

Rechterschließung und Rechtsdurchsetzung im Sozialrecht*

Prof. Dr. Felix Welti, Universität Kassel

I. Einführung

Es zeichnet die wissenschaftliche Tätigkeit von *Wolfhard Kohte* aus, dass er Rechtswissenschaft nicht alleine als Dogmatik, als Geistes- und Sprachwissenschaft auffasst, sondern das lebende Recht¹ in seiner gesellschaftlichen Praxis, seine Akteure und deren Handlungen betrachtet. Dieser grundsätzliche Ansatz ist mit einer Zuordnung zur Rechtssoziologie nur unzureichend beschrieben, denn Rechtssoziologie wird oft als spezifische Nische sowohl des Rechts wie auch der Soziologie verstanden.² Für *Wolfhard Kohte* ist die Frage danach, wie sich Recht in der Gesellschaft bildet, verändert, weiterentwickelt, wie es sich für seine Akteure erschließt und von ihnen durchgesetzt wird aber nichts Zusätzliches, sondern sie steht im Kern seines Interesses und ist mit der Frage nach der richtigen Rechtsauslegung eng verbunden.

Eine solche Herangehensweise schließt ein, dass das Interesse am Recht sich nicht an die Grenzen von Gesetzbüchern und rechtssystematischen Einteilungen halten kann. Insoweit hat *Wolfhard Kohte* die Rechtsfragen des Arbeitslebens und der arbeitenden Menschen immer mit dem Blick auf Arbeitsrecht und Sozialrecht³, auf Zivilrecht⁴ und öffentliches Recht⁵, auf betriebliche, gesellschaftliche und staatliche Akteure⁶ behandelt.

Diese Herangehensweise eignete sich besonders gut für die Themen, in denen er langfristig und ertragreich geforscht hat, die wie das Recht der Sicherheit und Gesundheit am Arbeitsplatz zwischen privatem und öffentlichem Arbeitsschutz⁷ sowie Unfallversicherung⁸ stehen oder das Recht der Behinderung, bei dem zivilrechtliche Antidiskriminierung und öffentlich-rechtliche Gleichstellung, arbeits- und sozialrechtliches Schwerbehindertenrecht und das unterstützende Rehabilitationsrecht zusammenwirken.⁹

Dabei können die Schnittstellen zwischen der Gesellschaft und ihrem Recht besonders interessant sein. Das sind eben nicht nur die Gerichte, sondern auch die Recht erzeugenden, erschließenden und durchsetzenden Betriebsräte¹⁰ und Schwerbehindertenvertretungen¹¹, Gewerk-

schaften, Arbeitgeberverbände¹² – auch beide gemeinsam als Tarifvertragsparteien¹³ – Behindertenverbände¹⁴ und Träger der freien Wohlfahrtspflege.

Ebenso steht zwischen den abstrakten Rechtsnormen und dem konkreten Recht die Erkenntnis des Sachverhalts, jener für das Recht und den Einzelfall relevanten Version der Wirklichkeit. Zwischen der Rechtsnorm und ihrer Anwendung vermitteln dann die für den Betrieb, die Behörde oder das Gericht relevanten Fachleute und Sachverständigen, seien es Sicherheitsbeauftragte¹⁵, Betriebsärztinnen und Betriebsärzte, Sozialmedizinerinnen und Sozialmediziner oder Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeiter¹⁶. Auch sie machen das lebende Recht aus.

* Vortrag bei der Übergabe der Festschrift an *Wolfhard Kohte* am 22.10.2016 in Halle an der Saale. Diese wurde herausgegeben von Ulrich Faber, Kerstin Feldhoff, Katja Nebe, Kristina Schmidt und Ursula Waßer und trägt den Titel *Gesellschaftliche Bewegungen – Recht unter Beobachtung und in Aktion*, Baden-Baden 2016 im Folgenden zitiert: FS *Kohte*, 2016.

1 Vgl. *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 6. neu gefasste Auflage von »Das lebende Recht«, Tübingen 2013.

2 Vgl. *Baer*, Rechtssoziologie – Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung, 3. Aufl., Baden-Baden 2017, 24 ff. Zum Sozialrecht die Beiträge in *Deutscher Sozialrechtsverband* (Hrsg.), *Das Sozialrecht und seine Nachbardisziplinen*, SDRV 65 (2015), insbesondere *Brockmann*, SDRV 65, 73–104.

3 *Kohte*, AuR 2008, 281–287.

4 *Kohte*, Arbeitnehmerhaftung und Arbeitgeberberrisiko, Königstein 1981.

5 *Kohte*, Mitbestimmung und die gesetzliche Regelung des Arbeitsschutzes, Gütersloh 1981.

6 *Kohte*, Integrative betriebliche Gesundheitspolitik auf der Grundlage des SGB IX, Düsseldorf 2011.

7 *Bücker/Feldhoff/Kohte*, Vom Arbeitsschutz zur Arbeitsumwelt, Neuwied 1994.

8 *Kohte*, BG 2010, 384.

9 *Kohte/Haas*, S + P 2016, 532–536; *Kohte*, ZSR 2003, 443–460.

10 *Kohte*, AuA 1990, 150–155.

11 *Kohte*, <http://www.reha-recht.de> (14.7.2017), B 9-2012, B 10-2012; *Düwell*, FS *Kohte*, 2016, 47–72.

12 *Kohte*, JR 2011, 91–92.

13 *Deinert*, FS *Kohte*, 2016, 259–274.

14 Auch als Patientenverbände, *Wenner*, FS *Kohte*, 2016, 659–678.

15 *Kohte*, FS *Wlotzke*, 1996, 563–598.

16 Vgl. *Welti*, SDRV 65 (2015), 51–72.

Die Rechtswissenschaften wie die Sozialwissenschaften haben für eine solche lebensnahe Betrachtung des Arbeitsrechts wie des Sozialrechts hinreichend große Lücken gelassen, dass sie selbst *Wolfhard Kohle* mit seiner bisherigen Schaffenskraft nicht schließen konnte. Und auch in Zukunft werden sich Recht und Gesellschaft so schnell weiterentwickeln, dass für die Wissenschaft stets genügend neue Fragen entstehen.

