

***Recht für Soziale Arbeit***

BASICS

Angela Busse

**Stand :27.04.23**

Die kommerzielle Verwendung und Verwertung ist weiterhin untersagt.

## Inhaltsverzeichnis

Abkürzungen.....	6
Statt eines Vorworts – ein Beipackzettel.....	1
Buch I Allgemeine Grundlagen des Rechts.....	4
Kapitel 1 Die Kommunikation über Recht.....	4
1. Wie denken, schreiben und sprechen Juristen?.....	4
2. Rechtserkenntnisquellen.....	4
3. Konventionen.....	9
Kapitel 2 Ordnung im Recht.....	14
1. Die Normenpyramide.....	14
2. Orientierung durch Normenpyramide und Gesetzgebungskompetenzen.....	17
Kapitel 3 Arbeiten mit und an der Rechtsnorm.....	19
1. Die Anatomie der Rechtsnorm.....	19
2. Die klassische Methodenlehre.....	24
4. Das Verhältnis der Auslegungsmethoden zueinander.....	29
4.1. Die verfassungskonforme Auslegung.....	29
4.2. Das Prinzip der praktischen Konkordanz.....	31
4.3. Die strukturierende Rechtslehre nach Müller / Christensen.....	32
4.4. Hilfsmittel zur Ermittlung der Bedeutung von Tatbestandsmerkmalen.....	32
5. Justizsyllogismus und Gutachten-/ bzw. Urteilsstil.....	33
Kapitel 4 Das Lesen eines Gesetzestextes.....	36
1. Kodifizierungstechnik.....	36
2. Arten von Rechtsnormen.....	36
3. Das Verhältnis verschiedener Rechtsnormen zueinander.....	39
Kapitel 5 Einige praktische Hinweise zur juristischen Arbeit.....	41
1. Zur Vorgehensweise bei der Fallbearbeitung.....	41
2. Hinweise zur Lektüre gerichtlicher Entscheidungen.....	45
3. Grundlegende Weichenstellungen im Recht.....	47
3.1. Die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht.....	47
3.2. Charakteristische Handlungsformen – Verwaltungsakt und Vertrag.....	48
Privatrechtliches Handeln bzw. öffentlich rechtliches Handeln vollziehen sich in charakteristischen Handlungsformen.....	48
3.3. Gerichtsbarkeit.....	49
3.4. Der Rechtsweg für sozialrechtliche und familienrechtliche Streitigkeiten.....	50
Buch II Basiswissen Zivilrecht.....	52
Kapitel 1 Grundlagen des bürgerlichen Rechts.....	52
1. Aufbau und Bedeutung des BGB.....	52
2. Wichtige Grundbegriffe des Privatrechts.....	53
2.1. Der Vertrag.....	53
2.2. Weitere Beispiele für Verträge: Dienst -, Werkvertrag.....	56
2.3. Gesetzliche Schuldverhältnisse.....	57
2.4. Ansprüche aus dem Eigentum ( „Vindikationslage“ §§ 985 ff. BGB).....	57
2.5. Deliktsrecht - Unerlaubte Handlungen (§§ 823 - 853 BGB).....	59
2.6. Bereicherungsrecht - Ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 - 822 BGB).....	64
2.7. Rechtssubjekte.....	65
2.8. Handlungs-, Geschäfts- und Deliktsfähigkeit.....	66
2.9. Die Vertretung.....	68
Kapitel 2 Familienrecht.....	70
1. Die Ehe und ihre Wirkungen.....	71
1.1. Der Güterstand „Zugewinnngemeinschaft“.....	74
1.2. Wahl- Zugewinnngemeinschaft.....	74
1.3. Gütertrennung.....	74
1.3. Gütergemeinschaft.....	75

1.5. Ehescheidung §§ 1564-1568 BGB.....	76
1.6. Scheidungsfolgen.....	76
2. Lebenspartnerschaft.....	77
3. Abstammung und Adoption.....	77
4. Grundzüge der gesetzlichen Unterhaltsansprüche (Verwandtenunterhalt).....	78
4.1. Der Unterhaltsberechtigte.....	79
4.2. Bedürftigkeit der unterhaltsberechtigten Person.....	80
4.3. Einkommen und Vermögen.....	80
4.4. Der Inhalt des Unterhaltsanspruchs.....	80
4.5. Der Unterhaltspflichtige.....	81
4.6. Die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten § 1603 BGB.....	81
4.7. Einwendungen gegen den Unterhaltsanspruch.....	81
4.8. Einrede der Verjährung.....	82
5. Vormundschaft, §§ 1773 - 1808 BGB ( ab 1.1.2023).....	82
6. Pflegschaft, §§ 1809 ff. BGB( ab 1.1.2023).....	82
7. Betreuung( ab 1.1.2023).....	82
Kapitel 3 Kindschaftsrecht.....	84
1. Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kind.....	84
2. Die elterliche Sorge.....	85
3. Kinderschutz.....	88
4. Umgangsrecht.....	90
Buch III Basiswissen öffentliches Recht.....	93
Kapitel 1 Der Verwaltungsakt.....	93
1. Vorliegen eines Verwaltungsaktes.....	94
2. Funktionen des Verwaltungsaktes.....	96
Kapitel 2 Widerspruchsverfahren.....	97
1. Die Zulässigkeit des Widerspruchs.....	99
1.1. Die Statthaftigkeit des Widerspruchs.....	100
1.3. Form und fristgerechte Einlegung des Widerspruchs.....	101
1.4. Beteiligtenfähigkeit.....	103
1.5. Handlungsfähigkeit.....	103
1.6. Legitimation des gewillkürten Vertreters.....	103
1.7. Rechtsschutzinteresse.....	103
2. Begründetheit des Widerspruchs.....	103
2.1. Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes.....	104
2.2. Verletzung der Rechte des Widerspruchsführers.....	108
3. Beginn und Ende des Widerspruchsverfahrens.....	108
4. Aufschiebende Wirkung.....	109
5. „Verböserung“ des Verwaltungsaktes (reformatio in peius) im Widerspruchsverfahren.....	109
Kapitel 2 Die Grundrechte.....	111
1. Allgemeine Lehren der Grundrechte.....	111
2. Struktur der Freiheitsgrundrechte.....	112
3. Allgemeine Grundrechtslehren am Beispiel des Art. 2 I 1 GG.....	115
4. Wichtige Freiheitsgrundrechte im Sozialrecht.....	116
4.1. Art. 1 I GG.....	116
4.2. Art. 2 II 1 GG.....	117
4.3. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG Freiheit der Person.....	118
5. Wichtige Grundrechte im Familien- und Jugendhilferecht.....	119
Kapitel 4 Grundlagen des Aufenthaltsrechts.....	121
1. Das Aufenthaltsgesetz im Überblick.....	121
2. Der Ausländer.....	123
2.1. Die deutsche Staatsangehörigkeit.....	123
2.2. Grundrechte der Ausländer.....	124
3. Die Einreise und das Grundrecht auf Asyl.....	125
3.1. Die Einreise.....	125
3.2. Das Individualgrundrecht auf politisches Asyl, Art. 16a GG.....	125
4. Die Aufenthaltstitel.....	126
4.1. Das Visum.....	127
4.2. Die Aufenthaltserlaubnis.....	127

4.2.1. Aufenthaltszweck der Ausbildung.....	127
4.2.2. Aufenthaltszweck Erwerbstätigkeit.....	128
4.2.3. Völkerrechtliche, humanitäre oder politische Gründe.....	129
4.2.4. Aufenthaltszweck Familiennachzug.....	130
4.3. Die Niederlassungserlaubnis.....	130
4.4. Die Erlaubnis zum Daueraufenthalt- EU und Blaue Karte - EU.....	130
5. Der rechtswidrige Aufenthalt.....	131
6. Die Ausweisung.....	131
7. Die Abschiebung.....	132
8. Verfahrenshinweise.....	133
Kapitel 4 Grundlagen des Strafrechts.....	134
1. Die Straftat.....	135
2. Unterlassungsdelikte.....	137
3. Täterschaft und Teilnahme.....	137
4. Zum Beispiel: § 203 StGB Verletzung von Privatgeheimnissen.....	137
4.1. Berufsbezogene Strafbarkeit § 203 Abs. 1 StGB.....	138
4.1.1 Tatbestand § 203 Abs. 1 StGB.....	138
4.1.2. Rechtfertigungsgründe.....	139
4.2. Strafbarkeit von Amtsträgern § 203 Abs. 2 StGB.....	139
4.3. Unbefugtes Offenbaren.....	140
IV Grundzüge des Sozialrechts.....	143
Kapitel 1 Das System des Sozialrechts.....	143
1. Das gegliederte Sozialleistungssystem.....	143
2. Der Sozialrechtsbegriff.....	145
3. Sozialrecht und Kodifizierung.....	146
Kapitel 2 Eine Auswahl wichtiger allgemeiner Regelungen aus dem SGB im Überblick.....	148
1. Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt § 30 III SGB I.....	148
2. Gesetzesvorbehalt im Sozialleistungsrecht.....	148
3. Vorbehalt abweichender Regelungen.....	148
4. Ansprüche und Ermessensleistungen.....	149
5. Orientierungshilfen für Leistungsberechtigte.....	149
6. Datenschutzrecht und Schutz der Sozialdaten.....	150
6.1. Grundsätze.....	152
6.2. Schutz der Sozialdaten.....	154
7. Mitwirkungspflichten.....	156
8. Das Beschäftigungsverhältnis § 7 I SGB IV.....	157
Kapitel 3 Handlungsformen im Sozialverwaltungsverfahren.....	159
1. Der Sozialverwaltungsakt.....	159
1.1. Bestandskraft.....	160
1.2. Wirksamkeit.....	160
1.3. Aufhebbarkeit.....	161
1.4. Terminologische Regeln.....	162
2. Der öffentlich - rechtliche Vertrag § 53 ff SGB X.....	163
2.1. Beispiele.....	163
2.2. Die Abgrenzung.....	164
2.3. Arten öffentlich rechtlicher Verträge.....	165
2.4. Abschluss und Inhalt des öffentlich – rechtlichen Vertrages.....	166
2.5. Einreden und Einwendungen gegen den öffentlich- rechtlichen Vertrag.....	166
Kapitel 4 Ein Überblick über die Sozialversicherung.....	169
1. Gesetzliche Krankenversicherung.....	169
2. Soziale Pflegeversicherung.....	175
3. Leistungen der Arbeitslosenversicherung.....	180
4. Gesetzliche Rentenversicherung.....	189
5. Gesetzliche Unfallversicherung.....	192
Kapitel 5 Leistungen der Fürsorge - Eine Auswahl.....	196
Teil 1. Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II (Stand bis einschl. 1.7.2023).....	196
1. Leistungsträger.....	197
2. Der leistungsberechtigte Personenkreis.....	197
3. Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes.....	199

4. Der Anspruch auf Bürgergeld.....	200
5. Leistungen für Bildung und Teilhabe.....	203
6. Leistungen für Auszubildende.....	203
7. Deckung des Bedarfs durch eigenes Einkommen und Vermögen.....	204
8. Deckung des Bedarfs durch Einkommen und Vermögen Dritter.....	208
9. Ausschluss des Anspruchs.....	208
10. Leistungsgrundsätze.....	209
11. Berechnung und Verfahren.....	209
12. Leistungsminderung.....	210
13. Eingliederung in Arbeit.....	212
13.1. Förderung und Planung.....	212
13.2. Leistungen.....	214
Wiederholungsfragen.....	216
Teil 2. Sozialhilfe.....	218
4.1. Hilfe zum Lebensunterhalt und Grundsicherung nach dem SGB XII.....	219
2.2. Hilfen nach Kapitel 5 – 9 SGB XII: Die wichtigsten Hilfearten im Überblick.....	221
2.2.1. Hilfen zur Gesundheit §§ 47 bis 52 SGB XII.....	222
2.2.2. Hilfe zur Pflege §§ 61 bis 66a SGB XII.....	223
2.2.3. Hilfe zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten §§ 67 bis 69 SGB XII.....	226
2.2.4. Hilfe zur Weiterführung des Haushalts § 70 SGB XII.....	228
2.2.5. Altenhilfe § 71 SGB XII.....	229
2.3. Einkommen und Vermögen im Rahmen der Hilfen nach Kapitel 5 – 9 SGB XII.....	230
3. Eingliederungshilfe nach dem SGB IX.....	232
3.1. Bedeutung des Teil 1 SGB IX.....	233
3.2. Leistungsberechtigte Personen.....	235
3.3. Inhalt und Ziel der Leistungen.....	237
4.4. Gesamtplan.....	238
4.5. Eigenbeitrag.....	239
4. Grundlagen des Kinder- und Jugendhilferechts.....	240
4.1. Das SGB VIII.....	242
4.2. Das Sozialleistungsrecht der Kinder- und Jugendhilfe.....	243
4.3. Wichtige Leistungsgrundsätze.....	245
4.4. Ausgewählte Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe.....	246
4.4.1. Der Rechtsanspruch auf Förderung in einer Tageseinrichtung.....	247
4.4.2. Der Anspruch auf Hilfe zur Erziehung.....	249
4.4.2.1. Erziehung als Rechtsbegriff des SGB VIII.....	249
4.4.2.2. Das „Wohl“ des Kindes als Rechtsbegriff.....	252
4.4.3.2. Die Verhältnismäßigkeit der Hilfe zur Erziehung.....	254
4.4.3. Eingliederungshilfe für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche.....	255
4.4.4. Leistungen zum Unterhalt des Kindes oder Jugendlichen.....	255
4.5. Verwaltungsverfahren.....	256
4.5.1. Verfahren im Kinder- und Jugendschutz.....	257
4.5.2. Antragsabhängigkeit und Selbstbeschaffung.....	257
4.5.3. Hilfeplan § 36 II, III SGB VIII.....	258

## Abkürzungen

a.A.	andere Ansicht
ADSH	Aufmerksamkeits-Defizits-Syndrom mit Hyperaktivität
AgfA	Agentur für Arbeit
AktG	Aktiengesetz
AlgII- VO	Arbeitslosen- und Sozialgeldverordnung
ANBA	Anordnungen der Bundesagentur für Arbeit
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
AsylG	Asylgesetz
AufenthG	Aufenthaltsgesetz
Az.	Aktenzeichen
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
BSG	Bundessozialgericht
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVG	Bundesversorgungsgesetz
d.h.	das heißt
DV	Durchführungsverordnung
DSGVO	Datenschutzgrundverordnung
EinglHVO	Eingliederungshilfeverordnung
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
FamGer	Familiengericht
FamRZ	Zeitschrift für Familienrecht
FEVS	Fürsorgerechtl. Entscheidungen der Verwaltungs- und Sozialgerichte
frz.	Französisch

GdB	Grad der Behinderung
GdS	Grad der Schädigungsfolgen
GG	Grundgesetz
GKV	Gesetzliche Krankenversicherung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GR	Grundrecht
grds.	grundsätzlich
GRV	Gesetzliche Rentenversicherung
GSi- Träger	Grundsicherungsträger
GUV	Gesetzliche Krankenversicherung
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HSOG	Hessisches Gesetz über die Sicherheit und Ordnung
HSRB	Handbuch Sozialrechtsberatung
JA	Juristische Arbeitsblätter
JUS	Juristische Schulung
JURA	JURA – Juristische Ausbildung
JVA	Justizvollzugsanstalt
KdU(H)	Kosten der Unterkunft (und Heizung)
lt.	laut
LSG	Landessozialgericht
LVwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz Land
MAE	Mehraufwandsentschädigung
MDK	Medizinischer Dienst der Krankenversicherung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW – Rechtsprechungsreport
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	NVwZ - Rechtsprechungsreport
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OVG	Oberverwaltungsgericht

qm	Quadratmeter
RBEG	Regelbedarfsermittlungsgesetz
RMK	Rechtmäßigkeit
Rn	Randnummer
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
S.	Seite
SG	Sozialgericht
SGB	Sozialgesetzbuch
SGG	Sozialgerichtsgesetz
SPV	Soziale Pflegeversicherung
SRH	Sozialrechtshandbuch
StAG	Staatsangehörigkeitsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
SVG	Soldatenversorgungsgesetz
TBM	Tatbestandsmerkmal
UN	Vereinte Nationen / United Nations
u.U.	unter Umständen
VA	Verwaltungsakt
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
Vhmk	Verhältnismäßigkeit
(R)VO	(Rechts)Verordnung
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VersG	Versammlungsgesetz
WfbM	Werkstatt für behinderte Menschen
z.B.	zum Beispiel
ZfF	Zeitschrift für das Fürsorgewesen
ZfJ	Zeitschrift für Jugendrecht

## **Statt eines Vorworts – ein Beipackzettel**

Jurabücher sind für Studierende der Sozialen Arbeit in aller Regel ungenießbar. Daran wird sich so rasch nichts ändern. Dennoch wird der Sozialarbeiter und die Sozialarbeiterin gerade in Rahmen ihrer ureigensten Aufgabe der Beratung nicht daran vorbei kommen, den rechtlichen Kontext der mit den Klienten erarbeiteten Optionen im Auge zu behalten. Optionen sind nicht nur als Ergebnis einer Beratungstätigkeit wichtig. Ob Optionen realisiert werden können, ist oft genug davon abhängig, dass das Recht sie ermöglicht. Dass das Recht diese Optionen ermöglicht, wird oft erst dann erkennbar, wenn eine vertiefte Auseinandersetzung mit den einschlägigen Rechtsgrundlagen, ihrer Interpretation und ihrer Anwendung in der Praxis stattgefunden hat. Dieses Skript bietet die Basis für diese Auseinandersetzung mit der Rechtsnorm. Es ist gleichzeitig Ausgangspunkt für die Fähigkeit einer Sozialarbeiterin oder eines Sozialarbeiters mit den rechtsanwendenden Berufen, angemessen und aussichtsreich zu kommunizieren.

Juristische Lehr- und Lernbücher, Skripten und Fallbearbeitungslehren für Juristen und Sozialarbeiter gibt es in ausreichender Zahl. Es gibt sie zu allen Themen- und Rechtsgebieten der Rechtswissenschaften und der Sozialen Arbeit. Es gibt sie für alle Studiengänge. Viele sind wissenschaftlich hervorragend vertieft und viele Fallbearbeitungslehren zeugen von hohem technischen und inhaltlichem Können.

Entsprechend ist dieses Skript nur ein mageres Gerippe, eine Art Anleitung für den ersten Einstieg. Anhand dieses Skripts kann man sich nur ein methodisches Grundwissen aufbauen und einen begrenzten Überblick über einen ausgewählten Normenbestand verschaffen.

Mit dem vorliegenden Vorlesungstranskript alleine ist es nicht getan. Sie benötigen ergänzend die jeweils zitierten Gesetzestexte und müssen die jeweils zitierte Regelung unbedingt nachlesen. Das ist zunächst umständlich. Aber im Lauf der Zeit werden Sie erkennen, dass der Gesetzestext, Ihnen immer deutlicher signalisiert, wie Sie mit Ihrem Rechtsproblem umzugehen haben.

Soweit Sie die in Lehrbüchern mittlerweile allgegenwärtigen grafischen Element vermissen: richtig. Es ist kein Lehrbuch. Es ist nur ein Skript, das in einer digitalen Welt die Funktion des Inputs durch einen Vortrag übernimmt. Statt Powerpoints ein Skript. Damit nicht in Vergessenheit gerät, das Recht Sprechen und Schreiben in ganzen Sätzen anhand einzelner Rechtserkenntnisquellen bedeutet.

Das Gute: das Skript kann man selbst anmalen und bekleben. Digital oder analog.

Das Schlechte: es sind keine Powerpoints, keine Hörspiele und erst recht keine Fernsehdarbietungen, die man entspannt und zurückgelehnt am heimischen Monitor verfolgt.





# **Buch I Allgemeine Grundlagen des Rechts**

## **Kapitel 1 Die Kommunikation über Recht**

### Orientierungsfragen

- Welchen Quellen entnehmen Juristen ihr Wissen über das Recht ?
- Wie kann man diese Quellen sinnvoll zur Erschließung eines Rechtsproblems nutzen ?
- Wie verständigen sich Juristen, wenn sie über Recht diskutieren ?
- Welche Darstellungsregeln halten Juristen beim schriftlichen und mündlichen Diskurs über das Recht ein ?
- Warum sollten Sozialarbeiter über diese Regeln informiert sein und sie beherrschen ?

### **1. Wie denken, schreiben und sprechen Juristen?**

Das juristische Denken, Sprechen und Schreiben wird durch eine Vielzahl von Anforderungen und Quellen geformt. In der Rechtswissenschaft geht es in erster Linie um die rationale Verarbeitung verschiedener Rechtserkenntnisquellen. Um also in eine rechtswissenschaftliche Bearbeitung von Sachverhalten, die Ihnen in der sozialen Arbeit begegnen können, zu meistern, ist es notwendig, dass Sie zunächst einen Überblick über die Rechtserkenntnisquellen erhalten.

### **2. Rechtserkenntnisquellen**

Man unterscheidet primäre Rechtsquellen von den Sekundärquellen des Rechts. Primäre Quellen des Rechts sind die Gesetzestexte selbst. Üblicherweise arbeiten wir mit redaktionell bearbeiteten Gesetzestextausgaben. Als Beispiel kann die Ausgabe von Ulrich Stascheit, *Gesetze für Sozialberufe*<sup>1</sup>, dienen.

Gesetzestexte werden zunächst im Bundesgesetzblatt<sup>2</sup> bekannt gegeben. Dies gilt für das Bundesrecht. Dabei versteht man unter Bundesrecht dasjenige Recht, das durch den Bund und seine Organe erlassen wird. Im Bundesgesetzblatt befinden sich die Rechtsquellen im vom Gesetzgeber vorgesehenen Original. Dort sind sie abgedruckt, wie der Urheber des Bundesrechts

<sup>1</sup>[www.fhverlag.de](http://www.fhverlag.de).

<sup>2</sup>[www.bgbl.de](http://www.bgbl.de).

das Recht erlassen hat. Wenn Sie sich diese Originalquellen ansehen, stellen Sie oft fest, dass in einem Artikelgesetz oftmals nur Änderungen eines anderen Gesetzes angeordnet werden. Dies führt dazu, dass der aktuelle Gesetzesstand oftmals nicht so ohne weiteres oder auch gar nicht erkennbar ist. Um dieses Problem zu meistern, gibt es redaktionell bearbeitete Gesetzestextausgaben. Eine der verschiedenen frei im Internet verfügbare Plattform für redaktionell bearbeitete Gesetzestextausgaben ist: [www.gesetze-im-internet.de](http://www.gesetze-im-internet.de).<sup>3</sup>

Neben dem Bundesrecht gibt es als primäre Rechtserkenntnisquelle auch das Recht der einzelnen deutschen Bundesländer.<sup>4</sup> Diese Texte werden durch die Landesregierungen im Internet, redaktionell bearbeitet, zur Verfügung gestellt. Die Originalquellen finden Sie in den Verkündungsblättern des jeweiligen Bundeslandes, die bspw. als Gesetz- und Verordnungsblätter bezeichnet werden.

Sekundäre Rechtserkenntnisquellen kann man grob nach ihrer Herkunft unterteilen. Entscheidungen der Gerichte werden unter dem Oberbegriff „Rechtsprechung“ zusammengefasst. Daneben gibt es eine Vielzahl von Autoren, die sich in verschiedenen Formen und aus unterschiedlichen Perspektiven zu Rechtsproblemen äußern. Diese Quellen fasst man unter dem Oberbegriff „Literatur“ zusammen. Auch der Gesetzgeber äußert sich zu den Gesetzen. Diese Äußerungen stehen der Öffentlichkeit als sogenannte „Parlamentaria“ zur Verfügung. Im Internet finden Sie die Parlamentaria des Bundes im Dokumentations- und Informationssystem des Bundestages.<sup>5</sup> Benutzerfreundlich ist das Dokumentationsystem des Bundesrates,<sup>6</sup> das alle Vorgänge auch mit dem Dokumentationssystem des Bundestages verlinkt.

Im Detail unterscheidet man weitere sekundäre Quellen:

Literatur:

Aufsätze aus Fachzeitschriften, Monografien, Kommentare, Festschriften, Handbücher, Lehrbücher, andere Sammelwerke.

Rechtsprechung:

Amtliche und andere Sammlungen, aus Internetquellen, aus Fachzeitschriften.

Parlamentaria:

Bundestagsdrucksachen, Bundesratsdrucksachen, Stenografische Berichte,

<sup>3</sup>Ein Angebot des Bundesministeriums für Justiz in Zusammenarbeit mit JURIS, nachgewiesen unter [www.juris.de](http://www.juris.de).

<sup>4</sup>Exemplarisch Hessen [www.rv.hessenrecht.hessen.de](http://www.rv.hessenrecht.hessen.de).

<sup>5</sup><http://dip.bundestag.de>.

<sup>6</sup><http://www.bundesrat.de/DE/dokumente/dokumente-node.html>.

Landtagsdrucksachen, Bürgerschaftsdrucksachen (in Stadtstaaten)

Onlinequellen:

Expertensysteme, Onlinebücher, Websites der Justiz und anderer Einrichtungen

Wofür verwendet man diese Quellen?

Aufsätze aus Fachzeitschriften sind meist ungeeignet, um sich in ein bestimmtes Rechtsgebiet einzuarbeiten. Eine Ausnahme stellen Aufsätze zur Einführung in bestimmte Rechtsgebiete in Ausbildungszeitschriften wie JUS, JURA oder JA dar. In Fachzeitschriften werden aktuelle Rechtsprobleme zu den unterschiedlichsten Rechtsgebieten diskutiert. Die Autorenschaft ist höchst heterogen. Rechtspraktiker, Rechtswissenschaftler und teilweise auch Nichtjuristen nehmen aus ihrer Sicht zu speziellen Rechtsfragen Stellung, die die Gemeinschaft der Rechtsanwender und -wissenschaftler bewegen. Aufsätze eignen sich besonders zur Klärung von Detailfragen zu einem bestimmten Rechtsproblem.

Für Monografien gilt Ähnliches. Monografien beschäftigen sich sehr intensiv und differenziert mit einem bestimmten Thema oder einer ganz bestimmten Rechtsfrage. Üblicherweise erwartet man hier Grundlagenarbeit, aus der sich neue Impulse für die Rechtsanwendung oder -entwicklung ergeben sollen. Oft handelt es sich um Dissertationen oder Habilitationsschriften. Dissertationsschriften werden zur Erlangung eines Doktorgrades angefertigt. Habilitationsschriften werden üblicherweise als zweites wissenschaftliches Werk angefertigt, um von einer Universität die Berechtigung zur universitären Lehre verliehen zu bekommen. Man kann Monografien nicht verwenden, um sich einen Überblick über ein Rechtsgebiet zu erarbeiten. Sie setzen voraus, dass man weiß, was man sucht, also seine Frage an einen bestimmten Rechtssatz, oder bzgl. eines bestimmten Rechtsproblems bereits herausgearbeitet hat. Festschriften, Handbücher und andere Sammelwerke, wie z.B. Tagungsbände vertiefen üblicherweise auch Detailfragen eines bestimmten Rechtsproblems.

Kommentare zeichnen sich dadurch aus, dass jede Einzelnorm eines Gesetzestextes mit Anmerkungen zu ihrer Entstehung, Anwendung und Interpretation versehen ist. Vom Anwender verlangen sie, dass er bereits einen Überblick über ein Rechtsgebiet erlangt hat. Der Anwender sollte eine Vorstellung davon haben, aufgrund welcher Norm er seine Rechtsfrage höchstwahrscheinlich lösen möchte. Kommentare geben manchmal einen guten Überblick über Tatbestandsmerkmale einer Einzelnorm, der dazu ergangenen Rechtsprechung und weiteren dazu vertretenen Meinungen aus der Literatur. Das Studium der Kommentare einer Norm eignet sich zur

Vertiefung der Rechtskenntnis in Zweifelsfragen der Anwendbarkeit einer Norm. Üblicherweise ist dort auch wichtige Rechtsprechung und Literatur zu konkreten Problemstellungen nachgewiesen.

Die Bezeichnung eines Buches als „Lehrbuch“ erzeugt gewöhnlich die Assoziation, dass man dieses Buch zum Erlernen eines bestimmten Rechtsgebietes verwenden könne und solle. Dies trifft grundsätzlich auch für juristische Lehrbücher zu. Es gibt Lehrbücher zu jedem denkbaren Rechtsgebiet. Meist ist ihnen jedoch folgende Eigenschaft vorzuwerfen: Wer ein Lehrbuch aufschlägt, erwartet, es voraussetzungslos lesen zu können. Man möchte bei null oder darunter anfangen dürfen und dort abgeholt werden. Dies ist bei juristischen Lehrbüchern meist nicht der Fall. Juristische Lehrbücher präsentieren kenntnis- und detailreich einen Überblick über examensrelevanten Stoff. Examensrelevant bedeutet in diesem Fall natürlich: relevant für das juristische Staatsexamen oder rechtswissenschaftliche Bachelorabschlüsse, die auf die juristischen Staatsexamen vorbereiten.

Ein wenig anders ist das bei Lehrbüchern, die für andere Adressaten z.B. Sozialwissenschaftler oder für künftige Sozialarbeiter geschrieben werden. Diese Bücher wiederum beschränken sich oft auf eine knappe systematische Darstellung des Stoffes. Sie ermöglichen einen groben Überblick über den Inhalt der Gesetzestexte. Wie durch einen Zoo, wandern Sie durch die seltsamen Landschaften des Rechts und bestaunen Gehege mit exotischen Bewohnern. Sie sind der Versuch an sich lesbare Gesetzestexte in verständlichere Sprache zu übersetzen und in Grenzen allgemeine dogmatische Strukturen zu erläutern. Eine Verbindung zu weiterführender Rechtsprechung, Falllösungstechnik, juristischer Methodik und praktischer Rechtsanwendung wird in der Regel nicht hergestellt. Dennoch sind sie für einen allerersten Einstieg eines Nebenfachstudenten ins Recht sehr nützlich. Beim Lesen darf jedoch keinesfalls vergessen werden, dass fast alles, was in diesen Büchern steht, auch dem Gesetzestext zu entnehmen ist. D.h. man liest diese Bücher niemals ohne parallel einen Gesetzestext zu Rate zu ziehen und ihn mit dem Inhalt des Lehrbuches zu vergleichen. Das gilt natürlich auch für die juristischen Lehrbücher, sobald Sie Prüfungsvorbereitungen in Angriff nehmen.

Hilfreich, wenn auch üblicherweise für Jurastudierende angefertigt, sind Skripten und Fallbearbeitungslehren. Einen ersten Überblick verschaffen Skripten in jedem Fall. Oftmals ist dieser Überblick primär auf das juristische Examenscurriculum ausgerichtet. Bei Rechtsgebieten wie dem Sozialrecht oder Familienrecht setzen sie voraus, dass man die Grundlagen des Verwaltungs- und Verwaltungsprozessrechtes sowie des Bürgerlichen Rechts beherrscht. Diese Voraussetzungen sind gewöhnlich aufgrund der eingeschränkten Curricula der Nebenfachstudierenden nicht vorhanden. Wenn Sie sich entscheiden, Skripten zu verwenden,

müssen Sie die vorausgesetzten Grundlagen selbständig erarbeiten. Die jeweiligen Skriptreihen sind hierbei üblicherweise hilfreich.

Die Lektüre von Rechtsprechung bietet sich erst an, wenn man konkrete rechtliche Fragen vertiefen möchte bzw. mit der Rechtsentwicklung in seinem Fachgebiet auf dem Stand der Zeit sein möchte. Allerdings will das Lesen gerichtlicher Entscheidungen gelernt sein. Geschrieben sind sie im Urteilsstil und sie berücksichtigen viele formale Vorgaben, die für einen juristischen Anfänger nicht sofort verständlich und geschweige denn sichtbar sind. Da Gerichte die ihnen vorgelegten Fälle unter jedem rechtlichen Gesichtspunkt zu prüfen haben, steht der unerfahrene Leser immer wieder vor dem Problem, dass er mit Rechtsgebieten und Normenmaterial konfrontiert wird, das ihm unbekannt ist.

Parlamentaria werden insbesondere bei der Erschließung neuer Gesetzestexte verwendet, zu denen es noch keine anderen Materialien gibt. Bei ganz neuen Gesetzen sind sie üblicherweise die einzige Informationsquelle, aus der man erfahren kann, was andere - also der Gesetzgeber - sich bei der Formulierung des Textes gedacht haben und welche Ziele und Vorstellungen verfolgt wurden.

Wenn man also versucht, sich das rechtswissenschaftlich notwendige Basiswissen an zu eignen, hält man sinnvoller Weise diese Reihenfolge ein:

Am besten man beginnt mit einem Nebenfachlehrbuch und einer Gesetzestextausgabe. Zur Erarbeitung des Wissens für eine Prüfungsleistung ist ein Skript oder Lehrbuch und eine parallel zu lesende Gesetzestextausgabe sinnvoll. Dies alles findet man meist, leider aber gewöhnlich nicht in ausreichender Zahl, in der hochschuleigenen Bibliothek. Ein hervorragendes Programm juristischer Primär- und Sekundärquellen bieten natürlich auch die Universitäts- und Staatsbibliotheken sowie Gerichtsbibliotheken. In den Bibliotheken sollte man sich auch umschauen, um heraus zu finden, mit welchem Buch man zum Einstieg gut zu recht kommt. Man sollte darauf achten, dass einem Schreibstil, Druck und Layout des Buches sympathisch und ansprechend erscheinen. Die vermeintlich schlaue Wahl eines dünnen Büchleins statt eines „Wälzers“ hat oftmals ihre Nachteile. Meist ist derselbe Inhalt auf weniger Raum und Worte zusammen gepresst. Dies macht das Buch meist nicht unbedingt verständlicher, sondern voraussetzungsvoller. Sie dürfen davon ausgehen, dass kurze Bücher weniger Erläuterungen und Erklärungen enthalten als dicke. Wahrscheinlich bleiben viele Dinge Ihrer eigenen analytischen Fähigkeit vorbehalten, ohne dass Sie eine Möglichkeit haben zu prüfen, ob Ihre eigenen Gedanken richtig sind. Für Lernende, die nicht über das auswendig lernen, sondern über das Verstehen von Zusammenhängen lernen, sind derartige Bücher eher hinderlich als nützlich. Selbst wenn Sie also

Literaturvorgaben aus ihrer Lehrveranstaltung mitnehmen, müssen Sie sich mit der Eignung dieser Literatur für Sie selbst auseinandersetzen und sich gegebenenfalls für das ergänzende Lernen mit anderer Literatur entscheiden. Das klingt umständlich. Allerdings haben Sie damit auch Ihren ersten Schritt zur Übernahme des behandelten Stoffes in das Langzeitgedächtnis vollendet.

Wenn es Ihnen nicht möglich ist, das Buch oder die Bücher, die Sie zum Lernen verwenden und verwenden möchten, für die gesamte Dauer des Semesters oder Veranstaltungsdauer aus der Bibliothek zu beschaffen, müssen Sie sich dieses Buch oder diese Bücher selbst kaufen.

Im Internet oder zumindest über das Internet stehen zahlreiche Informationsquellen über und zum Recht zur Verfügung. Dies geht weit über den Literaturnachweis in Online-Bibliothekskatalogen hinaus. Gängige Expertensysteme, die meist aus Lizenzgründen nur aus dem Hochschulnetz abrufbar sind, sind, u.a. Wolters Kluwer Online, Juris, Beck/ Nomos-online. Sie eignen sich hervorragend zur Literatur- und Rechtsprechungsrecherche nach spezifischen Suchkriterien. So kann man auch einen kurzen einführenden Aufsatz in das Rentenversicherungsrecht finden und bei einem ausreichenden Abonnement seitens der wissenschaftlichen Einrichtung auch gleich den Volltext abrufen. Raschen Zugriff erhält man so auch auf aktuelle Entscheidungen eines obersten Bundesgerichts zu einer spezifischen Rechtsfrage bzw. auf die neueste Entscheidung zu einem bestimmten Rechtsgebiet.

Wenn Sie sich fragen, wozu Sie diesen Aufwand betreiben sollen: Verwaltungsbehörden, Gerichte und üblicherweise Ihr Widerpart in einer Streitsache bereiten sich mit diesen Werkzeugen auf das Gespräch mit Ihnen vor. Wenn Sie diese Sichtweise nicht überzeugt, lautet die alternative Antwort, weil Sie Ihre Modulprüfungen bestehen und als Bachelor of Arts der Sozialen Arbeit die Hochschule verlassen wollen.

### **3. Konventionen**

Juristen beachten bei ihrer Kommunikation über das Recht untereinander einige Regeln, die Sie ebenfalls beherrschen müssen. Schließlich möchten Sie, dass Juristen Ihnen (wohlwollend und interessiert) zuhören. Juristen sollen Sie darüber hinaus sogar verstehen und sich Ihrer Auffassung zu Gunsten Ihrer Klienten anschließen. Sollte Ihnen dies gleichgültig sein, sollten Sie Ihr Studienziel überdenken und ein Fach wählen, das auf rechtswissenschaftliche Inhalte verzichten kann. Manchmal hilft auch ein Wechsel der Hochschulen. Nicht alle deutschen Fachhochschulen bzw. Universities of Applied Sciences haben curricular ausgeprägte rechtswissenschaftliche Anteile. Welche Berufsziele Sie mit diesen Curricula tatsächlich erreichen können, sollten Sie

vorab klären. Um im sozialarbeiterischen Berufsalltag zu bestehen müssen Sie sich den unterschiedlichsten Sprachgewohnheiten anpassen, schließlich ist Ihre vornehmste Aufgabe die Vermittlung von Verständigung zwischen verschiedenen Fronten.

Auch zur Kommunikation über Recht gehört die Verwendung einer besonderen Art Sprache. Diese Sprache ist zunächst unabhängig von der Verwendung standardisierter Darstellungsregeln, also der Verwendung von Gutachten – oder Urteilsstil. Diese Sprache wird Ihnen innerhalb der Lehrveranstaltung präsentiert. Sie hören deutsch klingende Begriffe, die Sie aus der Alltagssprache zu kennen glauben. Sie haben jedoch eine andere, meist engere und spezifischere Bedeutung, wenn sie im Diskurs über das Recht verwendet werden. Ein alltagsnahes Beispiel dafür sind die Begriffe „Eigentum“ und „Besitz“. Die Ihnen hinlänglich vertraute Alltagssprache verwendet beide Begriffe meist synonym. Als Rechtsbegriff bedeutet der Besitz jedoch das schwächere Recht an einem Gegenstand als das Eigentum. Wer Besitzer einer Sache ist, hat nur die tatsächliche Gewalt über die Sache. Aber wer Eigentümer ist, dem gehört sie und nur er darf sie sanktionsfrei zerstören, verkaufen oder beschädigen; sich eben wie ein Eigentümer verhalten. Eigentümer dürfen die Sache dem Besitzer auch abnehmen oder ihn von der tatsächlichen Gewalt über die Sache ausschließen. Der Eigentümer ist also, wenn wir im Rechtsunterricht sprechen, vom Besitzer zu unterscheiden. Der rechtliche Unterschied liegt in den verschiedenen Rechten an der Sache. Das gleicht dem Vokabelpauken einer Fremdsprache. Allerdings ist die Übersetzung meist nicht mit einem Wort möglich, sondern nur mit der Erläuterung einer mehr oder weniger komplexen Struktur. Ich denke, auch das wird an dem Beispiel des Unterschieds von Eigentümer und Besitzer deutlich. Wenn Sie also Rechtswissenschaften erlernen, eignen Sie sich gleichzeitig einen neuen Sprachgebrauch an, der nur zu einem Teil mit der deutschen Alltagssprache übereinstimmt. Wer Ihre Prüfungsleistungen korrigiert, erwartet eine korrekte und professionelle Verwendung der erlernten Begriffe. Die Verwendung einer falschen Terminologie überzeugt weder den Prüfer noch Ihren Widerpart in der Praxis. (Das ist übrigens nicht nur in den Rechtswissenschaften der Fall !)

Bitte verwechseln Sie diese Sprache nicht mit Juristen- oder Verwaltungsdeutsch. Beide Begriffe stehen für schlechtes Deutsch mit Schachtelsätzen, unästhetischen und unverständlichen Nominalisierungen.<sup>7</sup> Juristendeutsch ist eine bis zur Unleserlichkeit verstümmelte Variante der deutschen Sprache. Es sollte immer auch das Ziel des Rechtsanwenders sein, in einer schlichten und verständlichen Sprache zu schreiben. Sie sollte sachlich sein, keine Fremdwörter enthalten und eine besondere Distanziertheit zur Materie vermitteln. Adjektive und Adverbien kommen fast gar nicht vor, d.h. sie werden wenn überhaupt nur eingesetzt, um eine ausnahmsweise vorliegende Besonderheit zu betonen.

<sup>7</sup> Lehrreich und humorvoll; Schimmel: Juristendeutsch ? 2. A. 2020.

Die erste Person wird ebenfalls nicht verwendet. So sollen Distanz und Objektivität vermittelt werden. Der Autor tritt hinter den Text zurück, er ist grammatisch unsichtbar. Das darf Sie nicht zu Passivsätzen verleiten, die einen Text zu schwer verdaulichem Blei machen. So wichtig Emotionalisierung eines Lernstoffes zum Behalten des Gelernten sein mag, so falsch ist die Emotion im juristischen Text platziert.

Um die ersten Hürden der juristischen Kommunikation zu meistern, ist es erforderlich zunächst einmal zu begreifen, worüber wir sprechen. Gesetze haben Eigenarten. Sie sollten im Unterricht und in der Prüfung bekannt sein, da es sonst schwierig bis unmöglich ist, der Veranstaltung zu folgen oder das Erlernte angemessen in der Prüfung zu reproduzieren.

Damit Sie wissen, um welche Texte es geht, sehen wir uns eine Textausgabe von verschiedenen Gesetzen, die in der Sozialen Arbeit eine Rolle spielen können, an.

Jede Gesetzestextausgabe hat eine alphabetische Schnellübersicht über alle Gesetzestexte, die in diese Sammlung aufgenommen wurden. Die Gesetzestexte sind hier abgekürzt angegeben. Ihnen ist jeweils eine Nummer zugeordnet. Diese Nummer bezeichnet man als Ordnungsnummer. Die Ordnungsnummer gibt den Standort des jeweiligen Gesetzestexts in der Gesetzessammlung an. Wenn Sie nun die Abdruckseiten aufschlagen, finden Sie die Ordnungsnummer, jeweils in der linken und rechten oberen Ecke einer jeden Seite wieder. Anhand dieser Ordnungsnummern orientiert man sich in der Gesetzestextsammlung. Man verwendet also nicht die Seitenzahl, um auf den Fundort eines Gesetzes in der Sammlung hinzuweisen, sondern verweist auf die Ordnungsnummer, um einen Gesetzestext in dem Buch aufzufinden.

Die Schnellübersicht verrät zudem gleichzeitig die Standardabkürzungen für die einzelnen aufgenommenen Gesetzestexte. Ist das nicht der Fall, findet man die Standardabkürzung im Abdruck der jeweiligen Texte. Die Ordnungsnummern bilden gleichzeitig das Inhaltsverzeichnis der Textsammlung. Manche Gesetzestextausgaben wie z.B. wie Beck oder Nomos Texte haben am Ende der Sammlung einen Index mit Stichwörtern. Diesen Index kann man zur thematischen Orientierung in der Sammlung verwenden. Bei der Verwendung des Index ist aber auch Vorsicht geboten: ohne solides systematisches Rechtswissen und methodische Versiertheit führt der Index schnell in die Irre und auf einen völlig falschen Weg. Anfängern ist von diesem Weg dringend abzuraten.

Betrachten Sie nun das Grundgesetz in Ihrer Gesetzestextausgabe. Der Abdruck beginnt mit einer Inhaltsübersicht, in der alle Artikel des Grundgesetzes einzeln aufgezählt sind. Anhand der

Überschriften der einzelnen Artikel können Sie erkennen, was Gegenstand der jeweiligen Regelung ist. Sie können auch erkennen, dass das Grundgesetz nicht etwa Paragraphen hat, sondern Artikel.

Anders ist dies beim Bürgerlichen Gesetzbuch. Hier sehen Sie bereits an dem sehr langen Inhaltsverzeichnis, dass das Bürgerliche Gesetzbuch aus Paragraphen besteht und eine Vielzahl verschiedener Themen behandelt. Dazu gehören unter anderem das Recht der Schuldverhältnisse und das Familienrecht. Dasselbe gilt für das Sozialgesetzbuch. Das Sozialgesetzbuch gliedert sich in zwölf Teile und wir wählen das dritte Buch Sozialgesetzbuch aus, um einen ersten Eindruck zu bekommen. Das dritte Buch Sozialgesetzbuch beschäftigt sich mit der Arbeitsförderung. Wie das Bürgerliche Gesetzbuch besteht es aus Paragraphen.

Um die Paragraphen exakt und verständlich zitieren zu können, muss man erkennen, dass sie in Absätze unterteilt sind, die üblicherweise mit eingeklammerten arabischen Zahlen gekennzeichnet sind. Die Absätze wiederum sind in Sätze unterteilt, die mit kleinen hochgestellten arabischen Zahlen bezeichnet werden.

Es existieren weitere Unterteilungen der Paragraphen durch Nummern (oder Spiegelstriche). Ein Beispiel dafür finden Sie z.B. in § 26 Sozialgesetzbuch III oder § 1666 Absatz 3 Bürgerliches Gesetzbuch.

Wenn Sie diese Normen schriftlich zitieren möchten, haben Sie verschiedene Möglichkeiten zur Auswahl. Z.B.:

Paragraph 60 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 Sozialgesetzbuch Erstes Buch wird zu:

§ 60 Abs. 1 Satz 1 Nr.1 SGB I oder § 60 I 1 Nr. 1 SGB I

Paragraph 1666 Absatz 3 äNummer 1 Bürgerliches Gesetzbuch wird zu:

§ 1666 Abs. 3 Nr. 1 BGB oder 1666 III Nr. 1 BGB

Art. 2 Absatz 2 Satz 1 Grundgesetz wird zu:

Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG oder Art. 2 II 1 GG.

Der Inhalt des Textes ist als bekannt vorauszusetzen, wenn Sie über die jeweilige Norm schreiben oder diskutieren. Der sog. Wortlaut des Gesetzestextes ist öffentlich bekannt gemacht. Er steht in

der amtlichen Fassung fest. Über ihn wird nicht diskutiert. Er ist jeweils in der geltenden Fassung<sup>8</sup> zu zitieren und zu benutzen. Diskutiert wird über die Bedeutung der einzelnen Wörter des Wortlautes der jeweiligen Norm. Nur so entsteht rechtswissenschaftliches, da methodisches Vorgehen im Rahmen der Rechtsanwendung.

#### Wiederholungsfragen

- Welche primären und sekundären Rechtserkenntnisquellen kennen Sie ?
- Wie heißt das Verkündungsblatt für die Gesetze des Bundes ?
- Was versteht man unter Bundesrecht ?
- Was versteht man unter Landesrecht ?
- Erläutern Sie folgende Begriffe: Kommentar, Parlamentaria, Skript.
- Beschreiben Sie sinnvolle Verwendungsmöglichkeiten für sekundäre Rechtserkenntnisquellen !
- Beschreiben Sie charakteristische Merkmale der juristischen Sprache.
- Was versteht man unter „Ordnungsnummer“ ?

<sup>8</sup>Die geltende Fassung ist nur in akademischen Kontext die jeweils in Ihrer Sammlung abgedruckte Fassung. In der Praxis ist es immer erforderlich, das zum konkreten Zeitpunkt des Rechtsstreites geltende Recht zu ermitteln und zugrunde zu legen. Bei dieser schwierigen Aufgabe helfen mittlerweile die genannten Expertensysteme, die alle Fassungen der jeweiligen Norm mit Geltungszeitraum ausweisen. Hilfreich ist auch die Plattform [www.buzer.de](http://www.buzer.de).

## Kapitel 2 Ordnung im Recht

### Orientierungsfragen

- Welches sind die ranghöchsten und rangniedrigsten Rechtsnormen ?
- Welche Folgen hat der Rang einer Rechtsnorm für ihre Anwendung ?
- Wer darf Rechtsnormen erlassen ?
- Wie verhält sich das Recht der Europäischen Union zum nationalen Recht der Bundesrepublik Deutschland ?
- Wer hat die Kompetenz, Gesetze zu erlassen ?
- Welche Gesetzgebungskompetenzen gibt es ?

### 1. Die Normenpyramide.

Im letzten Abschnitt haben Sie bereits bemerkt, dass es verschiedene Arten von Gesetzen gibt, wie zum Beispiel das Grundgesetz, das Bürgerliche Gesetzbuch und das Sozialgesetzbuch mit seinen zwölf Büchern.

Das Recht der Bundesrepublik Deutschland unterscheidet, weitere verschiedene Arten von Rechtsnormen. Deren hierarchische Ordnung hilft uns, uns in der Rechtsordnung zu orientieren und die zutreffende Norm für unseren Fall heraus zu finden. Man stellt die klassische hierarchische Ordnung aller möglichen Arten unserer Rechtsnormen zur Veranschaulichung in der Form einer Pyramide dar.

An der Spitze der Pyramide steht das Grundgesetz, die Verfassung der Bundesrepublik Deutschland. Sie regelt Staatsorganisation und Grundrechte. Sie gilt für das gesamte Staatsgebiet der Bundesrepublik und damit auch in den einzelnen deutschen Bundesländern. Das Grundgesetz regelt auch das parlamentarische Verfahren, in dem einfache Bundesgesetze zustande kommen. Hierbei wirken Bundestag und Bundesrat zusammen.

Auf der nächst niedrigeren Stufe der Normenhierarchie befinden sich die Bundesgesetze. Darunter versteht man alle Gesetze, die in einem durch die Verfassung vorgeschriebenen Gesetzgebungsverfahren zustande gekommen sind. Einen raschen Überblick über verschiedene Bundesgesetze können Sie sich verschaffen, wenn Sie die Inhaltsübersicht einer beliebigen Gesetzestextausgabe betrachten. Beispiele für einfache Bundesgesetze sind z.B. das Bürgerliche Gesetzbuch und die verschiedenen Sozialgesetzbücher. Die Bundesgesetze haben sich nach den

inhaltlichen und formalen Vorgaben des Grundgesetzes zu richten. Sie dürfen dem Grundgesetz und insbesondere seinen Grundrechten nicht widersprechen.

Auf der dritten Ebene der Pyramide finden Sie Rechtsverordnungen und Satzungen des Bundes, sowie seine Verwaltungsvorschriften. Anders als die Bundesgesetze, die von der Legislative, gesetzgebende Gewalt, erlassen wurden, also von Bundestag in Zusammenarbeit mit dem Bundesrat, werden Rechtsverordnung und Satzungen sowie Verwaltungsvorschriften von der Exekutive, von der Verwaltung des Staates, der vollziehenden Gewalt, erlassen. Da sie in der hierarchischen Gliederung unterhalb der Bundesgesetze und des Grundgesetzes angeordnet sind, müssen sie inhaltlich und formal sowohl mit dem Grundgesetz als auch mit den Bundesgesetzen übereinstimmen. Beispiele für Rechtsverordnungen des Bundes sind z.B. die Straßenverkehrsordnung, die Arbeitslosengeld II / Sozialgeld-Verordnung sowie die Hausrats - Verordnung. Diese Rechtsnormen werden von der Exekutive erlassen. Verwaltungsvorschriften sind hingegen interne Regelungen der Verwaltung. Sie erzeugen daher üblicherweise weder Rechte noch Pflichten für den Bürger. Sie binden in der Regel auch die Gerichte nicht. Sie sind damit keine Rechtsquellen im engeren Sinne.<sup>9</sup> In einigen Fällen erlangen diese Regelungen jedoch besondere Bedeutung für den Bürger, indem sie mittelbar (d.h. durch ihre Anwendung seitens der Exekutive) oder unmittelbar Außenwirkung erlangen. Zumindest in den Fällen unmittelbarer Außenwirkung gilt auch eine Pflicht, diese Regelungen wie Rechtsnormen zu veröffentlichen.<sup>10</sup> In diesen Fällen wirken sie wie reguläre Rechtsnormen.

Landesrecht gilt jeweils nur auf dem Staatsgebiet eines Bundeslandes. Das heißt alle 16 Bundesländer der Bundesrepublik Deutschland haben eigene Gesetzgebungskompetenzen, die sie aus dem Art. 70 Grundgesetz ableiten. In ihren Landesverfassungen sind wiederum die Gesetzgebungskompetenzen der Landesparlamente geregelt. In Flächenstaaten heißen diese Parlamente Landtage und in Stadtstaaten werden sie als Bürgerschaft bezeichnet. Die Bundesländer haben eigene Verfassungen. Manche Landesverfassungen verweisen auf die Grundrechte, die im Grundgesetz geregelt sind und regeln nur die Staatsorganisation. Andere insbesondere ältere Landesverfassungen besitzen eigene Grundrechtskataloge. Die Landesverfassungen sehen auch die Gesetzgebungsverfahren für die Landesgesetze vor. Sie müssen inhaltlich und formal mit den Vorgaben der Landesverfassung und dem gesamten Bundesrecht, also auch dessen Satzungen und Rechtsverordnungen, übereinstimmen.

Die Notwendigkeit der Übereinstimmung von Landesrecht mit Bundesrecht ergibt sich aus Art. 31 Grundgesetz. Er regelt, dass Bundesrecht Landesrecht bricht. Das bedeutet, dass jegliches

<sup>9</sup> Sodan/ Ziekow Grundkurs öffentliches Recht § 4 Rz. 16; Röhl / Röhl Allgemeine Rechtslehre S. 551; BVerwG 25.11.2004, 5 CN 2/03.

<sup>10</sup> BVerwG 25.11.2004, 5 CN 2/03.

Landesrecht auch die Landesverfassung mit der niedrigsten Ebene der Rechtsnormen des Bundes übereinzustimmen hat. Beachten Sie, dass das auch bedeutet, dass sogar Rechtsverordnungen des Bundes den Landesverfassungen vorgehen, hätten sie denselben Regelungsgehalt. Praktisch dürfte dieser Fall jedoch nicht eintreten.

Daneben gibt es im Landesrecht auch Rechtsverordnungen, Satzungen und Verwaltungsvorschriften. Dabei handelt es sich um von der Exekutive des jeweiligen Bundeslandes gesetztes Recht. Dieses Recht wird von Verwaltungseinheiten des Landes erlassen. Dies können die Landesministerien sein. In Stadtstaaten erledigen dies die (Fach-)Behörden.

Familienrecht ist weitgehend Bundesrecht. Beschäftigen wir uns jedoch mit dem Kinder- und Jugendhilferecht (Sozialgesetzbuch VIII), finden wir eine Vielzahl landesrechtlicher Regelungen in den verschiedenen Bundesländern. Oft werden diese Gesetze als Ausführungsgesetz zum Kinder- und Jugendhilferecht bezeichnet.<sup>11</sup> Sie regeln meist Finanzierungs- und Organisationsfragen der Kinder- und Jugendhilfeträger bzw. deren Einrichtungen. Seit einigen Jahren steigt auch die Zahl der landesrechtlichen Kindertagesstätten-, Kinderschutzgesetze. Die Gesetzeslandschaft ist hier sehr heterogen. Im Sozialrecht ist eigenständiges Landesrecht eher die Ausnahme, wenn es um Sozialleistungen geht. Zwar gibt es zu den Sozialgesetzbüchern, wie im Bayerischen Ausführungsgesetz zu den Sozialgesetzen gut zu sehen,<sup>12</sup> regelmäßig landesrechtliche Ausführungsgesetze. Materielle Änderungen liegen darin nicht. Die Satzungen nach § 22a SGB II zu den Kosten der Unterkunft und Heizung stellen ein Beispiel für sozialrechtliche Satzungen auf Länderebene dar.

### **Exkurs:**

An dieser Stelle wird oft die Frage nach der Bedeutung und dem Rang des Rechts der Europäischen Union gestellt. Es ist von einem Anwendungsvorrang des Rechts der Europäischen Union auszugehen. Das bedeutet, dass das Recht eines Mitgliedsstaates im Falle des Widerspruchs gegen EU-Recht zwar nicht nichtig ist. Das entgegenstehende mitgliedstaatliche Recht ist also nicht unwirksam. Aber seine Anwendung hat zu unterbleiben, soweit es im Widerspruch zum EU-Recht steht.

Zur Verdeutlichung der Geltungsvorrang im Unterschied zum Anwendungsvorrang: Innerhalb der Normenpyramide der Rechtsnormen der Bundesrepublik ist, anders als im Verhältnis des Bundesrechts zum europäischen Recht von einem Geltungsvorrang auszugehen: Art. 31 GG,

<sup>11</sup> Abweichende Bezeichnungen gibt es bspw. in Bayern (AGSG Gesetz zur Ausführung der Sozialgesetze und Hessen (HKJGB) Hessisches Kinder – und Jugendhilfegesetzbuch.

<sup>12</sup> <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/BayAGSG>, letzter Aufruf 12.2.2021

wonach Bundesrecht Landesrecht bricht, ist ein Beispiel dieses Geltungsvorranges. Dem Bundesrecht entgegenstehendes Landesrecht ist nichtig, also unwirksam.

Immer wieder problematisch, auch in der gelebten Staatspraxis ist die Frage, inwiefern und ob europäische Rechtsnormen den Grundrechten der deutschen Verfassung zu entsprechen haben. Mit dem Bild der Normenpyramide gesprochen: Sitzt die EU Rechtsordnung noch oberhalb des Grundgesetzes, ist sie die Krone der Pyramide ?

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat in den 70er-Jahren in den sogenannten Solange - Entscheidungen festgelegt, dass es die Einhaltung der Grundrechte im Rahmen der Rechtsakte der Europäischen Union nicht überprüfen wird, solange es der Auffassung ist, dass der Europäische Gerichtshof (EuGH) einen Grundrechtsschutz bietet, der dem der deutschen Verfassung entspricht. Mittlerweile hat das BVerfG jedoch in verschiedenen Fällen, z.B. zum Europäischen Haftbefehl und in der Maastricht Entscheidung wieder europäisches Recht an den deutschen Grundrechten gemessen. Besonders deutlich wurde der Anspruch des BVerfG als letzte Instanz zur Not auch über Europarecht hinweg zu gehen, in seiner Ultra Vires Entscheidung<sup>13</sup> anlässlich der Überprüfung der Anleihenkäufe der EZB durch den Europäischen Gerichtshof.

Der Europäische Gerichtshof hingegen ist der Auffassung, dass die europäische Rechtsordnung den nationalen Rechtsordnungen vorrangig sei. Er legt großen Wert darauf, die europäische Integration zu fördern und zu vollenden. Deshalb legt er die europäischen Rechtsnormen so aus, dass das Ziel der europäischen Integration möglichst weitreichend verwirklicht wird. Alle Normen des europäischen Rechts werden so interpretiert aus, dass ihr Ziel, die europäische Integration, optimal erreicht wird. (So genannter „effet utile“ (frz.))

## **2. Orientierung durch Normenpyramide und Gesetzgebungskompetenzen**

Anhand dieser Normenpyramide, kombiniert mit dem Wissen um die verschiedenen Gesetzgebungskompetenzen des Grundgesetzes können wir uns in der deutschen Rechtsordnung grundlegend orientieren. Dies erleichtert das Auffinden von Normenmaterial. Damit Sie wissen, wo Sie mit dem Suchen nach einer Norm beginnen müssen, ist es sinnvoll, dass Sie feststellen, auf welcher Normenebene Sie die geregelte Materie wahrscheinlich finden. Betrachten Sie diesem Zweck die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes in Art. 73 und 74 Grundgesetz. Finden Sie eine Materie hier aufgeführt, dann müssen Sie auf alle Fälle im Bereich des Bundesrechts weiter suchen. Wenn dies nicht der Fall ist, dann gilt Art. 70 Grundgesetz. Danach haben die Länder das

<sup>13</sup> Urt. v. 05.05.2020, Az. 2 BvR 859/15 u.a

Recht der Gesetzgebung, wenn der Gegenstand der Gesetzgebung nicht in Art. 72 bis 74 GG geregelt ist.

Zu den ausdrücklich geregelten Gesetzgebungskompetenzen des Bundes gehören die ausschließliche und die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz. Grundsätzlich steht die Gesetzgebungskompetenz der Ländern nach Art. 30, 70 I GG zu. Regelungstechnisch ist eine Kompetenz des Bundes, Gesetze zu erlassen eine staatsrechtliche Ausnahme. Ist eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 71, 73 GG gegeben, ist eine gesetzgeberische Tätigkeit der Länder nicht zulässig. Länder dürfen für die in Art. 73 GG aufgezählten Materien keine Regelungen treffen. Die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes, lässt Regelungen der Länder zu, solange der Bund von seiner in Art. 72, 74 GG geregelten Gesetzgebungskompetenz keinen Gebrauch gemacht hat.

Am Beispiel des Familienrechts bzw. Sozialrechts sehen Sie, dass dies zumindest ein wenig Orientierung erlaubt. In Art. 74 I Grundgesetz, also im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung, finden wir in der Nummer 1 das Bürgerliche Recht und in den Nummern 7 und 12 die verschiedenen Bereiche des Sozialrechts.

#### Wiederholungsfragen

- Welchen Rang hat das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland im Vergleich zu anderen Rechtsnormen?
- Wer erlässt Bundesgesetze und wo ist ihr Zustandekommen geregelt?
- Erläutern Sie was Rechtsverordnungen Satzungen und Verwaltungsvorschriften sind. Wer erlässt sie ?
- Welche Arten von Landesrecht gibt es?
- Wo ist das Verhältnis von Landes- und Bundesrecht geregelt?
- Wie verhält sich das bundesdeutsche Recht zum Recht der Europäischen Union?
- Wo sind die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes geregelt?
- Wie unterscheiden sich die ausschließliche und konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes ?

## Kapitel 3 Arbeiten mit und an der Rechtsnorm

### Orientierungsfragen

- Wie sind Rechtsnormen aufgebaut ?
- Wie ermittelt man die Bedeutung von Rechtsnormen ?
- Welche Methoden gibt es einen Gesetzestext auszulegen ?
- Wie verhalten sich diese Auslegungsmethoden zueinander ?
- Wie stellt man die Auslegung eines Gesetzestextes dar ?

### 1. Die Anatomie der Rechtsnorm

Ob Sie bei der rechtswissenschaftlichen Arbeit Erfolg haben, hängt nicht nur davon ab, dass Sie sich zahlreiche terminologische Besonderheiten einprägen können und bestimmte Darstellungskonventionen einhalten. In erster Linie hängt Ihr Erfolg auch davon ab, ob Sie die Struktur von Rechtsnormen verstehen und mit den Rechtsnormen arbeiten können. Die Präzision, mit der Sie eine Rechtsnorm, einen einzelnen Satz oder auch nur ein Wort dieses Satzes anschauen können, ist maßgeblich daran beteiligt, ob Sie verstehen, wie Rechtstexte und Texte über das Recht zu Stande kommen.

Üblicherweise kleiden sich Rechtsnormen in Konditionalsätze, also wenn - dann Sätze. Aufgrund der Anschaulichkeit strafrechtlicher Beispiele wählen wir ein strafrechtliches Beispiel. Lesen Sie § 212 Abs. 1 StGB:

*Wer einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein,  
wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter 5 Jahren bestraft.*

Man könnte diese Norm auch wie folgt formulieren:

*Wenn jemand einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein, dann wird er als Totschläger mit  
Freiheitsstrafe nicht unter 5 Jahren bestraft.*

§ 212 Abs. 1 StGB besitzt, da er als Bedingung formuliert werden kann, eine konditionale Struktur.

Der erste Teil, der in der veränderten Formulierung unter „Wenn“ eingeordnet ist, ist der **Tatbestand** der Norm. Er umschreibt ein menschliches Verhalten in abstrakter Form, den das Gesetz rechtlich würdigen soll. Die rechtliche Würdigung des Tatbestandes erfolgt durch die sog. **Rechtsfolge**, der „Dann“ - Satz. In der Rechtsfolge erläutert der Gesetzestext die rechtlichen

Konsequenzen der Verwirklichung des Tatbestandes durch menschliches Verhalten (Sachverhalt, „Geschichte“).

Rechtsnormen besitzen einzelne Glieder, aus denen sie zusammengesetzt sind, die sog. Tatbestandsmerkmale. Bleiben wir bei § 212 Abs. 1 StGB. Dies sind die Tatbestandsmerkmale:

*Wer, einen Menschen, tötet, ohne Mörder zu sein, wird,  
als Totschläger, mit einer Freiheitsstrafe, nicht unter 5 Jahren, bestraft*

Eine der wichtigsten Aufgaben des Rechtsanwenders ist, alle Tatbestandsmerkmale einer Rechtsnorm zu erkennen. Meist gilt: ein Wort entspricht einem Tatbestandsmerkmal. Manchmal besteht aber ein Tatbestandsmerkmal auch aus zwei oder mehr Wörtern, die als Sinneinheit nicht getrennt werden können. Gelegentlich kommt es dann aber wieder in einem ganz bestimmten Fall darauf an, dass sich in einem bisher zusammengesetzt verwendeten Tatbestandsmerkmal zwei Tatbestandsmerkmale verbergen, die für die Lösung des Falles einen deutlichen Unterschied machen.

Üblicherweise werden die Elemente der Rechtsfolge nicht als Tatbestandsmerkmale bezeichnet; sie sitzen schließlich auf der Rechtsfolgeseite der Norm. Sie unterscheiden sich hinsichtlich der Notwendigkeit einer Anwendung auf den Sachverhalt aber nicht von den Tatbestandsmerkmalen auf der Tatbestandsseite der Norm. Ihre Aufgabe ist es, den Sachverhalt, d.h. die tatsächliche Situation des Rechtsunterworfenen entsprechend der Inhalte des Gesetzes zu verändern. Wie auf der Seite der Merkmale des Tatbestandes stellt sich die Frage, wie der Inhalt des Gesetzes auf den Sachverhalt einwirken soll. Es ist deshalb gerechtfertigt, auch die Elemente der Rechtsfolge, wie Tatbestandsmerkmale zu behandeln. Suchen Sie eine spezielle Bezeichnung für die Tatbestandsmerkmale der Rechtsfolge, bezeichnen Sie sie als „Merkmale der Rechtsfolge“.

Sozialrechtliche Normen neigen in diesem Zusammenhang zu besonderer Komplexität, die die der familienrechtlichen Normen weit hinter sich zurück lässt. Ein großer Teil unserer rechtswissenschaftlichen Arbeit und Ausbildung bezieht sich darauf, die Tatbestandsmerkmale und ihre Bedeutung zu ermitteln.

Im Moment ist es wichtig, dass Sie an diesem einfachen Beispiel die Funktion der Tatbestandsmerkmale erkennen. Die Tatbestandsmerkmale verbinden die Rechtsnorm mit dem Sachverhalt. Dabei ist unter Sachverhalt die uns zugängliche und veränderbare soziale und individuelle Realität zu verstehen. Sie dürfen den Sachverhalt auch (Fall-)Geschichte nennen.

Unsere Geschichte oder unser Sachverhalt sieht folgendermaßen aus:

Ludwig sticht Anton mit einem Messer während eines gegenseitig provozierten Zweikampfes von vorn ins Herz. Anton stirbt an dem Messerstich auf der Stelle. Ein Strafrichter verurteilt Ludwig wegen Totschlags zu einer 6 jährigen Strafe im Gefängnis.

Bei einem Vergleich mit dem Tatbestand ergibt sich allgemeinverständlich folgende Gegenüberstellung von Sachverhalt und den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des § 212 Abs. 1 StGB.

### **Tatbestand:**

Wer = Ludwig

Einen Menschen= Anton

Tötet = Tod (des Anton) durch ins Herz stechen

Ohne Mörder zu sein = Nicht von hinten, im Zweikampf bei gegenseitiger Provokation

-----> **Rechtsfolge**

Wird als Totschläger = Ludwig ist kein Mörder

Mit einer Freiheitsstrafe = §§ 38, 39 StGB Gefängnis

Nicht unter 5 Jahren = §§ 38, 39 StGB 6 Jahre

bestraft = Festsetzung der Strafen nach §§ 38 ff StGB

Nachdem der Vorfall zwischen Ludwig und Anton mit § 212 Abs. 1 StGB in Beziehung gesetzt wurde, ändert sich die Realität besonders für Ludwig sehr gründlich: er muss eine Gefängnisstrafe verbüßen. Rechtsnorm und Sachverhalt beeinflussen einander unter Umständen sehr intensiv.

Damit diese Beeinflussung nicht willkürlich und im rechtsfreien Raum geschieht, ist der Rechtsanwender an das Verfahren der Subsumtion im Wege des sog. Justizsyllogismus gebunden. Beide Verfahren gehören zum Kern der rechtswissenschaftlichen Arbeit. Die Einzelheiten dieser Methodik sind umstritten. Für unseren Zweck ist jedoch ausschlaggebend, dass es ohne diese Verfahren keine Rechtsanwendung gibt, die den wissenschaftlichen, rationalen und praktischen Ansprüchen aller mit Rechtsnormen befasster Akteure genügt.

Damit Rechtsnorm und Sachverhalt zur Deckung gebracht (d.h. verglichen) werden können, wird das Verfahren der Subsumtion verwendet. Subsumtion vollzieht sich in einem mehrteiligen induktiven Prozess. Nach der Aufgliederung der Fall entscheidenden Rechtsnorm in Tatbestand und Rechtsfolge und die Zerlegung dieser Glieder in Tatbestandsmerkmale, sind die Tatbestandsmerkmale auf ihre Bedeutung hin zu untersuchen. Oft gibt es für die Tatbestandsmerkmale überkommene Bedeutungen, die von der Rechtsprechung und/ oder

Literatur erarbeitet wurden. Genauso oft oder sogar öfter müssen wir uns die Bedeutung von Tatbestandsmerkmalen, ihre Definition, durch Anwendung der Auslegungsmethoden (Kanones) erarbeiten. Die Auslegungsmethoden lernen wir in Kürze kennen. Wenn wir nun der Auffassung sind, dass die Bedeutung des Tatbestandsmerkmals einem Ausschnitt des Sachverhaltes, den wir zur Beurteilung bekommen haben, entspricht, ist die Subsumtion eines Sachverhaltselements unter die Rechtsnorm vollzogen.

