

Konsensuale Handlungsformen im Sozialleistungsrecht

– Tagungsbericht –

Sandra Isbarn und Benjamin Röns

Am 1. und 2. Dezember 2011 veranstaltete der Sozialrechtsverbund Norddeutschland e. V. (SVN) zusammen mit der Berufsgenossenschaft für Gesundheitsdienst und Wohlfahrtspflege (BGW) in der Helmut-Schmidt-Universität der Bundeswehr in Hamburg die interdisziplinäre wissenschaftliche Tagung „Konsensuale Handlungsformen im Sozialleistungsrecht“.

Bei dem im Jahre 2008 gegründeten SVN handelt es sich um einen gemeinnützigen Zusammenschluss von Sozialleistungsträgern und Hochschullehrern und Hochschullehrerinnen mit dem Ziel, das Sozialrecht in den drei Ländern Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern und Schleswig-Holstein zu fördern sowie die Begegnung von Wissenschaft und Praxis noch wirksamer zu gestalten. Einmal im Jahr wird eine wissenschaftliche Tagung organisiert, um interdisziplinär ein übergeordnetes sozialversicherungsrechtliches Thema zu durchleuchten, im Jahr 2008 in Neubrandenburg zum Rehabilitationsrecht (vgl. *Welti* [Hrsg.], *Das Rehabilitationsrecht in der Praxis der Sozialleistungsträger*, 2009), im Jahr 2009 in Hamburg zur Mitgliedschaft in der Sozialversicherung (vgl. *Bieback* [Hrsg.], *Neue Mitgliedschaft in der Sozialversicherung – Auf dem Weg in die Volksversicherung?*, 2010) sowie im Jahr 2010 zum Verbraucherschutz im Sozialrecht (vgl. *Igl* [Hrsg.], *Verbraucherschutz im Sozialrecht – Sozialleistungsberechtigte als Verbraucher, Nutzer und Mitgestalter sozialer Leistungen: Auf dem Weg zu einem eigenständigen Verbraucherschutz im Sozialrecht*, 2011).¹

Ziel der Veranstaltung am 1. und 2. Dezember 2011 war es, die Bedeutung konsensualler Handlungsformen in den jeweiligen Bereichen des Sozialleistungsrechts zu erkennen und eine mögliche Typologie festzustellen. In der praktischen Anwendung der Handlungsformen sollten Besonderheiten und Probleme im Verwaltungsverfahren und in der gerichtlichen Kontrolle aufgezeigt werden.

Prof. Dr. Margarete Schuler-Harms, Helmut-Schmidt-Universität der Bundeswehr in Hamburg, welche die Tagung leitete, begrüßte die Teilnehmerinnen und Teilnehmer und stellte einleitend fest, dass das Thema auch in diesem Jahr gebietsübergreifend gewählt sei und die Rechtsbeziehungen zwischen Sozialleistungsträgern und Leistungsempfängern im Fokus ha-

1 Weitere Informationen unter finden Sie unter www.sozialrechtsverbund.de.

be. *Arthur Montada*, stellvertretender Hauptgeschäftsführer der BGW schloss sich den Ausführungen an und dankte den Anwesenden für ihr Interesse an diesem bedeutsamen sozialrechtlichen Thema.

Den ersten Teil der Tagung eröffneten die bereichsübergreifenden Vorträge zu Konsens und Kooperation im Verwaltungs- und Sozialrechtsverhältnis. *Prof. Dr. Arndt Schmehl*, Universität Hamburg, stellte zum Verwaltungsrechtsverhältnis einleitend die These auf, dass sich dieses Institut, obgleich seit mehr als dreißig Jahren diskutiert und nie aufgegeben, im Allgemeinen Verwaltungsrecht nicht als relevante Bestimmungsgröße etablieren konnte. In anderen dogmatischen Gebieten des Rechts – etwa im Prüfungs- oder Regulierungsrecht – sei seine Relevanz darin gegeben, Argumente für den Inhalt von Rechten, Pflichten und Obliegenheiten zu gewinnen, obwohl dies aber im Wesentlichen den gesetzlichen Regelungen vorbehalten bleibe. Im Bereich von Kooperation und Konsens könnte das Verwaltungsrechtsverhältnis möglicherweise helfen, die inhaltliche Prägung zu definieren. Dabei sei die Kooperation als ein Prozess weiter Übereinstimmung, der Konsens hingegen nur als Übereinstimmung in einem möglichen Punkt eines Verfahrens zu verstehen. Im Sozialrecht könne die Kooperation eine denkbare Alternative zur Anordnung sein, allerdings diktiere hier die staatliche Seite derart, dass die begehrte Leistung ohne Kooperation ausbleibe oder geringer ausfalle. Das gemeinsame Ziel, das in der Regel von den Beteiligten zusammen bestimmt werde, sei bei einer Kooperation zwischen Staat und Bürger auch weitgehend einseitig vorgegeben. Daher müsse der Rechtsverhältnisansatz an dieser Stelle bescheidener bleiben und die Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Konsensmodelle zu ermöglichen, sei gering. Im Rahmen seines Fazits *Prof. Dr. Schmehl* kam zu dem Schluss, dass die Ausrichtung des Verhältnisses sich in den abgrenzbaren Handlungsfeldern des besonderen Rechts entscheiden müsse, besonders in dessen Befugnisnormen und sonstigen Maßnahmeoptionen.