Insoweit werden die folgenden Anmerkungen zu Rechtserschließung und Rechtsdurchsetzung im Sozialrecht einige wenige Forschungsergebnisse aufgreifen können, stärker werden sie neue Forschungsfragen skizzieren, die weiter bearbeitet werden können und sollten. Dabei kann die von *Armin Höland* jüngst aufgeworfene Frage: »*Warum gibt es so wenige rechtssoziologische, empirische Forschung im Sozialrecht?*«¹⁷ dahin gewendet werden, dass zumindest viele Anknüpfungspunkte schon bestehen.

II. Rechtserschließung

Unter Rechtserschließung können diejenigen Handlungen und Handlungsvoraussetzungen verstanden werden, die notwendig oder zumindest hilfreich sind, damit Rechtsnormen zu konkreten Folgen führen.¹⁸ Dies ist gerade für Sozialpolitik und Sozialrecht relevant. In sozialpolitische Strategien und Ziele eingebundene Rechtsnormen werden nicht nur als Angebot verstanden, von dem die Normadressaten bei Bedarf Gebrauch machen können. Vielmehr soll das sozialpolitische Ziel erreicht und die Bedarfslage gedeckt werden.

Dieses »Sollen«, beim Gesetzgeber unterstellt, wird jedoch möglicherweise nicht oder nicht ungefiltert vom Sozialleistungsträger geteilt, der das Gesetz administriert, im gewaltenteiligen föderalen Rechtsstaat jedoch weder politisch noch organisatorisch mit dem Gesetzgeber identisch ist. Der Sozialleistungsträger kann vielmehr durch eine sozialpolitisch anders ausgerichtete Regierung – als Land – oder Selbstverwaltung – als Kommune oder Sozialversicherungsträger – gebremst, aus fiskalischen Gründen oder durch organisationssoziologisch erklärable Eigeninteressen, oft am Erhalt des Status quo, in seiner Tat- und Innovationskraft gebremst sein¹⁹.

Es kommt hinzu, dass Sozialgesetze, insbesondere wenn sie Sach- und Dienstleistungen regeln, auf gesellschaftliche Koproduktion der Sozialleistung durch die Leistungser-

bringer und die Leistungsberechtigten selbst angewiesen sind.²⁰ Die öffentliche Seite finanziert, die gesellschaftlich-private Seite produziert den Wohlfahrtserfolg, sie erschließt erst den konkreten Inhalt der gesetzlichen Normen. Insofern sind auch die eigenen Ziele und Interessen der Leistungserbringer ein Faktor bei der Erschließung von sozialen Rechten.²¹

Sozialrechtliche Normen müssen bekannt sein, die potenziell Leistungsberechtigten müssen über ihren Inhalt beraten sein (§§ 14, 15 SGB I)²² und sie müssen ihre Rechte in aller Regel durch Antrag oder auf andere Weise aktiv geltend machen. Sie treffen dann auf die Leistungsträger der Sozialverwaltung, die das Recht durch Amtsermittlung, also vor allem durch Kommunikation und ein geregeltes Verwaltungsverfahren²³, zu konkretisieren haben.

1. Rechtskenntnis

Das Sozialrecht ist umfangreich und es wird häufig geändert. Kennen die Menschen ihre Rechte und Ansprüche? Der Gesetzgeber des Sozialgesetzbuchs hält das für wichtig. Nur in diesem Rechtsgebiet ist den Behörden explizit aufgegeben, über Rechte und Ansprüche zu informieren, § 13 SGB I²⁴, sodass entsprechende Broschüren, Internetangebote und Kampagnen eine aufgabengerechte Verwendung der öffentlichen Mittel sind. Gleichwohl bleiben solche Aufwendungen für Rechtserschließung »Verwaltungskosten« und sind entsprechend unbeliebt bei Controllern, Aufsichtsbehörden und Rechnungshöfen.

Da breite Bildung über das Rechts- und Sozialsystem in Schulen und Hochschulen nicht vermittelt wird, bleibt

17 *Höland*, in: Kreher/Welti (Hrsg.), *Soziale Rechte und gesellschaftliche Wirklichkeiten*, Kassel 2017, 12–33.

18 Vgl. *Igl*, in: DVfR (Hrsg.), *Teilhabe als Ziel der Rehabilitation*, Heidelberg 2009, 141, 143 (»Leistungserschließung«).

19 *Braun*, in: Welti (Hrsg.), *Die Rehabilitation im System des Sozialleistungsrechts*, Berlin 2009, 33–45; *H. Fuchs*, *Vernetzung und Integration im Gesundheitswesen am Beispiel der medizinischen Rehabilitation*, St. Augustin 2009.

20 *Welti/Sulek*, VSSR 2000, 453–472.

21 *Wenner*, FS Eichenhofer, 2015, 697–710.

22 *Terwey*, *Die rechtliche Betreuung des Bürgers nach dem Sozialgesetzbuch*, Freiburg 1980; *von Koch*, *Auskunfts- und Beratungspflichten im Sozialrecht*, Berlin 2000; *K.F. Köhler*, *Die Informationsrechte der Beteiligten im sozialrechtlichen Verwaltungsverfahren*, Hamburg 2014.

23 *Pitschas*, FS 50 Jahre BSG, 2004, 765–782.

24 *Köhler*, ZfSH/SGB 2015, 639–645.

die Herstellung von Sozialrechtskenntnis im Übrigen gesellschaftliche Aufgabe. In Presse, Rundfunk und Internet sind Angebote zu finden, die jedoch nicht immer mit der Differenziertheit des Rechts Schritt halten. Eine Untersuchung über Quantität und Qualität dieser Informationen gibt es bislang nicht. Klar ist jedenfalls, dass das Internet neue Angebote ermöglicht hat, die nach Meinung von befragten Richterinnen und Richtern auch zum Anstieg der Klagezahlen beigetragen haben.²⁵ Internetangebote können aktueller und interaktiver sein als andere Medien und einen Erfahrungsaustausch von – möglicherweise – Sozialleistungsberechtigten fördern. Auch Wolfhard Kohte wirkt an www.reha-recht.de mit, einem Angebot, das – öffentlich gefördert – über Gesetzgebung und Rechtsprechung informiert und sich um Interaktivität bemüht, allerdings anders als zB. das bekanntere www.tachelesozialhilfe.de. Jedenfalls ist die Wirkung der veränderten Medienstruktur und -nutzung auf die Sozialrechtskenntnis unerforscht.

