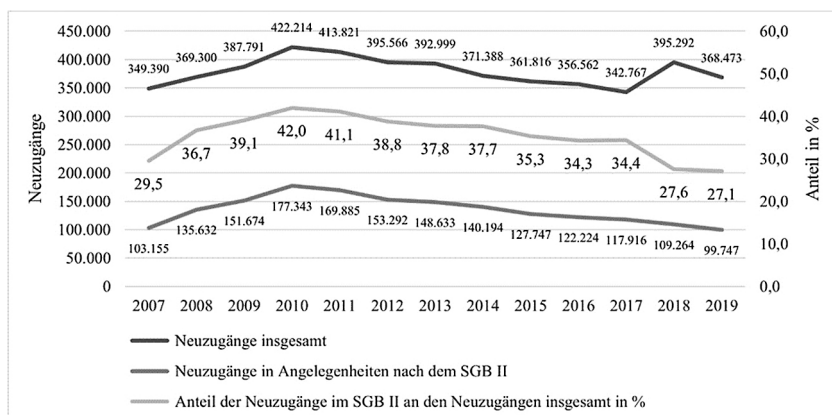
1 Bei dem vorliegenden Beitrag handelt es sich um eine stark gekürzte Fassung eines gleichnamigen Beitrags der Autorinnen, der in der ZfRSoz 2020, S. 151-178, erschienen ist.

2 BGBl. I 2003, S. 2954.

se „Klageflut“ gegen SGB II-Bescheide, die 2010 ihren Höhepunkt erreichte, war nicht zuletzt Ausdruck einer Überforderung der Jobcenter mit dem neuen Gesetz, die sich in einer hohen Fehlerquote bei den Entscheidungen niederschlug, was zu einer massiven Überlastung auch der Sozialgerichte führte.

Nach einer umfangreichen Gesetzesreform im Jahr 2011³ hat sich die Lage zwar, wie es bundesweit die jährlichen Neuzugänge an Klagen bei den Sozialgerichten zeigen, sichtlich beruhigt.⁴ Allerdings ist der Anteil der SGB II-Klagen an allen sozialgerichtlichen Klagen nach wie vor überdurchschnittlich hoch (siehe Abbildung 1).

Abbildung 1: Neuzugänge an Klagen bei den Sozialgerichten in Angelegenheiten nach dem SGB II (Quelle: eigene Darstellung nach Statistischem Bundesamt: 2009a, S. 82f.; 2009b, S. 82f.; 2010, S. 82f.; 2011, S. 82f.; 2012, S. 82f.; 2013, S. 86f.; 2014, S. 86f.; 2015, S. 94f.; 2016, S. 94f.; 2017, S. 96f.; 2018, S. 94f.; 2019, S. 108f.; 2020, S. 108f.)



Das könnte für eine gleichermaßen stabile Fehlerquote auch bei den Verwaltungsakten sprechen,⁵ die wiederum Indiz für qualitative bzw. fachliche Mängel in den Jobcentern wäre. Hier kommt der Widerspruchssachbearbeitung angesichts der Korrekturfunktion des Widerspruchsverfahrens eine Schlüsselrolle zu. Hilft sie dem Widerspruch ab, besteht für eine Kla-

3 BGBl. I 2011, S. 453.

4 Becker, WzS 2017, S. 131, 132 f.

5 Siehe dazu unten IV.3.

ge keine Notwendigkeit; sie wäre vielmehr mangels Rechtsschutzinteresses unzulässig. Hält sie dagegen an der Ausgangsentscheidung fest, verschafft sie dem/der Bürger:in Zugang zum gerichtlichen Verfahren. Das Gericht wird im Falle der Erhebung einer Klage dann darüber entscheiden, ob die Behörde im Widerspruchsverfahren Fehler aus dem Ausgangsverfahren reproduziert oder dem Widerspruch berechtigterweise nicht abgeholfen hat.

Vor diesem Hintergrund will der vorliegende Beitrag der Frage nachgehen, welchen Qualitätsstandards die Jobcenter unterliegen, wo es eventuell Lücken in ihrer Gewährleistung gibt und wie diese ggf. geschlossen werden könnten. Untersucht wird die Frage am Beispiel der kommunalen Jobcenter, der sog. „Optionskommunen“, die wegen ihrer für Außenstehende in aller Regel nur schwer nachvollziehbaren Verwaltungspraxis häufig eine „Blackbox“ darstellen.

Skizziert wird zunächst die Bedeutung des Widerspruchsverfahrens für die öffentliche Verwaltung. Wie die Optionskommunen mit dem Instrument des Widerspruchs tatsächlich umgehen, war Gegenstand einer Befragung der hessischen Optionskommunen, deren Forschungsdesign und Ergebnisse im Weiteren präsentiert werden. Darauf folgt die Diskussion der Frage, ob die vorgefundenen Handlungs- und Entscheidungspraxen geeignet sind, den Funktionen des Widerspruchsverfahrens adäquat Rechnung zu tragen. Die Diskussion mündet in ein Fazit, mit dem der Beitrag abschließt.

II. Das Instrument des Widerspruchs

Mit dem SGG-Änderungsgesetz vom 30.7.1974⁶ wurde das Widerspruchsverfahren für alle Bereiche des Sozialrechts als grundsätzlich obligatorisches Verfahren ausgestaltet. Gem. § 78 Abs. 1 Satz 1 SGG in der seither geltenden Fassung sind Recht- und Zweckmäßigkeit des Verwaltungsakts vor Erhebung einer Klage in einem Widerspruchs- bzw. Vorverfahren nachzuprüfen.

Dieses soll zum einen der Selbstkontrolle der Verwaltung, zum anderen aber auch der Befriedung der Antragsteller:innen dienen. Ausweislich der Materialien zum SGG-Änderungsgesetz muss der/die Bürger:in für sein/ihr Berichtigungsbegehren auf diese Weise nicht gleich ein Gericht in Anspruch nehmen.⁷ Zu bedenken sei, wie es heißt, „daß der Versicherte

6 BGBl. I 1974, S. 1625.

7 BT-Drs. 7/861, S. 9.

vielfach erst durch den Bescheid die zugrunde gelegten Tatsachen und die daraus abgeleiteten Folgerungen der Verwaltung kennenlernt und gerade in den hier betroffenen Bevölkerungskreisen eine gewisse Scheu gegen die Erhebung einer Klage festzustellen ist.⁸ So könne die Neuregelung auch zur Verbesserung des Verhältnisses zwischen Versicherten [bzw. Antragsteller:innen] und Verwaltung beitragen.⁹ Mit der weitgehenden Unterbindung sofortiger Klagen sollten außerdem die Gerichte entlastet werden (sog. „Filterwirkung“).¹⁰ Geht es um Ermessensentscheidungen der Verwaltung, hat das Widerspruchsverfahren sogar noch eine über das gerichtliche Verfahren hinausgehende Rechtsschutzfunktion;¹¹ denn die Gerichte überprüfen solche Entscheidungen, anders als die Behörden im Widerspruchsverfahren, nur auf Ermessensfehler, nicht aber auf deren Zweckmäßigkeit.¹² Das Widerspruchsverfahren ist demnach die einzige „Instanz“ für den/die Bürger:in, in der eine vollumfängliche Überprüfung von Ermessensentscheidungen stattfindet. Die Korrektur-, Filter- und Rechtsschutzfunktion des Widerspruchsverfahrens sind letztlich Ausdruck seiner „Doppelnatur“ dergestalt, dass der erfolglose Abschluss des Widerspruchsverfahrens notwendige Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Klage und das Widerspruchsverfahren somit Teil des gerichtlichen Verfahrens ist, dessen unbeschadet aber Verwaltungsverfahren bleibt.¹³

8 BT-Drs. 7/861, S. 9.

9 BT-Drs. 7/861, S. 9.

10 BT-Drs. 7/861, S. 9.

11 Siehe nur Kopp, Die Rechtsschutzfunktion des Widerspruchsverfahrens nach §§ 68 ff. VwGO, S. 545; Schmidt in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, Vorbemerkung zu § 77 Rn. 1a.

12 BVerwG, Urteil vom 11.10.1956, I C 179.54, BVerwGE 4, 89, 92; BSG, Urteil vom 14.12.1978, 1 RJ 54/78, BSGE 47, 278, 281; aus dem Schrifttum etwa Wolff in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 114 Rn. 3; Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, § 54 Rn. 28; zur Ermessensfehlerlehre statt vieler Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 40 Rn. 53 ff.; Lilje in: Lilje/Gutzler, SGB I, § 39 Rn. 40 ff.

13 Allgemein zur gesetzlichen Einordnung des Widerspruchsverfahrens im allgemeinen Verwaltungsrecht, im Steuer- und im Sozialrecht Steinbeiß-Winkelmann/Ott, NVwZ 2011, S. 914, 914 ff.; von einer Doppelnatur des Widerspruchsverfahrens sprechen Schneider in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts II, § 28 Rn. 120; Wallerath in: Ruland/Becker/Axer, SRH, § 11 Rn. 246 f.; Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 79 Rn. 2; Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 10 Rn. 75; den Begriff der Doppelnatur generell ablehnend, Geis in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 68 Rn. 22 ff.; für die Qualifizierung des Widerspruchsverfahrens als Teil eines Ausgangsverfahrens einschließenden Verwaltungsverfahrens BVerwG, Urteil vom 18.4.1986, 8 C 81/83, NVwZ 1987, S. 224, 225; BVerwG, Urteil vom 25.2.2010, BVerwGE 136,

All das macht die bereits einleitend angesprochene zentrale Stellung des Widerspruchsverfahrens in dem Akteursgeflecht aus Bürger:in, Verwaltung und Gerichten deutlich. Anders als noch im Ausgangsverfahren, agiert die Verwaltung hier nicht allein im Über- und Unterordnungsverhältnis zum/zur Bürger:in, sondern steht nunmehr unter einem gewissen „Rechtfertigungsdruck“ auch gegenüber den Gerichten als externen Kontrollinstanzen, wenn eine teilweise oder gar vollständige Aufhebung ihrer Entscheidungen trotz Pflicht und Möglichkeit zur Nachprüfung (erst) im Klageverfahren erfolgt.

III. Forschungsdesign

Um eine gesetzmäßige Bearbeitung von Sachverhalten im Rechtskreis des SGB II gewährleisten zu können, bedarf es vor allem einer entsprechenden fachlichen Qualifikation der damit befassten Mitarbeiter:innen, eines regelmäßigen Angebots an Fortbildungen seitens der Jobcenter und eines kontinuierlichen Austauschs – behördenintern ebenso wie behördenübergreifend mit den anderen Jobcentern und örtlichen Arbeitsagenturen. Die vorliegend durchgeführte Befragung der hessischen Optionskommunen orientiert sich deshalb an diesen Kriterien.

Ausschlaggebend für die Wahl Hessens als Ort der Befragung waren vor allem zwei Gründe. Zum einen ist Hessen das Bundesland, in dem es – in Relation zu allen Jobcentern im Land¹⁴ – die meisten Optionskommunen gibt (siehe die Anlage zu § 1 der Kommunalträger-Zulassungsverordnung). Zum anderen eröffnete sich uns in Hessen ein Zugang zum Feld. Denn an der Hochschule Fulda wird der Bachelor-Studiengang „Soziale Sicherung, Inklusion, Verwaltung“ (BASS) angeboten, der überwiegend von hessischen Optionskommunen getragen wird und spezifisch auf den uns interessierenden Personenkreis und dessen Qualifikationsbedarfe zugeschnitten ist.

Die Daten wurden in zwei Schritten erhoben. Im ersten Schritt wurde mit insgesamt 16 Student:innen des BASS-Studiengangs eine Fokusgruppendifkussion durchgeführt. Die Teilnehmer:innen wurden gebeten, die Organisationsstruktur ihrer Behörden zu skizzieren, die typischen Arbeits-

140, Rn. 24; Brenner in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 79 Rn. 17; Schmidt in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, § 95 Rn. 2; anders Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 95 Rn. 2.

14 Bundesagentur für Arbeit, Statistiken nach Regionen, 2020.

abläufe zu beschreiben, die Qualifikationsprofile der für die Bearbeitung von Leistungsanträgen und Widersprüchen zuständigen Mitarbeiter:innen zu benennen sowie die von ihnen im Arbeitsalltag wahrgenommenen organisatorischen und fachlichen Probleme und Herausforderungen zu erläutern.

Auf der Basis der Ergebnisse der Fokusgruppendifkussion wurde im nächsten Schritt ein Online-Fragebogen entwickelt, der Fragen zu den Bereichen Personalstruktur, Arbeitsaufkommen, Evaluation und Qualitätssicherung sowie Erfahrungsaustausch und Zusammenarbeit mit anderen Jobcentern und örtlichen Arbeitsagenturen umfasste. Durchgeführt wurde die Erhebung im Zeitraum vom 6.8. bis zum 15.9.2018. An der Befragung haben sich alle 16 hessischen Optionskommunen beteiligt. Ergänzend zur eigenen Datenerhebung, wurden außerdem die Statistiken der BA zu Widersprüchen und Klagen im Rechtskreis des SGB II in die Untersuchung einbezogen.

IV. Ergebnisdarstellung

Im Folgenden werden die zentralen Ergebnisse der Untersuchung vorgestellt.¹⁵

1. Behördeninterne Organisation des Widerspruchverfahrens

Nach der Befragung verfügten 15 der 16 hessischen Optionskommunen über eine von der Ebene der Sachbearbeitung (Leistung und Vermittlung) unabhängige Widerspruchsstelle. Ein ähnliches Bild ergab die Fokusgruppendifkussion. Hier wurde allerdings deutlich, dass gerade in kleineren Jobcentern die Einrichtung einer eigenen Widerspruchsstelle angesichts fehlender personeller Ressourcen durchaus Probleme bereiten kann. Allerdings besteht gem. § 85 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 SGG auch keine gesetzliche Pflicht der Optionskommunen, unabhängige Widerspruchsstellen einzurichten.

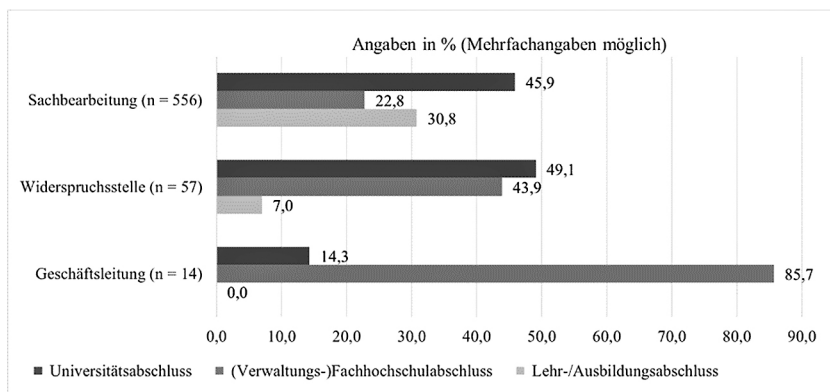
15 Zur ausführlichen Darstellung siehe Banafsche/Klenk, ZfRSoz 2020, S. 151, 163 ff.

2. Personalstruktur

Im Rahmen der Qualifikation wurde nach dem höchsten Bildungsabschluss, der Fachrichtung des Berufsabschlusses und der beruflichen Herkunft der Mitarbeiter:innen in Sachbearbeitung, Widerspruchsstellen und Geschäftsleitung gefragt.

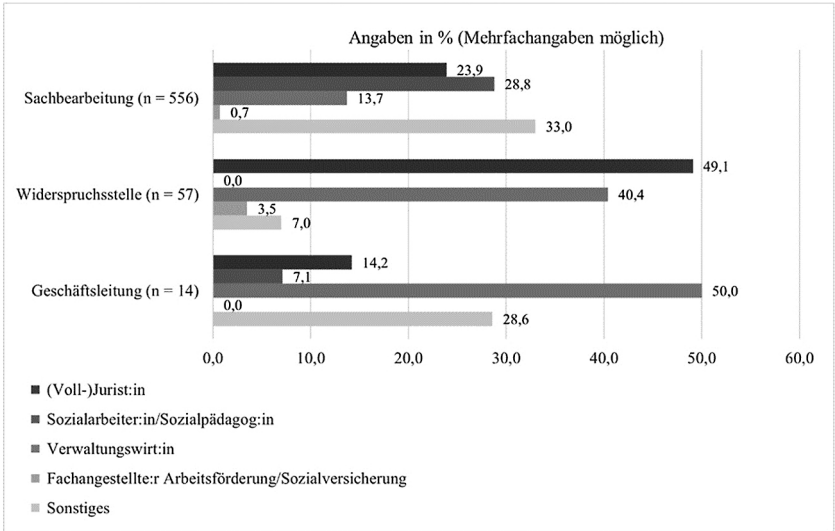
Als höchster Bildungsabschluss dominierte in der Sachbearbeitung der Universitätsabschluss. An zweiter und dritter Stelle kamen der Lehr- oder Ausbildungs- und der (Verwaltungs-)Fachhochschulabschluss. Auch in den Widerspruchsstellen hatte rund die Hälfte der Angestellten einen Universitätsabschluss. Im Unterschied zur Sachbearbeitung war hier allerdings der Anteil der Beschäftigten mit einem (Verwaltungs-)Fachhochschulabschluss relativ hoch, der mit einem Lehr- oder Ausbildungsabschluss hingegen gering. Die in der Geschäftsleitung Beschäftigten verfügten ganz überwiegend über einen (Verwaltungs-)Fachhochschulabschluss (siehe Abbildung 2).

Abbildung 2: Höchster Bildungsabschluss (Quelle: eigene Darstellung)



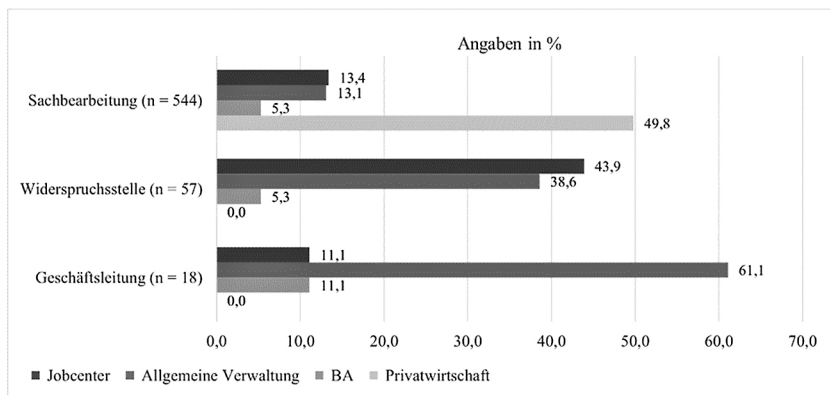
Was die Fachrichtung des Berufsabschlusses angeht, wurde auf der Ebene der Sachbearbeitung am häufigsten die Kategorie „Sonstiges“ angegeben. Dahinter kamen die Gruppe der Sozialarbeiter:innen bzw. -pädagog:innen und die der Jurist:innen. In den Widerspruchsstellen waren demgegenüber knapp die Hälfte der Beschäftigten Volljurist:innen, gefolgt von der Gruppe der Verwaltungswirt:innen. In der Geschäftsleitung hatte ca. die Hälfte der Beschäftigten einen Abschluss als Verwaltungswirt:in. Etwa ein Viertel ordnete sich der Kategorie „Sonstiges“ zu (siehe Abbildung 3).

Abbildung 3: Fachrichtung des Berufsabschlusses (Quelle: eigene Darstellung)



Der beruflichen Herkunft nach kam in der Sachbearbeitung die Mehrzahl der Beschäftigten aus der Privatwirtschaft. Ganz anders stellte sich die Situation in den Widerspruchsstellen und der Geschäftsleitung dar. Hier kam die überwiegende Zahl der Beschäftigten aus dem Bereich der öffentlichen Verwaltung. Davon wiederum war in den Widerspruchsstellen fast die Hälfte zuvor in der Sachbearbeitung eines anderen oder desselben Jobcenters tätig (siehe Abbildung 4).

Abbildung 4: Berufliche Herkunft (Quelle: eigene Darstellung)



3. Arbeitsaufkommen

In Bezug auf das Arbeitsaufkommen interessierte uns insbesondere die Zahl der Widersprüche und Widerspruchsbescheide, einschließlich der Erledigungsart. Abgefragt wurden unter anderem die Zahlen für die Jahre 2012 und 2017, um den Verlauf ab 2012, nachdem sich die einleitend erwähnte, bis dato umfangreichste Reform des SGB II „gesetzt“ hatte, nachvollziehen zu können. Wegen des dazu nur geringen Rücklaufs und des Umstands, dass die abgefragten Zahlen seit 2013 durchgehend von der BA selbst monatlich für jedes Jobcenter erhoben werden, erscheint insoweit ein Rückgriff auf die Zahlen der BA für die Jahre 2013 und 2017 sinnvoll.¹⁶ Die nachstehend aufgeführten und den Berechnungen zugrunde gelegten Jahreswerte ergeben sich aus einer Summierung der einzelnen Monatswerte.

Danach sank die Zahl der Zugänge an Widersprüchen bei den 16 hessischen Optionskommunen im Zeitraum von 2013 bis 2017 nur ganz leicht von 13.293 auf 13.221 ($\triangleq 0,5\%$). Die Zahl der stattgegebenen (inkl. der teilweise stattgegebenen) Widersprüche sank ebenfalls leicht von 4.128 auf 4.112 ($\triangleq 0,4\%$). Die Zahl der abgelehnten Widersprüche stieg indes von 4.908 auf 5.788 ($\triangleq 17,9\%$). Für 2013 ergibt sich daraus bei einem Abgang an Widersprüchen von 11.284 insgesamt eine Stattgabequote von 36,6 %;

16 Bundesagentur für Arbeit, Widersprüche und Klagen SGB II, Zeitreihe Monats- und Jahreszahlen ab 2013.

2017 betrug die Stattgabequote bei einem Abgang von 12.247 33,6 %. Schaut man sich die Stattgabegründe an, beruhten 2013 1.792 der (teilweise) stattgegebenen Widersprüche auf einer fehlerhaften Rechtsanwendung oder unzureichenden Sachverhaltsaufklärung durch die Behörden (\triangleq 43,4 %); 2017 waren es 1.549 (\triangleq 37,7 %).

Die Statistiken der BA enthalten darüber hinaus Zahlen zu den Klagen gegen Widerspruchsbescheide der einzelnen Jobcenter, die für die Bewertung ihrer Entscheidungspraxen aufschlussreich sind und daher für die Jahre 2013 und 2017 ebenfalls in die nachfolgende Diskussion einfließen sollen. Danach ist die Zahl der Klagen gegen Widerspruchsbescheide der hessischen Optionskommunen – gemessen am Zugang – in der Zeit von 2013 bis 2017 deutlich gestiegen, und zwar von 1.565 auf 1.877, d. h. um 19,9 %. Setzt man diese Zahlen ins Verhältnis zum Abgang an abgelehnten (inkl. der teilweise stattgegebenen) Widersprüchen in Höhe von 5.658 im Jahr 2013 und 6.642 im Jahr 2017, ergibt sich daraus für 2013 eine Klagequote von 27,7 % und von 28,3 % für 2017. Zur Erledigungsart der Klagen, ob ihnen mithin (teilweise) stattgegeben wurde oder ob sie abgewiesen oder zurückgenommen wurden, liegen zwar keine Zahlen aus den einzelnen Jobcentern, zumindest aber für Bund und Länder vor. In Hessen belief sich der Abgang an Klagen 2013 insgesamt auf 3.886, 2017 auf 3.906. Die Zahl der (teilweise) stattgegebenen Klagen lag 2013 bei 1.489, 2017 bei 1.444. Daraus ergibt sich für Hessen eine Stattgabequote von 38,3 % im Jahr 2013 und 37,0 % im Jahr 2017. Anders als zu den (teilweise) stattgegebenen Widersprüchen liegen zu den (teilweise) stattgegebenen Klagen keine Angaben zu den Stattgabegründen vor. Im Zweifel erscheint die Annahme zulässig, dass den Behörden bei (teilweiser) Stattgabe einer Klage im Widerspruchsverfahren Fehler unterlaufen sind.

4. Evaluation und Qualitätssicherung

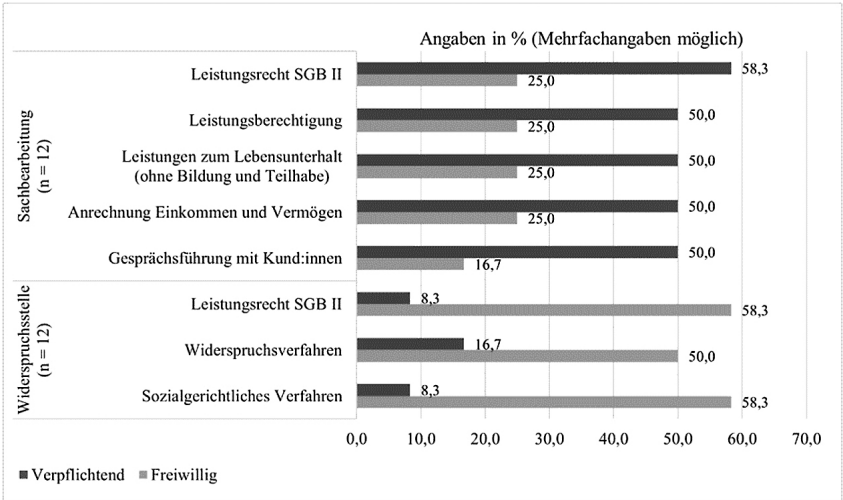
Hinsichtlich der Evaluation und Qualitätssicherung wurde zuerst gefragt, ob ein regelmäßiger Austausch über die Arbeitsergebnisse zwischen Sachbearbeitung und Widerspruchsstelle, zwischen Widerspruchsstelle und Geschäftsleitung sowie zwischen Sachbearbeitung, Widerspruchsstelle und Geschäftsleitung stattfindet; Mehrfachangaben waren möglich. Darauf antworteten acht Einrichtungen. Einen Austausch zwischen Sachbearbeitung und Widerspruchsstelle bejahten sechs von ihnen, den zwischen Widerspruchsstelle und Geschäftsleitung fünf. In nur einer Einrichtung fand ein Austausch zwischen Sachbearbeitung, Widerspruchsstelle und Geschäftsleitung statt.

Auf die Anschlussfrage nach der Frequenz des Austauschs antworteten zwölf Einrichtungen. Bezüglich des Austauschs zwischen Sachbearbeitung und Widerspruchsstelle gaben nur drei Einrichtungen an, dass ein wöchentlicher Austausch stattfinde. In allen anderen Einrichtungen fand ein Austausch, wenn überhaupt, deutlich seltener statt. Ein Austausch zwischen Widerspruchsstelle und Geschäftsleitung fand in lediglich zwei Einrichtungen monatlich, im Übrigen unregelmäßig oder gar nicht statt. Noch seltener, nämlich allenfalls quartalsweise und das auch nur in einer Einrichtung, erfolgte ein Austausch zwischen allen drei Ebenen.

Ferner wollten wir wissen, ob es – über den behördeninternen Austausch hinaus – einen Austausch mit den anderen Optionskommunen, den gemeinsamen Einrichtungen und den örtlichen Arbeitsagenturen in Hessen gebe, um etwa das Entscheidungsverhalten abstimmen und Handlungsstrategien für den Umgang mit häufig auftretenden Problemen entwickeln zu können. Auf die Frage nach einem Austausch mit anderen Optionskommunen antworteten neun Einrichtungen. Alle gaben an, dass ein solcher Austausch stattfinde. Zu der Frage nach einem Austausch mit den gemeinsamen Einrichtungen und der BA äußerten sich zehn Einrichtungen. In beiden Fällen bejahten vier von ihnen einen Austausch, sechs verneinten ihn.

Gefragt wurde außerdem nach verpflichtenden und freiwilligen Fortbildungsangeboten für die Mitarbeiter:innen in der Sachbearbeitung und den Widerspruchsstellen. Während der Verpflichtungsgrad von Fortbildungsangeboten in den Widerspruchsstellen ausgesprochen gering war, hielt auf der Ebene der Sachbearbeitung im Schnitt gut die Hälfte der Einrichtungen ein breites Spektrum an verpflichtenden Fortbildungsangeboten vor (siehe Abbildung 5).

Abbildung 5: Fortbildungsangebote (Quelle: eigene Darstellung)



Dennoch wurde aus der Fokusgruppe heraus Kritik an der Qualität der Angebote, insbesondere für die in der Vermittlung Beschäftigten, laut. Sie erschöpften sich häufig in „Online-Selbstlernertools“, die nicht geeignet seien, einen (nachhaltigen) Lernerfolg zu erzielen. Auf einschlägige Rechtsprechung werde lediglich per E-Mail hingewiesen. Dadurch entstünden Qualifikationsdefizite, die zu fehlerhaften Entscheidungen und einer hohen Stattgabequote bei den Widersprüchen führten.

Eine weitere Frage betraf die Bereitstellung vorgefertigter Entscheidungshilfen durch die Einrichtungen spezifisch für die in der Vermittlung Beschäftigten. Von den acht Einrichtungen, von denen wir dazu eine Rückmeldung erhielten, nutzten sieben Entscheidungshilfen. Nur eine Einrichtung verneinte deren Gebrauch. Konkret benannt wurden insbesondere Geschäfts- und Verfahrensanweisungen sowie Bescheidvorlagen mit entsprechenden Textbausteinen. Von der Fokusgruppe wurden die Entscheidungshilfen, wie schon die Fortbildungsangebote, allerdings kritisch gesehen, weil sie, wie es hieß, nicht ausreichten, um den Beschäftigten genügend Sicherheit bei der Entscheidungsfindung zu vermitteln. Zudem wurde vorgetragen, dass sich die Mitarbeiter:innen vor allem in den Widerspruchsstellen eine stärkere Steuerung in Form von Handlungsanweisungen durch die Behördenleitung wünschten.

V. Diskussion

Auf Grundlage der Ergebnisse der Online-Befragung, der aus der Fokusgruppendifkussion gewonnenen Erkenntnisse und der Zahlen der BA gilt es nunmehr, die einleitend aufgeworfene Frage zu reflektieren, ob die Handlungs- und Entscheidungspraxen der hessischen Optionskommunen geeignet sind, der Korrektur-, Filter- und Rechtsschutzfunktion des Widerspruchsverfahrens adäquat Rechnung zu tragen.

Zuallererst bleibt festzuhalten, dass 15 der 16 hessischen Optionskommunen über eine von der Sachbearbeitung getrennte Widerspruchsstelle verfügen. Das ist mit Blick darauf, dass eine gesetzliche Pflicht zur Einrichtung von Widerspruchsstellen für Jobcenter nicht besteht,¹⁷ ein deutliches Signal für die Bereitschaft der befragten Einrichtungen, die eigenen Entscheidungen in einem objektiven Verfahren auf Fehler hin zu überprüfen und ggf. zu korrigieren. Denn ohne eine von der Sachbearbeitung getrennte Widerspruchsstelle wäre gerade in kleineren Behörden zu befürchten, dass dieselbe Person, die zuvor bereits mit dem Leistungsantrag befasst war, auch über den Widerspruch entschiede. Eine effektive Selbstkontrolle der Verwaltung einerseits und die Akzeptanz einer (teilweise) ablehnenden Entscheidung durch den/die Widerspruchsführer:in andererseits können aber nur dann überhaupt vollständig erreicht werden, wenn über Leistungsantrag und Widerspruch in zwei voneinander unabhängigen Organisationseinheiten entschieden wird.

Für die Relevanz des Widerspruchsverfahrens für die hessischen Optionskommunen spricht ferner die formale Qualifikation des in den Widerspruchsstellen eingesetzten Personals, das sich im Wesentlichen aus Volljurist:innen und Verwaltungswirt:innen zusammensetzt. Hinzu kommt die überwiegend einschlägige berufliche Herkunft aus einem Jobcenter oder der allgemeinen Kommunalverwaltung.

Sehr ernstgenommen wird in Anbetracht der hohen Stattgabequote bei den Widerspruchsbescheiden offenbar die Korrekturfunktion des Widerspruchsverfahrens. Dass dabei auch die Scheu der Behörden vor gerichtlichen Verfahren eine Rolle spielt, wurde in der Fokusgruppendifkussion bestätigt. Das ändert aber nichts daran, dass die hessischen Optionskommunen von der durch das Instrument des Widerspruchs ihnen eingeräumten Möglichkeit zur Selbstkontrolle intensiv Gebrauch machen und insofern auch dem Rechtsschutzbedürfnis der Betroffenen entsprechen, was nicht zuletzt zu einer Entlastung der Sozialgerichte beiträgt.

17 Siehe oben IV.1.

Andererseits ergibt sich aus den Statistiken der BA ein deutlicher Anstieg der Klagen gegen die Widerspruchsbescheide der hessischen Optionskommunen in der Zeit von 2013 bis 2017. Und in der Tat weisen die Zahlen der BA für Hessen eine konstant hohe Erfolgsquote bei den Klagen von gut einem Drittel aus; anders gewendet, erweist sich danach gut jeder dritte gerichtlich angegriffene Widerspruchsbescheid als fehlerhaft. Wenn aber der Grund dafür weder die fehlende formale Qualifikation der Mitarbeiter:innen noch ein Mangel an Berufserfahrung ist, legt dies die Annahme struktureller Defizite in den Behörden nahe.