Prof. Dr. Stephan Rixen, Universität Bayreuth, widmete sich der Frage von Konsens und der Kooperation im Sozialrechtsverhältnis, im Kern dem Sozialleistungsverhältnis. Das Sozialrechtsverhältnis bestehe zwischen der leistungsberechtigten Person und dem Leistungsträger und es sei zu fragen, wie dieses ausgehend von geltenden Normierungen konkret konturiert sei. Die Begriffe „Konsens“ und „Kooperation“ könnten als Orientierungsbegriffe dienen, um die entsprechenden im positiven Sozialleistungsrecht gespeicherten Modelle analytisch-empirisch zu rekonstruieren. Das Sozialleistungsrecht habe keine konsensuale Tendenz. Nehme man aber nur den Zielpunkt des Verfahrens, den Verwaltungsakt nach § 31 S. 1 SGB X, in den Blick, sei eine kooperative Ausrichtung gegeben. Konsensuale Instrumente – wie

etwa der Hilfeplan des Kinder- und Jugendhilferechts oder die höchst umstrittene Eingliederungsvereinbarung nach § 15 SGB II – bereiteten diese Entscheidungen in der Regel nur vor. Prägend für diese konsensualen Individualpläne sei ihre Einbettung in einen hoheitlichen Kontext; eine reale, nicht nur rhetorisch bleibende Konsensualität gebe es dort nicht. Abschließend merkte *Prof. Dr. Rixen* an, dass eine Optimierung von Konsens und Kooperation im Sozialleistungsrecht nicht nur der Änderung von Normtexten bedürfe, sondern vielmehr der Implementierung in Normprogrammen, etwa durch Veränderungen der Einstellungen des bearbeitenden Personals der Verwaltung oder durch die Einrichtung von so genannten altruistischen Verbandsklagerechten.

Im Anschluss diskutierte das Plenum die Frage, ob die Leistungsberechtigten im Sozialrecht durch Pläne oder Verträge, die im Ermessen der Sozialleistungsträger stehen, nicht schlechter gestellt würden als durch die bestehenden Leistungsansprüche.

Die Vorträge zu den einzelnen Gebieten des Sozialrechts begannen mit den Ausführungen von *Sabine Knickrehm*, Richterin am Bundessozialgericht, welche die Leistungsbeziehungen im Recht der Grundsicherung und Arbeitsmarktintegration beleuchtete und dabei den Fokus auf die oben bereits erwähnte Eingliederungsvereinbarung des § 15 SGB II legte. Sie stellte die These auf, dass die Eingliederungsvereinbarung zwar ursprünglich als konsensuales Instrument ausgeprägt war, mit dem Fordern und Fördern der aktiven Arbeitsmarktpolitik jedoch ihre Symmetrie in der normativen Ausgestaltung und in der praktischen Anwendung verloren habe. Die Bedingungen dieser Vereinbarung würden nämlich von den Beteiligten nicht ausgehandelt, sondern von den Jobcentern vorgegeben, die zudem die zur Aktivierung und Eingliederung dienenden Leistungen in einem den Leistungsberechtigten unzugänglichen „Instrumentenkasten“ aufbewahren. Außerdem sehe das Gesetz bei einer Verletzung von Pflichten aus der Eingliederungsvereinbarung unmittelbar Sanktionen vor. Aufgrund dieser asymmetrischen Lage habe der 4. Senat des BSG, dem *Frau Knickrehm* angehört, in seiner Entscheidung vom 22. September 2009, Az. B 4 AS 13/09 R, die Eingliederungsvereinbarung auch nicht als subordinationsrechtlichen öffentlich-rechtlichen Vertrag, sondern als nicht justiziable Opportunitätsentscheidung und damit als öffentlich-rechtliche Handlungsform eigener Art angesehen.