Eine wichtige Rolle bei der Rechtskenntnis haben auch die Verbände mit sozialpolitischer Zielsetzung, namentlich Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände, Sozialverbände, Behindertenverbände und freie Wohlfahrtspflege, in deren Verbandsleben der Kampf um das Sozialrecht eine nicht unerhebliche Rolle spielt. Forschungen von *Andreas Weber* aus Halle im GINKO-Projekt²⁶ und von *Tonia Rambašek* aus Kassel²⁷ haben in letzter Zeit neue Belege dafür geliefert, dass ein Zusammenhang zwischen Verbandsmitgliedschaft und Rechtskenntnis besteht.

2. Rechtsberatung

Wenn Menschen erste Hinweise auf sozialrechtliche Ansprüche haben oder in konkreten Bedarfslagen sind, etwa bei eingetretener Behinderung oder gefährdetem Arbeitsplatz, suchen sie Beratung. Der Beratungsbedarf umschließt oft Aspekte der Lebensführung ebenso wie medizinische oder rechtliche Fragen.

Spezifisch für das Sozialrecht ist eine ausgeprägte Beratungspflicht der Sozialleistungsträger selbst, die in §§ 14, 15 SGB I verankert ist. Die Rechtsprechung hat mit dem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch²⁸ ein Institut geschaffen, das ihr ermöglicht, diese Pflicht zu konkretisieren. Sie verdeutlicht, dass die Verwaltung im Sozialrechtsverhältnis schon Sorgfalts- und Fürsorgepflichten hat, bevor ein konkreter Antrag gestellt ist. So kann sie

verpflichtet sein, auf eigene Leistungen und auf die Regeln und die Leistungen anderer Leistungsträger hinzuweisen, die den Ratsuchenden nicht bekannt sind. Die Beratung kann auch über die Grenzen des Sozialrechts hinausweisende Inhalte haben, etwa über die geförderte private Altersvorsorge (§ 15 Abs. 4 SGB I)²⁹ und über die Rechte und Pflichten im Arbeitsverhältnis, zumindest soweit sie sich auf die Sozialversicherung beziehen.

In letzter Zeit betonen Rechtsprechung und Gesetzgebung gleichwohl, dass die Beratung durch die Sozialleistungsträger nicht in allen Situationen ausreichend ist. Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass auch im Widerspruchsverfahren, gegebenenfalls wohl auch schon vorher, Beratungshilfe für anwaltliche Beratung erforderlich sein kann, weil die Bürgerinnen und Bürger nicht allein auf die Beratung durch Sozialleistungsträger verwiesen werden können³⁰. Das Bundesteilhabegesetz hat die 2001 eingeführten Gemeinsamen Servicestellen³¹ aus dem Gesetz gestrichen und sieht nun vor, dass der Bund unabhängige Beratungsstellen fördert.³²

Insgesamt sind Qualität und Wirkungen der Beratung durch Sozialleistungsträger nur wenig erforscht und evaluiert. Studien zu den Servicestellen stimmen wenig optimistisch,³³ jedenfalls was das Gelingen einer trägerübergreifend angelegten Beratung betrifft. Ob dies bei den Pflegestützpunkten besser ausfällt, kann bezweifelt werden³⁴.

25 *Braun/Buhr/Höland/Welti*, Gebührenrecht im sozialgerichtlichen Verfahren, Baden-Baden 2009, 188 ff.

26 *Nebe/Weber*, ZfRSoz 2012/2013, 301–315; *Weber/Weber/Schlenker-Schulte/Schulte*, Die Rehabilitation 2014, 406–411; *Weber/Schlenker-Schulte*, S + P 2013, 23–27.

27 *Rambašek*, Behinderte Rechtsmobilisierung, Wiesbaden 2017.

28 *Schmidt-de Caluwe*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, Berlin 1992.

29 *Ruland*, SGB 2014, 645; zu sozialen Defiziten: *Bode*, in: *Masuch/Spellbrink/Becker/Leibfried* (Hrsg.), Bundessozialgericht und Sozialstaatsforschung, Berlin 2015, 65–82; *Bode/Wilke*, Private Vorsorge als Illusion, Frankfurt aM. 2014.

30 BVerfG, 31.8.2010 – 1 BvR 2318/09 – juris; BVerfG, 6.9.2010 – 1 BvR 440/10 – BVerfGK 18, 10; BVerfG, 28.9.2010 – 1 BvR 623/10 – ASR 2011, 118.

31 *Hlava*, <http://www.reha-recht.de> (14.7.2017), A 16-2012; *Shafaei*, Die gemeinsamen Servicestellen für Rehabilitation, Baden-Baden 2008.

32 *Welti*, S + P 2016, 766–780 = <http://www.reha-recht.de> (14.7.2017), D 41-2016; *Giese/Nachtschatt/Schreiner/Zücker/Falk/Schimank/Ketzmerick/Liebsch*, <http://www.reha-recht.de> (14.7.2017), D 42-2016.

33 *Wellmann*, Gemeinsame Servicestellen in der Rehabilitation, Lohmar/Köln 2004; *Pfeuffer/Engel/Engels*, Einrichtung und Arbeitsweise gemeinsamer Servicestellen für Rehabilitation, Köln 2004.