Eine Ursache für die hohe Fehlerquote könnte der unzureichende fachliche Austausch über die erzielten Arbeitsergebnisse innerhalb der Optionskommunen sein. Dort, wo ein Austausch zwischen einzelnen oder allen Ebenen (Sachbearbeitung, Widerspruchsstelle und Geschäftsleitung) stattfindet, geschieht dies nur sehr unregelmäßig. Ein regelmäßiger und eng getakteter Austausch wäre indes wichtig, um in den Behörden häufig vorkommende Fehler frühzeitig zu identifizieren, zu analysieren und durch ein bedarfsgerechtes Angebot an Fortbildungen und weiteren Unterstützungsmaßnahmen seitens der Behördenleitung künftig zu vermeiden. Dass es an einem solchen Angebot mangelt, wurde durch die Fokusgruppe klar artikuliert. Es fehlt sowohl auf der Ebene der Sachbearbeitung als auch auf der Ebene der Widerspruchsstellen an einer am jeweiligen fachlichen Kenntnisstand der Beschäftigten orientierten Aufbereitung und Vermittlung der Inhalte, so dass der Nutzen der bestehenden Angebote für die Wissensgewinnung gering ist. Dessen unbeschadet dient der behördeninterne Austausch aber nicht allein der Evaluation der Arbeitsergebnisse, die erst noch in konkrete Maßnahmen übersetzt werden muss, sondern kann bereits selbst Teil der Wissensvermittlung sein. Diese Synergie sollte genutzt werden.

Einer Verbesserung der Qualität der Arbeitsergebnisse zuträglich könnte außerdem der behördenübergreifende Austausch zwischen den hessischen Optionskommunen sowie zwischen den hessischen Optionskommunen auf der einen und den gemeinsamen Einrichtungen und Arbeitsagenturen auf der anderen Seite sein. Das Gesetz selbst schreibt auf der örtlichen Ebene die Zusammenarbeit von Jobcentern und Arbeitsagenturen vor (§ 18 SGB II). Umso mehr irritiert es, dass sechs von zehn Einrichtungen, welche die Frage beantwortet haben, nicht im Austausch mit den gemeinsamen Einrichtungen und den Agenturen für Arbeit stehen. Was nach den erhaltenen Rückmeldungen durchweg stattfindet, ist ein Austausch der hessischen Optionskommunen untereinander. Unklar ist allerdings, ob in diesem Rahmen gemeinsame Konzepte entwickelt werden, um in rechtlich schwierigen Fallkonstellationen möglichst „gerichtsfest“

entscheiden zu können. Die hohe Fehlerquote bei den Widerspruchsbescheiden spricht eher dagegen. Im Zusammenwirken aller hessischen Jobcenter erarbeitete Konzepte zum Umgang mit häufig vorkommenden und fehleranfälligen Sachverhalten könnten jedoch helfen, eine konsistente Entscheidungspraxis herauszubilden, um den Verfahrensbeteiligten ein gewisses Maß an Rechtssicherheit zu gewährleisten.

In Anbetracht der aufgezeigten strukturellen Defizite in den hessischen Optionskommunen überrascht es nicht, dass im Referenzzeitraum von 2013 bis 2017 nicht nur die Zahl der Klagen gegen die Widerspruchsbescheide gestiegen, sondern auch die Zahl der Widersprüche gegen die Ausgangsbescheide unverändert hoch geblieben ist. Gleiches gilt für die Stattgabequoten – bei den Widersprüchen ebenso wie bei den Klagen. Die Gründe für die Stattgabe von Widersprüchen waren in beiden Jahren in über einem Drittel der Fälle eine fehlerhafte Rechtsanwendung oder unzureichende Sachverhaltsaufklärung auf der Ebene der Sachbearbeitung.

Grund dafür könnte hier bereits, anders als in den Widerspruchsstellen, die formale Qualifikation der Beschäftigten sein. Allein ein Drittel hat keinen einschlägigen Berufsabschluss. Im Übrigen dominiert die Gruppe der Sozialarbeiter:innen und Sozialpädagog:innen, während die der Jurist:innen vergleichsweise schwach vertreten ist. Zwar muss berücksichtigt werden, dass der Aufgabenbereich der Sachbearbeitung weiter reicht als der der Widerspruchsstellen, weil er zusätzlich zur rechtlichen Entscheidung über die Gewährung von Leistungen auch die Beratung und Vermittlung umfasst. Deshalb ist es für die Behörden wichtig, über einen entsprechend großen Pool an Sozialarbeiter:innen und -pädagog:innen zu verfügen, die für die Beratung und Unterstützung im sozialen Bereich speziell geschult sind. Gleichwohl müssen die in der Sachbearbeitung – d.h. auch die in der Vermittlung – Beschäftigten am Ende eine juristisch fundierte Entscheidung über die beantragte Leistung treffen. Dies gilt umso mehr, als gerade die Vermittlung für die Leistungen zur Eingliederung in Arbeit zuständig ist, die gesetzlich überwiegend als Ermessensleistungen ausgestaltet sind (§ 16 Abs. 1 Satz 2 SGB II), was eine individuelle Begründung der Entscheidungen erforderlich macht. Es ist daher für die Jobcenter unabdingbar, dass in der Sachbearbeitung ausreichend juristisches Fachwissen zur Verfügung steht. Was die berufliche Herkunft angeht, kommt zudem rund die Hälfte der Mitarbeiter:innen in der Sachbearbeitung aus der Privatwirtschaft, kann also auf keinerlei Erfahrung mit den Arbeitsabläufen in der öffentlichen Verwaltung zurückgreifen.

Damit gewinnen für die in der Sachbearbeitung Beschäftigten ein intensiver behördeninterner Austausch und das Angebot an verpflichtenden, am Bedarf der Beschäftigten ausgerichteten Fortbildungen eine noch viel

größere Bedeutung als für die Mitarbeiter:innen in den Widerspruchsstellen. Vorgefertigte Entscheidungshilfen können sinnvoll sein, um vor allem die in der Sachbearbeitung Beschäftigten ohne juristische Vorbildung bei der Formulierung und Begründung der Leistungsbescheide zu unterstützen und zu gewährleisten, dass den formellen und materiellen Mindestanforderungen an einen recht- und zweckmäßigen Leistungsbescheid genügt und eine für die Behörde einheitliche Sprachregelung implementiert wird. Sie können aber die aktive und vor allem nachhaltige Wissensvermittlung nicht ersetzen.

VI. Fazit

Nach alledem ist festzuhalten, dass ein Bewusstsein der hessischen Optionskommunen für die rechtliche Bedeutung des Widerspruchsverfahrens sicherlich besteht und dessen Korrektur-, Filter- und Rechtsschutzfunktion dem Grunde nach Wirkung entfalten. Das Potenzial des Widerspruchsverfahrens wird jedoch bei Weitem nicht ausgeschöpft. Gründe dafür sind, wie gezeigt werden konnte, im Wesentlichen strukturelle Defizite, die sich auf die Arbeitsergebnisse der hessischen Optionskommunen insgesamt auswirken.

Durch eine Intensivierung der Qualitätskontrollen, insbesondere im Wege der Verbesserung der Kommunikationskultur, sowie eine Übersetzung der in diesen Prozessen gewonnenen Erkenntnisse in bedarfsgerechte Unterstützungsangebote für die Mitarbeiter:innen in der Sachbearbeitung und den Widerspruchsstellen, aber auch durch eine Erhöhung des Angebots an verpflichtenden Fortbildungen ließen sich Fehler bei der Entscheidungsfindung vermeiden. Auf diese Weise könnte den Funktionen des Widerspruchsverfahrens besser entsprochen werden, als dies aktuell der Fall ist. Mittelfristig würde eine solche Strategie zu einer Stärkung des Vertrauens der Bürger:innen in die Kompetenz der hessischen Optionskommunen und in der Folge zu einer größeren Akzeptanz ihrer Entscheidungen und damit zu mehr Rechtsfrieden führen.

Allerdings darf bezogen auf Hessen auch nicht übersehen werden, dass der an der Hochschule Fulda angebotene BASS-Studiengang ganz überwiegend von hessischen Optionskommunen getragen wird. Der Bedarf an gut qualifizierten Mitarbeiter:innen wurde demnach sehr wohl erkannt. Ob und ggf. in welchem Maße sich eine hohe Absolvent:innenquote positiv auf die Arbeitsergebnisse der Behörden auswirken wird, kann allerdings zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht gesagt werden. Im Jahr 2018 hatten

erst 51 Personen den Studiengang erfolgreich abgeschlossen.¹⁸ Schon deshalb wird es spannend sein, die Entwicklung der Handlungs- und Entscheidungspraxen in den hessischen Optionskommunen in den nächsten Jahren weiter zu verfolgen.

Literatur

- Banafsche, Minou/Klenk, Tanja, Die Verwaltungspraxis in der Grundsicherung für Arbeitsuchende – eine rechtstatsächliche Analyse am Beispiel der kommunalen Jobcenter, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2020, S. 151 ff.
- Becker, Peter, Die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II – Aktueller Überblick anhand eines Entscheidungssystems, Wege zur Sozialversicherung 2017, S. 131 ff.
- Bundesagentur für Arbeit, Widersprüche und Klagen SGB II, Zeitreihe Monats- und Jahreszahlen ab 2013 – Deutschland, West/Ost, Länder und Jobcenter, alle Ausgaben abrufbar unter: https://statistik.arbeitsagentur.de/SiteGlobals/Forms/Suche/Einzelheftsuche_Formular.html?topic_f=wuk-wuk (letzter Zugriff: 31.3.2021).
- Bundesagentur für Arbeit, Statistiken nach Regionen – Jobcenterbezirke, 2020, abrufbar unter: <https://statistik.arbeitsagentur.de/DE/Navigation/Statistiken/Statistiken-nach-Regionen/Statistiken-nach-Regionen-Nav.html> (letzter Zugriff: 31.3.2021).
- Hessischer Landkreistag, Landkreistag zieht Zwischenbilanz: Bundesweit einzigartiger Fachstudiengang BASS sichert Fachkräfte für die kommunalen Jobcenter, Pressemitteilung vom 19.1.2018, abrufbar unter: https://www.hs-fulda.de/fileadmin/user_upload/FB_Sozialwesen/Studiengaenge/BASS/Zeitungsartikel/19.01.2018_Pressemitteilung.pdf (letzter Zugriff: 31.3.2021).
- Kopp, Ferdinand O., Die Rechtsschutzfunktion des Widerspruchsverfahrens nach §§ 68 ff. VwGO, in: Bender, Bernd/Breuer, Rüdiger/Ossenbühl, Fritz/Sendler, Horst (Hrsg.), Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz – Festschrift für Konrad Redeker zum 70. Geburtstag, München 1993, S. 543 ff.
- Lilge, Werner/Gutzler, Stephan, SGB I – Sozialgesetzbuch Allgemeiner Teil, Kommentar, 5. Auflage, Berlin 2019 (zitiert: Bearbeiter in: Lilge/Gutzler, SGB I).
- Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Auflage, München 2020.
- Meyer-Ladewig, Jens/Keller, Wolfgang/Leitherer, Stephan/Schmidt, Benjamin (Hrsg.), SGG – Sozialgerichtsgesetz, Kommentar, 13. Auflage, München 2020 (zitiert: Bearbeiter in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG).

18 Siehe Hessischer Landkreistag, Pressemitteilung vom 19.1.2018.

- Schneider, Jens-Peter, Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band. II, 2. Auflage, München 2012, § 28.
- Sodan, Helge/Ziekow, Jan (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO, Kommentar, 5. Auflage, Baden-Baden 2018 (zitiert: Bearbeiter in: Sodan/Ziekow, VwGO).
- Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Rechtspflege Sozialgerichte – Fachserie 10 Reihe 2.7, Wiesbaden, alle Ausgaben abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Servic/Bibliothek/_publikationen-fachserienliste-10.html (letzter Zugriff: 31.3.2021).
- Steinbeiß-Winkelmann, Christine/Ott, Georg, Das Widerspruchsverfahren als Voraussetzung des Gerichtszugangs in VwGO, FGO und SGG, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2011, S. 914 ff.
- Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael (Hrsg.), VwVfG – Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 9. Auflage, München 2018 (zitiert: Bearbeiter in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG).
- Wallerath, Maximilian, Verfahrensrecht, in: Ruland, Franz/Becker, Ulrich/Axer, Peter (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 6. Auflage, Baden-Baden 2018, § 11.

Ein Ausdruck von Gerechtigkeit? Normative Ansprüche an Verwaltungspraxis

Tanja Pritzlaff-Scheele

I. Einleitung

Welches Verständnis von Verwaltungspraxis rückt in den Vordergrund, wenn man Verwaltungsabläufe und -entscheidungen als Ausdruck von ihnen zugrundeliegenden Gerechtigkeitsprinzipien betrachtet? Und welche Vorstellungen des Verhältnisses von Bürger:in und Staat werden mit einem solchen Verständnis transportiert? Das In-Beziehung-Setzen von normativen Ansprüchen und Vorstellungen, die auf Gerechtigkeitsprinzipien beruhen auf der einen Seite und der Ausgestaltung tatsächlicher Verwaltungspraxis auf der anderen Seite verbindet den Beitrag von *Minou Banafsche* und *Tanja Klenk* und den Beitrag von *Alice Dillbahner* (beide in diesem Band).

Im Folgenden soll die Frage, inwiefern sich Entscheidungspraktiken der Verwaltung als Ausdruck von Gerechtigkeit verstehen lassen, anhand von Unterscheidungsmerkmalen sowohl auf der Ebene der Gerechtigkeitsprinzipien und -vorstellungen als auch auf der Ebene der konkreten Praktiken und Verfahren des Verwaltungshandelns betrachtet werden. Auf der Ebene der Gerechtigkeitsprinzipien und -vorstellungen wird im Anschluss an die Beiträge von *Banafsche* und *Klenk* sowie von *Dillbahner* deutlich, dass in der Ausgestaltung von Verfahren und der konkreten Verwaltungspraxis teilweise konkurrierende, teilweise sogar widersprüchliche Gerechtigkeitsprinzipien zugrunde gelegt oder im Verwaltungshandeln zum Ausdruck gebracht werden. Hier spielen zudem die Gleichzeitigkeit und das Spannungsverhältnis von abstrakt und explizit in Form von Gesetzestexten und Verwaltungsvorschriften formulierten Gerechtigkeitsprinzipien auf der einen Seite und konkreten, subjektiv und eher implizit in der alltäglichen Interaktion an Entscheidungspraktiken herangetragenen Gerechtigkeitsansprüchen und Gerechtigkeitsvorstellungen auf der anderen Seite eine Rolle.

Auf der Ebene des empirisch vorgefundenen und beobachtbaren Verwaltungshandelns kulminiert diese Widersprüchlichkeit in jenen Praktiken und Verfahren, die in ihrem konkreten Vollzug ein Beleg dafür sind,

dass sich Verwaltungshandeln nicht vollständig in ein reines Anwenden von Regeln auflösen lässt: Ermessensentscheidungen und Widerspruchsverfahren. Sowohl Ermessensentscheidungen als auch Widerspruchsverfahren verweisen in besonderer Weise auf jene „Lücke“, die zwischen abstrakten Regeln und ihrer konkreten Anwendung im Entscheidungshandeln notwendig besteht.¹ Bereits in beiden Fällen für sich genommen, aber auch in der Tatsache, dass sich das Widerspruchsverfahren auf eine vorangegangene Ermessensentscheidung beziehen kann, wird in besonderer Weise deutlich: Hier hätte auch anders entschieden werden können. Das Ergebnis der Anwendung von Gesetzestexten und Verwaltungsvorschriften zeigt sich im praktischen Vollzug nicht analog zum eindeutigen Ergebnis einer Rechenoperation oder logischen Herleitung, sondern als eine Option unter mehreren. Und genau angesichts dieser „Differenz zwischen Regel und Praktik“² stellt sich auch die Frage, inwiefern in der konkreten Entscheidungspraxis *Gerechtigkeit* zum Ausdruck kommt, noch einmal in besonderer Weise. Denn es geht hier nicht nur darum, inwiefern Gerechtigkeit in der Formulierung von Gesetzen und Vorschriften zum Ausdruck kommt, sondern zusätzlich darum, inwiefern sich Gerechtigkeit in deren konkreter Anwendung in der Praxis zeigt. Die Mikroebene der alltäglichen Interaktion zwischen Verwaltungsmitarbeitenden und jenen Bürger:innen, über deren Einzelfälle entschieden wird, verweist somit zurück auf die Makroebene der Produktion und Reproduktion von zugrunde liegenden Prinzipien und Werten im Verhältnis von Bürger:in und Staat – und umgekehrt.³ Die Frage, inwiefern Verwaltungshandeln gerecht ist, tritt auf der Mikroebene des praktischen Vollzugs des Widerspruchsverfahrens bei Entscheidungen zur Bewilligung von Leistungen nach § 22 SGB II (Bedarfe für Unterkunft und Heizung) im deutschen Verwaltungshandeln ebenso zu Tage wie auf der Makroebene des Systems von *Administrative Justice* in der Gestaltung von Rechtsschutzverfahren in Großbritannien.

II. Prozedurale vs. substantielle Gerechtigkeit

Sind Entscheidungspraktiken der Verwaltung als Ausdruck von Verfahrensgerechtigkeit zu verstehen, und in welchem Verhältnis steht ihr Resultat zu dem normativen Anspruch der Ergebnissgerechtigkeit? Durch das In-

1 Pritzlaff, Entscheiden als Handeln, S. 40 ff.

2 Nullmeier, Verfahren und Mechanismen, S. 288.

3 Fassin, Governing Precarity, S. 9 f.

Beziehung-Setzen von Gerechtigkeit und Verwaltungshandeln werden auf unterschiedlichen Ebenen normative Ansprüche und Erwartungen an das Verhältnis zwischen Bürger:innen und Staat formuliert. Wird, wie in dem Beitrag von *Banafsche* und *Klenk*, an das verwaltungsrechtliche Instrument des Widerspruchs nicht nur der Anspruch herangetragen, eine im Ergebnis recht- und zweckmäßige Entscheidung zu treffen, sondern eine *gerechte* Entscheidung, so stellt sich zunächst die Frage, welche Gerechtigkeitsprinzipien hier zugrunde gelegt werden. Einerseits steht der Anspruch an Verfahrensgerechtigkeit im Raum, es dienen also Kriterien prozeduraler Gerechtigkeit als Maßstab. Die Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen durch die Bürger:innen macht sich aber auch an dem Erzielen von Einzelfallgerechtigkeit fest, und hier setzen Kriterien substantieller Gerechtigkeit ein. Übergreifend berühren Entscheidungen zur Bewilligung von Leistungen nach § 22 SGB II (Bedarfe für Unterkunft und Heizung) zudem Fragen der Bedarfsgerechtigkeit.

In der Debatte um die normativen Grundlagen des Wohlfahrtsstaates wird häufig auf *substantielle* Gerechtigkeitsprinzipien rekurriert.⁴ Diese sind eingebettet in pluralistische Gerechtigkeitstheorien, die auf mehreren, gleichzeitig zugrunde gelegten Prinzipien beruhen. Als Grundlage pluralistischer Gerechtigkeitstheorien gelten das Leistungsprinzip, das Bedarfsprinzip sowie das Prinzip der Gleichheit.⁵ In einigen Arbeiten fungiert anstelle des Prinzips der Gleichheit die Chancengerechtigkeit.⁶ Die Prinzipien stehen dabei nicht isoliert nebeneinander, sondern in einem komplementären, teilweise konkurrierenden Beziehungsgefüge zueinander. Ergebnisse der empirischen Gerechtigkeitsforschung haben zudem gezeigt, dass konkrete Gerechtigkeitsvorstellungen von Menschen nicht stabil auf einem oder mehreren der drei Prinzipien basieren, sondern dass – kontextabhängige und wechselnde – Kombinationen der drei Prinzipien in Gerechtigkeitsvorstellungen zum Tragen kommen.⁷

Die Idee der *prozeduralen* Gerechtigkeit findet ihren zugespitztesten Ausdruck in *John Rawls'* Konzept der reinen Verfahrensgerechtigkeit („pure procedural justice“), die er von vollkommener und unvollkommener Verfahrensgerechtigkeit („perfect and imperfect procedural justice“) unter-

4 Nullmeier/Pritzlaff-Scheele/Schnapp/Tepe, Collective Decisions on Need-Based Distribution, S. 147.

5 Nullmeier, Towards a Theory of Need-Based Justice, S. 196.

6 Becker, Armut, S. 357 ff.

7 Liebig/Schupp, SozW 2008, S. 7 ff.; Wegener/Liebig, Gerechtigkeitsvorstellungen in Ost- und Westdeutschland im Wandel, S. 83 ff.

scheidet.⁸ Während die beiden letztgenannten Formen der Verfahrensgerechtigkeit ein unabhängiges Kriterium enthalten, das sich auf die Fairness und Korrektheit des Outcomes der Verteilung bezieht, beinhaltet reine Verfahrensgerechtigkeit kein auf das ‚richtige‘ Ergebnis bezogenes Kriterium. Stattdessen liegt bei reiner Verfahrensgerechtigkeit ein Verfahren vor, das aus sich selbst heraus ein faires und korrektes Ergebnis erzeugt, solange das Verfahren korrekt befolgt wurde.⁹

In einem Beitrag zur Verteilung knapper Gesundheitsgüter bringt *Clauudia Landwehr* das komplexe Spannungsverhältnis zwischen prozeduraler und substantieller Gerechtigkeit wie folgt auf den Punkt: „Auch wenn sich Entscheidungsverfahren zur Verteilung knapper Ressourcen letztlich nur über das Konzept der reinen prozeduralen Gerechtigkeit begründen lassen, müssen die Ergebnisse dieser Verfahren letztlich die empirisch gegebenen, wenn auch pluralen, oft widersprüchlichen und praktisch schwer zu ermittelnden Gerechtigkeitsvorstellungen ihrer Adressaten widerspiegeln.“¹⁰ Es treffen bei tatsächlichen Entscheidungen über die Verteilung von Ressourcen und Leistungen also nicht nur prozedurale und substantielle Gerechtigkeitsprinzipien aufeinander, sondern zudem einerseits Gerechtigkeitsgrundsätze, die bei der Ausgestaltung von Verfahren zugrunde gelegt und mehr oder weniger adäquat implementiert wurden, und andererseits plurale (und möglicherweise in sich widersprüchliche) Gerechtigkeitsvorstellungen von Empfänger:innen dieser Ressourcen und Leistungen. Diese „subjektive Wahrnehmung von Fairness“¹¹ auf der Seite der Leistungsempfänger:innen und das aus ihnen resultierende Spannungsverhältnis trifft auch auf Ermessensentscheidungen im Bereich des SGB II zu.

Die Akzeptanz von etablierten Entscheidungspraktiken und -routinen durch die Bevölkerung insgesamt sowie die Akzeptanz der Einzelfallentscheidung durch die betroffenen Bürger:innen im konkreten Verfahren berührt letztlich sowohl prozedurale als auch substantielle Aspekte, die in einem Spannungsverhältnis stehen. Gerade bei Entscheidungen mit einem Ermessensspielraum tritt dieses Spannungsverhältnis zutage, wie *Banafsche* und *Klenk* zeigen: Die hohe Zahl an unbestimmten Rechtsbegriffen im SGB II führt zu weitreichenden Ermessensspielräumen. Im Sinne der Verfahrensgerechtigkeit müssten daher Routinen entwickelt werden, um eine einheitliche und konsistente Entscheidungspraxis zu gewährleisten.

8 Rawls, A Theory of Justice, S. 85 f.

9 Rawls, A Theory of Justice, S. 86.

10 Landwehr, PVS 2011, S. 45.

11 Höländ, Sozialrecht im Lichte der Rechtssoziologie, S. 29.

Gleichzeitig müssten bei komplexen Einzelfallentscheidungen mit hohem Ermessensspielraum Routinen gelockert werden, um dem Kriterium der (substantiellen) Einzelfallgerechtigkeit zu entsprechen.¹²

Der Begriff der *Administrative Justice*, der im Zentrum des Beitrags von *Dillbühner* steht, bezeichnet einerseits einen institutionellen Rahmen, der unterschiedliche Spruchkörper und Entscheidungsverfahren umfasst. Gleichzeitig verweist er aber auch auf die normative Ebene von Werten und Prinzipien, die der Ausgestaltung jener Institutionen zugrunde liegen und in ihrem Handeln zum Ausdruck kommen sollen.¹³

Der Begriff der *Administrative Justice* steht ebenfalls im Spannungsfeld zwischen prozeduralen und substantiellen Gerechtigkeitskriterien. Wie *Michael Adler* ausführt, umfasst der Begriff *Administrative Justice*, parallel zu den Konzepten *Civil Justice* und *Criminal Justice*, normative Erwartungen daran, wie ein gerechtes Verfahren aussehen sollte. *Adler* setzt hier mit der Unterscheidung zwischen „procedural fairness“ bzw. „procedural justice“ und „substantive justice“ den Akzent noch einmal ein wenig anders, indem er „procedural fairness“ darauf bezieht, wie Menschen in dem jeweiligen Verfahren behandelt werden. „Procedural fairness focuses on how individuals are treated while substantive justice focuses on how their circumstances change.“¹⁴ *Adler* entwickelt eine am Gerechtigkeitsbegriff orientierte Typologie von sechs normativen Modellen von *Administrative Justice*. Die Typologie soll die unterschiedlichen Weisen aufzeigen, auf die in den Routinen von Verwaltungsentscheidungen Gerechtigkeit zu Tage tritt.¹⁵ Einen zentralen Aspekt in der Unterscheidung der Modelle stellt dabei die Rolle des Ermessens dar.¹⁶

III. Standardisierung vs. Ermessen

Wird der Verwaltung durch das Einräumen von Ermessen¹⁷ ein Handlungsspielraum eröffnet, bzw. „durch Festlegung unbestimmter Rechtsbe-

12 Banafsche/Klenk, ZfRSoz 2020, S. 151, 158 ff.

13 Tomlinson, Journal of Social Welfare and Family Law 2017, S. 524, 524 f.

14 Adler, Cruel, Inhuman or Degrading Treatment?, S. 88.

15 Adler, Cruel, Inhuman or Degrading Treatment?, S. 89 f.

16 Adler, Cruel, Inhuman or Degrading Treatment?, S. 91.

17 Maurer/Waldhoff (Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 142) definieren den Begriff des Ermessens wie folgt: „Das Ermessen betrifft die Rechtsfolgende einer gesetzlichen Regelung. Es ist dann gegeben, wenn die Verwaltung bei Verwirklichung eines gesetzlichen Tatbestandes zwischen verschiedenen Verhaltensweisen wählen

griffe ein Beurteilungsspielraum zugestanden“,¹⁸ so kann dies auf der abstrakten Ebene der Formulierung von Gesetzen zunächst als Ausdruck des Bestrebens gewertet werden, Verhältnismäßigkeit und Einzelfallgerechtigkeit herzustellen. Gleichzeitig sind Ermessen und unbestimmte Rechtsbegriffe aber auch „gefährgeneigte“ Strukturen, weil sie zumindest latent das Potential in sich bergen, nicht Achtung, sondern *Missachtung* zu kommunizieren.“¹⁹

Mit der Gewährung von Ermessen entsteht gleichzeitig eine „Implementierungslücke“, die „den Unterschied zwischen angenommenen politischen Absichten und Ergebnissen ausmacht“.²⁰ Wie *Banafsche* und *Klenk* zeigen,²¹ erzeugen unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessen – die das SGB II in hohem Maße aufweist – auf der Seite der Behörden die Notwendigkeit, innerhalb der eingeräumten Spielräume eine konsistente Entscheidungspraxis herauszubilden. Die ‚Implementierungslücke‘ erzeugt also das Erfordernis, das, was in der entstandenen Lücke stattfindet, in irgendeiner Weise konsistent zu regeln. Da, wie die Autorinnen betonen, die Fehleranfälligkeit der im Rechtskreis des SGB II erlassenen Verwaltungsakte zudem besonders hoch ist, wird dem Einräumen von Ermessen für den Einzelfall mit unterschiedlichen Standardisierungsversuchen und -strategien begegnet. Auch wenn diese Versuche von den von *Banafsche* und *Klenk* Befragten offensichtlich auch kritisch beurteilt werden,²² so ist der Schritt hin zur Nutzung von vorgefertigten Entscheidungshilfen, Geschäfts- und Verfahrensanweisungen sowie Bescheidvorlagen mit Textbausteinen doch offenbar ein naheliegender Weg, um Kontingenz und Komplexität des Entscheidens zu reduzieren. Um Beschäftigte in der Verwaltung von dem ihnen gewährten Ermessen ein Stück weit wieder zu entlasten und eine Form von Standardisierung und Entscheidungssicherheit herzustellen,

kann. Das Gesetz knüpft an den Tatbestand nicht eine Rechtsfolge (wie bei der gesetzlich gebundenen Verwaltung), sondern ermächtigt die Verwaltung, die Rechtsfolge selbst zu bestimmen, wobei ihr entweder zwei oder mehrere Möglichkeiten angeboten werden oder ein gewisser Handlungsbereich zugewiesen wird. Das Ermessen kann sich darauf beziehen, *ob* die Verwaltung überhaupt eingreifen und tätig werden soll (Entschließungsermessen), oder darauf, *welche* der möglichen und zulässigen Maßnahmen im konkreten Fall getroffen werden soll (Auswahlermessen).“

18 Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 141.

19 Rixen, Ermessen und unbestimmte Rechtsbegriffe im SGB II und SGB III, S. 60. Hervorhebung im Original.

20 Eule et al., Hinter der Grenze, vor dem Gesetz, S. 99.

21 Banafsche/Klenk, ZfRSoz 2020, S. 151, 158 ff.

22 Banafsche/Klenk, ZfRSoz 2020, S. 151, 169.

wird zudem in letzter Zeit der Einsatz maschineller Lernsysteme als „Entscheidungsassistentz“²³ diskutiert. Auf der Seite derjenigen, die Ermessensentscheidungen zu treffen haben, werden diese also nicht ausschließlich als Möglichkeitsraum gesehen, um im Einzelfall angemessener entscheiden zu können, sondern auch als Fehlerquelle und Entscheidungszumutung.

Die sehr unterschiedlichen Arten, wie mit Ermessen umgegangen wird – sowohl auf Seiten der Entscheidenden als auch auf Seiten derjenigen, über die entschieden wird – kommt in ethnographischen Studien zu Verwaltungshandeln in besonderer Weise zum Ausdruck. So setzen sich *Tobias Eule et al.* explizit mit der ‚Macht des Ermessens‘ auseinander, wenn sie die Entscheidungsfindung von Migrationssachbearbeiter:innen analysieren.²⁴ Ermessen sei „notwendig, weil die Fälle komplexer sind, als Gesetz oder Politik vorhersehen konnten“, es sei aber ebenso „potenziell problematisch“.²⁵ In den von *Eule et al.* beobachteten Entscheidungspraktiken zeigt sich die gesamte Bandbreite von Handlungsweisen und Handlungsmotiven der Entscheidenden – von „mitfühlender Sorge“²⁶ über Pragmatismus bis hin zu egoistischer Machtausübung.

Bettina Grimmer beschreibt in ihrer Ethnographie der Arbeitsvermittlung im Jobcenter, wie Arbeitsvermittler:innen explizit gegenüber ihren Klient:innen auf Ermessensspielräume hinweisen. Dies geschehe „vor allem in zwei Situationstypen: einerseits als Belohnung, andererseits als Ermahnung“.²⁷ *Grimmer* beschreibt einen Fall, in dem eine Arbeitsvermittlerin einer Klientin einen Platz in einer Maßnahme zusichert, obwohl es dort zu dem Zeitpunkt keine freien Plätze gibt. Mit dieser Zusicherung stelle die Arbeitsvermittlerin, so *Grimmer*, „ihre Entscheidung, der Klientin eine Teilnahme an der Maßnahme zu ermöglichen, als eine Belohnung für die richtige Haltung dar“, als eine Art „seltenes Gut und Privileg“, das sie ihr aufgrund ihres Ermessens gewähren könne.²⁸ Insgesamt, so betont *Grimmer*, würden Ermessensspielräume aber „deutlich seltener thematisiert als rechtliche Zwänge. Denn ein Verweis auf das Ermessen wäre in erster Linie eine Machtdemonstration – und wird als solche vermieden. Insofern gibt es kaum Verweise auf Entscheidungsspielräume, die negativ

23 Blumröder/Breiter, dms 2020, S. 448, 456.

24 Eule et al., *Hinter der Grenze, vor dem Gesetz*, S. 93 ff.

25 Eule et al., *Hinter der Grenze, vor dem Gesetz*, S. 103.

26 Eule et al., *Hinter der Grenze, vor dem Gesetz*, S. 102.

27 Grimmer, *Folgsamkeit herstellen*, S. 152.

28 Grimmer, *Folgsamkeit herstellen*, S. 151.

genutzt werden.²⁹ Gehe es um Entscheidungen mit positiven Folgen für die Klient:innen, würde gerne der Verweis auf Ermessen genutzt, bei Entscheidungen mit negativen Folgen für die Klient:innen eher der Verweis auf administrative Zwänge aufgrund von Vorschriften.

Die in diesen Beispielen zum Ausdruck gebrachten Grauzonen des Ermessens können auf Seiten der Klient:innen dazu führen, dass Entscheidungen, von denen sie betroffen sind, nicht nur als falsch, sondern auch als ungerecht beurteilt werden. *Armin Höland* bezeichnet in diesem Zusammenhang das Motiv für das Einlegen von Widerspruch bzw. den Klageweg als „Korrektur von subjektiv empfundener Grenzverletzung und Ungerechtigkeit“.³⁰ Neben dem individuellen Motiv im Einzelfall verweist das „Bedürfnis nach dem öffentlichen und offiziellen Äußern von Unmut und nach Genugtuung mit den Mitteln des Rechts“³¹ auf ein übergreifendes Phänomen, nämlich auf das Verhältnis von Bürger:in und Staat, das im Verwaltungshandeln zum Ausdruck kommt.