Arbeitsschritte:

1. Rechtsgrundlage wird in Tatbestand und Rechtsfolge aufgeteilt
2. Zerlegung von Tatbestand und Rechtsfolge in (Tatbestands-)Merkmale
3. Definition der (Tatbestands-) Merkmale (Verwendung der Auslegungsmethoden oder weitere Rechtserkenntnisquellen)
4. Vergleichen eines abgrenzten Elements des Sachverhaltes mit den Definitionen eines (Tatbestands-) Merkmales
5. Entscheidung, ob Sachverhaltselement das Tatbestandsmerkmal erfüllt
6. Wiederholung 1.- 5. für alle Merkmale

In unserem Beispielfall **Ludwig ersticht Anton** könnte eine Subsumtion schematisch wie folgt aussehen:

Tatbestandsmerkmal	Definition	Sachverhalt
<b>Tatbestand</b>		
Wer	ein Mensch	Ludwig
einen Menschen	biologisches Gattungswesen	Anton
tötet	durch eine Handlung das Leben auslöscht	Stich ins Herz mit sofortigem Versterben
ohne Mörder zu sein	keine Mordmerkmale des § 211 StGB	provozierter Zweikampf, Stich von vorn
<b>→ Rechtsfolge</b>		
wird als Totschläger	Jemand, der nicht gemordet (§ 211 StGB) hat	keine Mordmerkmale provozierter Zweikampf, Stich von vorn
mit einer Freiheitsstrafe	§§ 38,39 StGB	zeitige Strafe
nicht unter 5 Jahren	Zwischen 5 und 15 Jahren	Schuld des Anton
bestraft	§ 38 StGB	Dauer der Strafe

Im nächsten Schritt müssen wir uns nun fragen: ist Anton ein Mensch, gehört Ludwig zur Gattung Mensch, hat Ludwig die Mordmerkmale verwirklicht, ist Antons Leben durch eine Handlung beendet worden usw. In der Rechtsfolge müssen wir uns ähnlich fragen: wie sieht Ludwigs Freiheitsstrafe aus, wie lange muss sie dauern, um seiner Schuld zu entsprechen usw. Wenn wir Antworten auf alle diese Fragen gegeben haben, ist die Subsumtion des gesamten Falles unter die Rechtsnorm erfolgt.<sup>14</sup>

Wenn wir genau hinsehen, erkennen wir, dass sich die Subsumtion an zwei Stellen vollzieht:

Subsumtion tritt dort auf, wo Elemente des Sachverhaltes in Beziehung zu einem Tatbestandsmerkmal gesetzt werden. Gleichzeitig wird eine Subsumtion unter den gesamten Rechtssatz vollzogen, soweit alle Tatbestandsmerkmale mit allen Elementen des Sachverhaltes übereinstimmen und die Rechtsnorm als Ganze verwirklicht ist.

Subsumtion bedeutet also den Vergleich der allgemeinen Charakteristika der Tatbestandsmerkmale einer Rechtsnorm mit den Eigenschaften einer real vorhandenen Lebensäußerung. Kürzer: Vergleich der Eigenschaften von Rechtsbegriff und Sachverhaltselement.

Das Verfahren dieses Vergleichs wird unter dem Begriff Syllogismus zusammen gefasst. Das es eine einfache Schlussform ist und die Logik verschiedene Formen des Syllogismus kennt, nennt man diesen Syllogismus den Juristen verwenden auch „Justizsyllogismus“. Er ist dreiteilig und sieht schematisch folgendermaßen aus:

Schema	Beispiel	Justizsyllogismus
weil $A = B$	Alle Katzen sind schwarz.	Tatbestandsmerkmal = Definition (Gemeinsamkeit)
und $C = B$	Kitty ist schwarz.	Sachverhaltselement = Definition (Gemeinsamkeit)
ist $C = A$	Kitty ist eine Katze.	Sachverhaltselement = Tatbestandsmerkmal

Sie sehen, dass sich über diese Form des logischen Schließens zwei wahre Aussagen zu einer dritten wahren Aussage verbinden lassen, weil beide wahre Aussagen ein gemeinsames Element (Gemeinsamkeit) besitzen. Im Grunde dreht sich bei der Rechtsanwendung alles nur darum,

<sup>14</sup>Es wäre weiterhin allerdings zu berücksichtigen, dass die Straftat nicht nur aus den §§ 212, 211 StGB und deren ungeschriebenen Tatbestandsmerkmalen besteht, sondern weitere Merkmale also die Rechtswidrigkeit der Tat und Schuld des Ludwig, hinzutreten müssen, damit eine Bestrafung tatsächlich erfolgen kann.

dieses gemeinsame Element zu finden und plausibel darzulegen oder zu begründen, dass es dieses gemeinsame Element gibt oder warum es dieses gemeinsame Element gerade nicht gibt.

Gehen wir zurück zu unserem Fall: [Anton ersticht Ludwig](#).

Für unseren Fall sähe der Syllogismus beim ersten Tatbestandsmerkmal wie folgt aus.

Wer	Ein Mensch ( Definition des Wortes „Wer“ durch systematische Auslegung <sup>15</sup> ; nur Menschen können sich nach geltendem Recht strafbar machen.)
Ludwig	ein Mensch
Ludwig	Wer

Beim zweiten Tatbestandsmerkmal käme folgender Syllogismus in Frage:

einen Menschen	Lebewesen auf Kohlenstoffbasis, biologisches Gattungswesen (Definition des Wortes „Mensch“ grammatische Auslegung <sup>16</sup> )
Anton	Lebewesen auf Kohlenstoffbasis, biologisches Gattungswesen
Anton	Mensch

Sie sehen an diesen Beispielen:

Auf die Definition des Tatbestandsmerkmals kommt es an, ob Anton als Totschläger verurteilt werden kann. Wäre „WER“ kein Mensch, sondern eine autonome algorithmusgesteuerte Kriegswaffe, könnte Anton ungestraft Menschen erstechen. Eine spannende Variante dieser Problematik erzählt der Spielfilm [„I, Robot“](#) nach dem Vorbild der Robotergeschichten des klassischen Science Fiction Autors Isaac Asimov.

Wie finden wir also die „RICHTIGE“ Definition ? Das verrät das Herzstück rechtswissenschaftlicher Methodik, die sog. Methodenlehre.

## 2. Die klassische Methodenlehre

Die Ermittlung der Bedeutung von Tatbestandsmerkmalen, also deren Definition, vollzieht sich für alle Rechtsgebiete und alle Arten von Rechtsnormen nach demselben Verfahren. Dabei kann man zwei Grundrichtungen der Bedeutungsermittlung unterscheiden:

Subjektive Auslegung vs. objektive Auslegung

<sup>15</sup> Siehe nächsten Abschnitt „systematische Auslegungsmethode“.

<sup>16</sup> Siehe nächsten Abschnitt „grammatische Auslegungsmethode“.

Die subjektive Auslegung verlangt vom Rechtsanwender, sich in die Situation des historischen Gesetzgebers hinein zu versetzen und zu ermitteln, was der Gesetzgeber mit dem Gesetz bewirken wollte. Es wird Wert darauf gelegt, den im Gesetz zum Ausdruck kommenden Willen des historischen Gesetzgebers zu ermitteln. Maßgeblich für die Ermittlung der Bedeutung eines Tatbestandsmerkmals ist ausschließlich, was der Gesetzgeber in die Norm und das Tatbestandsmerkmal hineingelegt hat. Der Rechtsanwender muss diese Bedeutung nur rekonstruieren.

Die subjektive Auslegung wird aufgrund von negativen historischen Erfahrungen heute nicht mehr in dieser Form vertreten. Sie fand - pervertiert - als Führerprinzip während des Nationalsozialismus Anwendung. Weitere Nachteile waren ihre historisierende Wirkung und fehlende Entwicklungsoffenheit. Sie trägt der Komplexität der heutigen realen Lebensverhältnisse nur unzureichend Rechnung.

Die objektive Auslegung ist seit dem Ende des vorvergangenen Jahrhunderts im Vordringen begriffen. Danach wird angenommen, mit dem Akt der Gesetzgebung löse sich das Gesetz von seinem Urheber los. Der Urheber hat seine Rolle mit dem Erlass des Gesetzes ausgespielt und tritt hinter sein Werk zurück. Der dem Gesetz immanente Gedanke und Willensinhalt ist fortan allein maßgeblich. Die um ihn kreisenden Vorstellungen und Erwartungen des Gesetzesschöpfers erlangen keinerlei Verbindlichkeit. Wie jeder andere ist der Schöpfer des Gesetzes diesem nun auch unterworfen, vgl. dazu auch Art. 20 III GG. Dieser objektive Auslegungsansatz ermöglicht eine gegenwartsnahe und zeitgemäße Interpretation des Gesetzestextes.

Während die „subjektive“ Theorie auf den historischen Willen des „Gesetzgebers“, d.h. Gesetzesverfassers, auf dessen Motive in ihrem geschichtlichen Zusammenhang abstellt, ist nach der „objektiven« Theorie, die in Rechtsprechung und Lehre immer stärkere Anerkennung gefunden hat, das Gesetz selbst Gegenstand der Auslegung. Man sagt auch: der im Gesetz verobjektivierte Wille des Gesetzgebers.

*„Der Staat spricht nicht in den persönlichen Äußerungen der an der Entstehung des Gesetzes Beteiligten, sondern nur im Gesetz selbst.“<sup>17</sup>*

Indem wir die Bedeutung einzelner Tatbestandsmerkmale ermitteln, ermitteln wir also nicht den Willen des Gesetzgebers. Nur was der Gesetzgeber für Dritte erkennbar in das Gesetz hineingelegt hat, wird als Inhalt des Gesetzestextes anerkannt.

<sup>17</sup>Radbruch, Rechtsphilosophie, 1950, S. 210 f.

Diesem Auslegungsziel dienen die Auslegung aus dem Wortlaut der Norm (grammatische Auslegung), aus ihrem Zusammenhang (systematische Auslegung), aus ihrem Zweck (teleologische Auslegung) und aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte (historische Auslegung). Diese vier Methoden bezeichnet man auch als die klassischen Kanones der Auslegung. Um die Bedeutung eines Tatbestandsmerkmals zu erfassen, sind alle Auslegungsmethoden nebeneinander erlaubt. Sie schließen einander nicht aus, sondern ergänzen sich gegenseitig. Das gilt auch für die Heranziehung der Gesetzesmaterialien, soweit sie auf den objektiven Gesetzesinhalt schließen lassen. Freilich sind die „Vorarbeiten (im Rahmen) eines Gesetzes für dessen Auslegung immer nur mit einer gewissen Zurückhaltung, in der Regel bloß unterstützend, zu verwerten“.<sup>18</sup> Die Berücksichtigung von Gesetzesmaterialien darf nicht dazu verleiten, die Vorstellungen der gesetzgebenden Instanzen mit dem objektiven Gesetzesinhalt gleichzusetzen. Der Wille des Gesetzgebers kann bei der Auslegung des Gesetzes nur insoweit berücksichtigt werden, als er in dem Gesetz selbst einen hinreichend bestimmten Ausdruck gefunden hat.

Das Bundesverfassungsgericht hat bereits in einer Entscheidung vom 21. Mai 1952<sup>19</sup> ausgesprochen, dass für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift der in dieser zum Ausdruck kommende verobjektivierte Wille des Gesetzgebers maßgeblich ist, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt. Der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift kommt für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zu,

„als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können“.

In einer Entscheidung vom 15. Dezember 1959<sup>20</sup> hat das Gericht diese Grundsätze nochmals bestätigt und sich auch in neuerer Rechtsprechung nicht von dieser Vorgehensweise distanziert.

Die Entscheidungen des BVerfG bestätigen damit im Wesentlichen die objektive Auslegungsmethode. Zudem greifen sie das klassische juristische Handwerkszeug, die Kanones, auf.

### **3. Die Anwendung der traditionellen Auslegungsmethoden**

<sup>18</sup>So bereits das Reichsgericht in RGZ 128, 102 (111) v. 26.3.1930.

<sup>19</sup>BVerfGE 1, 299 (312).

<sup>20</sup>BVerfGE 10, 234 (244).

### *Grammatische Auslegung:*

Die grammatische Auslegung fragt: Hilft der Wortlaut der Norm weiter? Dabei wird auf die allgemein sprachlichen Wortbedeutungen geachtet, sowie die Ausdrucksweise des Gesetzes berücksichtigt. Besondere technische Ausdrücke, auch Anknüpfungen an die juristische Fachsprache oder außerjuristische Fachsprachen sind möglich. Hier fließt regelmäßig Gedankengut aus anderen wissenschaftlichen Disziplinen in die Gesetzesinterpretation ein. Eine unkritische Übernahme der Terminologie einer anderen Fachdisziplin ist jedoch nicht angebracht.

### *Systematische Auslegung*

Oft wechselt der Gebrauch eines Wortes von Rechtsgebiet zu Rechtsgebiet, von Gesetz zu Gesetz bzw. auch teilweise zwischen den Abschnitten eines Gesetzes.<sup>21</sup> Die systematische Auslegung fragt, ob aus dem rechtlichen Zusammenhang mit anderen Normen eine zwingende Lösung abzuleiten ist, damit sich die Norm widerspruchsfrei in das Rechtssystem einfügt. Die Stellung der Norm innerhalb des Gesetzes bzw. des Gesetzes innerhalb der Rechtsordnung wird zur Klärung der Bedeutung herangezogen. Ein Beispiel:

Ein Beispiel ist der Begriff „Kind“:

In § 1666 BGB bezeichnet er alle Kinder, die unter elterlicher Sorge stehen also alle minderjährigen Kinder. Das ergibt sich aus dem Zusammenhang des § 1666 BGB mit der elterlichen Sorge, denn § 1666 BGB gehört zu den Regelungen über die elterliche Sorge nach Kapitel 4. Buch Abschnitt 2 Titel 5. des Bürgerlichen Gesetzbuches.

In § 27 I SGB VIII hingegen ist das Kind ausdrücklich durch § 7 I Nr. 1 SGB VIII beschrieben. Entsprechend dieser Legaldefinition, Definition eines Begriffes durch eine gesetzliche Regelung, ist das Kind nie über 14 Jahre alt.

Andererseits knüpft der Begriff „Personensorgeberechtigte“ wie anhand §§ 27 I, 7 I Nr. 5 SGB VIII ersichtlich, ausdrücklich an den Begriff des Personensorgeberechtigten im BGB an, vgl. a. § 1626 I 2 BGB.

### *Historische (und genetische) Auslegung*

Die historische und die genetische Auslegung beziehen Gesetzgebungsverfahren und ältere Fassungen derselben gesetzlichen Regelung mit ein. Oft wird die Fassung des Wortlauts des Gesetzes im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens mehrfach verändert. Durch die unterschiedlichen sprachlichen Fassungen wird oftmals deutlich, welche Fallgestaltungen vom Geltungsbereich der Norm ausgenommen oder welche Fallgestaltungen einbezogen werden

<sup>21</sup>Dazu s.a. systematische Auslegung.

sollten. An dieser Stelle finden der Wille und die Vorstellungen des historischen Gesetzgebers Eingang in die Interpretation. Seine Materialien, die er den Gesetzesentwürfen beigegeben hat, werden im Hinblick auf Regelungsabsichten und Ziele des Gesetzgebers durchgesehen. Dennoch sollte darauf geachtet werden, die subjektive Auslegung nicht in den Vordergrund zu stellen. Der „Wille des Gesetzgebers“ muss Ausdruck im Gesetzeswortlaut gefunden haben. In den Gesetzesmaterialien werden und wurden die geltenden Gesetze begründet. Die Drucksachen enthalten teilweise auch ausführliche Anwendungshinweise des Gesetzgebers. Diese Begründungen werden in aller Regel von den Referenten in den entsprechenden Fachministerien geschrieben. Sie sind also eigentlich Begründungen der Exekutive, die die Legislative in ihren Gesetzgebungswillen aufgenommen hat. Aufgrund der Masse an Gesetzen, die der Bundestag oder auch die Länderparlamente regelmäßig verabschieden, ist es an sich ausgeschlossen, dass jeder Bundes- oder Landtagsabgeordnete jede Begründung zu einem Gesetz, über das er abstimmt, gelesen hat. Damit historische Gesetzesauslegung nicht im Abschreiben von Meinungen ministerialer Referentinnen und Referenten endet, muss unbedingt auch auf andere Interpretationsmöglichkeiten zurück gegriffen werden. Vor allem auch die Entwicklung des Gesetzestextes selbst berücksichtigt werden. Hierbei kann man die historische Auslegung noch über das aktuell geltende Gesetz ausdehnen, indem man auf Gesetze zurückgreift, die dem gerade Untersuchten in der zeitlichen Geltung voran gingen. Dieses Verfahren bezeichnet man auch genauer als genetische Auslegung. Unterschiede im Wortlaut weisen oft auf durch die Neufassungen angestoßene Entwicklungen hin.

### *Teleologische Auslegung*

Die teleologische Auslegung fragt danach, welchen Zweck eine Norm erfüllen soll. Die Frage nach dem Normzweck lässt sich subjektiv oder objektiv stellen. Die Frage nach den Zwecken, die der Gesetzgeber subjektiv verfolgte, als er die Norm erließ, weist direkt zurück in die historische Auslegung und zeigt die starke Verbindung zu dieser im Grunde veralteten Auslegungsmethode. Danach teilt die subjektiv teleologische Auslegung auch die Schwachpunkte der subjektiven Auslegung. An dieser Stelle wird aber auch deutlich, wie weit die Hand des historischen Gesetzgebers reichen kann und inwieweit sie in der Lage ist, die praktische Rechtsentwicklung zu steuern.

In der Praxis ist die teleologische Auslegung eine der beliebtesten Methoden; sind doch die Zwecke vom Normanwender prinzipiell frei wählbar. Dies birgt die Gefahr, dass die Frage nach dem Zweck der Norm in die Beliebigkeit abrutscht. Das kann nur dadurch verhindert werden, dass die Auslegungsfrage auch durch die anderen Auslegungsmethoden bewertet wird. Daneben muss man sich vor allem darüber klar werden, in welchem Gesamtzusammenhang die Norm steht, der man „seinen“ selbst gewählten Zweck beigegeben möchte. Ein in diesem Sinne

tragfähiger Ansatzpunkt ist die Herausarbeitung des jeder Rechtsnorm zugrunde liegenden Interessenkonflikts. Wurde dieser Interessenkonflikt sichtbar gemacht, wird zumindest deutlich, zu wessen Gunsten der Gesetzeszweck instrumentalisiert wird. Aber auch darüber hinaus sind die Zwecke nicht völlig beliebig auswählbar. Sie müssen ihrerseits mit den Grundlagen der Rechtsordnung im Einklang stehen. Als solche können hier zunächst genannt werden:

- Gleichbehandlungsgrundsatz
- Sachgerechtigkeit
- Rechtssicherheit
- allgemeine Verfassungskonformität
- EU-Rechtskonformität

#### **4. Das Verhältnis der Auslegungsmethoden zueinander**

Es ist nicht ungewöhnlich, dass man mit vier Auslegungsmethoden auch (mindestens) vier verschiedene und eventuell sogar widersprechende Auslegungsergebnisse erhält. Eigentlich ist dies bei sorgfältiger Arbeit sogar der Regelfall, gilt es doch, erst einmal alle möglichen und irgend denkbaren Normbedeutungen zu ermitteln.

Um diesem Problem der zahlreichen und zum Teil auch widersprechenden Normbedeutungen aufgrund der Anwendung unterschiedlicher Kanones zu begegnen, wird gerade im Bereich der Strafrechtswissenschaft der Vorrang der grammatischen Auslegung behauptet. Vor allem die teleologische Auslegung der Norm könne sich nie oder selten gegen den Wortlaut der Norm durchsetzen. Dagegen spricht, dass es keine verbindliche Rangfolge der Auslegungsmethoden im Sinne eines Vorranges der Wortlautinterpretation gibt.<sup>22</sup> Finden sich widersprechende Teilergebnisse, muss im Hinblick auf ein einheitliches Gesamtergebnis abgewogen und begründet werden.

Beim Begründen des einheitlichen Gesamtergebnisses bieten sich folgende neuere Auslegungsansätze an, die nicht in den klassischen Kanones aufgeführt wurden.

##### **4.1. Die verfassungskonforme Auslegung**

Diese Auslegungstechnik strebt dort, wo der ermittelte Wortsinn mehrdeutig ist, die Entscheidung zugunsten derjenigen Variante an, die zur Vereinbarkeit der auszulegenden gesetzlichen

<sup>22</sup>Gerade für den Bereich des Strafrechts ist diese Aussage aufgrund des Grundsatzes „Keine Strafe ohne Recht“ (Art. 103 II GG) weder unbestritten noch unproblematisch.

Bestimmung mit der Verfassung und ihren Prinzipien führt. Dabei werden alle aufgefundenen Auslegungsergebnisse daraufhin überprüft, ob sie mit den Werten der Verfassung, also insbesondere mit den Grundrechten, übereinstimmen.

In diesen Fällen kann es durchaus vorkommen, dass sich herausstellt, dass eine verfassungskonforme Auslegung völlig von den mit den traditionellen Kanones ermittelten Ergebnissen abweicht. Ist das der Fall, liegt eigentlich eine verfassungswidrige Norm vor.

Das Bundesverfassungsgericht hat in der Entscheidung vom 17. Juni 1953<sup>23</sup> die Grenzen einer verfassungskonformen Auslegung wie folgt gezogen:

„wenn vom Boden des geltenden Rechts aus noch eine positive Regelung dem Gleichheitssatz Rechnung tragen kann und diese mit dem Gesetzeswortlaut vereinbar ist. Keinesfalls darf jedoch eine solche verfassungskonforme Auslegung das gesetzgeberische Ziel in einem wesentlichen Punkte verfehlen oder verfälschen. Das aber wäre hier der Fall. (...) Die vom Oberlandesgericht anscheinend beabsichtigte „verfassungskonforme Auslegung“ würde dem klaren Gesetzeswortlaut einen geradezu entgegengesetzten Sinn geben. Das Gericht würde dadurch nicht nur in die Kompetenzen des Gesetzgebers, sondern auch in die des Bundesverfassungsgerichts eingreifen; diesem allein ist es nach Art. 100 I GG; vorbehalten, ein dem Grundgesetz - hier dem Art. 3 GG - nach Sinn und Wortlaut eindeutig widersprechendes Gesetz, das unter Geltung des Grundgesetzes erlassen worden ist, für verfassungswidrig zu erklären.“

Ein klassisches Beispiel verfassungskonformer Auslegung finden Sie bei Lüdemann:<sup>24</sup>

Die Medien melden den Ausbruch des Irak-Krieges. Wenige Minuten später versammeln sich mehrere hundert Menschen spontan auf dem Kölner Domplatz und demonstrieren gegen die Außenpolitik der USA. Fraglich ist, ob diese Versammlung vorher bei der zuständigen Behörde angemeldet werden musste. § 14 I Versammlungsgesetz sieht eine Anmeldepflicht für Versammlungen unter freiem Himmel vor: „Wer die Absicht hat, eine öffentliche Versammlung unter freiem Himmel oder einen Aufzug zu veranstalten, hat dies spätestens 48 Stunden vor der Bekanntgabe der zuständigen Behörde unter Angabe des Gegenstandes der Versammlung oder des Aufzuges anzumelden.“ Anderenfalls kann die Versammlung nach § 15 II Versammlungsgesetz aufgelöst werden. Die spontane Versammlung hätte also 48 Stunden vor ihrem tatsächlichen Anlass angemeldet werden müssen. Damit verlangt § 14 I

<sup>23</sup>BVerfGE 2, 336 (340, 341).

<sup>24</sup>JuS 2004, 27 (28).

Versammlungsgesetz etwas tatsächlich Unmögliches, es sei denn er gilt gerade nicht für ungeplante Spontanversammlungen. § 14 I Versammlungsgesetz gilt den Wortlaut nach für alle Versammlungen und Aufzüge, ohne Rücksicht auf ihren Inhalt und ihr Zustandekommen. Andererseits deutet die Einleitung der Regelung „wer die Absicht hat,... zu veranstalten“ darauf hin, dass nur Demonstrationen gemeint sind, die frühzeitig geplant werden. Die beiden Möglichkeiten § 14 I Versammlungsgesetz auszulegen müssen mit den Grundrechten des Grundgesetzes vereinbar sein. Art. 8 I GG regelt die Anmeldefreiheit von Versammlungen und sieht für Versammlungen unter freiem Himmel die Möglichkeit vor, gesetzliche Regelungen zu treffen die diese Anmeldefreiheit begrenzen. Für aus spontanem Anlass entstehende Versammlungen käme eine Anmeldepflicht mit 48 Stunden Vorlauf einem faktischen Verbot gleich. Entschluss zur Versammlung und ihre Durchführung fallen bei der Spontanversammlung in einem Zeitpunkt zusammen. Auch fehlt es bei Spontanversammlungen üblicherweise an einem Veranstalter, der die Anmeldung vornehmen könnte. Ein derartiger Eingriff in Art. 8 I GG wäre unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig, da er das Grundrecht für diese Form der Versammlung leer laufen ließe. Infolgedessen fordert das BVerfG eine verfassungskonforme Auslegung des § 14 I Versammlungsgesetz dahingehend, dass er nicht auf Versammlungen angewendet wird, die kurzfristig und ungeplant wegen eines aktuellen Ereignisses stattfinden. Im Ausgangsfall handelte es sich um eine Spontanversammlung. Sie hätte also nicht zuvor bei der zuständigen Behörde angemeldet werden müssen.

Ein Nachsatz zu einem beliebigen Fehler, nicht nur bei Studierenden, ist angebracht: Bei der Auslegung von Tatbestandsmerkmalen ist darauf zu achten, dass Normen einer höheren Normenstufe (vgl. Normenpyramide) nicht durch Normen niedrigeren Ranges definiert werden können. D.h. legen Sie den Verfassungsbegriff Eltern in Art 6 Abs. 2 GG aus, ist das Bürgerliche Gesetzbuch und die Regelungen zur elterlichen Sorge weder ein zulässiger systematischer noch grammatikalischer Zugang zur Bedeutung des Verfassungsbegriffes.

#### **4.2. Das Prinzip der praktischen Konkordanz**

Das Prinzip der praktischen Konkordanz wurde der verfassungsrechtlichen Dogmatik entlehnt und für die Gesetzesinterpretation fruchtbar gemacht. Es wird aber gelegentlich auch darüber hinausgehend angewendet. (z.B: im Sinne einer europarechtskonformen Auslegung bei Fuchs<sup>25</sup>) Die sich für das einfache Recht ergebende Auslegungsregel lautet, dass die Auslegung einer Norm so zu erfolgen habe, dass ihr ein sinnvoller Anwendungsbereich verbleibt.

<sup>25</sup>NZS 2002, 338(343).

### **4.3. Die strukturierende Rechtslehre nach Müller / Christensen<sup>26</sup>**

In einer umfangreichen Untersuchung von Gerichtsentscheidungen haben Müller/ Christensen im sprach- und rechtswissenschaftlichen Verbund untersucht, wie Gerichte der öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeiten Recht tatsächlich interpretieren. Sie haben untersucht, ob die Gerichte die traditionellen Kanones noch verwenden und wenn sie es nicht tun, welche Methoden sie an deren Stelle zur Interpretation heranziehen. Das Ergebnis zeigt, dass Gerichte zwar die traditionellen Kanones weiterhin heranziehen. Dabei werden aber auch neue methodische Ideen integriert, wie z.B. die Normbereichsanalyse, die die Passung von aktueller Realität und Rechtsnorm überprüft. Auch der Einfluss außerjuristischer Fachsprachen, geistes- und kulturgeschichtlicher Ideen usw. ist durch die Untersuchung nachgewiesen. Nicht nachgewiesen werden konnte jedoch, dass die Kanones die Entscheidungsfindung der Gerichte primär steuern. Deshalb kommen Müller/Christensen zu dem Schluss, dass eine methodisch gut fundierte Entscheidung darin besteht, dass der Gesetzesanwender alle denkbaren möglichen Normhypothesen aufstellt und schließlich diejenige auswählt, die am plausibelsten begründbar ist.

### **4.4. Hilfsmittel zur Ermittlung der Bedeutung von Tatbestandsmerkmalen**

Wie Sie nun in einer juristischen Ausarbeitung die Bedeutung von Tatbestandsmerkmalen ermitteln, hängt von der konkreten Aufgabenstellung ab. In einer Klausur sind Sie auf Ihren Ideenreichtum und Ihren Gesetzestext angewiesen. Zum Teil werden Sie Bedeutungen von Tatbestandsmerkmalen auch einfach auswendig lernen. Das werden Sie tun, wenn Sie sich in Gesetzestexten nur schlecht orientieren können. Sie werden dies vermutlich auch tun, wenn Sie keinen Zugang zur Arbeit mit Gesetzestexten finden. Insbesondere das Strafrecht bietet diesen recht leichten Einstieg in die Methodik an: Das Pauken tradierter Definitionen.

Das Problem an dieser Methode ist, dass das auswendig Gelernte nicht garantiert, dass man damit auch wirklich arbeiten kann. Man hat nicht verstanden, wie eine Definition zustande kommt und wendet sie dann folglich auch schematisch und unter Umständen unzutreffend an. Sinnvoller ist es, auch wenn man eine Definition auswendig lernt, zu verstehen, was in ihr steckt, wie sie zustande kam und für welche Zusammenhänge sie zu bereits eingesetzt wurde. Beim Lernen oder in Hausarbeiten helfen Kommentare zu den einzelnen Gesetzestexten, Rechtsprechung, Fachaufsätze und weitere Sekundärquellen Definitionen zu verstehen, zu entwickeln und eine gute Lösung zu finden.

<sup>26</sup>Friedrich Müller / Ralph Christensen, Juristische Methodik. Band I. Grundlagen. Öffentliches Recht, 8. Auflage, Berlin 2002. Online erreichbar mit zahlreichen lesenswerten Publikationen unter: <http://www.recht-und-sprache.de>.

## 5. Justizsyllogismus und Gutachten-/ bzw. Urteilsstil

Mit der Rangfolge der Normen, Anatomie der Rechtsnorm und der Technik zur Ermittlung der Bedeutung der Rechtsnorm und Justizsyllogismus haben wir fast alle Elemente zusammen getragen, um über das Recht und mit professionellen Rechtsanwendern kommunizieren zu können. Es fehlen noch die damit untrennbar verbundenen Elemente des Justizsyllogismus und der besonderen Kommunikationsstile „Gutachten- und Urteilsstil“.

Gehen wir zurück zu unserem ersten kleinen Fall über Anton und Ludwig.

Der Gutachtenstil für das erste Tatbestandsmerkmal sähe wie folgt aus:

These (Obersatz):

Ludwig müsste „Wer“ im Sinne des § 212 I StGB sein.

Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Wer“ (Mittelsatz):

Mit „Wer“ bezeichnet das StGB ausschließlich Menschen. Aus dem systematischen Kontext des StGB ergibt sich, dass nur ein Mensch, keine Organisationseinheit oder anderes Lebewesen sich strafbar machen kann. Insbesondere die Anknüpfung der Strafbarkeit an eine Tat, also aktives Tun, oder auch Unterlassen aktiven Tuns, § 13, 14 StGB, machen deutlich, dass es nur menschliches Verhalten ist, das eine Straftat begründen kann. Nur ein Mensch kann danach strafrechtlich verantwortlich sein. „Wer“ kann also nur ein Mensch sein.

Ludwig ist ein Mensch.

Dementsprechend ist Ludwig auch „Wer“ im Sinne des § 212 I StGB. (Conclusio des Syllogismus, gleichzeitig Ergebnis der aufgestellten These.)

Im Urteilsstil, der sich hier anbietet, weil uns völlig klar ist, dass Ludwig sich des Totschlags strafbar machen kann, wäre – allerdings in einer umständlichen Langform, die in der Praxis nicht angewendet würde - wie folgt zu formulieren :

Ludwig ist „Wer“ im Sinne des § 212 I StGB. (Ergebnis = conclusio vorweg!)

Mit „Wer“ bezeichnet das StGB ausschließlich Menschen. Aus dem systematischen Kontext des StGB ergibt sich, dass nur ein Mensch, keine Organisationseinheit oder anderes Lebewesen sich strafbar machen kann. Nur ein Mensch kann strafrechtlich verantwortlich sein. (systematische Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Wer“. )

Ludwig ist ein Mensch. (Obersatz des Syllogismus)

Das noch immer zu umständlich. Genau genommen sähe der Urteilsstil hier sogar so aus:

Ludwig ist „wer“ im Sinne des § 212 StGB.

Noch praktischer gedacht, würde ein Richter sich in seinem Urteil zu dieser Frage gar nicht äußern, weil es offensichtlich ist, dass Ludwig ein Mensch ist und sich strafbar machen kann.

Das Wechseln vom einen Stil zum anderen bedarf der Übung und erfordert ein wenig Erfahrung. Üblicherweise schreibt man Gutachten in der Klausur und in Hausarbeiten fast durchgehend im Gutachtenstil. Der Urteilsstil findet nur ausnahmsweise Anwendung, weil im Gutachten nur rechtlich problematische Fragen zu erläutern sind.

Ein Rechtsgutachten oder eine gerichtliche Entscheidung hat immer eine Anspruchs- oder Ermächtigungsgrundlage als Ausgangspunkt. Bisher gingen wir von einer strafrechtlichen Ermächtigungsgrundlage aus, einem Straftatbestand. Der Straftatbestand ermöglicht, wie unschwer zu erkennen ist, erhebliche Eingriffe in die Freiheit des Bürgers. Darin gleicht er allen anderen Ermächtigungsgrundlagen, die es dem Staat ermöglichen dem Bürger Handlungspflichten aufzuerlegen und in seine Rechte einzugreifen. § 1666 I BGB ist ein Beispiel für einen staatlichen Eingriff in (elterliche) Rechte. Anspruchsgrundlagen gewähren dem Bürger ein Recht eine Leistung zu fordern, sei gegen den Staat oder einen anderen Bürger. § 194 I BGB ist als Legaldefinition des Rechtsanspruchs für alle Rechtsgebiete anzusehen. Ein einfaches Beispiel für eine Anspruchsgrundlage gegen den Staat ist § 27 I SGB VIII. Eine Anspruchsgrundlage, die sich gegen einen anderen Bürger richtet, ist beispielsweise der Anspruch auf Verwandtenunterhalt, § 1601 BGB. Anspruchs- und Ermächtigungsgrundlagen werden im ersten Satz Ihres Gutachtens als Ausgangspunkt Ihrer Ausführungen verwendet. Der erste Satz Ihre Gutachtens wird durch die „W-Formel“ getragen:

<b>WER</b>	<b>WILL WAS</b>	<b>VOM WEM</b>	<b>WORAUS ?</b>
Strafrichter	Bestrafung	des Anton	§ 212 Abs. 1 StGB
Familiengericht	Entziehung der elterlichen Sorge	Mutter und Vater des Kindes	§ 1666 Abs. 1 BGB
Personensorgeberechtigte Mutter des Kindes	Hilfe zur Erziehung	Jugendhilfeträger	§ 27 Abs. 1 SGB VIII
Kind	Unterhalt	Vater	§ 1601 BGB
arbeitsloser Karl	Arbeitslosengeld	Bundesagentur für Arbeit	§ 136 Abs. 1 Nr. 1 SGB III

## Wiederholungsfragen

- Erläutern Sie folgende Begriffe: Tatbestand, Sachverhalt, Tatbestandsmerkmale und Rechtsfolge.
- Was bedeutet Justizsyllogismus und wie verhält er sich zur Subsumtion ?
- Erläutern Sie den Unterschied zwischen subjektiver und objektiver Auslegung von Gesetzen.
- Wieso distanzieren sich Rechtspraxis und Wissenschaft von der subjektiven Auslegung?
- Erläutern Sie die klassischen Kanones.
- Wie verhalten sich objektive Auslegung und Kanones zueinander?
- Beschreiben Sie die Regeln für die verfassungskonforme Auslegung.
- Erläutern Sie das Prinzip der praktischen Konkordanz.
- Worin besteht nach Auffassung der strukturierenden Rechtslehre die Aufgabe des Rechts Interpreten ?

## Kapitel 4 Das Lesen eines Gesetzestextes

Orientierungsfragen:

Welche Arten von Rechtsnormen gibt es ?

Wie unterscheiden sich Anspruchs- und Ermächtigungsgrundlagen ?

Was versteht man unter Normenkonkurrenzen und wie werden sie aufgelöst ?

### 1. Kodifizierungstechnik

Wie man am Beispiel des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Sozialgesetzbuches gut erkennen kann, sind unsere Gesetzestexte auf eine besondere Art strukturiert. Was man an allgemeinen Regelungsstrukturen und Rechtsinstituten vor die Klammer ziehen konnte, wird in einem allgemeinen Teil vorangestellt. Die Regelungen, die diesen meistens auch als solchen bezeichneten *allgemeinen Teilen* zugeordnet sind, gelten meist nur vorbehaltlich abweichender Regelungen. Sie gelten damit auch für die Materien, die in den *besonderen Teilen* der jeweiligen Kodifizierung geregelt sind.

### 2. Arten von Rechtsnormen

Um Gesetzestexte verstehen zu können, muss man über Kenntnisse bzgl. der Arten von Rechtsnormen verfügen. Vollständige Rechtsnormen besitzen eine *Konditionalstruktur* (wenn → dann). Sie haben einen Tatbestand (wenn) und eine Rechtsfolge (dann) und können daher vereinfacht als „Wenn-Dann-Regelung“ bezeichnet werden.

Diese Konditionalstrukturen sind insbesondere auch in den *Anspruchsgrundlagen* sichtbar. Anspruchsgrundlagen geben auf die Frage Auskunft: Wer will was von wem woraus?

Im Sozialrecht sind die Anspruchsgrundlagen meistens deutlich dadurch gekennzeichnet, dass einem bestimmten Personenkreis ausdrücklich ein Anspruch auf eine bestimmte Sozialleistung zuerkannt wird. Dabei bedeutet einen Anspruch zu haben, das Recht zu besitzen, etwas, in der Regel eine Leistung, zu fordern, vgl. a. § 194 Abs. 1 BGB. Ein Rechtsanspruch ist klagbar, d.h. kann vor den Gerichten eingefordert werden.

Dieselbe Konditionalstruktur weist auch die zweite Form der Rechtsgrundlagen, die *Ermächtigungsgrundlage* auf. Ermächtigungsgrundlagen erlauben dem Staat, in die Grundrechte des Bürgers einzugreifen. Ermächtigungsgrundlagen sind von den Kompetenz- und Aufgabenzuweisungsnormen zu unterscheiden.

Aufgabenzuweisungsnormen geben dem Bürger keinen Rechtsanspruch. Sie stellen nur ein Gebot an die Verwaltung dar, tätig zu werden. Es handelt sich um objektives Recht, das eine Aufgabe der Verwaltung beschreibt. Oftmals ist es schwierig und auch durchaus strittig, ob eine Norm einen klagbaren Anspruch gibt, also Anspruchsgrundlage ist, oder ob sie nicht klagbares objektives Recht in der Form einer Aufgabenzuweisung ist. Als Beispiele für Aufgabenzuweisungen können die folgenden Regelungen dienen: § 1 III SGB II, § 15 I 1 SGB II, § 22 IX 1 SGB II, § 2 SGB VIII, §§ 11 I, 13 I, 14 I SGB VIII, § 8 SGB XII, § 36 II 1 SGB XII.

Kompetenznormen regeln, welche Körperschaft gesetzliche Aufgaben auszuführen hat. Sie beschreiben die Zuständigkeit. Dies erfolgt beispielsweise in § 3 I SGB XII, § 6 I 1 SGB II, § 3 II 1 SGB VIII.

Üblicherweise findet man weder in Kompetenznormen noch in Aufgabenzuweisungen Tatbestandsvoraussetzungen, die angeben unter welchen Bedingungen in Grundrechte eingegriffen werden darf. Von den Aufgabenzuweisungs- bzw. Kompetenznormen darf deshalb nie auf eine Befugnis zum Grundrechtseingriff geschlossen werden. („Kein Schluss von der Aufgabe auf die Befugnis.“) Anders als den Ermächtigungs- oder Anspruchsgrundlagen fehlt Kompetenznormen und Aufgabenzuweisungen auch deren charakteristische Konditionalstruktur.

Bei Anspruchs- und Ermächtigungsgrundlagen gibt es unterschiedlich strenge Bindungen an die Konditionalstruktur. Tatbestands- und Rechtsfolge werden durch unterschiedliche Formulierungen zwingender oder freier ausgestaltet. Man kann folgende Formen unterscheiden:

- Gebundene Rechtsansprüche und Ermächtigungen (muss)
- Ermessensleistungen und- ermächtigungen (kann)
- Gebundenes Ermessen (soll)

Gebundene Rechtsansprüche und Ermächtigungen ordnen eine Rechtsfolge zwingend an. Beispiele: „hat Anspruch auf“ (§§ 17 Abs. 1, 61 S. 1 SGB XII, § 27 Abs. 1 SGB VIII), „ist zu bestrafen“ (§ 212 Abs. 1 StGB), „ist zu erteilen“ (§ 43 Abs. 2 S. 1 SGB VIII)

Bei Ermessensleistungen und entsprechenden Ermächtigungen kann die Verwaltung im jeweiligen Einzelfall unter Einhaltung der Grenzen des Ermessens entscheiden, ob und oft auch in welcher Form die Rechtsfolge eintritt.

Beispiel: kann (§ 100 Abs. 1 S. 1 SGB IX; § 11 HSOG<sup>27</sup>, § 21 S. 2 SGB VIII)

Gebundenes Ermessen wird durch die Formulierung „soll“ gekennzeichnet. Dies bedeutet, dass die Verwaltung nur in atypischen Ausnahmefällen ihr Ermessen dahingehend ausüben darf, dass sie die gesetzlich vorgesehene Rechtsfolge nicht eintreten lässt.

Beispiel: soll(en) § 37 Abs. 1 SGB XII, § 19 Abs. 1 S. 1 SGB VIII.

Um einen Gesetzestext zu verstehen, d.h. um seine Struktur zu begreifen, sollte man zuerst versuchen, sämtliche Anspruchs- oder Ermächtigungsgrundlagen, die in dem Gesetzestext untergebracht sind, zu erkennen. Alle anderen Normen dienen dem Zweck, diese Anspruchs- und Ermächtigungsgrundlagen zu vervollständigen. Dies kann in verfahrensmäßiger oder inhaltlicher Hinsicht geschehen.

Verfahrensregelungen und organisatorische Regelungen erkennt man daran, dass sie beschreiben, welche Schritte zur Entscheidungsfindung eingehalten werden müssen und wer überhaupt entscheiden darf. Verfahrens- und Organisationsnormen beschreiben nicht den Inhalt einer Entscheidung, sondern den Weg zu der Entscheidung.

In inhaltlicher Hinsicht werden Anspruchs- und Ermächtigungsgrundlagen

- durch Legaldefinitionen ergänzt,
- durch Ausnahmeregelungen modifiziert,
- oder auch durch Regelbeispiele präzisiert.

Man findet zudem statische und dynamische Verweisungen auf andere Gesetzestexte. Dabei verweist die statische Verweisung auf ein Gesetz in einer ganz bestimmten zeitlichen Fassung. Ein unrühmliches Beispiel ist § 99 SGB IX. Die dynamische Verweisung bezieht sich hingegen auf ein Gesetz in der jeweils aktuell geltenden Fassung.

Zweck- und Zielbestimmung in einem Gesetzestext dienen als Auslegungshilfen oder Auslegungsrichtlinien. Meist sind diese Bestimmungen auch im Text als Ziel- oder Zweckbestimmungen ausdrücklich ausgewiesen. Sie finden sich sehr oft am Beginn einer verwaltungsrechtlichen Kodifizierung: § 1 SGB XII, § 1 SGB II, § 1 SGB VIII.

<sup>27</sup> Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung  
<https://www.rv.hessenrecht.hessen.de/bshe/document/jlr-SOGHEV14IVZ> letzter Aufruf 12.2.2021

### 3. Das Verhältnis verschiedener Rechtsnormen zueinander

Gesetze enthalten meist zahlreiche Anspruchs- und Ermächtigungsgrundlagen. Entsprechend trifft man auch immer wieder auf gleichzeitig nebeneinander anwendbare Normen, d.h. man trifft auf *Konkurrenzen*. Dies bedeutet, dass derselbe Sachverhalt unter verschiedene Normen subsumierbar ist.

Sind mehrere Normen anwendbar und sehen unterschiedliche, nicht miteinander zu vereinbarende rechtliche Folgen für denselben Ausgangsfall vor, bezeichnet man dies als Normenkollision. Die unvereinbaren oder gar widersprüchlichen Rechtsfolgen führen dann zu einer *Kollision*.

Um diese Konkurrenzen auszuschließen und Kollisionen zu vermeiden, werden drei Anwendungsregeln verwendet:

- Die *lex superior* Regel besagt, dass die ranghöhere Norm (Normenpyramide !) vorrangig anzuwenden ist.
- Eine ältere Norm wird durch die neuere, also später erlassene Norm suspendiert, *lex posterior* Regel.
- Eine Norm, die durch engere Tatbestandsvoraussetzung gekennzeichnet ist, als die Norm, mit der sie kollidiert oder in Konkurrenz steht, ist eine Spezialregelung. Hier gilt die Regel der *lex specialis*. Danach hat die spezielle Regelung Vorrang vor der allgemeinen Regelung (*lex generalis*).

Ein möglicher Anwendungsfall für die *lex superior* Regel ist das Verhältnis zwischen § 67 S. 1 SGB XII und § 1 VO nach § 69 SGB XII<sup>28</sup> sowie § 68 SGB XII und § 2 VO nach § 69 SGB XII. Die Regelungen der Rechtsverordnung präzisieren den Personenkreis, der die Hilfe erhalten soll, und den Inhalt der Hilfen. Aufgrund des höheren Ranges der Regelung des SGB XII können Abweichungen in der Rechtsverordnung nicht greifen.

§ 67 SGB XII kann uns auch helfen die *lex posterior* Regel zu demonstrieren. Das SGB XII ist erst am 1.1.2005 in Kraft getreten. Die Hilfe zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten gab es aber bereits vorher. § 72 BSHG regelte diese Hilfeart bis zum Inkrafttreten des § 67 SGB XII.

Ein einprägsames Beispiel einer *lex specialis* ist der Anspruch auf Grundsicherung für alte und erwerbsgeminderte Menschen nach §§ 17 I 1, 19 II, 41 I SGB XII. Vergleichen Sie den Normtext des § 19 II SGB XII mit dem des § 19 I SGB XII. § 19 II SGB XII hat auf der Tatbestandsseite mehr

<sup>28</sup>Verordnung zur Durchführung der Hilfe zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten.

Merkmale, die vom Hilfeberechtigten zu erfüllen sind. Der Anwendungsbereich der Regelung ist gegenüber § 19 I SGB XII entsprechend enger. Der Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt §§ 17 I 1, 19 I, 27 SGB XII ist demnach der allgemeinere Anspruch. Entsprechend konsequent bestimmt § 19 II 2 SGB XII, dass der Anspruch nach §§ 17 I 1, 19 II, 41 I SGB XII auf Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung Vorrang vor dem Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt §§ 17 I 1, 19 I, 27 SGB XII hat.

#### Wiederholungsfragen

- Worin unterscheiden sich Anspruchs- und Ermächtigungsgrundlagen ?
- Was sind Normenkonkurrenzen und -kollisionen und wie werden sie aufgelöst ?

## **Kapitel 5 Einige praktische Hinweise zur juristischen Arbeit**

### Orientierungsfragen

- Wie liest man einen juristischen Aufgabentext ?
- Welche Arbeitsschritte führen zum fertigen Gutachten ?
- Wie sind Gerichtsentscheidungen aufgebaut ?

### **1. Zur Vorgehensweise bei der Fallbearbeitung**

Lesen Sie den Sachverhalt und die Fallfrage um sich einen Überblick zu verschaffen. Wenn Ihnen Begriffe unklar sind, etwa weil Sie nicht Deutsch als Muttersprache gelernt haben, nutzen Sie die Gelegenheit sie in einem Wörterbuch nachzuschlagen und notieren Sie diesen Begriff mit Übersetzung auf einem Extrazettel. Achten Sie auf verschiedene Sprachebenen und Konnotationen der Begriffe. Falls im Sachverhalt Paragrafen genannt sind, schlagen Sie diese unbedingt nach. Verschaffen Sie sich einen Eindruck der Thematik der Rechtsnorm und sehen sich ferner ihren systematischen Kontext an. Meist steckt in der Nennung der Norm ein Hinweis auf ein rechtliches Problem. Soweit Rechtsmeinungen im Sachverhalt wiedergegeben sind, ermitteln Sie, auf welche Paragrafen sich diese Meinungen beziehen. Man kann trefflich darüber streiten, ob Sie Ihren Sachverhalt markieren sollten. Rechtsmeinungen, sollten Sie, damit sie nicht vergessen, ausnahmsweise im Sachverhalt (diskret) kennzeichnen.

Sehen Sie sich nun die Fallfrage genau an. Die Fallfrage ist die Grundlage für Ihren Arbeitsauftrag. Klären Sie für sich genau, welche Frage beantwortet werden soll. Die Fallfrage stellt klar, was in welchem Umfang zu prüfen ist. Sie enthält mit ein bisschen Glück Hinweise zur Einschränkung der Prüfung des Falles. Eine Beschränkung kann unter anderem hinsichtlich bestimmter Themen, Rechtsgrundlagen oder auch einzelner Positionen eines Anspruchs vorgesehen sein.

Fertigen Sie nun eine Fallskizze an. Diese Fallskizze sollte die wesentlichen Informationen über die beteiligten Personen und ihre rechtlichen Beziehungen untereinander enthalten. Enthält der Sachverhalt zahlreiche Daten, die zeitliche Abläufe klären sollen, tragen Sie diese Daten mit den zugehörigen Geschehnissen auf einem Zeitstrahl ein. Gönnen Sie bei einer Mehrheit von Beteiligten mit unterschiedlichen Anliegen und zeitlichen Ereignissen jedem Beteiligten einen eigenen Zeitstrahl.

Nun sollten Sie einen guten Überblick über alle vorgesehenen Informationen zu dem Fall haben, die Ihnen der Ersteller vermitteln wollte.

Der schwierigste Part steht nun an: Wie finde ich die richtige Rechtsgrundlage zur Lösung des Falles ? Hier kommt es (leider) auf eine gute systematische Rechtskenntnis an. Oftmals wird Ihnen die Rechtsgrundlage schon einmal zur Kenntnis gebracht worden sein, im Rechtsunterricht, in der begleitenden Literatur mit viel Glück steht sie auch schon im Sachverhalt oder ist dort angedeutet. Eine gute Vorbereitung hilft Ihnen: Sehen Sie sich die Gesetzestexte, die Sie kennen müssen nach Anspruchs- und Ermächtigungsgrundlagen durch. Richten Sie Ihr Augenmerk auf die Rechtsfolgen ! Nur die Rechtsfolgen geben Aufschluss darüber, was eine Person rechtlich einfordern kann oder was eine staatliche Stelle vom Bürger verlangen kann.

Den Weg vom Sachverhalt zur Rechtsfolge finden Sie, indem Sie analysieren wer etwas möchte. Ermitteln Sie die Interessen der Beteiligten. Oft genug sind die Interessen im Sachverhalt ausdrücklich benannt. Sind keine Interessen benannt, müssen Sie überlegen, welches Interesse die Beteiligten haben könnten. Haben Sie das Interesse ermittelt, müssen Sie eine Norm suchen, die dem Beteiligten dieses Interesse zubilligt. Dabei kann es vorkommen, dass Sie keine (in Klausuren fast ausgeschlossen), eine, oder zahlreiche in Betracht kommende Rechtsgrundlagen finden. Notieren Sie alle Rechtsgrundlagen, die Sie für möglicherweise einschlägig halten !

Wählen Sie nun die Rechtsgrundlage, mit der Sie Ihr Gutachten beginnen möchten. Welche es unter zahlreichen sein soll, hängt ein bisschen vom persönlichen Stil und auch den Vorlieben Ihres Prüfers ab. Dabei gelten wohl üblicherweise folgende Regeln:

Ist Ihr Ziel eine praxisorientierte Darstellung, beginnen Sie mit der Rechtsgrundlage, die aller Voraussicht nach im Fall die Lösung bietet. Möchten Sie eine vorrangig wissenschaftlich orientierte Darstellung, heben Sie sich diejenige Rechtsgrundlage/n bis zum Ende auf, die die Lösung des Falles darstellt und erörtern Sie alle anderen Rechtsgrundlagen, die zwar einschlägig sind aber letztlich aus gewichtigen Gründen nicht greifen vorweg.

Bevor Sie nun ein Gutachten ausformulieren, fertigen Sie zu Ihrem Gutachten eine Gliederung an. Diese Gliederung sollte alle problematischen Punkte des Gutachtens bereits deutlich erkennen lassen. Unproblematische Tatbestandsmerkmale sollten ausgelassen werden.

Die Gliederung orientiert sich an Fallfrage und zu bearbeitenden Rechtsgrundlagen. Auch wenn Sie nun das Gutachten noch nicht beginnen, notieren Sie jetzt bereits den ersten Obersatz Ihres Gutachtens, bzw. bei mehreren Rechtsgrundlagen, jeweils auch die weiteren Obersätze für jede zu

prüfende Rechtsgrundlage. Der erste Obersatz Ihres Gutachtens verrät dem Leser bereits, ob Sie in der Lage sind, sich auf die Regeln rechtswissenschaftlicher Kommunikation und deren Konventionen einzulassen.

Die Leitfrage zur Formulierung des ersten Obersatzes für das Gutachten lautet: Wer will was von wem woraus ? „Woraus“ fragt dabei nach der ersten Rechtsgrundlage, die über den Grundaufbau des Gutachtens entscheidet.

An dieser Stelle müssen Sie sich darüber klar werden, welche Prüfungsschritte Sie für einen nachvollziehbaren und vollständigen Aufbau Ihres Gutachtens durchführen müssen. Ist ein Widerspruch zu prüfen, die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes oder der Inhalt einer familiengerichtlichen Entscheidung zu begründen ?

Die Prüfungsschritte werden Ihnen meistens durch Aufbauschemata/ Prüfschemata vermittelt. Achten Sie darauf dass Prüf- oder Aufbauschemata nur eine Orientierungshilfe sind, die Ihnen Sicherheit vermitteln sollen und Sie darin unterstützen, keinen wichtigen Aspekt der Fallprüfung zu übersehen.

Traditionell ist es in der rechtswissenschaftlichen Ausbildung üblich, im öffentlichen Recht verfahrensrechtliche Aspekte der Entscheidung zu berücksichtigen. Deshalb wird bei jeder Verwaltungsentscheidung überprüft, ob die Voraussetzungen eines Verwaltungsaktes vorliegen müssen. Soweit verfahrensrechtliche Fragen zu berücksichtigen sind, wie bei Entscheidungen durch einen Verwaltungsakt, achten Sie darauf, das Grundprüfschema der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes mit dem Prüfschema der ausgewählten Rechtsgrundlage zu vereinen. Überlegen Sie, an welcher Stelle die ausgewählte Rechtsgrundlage das Grundprüfschema der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes modifiziert. Strafrechtliche Aufbauschemata zur Straftat, zivilrechtliche Schemata zu den unerlaubten Handlungen oder Vertragsschluss fordern ein analoges Vorgehen. Das allgemeine Schema ist mit den Voraussetzungen der konkreten Rechtsgrundlage zu vereinen.

Haben Sie die Gliederung fertig gestellt, überprüfen Sie noch einmal kritisch, ob die ausgewählten Rechtsgrundlagen überhaupt, in der vorgesehen Reihenfolge und in der vorgesehenen Ausführlichkeit in das Gutachten übernommen werden sollen. Manches Mal stellen Sie vielleicht fest, dass Fragen, die Sie für problematisch hielten, sich beim zweiten Ansehen gerade im Vergleich mit anderen Punkten des Gutachtens als unwichtig erweisen. Haben Sie in diesen Fällen den Mut, diese Punkte im Gutachten auszulassen.

Nun beginnen Sie mit der Formulierung Ihres Gutachtens. Ihren ersten Obersatz für die ausgewählte Rechtsgrundlage „Wer- will- was- von- wem- woraus“ übernehmen Sie in das Gutachten. Verzichten Sie unbedingt darauf den Sachverhalt noch einmal zusammen zu fassen oder gar den Inhalt der Rechtsgrundlage zu schildern. Verzichten Sie auch auf Vorbemerkungen oder inhaltliche Würdigungen des Sachverhaltes. Starten Sie sofort mit dem ersten Obersatz und nichts anderem.

Wählen Sie nun das erste Tatbestandsmerkmal der von Ihnen im ersten Obersatz genannten Rechtsgrundlage und ein Sachverhaltselement, das zu dem Tatbestandsmerkmal passen könnte. Formulieren Sie daraus den Obersatz für die Prüfung des Vorliegens dieses Tatbestandsmerkmals. Als Formulierungshilfen, die zwar hölzern klingen, aber meist auf den richtigen Weg führen werden, werden von Anfängern oft Einleitungen wie: „Fraglich ist ob, ...“ „Zu prüfen ist, ob...“ verwendet. Nicht schön, aber auch nicht falsch und irgendwann gewöhnt man es sich ab.

Sie müssen nun eine Definition für das erste Tatbestandsmerkmal finden. Dazu bedienen Sie sich der Auslegungsmethoden oder verwenden vorhandene Legaldefinitionen. Manchmal ist es hilfreich, sich zu überlegen, wie man den Begriff, der das Tatbestandsmerkmal bildet, einem Menschen erklären würde, der diesen Begriff gar nicht kennt, bspw. Einem Menschen anderer Muttersprache.

Im nächsten Schritt erklären Sie die Gemeinsamkeiten oder Unterschiede zwischen dem von Ihnen im Obersatz ausgewählten Sachverhaltselement und dem Inhalt der Definition. Vergleichen Sie Definition und Sachverhaltselement und erläutern Sie die Kriterien, die Sie vergleichen. Lassen Sie den Leser an Ihren Ideen dazu teilhaben.

Liegen nach Ihrer Auffassung hinreichende Gemeinsamkeiten vor, ist das Tatbestandsmerkmal erfüllt. Ist dies nicht der Fall, ist das Tatbestandsmerkmal nicht erfüllt. Dieses Ergebnis fassen Sie noch einmal in der Conclusio zusammen.

Wiederholen diese Schritte für alle Tatbestandsmerkmale der Rechtsgrundlage. Weglassen dürfen und sollen bzw. müssen Sie diejenigen Tatbestandsmerkmale, die zu trivial sind um darüber zu schreiben.

Unsicherheiten herrschen oft hinsichtlich der Reihenfolge der Prüfung der Tatbestandsmerkmale. Soweit Sie auf vorgegebene Prüfungsschemata zurückgreifen können, ist es hilfreich, diese zu

benutzen. Haben Sie gar kein Talent zum Auswendig lernen solcher Schemata, halten Sie sich an die Reihenfolge der Merkmale im Gesetzestext.

Haben Sie alle Tatbestandsmerkmale Ihrer ersten Rechtsgrundlage geprüft und die Rechtsfolge erläutert, vergessen Sie nicht die Conclusio für die gesamte Rechtsgrundlage: d.h. den Obersatz „Wer will Was vom Wem Woraus“. Für alle weiteren Rechtsgrundlagen wiederholen Sie die genannten Schritte.

## **2. Hinweise zur Lektüre gerichtlicher Entscheidungen**

Gerichtliche Entscheidungen zu lesen gelingt einfacher, wenn man sich darauf einstellt, dass diese Schriftstücke typische Strukturen und Inhalte haben. Nicht nur die Erläuterungen der Entscheidung in der Form des Urteilsstils ist eine fortwährende Konstante, die zur Orientierung geeignet ist. Auch die äußeren Strukturen bieten wertvolle Orientierungspunkte.

Wenn Sie eine Entscheidung lesen, sollten Sie zuerst darauf achten, ob ein Urteil oder ein Beschluss eines Gerichts vorliegt.

Falls es sich um einen Beschluss handelt sind alle Erläuterungen der Entscheidung unter „Gründe“ zusammengefasst. Dabei wird im ersten Teil der Sachverhalt und das Verfahren bis zum Zeitpunkt der Entscheidung der Streitsache wiedergegeben. Hier finden Sie auch die Anträge der Parteien. Erst im zweiten Teil der „Gründe“ finden Sie die rechtlichen Erläuterungen, die das Gericht zur Entscheidung des Falles macht. Zu Beginn dieses Abschnittes finden Sie immer das Ergebnis des Rechtsstreites, das im folgenden im Urteilsstil erläutert wird.

Bei einer Entscheidung des Rechtsstreites durch Urteil ist die Trennung zwischen Sachverhaltsschilderung und Verfahren einerseits und rechtlichen Erläuterungen andererseits deutlich gekennzeichnet: Sachverhalt und Verfahren tragen den Titel „Tatbestand“. Rechtliche Erläuterungen werden mit „Entscheidungsgründe“ überschrieben. Meist enthält der Tatbestand/ bzw. der Sachverhalts- und Verfahrensteil (folgend: Tatbestand) weitere immer gleiche Bestandteile in gleicher Reihenfolge.

Der Tatbestand beginnt mit einer kurzen Bezeichnung des Streitgegenstandes. Meist ist das nur ein (kurzer) Satz direkt zu Beginn. Danach beginnt das inhaltlich und tatsächlich unstrittige Vorbringen beider am Rechtsstreit beteiligter Parteien. Daran schließt sich das strittige Vorbringen der angreifenden Partei, z.B. als Kläger oder Antragsteller bezeichnet, an. Im Anschluss daran formulieren beide Parteien ihre konkreten Anträge an das Gericht, zuerst der

Kläger/ Antragsteller, dann der Beklagte/ Antragsgegner. Im Folgenden begründet dann der Beklagte seinen Antrag, soweit er streitige Tatsachen noch vorzubringen hat, die das Gericht berücksichtigen soll. Daran schließt sich eine Zusammenfassung des Verfahrens bis zum Zeitpunkt der Entscheidung des Streites an. Das kann nur der Hinweis auf ein durchgeführtes Widerspruchsverfahren sein. Das Verfahren kann aber auch mehrere Instanzen gerichtlicher Verfahren inklusive Auszüge aus Begründungen der Entscheidungen aus Vorinstanzen beinhalten.

Erst dann folgt die eigentliche rechtliche Begründung der Entscheidung, üblicherweise eingeleitet mit dem Ergebnis des Rechtsstreites.

Achten Sie bei der Lektüre dieser Gründe darauf, an welcher Rechtsgrundlage und welchen Tatbestandsmerkmalen dieser Rechtsgrundlage das Gericht arbeitet.

Tatbestand und Entscheidungsgründe werden in den Originaldrucken der Entscheidungen immer von Rubrum, Tenor und Kostenentscheidung sowie Rechtsbehelfsbelehrung eingerahmt. Das Rubrum bezeichnet die streitenden Parteien und ihre Vertreter sowie deren Anschriften. Der Tenor formuliert das vollstreckbare Ergebnis des Rechtsstreites. Die Gründe der Kostenentscheidung und eine Rechtsbehelfsbelehrung schließen die Entscheidung ab.

Üblicherweise finden Sie in Portalen und Fachzeitschriften redaktionell bearbeitete Entscheidungen, die gelegentlich gekürzt sind und es fehlen die eben genannten Bestandteile. Dafür enthalten Diese Entscheidungen oftmals einen Leitsatz, der die rechtlich wichtigsten Aspekte der Entscheidung knapp zusammenfasst.

#### Wiederholungsfragen

- Welche Funktion hat die Fallfrage ?
- Wie sieht eine Fallskizze aus ?
- Wie findet man die Rechtsnorm, die den Fall löst ?
- Welche Aufgabe hat die Gliederung ?
- Welche Funktion haben sog. Prüfschemata ?
- Wie lange und oft wird in einem Gutachten subsumiert ?
- Wie unterscheiden sich Tatbestand und Sachverhalt einer Gerichtlichen Entscheidung ?
- Wann hat eine Entscheidung „Gründe“ oder „Entscheidungsgründe“ ?
- Was ist ein Rubrum ?
- Was ist ein Tenor ?

### 3. Grundlegende Weichenstellungen im Recht

#### Orientierungsfragen

- In welche Rechtsgebiete kann man das Recht einteilen ?
- Welchen Rechtsgebieten sind Sozial- und Familienrecht zuzuordnen ?
- Welche charakteristischen Handlungsformen treten in den verschiedenen Rechtsgebieten auf ?
- Welche Gerichtsbarkeiten gibt es in der Bundesrepublik und wie sind sie aufgebaut ?
- Für welche Rechtsstreitigkeiten sind Sozial- und Verwaltungsgerichte einerseits und Zivilgerichte andererseits zuständig ?

#### 3.1. Die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht

Wenn Sie sich mit dem Sozialrecht und dem Familienrecht beschäftigen, beschäftigen Sie sich mit Auszügen aus den beiden größten klassischen Gebieten der Rechtswissenschaft, dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht (Zivilrecht). Als öffentliches Recht bezeichnen wir diejenigen Normen, die die Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Bürger regeln. Als Beispiel für eine öffentlich rechtliche Rechtsnormen können wir uns § 136 I SGB III anschauen. § 136 I SGB III gibt dem Bürger, der arbeitslos ist, einen Anspruch auf Arbeitslosengeld. Die Bundesagentur für Arbeit ist in rechtlicher als Teil des Staates einzuordnen, vgl. a. § 367 I SGB III. Durch § 136 I SGB III wird der Staat verpflichtet, an den Bürger eine Sozialleistung auszuzahlen. Demnach betrifft diese Regelung das Verhältnis zwischen Staat und Bürger. Hingegen regelt § 1353 Bürgerliches Gesetzbuch das Verhältnis zwischen Ehegatten. Es handelt sich also, da die Beziehung zwischen Bürgern geregelt wird, um Privatrecht.

Diese Unterscheidung erscheint zunächst abstrakt, beliebig und zweckfrei. Da aber in aller Regel ausschließlich staatliches Handeln an Grundrechte und Gesetze gebunden ist, vgl. Art. 1 III, 20 III GG, stehen dem Staat Handlungsformen offen, die dem Bürger nicht in die Hand gegeben werden. Aufgrund des Gewaltmonopols des Staates, deutlich sichtbar in Art. 20 II GG, ist es dem Bürger nicht erlaubt, Recht gegen einen anderen Bürger einseitig durchzusetzen. Können sich Bürger nicht einigen, müssen sie zur Verfolgung ihrer Rechte immer staatliche Einrichtungen einschalten, um eine einseitige, für alle Beteiligten verbindliche Regelung zu erreichen. Die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht hat demnach weitreichende Folgen. Sie bestimmt, auf welche Art und Weise rechtlich bindend gehandelt werden darf und ob die Akteure darauf angewiesen sind, eine Übereinkunft zu erzielen oder einseitig (hoheitlichen) Zwang ausüben dürfen.

### 3.2. Charakteristische Handlungsformen – Verwaltungsakt und Vertrag

Privatrechtliches Handeln bzw. öffentlich rechtliches Handeln vollziehen sich in charakteristischen Handlungsformen.

Bleiben wir zunächst bei dem Anspruch auf Arbeitslosengeld. Die charakteristische und typische Handlungsform für das öffentliche Recht ist der Verwaltungsakt, § 31 SGB X, § 35 VwVfG oder § 35 LandesVwVfG. Der Verwaltungsakt ist in der Lage, ohne den Willen der von ihm Betroffenen, einseitige und für die Betroffenen verbindliche, sowie vollstreckbare rechtliche Folgen anzuordnen. Im Fall der Bewilligung von Sozialleistungen, dabei handelt es sich um einen Verwaltungsakt, wird nur schwer deutlich werden, wo die Besonderheit liegt. Verbietet Ihnen ein Verwaltungsakt jedoch ein bestimmtes Verhalten und knüpft an dieses Gebot etwa Nachteile an, wie dies bei § 31a I SGB II der Fall ist, dürfte Ihnen die Besonderheit auffallen. Die Agentur für Arbeit, die die Pflichtverletzung feststellt, muss keinen Richter einschalten, um weniger Arbeitslosengeld II auszahlen zu dürfen. Anders ist das etwa beim Kindesunterhalt, § 1601 BGB, der dem als Privatrecht eingeordneten Familienrecht entspringt. Ein Kind hat zwar gegen einen Verwandten in gerader Linie einen Unterhaltsanspruch, § 1601 BGB. Es kann ihn aber gegen den Verwandten, der nicht freiwillig zahlt, nur durchsetzen, wenn es ein Gericht überzeugen kann, den Verwandten zu verurteilen und dieses Urteil schließlich auch, z.B. durch eine Gehaltspfändung, zu vollstrecken.

Verwaltungsakte begegnen Ihnen immer bei der Entscheidung über Sozialleistungen oder bei der Inobhutnahme von Kindern. Der Verwaltungsakt stellt eine einseitige hoheitliche Entscheidung der Verwaltung dar, auf die der Bürger in aller Regel keinen Einfluss nehmen kann. Zweck des Verwaltungsaktes ist es, ein Verwaltungsverfahren abzuschließen, § 8 SGB X. Darüber hinaus soll er gewährleisten, dass die Entscheidung der Verwaltung mit sämtlichen verfahrensrechtlichen und inhaltlichen Voraussetzungen, die die Rechtsordnung vorsieht, im Einklang steht. Er ist damit ein wichtiges Instrument, die Gesetzesbindung der Verwaltung im Rahmen der konkreten Einzelfallentscheidung zur Geltung zu bringen. Die Gesetzesbindung ist als Verfassungsprinzip in Art. 20 III GG geregelt. Man versteht darunter die Pflicht der Verwaltung, die geltenden Gesetze als Grundlage ihres Handelns zu beachten, also gesetzeskonform zu handeln.

Die charakteristische Handlungsform des Privatrechts ist hingegen der Vertrag. Hier gilt das Prinzip der Privatautonomie. Das heißt, grundsätzlich können Parteien in ihren Verträgen alles vereinbaren, was sie vereinbaren möchten. Die Betonung liegt hier auf dem herzustellenden Konsens zwischen den am Vertrag beteiligten Parteien. Fehlt ein entsprechender Konsens, kommt ein Vertrag erst gar nicht zustande. Ein rechtlich bindendes Handeln liegt dann meist nicht vor. Anders als beim Verwaltungsakt sind die Parteien des Vertrags hier aufgerufen, den Inhalt der Verträge frei, ohne Bindung an Gesetze auszuhandeln. So zumindest die historische Idee.