34 Vgl. *Kirchen-Peters/Nock/Baumeister/Mickley*, Pflegestützpunkte in Deutschland, WISO Diskurs 7/2016.

Beratung über soziale Rechte findet auch im Betrieb statt. Betriebsrat, Personalrat, Schwerbehindertenvertretung, Personalabteilung, Behindertenbeauftragte benötigen sozialrechtliche Kompetenz, um im Hinblick auf Unfallmeldungen (§ 193 SGB VII) und Unfallverhütung (§§ 21, 22 SGB VII), Sozialversicherungspflicht (§ 28a SGB IV), begleitende Hilfen (§ 102 SGB IX), Teilhabeleistungen und stufenweise Wiedereingliederung (§ 28 SGB IX)³⁵ ihre Aufgaben erfüllen zu können.

Auch weitere gesellschaftliche Akteure beraten. In Bezug auf das Recht ist dies gesetzlich vor allem der Rechtsanwaltschaft zugewiesen. Deren Privilegierung durch das Rechtsdienstleistungsgesetz ist – noch verstärkt mit dessen Entwicklung vom Standesrecht zum Verbraucherschutz – gerade für das Sozialrecht relativiert. Die freie Wohlfahrtspflege und Verbände behinderter Menschen (§ 8 Abs. 1 Nr. 5 RDG), Sozialverbände und der Rechtsschutz durch Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 RDG) sowie der besondere Beruf der Rentenberater (§ 8 Abs. 1 Nr. 2 RDG) sind ebenfalls zur Beratung im Sozialrecht zugelassen. Insbesondere die verbandliche Beratung hat dabei – weit vor dem Internet und vor der Rezeption des Begriffs »Peer Counseling«³⁶ – Elemente der Selbsthilfe und Interaktivität aufgenommen, die sich jedoch in einem dialektischen Wettlauf mit der Professionalisierung immer neu behaupten müssen. Anders wird es auch mit der unabhängigen Beratung nach dem Bundesteilhabegesetz nicht laufen.

Aus der Politikwissenschaft kennen wir eine Kasseler Studie, die am Beispiel des VdK belegt, dass Rechtsberatung im Sozialrecht die Grundlage für eine Erfolgsgeschichte im Verbändewesen sein kann³⁷. Im Übrigen aber fehlen uns aufbereitete Daten und Erkenntnisse über die verbandliche ebenso wie über die anwaltliche und sonstige berufliche Rechtsberatung im Sozialrecht. Diese wären übrigens nicht nur rechtssoziologisch, sondern auch professionssoziologisch interessant: Welche Berufsgruppen – etwa Sozialversicherungsfachangestellte, Sozialarbeiter und Pflegefachkräfte – sind aus welchen Gründen und unter welchen Bedingungen in der Lage, Rechtsberatung anzubieten, die in der Gesellschaft und von Rechts wegen als gleichwertig zur anwaltlichen Beratung empfunden wird? Hier gibt es durchaus auch eine sozialhistorisch relevante lange Linie vom Arbeitersekretär, der im Kaiserreich bei der Invalidenversicherung auftrat³⁸, bis zum heutigen geschulten Peer-Berater.

3. Verwaltungsverfahren

Das sozialrechtliche Verwaltungsverfahren ist kommunikativ angelegt. Es soll den Inhalt des Rechts erschließen. Wer einen Antrag stellt, ist beteiligt (§ 12 Abs. 1 Nr. 1 SGB X) und hat Mitwirkungsrechte (§§ 24, 25 SGB X)³⁹ und Mitwirkungspflichten (§§ 60–66 SGB I)⁴⁰. Die Amtsermittlung (§ 20 SGB X) fordert von der Behörde, alle wesentlichen Informationen über Bestehen und Inhalt eines Anspruchs einzuholen und zu bewerten.

Nicht immer wird das Verfahren von den Bürgerinnen und Bürgern so empfunden. Aus der Empirie gerichtlicher Entscheidungen blicken wir allerdings nur auf die Fälle, in denen die Kommunikation nicht zu einer einheitlichen Meinung der Beteiligten über die richtige Verwaltungsentscheidung geführt hat. Ein nicht unerheblicher Teil der darüber geführten Konflikte führt später auf die eine oder andere Art zu einem zumindest teilweisen Erfolg gegen die Behörde.

Von den etwa 800.000 jährlich erhobenen Widersprüchen gegen Sozialversicherungsträger⁴¹ werden ungefähr die Hälfte durch Widerspruchsbescheid abgelehnt. Ein Drittel ist erfolgreich, fast immer durch Abhilfe, und ein Sechstel wird zurückgenommen. Von den abgelehnten Widersprüchen wird ungefähr ein Drittel durch Klage angegriffen. Von den Klagen ist knapp ein Drittel ganz oder teilweise erfolgreich. Das kann man unterschiedlich deuten: Nur ein Sechstel der Widersprüche geht in das Klageverfahren. Mehr als die Hälfte der Widersprüche ist erfolglos und geht nicht zu Gericht. Spricht das auch dafür, dass die Versicherten davon überzeugt wurden, dass ihr Anliegen unberechtigt war? War es unberechtigt? Oder hätte auch hier ein nennenswerter Teil vor Gericht Erfolg gehabt?

35 Nebe, SGB 2015, 125–134.

36 Jordan/Wansing, <http://www.reha-recht.de> (14.7.2017), D 32-2016; DE 59-2016; Rensinghoff, ASUMed 2017, 265–267.

37 Futh/Jeanronod, Der Erfolg des Sozialverbands VdK, Düsseldorf 2013.

38 Vgl. Ayaß, Denkschrift 60 Jahre BSG, 2014, 265–282; Kawamura, Die Geschichte der Rechtsberatungshilfe in Deutschland, Berlin 2014; M. Bauer, AuR 2011, 149–154; Tenfelde, AuR 1995, 289–297; Fricke, ZSR 1993, 27–42.

39 Köhler, VSSR 2014, 315–350; Löcher, Die Anhörung im Sozialverwaltungsverfahren, St. Augustin 2005; Schur, Die Beteiligungsrechte im Sozialverwaltungsverfahren, Gudensberg 1999.

40 Davilla, Die Eigenverantwortung im SGB III und SGB II, Frankfurt a.M. 2010; Grünh, Gesundheitsbezogene Handlungspflichten der Versicherten in der Sozialversicherung als Dimensionen von Eigenverantwortung und Solidarität, Berlin 2001.