IV. Individuelle vs. gesellschaftliche Ansprüche

Nick O'Brien geht in seiner Auseinandersetzung mit dem System der *Administrative Justice* in Großbritannien auf die Frage ein, welches Verständnis des Verhältnisses von Bürger:in und Staat diesem System zugrunde liege. Spätestens seit den 1980er Jahren habe sich, ausgehend von Konzepten des New Public Management, ein Verständnis des Verhältnisses von Bürger:in und Staat entwickelt, das mit dem Bild der Kund:in/Konsument:in auf der einen Seite und dem Staat als Bereitsteller von Dienstleistungen auf der anderen Seite zu einer kompletten Individualisierung geführt habe. Ansprüche – und mögliche Ein- und Widersprüche – auf Seiten der Kund:in/Konsument:in hätten sich komplett auf die Ebene einer Art „consumer dispute resolution“ verlagert, die rein einzelfallorientiert für die kurzfristige Behebung individuell erfahrenen Unrechts sorgen könne und solle.³² Als Gegenentwurf zu diesem Konzept von *Administrative Justice*, das das Bild von der individuellen Nutzer:in auf der einen Seite und dem Staat als „service provider“ auf der anderen Seite verkörpert, sprechen sich *Margaret Doyle* und *O'Brien* für ein verändertes Verständnis von *Administrative Justice*

29 Grimmer, Folgsamkeit herstellen, S. 150.

30 Höland, Sozialrecht im Lichte der Rechtssoziologie, S. 20.

31 Höland, Sozialrecht im Lichte der Rechtssoziologie, S. 20.

32 O'Brien, PQ 2018, S. 82, 87 ff.

aus. Dort, wo sich Bürger:in und Staat begegnen – etwa beim Aufeinandertreffen von Sachbearbeiter:in und Antragsteller:in –, sollte das Bild einer unterstützenden und ermöglichenden Implementation von Vorschriften vorherrschen, die im Vollzug des Verwaltungshandelns „fundamental values of fairness, efficiency, responsiveness and respect“ verkörpern.³³ In der praktischen Ausübung von Verwaltungshandeln komme auf diese Weise nicht mehr das kurzfristige Erreichen von ‚Kundenzufriedenheit‘ als Ziel zum Ausdruck, sondern eine längerfristige Bindung zwischen Bürger:in und Staat, die auf Vertrauen beruhe.³⁴

Dieses Vertrauen gründet in dem Selbstverständnis, kein Einzelfall, sondern Teil einer größeren Gemeinschaft zu sein, und auf dieser Basis legitime Ansprüche an das Gemeinwesen formulieren zu können. Ob Bürger:innen Verwaltungshandeln ‚im Kleinen‘³⁵ – in der tatsächlichen Interaktion mit Sachbearbeiter:innen – eher als Interagieren auf Augenhöhe erleben oder als Ausdruck von Geringschätzung und Machtlosigkeit, hängt letztlich mit unterschiedlichen und teilweise widersprüchlichen Gerechtigkeitskonzeptionen und Auslegungen von Ermessen zusammen, die im Verwaltungshandeln zum Ausdruck kommen.

Stephan Rixen fasst diese übergreifende Rückbindung an normative Grundlagen des Verhältnisses von Bürger:in und Staat, die im praktischen Verwaltungshandeln zutage tritt, wie folgt zusammen: „Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff mögen notwendige Mittel der administrativ-bürokratischen Rechtsanwendung sein, aber sie sind zugleich Gefahren für die Aktualisierung dessen, was Rechtssubjektivität ausmacht: Achtung, Anerkennung, Wertschätzung real auch gegenüber dem Hilfe administrierenden Staat zu erfahren – auch und gerade in der Grenzsituation gefährdeten Selbstbewusstseins, zu denen die Arbeitslosigkeit gehört.“³⁶

Auf der Seite der Bürger:in wird die Einschätzung von Verwaltungsentscheidungen als gerecht nicht zuletzt davon bestimmt, ob die Inanspruchnahme von Hilfeleistungen in der konkreten Praxis als Einforderung eines Rechts oder als eine Form einzelfallorientierter Kund:innenkulanzen erlebt wird. Dies zeigt sich auch daran, ob Betroffene in der Einschätzung ihrer Situation eher auf Gerechtigkeitsansprüche an die Gesellschaft oder eher

33 Doyle/O’Brien, *Reimagining Administrative Justice*, S. 133.

34 Doyle/O’Brien, *Reimagining Administrative Justice*, S. 138.

35 Doyle und O’Brien entwerfen ein alternatives Bild von *Administrative Justice* ‚im Kleinen‘, im Sinne von „human rights in the small places of social rights promotion and protection“; Doyle/O’Brien, *Reimagining Administrative Justice*, S. 3.

36 Rixen, *Ermessen und unbestimmte Rechtsbegriffe im SGB II und SGB III*, S. 65 f.

auf Gerechtigkeitsvorstellungen rekurren, die auf der individuellen Ebene verbleiben.

Erste Ergebnisse aus Interviews mit Personen, die aufstockende Leistungen beziehen,³⁷ liefern Belege für eine Unterscheidung von einerseits Äußerungen von Gerechtigkeitsvorstellungen, die auf der individuellen Ebene verbleiben, und andererseits geäußerten Gerechtigkeitsansprüchen, die gegenüber der Gesellschaft und ihren Institutionen in Stellung gebracht werden.³⁸ Während Befragte, die ihre Situation in Kategorien individueller Gerechtigkeitsvorstellungen artikulieren, eher auf einen Umgang mit der eigenen Situation durch individuelle Coping-Strategien rekurren, thematisieren Befragte, die ihre Situation in einen Zusammenhang mit gesamtgesellschaftlichen Gerechtigkeitsansprüchen einordnen, beispielsweise alternative Deutungen einer nicht-erwerbsarbeitsbezogenen Vorstellung von einer *Lebensleistung*, der mit entsprechender Anerkennung und gerechter Behandlung begegnet werden solle.

Somit ist die Interaktion von Bürger:in und Staat im konkreten Verwaltungshandeln ‚im Kleinen‘ – in jenen „small places of social rights promotion and protection“³⁹ – zugleich jener Ort, an dem ein komplexes Geflecht von Gerechtigkeitsprinzipien und -vorstellungen zum Ausdruck gebracht wird. Die Art und Weise, in der auf der Mikroebene des alltäglichen Verwaltungshandelns Gerechtigkeitsprinzipien und -vorstellungen beachtet, aber auch missachtet werden, hat, dies zeigen die Beiträge von *Banafsche* und *Klenk* sowie von *Dillbahner*, auch entsprechende Implikationen auf der Makroebene. Wird das konkrete Ausführen einer Praktik nicht nur als Ausdruck dessen gedeutet, wie die Dinge nun mal sind, sondern auch im Sinne eines in die Praxis umgesetzten normativen Anspruchs, wie die Dinge sein sollten,⁴⁰ so rückt die gesamtgesellschaftliche Relevanz jener Gerechtigkeitsprinzipien und -vorstellungen, die im alltäglichen Verwaltungshandeln zum Ausdruck kommen, stärker in den Vordergrund.

37 Die Interviews wurden im vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales im Rahmen des FIS (Fördernetzwerk Interdisziplinäre Sozialpolitikforschung) geförderten Projekt *GEVOAB. Gerechtigkeitsvorstellungen von erwerbstätigen Arbeitslosengeld II-Beziehern (Aufstockern)* von Sebastian Jürss geführt.

38 Jürss, Aufstocker*innen im aktivierenden Sozialstaat, S. 1 ff.

39 Doyle/O'Brien, Reimagining Administrative Justice, S. 3.

40 Pritzlaff-Scheele, The Visual Diffusion of Political Practice, S. 152, 152 f.

V. Fazit

Die der konkreten Interaktion von Bürger:in und Staat in der Verwaltungspraxis zugrundeliegenden und in ihr zum Ausdruck gebrachten Gerechtigkeitsprinzipien und Gerechtigkeitsvorstellungen erscheinen auf den ersten Blick häufig derartig stark von Widersprüchen, Kontingenzen und subjektiven gegenseitigen Erwartungen geprägt, dass eine wissenschaftliche Annäherung an sie zumindest problematisch, wenn nicht gar aussichtslos erscheint. Dass es trotzdem von zentraler Bedeutung ist, diese normativen Ansprüche an Verwaltungspraxis in den Blick zu nehmen, wird in den hier diskutierten Beiträgen deutlich. In der konkreten Ausführung von Ermessensentscheidungen und Widerspruchsverfahren im Rechtskreis des SGB II sowie der konkreten Ausgestaltung von Rechtsschutzverfahren in Großbritannien wird ‚im Kleinen‘ sichtbar, wie es um das Verhältnis von Bürger:in und Staat bestellt ist. An jenen Stellen, in denen Bürger:in und Staat tatsächlich einander gegenüber treten, zeigt sich, ob dies auf Augenhöhe geschieht, und die Erwartung an ein gerechtes Verfahren auf Vertrauen und Verlässlichkeit basiert, oder ob eher das Bild einer auf Kulanz hoffenden Kund:in vorherrscht, die einer für sie in ihren inneren Abläufen nicht nachvollziehbaren „Blackbox“⁴¹ begegnet. Die Frage nach der Ausgestaltung der sich notwendigerweise auftuenden Implementierungslücke zwischen Regeln und ihrer Anwendung, die gerade im Falle von Ermessensentscheidungen noch einmal besonders prominent hervortritt, ist insofern nicht nur unter der Perspektive korrekter und ‚gerichtsfester‘, sondern auch unter der Perspektive *gerechter* Entscheidungspraxis zu betrachten.

Literatur

- Adler, Michael, Cruel, Inhuman or Degrading Treatment? Benefit Sanctions in the UK, Cham 2018.
- Banafsche, Minou/Klenk, Tanja, Die Verwaltungspraxis in der Grundsicherung für Arbeitsuchende – eine rechtstatsächliche Analyse am Beispiel der kommunalen Jobcenter, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2020, S. 151 ff.
- Becker, Irene, Armut – ein Verstoß gegen soziale Gerechtigkeit?, in: Böhnke, Petra/Dittmann, Jörg/Goebel, Jan (Hrsg.), Handbuch Armut. Ursachen, Trends, Maßnahmen, Toronto 2018, S. 352 ff.

41 Banafsche/Klenk in diesem Band.

- Blumröder, Lucas von/Breiter, Andreas, Die Nutzung maschineller Lernsysteme für den Erlass verwaltungsrechtlicher Ermessensentscheidungen, dms – der moderne staat 2020 (2), S. 448 ff.
- Doyle, Margaret/O'Brien, Nick, Reimagining Administrative Justice. Human Rights in Small Places, Cham 2020.
- Eule, Tobias/Borrelli, Lisa Marie/Lindberg, Annika/Wyss, Anna, Hinter der Grenze, vor dem Gesetz. Eine Ethnografie des europäischen Migrationsregimes, Hamburg 2020.
- Fassin, Didier, Governing Precarity, in: Fassin, Didier/Bouagga, Yasmine/Coutant, Isabelle/Eideliman, Jean-Sébastien/Fernandez, Fabrice/Fischer, Nicolas/Kobelsky, Carolina/Makaremi, Chowra/Mazouz, Sarah/Roux Sébastien (Hrsg.), At the Heart of the State. The Moral World of Institutions, London 2015, S. 1 ff.
- Grimmer, Bettina, Folgsamkeit herstellen. Eine Ethnographie der Arbeitsvermittlung im Jobcenter, Bielefeld 2018.
- Höland, Armin, Sozialrecht im Lichte der Rechtssoziologie, in: Kreher, Simone/Welti, Felix (Hrsg.), Soziale Rechte und gesellschaftliche Wirklichkeiten. Interdisziplinäre Konferenz des Forschungsverbunds für Sozialrecht und Sozialpolitik (FoSS) der Hochschule Fulda und der Universität Kassel, 03./04. September 2015. Tagungsband, Kassel 2017, S. 12 ff.
- Jürss, Sebastian, Aufstocker*innen im aktivierenden Sozialstaat. Zur Wahrnehmung ihrer Lage und ihren Gerechtigkeitsvorstellungen, in: Blätzel-Mink, Birgit (Hrsg.), Gesellschaft unter Spannung. Verhandlungen des 40. Kongresses der Deutschen Gesellschaft für Soziologie 2020 (digital), o. O. 2021, S. 1 ff.
- Landwehr, Claudia, Substanzielle und prozedurale Gerechtigkeit in der Verteilung von Gesundheitsgütern, Politische Vierteljahresschrift 2011 (1), S. 29 ff.
- Liebig, Stefan/Schupp, Jürgen, Leistungs- oder Bedarfsgerechtigkeit? Über einen normativen Zielkonflikt des Wohlfahrtsstaats und seiner Bedeutung für die Bewertung des eigenen Erwerbseinkommens, Soziale Welt 2008 (1), S. 7 ff.
- Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Auflage, München 2020.
- Nullmeier, Frank, Verfahren und Mechanismen. Theoriebildung und Kausalitätsverständnis in der politikwissenschaftlichen Verwaltungsforschung, in: Bauer, Michael W./Grande, Edgar (Hrsg.), Perspektiven der Verwaltungswissenschaft, Baden-Baden 2018, S. 279 ff.
- Nullmeier, Frank, Towards a Theory of Need-Based Justice, in: Traub, Stefan/Kittel, Bernhard (Hrsg.), Need-Based Distributive Justice. An Interdisciplinary Perspective, Cham 2020, S. 191 ff.
- Nullmeier, Frank/Pritzlaff-Scheele, Tanja/Schnapp, Kai-Uwe/Tepe, Markus, Collective Decisions on Need-Based Distribution. A Political Science Perspective, in: Traub, Stefan/Kittel, Bernhard (Hrsg.), Need-Based Distributive Justice. An Interdisciplinary Perspective, Cham 2020, S. 133 ff.
- O'Brien, Nick, Administrative Justice in the Wake of I, Daniel Blake, The Political Quarterly 2018 (1), S. 82 ff.

- Pritzlaff, Tanja, *Entscheiden als Handeln. Eine begriffliche Rekonstruktion*, Frankfurt a.M. 2006.
- Pritzlaff-Scheele, Tanja, *The Visual Diffusion of Political Practices*, in: Jonas, Michael/Littig, Beate (Hrsg.), *Praxeological Political Analysis*, London 2017, S. 152 ff.
- Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, MA 1971.
- Rixen, Stephan, *Ermessen und unbestimmte Rechtsbegriffe im SGB II und SGB III. Gestaltungsaufgabe der Selbstverwaltung und Rechtssubjektivität der Hilfesuchenden*, in: Rixen Stephan/Welskop-Deffaa, Eva M., *Zukunft der Selbstverwaltung. Responsivität und Reformbedarf*, Wiesbaden 2015, S. 57 ff.
- Tomlinson, Joe, *The Grammar of Administrative Justice Values*, *Journal of Social Welfare and Family Law* 2017 (4), S. 524 ff.
- Wegener, Bernd/Liebig, Stefan, *Gerechtigkeitsvorstellungen in Ost- und Westdeutschland im Wandel: Sozialisation, Interessen, Lebenslauf*, in: Krause, Peter/Ostner, Ilona (Hrsg.), *Leben in Ost- und Westdeutschland: Eine sozialwissenschaftliche Bilanz der deutschen Einheit 1990-2010*, Frankfurt a. M. 2010, S. 83 ff.

Akzeptanz und Legitimität von sozialrechtlichen Schiedsstellen – Theoretische Überlegungen

Michael Beyerlein

I. Einleitung

Allein die in der Bundesarbeitsgemeinschaft der freien Wohlfahrtspflege zusammengeschlossenen Verbände betreiben in Deutschland fast 40.000 Dienste und Einrichtungen für Menschen mit Behinderung und alte Menschen mit beinahe 900.000 Beschäftigten. Die über eine Millionen Menschen, die dort soziale Dienstleistungen erhalten,¹ bekommen diese, weil sie in der Regel einen Rechtsanspruch auf Leistungen der Eingliederungshilfe oder der sozialen Pflegeversicherung haben.

Damit Dienste und Einrichtungen diese Dienstleistungen erbringen dürfen, müssen sie mit den zuständigen Leistungsträgern Verträge schließen.² Vereinbarungen über die Vergütung der Leistung werden vor einer bestimmten Wirtschaftsperiode geschlossen, was in Anbetracht der mitunter gegenläufigen Interessen von Leistungsträgern und Leistungserbringern dazu führen kann, dass keine Einigung erzielt werden kann. Um auch in diesen Fällen die Versorgung der Leistungsberechtigten zu gewährleisten, wurden Schiedsstellen geschaffen, die zwischen den unterschiedlichen Interessen vermitteln und diese zusammenführen sollen.³ Sie erfüllen damit eine wichtige sozialpolitische Aufgabe.

Der vorliegende Beitrag stellt die These auf, dass zur Erfüllung der Aufgabe der Schiedsstellen zentral ist, dass sie als legitim betrachtet werden und dass die von ihnen produzierten Ergebnisse auf Akzeptanz stoßen. Die

1 <https://www.bagfw.de/veroeffentlichungen/statistik> (zuletzt geprüft am 21.10.2021).

2 In der Pflegeversicherung erfolgt zunächst der Abschluss eines Versorgungsvertrages, der die Leistungserbringer grundsätzlich zur Versorgung zulässt, in der Eingliederungshilfe, ist dieses Verfahren einstufig und die Leistungserbringer sind mit Abschluss der gesetzlich vorgeschriebenen Leistungs-, Vergütungs- und ggf. Prüfungsvereinbarungen zur Versorgung zugelassen; vgl. Bieritz-Harder in: *Fachlexikon Soziale Arbeit*, S. 200.

3 BSG, Urteil vom 17.12.2009, B 3 P 3/08 R, juris Rn. 68.

Akzeptanz von Schiedssprüchen und die wahrgenommene Legitimität der Schiedsstellen bedingen sich gegenseitig.

II. Hintergrund

Der erste Teil des Beitrags stellt Entstehung, Funktionsweise, Ziel und Aufgaben von sozialrechtlichen Schiedsstellen eingebettet in das Leistungserbringungsrecht dar. Der Fokus ist auf der Eingliederungshilfe und der Pflege. Der zweite Teil formuliert die These, dass sich Akzeptanz von Schiedssprüchen und die wahrgenommene Legitimität der Schiedsstellen gegenseitig bedingen, und zeigt theoriebasiert, welche Faktoren die wahrgenommene Legitimität und die Akzeptanz von Schiedssprüchen beeinflussen könnten.

Schiedsstellen im Sozialrecht sind nötig, weil der deutsche Sozialstaat zu seinem Funktionieren wesentlich auf die Kooperation von staatlichen und nicht-staatlichen Akteuren angewiesen ist. Die Kooperation findet im Kontext des Leistungserbringungsrechts statt. Dieses wird zunächst dargestellt, bevor auf die Funktion von Schiedsstellen eingegangen wird.

1. Kooperation im Sozialstaat: Das Leistungserbringungsrecht

Sozialleistungsträger wie die Träger der Eingliederungshilfe⁴ oder Pflegekassen sind verpflichtet dafür zu sorgen, dass Berechtigte die ihnen zustehenden Sozialleistungen in zeitgemäßer Weise,⁵ umfassend und zügig erhalten. Die zur Ausführung von Sozialleistungen erforderlichen sozialen Dienste und Einrichtungen müssen darum rechtzeitig und ausreichend zur Verfügung stehen (§ 17 Abs. 1 Nr. 1 und 2 SGB I). Diese werden in vielen Fällen jedoch nicht von den Sozialleistungsträgern selbst betrieben, sondern traditionell von öffentlichen, frei-gemeinnützigen oder privat-ge-

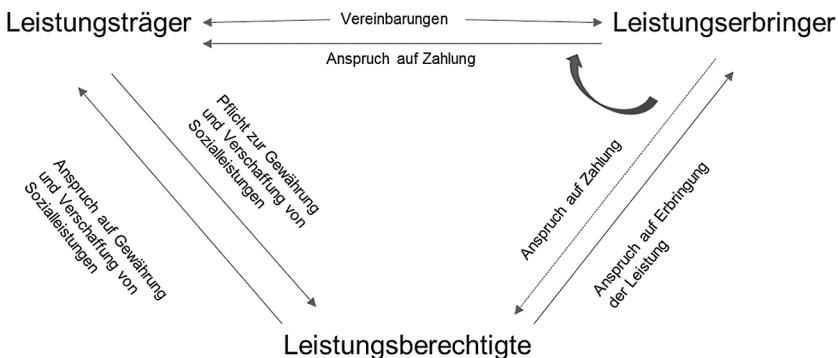
4 Das können sein die Länder, Kommunalverbände höherer Ordnung wie Landschaftsverbände in Nordrhein-Westfalen, der Landeswohlfahrtsverband in Hessen, die Bezirke in Bayern oder kommunale Sozialverbände in Mecklenburg-Vorpommern und Sachsen oder Städte und Gemeinden. Siehe Beyerlein, Die Umsetzung des Bundesteilhabegesetzes in den Bundesländern – Teil I.

5 Zeitgemäß bedeutet, dass die Leistungsgewährung die jeweils aktuellen wissenschaftlichen und verwaltungstechnischen Erkenntnisse berücksichtigt; vgl. Öndül in: jurisPK-SGB I, § 17 SGB I Rn. 24.

werblichen Leistungserbringern.⁶ In der Zusammenarbeit mit diesen wirken die Leistungsträger darauf hin, dass sich ihre Tätigkeit und die der genannten Einrichtungen und Organisationen zum Wohl der Leistungsempfänger wirksam ergänzen (§ 17 Abs. 3 S. 1 und 2 SGB I). In der Kooperation kann dementsprechend ein Strukturprinzip der Sozialleistungserbringung gesehen werden.⁷

Ihrer Strukturverantwortung kommen Sozialleistungsträger in der Praxis über die Auswahl geeigneter Leistungserbringer und den Abschluss von Verträgen über Art, Inhalt und Bezahlung der zu erbringenden Leistung nach. Diese Verträge ermöglichen eine mittelbare Steuerung des Leistungsgeschehens und sollen sicherstellen, dass die sozialen Dienstleistungen tatsächlich in der gebotenen Qualität und dem gebotenen Umfang erbracht werden. So entstehen neben dem Rechtsanspruch der Leistungsberechtigten gegenüber dem Leistungsträger auch Rechtsbeziehungen zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer sowie zwischen Leistungserbringer und leistungsberechtigter Person.⁸ Dieses sog. sozialrechtliche Dreieck ist in der nachfolgenden Abbildung dargestellt.

Abbildung 1: Das sozialrechtliche Dreieck (Quelle: Banafsche in: Deinert/Welti, SWK-Behindertenrecht, Leistungserbringungsrecht Rn. 10)



6 Frei-gemeinnützige und private Leistungserbringer sind in der Bundesarbeitsgemeinschaft der freien Wohlfahrtspflege (www.bagfw.de) oder dem Bundesverband privater Anbieter sozialer Dienste (www.bpa.de) organisiert.

7 Dazu Becker et al., VSSR 2012, S. 103, 112 ff.

8 Dazu grundsätzlich Hänlein, Recht der Sozialen Dienste, § 1; für das Recht der Eingliederungshilfe: Boetticher, Das neue Teilhaberecht, Rn. 338 f.

Die zu schließenden Vereinbarungen zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern sind die Voraussetzung dafür, dass sich die Rechtsansprüche der Leistungsberechtigten realisieren.⁹ Entsprechend konkrete Vereinbarungen haben zudem das Potential, die Leistungen personenzentriert auszugestalten.¹⁰ In der Eingliederungshilfe (§ 125 Abs. 2 S. 1 SGB IX) werden darin der zu betreuende Personenkreis, die erforderliche sachliche Ausstattung, Art, Umfang, Ziel und Qualität der Leistungen, die personelle Ausstattung, die Qualifikation des Personals sowie betriebsnotwendige Anlagen des Leistungserbringers und die dafür nötige Vergütung (§ 125 Abs. 1 Nr. 2 SGB IX) festgeschrieben. Eine Vorformung dieser Verträge erfolgt durch Landesrahmenverträge.¹¹

Für Leistungserbringer haben die vereinbarten Vergütungen mit Sozialleistungsträgern erhebliche wirtschaftliche Bedeutung.¹² Sie sind auf eine auskömmliche Finanzierung angewiesen, um soziale Dienstleistungen erbringen zu können. Die Sozialleistungsträger dagegen sind in der Pflicht sicherzustellen, dass die Leistungen möglichst wirtschaftlich erbracht werden¹³ und die dafür nötigen Steuer- und Beitragsmittel sparsam eingesetzt werden.¹⁴

Entsprechend dem Strukturprinzip der Kooperation, das von gegenseitigem Verhandeln und Informationsaustausch geprägt ist, sollen die beteiligten Akteure eine lösungsorientierte Entscheidung im Konsens herbeiführen. Diese zwischen ebenbürtigen Partner:innen geschlossenen Verträge sollen es schaffen, Leistung und Gegenleistung in ein angemessenes Verhältnis zu setzen und so die Akzeptanz der vereinbarten Regelungen sichern.¹⁵ Für die Verhandlungen gibt es gesetzliche Vorgaben,¹⁶ die teilweise durch rahmenvertragliche Regelungen¹⁷ konkretisiert werden.

9 Banafsche in: Deinert/Welti, SWK-BehindertenR, Leistungserbringungsrecht Rn. 5.

10 Rosenow in: Fuchs/Ritz/Rosenow, SGB IX, § 123 SGB IX Rn. 11.

11 Zu den Landesrahmenverträgen nach § 131 SGB IX Beyerlein, Die Umsetzung des Bundesteilhabegesetzes in den Bundesländern – Teil II.

12 BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 1.9.2008, 1 BvR 887/08, 1 BvR 888/08, 1 BvR 889/08, 1 BvR 890/08, 1 BvR 891/08, juris Rn. 13.

13 BSG, Urteil vom 7.10.2015, B 8 SO 21/14 R, juris Rn. 17.

14 BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 1.9.2008, 1 BvR 887/08, 1 BvR 888/08, 1 BvR 889/08, 1 BvR 890/08, 1 BvR 891/08, juris Rn. 16.

15 Becker et al., VSSR 2012, S. 103, 113 f.

16 Siehe für Eingliederungshilfe und Pflege § 126 SGB IX und § 85 SGB XI.

17 Grundlage für die Eingliederungshilfe ist § 131 Abs. 1 Nr. 7 SGB IX. Die entsprechenden Fundstellen zu Verfahrensregelungen in den Landesrahmenverträgen sind hier zusammengestellt: <https://umsetzungsbegleitung-bthg.de/w/files/umsetz>

Der in dieser Konstruktion angelegte Konflikt überstrapaziert die Kompromissfähigkeit der Verhandlungsparteien bisweilen und es kann so zu Stockungen und Diskrepanzen kommen.¹⁸ Um den Abschluss entsprechender Verträge zu gewährleisten, haben sich Schiedsstellen als Konfliktlösungsmechanismus bewährt.¹⁹ Sie sollen sicherstellen, dass notwendige Leistungen auch tatsächlich zur Verfügung stehen und erfüllen damit eine wichtige sozialpolitische Funktion.²⁰

2. Was sind Schiedsstellen und welche Aufgabe haben sie?

a) Entstehung und Zusammensetzung

Erste Schiedsstellenregelungen für das Sozialrecht finden sich im Abkommen zwischen den Organisationen der Ärzte und der Krankenkassen vom 23.12.1913 (Berliner Abkommen).²¹ Seitdem haben sich in vielen Sozialleistungsbereichen Schiedsstellen mit vergleichbarem Aufbau etabliert.²²

- Den Vorsitz führt eine, ggf. auch mehrere von den Vertragsparteien bestimmte, neutrale Person(en),
- die Vertragsparteien entsenden in gleicher Zahl weisungsungebundene Mitglieder,
- die Mehrheit der Mitglieder entscheidet.

ungsstand/2021-06-28_umsetzungsstand-bthg.pdf (zuletzt geprüft am 21.10.2021). In der Pflege regelt § 75 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 SGB XI die Anforderungen an geeignete Nachweise bei Vergütungsverhandlungen.

18 Grube, RP-Reha 2018, S. 5, 6.

19 So die Bundesregierung als Begründung für die Schaffung der Eingliederungshilfeschiedsstelle in § 133 SGB IX, BT-Drs. 18/9522, S. 300.

20 Schnapp, Grundzüge des Schiedswesens im Sozialrecht, Rn. 11.

21 Schnapp, Grundzüge des Schiedswesens im Sozialrecht, Rn. 1; siehe auch Henning/Scheidt, Die Sozialpolitik in den letzten Friedensjahren des Kaiserreichs (1905-1914), S. 631 ff.

22 Becker et al., VSSR 2012, S. 113, 119; einen Überblick der relevantesten Schiedseinrichtungen im Sozialrecht geben Düring/Schnapp, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens.

b) Anrufung und Verfahren

Schiedsstellen können angerufen werden, wenn es nach einem gesetzlich festgelegten Zeitraum zu keiner Einigung zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer kommt. Das Verfahren ist in der Realität mehrstufig und umfasst auch das Bemühen, den Konflikt der Parteien ohne Schiedsspruch zu lösen.²³ Diese Aufgabe ist jedoch nicht gesetzlich geregelt, sondern findet sich in den jeweiligen Schiedsstellenverordnungen.²⁴ Verschiedene Landesschiedsstellenverordnungen enthalten Formulierungen wie „Der Vorsitzende soll in der mündlichen Verhandlung darauf hinwirken, dass die Parteien zu einer einvernehmlichen Lösung der strittigen Angelegenheit kommen“.²⁵

Theoretisch betrachtet verlagert sich der Modus der Konfliktlösung mit Anrufung der Schiedsstelle von der Verhandlung hin zu einer Entscheidungsfindung unter Zuhilfenahme einer dritten Partei. In der ersten Phase des Verfahrens leistet die Schiedsstelle Vertragshilfe²⁶ als Mediation ohne Abgabe einer Empfehlung²⁷ oder als Schlichtung (Conciliation) mit Abgabe einer Empfehlung.²⁸ In beiden Fällen agiert die Schiedsstelle dabei vermittelnd und nicht richtend.

23 Becker, SGB 2003, S. 664, 666; Zeitler, RsDE 2003, S. 1, 25; sieht in der Schlichtung die „vornehmste“ Aufgabe der Schiedsstelle.

24 Felix, Konfliktlösungsinstrumente bei dreiseitigen Verträgen und Beschlüssen der Selbstverwaltung im System der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 26.

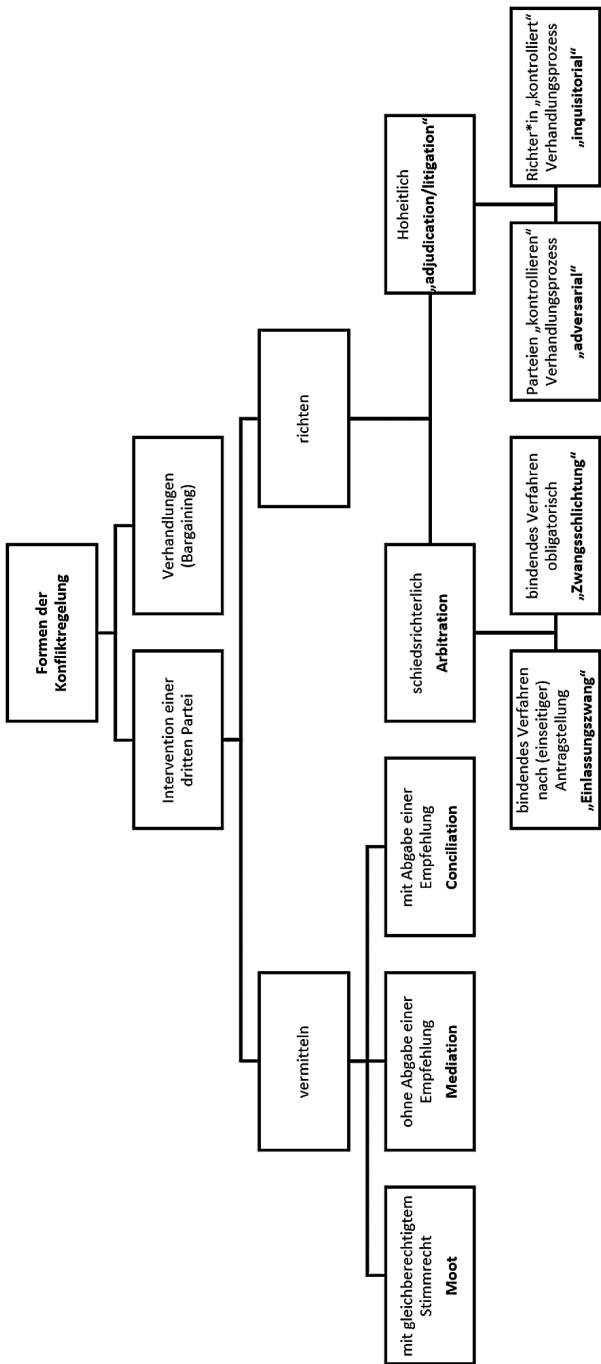
25 Bspw. § 10 Abs. 1 VO nach § 80 SGB XII Berlin; § 10 Abs. 1 PflegeV SchVO Berlin; § 10 Abs. 1 SGB XI SchStV Bremen; § 8 Abs. 2 SGB XI SchVO NRW.

26 In der Rechtsprechung des BSG wird nicht nur das Vermitteln zwischen den Parteien, sondern auch die stellvertretende Entscheidungsfindung als Vertragshilfe bezeichnet. Aufgrund des Charakters der Schiedsstelle als Vertragshilfeorgan bestimmen jedoch in beiden Fällen allein die Beteiligten durch ihre Anträge den Gegenstand des Schiedsstellenverfahrens wie auch die Reichweite der Schiedsstellenentscheidung; vgl. BSG, Urteil vom 23.7.2014, B 8 SO 2/13 R, juris Rn. 9.