Die anschließende Diskussion behandelte die rechtliche Einordnung der Eingliederungsvereinbarung und die Befugnisse der Arbeitsagenturen im Rahmen der Arbeitsvermittlung.

Prof. Dr. Wolfgang Schütte, Hochschule für Angewandte Wissenschaften Hamburg, leitete seine Ausführungen über die Leistungsbeziehungen im Recht der Sozialhilfe mit einem Verweis auf § 1 S. 3 SGB XII ein, wonach die Leistungsberechtigten und die Sozialhilfeträger zusammenwirken sollen, um das Ziel der Sozialhilfe – ein menschenwürdiges Leben möglichst unabhängig gestalten zu können – zu erreichen. Eine Partizipation der Beteiligten sei damit bereits Wirksamkeitsvoraussetzung bei den personenbezogenen Dienstleistungen in besonderen Lebenslagen. Dies gelte sowohl für das Sozialrechtsverhältnis im engeren Sinne als auch für den eigentlichen Prozess der Hilfe, so dass es verschiedenste Typen von Kooperationsmodellen gebe. In der Folge untersuchte er die verschiedenen Verfahrensstadien auf solche Elemente und stellte an mehreren Stellen Defizite fest. Problematisch sei etwa, dass im Verfahren ein Gestaltungsermessen der Leistungsträger auf eine Person treffe, die existentiell auf eine Leistung angewiesen sei. Auch seien die Ausgangslagen bei über 400 Trägern in diesem Bereich sehr unterschiedlich. Das Sozialhilferecht als Rahmen für örtlich verantwortete nachrangige Assistenzleistungen habe bei der Garantie partizipativer Elemente insgesamt ein Steuerungsproblem. Resümierend trug *Prof. Dr. Schütte* vor, dass die anstehende Reform des Sozialhilferechts sich daher der übermäßigen Handlungsfreiheit der Sozialhilfeträger annehmen und Voraussetzungen für eine einheitliche und fachlich basierte Verwaltungspraxis und Hilfestaltung schaffen sollte. Auch die in diesem Rechtsbereich unerlässliche Kooperation mit Fachwissenschaften könnte dabei Impulse für Partizipation geben.

Für das Kinder- und Jugendhilferecht führte *Prof. Dr. Johannes Münder*, TU Berlin, aus, dass sich der sozialpädagogische Kernbereich des SGB VIII strukturell von allen anderen Sozialleistungen des SGB unterscheide. Die dort geregelten Hilfen zur Erziehung seien im Spannungsverhältnis von Sozialleistung und -kontrolle angesiedelt und im hohen Maße individualisierte, nicht standardisierte personenbezogene Dienstleistungen. Die Bedeutung von Konsens und Kooperation im Kinder- und Jugendhilferecht äußere sich dementsprechend bereits in der Grundsatzbestimmung des § 5 SGB VIII, der das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten begründe. Auch die im Kinder- und Jugendhilferecht zentrale Norm des § 36 SGB VIII regele durch entsprechende Beteiligungsrechte der Betroffenen die partizipative Gestaltung der Leistungsprozesse, da ohne eine aktive Mitwirkung und Beteiligung der Betroffenen eine Hilfe fachlich nicht wirkungsvoll zu gestalten sei. Die Jugendhilfefachkräfte hätten nach § 36 Abs. 2 SGB VIII ebenfalls kooperativ zusammenzuwirken. Abschließend wies *Prof. Dr. Münder* darauf hin, dass Hilfeplanung und Hilfeplan hierbei die kooperative Grundlage der Lebensgestaltung sein sollten. *Christian Grube*, VRiVG Hamburg a. D. und Rechtsanwalt, verdeutlichte in seinem Statement, dass kooperatives und konsensuales Han-

deln der beteiligten Kinder, Eltern, Sozialpädagogen und Entscheidungsträger in der Kinder- und Jugendhilfe von essentieller Natur sei, da ansonsten eine Hilfe zur Erziehung nicht funktionieren könne.