41 Vgl. Welti/Fischer, SozSich 2016, 445–450; Höland, SozSich 2016, 450–451.

Gerichtsentscheidungen konzentrieren sich, dem Verfahrensrecht folgend, weniger auf formelle Versäumnisse, die noch nach Widerspruch und Klage geheilt werden können, als auf das materielle Recht. Aus Befragungen von Klägerinnen und Klägern, Richterinnen und Richtern wissen wir, dass in den Fällen, die vor Gericht kommen, fehlgeschlagene Kommunikation eine große Rolle spielt.⁴² Aber darüber, wie Sozialverwaltungsentscheidungen ganz allgemein hergestellt werden und wie die Kommunikation über das Recht mit den Bürgerinnen und Bürgern im Normalfall abläuft, wissen wir wenig. Allgemeine Befragungen zur Zufriedenheit oder auch speziellere Studien, etwa zur wahrgenommenen Barrierefreiheit der Verwaltung, wie sie im Rahmen der Evaluation des BGG vorgenommen wurden⁴³, geben keinen Anlass, schwere Missstände in der Breite zu vermuten. Doch ebenso wenig ist damit zu rechnen, dass Recht und Wirklichkeit des Sozialverwaltungsverfahrens immer zur Deckung kommen. Qualitative und quantitative Befragungen, Akten- und Organisationsanalysen könnten zur Klärung beitragen und die sozialwissenschaftliche Theorie zu der Frage bringen, wann und wie Bürgerinnen und Bürgern für die Verwaltung nicht Umwelt und Störgeräusch⁴⁴, sondern in das Funktionieren des Systems einbezogen sind.

III. Rechtsdurchsetzung

Kommt es zum Konflikt, stellt sich die Frage nach der Rechtsdurchsetzung. Aus der Statistik wissen wir, wie erwähnt, dass nicht ganz wenige Personen ihre Ansprüche gegen die Sozialverwaltung im Konflikt durchsetzen können. Weniger leicht können wir diese Informationen einordnen und deuten.

1. Rechtsmobilisierung

Zunächst ist die Frage nach der Rechtsmobilisierung⁴⁵ zu stellen: Wer erhebt einen Widerspruch gegen einen Sozialleistungsträger und warum? Und wer tut es, in einem vielleicht sehr ähnlichen Fall nicht und warum? Rechtskenntnis, Beratung und Kommunikation sind bereits als Faktoren genannt worden, die diese Entscheidung beeinflussen können.

Aus einer Befragung von Versicherten der gesetzlichen Kranken- und Pflegekassen⁴⁶ haben wir Hinweise, dass die

allermeisten Konflikte enden, ohne dass es zu einem Widerspruchsverfahren kommt, manche für die Versicherten erfolgreich, manche nicht. Faktoren für den Erfolg waren danach chronische Krankheit, die mit größerer Erfahrung im Konflikt und mit mehr Kontakten zu Verbänden einhergeht, und die frühe Schriftlichkeit des Konflikts, die bei den Kassen möglicherweise ein wichtiger Hinweis ist, dass der oder die Versicherte es ernst meint.

Inwieweit Rechtsmobilisierung im Sozialrecht Teil einer Politisierung individueller Unzufriedenheit durch Verbände und Selbsthilfe ist oder ob sie umgekehrt politische Fragen in individuelle Lösungsstrategien umleitet, wird nicht objektiv zu klären zu sein. Das Verhältnis zwischen Sozialpolitik und Sozialrecht im Spiegel der Rechtsmobilisierung zu betrachten und zu analysieren, ist jedenfalls gleichermaßen lohnend für die am lebenden Recht wie die an den sozialpolitischen Entwicklungen Interessierten.

2. Widerspruchsverfahren

Das Widerspruchsverfahren in der Sozialversicherung war Gegenstand eines Forschungsprojekts unter Leitung von *Armin Höland* und mir,⁴⁷ in dem wir Gerichtsakten analysiert und die Mitglieder der Widerspruchsausschüsse befragt haben. Dadurch sind neue Einblicke in das Widerspruchsverfahren möglich. Wieweit es unmittelbare und mittelbare Wirkungen auf die Rechtsdurchsetzung hat, ist jedoch heute eine Einschätzungsfrage aus der Beobachtung. Es gibt keine umfassende Befragung der den Widerspruch Führenden selbst und keine Daten aus der Grundgesamtheit, derjenigen, die etwas vom Sozialleistungsträger wollen, also letztlich der Gesamtbevölkerung. Einige Sozialleistungsträger nutzen den Konflikt durchaus zum Controlling und setzen das Widerspruchsgeschehen ins Verhältnis zur Gesamtzahl von Anträgen und Bescheiden – daran ließe sich anknüpfen.

⁴² *Braun/Buhr/Höland/Welti* (Fn. 25), 183 ff.

⁴³ *Welti/Groskreutz/Hlava/Rambausek/Ramm/Wenckebach*, Evaluation des Behindertengleichstellungsgesetzes, Bonn 2014.

⁴⁴ *Luhmann*, Soziale Systeme, Frankfurt aM. 1987, 236 ff.

⁴⁵ *Kocher*, Effektive Mobilisierung von Beschäftigtenrechten, Düsseldorf 2009.

⁴⁶ *Welti*, in: Böcken (Hrsg.); Gesundheitsmonitor 2008, Gütersloh 2008, 67–87.

⁴⁷ *Höland/Welti*, in: Deutscher Sozialgerichtstag (Hrsg.), Sozialstaat und Europa – Gegensatz oder Zukunft?, Stuttgart 2016, 295–310; *Höland*, SozSich 2016, 450–451.