Inzwischen hat die moderne Rechtsentwicklung hier ebenfalls vielfach zwingendes Recht geschaffen, das auch von den Parteien des privatrechtlichen Vertrages beachtet werden muss. Dennoch gilt für das Privatrecht weiterhin das Prinzip der Privatautonomie. Beispiele für Verträge sind z.B. der Kaufvertrag nach § 433 BGB sowie die Ehe nach §§ 1303 ff BGB. Insbesondere bei Kaufverträgen, mit denen Sie täglich zu tun haben, können Sie das Prinzip der Privatautonomie beobachten. Aber auch im Familienrecht, gibt es zahlreiche Möglichkeiten, z.B. die gesetzlichen Wirkungen der Eheschließung und -scheidung durch einen Ehevertrag zu beeinflussen. Zur Durchsetzung und Vollstreckung von autonom festgelegten Rechten und Pflichten aus den Verträgen benötigt der Bürger Hilfe seitens der staatlichen Gerichte.

### **3.3. Gerichtsbarkeit**

Man teilt die deutsche Gerichtsbarkeit in die ordentliche Gerichtsbarkeit und in die Verwaltungsgerichtsbarkeit ein. Die ordentliche Gerichtsbarkeit besteht aus Zivilgerichtsbarkeit und Strafgerichtsbarkeit. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit gliedert sich wiederum in drei Fachgerichtsbarkeiten: die Verwaltungsgerichtsbarkeit im engeren Sinne, die Sozialgerichtsbarkeit und die Finanzgerichtsbarkeit. Die verschiedenen Gerichtsbarkeiten sind ihrerseits in verschiedene Instanzen gegliedert. Wir betrachten Zivilgerichtsbarkeit, Verwaltungsgerichtsbarkeit im engeren Sinne und Sozialgerichtsbarkeit genauer.

Das oberste deutsche Bundesgericht in Zivilsachen heißt Bundesgerichtshof. In jedem Bundesland sind dem Bundesgerichtshof Oberlandesgerichte und Landgerichte untergeordnet. Auf der örtlichen Ebene wird die zivilrechtliche Rechtsprechung durch die Amtsgerichte wahrgenommen.

Ähnlich gliedert sich die Verwaltungsgerichtsbarkeit im engeren Sinne. Verwaltungsgerichte entscheiden auf örtlicher Ebene, Oberverwaltungsgerichte, die manchmal auch Verwaltungsgerichtshof heißen, entscheiden auf Landesebene und das Bundesverwaltungsgericht ist das höchste Verwaltungsgericht der Bundesrepublik.

Das höchste deutsche Sozialgericht ist das Bundessozialgericht. Ihm ist auf Landesebene das Landessozialgericht nachgeordnet. Auf örtlicher Ebene sind die Sozialgerichte zuständig. Wissenswert ist ferner, dass es für arbeitsrechtliche Streitigkeiten eine besondere Zivilgerichtsbarkeit gibt, die sogenannte Arbeitsgerichtsbarkeit mit dem Bundesarbeitsgericht an der Spitze.

Das höchste deutsche Gericht ist das Bundesverfassungsgericht. Es überprüft unter anderem die Entscheidungen der bereits genannten Gerichte im Wege der Verfassungsbeschwerde, Art. 93 I Nr.4a GG, eines Bürgers. Es wird ausschließlich tätig, wenn der Instanzenzug des Rechtswegs ausgeschöpft ist. Das Bundesverfassungsgericht prüft bei der Verfassungsbeschwerde ausschließlich, ob durch die Gerichtsentscheidung Grundrechte oder grundrechtsgleiche Rechte, vgl. Art. 93 I Nr. 4a GG verletzt wurden. Der Instanzenzug eines Rechtsstreites entspricht nicht immer dem eben dargestellten hierarchischen Aufbau der verschiedenen Gerichtsbarkeiten. Der zivilrechtliche Instanzenzug geht niemals über alle 4 aufgeführten Gerichtsarten. Ein Instanzenzug ist ausgeschöpft, wenn kein Rechtsmittel mehr innerhalb der einzelnen Gerichtsbarkeit möglich ist.

### **3.4. Der Rechtsweg für sozialrechtliche und familienrechtliche Streitigkeiten**

Das Sozialrecht gehört zu den Streitigkeiten über öffentliches Recht. Streitigkeiten auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts sind in aller Regel durch § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO den Verwaltungsgerichten zugewiesen. Für Streitigkeiten aus dem Kinder- und Jugendhilferecht – Sozialgesetzbuch VIII - und nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz bleibt es bei der Regelung des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Die meisten sozialrechtlichen Streitigkeiten, sind als in der Regel öffentlich - rechtliche Streitigkeiten allerdings von der Sonderzuweisung nach § 40 Abs. 1 S. 1 2. HS VwGO, erfasst. Für sozialrechtliche Streitigkeiten sind oft die Sozialgerichte zuständig. § 51 SGG ist eine Sonderzuweisung im Sinne des § 40 Abs. 1 S. 1 2. HS am Ende VwGO.

Bei § 51 SGG gilt das sogenannte Enumerationsprinzip (Aufzählungsprinzip). Dies bedeutet, dass nur die in der Regelung ausdrücklich aufgezählten Rechtsgebiete der Sozialgerichtsbarkeit zugewiesen sind. Somit weist § 51 Abs. 1 Nr. 4 SGG die Streitigkeiten über das Arbeitslosengeld den Sozialgerichten zu.

Da Familienrecht Privatrecht ist, sind die Streitigkeiten aus dem Familienrecht der Zivilgerichtsbarkeit zugewiesen, § 23a Abs. 1 Nr. 1 GVG.

#### Wiederholungsfragen

- Erläutern Sie den Unterschied zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht.
- Nennen Sie eine typische Handlungsform des öffentlichen Rechts. Wo ist sie geregelt ?
- Sie eine typische Handlungsform des Privatrechts. Wo ist sie geregelt ?



## **Buch II Basiswissen Zivilrecht**

### **Kapitel 1 Grundlagen des bürgerlichen Rechts**

#### Orientierungsfragen

- Welche Themen behandelt das Bürgerliche Gesetzbuch ?
- Was bewirkt ein Kaufvertrag ?
- Welche wichtigen Vertragsarten gibt es ?
- Welche Arten von Schuldverhältnissen gibt es ?
- Wie werden Eigentum und Besitz übertragen ?
- Gibt es außervertraglichen Schadensersatz ?
- Welche Möglichkeiten zur Rückabwicklung gescheiterter Verträge gibt es ?
- Was ist eine juristische Person ?
- Was bedeutet Rechtsfähigkeit und worin unterscheidet sie sich von Geschäfts- und Handlungsfähigkeit ?
- Welche Bedeutung haben Willenserklärungen für Verträge ?

#### **1. Aufbau und Bedeutung des BGB**

Das Privatrecht, das die Rechtsbeziehungen zwischen den Bürgern regelt, ist im Bürgerlichen Gesetzbuch und den Nebengesetzen kodifiziert. Wir haben bereits erfahren, dass das leitende Grundprinzip des Privatrechts die Privatautonomie anstelle der Gesetzesbindung ist.

Das BGB gliedert sich in fünf Bücher:

Der Allgemeine Teil des BGB enthält Begriffe und Regelungen für alle anderen Bücher des BGB und auch andere privatrechtliche Gesetze.

Das zweite Buch enthält das Recht der Schuldverhältnisse. Fragen, die alle Schuldverhältnisse und Verträge betreffen, sind im Schuldrecht Allgemeiner Teil geregelt. Hier finden Sie v.a. Regelungen zum Verzug, Rücktrittsrecht, Widerrufsrecht, die grundsätzlich für alle möglichen Vertragsarten gelten. Im Schuldrecht Besonderer Teil sind einzelne Vertragsarten geregelt. Hier befinden sich Regelungen, die nur für ganz bestimmte Vertragsarten gelten.

Das Sachenrecht im dritten Teil des BGB regelt vor allem Inhalt und Rechte hinsichtlich des Eigentums und Besitzes an Mobilien und Immobilien.

Das BGB schließt mit dem Familienrecht, viertes Buch, und dem Erbrecht, fünftes Buch.

Eine weitere privatrechtliche Materie ist das nicht umfassend kodifizierte Arbeitsrecht. Eine ansatzweise Regelung des Arbeitsrechts erfolgt durch §§ 611 ff BGB, die jedoch durch zahlreiche andere Gesetze und Rechtsprechung ergänzt werden.

Weitere privatrechtliche Sondermaterien wurden in das BGB integriert, bspw.:

Bestimmungen zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Formularverträge, deren Inhalt von den grundsätzlichen Bestimmungen im BGB abweicht): §§ 305 –310 BGB

Haustürgeschäfte, Fernabsatzverträge und Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr: §§ 312 ff BGB

Verbraucherkreditverträge: §§ 491 – 508 BGB

## **2. Wichtige Grundbegriffe des Privatrechts**

### **2.1. Der Vertrag**

Grundmodell privatrechtlichen Handelns ist der Vertrag, § 311 Abs. 1 BGB. Das BGB spricht selbst ausdrücklich von bestimmten Vertragstypen. Verträge sind ein Beispiele für Schuldverhältnisse. „Schuldverhältnis“ ist der Oberbegriff für einseitige (vertragliche) Schuldverhältnisse und einen gegenseitigen Vertrag. § 241 I 1 BGB: Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Das alltäglichste und vielleicht auch elementarste Beispiel ist der Kaufvertrag § 433 BGB.

Der Vertrag bzw. Das Schuldverhältnis berechtigt also mindestens eine Partei von einer anderen etwas zu fordern. Man nennt dies auch einen „Anspruch“ begründen. Der Anspruch wiederum ist definiert in § 194 I BGB: Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (Anspruch),...

Verträge begründen danach Ansprüche. Dabei ist es möglich, dass ein Vertrag nur einer Partei einen Anspruch einräumt, sog. einseitiger Vertrag, oder dass sich die Parteien gegenseitig etwas schulden, gegenseitiger Vertrag.

Ein Beispiel für den einseitigen Vertrag ist die Schenkung, § 516 BGB. Für den zugewendeten Gegenstand erhält der Schenker keine Gegenleistung. Gegenseitiger Vertrag ist bspw. der Kaufvertrag § 433 BGB:

Abs. 1: Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben, und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. ....

Abs. 2: Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen.

Die im BGB aufgezählten Vertragstypen sind keinesfalls abschließend. Es gilt der Grundsatz der Privatautonomie bzw. der Vertragsfreiheit. Der Inhalt des Vertrages ist, von wenigen Ausnahmen abgesehen, in denen gegen gesetzliche Vorgaben verstoßen wird, gleichgültig. In der Regel wird nicht geprüft, ob Leistung und Gegenleistung in einem gerechten Verhältnis stehen.

Einschränkende Vorgaben sind z.B. §§ 134, 138 BGB, oder die Inhaltskontrolle der allgemeinen Geschäftsbedingungen §§ 305 ff BGB. Ein wichtiger Bereich, der die Inhaltskontrolle von Verträgen ausweitet, ist das Arbeitsrecht. Dort ist insbesondere das Tarifvertragsrecht (TVG Tarifvertragsgesetz und die Tarifverträge, dort insbesondere deren normativer Teil § 1 Abs. 1 und § 4 TVG), Arbeitsschutzrecht (s. bspw. a. Arbeitszeitgesetz ArbZG; Kündigungsschutzgesetz KSchG) und Arbeitnehmermitbestimmung (Betriebsverfassungsgesetz BetrVG) zu beachten.

Prinzipiell gilt jedoch, dass Verträge weder an bestimmte Formen noch an bestimmte Inhalte gebunden sind. Einschränkungen dienen in der Regel der sozial und wirtschaftlich schwächeren und schutzbedürftigen Partei.

Verträge kommen durch (mindestens 2) übereinstimmende Willenserklärungen zustande.

D.h. der Wille einen Vertrag zu schließen, muss erklärt werden, vgl. a. §§ 116 ff BGB.

Diese Willenserklärungen werden bei Verträgen als Antrag § 145 f BGB und Annahme § 147 ff BGB bezeichnet.

Beispiel:

Frau A geht in einen Laden und verlangt Schokolade einer bestimmten Marke. Sie erhält vom Verkäufer die Tafel, gibt ihm den Preis in Euromünzen, steckt die Schokolade ein und geht.

Frau A hat nach § 433 BGB einen Kaufvertrag über Schokolade abgeschlossen. Ihr Verlangen nach dem Produkt war der Antrag (Willenserklärung), einen Vertrag über die Schokolade abzuschließen zu wollen. Der Verkäufer hat diesen Antrag stillschweigend angenommen, also seinerseits den Willen zum Vertragsschluss bekundet, indem er die Schokolade aushändigte.

Dabei hat der Verkäufer Frau A die Schokolade auch übergeben, d.h. ihr den Besitz verschafft, wie es § 433 I BGB verlangt.

Durch den Vertragsschluss schuldete der Verkäufer die Übergabe und die Verschaffung des Eigentums. Frau A hatte einen Anspruch darauf aus dem geschlossenen Kaufvertrag.

### **Exkurs Kuriositätenkabinett:**

Wenden wir uns dem Kuriositätenkabinett deutscher Juristerei zu. Mit dem Abschluss des Kaufvertrages und dem Austausch der Ware gegen das Geld ist der rechtliche Teil des Vertrages nicht vollständig geklärt. Der Kaufvertrag führte aus rechtlicher Sicht nur dazu, dass Frau A Abnahme und Kaufpreis schuldete. Der Verkäufer hat mehr getan, als Frau A die Schokolade in die Hand zu drücken.

So musste er Frau A Besitz und Eigentum an der Schokolade verschaffen. Dazu reicht, zumindest nach deutschem Recht, der Kaufvertrag nicht. Der Kaufvertrag ist nur der Grund, wieso der Verkäufer Übergabe und Eigentumsverschaffung schuldet. Er verpflichtet sich damit nur dies zu tun. Ebenso ist die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises durch Frau A nur durch den Kaufvertrag begründet worden. Wie diese Verpflichtung erfüllt wird, richtet sich ebenfalls nach dem Sachenrecht. Wie das Eigentum an einer Sache entsteht, darauf gibt erst das Sachenrecht Antwort. Das Sachenrecht, Buch Drei des BGB, regelt, wie wir in der deutschen Rechtsordnung Eigentum und Besitz an Gütern erlangen.

Kaufvertrag (Rechtsgrund):

Frau A  $\longrightarrow$  Verkäufer

Anspruch auf Übergabe und Eigentum an der Schokolade aus § 433 I BGB

Sachenrecht (Verfügung):

Frau A  $\longleftarrow$  Verkäufer

Übergabe und Erwerbs des Eigentums durch A

Kaufvertrag (Rechtsgrund):

Frau A  $\longleftarrow$  Verkäufer

Anspruch auf Abnahme der Schokolade und Zahlung des Preises § 433 II BGB

Sachenrecht (Verfügung):

Frau A  $\longrightarrow$  Verkäufer

## Übergabe und Erwerbs des Eigentum am Geld durch Verkäufer

Die Trennung dieser verschiedenen Phasen des Kaufes ist nicht zwingend. Andere Rechtsordnungen kennen das sog. Abstraktionsprinzip nicht und machen es sich so wesentlich einfacher.

### **Exkurs Ende**

## **2.2. Weitere Beispiele für Verträge: Dienst -, Werkvertrag**

Weitere im BGB geregelte Vertragsformen sind u.a. der Dienstvertrag, § 611 BGB, der Arbeitsvertrag, § 611a BGB, und der Werkvertrag, § 631, BGB.

Der Werkvertrag ist durch die Pflicht des „Unternehmers“ zur Herstellung des versprochenen Werkes charakterisiert, § 631 Abs. 1 BGB. Der Werkvertrag ist also erfolgsbezogen (Bsp: Schuhreparatur, Architektenvertrag, Beförderungsvertrag), während der Dienstvertrag, § 611 BGB, tätigkeitsbezogen ist. Ein Beispiel für einen Dienstvertrag ist der Behandlungsvertrag, § 630a BGB, weil der Arzt regelmäßig nur die sachgemäße Behandlung schuldet, nicht aber den Erfolg der Heilung. Er ist ein Sonderfall des Dienstvertrages, § 630b BGB. In Zweifelsfällen ist für die Abgrenzung der im Vertrag zum Ausdruck kommende Wille der Parteien maßgebend. Beispielsweise können Forschungs- und Entwicklungsleistungen Gegenstand eines Dienstvertrages wie auch eines Werkvertrages sein; entscheidend ist, ob nach dem Vertrag eine Dienstleistung als solche, also ein den Regeln der Wissenschaft und Technik entsprechendes Vorgehen, geschuldet wird oder die Herbeiführung eines Erfolgs, also etwa ein bestimmtes Arbeitsergebnis oder die Anfertigung von Berichten.

§ 611a BGB regelt den Arbeitsvertrag. § 622 BGB regelt Kündigungsfristen beim Arbeitsvertrag. Der Arbeitsvertrag ist als Unterfall des Dienstvertrages anzusehen. Prinzipiell gilt auch beim Arbeitsvertrag das Prinzip Vertragsfreiheit. Ihre Einschränkung findet sie jedoch deutlich in der verfassungsrechtlich garantierten Koalitionsfreiheit Art. 9 III GG.

Der Arbeitsvertrag unterscheidet sich vom Dienstvertrag wie folgt:

Im Unterschied zum Dienstvertrag wird die Tätigkeit durch den Arbeitnehmer fremdbestimmt, unselbständig und sozial abhängig ausgeübt. Der dienstverpflichtete Selbständige, kann hinsichtlich Zeit, Ort und Inhalt seine Tätigkeit frei bestimmen. Der Arbeitnehmer untersteht dem Weisungsrecht des Arbeitgebers, d.h. er ist in eine fremde Betriebsorganisation eingegliedert. Ein Indiz für das Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft ist, dass der Arbeitnehmer immer nur für einen Dienstberechtigten tätig wird, der Selbständige wird dagegen in der Regel für eine Vielzahl von Dienstberechtigten arbeiten. Für den Arbeitsvertrag gilt grundsätzlich das Dienstvertragsrecht des BGB. Ergänzend gelten arbeitsrechtliche Spezialgesetze, z.B. KSchG, BetrVG, TVG, MitBestG. Tarifverträge sind besondere arbeitsrechtliche Rechtsquellen. Sie sind Kollektivvereinbarungen zwischen Gewerkschaften und Arbeitgeber(verbände)n, in denen für bestimmte Gruppen von Einzelarbeitsverhältnissen Rechtsnormen vereinbart werden können, vgl. § 1 I TVG. Tarifverträge gelten grundsätzlich nur für die Mitglieder der Tarifvertragsparteien. Tariflich festgelegte Inhalte von Arbeitsverträgen sind nur unter eingeschränkten Voraussetzungen abdingbar.

### **2.3. Gesetzliche Schuldverhältnisse**

Gesetzliche Schuldverhältnisse entstehen ohne vertragliche Grundlage aufgrund gesetzlicher Regelungen. Ein hier nicht vertieftes Beispiel ist die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 - § 687 BGB),

### **2.4. Ansprüche aus dem Eigentum ( „Vindikationslage“ §§ 985 ff. BGB)**

Die Verfassung garantiert in Art 14 GG das Privateigentum. Diese Verfassungsnorm hat neben erheblicher wirtschaftlicher und sozialer Bedeutung eine Besonderheit, die sich aus ihrem Satz 2 ergibt: Was Eigentum im Rechtssinne letztendlich ist, bestimmt das einfache Gesetz.

Im Privatrecht muss man sich über diese Besonderheit keine Gedanken machen, denn im BGB tritt das Eigentum in erster Linie als technischer Begriff auf, §§ 903 ff BGB. Danach ist das Eigentum dadurch gekennzeichnet, dass der Eigentümer damit machen kann, was er möchte, § 903 BGB. Im obigen Fallbeispiel könnte Frau A, wäre sie Eigentümerin, die Schokolade aufessen, verschenken, wegschmeißen, ohne dass der Verkäufer sie daran hindern könnte. Versuchte er das, wäre Frau A berechtigt seine „Einwirkung“ auf die Schokolade auszuschließen. Voraussetzung wäre jedoch, dass Frau A Eigentümerin wurde. Wie dies geschieht ist in § 929 BGB geregelt. Damit Frau A nicht nur einen Grund hat, die Tafel Schokoladentafel bekommen zu wollen,

sondern sie auch tatsächlich bekommt und damit nach Belieben verfahren darf, ist es erforderlich, dass

- der Verkäufer seinerseits Eigentümer ist
- der Verkäufer ihr die Schokolade übergibt, ihr also den Besitz an der Schokolade verschafft
- der Verkäufer ihr Eigentum, also den unbeschränkten Gebrauch verschaffen möchte
- Frau A das Eigentum haben möchte.

Das letzte Kriterium, hier aufgeteilt in die letzten beiden Spiegelstriche, ist die Einigung über den Eigentumsübergang. Man kann es sich entweder denken oder man findet es beim Nachlesen heraus, die Einigung entspricht dem, was wir bereits als Vertrag kennengelernt haben. Wiederum sind es zwei übereinstimmende Willenserklärungen. Nur ist es kein Verpflichtungsvertrag, sondern jetzt geht endlich das Eigentum tatsächlich über. Man nennt dies das „Verfügungsgeschäft“. Das Verfügungsgeschäft kann man sich als Aufhebung, Änderung und Übertragung von Rechten erklären kann.

Mit der Übergabe und der Einigung über den Eigentumsübergang wird das Verpflichtungsgeschäft (die mit dem Kaufvertrag entstandenen Forderungen/ Ansprüche der Parteien) erfüllt.

Das BGB sieht neben der dinglichen Einigung über den Eigentumsübergang vor, dass Besitz verschafft wird, also eine Übergabe stattfindet, vgl. § 929 BGB. Wie man einer anderen Person Besitz verschafft und wo im Vergleich zur Alltagssprache der Unterschied zwischen Besitz und Eigentum ist, regelt § 854 BGB. Danach erlangt Besitz an einer Sache, wer die tatsächliche Gewalt über die Sache ausüben kann. Besitzer ist, wer die Sache tatsächlich in den Händen hält. Der Besitzer kann zwar mit der Sache tatsächlich verfahren, wie er möchte. Aber nur der Eigentümer ist dazu berechtigt. Eigentümer ist derjenige, der mit der Sache machen darf, was er möchte. Er darf insbesondere das Eigentum weiter übertragen, aufgeben, die Sache zerstören etc.

Zurückkommend auf unseren Ausgangsfall dürfte nun klar sein, dass Frau A Eigentum und Besitz erworben hat. Umgekehrt hat sie dem Verkäufer, um ihre Verpflichtung aus § 433 II BGB zu erfüllen, Besitz und Eigentum an den Euromünzen verschafft. Nur so erhält er ein Äquivalent zu seiner Leistung.

Das Eigentum ist durch verschiedene Abwehransprüche gegen Beeinträchtigung durch Dritte geschützt: §§ 823 I, 985 I, 1004 I BGB

**Exkurs:**

Das Verhältnis von Eigentümer und Besitzer lässt sich auch anschaulich am Mietvertrag über Wohnungen erklären. Geregelt ist der Mietvertrag in § 535 BGB. Sondervorschriften zum Mietvertrag über Wohnraum sind in § 549 ff BGB zu finden.

Nach § 535 BGB schuldet der Vermieter dem Mieter den Gebrauch der Mietsache zu gewähren. Der Vermieter muss dafür sorgen, dass die Mietsache in gebrauchsfähigem Zustand ist. Der Mieter muss die vereinbarte Miete zahlen.

Dies ist das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft der Miete. Sachenrechtlich wird dem Mieter Besitz, § 854 BGB eingeräumt, er hat die tatsächliche Gewalt über die Sache. D.h. er stellt Möbel in der Wohnung auf, geht ein und aus wann und wie er möchte, wechselt mehrmals die Tapeten ohne dass der Vermieter etwas daran ändern könnte. Über die Wohnung verfügen, d.h. sie verkaufen, das Eigentumsrecht an der Wohnung zu übertragen, ist jedoch nur demjenigen Vermieter möglich, der selbst Eigentümer ist.

**Exkurs Ende**

## **2.5. Deliktsrecht - Unerlaubte Handlungen (§§ 823 - 853 BGB)**

Das Deliktsrecht, auch Recht der Unerlaubten Handlungen genannt, gewährt außervertragliche Ansprüche auf Schadensersatz aufgrund der Verletzung von Rechten. Die wichtigste Vorschrift ist § 823 I BGB. An ihr wurde die Haftungsstruktur außervertraglicher Haftung für Schäden entwickelt, die für alle Tatbestände der § 823 ff BGB gilt. Weitere, praktisch auch für die Soziale Arbeit durchaus interessante Vorschriften sind § 832 BGB, die Haftung des Aufsichtspflichtigen, sowie die Haftung aus Amtspflichtverletzung, § 839 BGB i.V.m. Art 34 GG. Bei § 832 BGB haftet der Aufsichtspflichtige für Schäden, die Dritten durch die zu beaufsichtigende Person entstehen. Voraussetzung ist eine Aufsichtspflichtverletzung. Soweit Sozialarbeiter Minderjährige betreuen sind sie durchaus auch einmal Aufsichtspflichtige, die aus § 832 (Abs. 2) BGB haften könnten.

Wer bei der Ausführung seiner dienstlichen bzw. arbeitsvertraglichen Aufgaben eine Amtspflicht verletzt, haftet nach § 839 BGB i.V.m. Art 34 GG. Diese Regelung gilt bei der Ausübung öffentlicher Ämter. Soweit Sozialarbeiter Beamte im haftungsrechtlichen Sinne sind, also für öffentliche Körperschaften Dienstaufgaben wahrnehmen, kommt auch für sie eine Amtshaftung in Betracht.

§ 823 BGB ist ein Beispiel für die sog. Verschuldenshaftung, d.h. Haftung für fahrlässige oder vorsätzliche Rechtsverletzungen. Ergänzt wird diese Haftung zum einen durch vertragliche Schadensersatzansprüche, wenn zwischen Schädiger und Geschädigtem vertragliche

Beziehungen bestehen, z.B: § 280 BGB, und Ansprüchen aus Gefährdungshaftung, z.B: § 833 BGB, § 17 StVG. Während bei der Verschuldenshaftung Haftungsgrund die persönliche Verantwortlichkeit ist, ist Haftungsgrund der Gefährdungshaftung die abstrakte von bestimmten Dingen wie Tieren oder Kraftfahrzeugen ausgehende Gefahr. Wer eine Gefahrenquelle in den Verkehr bringt, sie beherrscht und von ihr profitiert, soll das damit verbundene Risiko tragen.

Bei der Prüfung des § 823 Abs. 1 BGB und der anderen Tatbestände deliktischer Haftung, ist darauf zu achten, dass es sich hier („nur“) um zivilrechtliche Haftung in der Form eines Schadensersatzes handelt. Die Verletzung eines Rechts wird in Geld kompensiert um einen entstandenen Vermögensschaden auszugleichen. Wird ein Gegenstand (bspw. Fahrrad), der in fremdem Eigentum steht, mutwillig zerstört, wird der Wert des Gegenstandes (ein Fahrrad kann zwischen 50 € und 10.000 € kosten und wert sein) als Vermögensschaden ersetzt. Dies ist keine „Geldstrafe“. Die Geldstrafe ist eine echte Kriminalstrafe, vgl. § 38 ff StGB, insbesondere § 40 StGB. Sie tritt gegebenenfalls bei Verwirklichung eines Straftatbestandes, in unserem Beispiel mit dem mutwillig zerstörten Fahrrad, § 303 StGB, neben die zivilrechtliche Haftung für den Vermögensschaden. Auch an § 303 StGB kann man gut erkennen: Geldstrafe und Freiheitsstrafe sind Folgen der Straftat. Sie haben mit Schadensersatz, § 823 Abs. 1 BGB, nichts zu tun.

Auch im folgenden Beispielfall wären die deliktische Haftung (§ 823 Abs. 1 BGB) und die Kriminalstrafe (nach § 229 StGB) zu prüfen. Der Struktur nach sind sich die Normen aber durchaus ähnlich, setzen sie doch beide eine mehrstufige Prüfung voraus, bei der die Stufen der Prüfung sich durchaus ähnlich sind:<sup>29</sup>

- Objektiver Tatbestand
- Rechtswidrigkeit
- Verantwortlichkeit<sup>30</sup>

Beispiel: Herr M spielt mit seinem Nachbarn Herr N auf der Terrasse Darts. Nach einem besonders misslungenen Wurf bekommt die Nachbarin Frau N, die gemütlich bei der Frau M auf Terrasse sitzt, einen Dartpfeil in die Schulter. Frau N hat einen Anspruch auf Schadensersatz nach § 823 I BGB.

## **2.5. Objektiver Tatbestand**

### **2.5.1. Geschütztes Recht („Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum,sonstiges Recht“)**

<sup>29</sup> Strafrecht, siehe dort.

<sup>30</sup> Lorenz, Zivil- und familienrechtliche Grundlagen der Sozialen Arbeit, 2017, Rn. 144.

§ 823 Abs. 1 BGB setzt voraus, dass eines der dort genannten Rechte, Rechtsgüter verletzt wird. Einige Rechte sind ausdrücklich benannt. Wie das Merkmal „sonstige Rechte“ zeigt, ist die Aufzählung nicht abschließend, sondern eben auch die Verletzung anderer Rechte, eben sonstiger Rechte, können zur Schadensersatzpflicht führen. Geschützt sind:

- Leben, Körper und Gesundheit
- die Freiheit als körperliche Bewegungsfreiheit
- das Eigentum; es kann durch Substanzeinwirkung, Entziehung, Gebrauchsbeeinträchtigung, Verfügung eines Nichtberechtigten beschädigt werden,
- sonstige Rechte.

Zu den sonstigen deliktisch geschützten Rechten gehört bspw. der berechtigte Besitz. Dabei ist Besitz die tatsächliche Sachherrschaft über eine Sache. Für (Sozial-)Unternehmerinnen und Unternehmer ist das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb interessant. Dieses Recht umfasst alles, was den wirtschaftlichen Wert eines Betriebes ausmacht. Beispielhaft sind zu nennen: Bestand, Erscheinungsform, Tätigkeitskreis und Kundenstamm. Auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 1 I, 2 I GG) ist deliktisch geschützt. Aufgrund einer Entscheidung des BGH aus den 50er Jahren<sup>31</sup> wird auch weiterhin, allerdings mit sehr kritischen Anmerkungen, der räumlich gegenständliche Bereich der Ehe als sonstiges Recht genannt.

Geschützt ist übrigens nur das Recht eines „anderen“, d.h. der Schädiger darf mit dem Rechteinhaber nicht identisch sein. Anderer ist für gewöhnlich jede rechtsfähige Person.<sup>32</sup>

## **2. 5. 2 Verletzung und Verletzungshandlung („verletzt“)**

Die Rechtsverletzung erfolgt durch eine Handlung. Dabei kommt jedes menschliche Verhalten in Betracht soweit es nur vom Willen beherrschbar ist.<sup>33</sup> Aktives Tun ist eine Form der Verletzungshandlung. Aber auch durch pflichtwidriges Unterlassen bei Vorliegen einer Garantenstellung des Schädigers kann ein geschütztes Recht verletzt werden. Unterlassen bedeutet Nichtstun. Zur Haftung führt ein Nichtstun allerdings nur, wenn eine Rechtspflicht (nicht moralische Pflicht !) zum Handeln bestand. Besteht eine Rechtspflicht zum Handeln, hat der Schädiger, der durch Nichtstun ein Rechtsgut verletzt, eine „Garantenstellung“.

Rechtspflichten zum Handeln sind unter anderem:

<sup>31</sup> BGH 26.06.1952 - IV ZR 228/51 BGHZ 6, 360, NJW 1952, 975.

<sup>32</sup> Lorenz, Zivil- und familienrechtliche Grundlagen der Sozialen Arbeit, 2017, Rn. 150.

<sup>33</sup> Lorenz, Zivil- und familienrechtliche Grundlagen der Sozialen Arbeit, 2017, Rn. 151.

- gesetzlich ausdrücklich geregelte Handlungspflichten (bspw. Aufsichtspflicht der Eltern über ihre Kinder, die Pflichten der in § 8a SGB VIII genannten Behörden und Personen ein Verfahren zum Schutz eines Kindes einzuleiten)
- vertraglich übernommene Pflichten ( bspw. Betreuungsverträge mit Heimbewohnern oder zugunsten fremder Kinder)
- vorausgehendem gefährdendem Verhalten (bspw. Fahrzeugführer, der fahrend mit seinem Smartphone spielt und anderen Verkehrsteilnehmer, vorzugsweise Radfahrer oder Fußgänger, anfährt.)
- Verkehrssicherungspflichten entstehen, wenn jemand eine Gefahrenquelle schafft. (bspw. Bauarbeiten ohne Absicherung der Baustelle)

### **2.5.3. Haftungsbegründende Kausalität**

Der Handelnde oder Unterlassende haftet nicht, wenn sein Verhalten nicht zur Verletzung des geschätzten Rechts geführt hat. Deshalb wird gefordert, dass die Rechtsverletzung ursächlich auf die Handlung zurück zu führen ist. Es ist also eine Kausalität zwischen Handlung (Unterlassen bei Garantenstellung) und Rechtsverletzung erforderlich. Diese Kausalbeziehung wird haftungsbegründende Kausalität genannt. Dabei ist zu unterscheiden:

Aktives Tun: die Handlung führt zur Rechtsverletzung.

Pflichtwidriges Unterlassen bei Garantenstellung: ein pflichtgemäßes Handeln hätte die Rechtsverletzung verhindert.

Sowohl bei Tun und als auch beim Unterlassen muss die Bedingung generell, wenn nicht außergewöhnliche Umstände vorliegen, geeignet sein, eine Verletzung dieser Art herbeizuführen (Adäquanztheorie). Nur dann liegt ein ursächlicher Zusammenhang zwischen Handlung und Rechtsverletzung vor.

### **2.5.4. Schaden §§ 249 ff BGB („Schaden“)**

Ersetzt werden Vermögensschäden. Dabei wird die Güterlage, die durch das Schadensereignis geschaffen wurde, mit derjenigen, die ohne schädigendes Ereignis bestünde, verglichen. Mit § 249 BGB ist davon auszugehen, dass vorrangig der Zustand herzustellen ist, der tatsächlich ohne die Schädigung bestünde (Naturalrestitution). Schadensersatz in Geld ist nach dieser Regelung eigentlich die Ausnahme, vgl. auch § 251 BGB.

Der Ersatz immateriellen Schadens ist die Ausnahme und in § 253 BGB geregelt. Dieser Schadensersatz wird auch landläufig als „Schmerzensgeld“ bezeichnet.

### **2.5.5. Haftungsausfüllende Kausalität („daraus“)**

Aus der Rechtsverletzung muss ein Schaden entstehen. Es ist also ein ursächlicher Zusammenhang zwischen Verletzung des Rechtsgutes und Vermögensschaden zu fordern. Hier ist der ursächliche Zusammenhang insbesondere im Hinblick auf den Schutzzweck der Norm zu bestimmen. Nur Schäden, vor denen § 823 BGB schützt, die also nicht dem allgemeinen Lebensrisiko zuzurechnen sind, sind dem Schädiger zuzurechnen (Schutznormtheorie).

### **2.5.6. Rechtswidrigkeit („widerrechtlich“)**

Es genügt nicht, den objektiven Tatbestand zu verwirklichen. § 823 Abs. 1 BGB hat weiterhin zur Voraussetzung, dass die Verletzung widerrechtlich erfolgt. Widerrechtlich ist jedes Verhalten, das der Rechtsordnung widerspricht. Tritt der Schädiger hingegen mit seiner Handlung für die Rechtsordnung ein, dann ist diese Handlung nicht widerrechtlich. Der Schädiger tritt immer dann für die Rechtsordnung ein und handelt nicht widerrechtlich, wenn er sein Verhalten auf Rechtsfertigungsgründe, die ihm die Rechtsordnung anbietet, stützen kann.

Zu den Rechtsfertigungsgründen gehören u.a.:

- § 227 BGB Notwehr

Die Notwehrhandlung richtet sich gegen eine Person, die einen gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriff gegen den Verteidiger führt. Eine Notwehr gegen Notwehr ist entsprechend nicht möglich.

- §§ 228, 904 BGB Notstand

Die Notstandshandlung richtet sich anders als die Notwehrhandlung gegen eine Sache. Die Gefahr geht von dieser Sache aus (§ 228 BGB defensiver Notstand). § 904 BGB ermöglicht die Einwirkung des Verteidigers auf eine Sache, von der selbst keine Gefahr ausgeht.<sup>34</sup>

- § 229 BGB Selbsthilfe

Die Selbsthilfe durchbricht vorübergehend das staatliche Gewaltmonopol, das den Rechtsstaat charakterisiert. Zum Schutz privater Rechte darf nicht zur Selbstjustiz gegriffen werden. Private Rechte sind ggf nach Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens mit Hilfe der staatlichen Vollstreckungsorgane zu sichern.

- Einwilligung des Verletzten

In die meisten Rechtsgutverletzungen kann der Verletzte wirksam einwilligen. Die Rechtsgutverletzung ist in diesen Fällen nicht rechtswidrig. Die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund ist gesetzlich nicht geregelt. Einwilligen kann nur, wer einwilligungsfähig ist. Die Einwilligungsfähigkeit unterscheidet sich von der Geschäftsfähigkeit. Sie erfordert lediglich die

<sup>34</sup> Lorenz, Zivil- und familienrechtliche Grundlagen der Sozialen Arbeit, 2017, Rn. 164.

Fähigkeit, Art, Bedeutung und Tragweite des Eingriffes zu erkennen und den Willen danach auszurichten. Die Einwilligung muss freiwillig sein.

Bei einer widerrechtlichen Verletzung fehlen Rechtfertigungsgründe.

### **2.5.7. Verantwortlichkeit („vorsätzlich oder fahrlässig“)**

Die Deliktsfähigkeit ist eine Form der Verschuldensfähigkeit. Sie ist in §§ 827, 828 BGB geregelt.

Verantwortlich ist der Schädiger für vorsätzliches oder mindestens fahrlässiges Verhalten, § 276 BGB. Vorsatz bedeutet, dass der Schädiger bewusst und gewollt die rechtswidrige Rechtsverletzung herbeigeführt hat. Es genügt sogar, wenn der Schädiger eine Rechtsgutverletzung nur für möglich gehalten hat und sie billigend in Kauf genommen hat (Eventualvorsatz). Fahrlässig, § 276 II BGB, handelt, wer die Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Hätte der Schädiger objektiv die Rechtsgutverletzung voraussehen und bei Beachtung der notwendigen Sorgfalt vermeiden können, handelt er fahrlässig. Auf die konkreten individuellen Fähigkeiten des Schädigers kommt es insofern nicht an. Zum Vergleich dienen bspw.

- Berufsstände, die die Standards ihrer Berufsgruppe erfüllen müssen
- Teilnehmer am Straßenverkehr, die die Straßenverkehrsregeln einhalten müssen.

### **2.6. Bereicherungsrecht - Ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 - 822 BGB)**

Das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung ist in §§ 812 - 822 BGB geregelt. Wichtigste Rechtsgrundlage ist § 812 I 1 BGB. Maßgeblich ist, dass jemand etwas „ohne rechtlichen Grund“ von einer anderen Person erlangt. „Ohne rechtlichen Grund“ weist in erster Linie darauf hin, dass das Bereicherungsrecht Mechanismus zur Rückabwicklung gescheiterter Verträge (Verpflichtungsgeschäfte !) ist.

Frau A will einen großen Vorrat Schokolade ihrer Lieblingssorte kaufen. Sie verhandelt darüber am Telefon. Der Verkäufer Herr V bietet sie ihr für 50 € an. Frau A versteht 15 €. Das ist ein günstiges Angebot, denkt sie und sagt: »Ja, zu diesem Preis nehme ich sie.« Die Schokolade wird geliefert, und bald darauf kommt auch die Rechnung. In ihr steht der Preis von 50 €.

Frau A gehört die Schokolade, denn sie wurde ihr geliefert, übergeben, und man war sich einig, dass sie Eigentümerin werden soll.

Aber Frau A hat sich geirrt und kann den Vertrag nach § 119 I 1. Alt. BGB anfechten. Durch die Anfechtung wird der Kaufvertrag unwirksam. Allerdings wird durch die Anfechtung zunächst nur das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft, also der Kaufvertrag nach § 433 BGB unwirksam. Bezüglich der Übereignung war man sich schließlich einig und diese war auch fehlerlos. Die Schokolade gehört also weiterhin Frau A.

Frau A. kann die Schokolade dennoch nicht behalten. Das Ergebnis des Abstraktionsprinzips, dass das Verpflichtungsgeschäft unwirksam werden kann, ohne das Verfügungsgeschäft zu erfassen, wird durch das Bereicherungsrecht ausgeglichen. Das Bereicherungsrecht ist der technische Ausgleich für das Abstraktionsprinzip. Mit der Unwirksamkeit des Kaufvertrages, fehlt nun der rechtliche Grund für den Eigentumserwerb der Frau A. Also hat Verkäufer V einen Anspruch auf Rückübereignung der Schokolade nach § 812 I 1 1. Alt. BGB, weil Frau A. durch die Leistung zur Erfüllung des Kaufvertrages etwas erlangt hat. Spitzfindige Juristen sind hier der Ansicht im Fall der Anfechtung läge ein Fall des § 812 I 2 BGB vor, da der Rechtsgrund der Leistung zunächst besteht und erst durch die Anfechtung wegfällt. Meist wird der Anwendungsbereich des § 812 I 2 BGB jedoch auf Fälle beschränkt, in denen der Rechtsgrund nicht rückwirkend wegfällt. (Bspw. Eintritt einer auflösenden Bedingung.) bei der Anfechtung ist der Vertrag jedoch von Anfang an als nichtig anzusehen.

Neben der eben behandelten Leistungskondition gibt es im Bereicherungsrecht die sog. Eingriffskondition, § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB. Als Beispiel mag folgende Begebenheit dienen:

Student S und Studentin T sitzen nebeneinander in einer Rechtsveranstaltung. Die Tische sind wie üblich zu klein für die ganzen Gesetzbücher, Tablets und Unterlagen. Aus Versehen steckt Studentin T nicht nur ihr Smartphone, sondern auch das des S ein. Dieser merkt zunächst nichts, da er rasch zum Zug laufen muss. Zuhause angekommen, vermisst er sein Smartphone. Leider verliert Studentin T ihre Tasche auf dem Weg nach Hause in der S- Bahn. Die Tasche mit den beiden Smartphones ist unauffindbar.

Hier gibt es keinen Vertrag zwischen S und T. Trotzdem kann S von T den Wert des Smartphones nach § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alternative BGB verlangen: sie hat ohne rechtlichen Grund auf sonstige Weise, also gerade nicht durch Leistung, und auf Kosten des anderen etwas erlangt.

## **2.7. Rechtssubjekte**

Als handelnde Subjekte im Privatrechtsverkehr kommen juristische und natürliche Personen in Betracht. Natürliche und juristische Personen sind Zuordnungssubjekte von Rechten und Pflichten.

Natürliche Person kann ausschließlich ein Mensch sein. Natürliche Personen sind rechtsfähig, können Träger von Rechten und Pflichten sein. Nach § 1 BGB beginnt die Rechtsfähigkeit des Menschen mit der Vollendung der Geburt. Sie endet mit dem Tod des Menschen. Tiere sind nicht rechtsfähig, §§ 90, 90a BGB.

Man unterscheidet juristische Personen des Privatrechts von juristischen Personen des öffentlichen Rechts:

Juristische Personen des Privatrechts sind z.B. der eingetragene Verein, § 21 BGB, die Aktiengesellschaft oder die Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind Bund, Länder, Gemeinden, staatliche Hochschulen, Sozialversicherungsträger sind Beispiele für juristische Personen des öffentlichen Rechts.

Juristische Personen sind (nicht alle) Vereinigungen von Menschen. Ob eine Vereinigung eine juristische Person ist, ist ausdrücklich gesetzlich geregelt, bzw. die Verleihung von Rechtsfähigkeit ist ausdrücklich bestimmt, bspw. der eingetragene Verein in § 21 BGB, die Aktiengesellschaft in § 1 I 1 AktG oder die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in § 13 I GmbHG. Eine *juristische Person* ist deshalb eine Personenmehrheit, die als solche Träger von Rechten und Pflichten sein kann, also *rechtsfähig* ist. Nicht die Personen selbst sind hier Inhaber von Rechten und Pflichten, sondern der Zusammenschluss der Personenmehrheit ist als Rechtssubjekt verselbständigt und deshalb selbst Träger von Rechten und Pflichten. Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts erhalten ihre Rechtsfähigkeit durch einen konstitutiven Staatsakt, üblicherweise ebenfalls ein Gesetz, der ihnen die entsprechende staatsorganisationsrechtliche Rechtsform verleiht. Beispielhaft sei hier auf das Hessische Gesetz über den Landeswohlfahrtsverband verwiesen, das in § 1 festlegt, dass der Landeswohlfahrtsverband Hessen eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist.

## **2.8. Handlungs-, Geschäfts- und Deliktsfähigkeit**

Von der Rechtsfähigkeit ist die (rechtliche) Handlungsfähigkeit zu unterscheiden. Sie gibt Auskunft darüber, ob der Mensch für sein Handeln rechtlich verantwortlich gemacht werden kann. Man differenziert hier nach Geschäfts- und Deliktsfähigkeit. Der Begriff Deliktsfähigkeit bezieht sich auf die sog. unerlaubten Handlungen, §§ 823 ff BGB, §§ 827, 828 I BGB. Es sind Deliktsunfähigkeit, § 828 II BGB, sog. bedingte Deliktsfähigkeit/„Einsichtsfähigkeit“ zu unterscheiden.

Geschäftsfähigkeit bezeichnet die Fähigkeit, Willenserklärungen wirksam abzugeben, vgl. § 104 BGB, und bestimmt damit maßgeblich die Möglichkeit, Verträge verbindlich abzuschließen.

Bei der Geschäftsfähigkeit wird zwischen voller oder beschränkter Geschäftsfähigkeit und Geschäftsunfähigkeit unterschieden.

Geschäftsunfähig sind Minderjährige, die das 7. Lebensjahr nicht vollendet haben, § 104 Nr. 1 BGB, sowie Geisteskranke, deren freie Willensbestimmung dauerhaft ausgeschlossen ist, § 104 Nr. 2 BGB. Ihre Willenserklärungen sind unwirksam, d.h. nichtig, § 105 BGB. Sie erzeugen keine rechtliche Wirkung.

Beschränkt geschäftsfähig sind Personen zwischen dem vollendeten 7. und vor Vollendung des 18. Lebensjahres, § 106 BGB. Ihre Willenserklärungen sind schwebend unwirksam, vgl. § 108 I BGB, soweit es sich nicht um ein einseitiges Geschäft handelt. Dieses ist nichtig, § 111 BGB. Eine nachträgliche Genehmigung eines schwebend unwirksamen Geschäfts durch den gesetzlichen Vertreter führt zur Wirksamkeit der Willenserklärung. Willigt der gesetzliche Vertreter eines beschränkt Geschäftsfähigen in die Vornahme eines Geschäfts ein, ist das Geschäft des minderjährigen beschränkt Geschäftsfähigen wirksam, § 107 BGB. Ebenso ist das Geschäft wirksam, wenn das Geschäft dem Minderjährigen nur einen rechtlichen Vorteil bringt.

Der Volljährige ist voll geschäftsfähig, § 2 BGB, seine Willenserklärungen sind uneingeschränkt wirksam.

Die Willenserklärung ist ein weiterer zentraler Begriff des bürgerlichen Rechts. Aus Willenserklärungen entstehen Verträge. Die Willenserklärung ist ihrer Natur nach immer auf die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichtet. Sie gestaltet Rechte und Pflichten der Privatrechtssubjekte. Sie muss aus der Perspektive eines objektiven Dritten auf einen rechtlichen Erfolg gerichtet sein.

Bei dem Erklärenden selbst müssen Handlungswille, Erklärungsbewusstsein und Geschäftswille vorhanden sein. Fehlt eines dieser Elemente, liegt keine Willenserklärung vor. Unter Handlungswille versteht man das Bewusstsein des Erklärenden, dass er eine Handlung vornimmt. Bloßes reflexhaftes Verhalten genügt nicht. Der Handelnde muss sich bewusst sein, dass er durch seine Handlung eine rechtsgeschäftliche Erklärung abgibt. Auf den Inhalt der Vorstellung von dem Geschäft kommt es nicht an. Das so umschriebene Erklärungsbewusstsein fehlt, wenn jemand bei einer öffentlichen Versteigerung die Hand hebt, um einem Freund zu zuwinken und schlicht nicht weiß, dass diese Geste bei Versteigerungen ein Gebot auf die zu versteigernde Sache bedeutet.

Der Geschäftswille ist hingegen auf einen konkreten rechtsgeschäftlichen Erfolg gerichtet.

Die (wirksame) Willenserklärung ist Voraussetzung dafür, dass ein Schuldverhältnis zustande kommt.

Ohne Willenserklärung/en, bspw. § 145 BGB „Antrag“ und § 147 BGB „Annahme“, so lauten die Bezeichnungen der Willenserklärungen, die zum Abschluss eines gegenseitigen Vertrags abgegeben werden, gibt es keine vertraglichen Schuldverhältnisse.

## **2.9. Die Vertretung**

Willenserklärungen gibt üblicherweise derjenige ab, der sich zu einem Rechtsgeschäft verpflichten möchte. Es ist aber für fast alle Geschäfte möglich, sich durch einen Dritten beim rechtsgeschäftlichen Handeln vertreten zu lassen. Von dieser Regel gibt es vor allem im Familienrecht Ausnahmen. Vertretung wird als rechtsgeschäftliches Handeln für einen anderen mit Wirkung für diesen (Vertretenen), § 164 Abs. 1 BGB definiert. Der Vertreter überbringt dabei nicht die Willenserklärung des Vertretenen (wie dies ein Bote täte), sondern er gibt eine eigene Willenserklärung ab, die den Vertretenen bindet, als hätte dieser selbst die entsprechende Erklärung abgegeben. Die Wirkungen des Geschäfts treffen den Vertretenen, nicht den Vertreter. Sie treffen den Vertretenen nur wenn dieser Vertretungsmacht hatte. Diese Vertretungsmacht kann auf Gesetz beruhen. Eltern sind beispielsweise die gesetzlichen Vertreter ihrer Kinder, § 1629 Abs. 1 BGB. Die Vertretungsmacht kann aber auch ihrerseits auf einem Rechtsgeschäft beruhen. Sie wird dann durch die Erteilung einer Vollmacht, § 167 Abs. 1 BGB erteilt.

### Wiederholungsfragen

- Wie unterscheiden sich Vertrag und Schuldverhältnis ?
- Welche gesetzlichen Schuldverhältnisse gibt es ?
- Worin unterscheidet sich der Arbeits- vom Dienstvertrag ?
- Erläutern Sie den Unterschied zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft.
- Wie unterscheidet sich Eigentum von Besitz ?
- Welchen Zweck hat das Bereicherungsrecht ?
- Was ist eine juristische Person ?
- Was versteht man unter Rechtsfähigkeit, Handlungsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit ?
- Welche Voraussetzungen hat eine Willenserklärung ?
- Überbringt der Bote eine eigene oder fremde Willenserklärung ?

- Wen verpflichtet der Vertreter durch sein rechtsgeschäftliches Handeln bspw. beim Abschluss eines Kaufvertrages ?

## Kapitel 2 Familienrecht

### Orientierungsfragen

- Wo ist das Familienrecht geregelt ?
- Welche Rechtsbeziehungen regelt das Familienrecht ?
- Was ist eine Ehe ?
- Welche Folgen hat die Eheschließung ?
- Wann ist eine Scheidung möglich ?
- Welche Formen der Verwandtschaft gibt es ?
- Wer schuldet wem Unterhalt ?
- Was ist Inhalt des Unterhaltsanspruchs ?
- Für wen gibt es Vormünder ?
- Welche Folgen hat eine Betreuung ?
- Was versteht man unter Pflegschaft ?

Das BGB schließt mit dem Familienrecht als viertem Buch. Im Familienrecht werden die Rechte und Pflichten der Familienmitglieder geregelt. Die sind z.B. Rechtswirkungen, die sich aus Verwandtschaft, Kindschaft und Eheschließung geben. Es betrifft die Rechtsbeziehungen natürlicher Personen zueinander. Familienrecht ist weitgehend zwingendes Recht. Man unterscheidet das Eherecht (§§ 1297 – 1588 BGB) vom Verwandtschaftsrecht (§ 1589 – 1772 BGB) und vom Vormundschaftsrecht §§ 1773 – 1921 BGB.

Weitere Rechtsquellen des Familienrechts sind beispielsweise:

- Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
- Gesetz über den Versorgungsausgleich (Versorgungsausgleichsgesetz – VersAusglG)
- Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz – LPartG)
- Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz – TSG)
- Gesetz über die religiöse Kindererziehung (KERzG)
- Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen (Gewaltschutzgesetz – GewSchG)
- Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern (Adoptionsvermittlungsgesetz – AdVermiG)

- Gesetz über die Vergütung von Vormündern und Betreuern (Vormünder- und Betreuervergütungsgesetz – VBVG)

## 1. Die Ehe und ihre Wirkungen

Die Ehe ist eine dauernde vertragliche Lebensgemeinschaft. Um eine Ehe schließen zu können, ist die Eheschließung Voraussetzung sowie das Fehlen von Willensmängeln und von Eheverboten.

Die Voraussetzungen der fehlerfreien Eheschließung sind danach:

- (1) Eheschließung §§ 1303 ff BGB
- (2) Geschäftsfähigkeit vgl. a § 1303 III- IV BGB
- (3) Fehlen von Eheverboten §§ 1306 ff BGB
- (4) Fehlen von Willensmängeln § 1314 BGB
- (5) Einhaltung von Formvorschriften §§ 1309- 1312 BGB

Geschlechtsverschiedenheit ist nach § 1353 Abs. 1 S. 1 BGB keine Voraussetzung für eine Eheschließung.

Durch die Eheschließung entsteht eine Rechts- und Verantwortungsgemeinschaft. Dazu gehört vor allem die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft sowie die gegenseitige Verantwortungsübernahme.<sup>35</sup> Die darin erfassten Pflichten sind nur unvollständig durch eine Generalklausel, § 1353 I 2 BGB, geregelt. Es gehören zur Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft:<sup>36</sup>

- Leben in Gemeinschaft sofern nicht die gemeinsame Lebensplanung etwas anderes ergibt. Hierzu zählen etwa die Tisch- und Bettgemeinschaft inklusive ehelicher Treue, Teilung eines gemeinsamen Wohnsitzes und der persönliche Einsatz für die Belange der ehelichen Gemeinschaft.
- Gestattung der Mitbenutzung der eigenen Hausratsgegenstände unabhängig von der Eigentumslage.
- Sorge um gemeinsame Angelegenheiten (Kinderbetreuung und -erziehung, Haushaltsführung, Freizeitgestaltung).
- Beistand in persönlichen Angelegenheiten des Partners.
- Gegenseitige Rücksichtnahme:

§ 1353 II BGB begrenzt die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft. Ihre Herstellung kann nicht verlangt werden, wenn dies missbräuchlich geschieht.

<sup>35</sup> Lorenz, Zivil- und familienrechtliche Grundlagen der Sozialen Arbeit, 3. A. 2018, Rn 545.

<sup>36</sup> Nach Lorenz, Zivil- und familienrechtliche Grundlagen der Sozialen Arbeit, 3. A. 2018, Rn 545.

Aus der Ehe resultiert eine gegenseitige Unterhaltspflicht der Ehegatten. Sie ergibt sich bei Zusammenleben aus §§ 1360 -1360b BGB und bei Getrenntleben aus § 1361 BGB.

Der Verzicht auf auf Unterhalt für die Zukunft ist nicht möglich, 1614 BGB. Unterhalt für die Vergangenheit wird nur nach Maßgabe des § 1613 BGB zuerkannt. Ein Regress bei irrtümlicher Zuvielleistung § 1360b BGB ist nicht vorgesehen. Zur Feststellung der Voraussetzungen des Unterhaltsanspruches bestehen Auskunftsansprüche nach , § 1361 Abs. 4 S. 4 BGB, § 1605 BGB.

Für den Familienunterhalt nach § 1360 S. 1 BGB gilt, dass jeder Ehegatte Zahlung an sich verlangen kann. Kinder haben kein Recht aus § 1360 BGB. Ihr Unterhalt bestimmt sich nach § 1601 ff BGB wie auch der Anspruch der Eltern gegen das Kind. Der Anspruch des Ehegatten nach § 1360 BGB umfasst den Lebensbedarf des Ehegatten und der unterhaltsberechtigten Kinder (§ 1360 S. 1, 1360a I BGB). Inhaltlich ist eine Geldrente oder Naturalunterhalt geschuldet, § 1660a Abs. 2 BGB.

Der Trennungsunterhalt ist in § 1361 I, IV BGB geregelt. Dabei liegt ein Getrenntleben nur vor, wenn die eheliche Gemeinschaft aufgegeben wurde. Trennungsunterhalt bis Rechtskraft der Scheidung gezahlt. Voraussetzung des Trennungsunterhaltes ist Bedürftigkeit.<sup>37</sup> Soweit eigene Einkünfte oder Vermögen vorhanden sind besteht kein Anspruch. Ggf. mindert sich der Anspruch bei unterlassenem Erwerb.<sup>38</sup> Die Höhe richtet sich nach den ehelichen Lebensverhältnissen, die im wesentlichen von dem in der Ehe verfügbaren Einkommen geprägt werden. Abzustellen ist auf den Zeitpunkt der Trennung.

Weitere Positionen des Unterhaltes sind der Vorsorgeunterhalt auch für angemessene Versicherung<sup>39</sup> und ggf. ein Sonderbedarf (bspw. §1360a IV BGB).

Eine genaue Bezifferung des Unterhaltsbedarfs ist gesetzlich nicht vorgesehen. Die Oberlandesgerichte haben aber sog. Unterhaltstabellen entwickelt.<sup>40</sup> Die bekannteste dürfte die „Düsseldorfer Tabelle“ sein. Die Tabellen sehen Richtwerte vor.<sup>41</sup>

Eine Härteklausele, § 1361 III BGB iVm §1579 S. 2-8 BGB, versagt oder beschränkt den Unterhaltsanspruch wegen grober Unbilligkeit.

<sup>37</sup> Lorenz, Zivil- und familienrechtliche Grundlagen der Sozialen Arbeit, 3. A. 2018, Rn 592.

<sup>38</sup> Lorenz, Zivil- und familienrechtliche Grundlagen der Sozialen Arbeit, 3. A. 2018, Rn 593.

<sup>39</sup> Lorenz, Zivil- und familienrechtliche Grundlagen der Sozialen Arbeit, 3. A. 2018, Rn 589.

<sup>40</sup> Lorenz, Zivil- und familienrechtliche Grundlagen der Sozialen Arbeit, 3. A. 2018, Rn 590.

<sup>41</sup> Lorenz, Zivil- und familienrechtliche Grundlagen der Sozialen Arbeit, 3. A. 2018, Rn 890.

Ehegatten führen üblicherweise einen Ehenamen, § 1355 Abs. 1 BGB. Sie sind allerdings nicht gezwungen dies zu tun, § 1355 Abs. 1 S. 2 BGB. Die Namenswahl richtet sich nach § 1355 Abs. 2 – 5 BGB.

Weitere wichtige Regelungen zur Ehwirkung:

Die Schlüsselgewalt nach § 1357 BGB ermöglicht bei Geschäften des Lebensbedarfs die Verpflichtung des Ehegatten des Vertragsschließenden ohne weitere Rücksprache im Außenverhältnis.

Gemäß der Eigentumsvermutung § 1362 BGB wird zugunsten der Gläubiger eines Ehegatten vermutet, dass die im Besitz eines oder beider Ehegatten befindlichen Sachen dem Schuldner, d.h. gerade dem Ehegatten gehören, der im konkreten Verfahren als Schuldner in Anspruch genommen wird. Die Vermutung ist widerleglich. Die Vermutung gilt nach § 1362 Abs. 2 BGB nicht für Gegenstände die zum persönlichen Gebrauch eines Ehegatten bestimmt sind.

Das BGB bietet den Ehegatten die Wahl zwischen verschiedenen Güterständen: der Gütergemeinschaft, Gütertrennung, Zugewinnngemeinschaft/ Wahl-Zugewinnngemeinschaft und Vertragliche Vereinbarungen.

Der gesetzliche Güterstand ist die Zugewinnngemeinschaft. Im Ehevertrag können nach § 1408 I BGB andere Güterstände und deren Modifikationen im Rahmen dispositiven Rechts vereinbart werden.<sup>42</sup> Der Vertrag ist notariell zu beurkunden, § 1410 BGB. Die Ehegatten können sich nicht vertreten lassen. Es handelt sich um ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft. Die Schließung eines Ehevertrages ist während und vor der Ehe möglich.<sup>43</sup>

Der Ehevertrag kann unwirksam sein. Ein Beispiel ist seine Sittenwidrigkeit § 138 BGB bei gestörter Vertragspaität.<sup>44</sup> Im Rahmen einer Wirksamkeitskontrolle nach § 138 Abs. 1 BGB ist zu überprüfen, ob eine einseitige Lastenverteilung bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorlag. Zum insoweit unantastbaren Kernbereich des Scheidungsfolgerechts gehören verschiedene nacheheliche Unterhaltsansprüche (§§ 1570,1571,1572 BGB). In diesen Fällen kann Sittenwidrigkeit vorliegen.<sup>45</sup>

<sup>42</sup> Schwab, Familienrecht, 28.A., 2020 Rn 234.

<sup>43</sup> Weinreich in Prütting et al. BGB Kommentar, § 1408 BGB Rn 1; Lorenz, Zivil- und familienrechtliche Grundlagen der Sozialen Arbeit, 3. A. 2018, Rn 561.

<sup>44</sup> Schwab, Familienrecht, 28.A., 2020 Rn 237.

<sup>45</sup> Schwab, Familienrecht, 28.A., 2020 Rn 238.

Der Güterstand der Ehegatten wird durch Eintragung im Güterrechtsregister kenntlich gemacht. Die Eintragung erfolgt auf Antrag. Sie ist erforderlich, da der Güterstand nicht nur das Verhältnis der beiden Ehegatten untereinander betrifft, sondern auch Dritten gegenüber bedeutsam werden kann (z.B. hinsichtlich Verfügungsbeschränkungen und Schuldnerhaftung).<sup>46</sup>

### **1.1. Der Güterstand „Zugewinnngemeinschaft“**

In der Zugewinnngemeinschaft bestehen im Grundsatz getrennte Vermögensmassen § 1363 II 1, 1364 1. HS BGB. Dazu gehören das in die Ehe eingebrachte sowie das während der Ehe hinzuerworbene Vermögen § 13 63 II 1 1 HS BGB. Gemeinsames Vermögen ist aber möglich, wie bspw. Miteigentum nach Bruchteilen oder Gesamthandsgesellschaft.

Jeder Ehegatte kann über sein Vermögen frei verfügen. In Ausnahmefällen bestehen Beschränkungen (§ 1364 2. HS, 1365 - 1369 BGB).<sup>47</sup>

Die Zugewinnngemeinschaft endet bei Auflösung der Ehe, §§ 1564ff BGB, Aufhebung der Ehe: §§ 1313 ff BGB, Tod eines Ehegatten § 1353 I 1 BGB. Bei Fortbestand der Ehe endet die Zugewinnngemeinschaft, wenn ein nachträglicher Ehevertrag, §§ 1408,1410 BGB, geschlossen wird, oder ein Urteil über den vorzeitigen Zugewinnausgleich, § §1388 iVm 1385,1386 BGB ergeht.

### **1.2. Wahl- Zugewinnngemeinschaft**

Die Wahl-Zugewinnngemeinschaft ist im § 1519 BGB geregelt. Er orientiert sich am deutschen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, mit Modifikationen entsprechend französischer Besonderheiten. Während der Ehe bleiben die Vermögen der Ehepartner oder eingetragenen Lebenspartner getrennt. Erst bei Beendigung des Güterstandes wird der erwirtschaftete Zugewinn zwischen ihnen ausgeglichen. Verschiedene Vermögenspositionen werden nicht im Zugewinnausgleich berücksichtigt. Die Wahl- Zugewinnngemeinschaft steht deutsch – französischen Ehepaaren sowie allen anderen Ehepaaren offen.<sup>48</sup>

### **1.3. Gütertrennung**

Wird Gütertrennung vereinbart gibt es keine spezifisch güterrechtlichen Beziehungen zwischen den Eheleuten. Es gelten aber auch hier die §§ 1353-1362 BGB.<sup>49</sup>

<sup>46</sup> Schwab, Familienrecht, 28.A., 2020 Rn 238.

<sup>47</sup> Schwab, Familienrecht, 28.A., 2020 Rn 220.

<sup>48</sup> Kemper in jurisPK- BGB 9.A. 2019 § 1514 BGB Rn 8.

<sup>49</sup> Schwab, Familienrecht, 28.A., 2020 Rn 225.

Voraussetzungen der Gütertrennung sind, dass er durch Ehevertrag, § 1408 BGB, in dem Gütertrennung entweder ausdrücklich vereinbart oder nach den Auslegungsregeln des § 1414 BGB als vereinbart vermutet wird.

Alternativ kommt Gütertrennung als subsidiärer gesetzlicher Güterstand mit Rechtskraft eines auf vorzeitigen Zugewinnausgleich, § 1388 BGB i.V.m. §§ 1385, 1386 BGB, oder auf Aufhebung der Gütergemeinschaft, §§ 1449, 1470 BGB ererkennenden Urteils in Betracht. Gütertrennung bewirkt, dass jeder Ehegatte sowohl sein in die Ehe mitgebrachtes als auch während des Güterstandes erworbenes Vermögen behält. Jeder Ehegatte verwaltet sein Vermögen selbst. Verfügungsbeschränkungen (§§ 1365 bis 1369 BGB) gelten nicht. Eine Haftung für Schulden des Ehepartners kommt allenfalls unter den Voraussetzungen des § 1357 I S.2 BGB in Betracht. Gläubigern kommen jedoch die Vermutungen der §§ 1362 BGB, 739 ZPO zugute. Gemeinschaftliches Vermögen kann nach den allgemeinen Vorschriften als Bruchteils- oder Gesamthandseigentum gebildet werden, §§ 741 ff., 1008 ff. bzw. 705 ff. BGB.<sup>50</sup> Beide Ehegatten haben nach den allgemeinen Vorschriften Mitbesitz an der Ehwohnung und am Hausrat. Eine Verpflichtung zur Einräumung von Mitbesitz folgt aus § 1353 BGB. Es existieren keine güterrechtlichen Ausgleichsansprüche bei Beendigung des Güterstandes. Eine Rückabwicklung von Vermögensverschiebungen erfolgt nach den allgemeinen Vorschriften

### 1.3. Gütergemeinschaft

Bei der Gütergemeinschaft wird ein einheitliches Vermögen der Ehegatten gebildet.<sup>51</sup> In der Gütergemeinschaft sind folgende Vermögensmassen zu unterscheiden: Das Gesamtgut, § 1416 BGB, entsteht automatisch. Es ist Gesamthandsvermögen der Ehegatten. Das Gesamtgut wird gemeinschaftlich verwaltet, wenn nicht durch Ehevertrag einem Ehegatten die Verwaltung übertrage ist, § 1421 BGB. Sondergut, §1417 BGB, ist nicht rechtsgeschäftlich übertragbares Vermögen. Vorbehaltsgut, § 1418 BGB, kann durch Vereinbarung und Eintragung im Güterrechtsregister geschaffen werden. Sonder- und Vorbehaltsgut stehen jeweils im Alleineigentum des Ehegatten. Sie sind so vom Gesamtgut zu unterscheiden.

Die Gütergemeinschaft endet, durch Aufhebung mittels Ehevertrag, §§ 1408, 1410 BGB, Aufhebungsurteil, § 1479 BGB i.V.m. §§ 1447 - 1449 und §§ 1469, 1470 BGB, Tod eines Ehegatten, sofern nicht durch Ehevertrag fortgesetzte Gütergemeinschaft, §§ 1483 ff. BGB vereinbart wurde oder Scheidung oder Aufhebung der Ehe.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> Schwab, Familienrecht, 28.A., 2020 Rn 226.

<sup>51</sup> Schwab, Familienrecht, 28.A., 2020 Rn 227.

<sup>52</sup> Schwab, Familienrecht, 28.A., 2020 Rn 232.

## **1.5. Ehescheidung §§ 1564-1568 BGB**

Eine Ehescheidung ist auf Antrag möglich, § 1564 S. 1 BGB. Voraussetzung ist das Scheitern der Ehe, § 1565 BGB (Zerrüttungsprinzip). Das Gericht prüft das Scheitern im Rahmen der Voraussetzungen des § 1565 I 2 BGB. Ein Scheitern liegt vor, wenn eine Lebensgemeinschaft nicht besteht, eine Wiederherstellung nicht zu erwarten ist und die Ehegatten noch nicht ein Jahr getrennt leben oder eine Härte bei Festhalten an der Ehe vorläge. Getrenntleben liegt vor, § 1567 BGB, wenn „Tisch und Bett“ objektiv nicht geteilt werden und ein Trennungswille vorliegt. Ein kurzes Zusammenleben ist für den Lauf der Trennungsfrist unschädlich. Auf ein Verschulden eines oder beider Partner kommt es nicht an.<sup>53</sup>

Nach einjähriger Trennung kann die Ehe einvernehmlich geschieden werden, § 1566 I BGB. Auf einseitige Initiative kann die Ehe nach dreijähriger Trennung § 1566 II BGB geschieden werden. In beiden Fällen gilt eine unwiderlegliche Vermutung des Scheiterns der Ehe § 1565 I 2, 1566 I BGB. Härten soll § 1568 BGB abwenden, der eine Kinderschutzklausel und eine persönliche Härteklausel enthält.

## **1.6. Scheidungsfolgen**

Eine Ehescheidung hat verschiedene rechtliche Folgen.