Den zweiten Tag der Tagung eröffnete *Prof. Dr. Astrid Wallrabenstein*, Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt am Main, mit einem Vortrag zu konsensualen Handlungsformen im Krankenversicherungsrecht. In einem ersten Zugriff auf das Thema untersuchte sie die Beziehungen zwischen den Versicherten und den Krankenkassen. Dort sei nur Raum für entsprechende Handlungsformen, wenn aufgrund einer erforderlichen Zustimmung der Krankenkasse bei Ermessensleistungen ausnahmsweise ein Kontakt vorgesehen sei. Daraus könne ein Vergleichsvertrag über bestimmte Behandlungsformen oder Wahlmöglichkeiten folgen. Im zweiten Zugriff sei ein Konsens dort denkbar, wo gesetzliche Gestaltungsspielräume den Versicherten Wahlmöglichkeiten ließen. Solche existierten bei der Wahl zwischen der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) und der Privaten Krankenversicherung (PKV), zwischen verschiedenen Krankenkassen, unterschiedlichen Tarifen nach § 53 SGB V oder Bonusprogrammen nach § 65a SGB V und zuletzt bei der freien (Vertrags-)Arztwahl. Der Wettbewerb zwischen GKV und PKV und zwischen den Krankenkassen produziere nach Ansicht von *Prof. Dr. Wallrabenstein* allerdings nur eine Risikoselektion für bessere Risiken und entsolidarisiere, anstatt Konsense zu produzieren. Die übrigen Wahlmöglichkeiten setzten angesichts der freien Arztwahl keine Anreize.

Im Anschluss beleuchtete *Prof. Dr. Thomas Klie*, Evangelische Hochschule Freiburg, die Leistungsbeziehungen im Recht der Pflegeversicherung. Einerseits geprägt durch das Sachleistungsprinzip, andererseits stark determiniert durch Rahmenvereinbarungen auf Bundes- und Landesebene und Verträge zwischen Leistungserbringern und Leistungsträgern, lasse das Recht der Pflege wenig Spielräume an rechtlichen Gestaltungsoptionen für „Kunden“. Aushandlungen mit konsensualen und kooperativen Inhalten seien erst auf der einzelnen Fallebene zwischen den Pflegeberechtigten und den Leistungserbringern möglich. Die Leistungsform des persönlichen Budgets sei im Recht der Pflegeversicherung ausgeschlossen. Flexibilisierungen und Individualisierungen der Leistungserbringung und ihre konsensuale Aushandlung und Ausgestaltung, etwa mit Hilfe von Zielvereinbarungen, ständen trotz erfolgreicher experimenteller Erprobung nicht zur Verfügung. Allenfalls in dem gegenüber der Sachleistung ausgezahlten und im Wert geminderten Pflegegeld sah *Prof. Dr. Klie* einen möglichen Spielraum der Leistungsberechtigten. In seinem Statement bestätigte *Werner Hesse*, Geschäftsführer des Deutschen Paritätischen Wohlfahrtsverbandes – Gesamtverband e. V., diese Einschät-

zung, sah jedoch auch Selbstbestimmungsmöglichkeiten der Patienten auf der Seite der Ausgestaltung von Pflegeleistungen.

In der Diskussion tauschten sich die Teilnehmer über Systemdefizite der gesetzlichen Krankenversicherung und Pflegeversicherung aus. Als Verbesserungsansatz wurde etwa die Verstärkung von Case-Management-Instanzen angeführt.

Prof. Dr. Susanne Peters-Lange, Hochschule Bonn-Rhein-Sieg, sprach über konsensuale Formen der Leistungserbringung in der Gesetzlichen Unfallversicherung. In diesem Rechtsbereich gebe es keine Dispositionsmaxime bei der Verfahrenseröffnung gemäß § 19 S. 2 SGB IV, da das Offizialprinzip das gesamte Leistungsverfahren bestimme. Ein Sonderfall sei aber das Pflegegeld, mit dem die Versicherten ihre Pflege selbst organisieren können und welches im SGB VII besser ausgestaltet sei als im SGB XI. Anschließend erörterte sie das Reha-Management und ging auf die konsensualen Vereinbarungen des Reha-Plans sowie des persönlichen Budgets nach § 17 SGB XI ein, bei welchem Sachleistungsansprüche in einen Geldbetrag, mit dem Leistungen konkretisiert und beschafft werden, umgerechnet werden. Außerdem seien Vergleiche und Mediationen mögliche Alternativen zu einem strittigen Verwaltungsakt als Ausgang. Im Ergebnis kam *Prof. Dr. Peters-Lange* zu dem Schluss, dass die Gesetzliche Unfallversicherung insgesamt ihr Gesicht hin zu einem Ort der „Dienstleistung auf Augenhöhe“ wandle. Durch Kommunikation mit den Versicherten könnten diese in die rechtliche Verantwortung einbezogen und damit einem Vertrauensverlust in Entscheidungen entgegengewirkt werden. *Klaus Rojahn*, BGW, wies auf das Wunsch- und Wahlrecht nach § 9 SGB IX hin, das im Rehabilitationsprozess eine große Rolle spiele und sah in der Teilförderung für die Teilnahme am Arbeitsleben nach § 35 Abs. 3 SGB VII eine Besonderheit im Recht der Gesetzlichen Unfallversicherung mit einem verhandelbaren Gestaltungsspielraum.