27 Vgl. § 1 MediationsG: Mediation ist ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben.

28 Siehe dazu Collin, LOEWE-Schwerpunkt „Außergerichtliche und gerichtliche Konfliktlösung“: Arbeitspapier Nr. 2, S. 8; sowie Abbildung 2.

Abbildung 2: Formen der Konfliktregelung nach Vaudt, Außengerichtliche Konfliktregelung unter Rechtsunsicherheit, S. 59



Ist das nicht erfolgreich, werden Vertragsinhalte stellvertretend von der Schiedsstelle festgesetzt.²⁹ Die Konfliktlösung wechselt in einen richtenden Modus. Das in Schiedsstellen übliche, gesetzlich verankerte obligatorische Verfahren bindet die Konfliktparteien und hat darum den Charakter einer Zwangsschlichtung.³⁰

Die im Vereinbarungsprozess praktizierten unterschiedlichen Formen der Konfliktlösung sind in Abbildung 2 zu erkennen. Deutlich wird die auch rechtlich angelegte Systematik, dass Konflikte zunächst über Verhandlungen (Bargaining), dann durch vermittelnde und richtende Intervention einer dritten Partei gelöst werden können, wobei die Autonomie der Beteiligten von oben nach unten und von links nach rechts abnimmt.

c) Rechtsweg

Eine hoheitliche Klärung nach dem Modell in Abbildung 2 sind Gerichtsverfahren. Gegen Entscheidungen der Schiedsstellen ist grundsätzlich der Rechtsweg zu den Sozialgerichten gegeben. Die gerichtliche Kontrolle von Schiedsstellenentscheidungen beschränkt sich aber im Wesentlichen darauf zu überprüfen, ob der Sachverhalt richtig ermittelt worden ist, die verfahrensrechtlichen Regelungen eingehalten worden sind und ob die Schiedsstelle bei der Abwägung der öffentlichen und privaten Belange ihren Gestaltungsspielraum nicht verkannt hat.³¹ Die eingeschränkte gerichtliche Überprüfbarkeit wird daraus abgeleitet, dass Entscheidungen der Schiedsstellen Kompromisscharakter haben und auf einen gerechten Interessenausgleich angelegt sind.³²

Wenn sich oberste Bundesgerichte mit Schiedsstellenentscheidungen auseinandersetzen, beschäftigen sie sich mit verfahrensrechtlichen Aspekten wie dem Verhältnis von Amtsermittlungspflicht der Schiedsstelle und

29 Der Entscheidungsspielraum bemisst sich allerdings am Vereinbarungsspielraum der Vertragsparteien und geht nicht darüber hinaus; vgl. Grube, RP-Reha 2018, S. 5, 8; BSG, Urteil vom 7.10.2015, B 8 SO 21/14 R, juris Rn. 12.

30 Schnapp, Grundzüge des Schiedswesens im Sozialrecht, Rn. 11; Schütte, NDV 2005, S. 246, 247.

31 Düring, WzS 2016, S. 239, 242; BSG, Urteil vom 7.10.2015, B 8 SO 1/14 R, juris Rn. 12; BSG, Urteil vom 4.7.2018, B 3 KR 21/17 R, juris Rn. 32.

32 von Laffert, Sozialgerichtliche Kontrolle von Schiedsstellenentscheidungen, S. 24; vgl. auch BSG, Urteil vom 4.7.2018, B 3 KR 21/17 R, juris Rn. 32, mit Verweis auf ständige Rechtsprechung.

Mitwirkungspflichten der Parteien³³ oder klären grundsätzliche inhaltliche Fragen zur Ermittlung einer angemessenen Vergütung³⁴ oder der Bedeutung unbestimmter Rechtsbegriffe.³⁵

III. Theoretische Überlegungen zu Akzeptanz und Legitimität von sozialrechtlichen Schiedsstellen

Um das Leistungssystem aufrecht zu erhalten, das von der Kooperation der beteiligten Akteure lebt, ist es wichtig, dass Entscheidungen sozialrechtlicher Schiedsstellen auf die Akzeptanz der beteiligten Parteien stoßen. Deren Interessendivergenz würde andernfalls zu sozialpolitischen Verteilungskämpfen an anderen Stellen führen³⁶ und auch in hohem Maße die Gerichte belasten. Auch wenn ein Schiedsverfahren, das ohne Einigung mit einer Zwangsschlichtung beendet wird, nicht zwingend Ergebnisse produzieren muss, die auf beiden Seiten mit Begeisterung hingenommen werden, so muss es das Ergebnis dennoch schaffen, die Interessen der beiden Seiten derart zum Ausgleich zu bringen, dass die gerichtliche Überprüfung des Ergebnisses nicht zum Normalfall wird. Im Idealfall stößt der Schiedsspruch auf „authentische Akzeptanz, gegründet auf Informiertheit, Überzeugung und Einsicht“.³⁷

Es ist auch davon auszugehen, dass die Akzeptanz der Entscheidung eng mit der wahrgenommenen Legitimität der Schiedsstelle verbunden ist: „Akzeptanz begrenzt die Legitimation und ist zugleich deren wichtigste Voraussetzung und einzige subjektseitige Wirkungschance.“³⁸ Theoretische Konzeptionen von Legitimität beziehen sich zwar meist auf die Aner-

33 BSG, Urteil vom 25.4.2018, B 8 SO 26/16 R, SozR 4-3500 § 75 Nr. 11; vgl. dazu Beyerlein, RP-Reha 2018, S. 13 ff.; eine starke Ausweitung der Amtsermittlungspflichten erfolgte durch den dritten Senat des BSG; vgl. BSG, Urteil vom 26.9.2019, B 3 P 1/18 R, juris.

34 Bei der Frage, wie die Angemessenheit einer strittigen Vergütung zu ermitteln ist, hat sich in verschiedenen Sozialleistungsbereichen das vom BSG für das Recht der Sozialen Pflegeversicherung entwickelte zweistufige Verfahren der Vergütungsermittlung (sog. interner und externer Vergleich) etabliert.

35 Vgl. Düring, WzS 2016, S. 239, 241 ff.

36 Schnapp, Grundzüge des Schiedswesens im Sozialrecht, Rn. 11.

37 Der schlechteste Fall der dazu von de Bakker entwickelten Typologie in sechs Ausprägungen wäre eine Akzeptanz wider Willen und gegen besseres Wissen; siehe de Bakker, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2003, S. 219, 232.

38 Lucke, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1996, S. 221, 243.

kennungswürdigkeit einer politischen Ordnung,³⁹ Legitimität kann aber auch verstanden werden als „eine generalisierte Bereitschaft, inhaltlich noch unbestimmte Entscheidungen innerhalb gewisser Toleranzgrenzen hinzunehmen.“⁴⁰

Wo diese Toleranzgrenzen beginnen und enden, bestimmt sich bei einem Gremium, das unter einer großen Bandbreite möglicher Entscheidungen kompromisshaften Lösungen finden soll, neben der konkreten Entscheidung auch wesentlich anhand der wahrgenommenen Legitimität des Gremiums. Woraus sich die Legitimität der Schiedsstelle speisen könnte, wird nachfolgend anhand verschiedener Thesen dargestellt.

1. *Legitimation durch Verfahren*

Die erste hier vorgestellte Hypothese besagt, dass die in der Schiedsstelle anlegten Mechanismen eine Legitimation durch Verfahren bewirken sollen, die dazu führt, dass Entscheidungen innerhalb eines breiten Spektrums akzeptiert werden.

Die Hypothese stützt sich einerseits auf Niklas Luhmanns Theorie der Legitimation durch Verfahren.⁴¹ Demnach ist es nicht die Entscheidung eines Gerichts, die zu seiner Akzeptanz führt, sondern die Tatsache, dass diese Entscheidung in einem **legitimen Verfahren** zustande gekommen ist.⁴² Es geht Luhmann primär um den Beitrag zur Legitimation der Entscheidungen, den das entscheidende System selbst erbringen kann.⁴³ Die paritätische Zusammensetzung nach dem Prinzip der Gruppenrepräsentation mit neutralem Vorsitz, das Mehrheitsprinzip und die Weisungsfreiheit der Mitglieder der Bänke sollen bewirken, dass das Verfahren als möglichst legitim wahrgenommen wird. So könnte bei einer Vielzahl möglicher Entscheidungen bei ähnlichen Sachverhalten durch die Ausgestaltung der Schiedsstellen selbst Akzeptanz für deren Entscheidungen erzeugt werden.

Die Hypothese findet andererseits auch in der Herrschaftssoziologie Max Webers eine Grundlage. Weber unterscheidet drei Typen legitimer Herrschaft:

39 Braun/Schmitt, Politische Legitimität, S. 55.

40 Luhmann, Legitimation durch Verfahren, S. 28.

41 Siehe dazu Luhmann, Legitimation durch Verfahren.

42 Dazu Röhl, Rechtssoziologie, S. 442.

43 Luhmann, Legitimation durch Verfahren, S. 36.

- **Legale Herrschaft**, die auf dem Glauben an die Legalität gesetzter Ordnungen und der sie ausführenden Personen beruht,
- **traditionale Herrschaft**, die auf dem Glauben an die „Heiligkeit“ von Traditionen beruht und den durch diese Traditionen berufenen Personen Autorität verleiht und
- **charismatische Herrschaft**, die sich durch die Strahlkraft gewisser Personen ergibt und somit die von ihnen geschaffenen Institutionen legitimiert.⁴⁴

Die rationale Legitimität aufgrund des Glaubens an die Legalität der gesetzten Ordnung wird auch in aktuellen Arbeiten noch herangezogen.⁴⁵ Auch die Akzeptanz von Schiedsstellenentscheidungen ließe sich auf das Vertrauen in gesetzte Ordnungen und Legalität des Handelns in einem legitimen Verfahren zurückführen. Weiterhin ist eine Legitimation durch Charisma im *Weberschen* Sinne denkbar. Das wird nachfolgend ausgeführt.

2. Legitimation durch Charisma

Schiedsstellen könnten als legitim wahrgenommen und ihre Entscheidungen akzeptiert werden, weil der neutralen vorsitzenden Person in ihrer Qualifikation und ihrer Fähigkeit, Konflikte zu lösen, in hohem Maße Vertrauen entgegengebracht wird. *Weber* schreibt, dass im Falle der charismatischen Herrschaft einer als charismatisch wahrgenommenen Person aufgrund von persönlichem Vertrauen in Offenbarung, Heldentum oder Vorbildlichkeit gehorcht wird.⁴⁶ Das beschreibt im Kern die Beziehung zwischen qualifizierten Personen und ihrem Verhalten einerseits und den Wertungen dieses Verhaltens durch Personen auf der anderen Seite. Eine Person wird dann charismatisch legitimiert, wenn sie anderen Personen aus einer intensiv erlebten Krisensituation hilft. Bewährt sich eine Person

⁴⁴ Weber, Grundriss der Sozialökonomik, S. 124.

⁴⁵ Kranenpohl greift die Typologie auf, um Erkenntnisse zur Legitimität des Bundesverfassungsgerichts zu ordnen. Einer legalen Herrschaftslegitimation sei demnach die breite Konsenssuche in den Senaten zuzuordnen und auch die Tatsache, dass im Willensbildungs- und Entscheidungsprozess der Kammern und Senate dem Argumentieren gemäß der juristischen Methodenlehre und nicht etwa politisch motivierten Verhandlungsprozessen die entscheidende Bedeutung zukommt. Dieses Primat des Rechts führe letztlich zu einer starken legalen Herrschaftslegitimation; vgl. Kranenpohl, *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses*, S. 332 u. 402.

⁴⁶ Weber, Grundriss der Sozialökonomik, S. 124.

in solchen Notsituationen mit situativ und persönlich wertvollen Qualitäten, wird ihr von anderen Personen ein charismatischer Führungsanspruch zugesprochen.⁴⁷ In der Literatur finden sich viele Hinweise auf die zentrale Position der neutralen Person für das Schiedsverfahren.⁴⁸ Insbesondere deuten die Ergebnisse von *Jens Nothnagels* Beobachtungen zu Schiedsstellen nach dem SGB V in Bayern auf eine Legitimation der Schiedsstelle durch Charisma hin. Er stellt fest, dass Entscheidungen der Schiedsstelle insbesondere dann akzeptiert werden, wenn die vorsitzende Person von beiden Seiten einvernehmlich bestimmt wurde. Fand eine Auswahl per Losverfahren statt, waren vermehrte Klagen von der im Losverfahren mit ihrem Kandidaten unterlegenen Seite festzustellen. Im Falle eines einvernehmlich gewählten Vorsitzenden, dem beide Seiten gleichermaßen wünschenswerte Eigenschaften zusprechen, wurde der Schiedsspruch kaum angegriffen.⁴⁹

3. *Legitimation durch Deliberation*

Die dritte Hypothese lautet, dass Schiedsstellen Vertrauen entgegengebracht wird und die Schiedssprüche akzeptiert werden, weil die Entscheidungen der Schiedsstelle im Modus der demokratischen Deliberation entstehen. Diese Hypothese fußt auf der Rechtstheorie von *Jürgen Habermas*. Für ihn ergibt sich die Geltung von Recht daraus, dass es Ergebnis einer demokratischen **Deliberation** ist:⁵⁰ „Der demokratische Prozeß trägt die ganze Bürde der Legitimation.“⁵¹ Deliberation zeichnet sich dadurch aus, dass die Teilnehmenden gleichberechtigt sind. Das bezieht sich auf die teilnehmenden Personen und ihre Argumente. Auch müssen sich die Diskursbeiträge aufeinander beziehen.⁵²

47 Utz, Charisma, S. 54 f.

48 Vgl. z.B. Penner, Schiedsstellenverfahren nach § 111 Abs. 5 SGB V; Nothnagel, Die Rolle von Schiedsverfahren im Verhandlungsprozess in der gemeinsamen Selbstverwaltung in der gesetzlichen Gesundheitsversorgung Deutschlands, S. 166; Becker, SGB 2003, S. 664, 668; von Laffert, Sozialgerichtliche Kontrolle von Schiedsstellenentscheidungen, S. 41; Becker et al., VSSR 2012, S. 103, 119.

49 Nothnagel, Die Rolle von Schiedsverfahren im Verhandlungsprozess in der gemeinsamen Selbstverwaltung in der gesetzlichen Gesundheitsversorgung Deutschlands, S. 185.

50 Baer, Rechtssoziologie, S. 143 ff.

51 Habermas, Faktizität und Geltung, S. 664.

52 Kranenpohl, Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses, S. 162; siehe dazu auch Mansbridge, Deliberative und nicht-deliberative Verhandlungen, S. 1 ff.

Die gesetzliche Konzeption von Schiedsstellen deutet darauf hin, dass eine Akzeptanz der Entscheidung und eine Legitimation der Schiedsstelle durch deliberative Entscheidungsfindung erreicht werden soll. Die Mitglieder der Bänke haben ein freies Mandat und sollen mit Mehrheit entscheiden. Aufgrund ihrer Sachnähe sollen sie in der Lage sein, pragmatische Diskurse zu führen und so einen Interessenausgleich herbeiführen. Die paritätische Besetzung soll zu einer mittelbaren Beteiligung der von der Entscheidung betroffenen Personen führen. Wie *Andreas Hänlein* jedoch treffend angemerkt hat, kann die Deliberationstheorie auch den Blick auf Leistungsberechtigte lenken, die nicht Teil des Prozesses sind. Dies könnte ein Legitimationsdefizit der Schiedsstelle darstellen.⁵³

4. Input- und Outputlegitimation

Die etwas jüngere theoretische Konzeption von *Fritz W. Scharpf* fragt, den Gedanken der Systemtheorie aufgreifend, welche Input- und welche Output-Einflüsse ein (politisches) System legitimieren.⁵⁴ Sie geht damit über die bisher dargestellten input-bezogenen Ansätze hinaus. Die Input-Perspektive betont eine „Herrschaft durch das Volk“. Wichtig sind dabei Partizipation und Konsens der von der Entscheidung betroffenen Personen.⁵⁵ Die Output-Perspektive leitet ihre Legitimation von der Fähigkeit ab, Probleme zu lösen.⁵⁶ Maßstab ist der Herrschaftszweck und das Herrschaftsziel. Politische Handlungen werden also an ihrer Effektivität und Effizienz gemessen.⁵⁷

Es ist davon auszugehen, dass sich auch sozialrechtliche Schiedsstellen nicht nur durch die Repräsentation der Vertragsparteien in der Schiedsstelle und deliberative Entscheidungsfindung legitimieren, sondern auch daran, wie gut sie Probleme lösen. Ihre wahrgenommene Legitimität ist dann am größten, wenn wünschenswerte Input- und Output-Faktoren sich ergänzen. Die Legitimität der Schiedsstelle und somit die Akzeptanz ihrer Ergebnisse müssen also auch an ihren Ergebnissen gemessen werden. Die

53 Siehe Kilimann/Köller/Savran, Bericht zur Konferenz der Nachwuchsgruppe „Die Sozialgerichtsbarkeit und die Entwicklung von Sozialrecht und Sozialpolitik in der Bundesrepublik Deutschland“ am 21./22.09.2020 zum Thema „Sozialgerichtsbarkeit im Blick – Interdisziplinäre Forschung in Bewegung“ in diesem Band.

54 Scharpf, *Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung*, S. 21.

55 Scharpf, *Regieren in Europa*, S. 17.

56 Scharpf, *Regieren in Europa*, S. 20.

57 Schliesky, *Legitimität*, S. 134.

Theorie von *Scharpf* stellt so eine Verbindung von Faktoren in der Schiedsstelle zu Faktoren im Schiedsspruch dar. Darauf zielt auch die nächste Hypothese.

5. Bewertung der Entscheidung

Die fünfte hier vorgestellte Arbeitshypothese lautet, dass Schiedsstellenentscheidungen dann akzeptiert werden, wenn sie den streitenden Vertragsparteien ein Maximum an Nutzen bieten, und stützt sich auf den spieltheoretischen Ansatz von *John F. Nash*. Dieser geht davon aus, dass ein komplettes Scheitern von Verhandlungen für Parteien keinen Nutzen hat. Eine optimale Lösung würde dementsprechend bedeuten, dass sie für beide Parteien den Nutzen maximiert. Dabei soll eine für beide Seiten vorteilhafte Schiedsrichterlösung pareto-optimal sein, d.h. es soll kein anderes Ergebnis geben, bei dem beide Spieler gleichzeitig bessere Ergebnisse erzielen.⁵⁸

Die gesetzgeberische Konzeption sieht vor, dass Schiedsstellen einen Interessenausgleich schaffen. Auch zeigt sich in der Literatur, dass Entscheidungen von Schiedsstellen häufig Kompromisscharakter haben. Ein Interessenausgleich, der zugleich Kompromiss ist, käme einer idealtypischen Schiedsrichterlösung sehr nahe. Die Arbeit von *Nothnagel* zeigt zudem, dass die Akzeptanz von Schiedsstellenentscheidungen auch von der Abweichung von nach betriebswirtschaftlichen Erfordernissen definierten Verhandlungszielen abhängt.⁵⁹

6. Kontaktsysteme

Ein weiterer Faktor, der zu Akzeptanz oder Ablehnung von Schiedsstellenentscheidungen führen kann, sind Kontaktsysteme. Es ist davon auszugehen, dass die Akzeptanz von Schiedsstellenergebnissen auch von der erwarteten Wirkung auf zukünftige Verhandlungen beeinflusst wird.⁶⁰

58 Vgl. dazu Davis, Spieltheorie für Nichtmathematiker, S. 116.

59 Nothnagel, Die Rolle von Schiedsverfahren im Verhandlungsprozess in der gemeinsamen Selbstverwaltung in der gesetzlichen Gesundheitsversorgung Deutschlands, S. 184.

60 Nothnagel, Die Rolle von Schiedsverfahren im Verhandlungsprozess in der gemeinsamen Selbstverwaltung in der gesetzlichen Gesundheitsversorgung Deutschlands, S. 184.

Wie bereits eingangs erwähnt, kann Kooperation als ein Strukturprinzip der Sozialleistungserbringung gesehen werden,⁶¹ und das Leistungssystem ist zu seinem Funktionieren stark auf die Zusammenarbeit der beteiligten Akteure angewiesen. Diese treffen sich zum Zwecke der Kooperation immer wieder und bilden dabei ein sog. Kontaktsystem. Dabei besteht eine wechselseitige Abhängigkeitsbeziehung, da zur Aufrechterhaltung des Leistungssystems jede Seite auf die Kooperation der anderen angewiesen ist. Die Parteien stehen also unter einem „Gesetz des Wiedersehens“.⁶² Es kann daher möglich sein, dass Parteien im Einzelfall einen als nachteilig empfundenen Schiedsspruch akzeptieren oder sich auf einen Vergleichsvorschlag einlassen, um die notwendige Beziehung zur anderen Partei nicht zu gefährden und so zukünftige Vereinbarungen zu sichern.

IV. Fazit

Die Konstruktion von sozialrechtlichen Schiedsverfahren deutet stark darauf hin, dass eine Akzeptanz ihrer Ergebnisse u.a. durch legitimierende Faktoren in der Schiedsstelle selbst erreicht werden soll. Die paritätische Zusammensetzung nach dem Prinzip der Gruppenrepräsentation mit neutralem Vorsitz, das Mehrheitsprinzip und die Weisungsfreiheit der Mitglieder der Bänke sollen bewirken, dass das Verfahren als legitim wahrgenommen wird. Der von beiden Seiten gewählten vorsitzenden Person kommt dabei eine zentrale Rolle zu. Sie muss im Vorfeld von beiden Seiten akzeptiert werden und ihren Führungsanspruch durch ihre Kompetenz, Konflikte zu lösen, das Verfahren zu führen und konsistente Schiedssprüche zu formulieren, untermauern. So verleiht sie der Institution Schiedsstelle Legitimität.

Auch eine Entscheidungsfindung in einem deliberativen Modus, in dem die Mitglieder der Schiedsstelle gleichberechtigt anhand von rationalen Argumenten zu einer Entscheidung kommen, kann die wahrgenommene Legitimität der Schiedsstelle erhöhen. Im gleichen Maße würde es der Legitimität der Institution schaden, wenn davon auszugehen wäre, dass ihre Mitglieder mit vorgefestigten, politisch oder fiskalisch motivierten Positionen einseitige Entscheidungen treffen und dabei nicht bereit sind, ihre Position aufgrund von Argumenten zu verlassen.

61 BSG, Urteil vom 4.7.2018, B 3 KR 21/17 R, juris Rn. 112 ff.

62 Luhmann, Legitimation durch Verfahren, S. 75.

Gleichzeitig trägt der Output der Schiedsstelle zu ihrer Legitimation bei. Weltfremde oder dauerhaft einseitige Entscheidungen, die aus einem legitimen Verfahren hervorgehen, aber keinen Interessenausgleich schaffen, werden dazu führen, dass die Parteien aus dem Verfahren keinerlei Nutzen ziehen. Die wahrgenommene Legitimation des Gremiums sinkt damit. Die Nutzenbewertung der Parteien kann jedoch durch Abhängigkeitsbeziehungen in Kontaktsystemen beeinflusst werden.

Legitime Verfahren mit deliberativer Entscheidungsfindung und eine als kompetent wahrgenommene vorsitzende Person könnten also dazu beitragen, einen breiten Rahmen zu schaffen, in dem Konfliktparteien bereit sind, Ergebnisse von Schiedsverfahren zu akzeptieren oder sich sogar ohne Schiedsspruch zu einigen. Die Frage nach den Gründen für die Akzeptanz von Schiedsstellenergebnissen kann demnach nicht beantwortet werden, ohne auch danach zu fragen, was Schiedsstellen Legitimität verleiht. Empirische Untersuchungen dazu können einen Beitrag zum besseren Verständnis von Funktion und Funktionsvoraussetzungen von sozialrechtlichen Schiedsstellenverfahren leisten. Zum Zeitpunkt der Erstellung dieses Beitrags werden die dargestellten Überlegungen darum mit Expert:inneninterviews und einer qualitativen Inhaltsanalyse überprüft.

Literatur

- Baer, Susanne, Rechtssoziologie, Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung, 3. Auflage, Baden-Baden 2017.
- de Bakker, Erik, Der (beinahe) weiße Fleck in der Legitimitätsforschung, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2003, S. 219 ff.
- Becker, Peter, Das Schiedsstellen-Verfahren im Sozialrecht, Die Sozialgerichtsbarkeit 2003, S. 664 ff.
- Becker, Ulrich/Meeßen, Iris/Neuderer, Magdalena/Schön, Markus/Schlegelmilch, Michael/Vilaclara, Ilona, Strukturen und Prinzipien der Leistungserbringung im Sozialrecht (3. Teil), Vierteljahresschrift für Sozialrecht 2012 (2), S. 103 ff.
- Beyerlein, Michael, Vergütungsfindung für ambulante Dienste der Eingliederungshilfe, Recht und Praxis der Rehabilitation 2018 (4), S. 13 ff.
- Beyerlein, Michael, Die Umsetzung des Bundesteilhabegesetzes in den Bundesländern – Teil I: Die Reform der Eingliederungshilfe und die landesrechtliche Umsetzung, Diskussions-Forum Rehabilitations- und Teilhaberecht, DVfR, 31.03.2020, Beitrag A4-2020, abrufbar unter: www.reha-recht.de.

- Beyerlein, Michael, Die Umsetzung des Bundesteilhabegesetzes in den Bundesländern – Teil II: Konkretisierung durch Landesrahmenverträge und Trennung von Fach- und existenzsichernden Leistungen, Diskussions-Forum Rehabilitations- und Teilhaberecht, DVfR, 02.04.2020, Beitrag A5 2020, abrufbar unter: www.reha-recht.de.
- Boetticher, Arne von, Das neue Teilhaberecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2020.
- Braun, Daniela/Schmitt, Hermann, Politische Legitimität, in: Kaina, Viktoria/Römmele, Andrea (Hrsg.), Politische Soziologie, Ein Studienbuch, Wiesbaden 2009, S. 53 ff.
- Collin, Peter, LOEWE-Schwerpunkt „Außergerichtliche und gerichtliche Konfliktlösung“: Arbeitspapier Nr. 2 – Richten und Schlichten: Differenzen und Komplementaritäten, Frankfurt am Main 2012.
- Davis, Morton D., Spieltheorie für Nichtmathematiker, Mit einem Vorwort von Oskar Morgenstern, 4. Auflage, München 2005.
- Deinert, Olaf/Welti, Felix (Hrsg.), StichwortKommentar Behindertenrecht – Arbeits- und Sozialrecht, Öffentliches Recht, Zivilrecht, Alphabetische Gesamtdarstellung, 2. Auflage, Baden-Baden, Marburg 2018, S. 755 ff. (zitiert: Bearbeiter in: Deinert/Welti, SWK-BehindertenR).
- Deutscher Verein für Öffentliche und Private Fürsorge e.V. (Hrsg.), Fachlexikon der Sozialen Arbeit, 8. Auflage, Baden-Baden 2017 (zitiert: Bearbeiter in: Fachlexikon Soziale Arbeit).
- Düring, Ruth, Aktuelle Rechtsprechung des BSG zu Schiedsstellen und Schiedspersonen, Wege zur Sozialversicherung 2016, S. 239 ff.
- Felix, Dagmar, Konfliktlösungsinstrumente bei dreiseitigen Verträgen und Beschlüssen der Selbstverwaltung im System der gesetzlichen Krankenversicherung. Bestandsaufnahme, Problemanalyse und Weiterentwicklung, Münster 2018.
- Fuchs, Harry/Ritz, Hans-Günther/Rosenow, Roland (Hrsg.), SGB IX – Kommentar zum Recht behinderter Menschen, mit Erläuterungen zum AGG und BGG, 7. Auflage, München 2021 (zitiert: Bearbeiter in: Fuchs/Ritz/Rosenow, SGB IX).
- Grube, Christian, Schiedsstellen im Sozialrecht, Recht und Praxis der Rehabilitation 2018 (4), S. 5 ff.
- Habermas, Jürgen, Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 5. Auflage, Frankfurt am Main 2014.
- Hänlein, Andreas, Recht der Sozialen Dienste, München 2018.
- Henning, Hansjoachim/Scheidt, Petra, Die Sozialpolitik in den letzten Friedensjahren des Kaiserreichs (1905-1914) – Band 4, 4. Teil: Die Jahre 1911 bis 1914, in: Rassow, Peter/Bonn, Karl Erich (Begr.), Quellensammlung zur Geschichte der deutschen Sozialpolitik 1867 bis 1914, Abteilung IV, Darmstadt 2008.
- Kranenpohl, Uwe, Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses, Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts, Wiesbaden 2010.

- von Laffert, Lisa, Sozialgerichtliche Kontrolle von Schiedsstellenentscheidungen – Unter besonderer Berücksichtigung der Schiedsstellen nach den §§ 76 SGB XI und 80 SGB XII, Dissertation, Hamburg 2006.
- Lucke, Doris, Legitimation durch Akzeptanz. Zur Subjektorientierung einer „systematischen“ Debatte, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1996, S. 221 ff.
- Luhmann, Niklas, Legitimation durch Verfahren, 9. Auflage, Frankfurt am Main 1983.
- Mansbridge, Jane J., Deliberative und nicht-deliberative Verhandlungen, in: Bächtiger, André/Shikano, Susumu/Linhart, Eric (Hrsg.), Jahrbuch für Handlungs- und Entscheidungstheorie, Band 9: Deliberation und Aggregation, Wiesbaden 2015, S. 1 ff.
- Nothnagel, Jens, Die Rolle von Schiedsverfahren im Verhandlungsprozess in der gemeinsamen Selbstverwaltung in der gesetzlichen Gesundheitsversorgung Deutschlands, Dissertation, Universität der Bundeswehr, München 2006.
- Penner, Andreas, Schiedsstellenverfahren nach § 111 Abs. 5 SGB V: Möglichkeiten und Fallstricke, Diskussions-Forum Rehabilitations- und Teilhaberecht, DVfR, 03.06.2013, Beitrag D 16-2013, abrufbar unter: www.reha-recht.de.
- Röhl, Klaus F., Rechtssoziologie, Ein Lehrbuch, Köln 1987.
- Scharpf, Fritz W., Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung, 2. Auflage, Konstanz 1972.
- Scharpf, Fritz W., Regieren in Europa, Effektiv und demokratisch?, Frankfurt 1999.
- Schlegel, Rainer/Voelzke, Thomas (Hrsg.), Juris Praxiskommentar SGB I – Allgemeiner Teil, 3. Auflage 2018 (zitiert: Bearbeiter in: jurisPK-SGB I).
- Schliesky, Utz, Legitimität – Vergangenheit, Gegenwart und digitale Zukunft des Staates und seiner Herrschaftsgewalt in einem Begriff. Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte, Berlin 2020.
- Schnapp, Friedrich E., Grundzüge des Schiedswesens im Sozialrecht, in: Düring, Ruth/Schnapp, Friedrich E. (Hrsg.), Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, 2. völlig neu bearbeitete und wesentlich erweiterte Auflage, Berlin 2016, S. 31 ff.
- Schütte, Wolfgang, Streitschlichtung im kooperativen Sozialstaat, Sozialrechtliche Schiedsstellen aus rechtspolitischer Sicht, Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge 2005, S. 246 ff.
- Utz, Richard, Charisma, in: Müller, Hans-Peter/Sigmund, Steffen (Hrsg.), Max Weber-Handbuch, Leben – Werk – Wirkung, 2. akt. und erw. Auflage, Stuttgart 2020, S. 54 ff.
- Vaudt, Susanne, Außergerichtliche Konfliktregelung unter Rechtsunsicherheit, Die Schiedsstelle für Krankenhauspflegesätze, Zugl.: Trier, Univ., Diss, 2001, Organisationsökonomie humaner Dienstleistungen, Band 8, München, Mering 2001.
- Weber, Max, Grundriss der Sozialökonomik, Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen 1922.

Zeitler, Helmut, Die Zuständigkeiten und Aufgaben der Schiedsstellen nach dem BSHG, SGB VIII und SGB XI, Beiträge zum Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen 2003 (53), S. 1 ff.

Gebühren eines sozialrechtlichen Schiedsstellenverfahrens

Christian Grube

I. Einleitung

Schiedsstellen sind wesentliche Bausteine im Sozialrecht, denn ohne ihre Tätigkeit lässt sich die Leistungserbringung im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis¹ letztlich nicht sicherstellen. Das Leistungserbringungsrecht ist gekennzeichnet von Verträgen zwischen den Leistungserbringern und den Sozialleistungsträgern. Einigen sich die Vertragsparteien nicht über den Inhalt der notwendigen Verträge, ist die entsprechende Schiedsstelle aufgerufen, eine Entscheidung über die strittigen Punkte zu treffen. Ohne das Vorliegen eines wirksamen Vertrags würde die Bewilligung einer Sozialleistung nicht möglich sein und der Leistungsberechtigte erhielte die ihm an sich zustehende Leistung nicht.²

Die Zahl der sozialrechtlichen Schiedsstellen ist groß, man könnte auch sagen zu groß.³ Vor allem im SGB V existieren zahlreiche Schiedsstellen, Schiedsämter und Schiedspersonen.⁴ Auch im Pflegeberufegesetz⁵ oder im Krankenhausfinanzierungsgesetz⁶ und im Krankenhausentgeltgesetz⁷ sind zum Beispiel Schiedsstellen vorgesehen.