Zunächst ist Scheidungsunterhalt gem. §§ 1569-1586b BGB zu zahlen. Dabei gilt zunächst der Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit § 1569 BGB. Der gesetzlichen Konstruktion nach ist ein nahehehlicher Unterhaltsanspruch der Ausnahmefall. Er besteht nur, soweit er gesetzlich vorgesehen ist. Die einzelnen Unterhaltstatbestände sind in §§ 1570 - 1576 BGB geregelt.

Zu beachten ist auch die Erwerbsobliegenheit § 1574 BGB. Der Unterhaltsanspruch besteht aus einer monatlichen Geldrente, die im Voraus zu zahlen ist, § 1585 I BGB.

Hinsichtlich der Versorgungsanwartschaften findet ein Versorgungsausgleich, § 1587 BGB, statt. Dieser ist grundsätzlich zwingend. Der Ausschluss ist durch Ehevertrag möglich, aber § 1408 II, 1414 BGB sind zu beachten. Das Versorgungsausgleichsgesetz regelt Näheres.

Im Falle des gesetzlichen Güterstandes der Zugewinnngemeinschaft wird auch der Zugewinnausgleich, § 1372 BGB durchgeführt.

<sup>53</sup> Schwab, Familienrecht, 28.A., 2020 Rn 355; im Detail Rn 364 ff.

Grundsätzlich unberührt bleibt die Rechtsstellung der Kinder im Fall der Scheidung.

Prinzipiell gilt ohne Antrag der Ehegatten im Scheidungsverfahren das gemeinsame Sorgerecht weiter. Die besondere Ausgestaltung der Sorge richtet sich nach § 1687 BGB wie im Fall des Getrenntlebens. Auf Antrag können Veränderungen des Sorgerechtes, § 1671 BGB angeordnet werden. Unabhängig von der Ausgestaltung der elterlichen Sorge haben Elternteil und Kinder ein Umgangsrecht, § 1684 BGB.

Der Kindesunterhalt wird im Scheidungsurteil mit geregelt und richtet sich nach § 1601ff BGB.

## **2. Lebenspartnerschaft**

Da die Ehe bis Oktober 2017 verschiedengeschlechtlichen Personen vorbehalten war, regelte das Lebenspartnerschaftsgesetz seit 2001 der Ehe ähnliche Rechtsfolgen im Falle der Eingehung einer Lebenspartnerschaft zwischen gleichgeschlechtlichen Partnerinnen oder Partnern, § 2 – 11 LPartG. Eine Lebenspartnerschaft kann wie eine Ehe nur durch ein gerichtliches Urteil aufgehoben werden, § 15 I LPartG. Rechtsfolgen der Aufhebung einer Lebenspartnerschaft richten sich nach §§ 16 - 30 LPartG und ähneln denen einer Ehescheidung. Nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20.07.2017<sup>54</sup> können Lebenspartnerschaften nicht neu begründet werden, Artikel 3 Abs. 3 EheRÄndG. Nach § 17a Personenstandsgesetz kann eine Lebenspartnerschaft in eine Ehe umgewandelt werden.

## **3. Abstammung und Adoption**

Wer in welcher Form miteinander verwandt ist, regeln BGB § 1589, 1590, §§ 1741 ff BGB. Danach unterscheidet man Verwandtschaft in gerader Linie § 1589 S. 1 BGB mit ihren Aszendenten und Deszendenten von der Verwandtschaft in der Seitenlinie, § 1589 S. 2 BGB. Der Grad der Verwandtschaft bestimmt sich nach der Zahl der Geburten ohne Geburt des Vermittelnden 1589 S. 3 BGB. Hilfreich bei der Ermittlung von Verwandtschaftsverhältnissen ist die Erstellung eines Stammbaumes.

§ 1590 Abs. 1 BGB regelt die Schwägerschaft. Das schwägerschaftliche Verhältnis besteht nur zwischen dem Ehegatten und den Verwandten des Ehepartners.<sup>55</sup> Sie besteht auch nach Eheauflösung fort, § 1590 II BGB. Ehegatten sind als solche weder miteinander verwandt noch verschwägert.

<sup>54</sup> BGBl. I 2017, 2787.

<sup>55</sup> Schwab, Familienrecht, 28.A., 2020 Rn 630.

Das Verwandtschaftsverhältnis kann außer durch Abstammung (leibliche Verwandtschaft) auch durch Annahme als Kind (Adoption, juristische Verwandtschaft; Verwandtschaft im Rechtssinne) entstehen.<sup>56</sup> Der Status des Adoptierten ist der eines (bei Eheleuten:gemeinschaftlichen) Kindes des Annehmenden, §§ 1754, 1767 II BGB. Bei der Adoption eines Kindes ist der Antrag des Annehmenden und die Einwilligung "der Eltern", § 1747 S.1 BGB als Voraussetzung zu beachten. Unter den Voraussetzungen des § 1766a BGB gilt dies auch für die Annahme des nichtehelichen Partners. Rechtsfolge ist eine Statusänderung durch Hoheitsakt (Ausspruch des VormundschaftsG), § 1752 BGB, sog. Dekretsystem.<sup>57</sup> Die Adoption Minderjähriger ist in §§ 1741 - 1766a BGB geregelt. Das Verwandtschaftsverhältnis des Kindes und seiner Abkömmlinge zu den bisherigen Verwandten, § 1755 I S.1 BGB (Ausnahmen: §§ 1755 II, 1756 BGB) erlischt. Stattdessen entsteht eine Verwandtschaft mit den Verwandten des Annehmenden und der Adoptierte wird gemeinschaftliches Kind des Annehmenden, §§ 1754, 1767 II BGB.

Die Adoption Volljähriger ist in §§ 1767 - 1772 BGB geregelt. Es handelt sich um eine Teiladoption, § 1770 BGB. Dabei wird das Verwandtschaftsverhältnis nur zum Annehmenden, nicht aber zu dessen Verwandten begründet und die alten Verwandtschaftsverhältnisse bleiben bestehen (vgl. aber § 1772 BGB).

Eine Aufhebung der Adoption ist für die Zukunft nach §§ 1759 ff. bzw. § 1771 BGB möglich.

#### **4. Grundzüge der gesetzlichen Unterhaltsansprüche (Verwandtenunterhalt)**

Die Darstellung folgt im Wesentlichen dem für das Zivilrecht typischen Anspruchsaufbau und gibt die Grundlagen des gesetzlichen Verwandtenunterhaltsrechts wieder. Kindesunterhalt und Elternunterhalt sind Anwendungsfälle des Verwandtenunterhalts.

Man unterscheidet zwei Arten der Unterhaltsverpflichtung: Die gesteigerte und die nicht gesteigerte Unterhaltspflicht. Gesteigert unterhaltspflichtig<sup>58</sup> sind Eltern gegenüber ihren minderjährigen Kindern und diesen minderjährigen Kindern gleichgestellten Kindern (§ 1603 Abs. 2 BGB). Gleichgestellt sind Kinder bis zum 21. Lebensjahr, die sich in der allgemeinen Schulausbildung befinden und im Haushalt der Eltern (eines Elternteils) wohnen. Sie gilt auch zwischen Ehegatten und unter Umständen sogar bei geschiedenen Eheleuten, sowie bei eingetragenen Lebenspartnern, vgl. § 5 LPartG. Bei gesteigerter Unterhaltspflicht teilt der Pflichtige sein „letztes

<sup>56</sup> Schwab, Familienrecht, 28.A., 2020 Rn 629.

<sup>57</sup> Schwab, Familienrecht, 28.A., 2020 Rn 981.

<sup>58</sup> Schwab, Familienrecht, 28.A., 2020 Rn 1023,1047.

Hemd“ mit dem Unterhaltsberechtigten. Unterhaltsarithmetisch ausgedrückt, verbleibt dem Unterhaltsverpflichteten in diesem Fall nur der notwendige Eigenbedarf. Im Gegensatz dazu verbleibt dem nicht gesteigert Unterhaltspflichtigen der angemessene Eigenbedarf.<sup>59</sup> Diese Unterhaltspflicht gilt für alle übrigen Unterhaltsansprüche.

#### 4.1. Der Unterhaltsberechtigte

Der bürgerlich rechtliche Unterhalt wird zwischen Verwandten gerader Linie, § 1601 BGB, Ehegatten (§§ 1360, 1361, 1559 ff BGB) und eingetragenen Lebenspartnern geschuldet. Der Vater des nicht ehelichen Kindes schuldet darüber hinaus der Mutter ebenfalls Unterhalt, § 1615 I BGB.<sup>60</sup> Für das nicht eheliche Kind ist inzwischen geregelt, dass es mit seinem Vater verwandt ist. Geschwister und Verschwägerter schulden einander nach deutschem Unterhaltsrecht keinen Unterhalt.<sup>61</sup>

Der Unterhalt zwischen Ehegatten wird für die Zeit der Dauer der Ehe, § 1360 BGB, während des Getrenntlebens, § 1361 BGB, und nach der Scheidung, §§ 1569 ff BGB, geschuldet. Die Regelungen für die eingetragenen Lebenspartner verweisen insoweit auf die Regelungen für Ehepartner, § 5 Satz 2 LPartG.

Wo verschiedene Unterhaltsansprüche gegen eine Person zusammentreffen, stellt sich die Frage, wessen Unterhaltsansprüche der Pflichtige vorrangig vor den anderen zu befriedigen hat. § 1609 BGB führt zu folgender Rangfolge Unterhaltsberechtigter.<sup>62</sup>

Vorrangig ist minderjährigen und ihnen gleichgestellten Kindern Unterhalt zu leisten.

Demgegenüber nachrangig sind Mütter und Väter, die wegen der Betreuung eines Kindes unterhaltsberechtigter sind oder es im Fall der Scheidung wären. Ihnen stehen Ehegatten und geschiedene Ehegatten bei einer Ehe von langer Dauer gleich.

Danach folgen sonstige Ehegatten und geschiedene Ehegatten.

Den vierten Rang nehmen alle übrigen Kinder, insbesondere die volljährigen Kinder ein.

Es folgen darauf Enkel und sonstige Abkömmlinge, dann die Eltern des Unterhaltspflichtigen sowie die weiteren Verwandten der aufsteigenden Linie.

Die Erfüllung der Unterhaltspflicht gegenüber vorrangig Berechtigten mindert die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners gegenüber dem nachrangigen Unterhaltsgläubiger. Gibt es mehrere gleichrangig Berechtigte, deren Anspruch der Gläubiger nicht vollständig erfüllen kann ist der

<sup>59</sup>Vgl. Anm. 5 der Büsseldorfer Tabelle.

<sup>60</sup>Schwab, Familienrecht, 28.A., 2020 Rn 1016.

<sup>61</sup> Schwab, Familienrecht, 28.A., 2020 Rn 1021.

<sup>62</sup>Vgl. auch Schwab, Familienrecht, 28.A., 2020 Rn 1039..

geschuldete Unterhaltsbeitrag anteilig herabzusetzen. Die Dringlichkeit der Bedürfnisse wird berücksichtigt.<sup>63</sup>

#### **4.2. Bedürftigkeit der unterhaltsberechtigten Person**

Ein Unterhaltsanspruch besteht nur, soweit der potenziell Berechtigte bedürftig ist. Der Begriff der unterhaltsrechtlichen Bedürftigkeit ist ein anderer als der der sozialhilferechtlichen bzw. grundsicherungsrechtlichen Bedürftigkeit. Anders als die Sozialhilfe oder Grundsicherung, die ein soziokulturelles Existenzminimum schulden und gewähren sollen, orientiert sich der familienrechtlich angemessene Unterhaltsbedarf an einem individuelleren, familientypischen Maß. Die Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten ist gegeben, wenn der Unterhaltsberechtigte seinen angemessenen Unterhalt nicht sicherzustellen vermag. (§§ 1602, 1610 BGB)

#### **4.3. Einkommen und Vermögen**

Um seinen Unterhalt zu bestreiten ist der Unterhaltsberechtigte gehalten jedwede zumutbare Arbeit aufzunehmen. Es besteht kein Berufsschutz. Zugemutet wird auch eine Tätigkeit außerhalb des erlernten Berufes und der bisherigen Lebensstellung.<sup>64</sup>

Soweit der Unterhaltsberechtigte Einkommen erzielt, ist es ihm anzurechnen. Das Unterhaltsrecht kennt den Begriff des Einkommens nicht. Alle tatsächlich zufließenden und verfügbaren Mittel einschließlich der Sachbezüge sind Einkünfte im Sinne des Unterhaltsrechts. Darüber hinaus wird sogar fiktives Einkommen bei Unterlassung einer zumutbaren Erwerbstätigkeit hinzugerechnet.<sup>65</sup>

#### **4.4. Der Inhalt des Unterhaltsanspruchs**

Man unterscheidet die Barunterhaltungspflicht vom Naturalunterhalt, § 1612 BGB. Naturalunterhalt gibt es nur in bestimmten Fällen, d.h. bei Eltern gegenüber ihren Kindern und zwischen den Ehegatten, § 1612 Abs. 2 BGB. Üblicherweise wird der Unterhaltsanspruch durch Zahlung einer Geldrente erfüllt. Positionen des Unterhaltes sind: der gesamte Lebensbedarf wie Nahrung, Wohnung, Gesundheitsvorsorge, gesellschaftliche Bedürfnisse, Freizeit, Kosten einer

<sup>63</sup> Schwab, Familienrecht, 28.A., 2020 Rn 1039.

<sup>64</sup> Schwab, Familienrecht, Rz. 852.

<sup>65</sup> Schwab, Familienrecht, Rz.853.

angemessenen Schul- und Berufsausbildung, sonstige Erziehungsmaßnahmen. Nicht dagegen die Kosten einer Altersvorsorge.<sup>66</sup>

#### **4.5. Der Unterhaltspflichtige**

Auch hinsichtlich der unterhaltspflichtigen Personen gibt es eine Rangfolge der Einstandspflicht.<sup>67</sup> Den ersten Rang belegen der Ehegatte bzw. der eingetragene Lebenspartner. Er haftet vor den Verwandten und Eltern des Bedürftigen, es sei denn, der Ehegatte gefährdet durch den Unterhalt seinen eigenen Unterhalt. In diesem Fall haften die Verwandten vor dem Ehegatten, § 1608 BGB.

Unter den Verwandten haften die Abkömmlinge vor den Aszendenten, § 1606 Abs. 1 BGB. Unter Gleichrangigen haften die näheren vor den entfernteren Abkömmlingen bzw. Aszendenten, § 1606 Abs. 2 BGB. Unter Gleichnahen wird anteilig nach den Erwerbs- und Vermögensverhältnissen gehaftet.

Ist ein Verwandter mangels Leistungsfähigkeit nicht unterhaltspflichtig, fällt der Unterhaltsanspruch gegen ihn aus. Statt seiner haftet der im Rang nach ihm stehende Verwandte, § 1607 Abs. 1 BGB. Dieses Prinzip gilt entsprechend, wenn von anteilig haftenden Verwandten einer wegen fehlender Leistungsfähigkeit ausfällt. Dieser Ausfall geht zu Lasten der übrigen gleichrangigen Verwandten.

#### **4.6. Die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten § 1603 BGB**

Der Unterhaltsverpflichtete haftet nur, wenn er leistungsfähig ist. Er ist leistungsfähig, wenn er Unterhalt leisten kann, ohne seinen eigenen angemessenen (oder notwendigen) Unterhalt zu gefährden, § 1603 Abs. 1 BGB. Zum Einkommensbegriff gilt da oben Gesagte. Der nach der Düsseldorfer Tabelle ausgewiesene Eigenbedarf kann auch überschritten werden, denn die Tabelle weist nur Mindestbeträge aus.<sup>68</sup>

#### **4.7. Einwendungen gegen den Unterhaltsanspruch**

Es gilt der Grundsatz, dass Unterhalt für die Vergangenheit nicht gefordert werden darf, § 1613 BGB. Der Unterhaltsanspruch erlischt durch Tod, § 1615 Abs. 1 BGB. Eine Unterhaltspflicht entfällt auch, wenn sie einer Härte gleichkommt, § 1611 BGB.

<sup>66</sup> Schwab, Familienrecht, 28.A., 2020 Rn 1028.

<sup>67</sup> Vgl. Schwab, Familienrecht, 28.A., 2020 Rn 1038.

<sup>68</sup> BGH FamRZ 2002, 1698 (1700 ff).

#### **4.8. Einrede der Verjährung**

Für die Verjährung gilt § 195 BGB (3 Jahre).

#### **5. Vormundschaft, §§ 1773 - 1808 BGB** ( ab 1.1.2023)

Vormundschaft bezeichnet die rechtlich umfassend geregelte Sorge für einen Minderjährigen, dessen Eltern nicht kraft Sorgerechts als gesetzliche Vertreter fungieren, vgl. §§ 1773, 1789 BGB. Der Vormund hat grundsätzlich die gleichen Rechte und Pflichten wie sie den Eltern aufgrund der elterlichen Sorge zustehen, § 1789 BGB. Ihm steht also die Personensorge, §§ 1795, 1631a - 1632 BGB und die Vermögenssorge, §§ 1798 - 1800 BGB, sowie das Vertretungsrecht in beiden Bereichen zu, § 1789 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 1 BGB. Der Vormund wird unter den Voraussetzungen des § 1773 BGB durch das Familiengericht bestellt. Unter den Voraussetzungen der §§ 1789 Abs. 2 S. 2, 1795 Abs. 2, 1799 BGB kann der Vormund den Mündel nicht vertreten

#### **6. Pflegschaft, §§ 1809 ff. BGB** ( ab 1.1.2023)

Die Pflegschaft bezieht sich - anders als die Vormundschaft - lediglich auf einen beschränkten Bereich, nämlich die Sorge für einzelne persönliche oder vermögensrechtliche Angelegenheiten. § 1813 BGB verweist in weitem Umfang auf das Vormundschaftsrecht.

#### **7. Betreuung** ( ab 1.1.2023)

Volljährige, § 2 BGB, erhalten keinen Vormund. Die Betreuung tritt an deren Stelle. Ihre Voraussetzungen sind in § 1814 BGB, die Bestellung des Betreuers ist in §§ 1816 - 1819 BGB geregelt.

Ein Betreuer darf nur für Aufgabenkreise bestellt werden, in denen die Betreuung erforderlich ist, § 1814 Abs. 3 S. 1 BGB (Erforderlichkeitsprinzip). Gem. § 1814 Abs. 3 S. 2 BGB ist die Betreuung überdies subsidiär.

Der Betreuer ist innerhalb des übertragenen Aufgabenkreises gesetzlicher Vertreter des Betreuten, § 1823 BGB. Beschränkungen seiner Vertretungsmacht ergeben sich aus § 1824 BGB.

Schließt der Betreuer außerhalb seines Aufgabenkreises ein Rechtsgeschäft für den Betreuten ab, so finden §§ 177 ff. BGB Anwendung. Die Anordnung der Betreuung berührt als solche die Geschäftsfähigkeit des Betreuten nicht. Dieser kann allenfalls nach § 104 Nr. 2 BGB geschäftsunfähig sein. Da die Geschäftsfähigkeit des Betreuten demnach die Regel ist, muss derjenige, der sich auf eine Geschäftsunfähigkeit nach § 104 Nr. 2 BGB beruft, diese beweisen.

Das Betreuungsgericht kann jedoch unter den Voraussetzungen des § 1825 BGB einen Einwilligungsvorbehalt anordnen. Über die Verweisung des § 1825 Abs. 1 S. 3 BGB gelten dann, soweit der Einwilligungsvorbehalt reicht, die Bestimmungen über Rechtsgeschäfte beschränkt Geschäftsfähiger entsprechend, §§ 108 – 113, 131 Abs. 2 und 210 BGB. § 1825 Abs. 3 S.1 BGB enthält eine dem § 107 BGB entsprechende Regelung, die durch § 1825 Abs. 3 S.2 BGB erweitert wird.

#### Wiederholungsfragen

- Ist Familienrecht dispositives Recht ?
- Welche Rechtsquellen des Familienrechts sind Ihnen bekannt ?
- Nennen Sie die Voraussetzungen einer Eheschließung ?
- Welche Pflichten hat die Eheschließung zu Folge ?
- Welche ehelichen Güterstände kennen Sie ?
- Was versteht man unter gesetzlichem Güterstand ?
- Wann liegt ein Getrenntleben als Voraussetzung für eine Scheidung vor ?
- Welche Folgen hat die Scheidung einer Ehe, insbesondere für das Sorgerecht der gemeinsamen Kinder ?
- Was versteht man im Familienrecht unter Aszendenten bzw. Deszendenten ?
- Nennen Sie eine Form der juristischen Verwandtschaft.
- Erläutern Sie den Unterschied zwischen der Adoption Erwachsener und der Adoption von Kindern.
- Wo ist die Unterhaltspflicht zwischen Verwandten geregelt ?
- Welche Formen der Unterhaltspflicht gibt es ?
- Wonach bestimmt sich die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen ?
- Welche Aufgaben hat ein Vormund ?
- Erläutern Sie die Folgen einer Betreuung und der Anordnung eines Einwilligungsvorbehaltes für den Betreuten.
- Wie unterscheiden sich Vormundschaft und Pflegschaft ?

## Kapitel 3 Kindschaftsrecht

### Orientierungsfragen

- In welchem Buch des BGB ist das Kindschaftsrecht geregelt ?
- Welche Regelungsbereiche betrifft das Familienrecht ?
- Welche Rechtsbeziehungen regelt das Kindschaftsrecht ?
- Wie kommt rechtliche Elternschaft zustande ?
- Was bedeutet elterliche Sorge und welchen Inhalt hat sie ?
- Welche Möglichkeiten zivilrechtlichen Kinderschutzes gibt es ?
- Wie ist das Umgangsrecht mit dem Kind und das Umgangsrecht des Kindes geregelt ?

### 1. Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kind

Das Kindschaftsrecht ist nach der systematischen Ordnung des BGB Teil des Familienrechts. Das Familienrecht beschäftigt sich in erster Linie mit drei Regelungsbereichen: Ehe, Verwandtschaft und Vormundschaft (einschließlich Betreuung). Im Recht der Verwandtschaft bildet die Rechtsbeziehungen zwischen Kindern und Eltern (Kindschaftsrecht) den zentralen Gegenstand.

Das Kindschaftsrecht betrifft die rechtliche Ausgestaltung der Beziehungen zwischen Eltern und ihren minderjährigen Kindern. Diese Beziehung wird innerhalb eines Verwandtschaftsverhältnisses infolge der Abstammung oder Adoption begründet. Das Eltern Kind Verhältnis erzeugt eine Reihe wichtiger rechtlicher Wirkungen:

- der namensrechtliche Status des Kindes, § 1616 ff BGB,
- die gegenseitige Unterhaltspflicht, § 1601 BGB,
- das Recht der Eltern zur Ausübung der elterlichen Sorge und Pflichten, § 1626ff BGB
- das Recht zum Umgang der Eltern dem Kind,
- das Recht des Kindes auf Umgang mit seinen Eltern.

Im Abstammungsrecht, § 1589 BGB, ist der Begriff der Verwandtschaft geregelt. Danach sind Personen miteinander verwandt, die von derselben dritten Person abstammen. Das Abstammungsrecht beschäftigt sich auch mit der Frage, wer im rechtlichen Sinne die Eltern eines Kindes sind. Wer die Mutter eines Kindes ist, regelt § 1591 BGB. Mutter ist diejenige Frau, die das Kind geboren hat. Gem. § 1592 BGB bestehen drei unterschiedliche Möglichkeiten, wie Vaterschaft im rechtlichen Sinne zustande kommen kann. Sie kann kraft Gesetzes bestehen, sie kann von einem Mann anerkannt werden oder sie kann gerichtlich festgestellt werden. Biologische und rechtliche Vaterschaft müssen nicht übereinstimmen.

Ist ein Mann zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes mit der Mutter verheiratet, so ist gem. § 1592 Nr. 1 BGB der Ehemann kraft Gesetzes Vater des Kindes. Waren die Eltern zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, dann ist nach § 1592 Nr. 2 BGB der Mann Vater des Kindes, der die Vaterschaft anerkannt hat. Die Anerkennung, § 1594 BGB, setzt die Zustimmung der Mutter voraus, § 1595 BGB. Die Vaterschaft kann nicht gezielt anerkannt werden, um aufenthaltsrechtliche Voraussetzungen zu schaffen, § 1597a BGB. Das Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung, die in der Regel vom Jugendamt vorgenommen wird ( § 59 SGB VIII), ist einzuhalten. Nach § 1592 Nr. 3 BGB ist der Mann Vater des Kindes, dessen Vaterschaft gerichtlich festgestellt ist. Antragsberechtigt zu dieser Feststellung sind die Mutter und das Kind. Aber auch der Mann, der sich für den biologischen Vater hält, dessen Vaterschaftsanerkennung aber die Zustimmung seitens der Mutter oder des Kindes verwehrt wurde. Voraussetzung ist, dass noch kein anderer Mann im rechtlichen Sinne Vater des Kindes ist.

Soweit eine Vaterschaft kraft Gesetzes oder durch Anerkennung eingetreten ist, kann diese nach § 1599 I BGB angefochten werden. Anfechtungsberechtigt sind nach § 1600 BGB der bisher als Vater geltende Mann, die Mutter, das Kind und unter engen Voraussetzungen ein anderer Mann. § 1600 b BGB sieht für eine derartige Anfechtung eine Frist von zwei Jahren vor. Sie beginnt für jeden Berechtigten individuell zu laufen.

## **2. Die elterliche Sorge**

Die Grundsätze der elterlichen Sorge sind in § 1626 BGB geregelt. Nach § 1626 BGB haben die Eltern die Verantwortung, die Pflicht und das Recht, für ihr minderjähriges Kind zu sorgen. Vgl. auch Art. 6 Abs. 2 GG. Volljährig ist, wer das 18. Lebensjahr vollendet hat, § 2 BGB. Entsprechend endet spätestens zu diesem Zeitpunkt die elterliche Sorge. Eingriffe in das elterliche Sorgerecht oder Beschränkungen dieses Rechts unterliegen einem Gesetzesvorbehalt. Der inhaltliche Umfang der elterlichen Sorge ist unter anderem in §§ 1626, 1629, 1631 BGB verankert. Das Kind ist danach in seiner eigenen Persönlichkeit, seinen Bedürfnissen und Fähigkeiten zur Kenntnis zu nehmen. Eine gewaltfreie Erziehungsgrundhaltung, § 1631 Abs. 2 BGB, ist Voraussetzung und entspricht zudem den Anforderungen des § 1 SGB VIII. Dennoch ist das rechtliche Konzept der elterlichen Sorge im wesentlichen elternzentriert. Dem Kind steht ausdrücklich ein Recht auf Gewalt freie Erziehung zu, § 1631 Abs. 2 BGB. Ferner hat das Kind einen Rechtsanspruch auf Umgang mit beiden Elternteilen § 1684 Abs. 1. 1. Halbsatz BGB.

Die Position der Eltern ist durch die Rechtsordnung sehr stark ausgestaltet und die ihrer minderjährigen Kinder relativ schwach ausgeprägt. Diese strukturelle Asymmetrie findet sich auch

in den privatrechtlichen Beziehung zwischen Eltern und ihren minderjährigen Kindern. Einen Ausgleich soll die Rechtsfigur des „Wohls“ des Kindes herbeiführen. Das Wohl des Kindes verweist darauf, dass den Eltern das Elternrecht nicht um ihrer selbst willen, sondern der Kinder wegen gewährt ist. Die zentrale Bedeutung des Begriffes des Wohl des Kindes wird auch in § 1697a BGB sichtbar, der das Wohl des Kindes als Maßstab allen richterlichen Handelns in den von ihm zu entscheidenden Konflikt zu berücksichtigen hat. Das Wohl des Kindes orientiert sich an den Grundrechten und Grundbedürfnissen der Kinder. Dazu zählen auch empirisch zugängliche pädagogische, soziologische und psychologisch objektivierbare Kriterien. Bei der Anwendung der Norm im jeweiligen Einzelfall ist es darüber hinaus notwendig, konkret und detailliert die Situation des Minderjährigen in seinem gesamten Umfeld zu betrachten und auszuwerten.

Die elterliche Sorge umfasst die Sorge für die Person des Kindes (Personensorge §§ 1631ff BGB) und die Sorge für das Vermögen des Kindes (Vermögenssorge § 1638 ff. BGB). Beide Teile der elterlichen Sorge haben einen tatsächlichen handlungsbezogenen und einen rechtsgeschäftlichen Aspekt. Der tatsächlich handlungsbezogene Aspekt besteht in der Erziehung, Fürsorge, Aufsicht und wirtschaftlicher Vermögensverwaltung. Der rechtsgeschäftliche Aspekt besteht in der gesetzlichen Vertretung, § 1629 BGB. Als Bestandteile der Personensorge nennt § 1631 Abs. 1 BGB zunächst Pflege und Erziehung des Kindes im allgemeinen, wozu auch Ernährung, Körperpflege, Gesundheit, Sorge sowie eine angemessene Lernbetreuung gehören. Weiterhin gehören dazu die Aufsichtspflicht und das Aufenthaltsbestimmungsrecht. Zum Aufenthaltsbestimmungsrecht gehört auch, dass die Eltern oder ein Elternteil das Kind von einem Dritten heraus verlangen können, sofern dieser ihnen das Kind widerrechtlich vorenthält, § 1632 Abs. 1 BGB. Zur Personensorge gehört auch, dass die Eltern den Umgang des Kindes mit anderen Person bestimmen können, § 1632 Abs. 2 BGB. Das Umgangsbestimmungsrecht der Eltern findet jedoch seine Begrenzung im gesetzlichen Umgangsrecht für Großeltern, Geschwister und anderen Bezugspersonen aus § 1685 BGB sowie dem Umgangsrecht des anderen Elternteils und des Kindes bei Getrenntleben (§ 1567 BGB) der Eltern nach § 1684 BGB. Bei der Ausübung der Personensorge wird von den Eltern erwartet, dass sie die zunehmende Fähigkeit des Kindes zur Selbstbestimmung im Laufe seines Entwicklungsprozesses berücksichtigen, § 1626 Abs. 2 BGB. § 1631a BGB gibt den Eltern das Recht, auf die Berufswahl ihrer Kinder angemessenen Einfluss zu nehmen. Aus dem Bereich der elterlichen Sorge herausgenommen ist die Einwilligung in eine freiheitsentziehende Unterbringungsmaßnahme sowie in die Sterilisation einer oder eines Minderjährigen, § 1631 b BGB, § 1631 c BGB. Zur freiheitsentziehenden Unterbringung besteht ein Richtervorbehalt. Die Sterilisation von Minderjährigen ist ausgeschlossen.

Die in §§ 1638 ff. BGB geregelte Vermögenssorge sieht eine Reihe von besonderen gesetzlichen Anordnungen und Genehmigungspflichten für verschiedene Rechtsgeschäfte vor, die dem Schutz des Vermögens der Minderjährigen dienen sollen.

Da Minderjährige bis zur Vollendung des 7. Lebensjahres geschäftsunfähig sind, § 104 Nr. 1 BGB, bzw. danach bis zur Volljährigkeit, § 2 BGB, beschränkt geschäftsfähig, § 106 BGB, bedürfen sie eines gesetzlichen Vertreters. Der gesetzliche Vertreter gibt im Namen der Minderjährigen und mit Wirkung für und gegen die Minderjährigen Willenserklärungen ab oder empfängt Willenserklärungen um beispielsweise Verträge abzuschließen oder in ärztliche Behandlungsmaßnahmen einzuwilligen. Zur Vertretung gehört es auch, die Interessen der Minderjährigen vor Gericht als Kläger oder Beklagte wahrzunehmen. Diese gesetzliche Vertretung liegt nach § 1629 BGB bei den Eltern. Sie steht im Grundsatz beiden Eltern gemeinschaftlich zu.

§ 1626 Abs. 1 S. 1 BGB erläutert, wer Inhaber der elterlichen Sorge ist. Der Umkehrschluss aus § 1626a BGB führt zu dem Ergebnis, dass es das gemeinsame elterliche Sorgerecht zunächst nur für verheiratete Elternteile gibt. Ansonsten bedarf es, sofern die Eltern nicht noch nach der Geburt des Kindes heiraten, nach dem Gesetzeswortlaut zur Begründung eines gemeinsamen Sorgerechts der Abgabe einer Sorgeerklärung der beiden Elternteile, § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB. In allen anderen Fällen hat die Mutter die alleinige elterliche Sorge, § 1626 a Abs. 3 BGB.

Die Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge auf ein Elternteil ist unter den Voraussetzungen des § 1671 BGB auf Antrag möglich. In diesen Fällen ist Voraussetzung, dass die Eltern nicht nur vorübergehend getrennt leben, § 1567 BGB. Bei gemeinsamer elterlicher Sorge muss der andere Elternteil zustimmen. In diesem Fall hat das über 14- jährige Kind ein Widerspruchsrecht. Oder die Übertragung der Alleinsorge auf ein Elternteil muss dem Wohl des Kindes am besten entsprechen. Obwohl das Wohl des Kindes als Tatbestandsmerkmal nicht in § 1671 Abs. 1 Nr. 1 BGB als Tatbestandsvoraussetzung genannt ist, ist davon auszugehen, dass es gemäß § 1697a BGB bei der gerichtlichen Entscheidung zu berücksichtigen ist. Der Vater kann bei Alleinsorge der Mutter nach § 1671 Abs. 2 BGB auf Antrag die alleinige Sorge durch gerichtliche Entscheidung erhalten. Die beiden Alternativen setzen jeweils voraus, dass die Alleinsorge des Vaters dem Wohl des Kindes entspricht. Stimmt die Mutter nicht zu, § 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB, muss dem Antrag des Vaters stattgegeben werden, wenn eine gemeinsame Sorge nicht in Betracht kommt.

Die Trennung oder Scheidung der Eltern hat keine unmittelbaren Auswirkungen auf das Fortbestehen der gemeinsamen elterlichen Sorge. Nur wenn mindestens einer der beiden Elternteile einen Antrag auf Übertragung der elterlichen Sorge oder Teile von ihr auf sich allein beantragt, ist eine entsprechende familiengerichtliche Entscheidung herbeizuführen. Geschieht

dies nicht, dann wird die Sorge nach Maßgabe von § 1687 BGB auch weiterhin von beiden Eltern gemeinsam ausgeübt.

Die elterliche Sorge kann darüber hinaus beschränkt bzw. entzogen werden oder es kann ein Ruhen der elterlichen Sorge eintreten. In einigen gesetzlich festgelegten Fällen kommt es zum Ruhen der elterlichen Sorge. Dies ist nach § 1673 BGB oder § 1674 BGB der Fall, wenn die elterliche Sorge aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen von einem Elternteil nicht ausgeübt werden kann. Rechtliche Gründe sind beispielsweise die Geschäftsunfähigkeit oder die beschränkte Geschäftsfähigkeit eines Elternteils. Ein Grund, aus denen ein Elternteil im tatsächlichen Sinne an der Ausübung der elterlichen Sorge gehindert ist, kann z.B. der längere Aufenthalt im Strafvollzug sein.

### **3. Kinderschutz**

Um den Schutz von Minderjährigen zu gewährleisten und das staatliche Wächteramt aus Art. 6 Abs. 2 GG umzusetzen, räumt § 1666 Abs. 1 BGB dem Staat ein Eingriffsrecht in die elterliche Sorge ein. Sobald das körperliche, geistige oder seelische Wohl eines Kindes oder sein Vermögen gefährdet ist und die Eltern nicht gewillt oder nicht in der Lage sind, die Gefahr abzuwenden, hat das Familiengericht nach § 1666 Abs. 1 BGB die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, die dieser Gefahr entgegenwirken. Nach der alten Gesetzeslage konnte man verschiedene Typen der Gefährdung unterscheiden: der Missbrauch des elterlichen Sorgerechts, die Vernachlässigung des Kindes, das unverschuldete Versagen der Eltern oder die Gefährdung durch ein Verhalten Dritter. Diese Tatbestandsmerkmale sind in der Reform des § 1666 BGB von 2008 aufgegeben worden. Als Tatbestandsmerkmal für den Eingriff in das Sorgerecht blieb danach die objektive Gefährdungslage, die diese alten Kriterien ablöst. Dies gilt insbesondere für die Frage nach einem Verschulden der Eltern. Ein Verschulden der Eltern spielt keine Rolle.

Die Gefährdung (des Wohls des Kindes) wird nach ständiger Rechtsprechung als gegenwärtige, in einem solchen Maße vorhandene Gefahr, dass sich bei der weiteren Entwicklung eine erhebliche Schädigung mit ziemlicher Sicherheit voraussehen lässt, verstanden. Die Gefährdung nach § 1666 Abs. 1 BGB liegt erst vor, wenn die durch objektive Anhaltspunkte begründete Sorge besteht, dass eine für das Kind oder Jugendlichen nachteilige Situation aufgrund ausbleibender Intervention gegenwärtig oder doch zumindest unmittelbar Beeinträchtigung führt. In der Praxis wird noch immer eine erhebliche und nachhaltige Beeinträchtigung gefordert. Diese Engführung ist deplatziert. Im Zusammenspiel mit den Grundlagen des öffentlich-rechtlichen Kinderschutzes - das Verfahren ist in § 8a SGB VIII abgebildet - versteht es sich von selbst, dass zuerst mildere

Maßnahmen, ausgeschöpft werden, bevor eine familiengerichtliche Entscheidung in Betracht kommt. Das Regulativ ist hier die Systematik der Eingriffe und Hilfen auf der Rechtsfolgenseite: was muss man tun, um eine Gefahr effektiv abzuwenden. Je nach Sachlage wird auch bei einer erheblichen oder nachhaltigen Gefahr eine Hilfe zur Erziehung ausreichen, wenn ihr mit der entsprechenden Hilfe und ggf Einwilligung der Eltern begegnet werden kann. Insbesondere ist zu betonen, dass die Erheblichkeit einer Gefahr nicht im Wortlaut des § 1666 BGB kodifiziert ist. Der Begriff der Gefährdung setzt nicht voraus, dass ein Schaden oder eine Beeinträchtigung bereits eingetreten ist. Es darf aber auch andererseits nicht bloß eine rein abstrakte Gefahrenlage vorliegen.

Der Gesetzgeber hält für das Wohl des Kindes ein Recht dieses Kindes auf eine gewaltfreie Erziehung, § 1631 Abs. 2 BGB, für unabdingbar. Dieses Recht gilt unabhängig von sozialer, ethnischer oder kultureller Identität der Sorgerechtsinhaber. Das Recht bietet keinen Freiraum für kulturbedingte Misshandlungen oder Missbräuche. Weitere gesetzlich sichtbare Faktoren des Wohls eines Kindes bietet bspw. auch § 1666 Abs. 3 Nr. 2 BGB mit seinem Verweis auf eine Schulpflicht der Kinder.

Bei der Frage der Unwilligkeit bzw. Unfähigkeit der Eltern, die Gefahr von dem Kind abzuwenden, kommt es nicht darauf an, ob die Eltern diesbezüglich eine Schuld trifft. Es genügt ein schlichtes „nicht können“.

Die Rechtsfolgen des § 1666 BGB sind in dessen Absatz 3 nicht abschließend aufgezählt. Die nicht abschließende Aufzählung wird durch das Wort „insbesondere“ gekennzeichnet. Das Familiengericht darf, wie der differenzierte Katalog des § 1666 Abs. 3 BGB zeigt, nicht immer die gesamte Personensorge entziehen. Der Entzug von Teilbereichen wie z.B. des Aufenthaltsbestimmungsrechts, des Herausgaberechts oder Entscheidungen im Hinblick auf die Gesundheitssorge des Kindes ist viel eher möglich. Das Gericht hat in jedem Fall das mildeste Mittel zu wählen, mit dem die Gefahr abgewendet werden kann, § 1666a BGB. Die gesamte Personensorge darf nach § 1666 Abs. 3 BGB nur entzogen werden, wenn andere Maßnahmen erfolglos geblieben sind oder wenn anzunehmen ist, dass sie zur Abwendung der Gefahr nicht ausreichen. Bei der Auswahl der familiengerichtlichen Maßnahme nach § 1666 Abs. 3 BGB erfordert der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine Überprüfung,

- mit welchem Ziel die gerichtliche Maßnahme erfolgt (Ziel),
- ob die vom Gericht gewählte Maßnahme geeignet ist, dieses Ziel zu erreichen (Eignung),
- ob ein mildereres Mittel existiert, dass die Beteiligten weniger belastet, aber ebenfalls geeignet ist, das Ziel zu erreichen (Erforderlichkeit) und

- ob Mittel und Ziel in einem ausgewogenen Verhältnis stehen, also die Rechte und Interessen aller Beteiligten (Eltern/ Kind) hinreichend berücksichtigt wurden (Angemessenheit).

Es ist zu beachten, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht nur auf die in § 1666a BGB genannten Konstellationen anzuwenden ist. Jede familiengerichtliche Maßnahme (aufgrund des § 1666 Abs. 1 BGB) ist auf die Einhaltung dieser Voraussetzung hin zu überprüfen. Das in § 1666a Abs. 1 S. 1 BGB exemplarisch geregelte Prinzip der Verhältnismäßigkeit gilt auch für alle anderen familienrechtlichen Entscheidungen.

Entzieht ein Familiengericht die Personensorge, geht dies nicht automatisch mit dem Entzug des Umgangsrechts eines Elternteils einher. Ein Umgangsrecht besteht unabhängig von der Personensorge für ein Kind.

Nach § 1666 Abs. 4 BGB kann das Gericht auch Maßnahmen mit Wirkung gegen Dritte treffen.

Wird ein Teil der elterlichen Sorge entzogen, so erhält das Kind für diese Teilbereiche nach § 1809 Abs. 1 BGB einen Pfleger.

Wird die gesamte elterliche Sorge entzogen oder können die Eltern aus anderen Gründen nicht als gesetzliche Vertreter fungieren, § 1673 ff BGB, wird sie durch die Vormundschaft ersetzt. Vormundschaft bezeichnet die rechtlich umfassend geregelte Sorge für einen Minderjährigen, vgl. §§ 1773, 1789 BGB.

#### **4. Umgangsrecht**

Der Umgang der Eltern mit ihrem Kind ihre Pflicht und ihr Recht. Das gilt unabhängig davon, ob ihnen die elterliche Sorge zusteht. Gleichzeitig ist das Recht des Kindes auf Umgang mit beiden Elternteilen eines der wenigen subjektiven Rechte (klagbaren und somit durchsetzbaren Rechte) des Kindes im Eltern-Kind-Verhältnis, § 1684 Abs. 1 BGB. Darüber hinaus haben auch Großeltern und Geschwister ein Umgangsrecht unter der Maßgabe, dass dies dem Wohl des Kindes dient. Gleiches trifft auch auf andere Bezugspersonen zu, wenn diese mit dem Kind in einer sozial familiären Beziehung zusammengelebt haben. Dies können Stiefelternteile sein oder auch Personen, bei denen das Kind in Familienpflege lebt, § 1685 Abs. 1 und 2 BGB.

Wiederholungsfragen

- Erläutern Sie den Unterschied zwischen rechtlicher und biologischer Vaterschaft.
- Was versteht man unter einem gemeinsamen Sorgerecht?
- Wann hat die Mutter die Alleinsorge?
- Unter welchen Voraussetzungen kann der Vater das alleinige Sorgerecht für ein Kind haben?
- Erläutern Sie den Inhalt der elterlichen Sorge.
- Was ist Inhalt der Personensorge?
- Auf welche Bereiche der elterlichen Sorge bezieht sich die gesetzliche Vertretung des Kindes?
- Wie wirkt sich die Trennung oder Scheidung der Inhaber der elterlichen Sorge auf die elterliche Sorge für das Kind aus?
- Erläutern Sie das Umgangsrecht bzw. die Umgangspflicht der Eltern mit ihren Kindern und umgekehrt.
- Welche Rechtsgrundlagen für gerichtliche Eingriffe in das Sorgerecht der Eltern kennen Sie?
- Welchen Grundsatz hat das Gericht bei der Anordnung der Rechtsfolgen nach § 1666 Abs. 3 BGB zu berücksichtigen? Wie wird dieser Grundsatz geprüft ?



## **Buch III Basiswissen öffentliches Recht**

### Orientierungsfragen

- In welcher Form wird über Sozialleistungsansprüche des Bürgers entschieden ?
- Welche formalen und inhaltlichen Anforderungen gibt es für Entscheidungen der Sozialverwaltung ?
- Wie kann man sich gegen eine unerwünschte Entscheidung der Sozialverwaltung wehren ?
- Welche Funktion haben die Grundrechte im Rahmen der Entscheidungen der Sozialverwaltung ?

### **Kapitel 1 Der Verwaltungsakt**

Anton treibt als Clown seine Späße mit den Passanten der städtischen Fußgängerzone. Die Späße sind den Passanten sehr willkommen. Immer mehr Menschen bleiben stehen, sehen zu, lachen und applaudieren. Die Menschenmenge blockiert schließlich den Zugang zu den Geschäften in der Fußgängerzone. Ein erboster Geschäftsinhaber alarmiert die Polizei. Die Polizei kommt schließlich mit einem Streifenwagen vorbei und fordert Anton auf, die Fußgängerzone zu verlassen. In Zukunft dürfe er dort keinen Menschauflauf mehr verursachen.

Der Fall bietet ein Beispiel für einen Verwaltungsakt in der traditionellen Form der Eingriffsverwaltung. Der Bürger tut etwas oder möchte etwas tun und die Verwaltung verbietet es ihm.

Polizei- und Ordnungsbehörden sind Behörden der Eingriffsverwaltung. Man nennt diese Behörden auch Gefahrenabwehrbehörden. Prototyp einer Ermächtigungsgrundlage für die Eingriffsverwaltung ist polizeiliche Generalklausel (z.B. § 11 Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG) sowie die entsprechenden landesrechtlichen Regelungen der anderen Bundesländer). Typisches Ordnungsrecht ist auch das Ausländeraufenthaltsrecht, das Gewerberecht, das Baurecht oder das Versammlungsrecht. Beispiele für Verwaltungsakte auf diesen Gebieten sind z.B. Erteilung und Aufhebung von Genehmigungen.

Ernst Forsthoff hat 1938 darauf hingewiesen, dass es nicht nur Eingriffsverwaltung gibt. Die Verwaltung tritt auch als Leistungsverwaltung auf. Dies ist insbesondere im Bereich der

Daseinsvorsorge der Fall. Daseinsvorsorge beschreibt wirtschaftliche Tätigkeit der Verwaltung für die technischen Grundbedürfnisse der Bürger: Versorgung mit Gas, Wasser, Elektrizität, Müllabfuhr, öffentliche Verkehrsmittel, Telefon, Post, Kindergärten, Bildungseinrichtungen, Schulen, Hochschulen, Gesundheitsversorgung, Badeanstalten, Krankenhäuser, Friedhöfe, die Organisation sozialer Leistungen. Geht es um die Teilhabe von Bürgern an Gütern, handelt es sich um Leistungsverwaltung. Jegliche Bewilligung von Sozialleistungen gehört zur Leistungsverwaltung.

Der Verwaltungsakt ist eine Handlungsform für beide Formen der Verwaltung. Er steuert die Entscheidungsfindung und sichert die Gesetzesbindung der Verwaltung sowohl in der Eingriffs- als auch in der Leistungsverwaltung. Als zentrale Rechtsfigur des Verwaltungsrechts ist er im § 35 VwVfG (Verwaltungsverfahrensgesetz) bzw. VwVfG der Länder (L VwVfG) bzw. § 31 SGB X geregelt. Vergleichen Sie den Wortlaut: es ist dieselbe Norm in unterschiedlichen Gesetzen. Dieser Überfluss beruht auf den unterschiedlichen Anwendungsbereichen der jeweiligen Kodifikation (Gesetzbücher): Führt der Bund das Verfahren durch, wendet er das VwVfG an. Liegt das Verwaltungsverfahren in der Hand der Länder, wenden sie das jeweilige Landesverwaltungsverfahren an. Die Tätigkeit der Sozialverwaltung richtet sich regelmäßig nach dem SGB X, soweit es um Gegenstände des Sozialgesetzbuches geht. Die Regelungen zum jeweiligen Anwendungsbereich sind in §§ 1, 2 der genannten Gesetze zu finden. Die Anwendungsbereiche entsprechen der verfassungsrechtlichen Aufteilung der Verwaltungskompetenzen zwischen Bund und Ländern, vgl. a. Art. 80, 83 ff GG.

### **1. Vorliegen eines Verwaltungsaktes**

Der Verwaltungsakt ist in den Verwaltungsverfahrensgesetzen verallgemeinernd umschrieben. Als wichtigste Handlungsform der Sozialverwaltung ist der Verwaltungsakt in § 31 SGB X. Für andere Verwaltungsverfahren findet sich die Legaldefinition in § 35 VwVfG/ LVwVfG legaldefiniert. Danach ist der Verwaltungsakt:

1. jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme,
2. die eine Behörde
3. zur Regelung
4. eines Einzelfalles
5. auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft
6. und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.

Die hier aufgeführten Tatbestandsmerkmale dieser Legaldefinition sind direkt aus der Norm erkennbar. Um eine behördliche Handlung als Verwaltungsakt qualifizieren zu können, benötigen wir subsumtionsfähige Definitionen dieser Tatbestandsmerkmale.

Unter „*Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme*“ versteht man jegliches Verwaltungshandeln.

Was eine *Behörde* ist, verrät uns § 1 IV VwVfG bzw. LVwVfG und § 1 II SGB X.

Eine *Regelung* ist eine behördliche Äußerung, die auf die Setzung einer Rechtsfolge gerichtet ist, also eine Aufhebung oder Änderung von Rechten zur Folge hat.

Unter *Einzelfall* versteht man eine ganz bestimmte Situation, in der sich eine Person befindet.

*Unmittelbare Rechtswirkung nach außen* besitzt eine behördliche Entscheidung, wenn die Wirkungen der Entscheidung gegenüber Personen eintreten, die außerhalb der Verwaltung stehen.

Das schwierigste Merkmal ist die Frage nach dem „*Gebiet des öffentlichen Rechts*“. Oben haben wir bereits eine Möglichkeit kennen gelernt, wie man öffentliches Recht vom Privatrecht unterscheiden kann. Tatsächlich ist es hier jedoch ein wenig komplexer. Wenn nicht die Einordnung der für die Lösung des Falles richtigen Rechtsnorm aufgrund ihrer Einordnung im BGB deutlich zu Tage tritt, wird man, und so ist es teilweise im Rahmen des SGB, herausfinden müssen, um welches Rechtsgebiet es sich handelt. In Rechtsprechung und in Literatur wurden dazu Abgrenzungstheorien entwickelt. Die Interessentheorie ordnet dem öffentlichen Recht zu, was der Verfolgung öffentlicher Interessen dient. Die Subordinationstheorie hält ein Über-/Unterordnungsverhältnis zwischen den Beteiligten als ausschlaggebend für die Zuordnung eines Sachverhalts zum öffentlichen Recht. Zu guter Letzt verwendet man die modifizierte Subjekttheorie. Danach ist eine Norm öffentlich-rechtlich, wenn sie sich ausschließlich an einen Hoheitsträger in seiner Funktion als solchem richtet.

Sozialleistungen machen es uns einfach: sie werden nach h.M. immer durch einen Verwaltungsakt bewilligt.

Dem Bürger begegnet der Verwaltungsakt in der Regel als Schriftstück der Verwaltung, das auch als „Bescheid“ oder „Verfügung“ bezeichnet wird. Manchmal sind Verwaltungsakte aber auch anschaulicher: Verkehrsampeln, Verkehrszeichen und die Hand- und Körperzeichen der Verkehrspolizei bei ausgefallenen Verkehrsampeln sind nach herrschender Meinung ebenfalls

Verwaltungsakte, denn sie „sprechen“ konkrete Verbote bzw. Gebote an die Verkehrsteilnehmer aus. Die Verwaltung kann Verwaltungsakte formlos erlassen, d.h. auch mündlich § 37 VwVfG bzw. LVwVfG und § 33 SGB X. Indem der Polizist die Menschen im Beispiel oben aufforderte, auseinander zu gehen, hat er ein Verbot ausgesprochen, sich an dieser Stelle aufzuhalten. Auch dies ist ein Verwaltungsakt.

## **2. Funktionen des Verwaltungsaktes**

Der Verwaltungsakt gestaltet die Rechtsposition seines Adressaten. Gebietet der Verwaltungsakt im Ausgangsbeispiel den Aufenthalt an dieser Stelle in der Fußgängerzone, darf sich der Adressat des Verwaltungsaktes an dieser Stelle nicht mehr aufhalten. Versagt ein Verwaltungsakt in der Form eines schriftlichen Bescheides einen Anspruch auf Sozialleistungen besteht dieser Anspruch nicht. Die Auszahlung der Sozialleistung kann nicht gefordert werden. Dabei ist es für die Wirkung des Verwaltungsaktes zunächst völlig gleichgültig, ob dieser Anspruch bei korrekter Anwendung des Gesetzes tatsächlich besteht. Die „Macht“ des Verwaltungsaktes erkennen Sie an folgender Tatsache. Angenommen Adressat des Verwaltungsaktes, der zu recht denkt er habe einen Anspruch auf die Sozialleistung, wehrt sich nicht mittels Widerspruch § 78 SGG oder § 68 VwGO gegen diese Entscheidung, wird dieser Verwaltungsakt bestandskräftig. Stand dem Adressaten nach den gesetzlichen Voraussetzungen eigentlich ein Anspruch auf die Leistung zu, verliert er ihn endgültig durch Eintritt der Bestandskraft. Was im Bescheid steht, gilt nun für jeden und gegenüber allen staatlichen Stellen als zutreffend (sog. Tatbestandswirkung). Der Adressat kann nach Eintritt der Bestandskraft nicht mehr vor Gericht auftreten und behaupten, die Verwaltung habe sich geirrt, d.h. z.B. die Rechtslage oder Sachlage verkannt.

Welchen Zwang der Verwaltungsakt zu erzeugen vermag, wird im Beispiel deutlich, wenn wir es ein wenig weiterspinnen. Ähnlich dem Beschluss oder Urteil eines Richters kann der Verwaltungsakt gegen den Willen desjenigen, an den er gerichtet war, durchgesetzt werden, d.h. vollstreckt werden. Rechtsgrundlage sind hier die Verwaltungsvollstreckungsgesetze oder Polizeigesetze der Länder. Die Polizei könnte demnach eine besonders unkooperative Beteiligte festnehmen und entfernen.

Der Verwaltungsakt hat demnach die Funktion dem Betroffenen die Entscheidung der Verwaltung zur Kenntnis zu bringen, diese für alle verbindlich festzulegen und die Entscheidung schließlich auch gegen den Willen des Betroffenen durchzusetzen.

Der Verwaltungsakt ist die am häufigsten verwendete Möglichkeit, ein Verwaltungsverfahren abzuschließen, vgl. § 9 VwVfG, § 8 SGB X. Das Verwaltungsverfahren im Sinne dieser Gesetze ist

die nach außen wirkende Tätigkeit der Behörden, die auf die Prüfung der Voraussetzungen, die Vorbereitung und den Erlass eines Verwaltungsaktes gerichtet sind; dies schließt den Erlass des Verwaltungsaktes ein. Eine nach außen wirkende Tätigkeit ist immer gegeben, wenn der Bürger in seinen Rechten betroffen ist. Entscheidet die Verwaltung über Rechte oder Pflichten des Bürgers, leitet sie entweder von Amts wegen oder auf Antrag ein Verwaltungsverfahren ein. Dabei muss sie unabhängig vom sachlich und inhaltlich geltenden materiellen Recht die Verfahrensvorgaben der Verwaltungsverfahrensgesetze wie SGB X, VwVfG oder LVwVfG beachten.

Das Verwaltungsverfahren ist dazu gedacht, die Voraussetzungen für den Erlass des Verwaltungsaktes zu ermitteln. Die Verwaltung muss sich also darüber klar werden, dass sie eine bestimmte Rechtsgrundlage anwenden möchte. Im Beispiel wird sie die einschlägige polizeiliche Generalklausel des jeweiligen Bundeslandes und evtl. auch § 15 III VersG in Betracht ziehen. Die Verwaltung ermittelt den Sachverhalt, der die Rechtsgrundlage für ihr Handeln erfüllen soll, nach § 24 LVwVfG bzw. § 20 SGB X von Amts wegen. D.h. sie muss dafür sorgen, dass der Sachverhalt, den sie zugrunde legen möchte, vollständig zusammen getragen wird.

Wenn wir die wichtigsten Funktionen des Verwaltungsaktes noch einmal zusammenfassen, ergibt dies folgendes Bild:

Der Verwaltungsakt

- schließt das Verwaltungsverfahren ab,
- stellt die Gesetzesbindung der Verwaltung sicher,
- gestaltet die Rechtspositionen der von ihm betroffenen Personen,
- besitzt Tatbestandswirkung,
- ist die Grundlage für die Vollstreckung von Verwaltungsentscheidungen,
- fasst sein eigenes Entstehungsverfahren zusammen.

## **Kapitel 2 Widerspruchsverfahren**

Von einem Verwaltungsakt betroffene Personen (in der Regel die Adressaten eines Verwaltungsaktes) können sich gegen die darin getroffenen Entscheidungen mit dem Rechtsbehelf „Widerspruch“ zur Wehr setzen.

Das Widerspruchsverfahren wird auch als Vorverfahren bezeichnet. Es ist eine besondere Form des Verwaltungsverfahrens. Es soll der Behörde die Gelegenheit verschaffen, einen erlassenen Verwaltungsakt selbständig zu korrigieren. Dabei soll sie Fehler berichtigen und die

Zweckmäßigkeit ihrer Entscheidung überdenken. Anders als das Gericht im Klageverfahren ist die Behörde auch berechtigt, neben der Rechtmäßigkeit die Zweckmäßigkeit des Verwaltungsaktes in vollem Umfang zu überprüfen, § 78 Abs. 1 S. 1 SGG, § 68 Abs. 1 S.1 VwGO. Das Widerspruchsverfahren soll gleichzeitig der Entlastung der Gerichte dienen. Sobald die Widerspruchsbehörde den Widerspruch abhilft, gehen diese Fälle nicht in das Klageverfahren. Dadurch gewinnt das Widerspruchsverfahren auch eine Filterfunktion und hat auch eine Befriedungsfunktion.

Ist die Verwaltung der Ansicht, dass ihr Verwaltungsakt nicht mit der Rechtslage übereinstimmt, hebt sie den Verwaltungsakt auf. Sie erlässt einen neuen Verwaltungsakt, den man auch als Abhilfebescheid bezeichnet, § 72 VwGO, § 85 Abs. 1 SGG. Ist sie jedoch der Ansicht, dass sie Recht hatte, wird die Sache an die nächsthöhere Behörde abgegeben, die die Sach- und Rechtslage überprüft. Die nächsthöhere Behörde kann ihrerseits abhelfen, wenn sie der Auffassung ist, die Ausgangsbehörde habe fehlerhaft entschieden. Teilt sie die Ansicht der Ausgangsbehörde, wird sie einen Bescheid erlassen, der den Widerspruch zurückweist. Der alte Verwaltungsakt behält dann seine Gültigkeit. In beiden Fällen heißt der von der nächsthöheren Behörde erlassene Bescheid Widerspruchsbescheid, § 73 VwGO, § 85 II SGG.

Das Widerspruchsverfahren ist in, § 78 ff SGG und § 68 ff VwGO, geregelt. Das Widerspruchsverfahren ist also nicht in den Verwaltungsverfahrensgesetzen geregelt. Es ist als Vorverfahren zum gerichtlichen Klageverfahren in den jeweiligen Prozessordnungen der einschlägigen Gerichtsbarkeit eingeordnet. Je nachdem, auf welche Rechtsgrundlagen sich der Verwaltungsakt stützt, findet das Vorverfahren nach der entsprechenden Prozessordnung statt. Der Rechtsweg einer Streitsache richtet sich nach subsidiär nach § 40 VwGO, wenn keine der in § 51 SGG geregelten Streitigkeiten vorliegt. Aus historischen Gründen sind nicht alle sozialrechtlichen Angelegenheiten den Sozialgerichten zur Entscheidung zugewiesen, vgl. § 51 SGG. Gemeinsame Voraussetzung für die Eröffnung des Sozial- oder Verwaltungsrechtsweges ist, dass es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handelt.

Eine Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art ist gegeben, wenn der Streit weder Verfassungsrecht betrifft und noch mindestens ein Verfassungsorgan, nach h.M. sogar zwei Verfassungsorgane, am Streit beteiligt sind (sog. doppelte Verfassungsunmittelbarkeit). Eine verfassungsrechtliche Streitigkeit liegt vor, wenn über Verfassungsrecht gestritten wird und mindestens ein Verfassungsorgan an diesem Streit beteiligt ist.

Wann eine Streitigkeit dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist, kann anhand drei verschiedener Ansätze bestimmt werden:

Die Subordinationstheorie geht davon aus, dass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt, wenn zwischen den Beteiligten ein Gleich- bzw. Unter- und Überordnungsverhältnis vorliegt. Liegt ein Gleichordnungsverhältnis vor, ist das Rechtsverhältnis dem Privatrecht zuzuordnen. Bei Vorliegen eines Unter- und Überordnungsverhältnisses geht die Subordinationstheorie davon aus, dass es sich um einen Streit auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts handelt.

Die zweite Theorie, Interessentheorie, stellt die Interessen der Beteiligten in den Mittelpunkt. Hier ist zunächst diejenige Norm zu bestimmen, die den Streit voraussichtlich entscheiden wird. Dient diese Norm den individuellen Interessen eines Beteiligten, dann ist der Streit dem Privatrecht zuzuordnen. Dient die streitentscheidende Norm dem allgemeinen Interesse, handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit.

Die modifizierte Subjektstheorie geht ebenfalls von der streitentscheidenden Norm aus. Verpflichtet und berechtigt die streitentscheidende Norm einen Hoheitsträger und richtet sie sich nicht an Privatpersonen, dann ist diese Norm als öffentlich-rechtlich anzusehen. Hier kommt es darauf an, dass einem Hoheitsträger Kompetenzen zugeordnet werden. Entsprechend ist das auf eine derartige Kompetenznorm gestützte Verwaltungshandeln ebenfalls als öffentlich-rechtlich anzusehen.

Beschäftigt man sich mit sozialrechtlichen Widersprüchen, findet § 40 VwGO nur Anwendung soweit keine Sonderzuweisung nach § 51 SGG oder kraft weiterer sondergesetzlicher Regelung vorliegt, § 51 Abs. 1 Nr. 10 SGG.

Mit der Eröffnung des Verwaltungs- bzw. Sozialrechtsweges wird darüber hinaus geklärt, welche weiteren prozessualen und verfahrensrechtlichen Regelungen anwendbar sind. Soweit sich im Rahmen einer Zulässigkeitsprüfung des Widerspruchs eine bestimmte Fragen nicht durch VwGO und SGG beantworten lassen, sind die Regelungen des SGB X zur Lösung heranzuziehen, § 62 2. HS SGB X. Die Einzelheiten sind hier streitig.

## **1. Die Zulässigkeit des Widerspruchs**

Damit ein Widerspruchsverfahren stattfinden kann, ist zunächst die Frage zu klären, ob der Widerspruchsführer alle gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt hat, damit sich die Behörde im Rahmen des Widerspruchsverfahren inhaltlich mit dem angefochtenen Verwaltungsakt beschäftigen muss. Die dazu gehörigen Voraussetzungen, fasst man unter der Frage der Zulässigkeit des Widerspruchs zusammen. Diese Voraussetzungen sind von der Frage zu unterscheiden, ob die Behörde alle gesetzlichen Voraussetzungen zum Erlass des angefochtenen

Verwaltungsakt erfüllt hatte. Diese Voraussetzungen werden im Rahmen der Begründetheit des Widerspruchs überprüft.

Zur Zulässigkeit des Widerspruchs gehören:

- die Statthaftigkeit des Widerspruchs, § 68 VwGO bzw. § 78 SGG
- die Widerspruchsbefugnis § 42 Abs. 2 VwGO analog, § 54 Abs. 1 S. 2 SGG analog
- die Form und fristgerechte Einlegung des Widerspruchs, §§ 70,58 VwGO, §§ 84, 66 SGG
- die Beteiligtenfähigkeit des Widerspruchsführers §§ 62, 10 SGB X
- die Handlungsfähigkeit oder gesetzliche Vertretung des Widerspruchsführers §§ 62,11 SGB X
- die Legitimation des Vertreters §§ 62,13 SGB X
- das Rechtsschutzinteresse des Widerspruchsführers

### **1.1. Die Statthaftigkeit des Widerspruchs**

Der Widerspruch in der konkret vorliegenden Angelegenheit muss im Grundsatz als Rechtsbehelf in der vorliegenden Streitsache vorgesehen sein. Nur dann ist er statthaft. Ein Widerspruch ist nicht in allen Angelegenheiten der Verwaltung und nicht bei jedem Begehren eines Bürgers gesetzlich vorgeschrieben. § 78 SGG, § 68 VwGO ordnen ihn an, weisen aber gleichzeitig darauf hin, dass er in einigen Fällen ausgeschlossen ist, § 78 Abs. 1 S. 2 SGG, § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO.

Die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens ist vorgesehen:

- vor Erhebung einer Anfechtungsklage (Anfechtungswiderspruch)
- vor der Erhebung einer Verpflichtungsklage (Verpflichtungswiderspruch)
- vor der Erhebung einer kombinierten Klage, deren Bestandteile eine Anfechtungs- oder Versagungsgegenklage ist.

Aus diesen Klagearten ergibt sich, dass das Ziel des Widerspruchsführers die Abänderung eines Verwaltungsakts sein muss. Der Widerspruchsführer muss die Aufhebung eines belastenden bzw. den Erlass eines bisher versagten begünstigenden Verwaltungsakts verfolgen.

In den in § 68 Abs. 1 Nrn. 1-3 VwGO, § 78 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1-3 SGG vorgesehenen Fällen ist das Widerspruchsverfahren ausgeschlossen bzw. entbehrlich. Mittlerweile haben einige Bundesländer aufgrund von § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO bzw. § 78 Abs. 1 S. 1 SGG das Widerspruchsverfahren durch Landesgesetz in einigen Rechtsgebieten abgeschafft.

Eine Klageerhebung ist aber auch ohne vorheriges Widerspruchsverfahren möglich. Das Widerspruchsverfahren ist lediglich Voraussetzung dafür, dass das Gericht eine Entscheidung in der Streitsache fällen kann. D.h. ohne Widerspruchsbescheid kann eine Sachentscheidung des

Gerichts ergehen. Fehlt der Abschluss des Widerspruchsverfahrens im Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts noch immer, kann das Gericht in der Sache, d.h. die materielle Rechtslage noch nicht entscheiden. Somit ist die ohne vorheriges Widerspruchsverfahren erhobene Klage nicht schlichtweg unzulässig. Üblicherweise wird in diesen Fällen das Gerichtsverfahren bis zur Entscheidung über den Widerspruch analog § 114 Abs. 2 SGG, § 94 VwGO ausgesetzt.

## **1.2. Die Widerspruchsbefugnis**

Nach § 42 Abs. 2 VwGO analog, § 54 Abs. 1 S. 2 SGG analog muss der Widerspruchsführer plausibel behaupten, dass der angefochtene Verwaltungsakt oder die Ablehnung des beantragten Verwaltungsakts ihn in seinen Rechten verletzt. An dieser Stelle muss die Verletzung eines Rechts des Widerspruchsführers lediglich möglich sein, sog. Möglichkeitstheorie. Ist der Widerspruchsführer der Adressat des Verwaltungsaktes, ist davon auszugehen, dass seine Rechte beeinträchtigt sein können. Denn hier besteht nicht die Gefahr, dass der Adressat als Hüter fremder Interessen auftritt. Problematisch ist allerdings die Konstellation, dass der Verwaltungsakt durch einen Dritten angefochten wird. In diesen Fällen ist zu prüfen, ob der Verwaltungsakt, der an einen anderen gerichtet ist, die eigenen Rechte des Dritten verletzen konnten. Diese Voraussetzung soll den sog. Popularwiderspruch ausschließen. Die Widerspruchsbefugnis setzt immer voraus, dass der streitentscheidenden Norm zu entnehmen ist, dass sie zumindest auch den Individualinteressen des Widerspruchsführers zu dienen geeignet ist.

## **1.3. Form und fristgerechte Einlegung des Widerspruchs**

Der Widerspruch muss nach § 84 Abs. 1 S. 1 SGG, § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO schriftlich oder zur Niederschrift eingelegt werden. Dem Schriftformerfordernis genügt ein Telegramm oder Telefax. Nicht ausreichend ist ein Telefonat, da die Niederschrift die gleichzeitige persönliche Anwesenheit des Widerspruchsführers bzw. dessen Bevollmächtigten und die Mitarbeiter der Behörde voraussetzt. Eine Einlegung in elektronischer Form nach § 36a Abs. 2 SGB I ist ebenfalls möglich. Eine E-Mail ohne qualifizierte elektronische Signatur erfüllt nicht das Schriftformerfordernis.<sup>69</sup> Voraussetzung ist, dass das Dokument, das elektronisch versendet wird, mit einer qualifizierten elektronische Signatur versehen wurde. Die qualifizierte elektronische Signatur hat die gleiche Rechtswirkung wie eine handschriftliche Unterschrift. Signiert wird mittels eines privaten kryptographischen Schlüssels, der mit einem öffentlichen Schlüssel korrespondiert. Diese Schlüssel sind einmalig und einer natürlichen Person zugeordnet; der private Schlüssel ist geheim

<sup>69</sup>KassKomm/Körner SGB I § 36a Rn. 23.

und kann nur in Verbindung mit einer Personenidentifikationsnummer (oder einem ähnlichen biometrischen Merkmal) verwendet werden.<sup>70</sup> Nach § 36a SGB I kann die elektronische Form die durch Rechtsvorschrift vorgesehene Schriftform in weiteren Fällen ersetzen.

Der Widerspruch ist bei der Stelle einzulegen, die den Verwaltungsakt erlassen hat.

Eine Begründung des Widerspruchs ist im Gesetz nicht vorgesehen. Der Widerspruch ist deshalb auch dann ordnungsgemäß erhoben, wenn er nicht begründet wurde. Eine Begründung ist jedoch sinnvoll, da sie das Begehren des Widerspruchsführers unterstützt. Wurden entscheidungserhebliche Tatsachen bisher nicht berücksichtigt oder fehlerhaft interpretiert, oder wurde Recht unzutreffend ausgelegt, so kann eine Widerspruchsbegründung auf eine Korrektur hinwirken. Eine fundierte Begründung ist oft erst nach Akteneinsicht, § 25 SGB X, möglich. Zur Fristwahrung bietet es sich an, einen nicht begründeten Widerspruch zu erheben und zugleich Akteneinsicht zu beantragen. In dem Widerspruch sollte angekündigt werden, dass eine Begründung nach Akteneinsicht erfolgt.