Die Mitglieder der Widerspruchsausschüsse⁴⁸ bejahen in der großen Mehrzahl, dass ihre Tätigkeit zur Rechtsdurchsetzung beiträgt, dass sie Gerichtsverfahren verhindert und dass sie Einfluss auf das Verwaltungshandeln hat. In der Regel sind Widerspruchsführer, wenn sie erfolgreich sind, nicht beim Widerspruchsausschuss erfolgreich, sondern in der vorangegangenen Prüfung durch die Verwaltung, ob eine Abhilfe möglich ist. Letztlich überprüfen die Widerspruchsausschüsse, ob die hauptamtliche Verwaltung die Abhilfe erst nach sorgfältiger und neuer Prüfung abgelehnt hat. Dass diese Funktion zumindest im Einzelfall erfüllt werden kann, ist daran zu sehen, dass es in den meisten Ausschüssen vorkommt, dass Fälle zur weiteren Prüfung oder zur Einholung weiterer Gutachten zurückgegeben werden.

Nur selten sind die Widerspruchsverfahren ein Ort weiterer direkter Kommunikation mit den Versicherten, die dort persönlich oder auch nur schriftlich angehört werden. Allenfalls im Abhilfeverfahren findet weitere Kommunikation statt, über deren Intensität und Kommunikationswege noch mehr zu erforschen wäre.

Jedenfalls aber scheint es einen Unterschied zwischen Trägern zu geben, bei denen Ausschüsse mit ehrenamtlicher Beteiligung der Versicherten und Arbeitgebern in das Widerspruchsverfahren einbezogen sind und solchen, wie den Jobcentern, bei denen das nicht der Fall ist. Darauf deuten die Ergebnisse einer Befragung von Richterinnen und Richtern der Sozialgerichtsbarkeit aus dem Jahr 2008 hin.⁴⁹ Die in Kammern zum Sozialversicherungsrecht Tätigen äußerten seltener, dass unzureichende Widerspruchsverfahren Grund für viele Klagen seien als die in anderen Fachkammern eingesetzten Richterinnen und Richter. Ein umfassender Vergleich der Ausgestaltung des Widerspruchsverfahrens bei verschiedenen Sozialleistungsträgern, auch unter Einbeziehung zum Beispiel der Beteiligung sozial erfahrener Dritter nach § 116 SGB XII oder von Behindertenverbänden beim Integrationsamt und der Bundesagentur für Arbeit (§§ 119, 120 SGB IX), steht noch aus.

3. Gerichtsverfahren

Die erwähnte 2008 von *Bernard Braun*, *Petra Buhr*, *Armin Höland* und mir geleitete Befragung der hauptamtlichen Richterinnen und Richter der Sozialgerichtsbarkeit sowie von Klägerinnen und Klägern war Teil einer Untersuchung, die sich mit einer Besonderheit des sozialgerichtlichen Verfahrens befasste, der Gerichtskostenfreiheit für die Kläge-

rinnen und Kläger, soweit sie Versicherte oder Leistungsberechtigte sind. Der Bundesrat⁵⁰ hatte seinerzeit gefordert, angesichts der insbesondere seit 2005 stark steigenden Fallzahlen die Gerichtskostenfreiheit aufzuheben und eine Pauschalgebühr einzuführen.⁵¹

Die Untersuchung zielte darauf, aufzuklären, ob die zu Grunde liegenden Annahme plausibel war, dass viele Klagen in der Sache aussichtslos waren, durch die Kostenfreiheit motiviert aber gleichwohl geführt wurden. Valide Belege für eine solche »Freibier-Mentalität« ließen sich nicht finden. Vielmehr nannten die Richterinnen und Richter neben der Gerichtskostenfreiheit eine Fülle weiterer Einflussfaktoren für die steigenden Klagezahlen, zu denen unzureichende tatsächliche und medizinische Ermittlungen ebenso gehörten wie Kommunikationsschwierigkeiten und eine überkomplexe Sozialgesetzgebung. Klägerinnen und Kläger gaben häufig an, dass ihnen die Gerichtskostenfreiheit vor der ersten Klageerhebung gar nicht bekannt gewesen sei. Mehrfach klagende Personen wurden eher dadurch ermutigt, dass sie erfolgreich gewesen waren und institutionelle Schwellenängste sich als unbegründet erwiesen hatten.

Kurzum: Die Untersuchung zeichnete eher das Bild einer Vielzahl seriös begründeter und seriös behandelter Klagen mit einer im Vergleich zur Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit hohen Erfolgsquote. Die Gründe für das gestiegene Klageaufkommen ließen sich eher im Verwaltungsverfahren verorten sowie darin, dass die Sozialgerichte als ein im Ergebnis funktionierendes Korrektiv wahrgenommen wurden. Die dort praktizierte spezifische Rechtskultur⁵² fokussiert damit die Bedeutung eines verrechtlichten Sozialsystems für die gesellschaftliche Entwicklung der Bundesrepublik.⁵³ Das Fachkammerprinzip ermöglichte es, die Antworten der Richterinnen und Richter nach Rechtsgebieten zu vergleichen, so dass Unterschiede namentlich zwischen den Jobcentern und den Sozialversicherungsträgern erkennbar wurden.

Darüber hinaus gibt es bislang kaum Ansätze, die Wirklichkeiten des Sozialrechts mit Daten zu erforschen, die

48 *Böttcher/Buchwald*, SozSich 2016, 439–445.

49 *Braun/Buhr/Höland/Welti* (Fn. 25), 57, 60.

50 BT-Drs. 16/1028.

51 Vgl. *Höland/Welti/Schmidt*, SGB 2008, 689–697; *Welti/Höland/Braun/Buhr*, SozSich 2008, 308–316.

52 *Masuch/Spellbrink*, Denkschrift 60 Jahre BSG, 2014, 437–462.

53 *Vogel*, Denkschrift 60 Jahre BSG, 2014, 297–312.

aus dem sozialgerichtlichen Verfahren gewonnen werden, sei es statistisch, sei es durch Befragungen der Beteiligten. Hier lässt sich auch von der interdisziplinären Forschung anderer Rechtsgebiete lernen: In der Kriminologie gibt es seit einigen Jahren ein Jugendgerichtsbarometer⁵⁴, mit dem aktuelle Trends in der Jugendkriminalität und der staatlichen Reaktion darauf erfragt werden. Ähnliches ließe sich auch für die Armutsforschung⁵⁵, Arbeitsmarktforschung⁵⁶, Gesundheitsforschung⁵⁷ und Teilhabeforschung⁵⁸ denken, die zumindest aktuelle Entwicklungen in den Bedarfslagen und in konfliktträchtigen Bereichen sozialbehördlichen Handelns durch regelmäßige Befragungen der am Sozialgerichtsverfahren Beteiligten erfragen könnte. Gerade um die Anwendung und Wirksamkeit bestimmter prozessualer Instrumente, etwa der Missbrauchsgebühren⁵⁹, des einstweiligen Rechtsschutzes⁶⁰ oder der Beiladung mitbetroffener Träger beurteilen zu können, wären auch Zeitreihenvergleiche und Panels regelmäßig zu befragender Beteiligter hilfreich.