1 S. dazu grundlegend BSG, Urteil vom 28.10.2008, B 8 SO 22/07 R, juris; Becker, Das Schiedsstellen-Verfahren im Sozialrecht, S. 271 ff.; Pattar, SRa 2012, S. 85 ff.; Grube, SRa 2017, S. 121 ff.; Grube, Das sozialhilferechtliche Dreiecksverhältnis, S. 433 ff.; Bernzen/Grube/Sitzler (Hrsg.), Leistungs- und Entgeltvereinbarungen in der Sozialwirtschaft, S. 26 ff.; Lange in: jurisPK-SGB XII, 3. Aufl., § 75 Rn. 24 ff.; Busse in: jurisPK-SGB IX, § 123 Rn. 19; Streichsbier in: Grube/Wahrendorf/Flint, SGB XII, § 75 SGB XII Rn. 3 und § 123 SGB IX Rn 3.

2 Ausnahmsweise ist eine Leistungsbewilligung auch ohne Vertrag möglich, s. z.B. § 123 Abs. 5 SGB IX.

3 S. zu Vorschlägen der Vereinheitlichung und Harmonisierung des Schiedswesens, Gottlieb, SRa 2012, S. 150 ff.; Gottlieb/Krüger, NDV 2013, S. 571 ff.

4 Schnapp/Düring (Hrsg.), Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Inhaltsübersicht.

5 § 36 PfBG.

6 § 18a KHG.

7 § 13 KHEntgG.

Im vorliegenden Beitrag soll es nur um die Schiedsstellen im SGB VIII, SGB IX, SGB XI und SGB XII gehen und insoweit um ein bisher vernachlässigtes, geradezu vergessenes Problem, nämlich um die Gebühren, die bei der Durchführung eines Schiedsverfahrens anfallen können. Anlass für diese Untersuchung ist, dass in den 16 Bundesländern für die Festsetzung der Gebühr für ein Schiedsstellenverfahren erheblich voneinander abweichende Regelungen existieren. In vielen Fällen ist das vorsitzende Mitglied der Schiedsstelle für die Erhebung der Gebühr zuständig, in anderen Ländern wird die Schiedsstelle selbst insoweit für zuständig erklärt, und schließlich gibt es auch Regelungen, wonach die Geschäftsstelle der Schiedsstelle oder eine (sonstige) Landesbehörde die Gebühr festzusetzen hat. Diese Vielgestaltigkeit lässt sich vor dem Hintergrund der maßgeblichen Rechtslage nicht als Ausfluss länderspezifischer Gestaltungsfreiheit deuten.

In allen hier angesprochenen Sozialgesetzbüchern werden Schiedsstellen durch Gesetz als von den Ländern zu errichtende „Organisationen“⁸ bestimmt. Dabei wird auch ihre gesetzliche Aufgabe benannt. So heißt es in § 126 Abs. 2 Satz 1 SGB IX, dass die Schiedsstelle nach § 133 SGB IX wegen der „strittigen Punkte“, über die sich die Parteien nicht haben einigen können, angerufen werden kann.⁹ In § 76 Abs. 1 SGB XI findet sich die Vorschrift über die in jedem Land zu bildenden Schiedsstellen, wobei in Satz 2 auf die an anderer Stelle im SGB XI zugewiesenen Angelegenheiten für die Schiedsstellen verwiesen wird. In § 85 Abs. 5 SGB XI¹⁰ ist eine dieser Angelegenheiten genannt, nämlich eine Pflegesatzvereinbarung festzusetzen, wenn sie nicht innerhalb einer bestimmten Frist zustande gekommen ist. In der Vorschrift ist nicht von „strittigen Punkten“ die Rede, aber es ergibt sich von selbst, dass eine Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien deshalb nicht zustande gekommen ist, weil es Punkte gibt, über die man sich nicht einigen konnte. Hinsichtlich der Schiedsstelle nach § 78g SGB VIII liegt sicherlich die deutlichste gesetzliche Aufgabenbeschreibung vor, denn es heißt in Absatz 1, dass Schiedsstellen „für Streit- und Konfliktfälle“ einzurichten sind. In § 78g Abs. 2 Satz 1 SGB VIII wird dann die Aufgabe der Schiedsstelle noch einmal dahingehend beschrieben, dass „über die Gegenstände, über die keine Einigung erreicht werden konnte“, zu entscheiden ist. Festhalten kann man also, dass trotz unterschiedlicher Wort-

8 Zu ihrer rechtlichen Einordnung s. unter III.

9 Ebenso für das SGB XII in § 77 Abs. 2 Satz 1 SGB XII.

10 Es gibt noch weitere zugewiesene Angelegenheiten für die Schiedsstelle, § 75 Abs. 4 SGB XI.

wahl alle hier zu betrachtenden Schiedsstellen die gesetzliche Aufgabe haben, einen nicht zustande gekommenen Vertrag, der offenbar an unterschiedlichen Vorstellungen der Vertragsparteien gescheitert ist, durch einen Schiedsspruch „herzustellen“.¹¹

Für alle der erwähnten Schiedsstellen, deren Errichtung (Bildung) eine zwingende Aufgabe des jeweiligen Landes ist, existieren Schiedsstellenverordnungen, in denen das „Nähere“ von den Landesregierungen durch Rechtsverordnung zu regeln ist. In den bundesrechtlichen Ermächtigungen für den Erlass von Schiedsstellenverordnungen¹² findet man stets unter den Gegenständen, die durch Rechtsverordnung noch näher zu regeln sind, „die Erhebung und die Höhe der Gebühren sowie die Verteilung der Kosten“.¹³ Diese Verordnungen enthalten stark voneinander abweichende Regelungen betreffend die Erhebung der Gebühren.

Um diese in den Schiedsstellenverordnungen vorzufindenden Regelungen über die Gebühren eines Schiedsstellenverfahrens soll es im Folgenden nur gehen; die anderen Regelungsgegenstände (Höhe der Gebühr und Verteilung der Kosten) bleiben einer weiteren Untersuchung vorbehalten. Insoweit muss bereits an dieser Stelle gesagt werden, dass die betreffenden Regelungen in der Frage, wer die Gebühr erhebt, derart weit voneinander abweichen, dass allein dieser Umstand dazu herausfordert, die Rechtmäßigkeit (Gültigkeit) der betreffenden Vorschriften zu überprüfen. Es stellt sich daher die Frage, ob die Regelungen in den Schiedsstellenverordnungen über Gebühren von den in allen Sozialgesetzbüchern gleichlautenden Verordnungsermächtigungen gedeckt sind.

Insoweit ist zu klären, wer die Befugnis zur Gebührenfestsetzung besitzt. Da eine Gebührenerhebung eine Zahlungspflicht auslöst, wird man verlangen müssen, dass Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit als formale Voraussetzung einer Gebührenerhebung einzuhalten sind.

11 In der BT-Drs. 17/5178, S. 21 zu § 111 Abs. 5 SGB V heißt es, dass mit der Schiedsstelle ein „Konfliktlösungsmechanismus“ installiert werde; in welcher rechtlichen Form der Konflikt gelöst wird, dazu s. unter III.2.

12 Die bundesrechtlichen Verordnungsermächtigungen lauten in allen Vorschriften, durch die Schiedsstellen einzurichten sind, gleich: „Die Landesregierungen werden ermächtigt, durch Rechtsverordnung das Nähere zu bestimmen über [...] die Erhebung und die Höhe der Gebühren sowie über die Verteilung der Kosten“; so § 78g Abs. 4 Nr. 4 SGB VIII; § 133 Abs. 5 Nr. 7 u. 8 SGB IX; § 76 Abs. 5 SGB XI, § 81 Abs. 5 SGB XII; ebenso § 111b Abs. 5 SGB V.

13 Ebenso in § 89 Abs. 11 SGB V; s. auch die Schiedsamtverordnung; BGBl III, Nr. 827-10; zuletzt geändert durch Gesetz vom 06.05.2019, BGBl I, S. 646.

II. Art. 80 GG als Ausgangspunkt

Die Überprüfung einer Landesrechtsverordnung hat von Art. 80 Abs. 1 GG auszugehen, wonach die Landesregierungen – wie in den vorliegenden Fällen – durch Gesetz ermächtigt werden können, das Nähere zu gewissen Materien in einer Rechtsverordnung zu regeln. Dabei müssen in der gesetzlichen Vorschrift, die die Ermächtigung enthält, Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung bestimmt werden. In den vorliegenden Fällen gesetzlicher Ermächtigung geht es darum, das Nähere über die Erhebung und die Höhe der Gebühren sowie die Verteilung der Kosten zu bestimmen. Diese Ermächtigung ist relativ weit und unbestimmt gefasst. Das Bundesverfassungsgericht¹⁴ stellt allerdings an die Bestimmtheit der Ermächtigung nicht allzu strenge Anforderungen. Es genügt, dass sich die gesetzlichen Vorgaben mit Hilfe allgemeiner Auslegungsregeln erschließen lassen, insbesondere aus dem Zweck, dem Sinnzusammenhang und der Entstehungsgeschichte der Ermächtigungsnorm.

Die ausreichende Bestimmtheit der hier in Rede stehenden (gleichlautenden) Ermächtigungsnormen wird in der Literatur¹⁵ übereinstimmend nicht angezweifelt. Das soll auch in diesem Beitrag nicht weiter untersucht werden. Eine andere Frage ist es indes, ob sich die Schiedsstellenverordnungen bei der Umsetzung der Ermächtigung in jeder Hinsicht an den von der Ermächtigung gesetzten Rahmen halten, auch wenn der Rahmen unbestimmt ist und der Auslegung bedarf.

Hinsichtlich des Inhalts der Ermächtigung ergeben sich keine besonderen Probleme. Der Regelungsgegenstand der Ermächtigung ist ausreichend umrissen. Das Ausmaß der ermöglichten Regelungen ist dagegen offengeblieben, weil zur Höhe der Gebühren und zur Verteilung der Kosten keine näheren Vorgaben gemacht sind. Der Zweck der Ermächtigung ist nicht genannt; man kann ihn nur aus dem Gesamtzusammenhang des Schiedswesens ermitteln. Dies hat das Bundesverfassungsgericht¹⁶ ebenfalls als zulässig erachtet, zumal dann, wenn die Eigenart des zu regelnden Sachverhalts eine genauere begriffliche Umschreibung der Ermächtigung nicht angezeigt erscheinen lässt. So liegt es hier. Es kommt darauf an, welche Bedeutung im Rahmen des Schiedswesens den Regelungen über Gebühren und Kosten zukommt. Was ist ihr Sinn und Zweck? Um das zu

14 BVerfG, Beschluss vom 11.03.2020, 2 BvL 5/17, juris Rn. 101.

15 Vgl. Streichsbier in: Grube/Wahrendorf/Flint, SGB XII, § 81 SGB XII Rn. 28 und § 133 SGB IX Rn. 28; Krohn in: Hauck/Noftz, SGB XII, § 81 Rn. 12 f.; Lange in: jurisPK-SGB XII, 3. Aufl., § 81 Rn. 48.

16 BVerfG, Beschluss vom 11.03.2020, 2 BvL 5/17, juris Rn. 103.

klären, ist das Schiedswesen der angesprochenen Sozialgesetzbücher näher zu betrachten; seine Grundstrukturen und seine Handlungsweisen sind zu analysieren.

III. Die Rechtsnatur der Schiedsstelle

1. Doppelnatur in organisationsrechtlicher Hinsicht

In der Literatur wird zuweilen darüber gerätselt, ob die Schiedsstelle eine Behörde oder etwas (unbestimmt) Anderes ist. Solche Überlegungen mögen dogmatisch reizvoll sein; sie haben aber letztlich keine praktischen Auswirkungen. Dies zeigt sich im Übrigen daran, dass die Rechtsprechung und die überwiegende Literatur ohne Ausnahme davon ausgehen, dass die Schiedsstelle eine Behörde im Sinne von § 1 Abs. 2 SGB X bzw. von § 1 Abs. 4 VwVfG ist.¹⁷ Die Schiedsstelle nimmt nämlich insofern eine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung wahr, als sie – wenn auch in einer besonderen Art – gewährleistet, dass das öffentlich-rechtliche Leistungsgeschehen funktioniert. Ohne Verträge, ohne die Schiedsstelle würde der Sozialleistungsträger seiner Gewährleistungsverantwortung nach § 17 Abs. 1 SGB I nicht gerecht werden können.¹⁸ Das Handeln der Schiedsstellen bei der Erfüllung ihrer gesetzlich übertragenen Aufgaben besitzt einen Entscheidungscharakter und erweist sich damit als Ausübung von Staatsgewalt.¹⁹

Die Schiedsstellen sind auch in die behördlichen Strukturen eingebunden. Sie sind regelmäßig bei dem zuständigen Ministerium angesiedelt und unterliegen der dortigen Rechtsaufsicht. Sie verfügen über eine Geschäftsstelle, die von dem vorsitzenden Mitglied der Schiedsstelle geleitet wird, soweit es das Schiedsverfahren angeht. Die rein administrative

17 Schnapp, Zum Rechtscharakter der Schiedsinstitutionen, S. 40 f.; Welti in: Becker/Kingreen, SGB V, § 111b Rn. 4; Jaritz/Eicher in: jurisPK-SGB XII, 2. Aufl., § 80 Rn. 30; Streichsbier in Grube/Wahrendorf/Flint, SGB XII, § 81 Rn. 8; Grube, Praktische Hinweise zum Schiedsverfahren, S. 120; Lange in: jurisPK-SGB XII, 3. Aufl., § 81 Rn. 17; BVerwG, Beschluss vom 28.02.2002, 5 C 25/01, juris Rn. 11 ff.; BSG, Urteil vom 23.07.2014, B 8 SO 2/13 R, juris Rn. 11; BSG, Urteil vom 14.12.2000, B 3 P 19/00 R, juris; Bay. LSG, Urteil vom 24.11.2011, L 8 SO 223/09 KL, juris Rn. 45 f.

18 In § 69 SGB XI: „Sicherstellungsauftrag“.

19 Vgl. Felix, Konfliktlösungsinstrumente bei dreiseitigen Verträgen und Beschlüssen der Selbstverwaltung im System der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 16.

Abwicklung der Schiedsstellenaufgaben obliegt der Geschäftsstelle. Die Schiedsstelle hat somit einen doppelten Charakter; einerseits ist sie eine normale Landesbehörde, andererseits ist sie ein Streitschlichtungsorgan, das mit unabhängigen Personen besetzt ist.²⁰

Das vorsitzende Mitglied der Schiedsstelle hat ebenfalls eine doppelte Funktion; einerseits ist es Teil des streitschlichtenden Organs, andererseits hat es behördliche Funktionen, indem etwa die Geschäftsstelle angewiesen wird, den Schiedsstellenantrag der anderen Vertragspartei zuzustellen, Aufklärungs- und Hinweisschreiben an die Vertragsparteien zu senden und schließlich für die Zustellung des Schiedsspruchs zu sorgen.²¹

Auch die Geschäftsstelle einer Schiedsstelle hat eine Doppelnatur. Sie ist insoweit Teil des Schiedsstellenverfahrens, als sie das Verfahren operativ begleitet, indem sie die Verfügungen des Vorsitzenden ausführt, also den Schriftwechsel zwischen den Vertragsparteien jeweils übersendet und Hinweisschreiben des Vorsitzenden übermittelt sowie schließlich einen Beschluss der Schiedsstelle an die Vertragsparteien zustellt. Andererseits ist die Geschäftsstelle eine Einrichtung der Verwaltung des Landes und ist insoweit in die Behördenhierarchie eingebunden. Die Beschäftigten der Geschäftsstelle sind den üblichen Weisungen einer Behördenleitung unterworfen.

2. Doppelnatur der Akte der Schiedsstelle

Die Handlungen der Schiedsstelle sind vor dem Hintergrund der Doppelnatur der Schiedsstelle zu analysieren. Einerseits trifft die Schiedsstelle im Rahmen ihrer zentralen Aufgabe eine Entscheidung über die zwischen den Vertragsparteien strittig gebliebenen Punkte. Andererseits muss die Schiedsstelle auch übliche behördliche Verwaltungsaufgaben erfüllen; sie muss das gesamte Schiedsstellenverfahren „behördlich“ begleiten, indem der Schiedsstellenantrag an die andere Vertragspartei zugestellt wird, Hinweisschreiben des vorsitzenden Mitglieds an die Vertragsparteien und die Mitglieder der Schiedsstelle übermittelt werden; der Termin für die Verhandlung (nebst Ladung) ist festzusetzen, ein Protokoll über die Verhand-

20 Zur Doppelnatur der Schiedsstelle vgl. Schnapp, Zum Rechtscharakter der Schiedsinstitutionen, S. 40 f.; Schindler/Münder in: FK-SGB VIII, § 78g Rn. 8; Streichsbier in: Grube/Wahrendorf/Flint, SGB XII, § 133 SGB IX Rn. 8 und § 81 SGB XII Rn. 8.

21 S. etwa § 9 Schiedsstellenverordnung SGB XI für Schleswig-Holstein vom 08.10.2019, GVOBl.Schl.-H., S. 412.

lung muss erstellt werden und schließlich wird ein Beschluss an die Vertragsparteien zugestellt. Gegebenenfalls ist auch noch eine Entscheidung darüber zu treffen, ob der Schiedsstellenbeschluss veröffentlicht werden soll. Alle diese Akte sind keine Streitschlichtungsentscheidungen, sondern sie betreffen behördliches Verwaltungshandeln.

Wie indes die Streitschlichtungsentscheidungen der Schiedsstelle in das System der hoheitlichen Handlungsformen einzuordnen sind, wird ebenfalls – wie hinsichtlich der Behördeneigenschaft – in der Literatur²² tiefgründig diskutiert, obwohl die Rechtsprechung²³ seit Jahren und übereinstimmend der Auffassung ist, dass der Schiedsspruch ein Verwaltungsakt ist. Sicherlich handelt es sich um eine besondere Ausprägung eines Verwaltungsakts, aber die Kernvoraussetzungen für einen Verwaltungsakt sind gegeben. Denn eine Behörde hat in einem Einzelfall gehandelt und der Schiedsspruch ist eine amtliche (hoheitliche) Maßnahme, die für das Leistungserbringungsrecht unerlässlich ist.

IV. Ermächtigung zur Gebührenfestsetzung

Ausgehend von diesen Vorklärlungen ist zu erörtern, wie es um die Regelungen betreffend „die Erhebung der Gebühren“ steht. Dies ist – wie ausgeführt – danach zu beurteilen, ob sich die entsprechenden Regelungen der Schiedsstellenverordnungen im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung halten.

1. Gebührenfestsetzung – Befund aus den Regelungen der Schiedsstellenverordnungen

Wenn man die Schiedsstellenverordnungen der in die Betrachtung einzubeziehenden vier Sozialleistungssysteme untersucht, stößt man auf eine frappierende Vielfaltigkeit der Regelungen, die dazu herausfordert, die Rechtmäßigkeit mancher Regelungen in Frage zu stellen, da es zumindest erklärungsbedürftig ist, wieso bei gleichlautender Ermächtigungsnorm derart unterschiedliche Regelungen in den Schiedsstellenverordnungen

22 S. z.B. Wabnitz, Überblick: Schiedsstellen nach § 78g SGB VIII, S. 78 f. m.w.N.

23 Diese Frage wird in der Rechtsprechung gar nicht mehr diskutiert; vgl. etwa Hess. LSG, Urteil vom 22.05.2019, L 4 SO 103/17 KL, juris Rn. 71; LSG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 28.04.2020, L 9 SO 3/19 KL, juris Rn. 20.

zu finden sind. Es können und brauchen für diese Untersuchung nicht alle Schiedsstellenverordnungen angeführt zu werden; die aufzuwerfenden Fragen ergeben sich bereits aus einer Auswahl der einschlägigen Schiedsstellenverordnungen. Danach ergibt sich in den einzelnen Sozialleistungssystemen folgendes Bild zu der Frage, wer die Gebühr festsetzt:

- a) Bereich des SGB XII
 - die Schiedsstelle²⁴
 - der Vorsitzende²⁵
 - die Geschäftsstelle²⁶
- b) Bereich des SGB XI
 - die Schiedsstelle²⁷
 - der Vorsitzende²⁸
 - die Geschäftsstelle²⁹
 - die Schiedsstelle auf Vorschlag des Vorsitzenden³⁰
- c) Bereich SGB IX
 - die Schiedsstelle³¹
 - der Vorsitzende³²

24 § 11 Abs. 2 Schiedsstellenverordnung Sachsen vom 01.09.2020, SächsGVBl., S. 489; § 12 Abs. 4 Schiedsstellenverordnung Sachsen-Anhalt vom 04.04.2016, GVBl.LSA, S. 152.

25 § 14 Schiedsstellenverordnung Saarland vom 21.02.2017, Amtsbl. I, S. 280; § 10 Abs. 1 Schiedsstellenverordnung Thüringen vom 03.11.1994, GVBl., S. 1190; § 12 Abs. 2 Schiedsstellenverordnung Nordrhein-Westfalen vom 24.07.1994, GV.NRW., S. 264, geändert durch Gesetz vom 16.12.2004, GV.NRW., S. 816; § 7 Abs. 1 Schiedsstellenverordnung Niedersachsen vom 26.09.2019, Nds.GVBl., S. 275.

26 § 14 Schiedsstellenverordnung Baden-Württemberg vom 30.05.1994, GBl., S. 297.

27 § 13 Abs. 1 Schiedsstellenverordnung Schleswig-Holstein vom 08.10.2019, GVOBl.Schl.-H., S. 412; § 11 Abs. 2 Schiedsstellenverordnung Hamburg vom 23.05.1995, HmbGVBl., S. 101; § 9 Abs. 2 Schiedsstellenverordnung Sachsen vom 02.11.2009, SächsGVBl., S. 559.

28 § 8 Abs. 2 Schiedsstellenverordnung Niedersachsen vom 31.03.1995, Nds.GVBl., S. 58; § 13 Abs. 2 Schiedsstellenverordnung Brandenburg vom 10.04.1995, GVBl. II, S. 338; § 11 Abs. 2 Schiedsstellenverordnung Nordrhein-Westfalen vom 09.07.2019, GV.NRW., S. 341.

29 § 14 Abs. 1 Schiedsstellenverordnung Baden-Württemberg vom 13.03.1995, GBl., S. 283.

30 § 9 Abs. 2 Schiedsstellenverordnung Sachsen vom 02.11.2009, SächsGVBl., S. 559.

31 § 13 Abs. 4 Schiedsstellenverordnung Schleswig-Holstein vom 03.06.2019, GVOBl. Schl.-H., S. 165; § 12 Abs. 2 Schiedsstellenverordnung Sachsen vom 23.06.2020, SächsGVBl., S. 336.

32 § 63 Abs. 1 Verordnung zur Ausführung der Sozialgesetze Bayern vom 02.12.2008, GVBl., S. 912, 982; § 13 Schiedsstellenverordnung Brandenburg vom

d) Bereich SGB VIII

- die Schiedsstelle³³
- die Geschäftsstelle³⁴
- der Vorsitzende³⁵
- das Landesjugendamt³⁶

2. Rechtliche Beurteilung der Regelungen betreffend die Gebührenfestsetzung

a) Zuständigkeit der Schiedsstelle

Soweit in einer Schiedsstellenverordnung die Schiedsstelle für die Festsetzung der Gebühr für zuständig erklärt wird, stellt sich die Frage, ob der Verordnungsgeber zu einer solchen Regelung nach der Verordnungsermächtigung befugt ist. Diese Frage stellt sich deshalb, weil der Schiedsstelle damit eine Aufgabe übertragen wird, die ihr möglicherweise nicht zukommt, weil bundesrechtlich nur eine bestimmte Kompetenz und Aufgabe für die Schiedsstelle vorgesehen sind, nämlich offen gebliebene Punkte des Vertrags streitschlichtend festzusetzen. Ob der Landesverordnungsgeber über die bundesrechtlich vorgesehene Aufgabenzuweisung an die Schiedsstelle hinausgehen kann, ist also zu entscheiden.

Es wurde bereits ausgeführt, dass alle hier in die Untersuchung einbezogenen Schiedsstellen die Aufgabe haben, Streit- und Konfliktfälle zwischen den Vertragsparteien (Leistungserbringer und Sozialleistungsträger) zu entscheiden und zu schlichten. Die Festsetzung einer Gebühr für

24.04.2020, GVBl. II, Nr. 27; § 11 Schiedsstellenverordnung Rheinland-Pfalz vom 10.05.2019, GVBl., S. 88; § 14 Abs. 5 Schiedsstellenverordnung Berlin vom 30.04.2019, GVBl., S. 270.

33 § 9 Schiedsstellenverordnung Hessen vom 15.12.2014, GVBl., S. 377, und § 10 Geschäftsordnung der Schiedsstelle; § 13 Abs. 2 Schiedsstellenverordnung Berlin vom 05.08.1999, GVBl., S. 480; § 12 Abs. 1 Schiedsstellenverordnung Nordrhein-Westfalen vom 20.04.1999, GV.NRW., S. 176; § 13 Abs. 4 Schiedsstellenverordnung Sachsen-Anhalt vom 04.04.2016, GVBl.LSA, S. 142.

34 § 14 Abs. 1 Schiedsstellenverordnung Baden-Württemberg vom 18.01.1999, GBl., S. 53; § 11 Abs. 1 Schiedsstellenverordnung Hamburg vom 15.12.1998, HmbGVBl., S. 325.

35 § 9 Abs. 2 Schiedsstellenverordnung Niedersachsen vom 22.03.2000, Nds. GVBl., S. 54, zuletzt geändert durch Verordnung vom 20.06.2017, Nds. GVBl., S. 193; § 14 Abs. 3 Schiedsstellenverordnung Saarland vom 13.05.2019, Amtsbl. I, S. 403.

36 § 15 Abs. 1 Schiedsstellenverordnung Brandenburg vom 11.03.1999, GVBl. II, S. 252.

das Schiedsverfahren ist kein Gegenstand, über den die Vertragsparteien untereinander streiten; sie können zwar ein Interesse daran haben, dass die Gebühr möglichst niedrig festgesetzt wird. Das ist aber kein Verhandlungsgegenstand zwischen ihnen. Die Gebührenfestsetzung ist vielmehr eine „reine“ Verwaltungsaufgabe der Schiedsstelle, die sie in ihrer Doppelfunktion als Behörde wahrzunehmen hat.³⁷ Die Schiedsstellenmitglieder sind als Gremium nur zur Streitschlichtung unter den Vertragsparteien befugt.

Die Gebührenfestsetzung könnte indes eine Annexkompetenz zu der Kernaufgabe einer Schiedsstelle gehören. Ein sachlicher Zusammenhang mit der Tätigkeit der Schiedsstelle bei der Streitentscheidung ist nicht zu verkennen. Es könnten auch praktische Gründe dafür sprechen, der Schiedsstelle die Kompetenz zur Festsetzung einer Gebühr zu übertragen, denn sie kennt den Streitstoff und das Ergebnis des Verfahrens, so dass sie die Höhe der Gebühr und eine möglicherweise zu treffende Verteilung auf die Vertragsparteien am besten beurteilen kann.

Aus diesem Grund enthalten auch manche Schiedsstellenverordnungen sogar ausdrücklich die Regelung, dass die Gebühr zusammen mit dem Schiedsspruch festzusetzen sei.³⁸ Man geht also insoweit von einem engen Zusammenhang zwischen Streitentscheidung und Gebühr aus.

Bei näherer Betrachtung ergeben sich indes erhebliche Zweifel an dieser Kompetenzübertragung. Zunächst ist auf ein praktisches Problem hinzuweisen. Eine nicht unerhebliche Zahl von Schiedsverfahren führen nicht zu einer Verhandlung vor der Schiedsstelle, sondern erledigen sich bereits vorher, weil die Vertragsparteien außerhalb des Schiedsverfahrens weiter untereinander verhandelt und sich irgendwie geeinigt haben; auch eine Rücknahme des Schiedsantrags kommt in Betracht. In diesen Fällen ist die Schiedsstelle als Streitschlichtungsorgan nicht in Erscheinung getreten; eine Annexkompetenz kann in diesen Fällen nicht begründet werden. Daher sehen manche Schiedsstellenverordnungen auch vor, dass dann statt der Schiedsstelle der Vorsitzende die Gebühr festzusetzen hat.³⁹ Die Schiedsstellenmitglieder sollen offenbar nicht nur wegen der Gebühren-

37 S. dazu sogleich unter b.

38 § 11 Schiedsstellenverordnung Sachsen SGB XII vom 01.09.2020, SächsGVBl., S. 489; § 9 Schiedsstellenverordnung Hessen SGB VIII vom 15.12.2014, GVBl., S. 377.

39 § 14 Abs. 4 Schiedsstellenverordnung Mecklenburg-Vorpommern SGB XII vom 13.12.2005, GVOBl. M-V, S. 661; § 9 Abs. 2 Schiedsstellenverordnung Sachsen SGB XI vom 02.11.2009, SächsGVBl., S. 559.

festsetzung zur Schiedsstelle anreisen. Dies zeigt wiederum, wie beliebig mit der Kompetenz zur Gebührenfestsetzung umgegangen wird.⁴⁰

Wenn mit „Schiedsstelle“ das Streitschlichtungsorgan gemeint ist, das die Gebühr festzusetzen hat, stellt sich die Frage, wie das verfahrensrechtlich zu gestalten wäre. Die Schiedsstelle entscheidet auf Grund mündlicher Verhandlung, die mit den Vertragsparteien durchzuführen ist. Es ist nicht vollstellbar, dass die Vertragsparteien über die Gebühr verhandeln könnten (und sollten). Ein Streit dürfte zwischen ihnen ohnehin schwerlich bestehen, es sei denn, es ginge um die Verteilung der Gebühr, weil dann auch die Höhe der Gebühr für jede Vertragspartei von Interesse sein könnte. Wenn aber etwa der Schiedsstellenantrag des Leistungserbringers keinen Erfolg vor der Schiedsstelle erzielt, wäre eine Verhandlung über die Gebühr geradezu absurd, sofern die Verordnung vorsieht, dass die „unterliegende“ Vertragspartei die Gebühr allein zu tragen hat. Der Sozialleistungsträger (die andere Vertragspartei) dürfte schwerlich dafür plädieren, dem Gegner eine hohe Gebühr aufzuerlegen.

Eine Entscheidung der Schiedsstelle als Streitschlichtungsorgan ist außerhalb der Verhandlung in den Schiedsstellenverordnungen grundsätzlich nicht vorgesehen. Daher würde eine Kompetenz, die Gebühr entgegen dieser Regelung festzusetzen, gegen die verfahrensrechtliche Vorschrift verstoßen, dass Entscheidungen der Schiedsstelle auf Grund mündlicher Verhandlung ergehen. Die Schiedsstellenverordnung enthielte in sich einen Widerspruch.

Entsprechende Regelungen über die Kompetenz der Schiedsstelle, die Gebühr festzusetzen, lassen sich nur „retten“, wenn man unter „Schiedsstelle“ nach dem oben zu ihrer Doppelnatur Gesagten ausnahmsweise die „Behörde Schiedsstelle“ meint. Sie wird durch das vorsitzende Mitglied nach außen vertreten.⁴¹ Das bedeutet im Ergebnis, dass bei dieser Auslegung das vorsitzende Mitglied die Gebühr festsetzt. Das gesamte Schiedsstellengremium kann aber nicht die „Behörde Schiedsstelle“ repräsentie-

40 Was das für die isolierte Klage gegen die Gebührenfestsetzung bedeutet, ist bisher im Dunkeln geblieben; die Kommentare befassen sich damit nicht. Nur bei Streichsbier in: Grube/Wahrendorf/Flint, SGB XII, § 133 SGB IX Rn. 27 finden sich erste Andeutungen zu der Problematik. Vage sind die Ausführungen bei Jaritz/Eicher in: jurisPK-SGB XII, 2. Aufl., § 80 Rn. 60.1 und 60.2.

41 § 7 Schiedsstellenverordnung Brandenburg SGB IX vom 24.04.2020, GVBl. II, Nr. 27; § 6 Schiedsstellenverordnung Hessen SGB IX vom 11.12.2018, GVBl., S. 723; § 1 Schiedsstellenverordnung Sachsen-Anhalt SGB XII vom 04.04.2016, GVBl.LSA, S. 152.

ren, weil den Mitgliedern etwas übertragen würde, wozu sie – anders als das vorsitzende Mitglied – nicht befugt sind.

b) Rechtsnatur der Gebühr

Der Umstand, dass die Schiedsstelle bei der Festsetzung der Gebühr als „normale“ Verwaltungsbehörde und nicht als Streitschlichtungsorgan agiert, folgt auch daraus, dass die Gebühr eine sogenannte Verwaltungsgebühr ist, wie sie von jeder Verwaltungsbehörde für ihre Dienstleistungen erhoben wird. Es soll mit der Gebühr der Verwaltungsaufwand der Schiedsstelle finanziert werden.⁴²

Allerdings weist die Gebühr des Schiedsverfahrens gewisse Besonderheiten auf, die bei den Detailfragen der Gebührenfestsetzung noch eine Rolle spielen werden. Denn die Gebührenregelungen in den Schiedsstellenverordnungen beruhen nicht – wie dies sonst die Regel ist – auf einem Landes-Gebührengesetz, sondern sie beruhen allein auf der bundesrechtlichen Ermächtigung, das Nähere in einer Schiedsstellenverordnung zu regeln.

Auf die Landes-Gebührengesetze kann nicht zurückgegriffen werden, weil das Zitiergebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG nicht eingehalten ist; im Gegenteil wird stets die bundesrechtliche Rechtsgrundlage in den Schiedsstellenverordnungen genannt. Daher muss sich aus den Schiedsstellenverordnungen z.B. ergeben, wie die Höhe der Gebühr zu ermitteln ist. Auch insoweit sind viele Schiedsstellenverordnungen defizitär; sie halten die allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze des Gebührenrechts oft nicht ein.⁴³

Eine weitere Besonderheit besteht darin, dass der zu finanzierende Verwaltungsaufwand in einem weiteren Sinne von zwei Stellen in Anspruch genommen wird, denn beide Vertragsparteien benötigen die Hilfe der Schiedsstelle. Daher kann eine Verteilung der Gebühr notwendig werden.