Nach § 84 SGG, § 58 VwGO ist der Widerspruch innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsaktes zu erheben. Wird ein Verwaltungsakt im Ausland bekannt gegeben, so beträgt die Widerspruchsfrist drei Monate. Die Widerspruchsfrist wird nach § 26 SGB X i.V.m. §§ 187 ff. BGB berechnet. Anknüpfungspunkt für die Berechnung der Frist ist die Bekanntgabe des Verwaltungsaktes. Wird der Verwaltungsakt als Brief verschickt, so gilt § 37 Abs. 2 S. 1 SGB X. Nach dessen gesetzlicher Fiktion geht der Verwaltungsakt am dritten Tag nach Aufgabe zur Post als bekannt gegeben, sofern er nicht später oder überhaupt nicht zugeht. Die Fiktionswirkung tritt nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts auch dann ein, wenn der dritte Tag nach Aufgabe zur Post ein Samstag Sonntag oder Feiertag ist. Endet allerdings die Widerspruchsfrist an einem Sonntag, gesetzlichen Feiertag oder Sonnabend, so bestimmt § 26 Abs. 1 SGB X i.V.m. § 193 BGB, bzw. § 26 Abs. 3 SGB X, den Ablauf des darauf folgenden Werktags als Fristende.

Wird ein Verwaltungsakt ohne Rechtsbehelfsbelehrung oder mit einer inhaltlich fehlerhaften Rechtsbehelfsbelehrung, vgl. die Anforderungen des § 36 SGB X, bekannt gegeben, so beginnt die Widerspruchsfrist nicht zu laufen, §§ 84 Abs. 2 S. 3, 66 SGG, § 58 Abs. 2 VwGO. Die in diesem Fall geltende Jahresfrist ist eine Ausschlussfrist bis zu der der Widerspruch noch erhoben werden kann. Zwar muss der Widerspruch bei der Stelle erhoben werden, die den Verwaltungsakt erlassen hat. Die Frist wird jedoch auch dadurch gewahrt, dass der Widerspruch bei einer anderen inländischen Behörde eingeht, § 84 Abs. 2 S. 1 SGG. Die Regelung in § 70 Abs. 1 S. 2 VwGO ist nicht so großzügig. Fristwährend wirkt dort die Einlegung bei der Widerspruchsbehörde.

<sup>70</sup>KassKomm/Körner SGB I § 36a Rn. 22.

#### **1.4. Beteiligtenfähigkeit**

Beteiligungsfähigkeit ist die Fähigkeit an einem Widerspruchsverfahren beteiligt zu sein. Nach § 10 SGB X liegt sie bei natürlichen und juristischen Personen, Vereinigungen, soweit ihnen ein Recht zustehen kann, und Behörden vor.

#### **1.5. Handlungsfähigkeit**

Handlungsfähigkeit ist die Fähigkeit, wirksame Verfahrenshandlungen selbst oder durch einen Vertreter vorzunehmen. Sie ist nach § 11 SGB X i.V.m. § 36 SGB I in aller Regel bereits mit der Vollendung des 15. Lebensjahres vorhanden, sofern sie nicht durch einen gesetzlichen Vertreter nach Maßgabe des § 36 Abs. 2 S. 1 SGB I ausgeschlossen wurde. Im übrigen richtet sich die Handlungsfähigkeit weitgehend nach den Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit, § 11 Abs. 1 Nr. 2 SGB X i.V.m. §§ 104 ff BGB.

#### **1.6. Legitimation des gewillkürten Vertreters**

Beteiligte können sich im Widerspruchsverfahren vertreten lassen. § 13 SGB X regelt die Einzelheiten zur Bevollmächtigung.

#### **1.7. Rechtsschutzinteresse**

Das Rechtsschutzinteresse fehlt, wenn der Widerspruch offensichtlich rechtsmissbräuchlich ist oder das mit dem Widerspruch verfolgte Ziel anderweitig leichter, besser oder schneller erreicht werden kann. Ein geringer Wert des mit der Klage verfolgten Anspruch spricht nicht für ein fehlendes Rechtsschutzbedürfnis: es gibt keine Bagatellgrenze.

### **2. Begründetheit des Widerspruchs**

Im Rahmen der Begründetheit wird überprüft, ob die Erlassbehörde die Voraussetzungen der dem Verwaltungsakt zugrundeliegenden Rechtsgrundlage eingehalten hat. Der Verwaltungsakt kann infolge der Verletzung formeller Anforderungen oder materieller (inhaltlicher) Fehler rechtswidrig sein. Ist der Widerspruch darauf gerichtet einen belastenden Verwaltungsakt zu beseitigen (Anfechtungswiderspruch), ist der Widerspruch begründet, wenn der Verwaltungsakt rechtswidrig und der Widerspruchsführer hierdurch in seinen Rechten verletzt ist. Ergeht der Verwaltungsakt aufgrund einer Ermessensentscheidung so führt auch eine unzweckmäßige Entscheidung zur Rechtswidrigkeit. Möchte der Widerspruchsführer erreichen, dass ein ihn begünstigender

Verwaltungsakt erlassen wird, den die Behörde zuvor abgelehnt hat (Verpflichtungswiderspruch), ist der Widerspruch begründet, wenn der Widerspruchsführer einen Anspruch auf Erlass des abgelehnten Verwaltungsakts hat. Handelt es sich hier wiederum um eine Ermessensentscheidung, ist der Widerspruch begründet, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der anspruchsbegründenden Norm erfüllt sind und der begehrte Verwaltungsakt nach Ausübung pflichtgemäßen Ermessens zu erlassen ist. Weitere Voraussetzung der Begründetheit ist, dass Rechte des Klägers durch den Verwaltungsakt verletzt wurden. Zusammenfassend formuliert, gehört zur Begründetheit des Widerspruches, dass der angegriffene Verwaltungsakt wegen fehlender Übereinstimmung mit seiner Rechtsgrundlage (Rechtswidrigkeit) den Widerspruchsführer in seinen Rechten verletzt.

## **2.1. Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes**

Wenn wir uns mit Sozialleistungen beschäftigen, wird unser Hauptaugenmerk nicht auf der Frage liegen, ob ein Verwaltungsakt vorliegt, sondern, ob der Verwaltungsakt, also die Bewilligung einer Sozialleistung, mit der Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit übereinstimmt. Nun ist die Rechtsordnung äußerst umfangreich. Sie ist umfangreicher, als es alle möglichen Gesetzestextausgaben erahnen lassen. Einen Eindruck bekommen Sie bei [www.gesetze-im-internet.de](http://www.gesetze-im-internet.de). Damit man eine Orientierungshilfe hat, hat die Rechtswissenschaft allgemeine Regeln zum Verwaltungshandeln durch Verwaltungsakt abgeleitet, die für jeden Verwaltungsakt, egal welchen Verwaltungsrechtsgebietes gelten.

Es bedarf einer Rechtsgrundlage für den Erlass eines Verwaltungsaktes. Ausnahmen dazu gibt es, was streitig ist, im Subventionsrecht. Im Bereich des Sozialrechts benötigen Sie jedoch immer eine Anspruchsgrundlage für Verwaltungsakte, die einen Vorteil für den Adressaten bedeuten (begünstigende Verwaltungsakte), vgl. a. § 31 SGB I, oder eine Ermächtigungsgrundlage für Verwaltungsakte, die Nachteile für den Adressaten bedeuten (belastende Verwaltungsakte), Art. 20 III GG. Die Ermächtigungs- und Anspruchsgrundlagen, die man zusammengefasst auch als Rechtsgrundlagen bezeichnen kann, finden Sie nie im Verfahrensrecht. Das (Verwaltungs-)Verfahrensrecht gibt Ihnen Auskunft darüber, welche Schritte einzuhalten sind, damit ein Verwaltungsakt, mit dem das Verwaltungsverfahren regelmäßig endet, ergehen kann. Sein Ziel ist es, alle Informationen und Interessen zu sammeln, die für die Entscheidung der Behörde von Bedeutung sein können. Besonders deutlich wird dies bei der Anhörung des vom Verwaltungsakt betroffenen Bürgers. Ferner soll das Verwaltungsverfahren auch dafür sorgen, dass die sachlich kompetenteste und räumlich am besten erreichbare Behörde den Fall entscheidet. Deshalb fragt man nach der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit. Diese ergibt sich allerdings nie aus dem Verwaltungsverfahrensrecht von SGB X und/ oder VwVfG. Vorschriften über die Zuständigkeit

finden sich immer in den Fachgesetzen und dort in den speziellen Verfahrensvorschriften. Betrachten Sie als Beispiele: § 327 SGB III, § 36 SGB II, §§ 85 ff SGB VIII.

Als Merksatz können Sie sich einprägen:

Das Verwaltungsverfahren beschreibt den Weg zur Entscheidung. Das materielle Verwaltungsrecht bestimmt den Inhalt des Verwaltungsaktes.

In den Grundlagenveranstaltungen stehen meist die materiellen Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes im Vordergrund. Aus dem Bereich des Verwaltungsverfahrens, also den formellen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes, greift man oft die wichtigsten Punkte auf, die meist ebenfalls in den speziellen Sozialgesetzbüchern geregelt sind. Sie werden zusammen mit den Modifikationen des folgenden Grundschemas als Teil der einzelnen Sozialrechtskodifizierungen vermittelt. Um einen inhaltlich zutreffenden Verwaltungsakt erlassen zu können, müssen die Funktionen der einzelnen Prüfungspunkte der materiellen Rechtmäßigkeit bekannt sein.

#### *Zur Wirksamkeit der Rechtsgrundlage*

Im Normalfall gehen wir davon aus, dass die Rechtsnormen, die den Gesetzessammlungen abgedruckt sind, wirksame Rechtsnormen sind. Das bedeutet, dass diese Normen nicht nichtig sind, sondern von der Verwaltung im Rahmen ihrer Gesetzesbindung angewendet werden müssen. Nichtig können aber selbst im „Stascheit“ oder anderen Textsammlungen abgedruckte Rechtsnormen sein, wenn das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung festgestellt hat, dass die in Frage stehende Rechtsnorm nicht mit dem Grundgesetz vereinbar ist. In einem derartigen Verfahren prüft das BVerfG, ob die Rechtsnorm, auf die sich die Entscheidung stützt, in einem verfassungsmäßigen Verfahren zustande gekommen ist und ob sie gegen Grundrechte oder andere Verfassungsnormen verstößt.

Beispiele einiger nichtiger Normen, die dennoch jahrelang angewendet wurden, waren gem. BVerfG (1 BvL 1/09 vom 9.2.2010):

*„§ 20 Absatz 2 1. Halbsatz und Absatz 3 Satz 1, § 28 Absatz 1 Satz 3 Nr. 1 1. Alternative, jeweils in Verbindung mit § 20 Absatz 1 Sozialgesetzbuch Zweites Buch in der Fassung des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003 (Bundesgesetzblatt I Seite 2954), § 20 Absatz 2 Satz 1 und Absatz 3 Sozialgesetzbuch Zweites Buch in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze vom 24. März 2006 (Bundesgesetzblatt I Seite 558), § 28 Absatz 1 Satz 3 Nr. 1 1. Alternative in Verbindung mit § 74 Sozialgesetzbuch Zweites Buch in der Fassung des*

*Gesetzes zur Sicherung von Beschäftigung und Stabilität in Deutschland vom 2. März 2009 (Bundesgesetzblatt I Seite 416), jeweils in Verbindung mit § 20 Absatz 1 Sozialgesetzbuch Zweites Buch in der Fassung des Gesetzes zur Fortentwicklung der Grundsicherung für Arbeitsuchende vom 20. Juli 2006 (Bundesgesetzblatt I Seite 1706), sowie die Bekanntmachungen über die Höhe der Regelleistung nach § 20 Absatz 2 und § 20 Absatz 2 Satz 1 Sozialgesetzbuch Zweites Buch vom 1. September 2005 (Bundesgesetzblatt I Seite 2718), vom 20. Juli 2006 (Bundesgesetzblatt I Seite 1702), vom 18. Juni 2007 (Bundesgesetzblatt I Seite 1139), vom 26. Juni 2008 (Bundesgesetzblatt I Seite 1102) und vom 17. Juni 2009 (Bundesgesetzblatt I Seite 1342).*

*Diese Regelungen sind mit Art. 1 Absatz 1 Grundgesetz in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Absatz 1 Grundgesetz unvereinbar.“*

Diese Entscheidung des BVerfG betraf alle Regelungen, die die Höhe der Regelleistung für das Arbeitslosengeld II und Sozialgeld zwischen dem 1.1.2005 und dem 1.1.2011 bestimmten.

Da dem BVerfG die alleinige Kompetenz zugeordnet ist, über die Wirksamkeit und Verfassungsmäßigkeit von nachkonstitutionellem Bundesrecht<sup>71</sup> zu entscheiden, ist dieser Prüfungspunkt üblicherweise nicht ausführlich zu erörtern, es sei denn, es wird in der Fragestellung der Fallbearbeitung danach gefragt.

#### *Zum Vorliegen der Voraussetzungen der Rechtsgrundlage*

An dieser Stelle werden die Tatbestandsmerkmale der Rechtsgrundlage (Anspruchs- oder Ermächtigungsgrundlage) geprüft, die den Fall lösen soll. Erinnern Sie sich, dass jede Rechtsnorm aus Tatbestandsmerkmalen besteht. Manchmal werden Ihnen diese als gesonderte Prüfschemata an die Hand gegeben. Aber eigentlich müssten Sie an dieser Stelle nichts anderes tun, als die Norm, die Sie als Rechtsgrundlage ausgesucht haben, in Tatbestandsmerkmale zu zerlegen und diese einzeln zu prüfen. Sie werden sehen, dass viele sozialrechtliche Rechtsgrundlagen bereits die folgenden Prüfungspunkte ausdrücklich umfassen: der *richtige Adressat* ist im Sozialleistungsrecht immer als Inhaber des Sozialleistungsanspruchs ausdrücklich bezeichnet. Oft wird eine Sozialleistung nur bewilligt, wenn sie erforderlich oder notwendig ist. Dieses Merkmal verweist dann noch einmal ausdrücklich auf den *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne*. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird aus dem verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzip abgeleitet, Art. 20 III GG.<sup>72</sup> Zu prüfen ist dann, ob die Leistung oder

<sup>71</sup>Bundesrecht, dass nach Inkrafttreten des Grundgesetzes erlassen wurde.

<sup>72</sup>Meist wird Art. 20 III GG als Grundlage des Rechtsstaatsprinzips angegeben, obwohl der Begriff „Rechtsstaat“ dort nicht ausdrücklich vorkommt. Ausdrücklich erwähnt ist er hingegen in Art. 28 I GG und Art.

Maßnahme geeignet ist, das gewünschte Ziel zu erreichen. Die Maßnahme muss darüber hinaus das mildeste verfügbare Mittel darstellen, d.h. es darf keine Maßnahme geben, die dasselbe Ziel erreichen lässt und dennoch den Adressaten der Maßnahme weniger belastet. Nur dann ist die ausgewählte Maßnahme erforderlich. Die Angemessenheit einer Maßnahme ergibt sich daraus, dass Zweck und Mittel nicht außer Verhältnis stehen, sodass dass die Mittel- Zweck- Relation stimmt. Um ein Ziel zu erreichen, müssen oft genug andere Interessen und Rechte zurück stehen. Im Rahmen der Angemessenheit prüft man deshalb, um welchen (rechtsstaatlichen) Preis man eine bestimmte Maßnahme einsetzt. Der Zweck muss das Mittel noch rechtfertigen können.

Soweit es im Sozialrecht um Geldleistungen geht, also insbesondere Leistungen, die den Lebensunterhalt des Sozialleistungsberechtigten zu decken bestimmt sind, ist die Leistungshöhe für gewöhnlich vollständig gesetzlich voraus bestimmt. In diesen Fällen bleibt für gewöhnlich kein Raum für die Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.

Gelegentlich räumt eine Rechtsgrundlage der Verwaltung *Ermessen* ein. Das bewerkstelligt sie durch eine Lockerung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge, die sprachlich durch die Einfügung eines „kann“ zwischen Tatbestand und Rechtsfolge bewerkstelligt wird. „Kann“ die Rechtsfolge eintreten, muss die Verwaltung ihr pflichtgemäßes Ermessen ausüben. Dieses pflichtgemäße Ermessen ist in § 39 SGB I näher erläutert. Dort ist beschrieben, wie dieses Ermessen ausgeübt wird und welche Aspekte dabei zu beachten sind. Zur pflichtgemäßen Ermessensausübung gehört u.a. auch: nur sachlich richtige Aspekte als Entscheidungsgrundlage zu verwenden, die Entscheidung nicht willkürlich zu treffen, sondern sie an sachlichen Kriterien zu orientieren, oder überhaupt Ermessen auszuüben. Die Ermessensausübung kann sich auf das „Ob“ und das „Wie“ der Rechtsfolge beziehen. Das „Ob“ der Rechtsfolge betrifft die Frage nach dem Eintreten der Rechtsfolge überhaupt. Aber Ermessen wird nicht nur dahingehend ausgeübt, ob die Rechtsfolge, die im Gesetz vorgesehen ist, überhaupt eintritt, sondern das Ermessen bezieht sich oft auch auf die Art oder den Umfang der Rechtsfolge.

Der letzte Aspekt, die *Vereinbarkeit der Maßnahme mit höherrangigem Recht* stellt sicher, dass die konkrete Verwaltungsentscheidung mit den Grundrechten und sonstigem Verfassungsrecht vereinbar ist. Art. 1 III GG fordert dies ausdrücklich. Diese Voraussetzung darf nicht vergessen werden. Die im Verwaltungsakt getroffene Einzelfallentscheidung muss dahingehend überprüft

23 I 1 GG. Entsprechend umstritten ist der verfassungsrechtliche Standort des Rechtsstaatsprinzips. Am überzeugendsten erscheint es, da jede dieser Regelungen jeweils nur einen Teil der Vorstellungen wiedergibt, die mit dem Rechtsstaatsprinzip einher gehen, aus der Gesamtschau der Verfassung her zu leiten. Einige Aspekte sind: Rechtsbindung der Staatsgewalten, Gewaltenteilung, Grundrechtsbindung, Rechtsschutzgarantie, Homogenitätsklausel, Staatshaftung, prozessuale Grundrechte, Verwirklichung materieller Gerechtigkeit, Rechtssicherheit.

werden, ob sie gegen die Grundrechte des Adressaten des Verwaltungsaktes oder betroffener Dritter verstößt. Unterscheiden Sie dies unbedingt vom ersten Prüfungspunkt „Wirksamkeit der Rechtsgrundlage“. Er bezieht sich auf die Verfassungsmäßigkeit der Rechtsgrundlage, also auf das gesetzgeberische Handeln. Mit dem letzten Prüfungspunkt *Vereinbarkeit der Maßnahme mit höherrangigem Recht* wird die Verfassungsmäßigkeit eines Verwaltungshandelns im konkreten Einzelfall überprüft.

## **2.2. Verletzung der Rechte des Widerspruchsführers**

Nachdem im Rahmen der Widerspruchsbefugnis nur allgemein geschaut wurde, ob der Widerspruchsführer irgendeine Rechtsverletzung durch den Verwaltungsakt möglicherweise widerfahren sein könnte, wird nun geprüft, ob dem Widerspruchsführer das verletzte Recht überhaupt zustand. Sollte also die streitentscheidende Norm gerade den Widerspruchsführer schützen sind die Rechte des Widerspruchsführers aus dieser Norm verletzt. Der Widerspruch ist dann in begründet und der Ausgangsbescheid aufzuheben.

## **3. Beginn und Ende des Widerspruchsverfahrens**

Das Widerspruchsverfahren beginnt mit der Erhebung des Widerspruchs, § 83 SGG, § 69 VwGO. Es schließt, sofern der Widerspruch nicht zurückgenommen wird oder sich auf andere Art und Weise erledigt, mit der Bekanntgabe des Abhilfe- oder Widerspruchsbescheids. Zur Erinnerung: Ein Abhilfebescheid ergeht, wenn der Widerspruch erfolgreich ist, § 85 Abs. 1 SGG, § 72 VwGO. Der Widerspruchsbescheid wird immer durch die nächsthöhere Behörde erlassen. Ergeht ein Widerspruchsbescheid, war der Widerspruchsführer zumindest nicht in vollem Umfang mit seinem Vorbringen erfolgreich, § 85 Abs. 2 SGG, § 73 VwGO. Der Widerspruchsbescheid ist schriftlich zu erlassen, zu begründen und den Beteiligten bekanntzugeben. Darüber hinaus ist der Widerspruchsbescheid mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen.

Das Widerspruchsverfahren ist im Rahmen des § 64 Abs. 1 SGB X kostenfrei, § 64 Abs. 1 SGB X. Es dürfen also durch den Sozialleistungsträger bzw. die Widerspruchsstelle keine Gebühren erhoben werden. Die Kostenerstattung bei erfolgreichem Widerspruch richtet sich nach § 63 Abs. 1 SGB X.

#### **4. Aufschiebende Wirkung**

Sofern es nicht anders geregelt ist, hat der Widerspruch aufschiebende Wirkung, § 86 Abs. 1 SGG. Für den Widerspruchsführer bedeutet dies, dass der angefochtene Verwaltungsakt bis zur Entscheidung über den Widerspruch nicht vollzogen werden darf.

Dies gilt nur für den Anfechtungswiderspruch, also derjenige Widerspruch, mit dem der Beteiligte eine Belastung durch Verwaltungsakt abwenden möchte. Die aufschiebende Wirkung ist darüber hinaus in verschiedenen Fällen gesetzlich ausgeschlossen, § 86a Abs. 2 SGG, § 80 Abs. 2 VwGO. Weitere wichtige Ausnahmen sind in Spezialgesetzen geregelt, wie bspw. § 39 SGB II oder § 93 Abs. 3 SGB XII. Ein Verpflichtungswiderspruch, also ein Widerspruch mit dem der Beteiligte den Erlass eines bisher abgelehnten begünstigenden Verwaltungsakts begehrt, hat keine aufschiebende Wirkung. Der Beteiligte hat hier nach Maßgabe des § 86 b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGG, § 80 Abs. 5 VwGO die Möglichkeit, eine gerichtliche Anordnung der aufschiebenden Wirkung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zu beantragen.

#### **5. „Verböserung“ des Verwaltungsaktes (reformatio in peius) im Widerspruchsverfahren**

Grundsätzlich gilt, dass eine Schlechterstellung im Rechtsbehelfsverfahren ausgeschlossen ist. Es darf weder die Ausgangs- noch die Widerspruchsstelle das Ermessen in Bezug auf den Betroffenen ungünstiger ausüben. Dies gilt selbst wenn dies beim Erlass des Ausgangsbescheids innerhalb der Grenzen einer ordnungsgemäßen Ermessensausübung gelegen hätte. Es darf allerdings ausnahmsweise in die durch den angefochtenen Verwaltungsakt begründete Rechtsposition zulasten des Beteiligten eingegriffen werden, wenn es hierfür eine gesetzliche Ermächtigung gibt. §§ 45, 48 SGB X bieten die Ermächtigungsgrundlage. Ein laufendes Widerspruchsverfahren hindert die Behörde nicht daran, diese Regelungen anzuwenden. Das zeigt der Wortlaut der Regelung, der davon ausgeht, dass auch unanfechtbare Verwaltungsakte aufhebbar sind. Erst recht sind also noch anfechtbare und entsprechend auch bereits angefochtene Verwaltungsakte aufhebbar.

#### Wiederholungsfragen

- Welche Funktion hat der Verwaltungsakt?
- Unter welchen Voraussetzungen liegt ein Verwaltungsakt vor ?
- Welche Funktion hat das Widerspruchsverfahren ?
- Wo ist das Widerspruchsverfahren geregelt ?

- Wie nennt man die Bescheide, die über einen Widerspruch entscheiden? Wer erläßt diese Bescheide ?
- Erläutern Sie den Unterschied zwischen der Frage nach dem Vorliegen eines Verwaltungsaktes und seiner Rechtmäßigkeit.
- Welchen verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkt hat der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ?
- Erläutern Sie den Inhalt des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.
- Wie unterscheidet sich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vom Ermessen ?
- Woran erkennt man, dass die Verwaltung Ermessen ausüben darf bzw. muss ?
- Welche inhaltlichen Vorgaben gibt es für die Ausübung von Ermessen ?
- Erläutern Sie den Unterschied zwischen der Frage nach der Wirksamkeit einer Rechtsgrundlage und der Vereinbarkeit einer Maßnahme der Verwaltung mit höherrangigem Recht.
- Welche materiellen und formellen Voraussetzungen muss ein Verwaltungsakt erfüllen ?

## Kapitel 2 Die Grundrechte

### Orientierungsfragen

- Welche Arten von Grundrechten gibt es ?
- Welche Strukturen liegen allen Grundrechten zugrunde ?
- Wie wird ein Grundrechtsverstoß überprüft ?
- Welche Grundrechte sind für das Sozial- und Familienrecht besonders bedeutsam und welchen Inhalt haben sie ?

### 1. Allgemeine Lehren der Grundrechte

Im Rahmen der Prüfung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes haben wir festgestellt, dass die Grundrechte unserer Verfassung an zwei Stellen eine wichtige Rolle spielen. Zum einen muss die Rechtsgrundlage des Verwaltungsaktes mit ihnen übereinstimmen. Zum anderen muss der Inhalt des konkreten Verwaltungsaktes mit den Grundrechten im Einklang stehen. Um dies beurteilen zu können, müssen Struktur und Funktion der Grundrechte bekannt sein.

Man fasst die Grundrechte (Abschnitt I. Die Grundrechte) des Grundgesetzes zu verschiedenen Grundrechtsarten zusammen. Man unterscheidet Freiheitsgrundrechte, Gleichheitsgrundrechte und originäre Teilhaberechte. Freiheitsgrundrechte garantieren die Freiheit eines bestimmten Verhaltens. Dabei bedeutet Freiheit in diesem Sinne zunächst einmal nur, dass der Staat dieses Verhalten nicht beeinträchtigen oder stören darf. Die Freiheitsgrundrechte stellen eine Eingriffsbarriere des Staates in die Rechte seiner Bürger dar. Grundsätzlich sind nur der Staat und seine Untergliederungen verpflichtet, die Grundrechte zu wahren und die durch sie garantierte Freiheit zu schützen. Freiheitsgrundrechte sind z.B. in Art. 2 GG, Art. 4 GG, Art. 5 GG, Art. 6 I, II GG, sowie Art. 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 GG geregelt. Gleichheitsgrundrechte sind seltener. Sie gebieten die Gleichbehandlung von Normadressaten durch staatliche Untergliederungen und den Staat. Art. 3 GG, Art. 6 I, V GG, sowie Art. 33 I, II GG sind klassische und wichtige Gleichheitsgrundrechte. Originäre Teilhaberechte sind in der Verfassung geregelt und zählen zu den Grundrechten. Zu ihnen gehören z.B. das Petitionsrecht, Art. 17 GG sowie Art. 103 I GG, das Recht auf rechtliches Gehör vor Gericht.

Mit der Natur der Grundrechte als Freiheits-, Gleichheits- oder Teilhaberechte gehen verschiedene Grundrechtswirkungen einher. Im Rahmen der Freiheitsrechte wurde deren Abwehrfunktion bereits

angesprochen. Dem Staat ist es danach aufgrund dieser Funktion verwehrt, in die Grundrechte der Bürger einzugreifen. Aufgrund der Abwehrfunktion hat der Bürger ein Recht darauf, von jeglichem staatlichen Handeln verschont zu bleiben. Wäre dies die einzige Funktion der Grundrechte gäbe es kein Sozialleistungsrecht. Der Staat wäre zudem unfähig, die Staatsordnung aktiv zu gestalten. Insbesondere den mittellosen Menschen in einem Staat wäre es unmöglich, eigene Grundrechte zu verwirklichen, wenn die Grundrechte nur Abwehrfunktion besäßen. Deshalb hat man den Grundrechten auch eine Leistungs- und Teilhabefunktion zuerkannt, wonach der Staat aktiv darauf hin wirken muss, dass die Grundrechte seiner Bürger so weit wie möglich verwirklicht werden können. Dazu darf und muss der Staat aktiv und gestaltend tätig werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes verkörpern die Grundrechte auch eine objektive Werteordnung. Jegliche staatliche Gewalt ist nicht nur an die Grundrechte, sondern auch an die in ihnen verkörperte objektive Werteordnung gebunden. Soweit ein Richter also Privatrechtsnormen im Rahmen seiner Entscheidung auslegt, muss er dies so tun, dass die Auslegung der Normen die objektive Werteordnung des Grundgesetzes wiedergibt. Somit strahlt die objektive Werteordnung der Grundrechte sogar in das Privatrecht aus. Durch die richterliche Entscheidung zur privatrechtlichen Streitsache wird die jeweils streitende Partei mittelbar für die Grundrechte der anderen Partei in die Pflicht genommen. So entsteht eine mittelbare Bindung von Privatpersonen an die Grundrechte. Man nennt diesen Effekt auch mittelbare Drittwirkung der Grundrechte.

Neben diesen Grundrechtswirkungen hat das Bundesverfassungsgericht in Anlehnung an ausdrückliche Schutzpflichten im GG, z.B: Art. 6 IV GG, Schutzpflichten aus anderen Grundrechten abgeleitet. So besteht etwa eine Schutzpflicht des Staates gegenüber der werdenden Mutter und ihrem ungeborenen Kind aus Art. 1 I, 2 I GG bzw. Art. 1 I, 2 II 1 GG.

## 2. Struktur der Freiheitsgrundrechte

Die Normen, die unsere Freiheitsgrundrechte regeln, weisen eine gemeinsame Grundstruktur auf.

Dieses *Prüfschema der Freiheitsgrundrechte* sieht folgendermaßen aus:

So verfügt jedes Grundrecht über einen spezifischen *Schutzbereich*. In ihm wird in sachlicher Hinsicht umschrieben, welches Verhalten oder welche Tätigkeiten oder Rechtsgüter das Grundrecht schützt.<sup>73</sup> Darüber hinaus legt der Schutzbereich fest, welcher Personenkreis durch das Grundrecht geschützt werden soll.<sup>74</sup> Elementar unterscheidet man hinsichtlich des persönlichen Schutzbereiches zwischen Menschenrechten und Bürgerrechten. Die Bürgerrechte

<sup>73</sup>Sachlicher Schutzbereich.

<sup>74</sup>Persönlicher Schutzbereich.

werden auch Deutschengrundrechte genannt. Auf Menschenrechte kann sich jeder Mensch berufen. Auf Bürgerrechte können sich nur deutsche Staatsangehörige berufen.

Bei einem *Eingriff* muss es sich um eine staatliche Maßnahme handeln. Ursprünglich vertrat man die Auffassung, dass nur dann ein Eingriff in ein Grundrecht vorliegen könne, wenn die Grundrechtsbeeinträchtigung zielgerichtet (final), zwingend (imperativ) und unmittelbar erfolge. Die staatliche Instanz musste also sehenden Auges die Grundrechte beeinträchtigen. Die ständig zunehmende Komplexität der Umwelt und zunehmend zielgenau bzw. treffsichere Gesetze ließen die Anforderungen sinken. Nach heutigem Stand genügt ein faktischer Eingriff, also ein tatsächlicher Eingriff. Er muss allerdings noch immer ein Minimum an Zielgerichtetheit erkennen lassen. Bei der Grundrechtsbeeinträchtigung muss es sich um eine typische Auswirkung von einiger Intensität handeln.

Der Gesetzgeber des Grundgesetzes, der Parlamentarische Rat,<sup>75</sup> vertrat die Auffassung, dass staatliche Maßnahmen nötig sind und grenzenloser Freiheitsgebrauch der Bürger den Staat handlungsunfähig macht. Grenzenloser Freiheitsgebrauch eines Bürgers schließt denselben grenzenlosen Freiheitsgebrauch anderer Bürger aus. Grundrechte sichern zwar Freiheit. Aber diese Freiheit darf auch zur Sicherung eines übergeordneten Zieles begrenzt werden. Entsprechend hält das Grundgesetz den Eingriff in ein Grundrecht auch unter bestimmten Voraussetzungen für verfassungsgemäß. Diese Voraussetzungen stellt man unter dem Merkmal der *Rechtfertigung* des Grundrechtseingriffs zusammen.

Zunächst haben viele Grundrechte ausdrückliche *Schranken* in ihren Text aufgenommen. Dazu gehören die einfachen Gesetzesvorbehalte, die nach h.M. durch ein formelles, also parlamentarisches, Gesetz erfüllt werden. Ein einfacher Gesetzesvorbehalt steht immer ausdrücklich im Text des Grundrechts, wonach ein Eingriff in das Grundrecht nur „aufgrund eines Gesetzes“ oder „durch Gesetz“ erlaubt ist. Neben dem einfachen Gesetzesvorbehalt existieren qualifizierte Gesetzesvorbehalte. Durch zusätzliche Anforderungen an das Gesetz, wird erreicht, dass das einschränkende Gesetz bestimmten inhaltlichen Anforderungen genügt. Als Beispiel kann Art. 5 II GG dienen, der ein „allgemeines Gesetz“ verlangt. In der Rechtsprechung und Literatur ist natürlich streitig, welche Anforderungen ein „allgemeines Gesetz“ zu erfüllen hat. Im Grundgesetz befinden sich auch schrankenlose Grundrechte, also Grundrechte ohne Gesetzesvorbehalt, oder ohne Schrankentrias („Rechte anderer“, „verfassungsmäßige Ordnung“, „Sittengesetz“), wie ihn

<sup>75</sup>Bundesrat, Vor 60 Jahren konstituierte sich der parlamentarische Rat;  
[http://www.bundesrat.de/nn\\_8396/DE/service/thema-aktuell/08/20080908-Parl-Rat.html](http://www.bundesrat.de/nn_8396/DE/service/thema-aktuell/08/20080908-Parl-Rat.html); mit Link auf die Online-Ausstellung des Hauses der Deutschen Geschichte: Beobachtungen - Der Parlamentarische Rat 1948/49 - Fotografien von Erna Wagner-Hehmke mit zahlreichen Text und Tondokumenten.

Art. 2 I GG besitzt. Selbst schrankenlosen Grundrechte sind durch Grundrechte Dritter sowie andere Rechtsgüter von Verfassungsrang (bspw. Tierschutz, Art. 20a GG) beschränkt.

Das Gesetz oder eine andere Schranke, die den Schutzbereich eines Grundrechts einschränkt, muss ihrerseits inhaltliche und formale Anforderungen der Verfassung erfüllen, damit die Einschränkung des Schutzbereichs des Grundrechts verfassungsmäßig ist. Herkömmlich wird diese Prüfung als *Schranken-Schrankenprüfung* bezeichnet. Zu den Schranken - Schranken gehört, dass das einschränkende Gesetz den Wesensgehalt des Grundrechts, Art. 19 II GG, nicht verletzen darf. Man stellt sich unter dem Wesensgehalt einen im Einzelfall schwer identifizierbaren Kern des Grundrechts vor, in den nicht mehr eingegriffen werden kann, ohne dass das Grundrecht seine Schutzfunktion vollständig verliert und dadurch wertlos wird. Folge der Verletzung des Wesensgehaltes wäre, dass von dem Grundrecht nur eine leere Worthülse übrig bliebe.

Den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit haben wir bereits als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung des Verwaltungsaktes kennen gelernt. Als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzipes ist er auch hier zu berücksichtigen.

Nach Art. 80 Abs. 1 GG muss der Gesetzgeber, wenn er Normsetzungskompetenzen durch ein Parlamentsgesetz auf die Verwaltung delegiert, im Parlamentsgesetz bereits hinreichend klar Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung regeln. Er muss die Möglichkeit Normsetzung der Exekutive deutlich genug beschreiben und die wesentlichen Voraussetzungen exekutiver Rechtssetzung vorausbestimmen. Diese Anforderung bezeichnet man auch als Wesentlichkeitsgrundsatz.

Wenn wir die Anforderungen an Schranken vorbehaltlos gewährleisteter Grundrechte untersuchen, führen wir eine Prüfung durch, die dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (auch Angemessenheit) ähnelt. Dort nennt man die Abwägung der kollidierenden Grundrechte allerdings nicht „Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes“ sondern „Herstellung der praktischen Konkordanz“ zwischen den verschiedenen kollidierenden Grundrechten bzw. Rechtsgütern von Verfassungsrang. Man ermittelt alle durch den Grundrechtseingriff betroffenen Rechtsgüter und stellt ihnen die Ziele und Zwecke des staatlichen Eingriffs gegenüber. Ziele und Zwecke des Eingriffs sind üblicherweise verfassungsmäßige Leitbilder und Prinzipien, die der Allgemeinheit dienen. Hier findet schließlich, wie Sie es aus der Prüfung der Angemessenheit kennen, eine Abwägung der betroffenen Rechtsgüter gegeneinander ab.

### 3. Allgemeine Grundrechtslehren am Beispiel des Art. 2 I 1 GG

Art. 2 I 1 GG

(1) **Jeder** hat das **Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit**, soweit er **nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt**.

**Rot** = Schutzbereich

**Grün**= Schranken, hier Schrankentrias

Der Schutzbereich des Art. 2 I GG umfasst in sachlicher Hinsicht die allgemeine Handlungsfreiheit. Das bedeutet, dass jegliches Handeln eines Menschen als Ausdruck seiner Freiheit von staatlichem Zwang als schützenswert anerkannt wird. Der Schutzbereich ist in sachlicher Hinsicht also sehr weit und umfassend angelegt. Selbst banale Tätigkeiten, wie Beeren sammeln und das Reiten im Wald sind als Ausdruck der allgemeinen Handlungsfreiheit durch die allgemeine Handlungsfreiheit geschützt. Aufgrund dieser Weite versteht man Art. 2 I GG auch als Auffanggrundrecht. Ist eine Handlung in den anderen, spezieller gefassten Grundrechten nicht vom Schutzbereich umfasst, wendet man Art. 2 I GG an. Man spricht insofern von einer subsidiären Anwendbarkeit des Art. 2 I GG und bezeichnet ihn deshalb auch folgerichtig als die lex generalis zu allen anderen Freiheitsgrundrechten. Der persönliche Schutzbereich umfasst alle Menschen. Art. 2 I GG ist kein Bürgerrecht bzw. Deutschengrundrecht sondern Menschenrecht.

Eingriffe in dieses Grundrecht müssen den Grad einer Belästigung überschreiten und eine gewisse Intensität aufweisen.

Die Schranken des Art. 2 I GG, die den Eingriff in den Schutzbereich rechtfertigen können heißen „Schrankentrias“. Zu ihm gehört die „verfassungsmäßige Ordnung“, d.h. die Gesamtheit derjenigen Normen, die materiell und formell verfassungsmäßig sind. Außerdem gehören die „Rechte anderer“, insbesondere also auch die Grundrechte anderer, sowie das „Sittengesetz“ zum Inhalt der Schrankentrias.

Zu den wichtigsten Schranken-Schranken gehört der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Danach ist ein Eingriff nur gerechtfertigt, wenn es einen legitimen Eingriffszweck gibt. Dieser Eingriff muss auch geeignet sein, um den Eingriffszweck zu erreichen. Ein milderer Mittel zur Erreichung des Eingriffszwecks darf nicht ersichtlich sein, denn sonst fehlt die Erforderlichkeit des Eingriffs. Der Eingriff muss auch angemessen sein, d.h. die Zweck- Mittel Relation muss ausgewogen sein.

## 4. Wichtige Freiheitsgrundrechte im Sozialrecht

### 4.1. Art. 1 I GG

Streitig ist bereits, ob Art. 1 I GG ein Grundrecht ist oder ein Programmsatz, im Sinne einer Zielbestimmung. Für das Vorliegen einer Zielbestimmung spricht die Formulierung, wonach Art. 1 I GG auf die „nachfolgenden Grundrechte“ verweist. Andererseits ist Art. 1 I GG systematisch im Abschnitt Grundrechte eingeordnet. Sein Inhalt ist, wie Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG zeigt, als typisches Abwehrrecht ausgestaltet.

Den sachlichen Schutzbereich zu bestimmen, ist schwierig. Der Begriff der Menschenwürde hat eine lange philosophische Tradition, an die angeknüpft werden kann. Zahlreiche Ansätze stellen auf den Eigenwert des Menschen ab. Die Rechtsprechung wählt meist eine Definition aus der Eingriffsperspektive. Ein klassischer Fall in dem die Verletzung der Menschenwürde befürwortet wurde, war das Werfen kleinwüchsiger Menschen zum Freizeitvergnügen.<sup>76</sup> Die Ausstellung „Körperwelten“ (Plastinierte Leichname)<sup>77</sup> und das LuftsicherheitsG (erlassen als Reaktion auf die Anschläge des 11.9.2001, mit dem Ergebnis der Verletzung der Menschenwürde der Opfer durch Abschuss der gekaperten Flugzeuge)<sup>78</sup> wurden an Art. 1 I GG gemessen und als verletzt betrachtet. In diesen Fällen wurde die sog. Objektformel herangezogen. Nach dieser Formel ist die Menschenwürde verletzt, wenn der Mensch zum bloßen Objekt staatlichen Handelns gemacht wird.

Das BVerfG leitete aus Art. 1 I iVm Art 20 I GG das Recht auf ein soziokulturelles Existenzminimum im Rahmen der Grundsicherung und Sozialhilfe ab.<sup>79</sup>

Der persönliche Schutzbereich des Art. 1 I GG umfasst alle Menschen, ungeborene Kinder, sowie die Würde Verstorbener (postmortales Ehrenrecht).

Das Grundrecht Art. 1 I GG besitzt keine Schranke. Im Gegenteil geht der Gesetzestext von der Unantastbarkeit der Menschenwürde aus. Eine Verletzung der Menschenwürde durch einen staatlichen Eingriff ist deshalb niemals rechtfertigungsfähig. In der neueren Diskussionen wird diese Auffassung in Frage gestellt. Anlass sind Entführungsfälle,<sup>80</sup> in denen die Folter des Täters

<sup>76</sup>VG Neustadt 21.05.1992 - 7 L 1271/92 NwZ 1993, 98.

<sup>77</sup>OVG Bremen 19.4.2010 – 1 B 88/10; anders VG Berlin 10.2.2015 – 21 L 29.15.

<sup>78</sup>BVerfG 15.2.20106 - 1 BvR 357/05.

<sup>79</sup>BVerfG 9.2.2010 – 1 BVL 1,3,4/09.

<sup>80</sup>LG Frankfurt 5/27 KLS 7570 Js 203814/03 (4/04).

zur Rettung des entführten Menschen als verfassungsmäßig anerkannt werden soll. Selbst kollidierendes Verfassungsrecht, wie z.B. das Recht auf Leben eines anderen Menschen oder einer Viel- oder Mehrzahl von Menschen, sind nicht geeignet unter den geltenden verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen einen Eingriff in das Recht der Menschenwürde zu rechtfertigen. Daneben gilt nach Art. 79 Abs. 3 GG (sog. Ewigkeitsgarantie), dass Art. 1 GG selbst dem Zugriff des verfassungsändernden Gesetzgebers entzogen ist.

Das Verhältnis des Art. 1 GG zu den anderen Grundrechten ist ebenfalls streitig. Meist wird vertreten, dass die auf Art. 1 I GG folgenden Grundrechte Konkretisierungen der Menschenwürde darstellen.

#### **4.2. Art. 2 II 1 GG**

Art. 2 II 1 GG enthält mehrere Schutzbereiche. In sachlicher Hinsicht schützt er in Variante 1 das Leben, das bereits vor der Geburt beginnt. Das Leben wird als physisches Dasein verstanden. Der zweite Schutzbereich und damit das zweite Grundrecht ist in Variante 2 die körperliche Unversehrtheit. Diese wird zunächst dem Wortlaut entsprechend biologisch - physisch verstanden. Der Schutz der psychisch-seelischen Gesundheit wird vor allem im Hinblick auf die biologischen Grundlagen bezogen. Die rein seelische Unversehrtheit soll in Art. 2 II 1 GG nur insoweit geschützt sein, als sie durch Beeinträchtigungen von erheblicher Intensität in Frage gestellt werde.

Aus Art. 2 II 1 1. Variante GG entspringt eine staatliche Schutzpflicht i.V.m. Art. 1 I GG. Das BVerfG hat in seinen Abtreibungsentscheidungen der 70er und 90er Jahre klargestellt, dass dem verfassungsrechtlichen Recht auf Leben nur aktives Handeln des Staates zugunsten des ungeborenen Lebens und der werdenden Mutter entspricht.

Ein weiterer Meilenstein in der Rechtsprechung des BVerfG ist seine Rechtsprechung zur Krankenbehandlung bei schweren regelmäßig tödlich verlaufenden Erkrankungen. Methoden der Krankenbehandlung, die nicht ausdrücklich im unter gesetzlichen Leistungsrecht der Gesetzlichen Krankenversicherung vorgesehen sind, sind nach dieser Rechtsprechung in besonderen Fällen dennoch zu finanzieren.<sup>81</sup>

Ein Eingriff in den Schutzbereich der Grundrechte auf Leben, körperliche Unversehrtheit ist jede Beeinträchtigung gegen den Willen des Betroffenen.

<sup>81</sup>BVerfG vom 6.12.2005 Az. 1 BvR 347/98.

Art. 2 II 1 GG hat einen (einfachen) Gesetzesvorbehalt als Schranke. Im Sinne der Wesentlichkeitstheorie handelt es sich bei dem Gesetzesvorbehalt hier regelmäßig um einen Parlamentsvorbehalt, Art. 80 I GG. Der Parlamentsvorbehalt besagt, dass nur ein von der Legislative erlassenes Gesetz diese Grundrechte verfassungsmäßig einschränken kann, da der Gesetzgeber alle wesentlichen Entscheidungen zu Lasten der Grundrechte selbst zu treffen hat und dies nicht der Exekutive im Rahmen von einzelnen Verwaltungsentscheidungen und exekutivem Normenmaterial, wie Verordnungen und Satzungen (oder gar Normsetzungsverträgen,<sup>82</sup>) überlassen darf. Diese verfassungsrechtliche Ausgangslage ist insbesondere im Recht der Gesetzlichen Krankenversicherung zu beachten.

Als Schranken-Schranke ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen, sowie Art. 102 GG, die Abschaffung der Todesstrafe, und Art. 104 I 2 GG, das Verbot der Züchtigung festgehaltener Personen.

#### **4.3. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG Freiheit der Person**

Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG ist ein Menschenrecht. Es schützt die physische Bewegungsfreiheit eines Menschen. Geschützt ist die Freiheit, einen beliebigen Ort zu verlassen und einen anderen aufzusuchen. Inhaltlich von Art 11 Abs. 1 GG, dem Recht auf Freizügigkeit, das alleine Deutschen zusteht. Art. 11 Abs. 1 GG schützt die Freiheit einen Wohnsitz oder Aufenthalt im Bundesgebiet zu nehmen. Dabei handelt es sich um längeres oder, wie im Fall des Wohnsitzes ständigen Verbleibens an einem Ort.

Hinsichtlich der Eingriffe sind Freiheitsbeschränkungen von Freiheitsentziehungen zu unterscheiden. Freiheitsbeschränkungen sind Maßnahmen, die durch physischen Zwang oder Drohung damit den Grundrechtsträger daran hindern, einen Raum zu verlassen oder einen Ort zu meiden. Art. 104 Abs. 1 GG ist hier hinsichtlich der Rechtfertigung des Eingriffs und der Schranken- Schranken zu beachten.

Freiheitsentziehungen sind mit gegenüber einer Freiheitsbeschränkung erhöhten Eingriffsintensität verbunden. Eine Freiheitsentziehung bezeichnet das Festhalten einer Person auf eng umgrenztem Raum für einen nicht unerheblichen Zeitraum. Neben Art. Art. 104 Abs. 1 GG sind hier auch die verfassungsrechtlichen Anforderungen zum Freiheitsentzug zu beachten, Art 104 Abs. 2 – 4 GG.

<sup>82</sup>Bei Normsetzungsverträgen handelt es sich um eine besondere Form der Rechtsetzung im Sozialrecht, insbesondere im Krankenversicherungsrecht.

Dazu gehört insbesondere der Richtervorbehalt. Dieser zeigt, dass bereits die Anordnung einer Freiheitsentziehung einen Eingriff in die Freiheit der Person darstellt.

## **5. Wichtige Grundrechte im Familien- und Jugendhilferecht**

Für das Familien- und Jugendhilferecht ist Art. 6 GG zentral, da diese Regelung die verfassungsrechtliche Grundlegung für das Institut der Ehe und Familie ist. Darüber hinaus klärt Art. 6 Abs. 2 GG die Haltung des Staates im Rahmen der Kindererziehung.

Art. 6 GG enthält verschiedene Grundrechte.

Es sieht den Schutz der Ehe als Institutsgarantie und Abwehrrecht vor. Die Familie ist im Sinne eines Abwehrrechts vor den Eingriffen des Staates geschützt.

Art. 6 I GG enthält mit dem Besserstellungsverbot gegenüber nicht Verheirateten auch ein gegenüber Art. 3 I GG spezielleres Gleichheitsrecht.

Das Recht der Eltern die Kinder zu erziehen, ist in Art. 6 II GG als Abwehrrecht ausgestaltet. Der Schutz der Mütter ist Abwehrrecht und Teilhaberecht.

Ein weiteres spezielles Gleichheitsgrundrecht ist die Gleichstellung der nichtehelichen Kinder, Art. 6 V GG.

Der sachliche Schutzbereich des Art. 6 I GG umfasst die Ehe als verweltlichte bürgerlich-rechtliche Ehe. Dabei wurde die verfassungsrechtlich geschützte Ehe traditionell als grundsätzlich unauflösbare Gemeinschaft zwischen Mann und Frau verstanden. Die Eheschließung zwischen gleichgeschlechtlichen Personen wurde durch das Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20.07.2017<sup>83</sup> einfach rechtlich ermöglicht.

Nicht dazu gehören: die Scheinehe (str.), die nicht eheliche Lebens(abschnitts)gemeinschaft und die (eingetragene) Lebenspartnerschaft (nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz) zwischen gleichgeschlechtlichen Menschen. Das geschützte Verhalten umfasst die Eheschließung sowie das eheliche Zusammenleben auch über die Scheidung hinaus.

In personeller Hinsicht handelt es sich bei Art. 6 I GG um ein Grundrecht auf das sich jeder Mensch berufen kann, ohne dass es auf seine Staatsangehörigkeit ankommt.

Art. 6 I GG ist ein schrankenloses Grundrecht, d.h. Eingriffe sind nur durch kollidierendes Verfassungsrecht, regelmäßig also die Grundrechte der anderen Beteiligten, zu rechtfertigen.

<sup>83</sup> BGBl I 2017, 2787.

Der Schutz des elterlichen Erziehungsrechts ist in Art. 6 II, III GG geregelt. In persönlicher Hinsicht schützt er Menschen ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit. Sachlich werden Eltern im biologischen und rechtlichen Sinne geschützt. Nach der herrschenden Auffassung handelt es sich bei Art. 6 II GG auch um eine Grundpflicht der Eltern gegenüber den Kindern. Man spricht in diesem Zusammenhang auch zurückhaltender von einem treuhänderischen Recht der Eltern zugunsten der Kinder. Ein eigenes Recht der Kinder auf Erziehung ist in Art. 2 I (z.T: i.V.m. Art. 1 I) GG anerkannt. Das geschützte Verhalten im Rahmen von Art. 6 II, III GG ist die Sorge für das körperliche Wohl, Erziehung, seelische und geistige Entwicklung der Kinder.

Eingriffe müssen sich an den Voraussetzungen des Art. 6 II 2 und III GG messen lassen. Bei diesen Regelungen handelt es sich um qualifizierte Gesetzesvorbehalte. Die Vorbehalte müssen inhaltlich einschlägig sein, d.h. sich ausdrücklich auf das staatliche Wächteramt beziehen. Diese staatliche Wächterfunktion berechtigt und verpflichtet den Staat, bei elterlichem Versagen die Pflege und Erziehung der Kinder in deren Interesse durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen. Art 6 Abs. 3 GG konkretisiert die Regelung insoweit, dass eine staatlich initiierte Trennung der Familie nur unter engen Voraussetzungen stattfinden darf.<sup>84</sup> Soweit diese Vorbehalte inhaltlich nicht einschlägig sind, handelt es sich um ein vorbehaltlos gewährleistetes Recht.

#### Wiederholungsfragen

- Wer ist verpflichtet sich an die Grundrechte zu halten, wer ist der Nutznießer der Grundrechte?
- Wie verhalten sich Freiheits- und Gleichheitsrechte zueinander?
- Welche Funktionen haben die Grundrechte?
- Beschreiben Sie die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte.
- Welche Schranken der Grundrechte unterscheidet man. Nennen Sie Beispiele aus dem Text der Verfassung.
- Welchen Teil des Art 2 GG bezeichnet man als Schrankentrias ?
- Erläutern Sie den Unterschied zwischen qualifiziertem und einfachem Gesetzesvorbehalt.
- Wodurch werden schrankenlose Grundrechte eingeschränkt ?
- Benennen Sie eine Schranken-Schranke der Freiheitsgrundrechte ?

<sup>84</sup>Sodan/ Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, § 34 Rn 17.

## Kapitel 4 Grundlagen des Aufenthaltsrechts

### Orientierungsfragen

- Was regelt das Aufenthaltsgesetz ?
- Wer ist Ausländer im Sinne des Aufenthaltsgesetzes ?
- Wo ist die deutsche Staatsangehörigkeit geregelt ?
- Wann ist ein Aufenthalt eines Ausländers in der Bundesrepublik Deutschland rechtswidrig ?
- Was ist ein Aufenthaltstitel ?
- Was ist eine Duldung ?

### 1. Das Aufenthaltsgesetz im Überblick

Das Ziel des AufenthG ist es entsprechend dessen § 1 Abs. 1 S. 1 AufenthG den Zuzug von Ausländern in die Bundesrepublik Deutschland zu steuern zu begrenzen. Nach § 4 Abs. 1 AufenthG besteht für Ausländer ein grundsätzliches Einreiseverbot in die Bundesrepublik Deutschland. Es handelt sich um ein so genanntes Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.<sup>85</sup> Die Ausnahme vom Einreiseverbot wird mit dem Aufenthaltstitel nach dem Aufenthaltsgesetz (AufenthG) erteilt.

Wer nun nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, also Ausländer § 2 Abs.1 AufenthG ist, für den gilt nach § 4 Abs. 1 AufenthG, soweit das Aufenthaltsgesetz anwendbar ist, ein Einreiseverbot. Diese Personen benötigen einen Aufenthaltstitel nach dem Aufenthaltsgesetz. Dieser Aufenthaltstitel hat Verwaltungsaktqualität. Ausnahmen vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels regelt § 4 Abs. 1 S. 1 AufenthG. Durch das Recht der Europäischen Union oder durch Rechtsverordnung sowie aufgrund des Abkommens zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei kann diesen Ausländern ein spezielles Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet zustehen.

Aus dem Einreiseverbot für Ausländer in die Bundesrepublik Deutschland folgt, dass Ausländer entweder erlaubt oder nicht erlaubt in die Bundesrepublik einreisen. Die Voraussetzung einer

<sup>85</sup> Thym NZS 2016, 441 (441).

erlaubten Einreise ist der Besitz eines Aufenthaltstitels. Besitzt der Ausländer einen Aufenthaltstitel ist sein Aufenthalt rechtmäßig. Bei unerlaubter Einreise ohne Aufenthaltstitel führt dies zu einem rechtswidrigen Aufenthalt. Im Falle des Besitzes eines Aufenthaltstitel kann auch dieser Aufenthalt rechtswidrig werden, wenn der Aufenthaltstitel wegfällt. Der Aufenthaltstitel kann durch Aufhebung oder Erledigung wegfallen. Im Falle eines rechtswidrigen Aufenthaltes ist der Ausländer nach § 50 Abs. 1 AufenthG zur Ausreise verpflichtet. Im Falle einer Ausreiseverpflichtung geht die freiwillige Ausreise einer zwangsweisen Durchsetzung der Ausreisepflicht vor. Erst wenn eine freiwillige Ausreise nicht erfolgt, wird die Ausreisepflicht (zwangsweise) durchgesetzt. Die Durchsetzung der Ausreisepflicht kann bereits bei unerlaubter Einreise nach § 14 AufenthG erfolgen. In diesem Fall soll der Ausländer nach § 57 AufenthG zurückgeschoben werden. Entsteht die Ausreisepflicht nicht durch unerlaubte Einreise ist eine Abschiebung nach § 58 AufenthG erforderlich. Die Abschiebung wird bei fehlendem Abschiebungsverbot nach § 60 AufenthG angeordnet. Auch dies ist ein Verwaltungsakt. Vor dem Vollzug der Abschiebung wird die Abschiebung angedroht, § 59 AufenthG. Dabei können bspw. räumliche Beschränkung, Abschiebungshaft oder Ausreisegewahrsam (§§ 61 ff AufenthG) angeordnet werden. Besteht ein Abschiebungsverbot nach § 60 AufenthG besteht die Möglichkeit einen Aufenthaltstitel nach § 25 AufenthG aus humanitären Gründen zu erhalten. Ist dies nicht der Fall kann der Vollzug der Abschiebung zeitweise durch Duldung nach § 60 a AufenthG ausgesetzt werden. Die Duldung ist kein Aufenthaltstitel. Der Aufenthalt in der Bundesrepublik aufgrund einer Duldung ist rechtswidrig.

Stark vereinfacht können im ausländerrechtlichen Verwaltungsverfahren fünf Teile unterschieden werden: Dies ist zunächst die Festlegung der Eigenschaft „Ausländer“, die Einreise, der Aufenthalt mit oder ohne Aufenthaltstitel, das Entstehen der Ausreisepflicht und ihre Durchsetzung im Wege der Zurückschiebung oder Abschiebung.

## **2. Der Ausländer**

Das Aufenthaltsgesetz gilt nur für Ausländer. Ausländer ist nach der Begriffsbestimmung in § 2 Abs. 1 AufenthG jeder der nicht Deutscher im Sinne des Art. 116 Abs. 1 GG ist. Das Aufenthaltsgesetz gilt jedoch nicht für alle Ausländer. Nach § 1 Abs. 2 AufenthG findet das Aufenthaltsgesetz keine Anwendung auf Unionsbürger, deren Freizügigkeit im Gesetz über die Freizügigkeit von Unionsbürger geregelt ist, sowie die weiteren dort aufgezählten Ausländer. Dazu gehören auch die türkischen Staatsangehörigen. Sie unterliegen dem Assoziierungsabkommen des Europäischen Wirtschaftsraum mit der Türkei. Der Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit schließt die Anwendbarkeit des Aufenthaltsgesetzes vollständig aus. Maßgeblich für die Anwendung des AufenthG ist also unter welchen Voraussetzungen die deutsche Staatsangehörigkeit erworben werden kann.

### **2.1. Die deutsche Staatsangehörigkeit**

Bereits Art. 116 GG ist geregelt, wer Deutscher ist. Danach ist Deutscher, vorbehaltlich anderweitiger gesetzlicher Regelung, wer die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt oder als Flüchtling oder Vertriebener deutscher Volkszugehörigkeit oder als dessen Ehegatte oder Abkömmling in dem Gebiet des Deutschen Reiches nach dem Stand vom 31.12.1937 Aufnahme gefunden hat. Der Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit ist im Staatsangehörigkeitsgesetz (StAG) geregelt. Nach dessen § 3 StAG kann die deutsche Staatsangehörigkeit durch Geburt, durch Erklärung nach § 5 StAG, durch Annahme als Kind und durch Einbürgerung von Ausländern nach §§ 8 bis 16 StAG u.a. begründet werden. § 4 StAG regelt den Grundtatbestand des Staatsangehörigkeitsrechts. Es folgt grundsätzlich dem sogenannten jus sanguinis. Wie beim jus sanguinis üblich, erwirbt das Kind die Staatsangehörigkeit des Elternteils, wenn das Elternteil die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt. Maßgeblich ist also nicht der Geburtsort des Kindes (jus loci). Aber auch das Kind ausländischer Eltern hat die Möglichkeit die deutsche Staatsangehörigkeit erwerben, § 4 Abs. 3 StAG, wenn sich ein Elternteil seit acht Jahren regelmäßig gewöhnlich im Inland aufhält und ein unbefristetes Aufenthaltsrecht besteht. Kinder, die nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes (24.5.1949) geboren wurden, können die Staatsangehörigkeit nach § 5 StAG durch Erklärung erwerben. Diese Möglichkeit besteht unter anderem für Kinder eines deutschen Elternteils, die durch Geburt nicht die deutsche Staatsangehörigkeit erworben haben, sowie Kinder einer Mutter, die vor der Kindesgeburt durch Eheschließung mit einem Ausländer die deutsche Staatsangehörigkeit verloren hat. Weiterhin

erwerben die deutsche Staatsangehörigkeit durch Erklärung nach § 5 StAG Kinder, die ihre durch Geburt erworbene deutsche Staatsangehörigkeit durch eine von einem Ausländer bewirkte und nach den deutschen Gesetzen wirksame Legitimation verloren haben. Abkömmlinge dieser Personen haben ebenfalls die Möglichkeit die deutsche Staatsangehörigkeit durch Erklärung zu erlangen. Diese zunächst großzügig wirkende Regelung wird durch zusätzliche Voraussetzungen (wie Straffreiheit) und Ausnahmetatbestände eingeschränkt. Zudem ist eine 10 Jahresfrist nach § 5 Abs. 3 StAG einzuhalten. Nach § 6 StAG kann eine Person, die durch einen Deutschen als Kind angenommen wird und das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, die deutsche Staatsangehörigkeit erwerben. Weitere Alternativen der Einbürgerung regeln §§ 8-16 StAG. Die Regelungen zeigen, dass eine doppelte Staatsangehörigkeit in der Regel vermieden werden soll. Auch der Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit ist im Staatsangehörigkeitsgesetz geregelt, § 17 Abs. 1 StAG zählt die möglichen Alternativen auf.

## **2.2. Grundrechte der Ausländer**

Auf verfassungsrechtlicher Ebene spiegelt sich die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit in der Differenzierungen der Menschenrechte und der Deutschengrundrechte, auch Bürgerrechte genannt. Die Menschenrechte kann man an Formulierungen erkennen, die darauf abstellen, dass dieses Grundrecht jedem zusteht und alle Menschen geschützt sind, sowie niemand aus der Geltung des Schutzbereiches ausgeschlossen werden darf. Als Beispiele für Bürgerrechte können die Versammlungsfreiheit Art. 8 GG, die Vereinigungsfreiheit Art. 9 Abs. 1 GG, die Freizügigkeit Art. 11 Abs. 1 GG sowie die Berufsfreiheit Abs. 12 Abs. 1 GG genannt werden. Diese beziehen sich ausdrücklich jeweils nur auf alle Deutschen. Art. 16 Abs. 1 GG legt fest, dass die deutsche Staatsangehörigkeit nicht entzogen werden darf. Gem. Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG darf kein Deutscher an das Ausland ausgeliefert werden.

Das in den sachlichen Schutzbereich der Deutschengrundrechte fallende Verhalten von der Ausländern wird nach herrschender Meinung durch das in Art. 2 Abs. 1 GG garantierte Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in seiner Funktion als Auffanggrundrecht geschützt.<sup>86</sup> Bezüglich der Ausländer der Europäischen Union ist problematisch, ob sie sich auf die Freiheitsgehalte der Deutschengrundrechte nur unter Berufung auf Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz berufen können. Gegen die Anwendbarkeit der Bürgerrechte spricht der klare Wortlaut derjenigen Grundrechte, die ausdrücklich nur für Deutsche gelten. Nach anderer Ansicht soll zwar nur die Berufung auf Art. 2 Abs. 1 GG möglich sein. Allerdings sind die regelmäßig engeren Beschränkungsmöglichkeiten des betreffenden Bürgerrechts auf Art. 2 Abs. 1 GG zu übertragen. Diese

<sup>86</sup>Sodan/ Ziekow, Grundkurs öffentliches Recht, § 21 Rz. 7.

„Schrankenübertragungstheorie“ lässt sich nicht auf den Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 GG stützen. Die gemeinschaftsrechtlich gebotene Gleichbehandlung der Ausländer der Europäischen Union erfordert im Ergebnis nur eine gleiche Reichweite des geschützten Betätigungsbereiches. D.h. Art 2 Abs. 1 GG muss so ausgelegt werden, dass für EU - Ausländer im Ergebnis derselbe Freiheitsgehalt erreicht wird, wie im Rahmen der speziellen Bürgerrechte.<sup>87</sup>

### **3. Die Einreise und das Grundrecht auf Asyl**

Eine Einreise im ausländerrechtlichen Sinne bedeutet nicht schlicht das Betreten des Staatsgebiets eines Landes. Den Grenzübertritt und die Voraussetzungen für eine Einreise regelt § 13 AufenthG

#### **3.1. Die Einreise**

Nach § 13 AufenthG findet eine Einreise des Bundesgebietes nur dann statt, wenn sie an einer zugelassenen Grenzübergangsstelle und innerhalb der festgesetzten Verkehrszeiten stattfindet. An dieser Grenzübergangsstelle ist der Ausländer auch dann eingereist, wenn er die Grenze überschritten und die Grenzübergangsstelle passiert hat. Die erlaubter wird von der unerlaubten Einreise in § 14 AufenthG abgegrenzt. Danach ist die Einreise eines Ausländers unerlaubt, wenn insbesondere er den erforderlichen Pass und Aufenthaltstitel nicht besitzt. Eine erlaubte Einreise setzt das Vorliegen der Voraussetzung für einen Aufenthaltstitel voraus und führt zu einem rechtmäßigen Aufenthalt. Bei der unerlaubten Einreise nach § 14 AufenthG besteht die Möglichkeit, den Ausländer nach § 15 AufenthG bei der unvollendeter Einreise zurückzuweisen. Im Einzelfall ist es sogar möglich den Ausländer zur Sicherung der Zurückweisung auf richterliche Anordnung in Haft zu nehmen, § 15 Abs. 5 AufenthG. Bei vollendeter unerlaubter Einreise findet eine Verteilung und Unterbringung in Aufnahmeeinrichtungen nach § 15a AufenthG statt.

#### **3.2. Das Individualgrundrecht auf politisches Asyl, Art. 16a GG**

<sup>87</sup>Sodan/ Ziekow, Grundkurs öffentliches Recht, § 23 Rz. 7.

Neben der Möglichkeit im Rahmen des Verfahrens des Aufenthaltsgesetzes in die Bundesrepublik einzureisen, hat der Ausländer nach Art. 16a GG die Möglichkeit ein Individualgrundrecht auf Asyl wegen politischer Verfolgung geltend zu machen. Dieses Individualgrundrecht steht allen Personen zu, die politisch verfolgt sind. Dabei gilt als Verfolgung jede Maßnahme, die nach ihrer Art, Intensität und Schwere die Menschenwürde würde verletzt. Notwendig ist auch dass der Betreffende in eine gegenwärtige Zwangslage gerät. Die Verfolgung muss auch eine staatliche bzw. quasi staatliche sein. Sie muss an unverfügbaren Merkmalen der Person anknüpfen. Soweit der Ausländer aus einem sicheren Drittstaat eingereist ist, ist der persönliche Geltungsbereich des Art. 16a Abs. 1 GG durch Art. 16A Abs. 2 GG beschränkt. In diesem Fall findet ein Asylverfahren erst gar nicht statt. Es besteht kein vorläufiges Bleiberecht zur Durchführung eines Asylverfahrens und der Asylantrag ist unbeachtlich. Der Bewerber ist an der Grenze zurückzuweisen. Hinsichtlich der Ausländer aus sicheren Herkunftsstaaten, Art. 16A Abs. 3 GG, besteht eine widerlegbare Vermutung der Verfolgungssicherheit. Es findet lediglich ein verkürztes Asylverfahren statt. Der Asylantrag gilt als offensichtlich unbegründet. Das Nähere ist im Asylgesetz (AsylG) geregelt. Die sicheren Herkunfts- und Drittstaaten ergeben sich aus den Anlagen zu §§ 26a und 29a AsylG. Während des Asylverfahrens hat der Ausländer keinen Aufenthaltstitel, sondern ihm ist der Aufenthalt nach § 55 AsylG zur Durchführung des Asylverfahrens im Bundesgebiet gestattet.

#### **4. Die Aufenthaltstitel**

In §§ 4-10 AufenthG sind die verschiedenen Aufenthaltstitel geregelt. Man unterscheidet nach § 4 Abs. 1 S. 2 AufenthG: Visum § 6 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 AufenthG, die Aufenthaltserlaubnis § 7 AufenthG, die Blaue Karte EU § 18b Abs. 2 AufenthG, die Niederlassungserlaubnis § 9 AufenthG, und die Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU, § 9a AufenthG, die ICT- Karte, § 19b AufenthG, die Mobiler- ICT-Karte, § 19 d AufenthG. Diese Aufenthaltstitel berechtigen zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit soweit es nach dem AufenthG bestimmt ist oder im Aufenthaltstitel die Ausübung der Erwerbstätigkeit ausdrücklich erlaubt wird, § 4a AufenthG.