Immer wieder im Dialog mit der insoweit avantgardistischen Hallenser Rechtswissenschaft entwickelt derzeit eine Gruppe⁶¹ aus dem Forschungsverbund Sozialrecht und Sozialpolitik (FoSS)⁶² der Universität Kassel und der Hochschule Fulda eine Forschungsinitiative⁶³, die sich diesen Fragen stellen und die dafür benötigten Ressourcen einwerben will. Die Sozialgerichtsbarkeit selbst scheint für solche Forschung aufgeschlossen zu sein. Es wäre wünschenswert, dass die anderen politischen und wissenschaftlichen Akteure des Feldes dies ebenfalls sind.

IV. Insbesondere: Rechtserschließung, Rechtsdurchsetzung und die Ermittlung gesundheitlicher Sachverhalte

Wolfhard Kohte hat stets ein besonderes Interesse für die Verknüpfung gesundheitlicher und rechtlicher Probleme und Interventionen gezeigt. Er darf deshalb als Medizinrechtslehrer bezeichnet werden.⁶⁴ Doch lässt dieser Begriff eher an Spezialfragen denken als an einen integralen Ansatz, wie er seine Kooperation mit der Arbeitsmedizin, Sozialmedizin und Psychologie und sein Engagement in den Rehabilitationswissenschaften geprägt hat.

Auch die Rechtserschließung und Rechtsdurchsetzung im Sozialrecht kann nicht verstanden werden, ohne die gesundheitliche Bedingtheit von Rechtsansprüchen und

Rechtsverfolgung zu berücksichtigen. Dies ist keine Spezialität der Kranken- und Pflegeversicherung, sondern zieht sich so durch alle Leistungsbereiche, dass die gesundheitlich eingeschränkte Person als ein Normalfall des Sozialrechts zu betrachten ist. Dies wird leider durch die amtliche Statistik nicht voll erschlossen. Doch hat zuletzt etwa die im Rahmen der Untersuchung zu den Widerspruchsausschüssen durchgeführte Analyse sozialgerichtlicher Akten in Halle, Berlin und Kassel zum Beispiel gezeigt, dass ein hoher Anteil rentenrechtlicher Klagen auf Erwerbsminderungsrenten⁶⁵ gerichtet ist.

Bereits in der Rechtserschließung sind behinderte und gesundheitlich eingeschränkte Leistungsberechtigte auf besondere Beratung, aber auch auf barrierefreie Sozialbehörden angewiesen. Wer die Informations- und Beratungsangebote der Leistungsträger wegen gesundheitlicher Einschränkung nicht aufsuchen oder rezipieren kann, hat Nachteile in der Erschließung seiner sozialen Rechte. Hier ist das Spektrum der Barrierefreiheit angesprochen, das von zugänglicher Informationstechnik bis zu Leichter Sprache reicht.⁶⁶

Rechtserschließung bedeutet auch, dass die zur Amtsermittlung und Bedarfsdeckung erforderliche Kooperation und Kommunikation zwischen den Sozialbehörden und dem Gesundheitswesen im weitesten Sinne gelingt. Betriebs-

54 Höynck/Ernst, in: Kreher/Welti (Hrsg.), Soziale Rechte und gesellschaftliche Wirklichkeiten, Kassel 2017, 170–186; Höynck/Leuschner, ZJJ 2014, 364–371.

55 Vgl. Kreher, in: Kreher/Welti (Fn. 54), 68–85; Schoneville, ebd., 86–104.

56 Vgl. Hänlein, in: Masuch/Spellbrink/Becker/Leibfried (Fn. 29), 327–358; ders. SDRV 65 (2015), 105–128; Bieback, ZfRSoz 2009, 185–213.

57 Vgl. Ramm/Hlava, in: Kreher/Welti (Fn. 54), 144–156.

58 Vgl. Wansing, in: Kreher/Welti (Fn. 54), 132–143; Wacker, in: Masuch/Spellbrink/Becker/Leibfried (Fn. 29), 2015, 647–668.

59 Spellbrink, Sozialrecht aktuell 2016, 7–12; Plagemann, NZS 2005, 290–294.

60 Vgl. Hlava, <http://www.reha-recht.de> (14.7.2017), A 4-2013; Wunder, SozSich 2012, 155.

61 Geleitet von Susanne Dern, Tanja Klenk, Simone Kreher, Berthold Vogel und Felix Welti.

62 <http://www.sozialrecht-sozialpolitik.de> (14.7.2017).

63 <http://www.sozialgerichtsforschung.de> (14.7.2017).

64 Vgl. Kohte, in: Lilie/Bernat/Rosenau (Hrsg.), Standardisierung in der Medizin als Rechtsproblem, Baden-Baden 2009, 79–102.

65 Vgl. hierzu: Bieback, FS Kohte, 2016, 545–560; ders., VSSR 2015, 157–193; ders. SDRV 63 (2013), 9–38; Welti/Groskreutz, Soziales Recht zum Ausgleich von Erwerbsminderung, Düsseldorf, 2013.

66 Kohte/Liebsch, <http://www.reha-recht.de> (14.7.2017), B 5-2016 zur barrierefreien Betriebsratswahl; Groskreutz/Welti, AuR 2016, 105–108; Welti, SGB 2015, 533–539; Kohte, in: Schulte/Schlenker-Schulte (Hrsg.), Barrierefreie Information und Kommunikation, Villingen-Schwenningen 2004, 27–36.