42 So ausdrücklich § 14 Abs. 1 Schiedsstellenverordnung Brandenburg SGB XI vom 10.04.1995, GVBl. II, S. 338; § 11 Schiedsstellenverordnung Hamburg SGB VIII vom 15.12.1998, HmbGVBl., S. 325.

43 Z.B. ist eine Rahmengebühr vorgesehen, ohne dass Kriterien für die Ausfüllung des Rahmens geregelt sind; so etwa § 14 Schiedsstellenverordnung Baden-Württemberg SGB XI vom 13.03.1995, GBl., S. 283; § 12 Schiedsstellenverordnung Nordrhein-Westfalen SGB VIII vom 20.04.1999, GV.NRW., S. 176, zuletzt geändert durch Verordnung vom 07.03.2017, GV.NRW., S. 316.

c) Ergebnis

Die Regelungen in Schiedsstellenverordnungen, wonach die Schiedsstelle (gemeint als Streitschlichtungsorgan) die Gebühr festsetzt, sind mithin nichtig, weil sie von der Verordnungsermächtigung nicht gedeckt sind. Die Regelungen, wonach der Vorsitzende als Repräsentant der „Behörde Schiedsstelle“ die Gebühr festsetzt, sind dagegen nicht zu beanstanden, weil es sich um eine reine Verwaltungstätigkeit handelt, die nicht mehr zu der Kompetenz zur Streitschlichtung gehört. In dieser Weise regeln es daher auch die meisten Schiedsstellenverordnungen. Ebenso wenig begegnet es rechtlichen Zweifeln, wenn die Geschäftsstelle oder sogar eine Verwaltungsstelle außerhalb der Schiedsstelle die Gebühr festsetzt. Der Landes-Verordnungsgeber kann die Kompetenz zur Festsetzung der anfallenden Verwaltungsgebühren relativ frei bestimmen.

Die hier erörterte Frage der Zuständigkeit für die Festsetzung der Gebühr wirkt sich in erheblichem Maße auf den Rechtsschutz gegen die Festsetzung aus, zumal dann, wenn man die Gebühr als „normale“ Verwaltungsgebühr deutet. Das Verwaltungsgericht Magdeburg⁴⁴ hatte es mit einer Gebührenfestsetzung durch die Schiedsstelle (als Streitschlichtungsorgan) im Verfahren nach dem SGB VIII zu tun, wobei nur die Gebühr isoliert angefochten wurde. Statt die andere Vertragspartei – wie es § 78g Abs. 2 Satz 3 SGB VIII verlangt – als Klagegegner anzusehen, ließ das Gericht kurzerhand die Klage gegen die Schiedsstelle zu und begründete das damit, dass es sich bei der Gebührenfestsetzung in Wahrheit nicht um eine solche Entscheidung der Schiedsstelle handele, die zur Schlichtung eines Streits zwischen den Vertragsparteien getroffen worden sei. Dies ist nur ein Beispiel für die vielen Probleme, die bei Klagen gegen Entscheidungen und Festsetzungen der Schiedsstelle auftreten und gelöst werden müssen, wenn es um die Gebühr geht. Das Verwaltungsgericht Magdeburg hat allenfalls „geahnt“, dass man auf ein Problem gestoßen war; eine fundierte Begründung für die Lösung des Problems hat indes in dem Urteil gefehlt.

Literatur

Becker, Peter, Das Schiedsstellen-Verfahren im Sozialrecht, in: Becker, Peter/Dalichau, Gerhard (Hrsg.), Perspektiven des Gesundheitswesens: Festschrift für Bernd Wiegand zum 65. Geburtstag, Wiesbaden 2003, S. 271 ff.

44 VG Magdeburg, Urteil vom 20.07.2020, 6 A 48/18, juris.

- Becker, Ulrich/Kingreen, Thorsten (Hrsg.), SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, Kommentar, 7. neu bearbeitete Auflage, München 2020 (zitiert: Bearbeiter in: Becker/Kingreen, SGB V).
- Bernzen, Christian/Grube, Christian/Sitzler, Rebekka (Hrsg.), Leistungs- und Entgeltvereinbarungen in der Sozialwirtschaft. Regulierungsinstrumente in der Eingliederungshilfe und der Kinder- und Jugendhilfe, Baden-Baden 2018.
- Felix, Dagmar, Konfliktlösungsinstrumente bei dreiseitigen Verträgen und Beschlüssen der Selbstverwaltung im System der gesetzlichen Krankenversicherung: Bestandsaufnahme, Problemanalyse und Weiterentwicklung, Münster 2018.
- Gottlieb, Heinz-Dieter, Vereinheitlichungsaspekte bei den sozialrechtlichen Schiedsstellen nach §§ 78g SGB VIII, 76 SGB XI und 80 SGB XII, Sozialrecht aktuell 2012, S. 150 ff.
- Gottlieb, Heinz-Dieter/Krüger, Eckhard, Vorschläge zur rechtlichen Harmonisierung der Schiedsstellenverfahren nach §§ 76 SGB XI und 80 SGB XII, Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge e.V. 2013, S. 571 ff.
- Grube, Christian/Wahrendorf, Volker/Flint, Thomas (Hrsg.), SGB XII – Sozialhilfe mit Eingliederungshilfe und Asylbewerberleistungsgesetz. Kommentar, 7. Auflage, München 2020 (zitiert: Bearbeiter in: Grube/Wahrendorf/Flint, SGB XII).
- Grube, Christian, Das sozialhilferechtliche Dreiecksverhältnis, in: Welti, Felix/Fuchs, Maximilian/Fuchsloch, Christine/Naegele, Gerhard/Udsching, Peter (Hrsg.), Gesundheit, Alter, Pflege, Rehabilitation – Recht und Praxis im interdisziplinären Dialog. Festschrift für Gerhard Igl, Baden-Baden 2017, S. 433 ff.
- Grube, Christian/Paulat, Monika, Praktische Hinweise zum Schiedsverfahren, in: AFET Bundesverband für Erziehungshilfe e.V. (Hrsg.), Handbuch der Schiedsstellen in der Kinder- und Jugendhilfe – SGB VIII als Expertise und Praxishilfe, Hannover 2020, S. 119 ff.
- Grube, Christian, Das sozial(hilfe)rechtliche Dreiecksverhältnis und der Zahlungsanspruch des Leistungserbringers, Sozialrecht aktuell 2017, S. 121 ff.
- Hauck, Karl/Noftz, Wolfgang (Hrsg.), Sozialgesetzbuch (SGB) XII: Sozialhilfe. Kommentar, Loseblatt, Stand 02/2021 (zitiert: Bearbeiter in: Hauck/Noftz, SGB XII).
- Münder, Johannes/Meysen, Thomas/Trenczek, Thomas (Hrsg.), Frankfurter Kommentar SGB VIII, Kinder- und Jugendhilfe, 8. vollst. überarb. Auflage, Baden-Baden 2019 (zitiert: Bearbeiter in: FK-SGB VIII).
- Pattar, Andreas Kurt, Sozialhilferechtliches Dreiecksverhältnis – Rechtsbeziehungen zwischen Hilfebedürftigen, Sozialhilfeträgern und Einrichtungsträgern. Einführung in die rechtlichen Grundlagen, Sozialrecht aktuell 2012, S. 85 ff.
- Schlegel, Rainer/Voelzke, Thomas (Hrsg.), Juris Praxiskommentar SGB IX – Sozialgesetzbuch Neuntes Buch (SGB IX) – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, 3. Auflage, Saarbrücken 2018, Stand 04.03.2021 (zitiert: Bearbeiter in: jurisPK-SGB IX).

- Schlegel, Rainer/Voelzke, Thomas (Hrsg.), *Juris Praxiskommentar SGB XII – Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch (SGB XII) Sozialhilfe/Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG)*, 2. Auflage, Saarbrücken 2014, Stand 03.11.2016 (zitiert: Bearbeiter in: jurisPK-SGB XII, 2. Aufl.).
- Schlegel, Rainer/Voelzke, Thomas (Hrsg.), *Juris Praxiskommentar SGB XII – Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch (SGB XII) Sozialhilfe/Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG)*, 3. Auflage, Saarbrücken 2020, Stand 01.02.2020 (zitiert: Bearbeiter in: jurisPK-SGB XII, 3. Aufl.).
- Schnapp, Friedrich/Düring, Ruth (Hrsg.), *Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens*, 2. Auflage, Berlin 2016.
- Schnapp, Friedrich, Zum Rechtscharakter von Schiedsinstitutionen, in: Schnapp, Friedrich/Düring, Ruth (Hrsg.), *Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens*, 2. Auflage, Berlin 2016, S. 40 ff.
- Wabnitz, Reinhard Joachim, Überblick: Schiedsstellen nach § 78g SGB VIII – Aufgaben, Rechtsnatur, Verfahren und Rechtsschutz, in: AFET Bundesverband für Erziehungshilfe e.V. (Hrsg.), *Handbuch der Schiedsstellen in der Kinder- und Jugendhilfe – SGB VIII als Expertise und Praxishilfe*, Hannover 2020, S. 73 ff.

Die „Gemeinsame Selbstverwaltung“ in der Rechtsprechung des BSG

Andreas Hänlein

Dieser Beitrag wird in einem ersten Abschnitt das Konzept des Bundessozialgerichts von der sog. gemeinsamen Selbstverwaltung in der gesetzlichen Krankenversicherung charakterisieren, wie es in jüngeren Entscheidungen des Gerichts zum Ausdruck kommt. In einem zweiten Abschnitt befasst er sich mit der über die Jahre unveränderten Auffassung des BSG, dass die Normsetzung des Gemeinsamen Bundesausschusses verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei. Da dieses Thema in den vergangenen zwanzig Jahren überaus intensiv diskutiert worden ist,¹ genügt hier eine Skizze, die vor allem auf einige jüngere Veränderungen in Bezug auf den verfassungsrechtlichen Maßstab und auf die gesetzliche Konstruktion des Ausschusses hinweisen soll.

I. Das Konzept des BSG von der „Gemeinsamen Selbstverwaltung“

1. „Gemeinsame Selbstverwaltung“ als Thema der Rechtsprechung des BSG

Der keineswegs unumstrittene, gleichwohl aber allgemein und auch in der Rechtsprechung der für die gesetzliche Krankenversicherung zuständigen Senate des BSG verwendete Begriff „gemeinsame Selbstverwaltung“² bezeichnet das „vertragsärztliche Kollektivvertragssystem“, dessen „Wesensmerkmal“ darin besteht, „dass die beteiligten Körperschaften der KVen

1 Vgl. etwa die im Urteil des BVerfG vom 06.12.2005, 1 BvR 347/98, BVerfGE 115, 25 (47, sub. I. 2.c) zusammengestellte Literatur; außerdem Seeringer, Der Gemeinsame Bundesausschuss nach dem SGB V, S. 149 ff.; Vießmann, Die demokratische Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses zu Entscheidungen nach § 135 Abs. 1 Satz 1 SGB V; Zimmermann, Der Gemeinsame Bundesausschuss, S. 107 ff.; Kluth, Rechtsgutachten zur verfassungsrechtlichen Beurteilung des Gemeinsamen Bundesausschusses (GBA) nach § 91 SGB V; Schmidt-De Caluwe in: Becker/Kingreen, SGB V, § 92 Rn. 9 ff.

2 Zur Begriffsgeschichte Hänlein, Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, S. 346 f. m.w.N.

und der Ärzte als ‚gemeinsame Selbstverwaltung‘ die Einzelheiten der vertragsärztlichen Versorgung auf der Grundlage der gesetzlichen Vorgaben weitgehend selbst regeln“. Die zitierte Formulierung ist dem Urteil des 6. Senats zum Ärztestreik von 2016 entnommen,³ das Struktur und Geschichte der gemeinsamen Selbstverwaltung in aller Breite entfaltet.

2. Regelung „eigener Angelegenheiten“ durch Kollektive mit antagonistischen Interessen

Die Partner der gemeinsamen Selbstverwaltung handeln weithin durch „Normsetzungsverträge“, in denen sie ihre „eigenen Angelegenheiten“ regeln; so fasst der 6. Senat im nämlichen Urteil die Regelungsgegenstände dieser Verträge zusammen, die sich insbesondere auf die Versorgung der Versicherten, auf die Zulassung der Vertragsärzte und auf die Vergütung ärztlicher Leistungen beziehen.⁴ Die gesetzliche Konstruktion des Vertragsarztsystems ist auf den Ausgleich widerstreitender Interessen der Selbstverwaltungspartner ausgerichtet. Der 6. Senat bringt diese Einsicht wie folgt auf den Punkt: „Die gesetzlichen Regelungen zum Vertragsarzt-recht sind in ‚jahrzehntelanger Entwicklung aus den Interessengegensätzen und dem Interessenausgleich zwischen der Ärzteschaft und den KVen‘ entstanden“.⁵

3. Zwangsschlichtung, Fortgeltung ausgelaufener Verträge und Streikverbot

Die Akteure des Kassenarztsystems sind gesetzlich verpflichtet, die Versorgung der Versicherten sicherzustellen (§ 72 SGB V). Deshalb ist „das den Kollektivvertragspartnern ... gewährte hohe Maß an Autonomie“ mit der gesetzlichen Verpflichtung zum Interessenausgleich verbunden. Und: „das reibungslose Funktionieren“ des Systems wird im Gesetz „durch zwei ... für das vertragsärztliche Kollektivvertragssystem typische Gestaltungsele-

3 BSG, Urteil vom 30.11.2016, B 6 KA 38/15 R, SozR 4-2500 § 75 Nr. 18, Rn. 56; unter Bezugnahme auf BSG, Urteil vom 10.09.1973, 6 RKa 11/72, BSGE 36, 151 (154); dort Bezugnahme auf BSG, Urteil vom 30.10.1963, 6 RKa 4/62, BSGE 20, 73 (84), SozR Nr. 1 zu § 368h RVO.

4 BSG, Urteil vom 30.11.2016, B 6 KA 38/15 R, SozR 4-2500 § 75 Nr. 18, Rn. 60 mit 57 und 58.

5 BSG, Urteil vom 30.11.2016, B 6 KA 38/15 R, SozR 4-2500 § 75 Nr. 18, Rn. 66 unter Zitation aus BT-Drs. II/87, S. 14.

mente“ abgesichert, die auf Vermeidung vertragsloser Zustände abzielen: durch Schlichtungsverfahren und Fortgeltung ausgelaufener Verträge.⁶ Mit dem gesetzlichen System sind nach überzeugender Auffassung des 6. Senats Kampfmaßnahmen der Vertragsärzte nicht vereinbar, auch wenn das Gesetz ein ausdrückliches Streikverbot nicht vorsieht.⁷

4. Rechtsaufsicht und gerichtliche Kontrolle

Untergesetzliche Rechtsnormen, wie sie durch die Normsetzungsverträge des Vertragsarztrechts erzeugt werden, müssen mit höherrangigem Recht, insbesondere auch mit den Grundrechten vereinbar sein. Aufsichtsbehörden und Gerichte als Kontrollinstanzen müssen bei der Kontrolle den besonderen Funktionsbedingungen der vertragsärztlichen Regelerzeugung Rechnung tragen. Das Aushandeln von Regelungen durch paritätisch besetzte Gremien zielt auf die Erzeugung sachgerechter Regeln unter Berücksichtigung der widerstreitenden Interessen. Dieses System funktioniert nach überzeugender Auffassung des 6. Senats nur, wenn es nicht von außen gestört wird, es sei denn, die gesetzlich eröffneten Entscheidungsspielräume werden überschritten oder missbräuchlich genutzt. Dementsprechend ist bei der Kontrolle Zurückhaltung geboten: die Aufsicht ist auf eine Rechtsaufsicht beschränkt;⁸ gerichtliche Kontrolle bezieht sich auf die Einhaltung „lediglich äußerster Grenzen“.⁹

6 Zitate aus BSG, Urteil vom 30.11.2016, B 6 KA 38/15 R, SozR 4-2500 § 75 Nr. 18, Rn. 60 und 61; die hier angesprochene Fortgeltung ähnelt der aus dem Tarifrecht bekannten sog. „Nachwirkung“ von Tarifverträgen (§ 4 Abs. 5 TVG); dazu näher Franzen in: ErfK, TVG § 4 Rn. 50 ff.

7 BSG, Urteil vom 30.11.2016, B 6 KA 38/15 R, SozR 4-2500 § 75 Nr. 18, Rn. 78 ff.; zu Streikverbot und Zwangsschlichtung auch Hänlein, Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, S. 389 f.

8 BSG, Urteil vom 06.05.2009, B 6 A 1/08 R, BSGE 103, 106 (121 ff., Rn. 47 ff.) zu § 94 SGB V (Rechtsaufsicht); vgl. jetzt auch § 91a Abs. 1 Satz 2 SGB V mit § 87 Abs. 1 SGB IV; § 91a SGB V geht zurück auf Art. 1 Nr. 9 des Gesetzes zur Verbesserung der Handlungsfähigkeit der Selbstverwaltung der Spitzenorganisationen der gesetzlichen Krankenversicherung sowie zur Stärkung der über sie geführten Aufsicht (GKV-Selbstverwaltungsstärkungsgesetz) vom 21.02.2017, BGBl. I, S. 265; und dazu BT-Drs. 18/10605, S. 34.

9 BSG, Urteil vom 25.01.2017, B 6 KA 2/16 R, SozR 4-5540 § 5 Nr. 1, Rn. 31.

5. Deutungsunklarheit: Interessenantagonismus oder Interessenpluralismus?

Das soeben rekonstruierte Konzept vor allem des 6. Senats des BSG von der gemeinsamen Selbstverwaltung ist in sich schlüssig und wird der gesetzlichen Ausgestaltung des Vertragsarztrechts gerecht. In Bezug auf einen wesentlichen Aspekt ist die Rechtsprechung des 6. Senats allerdings nicht ganz so eindeutig, wie sie in der Rekonstruktion erscheint. In einem seiner jüngeren Urteile spricht der Senat vom „fachkundig und interessenpluralistisch zusammengesetzten GBA“, der „unter Einbeziehung der von seinen Entscheidungen Betroffenen alle versorgungsrelevanten Richtlinienentscheidungen zur Konkretisierung der leistungrechtlichen Rahmenrechte in §§ 27 ff. zu treffen“ habe.¹⁰ Die Redeweise vom Interessenpluralismus der Betroffenen kann verdunkeln, dass es im Kern um die antagonistischen Interessen der Krankenkassen als Nachfrager nach medizinischen oder paramedizinischen Leistungen auf der einen Seite und um die Interessen der Leistungserbringer als Anbieter dieser Leistungen auf der anderen Seite geht. Die Verwendung dieser Redeweise mag damit zusammenhängen, dass zur Zeit der soeben zitierten Entscheidung des 6. Senats an den Beschlüssen des GBA die Leistungserbringer aus unterschiedlichen Versorgungssektoren beteiligt waren; der Gesetzgeber hat jedoch 2011 durch Einfügung des § 91 Abs. 2a SGB V dafür gesorgt, dass an der Beschlussfassung jeweils nur die Organisationen der „wesentlich“ betroffenen Leistungserbringer mitwirken.¹¹

II. Die Legitimation der Gemeinsamen Selbstverwaltung zur untergesetzlichen Normsetzung

1. Die Position des BSG

Das BSG hat keine Zweifel an der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Erzeugung untergesetzlicher Normen durch Gremien oder Vertragspartner der gemeinsamen Selbstverwaltung. Insbesondere ist nach Auffassung aller drei mit dem Thema befassten Senate der GBA verfassungsrechtlich legitimiert, Rechtsnormen in Form von Richtlinien zu erlassen.¹² Diese

10 BSG, Urteil vom 06.05.2009, B 6 A 1/08 R, BSGE 103, 106 (121, Rn. 47).

11 Dazu BT-Drs. 17/6906, S. 67 f.

12 1. Senat: BSG, Urteil vom 15.12.2015, B 1 KR 30/15 R, BSGE 120, 170 (182 ff., Rn. 42 ff.); BSG, Urteil vom 06.11.2008, B 1 KR 6/08 R, BSGE 102, 30 (34,

Position, die das BSG bereits in den 90er Jahren in Bezug auf die Bundesausschüsse der Ärzte und Krankenkassen als Vorläuferinstitutionen des GBA vertreten hatte,¹³ war damals überaus zweifelhaft. Aus heutiger Sicht erscheint der Standpunkt des BSG demgegenüber eher einleuchtend.

2. Verfassungsrechtliche Vorbehalte gegen die Rechtsetzung der früheren Bundesausschüsse

In den 90er Jahren gab es Gründe, an der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der richtlinienförmigen Rechtsetzung der damaligen Bundesausschüsse der Ärzte bzw. Zahnärzte und Krankenkassen zu zweifeln.

Problematisch war u.a., dass die Bundesausschüsse die Leistungsansprüche der Versicherten durch Rechtsetzung konkretisieren konnten, obwohl die Vertretung der Interessen der Versicherten in den Ausschüssen nur recht schwach ausgeprägt war. Als deren Interessenvertreter konnte man allein die Repräsentanten der Krankenkassen ansehen. Ob diese durch als „Friedenswahlen“ durchgeführte Sozialwahlen ausreichend Legitimation der Versicherten erhalten, erschien sehr zweifelhaft.¹⁴ Es kam hinzu, dass die Entsendung der Kassenvertreter in den Ausschüssen durch weitere Akte auf unterschiedlichen Ebenen des Kassensystems vermittelt wurde, so dass die durch den Wahlakt der Versicherten vermittelte Legitimation nur mehr in sehr „verdünnter“ Form auf der Ebene der Bundesausschüsse auszumachen war.¹⁵ Bedenklich erschien zudem, dass von den Vertretern der Krankenkassen unter den Bedingungen des Kassenwettbewerbs zu erwarten ist, dass sie eher die Interessen der Kassen als Unternehmen als diejenigen der Versicherten als potentielle oder tatsächliche Patienten

Rn. 19); BSG, Urteil vom 07.11.2006, B 1 KR 24/06 R, BSGE 97, 190 (193 f., Rn. 14); 3. Senat: BSG, Urteil vom 11.05.2017, B 3 KR 6/16 R, SozR 4-2500 § 33 Nr. 51; 6. Senat: BSG, Urteil vom 06.05.2009, B 6 A 1/08 R, BSGE 103, 106 (121 f., Rn. 47); BSG, Urteil vom 31.05.2006, B 6 KA 13/05 R, BSGE 96, 261 (276 ff., Rn. 58 ff.).

13 1. Senat: BSG, Urteil vom 16.09.1997, 1 RK 32/95, BSGE 81, 73 (81-84) und BSG, Urteil vom 16.09.1997, 1 RK 28/95, BSGE 81, 54 (62 ff.); 6. Senat: BSG, Urteil vom 20.03.1996, 6 RKa 62/94, BSGE 78, 70 (77 ff.) und BSG, Urteil vom 18.03.1998, B 6 KA 37/96 R, BSGE 82, 41 (46 ff.).

14 Vgl. Hänlein, Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, S. 149 f.

15 Hänlein, Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, S. 494-496.

vertreten.¹⁶ Kritikwürdig war auch, dass dem Gremium nicht wirklich unabhängige Fachleute angehörten.¹⁷

Verfassungsrechtliches Gewicht gewannen die angedeuteten Problemlagen vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des 2. Senats des BVerfG zum Gehalt des Demokratieprinzips in den Jahren, als der Richter *Ernst Wolfgang Böckenförde* dem Senat angehört hatte (1983-1996).¹⁸ Danach bedarf die Ausübung von Staatsgewalt demokratischer Legitimation, die sich in einem doppelten Sinn auf das Staatsvolk rückbeziehen muss: die handelnden Amtswalter bedürfen demokratischer Legitimation in persönlicher Hinsicht, und ihr Handeln bedarf demokratischer Legitimation in sachlich-inhaltlicher Hinsicht.¹⁹ Vor allem das damals stark betonte Erfordernis personell-demokratischer Legitimation der Entscheidungsträger rückte die Legitimation der Institutionen der gemeinsamen Selbstverwaltung ins verfassungsrechtliche Zwielficht, denn diese werden in der Regel nicht von Parlamenten oder Ministern bestellt. Vor diesem Hintergrund war es naheliegend, nach Rechtfertigungsstrategien zu suchen, mittels derer die Defizite an demokratischer Legitimation kompensiert werden könnten.²⁰ Diese Suche erwies sich m.E. – unter Rückgriff auf ältere dogmatische Konzepte des Bundesverfassungsgerichts²¹ – partiell als erfolgreich, nicht jedoch im Hinblick auf die Bundesausschüsse der Ärzte und Krankenkassen.

Seit den späten 90er Jahren haben sich allerdings die Verhältnisse geändert, und zwar sowohl im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Maßstab wie auch im Hinblick auf die gesetzliche Konstruktion des Gemeinsa-

16 Hänlein, Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, S. 498.

17 Hänlein, Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, S. 500 f.

18 Zum Anteil Böckenfördes an dieser Rechtsprechungslinie Schönberger, Der Indian Summer eines liberalen Etatismus, S. 121 ff. (133 f.: „Die Prägekraft des Vergeblichen: Böckenförde als demokratischer Laband“); vgl. auch Neumann, Volkswille, S. 348-352.

19 Vgl. dazu BVerfG, Urteil vom 31.10.1990, 2 BvF 3/89, BVerfGE 83, 60 (70 ff.); BVerfG, Beschluss vom 24.05.1995, 2 BvF 1/92, BVerfGE 93, 37 (66 ff.); zusammenfassende Darstellung bei Hänlein, Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, S. 24-28; jetzt auch Neumann, Volkswille, S. 352-357.

20 Dazu Neumann, Demokratieprinzip und funktionale Selbstverwaltung, S. 162 f.

21 Insbesondere: BVerfG, Beschluss vom 09.05.1972, 1 BvR 518/62 und 1 BvR 308/64, BVerfGE 33, 125 (156 ff.); dazu Hänlein, Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, S. 48 ff.; BVerfG, Beschluss vom 27.02.1973, 2 BvL 27/69, BVerfGE 34, 307 (319 f.); dazu Hänlein, Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, S. 43 u. 151 ff.

men Bundesausschusses, der Institution, die im Jahr 2003 an die Stelle der Bundesausschüsse der Ärzte und Krankenkassen getreten ist.

3. Veränderung des verfassungsrechtlichen Maßstabs

Die dargestellte demokratietheoretische Konzeption des BVerfG ist in der Literatur heftig kritisiert worden.²² In einem Urteil aus dem Jahr 2002 hat dann der 2. Senat des BVerfG sein Konzept im Hinblick auf die sog. funktionale Selbstverwaltung spürbar modifiziert. Dort heißt es, dass das Demokratiegebot außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung und der gemeindlichen Selbstverwaltung „offen (sei) für andere, insbesondere vom Erfordernis lückenloser personeller demokratischer Legitimation aller Entscheidungsbefugten abweichende Formen der Organisation und Ausübung von Staatsgewalt. Eine solche Interpretation des Art. 20 Abs. 2 GG ermöglich(e) es zudem, die im demokratischen Prinzip wurzelnden Grundsätze der Selbstverwaltung und der Autonomie angemessen zur Geltung zu bringen. Im Rahmen der repräsentativ verfassten Volksherrschaft erlaub(e) das Grundgesetz auch besondere Formen der Beteiligung von Betroffenen bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben.“ Im Rahmen der repräsentativ verfassten Volksherrschaft könnten durch Gesetz besondere Mitspracherechte der Betroffenen geschaffen und verwaltungsexterner Sachverstand aktiviert werden; und das Gesetz dürfe sich auch um Effizienz durch Ermöglichung eines sachgerechten Interessenausgleichs bemühen. Es müssten allerdings institutionelle Vorkehrungen dafür getroffen werden, „dass die betroffenen Interessen angemessen berücksichtigt und nicht einzelne Interessen bevorzugt werden“.²³ Diese Aussagen sind m.E. überzeugend so verstanden worden, dass der Gesetzgeber bei der organisatorischen Ausgestaltung von Institutionen der Selbstverwaltung durchaus einen gewissen Spielraum hat, dass er insbesondere nicht stets ein gleiches Stimmrecht aller Mitglieder einer Selbstverwaltungskörperschaft vorsehen muss.²⁴

22 Vgl. Bryde, Staatswissenschaften und Staatspraxis 1994, S. 305 ff.; Neumann, Demokratieprinzip und funktionale Selbstverwaltung, S. 157 ff.

23 BVerfG, Beschluss vom 05.12.2002, 2 BvL 5/98 und 2 BvL 6/98, BVerfGE 107, 59 (91 ff., sub. C. I. 3.a); Rezeption dieses Beschlusses im Urteil des 6. Senats des BSG vom 31.05.2006, B 6 KA 62/04 R, BSGE 96, 257 (277, Rn. 59 f.); zur Änderung der Rechtsprechung des BVerfG Neumann, Volkswille, S. 361 f.

24 Neumann, Demokratieprinzip und funktionale Selbstverwaltung, S. 168.

Bemerkenswert ist auch, dass das BVerfG verschiedentlich Gelegenheit hatte, sich zur Rechtsetzungsbefugnis des GBA zu äußern, ohne diese Gelegenheiten zu einem klarstellenden Verdikt zu nutzen.²⁵

Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, die Entscheidungsstrukturen des GBA heute einer mildernden Bewertung zu unterwerfen, zumal diese Strukturen sich gegenüber denjenigen der früheren Bundesausschüsse signifikant verändert haben.

4. Legitimationsrelevante Änderungen des SGB V seit 2003

Für die Legitimationsthematik sind insbesondere Regelungen dreier Reformgesetze von Bedeutung.

Der Gemeinsame Bundesausschuss wurde durch das GKV-Modernisierungsgesetz aus dem Jahr 2003 eingeführt. Damals wurden die vorherigen Bundesausschüsse der Ärzte bzw. der Zahnärzte (§ 91 SGB V a.F.), der Ausschuss Krankenhaus (§ 137c SGB V a.F.) und der Koordinierungsausschuss (§ 137e SGB V a.F.) zum neuen sektorenübergreifenden Gemeinsamen Bundesausschuss zusammengefasst.²⁶ Dem Gesetz ging es u.a. darum, die „Versicherten ... stärker in die Entscheidungsprozesse (einzubinden)“; deshalb erhielten „Organisationen von Patienten und Selbsthilfegruppen qualifizierte Beteiligungsrechte im Gemeinsamen Bundesausschuss“.²⁷ Eine weitere wesentliche Neuerung des GKV-Modernisierungsgesetzes war das Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen:²⁸ der GBA wurde gesetzlich verpflichtet, dieses Institut als „fachlich unabhängige Institution“ einzurichten und zu unterhalten.²⁹

Bedeutsame Änderungen durch das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz des Jahres 2007 waren die Einführung des GKV-Spitzenverbandes, dem die Krankenkassen unmittelbar – also nicht mehr vermittelt durch Lan-

25 BVerfG, Beschluss vom 06.12.2005, 1 BvR 347/98, BVerfGE 115, 25 (47) und BVerfG, Beschluss vom 10.11.2015, 1 BvR 2056/12, BVerfGE 140, 229 (237 ff., Rn. 19 ff.).

26 Art. 1 Nr. 70 des Gesetzes zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz – GMG) vom 14.11.2003, BGBl. I, S. 2190; dazu BT-Drs. 15/1525, S. 76 und 106 f.

27 So BT-Drs. 15/1525, S. 72, S. 132 f.; Regelungsort ist § 140f SGB V, eingeführt durch Art. 1 Nr. 118 des GKV-Modernisierungsgesetzes vom 14.11.2003, BGBl. I, S. 2190; näher Hänlein in: LPK-SGB V, § 140f Rn. 1 ff.

28 §§ 139 a-c SGB V, eingeführt durch Art. 1 Nr. 112 des GKV-Modernisierungsgesetzes vom 14.11.2003, BGBl. I, S. 2190.

29 BT-Drs. 15/1525, S. 127.

desverbände – angehören,³⁰ die Einführung der Weisungsunabhängigkeit aller Mitglieder des Gemeinsamen Bundesausschusses³¹ und die operative Stärkung der Patientenvertretung im Ausschuss.³²

Erwähnenswert ist schließlich, dass durch das GKV-Versorgungsstrukturgesetz von 2011 die Neutralität der unabhängigen Mitglieder des GBA gestärkt wurde;³³ außerdem wurde in das Verfahren der Bestellung dieser Mitglieder der Ausschuss für Gesundheit des Deutschen Bundestages eingeschaltet;³⁴ „die in dem Selbstverwaltungsprinzip begründete Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses hinsichtlich der unparteiischen Mitglieder (sollte) durch eine vom Parlament abgeleitete Legitimation ergänzt und damit die Legitimationsbasis des Gemeinsamen Bundesausschusses insgesamt gestärkt“ werden.³⁵

Die dargestellten Änderungen haben die Legitimation des GBA spürbar verbessert. Das Gesetz sorgt nun dafür, dass der Ausschuss seine Entscheidung auf wissenschaftlicher Grundlage treffen kann. Die Unabhängigkeit der Ausschussmitglieder zielt ebenfalls auf die Ermöglichung sachorientierter Entscheidungsprozesse. Und die Perspektive der Versicherten als Leistungsberechtigte kann heute durch das Mitberatungsrecht der Patientenvertreter unüberhörbar zur Geltung gebracht werden. Vor diesem Hintergrund erscheint es inzwischen vertretbar, die Rechtssetzung des Gemeinsamen Bundesausschusses als verfassungskonform zu akzeptieren.³⁶

30 §§ 217a ff. SGB V, eingeführt durch Art. 1 Nr. 149 des Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG) vom 26.03.2007, BGBl. I, S. 378.