Ein Aufenthaltstitel wird nur erteilt, wenn sowohl die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen als auch die besonderen Erteilungsvoraussetzungen vorliegen. Die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen regelt § 5 AufenthG. Diese Voraussetzungen müssen unabhängig von der Art des Aufenthaltstitels vorliegen. Sie müssen bei Erteilung eines Aufenthaltstitels nach § 4 Abs. 1 AufenthG vorliegen. Beispielhaft seien hier genannt: die Sicherstellung des Lebensunterhaltes, geklärte Identität, die Erfüllung der Passpflicht, keine Gefährdung der Interessen der Bundesrepublik Deutschland. Die besonderen Erteilungsvoraussetzungen für

Aufenthaltstitel sind in der jeweiligen Rechtsgrundlage des entsprechenden Aufenthaltstitels speziell geregelt. Folgende Aufenthaltstitel sind zu unterscheiden:

#### **4.1. Das Visum**

Das Visum ist in § 6 AufenthG geregelt. Über Einreise und Aufenthalt eines Ausländers ist grundsätzlich zu entscheiden, solange er sich im Ausland befindet. Der für die Einreise erforderliche Aufenthaltstitel ist das Visum. Es ist zwischen dem Schengen Visum für kurzfristige Aufenthalte von bis zu drei Monaten § 6 Abs. 1-2a AufenthG und dem nationalen Visum für längerfristige Aufenthalte, § 6 Abs. 3 AufenthG zu unterscheiden. Das Schengen Visum ist für eine oder mehrere Einreisen gültig. Weder die Dauer des ununterbrochenen Aufenthaltes, noch die Dauer der aufeinander folgenden Aufenthalte dürfen drei Monate überschreiten. Eine Verlängerung kann nur als nationales Visum erfolgen.<sup>88</sup> Für einen mehr als dreimonatigen Aufenthalt benötigt man ein nationales Visum. Für längerfristige Aufenthalte ist ein Visum für das Bundesgebiet (nationales Visum) erforderlich, das vor der Einreise erteilt wird. Die Erteilung richtet sich nach den für die Aufenthaltserlaubnis, die Blaue Karte EU, die ICT-Karte, die Niederlassungserlaubnis und die Erlaubnis zum Daueraufenthalt – EU geltenden Vorschriften, § 6 Abs. 3 AufenthG. Das Visum gibt es auch als Ausnahme- Visum, § 14 Abs. 2 AufenthG, § 6 Abs. 4 AufenthG.

#### **4.2. Die Aufenthaltserlaubnis**

Die Aufenthaltserlaubnis ist in § 7 AufenthG geregelt. Es ist ein befristeter Aufenthaltstitel und wird zu den im AufenthG genannten Aufenthaltsw Zwecken erteilt. Die Aufenthaltserlaubnis wird unter Berücksichtigung des beabsichtigten Aufenthaltsw Zwecks befristet. Hinsichtlich des Aufenthaltsw Zwecks unterscheidet man: Ausbildung, Erwerbstätigkeit, drittens völkerrechtlich humanitäre oder politische Gründe sowie familiäre Gründe. Nach § 7 Abs 1 S. 3 AufenthG kann begründeten Fällen eine Aufenthaltserlaubnis auch für einen anderen Aufenthaltsw Zweck erteilt werden.

##### **4.2.1. Aufenthaltsw Zweck der Ausbildung**

Nach § 16 AufenthG kann einem Ausländer zum Zwecke der Ausbildung eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden. Die nachfolgenden §§ 16a -16f AufenthG konkretisieren die Aufenthaltsw Zwecke. Die Aufenthaltserlaubnis berechtigt begrenzt auch zur Ausübung einer Beschäftigung.

<sup>88</sup>von Auer in: Anwalt Formulare, 2015 § 6 Rn. 5.

Nach § 16a AufenthG kann einem Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis auch zum Zweck der betrieblichen Aus- und Weiterbildung erteilt werden, wenn die Bundesagentur für Arbeit nach § 39 AufenthG zugestimmt hat oder durch Rechtsverordnung nach § 42 AufenthG oder zwischenstaatliche Vereinbarung bestimmt ist, dass die Aus- und Weiterbildung ohne Zustimmung der Bundesagentur zulässig ist. § 16c AufenthG ermöglicht Ausländern kurzfristige Mobilität im Rahmen des Studiums. Nach § 16d AufenthG kann dem Ausländer auch zum Zweck der Anerkennung seiner im Ausland erworbenen Berufsqualifikationen eine Aufenthaltserlaubnis zur Durchführung einer Bildungsmaßnahme und der sich daran anschließenden Prüfung erteilt werden. Einem Ausländer wird weiterhin eine Aufenthaltserlaubnis zum Zweck eines Praktikums nach der Richtlinie (EU) 2016/801 erteilt, § 16e AufenthG, wenn die Bundesagentur für Arbeit nach § 39 AufenthG zugestimmt hat oder durch Rechtsverordnung nach § 42 Absatz 1 Nummer 1 AufenthG oder durch zwischenstaatliche Vereinbarung bestimmt ist, dass das Praktikum ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zulässig ist. § 16f AufenthG sieht eine Aufenthaltserlaubnis auch zum Zweck von Sprachkursen und Schulbesuch vor. § 17 AufenthG ermöglicht den Aufenthalt zum Zweck der Suche nach einem Ausbildungs- oder Studienplatz.

#### **4.2.2. Aufenthaltswitzwek Erwerbstätigkeit**

In § 18 AufenthG sind die Grundsätze zum Aufenthaltswitzwek "Erwerbstätigkeit" geregelt. Das Ziel ist es Fachkräfte zu gewinnen, § 18 Abs. 1 AufenthG. Bei den Fachkräften unterscheidet man zwischen Fachkräften mit Berufsausbildung und Fachkräften mit akademischer Ausbildung. Spezielle Voraussetzungen gelten wie ein konkretes Arbeitsplatzangebot und Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit. Eine Befristung findet für max. 4 Jahre statt. Zum Zweck der Erwerbstätigkeit sind verschiedene Aufenthaltserlaubnisse vorgesehen bzw. die ICT - Karte sowie die Mobiler- ICT Karte. Eine Aufenthaltserlaubnis ist vorgesehen für Fachkräfte mit Berufsausbildung, § 18a AufenthG, Fachkräfte mit akademischer Ausbildung, § 18b AufenthG, sowie unter engen Voraussetzungen nach § 18b Abs. 2 eine Blaue Karte EU. Nach § 18d können Forscher eine Aufenthaltserlaubnis erhalten. Dabei ist unterscheiden, ob sie weniger als ein halbes Jahr oder länger als ein halbes Jahr in die Bundesrepublik einreisen. Nach 18 die Aufenthaltsgesetz sind Forscher von einer Pflicht des Aufenthaltstitels bei kurzfristiger Mobilität von weniger als einem halben Jahr innerhalb eines Jahres entbunden. Ein Aufenthaltstitel es jedoch nötig nach § 18f AufenthG für mobile Forscher, die mehr als ein halbes Jahr innerhalb eines Jahres in die Bundesrepublik einreisen. Eine Niederlassungserlaubnis für Fachkräfte wird nach § 18c erteilt. Die Regelung enthält verschiedene Fallgruppen, wonach im Anschluss an einen vorangegangenen Aufenthaltstitel eine Niederlassungserlaubnis erteilt werden kann. Dies gilt beispielsweise für hochqualifizierte Fachkräfte mit akademischer Ausbildung. Eine

Aufenthaltserlaubnis ist ferner möglich nach § 19c für sonstige Beschäftigungszwecke insbesondere Beamte oder Menschen, die keine Fachkräfte sind. Nach § 19 Aufenthaltsgesetz werden auch Aufenthaltserlaubnisse für qualifizierte Geduldete ausgestellt. Weitere Aufenthaltserlaubnisse sind möglich nach § 19e AufenthG für die Teilnahme am europäischen freiwilligen Dienst, § 20 AufenthG für die Arbeitsplatzsuche von Fachkräften oder nach § 21 AufenthG für eine selbständige Tätigkeit. Eine ICT - Karte nach § 19 AufenthG ist für unternehmensintern transferierte Arbeitnehmer vorgesehen. Sie ist anwendbar für längerfristige aber vorübergehende Abordnung eines Arbeitnehmers. Ausnahmen bestehen bei kurzfristiger Abordnung nach § 19a AufenthG. Die Mobiler - ICT Karte, § 19b AufenthG, gilt für unternehmensintern transferierte Arbeitnehmer, die bereits ein Aufenthaltstitel in einem anderen EU Mitgliedstaat haben.

#### **4.2.3. Völkerrechtliche, humanitäre oder politische Gründe**

Nach § 22 AufenthG kann einem Ausländer für die Aufnahme aus dem Ausland aus völkerrechtlichen oder dringenden humanitären Gründen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden. Eine ähnliche Regelung sieht § 23 AufenthG vor, wonach die oberste Landesbehörde aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung der politischen Interessen der Bundesrepublik Deutschland anordnen kann, dass Ausländern aus bestimmten Staaten oder in sonstiger Weise bestimmten Ausländergruppen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden soll. Auch in Fällen, in denen ein Ausländer vollziehbar ausreisepflichtig ist, darf die oberste Landesbehörde nach § 23a AufenthG in Härtefällen anordnen, dass eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird. § 24 AufenthG sieht eine Aufenthaltsgewährung zum vorübergehenden Schutz eines Ausländers vor. Voraussetzung ist der Beschluss des Rates der Europäischen Union gemäß Richtlinie 2001/55/EG, diesen Ausländern vorübergehenden Schutz zu gewähren. Nach § 25 Abs. 1 AufenthG wird einem Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis erteilt, wenn er als Asylberechtigter anerkannt ist. Dies gilt nach § 25 Abs. 2 AufenthG auch, wenn dem Ausländer durch das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge die Flüchtlingseigenschaft nach § 3 Abs. 1 des AsylG oder subsidiärer Schutz nach § 4 Abs. 1 AsylG zuerkannt wurde. Auch in den Fällen des Vorliegens eines Abschiebungsverbots nach § 60 Abs. 5 oder 7 AufenthG soll eine Aufenthaltserlaubnis in der Regel erteilt werden, § 25 Abs. 3 AufenthG. Weitere Rechtsgrundlagen für eine Aufenthaltserlaubnis regeln die § 25 Abs. 4 a und b AufenthG. Einem Ausländer, der vollziehbar ausreisepflichtig ist, kann eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn seine Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist und mit dem Wegfall des Ausreisehindernisses in absehbarer Zeit nicht zu rechnen ist, § 25 Abs. 5 AufenthG. Die Aufenthaltserlaubnis soll erteilt werden, wenn die Abschiebung seit 18 Monaten ausgesetzt ist, §

25 Abs. 5 AufenthG. §§ 25a und 25 b AufenthG sehen Aufenthaltserlaubnisse für Personen vor, die in der Bundesrepublik nachhaltig integriert leben. Sie ist auch für geduldete Personen möglich.

#### **4.2.4. Aufenthaltswitzweck Familiennachzug**

Aufgrund des besonderen Schutzes der Familie in Art. 6 Abs. 1 GG sieht auch das Aufenthaltsgesetz zum Schutz der Familie spezielle Aufenthaltsregeln vor. Besonderen Schutz genießt danach der Nachzug zu Deutschen nach § 28 AufenthG sowie der Familiennachzug zu Ausländern unter den Voraussetzungen des §§ 29 ff AufenthG. Die speziellen Voraussetzungen des Ehegattennachzugs regeln §§ 30 – 31 AufenthG. Spezielle Voraussetzungen des Nachzugs von Kindern sind in §§ 32-35 AufenthG geregelt. Voraussetzung ist, dass die Kinder minderjährig und ledig sind. Die besonderen Voraussetzungen für die Nachzug von Eltern und anderen Familienangehörigen regelt § 36 AufenthG. § 36a AufenthG regelt den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten, also als aus den Gründen nach § 4 AsylG asylberechtigt anerkannten Ausländern.

#### **4.3. Die Niederlassungserlaubnis**

Die Niederlassungserlaubnis ist in § 9 AufenthG geregelt. Voraussetzung ist, dass der Ausländer seit fünf Jahren eine Aufenthaltserlaubnis besitzt, sein Lebensunterhalt gesichert ist und Beiträge zur sozialen Absicherung geleistet wurden. Daneben schließen Gründe der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung oder eine von ihm ausgehende Gefahr die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis aus. Der Ausländer muss außerdem unter anderem über ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache verfügen, sowie über Grundkenntnisse der Rechts und Gesellschaftsordnung, sowie der Lebensverhältnisse im Bundesgebiet. Außerdem muss er ausreichend mit Wohnraum versorgt sein.

#### **4.4. Die Erlaubnis zum Daueraufenthalt- EU und Blaue Karte - EU**

Ihren Ursprung haben die Erlaubnis zum Daueraufenthalt - EU und die Blaue Karte - EU im Recht der Europäischen Union. Die Erlaubnis zum Daueraufenthalt nach § 9a AufenthG ist ein unbefristeter Aufenthaltstitel. Ihre Voraussetzungen sind an die Niederlassungserlaubnis angelehnt. Die Blaue Karte - EU ist in § 18b Abs. 2 AufenthG geregelt. Sie ist ein spezieller Aufenthaltstitel, die einem Ausländer zum Zweck der Ausübung einer seiner Qualifikation angemessenen Beschäftigung erteilt wird. Sie ist für Personen mit dem Status einer Fachkraft mit akademischer Ausbildung vorgesehen. Ziel der Regelung ist es, qualifizierter ausländische Arbeitskräfte erleichtert in das Bundesgebiet aufnehmen zu können.

#### **4.5. ICT- Karte und Mobiler -ICT- Karte**

Die Mobiler-ICT-Karte ist im Kontext europäischer Binnenmobilität zu sehen. ICT-Karte, § 19 AufenthG, und Mobiler-ICT-Karte, § 19b AufenthG, unterscheiden sich wie folgt: Die ICT-Karte wird für unternehmensinterne Transfers von Mitarbeitern außerhalb des Gebiets der EU-Mitgliedstaaten in einen Mitgliedsstaat erteilt. Die Mobiler-ICT-Karte ist ein Aufenthaltstitel, der einem Mitarbeiter, der bereits in einen EU-Mitgliedstaat transferiert wurde, die Möglichkeit geben soll auch im Rahmen eines Transfers nach Deutschland eingesetzt zu werden. Der Namensbestandteil „ICT“ rührt teils aus Nomenklaturvorgaben der ICT-Richtlinie teils handelt es sich um deutschsprachige Ergänzungen.<sup>89</sup>

#### **5. Der rechtswidrige Aufenthalt**

Grund für einen rechtswidrigen Aufenthalt kann die unerlaubte Einreise § 14 AufenthG, sowie das Ende des rechtmäßigen Aufenthaltes unter anderem durch den Ablauf der Geltungsdauer des befristeten Aufenthaltstitels oder Rücknahme und Widerruf des Aufenthaltstitels nach §§ 52, 51 Abs. 1 Nr. 3 und 4 AufenthG sowie nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz sein. Ferner kann der rechtmäßige Aufenthalt durch Ausweisung nach §§ 53-55 AufenthG enden. Einen Überblick über die Möglichkeiten der Beendigung des rechtmäßigen Aufenthaltes gibt § 51 Abs. 1 AufenthG. Unmittelbare Folge des Ende des rechtmäßigen Aufenthaltes ist Pflicht des Ausländers zur Ausreise, § 50 AufenthG.

#### **6. Die Ausweisung**

Das neue Ausweisungsrecht ist am 1.1.2016 in Kraft getreten.<sup>90</sup> Die Ausweisung ist in § 53 Abs. 1 AufenthG geregelt. Eine Ausweisung eines Ausländers kommt nur in Betracht, wenn sein Aufenthalt die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die freiheitlich demokratische Grundordnung oder sonstige erhebliche Interessen der Bundesrepublik gefährdet. Diese Schutzgüter werden durch § 54 AufenthG zu vertypen Ausweisungsinteressen konkretisiert und zugleich gewichtet. Dies verdeutlicht, an welches Fehlverhalten eine Ausweisung geknüpft werden kann. Daneben bedarf es der Feststellung einer ebenfalls im konkreten Einzelfall vorliegenden

<sup>89</sup> Klaus ZAR 2017, 257(259).

<sup>90</sup> Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts unter Aufenthaltsbeendigung vom 27.7.2015 BGBl I 2015 Seite 1386.

Wiederholungsgefahr. Im Fall des § 53 Abs. 3 bis Abs. 4 AufenthG ist vorgesehen, dass eine Ausweisung erhöhte Anforderungen an das Gewicht der drohenden Rechtsgutverletzung voraussetzt. Diesen staatlichen Interessen in § 54 AufenthG sind die ebenfalls normierten, ebenso typisierten und gewichteten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Bundesrepublik gegenüberzustellen, sog. Bleibeinteressen § 55 AufenthG. § 53 Abs. 2 AufenthG verlangt eine Abwägung sämtlicher den Fall prägenden Umstände hinsichtlich ihrem Gewicht im konkreten Einzelfall. Eine Ausweisung kann nur dann stattfinden, wenn das Ausweisungsinteresse das Bleibeinteresse überwiegt.<sup>91</sup>

Rechtsfolge der Ausweisungsverfügung ist ein rechtswidriger Aufenthalt im Bundesgebiet.

## **7. Die Abschiebung**

Die Durchsetzung der Ausreisepflicht im Rahmen eines rechtswidrigen Aufenthaltes erfolgt im Falle einer unerlaubten Einreise, § 14 AufenthG, durch Zurückschiebung nach § 57 AufenthG. Auf die Zurückschiebung finden einige Regelungen der Abschiebung (§ 58 AufenthG) Anwendung. Im Falle des ursprünglich rechtmäßigen Aufenthaltes wird nach Entstehen der Ausreisepflicht nach § 50 AufenthG die Ausreisepflicht durch Abschiebung nach § 58 AufenthG durchgesetzt. Voraussetzung ist nach § 58 Abs. 1 AufenthG, zunächst dass die Ausreisepflicht vollziehbar ist. Eine freiwillige Ausreise geht immer vor. Deshalb ist für eine Abschiebung immer Voraussetzung, dass die freiwillige Erfüllung der Ausreisepflicht nicht gesichert ist oder aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung eine Überwachung der Ausreise erforderlich erscheint. Wann die Ausreisepflicht vollziehbar ist, regelt § 58 Abs. 2 AufenthG. § 58 Abs. 3 AufenthG regelt die Fälle, in denen eine Überwachung der Ausreise erforderlich ist. Die Aufzählung ist nicht abschließend. Die Abschiebung ist nach § 59 AufenthG unter Bestimmung einer angemessenen Frist für die freiwillige Ausreise anzudrohen.

Eine Abschiebung findet hingegen nicht statt, wenn ein Abschiebungsverbot nach § 60 AufenthG besteht. Danach darf ein Ausländer u.a. nicht in einen Staat abgeschoben werden, in dem sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Religion, Nationalität, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung bedroht ist. Dies gilt auch für Asylberechtigte und Ausländer, denen die Flüchtlingseigenschaft unanfechtbar zuerkannt wurde. Wird in diesen Fällen kein Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen erteilt, besteht die Möglichkeit, die Abschiebung vorübergehend nach § 60 a AufenthG auszusetzen. Aus dieser Duldung entsteht kein rechtmäßiger Aufenthalt. Die Duldung ist kein Aufenthaltstitel und die Ausreisepflicht besteht weiterhin.

<sup>91</sup>Bauer/ Beichel-Benedetti NVwZ 2016, 416.

## 8. Verfahrenshinweise

Die Zuständigkeit für einzelne Aufgaben nach dem Aufenthaltsgesetz ist § 71 AufenthG zu entnehmen. Viele Verwaltungsakte, wie die Ausweisung u.ä. unterliegen nach § 77 dem Schriftformerfordernis. Besondere Formvorschriften gibt es auch bzgl. verschiedener Aufenthaltstitel, § 78, 78a AufenthG. § 80 AufenthG regelt die Handlungsfähigkeit im aufenthaltsrechtlichen Verfahren. Voraussetzung ist die Volljährigkeit des Ausländers, § 80 AufenthG, wie auch im Asylverfahren, §12 AsylG. Aufenthaltstitel werden in der Regel gem. § 81 AufenthG nur auf Antrag ausgestellt. § 82 AufenthG regelt Mitwirkungsobliegenheiten des Ausländers im aufenthaltsrechtlichen Verfahren. §§ 83 ff AufenthG regeln Besonderheiten zum Rechtsschutz.

- Erläutern Sie die Bedeutung eines „Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt“.
- Welches Ziel hat das Aufenthaltsgesetz ?
- Welche Funktion hat ein Aufenthaltstitel ?
- Was bedeutet „jus sanguinis“ ? Was unterscheidet es vom jus loci ?
- Wie kann ein Ausländer die deutsche Staatsangehörigkeit erhalten ?
- Welche Gründe können für einen rechtswidrigen Aufenthalt eines Ausländers vorliegen ?
- In welchen Fällen ist ein Ausländer zur Ausreise aus der Bundesrepublik verpflichtet ?
- Wie nennt man die zwangsweise Durchsetzung der Ausreisepflicht eines Ausländers ?
- Beschreiben Sie eine Einreise im aufenthaltsrechtlichen Sinne in die Bundesrepublik.
- Erläutern Sie den Schutzbereich des Art. 16a GG.
- Erläutern Sie den Grundrechtsschutz der EU- Staatsangehörigen durch das Grundgesetz der BRD.
- Welche Aufenthaltsw Zwecke nach dem AufenthG gibt es ?
- Erläutern Sie den Zusammenhang zwischen Ausweisung, Abschiebung, Duldung und einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen.

## Kapitel 4 Grundlagen des Strafrechts

### Orientierungsfragen

- Was ist Strafrecht ?
- Welche besonderen verfassungsrechtlichen Grundlagen hat das Strafrecht ?
- Was ist eine Straftat ?
- Wo ist Strafrecht geregelt ?
- Gibt es eine „Berufsstrafbarkeit“ für Sozialarbeiter und Sozialarbeiterinnen ?

Zentrale Kodifizierung des Strafrechts ist das Strafgesetzbuch und die Strafprozessordnung. Während das StGB die Voraussetzungen der Strafbarkeit im Hinblick auf das konkrete Tun oder Unterlassen regelt und die zentrale Konkretisierung des Grundsatzes „Keine Strafe ohne Gesetz“ Art 103 GG darstellt, befasst sich die StPO mit dem Verfahren, das zur Verhängung der Strafe führen kann. Die Strafvollzugsgesetze des Bundes und der Länder regeln schließlich, wie eine Strafe bei Erwachsenen und Jugendlichen vollzogen wird. Die Verfassung widmet dem Strafrecht nicht nur mit dem Rechtsstaatsprinzip, sondern auch mit den speziellen Rechten aus Art. 103 und Art. 104 GG spezielle Aufmerksamkeit. In keinem anderen Rechtsgebiet hat ein Eingriff des Staates so unmittelbar fühlbare Folgen, wie im Strafrecht.

Art. 103 GG regelt in seinem Absatz 1 den Anspruch auf rechtliches Gehör vor den Gerichten. Art. 103 Abs. 2 GG verlangt, dass niemand bestraft wird, ohne dass dafür eine gesetzliche Grundlage existiert. Aufgrund dieser Regelung wird der Vorrang der Auslegung nach dem Wortlaut für die Auslegung strafrechtlicher Normen postuliert. Art. 103 Abs. 3 GG regelt schließlich das Verbot der Doppelbestrafung. Art. 104 GG konkretisiert Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG, die (körperliche Bewegungs-) Freiheit der Person. Er enthält verfassungsrechtliche Vorgaben für alle Formen der Freiheitsentziehung. So darf die Freiheit nur in einer gesetzlich vorgesehenen Form entzogen werden. Darüber hinaus gilt für Freiheitsentziehungen ein Richtervorbehalt, soweit die Freiheitsentziehung länger dauert als bis zum Ende des Tages nach ihrem Beginn, also maximal bis knapp 48 Stunden. Jeweils bis zum Ende des auf den Beginn der Freiheitsentziehung folgenden Tages ist der Betroffene freizulassen. Dabei ist der Betroffene spätestens am Tag nach Beginn der Freiheitsentziehung dem Richter vorzustellen. Aber auch der Richter soll „kontrolliert“ werden: Art. 104 Abs. 4 GG soll dem schlichten Verschwinden von Personen vorbeugen, indem er fordert, dass von richterlich angeordneten Freiheitsentziehungen ein Angehöriger oder eine Person des Vertrauens benachrichtigt wird.

## 1. Die Straftat

Das mit Strafe bedrohte Verhalten ist, mit Ausnahme des sog. Nebenstrafrechts,<sup>92</sup> im StGB geregelt. Dort bringt der Gesetzgeber durch abstrakte Umschreibungen menschlichen Verhaltens zum Ausdruck, welches Verhalten zu Strafe führt.<sup>93</sup> Diese Regelungen werden auch als Tatbestand (der Strafbarkeit) bezeichnet. Das bloße Vorliegen des Tatbestandes des Strafgesetzes führt nicht sofort zur Strafbarkeit. Rechtsgüterkonflikte werden durch Rechtfertigungsgründe gelöst. Rechtfertigungsgründe erlauben das grundsätzlich verbotene Verhalten ausnahmsweise und lassen dadurch den Unrechtsvorwurf entfallen. Liegen Rechtfertigungsgründe vor, hat der Täter den Boden der Rechtsordnung nicht verlassen. Das verletzte Rechtsgut wurde nur um den Preis des Schutzes eines anderen Rechtsgutes angegriffen, sodass der Täter die Rechtsordnung in ihrem Bestand verteidigt.

Strafbar ist die rechtswidrige Tat, also eine Tat, der keine Rechtfertigungsgründe zu Gute kommen, allerdings nur, wenn dem Täter die Tat persönlich vorgeworfen werden kann. Dafür muss der Täter schuldhaft gehandelt haben.

Straftatbestände unterscheiden objektive und subjektive Tatbestandselemente. Der objektive Tatbestand beschreibt einen nach außen sichtbaren Vorgang, eine Handlung, Unterlassung und ggf. eine dadurch eingetretene Rechtsgutverletzung. Soweit die Handlung oder Unterlassung zur Verwirklichung einer Rechtsgutverletzung führt, muss diesbezüglich ein Verursachungszusammenhang festgestellt werden. Dies erfolgt zunächst im Sinne der Äquivalenztheorie. Da diese Theorie alle Ursachen unabhängig von Typik oder Atypik erfasst und Kausalverläufe auf diese Weise nicht begrenzbar sind, wird die Kausalität durch die sog. objektive Zurechnung begrenzt: völlig atypische Folgen des Verhaltens des Täters können diesem nicht objektiv zugerechnet werden. Hier handelt es sich um eine wertende Entscheidung auf der Grundlage von Wahrscheinlichkeitseinschätzungen.

Der subjektive Tatbestand unterscheidet Vorsatz und Fahrlässigkeit. Nach außen sind diese inneren Haltungen des Täters nicht sichtbar. Der Täter handelt vorsätzlich, wenn er möchte dass die Tat geschieht und ihre Folgen eintreten. Dabei genügt es, dass der Täter dies billigend in Kauf nimmt. In der Regel sind nur vorsätzliche Taten strafbar. Darüber hinaus sind fahrlässige Taten strafbar, wenn ihre Strafbarkeit gesetzlich ausdrücklich bestimmt ist, vgl. bspw. § 229 StGB. Bei Fahrlässigkeit unterlässt der Täter die im Verkehr erforderliche Sorgfalt und die von ihm

<sup>92</sup> Strafrecht, das nicht im StGB geregelt ist, wie bspw. §§ 29 ff BTMG (Betäubungsmittelgesetz).

<sup>93</sup> Zur Struktur der Straftat Trenczek/ Tammen et al, Grundzüge des Rechts 4. A. 2014 S. 675 ff.

persönlich zu erwartende Sorgfalt. Im Unterschied zum Zivilrecht gilt hier ein individualisierter Maßstab für die Sorgfalt. Das individuell erforderliche Maß an Sorgfalt kann das allgemein übliche Maßstab auch übertreffen. Gelegentlich fordert das Gesetz eine spezielle Absicht, vgl. § 242 StGB (Absicht [rechtswidriger] Zueignung). Unter Absicht wird der zielgerichteter Erfolgswille verstanden.

Die Tat ist nicht rechtswidrig, wenn Rechtfertigungsgründe vorliegen. Diese können der gesamten Rechtsordnung entspringen. Oft genügt die Zustimmung oder das Einverständnis des Geschädigten um die Rechtswidrigkeit auszuschließen. Vgl. dazu die Einwilligung in die Körperverletzung § 223, 228 StGB.<sup>94</sup> Eine Einwilligung setzt nicht voraus, dass die einwilligende Person geschäftsfähig ist. Es ist ausreichend, wenn die Person nach ihrer geistigen und sittlichen Reife in der Lage ist, Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und seiner Gestattung zu verstehen und danach zu handeln (natürliche Einsichtsfähigkeit).<sup>95</sup>

Auch Notwehr stellt einen Rechtfertigungsgrund dar, § 32 StGB. Zu beachten ist, dass eine Überschreitung des Notwehrrechts (nur) zu einem Entfallen des Schuldvorwurfs nach § 33 StGB führt. Der rechtfertigende Notstand ist in § 34 StGB geregelt. Hier ist die Abwehr einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr an eine Güterabwägung geknüpft. Gerechtfertigt ist die Abwehr nur, wenn das geschützte Interesse das beeinträchtigte Rechtsgut wesentlich überwiegt.

Die Schuld beantwortet die Frage nach der persönlichen Vorwerfbarkeit der Tat. Die Schwere der Schuld ist nach § 46 StGB Grundlage der Strafzumessung. Kinder sind nach § 19 StGB schuldunfähig. Jugendliche und Erwachsene sind, vgl. a §§ 1, 3, 5 JGG, grundsätzlich schuldfähig. Die Schuld entfällt nur unter den Voraussetzungen des § 20 StGB, also bei Störungen der Geistestätigkeit. Die „actio libera in causa“ verlagert jedoch in besonderen Fällen die Verantwortlichkeit auf einen Zeitpunkt vor der Tat. Dies ist der Fall, wenn der Täter im schuldfähigen Zustand ein Geschehensablauf in Gang setzt, der zu einer rechtswidrigen Tat im schuldunfähigen Zustand führt.

Im Einzelnen führt die überaus filigrane Irrtumslehre des Strafrechts auch zum Entfallen einzelner Elemente der Straftat und damit zur Strafflosigkeit.<sup>96</sup>

<sup>94</sup> BeckOK StGB/Eschelbach StGB § 223 Rn. 35.

<sup>95</sup> BeckOK StGB/Eschelbach StGB § 228 Rn. 13.

<sup>96</sup> Trenczek/ Tammen et al, Grundzüge des Rechts, 4.A. 2014, S. 677.

## 2. Unterlassungsdelikte

Straftaten können auch durch Unterlassung begangen werden.<sup>97</sup> Die echten Unterlassungsdelikte können von jedermann nur durch Unterlassen begangen werden, vgl. a. §§ 138, 323c StGB. Daneben können alle Tatbestände, die durch aktives Tun verwirklicht werden, auch durch Unterlassen verwirklicht werden, sog. unechte Unterlassungsdelikte. Strafbar ist jedoch nur derjenige, der rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt. Dem Täter muss aufgrund ihrer besonderen Beziehung, die als Garantenstellung bezeichnet wird, eine spezielle Rechtspflicht zum Tätigwerden haben. Diese Rechtspflicht kann sich aufgrund einer besonderen Verantwortlichkeit für besondere Gefahrenquellen oder aus der Rechtspflicht zum Schutz eines bestimmten Rechtsgutes vor unbestimmt vielen Gefahren ergeben. Ein derartiges Beispiel bietet § 8a SGB VIII für die im Kinder- und Jugendschutz tätigen Personen.

## 3. Täterschaft und Teilnahme

Straftaten können als Täter oder Teilnehmer begangen werden.<sup>98</sup> Täter ist diejenige Person, die die Tatherrschaft innehat, vgl. a. § 25 StGB. Hier gibt es die Allein- und Mittäterschaft, sowie den mittelbaren Täter, der die Tat durch einen anderen als schuldunfähiges oder gutgläubiges Werkzeug begeht. Teilnehmer einer Tat ist der Anstifter, § 26 StGB. Auch Beihilfe, § 27 StGB, ist eine Form der Teilnahme an einer Straftat. Der Teilnehmer ist alleine nicht in der Lage die Straftat zu verwirklichen. Er verfügt nicht über die Tatherrschaft, also die Macht, die Tat in die Realität umzusetzen.

## 4. Zum Beispiel: § 203 StGB Verletzung von Privatgeheimnissen

In § 203 Abs. 1 und 2 StGB sind zwei unterschiedliche Straftatbestände zu unterscheiden. Nach § 203 Abs. 1 StGB können sich Personen strafbar machen, die als Angehörige bestimmter Berufsgruppen ein besonderes Vertrauen ihrer Klienten, Mandanten, Patienten genießen. Zu diesen Berufsgruppen gehören auch die staatlich anerkannten Sozialarbeiter und Sozialpädagogen, § 203 Abs. 1 Nr. 5 StGB. Nach § 203 Abs. 2 StGB können sich bestimmte Amtsträger strafbar machen. Allerdings kann sich ein Täter, auf den beide Tatbestände zutreffen, nach beiden Rechtsgrundlagen strafbar machen. In diesem Fall liegt allerdings nur eine Tat vor.<sup>99</sup> Das Verhältnis der beiden Regelungen zueinander ist strittig.<sup>100</sup> In beiden Fällen ist es unter

<sup>97</sup> Trenczek/ Tammen et al, Grundzüge des Rechts, 4.A. 2014, S. 684.

<sup>98</sup> Trenczek/ Tammen et al, Grundzüge des Rechts, 4.A. 2014, S. 686.

<sup>99</sup> BeckOK StGB/Weidemann StGB § 203 Rn. 52.

<sup>100</sup> Sauer in: HSRB Teil 3 Rn. 51.

Androhung von Strafe verboten, fremde Geheimnisse, die ihnen in Ausübung einer besonderen Tätigkeit anvertraut wurden, unbefugt zu offenbaren. Schutzgut ist in erster Linie das individuelle Recht auf informationelle Selbstbestimmung.<sup>101</sup>

#### **4.1. Berufsbezogene Strafbarkeit § 203 Abs. 1 StGB**

§ 203 Abs. 1 S. 1 StGB regelt die Strafbarkeit einiger Berufsgruppen wegen der Weitergabe fremder Geheimnisse.

##### **4.1.1 Tatbestand § 203 Abs. 1 StGB**

Die Strafbarkeit nach § 203 Abs. 1 StGB kann nur vorliegen, wenn der Täter den in Abs.1 genannten Berufsgruppen angehört. Dazu gehören bspw.:

- Ehe-, Familien-, Erziehungs- oder Jugendberater, Berater für Suchtfragen in einer staatlich oder anderweitig öffentlich anerkannten Beratungsstelle sowie Mitglieder oder Beauftragte einer anerkannten Beratungsstelle nach dem Schwangerschaftskonfliktgesetz, ohne dass es auf deren konkrete berufliche Qualifikation ankommt (§ 203 Abs. 1 Nr. 4, 5 StGB)
- staatlich anerkannte Sozialarbeiter und -pädagogen (§ 203 Abs. 1 Nr. 6 StGB).

Geschützt werden „Geheimnisse“. Geheimnisse sind zum persönlichen Lebensbereich gehörende Tatsachen, die nur einem beschränkten Personenkreis bekannt sind und an deren Geheimhaltung derjenige, den sie betreffen, ein von seinem Standpunkt aus, sachlich begründetes Interesse hat. Ein Geheimnis muss personenbezogen sein. Es kann sich aber auf jeden Lebensbereich beziehen.<sup>102</sup> Dabei kann es sich auch lediglich um die Tatsache des Bezugs von Sozialleistungen (bspw. nach dem SGB II) handeln.

Dass es sich um ein Geheimnis handelt, ist nicht ausreichend. Dieses Geheimnis muss dem Berufsträger „anvertraut“ oder „bekannt“ geworden sein. Anvertrauen ist die Mitteilung unter der (ausdrücklichen oder sich aus den Umständen ergebenden) Anforderung des Geheimhaltens, Bekanntwerden die Kenntniserlangung eines Geheimnisses im Rahmen einer gerade durch die Berufsausübung geschaffenen Gelegenheit.

Es genügt dabei nicht, dass die Kenntniserlangung in irgendeiner sozialen Konstellation erfolgt. Die Geheimnisse müssen einer Person „als“ Berufsträger anvertraut oder bekannt geworden sein.

Strafbar ist die „Offenbarung“ des Geheimnisses. Dafür genügt jede Mitteilung. Die Mitteilung kann ausdrücklich, durch schlüssiges Verhalten oder, bei Bestehen einer Garantienpflicht, durch

<sup>101</sup> BVerfG 14.12.2001 - 2 BvR 152/01 Rn. 10.

<sup>102</sup> Sauer in: HSRB Teil 3 Rn. 44.

Unterlassen<sup>103</sup> erfolgen.<sup>104</sup> Geeigneter Adressat der Offenbarung ist jeder Dritte, der das Geheimnis oder die Einzelangabe noch nicht kennt.

#### **4.1.2. Rechtfertigungsgründe**

Strafbar macht sich nur, wer ein fremdes Geheimnis „unbefugt“ offenbart. Eine Befugnis zur Offenbarung rechtfertigt eine Schweigepflichtverletzung.<sup>105</sup>

#### **4.2. Strafbarkeit von Amtsträgern § 203 Abs. 2 StGB**

Die Strafbarkeit nach dem Tatbestand des § 203 Abs. 2 StGB ist unabhängig von der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Berufsgruppe. Strafbar nach dieser Regelung sind Beamte, § 11 Abs. 1 Nr. 2 a StGB und zur Wahrnehmung von Aufgaben öffentlicher Verwaltung bestellte Angestellte § 11 Abs. 1 Nr. 4 a StGB.<sup>106</sup>

Auch hier ist das Geheimnis, wie in Abs. 1, geschützt. Darüber hinaus sind sonstige Einzelangaben, die persönliche oder sachliche Verhältnisse eines anderen betreffen, geschützt. Dies erfasst auch Angaben ohne Geheimnischarakter.<sup>107</sup> Der Schutz bezieht sich aber nicht auf sog. offenkundige Daten, also Informationen, über die sich „verständige Menschen aus zuverlässigen Quellen (...) ohne besondere Fachkunde unterrichten können (...), ferner Tatsachen hinsichtlich derer die Rechtsordnung selbst durch Auskunfts- oder Einsichtsrechte Zugang gewährt“.<sup>108</sup>

Auch hier setzt der Tatbestand ein „Anvertrauen“ oder „Bekanntwerden“, sowie einen funktionalen Zusammenhang dieser Handlungen mit der Amtsausübung voraus. (Vgl. oben.)

Der Offenbarungsbegriff des § 203 Abs. 2 StGB wird abweichend von Abs. 1 ausgelegt. Die Geheimnisse werden hier nicht einem bestimmten Amtsträger, sondern der Behörde anvertraut.

<sup>103</sup> BeckOK StGB/Weidemann § 203 Rn. 31.

<sup>104</sup> Sauer in: HSRB Teil 3 Rn. 48.

<sup>105</sup> Kargl in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch 4. Auflage 2013 § 203 StGB Rn. 50. Anders für die Einwilligung BeckOK StGB/Weidemann StGB § 203 Rn. 33.

<sup>106</sup> Sauer in: HSRB Teil 3 Rn. 39.

<sup>107</sup> Sauer in: HSRB Teil 3 Rn. 45.

<sup>108</sup> Sauer in: HSRB Teil 3 Rn. 45.

Von einem Offenbaren wird deshalb nur ausgegangen, wenn das Geheimnis die Behörde verlassen hat.<sup>109</sup>

### 4.3. Unbefugtes Offenbaren

Nach § 203 Abs. 1 oder 2 StGB ist nur strafbar macht sich nur, wer ein fremdes Geheimnis unbefugt offenbart.<sup>110</sup> Rechtfertigend wirken also alle Offenbarungsbefugnisse.

Dies können sein:

- die Einwilligung des Betroffenen
- die gesetzlichen Anzeige- oder Meldepflichten bspw. § 138 StGB, § 158 StPO, § 8 IfSG
- die Zeugnispflicht beim Fehlen eines Zeugnisverweigerungsrechts, bspw. das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 Abs. 1 Nr. 3, 3 a und b StPO, das verfassungsrechtliche Zeugnisverweigerungsrecht,<sup>111</sup> das sozialdatenschutzrechtliche Zeugnisverweigerungsrecht aus § 35 Abs. 3 SGB I
- eine gerichtliche Anordnung bspw. zur Duldung einer Untersuchung als Befugnis zur Aussage des Sachverständigen<sup>112</sup>
- der gerichtliche Amtsermittlungsgrundsatz bei gesetzlicher Regelung einer Offenbarungspflicht (bspw gem. § 18 Abs. 3 S. 4 SGB VIII)<sup>113</sup>
- das Erziehungsrecht der Eltern
- die spezialgesetzlichen Offenbarungspflichten (bspw. § 182 Abs. 2 StrafvollzG, § 56 d Abs. 1 StGB, § 24 Abs. 1 S. 1 JGG, § 56 d Abs. 3 S. 3 und 4 StGB, § 25 S. 2 und 3 JGG)
- die Übermittlungsbefugnisse aus dem Datenschutzrecht BDSG, Landesdatenschutzgesetze, SGB X und SGB I.

#### Wiederholungsfragen

- Erläutern Sie die Begriffe Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld im Kontext des Strafrechts.
- Nennen Sie Rechtfertigungsgründe !

<sup>109</sup> Sauer in: HSRB Teil 3 Rn. 52.

<sup>110</sup> Sauer in: HSRB Teil 3 Rn. 52.

<sup>111</sup> Grundsätzlich anerkannt durch BVerfG 31. Mai 1988 – 2 BvR 367/88 Rn. 2.

<sup>112</sup> BGH 21.10.2008 – 1 StR 536/08.

<sup>113</sup> OLG Stuttgart 17. Mai 2006– 1 Ws 128/06 Rn. 4.

- Was unterscheidet die Täterschaft von der Teilnahme ?
- Erläutern Sie die strafrechtliche Garantenstellung !
- Erläutern Sie die Bedeutung der Tatbestandsmerkmale „Geheimnis“ und „Offenbarung“ des § 203 StGB



## **Buch IV Grundzüge des Sozialrechts**

### **Kapitel 1 Das System des Sozialrechts**

#### Orientierungsfragen

- Welche Risiken decken die deutschen Sozialleistungssysteme ab ?
- Welche Sozialleistungsträger gibt es?
- Was ist Sozialrecht ?
- Welche Bücher enthält das Sozialgesetzbuch ?

#### **1. Das gegliederte Sozialleistungssystem**

Die Bundesrepublik Deutschland verfügt über ein sehr ausdifferenziertes Sozialleistungssystem. Die einzelnen beteiligten Institutionen des Systems zeichnen sich durch hohe Spezialisierung aus. Weithin bekannte Akteure dieses Systems sind die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung, der Arbeitslosenversicherung. Ferner gibt es die Rentenversicherungsträger und die Träger der Sozialen Pflegeversicherung. Sie bilden den Schwerpunkt sozialer Absicherung. Die Arbeitnehmer - in der Regel sind es Arbeitnehmer - sind gesetzlich verpflichtet (z.B. § 5 I Nr. 1 SGB V, § 1 Nr. 1 SGB VI, §§ 24 I, 25 I SGB III) in diesen Versichertengemeinschaften Mitglied zu sein. Die Versicherungsleistungen werden aus Beiträgen der Arbeitnehmer und ihrer Arbeitgeber finanziert.<sup>114</sup> Anders als in den privaten Versicherungen, in denen ausschließlich das individuelle Risiko des Eintritts eines Versicherungsfalles abgesichert wird und der Beitrag sich nach dieser Risikohöhe richtet, richten sich die Beiträge in diesen gesetzlichen bzw. sozialen Versicherungszweigen nach der finanziellen Leistungsfähigkeit des Mitglieds (sog. Solidarprinzip).<sup>115</sup> Innerhalb des gegliederten Sozialleistungssystems bilden die gesetzlichen bzw. sozialen Versicherungszweige eine Art „Mittelschicht“, die die häufigsten Lebensrisiken absichern. Sie sind beitrags- (Ausnahme: Bundeszuschüsse), nicht steuerfinanziert. Sie sind außerdem einem selbstständigen Haushalt, der neben dem allgemeinen staatlichen Haushalt steht, zugeordnet. Zwar sind diese Einheiten in der Regel Körperschaften des öffentlichen Rechts (§ 29 I SGB IV) und somit Träger mittelbarer Staatsverwaltung, jedoch sind sie aus dem eigentlichen

<sup>114</sup>Kessler in: Fasselt/ Schellhorn (Hrsg.), Handbuch der Sozialrechtsberatung - HSRB, Teil 1 Einführung Rz. 5; Waltermann, Sozialrecht, 6. Auflage, 2006, § 5 Rz. 63.

<sup>115</sup>Igl/ Welti, Sozialrecht, § 2 Rz. 7.

Staatshaushalt ausgegliederte eigenständige Rechtssubjekte. Eine vorgelagerte Ebene sozialer Sicherung, die vorrangig vor den Sozialversicherungsträgern für besondere Risiken einzutreten hat, sind die sozialen Versorgungssysteme.<sup>116</sup> Gesetzliche Grundlage ist bspw. Das SGB XIV (ab 2024, bis dorthin das Bundesversorgungsgesetz) und die Gesetze, die darauf verweisen, wie das Soldatenversorgungsgesetz 2024. Für den Bereich sozialer Versorgung ist es charakteristisch, dass der Leistungsberechtigte ein besonderes Opfer für den Staat erbrachte<sup>117</sup> und der Staat selbst eine besondere Verantwortung für den Eintritt des sozialen Risikos wie Krankheit, Tod, Behinderung o.ä. trägt bzw. anerkennt (z. B. Soldatenversorgung, Opferentschädigung). Entsprechend ist es für das Eingreifen des sozialen Sicherungssystems „Versorgung“ von ausschlaggebender Bedeutung, aus welchem Grund ein Schadensfall wie „Krankheit“ oder „Behinderung“ eintrat. Die soziale Versorgung soll nur Schäden ersetzen, in denen sich das vom Staat verantwortete besondere Risiko verwirklicht hat.<sup>118</sup> In diesem Fall ist dann in der Regel kein anderer Sozialleistungsträger verpflichtet, Leistungen zu erbringen. Ein ähnliches „Entschädigungssystem“ bietet die Gesetzliche Unfallversicherung. Sie löst die Haftpflicht der Arbeitgeber für (Körper-)Schadensfälle ab, die Arbeitnehmern bei der Ausübung ihrer Arbeit für den Arbeitgeber zustoßen. Sie ist eine Art „Haftpflichtversicherung für Arbeitgeber“, die statt der Schadensersatzansprüche ihrer Arbeitnehmer ausgesetzt zu sein, (§ 104 SGB VII) gemeinsam und ohne Arbeitnehmeranteil in eine Versicherung einzahlen, um durch die Arbeitstätigkeit entstandene Körperschäden des Arbeitnehmers abzugelten. Hier trägt der Arbeitgeber eine gesteigerte Verantwortung für den Eintritt des Schadensfalles beim Arbeitnehmer. Dies ähnelt einer Entschädigung bei der der Staat eine gesteigerte Verantwortung für den Eintritt des Risikos trägt. Gegenüber den anderen Arbeitnehmerversicherungen (insbesondere Gesetzliche Krankenversicherung, Gesetzliche Rentenversicherung) besteht die Besonderheit darin, dass der Versicherungs- oder Leistungsfall erst dann eintritt, wenn feststeht, dass der Schaden aufgrund eines versicherten Verhaltens entstand. D.h. die Gesetzliche Unfallversicherung und auch das soziale Versorgungsrecht verlangen, dass der Schaden aus dem versicherten bzw. geschützten Verhalten kausal (ursächlich) entstanden ist.<sup>119</sup> Die Gesetzliche Krankenversicherung hingegen versichert einen Körperschaden egal aufgrund welchen Verhaltens oder welcher Ursache der Schaden eintrat.<sup>120</sup> Sowohl Sozialversicherung als auch soziale Versorgung sind gegenüber den Fürsorgeleistungen vorrangig, da sie allgemeine Lebensrisiken nach dem Versicherungsprinzip bzw. Entschädigungsprinzip abdecken und nicht den vorrangigen Einsatz eigener Mittel verlangen. Für das Verhältnis der Leistungspflichten der verschiedenen Träger zueinander gilt: usachenabhängig gewährte (kausale) Sozialleistungen gehen denjenigen Sozialleistungen vor, die

<sup>116</sup>Kessler in: Fasselt/ Schellhorn (Hrsg.), HRSB, Teil 1 Einführung Rz. 6.

<sup>117</sup>Kessler in: Brühl u.a., HRSB, Teil 1 Kap. 1 Rz. 6.

<sup>118</sup>Igl/ Welti, Sozialrecht, § 2 Rz. 14.

<sup>119</sup>Zur finalen und kausalen Leistungsstruktur z.B. Waltermann, Sozialrecht, § 5 Rz. 66; Igl/ Welti, Sozialrecht, § 2 Rz. 4.

<sup>120</sup>Igl/ Welti, Sozialrecht, 8. Auflage, 2007, § 2 Rz. 3.

ursachenunabhängig und ausschließlich zielgerichtet (final) gewährt werden. Bei ursachenunabhängig und ausschließlich zielgerichteten (finalen) Leistungen ist nach der Anrechnung eigener Mittel zu differenzieren. Vorrangig sind diejenigen Leistungen, die keine Einkommensanrechnung vorsehen. Ist Bedürftigkeit des Leistungsberechtigten Voraussetzung für eine Leistung, so ist dieser Träger nachrangig verpflichtet. Die zuständigen Träger leisten nur wenn keine Ansprüche gegen Versicherungs- oder Versorgungsträger bestehen.

Ob eine Person zum versicherten Personenkreis eines Sozialversicherungsträgers gehört, ist anhand der jeweils einschlägigen Spezialgesetze des Sozialgesetzbuches zu prüfen. Dasselbe gilt für die Deckung der Leistungsbedarfe seitens eines Versorgungsträgers.

Die Fürsorgesysteme bilden das über Sozialversicherung und Versorgung hinausgehende Auffangnetz.<sup>121</sup> Wenn eine Person eine Sozialleistung nicht erhalten kann, weil sie weder zum leistungsberechtigten Personenkreis der Versorgungsträger noch der Versicherungsträger gehört, bzw. ein durch diese Träger erfasster Leistungsfall bzw. Versicherungsfall nicht vorliegt, oder eine Leistung begehrt wird, die nicht zum Leistungskatalog der Versorgungs- und Versicherungsträger gehört, wird regelmäßig als letzte Möglichkeit einer Hilfe das Leistungsangebot der Fürsorgeträger zu prüfen sein. Kennzeichnend für diese Leistungen ist dann auch regelmäßig die Abhängigkeit der Leistungspflicht der Träger von der finanziellen Bedürftigkeit der hilfesuchenden Person.<sup>122</sup> Die Fürsorgeträger sind in aller Regel kommunale Gebietskörperschaften. Daneben auch die Bundesagentur für Arbeit, die Arbeitsgemeinschaften zwischen ihnen und den kommunalen Trägern, sowie nach Landesrecht bestimmte, verschiedene Körperschaften des öffentlichen Rechts. Die wichtigsten Beispiele der Fürsorgeleistungen sind die Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende und dauerhaft erwerbsgeminderte sowie für alte Menschen, die Sozialhilfe und die Kinder- und Jugendhilfe.

Einen kompakten Überblick über das gegliederte Sozialleistungssystem bieten §§ 18 bis 29 SGB I, die sowohl Leistungen als auch die verantwortlichen Leistungsträger kurz bezeichnen.

## **2. Der Sozialrechtsbegriff**

Neben dieser am Gesetz orientierten Beschreibung des Gegenstandes des Sozialrechts, die gleichzeitig die wichtigsten Akteure und Strukturen darstellt, stellt sich die Frage, nach dem Begriff des Sozialrechts. Was Sozialrecht ist, ist nicht gesetzlich definiert. Man arbeitet zur Orientierung mit zwei unterschiedlichen Begriffen, die unterschiedliche Hintergründe und Zielsetzungen haben.

<sup>121</sup>Igl/Welti, Sozialrecht, § 3 Rz. 19.

<sup>122</sup>Kessler in: Fasselt/ Schellhorn (Hrsg.) HSRB, Teil 1 Einleitung Rz. 6.

Der weitergehende materielle (inhaltliche) Sozialrechtsbegriff wird von einem engeren formellen (pragmatischen) Sozialrechtsbegriff unterschieden.<sup>123</sup>

Ohne Rücksicht auf den konkreten Inhalt der gesetzlichen Regelung wird vom formellen Sozialrechtsbegriff jede Regelung erfasst, die der Gesetzgeber dem Sozialrecht zuweist.<sup>124</sup> Diese Zuordnung erfolgt durch die Eingliederung einer Materie in das fortlaufend nummerierte SGB I – (derzeit) SGB XII bzw. SGB XIV (2024) vorgenommen. Darüber hinaus gibt es im SGB I eine Vorschrift, wonach weitere Bereiche als besondere Teile des SGB anzusehen sind, die in § 68 SGB I aufgezählt werden. Pragmatisch lässt sich also formulieren: zum Sozialrecht gehören alle Normen, die dem „SGB- Sozialgesetzbuch“ als Kodifikation als geltendes Recht zugeordnet sind.

Der materielle Sozialrechtsbegriff ist konturlos. Während für den formellen Begriff ein funktionaler Hintergrund, nämlich die Anwendbarkeit von SGB I und SGB X existiert, ist ein solcher für den materiellen Sozialrechtsbegriff nicht auszumachen. Eine Annäherung an diesen Begriff versucht § 1 SGB I, der Ziele des Sozialrechts formuliert.<sup>125</sup> Direkte Geltung haben diese Ziele nur für das SGB. Aber dort werden die allgemeinen politischen Ziele sozialer Sicherheit und sozialer Gerechtigkeit als kennzeichnend hervorgehoben. Für das SGB stellen dies die Ziele dar, die mit den Mitteln der Sozialleistung erreicht werden sollen.<sup>126</sup> Für einen materiellen Begriff kann man davon ausgehen, dass jede Rechtsnorm, die diese Ziele erreichen soll, dem (materiellen) Sozialrecht zuzuordnen ist. Angesichts dieser mangelhaften Kontur des Gegenstandes ist es nicht verwunderlich, dass sich das Sozialrecht erst in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts, seit etwa 1960-1980, als eigenes Teilgebiet der Rechtswissenschaft etablieren konnte.<sup>127</sup>

### **3. Sozialrecht und Kodifizierung**

Das Sozialrecht ist modernes Recht mit all seinen Nachteilen. Zwar hat man zwischen 1975 und heute versucht durch die Zusammenstellung eines Sozialgesetzbuches eine Kodifizierungsform zu finden, die den traditionellen Anforderungen an eine systematische Ordnung erfüllt. Dies bedeutete insbesondere, dass allgemeine Regelungen konsequent den Speziellen vorangestellt werden. Die Qualität der Kodifizierung lässt aber aufgrund der rasanten Änderungsfrequenz sehr zu wünschen übrig. Was heute darin niedergelegt ist und gelernt wird, ist morgen veraltet. Eines der größten Probleme des Sozialrechts ist das Auffinden der relevanten Normen, die sich nun leider gerade nicht alle an den besonderen Lebenssituationen orientieren, in die Menschen geraten können, sondern an traditionellen Risikostrukturen, die im gegliederten Sozialrechtssystem abgesichert

<sup>123</sup>Waltermann, Sozialrecht, § 2 Rz. 32.

<sup>124</sup>Waltermann, Sozialrecht, § 2 Rz. 33; Igl/ Welti, Sozialrecht, § 1 Rz. 3.

<sup>125</sup>Waltermann, Sozialrecht, § 2 Rz. 34.

<sup>126</sup>Igl/Welti, Sozialrecht, § 1 Rz. 1.

<sup>127</sup>Stolleis, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, 2003, S. 307.

werden. Bei der Orientierung helfen die Einweisungsvorschriften §§ 18 - 29 SGB I. Sie geben einen Überblick über die Leistungen und zuständigen Träger, sowie das vom jeweiligen Zweig des gegliederten Systems abgedeckte Lebensrisiko. Die Einweisungsvorschriften §§ 18 bis 29 SGB I begründen keine Anspruchsgrundlagen. D.h. aufgrund dieser Normen kann niemand eine Leistung vor Gericht einklagen oder von der Verwaltung fordern. Dasselbe gilt für die sozialen Rechte §§ 3 bis 10 SGB I, vgl. dazu auch § 2 II SGB I. Die Anspruchsgrundlagen sind in den besonderen Teilen des SGB (SGB II, III, V bis VIII, XI, XII, XIV und in den in § 68 SGB I genannten Kodifizierungen) zu finden.

#### Wiederholungsfragen

- Nennen Sie die Träger der Sozialversicherung.
- Was versteht man unter einem kausalen Sicherungssystem?
- Nennen Sie Beispiele für Fürsorgeleistungen.
- Welches Gesetze regeln Versorgungsleistungen? Welche Funktion haben Versorgungsleistungen?
- Welche Besonderheiten gelten für die gesetzliche Unfallversicherung?
- Was versteht man unter dem Finalprinzip und unter dem Kausalprinzip?
- Was versteht man unter Sozialrecht?
- Welche Funktion haben die Einweisungsvorschriften im SGB I?

## **Kapitel 2 Eine Auswahl wichtiger allgemeiner Regelungen aus dem SGB im Überblick**

### Orientierungsfragen

- Was ist ein Wohnsitz und wo ist der Unterschied zum gewöhnlichen Aufenthalt ?
- Darf es Sozialleistungen ohne gesetzliche Grundlage geben ?
- Welche Funktion haben das SGB I und das SGB X ?
- Wie unterscheidet man Ansprüche und Ermessensleistungen ?
- Gibt es Orientierungshilfen zum Auffinden von Sozialleistungen und den verantwortlichen Sozialleistungsträgern ?
- Was ist Sozialdatenschutz ?
- Was sind Mitwirkungspflichten des Leistungsberechtigten ?
- Was ist ein Beschäftigungsverhältnis und welche sozialrechtliche Funktion hat es ?
- Gibt es einen Unterschied zwischen Beschäftigungsverhältnis und Arbeitsverhältnis ?

### **1. Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt § 30 III SGB I**

Zahlreiche Vorschriften über die Zuständigkeit von Sozialleistungsträgern knüpfen zur Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit an die Begriffe des Wohnsitzes bzw. weitaus häufiger an den Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes an. Die Legaldefinitionen stehen in § 30 III SGB I. Sie gelten mit geringfügigen Abweichungen, die für einzelne Rechtsgebiete durch die Rechtsprechung erarbeitet wurden, für alle Sozialleistungsträger.

### **2. Gesetzesvorbehalt im Sozialleistungsrecht**

Traditionell ist der Gesetzesvorbehalt als Konsequenz des Rechtsstaatsprinzips eine Voraussetzung der Eingriffsverwaltung. In der Eingriffsverwaltung wird die Verletzlichkeit der Grundrechte am deutlichsten. Eine besondere Grundrechtsrelevanz für die Verwirklichung von Grundrechten hat der Gesetzgeber aber auch im Sozialleistungsrecht gesehen und rechtlich anerkannt: § 31 SGB I regelt einen einfachen Gesetzesvorbehalt für das Sozialleistungsrecht.

### **3. Vorbehalt abweichender Regelungen**

§ 37 SGB I regelt das Verhältnis einzelner Teile des Sozialgesetzbuches zueinander. Damit es einheitliche Grundlagen gibt, gelten §§ 1 bis 17 sowie §§ 31 bis 36 SGB I im Rahmen aller Teile des Sozialgesetzbuches. Grundsätzlich darf man auch alle Regelungen des SGB I und SGB X in allen Sozialleistungszweigen anwenden, wenn man mit den besonderen Teilen des Sozialgesetzbuches arbeitet. Es ist darauf zu achten, ob in den besonderen Teilen des SGB I und X abweichende Regelungen getroffen werden. Ist dies der Fall, sind nur diese Regelungen als speziellere Regelungen anwendbar. Leider ist es manchmal nicht völlig klar, ob abweichende Regelungen in den Besonderen Teilen vorliegen.

#### **4. Ansprüche und Ermessensleistungen**

§§ 38 und 39 SGB I befassen sich mit der Frage, wann ein Rechtsanspruch auf Sozialleistungen besteht und wenn dies nicht der Fall ist, wie bei Ermessensleistungen zu verfahren ist. Der Anspruch ist nach § 194 BGB als das Recht definiert, von einem Anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Nach § 38 SGB I ist der Rechtsanspruch bei der Entscheidung über Sozialleistungen die Regel.

#### **5. Orientierungshilfen für Leistungsberechtigte**

Die Informationspflichten den §§ 13 bis 15 SGB I treffen alle Sozialleistungsträger. Sie sind Folge der Unübersichtlichkeit des Sozialrechts und sollen den Zugang zu den Sozialleistungen erleichtern, Orientierungsschwierigkeiten abhelfen und so die sozialen Rechte nach den §§ 3 bis 10 SGB I stärken.

Die Aufklärung § 13 SGB I umfasst unter anderem die Information über wichtige Bestimmungen des Leistungsrechts, insbesondere über die Voraussetzungen für die Erlangung von Sozialleistungen und über ihren Umfang. Die Aufklärungspflicht besteht im Zusammenhang mit neuen gesetzlichen Regelungen verstärkt. Durch die Aufklärung muss der Bürger seine Rechte und Pflichten konkret und allgemeinverständlich erläutert bekommen. Mittel der Aufklärung sind u.a. Informationsschriften, Merkblätter, Plakate, Zeitungsanzeigen, Informationsveranstaltungen, Filme und Werbespots sowie neue Medien. Die Amtssprache ist nach § 19 I SGB X zwar Deutsch. Aufklärungsmaterial wird aber auch in den häufigsten Fremdsprachen zur Verfügung gestellt.

Die Aufklärung umfasst nur die gegenwärtige Rechtslage und erstreckt sich ausschließlich auf Angelegenheiten des Sozialgesetzbuches. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich bei diesen Angelegenheiten um Ermessens- oder Pflichtleistungen handelt. Die Verpflichtung zur Aufklärung

besteht für den einzelnen Sozialleistungsträger nur im Rahmen seiner örtlichen und sachlichen Zuständigkeit. Die Aufklärung ist für den Sozialleistungsträger selbst eine absolute Verpflichtung. Dem steht jedoch kein klagbarer Anspruch des einzelnen Bürgers gegenüber, denn die Aufklärung richtet sich gerade bewusst an die Allgemeinheit.

§ 14 SGB I verpflichtet den Sozialleistungsträger zur Beratung. Von der Auskunftspflicht nach § 15 SGB I unterscheidet sich die Beratung in zweierlei Hinsicht. Die Auskunft setzt eine gezielte Frage voraus und bezieht sich ausschließlich auf diese. Unter Beratung hingegen versteht man eine umfassende Aufklärung über einen größeren Kreis von Rechten und Pflichten. Diese Pflicht setzt keine gezielte Informationsfrage voraus. Die beiden Institute der Beratung und der Auskunft unterscheiden sich auch nach den Adressaten der Informationspflicht. Der Beratungsanspruch besteht gegenüber dem jeweiligen Leistungsträger der begehrten Sozialleistung. Zur Auskunft im Sinne des § 15 SGB I sind alle in dieser Norm genannten Auskunftsstellen verpflichtet.

Die Beratungspflicht nach § 14 SGB I ist begrenzt. Es bedarf eines konkreten Anlasses für die Informationserteilung. In aller Regel besteht der Anlass einer Beratung darin, dass sich der einzelne Bürger mit einem Anliegen an den Sozialleistungsträger wendet.

Man kann die Informationspflichten, die in §§ 13 bis 15 SGB I niedergelegt sind, auch als Nebenpflichten des Sozialrechtsverhältnisses zwischen Sozialleistungsberechtigtem und Sozialleistungsträger verstehen. Eine Verletzung dieser Pflichten kann zur Haftung führen.

## **6. Datenschutzrecht und Schutz der Sozialdaten**

Das BVerfG hat in den 80er Jahren aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ein Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung abgeleitet. Danach hat jeder das Recht, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu entscheiden. Eine Einschränkung dieses Rechts muss für den Bürger anhand einer gesetzlichen Grundlage erfolgen, aus der sich Voraussetzungen und Umfang der Beschränkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung klar ergeben.<sup>128</sup> Eine Erweiterung des datenschutzrechtlichen Grundrechtsschutzes ist das Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnische Systeme, kurz IT - Grundrecht. Das Bundesverfassungsgericht leitet dieses Grundrecht, wie das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG ab.<sup>129</sup> Es steht somit in engem Zusammenhang mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art 2 Abs. 1

<sup>128</sup> BVerfG 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, 1 BvR 269/83, 1 BvR 362/83, 1 BvR 420/83, 1 BvR 440/83, 1 BvR 484/83 Rn. 151.

<sup>129</sup> BVerfG 27.2.2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07.

GG und ergänzt dieses. Darüber hinaus ergänzt es das Telekommunikationsgeheimnis (Art. 10 GG), sowie das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG). Es soll den Bürger vor dem Zugriff des Staates auf (vom Bürger selbst) angelegte Datenbestände schützen.

Die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO = Verordnung EU 2016/679 des Europäischen Parlaments), das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) wie auch die Landesdatenschutzgesetze (LDSGe) bilden derartige Rechtsgrundlagen zur Beschränkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Die DSGVO ist im Verhältnis zu den nationalen Gesetzen vorrangig anwendbar.<sup>130</sup> Sie wurde zum 25. Mai 2018 in Deutschland (und allen anderen EU-Staaten) unmittelbar geltendes Recht. Als Ranghöhere unmittelbar geltende Rechtsnorm der Europäischen Union genießt die DSGVO im jeweiligen nationalen Recht des EU-Mitgliedstaates Anwendungsvorrang. Das bedeutet, das im Einzelfall entgegenstehendes nationales Recht nicht nützlich ist, jedoch keine Anwendung findet. Die DSGVO verfolgt das Ziel, einheitliche Regelungen im europäischen Datenschutz zu schaffen.<sup>131</sup> Um solche Kollisionen aber zu vermeiden wurden im Jahr 2017 auch die für den Datenschutz im Sozialrecht geltenden Gesetze, sowie das neue BDSG, mit Wirkung zum 25.5.2018 angepasst.<sup>132</sup> Die nationalen Gesetze müßten eine systematische und terminologische Anpassungsphase bewältigen. Auch wurden durch die Anpassungsgesetze Öffnungsklauseln der DSGVO durch nationales deutsches Recht, ausgefüllt.<sup>133</sup>

Während die DSGVO übergreifend gilt, regeln BDSG und LDSG die Verpflichtung zum Datenschutz jeweils nur für bestimmte Rechtssubjekte. Die Normadressaten des BDSG sind vor allem öffentliche Stellen des Bundes und nicht-öffentliche (private) Stellen im Bereich der Wirtschaft, des Handels und der Arbeit. Dazu gehören auch die freien Wohlfahrtsträger.<sup>134</sup> Die Normadressaten der LDSGe sind üblicherweise Stellen der öffentlichen Landesverwaltung.<sup>135</sup> Dazu gehören auch kommunale Körperschaften und soweit im jeweiligen Bundesland vorgesehen, die sog. Mittelstufen der Verwaltung.

Das Datenschutzrecht ist weiterhin durch ein Nebeneinander allgemeiner und bereichsspezifischer Datenschutzregelungen gekennzeichnet. Das BDSG findet bspw. gemäß § 1 Abs. 1, 4 BDSG Anwendung, wenn öffentliche Stellen des Bundes, unter bestimmten Umständen auch öffentliche Stellen der Länder sowie nichtöffentliche Stellen personenbezogene Daten erheben, verarbeiten und nutzen. Daneben wird in § 1 Abs. 2 BDSG eine Regelung zur nachrangigen Anwendbarkeit

<sup>130</sup> ABl. Nr. L 119 S. 1, ber. Nr. L 314 S. 72.

<sup>131</sup> Hoeren, Internetrecht, Stand: März 2018, S. 406.

<sup>132</sup> Bieresborn NZS 2017,887 (887f).

<sup>133</sup> Bieresborn NZS 2017,887 (888).

<sup>134</sup> Trenczek/ Tammen et al, Grundzüge des Rechts 4. A. 2014 S. 404.

<sup>135</sup> Tinnefeld/ Buchner/ Petri, Einführung in das Datenschutzrecht, 5.A. 2012, S. 113.

des BDSG und dessen Subsidiarität getroffen, falls einschlägige bereichsspezifische Datenschutzregelungen existieren sollten. Neben dem BDSG existieren zahllose bereichsspezifische Datenschutznormen und – gesetze.<sup>136</sup> Gemäß § 1 Abs. 2 BDSG kommt das BDSG als Auffanggesetz immer dann zur Anwendung, wenn keine spezielleren Rechtsvorschriften einschlägig sind. Speziellere Regelungen zum Schutz der Sozialdaten sind bspw. zentral in SGB I und SGB X zu finden. Auch diese Regelungen wurden bereits an die Rechtslage nach der DSGVO angepasst. Daneben existieren weitere Spezialregelungen zum Datenschutz in einzelnen Sozialgesetzbüchern, insbesondere auch im SGB VIII. Nicht ganz zu unrecht gilt das Recht des Datenschutz als unübersichtlich.<sup>137</sup>

## 6.1. Grundsätze

Das Datenschutzrecht ist leichter verständlich, wenn man sich wesentliche Grundsätze des Datenschutzrechtes vergegenwärtigt. Sie erleichtern eine Einschätzung der auftretenden Fragen und können den Blick gezielter auf die im Einzelfall wesentlichen gesetzlichen Regelungen lenken. Durch das Ineinandergreifen nationalen Datenschutzrechts und DSGVO lassen sich folgende Grundsätze unterscheiden:

### Grundsatz des Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt

Grundsätzlich ist jede Datenerhebung und -verarbeitung untersagt. Da es sich um einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung handelt greift der Gesetzesvorbehalt. Für jeden Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist eine entsprechende hinreichend bestimmte Ermächtigungsgrundlage, also eine (gesetzliche) Erlaubnis nötig. Grundsatz des Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt bleibt auch unter der DSGVO erhalten, Art. 6 Abs. 1 und 3 DSGVO.

### Zweckbindungsgrundsatz

Daten dürfen von der verantwortlichen Stelle grundsätzlich nur zu dem Zweck verarbeitet und genutzt werden, zu dem sie erfasst worden sind. Der Zweckbindungsgrundsatz gilt für alle Phasen des Umganges mit personenbezogenen Daten. Insbesondere eine Datenverarbeitung „auf Vorrat“ ist mit dem Zweckbindungsgrundsatz nicht vereinbar.<sup>138</sup> Art. 5 Abs. 1 b DSGVO regelt dazu, dass personenbezogene Daten für festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke erhoben werden müssen und nicht in einer mit diesen Zwecken nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden dürfen. Für Zweckänderungen existieren gesetzliche Regeln. Außerhalb dieser Regeln ist

<sup>136</sup> Tinnefeld/ Buchner/ Petri, Einführung in das Datenschutzrecht, 5.A. 2012, S. 221.