ärzte, Hausärzte, der Sozialdienst im Krankenhaus⁶⁷ oder der Rehabilitationseinrichtung⁶⁸ und der ambulante Pflegedienst sowie Betreuer und Bevollmächtigte⁶⁹ sind oft Mittler zwischen den Menschen und ihrem Recht, ohne dass ihnen diese Funktion voll bewusst ist. Für die Gesundheits-, Rehabilitationsforschung, Pflegeforschung⁷⁰ und Teilhabeforschung⁷¹ können sich in der Kooperation mit der Rechtswissenschaft neue Forschungsfragen ergeben.

Erreicht der Konflikt über soziale Leistungen in gesundheitlich geprägten Bedarfslagen das Widerspruchsverfahren und danach das sozialgerichtliche Verfahren, so ist auch hier nach Barrieren zu fragen. So kann ein traditionell geprägtes Verständnis von Geschäfts- und Prozessunfähigkeit⁷² ebenso wie eine zu paternalistische rechtliche Betreuung oder besondere Vertretung⁷³ der Rechtserschließung und Rechtsdurchsetzung im Wege stehen. Hierüber sind wir jedoch empirisch kaum informiert. Die mittlerweile Jahrzehnte zurückliegende interdisziplinäre Querulantenforschung⁷⁴ könnte hier durchaus einen Anknüpfungspunkt für moderne Forschungsfragen bieten.

Eine Schlüsselstelle im Verwaltungs-, Widerspruchs- und Gerichtsverfahren über Sozialleistungen hat die medizinische und psychologische Begutachtung⁷⁵. Aus den Befragungen der Mitglieder von Widerspruchsausschüssen und der Richterinnen und Richter der Sozialgerichte wissen wir, dass die Schnittstelle der medizinischen und juristischen Begutachtung und Beurteilung nicht immer optimal programmiert ist. Schon für die Hauptamtlichen ist es herausfordernd zu erkennen, welche Feststellungen eines Gutachtens zu akzeptieren, welche zu hinterfragen sind. Erst recht gilt dies für Ehrenamtliche aus der Mitte der Gesellschaft, die in Verwaltung und Gericht aus guten Gründen an der Entscheidung mitwirken.⁷⁶

Für die Bürgerinnen und Bürger besteht die Schnittstelle oft nicht einmal in der persönlichen Begegnung mit dem Gutachter, denn die Begutachtung findet in vielen Fällen nach Aktenlage statt.⁷⁷ Und ob und wie es zu einer an Rechtserschließung und Rechtsdurchsetzung orientierten Kommunikation zwischen den fachkundigen Professionen, der Verwaltung und den ehren- und hauptamtlich zur Entscheidung berufenen Personen kommt, ist nur wenig erforscht. Weder in den Ausschüssen noch in den Gerichten gibt es hierzu einheitliche Standards, etwa die Anwesenheit der Gutachter betreffend.

Von besonderem Interesse im Verwaltungsverfahren der Sozialleistungsträger ist, ob und wie die zu begutach-

tenden Menschen beeinflussen können, ob, wie und durch wen sie begutachtet werden. Im Verwaltungsverfahren sind hier die punktuellen Gutachterwahlrechte im Unfallversicherungs- und Rehabilitationsrecht (§ 200 Abs. 2 SGB VII; § 14 Abs. 5 SGB IX) von Interesse. Ebenso wie die sozialbehördliche Begutachtungspraxis im Allgemeinen ist deren Realisierung kaum erforscht.

Im sozialgerichtlichen Verfahren bietet § 109 SGG die Möglichkeit, dass Klägerinnen und Kläger eine Begutachtung durch einen Arzt oder eine Ärztin ihres Vertrauens durchsetzen können. *Daniela Schweigler* hat dieses Instrument erforscht und ist dabei zu dem Ergebnis gekommen, dass die Begutachtung auf Klägerinitiative durchaus Einfluss auf das Prozessergebnis haben kann und dass die Zufriedenheit auch derjenigen Klägerinnen und Kläger erhöht wird, die im Ergebnis keinen Erfolg haben.⁷⁸

In der Breite ist auch die Begutachtung im sozialgerichtlichen Verfahren nur wenig erforscht. Die konkrete Interaktion zwischen Gutachter, Gericht und Verfahrensbeteiligten könnte dabei ebenso untersucht werden wie die Konzepte, mit denen der Anschluss zwischen dem jeweiligen professionellen Wissen hergestellt wird.

V. Schluss

Rechtserschließung und Rechtsdurchsetzung im Sozialrecht bergen eine Vielzahl von Forschungsfragen. Oft kann dabei an bisherige Arbeiten und Ansätze von *Wolfgang Kohte* angeknüpft werden.

67 Vgl. auch C. Schubert, in: Kreher/Welti (Fn. 54), 34–51.

68 Köpke, <http://www.reha-recht.de> (14.7.2017), D 29-2013.

69 Beetz, Stellvertretung als Instrument zur Sicherung und Stärkung der Patientenautonomie, Frankfurt aM. 2013.

70 Klüe, SDSRV 65 (2015), 41–50.

71 Welti, SDSRV 65 (2015), 51–72.

72 C. Weber, <http://www.reha-recht.de> (14.7.2017), B 7-2011; Kohte/C. Weber, JurisPR-ArbR 52/2009, Anm. 1.

73 BSG, 14.11.2013 – B 9 SB 84/12 B – NJW 2014, 1039.

74 Dinger/Koch, Querulanz in Gericht und Verwaltung, München 1991; Dinger/Stein/Koch, Recht und Psychiatrie 1987, 126–133.

75 P. Becker, ASUMed 2009, 592–597; ders. MEDSACH 2008, 85–92; Thomann, MEDSACH 1994, 184–191.

76 Vgl. Höland, FS Kohte, 2016, 97–120.

77 Vgl. Bartel/von Kardorff/Ohlbrecht, MEDSACH 2015, 35–46.

78 Schweigler, Das Recht auf Anhörung eines bestimmten Arztes (§ 109 SGG), Baden-Baden 2013.