31 § 91 Abs. 2 Satz 9 HS. 2 SGB V in der Fassung des Art. 2 Nr. 14 des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG vom 26.03.2007, BGBl. I, S. 378; dazu BT-Drs. 16/3100, S. 90 und 179.

32 Vgl. § 140f Abs. 6 SGB V, eingeführt durch Art. 1 Nr. 122 GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG vom 26.03.2007, BGBl. I, S. 378; dazu BT-Drs. 16/4247, S. 49.

33 § 91 Abs. 2 Satz 2 u. 3 SGB V i.d.F. des Art. 1 Nr. 29 lit. a, aa des Gesetzes zur Verbesserung der Versorgungsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Versorgungsstrukturgesetz – GKV-VStG) vom 22.12.2011, BGBl. I, S. 2983.

34 § 91 Abs. 2 Satz 4-7 SGB V i.d.F. des Art. 1 Nr. 29 lit. a, aa des GKV-Versorgungsstrukturgesetzes – GKV-VStG vom 22.12.2011, BGBl. I, S. 2983.

35 So BT-Drs. 17/6906, S. 67.

36 So bereits Hänlein in: LPK-SGB V, § 140f Rn. 5; ebenso: Neumann, Demokratieprinzip und funktionale Selbstverwaltung, S. 169; Neumann, NZS 2010, S. 593, 598; und Neumann, Volkswille, S. 369; a.A. u.a. Kingreen, NJW 2006, S. 877, 880; Schmidt-De Caluwe in: Becker/Kingreen, SGB V, § 92 Rn. 9 ff. mit umfangreichen Nachweisen.

3. Fazit

Alles in allem erscheint die Rechtsprechung des BSG zur gemeinsamen Selbstverwaltung der gesetzlichen Krankenversicherung im Großen und Ganzen überzeugend. Dies gilt sowohl für die Charakterisierung der gesetzlichen Strukturen, auf deren Grundlagen dann Einzelfragen entschieden werden, wie auch – aus heutiger Sicht – im Hinblick auf die Bewertung der Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses aus verfassungsrechtlicher Perspektive.

Literatur

- Becker, Ulrich/Kingreen, Thorsten (Hrsg.), SGB V – Gesetzliche Krankenversicherung, Kommentar, 7. neu bearb. Auflage, München 2020 (zitiert: Bearbeiter in: Becker/Kingreen, SGB V).
- Bryde, Brun-Otto, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, Staatswissenschaften und Staatspraxis: rechts-, wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Beiträge zum staatlichen Handeln 1994 (3), S. 305 ff.
- Hänlein, Andreas, Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, System und Legitimation untergesetzlicher Rechtsquellen des deutschen Sozialversicherungsrechts, Berlin 2001.
- Hänlein, Andreas/Schuler, Rolf (Hrsg.), Sozialgesetzbuch V, Gesetzliche Krankenversicherung, Lehr- und Praxiskommentar, 5. Auflage, Baden-Baden 2016 (zitiert: Bearbeiter in: LPK-SGB V).
- Kingreen, Thorsten, Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsetzungsbefugnis des Gemeinsamen Bundesausschusses im Gesundheitsrecht, Neue Juristische Wochenschrift 2006, S. 877 ff.
- Kluth, Winfried, Rechtsgutachten zur verfassungsrechtlichen Beurteilung des Gemeinsamen Bundesausschusses (GBA) nach § 91 SGB V, Halle (Saale) 2015.
- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Auflage, München 2018 (zitiert: Bearbeiter in: ErfK).
- Neumann, Volker, Demokratieprinzip und funktionale Selbstverwaltung, in: Christensen, Ralph/Pieroth, Bodo (Hrsg.), Rechtstheorie in rechtspraktischer Absicht. Freundesgabe zum 70. Geburtstag von Friedrich Müller, Berlin 2008, S. 155 ff.
- Neumann, Volker, Verantwortung, Sachkunde, Betroffenheit, Interesse: Zur demokratischen Legitimation der Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses, Neue Zeitschrift für Sozialrecht 2010, S. 593 ff.
- Neumann, Volker, Volkswille, Tübingen 2020.

- Schönberger, Christoph, Der Indian Summer eines liberalen Etatismus: Ernst-Wolfgang Böckenförde als Verfassungsrichter, in: Große Kracht, Hermann-Josef/Große Kracht, Klaus (Hrsg.), Religion – Recht – Republik. Studien zu Ernst-Wolfgang Böckenförde, Paderborn 2014, S. 121 ff.
- Seeringer, Stefanie, Der Gemeinsame Bundesausschuss nach dem SGB V, Rechtliche Form, normative Befugnisse und Steuerung der Qualität der medizinischen Versorgung, Baden-Baden 2006.
- Vießmann, Thomas, Die demokratische Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses zu Entscheidungen nach § 135 Abs. 1 Satz 1 SGB V, Baden-Baden 2009.
- Zimmermann, Christian, Der Gemeinsame Bundesausschuss, Normsetzung durch Richtlinien sowie Integration neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden in den Leistungskatalog der GKV, Berlin 2012.

Ein Bild mit Rahmen – Zusammenfassung und Ausblick

Armin Höland

I.

Die 17 Beiträge dieses Buches ergeben ein Bild mit Rahmen. In der Kunst richtet sich der Blick für gewöhnlich allein auf das Bild, der Rahmen ist Nebensache. Die Wissenschaft blickt anders. Jedenfalls für den hier vorliegenden Tagungsband verdient auch der Rahmen Aufmerksamkeit. Er hält nicht nur zusammen, sondern will sich dem Forschungsbild auch mitteilen und Anregungen für künftige sozialpolitische Forschung geben. Den Rahmen bilden drei Abhandlungen: *Berthold Vogels* Betrachtung zu Konflikt und Kohäsion als Eckpunkten der Sozialpolitikforschung; die Überlegungen von *Stephan Rixen* zur Sozialpolitik in Bewegung; und die schon deutlich stärker an das Bild der Forschung heranrückenden Beispiele für die Verwendung von Forschung in der Rechtsprechung von *Sabine Knickrehm*. Die drei rahmenden Beiträge bringen verschiedene Disziplinen und Erfahrungswelten in die Diskussion ein. Mit *Berthold Vogel* ist es die Soziologie und die Praxis des Soziologischen Forschungsinstituts Göttingen (SOFI); *Stephan Rixen* bringt als Professor für Öffentliches Recht, Sozialwirtschafts- und Gesundheitsrecht an der Universität Bayreuth die Praxis sozialrechtlicher Lehre ein; *Sabine Knickrehm* berichtet als Vorsitzende Richterin am Bundessozialgericht (BSG) aus der Sozialgerichtsbarkeit über die Verwertbarkeit von Forschung in der Rechtsprechung.

Das Gerahmte, das Bild sozialpolitischer Forschung, besteht aus 14 Beiträgen, die sich auf drei Themengruppen verteilen. Gemeinsam ist dem „Zugang zu Recht und Gericht“, „Öffentlichen Diskursen und nicht-juristischem Wissen in der Rechtsprechung“ und den „Anforderungen an sozialstaatliche Konfliktlösungsverfahren“ die Bezugnahme auf die rechtlichen und überwiegend auch gerichtlichen Handlungsformen des Sozialstaats. Gerichte, in Deutschland wie anderswo in der Europäischen Union, verwirklichen die Ideen, Programme und Zwecke des Sozialstaats. Sie verhelfen Versicherten und anderen Leistungsberechtigten zu ihrem Recht und tragen zur Kohärenz und Legitimität des Sozialrechts bei.

II.

Wir beginnen die Bildbetrachtung mit dem Rahmen. *Berthold Vogel* schlägt vor, Sozialpolitikforschung in das Spannungsfeld von Konflikt und Kohäsion einzubringen. Die beiden Eckpunkte sollen der Vielfalt sozialpolitischer Forschungsprojekte Richtung und Zuordenbarkeit im Gefüge von Themen, Theorien und methodischen Ansätzen geben. Zur Vielfalt gehören für *Vogel* die empirisch-evaluative Forschung, die Transferwirkung, die sich in ihrem Dialog mit den Trägern der Sozialpolitik entfaltet, und die theoretische Betrachtung des Wohlfahrtsstaates. Der so zusammengesetzte Erkenntnisraum verknüpft das Heben sozialwissenschaftlicher und sozialrechtlicher Tatsachen am Boden des Wohlfahrtsstaates mit der Theoriebildung in seinen Höhen. *Vogel* ist darin zuzustimmen, dass Sozialpolitikforschung mehr ist als ein Evaluationsprogramm. Das Entdeckungspotential der Sozialpolitikforschung liegt in der Verknüpfung von Erkenntnissen aus verschiedenen Sachgebieten und auf verschiedenen Ebenen. Die evaluierende Forschung in den vielen Feldern sozialrechtlicher und sozialpolitischer Institutionen, Politiken und Handlungen lässt sich an ausgewählten Koppelungsstellen für wohlfahrtsstaatliche Theoriebildung fruchtbar machen. Auf der anderen Seite kann die Verbindung theoretischer Betrachtungen des Wohlfahrtsstaates mit den durch Evaluationen zu Tage geförderten sozialen und rechtlichen Tatsachen vor Blutleere und Wirklichkeitsferne bewahren. *Vogel* sieht als strukturelles Grundmerkmal der Organisation und Praxis des Wohlfahrtsstaates die „prekäre und konfliktreiche Balance von Befriedigung und Enttäuschung“. Das Abstecken des Forschungs- und Erkenntnisraums mit dem Bild von der Balance von Befriedigung und Enttäuschung und der daraus folgenden gesellschaftlichen Weiterung von Kohäsion und Konflikt eröffnet eine Optik, die sich für Forschung in diesem Feld fruchtbar machen lässt. *Vogel* skizziert zum Abschluss drei mögliche Perspektiven für interdisziplinäre Sozialpolitikforschung, die sich in Teilen bereits in Tagungsbeiträgen wiederfinden lassen, vor allem aber künftige Forschung anregen können: die Konzeptualisierung der Sozialpolitik und des Sozialrechts als öffentliche Güter, die Einbeziehung von Justiz und Verwaltung als sozialpolitisch gestaltende Akteure und der Blick auf die dezentrale Leistungsfähigkeit kommunaler und regionaler Strukturen.

Auch *Stephan Rixen* betrachtet Rahmenbedingungen, wenn er die Bewegung in der Sozialpolitikforschung mit dem Mangel an entsprechender Bewegung in der Rechtswissenschaft vergleicht. Hinter den Unterschieden in der Bewegung stehen Unterschiede in der Bedeutung des Sozialrechts und der Sozialpolitik in Forschung und universitärer Lehre. Die Unterschiede

haben ihren wesentlichen Grund darin, dass dem Sozialrecht in den Ausbildungs- und Prüfungsordnungen der Juristischen Fakultäten eine nur noch randständige Bedeutung zugewiesen wird. Das Sozialrecht als Ausdifferenzierung des öffentlichen Rechts ist aus der Juristenausbildung nicht verschwunden, muss sich aber häufig mit einer Nachrangigkeit begnügen, die in starkem Widerspruch zur Wirklichkeitsbedeutung des Sozialen und seines Rechts steht. Die gut sichtbaren Orte sozialrechtlicher Lehre und Forschung in Deutschland (der Forschungsverbund für Sozialrecht und Sozialpolitik zwischen der Universität Kassel und der Hochschule Fulda gehört ohne Zweifel dazu) bilden die Ausnahme, nicht die Regel. Es wird interessant sein zu beobachten, welche Vernetzungs- und Stimulationswirkung das von *Rixen* erwähnte, im Mai 2021 eröffnete Deutsche Institut für Interdisziplinäre Sozialpolitikforschung (DIFIS) am Institut für Arbeit und Qualifikation der Universität Duisburg-Essen und am Forschungszentrum SOCIUM der Universität Bremen entfalten wird.

Abgesehen von ihrem schwachen Niederschlag in den Ausbildungs- und Prüfungsordnungen hat es empirische und interdisziplinäre Rechtsforschung in der Juristenausbildung auch methodisch schwer. Im Vordergrund der Vermittlung und Einübung von Rechtswissen steht die methodisch angeleitete Rechtserkenntnis aus Gesetzen und anderen Rechtstexten. Für die erkenntnisfördernde Überschreitung der Grenzen der Disziplin bietet die universitäre Rechtsausbildung viel zu wenig Raum.

In welche Richtung lässt sich sozialpolitische Forschung entwickeln? Drei Anregungen notiert *Rixen* unter dem Oberthema der „Ungleichheit“: „Den Klimawandel sozial denken“ als Versuch der Verbindung der ökologischen mit der sozialen Problematik, die Frage nach der Wirkung von Recht und Rechtsschutz unter dem Gesichtspunkt der Gleichheit und die Untersuchung von Normalitätsunterstellungen im Sozialrecht und in den sozialpolitischen Debatten. Bei der Gewinnung konkreter Forschungsprojekte aus den angegebenen Themenrichtungen sollte man, so die forschungspraktische Empfehlung von *Rixen*, Überladung vermeiden. Mehr Aussicht auf sozialpolitische Sichtbarkeit hat der Beginn mit kleineren Forschungsprojekten. Sie können zu der inhaltlichen und methodischen Expertise verhelfen, die größere Anträge aus begutachtender Sicht eher plausibel erscheinen lassen.

Im Übergangsbereich vom Rahmen zum Bild, von den Grundlagen zur angewandten Forschung, finden sich die Erfahrungen von *Sabine Knickrehm*. Sie haben ihren Ausgangspunkt in der Erkenntnis, dass ohne die Koproduktion von Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaften weder realitätsgerechte Rechtsetzung noch realitätsgerechte Rechtsanwendung gelingt. Aus ihrer Sicht bedarf es der durch die Sozialwissenschaften be-

reitgestellten Grundlagen, um die objektive soziale Situation, aber auch die Wirkungsbedingungen der anzuwendenden Normen feststellen zu können. Der gesunde Menschenverstand oder ein gutes Judiz reichten hierfür nicht aus.

Knickrehm demonstriert die Möglichkeiten und Grenzen der Einbindung sozialwissenschaftlicher Forschungsergebnisse an zwei Beispielen aus dem Bereich der Rentenversicherung, für die der (zum Ende Juni 2021 durch Erlass des BMAS geschlossene) 13. Senat des BSG unter ihrem Vorsitz zuständig war. Im ersten Fall geht es um die von der Rechtsprechung des BSG entwickelte Figur der praktischen Verschlussenheit des Arbeitsmarktes. Sie bildet einen wichtigen Prüfmaßstab im Recht der Renten wegen verminderter Erwerbsfähigkeit. Das Landessozialgericht hatte im Jahr 2018 die Auffassung vertreten, die vor allem auf einer Entscheidung des Großen Senats des BSG vom 19.12.1996 beruhende Rechtslage sei wegen der Veränderung des Arbeitsmarktes überholt. Um im Revisionsverfahren die empirische Tragfähigkeit dieser Aussage zu überprüfen, machte sich der 13. Senat des BSG auf die Suche nach Forschung, mit der sich die Behauptung des LSG überprüfen ließe. Die Suche endete mit dem vermutlich häufigen Ergebnis, dass es zu dem konkreten Problem keine wissenschaftlichen Erkenntnisse, in diesem Fall keine Erkenntnisse aus der Arbeitsmarktforschung, gab. Angesichts des Charakters gerichtlicher Einzelfallprüfung und der methodisch gebotenen Bezugnahme auf Tatbestandsmerkmale bzw., wie in diesem Fall, auf den in der Rechtsprechung des BSG entwickelten Katalog von Fällen des praktischen Ausschlusses vom Arbeitsmarkt, wird es nur selten Forschungsergebnisse geben, die unmittelbar zu den zu entscheidenden Fragen passen. Das Ergebnis der Recherche veranlasste den Senat, die Erkenntnisse aus unterschiedlichen Untersuchungen zusammenzuführen und hieraus die in der Entscheidungsbeurteilung ausgeführten Schlussfolgerungen zu gewinnen. Das Vorgehen belegt ein auch für Revisionsgerichte im Bereich des Untersuchungsgrundsatzes nicht selbstverständliches aktives Suchen nach wissenschaftlicher Aufklärung und das Verarbeiten gefundener Ansätze für die konkrete Streitfrage. Zugleich beschreibt *Knickrehm* die Bedingungen und Grenzen wissenschaftlich angeleiteter Sachverhaltsaufklärung. Wenn unmittelbar verwertbare und publizierte Forschungsergebnisse nicht vorliegen, bleibt nichts Anderes übrig, als sich aus thematisch einschlägigen Forschungsarbeiten ein Bild zusammenzusetzen und aus diesem Bild rechts- und sozialwissenschaftlich angeleitete Schlussfolgerungen zu ziehen. Das Vorgehen des 13. Senats des BSG zeigt beispielhaft, wie es mit Bordmitteln der Justiz gelingen kann, Erkenntnisse aus der sozial- und wirtschaftswissenschaftlichen Forschung für rechtliche Streitfragen, hier den Zugang zum

Arbeitsmarkt für gering qualifizierte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, nutzbar zu machen.

Auch im zweiten Fall hatte der 13. Senat des BSG in einem rentenrechtlichen Verfahren mit vergleichsweise großem Aufwand wissenschaftlich recherchiert, um zu einem der Wirklichkeit angemessenen Verständnis eines Tatbestandsmerkmals zu gelangen. Im Mittelpunkt stand der Begriff „Ghetto“, der eine zentrale Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Gesetzes zur Zahlbarmachung von Renten aus Beschäftigungen in einem Ghetto (ZRBG) und damit für die Gewährung einer Rente für Zeiten der Beschäftigung in einem Ghetto ist. Der dem Rechtsstreit zugrundeliegende Sachverhalt warf die Frage auf, kann ein einzelnes unbewachtes Haus ein Ghetto im Sinne des ZRBG sein? Zur Beantwortung dieser Frage vertiefte sich der Senat, wie *Sabine Knickrehm* es beschreibt, in geschichtswissenschaftliche Forschung und Literatur. Mit Hilfe der hieraus gewonnenen Erkenntnisse konnte der Senat den gesetzlich nicht definierten Begriff des Ghettos in § 1 Abs. 1 S. 1 ZRBG mit den verschiedenen Methoden der Auslegung hinreichend genau bestimmen. Auch dieses Beispiel kann durch die Aufklärung des wissenschaftlichen, hier des geschichtswissenschaftlichen Hintergrundes eines für die gerichtliche Rechtsanwendung unumgänglichen Begriffs überzeugen. Zugleich weist *Knickrehm* in methodologischer Hinsicht auf eine für die selbstorganisierte Wissenschaftsbeschaffung durch ein Gericht wichtige Grenze hin. Die Verfasserin fasst sie in die Frage, ob überhaupt in der Auslegung einer Norm oder eines Begriffs die in einer anderen Wissenschaft gefundene Definition „sozusagen 1:1“ übernommen werden kann. Denn bei dem Blick in die „andere Wissenschaft“ sei immer zu fragen, welchem Erkenntnisinteresse diese folgt und inwieweit dieses Erkenntnisinteresse zu dem der „eigenen Wissenschaft“ – hier der Rechtswissenschaft – passt. Zu den von ihr näher ausgeführten Unterschieden in den Erkenntnisinteressen kommt häufig eine kontextuelle Unsicherheit, die kennt, wer interdisziplinär arbeitet. Jede Wissenschaft erzeugt das ihr eigene Metawissen der Gründe für die Entstehung von Themen, der Verlässlichkeit von Methoden, des Akzeptierens und Verwerfens von Forschungsansätzen, der Entwicklung von fachlichen Diskursen und anderes. Wer im punktuellen Recherchekontakt mit einer anderen Wissenschaft aus ihrem Angebot an Erkenntnissen auswählt, wird nicht stets mit den inhaltlichen und methodischen Diskussionen dieses Fachs vertraut sein. Hier liegen, bei aller wünschenswerten Offenheit für benachbarte wissenschaftliche Erkenntnisse, Grenzen der Rezeption und Verarbeitung. Im praktischen Ergebnis kann die wissenschaftliche Recherche, wie im Falle des Ghetto-Begriffs, zu einer in die juristischen Auslegungsmethoden eingefügten Verarbeitung führen. Das aber kommt dem Ziel einer reali-

tätsgerechten Rechtsanwendung wesentlich näher als Auslegung ohne entsprechende wissenschaftliche Aufklärung außerhalb der Rechtswissenschaft.

III.

Mit den Beispielen für die Verwendung sozial- und geschichtswissenschaftlicher Erkenntnisse in der Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe und in der Auslegung von Normen sind wir vom Rahmen in das Bild im engeren Sinn gewechselt. Es besteht aus 14 Berichten und Kommentaren zu sozialrechtlichen und sozialpolitischen Forschungsprojekten. Bei aller Unterschiedlichkeit der 14 Beiträge ist hinter den oben genannten drei Überschriften, denen sie zugeordnet sind, die Blickrichtung entlang der Entfaltung sozialrechtlichen Rechtsschutzes erkennbar. Auch im Sozialrecht muss das Recht gewöhnlich aus einem individuellen Streitfall heraus in Bewegung gesetzt werden. Das hat aufgrund von Besonderheiten des sozialrechtlichen Rechtsschutzes auf der subjektiven wie auf der objektiven Seite bestimmte Voraussetzungen. Zu den subjektiven Voraussetzungen gehören Klägerinnen und Kläger, die häufig nur unzureichend mit finanziellen Mitteln und Kenntnissen des Rechts und seiner Anwendung ausgestattet sind, aber nicht selten unter zeitlichem Druck hinsichtlich der Klärung ihres rechtlichen Anliegens stehen. Zu den objektiven Bedingungen gehört die teilweise weitreichende Verschlussenheit des Sozialrechts für einen laienhaften Zugang. Hieraus entstehen Asymmetrien in Bezug auf die Verteilung von Wissen und Handlungsmacht.

1.

Vor dem Hintergrund asymmetrisch verteilter Wissens- und Handlungsbedingungen bei der Suche nach Rechtsschutz untersucht *Katharina Weyrich* die Mobilisierung sozialer Rechte in verbandlichen Beratungssituationen. Auf der Grundlage der durch teilnehmende Beobachtung von Beratungsgesprächen gewonnenen Empirie beschreibt *Weyrich* die Mobilisierung sozialer Rechte in verbandlichen Beratungssituationen als einen „komplexen und relationalen Aushandlungsprozess zwischen subjektiven, materiell-rechtlichen, bürokratischen und nicht widerspruchsfreien Perspektiven“. Sie geht in ihrer Analyse davon aus, dass in verbandlichen Beratungssituationen nicht nur das Wissen für die Mobilisierung des Rechtsschutzes

vermittelt wird, sondern auch Bedingungen „partizipatorischer Parität“ hergestellt werden. Mit diesem von *Nancy Fraser* entlehnten Begriff kennzeichnet sie die Anerkennung, Förderung und soziale Ermächtigung bereitstellende verbandliche Beratung.

Mit der Mobilisierung von Recht auf einer anderen Ebene befasst sich der Beitrag von *Solveig Sternjakob*. Ausgangspunkt ist für sie die Tatsache, dass die Durchsetzung von Recht neben der persönlichen Betroffenheit durch einen Konflikt und dem daraus erwachsenden Interesse an rechtlicher Klärung Voraussetzungen hat, die bei Individuen häufig nicht in ausreichendem Maße vorliegen. Behörden- und Rechtswissen gehört dazu, aber auch die für einen Rechtsstreit erforderliche Zeit, eine wirtschaftliche Lage, die es gestattet, den Ausgang des Rechtsstreits abzuwarten, Erfahrung mit Gerichten und Verfahren, Erfahrung in der Abschätzung der Erfolgsaussichten. Hinzu kommt, dass für viele Streitfälle des Alltags, auch des sozialrechtlichen Alltags, der Aufwand für die Klärung einer Streitfrage in keinem vernünftigen Verhältnis zur individuellen Bereitschaft steht, diese Klärung zu veranlassen. Das ändert nichts am Vorliegen des Problems, auch nichts daran, dass dasselbe Problem möglicherweise in vielen tausend Fällen vorliegt. Unter solchen Bedingungen kommt das Aufgreifen des Problems durch verbandlich organisierte Kläger in Betracht, die über die genannten Ressourcen verfügen. Unter der Voraussetzung, dass sie zum kollektiven Rechtsschutz zugelassen sind, können Verbände, im Sozialrecht ist das weitgehend im Konjunktiv zu fassen: *könnten* Verbände Streitfragen, die Einzelne überfordern, vor die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit bringen.

Sternjakob erörtert die Vorzüge überindividueller Durchsetzung von Rechten vor allem unter den drei Blickwinkeln der Überwindung der rationalen Apathie von Einzelnen, der Verfahrensökonomie und der Durchsetzung allgemeiner Ziele. Sie verweist darauf, dass sich die im Verbraucher- und Wettbewerbsrecht seit längerem bestehenden, seit 2018 in Gestalt der Musterfeststellungsklage nach den §§ 606 ff. ZPO auch im Zivilprozessrecht möglichen kollektiven Rechtsschutzverfahren mit einigem Erfolg in der traditionell individualisierten Welt der Klagen vor den Zivilgerichten durchgesetzt haben. Eine vergleichbare Verzahnung von individuellem mit kollektivem Rechtsschutz lässt sich für das Sozialrecht bislang nicht feststellen. Der Beitrag beschreibt daher eher Reformbedarf als Wirklichkeit. Dessen ungeachtet liegt der Gedanke eines ergänzenden kollektiven Rechtsschutzes auch im Sozialrecht nahe. Die soziale Machtasymmetrie zwischen den beiden Seiten des Sozialrechtsverhältnisses ist typischerweise nicht geringer als die zwischen Unternehmen und Verbrauchern. Die Wissensdifferenz dürfte wenigstens ebenso groß sein. Auch die Bereit-

schaft, als unbegründet oder ungerecht empfundene Entscheidungen oder mangelhafte Leistungen hinzunehmen, ist vermutlich nicht weniger verbreitet als im Verbraucherleben. Doch um hier belegbare Aussagen treffen zu können, bedarf es sowohl in empirischer als auch in rechtlicher Hinsicht weiterer Aufklärung. In empirischer Hinsicht interessiert, welche Typen von sozialrechtlichen Konflikten Individuen erfahren und wie sie darauf reagieren. Das individuelle Rechts- und Konfliktverhalten im Sozialrecht ist insgesamt unzureichend erforscht. Wissen hierüber ist jedoch notwendig, um genauer abschätzen zu können, in welchen sozialrechtlichen Konfliktfeldern kollektiver Rechtsschutz die individuelle Rechtsmobilisierung unterstützen oder ergänzen kann.

In rechtlicher und rechtsdogmatischer Hinsicht wird der Unterschied zwischen verbraucherrechtlichen und sozialrechtlichen Streitanslässen, Rechtsschutzziele und Rechtsnormen genauer zu bestimmen sein. Abgesehen davon, dass es Allgemeine Geschäftsbedingungen als einen häufigen Anlass kollektivrechtlicher Intervention im Zivilprozessrecht in dieser Form im Sozialrecht nicht gibt, sind auch andere mögliche Unterschiede zwischen dem auf Transaktionen von Gütern und Dienstleistungen ausgerichteten privaten Konsum auf der einen Seite, der Bereitstellung von Sozialleistungen auf der anderen Seite materiell- und verfahrensrechtlich genauer in den Blick zu nehmen.

Mit dem Blick auf die Rolle und Wirkung von Verbänden vor den Sozialgerichten schließt der Beitrag von *Felix Welti* mit einem etwas verlagerten Blickwinkel an. Verbände als Träger überindividueller Interessen im Sozialrecht nehmen seit jeher in bestimmter Hinsicht an sozialgerichtlichen Verfahren teil. Zu den Formen ihrer Mitwirkung gehören die Vorschläge für die Ernennung ehrenamtlicher Richterinnen und Richter, die in den Kammern und Senaten der Sozialgerichtsbarkeit tätig werden sollen, aber auch die Rechtsberatung und gegebenenfalls die Übernahme der rechtlichen Vertretung von Mitgliedern vor Gericht. Zur rechtlichen Vertretung gehört die vorgeschaltete Prüfung der Erfolgsaussichten, möglicherweise auch der Vereinbarkeit des Streitthemas mit verbandspolitischer Schwerpunktsetzung im Sozialrecht. In der Erforschung der verbandlichen Entscheidungen vor der Erhebung einer Klage sieht *Welti* einen Zugang zur Forschungsfrage, wieviel kollektives Programm in individuellen Klagen stecken kann. Das ist ein interessanter, bislang kaum erforschter Zusammenhang an der Schnittstelle zwischen kollektiver Praxis und individuellem Rechtsschutz. Erkenntnisse hierzu könnten helfen, den Bedarf an kollektivem Rechtsschutz im Sozialrecht genauer zu bestimmen. Zu der möglichen Verknüpfung von Verband und Individuum im Sozialrecht gehört, dass über den Einzelfall hinausreichende Wirkungen auch durch

strategisch ausgewählte und vor die Gerichte gebrachte Streitthemen erzielt werden können.

Ein weiterer, bislang nicht erforschter Ansatz, um die Flächenwirkung sozialgerichtlicher Streitigkeiten in den Blick zu nehmen, wäre eine Untersuchung der rechtswirklichen Bedeutung der Musterverfahren nach § 114a SGG. Insgesamt könnten sich hieraus und aus der Untersuchung anderer Fragen aus dem Vorfeld der Klageerhebung nach Auffassung von *Welti* genauere Hinweise auf den Bedarf neuer prozessrechtlicher Instrumente wie der Verbandsklage gewinnen lassen.

Vor dem Hintergrund von Forschungsdaten zur schweizerischen Sozialhilfe widmet sich *Gesine Fuchs* in ihrem Beitrag dem Zugang zum Recht in diesem durch besondere Bedingungen gekennzeichneten Feld. Zugang zum Recht muss nicht nur objektiv, vor allem durch empfangsbereite Institutionen und finanzielle Erschwinglichkeit, möglich sein, sondern hat auch in der den Rechtsschutz suchenden Person liegende Voraussetzungen. Zu diesen subjektiven Voraussetzungen gehören das Wissen, dass für die streitige Situation Recht und Rechtsschutz zur Verfügung stehen, und die Bereitschaft und Fähigkeit, einen Beratungs- und Rechtsschutzprozess in Gang zu setzen. Auch im Sozialhilferecht der Schweiz hat die Beratung als Eingangspforte auf dem Rechtsweg eine eminent wichtige Bedeutung.

Im Zusammenhang mit dem rechtlichen Gehör in der Sozialhilfe macht *Fuchs* auf die Bedeutung der Mündlichkeit für den Zugang zu (verständlichem) Recht und für die Vermittlung von sozialhilferechtlichen Entscheidungen aufmerksam. Für fast neun von zehn Beratungsstellen gehört die Erklärung von Schreiben und Entscheidungen der Sozialbehörden zur Beratung. Das dürfte in Deutschland ähnlich sein. „Erklärung“ wird man im Regelfall als Übersetzung verstehen müssen. Übersetzung ist zwar gelegentlich auch im sprachmittelnden Sinne erforderlich. In den Aussagen der Schweizer Sozialberatungsstellen zum häufigen Erklärungsbedarf kommt aber hauptsächlich eine andere Vermittlungsleistung zum Tragen. Zu übersetzen sind Entscheidungen und Begründungen auf dem Gebiet der Sozialhilfe aus der Fachsprachlichkeit des Rechts ins Allgemeinverständliche, aus der Rechtssprache in die Laiensprache. Der Unterschied zwischen beiden Sprachen dürfte im Sozialrecht und im Sozialhilferecht noch größer sein als in anderen Rechtsgebieten. Das hat Gründe, die vor allem in dem von *Fuchs* zitierten „Schleier der Intransparenz“ liegen. Er ist im Sozialrecht besonders dick gewoben und lässt sich nur begrenzt lüften. Die teilweise schwer zu verstehenden Rechtsnormen, ausfüllungsbedürftige Rechtsbegriffe, ermessensabhängige Rechtsanwendung, die Feinsteuerung der Rechtsanwendung durch Verordnungen und Dienstanweisungen, die vergleichsweise hohe Frequenz von Rechts-

änderungen und anderes machen Sozialrecht schwer lesbar – nicht nur für Laien. Die von *Fuchs* beobachtete Erschwerung des Zugangs zum Sozialhilferecht in der Schweiz durch die Schriftlichkeit von Antragstellung, Verfahren, Entscheidung und Begründung verdient allgemein in der sozialrechtssoziologischen Forschung Aufmerksamkeit. Das Verhältnis von Schriftlichkeit und Mündlichkeit entscheidet mit über die Qualität des Rechtsschutzes. Für nicht wenige Menschen ist der Zugang zum Schriftverständnis aus Gründen von Bildung, Übung oder fehlender Vertrautheit mit dem kulturellen Kontext von Sprache und Schrift erschwert. Unter den Menschen, die auf Sozialhilfe angewiesen sind, ist der Anteil der im Schriftverkehr Ungeübten deutlich höher. Eine ausschließlich schriftliche Begründung der Entscheidung lässt nicht wenige davon Betroffene ratlos zurück. Auch hierin liegt der Grund für den von *Fuchs* beobachteten Verlust an Autonomie von Antragstellerinnen und Antragstellern in der Sozialhilfepraxis; diese Beobachtung darf man sicherlich auf die deutsche Sozialhilfe- und Grundsicherungspraxis übertragen. Ein Beleg hierfür findet sich in einer empirischen Untersuchung aus dem Jahr 2009 zum Gebührenrecht im (deutschen) sozialgerichtlichen Verfahren. Hier wurde die auffallend hohe Zahl der Rücknahme von Klagen im sozialgerichtlichen Verfahren mit einer Funktionsverschiebung im Verhältnis zwischen Sozialleistungsträgern und Sozialgerichten begründet. Die eigentlich den Sozialverwaltungen obliegende Aufgabe der verständlichen Begründung ihrer Entscheidungen ist allem Anschein nach in Teilen auf die Sozialgerichtsbarkeit übergegangen.¹

2.