<sup>137</sup> Trenczek/ Tammen et al, Grundzüge des Rechts 4. A. 2014 S. 400; Tinnefeld/ Buchner/ Petri, Einführung in das Datenschutzrecht, 5.A. 2012, S. 221.

<sup>138</sup> Tinnefeld/ Buchner/ Petri, Einführung in das Datenschutzrecht, 5.A. 2012, S. 237.

ein Zweckänderung rechtswidrig.<sup>139</sup> Der Grundsatz der Zweckbindung bleibt weiterhin elementarer Bestandteil des Datenschutzes.<sup>140</sup>

#### Datenvermeidung und Datensparsamkeit

Der Grundsatz der Datenvermeidung und Sparsamkeit ergibt sich unmittelbar aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und damit aus dem Rechtsstaatsprinzip. Nach diesem Grundsatz gilt, dass die verantwortliche Stelle, keine Daten erheben soll (Datenvermeidung) oder nur so wenig personenbezogene Daten wie möglich (Datensparsamkeit) erheben soll.<sup>141</sup> Art. 5 Abs. 1 c DSGVO regelt dazu, dass personenbezogene Daten dem Zweck angemessen und erheblich sowie auf das für die Zwecke der Verarbeitung notwendige Maß beschränkt sein müssen („Datenminimierung“). In diese Richtung weist auch der Grundsatz der Speicherbegrenzung, Art 5 Abs. 1 e DSGVO. Sowohl beim Grundsatz der Datenminimierung geht es darum, so wenig wie möglich Daten zu erheben und zu verarbeiten. Zielt die Datenminimierung darauf die Erhebung der Daten zu begrenzen, soll der Grundsatz der Speicherbegrenzung erreichen, dass die Datenspeicherung zeitlich auf das Erforderliche Maß begrenzt wird. Die Identifizierung der betroffenen Personen soll nur so lange ermöglicht werden, wie es für die Zwecke, für die sie verarbeitet werden, erforderlich ist.

#### Datensicherheit

Der Grundsatz der Datensicherheit soll die Integrität, sichere Lagerung und Übertragung sowie Verfügbarkeit von Daten erreichen.<sup>142</sup> Dieser Grundsatz wird in der DSGVO in weitere Prinzipien aufgeschlüsselt:

Der *Grundsatz der Richtigkeit* der Daten verlangt nach Art 5 Abs. 1 d DSGVO: Die Daten müssen sachlich richtig und erforderlichenfalls auf dem neuesten Stand sein. Es sind alle angemessenen Maßnahmen zu treffen, damit personenbezogene Daten, die im Hinblick auf die Zwecke ihrer Verarbeitung unrichtig sind, unverzüglich gelöscht oder berichtigt werden. So soll verhindert werden, dass personenbezogene Daten unrichtig oder unvollständig sind bzw. werden<sup>143</sup>

*Der Grundsatz der Integrität und Vertraulichkeit* sieht in Art. 5 Abs.1 f DSGVO vor, dass Daten in einer Weise verarbeitet werden, die eine angemessene Sicherheit der personenbezogenen Daten gewährleistet. Die Daten sind vor unbefugter oder unrechtmäßiger Verarbeitung und vor unbeabsichtigtem Verlust, unbeabsichtigter Zerstörung oder unbeabsichtigter Schädigung durch geeignete technische und organisatorische Maßnahmen zu schützen. Die Regelungen sollen

<sup>139</sup> Erd, *Verbessert und Verwässert*, S. 27.

<sup>140</sup> Hoeren, *Internetrecht*, Stand: März 2018, S. 407.

<sup>141</sup> Tinnefeld/ Buchner/ Petri, *Einführung in das Datenschutzrecht*, 5.A. 2012, S. 238.

<sup>142</sup> Tinnefeld/ Buchner/ Petri, *Einführung in das Datenschutzrecht*, 5.A. 2012, S. 239.

<sup>143</sup> Erd, *Verbessert und Verwässert*, S. 29.

verhindern, dass unbefugte Geräte benutzt werden, auf denen die Daten gespeichert sind oder nicht berechnete Personen Zugang zu den Daten erhalten und die verändern.<sup>144</sup>

### Transparenzgebot

Aus dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung folgt auch, dass die Betroffenen unter den jeweiligen gesetzlichen Voraussetzungen einen Anspruch auf Auskunft, Löschung, Sperrung von personenbezogenen Daten haben.<sup>145</sup> In diesem Sinne regelt Art. 5 Abs. 1 a DSGVO, dass personenbezogene Daten auf rechtmäßige Weise, nach Treu und Glauben und in einer für die betroffene Person nachvollziehbaren Weise verarbeitet werden („Rechtmäßigkeit, Verarbeitung nach Treu und Glauben, Transparenz“. Rechtmäßigkeit bedeutet, dass für die jeweilige Datenbezogene Handlung eine Rechtsgrundlage vorliegen muss, wenn sie Handlung in das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung eingreift. Bspw. Müssen die Regelungen des Art 6 DSGVO beachtet werden, soweit die DSGVO auf den jeweiligen Fall anwendbar ist. Die Verarbeitung muss - und dies ist einschränkend und nicht kompetenzerweiternd zu verstehen - nach Treu und Glauben erfolgen. Dies soll der Fall sein, wenn sie die vernünftigen Erwartungen des Betroffenen berücksichtigt.<sup>146</sup> Für den Betroffenen muss die Datenverarbeitung transparent sein. Er muss also zu jeder Zeit die Möglichkeit haben, die Verarbeitung seiner Daten zu kontrollieren.<sup>147</sup>

### Grundsatz der Direkterhebung

Personenbezogene Daten grundsätzlich beim Betroffenen selbst zu erheben. So wird sichergestellt, dass eine Datenerhebung nur mit Kenntnis und unter Mitwirkung des Betroffenen erfolgt: die Erhebung beim Betroffenen bietet die beste Gewähr für die Authentizität und Richtigkeit der personenbezogenen Informationen.<sup>148</sup> Dieser Grundsatz ist vorrangig dem nationalen Datenschutzrecht zu entnehmen, vgl. bspw. § 67a SGB X.

## 6.2. Schutz der Sozialdaten

Auch Sozialdaten sind grundsätzlich davor geschützt, ohne gesetzliche Grundlage erhoben oder verarbeitet zu werden. Dieses Sozialgeheimnis regelt § 35 Abs. 1 S. 1 SGB I. Sozialdaten sind nach § 67 Abs. 2 SGB X personenbezogene Daten, Art 4 Ziff 1 DSGVO, die von einer in § 35 SGB I genannten Stelle erhoben werden.

<sup>144</sup> Erd, Verbessert und Verwässert, S. 30.

<sup>145</sup> Trenczek/ Tammen et al, Grundzüge des Rechts 4. A. 2014, S. 402.

<sup>146</sup> Erd, Verbessert und Verwässert, S. 27.

<sup>147</sup> Erd, Verbessert und Verwässert, S. 27.

<sup>148</sup> Tinnefeld/ Buchner/ Petri, Einführung in das Datenschutzrecht, 5.A. 2012, S. 238.

Aus § 67 SGB X ergeben sich die wichtigsten Rechtsbegriffe für das Datenschutzrecht durch Verweis auf Art 4 der DSGVO (Verordnung EU 2016/679 des Europäischen Parlaments):

„Personenbezogene Daten“ sind alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person (im Folgenden „betroffene Person“) beziehen. Identifizierbar ist eine natürliche Person, die direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind, identifiziert werden kann, Art. 4 Nr. 1 DSGVO.

Die „Verarbeitung“ von Daten bezeichnet jeden mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführten Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten. Beispielfhaft werden das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung aufgezählt. Art. 4 Nr. 2 DSGVO.

Für die Verarbeitung von Daten ist grundsätzlich eine „Einwilligung“ der betroffenen Person erforderlich. Unter Einwilligung ist jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung zu verstehen. Sie kann in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist, erfolgen, Art. 4 Nr. 11 DSGVO. Nähere Bedingungen für eine Einwilligung regelt Art. 7 DSGVO, für Kinder Art. 8 DSGVO.

Eine Erhebung von Sozialdaten ist nur zulässig, wenn die Kenntnis zur Erfüllung einer Aufgabe der erhebenden Stelle erforderlich ist, § 67a SGB X. Darin kommt auch der Grundsatz der Datensparsamkeit und Vermeidung zum Ausdruck.

Als Grundregel der Datenverarbeitung und Datennutzung gilt, dass sie nur dann erfolgen darf, wenn sie gesetzlich zugelassen ist oder soweit der von ihr Betroffene eingewilligt hat, § 67 b Abs. 1 und 2 SGB X.

Bedeutsam ist insbesondere die Frage der Erlaubnis einer Übermittlung von Sozialdaten. Einige Übermittlungsgrundsätze und -befugnisse regeln §§ 67d -77 SGB X.

## 7. Mitwirkungspflichten

Die Sozialleistungsträger haben die Pflicht, den Sachverhalt von Amts wegen aufzuklären, § 20 Abs. 1 S. 1 SGB X. Sie müssen dabei alle für den Einzelfall erheblichen Umstände berücksichtigen, § 20 Abs. 2 SGB X. In vielen Fällen kann aber allein der Leistungsberechtigte die notwendigen Informationen zur Sachverhaltsaufklärung beitragen. Aus diesem Grund sehen § 60 ff SGB I Mitwirkungspflichten des Leistungsberechtigten vor. Diese berühren zwar das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, Art 2 Abs. 1 S. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. §§ 60 ff SGB I werden aber als legitime Schranken dieses Grundrechts verstanden.<sup>149</sup> Im eigentlichen Sinne handelt es sich bei den Mitwirkungspflichten nicht um Pflichten, da sie nicht einklagbar bzw. durchsetzbar sind. Vielmehr handelt es sich um Obliegenheiten des Leistungsberechtigten, die er im eigenen Interesse einhalten sollte. Die Nichterfüllung dieser Pflichten ist nicht rechtswidrig, aber für den Leistungsberechtigten mit Nachteilen verknüpft: es gehen Rechte verloren oder können nicht mehr geltend gemacht werden.<sup>150</sup> Die Pflichten (Obliegenheiten) zur Mitwirkung nach §§ 60 – 62 SGB I (Angabe von Tatsachen, persönliches Erscheinen, Untersuchungen) dienen der Aufklärung des Sachverhalts, der für die Bewilligung von Leistungen zugrunde gelegt werden muss. Die Mitwirkungspflichten nach §§ 63 und 64 SGB I verlangen vom Leistungsberechtigten, sich einer Heilbehandlung oder einer Maßnahme zur beruflichen Rehabilitation zu unterziehen. Dadurch soll eine Änderung des Gesundheitszustandes bzw. der beruflichen Qualifikation erreicht werden. Ziel ist es, das Angewiesensein des Leistungsberechtigten auf Sozialleistungen zu verringern und damit die Solidargemeinschaft zu entlasten.

Die Mitwirkungspflichten sind nach § 65 SGB I begrenzt. § 66 SGB I regelt die Folgen fehlender Mitwirkung. Ergänzt wird diese Regelung durch § 67 SGB I, der im Fall einer Nachholung der Mitwirkungshandlung die Möglichkeit bietet, die zunächst versagten Leistungen vollständig oder teilweise zu erbringen.

In den besonderen Teilen des Sozialgesetzbuches sind weitere Mitwirkungspflichten geregelt, bspw. §§ 56 -62 SGB II, § 315 – 319 SGB III, § 18 Abs. 2 SGB XI. Für das Verhältnis zwischen den Mitwirkungspflichten nach dem SGB I und denen in den anderen Büchern gilt grundsätzlich § 37 S. 1 SGB I. Im Rahmen der Sozialhilfe und Grundsicherung haben die Mitwirkungspflichten und die dazugehörigen Sanktionen, §§ 66, 60 ff SGB I, für Streit gesorgt. Für das SGB II hat das BSG

<sup>149</sup> BSG 19.9.2008 B 14 AS 45/07 Rn. 26.

<sup>150</sup> Sauer, Vor §§ 60 -67 SGB I, GK-SRB Rn 4.

entschieden, dass sie neben und ergänzend zu den Sanktionen und Pflichten des § 31a, 31ff SGB II gelten.<sup>151</sup>

## **8. Das Beschäftigungsverhältnis § 7 I SGB IV**

Beschäftigung, § 7 Abs. 1 SGB IV, als nicht selbständige Arbeit insbesondere in einem Arbeitsverhältnis, § 611 a BGB, definiert, führt immer zu einem Versicherungspflichtverhältnis in der Sozialversicherung. Das zwischen dem Beschäftigten und den Sozialversicherungsträgern bestehende Verhältnis nennt man Sozialversicherungsverhältnis. Es ist eine öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehung. Inhaltlich knüpft sie an das privatrechtliche Arbeitsverhältnis, § 611 a I BGB an. Das Versicherungspflichtverhältnis entsteht jeweils direkt durch Gesetz, vgl. a. § 5 I Nr. 1 SGB V, § 20 I 2 Nr. 1 SGB XI, § 2 I Nr. 1 SGB VII, § 1 Nr. 1 SGB VI und § 25 I SGB III.

Das sozialrechtliche Beschäftigungsverhältnis deckt sich in den meisten Fällen mit dem Arbeitsverhältnis. Die Begriffe sind aber nicht gleichbedeutend. Arbeitsverhältnis und Beschäftigungsverhältnis fallen immer dann auseinander, wenn der Arbeitsvertrag nichtig und damit unwirksam ist.<sup>152</sup> Dann fehlt zwar der zivilrechtliche Arbeitsvertrag, es liegt aber dennoch ein Beschäftigungsverhältnis vor.

Maßgebliches Kriterium des Beschäftigungsverhältnisses ist die fehlende Selbständigkeit einer Tätigkeit. Um festzustellen, ob eine nicht selbständige oder eine selbständige Tätigkeit vorliegt, haben Bundesarbeits- und Bundessozialgericht einheitliche Kriterien entwickelt. Sie knüpfen an § 7 I SGB IV an, wonach das Weisungsrecht des Arbeitgebers und die Eingliederung des Arbeitnehmers in dem Betrieb des Arbeitgebers für eine nicht selbständige Beschäftigung charakteristisch sind.

Diese beiden Merkmale wurden durch weitere Indizien konkretisiert:

Für eine nicht selbständige Beschäftigung spricht die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber. Diese äußert sich in der sozialen Schutzbedürftigkeit und in der wirtschaftlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers.

Ein Weisungsrecht des Arbeitgebers, das sich auf Zeit, Ort, Dauer, Inhalt und Gestaltung der Arbeit bezieht, spricht ebenfalls für eine nicht selbständige Beschäftigung. Dem Beschäftigten bzw. Arbeitnehmer fehlt seine Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft, er hat in der Regel keine Möglichkeit, Hilfskräfte zu beschäftigen und muss auch selbst keine Arbeitsmaterialien beschaffen. Darüber hinaus trägt er kein unternehmerisches Risiko und hat keine eigene

<sup>151</sup>BSG 19. 9. 2008 - B 14 AS 45/07 R Rn. 14 zur Pflicht zur Vorlage von Kontoauszügen.

<sup>152</sup>Muckel/ Ogorek, Sozialrecht, 4. Auflage 2011, § 7 Rz. 22.

Betriebsstätte. Hat eine Person nur einen Auftraggeber, spricht dies dafür, dass es sich um einen Arbeitnehmer bzw. Beschäftigten handelt.

Bei den dargestellten Kriterien handelt es sich nur um Indizien. Das bedeutet, dass nicht in jedem Fall alle Kriterien vorliegen müssen. Vielmehr muss aus diesen Indizien ein Gesamtbild im Einzelfall hergeleitet werden, um dieses abschließend und einheitlich zu beurteilen.

#### Wiederholungsfragen

- Wo sind Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt geregelt?
- Welche gesetzlichen Regelungen des SGB I gelten ausnahmslos im Rahmen aller Teile des Sozialgesetzbuches?
- Worin unterscheiden sich Ansprüche von Ermessensleistungen?
- Erläutern Sie den Unterschied zwischen Aufklärung, Beratung und Auskunft!
- Wie lauten die wichtigsten datenschutzrechtlichen Grundsätze ?
- Welches Grundrecht schützt das Recht zum Schutz der Sozialdaten ?
- Welche Mitwirkungsobliegenheiten hat der Leistungsberechtigte im Rahmen der Erbringung von Sozialleistungen ?
- In welchem Verhältnis stehen die Mitwirkungspflichten nach §§ 60 – 64 SGB I zu den Mitwirkungspflichten in anderen Büchern des Sozialgesetzbuches ?
- Wie unterscheiden sich Arbeitsverhältnis und Beschäftigungsverhältnis?
- Welche Indizien haben Bundesarbeitsgericht und Bundessozialgericht zur nicht selbstständigen Tätigkeit entwickelt?
- Welche Funktion haben die Indizien, die zur nicht selbstständigen Tätigkeit entwickelt wurden?

## Kapitel 3 Handlungsformen im Sozialverwaltungsverfahrenrecht

### Orientierungsfragen

- Welche Rolle spielt der Verwaltungsakt im Sozialrecht ?
- Kann ein Verwaltungsakt abgeändert werden ?
- Was ist ein öffentlich- rechtlicher Vertrag ?
- Wann wird der öffentlich- rechtlicher Vertrag im Sozialrecht verwendet ?
- Was passiert, wenn ein öffentlich- rechtlicher Vertrag rechtswidrig ist ?

### 1. Der Sozialverwaltungsakt

Der Verwaltungsakt steuert die Entscheidungsfindung und garantiert die Gesetzesbindung der Verwaltung sowohl in der Eingriffs- als auch in der Leistungsverwaltung. Die Tätigkeit der Sozialverwaltung richtet sich regelmäßig nach dem SGB X, soweit es um Gegenstände des Sozialgesetzbuches geht. Die Regelung zum Anwendungsbereich sind in §§ 1, 2 SGB X zu finden.

Der Verwaltungsakt ist die am häufigsten verwendete Möglichkeit, ein Verwaltungsverfahren abzuschließen, vgl. § 9 VwVfG, § 8 SGB X. Das Verwaltungsverfahren im Sinne dieser Gesetze ist die nach außen wirkende Tätigkeit der Behörden, die auf die Prüfung der Voraussetzungen, die Vorbereitung und den Erlass eines Verwaltungsaktes gerichtet sind; dies schließt den Erlass des Verwaltungsaktes ein. Eine nach außen wirkende Tätigkeit ist immer gegeben, wenn der Bürger in seinen Rechten betroffen ist. Entscheidet die Verwaltung über Rechte oder Pflichten des Bürgers, leitet sie entweder von Amts wegen oder auf Antrag ein Verwaltungsverfahren ein. Dabei muss sie unabhängig vom sachlich und inhaltlich geltenden materiellen Recht die Verfahrensvorgaben der Verwaltungsverfahrensgesetze wie des SGB X beachten.

Das Verwaltungsverfahren ist dazu gedacht, die Voraussetzungen für den Erlass des Verwaltungsaktes zu ermitteln. Die Verwaltung ermittelt den Sachverhalt, der die Rechtsgrundlage für ihr Handeln erfüllen soll, nach § 20 SGB X von Amts wegen. D.h. sie muss dafür sorgen, dass der Sachverhalt, den sie zugrunde legen möchte, vollständig zusammen getragen wird.

## 1.1. Bestandskraft

Der Begriff der Bestandskraft ist in § 77 SGG definiert. Dort wird die Bestandskraft als Bindungswirkung bezeichnet. Zu unterscheiden sind formelle und materielle Bestandskraft. Formelle Bestandskraft bezeichnet die Unanfechtbarkeit des Verwaltungsaktes, §§ 84, 87 SGG. Sie tritt mit Ablauf der Rechtsbehelfsfristen ein. Die materielle Bestandskraft bezeichnet die inhaltliche Verbindlichkeit des Verwaltungsaktes für die Behörden und den Adressaten. Ein Verwaltungsakt kann nicht in Bestandskraft erwachsen, wenn er unwirksam ist. Voraussetzung für den Eintritt der Bestandskraft ist demnach die Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes. Sie ist in § 39 SGB X geregelt. Die Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes setzt dessen Bekanntgabe voraus. Die Bekanntgabe ist vollendet, wenn der Verwaltungsakt in den Machtbereich des Empfängers gelangt.<sup>153</sup> Die Möglichkeiten der Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes sind in § 37 SGB X geregelt. Die Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes tritt erst dann ein, wenn die Bekanntgabe gegenüber der Person erfolgt, für die „er bestimmt ist“ oder die „von ihm betroffen ist“, § 39 Abs. 1 S. 1 SGB X. Gemeint ist hier die Übermittlung an den Adressaten, dessen Rechte oder rechtlich geschützte Interessen verletzt oder abgeändert werden. Die Bekanntgabe ist auch gegenüber Bevollmächtigten möglich, § 13 Abs.1 S. 2 SGB X.

## 1.2. Wirksamkeit

Der Verwaltungsakt wird nicht wirksam, wenn seine Bekanntgabe, § 37 SGB X, mit Fehlern behaftet ist. Wirksamkeit tritt auch bei Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes nicht ein, § 39 Abs. 3 i.V. m. § 40 SGB X. Einzelne Nichtigkeitsgründe sind in § 40 Abs. 2 SGB X aufgezählt. § 40 Abs. 1 SGB X regelt die Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes in der Form einer Generalklausel. Danach muss der Verwaltungsakt unter einem besonders schweren Fehler leiden. Dieser Fehler muss offensichtlich sein. Zur Erläuterung der Offensichtlichkeit wird die Evidenztheorie verwendet: der Verwaltungsakt ist nichtig, wenn ihm die Nichtigkeit nach dem Urteil eines mit den Umständen vertrauten und verständigen Betrachters, gleichsam auf die Stirn geschrieben ist. Das Vorliegen eines besonders schweren Fehlers ist in Anlehnung an die Aufzählung des § 40 Abs. 2 SGB X zu bestimmen.<sup>154</sup> Ein Verwaltungsakt kann bei Teilbarkeit seines Regelungsgehaltes auch teilnichtig sein, § 40 Abs. 4 SGB X. Dann muss er mehrere selbständige Regelungen enthalten.<sup>155</sup> Ein nichtiger Verwaltungsakt ist nicht vollstreckbar, darf also nicht durchgesetzt werden.

<sup>153</sup> KSW/ Fichte § 39 SGB X Rn 9.

<sup>154</sup> Wallerath in: Maydell / Ruland / Becker (Hrsg.) Sozialrechtshandbuch 5. Auflage 2012 § 11 Rn 209.

<sup>155</sup> KSW/ Fichte § 43 SGB X Rn 13.

### 1.3. Aufhebbarkeit

Ist der Verwaltungsakt wirksam, hindert auch seine Rechtswidrigkeit nicht den Eintritt der Bestandskraft, vgl. a. §§ 44, 45 SGB X. Rechtswidrigkeit führt zur Aufhebbarkeit des Verwaltungsaktes im Wege eines Rechtsbehelfs. Ein wirksamer Verwaltungsakt kann vollstreckt werden, sobald er unanfechtbar ist oder die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfes, vgl. § 86a I SGG, z.B. wegen § 86a II SGG oder § 39 SGB II, fehlt. Die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs hat zur Folge, dass die Rechtswirkungen des Verwaltungsaktes noch nicht eintreten.

Nach § 66 SGB X findet die Vollstreckung nach dem VwVG oder nach den Regelungen der ZPO statt. Der wirksame Verwaltungsakt ist ferner der Rechtsgrund für das Behaltendürfen von Leistungen. Der wirksame rechtmäßige oder rechtswidrige Verwaltungsakt erwächst demnach in Bestandskraft. Diese Bestandskraft ist nicht absolut. Auch bestandskräftige Verwaltungsakte sind nach §§ 44 – 49 SGB X aufhebbar.

Die Regelungen über die Aufhebbarkeit von Verwaltungsakten sollen einen Interessenkonflikt bewältigen. Auf der Seite des Adressaten des Verwaltungsaktes wird davon ausgegangen, dass dieser auf den Bestand des Verwaltungsaktes von Beginn an vertraut. Für die Verwaltung steht jedoch die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im Vordergrund, auch Legalitätsprinzip.<sup>156</sup> Sie sollte also alles tun um ihrer Gesetzesbindung in vollem Umfang nachzukommen. Die Regelungen nach §§ 44 – 49 SGB X versuchen anhand weiterer Differenzierungskriterien, (begünstigender / nicht begünstigender Verwaltungsakt, rechtmäßiger / rechtswidriger Verwaltungsakt, anfängliche Fehler/nachträgliche Veränderungen), diese gegebenenfalls widerstreitenden Interessen der am Verwaltungsverfahren Beteiligten gegeneinander abzuwägen und zum Ausgleich zu bringen. Hinsichtlich der Rechtsfolgen, die sich insbesondere an der Intensität des Vertrauensschutzes orientieren, kann ein Verwaltungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit oder für die Zukunft aufgehoben werden.

§§ 44 – 49 SGB X sind bereits vor Eintritt der Bestandskraft und auch im Rechtsbehelfsverfahren, vgl. § 49 SGB X, anwendbar. D.h. eine sog. Reformation in peius („Verböserung“) im Widerspruchsverfahren ist möglich, soweit eine Aufhebung nach Eintritt der Bestandskraft auch nach §§ 44 – 48 SGB X möglich wäre.<sup>157</sup>

<sup>156</sup> Waschull in: Fichte/ Plagemann/ Waschull § 4 Rn 18.

<sup>157</sup> Richter/ Kreische in: Berchtold/ Richter § 3 Rn 47.

## 1.4. Terminologische Regeln

Die Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes wird als Rücknahme (§§ 44, 45 SGB X) und die eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes als Widerruf (§§ 46, 47 SGB X) bezeichnet.

Ein nicht begünstigender Verwaltungsakt kann auch als belastender Verwaltungsakt bezeichnet werden.<sup>158</sup> Belastend ist jeder Eingriff in eine Rechtsstellung und geschützte Vermögenspositionen des Adressaten. Dies gilt z.B. wenn einem Antrag nicht oder nicht vollständig entsprochen wurde. Der begünstigende Verwaltungsakt als Gegenteil des nicht begünstigenden Verwaltungsaktes ist in § 45 Abs. 1 SGB X legaldefiniert.

Bei Verwaltungsakten, die belastende und begünstigende Wirkung jeweils gegenüber verschiedenen Personen entfalten (Verwaltungsakte mit Drittwirkung), kommt es auf die Wirkung gegenüber der jeweiligen einzelnen Person an. Wird derselbe Adressat durch den Verwaltungsakt sowohl belastet als auch begünstigt, (Verwaltungsakt mit Doppel – oder Mischwirkung) ist hinsichtlich der Regelungswirkungen zu trennen.

Ein rechtswidriger Verwaltungsakt liegt vor, wenn er gegen formelles und/ oder materielles Recht verstößt.<sup>159</sup> Er stimmt mit der Rechtsordnung nicht überein, da Sachverhaltsfeststellung und / oder Rechtsauslegung oder – anwendung fehlerhaft sind.<sup>160</sup>

Ein rechtmäßiger Verwaltungsakt ist mit formellem und materiellem Recht vollständig vereinbar. Anfechtbar ist ein Verwaltungsakt, wenn die Fristen für Rechtsbehelfe noch nicht abgelaufen sind. Unanfechtbar ist der Verwaltungsakt nach Ablauf der Fristen für Rechtsbehelfe, §§ 84, 87 SGG und §§ 70, 74 VwGO.

Die Aufhebung eines Verwaltungsaktes erfolgt entweder mit Wirkung für die Vergangenheit oder für die Zukunft. Die Aufhebung mit Wirkung für die Vergangenheit erfolgt rückwirkend zum Erlasszeitpunkt.<sup>161</sup> Bei der Aufhebung mit Wirkung für die Zukunft endet die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes entweder mit Bekanntgabe der Aufhebungsentscheidung, oder bei der Aufhebung auf Antrag zum Zeitpunkt des Antrages.<sup>162</sup>

Die Regelungen zur Aufhebung von Verwaltungsakten unterscheiden auch danach, ob ein Verwaltungsakt dauerhafte Rechtsfolgen bewirkt oder nur eine einmalige punktuelle Regelung

<sup>158</sup> Beispiele bei Waschull in: Fichte/ Plagemann/ Waschull § 4 Rn. 63.

<sup>159</sup> Waschull in: Fichte/ Plagemann/ Waschull § 4 Rn 84.

<sup>160</sup> Schütze in: von Wulffen SGB X § 45 Rn 22.

<sup>161</sup> Waschull in: LPK- SGB X § 44 Rn 11.

<sup>162</sup> Waschull in: LPK- SGB X § 46 Rn 8.

enthält. So finden die Rechtsfolgen des § 45 Abs. 3 S. 1 SGB X oder § 48 SGB X nur dann Anwendung, wenn ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung vorliegt. Ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung liegt vor, wenn sich der Verwaltungsakt nicht in einen einmaligen Gebot oder Verbot oder einmaliger Gestaltung der Rechtslage erschöpft. Voraussetzung dafür ist, dass ein auf Dauer berechnetes oder in seinem Bestand vom Verwaltungsakt abhängiges Rechtsverhältnis begründet oder inhaltlich verändert wird. Der Verwaltungsakt mit Dauerwirkung erzeugt Bindung und Wirkung über den Zeitpunkt der Bekanntgabe der Verfügung hinaus.<sup>163</sup>

## **2. Der öffentlich - rechtliche Vertrag § 53 ff SGB X**

Neben dem Verwaltungsakt ist der öffentlich-rechtliche Vertrag, auch Verwaltungsvertrag genannt, die häufigste Form des Verwaltungshandelns.<sup>164</sup> Der wichtigste Unterschied zum Verwaltungsakt ist, dass ein Verwaltungsvertrag nie einseitig zustande kommen kann. Ein Rangverhältnis zwischen den beiden Handlungsformen besteht nicht.<sup>165</sup>

### **2.1. Beispiele**

Der für das Sozialleistungsrecht wichtigste Fall des öffentlich- rechtlichen Vertrags, nämlich die Möglichkeit eines Vertrags über Sozialleistungen ist in § 53 Abs. 2 SGB X geregelt. Danach kann eine Behörde nur einen Vertrag über Sozialleistungen schließen, soweit die Leistungen im Ermessen der Behörde stehen. Dies ist jedoch aufgrund § 38 Abs. 1 SGB I, wonach auf Sozialleistungen grundsätzlich ein Anspruch besteht, meist nicht der Fall. Der Verwaltungsvertrag über Sozialleistungen ist daher eine Ausnahme, soweit nicht Vergleichs- oder Austauschverträge vorliegen, §§ 54 Abs. 2, 55 Abs. 3 SGB X.<sup>166</sup>

Zu den öffentlich- rechtlichen Verträgen im Sozialrecht gehören nach h.M. die Eingliederungsvereinbarungen nach § 15 II SGB II und § 37 II SGB III. Hier wird der öffentlich-rechtliche Vertrag als Handlungsinstrument in der Massenverwaltung eingesetzt, um flexibel und individuell Verpflichtungen der Arbeitsuchenden zu konkretisieren.<sup>167</sup> Im Leistungserbringerrecht dominiert der Vertrag als Handlungsform zur Realisierung und Zurverfügungstellung von Sozialleistungen.

<sup>163</sup> BeckOK SozR/ Heße § 45 SGB X Rn 32; BSG Urteil vom 2.2.2012 - B 8 SO 5/10 R; Beispiele für einen Dauerverwaltungsakt bei Washull in: LPK- SGB X § 45 Rn 82.

<sup>164</sup> Muckel/ Ogorek Sozialrecht 4. Auflage 2011 § 17 Rn 12.

<sup>165</sup> Diering in: LPK-SGB X Vor §§ 53 ff Rn 2.

<sup>166</sup> Muckel/ Ogorek Sozialrecht § 17 Rn 12.

<sup>167</sup> Diering in: LPK-SGB X Vor §§ 53 ff Rn 4.

## 2.2. Die Abgrenzung

Die Abgrenzung der öffentlich-rechtlichen Vertrags vom privatrechtlichen Vertrag richtet sich nach der sog. Vertragsgegenstandstheorie.<sup>168</sup> Wenn der Vertrag seinem Inhalt nach Fragen des öffentlichen Rechts regelt, wenn also durch den Vertrag Rechte oder Pflichten geregelt werden, die dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind, liegt ein öffentlich-rechtlicher Vertrag vor.<sup>169</sup> Bei gemischten Verträgen, die sowohl privatrechtliche als auch öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten regeln, kommt es für die Zuordnung darauf an, ob der Regelungsschwerpunkt öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ausgestaltet ist und welcher Teil dem Vertrag das entscheidende Gepräge gibt. Der Vertrag ist einheitlich zu betrachten und nach seinem Gesamtcharakter zu beurteilen.<sup>170</sup> Nach anderer Ansicht ist ein Vertrag, der sowohl privatrechtliche als auch öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten begründet, stets dem öffentlichen Recht zuzurechnen.<sup>171</sup>

Obwohl der öffentlich-rechtliche Vertrag eine eigenständige spezifisch öffentlich-rechtliche Handlungsform darstellt, knüpft er grundsätzlich hinsichtlich seiner Vertragsnatur an das Recht der Schuldverhältnisse gemäß §§ 104 ff BGB an. Die Regelungen des BGB gelten neben dem Verwaltungsverfahrensrecht des SGB X gem. § 61 S. 2 SGB X entsprechend, sind also auf den öffentlich-rechtlichen Vertrag anzuwenden. Zu beachten ist, dass § 61 SGB X eine Rangfolge der Anwendung der unterschiedlichen Regelungen in SGB X und BGB vorsieht.<sup>172</sup> Zunächst ist eine Regelung in §§ 53 – 60 SGB X vorrangig heranzuziehen. Ist das Problem dort nicht erfasst, und sehen auch die übrigen Regelungen des SGB X keine Lösung vor, ist für die ergänzende und entsprechende Anwendung der Regelungen des BGB Raum. Für diese ergänzende entsprechende Anwendung muss bei jeder BGB-Regelung geprüft werden, ob bei dem öffentlich-rechtlichen Vertrag eine vergleichbare Interessenlage besteht, die eine Heranziehung rechtfertigt.<sup>173</sup>

Die Abgrenzung von Verwaltungsakt und Vertrag erfolgt dadurch, dass der Verwaltungsakt auf einseitigem hoheitlichem Handeln beruht. Verträge sind aber (mindestens) zweiseitig, d.h. mindestens 2 Parteien können auf den Inhalt des Vertrags Einfluss nehmen.

<sup>168</sup> Engelmann in: von Wulffen SGB X § 53 Rn 7.

<sup>169</sup> Diering in: LPK-SGB X § 53 Rn. 6.

<sup>170</sup> Diering in: LPK-SGB X § 53 Rn 7.

<sup>171</sup> Engelmann in: von Wulffen SGB X § 53 Rn 9.

<sup>172</sup> Diering in: LPK-SGB X § 61 Rn 1.

<sup>173</sup> Engelmann in: von Wulffen SGB X § 61 Rn 4.

### 2.3. Arten öffentlich rechtlicher Verträge

Öffentlich-rechtliche Verträge werden als koordinationsrechtliche und subordinationsrechtliche Verträge unterschieden. Koordinationsrechtliche Verträge werden zwischen gleichgeordneten Rechtssträgern geschlossen.<sup>174</sup> In der Praxis sind es Verträge zwischen privaten Rechtsträgern, Verträge zwischen Leistungserbringern sowie deren Verbänden und Krankenkassen sowie deren Verbänden, und Verträge zwischen öffentlich-rechtlichen Rechtsträgern.<sup>175</sup>

Subordinationsrechtliche Verträge, § 53 Abs. 1 Satz 2 SGB X, haben regelmäßig die Funktion, Verwaltungsakte zu ersetzen. Nur insofern kann hier an ein Über- und Unterordnungsverhältnis angeknüpft werden.<sup>176</sup> Als subordinationsrechtlicher Vertrag wurde die Eingliederungsvereinbarung nach § 15 II SGB II angesehen.<sup>177</sup> Beim subordinationsrechtlichen Vertrag unterscheidet man Vergleichsverträge, § 54 SGB X von Austauschverträgen § 55 SGB X. Der Vergleichsvertrag kann bei Ungewissheit der Parteien über die Sach- oder Rechtslage abgeschlossen werden. Der Vertrag muss schließlich ein gegenseitiges Nachgeben erkennen lassen, d.h. beide Parteien müssen von ihren ursprünglichen Positionen abrücken.<sup>178</sup> Der Austauschvertrag § 55 SGB X kann gemäß § 55 Abs. 3 SGB X sowohl über Pflicht- als auch Ermessensleistungen geschlossen werden.<sup>179</sup> § 55 Abs. 1 S. 1 SGB X enthält die Legaldefinition des Austauschvertrages. In diesem verpflichtet sich der Vertragspartner des Sozialleistungsträgers zu einer Gegenleistung.

Neben diesen aufgezählten Arten öffentlich-rechtlicher Verträge gibt es keinen *numerus clausus* der Vertragsarten. Normenverträge, auch Normsetzungsverträge genannt, bilden einen Unterfall des koordinationsrechtlichen Vertrages, der nicht nur Vertragselemente, sondern auch Elemente der Rechtssetzung aufweist. Unter Normsetzungsverträgen versteht man Verträge, deren unmittelbare Rechtswirkungen nicht nur gegenüber den Vertragsparteien, sondern auch gegenüber den von der vertraglichen Regelung (abstrakt-generell) betroffenen Dritten entstehen.<sup>180</sup> Vorbild für die im Sozialverwaltungsrecht verselbständigte Rechtsfigur der Normenverträge bzw. Normsetzungsverträge ist der Tarifvertrag (Tarifvertragsgesetz, TVG). Dieser ist zwar ein privatrechtlicher Vertrag, § 1 Abs.1 TVG. Er enthält aber auch einen sogenannten normativen Teil, der Rechtsnormen kodifiziert, § 1 Abs. 1 TVG. Diese Rechtsnormen sind nach § 3 Abs. 2, § 4 TVG bindend. Die Anwendbarkeit der §§ 53 ff SGB X auf die Normsetzungsverträge wird befürwortet. Als mittlerweile klassisches Beispiel für einen Normsetzungsvertrag kann der Bundesmantelvertrag, § 87 Abs. 1 SGB V, dienen.<sup>181</sup>

<sup>174</sup> Muckel/ Ogorek, Sozialrecht § 17 Rn 12.

<sup>175</sup> Zur Systematik Zuck in: Fichte/Plagemann/Waschull § 5 Rn 106 – 111.

<sup>176</sup> Zuck in: Fichte/Plagemann/Waschull § 5 Rn 93.

<sup>177</sup> LSG Bayern 05.12.2012 - L 16 AS 927/11.

<sup>178</sup> Diering in: LPK-SGB X § 54 Rn 9.

<sup>179</sup> Diering in: LPK-SGB X § 55 Rn 1.

<sup>180</sup> Zuck in: Fichte/Plagemann/Waschull § 5 Rn 112.

<sup>181</sup> Sodan NZS 1998, 305 (306).

## **2.4. Abschluss und Inhalt des öffentlich – rechtlichen Vertrages**

Nach § 53 Abs. 1 Satz 1 SGB X ist der öffentlich- rechtliche Vertrag als Handlungsform zulässig, soweit Rechtsvorschriften nicht entgegen stehen.

Beim Abschluss des Vertrages sind nicht nur die Regelungen über das Zustandekommen von Verträgen entsprechend dem BGB zu beachten. Das SGB X sieht daneben die Schriftform vor, soweit nicht andere Formvorschriften gesetzlich vorgeschrieben sind, § 56 SGB X. Dies gilt insbesondere auch für Formvorschriften, die sich auch dem Bürgerlichen Recht ergeben, z.B. §§ 128, 129, 311b BGB.<sup>182</sup>

Zu beachten ist auch § 57 Abs. 1 SGB X, wonach ein Vertrag, der in die Rechte eines Dritten eingreift, erst mit der schriftlichen Zustimmung dieses Dritten zustande kommt. Wenn ein Verwaltungsakt nur unter Mitwirkung einer weiteren behördlichen Handlung vorgenommen werden könnte, kann ein diesen ersetzender öffentlich-rechtlicher Vertrag ebenfalls erst nach Vornahme dieser Handlung in der vorgeschriebenen Form wirksam werden, § 57 Abs. 2 SGB X.

Die inhaltlichen Anforderungen richten sich in der Sache nach der konkreten Art des Vertrages. Weitere allgemeine Anforderungen ergeben sich aus der Bindung des Vertrages an das Recht. Wie jedes staatliche Handeln unterliegt auch der Verwaltungsvertrag gesetzlichen Bindungen, insbesondere auch den Bindungen des Verfassungsrechts. So besteht ein natürliches Spannungsverhältnis zwischen Verwaltungsvertrag und Gesetzesvorbehalt.

## **2.5. Einreden und Einwendungen gegen den öffentlich- rechtlichen Vertrag**

Der öffentlich-rechtliche Vertrag begründet üblicherweise Ansprüche (§ 194 Abs. 1 BGB) sowohl für Sozialleistungsträger als auch für dessen Vertragspartner. Während der Gläubiger eines Anspruchs diesen durchsetzen möchte und auch üblicherweise die Beweislast für das Vorliegen des Anspruchs trägt, ist dem Schuldner oftmals daran gelegen, den Anspruch abzuwehren. Dazu stehen ihm Einwendungen bzw. Einreden zur Verfügung. Einwendungen und Einreden sind somit Verteidigungsmittel des Schuldners einer Leistung. Während Einwendungen im Streitfall von Amts wegen zu berücksichtigen sind, sind Einreden wie die Verjährung, vom Schuldner ausdrücklich geltend zu machen.

<sup>182</sup> Engelmann in: von Wulffen SGB X § 56 Rn 9.

Ein Vertrag kann nach § 58 SGB X nichtig sein und damit unwirksam. Aus dem unwirksamen Vertrag können keine Rechte hergeleitet werden. Die Regelung in § 58 SGB X ist abschließend. Die generellen Nichtigkeitsgründe des § 58 Abs. 1 SGB X gelten sowohl für koordinationsrechtliche als auch für subordinationsrechtliche Verträge.<sup>183</sup> Mögliche Nichtigkeitsgründe sind u.a. in §§ 105, 116 Satz 2, 117, 118, 125, 134, 138 BGB zu finden.<sup>184</sup>

Die speziellen Nichtigkeitsgründe nach § 58 Abs. 2 SGB X betreffen ausschließlich den subordinationsrechtlichen Vertrag. Über § 58 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 40 Abs. 2 Nr. 3 SGB X ist ein Vertrag, der zu einer objektiv unmöglichen Leistung verpflichtet, nichtig.<sup>185</sup> § 58 Abs. 2 Nr. 2 SGB X soll die Verbindlichkeit von Verträgen ausschließen, mit denen die Vertragsparteien in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken einen rechtswidrigen Erfolg herbeiführen wollen (Kollusion).<sup>186</sup>

Die Nichtigkeit erstreckt sich üblicherweise auf den gesamten Vertrag. Nur im Falle der Teilbarkeit des Vertragsinhaltes kommt eine Teilnichtigkeit in Betracht, § 58 Abs. 3 SGB X. Teilbarkeit ist anzunehmen, wenn die von den Vertragsparteien geschlossene Vereinbarung so zerlegt werden kann, dass ein Teil verbleibt, der zu einer selbstständigen Geltung fähig ist.<sup>187</sup>

Da die Anfechtung ex tunc wirkt, also auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück wirkt, führt auch die Anfechtbarkeit eines Vertrages dazu, dass ein Anspruch aus dem Vertrag nicht mehr hergeleitet werden kann. Eine Anfechtung kann z.B. aufgrund Irrtums oder Täuschung bzw. Drohung erfolgreich sein, §§ 119, 123 BGB.<sup>188</sup>

Ein Anspruch aus Vertrag ist auch nicht mehr durchsetzbar, wenn er erfüllt wurde, also die geschuldete Leistung bewirkt wurde, § 362 BGB.

Auch eine Kündigung anlässlich einer wesentlichen Änderung der Verhältnisse seit Vertragsschluss, § 59 Abs. 1 Satz 1 SGB X, führt dazu, dass Leistungen nicht mehr bewirkt werden müssen.

Wiederholungsfragen

- Was versteht man unter Verwaltungsverfahren ?

<sup>183</sup> So für die Eingliederungsvereinbarung nach § 15 SGB II LSG Bayern 05.12.2012 - L 16 AS 927/11.

<sup>184</sup> Engelmann in: von Wulffen SGB X § 58 Rn 5.

<sup>185</sup> Diering in: LPK-SGB X § 58 Rn 6.

<sup>186</sup> Diering in: LPK-SGB X § 58 Rn 13

<sup>187</sup> Engelmann in: von Wulffen SGB X § 58 Rn 12.

<sup>188</sup> Diering in: LPK-SGB X § 61 Rn 6

- Wie verhalten sich die Begriffe Rücknahme, Widerruf und Aufhebung von Verwaltungsakten zueinander ?
- Wann ist ein Verwaltungsakt rechtswidrig ?
- Was versteht man unter Bestandskraft eines Verwaltungsaktes ?
- Wann ist ein Verwaltungsakt wirksam ?
- Welche Funktion haben die §§ 44 - 49 SGB X ?
- Was ist ein öffentlich- rechtlicher Vertrag ?
- Welches Problem löst die Vertragsgegenstandstheorie ?
- Wann darf ein Verwaltungsakt durch einen öffentlich- rechtlichen Vertrag ersetzt werden ?
- Worin unterscheidet sich der öffentlich- rechtliche Vertrag vom Verwaltungsakt ?
- Erläutern Sie, was ein subordinationsrechtlicher Vertrag ist.
- Was ist bei den Verträgen über Sozialleistungen zu beachten ?

## Kapitel 4 Ein Überblick über die Sozialversicherung

### 1. Gesetzliche Krankenversicherung

#### Orientierungsfragen

- Welche Versicherungsfälle gibt es in der gesetzlichen Krankenversicherung ?
- Was bedeutet Krankheit ?
- Welche Bedeutung haben die Richtlinien des Bundesausschusses für den Anspruch auf Krankenbehandlung ?
- Gibt es besondere Regelungen bei den Anforderungen an eine Krankenbehandlung bei lebensbedrohlicher bzw. tödlicher Erkrankung ?
- Welche Lohnersatzleistungen bietet die gesetzliche Krankenversicherung ?

Ein Überblick über Leistungen und Träger der gesetzlichen Krankenversicherung befindet sich in § 21 SGB I. Die Krankenkassen als Träger der gesetzlichen Krankenversicherungen sind dezentral organisiert. Sie gliedern sich in die Allgemeinen Ortskrankenkassen, Betriebskrankenkassen, Innungskrankenkassen, die landwirtschaftlichen Krankenkassen, die Deutsche Rentenversicherungsknappschaft Bahn/See als Träger der Krankenversicherung und die Ersatzkassen. Diese Krankenkassen sind weder private Unternehmen noch Behörden der unmittelbaren Staatsverwaltung. Sie sind selbständige und selbstverwaltete Körperschaften des öffentlichen Rechts, die unter staatlicher Aufsicht stehen. Sie sind nach dem Prinzip der Selbstverwaltung durch die Versicherten und (in der Regel) ihre Arbeitgeber organisiert, § 29 I, II SGB IV. Die Kassenärztlichen Vereinigungen sind gesetzlich zur Sicherstellung der Versorgung im Rahmen dieses Versicherungssystems, das ein Naturalleistungssystem ist, verpflichtet. Als gemeinsame Einrichtung unterhalten die Krankenkassen den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung, §§ 275 ff SGB V.

Den versicherungspflichtigen und freiwillig Versicherten steht ein Wahlrecht darüber zu, in welcher Krankenkasse sie Mitglied sein wollen. Das Wahlrecht ist gegenüber der gewählten Krankenkasse zu erklären. Die entsprechenden Regelungen finden sich in §§ 173 bis 175 SGB V.

Leistungen der Krankenversicherung können ausschließlich in Anspruch genommen werden, wenn ein Versicherungsverhältnis besteht. Man unterscheidet zwischen der Versicherungspflicht § 5 SGB V und deren Ausnahmeparagraphen §§ 6 bis 8 SGB V (Versicherungsfreiheit), sowie Versicherungsberechtigten, § 9 SGB V, also freiwillig Versicherten. Eine Besonderheit der

Gesetzlichen Krankenversicherung ist die Familienversicherung für Familienangehörige, Ehepartner und Kinder, die beitragsfrei mitversichert sind, § 10 SGB V. Grundsätzlich entsteht der Versicherungsschutz sofort mit dem Beginn der Mitgliedschaft bzw. des Versicherungsverhältnisses.

Gemäß § 5 I Nr. 1 SGB V sind die abhängig Beschäftigten im Sinne von § 7 SGB IV versicherungspflichtig. Auch hier hängt das Bestehen einer Versicherungspflicht von einem Beschäftigungsverhältnis ab. Dazu gehören immer Arbeitnehmer, soweit sie nicht aufgrund Überschreitung der Jahresarbeitsentgeltgrenze versicherungsfrei sind. Weiterhin sind Bezieher von Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch II und III pflichtversichert, § 5 I Nr. 2 und 2a SGB V. Leistungsbezieher von Grundsicherung bei dauerhafter Erwerbsminderung und im Alter, von Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII sowie nach dem Asylbewerberleistungsgesetz sind über § 264 SGB V in die gesetzliche Krankenversicherung einbezogen. Sie sind nicht versicherungspflichtig, aber dennoch Mitglieder der Gesetzlichen Krankenversicherung. Die Krankenversicherung übernimmt Leistungen für sie gegen Kostenerstattung durch den für den jeweiligen Personenkreis zuständigen Träger.

Nach § 5 I Nr. 13 SGB V sind Personen in der Gesetzlichen Krankenversicherung pflichtversichert, die keine anderweitige Absicherung im Krankheitsfall haben. Voraussetzung ist, dass sie zuletzt gesetzlich krankenversichert waren oder bisher nicht gesetzlich oder privat krankenversichert waren, soweit sie nicht hauptberuflich selbstständig erwerbstätig sind oder aus § 6 I oder II SGB V versicherungsfrei sind.

Flankierend sieht § 193 Abs. 3 VVG für alle nicht versicherten Personen eine Versicherungspflicht in der privaten Krankenversicherung vor, soweit sie keinen Ausnahmetatbestand erfüllen, § 193 Abs. 3 S. 2 VVG:

Personen, die

1. in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert oder versicherungspflichtig sind oder
2. Anspruch auf freie Heilfürsorge haben, beihilfeberechtigt sind oder vergleichbare Ansprüche haben im Umfang der jeweiligen Berechtigung oder
3. Anspruch auf Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz haben oder
4. Empfänger laufender Leistungen nach dem Dritten, Vierten, Sechsten und Siebten Kapitel des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch sind für die Dauer dieses Leistungsbezugs und während Zeiten einer Unterbrechung des Leistungsbezugs von weniger als einem Monat, wenn der Leistungsbezug vor dem 1. Januar 2009 begonnen hat.

Einen Einstieg in das Leistungsrecht bietet § 11 I SGB V. Die wichtigsten Leistungen sind die Krankenbehandlung, das Krankengeld und das Mutterschaftsgeld. Ein Anspruch auf Krankenbehandlung ergibt sich immer aus § 11 I Nr. 4, § 27 I, 1, 2 Nrn. 1 bis 6 SGB V in Verbindung mit den einzelnen Leistungstatbeständen des SGB V. Um einen Anspruch auf Krankenbehandlung geltend machen zu können, muss die betreffende Person versichert sein.

Als weitere Voraussetzung muss der Versicherungsfall § 27 I 1 SGB V eingetreten sein. Der Versicherungsfall für Leistungen der Krankenbehandlung ist das Eintreten einer Krankheit. Die traditionelle Definition für den Versicherungsfall „Krankheit“ lautet, dass ein regelwidriger Körper- oder Geisteszustand, der der ärztlichen Behandlung bedarf, vorliegen müsse.<sup>189</sup> Regelwidrigkeit liege vor, wenn Körper- oder Geisteszustand vom Leitbild des gesunden Menschen abweicht. Vom Leitbild pflegt man ein funktionales Verständnis. Nach diesem Verständnis ist das Leitbild erfüllt, wenn der Versicherte in der Lage ist, die normalen psychophysischen Funktionen auszuüben.<sup>190</sup> Eine modernere Definition des Krankheitsbegriffs lautet deshalb: Krankheit ist ein Körper oder Geisteszustand, der die Ausübung der normalen psychophysischen Funktionen beeinträchtigt. An einer Regelwidrigkeit fehlt es laut Bundessozialgericht, wenn die Abweichung von körperlichem oder geistigem Zustand Folge einer natürlichen Körper- oder Geistesentwicklung ist.<sup>191</sup> Als Beispiele dafür führt man Altersgebrechlichkeit oder Schwangerschaft auf. Wesentlich ist auch das sogenannte Finalprinzip. Danach kommt es für die Entstehung des Leistungsanspruchs auf die Ursache des regelwidrigen Zustandes nicht an.

Ist der Versicherungsfall eingetreten, ist die konkrete Leistungsart zu bestimmen. Bei der Bestimmung der Leistungsart sind nicht nur die Voraussetzungen der einzelnen Leistungsarten zu berücksichtigen, sondern auch die allgemeinen Leistungsgrundsätze. Prägend ist das Naturalleistungsprinzip, § 2 II SGB V. Es geht davon aus, dass sich der Anspruch des Versicherten gegen die Krankenkasse richtet. Allerdings besteht dieser Anspruch grundsätzlich nicht in einer Erstattung der Kosten für die Inanspruchnahme von gesundheitsbezogenen Leistungen, sondern in der Verschaffung von Naturalleistungen, eben Sach- und Dienstleistungen. Die Krankenversicherung erbringt diese Leistung nicht selbst, sondern sie bedient sich verschiedener Leistungserbringer (Ärzte, Zahnärzte, Krankenhäuser, Apotheken). Der Sinn des Naturalleistungsprinzips besteht darin, den Versicherten davon zu befreien, die Behandlungskosten vorstrecken zu müssen.

<sup>189</sup>RVA GE Nr. 2140 AN 1916, 341; RVA GE Nr. 5115 AN 1937, 265; BSG Urt. v. 28.2.2008 – B 1 KR 19/07 R, BSGE 100, 119, Rn. 10 ff.; BSG Urt. v. 19.10.2004 – B 1 KR 3/03 R, BSGE 93, 252.

<sup>190</sup>BSG Urt. v. 19.10.2004 – B 1 KR 3/03 R, BSGE 93, 252; BSG Urt. v. 12.11.1985 – 3 RK 48/83, BSGE 59, 119.

<sup>191</sup>BSG Urt. v. 30.9.1999 – B 8 KN 9/98 KR R.

Die gesetzliche Krankenversicherung sieht bei Krankheit folgende in § 27 I 2 SGB V aufgeführte Leistungen als Krankenbehandlung vor:

- Ärztliche Behandlung einschließlich Psychotherapie als ärztliche und psychotherapeutische Behandlung, § 28 SGB V, auch in Form einer Zweitmeinung, § 27b SGB V
  - zahnärztliche Behandlung, §§ 28, 29 SGB V
  - Versorgung mit Zahnersatz einschließlich Zahnkronen und Suprakonstruktionen, § 55 SGB V
  - Versorgung mit Arznei-, Verband-, Heil- und Hilfsmitteln, digitalen Gesundheitsanwendungen §§ 31 -36 SGB V
  - häusliche Krankenpflege, außerklinische Intensivpflege und Haushaltshilfe, §§ 37, 38 SGB V
  - Krankenhausbehandlung, § 39 SGB V
  - Leistungen zur medizinischen Rehabilitation und ergänzende Leistungen, § 40 - 43 SGB V.
- Ferner sind unter anderem Ansprüche auf künstliche Befruchtung, § 27a SGB V, Soziotherapie § 37a SGB V, spezialisierte ambulante Palliativversorgung § 37b SGB V, Außerklinische Intensivpflege, § 37c SGB V, stationäre und ambulante Hospizleistungen, § 39a SGB V, Hospiz und Palliativberatung durch die Krankenkassen § 39 b SGB V, Kurzzeitpflege bei fehlender Pflegebedürftigkeit § 39 c SGB V, Übergangspflege im Krankenhaus, § 39 e SGB V, und nichtärztliche sozialpädiatrische Leistungen für Kinder, sowie für Erwachsene mit geistiger Behinderung oder schweren Mehrfachbehinderungen, § 43a und b SGB V, vorgesehen. Erwähnenswert ist auch die Übernahme von Fahrtkosten im sich auch § 60 SGB V ergebenden Umfang.

Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts steht dem Versicherten aus o.g. Rechtsgrundlagen grundsätzlich kein Anspruch auf eine ganz bestimmte Leistung zu. Es besteht nur ein Anspruch dem Grunde nach. Dieser wird als Rahmenrecht bezeichnet. Erst der Vertragsarzt konkretisiert den Anspruch auf die konkrete Leistung aufgrund von verbindlichen Rechtsvorschriften. Zu diesen Rechtsvorschriften gehören insbesondere auch die Richtlinien des gemeinsamen Bundesausschusses nach § 92 SGB V. Über § 73 II Nrn. 1 bis 14 SGB V wird ein verfahrensrechtlicher Arztvorbehalt eingerichtet. Materiell-rechtlich soll dieser in § 28 I 2 SGB V verankert sein. Da der Arzt an diese Regelungen gebunden ist, eröffnet seine Entscheidung über die Einschaltung weiterer Dienstleister oder anderer Hilfeleistungen den Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung für den Versicherten. Seine Bindung an die o.g. Richtlinien sorgt dafür, dass nur ein bestimmter Kanon von Behandlungsmethoden für bestimmte Diagnosen vorhanden ist. Mit dieser Konstruktion soll den Leistungsgrundsätzen der gesetzlichen Krankenversicherung, wie sie in § 2 SGB V niedergelegt sind, Rechnung getragen werden. Zu diesen Leistungsprinzipien gehören die Wirtschaftlichkeit, die Qualität und Bedarfsgerechtigkeit der

Leistungen. Daneben müssen die Leistungen auf dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse erbracht werden. Dazu vertrat das Bundessozialgericht die Auffassung, dass der allgemein anerkannte Stand der medizinischen Erkenntnisse Leistungen ausschließt, die mit wissenschaftlich nicht anerkannten Methoden erbracht werden. Neue Verfahren, die nicht ausreichend erprobt sind, oder sogenannte Außenseitermethoden, die zwar bekannt sind, aber sich nicht bewährt haben, waren nach Auffassung des Bundessozialgerichts von der Leistungspflicht nicht umfasst. Zur Begründung führte das Bundessozialgericht an, es sei nicht Aufgabe der Gesetzlichen Krankenversicherung, medizinische Forschung zu finanzieren. Problematisch dabei ist, dass die Ermittlung des allgemein anerkannten Standes der medizinischen Wissenschaft den Methoden der evidenzbasiert Medizin überantwortet ist. Nur durch diese Verfahren könne die Wirksamkeit von Therapien ausreichend sicher bewertet werden. Dies führte dazu, dass im Einzelfall Behandlungen versagt wurden, die unter Umständen lebensrettend hätten sein können.

Das Bundesverfassungsgericht entschied deshalb in seinem Nikolaus - Beschluss,<sup>192</sup> dass aufgrund des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bei lebensbedrohlichen Erkrankung keine zu hohen Anforderungen an den Wirksamkeitsnachweis gestellt werden dürfen. Die Leistung ist nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts zu übernehmen, wenn:

- eine lebensbedrohliche oder regelmäßig tödlich verlaufende Erkrankung vorliegt,
- bezüglich der Erkrankung eine allgemein anerkannte, medizinische Standard entsprechende Behandlung nicht zur Verfügung steht,
- bezüglich der neuen nicht allgemein anerkannten Behandlungsmethode eine auf Indizien gestützte, nicht ganz fern liegende Aussicht auf Heilung, oder wenigstens auf eine spürbare positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf besteht.

Diese Aussage wurde dahingehend interpretiert, dass in den Fällen lebensbedrohlicher Erkrankung nun doch auf den Erfolg im Einzelfall abgestellt werden könne. Das Bundessozialgericht hingegen ist weiterhin der Auffassung, dass auf eine Feststellung der Wirksamkeit in einer Vielzahl von Fällen nicht verzichtet werden könne. Auch die Reichweite des Bundesverfassungsurteils ist umstritten. Nach einer Ansicht hat das BVerfG nur die Grenzen des Leistungsabbaus in der Gesetzlichen Krankenversicherung umschrieben. Nach anderer Ansicht hat das Bundesverfassungsgericht einen verfassungsunmittelbaren Anspruch auf Leistungen im Falle lebensbedrohlicher Erkrankungen geschaffen. Anspruchsgrundlage wäre in diesem Fall Art. 2 I in Verbindung mit Art. 20 I, Art. 2 II Grundgesetz gewesen. Nach der aktuellen Rechtslage hat der Gesetzgeber auf diese Rechtsprechung reagiert. Er hat einen Rechtsanspruch

<sup>192</sup>BVerfG vom 6.12.2005 1 BvR 347/98.

der betreffenden Versicherten nach § 2 Ia 1 SGB V geschaffen, die Leistungen entsprechend den Vorgaben des BVerfG auszugestalten. Die Leistungen sind nach § 2 Ia 2 SGB V zu beantragen.

Die GKV bietet auch Leistungen, die den Lebensunterhalt sicherstellen. Nach § 44 I SGB V haben Stammversicherte Anspruch auf Krankengeld, wenn eine Krankheit sie arbeitsunfähig macht. Dieser Anspruch besteht ebenfalls, wenn sie auf Kosten der Krankenkasse in einem Krankenhaus oder einer Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtung stationär behandelt werden. Das Krankengeld hat Entgeltersatzfunktion.

Der Versicherungsfall Arbeitsunfähigkeit ist hier Voraussetzung für den Erhalt von Krankengeld. Arbeitsunfähig ist, wer infolge eines regelwidrigen Körper- oder Geisteszustandes nicht oder nur unter der Gefahr, seinen Zustand zu verschlimmern, seiner bisher ausgeübten Erwerbstätigkeit oder sonst vertraglich geschuldeten Tätigkeit nachgehen kann. Die bisher ausgeübte Tätigkeit ist die zuletzt, also vor dem Eintritt der Erkrankung konkret ausgeübte Tätigkeit. Auf die Behandlungsbedürftigkeit des regelwidrigen Körper- oder Geisteszustandes kommt es hier nicht an. Allerdings ist ein Kausalzusammenhang zwischen Krankheit und fehlender Arbeitsfähigkeit Voraussetzung. Der Kausalzusammenhang wird nach der Theorie der wesentlichen Bedingung bestimmt. Neben der Frage, ob ein Ereignis weggedacht werden kann, ohne dass sich der Zustand des Versicherten veränderte, ist eine wertende Betrachtung der verschiedenen möglichen Ursachenzusammenhänge notwendig. Das die Arbeitsunfähigkeit auslösende Ereignis muss demnach vom Schutzzweck der Gesetzlichen Krankenversicherung erfasst sein.

Der Anspruch auf Krankengeld setzt ferner nicht voraus, dass die versicherte Person ohne die Arbeitsunfähigkeit Arbeitsentgelt erzielt hätte. Erkrankt ein Arbeitnehmer, so zahlt in aller Regel der Arbeitgeber für die ersten sechs Wochen das volle Arbeitsentgelt weiter, § 616 I und II BGB, § 3 I Entgeltfortzahlungsgesetz. Soweit der Versicherte Arbeitsentgelt erhält, ruht der Anspruch auf das Krankengeld.

Im Mutterschutz wird als Entgeltersatz Mutterschaftsgeld gezahlt, § 24i I SGB V. Danach besteht ein Anspruch auf Mutterschaftsgeld während der Schutzfristen vor und nach der Entbindung, § 3 Mutterschutzgesetz.

Wiederholungsfragen

- Wie ist die Krankenversicherung der Asylbewerber und der Bezieher von Grundsicherung bei dauerhafter Erwerbsminderung und im Alter sowie der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII geregelt?

- Definieren Sie den Begriff Krankheit als Versicherungsfall der gesetzlichen Krankenversicherung.
- Wo ist die Krankenbehandlung der gesetzlichen Krankenversicherung geregelt ?
- Erläutern Sie die Lehre vom Rahmenrecht im SGB V.
- Welche Funktion hat der gemeinsame Bundesausschuss in der gesetzlichen Krankenversicherung?
- Was versteht man unter dem Arztvorbehalt in der gesetzlichen Krankenversicherung?
- Welche Folgen hat der Nikolaus - Beschluss des Bundesverfassungsgerichts?
- Wo ist das Krankengeld der Gesetzlichen Krankenversicherung geregelt ?

## 2. Soziale Pflegeversicherung

### Orientierungsfragen

- Was bedeutet Pflegebedürftigkeit ?
- Welche Leistungen der sozialen Pflegeversicherung gibt es ?
- Wie entwickelte sich die soziale Pflegeversicherung ?

Als jüngster Zweig der Sozialversicherung trat 1995 die soziale Pflegeversicherung in Kraft. Ihre Leistungen sind in der Einweisungsvorschrift des § 21a SGB I aufgezählt. Die Pflegeversicherung ist im SGB XI geregelt. Träger der Pflegeversicherung sind die Pflegekassen. Diese wurden bei jeder Krankenkasse errichtet. Die Pflegeversicherung wird durch Beiträge der Mitglieder und ihrer Arbeitgeber finanziert.

In den Schutz der Pflegeversicherung sind gemäß § 1 II 1 SGB XI kraft Gesetzes alle einbezogen, die in der Gesetzlichen Krankenversicherung versichert sind. Wer in einer privaten Krankenversicherung versichert ist, ist nicht kraft Gesetzes in die gesetzliche Pflegeversicherung einbezogen, muss jedoch eine private Pflegeversicherung abschließen. Vergleiche § 1 II 1 und 2 SGB XI.

Am 1.1.2015 trat das Erste Gesetz zur Stärkung der pflegerischen Versorgung und zur Änderung weiterer Vorschriften in Kraft. (PSG I)<sup>193</sup> Dieses Gesetz soll die Pflegeversicherung zusammen mit der sog. 2. Stufe der Pflegereform (Zweites Pflegestärkungsgesetz PSG II)<sup>194</sup> weiterentwickeln. Ziel dieser beiden Gesetze ist es, die Leistungen zu erhöhen, auszuweiten und zu flexibilisieren.

<sup>193</sup> Erstes Pflegestärkungsgesetz – PSG I vom 17. Dezember 2014, BGBl. I, S. 2222.

<sup>194</sup> Zweites Pflegestärkungsgesetz (PSG II) G. v. 21.12.2015 BGBl. I S. 2424.

Insbesondere soll dies für die häusliche Pflege und die Ermöglichung von mehr Personal in stationären Pflegeeinrichtungen gelten. Darüber hinaus steht eine generationengerechte Finanzierbarkeit der Pflegeversicherung im Fokus. Erst mit dem PSG II erfolgte eine grundlegende Reform des Pflegebedürftigkeitsbegriffs. Rund 20 Jahre nach ihrer Entstehung erfährt die Soziale Pflegeversicherung ihre bisher umfangreichste Modernisierung, die auch in die Hilfe zur Pflege der Sozialhilfe übertragen wurde.

Die Reform sollte allen Pflegebedürftigen unabhängig von einer kognitiven, somatischen oder psychischen Ursache gleicher Zugang zu Pflegeleistungen ermöglicht werden. Zu diesem Zweck wird ein neuer Pflegebedürftigkeitsbegriff und ein neues Begutachtungsinstrument (NBA Neues Begutachtungsassessment) eingeführt.

Die Leistungen werden nach 5 Pflegegraden differenziert. Diese Pflegegrade werden als Grade der „(geringen bis schwersten) Beeinträchtigungen der Selbstständigkeit oder der Fähigkeiten“ definiert, § 15 Abs. 3 S. 4 SGB XI.

Körperliche, geistige und psychische Einschränkungen werden gleichermaßen erfasst und in die Einstufung einbezogen. Mit der Begutachtung wird der Grad der Selbstständigkeit in sechs verschiedenen Bereichen gemessen und – mit unterschiedlicher Gewichtung – zu einer Gesamtbewertung zusammengeführt. Daraus ergibt sich die Einstufung in einen Pflegegrad. Die sechs Bereiche („Module“) sind, § 15 Abs. 2 i.V.m. § 14 Abs. 2 SGB XI:

1. Mobilität
2. Kognitive und kommunikative Fähigkeiten
3. Verhaltensweisen und psychische Problemlagen
4. Selbstversorgung
5. Bewältigung von und selbstständiger Umgang mit krankheits- oder therapiebedingten Anforderungen und Belastungen
6. Gestaltung des Alltagslebens und sozialer Kontakte

Anknüpfungspunkt ist der personenorientierte und weitgehend kontextunabhängige Grad der Selbstständigkeit des Patienten. Das Ausmaß an personeller Unterstützung hat weiterhin Einfluss auf die Bewertung des Ausmaßes der Pflegebedürftigkeit. Unter anderem werden die Belastung und Häufigkeit des Bedarfs berücksichtigt.

Wer vor dem 1.1.2017 Leistungen der Pflegeversicherung in Anspruch nahm, wurde durch Übergangsregelungen in das neue System übergeleitet, § 140 SGB XI. Dabei gilt: Alle, die bereits

Leistungen von der Pflegeversicherung erhalten, erhalten diese auch weiterhin mindestens in gleichem Umfang.

Als Faustformel gilt: Menschen mit ausschließlich körperlichen Einschränkungen wurden automatisch in den nächst höheren Pflegegrad übergeleitet, § 140 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 SGB XI  
Menschen mit geistigen Einschränkungen kamen automatisch in den übernächsten Pflegegrad, § 140 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 SGB XI.

Der neue Pflegebedürftigkeitsbegriff im Detail:

Definiert ist der Begriff der Pflegebedürftigkeit weiterhin in § 14 Abs. 1 SGB XI. Voraussetzungen sind insbesondere das Vorliegen gesundheitlicher Ursachen, die die Selbständigkeit und Fähigkeiten der Person beeinträchtigen sowie dazu führen, dass die Person der Hilfe anderer bedarf.

Die gesundheitlichen Ursachen können kognitiver, psychischer oder körperlicher Art sein.

Wann Selbständigkeit und Fähigkeiten beeinträchtigt sind regelt § 14 Abs. 2 SGB XI. Hier werden 6 Bereiche (sog. Module, s.o.) unterschieden, die als Anknüpfungspunkt für den Hilfebedarf durch Pflegekräfte dienen. Zu beachten sind insoweit auch § 14 Abs. 3 und § 15 Abs. 5 SGB XI, die die Haushaltsführung und (zum Teil) behandlungspflegerische Versorgung zum Inhalt des Pflegebedürftigkeitsbegriffs hinzufügen.