Prof. Dr. Felix Welti, Universität Kassel, der über die Leistungsbeziehungen im Recht der Behinderung und Rehabilitation referierte, wies zunächst auf eine Besonderheit in diesem Rechtsbereich hin, nach der die Leistungen zur Teilhabe von verschiedenen Rehabilitationsträgern erbracht würden, die sehr unterschiedliche Routinen und Traditionen hätten, so dass Leistungsbeziehungen nicht einheitlich gestaltet würden. Die Ziele des § 1, 4 SGB IX, nämlich die gleichberechtigte Teilhabe, Selbstbestimmung und persönliche Entwicklung der behinderten oder von Behinderung bedrohten Menschen, erfordern jedoch gerade eine kooperative und konsensuale Leistungsbeziehung. Schon die Bedarfsfeststellung orientiere sich an der individuellen Situation. Das Wunsch- und Wahlrecht nach § 9 SGB IX sei nicht nur eine Norm zur Konfliktentscheidung, sondern eine Vorgabe für kooperative Leistungskonkretisie-

rungen, werde allerdings in der Praxis nicht so angewandt. Das bereits angesprochene persönliche Budget nach § 17 Abs. 2 bis 6 SGB IX ermögliche eine einheitliche Leistungsbeziehung zu einem Träger bei starker Selbstbestimmung über die Leistungsinhalte. Rechtlich sei dieses kein öffentlich-rechtlicher Vertrag, sondern eine kooperativ ausgearbeitete Nebenbestimmung. In der Praxis scheitere es nach Ansicht von *Prof. Dr. Welti* jedoch noch häufig an dem Widerstand der Träger, die nicht miteinander kooperieren oder sehr lange Bearbeitungszeiten haben. Deshalb bedürfe es besserer Mechanismen zur Konfliktlösung in der Kooperation. *Kerstin Palsherm*, BGW, berichtete in ihrem Statement über die Erfahrungen mit dem Projekt „ProBudget“ des DGUV, das etwa die Einführung von Probe-Budgets zum Lernen und Üben sowie einen stärkeren Erfahrungsaustausch beinhaltet habe.

Im Rahmen der sich anschließenden Diskussion wurde die Frage erörtert, ob nicht durch die neue Handlungsform des Budgets wieder ein Ermessen in die Leistungsgewährung eingeführt würde. Dies verneinte Frau Palsherm aber mit dem Hinweis, dass die Klärung des Bedarfes durch einen Verwaltungsakt und nur die Ausgestaltung der einzelnen Leistungen durch das persönliche Budget in Form eines öffentlich-rechtlichen Vertrags erfolge.

In seinem Resümee und Ausblick zur Tagung sprach *Prof. Dr. Karl-Jürgen Bieback*, Universität Hamburg, über die Relevanz konsensualer Handlungsformen im Sozialrecht und fragte nach möglichen Gründen für eine stärkere Betonung des konsensualen Handelns. Ein solcher Grund sei in einer „Krise der Ordnungsverwaltung“ die Notwendigkeit, die Dogmatik des Verwaltungsrechts zu modernisieren und anzureichern. Daneben ständen normative Anforderungen an die Verwaltung im Sozialstaat etwa bei der Informationsbeschaffung, sowie der Stellenwert des Verwaltungs- und Sozialrechtsverhältnisses. Typologisch unterschied er zwischen nicht-rechtsförmig konsensualen Handlungen, etwa im Vorfeld der Leistungserbringung oder bei Wahlhandlungen im Rahmen der Sachleistungen der GKV, und rechtsförmig konsensualen Handlungen, etwa bei der Konkretisierung von Rechten durch Verwaltungsakte oder Verträge. Problematisch sei insbesondere die unsichere rechtliche Einordnung der neuen (multilateralen) Formen im Sozialrecht sowie deren Funktionen, Rechtswirkungen und Rechtsschutzmöglichkeiten. Als Fazit verwies *Prof. Dr. Bieback* auf Forsthoff, der bereits 1950 in seinem Lehrbuch zum Allgemeinen Verwaltungsrecht erkannte, dass die Verwaltung nicht nur hoheitlich-hierarchisch, sondern auch kooperativ handelt.²

2 *Bieback*, Die Relevanz konsensualen Handelns im Sozialverwaltungsrecht, in Schuler-Harms (Hrsg.), Konsensuale Handlungsformen im Sozialleistungsrecht, im Erscheinen, S. 149, 163.