Die zweite Gruppe von Beiträgen wendet sich vom Verfahren weg und „Öffentlichen Diskursen und nicht-juristischem Wissen in der Rechtsprechung“ zu. Fünf rechts-, politik- und wirtschaftswissenschaftliche Beiträge lassen sich dieser Überschrift zuordnen. *Simon Roesen* legt eine Analyse der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum sogenannten „Off-Label-Use“ von Arzneimitteln vor, der ausnahmsweise zulässigen Verschreibung von Arzneimitteln außerhalb ihrer arzneimittelrechtlichen Zulassung. In einer solchen Situation fehlt beim Einsatz des Arzneimittels der ansonsten

1 Braun, Bernhard/Braun, Petra/Höland, Armin/Welti, Felix/ Schmidt, Sabine/Ullmann, Karen/Golke, Tim/Rehberg, Viktoria/Sethe, Anna, Gebührenrecht im sozialgerichtlichen Verfahren, S. 290 f.

durch das arzneimittelrechtliche Prüfverfahren zu erbringende Nachweis der Sicherheit, Wirksamkeit und Qualität. Der Verfasser gewinnt hieraus die für sein Promotionsprojekt zentralen Fragen nach dem Verhältnis der Feststellung von generellen Tatsachen durch das Bundessozialgericht (BSG) zu der Erforschung des Sachverhalts durch das jeweils vorinstanzlich zuständige Landessozialgericht und den verfahrensrechtlichen Folgen dieses Verhältnisses. Den Hintergrund des Forschungsinteresses bildet die Tatsache, dass sich das BSG in einer über mehrere Jahrzehnte gefestigten Rechtsprechungslinie bei bestimmten, den Einzelfall übergreifenden Fragen von der Bindung an die Tatsachenfeststellung nach § 163 SGG befreit hat. So wurde beispielsweise die Frage, ob eine dem Stand der Wissenschaft entsprechende Behandlung einer Krankheit im Inland möglich ist, wegen ihrer allgemeinen Bedeutung für eine Vielzahl von Fällen als eine so genannte generelle Tatsache angesehen.² Begründet wird das, wie in diesem Falle durch den 1. Senat des BSG, damit, dass es der Aufgabe der Revisionsinstanz entspreche, „in einer solchen Konstellation durch Ermittlung und Feststellung der allgemeinen Tatsachen die Einheitlichkeit der Rechtsprechung sicherzustellen und so die Rechtseinheit zu wahren“.³ Wenn das Revisionsgericht unter der genannten Voraussetzung sowohl bei der Auslegung als auch bei der Sachverhaltsermittlung eigene tatsächliche Feststellungen treffen darf, dann entsteht nach *Roesen* ein Spannungsverhältnis zum Grundsatz der freien Beweiswürdigung nach § 128 Abs. 1 S. 1 SGG, auf dessen Grundlage das vorentscheidende Landessozialgericht den Sachverhalt gewürdigt hatte. Gegenstand der Untersuchung ist damit das Problem der Abgrenzung zwischen den „in dem angefochtenen Urteil getroffenen tatsächlichen Feststellungen“ nach § 163 SGG auf der einen Seite und der Rechtsverletzungsprüfung durch das Revisionsgericht auf der anderen Seite, wenn diese durch die Doktrin der „generellen Tatsachen“ ein Stück weit zum Empirischen hin geöffnet wird.

An die Rechtsfigur des „Off-Label-Use“ schließt sich die wirtschaftswissenschaftliche Betrachtung von *Christian Jesberger* und *Stefan Greß* zum Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 SGB V an. Die Betrachtung bereichert das von *Roesen* behandelte Thema durch eine Untersuchung, die ihren Ausgangspunkt in dem durch § 12 SGB V normierten Ziel eines effizienten Ressourceneinsatzes nimmt. Die Vorschrift ist insofern eine interdisziplinär zugängliche Regel, als ihre unbestimmten Rechtsbegriffe („ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich“; keine Überschreitung des Maßes

2 BSG, Urteil vom 16.06.1999, B 1 KR 4/98 R, juris.

3 BSG, Urteil vom 16.06.1999, B 1 KR 4/98 R, juris Rn. 17.

des Notwendigen) auf der einen Seite für die Gesundheitsökonomie offen sind, auf der anderen Seite auf die Ausfüllung der Rechtsbegriffe und die rechtlich kontrollierte Bestimmung von Grundsatz und Ausnahme angewiesen sind. Unter Bezugnahme auf die im Schrifttum zu § 12 SGB V entwickelte Unterscheidung zwischen der Wirtschaftlichkeit im engeren Sinne und der Wirtschaftlichkeit im weiteren Sinne stellen *Jesberger* und *Greß* fest, dass in Extremsituationen die Wirtschaftlichkeit i.e.S. weitgehend in den Hintergrund rückt. „Die Abwägung erfolgt vielmehr zwischen dem Fehlen eines Wirksamkeits- und Unbedenklichkeitsnachweises auf der einen und einer dem Einzelfall angemessenen, ausreichenden Leistung auf der anderen Seite.“ Damit treten aus Sicht der Verfasser ethische und verfassungsrechtliche Aspekte in den Vordergrund der Finanzierungsentscheidung. Am Beispiel des „Off-Label-Use“ entsteht auf diese Weise eine bemerkenswerte Beschreibung der Systemgrenze zwischen Ökonomie und Recht.

Katie Baldschun widmet sich in ihrem Beitrag der Emergenz der Figur der Steuerzahler in der sozialgerichtlichen Rechtsprechung. Seit etwa 2005 erscheint diese Figur verstärkt in Entscheidungsbegründungen. Das gibt zu denken, weil sich an diese Figur andere als die traditionell im Sozialrecht vorherrschenden Wertungen anknüpfen lassen. Durch Bezugnahme auf die Steuerzahler wird, wie auch durch die vergleichbare Bezugnahme auf die Versichertengemeinschaft oder die Beitragszahler, dem rechtsschutzsuchenden Individuum etwas Kollektives gegenübergestellt. Bezeichnet werden soll damit die Quelle der finanziellen Mittel, auf die das den Anspruch erhebende Individuum zugreifen will. Aus einem abstrakten Anspruchsverhältnis wird ein Rechtfertigungsverhältnis. Mit der Einführung der „Steuerzahler“ in die Begründung von Urteilen über Sozialleistungsansprüche Einzelner erhalten nach *Baldschun* auch diejenigen eine Position, die diese Leistung finanzieren. Dadurch erscheine der sozialgerichtliche Prozess als kontradiktorisch. Losgelöst von den rechtlichen und parlamentarischen Zwischenakten zwischen dem Entrichten von Steuern und der Verwendung von Steuern signalisieren die „Steuerzahler“ das Faktum der Begrenztheit sozialer Haushalte und das Gebot verantwortlicher Verwendung der Mittel in der Relation des Einzelnen zum Staat. Mit Bezug auf die Symbol- und Machttheorien von *Pierre Bourdieu* sieht die Verfasserin darin das Eindringen einer mit symbolischer Macht ausgestatteten, den Leistungsansprüchen des Einzelnen begrenzend und mahnend gegenübergestellten Figur in sozialgerichtliche Entscheidungsgründe.

Auf denselben Begriff der Steuerzahler greifen *Wolfgang Schroeder*, *Samuel Greef* und *Lukas Kiepe* unter einem anderen Blickwinkel zu. Mit

ihrem Beitrag dekonstruieren die Autoren den „Bund der Steuerzahler“ als neo-liberalen Akteur und als „pressure group“, der eben dieses wahre Interesse hinter dem Anklingenlassen des gemeinen Wohls (Bund „der Steuerzahler“) und der Selbstzuschreibung eines kritischen Wächteramtes in der Zivilgesellschaft zu verbergen sucht. Die ausgeprägte Divergenz zwischen Innensicht und Außenhandeln leiten die Autoren aus dem gleichzeitigen Wirken zweier Logiken ab, der Mitgliedschaftslogik und der Einflusslogik. Die verbandliche Kunst besteht in der unauffälligen Übersetzung der einen Logik in die andere. Die Mitgliedschaftslogik gebietet die Ausrichtung der verbandspolitischen Linien an den Interessen der konservativ-liberalen Leitung und der Kerngruppen von Mitgliedern. Die Interessen lassen sich im Wesentlichen durch die Ausrichtung am Leitbild des schlanken Staates bestimmen. Die Einflusslogik hingegen erfordert die Umwandlung partikularer Interessen, zumindest aber ihre Verschmelzung mit allgemeinen Interessen und dem gemeinen Wohl. Hierbei helfen medial verstärkte Aktionen und Skandalisierungen, wie die Schuldenuhr und die alljährlich die Öffentlichkeit erzürnende Lektüre der Beispiele von Steuerverschwendung.

3.

Die letzten sechs Abhandlungen stehen unter der Überschrift „Anforderungen an sozialstaatliche Konfliktlösungsverfahren“. Den neben dem Beitrag von *Fuchs* zum Schweizer Sozialhilferecht zweiten Forschungsbericht mit Auslandsbezug hat *Alice Dillbahner* verfasst. Sie behandelt „Normative Einflüsse in der Gestaltung von Rechtsschutzverfahren – die Administrative Justice in Großbritannien“. Der Begriff der „Administrative Justice“ bedarf der Erläuterung. Er changiert zwischen rechtsethischen Grundsätzen, vor allem dem der Gerechtigkeit, und der rechtspraktischen Ausgestaltung der Institutionen und Verfahren des Rechtsschutzes. Unter Bezugnahme auf die von *Jerry L. Mashaw* entwickelten und von *Michael Adler* weiterentwickelten Modelle von „Administrative justice“ geht *Dillbahner* der Frage nach, in welcher Hinsicht sich Einflüsse dieser Modelle mit ihren jeweiligen leitenden Prinzipien – Bürokratie, Professionalität, Rechtmäßigkeit, Management, Verbraucher, Markt – auf die Reformen des britischen Sozialrechtsschutzes erkennen lassen. Die Identifizierung von Einflüssen auf Recht ist ein methodisch wie inhaltlich anspruchsvolles Vorhaben. Die Übersetzung von Prinzipien in Gesetzgebung und praktische Politik durchläuft Verhandlungsprozesse mit vielfältigen Akteuren und Interessen und mündet, wie die Verfasserin feststellt, in „Trade-offs zwischen konkur-

rierenden Einflüssen“. Die Untersuchung von Einflüssen der jeweils vorherrschenden Modelle auf die Ausgestaltung und den Wandel von Rechtsschutzkonzepten erfordert daher genaues Sezieren und Nachzeichnen. Gelingt die Bestimmung der Einflüsse sich ändernder Modelle auf die Ausgestaltung von „Administrative Justice“, wird die Verfasserin in der Lage sein, den Wandel in Zielen und Formen des sozialrechtlichen Rechtsschutzes nicht als zufälliges oder schicksalhaftes Geschehen zu beschreiben, sondern als Ausdruck sich wandelnder politischer und gesellschaftlicher Präferenzen auf dem Gebiet der Sozialpolitik. An das Forschungsziel sei der Hinweis angeschlossen, dass es sozialpolitischen Modellwandel nicht nur in Großbritannien gibt. Über das hier vorgestellte Thema hinaus wäre der Vergleich der Veränderungen in den sozialpolitischen Paradigmen Großbritanniens mit entsprechenden Veränderungen in anderen europäischen Staaten von voraussichtlich großem Nutzen für eine europäische Sicht auf Prinzipien und Wandel des Sozialstaats.

Die rechtstatsächliche Untersuchung der „Verwaltungspraxis in der Grundsicherung für Arbeitsuchende“ von *Minou Banafsche* und *Tanja Klenk* hat sich den 16 Optionskommunen in Hessen mit der Frage nach den in ihren Jobcentern herrschenden Qualitätsstandards zugewandt. Für die genauere Bestimmung der Qualitätsstandards richten die Verfasserinnen den Blick auf das Widerspruchsverfahren. In 15 der 16 Jobcenter ist die Bearbeitung der Widersprüche gegen Bescheide den dort eingerichteten Widerspruchsstellen überantwortet, die unabhängig von der Sachbearbeitung tätig werden. Widerspruchsstellen sind eine für die Erfassung der Qualität sozialrechtlicher Verwaltungspraxis auf dem Gebiet der Grundsicherung für Arbeitsuchende gut geeigneter Forschungsgegenstand. Sie wirken in zwei Richtungen. Gegenüber der Sachbearbeitung im Hause kontrollieren sie die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns, gegenüber den widersprechenden Leistungsbeziehern kontrollieren sie die Bedingungen des Zugangs zum Rechtsschutz. Dem Forschungsinteresse liegt die Tatsache zugrunde, dass der Anteil der erfolgreich beanstandeten Bescheide der Jobcenter vergleichsweise hoch und der Anteil der erfolgreichen sozialgerichtlichen Klagen gegen Widerspruchsbescheide in den Jahren 2013 bis 2017 gestiegen ist. Auf der Grundlage von Fokusgruppengesprächen mit Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern aus den Widerspruchsstellen gelangt die Untersuchung zur genaueren Bestimmung struktureller Defizite in den Behörden. Vor allem drei Ansatzpunkte werden in den Vordergrund der Analyse gerückt: die durch Fortbildung und Wissensaustausch zu verbessernde Qualifikation in der Sachbearbeitung, die praxisgerechte Vermittlung aktuellen Rechtswissens für die überprüfenden Widerspruchsstellen und der behördenübergreifende Austausch mit den

anderen hessischen Optionskommunen wie auch mit den gemeinsamen Einrichtungen und Arbeitsagenturen in Hessen. Ziel sollte sein, die Entscheidungspraxis durch gemeinsam erarbeitete Fehleranalysen und Konzepte für eine rechtssichere Fallbearbeitung konsistenter zu machen.

Der Beitrag von *Tanja Pritzlaff-Scheele* „Ein Ausdruck von Gerechtigkeit? Normative Ansprüche an Verwaltungspraxis“ nimmt die Forschungsfragen von *Dillbahner* sowie von *Banafsche* und *Klenk* auf und beleuchtet sie unter dem Gesichtspunkt des Verhältnisses der normativen Ansprüche und der Prinzipien des Verwaltungshandelns zur Alltagsproduktion von Verwaltungspraxis. Wie wirkt die normative Konzeption auf Verfahren und Ergebnis von Verwaltungshandeln ein? *Pritzlaff-Scheele* nimmt sich das Prinzip der Gerechtigkeit zum Ausgangspunkt. Es erscheint in Verwaltungsverfahren in zwei Ausprägungen, der Verfahrensgerechtigkeit und der Gerechtigkeit des Ergebnisses. Die beiden Dimensionen, Prinzip und Praxis, decken sich nicht. Zwischen sie schiebt sich etwas Unterscheidendes. Die Verfasserin nennt es unter Bezugnahme auf *Frank Nullmeier* die „Differenz zwischen Regel und Praktik“. Wie kann ein regeldeterminiertes Verfahren von der Regel abweichen? Was bewirkt die Differenz? Für diese Fragen gibt es im Alltagshandeln von Verwaltung einiges zu entdecken. Hier müssen Verwaltungsroutinen und die aus dem Dienstbetrieb erzeugten Gerechtigkeitsvorstellungen der in der Verwaltung Tätigen mit den Regeln, aber auch mit den Gerechtigkeitserwartungen des Publikums abgestimmt werden. Das geschieht fallbezogen und in Mikroprozessen von Sachverhaltsdeutung und Rechtsanwendung. Vor allem kommen hierbei nach *Pritzlaff-Scheele* zwei feinsteuernde Mechanismen zum Tragen, die Ausübung des Ermessens und die Kontrolle der Bescheide im Widerspruchsverfahren. Ob Ermessen auszuüben ist, steht nicht im Belieben der Verwaltung, sondern ist normativ programmiert und durch die Gesetzessprache indiziert („kann“ und „können“, „soll“ und „sollen“ u. ä.). Das Wie der Ermessenausübung hingegen eröffnet ein Spannungsverhältnis zwischen dem Bedürfnis nach behördeninterner Standardisierung von Entscheidungen einerseits, der Varianz von Einzelfällen auf der anderen Seite. In Widerspruchsverfahren erscheint dasselbe Spannungsverhältnis auf der Ebene der rechtlichen Überprüfung der Ausgangsentscheidung. In beiden Anpassungssituationen sieht *Pritzlaff-Scheele* die Ursache für das, was sie unter Bezugnahme auf die verwaltungsethnographische Untersuchung von *Tobias Eule*, *Lisa Marie Borelli*, *Annika Lindberg* und *Anna Wyss* zur Praxis des Migrationsrechts als „Implementierungslücke“ bezeichnet. Der Begriff darf hinterfragt werden. Wenn Rechtsvorschriften durch unbestimmte Rechtsbegriffe und Widerspruchsverfahren durch Überprüfung Rechtsanpassung auf dem „street level“ verlangen, kann das als lückenhaft

bezeichnet werden? Wohl nur insoweit, als das Ergebnis „unten“ den Prinzipien „oben“ widerspricht. Die Ausführungen von *Pritzlaff-Scheele* machen deutlich, dass es zur Interaktion zwischen Gesetzgeber und Verwaltung und zwischen Verwaltung und rechtsschutzsuchender Öffentlichkeit viel zu erforschen gibt, um die Verwandlung von Prinzip in Praxis aus der Sicht sowohl der Verwaltung als auch des Publikums aufzuhellen.

Ebenfalls auf die Akzeptanz und Legitimität sozialrechtlicher Entscheidungen, wenn auch in einer anderen Akteurskonstellation, stellt die Betrachtung von *Michael Beyerlein* zu sozialrechtlichen Schiedsstellen ab. Die Betrachtung ist theoretisch angelegt, mündet aber in einer Forschungsempfehlung, um sozialrechtliche Schiedsstellenverfahren im Hinblick auf ihre Funktionen und Erfolgsbedingungen auch empirisch besser zu verstehen. Schiedsstellen, durchweg modelliert nach dem sogenannten Berliner Abkommen zwischen Ärzteorganisationen und Krankenkassen von 1913, bilden eine subsidiäre Entscheidungsinstanz. Sie können angerufen werden, wenn sich Leistungsträger und Leistungserbringer hinsichtlich Umfang, Qualität und Kosten sozialrechtlicher Leistungen nicht einigen können. Mit der Anrufung einer Schiedsstelle verändert sich die Interaktion von der zweiseitigen Verhandlung zur dreiseitigen Verhandlungsförderung und letztlich, wenn auch mit Hilfestellung keine Einigung gelingt, zur Entscheidung durch eine dritte Instanz. Mit dem Ziel eines genaueren Verständnisses der Wirkung von sozialrechtlichen Schiedsstellen legt *Beyerlein* versuchsweise sechs theoretische Ansätze an: die von *Niklas Luhmann* entwickelte Theorie der Legitimation durch Verfahren, die Typologie legitimer Herrschaft von *Max Weber*, die Erzeugung von Legitimität durch demokratische Deliberation von *Jürgen Habermas*, die für die Legitimationswirkung grundlegende Verknüpfung von Input und Output nach *Fritz Scharpf*, die auf die Maximierung von Nutzen abstellende Spieltheorie nach *John F. Nash*, und schließlich die Folgerungen aus den Kooperations- und Kontinuitätserwartungen innerhalb des „Kontaktsystems“ Schiedsstelle. Mit dem letztgenannten Blickwinkel ruft *Beyerlein* das „Gesetz des Wiedersehens“ auf und kehrt damit zurück zur Legitimationstheorie von *Luhmann*. Welcher der theoretischen Ansätze sich mit welcher Plausibilität in der Verfahrenswirklichkeit sozialrechtlicher Schiedsstellen wiederfindet, wird sich nur mit Hilfe empirischer Untersuchungen aufklären lassen.

Auch *Andreas Hänlein* behandelt in seinem Beitrag zur „Gemeinsamen Selbstverwaltung in der Rechtsprechung des BSG“ ein spezifisch sozialrechtliches Verhandlungs- und Rechtsetzungssystem. Nach der von ihm

in Bezug genommenen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts⁴ bildet die Regelung der vertragsärztlichen Versorgung durch die beteiligten Körperschaften der Krankenkassen und der Ärzte als „gemeinsame Selbstverwaltung“ das „Wesensmerkmal des vertragsärztlichen Kollektivvertragssystems“. Träger dieser korporativen und kooperativen Rechtsetzungsbefugnis ist auf Bundesebene der Gemeinsame Bundesausschuss (GBA), dessen Legitimität sich, wie *Hänlein* im schnellen Durchgang durch die Institutionengeschichte belegen kann, vor allem durch Interventionen des Gesetzgebers seit 2003 spürbar verbessert hat. Die Einführung der Weisungsunabhängigkeit aller Mitglieder des GBA und die Pluralisierung der Beteiligung hat die Legitimationsgrundlage des GBA nach *Hänlein* verbessert. Daher erscheint es ihm „alles in allem“ vertretbar, die Rechtssetzung des Gemeinsamen Bundesausschusses als verfassungskonform zu akzeptieren.

Mit dem Beitrag von *Christian Grube* erhält das Forschungsbild föderale Vielfarbigkeit. Veranlasst ist seine Betrachtung der „Gebühren eines sozialrechtlichen Schiedsstellenverfahrens“ durch die Erkenntnis, dass die Gebühren für derartige Verfahren in den 16 Bundesländern auf Grundlage erheblich voneinander abweichender Regelungen festgesetzt werden. Ungeachtet der für alle Schiedsstellen gleichen gesetzlichen Aufgabe, einen durch die Vertragsparteien nicht zustande gebrachten Vertrag durch einen Schiedsspruch „herzustellen“, unterscheiden sich die Schiedsstellenverordnungen der Bundesländer im Hinblick auf die Gebühren und ihre Festsetzung. Die Varianz ist so stark, dass sich für *Grube* die Frage stellt, ob die Gebührenregelungen „von den in allen Sozialgesetzbüchern gleichlautenden Verordnungsermächtigungen gedeckt sind“. Nach Erörterungen zur Rechtsnatur der Schiedsstellen, zur Qualität des Schiedsspruchs als Verwaltungsakt und zur Rechtsnatur der Gebühr kommt der Verfasser zu dem Ergebnis, dass die durch die Schiedsstelle selbst vorgenommene Gebührenfestsetzung mangels ausreichender Rechtsgrundlage nichtig ist. Nicht zu beanstanden seien hingegen die den häufigsten Fall bildenden Regelungen, wonach der die Schiedsstelle vertretende Vorsitzende im Wege reiner Verwaltungstätigkeit die Gebühr festsetzt.

4 Vgl. die Entscheidung des 6. Senats des BSG, Urteil vom 30.11.2016, B 6 KA 38/15 R, juris.

IV.

Zu welchen Folgerungen für interdisziplinäre sozialpolitische Forschung führt das bunte Bild? Aus der Auswahl der 14 Blicke auf die Sozialgerichtsbarkeit und ihre angrenzenden Praxisfelder lassen sich fünf Merkmale gewinnen, mit denen sich das Besondere des Forschungsfeldes kennzeichnen und eine Wunschliste für weitere Forschung gewinnen lässt. Am weitesten greift das erste Merkmal aus, die gesellschaftliche Durchdringungstiefe. Sozialrecht im Allgemeinen wie die konflikthafte Zuspitzung in Situationen des Rechtsschutzes im Besonderen bildet Gesellschaft ab. Sozialrecht weist im Vergleich der großen Rechtsgebiete wohl die genaueste, weil unmittelbare Koppelung an allgemeine Lebenssituationen auf. Sozialpolitik ist demgegenüber eine abhängige Variable. Sie greift die Bedarfs- und Entwicklungssignale der Gesellschaft auf und setzt sie in politische Projekte um. Das zweite Merkmal: Sozialrecht wie Sozialpolitik aktualisieren und normieren grundlegende Werte, insbesondere die Gerechtigkeit mit ihren materiellen und prozeduralen Ausprägungen. Über das Sozialrecht vermittelt nehmen gesellschaftliche Veränderungen an den werthaftern Diskursen und damit an der Verständigung der Gesellschaft mit sich selbst teil. Die großen Debatten über Renten, Pflege, Armut und „Hartz IV“ markieren als Beispiele diesen Zusammenhang. Die dritte Beobachtung: Die Qualität von Sozialrecht als gesellschaftliches Informationssystem schärft sich im Konflikt. In Konflikten treten Interessenwidersprüche und enttäuschte Erwartungen an Leistungen und Gerechtigkeit zu Tage und drängen zu Entscheidungen. Im Konflikt wechselt das Sozialrecht von leise zu laut, von unsichtbar zu sichtbar. Damit sozialrechtliche Konflikte ein rechtsstaatlich geordnetes Forum finden, ist – viertens – der forschende wie der politische Blick auf den Zugang zum Recht zu richten. Der Zugang zum Recht hat ein weites Einzugsgebiet. Es umfasst die vorbereitenden Stadien der Information und Beratung wie die Angebote und Formen des Rechtsschutzes innerhalb wie außerhalb der Sozialgerichtsbarkeit. Schließlich haben, fünftens, die Erfahrungen, die Menschen mit Sozialrecht und der Mobilisierung von Sozialrecht im Konfliktfall machen, Einfluss auf die Einstellungen der Gesellschaft gegenüber dem Staat. Über seine Legitimität entscheiden, nicht allein, aber erheblich, die Wahrnehmungen von der Verlässlichkeit von sozialen Versorgungs- und Gerechtigkeitsversprechen.

Was sollte auf der künftigen Agenda sozialpolitischer Forschung stehen? Zunächst sollte selbstverständlich zu Ende geführt werden, woran bereits geforscht wird. Nicht alle vorgenannten Forschungsprojekte sind abgeschlossen; aus manchen mögen sich Anschlussperspektiven ergeben. Schließlich lassen sich auch Wünsche nach weiteren Gegenständen und

Fragestellungen notieren, jedenfalls drei. Die ersten beiden knüpfen an dieselbe Beobachtung an. Die hier zusammengestellten Forschungsarbeiten befassen sich mit Institutionen, Verfahren und Texten des Sozialrechts. Was nicht oder nur am Rande (etwa in der Beobachtung der verbandlichen Beratungssituation durch *Katharina Weyrich*) in Erscheinung tritt, sind die Menschen, die das Recht in Bewegung setzen, indem sie Widerspruch erheben und gegebenenfalls klagen. Damit fehlen zwei für eine umfassende Beurteilung des Rechtsschutzprozesses wichtige Erkenntnisse. Die eine steht am Anfang der Suche nach Rechtsschutz. Was veranlasst Menschen, sich gegen die Entscheidung oder auch die Nichtentscheidung eines Sozialleistungsträgers zur Wehr zu setzen? Mit welchen Erwartungen und auf welchem Kenntnis- oder auch Beratungsstand beginnen sie die Mobilisierung des Rechts? Sind sie dabei allein oder unterstützt durch einen Verband oder eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt? Die entsprechende wissenschaftliche Neugier richtet sich auf das Ende der Suche nach Rechtsschutz. Welche Erfahrungen haben Menschen aus der Mobilisierung von Sozialrecht gewonnen? Wie bewerten sie Leistungsfähigkeit, Gerechtigkeit und Fairness des Rechtsschutzes durch die Behörden und die Gerichte? Welche Folgerungen ziehen sie aus den Erfahrungen für ihre Einstellung zum Sozialstaat, zu seinen Institutionen und Prinzipien? Der dritte Wunsch ist einfach hinzuschreiben und schwer zu erfüllen. Von zwei Beiträgen abgesehen, die sich mit ausländischen Sozialrechtsordnungen befassen (*Gesine Fuchs* und *Alice Dillbahner*), bleiben die vorgestellten Forschungsbeispiele im deutschen Sozialrechtsraum. Die in den Beiträgen erörterten Phänomene und Probleme hingegen finden sich auch in anderen europäischen Staaten. Dass die Institutionen anders heißen und die rechtlichen Grundlagen anders konzipiert sind, steht einem Vergleich der Funktionen nicht entgegen. Rechtsvergleichung und Praxisvergleichung sind zugegebenermaßen aufwändig, Fördermittel sind schwieriger zu erlangen als für handfeste Projekte im deutschen Anwendungszusammenhang. Was den Aufwand gleichwohl lohnen kann, sind zusätzliche Erkenntnischancen in beide Richtungen, für die eigene Rechtspraxis wie für die in den Vergleich einbezogene Rechtsordnung.

Autor:innenverzeichnis

Dr. Katie Baldschun, Richterin am Sozialgericht, bis 2021 abgeordnet an die Universität Kassel als wissenschaftliche Mitarbeiterin im Fachgebiet Sozial- und Gesundheitsrecht, Recht der Rehabilitation und Behinderung; Nachwuchsgruppe „Die Sozialgerichtsbarkeit und die Entwicklung von Sozialrecht und Sozialpolitik in der Bundesrepublik Deutschland“.

Prof. Dr. Minou Banafsche, Fachgebiet für Öffentliches Recht, insbesondere Sozialrecht, Universität Kassel.

Michael Beyerlein, LL.M., wissenschaftlicher Mitarbeiter im Fachgebiet Sozial- und Gesundheitsrecht, Recht der Rehabilitation und Behinderung, Universität Kassel; Nachwuchsgruppe „Die Sozialgerichtsbarkeit und die Entwicklung von Sozialrecht und Sozialpolitik in der Bundesrepublik Deutschland“.

Alice Dillbahner, LL.M., wissenschaftliche Mitarbeiterin im Fachgebiet Sozial- und Gesundheitsrecht, Recht der Rehabilitation und Behinderung, Universität Kassel; Nachwuchsgruppe „Die Sozialgerichtsbarkeit und die Entwicklung von Sozialrecht und Sozialpolitik in der Bundesrepublik Deutschland“.

PD Prof. Dr. Gesine Fuchs, Institut Sozialmanagement, Sozialpolitik und Prävention, Hochschule Luzern – Soziale Arbeit.

Dr. Samuel Greef, wissenschaftlicher Mitarbeiter im Fachgebiet Politisches System der BRD – Staatlichkeit im Wandel, Universität Kassel.

Prof. Dr. Stefan Greß, Professur für Versorgungsforschung und Gesundheitsökonomie, Hochschule Fulda.

Dr. Christian Grube, Rechtsanwalt, Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht a.D.

Thomas Frank, Regierungsdirektor, Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Referat Forschung und Innovation.

Prof. Dr. Andreas Hänlein, Fachgebiet Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialrecht, Universität Kassel.

Prof. Dr. Armin Höland, bis 2014 Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Recht der sozialen Sicherung, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

Christian Jesberger, Diplom-Volkswirt, wissenschaftlicher Mitarbeiter und Dozent am Fachbereich Pflege und Gesundheit, Hochschule Fulda.

Lukas Kiepe, wissenschaftlicher Mitarbeiter im Fachgebiet Politisches System der BRD – Staatlichkeit im Wandel, Universität Kassel.

Martin Kilimann, B.A., studentische Hilfskraft im Fachgebiet Sozial- und Gesundheitsrecht, Recht der Rehabilitation und Behinderung, Universität Kassel.

Prof. Dr. Tanja Klenk, Professur für Verwaltungswissenschaft, Helmut-Schmidt-Universität / Universität der Bundeswehr Hamburg.

Sabine Knickrehm, Vorsitzende Richterin am Bundessozialgericht.

Prof Dr. Simone Kreher, Professur für Soziologie der Gesundheit, Hochschule Fulda.
Romina-Victoria Köller, B.A., studentische Hilfskraft im Fachgebiet Sozial- und Gesundheitsrecht, Recht der Rehabilitation und Behinderung, Universität Kassel.

PD Dr. Tanja Pritzlaff-Scheele, Leiterin der Arbeitsgruppe Kollektives Entscheiden am SOCIUM Forschungszentrum Ungleichheit und Sozialpolitik, Universität Bremen sowie Geschäftsführerin des Zentrums für Entscheidungsforschung, Universität Bremen.

Prof. Dr. Stephan Rixen, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozialwirtschafts- und Gesundheitsrecht, Universität Bayreuth.

Simon Roesen, LL.M., wissenschaftlicher Mitarbeiter im Fachgebiet Sozial- und Gesundheitsrecht, Recht der Rehabilitation und Behinderung, Universität Kassel; Nachwuchsgruppe „Die Sozialgerichtsbarkeit und die Entwicklung von Sozialrecht und Sozialpolitik in der Bundesrepublik Deutschland“.

Gül Savran, B.A., studentische Hilfskraft im Fachgebiet Sozial- und Gesundheitsrecht, Recht der Rehabilitation und Behinderung, Universität Kassel.

Prof. Dr. Wolfgang Schroeder, Fachgebiet Politisches System der BRD – Staatlichkeit im Wandel, Universität Kassel.

Solveig Sternjakob, LL.M., wissenschaftliche Mitarbeiterin im Fachgebiet Sozial- und Gesundheitsrecht, Recht der Rehabilitation und Behinderung, Universität Kassel; Nachwuchsgruppe „Die Sozialgerichtsbarkeit und die Entwicklung von Sozialrecht und Sozialpolitik in der Bundesrepublik Deutschland“.

Prof. Dr. Berthold Vogel, geschäftsführender Direktor des Soziologischen Forschungsinstituts Göttingen (SOFI).

Prof. Dr. Felix Welti, Fachgebiet für Sozial- und Gesundheitsrecht, Recht der Rehabilitation und Behinderung, Universität Kassel.

Katharina Weyrich, M.Sc., wissenschaftliche Mitarbeiterin im Fachgebiet Sozial- und Gesundheitsrecht, Recht der Rehabilitation und Behinderung, Universität Kassel; Nachwuchsgruppe „Die Sozialgerichtsbarkeit und die Entwicklung von Sozialrecht und Sozialpolitik in der Bundesrepublik Deutschland“.