Nach § 15 SGB XI wird der Grad der Selbständigkeit, der nun den Kern des Pflegebedürftigkeitsbegriffs darstellt, für jedes der Module nach der Skala in § 15 Abs. 2 SGB XI ermittelt. Je geringer die Selbständigkeit oder Fähigkeit im jeweiligen Modul beeinträchtigt ist, desto weniger Punkte werden für diesen Bereich vergeben.

Die Module und deren Selbständigkeitsbewertung werden für die Feststellung des Grades der Pflegebedürftigkeit nicht im Verhältnis 1: 1 angerechnet, sondern nach verschiedenen Modulen unterschiedlich gewichtet. Die Details regelt § 15 Abs. 2 S. 7 u. 8 SGB XI. § 15 Abs. 3 SGB XI regelt die Berechnung der Gesamtpunktzahl aus der sich schließlich der Pflegegrad nach § 15 Abs. 3 u. 7 SGB XI ergibt. Ausnahmen von diesem Verfahren gibt es für die Zuordnung zum höchsten Pflegegrad (Grad 5). Hier sieht § 15 Abs. 4 SGB XI vor, dass eine individuelle Einstufung in besonderen Fällen möglich ist. Das Nähere soll in Richtlinien nach § 17 SGB XI (Richtlinien zur pflegfachlichen Konkretisierung der Inhalte des Begutachtungsinstrumentes) geregelt werden.

Pflegebedürftig ist darüber hinaus nur, wer für voraussichtlich mindestens 6 Monate der pflegerischen Unterstützung bedarf, § 14 Abs. 1 S. 3 SGB XI.

## Die Leistungen

§ 28 Abs. 1 SGB XI gibt einen Überblick über die Leistungen der Pflegeversicherung:

1. Pflegesachleistung (§ 36),
2. Pflegegeld für selbst beschaffte Pflegehilfen (§ 37),
3. Kombination von Geldleistung und Sachleistung (§ 38),
4. häusliche Pflege bei Verhinderung der Pflegeperson (§ 39),
5. Pflegehilfsmittel und wohnumfeldverbessernde Maßnahmen (§ 40),
6. Tagespflege und Nachtpflege (§ 41),
7. Kurzzeitpflege (§ 42),
8. vollstationäre Pflege (§ 43),
9. Pflege in vollstationären Einrichtungen der Hilfe für behinderte Menschen (§ 43a),
- 9a. Zusätzliche Betreuung und Aktivierung in stationären Pflegeeinrichtungen (§ 43b),
10. Leistungen zur sozialen Sicherung der Pflegepersonen (§ 44),
11. zusätzliche Leistungen bei Pflegezeit und kurzzeitiger Arbeitsverhinderung (§ 44a),
12. Pflegekurse für Angehörige und ehrenamtliche Pflegepersonen (§ 45),
- 12a. Umwandlung des ambulanten Sachleistungsbetrags (§ 45a),
13. Entlastungsbetrag (§ 45b),
14. Leistungen des Persönlichen Budgets nach § 29 des Neunten Buches,
15. zusätzliche Leistungen für Pflegebedürftige in ambulant betreuten Wohngruppen (§ 38a SGB XI)
16. Ergänzende Unterstützung bei Nutzung von digitalen Pflegeanwendungen (§ 39a) und digitale Pflegeanwendungen (§ 40a).
17. Leistungsanspruch beim Einsatz digitaler Pflegeanwendungen (§ 40b).

Daneben regelt § 28 Abs. 1 a SGB XI einen Anspruch auf Pflegeberatung (§ 7a SGB XI) des Versicherten gegen ihre Pflegekasse oder ihr Versicherungsunternehmen. Vorübergehend gibt es weiterhin einen Anspruch auf Anschubfinanzierung bei Gründung von ambulant betreuten Wohngruppen. Die Pflege soll nun auch Sterbebegleitung mit einschließen. Diese Leistungen stehen allen Personen zu, die eine Einstufung in die Pflegegrade 2 – 5 erreichen.

Die Leistungen für Personen mit dem Pflegegrad 1 sind in § 28a SGB XII geregelt. Diese Personen erhalten:

1. Pflegeberatung gemäß den §§ 7a und 7b,

2. Beratung in der eigenen Häuslichkeit gemäß § 37 Absatz 3,
3. zusätzliche Leistungen für Pflegebedürftige in ambulant betreuten Wohngruppen gemäß § 38a,
4. Versorgung mit Pflegehilfsmitteln gemäß § 40 Absatz 1 bis 3 und 5,
5. finanzielle Zuschüsse für Maßnahmen zur Verbesserung des individuellen oder gemeinsamen Wohnumfelds gemäß § 40 Absatz 4,
6. zusätzliche Betreuung und Aktivierung in stationären Pflegeeinrichtungen gemäß § 43b,
7. zusätzliche Leistungen bei Pflegezeit und kurzzeitiger Arbeitsverhinderung gemäß § 44a,
8. Pflegekurse für Angehörige und ehrenamtliche Pflegepersonen gemäß § 45,
9. Ergänzende Unterstützung bei Nutzung von digitalen Pflegeanwendungen gemäß § 39a und digitale Pflegeanwendungen gemäß § 40a,
10. Leistungsanspruch beim Einsatz digitaler Pflegeanwendungen gemäß § 40b.

Nach § 28a Abs. 2 SGB XI gewährt die Pflegeversicherung den Entlastungsbetrag gemäß § 45b Absatz 1 Satz 1 in Höhe von 125 Euro monatlich. Wenn Pflegebedürftige des Pflegegrades 1 vollstationäre Pflege wählen, gewährt die Pflegeversicherung einen Zuschuss in Höhe von 125 Euro monatlich, § 28a Abs. 3 SGB XI.

Immer wieder Gegenstand der Kritik ist die Höhe der Leistungen der Sozialen Pflegeversicherung. Die Höhe bzw. der monetäre Wert der Leistungen ist gesetzlich vorgegeben, bspw. § 36 Abs. 3, § 37 Abs. 1; § 41 Abs. 2; § 43 Abs. 2 SGB XI. Durch Rechtsverordnung können die Leistungen angepasst werden, § 30 SGB XI. Die Leistungen sind jedoch von vorneherein nicht als durchschnittlich den Pflegebedarf deckende Leistungen konzipiert, (vgl. ausdrücklich § 4 Abs. 2 und 3 SGB XI). Soweit Pflege nicht durch eigene Mittel des Leistungsberechtigten selbst sichergestellt ist, werden die Leistungen durch die Sozialhilfe in Form der Hilfe zur Pflege § 61 ff SGB XII ergänzt, s.a. § 13 Abs. 3 S- 1 Nr. 1 und S. 2 SGB XI.

#### Wiederholungsfragen

- Woran knüpft die Versicherungspflicht in der sozialen Pflegeversicherung an?
- Was versteht das SGB XI unter Pflegebedürftigkeit ?
- Welche Funktion haben die Pflegegrade und die Module (6 Bereiche) ?
- Worin unterscheiden sich die Leistungen der Pflegegrade 2- 5 von den Leistungen des Pflegegrades 1 ?

### 3. Leistungen der Arbeitslosenversicherung

#### Orientierungsfragen

- Wer ist in der Arbeitslosenversicherung versichert ?
- Unter welchen Voraussetzungen besteht ein Anspruch auf Arbeitslosengeld I ?
- Wie wird die Höhe des Anspruchs auf Arbeitslosengeld I ermittelt ?
- Wann treten Sperrzeiten ein ?
- Welche Folge haben Sperrzeiten für den Anspruch auf Arbeitslosengeld I und II ?

#### 1. Allgemeines

Die Ziele der Leistungen der Arbeitsförderung sind in § 1 Sozialgesetzbuch III beschrieben. Danach soll ein hoher Beschäftigungsstand erreicht und die Beschäftigungsstruktur ständig verbessert werden, § 1 I 4 SGB II. Primäres Ziel der Arbeitsförderung nach § 1 I 1 SGB III ist es, der Entstehung von Arbeitslosigkeit entgegenzuwirken. § 1 II SGB III führt beispielhaft einzelne Zielvorgaben auf, an denen sich die Leistungen der Arbeitsförderung zu orientieren haben. Die Leistungen der Arbeitsförderung sollen insbesondere die Transparenz auf dem Ausbildungs- und Arbeitsmarkt erhöhen, die berufliche und regionale Mobilität unterstützen und die zügige Besetzung offener Stellen ermöglichen. Sie sollen die individuelle Beschäftigungsfähigkeit durch Erhalt und Ausbau von Fertigkeiten, Kenntnissen und Fähigkeiten fördern. Auch unterwertiger Beschäftigung ist entgegenzuwirken und die berufliche Situation von Frauen ist zu verbessern. Es besteht eine Pflicht auf die Beseitigung bestehender Nachteile sowie auf die Überwindung eines geschlechtsspezifisch geprägten Ausbildungs- und Arbeitsmarktes hinzuwirken und Frauen mindestens entsprechend ihrem Anteil an den Arbeitslosen und ihrer relativen Betroffenheit von Arbeitslosigkeit zu fördern. Diese Aufzählung ist nicht abschließend, wie das Wörtchen „insbesondere“ zeigt.

Diesem Aufgabenkatalog lässt sich auch entnehmen, dass es nicht Aufgabe des Staates sein soll, Ausbildungs- oder Arbeitsplätze bereit zu stellen. Eine ausdrückliche Verknüpfung der Arbeitsmarktpolitik mit anderen Politikbereichen ist in § 1 I letzter Satz SGB III ebenfalls sichtbar. Eine staatliche Primärverantwortung für den Arbeitsmarkt wird mit dem SGB III nicht anerkannt. In § 2 SGB III wird dies besonders gut sichtbar, da hier die Verantwortlichkeit von Arbeitgebern und -nehmern ebenfalls eingefordert wird.

Die Einweisungsvorschrift für die Leistungen der Arbeitsförderung findet man in § 19 I und II SGB I. Eigene Ansprüche begründen diese Rechtsgrundlagen nicht, § 2 I 2 SGB III. Sie konkretisieren das soziale Recht auf Bildung und Arbeitsförderung nach § 3 SGB I.

## **2. Rechtsansprüche und Ermessensleistungen**

Das SGB III geht davon aus, dass alle Leistungen der aktiven Arbeitsförderung grundsätzlich Ermessensleistungen sind, § 3 Abs. 3 SGB III. Die Ausnahmen zählt § 3 Abs. 3 SGB III auf. Auf die aufgezählten Leistungen besteht ein Rechtsanspruch.

Einen Überblick über die Leistungen der Arbeitsförderung bietet § 3 SGB III ebenfalls. Daneben nimmt die Bundesagentur für Arbeit weitere Aufgaben wahr: dies sind z.B. ordnungsrechtliche Tätigkeiten wie die Erteilung von Genehmigungen und Erlaubnissen im Zusammenhang mit der Ausländerbeschäftigung, § 284 SGB III. Sie ist für die Erteilung von Erlaubnissen im Zusammenhang mit privater Arbeitsvermittlung und Arbeitsberatung zuständig, §§ 288a ff SGB III. Auch die Bekämpfung von Leistungsmissbrauch und illegaler Ausländerbeschäftigung, § 394 I Nr. 6 SGB III, gehört zu ihren Aufgaben. Die Bundesagentur für Arbeit führt auch Arbeitsmarkt und Berufsforschung durch, §§ 280 ff SGB III.

## **3. Organisation**

Träger der Leistungen der Arbeitsförderung ist nach § 367 SGB III die Bundesagentur für Arbeit. Sie gliedert sich in eine Zentrale, Regionaldirektionen und Agenturen für Arbeit. Die Bundesagentur für Arbeit nimmt ihre Aufgaben eigenverantwortlich nach dem Prinzip der Selbstverwaltung wahr. Sie ist eine rechtsfähige bundesunmittelbare Körperschaft des öffentlichen Rechts. Agenturen für Arbeit haben keinen eigenen Status als Körperschaften des öffentlichen Rechts, sie sind nur unselbständige Organe der Bundesagentur<sup>195</sup>.

## **4. Versicherung**

Versicherungspflichtig in der Arbeitslosenversicherung sind nach § 24 I SGB III alle Personen, die als Beschäftigte oder aus sonstigen Gründen versicherungspflichtig sind. Beschäftigte sind Personen, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind, § 25 I 1 SGB III, der inhaltlich an § 7 I SGB IV anschließt. Außerdem begründet der Bezug der in § 26 II SGB III genannten Sozialleistungen eine Versicherungspflicht: u.a. bei Bezug von Krankengeld, Verletztengeld oder Übergangsgeld besteht entsprechend eine Versicherungspflicht.

## **5. Wichtige Leistungen an Arbeitnehmer**

<sup>195</sup> Gagel/Wendtland, 77. EL März 2020 Rn. 22, SGB III § 367 Rn. 22.

Die wichtigsten Leistungen an Arbeitnehmer, die durch die Bundesagentur für Arbeit erbracht werden, werden im Folgenden kurz genannt.

Zu den klassischen Aufgabenfeldern der Bundesagentur für Arbeit gehört die in §§ 29 ff SGB III genannte Berufsberatung. Die Berufsberatung bietet Auskunft und Rat für Personen, die in Zukunft auf den Arbeitsmarkt gelangen. Berufswahl, Berufswechsel und berufliche Bildung sollen besprochen werden. Im Rahmen der Berufsberatung, § 30 SGB III, kann eine Eignungsfeststellungen nach § 32 SGB III oder eine Berufsorientierung gemäß § 33 SGB III durchgeführt werden.

Die Arbeitsvermittlung nach §§ 35 ff SGB III ist gemäß § 42 I SGB III, wie die Beratung, mit Ausnahmen § 42 II, III SGB III, unentgeltlich. Die Vermittlungstätigkeit ist darauf ausgerichtet Ausbildungs- und Arbeitsuchende mit Arbeitgebern zur Begründung eines Ausbildungs- bzw. Arbeitsverhältnis zusammenzuführen. Wichtig ist, dass die Norm dem Einzelnen keinen Anspruch auf Schaffung eines Arbeitsplatzes gibt. Sie begründet lediglich ein subjektives Recht darauf, dass die Agentur für Arbeit die Vermittlungstätigkeit aufnimmt. Ausgangspunkt der Vermittlung ist die gemäß § 37 I SGB III stattfindende Potenzialanalyse. Als Ergebnis dieser Potenzialanalyse soll eine Vermittlungsstrategie zwischen den Beteiligten entstehen. Diese soll in der Eingliederungsvereinbarung, § 37 II SGB III, festgehalten werden. In dieser Eingliederungsvereinbarung soll auch die Einbindung des Arbeitssuchenden festgelegt werden. Die Grundsätze der Arbeitsvermittlung sind § 36 SGB III normiert. § 38 SGB III enthält einige Mitwirkungspflichten des Ausbildungs- oder Arbeitsuchenden. Dazu gehören vor allem eine fristgebundene Meldepflicht sowie eine Auskunftspflicht hinsichtlich tatsächlicher Angaben, die die Arbeitsvermittlung betreffen.

Die §§ 45 bis 51 SGB III alte Fassung enthielten Regelung zur Übernahme von Bewerbungs- und Reisekosten, Mobilitätshilfen (Leistungen für Arbeitskleidung und Arbeitsgerät, Fahrtkostenbeihilfen, Umzugskostenbeihilfen) sowie Maßnahmen der Eignungsfeststellung und Trainingsmaßnahmen. Diese sind durch § 44 SGB III, die Förderung aus den Vermittlungsbudget ersetzt worden.

§ 45 SGB III sieht Leistungen zur Aktivierung und beruflichen Eingliederung vor. Dazu gehört die Ausstellung eines Aktivierungs- und Vermittlungsgutscheins, § 45 IV SGB III. Dieser ermöglicht die Inanspruchnahme von externen zugelassenen Dienstleistern mit Leistungsangebot im Bereich der Arbeitsvermittlung und Aktivierung. Unter den Voraussetzungen des § 45 VII SGB III besteht ein Anspruch auf einen Vermittlungs- und Aktivierungsgutschein.

Ein Anspruch auf Berufsausbildungsbeihilfe kann nach § 56 SGB III während der beruflichen Ausbildung oder einer berufsvorbereitenden Bildungsmaßnahme bestehen. Diesen Bestimmungen kommt erhebliche Bedeutung in der Praxis der Agenturen für Arbeit zu, denn ein Großteil der arbeitslos gemeldeten Personen verfügen nicht über eine abgeschlossene Berufsausbildung. Berufliche Ausbildung oder berufsvorbereitende Bildungsmaßnahmen können auch im Ausland gefördert werden, vergleiche § 58 SGB III.

Bei der Förderung der beruflichen Weiterbildung, § 81 ff SGB III, kann die Teilnahme an Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen durch Übernahme Lehrgangskosten gefördert werden, § 84 SGB III.

Zur Förderung der Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit sieht § 93 SGB III einen Gründungszuschuss vor. Ein Anspruch darauf besteht nicht. Der Gründungszuschuss kann nach billigem Ermessen gewährt werden, wenn der Arbeitnehmer bis zur Aufnahme der selbständigen Tätigkeit einen Anspruch auf Entgeltersatzleistungen nach dem Sozialgesetzbuch III hat und bei Aufnahme der selbständigen Tätigkeit noch über einen Anspruch auf Arbeitslosengeld von mindestens 150 Tagen verfügt. Darüber hinaus hat er der Agentur für Arbeit die Tragfähigkeit der Existenzgründung nachzuweisen und seine Kenntnisse und Fähigkeiten zur Ausübung der selbständigen Tätigkeit darzulegen.

Die Bundesagentur für Arbeit ist Rehabilitationsträger im Sinne des Sozialgesetzbuches IX, § 6 Abs. 1 Nr. 2 SGB IX. §§ 112 ff SGB III regeln die Leistungen der Teilhabe behinderter Menschen am Arbeitsleben. Als Faustregel kann man dabei berücksichtigen, dass behinderten Menschen zunächst alle diejenigen Leistungen ebenfalls zu stehen, die nicht behinderten Menschen zustehen, § 115 SGB III. Nur soweit diese Leistungen nicht ausreichend sind, erbringt die Agentur für Arbeit besondere Leistungen nach §§ 118 ff SGB III. Dazu gehören auch das Ausbildungsgeld, § 122 SGB III, das Übergangsgeld, § 119 SGB III, sowie die Übernahme von Teilnahmekosten nach § 127 SGB III.

§ 3 IV SGB III bietet einen Überblick über die existenzsichernden Entgeltersatzleistungen der Bundesagentur für Arbeit: Arbeitslosengeld, Teilarbeitslosengeld, Übergangsgeld, Kurzarbeitergeld und Insolvenzgeld.

Kurzarbeitergeld, §§ 95 ff SGB III, wird gezahlt, wenn in Betrieben oder Betriebsabteilungen die regelmäßige betriebsübliche wöchentliche Arbeitszeit vorübergehend verkürzt wird. Es dient dem Zweck, den Betrieben bereits eingearbeitete Arbeitnehmer zu erhalten, gefährdete Arbeitsplätze zu

sichern, sowie den Arbeitnehmern einen Teil des durch die Kurzarbeit bedingten Lohnausfalls zu ersetzen. Ein Rechtsanspruch besteht.

Bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers wird dem Arbeitnehmer ein Insolvenzgeld gezahlt, §§ 165 ff SGB III. Auf Insolvenzgeld besteht ein Rechtsanspruch. Die Leistung soll zu einer sichereren und schnellen Befriedigung der offenen Entgeltansprüche des Arbeitnehmers bei Insolvenz des Arbeitgebers beitragen.

## **6. Arbeitslosengeld für Arbeitnehmer**

Ein Anspruch auf Arbeitslosengeld steht gemäß § 136 I Nr. 1 SGB III in Verbindung mit § 137 I SGB III Arbeitnehmern zu, wenn sie arbeitslos sind, sich bei der Agentur für Arbeit arbeitslos gemeldet haben und die Anwartschaftszeit erfüllt haben. Der Anspruch besteht nicht soweit der Arbeitnehmer die Höchstaltersgrenze nach § 136 II SGB III erreicht hat. Arbeitslosengeld wird nur auf Antrag gewährt, § 323 I 1 SGB III. Mit der Arbeitslosmeldung, § 141 SGB III, gilt jedoch der Antrag auf Zahlung von Arbeitslosengeld als gestellt, § 323 I 2 SGB III.

Der zentrale Begriff des Arbeitslosengeldanspruchs, die Arbeitslosigkeit, ist in § 138 I SGB III legaldefiniert. Er besteht aus den Elementen der Beschäftigungslosigkeit, der Eigenbemühungen und der Verfügbarkeit. Die Begriffe Eigenbemühungen und Verfügbarkeit werden in § 138 IV und V SGB III konkretisiert. Zu den Eigenbemühungen gehört, dass der Arbeitslose alle Möglichkeiten der beruflichen Eingliederung nutzt. Er muss die Verpflichtungen aus der Eingliederungsvereinbarung wahrnehmen, bei der Vermittlung durch Dritte mitwirken und die Selbstinformationseinrichtungen der Agentur für Arbeit in Anspruch nehmen.

Verfügbar ist, wer eine versicherungspflichtige, mindestens 15 Stunden umfassende, zumutbare Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des Arbeitsmarktes ausüben kann und darf. Ferner muss der Arbeitssuchende den Vorschlägen der Agentur für Arbeit zeitnah Folge leisten können und bereit sein, jede zumutbare Beschäftigung anzunehmen. Ferner muss er bereit sein, an Maßnahmen zur beruflichen Eingliederung teilzunehmen. Sonderfälle der Verfügbarkeit sind in § 139 SGB III geregelt. In diesem Zusammenhang ist auch die Erreichbarkeitsanordnung der Bundesagentur für Arbeit von 1997 zu beachten. Nach § 1 I Erreichbarkeitsanordnung<sup>196</sup> hat der Arbeitslose deshalb sicher zu stellen, dass die Agentur für Arbeit ihn persönlich an jedem Werktag an seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt unter der von ihm genannten Anschrift durch Briefpost erreicht. Zur Verfügbarkeit gehört, dass der Arbeitslose bereit ist, jede zumutbare Beschäftigung aufzunehmen und auszuüben. Zu dieser zumutbaren Beschäftigung gehören

<sup>196</sup>ANBA 1997 S. 1685. Zuletzt geändert durch Art. 1 Zweite ÄndAnO vom 26. 9. 2008 (ANBA Nr. 12 S. 5).

grundsätzlich alle Beschäftigungen, die er ausführen kann und darf. Nähere inhaltliche Konturen bietet § 140 SGB III. Eine zumutbare Beschäftigung liegt danach nicht vor, wenn die Beschäftigung gegen gesetzliche, tarifliche oder in Betriebsvereinbarungen festgelegte Bestimmungen oder gegen Bestimmungen des Arbeitsschutzes verstößt. Unzumutbar ist eine Beschäftigung auch, wenn das aus der Beschäftigung erzielbare Arbeitsentgelt erheblich niedriger ist, als das der Bemessung des Arbeitslosengeldes zugrunde liegende Entgelt. Ferner ist eine Beschäftigung unzumutbar soweit unverhältnismäßig lange Pendelzeiten zwischen Arbeitsplatz und Wohnung zurückzulegen wären.

Um Arbeitslosengeld zu erhalten muss der Versicherte die gesetzlich vorgeschriebene Anwartschaftszeit erfüllt haben, § 142 SGB III. Innerhalb einer Rahmenfrist von 30 Monaten, § 143 SGB III, muss der Arbeitslose mindestens zwölf Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden haben.

Der Anspruch auf Arbeitslosengeld besteht zeitlich befristet. Die Bezugsdauer richtet sich nach der Dauer des Versicherungspflichtverhältnisses innerhalb der um 30 Monate erweiterten Rahmenfrist, § 147 I Nr. 1 SGB III, und dem Lebensalter, das der Arbeitslose bei der Entstehung des Anspruchs vollendet hat, § 147 II Nr. 2 SGB III. Die Anspruchsdauer im Einzelnen ist in § 147 II SGB III geregelt. In einzelnen Fällen, u.a. bei Eintritt einer Sperrzeit vermindert sich die Anspruchsdauer, § 148 SGB III.

Die Höhe des Arbeitslosengeldes beträgt nach § 149 SGB III 67% (erhöhter Leistungssatz), bei kinderlosen Arbeitslosen 60% (allgemeiner Leistungssatz) des Leistungsentgelts. Beim Leistungsentgelt handelt es sich um ein pauschaliertes Netto - Entgelt. Das bedeutet, dass sich das Leistungsentgelt nicht aus dem tatsächlichen Nettogehalt des Arbeitslosen ableitet. Die unterschiedlichen Abzüge vom Arbeitnehmergehalt werden typisiert berücksichtigt und vom tatsächlichen Bruttogehalt abgezogen. Da das Bruttogehalt über die Versicherungszeit des versicherten Arbeitslosen schwanken kann, wird nicht auf das zuletzt bezogene Bruttogehalt abgestellt, sondern auf ein Durchschnittsbruttogehalt aus einem bestimmten Zeitraum. Dies bedeutet im Einzelnen:

Im ersten Schritt wird das Bemessungsentgelt § 151 SGB III ermittelt. Bei dem Bemessungsentgelt handelt es sich um das im Bemessungszeitraum innerhalb des Bemessungsrahmens erzielte tägliche Bruttoentgelt. Der Bemessungsrahmen beträgt ein Jahr. Er endet mit dem letzten Tag des letzten Versicherungspflichtverhältnisses vor der Entstehung des Anspruchs, § 150 Abs.1 S.2 SGB III. Die über diesen Zeitraum bezogenen Einkünfte sind zu addieren und schließlich durch 360 Kalendertage zu teilen, § 154 SGB III. Im zweiten Schritt wird das Leistungsentgelt nach § 153

SGB III ermittelt. Dazu werden vom ermittelten Bemessungsentgelt pauschale Abzüge für Sozialversicherung, Steuer und Solidaritätszuschlag gemacht. Auf dieses Ergebnis ist der jeweilige allgemeine oder erhöhte Leistungssatz zu beziehen.

Das Vermögen wird auf das Arbeitslosengeld nicht angerechnet, da das Arbeitslosengeld eine Versicherungsleistung ist, die sich der Versicherte durch seine eigenen Beiträge erwirtschaftet hat.

Nach § 155 SGB III ist Nebeneinkommen aus Erwerbstätigkeit teilweise auf das Arbeitslosengeld anzurechnen.

Der Anspruch auf Arbeitslosengeld kann ruhen oder erlöschen. Ein Anspruch auf Arbeitslosengeld ruht während der Zeit, für die dem Arbeitslosen ein Anspruch auf die in § 156 SGB III genannten Sozialleistungen (z.B. Krankengeld, Mutterschaftsgeld, Altersrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung) zu steht. § 157 SGB III sieht ein Ruhen des Anspruchs ebenfalls vor, wenn der Arbeitslose Arbeitsentgelt oder eine Urlaubsabgeltung erhält oder beanspruchen kann. Der Anspruch auf Arbeitslosengeld ruht, soweit ein Sperrzeitatbestand erfüllt ist, § 159 I 1 SGB III. § 159 I SGB III ordnet das Ruhen des Anspruchs für die Dauer einer Sperrzeit an, soweit versicherungswidriges Verhalten vorliegt. Sieben verschiedene Möglichkeiten versicherungswidrigen Verhaltens werden in § 159 I 2 SGB III genannt: Versicherungswidriges Verhalten besteht danach in einer Arbeitsaufgabe, einer Arbeitsablehnung oder in unzureichenden Eigenbemühungen, sowie der Ablehnung einer beruflichen Eingliederungsmaßnahme oder in einem Abbruch einer beruflichen Eingliederungsmaßnahme sowie bei einem Meldeversäumnis oder verspäteter Arbeitssuchendmeldung. Die Sperrzeit tritt in diesen Fällen durch Gesetz ein, soweit der Arbeitnehmer keinen wichtigen Grund für sein versicherungswidriges Verhalten nachweisen kann. Einer Anordnung des Ruhens durch einen Verwaltungsakt bedarf es nicht.

Von einem wichtigen Grund ist auszugehen, wenn dem Arbeitnehmer unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung seiner Interessen mit den Interessen der Versichertengemeinschaft ein anderes Verhalten nicht zugemutet werden kann. Ein wichtiger Grund für die Auflösung des Beschäftigungsverhältnisses kann z.B. bestehen, wenn der Arbeitgeber eine fristgemäße, sozial gerechtfertigte Kündigung ausspricht und der Arbeitnehmer durch sein Verhalten keinen Anlass für die Kündigung gegeben hat. Auch der Umstand, dass der Arbeitnehmer von einem unbefristeten in ein befristetes Arbeitsverhältnis gewechselt ist, steht einem wichtigen Grund nicht ausnahmslos entgegen. Soweit objektiv eine konkrete Aussicht besteht, dass das neue befristete Beschäftigungsverhältnis sich in ein Dauerhaftes umwandeln würde, liegt ein wichtiger Grund für die Aufgabe der unbefristeten Beschäftigung vor.<sup>197</sup> Ferner liegt

<sup>197</sup>BSG vom 26. 10. 2004 - B 7 AL 98/03 R.

kein wichtiger Grund vor, wenn ein Beschäftigungsverhältnis infolge eines Ortswechsel zur Aufrechterhaltung einer nicht ehelichen Lebensgemeinschaft aufgegeben wird. Die Rechtsprechung ist sehr vielfältig und am Einzelfall orientiert. Zwar muss der wichtige Grund objektiv gegeben sein und nicht nur in der Vorstellung des Arbeitnehmers. Jedoch ist das Prinzip der Zumutbarkeit hier zielführend. Der wichtige Grund ist ein Rechtsbegriff und als solcher auch auszulegen ist. Eine Sperrzeit greift grundsätzlich in die Berufsfreiheit Art. 12 GG und Eigentumsgarantie, Art. 14 GG, ein. Der Eingriff in die Berufsfreiheit Art. 12 Grundgesetz ergibt sich daraus, dass es dem Versicherten gem. Art. 12 Grundgesetz grundsätzlich möglich ist, seinen Beruf frei zu wählen. Für das Ergreifen eines anderen Berufes keine Sanktionen hinnehmen zu müssen, ist Inhalt des Schutzbereichs des Grundrechts. Der Eingriff in die Eigentumsgarantie, Art. 14 I Grundgesetz, ergibt sich daraus, dass die Anwartschaft auf einen Anspruch auf Arbeitslosengeld aufgrund der eigenen Beiträge des Versicherten dem verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz unterliegt. Sperrzeitgrund und Sperrzeitfolgen müssen deshalb dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Allerdings verlangt § 159 SGB III keinen wichtigen Grund mit Verfassungsrang. Weitere Grundrechte, die hier auch betroffen sein können, sind der Schutz von Ehe und Familie in Art. 6 I GG, sowie die Bekenntnisfreiheit aus Art. 4 I 2 GG.

Die Dauer der Sperrzeit ergibt sich aus § 159 III bis VI SGB III.

Weitere Sperrzeitbestände finden sich in §§ 158 und 160 SGB III. Der Anspruch auf Arbeitslosengeld ruht also auch bei einer Entlassungsentschädigung, § 158 SGB III oder ähnlichen Leistungen, sowie bei Arbeitskämpfen, § 160 SGB III.

Soweit der Anspruch auf Arbeitslosengeld ruht, mindert er sich nach § 148 SGB III. Die Minderung bezieht sich auf die Dauer des Anspruchszeitraums. D.h. die Zeitdauer, die der Anspruch ruht, wird nach den näheren quantitativen Vorgaben des § 148 SGB III von der Gesamtdauer des Anspruchs abgezogen. Der Anspruch auf Arbeitslosengeld erlischt mit der Entstehung eines neuen Anspruchs oder wenn der Arbeitslose nach der Entstehung eines Anspruchs Anlass für den Eintritt einer Sperrzeit mit einer Dauer von insgesamt mindestens 21 Wochen gegeben hat, § 161 I SGB III. Der Anspruch erlischt auch, wenn er für den Zeitpunkt seiner Dauer erfüllt wurde.

### **Wiederholungsfragen**

- Wo ist die Einweisungsvorschrift und das soziale Recht für die Leistungen der Arbeitsförderung nach dem SGB III geregelt?
- Welche Rechtsansprüche finden Sie im SGB III?
- Welche Ermessensleistungen gibt es ?

- Sieht das Recht der Bundesagentur für Arbeit Leistungen für Menschen mit Behinderungen vor?
- Welches sind die Lohnersatzleistungen des Sozialgesetzbuchs III?
- Wo sind die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Arbeitslosengeld bei Arbeitslosigkeit geregelt?
- Was versteht man unter einer Anwartschaftszeit des Anspruchs auf Arbeitslosengeld I und wann ist sie erfüllt?
- Wie wird die Höhe des Arbeitslosengeldes ermittelt?
- Was ist eine Sperrzeit? Welche Folgen hat eine Sperrzeit für den Anspruch auf Arbeitslosengeld ? Welche Folgen hat das Ruhen des Anspruchs für den Anspruch auf Arbeitslosengeld ?
- Wann erlischt der Anspruch auf Arbeitslosengeld I ?

## 4. Gesetzliche Rentenversicherung

### Orientierungsfragen

- Bietet die gesetzliche Rentenversicherung andere Leistungen als Renten ?
- Welche Zeiten sind für den Erwerb einer Rentenanwartschaft von Bedeutung ?

Die Gesetzliche Rentenversicherung ist im SGB VI kodifiziert. Die dort versicherten Risiken der Invalidität, des Alters und des Todes werden von speziellen Sicherungssystemen des Beamtenrechts, der berufsständischen Versorgung, der betrieblichen Altersversorgung und der Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes flankiert. Die Finanzierung der Renten erfolgt im Umlageverfahren, das umgangssprachlich auch als Generationenvertrag bezeichnet wird. Es funktioniert damit anders als das Kapitaldeckungsverfahren, das ohne Kapitalansammlung und -ansparung nicht auskommt.

Die Verwaltung der gesetzlichen Rentenversicherung war von jeher zweigeteilt. Es gibt die Deutsche Rentenversicherung Bund, die Deutsche Rentenversicherung Knappschaft- Bahn- See und die Regionalträger.

Für die Beiträge zur Rentenversicherung gilt, dass von Arbeitgebern und Versicherten jeweils die Hälfte des Beitrages bezahlt wird. Versicherungspflichtig kraft Gesetzes sind die in §§ 1 bis 3 SGB VI genannten Personengruppen, darunter zunächst wieder die Beschäftigten gemäß § 7 I SGB VI. Neben den Leistungen zur Teilhabe für behinderte Menschen, den Rehabilitationsleistungen, §§ 9 bis 32 SGB VI, erbringt die gesetzliche Rentenversicherung Rentenleistungen.

Im Rahmen der Leistungen zur Teilhabe gibt es Leistungen zur materiellen Existenzsicherung begleitend zu den Maßnahmen der medizinischen Rehabilitation, Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben oder sonstigen Leistungen. Die Leistung wird als Übergangsgeld, § 20 SGB VI, bezeichnet. Die Rechtsgrundlagen zur Berechnung finden sich gem. § 21 I SGB VI im SGB IX. Das SGB IX fasst alle Regelungen, die Leistungen Menschen mit Behinderungen betreffen, zusammen.

Hinsichtlich der Renten unterscheidet man drei Rentenarten. Dies sind

- Renten wegen Alters
- Renten wegen verminderter Erwerbsfähigkeit und
- Renten wegen Todes.

Renten wegen Alters sind: Regelaltersrente § 35 SGB VI, Altersrente für langjährig Versicherte § 36 SGB VI, Altersrente für schwerbehinderte Menschen § 37 SGB VI, Altersrente für besonders langjährig Versicherte § 38 SGB VI, Altersrente für langjährig unter Tage beschäftigte Bergleute § 40 SGB VI, Altersrente wegen Arbeitslosigkeit oder nach Altersteilzeitarbeit § 237 SGB VI und die Altersrente für Frauen § 237a SGB VI.

Die Renten wegen verminderter Erwerbsfähigkeit heißen: Rente wegen teilweiser Erwerbsminderung, § 43 I SGB VI, Rente wegen voller Erwerbsminderung, § 43 II SGB VI, Rente für Bergleute, § 45 SGB VI.

Die Renten wegen Todes stehen in der Regel den Hinterbliebenen eines Versicherten zu. Dazu gehören: Kleine Witwen- oder Witwerrente, § 46 I SGB VI, Große Witwen – oder Witwerrente, § 46 II SGB VI, und Waisenrente, § 48 SGB VI. Der Bezieher von Erziehungsrente, § 47 SGB VI ist hingegen selbst versichert. Der Verstorbene muss hingegen nicht versichert gewesen sein.

Auf diese Renten besteht ein Anspruch, wenn die für die jeweilige Rente erforderliche Mindestversicherungszeit, die sogenannte Wartezeit, erfüllt ist und die jeweiligen besonderen versicherungsrechtlichen und persönlichen Voraussetzungen der jeweiligen Rentenart vorliegen, § 34 I SGB VI. Ferner werden die Renten nur auf Antrag erbracht, § 19, 1 SGB IV, § 115 I SGB VI.

Welche Zeiten bei der Berechnung der Wartezeiten zu berücksichtigen sind und als solche die Leistungsansprüche der gesetzlichen Rentenversicherung als sogenannte rentenrechtliche Zeiten beeinflussen können, regeln die §§ 54 bis 62 SGB VI. Dazu gehören Beitragszeiten, beitragsfreie Zeiten und Berücksichtigungszeiten, § 54 SGB VI. Die Höhe der Rente wird durch die Rentenformel, § 64 SGB VI, bestimmt. Eine Anpassung der Renten erfolgt zum 1. Juli eines jeden Jahres, § 65 SGB VI.

Das Grundrentengesetz vom 12.8.2020 ergänzte die Altersrente für langjährig Versicherte. Die Grundrente ist wie eine Versicherungsleistung konstruiert. Denn anders als in der Fürsorge (Grundsicherung) wird nicht das konkrete individuelle Existenzminimum ermittelt. Es wird kein individueller Bedarf berechnet und dem individuellen spezifisch fürsorgerechtlich definierten Einkommen gegenüber gestellt.

Die Grundrente wird anhand eines Entgeltpunktezuschlags § 76g SGB VI i.d.F. des Grundrentengesetzes vom 12.8.2020<sup>198</sup> festgesetzt. Dieser Zuschlag erhöht die durch eigene Beitragsleistungen erworbenen Entgeltpunkte. Im Ergebnis erhält damit eine höhere Rente, wer

<sup>198</sup>BGBI. I S. 1879

lange genug (langjährig, d.h. mindestens 33 Jahre) Beiträge gezahlt hat. Für unterdurchschnittliche Beiträge wird die Rente also angehoben, im Ergebnis wohl einer durchschnittlichen Rente angenähert.

Auf die Grundrente wird zwar nicht, wie auf den Bedarf der Grundsicherungen und Hilfe zum Lebensunterhalt, Einkommen und Vermögen angerechnet. Die Grundrente wird jedoch gekürzt und entfällt unter Umständen ganz, wenn die gesetzlich geregelte Einkommensgrenze überschritten wird, § 97a Abs. 4 SGB VI, i.d.F. des Grundrentengesetzes vom 12.8.2020.

Die Kosten des Entgeltpunktezuschlags werden aus Bundesmitteln, d.h. aus dem Steueraufkommen des Bundes finanziert, § 213 Abs. 2 S. 4 SGB VI i.d.F. des Grundrentengesetzes vom 12.8.2020 und nicht aus Versicherungsbeiträgen finanziert. Wie § 213 Abs. 3 SGB VI zeigt, hat die GRV aber auch noch andere nicht beitragsgedeckte Leistungen (versicherungsfremde Leistungen). Die Abgrenzung der versicherungsfremden von den versicherungskonformen, also beitragsfinanzierten Leistungen der Rentenversicherung ist äußerst umstritten. Man kann die Anrechnungszeiten, Kriegsfolgelasten, Zurechnungszeiten, Familienlastenausgleich, u.a.m. dazu zählen.<sup>199</sup>

#### Wiederholungsfragen

- Welche Rentenarten unterscheidet die gesetzliche Rentenversicherung?
- Welche Versicherungsfälle deckt die gesetzliche Rentenversicherung?
- Was versteht man in der gesetzlichen Rentenversicherung unter Wartezeit ?
- Wie ist die Grundrente geregelt ?

<sup>199</sup>KassKomm/Kater, 110. EL Juli 2020, SGB VI § 213 Rn. 11.

## 5. Gesetzliche Unfallversicherung

### Orientierungsfragen

- Welche Versicherungsfälle gibt es in der Unfallversicherung ?
- Welche ursächlichen Verknüpfungen muss ein Arbeitsunfall aufweisen ?
- Welche Sozialleistungen hält die Unfallversicherung bereit ?
- Wie wirken sich die Leistungen auf die zivilrechtlichen Schadensersatzansprüche aus ?

Die Unfallversicherung ist ein Zweig der Sozialversicherung. Ihre Einzelheiten sind im siebten Buch des Sozialgesetzbuches geregelt. Die allgemeinen Vorschriften finden sich in §§ 4 und 22 SGB I.

Die Ziele der Unfallversicherung werden in § 1 SGB VII genannt. Danach sollen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten verhütet werden. Treten sie dennoch ein, sollen durch die Leistungen der Unfallversicherung Gesundheit und Leistungsfähigkeit des Versicherten wiederhergestellt werden oder ein Versicherter bzw. seine Hinterbliebenen sind zu entschädigen. Kerngedanke der Unfallversicherung ist das Versicherungsprinzip. Beschäftigte werden gegen Unfälle versichert. Zugleich ist die Unfallversicherung auch eine Art Haftpflichtversicherung für die Unternehmer, die deren zivilrechtliche Haftung in vielen Fällen ablöst. Alleiniger Beitragszahler für die Unfallversicherung ist der Unternehmer, § 150 I SGB VII. Der Begriff „Unternehmer“ wird hier synonym mit dem Begriff des Arbeitgebers verwendet. Pflichtversichert kraft Gesetzes ist der Beschäftigte, § 2 Nr. 1 SGB VII. Träger der Unfallversicherung sind die Berufsgenossenschaften. Sie sind branchenspezifisch organisiert. Dabei ist es für das Bestehen eines Versicherungspflichtverhältnisses unerheblich, ob der Unternehmer seiner Beitragspflicht ordnungsgemäß nachgekommen ist. Weitere Einzelheiten der Versicherungspflicht sind in § 2 SGB VII geregelt, sowie in den §§ 3 bis 6 SGB VII.

Die Versicherungsfälle der Gesetzlichen Unfallversicherung folgen dem Kausalprinzip. Damit wird kein Versicherungsschutz gegen allgemeine Risiken geschaffen, sondern nur gegen Risiken, die auf bestimmten Ursachen beruhen. Die Gesetzliche Unfallversicherung kennt verschiedene Versicherungsfälle. Dies ist einerseits der Arbeitsunfall § 8 I SGB VII und andererseits die Berufskrankheit nach § 9 I SGB VII.

Der Arbeitsunfall ist in § 8 I SGB VII definiert. Den Arbeitsunfall kann man danach als Unfall eines Versicherten infolge einer versicherten Tätigkeit auch an einem anderen Ort als in der Unternehmensstätte verstehen. Das Gesetz definiert den Begriff des Unfalls als ein von außen auf

den Körper wirkendes Ereignis. Dieses Ereignis muss zeitlich begrenzt sein, um es von einer Berufskrankheit zu unterscheiden.

Der Unfall muss „*infolge*“ einer versicherten Tätigkeit eintreten. Der Unfall seinerseits muss zu einem Gesundheitsschaden oder zum Tod *führen*. Zwischen versicherter Tätigkeit und dem Verhalten, das zum Unfall führt, sowie dem Unfallereignis und den Gesundheitsschäden des Arbeitnehmers müssen (ursächliche) Zusammenhänge bestehen.

Der Zusammenhang zwischen versicherter Tätigkeit und dem Verhalten, das zum Unfall führt ist eine Frage der rechtlichen Wertung. Das bedeutet, dass man die konkrete Tätigkeit der versicherten Tätigkeit normativ wertend zuordnen muss. Dies bezeichnet man auch als normativen Zurechnungszusammenhang. Die bedeutet in Ergebnis, dass der Zusammenhang anhand der Typologie eines üblichen Arbeitnehmergehaltens zugeordnet wird. Zwischen dem Verhalten des Arbeitnehmers und dem Unfallereignis sowie zwischen dem Unfallereignis und dem Gesundheitsschaden bestehen nach h.M. keine normativen sondern ursächliche (kausale) Zusammenhänge. Der Kausalzusammenhang zwischen Verhalten des Arbeitnehmers und dem Unfallereignis bezeichnet man als haftungsbegründende Kausalität. Den Kausalzusammenhang zwischen dem Unfallereignis und dem Gesundheitsschaden bezeichnet man als haftungsausfüllende Kausalität. Ob eine Ursächlichkeit vorliegt, bestimmt sich nach der Lehre von der rechtlich wesentlichen Bedingung. Wie beim Zurechnungszusammenhang ist auch bei der Bestimmung eines Kausalzusammenhanges eine wertende Betrachtung notwendig. Grundlage dieser Wertung muss der Schutzzweck der Unfallversicherung sein.<sup>200</sup> Dafür ist zu überprüfen inwieweit sich der Zweck der Unfallversicherung, nämlich das Risiko der Unternehmerhaftpflicht, in dem konkreten Unfallgeschehen verwirklicht hat.

Entschädigt bzw. versorgt werden lediglich Gesundheitsschäden oder der Tod des Versicherten.

§ 8 II SGB VII zählt Tätigkeiten auf, die ebenfalls dem Versicherungsschutz unterliegen sollen, obwohl sie nicht im Zeitraum der eigentlich versicherten Tätigkeit liegen. Dazu gehören Wegeunfälle und Arbeitsgeräteunfälle.

Der zweite Versicherungsfall ist die Berufskrankheit, §§ 7 I, 9 I SGB VII. Darunter fallen vor allen Dingen diejenigen Erkrankungen, die durch die Berufskrankheiten-Verordnung als solche bezeichnet werden und unter denen der Versicherte infolge der versicherten Tätigkeit leidet.

<sup>200</sup> Muckel/ Ogorek, Sozialrecht, § 10 Rz. 41.

Die Leistungen der Unfallversicherung können grob in zwei Leistungsarten eingeteilt werden. Dies sind nach §§ 26 bis 44 SGB VII die Leistungen zur Wiederherstellung der Gesundheit und zur Wiedereingliederung des Versicherten, sowie mit diesen Zielen in Zusammenhang stehende Leistungen. Weitere Leistungen regeln §§ 56 ff SGB VII. Dazu gehören Entschädigungsleistungen wie Renten, Beihilfen und Abfindungen. Die Leistungen zur Wiederherstellung der Gesundheit und Wiedereingliederung haben Vorrang vor den Leistungen nach §§ 56 ff SGB VII, vgl. § 26 III SGB VII. Leistungen zur Wiederherstellung der Gesundheit sind insbesondere Heilbehandlung, § 27 SGB VII und Pflegeleistungen, § 44 SGB VII.

Der Unfallversicherungsträger ist Rehabilitationsträger nach § 6 Abs. 1 Nr. 3 SGB IX. Die Rehabilitationsleistungen sind in § 26 Abs. 1 S. 1 SGB VII aufgeführt und umfassen medizinische Leistungen zur Rehabilitation § 27 ff SGB VII, Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben, § 35 SGB VII, Leistungen zur sozialen Teilhabe, sowie ergänzende Leistungen, § 39 SGB VII.

Existenzsichernde Leistungen im Sinne von Leistungen, die den Lebensunterhalt sichern sollen, sind das Verletztengeld, das Übergangsgeld, sowie Renten. Das Verletztengeld wird gemäß § 45 SGB VII erbracht, sofern der Versicherte infolge eines Versicherungsfalles eine Erwerbstätigkeit nicht mehr ausüben kann und unmittelbar vorher ein Anspruch auf Arbeitsentgelt oder Entgeltersatzleistungen im Sinne des § 45 I Nr. 2 SGB VII bestand. Anknüpfungspunkt ist das regelmäßige Arbeitseinkommen bis zu einer an den Höchstjahresarbeitsverdienst gekoppelten Höchstgrenze. Das Übergangsgeld gemäß § 49 SGB VII wird gezahlt, wenn der Versicherte Leistung zur Teilhabe am Arbeitsleben erhält. Renten sind in § 56 SGB VII geregelt. Diese Regelung beinhaltet auch die Grundvoraussetzung sowie die Berechnungsgrundlagen für die Gewährung einer Rente an einen Versicherten. §§ 63 ff SGB VII regeln Leistungen an Hinterbliebene. Dies sind nach § 63 Abs. 1 S. 1 SGB VII: Sterbegeld, § 64 SGB VII, Erstattung der Kosten der Überführung an den Ort der Bestattung, § 64 SGB VII, Hinterbliebenenrenten, § 65 – 70 SGB VII, und Beihilfen, § 71 SGB VII.

Im Rahmen der gesetzlichen Unfallversicherung ist insbesondere zu beachten, dass sich Haftungsfreistellungen in §§ 104 ff SGB VII finden. Diese Freistellungen betreffen zum einen die Haftung des Unternehmers gegenüber dem Versicherten und zum anderen die Haftung von Personen, die im Betrieb zusammen mit dem Versicherten tätig sind.

#### Wiederholungsfragen

- Nennen Sie die Versicherungsfälle der gesetzlichen Unfallversicherung.
- Was versteht man unter haftungsbegründender und unter haftungsausfüllender Kausalität?

- Welche existenzsichernden Leistungen bietet die gesetzliche Unfallversicherung?

## Kapitel 5 Leistungen der Fürsorge - Eine Auswahl

### Teil 1. Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II (Stand bis einschl. 1.7.2023)

#### Orientierungsfragen

- Wer ist Leistungsträger der Grundsicherung für Arbeitsuchende ?
- Welche Voraussetzungen muss eine erwerbsfähige und leistungsberechtigte Person erfüllen ?
- Wie wird der Anspruch auf Bürgergeld errechnet ?
- Wann darf der Anspruch auf Bürgergeld gekürzt werden ?
- Welche Leistungen zur Eingliederung in Arbeit sind nach dem SGB II vorgesehen ?
- Was ist eine Eingliederungsvereinbarung ?

Die Grundsicherung für Arbeitsuchende, das Resultat der Zusammenlegung von Arbeitslosenhilfe und Sozialhilfe, findet sich seit 2005 im SGB II. Die Grundsicherung für Arbeitsuchende hat den Anwendungsbereich der Hilfe zum Lebensunterhalt des ehemaligen BSHG begrenzt und die Arbeitslosenhilfe als Sozialleistung abgelöst. An ihre Stelle traten die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II, die als Arbeitslosengeld II, Sozialgeld und Leistungen für Bildung und Teilhabe bezeichnet wurden. Als neuer Kern der Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende sind die Leistungen zur Eingliederung in Arbeit anzusehen.<sup>201</sup> In §§ 14 – 18e SGB II wurden die ehemalige Hilfe zur Arbeit des Bundessozialhilfegesetzes und die Instrumente der Bundesagentur für Arbeit mit verschiedenen ergänzenden Leistungen zusammengeführt. Zum 1.1.2023 führte das Bürgergeldgesetz<sup>202</sup> einige Reformen ein und benannte die inzwischen schlecht beleumundeten und beim Bundesverfassungsgericht mehrfach durchgefallenen<sup>203</sup> Sozialleistungen Arbeitslosengeld 2 und Sozialgeld in Bürgergeld um. Die Einweisungsvorschrift zur Grundsicherung für Arbeitsuchende ist § 19a I SGB I. Die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts sollen gegenüber den Leistungen zur Eingliederung in Arbeit subsidiär erbracht werden, § 3 Abs. 5 S. 1 SGB II.

<sup>201</sup>Waltermann, Sozialrecht, § 14 Rz. 453d.

<sup>202</sup>Gesetz v. 16.12.2022 BGBl. I S. 2328.

<sup>203</sup> Bspw. Erste Regelsatzentscheidung BVerfG vom 9. 2. 2010 - 1 BvL 1/09 u.a.; Sanktionen BVerfG vom 05.11.2019 - 1 BvL 7/16; Optionskommunen BVerfG vom 07.10.2014 - 2 BvR 1641/11; Arbeitsgemeinschaften BVerfG vom 20. 12. 2007 - 2 BvR 2433/04 u.a.

## 1. Leistungsträger

Die Zusammenführung zweier Sozialleistungsbereiche im Jahr 2005 in vormals verschiedener Trägerschaft hat seine Spuren im Zuständigkeitsrecht und im Hinblick auf die Trägerstruktur hinterlassen. Die Träger sind in ihren möglichen Varianten in § 6 I SGB II aufgezählt. Dies ist die Bundesagentur für Arbeit für den Teil der Leistungen, die ihren Ursprung im SGB III haben, sowie für die Geldleistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes. Für die restlichen Aufgaben sind die kreisfreien Städte oder Landkreise zuständig. Auch besteht nach dem Vorbild der Sozialhilfe die Möglichkeit einer Heranziehung jeweils untergeordneter Körperschaften, § 6 II SGB II. Die Aufgaben können nach § 6a SGB II auch alle einem kommunalen Träger, den sog. Optionskommunen, zugeordnet werden, wenn sie zu dieser Aufgabe vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales zugelassen werden.

Zur organisatorischen Bewältigung dieser aufgeteilten Trägerschaft, wurde die „gemeinsame Einrichtung“ geschaffen, § 44b SGB II. Das Bundesverfassungsgericht hatte die Arbeitsgemeinschaften nach § 44b SGB II in seiner Entscheidung vom 20.12.2007 als verfassungswidrig eingestuft.<sup>204</sup> Durch die Änderung des Art. 91e GG<sup>205</sup> wurde die in den Vorgängern der gemeinsamen Einrichtungen, den Arbeitsgemeinschaften, vorgesehene gemeinsame Verwaltung von Kommunen und Bundesagentur für Arbeit legalisiert. Nach § 6d SGB II führen sowohl die gemeinsamen Einrichtungen als auch die zugelassenen kommunalen Träger die Bezeichnung „Jobcenter“. Trotz der Unterscheidung der Leistungen in kommunale Aufgaben und Aufgaben der Bundesagentur wird damit eine einheitliche Durchführung der Leistungen des SGB II angestrebt, um dem Leistungsberechtigten einen einheitlichen Ansprechpartner zu bieten.<sup>206</sup> Diese wünschenswerte Klarheit wird allerdings verfassungsrechtlich teuer erkaufte. Gerade aufgrund der Verfassungsänderung vom Juli 2010 wird im neuen Art. 91e GG die unklare Verantwortungsstruktur der politischen Ebenen von Bund und Land bzw. Kommune verfassungsrechtlich fortgeschrieben und legitimiert.

## 2. Der leistungsberechtigte Personenkreis

Anknüpfungspunkt für die Leistungen zur Eingliederung in Arbeit und zum Lebensunterhalt ist der Begriff des erwerbsfähigen Leistungsberechtigten, der in § 7 I SGB II definiert ist.

<sup>204</sup>BVerfG 20.12.2007 - BvR 2433/04 und 2 BvR 2434/04.

<sup>205</sup>Vgl. Deutscher Bundestag Drucksache 17/1554 vom 04. 05. 2010. Gesetz vom 21. Juli 2010 BGBl. I S. 944.

<sup>206</sup>Waltermann, Sozialrecht, § 14 Rz. 453b.

Leistungsberechtigt sind danach Personen, die das 15. Lebensjahr vollendet und die Regelaltersgrenze für die Altersrente des § 7 a SGB II noch nicht erreicht haben. Ferner müssen die Personen erwerbsfähig und hilfebedürftig sein, sowie ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben. Gemäß § 8 SGB II ist erwerbsfähig, wer nicht wegen Krankheit oder Behinderung auf absehbare Zeit außer Stande ist, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes mindestens drei Stunden täglich erwerbstätig zu sein. Der Begriff der Erwerbsfähigkeit ist dem Rentenversicherungsrecht, § 43 II SGB VI (Renten wegen Erwerbsminderung), entlehnt. Die dort geltenden Grundsätze sind hinsichtlich der gesundheitlichen Anforderungen, der üblichen Bedingungen des Arbeitsmarktes und der Verschlossenheit des Arbeitsmarktes auch in diesem Rahmen von Bedeutung. Das Merkmal „auf absehbare Zeit“ bedeutet auch hier „wenigstens sechs Monate“. Bei einem Streit über die Erwerbsfähigkeit wird eine vorläufige Leistungspflicht der Bundesagentur für Arbeit und des kommunalen Trägers gemäß § 44a I 7 SGB II angeordnet. Unter den Voraussetzungen des § 41a SGB II sind vorläufige Entscheidungen über die Leistungen möglich.

Der weitaus komplexeste Begriff des SGB II ist der Begriff der Hilfebedürftigkeit gemäß § 9 SGB II. Wer seinen Lebensunterhalt, seine Eingliederung in Arbeit und den Lebensunterhalt der mit ihm in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen nicht oder nicht ausreichend aus eigenem Einkommen und Vermögen sichern kann, ist hilfebedürftig. Das zu berücksichtigende Einkommen, § 11 SGB II, und Vermögen, § 12 SGB II, sowie die Sicherung des Lebensunterhaltes durch Leistungen von Angehörigen oder durch andere Sozialleistungen, oder die Aufnahme einer zumutbaren Arbeit, soweit dabei Einkünfte erzielt werden, sowie Sozialleistungen, die im Zeitpunkt des Bedarfs als Einkommen tatsächlich vorhanden sind, schließen Hilfebedürftigkeit aus. Dabei ist zu beachten, dass diese Aufzählung nicht abschließend ist.

Die Personen der Bedarfsgemeinschaft sind in § 7 III SGB II abschließend legaldefiniert. Dazu gehören:

- der erwerbsfähige Leistungsberechtigte selbst,
- die im Haushalt lebenden Eltern oder der Elternteil eines unverheirateten erwerbsfähigen Kindes, das noch nicht 25 Jahre alt ist,
- der im Haushalt lebende Partner eines Elternteils des unverheirateten erwerbsfähigen Kindes, das das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet hat,
- der Partner des erwerbsfähigen Leistungsberechtigten, wobei als Partner der nicht dauernd getrennt lebende Ehegatte oder Lebenspartner gilt.

Als Partner gilt auch eine Person, die mit dem erwerbsfähigen Leistungsberechtigten in einem gemeinsamen Haushalt zusammen lebt und ein wechselseitiger Willen für einander Verantwortung zu tragen und füreinander einzustehen anzunehmen ist. Das Vorliegen eines solchen

wechselseitigen Willens wird bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 7 III a SGB II widerleglich vermutet.

Ferner gehören die unverheirateten Kinder der eben genannten Personen zur Bedarfsgemeinschaft, wenn sie dem Haushalt angehören und nicht das fünfundzwanzigste Lebensjahr vollendet haben, sowie ihren Lebensunterhalt nicht aus eigenem Einkommen und Vermögen beschaffen können.

### **3. Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes**

Im Jahr 2005 wurde das soziale Sicherungssystem der Gewährung eines soziokulturellen Existenzminimums neu strukturiert. Bildete früher allein die Hilfe zum Lebensunterhalt der Sozialhilfe aus dem BSHG, jetzt Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII, das soziokulturelle Existenzminimum ab und war alleinige Auffangleistung, verfügen wir nun um ein dreistufiges System der Sicherung des soziokulturellen Existenzminimums. Dieses System wurde auch nach Einführung des sog. Bürgergeldes durch das Bürgergeldgesetz zum 1.1.2023 als Änderungsgesetz des Sozialgesetzbuches Zweites Buch<sup>207</sup> nicht in Frage gestellt.

Bis zum 31.12.2022 sicherte die Grundsicherung für Arbeitsuchende den Lebensunterhalt in der Form des Existenzminimums durch das Arbeitslosengeld II und das Sozialgeld ab. Diese Leistungen wurden durch zum 1.1.2023 das Bürgergeld, § 19 Abs. 1 S. 1 und 2 SGB II, abgelöst.

Liegen die Voraussetzungen für das Bürgergeld nicht vor, handelt es sich also nicht um einen erwerbsfähigen arbeitssuchenden Menschen und dessen Angehörige, ist zu prüfen, ob ein Anspruch auf Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung gemäß §§ 41 bis 46 SGB XII besteht.

Liegen weder die Voraussetzungen für Bürgergeld noch für den Anspruch auf Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung vor, findet die Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII, § 19 I in Verbindung mit 27 ff SGB XII, Anwendung.

Für alle drei Systeme gilt, dass sie eine subsidiäre Basissicherung darstellen, also gegenüber den übrigen Sozialleistungen, die den Lebensunterhalt sichern, nachrangig sind. Als Faustregel kann man sich merken, dass alle Entgeltersatzleistungen aus der Sozialversicherung und der sozialen Versorgung dem Bürgergeld vorgehen. Das Bürgergeld, § 19 Abs. 1 S. 1 SGB II, geht seinerseits den Leistungen zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII vor. In der Regel gilt dies auch für das

<sup>207</sup> Gesetz v. 16.12.2022 BGBl. I S. 2328.

Bürgergeld für Angehörige, §§ 19 Abs. 1 S.2, 23 SGB II des erwerbsfähigen Leistungsberechtigten, soweit nicht der Anwendungsbereich der Grundsicherung für alte und erwerbsgeminderte Menschen eröffnet ist.

#### **4. Der Anspruch auf Bürgergeld**

Die erwerbsfähigen Leistungsberechtigten haben Anspruch auf Bürgergeld, § 19 I 1 SGB II. Daneben sieht das Sozialgesetzbuch II einen Anspruch auf Bürgergeld für deren Angehörige vor, § 19 I 2 SGB II, wenn sie in einer Bedarfsgemeinschaft, § 7 Abs. 3 SGB II mit dem erwerbsfähigen Leistungsberechtigten leben.

Die Ansprüche auf Bürgergeld für beide Personenkreise setzen sich zusammen aus:

- dem Regelbedarf zur Sicherung des Lebensunterhaltes § 20 SGB II,
- dem Mehrbedarf nach § 21 SGB II,
- dem Bedarf für Unterkunft und Heizung nach § 22 SGB II,

Daneben besteht ein Anspruch auf einen Zuschuss zu Versicherungsbeiträgen der Kranken- und Pflegeversicherung gemäß § 26 SGB II. Hinsichtlich der Übernahme von Versicherungsbeiträgen nach § 26 SGB II ist zu beachten, dass die Bezieher von Arbeitslosengeld II in der Sozialversicherung meist versicherungspflichtig sind, § 5 I Nr. 2a SGB V.

Inhaltlich umfasst der Regelbedarf zur Sicherung des Lebensunterhaltes Beträge für Ernährung, Kleidung, Körperpflege, Hausrat, Haushaltsenergie ohne die auf die Heizung und Erzeugung von Warmwasser entfallenden Anteile, sowie Bedürfnisse des täglichen Lebens. Zu diesen gehören in vertretbarem Umfang eine Teilhabe am sozialen und kulturellen Leben in der Gemeinschaft, § 20 I 1, 2 SGB II.

Eine genauere inhaltliche Konkretisierung der in Ansatz gebrachten Posten ist dem Regelbedarfsermittlungsgesetz (RBEG) zu entnehmen. Dort werden bei der Bemessung der Regelbedarfe konkret berücksichtigte Geldbeträge für lebensnotwendige Ausgaben, ermittelt auf normativ- statistischer Grundlage, nachgewiesen.

Die Höhe der Regelleistung bzw. deren Zustandekommen wurde vom BVerfG<sup>208</sup> im Februar 2010 als verfassungswidrig eingestuft. Die Referenzdaten zur Ermittlung des Regelbedarfs wurden verändert. Anders als im Rahmen der Rechtslage bis 2010 werden die monatlichen Regelbedarfe nun nicht mehr alle aus der monatlichen Regelleistung einer alleinstehenden Person prozentual

<sup>208</sup> BVerfG vom 9.2.2010 1BvL 1+3+4/09.

abgeleitet. Die Regelbedarfe für Kinder und Erwachsene werden nun anhand von unterschiedlichen Referenzhaushalten ermittelt. Den Erwachsenenbedarfen liegen die Verbrauchsausgaben von Einpersonenhaushalten zu Grunde. Den Bedarfen der Kinder liegen die Verbrauchsausgaben von Familienhaushalten zugrunde.

Das SGB II sieht 6 Regelbedarfsstufen vor, § 20 II - IV, § 23 Nr. 1 SGB II. Die Änderung der Regelbedarfe erfolgt spätestens zum 1.1. eines Kalenderjahres. Bis 1.11. des jeweiligen Vorjahres wird sie im Bundesgesetzblatt bekannt gegeben. Die Regelbedarfsstufen ergeben sich gemäß § 20 Ia SGB II aus dem Rückgriff auf das RBEG, § 28a SGB XII und entsprechend der Fortschreibungsverordnung nach § 40 SGB XII. Für das Jahr 2023 wurden die Regelbedarfe ausnahmsweise gesetzlich gem. § 134 SGB XII fortgeschrieben.

Die Leistungen der Grundsicherung für alte und erwerbsgeminderte Menschen nach dem SGB XII gehen dem Sozialgeld vor, § 19 I 2 SGB II.

Die Mehrbedarfe nach §§ 21, 23 Nrn. 2 – 4 SGB II sollen erhöhte Bedarfe verschiedener Positionen des soziokulturellen Existenzminimums abdecken. Folgende Mehrbedarfsgründe sind vorgesehen:

1. Mehrbedarf für werdende Mütter, § 21 Abs. 2 SGB II
2. Mehrbedarf für Alleinerziehende, § 21 Abs. 3 SGB II
3. Mehrbedarf für erwerbsfähige behinderte Leistungsberechtigten bei Bezug bestimmter Sozialleistungen, § 21 Abs. 4 SGB II
4. Mehrbedarf wegen einer kostenaufwändigen Ernährung, § 21 Abs. 5 SGB II
5. Ein Mehrbedarf bei dezentraler Warmwassererzeugung, § 21 Abs. 7 SGB II.
6. Mehrbedarfe für Schülerinnen oder Schüler aufgrund schulrechtlicher Bestimmungen, § 21 Abs. 6a SGB II.

Die Summe verschiedener nebeneinander auftretender Mehrbedarfe ist nach Maßgabe des § 21 Abs. 8 SGB II gedeckelt.

In § 21 VI SGB II ist der sogenannte „Sonderbedarf“ geregelt, den das BVerfG<sup>209</sup> als Auffangregelung zur Wahrung des soziokulturellen Existenzminimums verlangt hat. Als Sonderbedarf können sowohl laufende Bedarfe, wie sie im RBEG aufgeführt sind, als auch einmalige Bedarfe in Betracht kommen.<sup>210</sup> Der Bedarf muss im Sinne der Legaldefinition § 21 VI 2 SGB II unabweisbar sein. Abschließend ist diese Legaldefinition („insbesondere“) jedoch nicht. Darüber hinaus sind Darlehen nach § 24 SGB II vorrangig in Betracht zu ziehen.

<sup>209</sup>BVerfG vom 9.2.2010 1BvL 1+3+4/09.

<sup>210</sup>GK-SRB/Herbe, 3. Aufl. 2023, SGB\_II § 21 Rn. 15.

Die Bedarfe für Unterkunft und Heizung nach § 22 SGB II werden in Höhe der tatsächlichen Aufwendungen erbracht, soweit diese Aufwendungen angemessen sind. Bei Mietwohnungen umfassen die tatsächlichen Aufwendungen, die nach dem Mietvertrag geschuldeten Kosten. Neben dem Kaltmietzins gehören dazu auch die Nebenkostenzahlungen. Bei selbstgenutzten Eigenheimen oder Eigentumswohnungen, die nicht als Vermögen zu verwerten sind, sind in der Regel nur Schuldzinsen und Erhaltungsaufwendungen zu übernehmen. Bei Benutzung einer Unterkunft durch mehrere Personen ist für die individuelle Zuordnung eine Aufteilung der Unterkunfts-kosten insbesondere dann vorzunehmen, wenn auch nicht hilfebedürftige Person die Unterkunft nutzen.

Die Kosten werden nur übernommen, soweit sie angemessen sind. Die Frage der Angemessenheit wird seitens der Gerichte vollständig überprüft. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist auf die Angemessenheit der tatsächlichen Aufwendungen im Ergebnis abzustellen (sog. Produkttheorie). Auf die Angemessenheit einzelner Faktoren, Größe und Kosten, ist keine Rücksicht zu nehmen. § 22 Abs. 10 SGB II gestattet es nun eine Gesamtangemessenheitsgrenze (Bruttowarmmiete) unter Berücksichtigung sowohl des Unterkunfts- als auch des Heizungsbedarfs zu bilden.<sup>211</sup> Leistungen für Unterkunft und Heizung können ferner durch Satzungen

a) zur Frage der Angemessenheit der Kosten

b) zur Pauschalierung der Unterkunfts-kosten

geregelt sein, § 22a SGB II. In Grenzen ist bei der Übernahme von Unterkunfts-kosten auch eine Schuldenübernahme durch den Grundsicherungsträger möglich, § 22 VIII, IX SGB II.

Mit dem Bürgergeld wurde eine sog. Karenzzeit eingeführt. Innerhalb dieser Frist, ein Jahr ab Beginn des ersten Monats im Leistungsbezug, wird auf die Prüfung der Angemessenheit verzichtet. Auch nach Ablauf der Karenzzeit besteht eine Obliegenheit des Leistungsberechtigten die Kosten der Unterkunft und Heizung zu senken, nicht in jedem Fall. Eine Übernahme der unangemessenen Kosten bleibt für im Einzelfall für weitere sechs Monate, absoluten Ausnahmefällen auch länger, möglich, wenn es dem Leistungsberechtigten oder der Bedarfsgemeinschaft nicht möglich oder nicht zuzumuten ist, durch einen Wohnungswechsel, durch Vermieten oder auf andere Weise die Aufwendungen zu senken.

Die bisher genannten Leistungen sind als laufende Leistungen im Sinne einer monatlichen Zahlung zu erbringen.

<sup>211</sup> BT- Drs. 189/8041 S. 40.

Darüber hinaus sieht § 24 SGB II eine abweichende Erbringung von Leistungen vor. Dazu gehört nach § 24 I SGB II das Darlehen bei einem unabweisbaren und dringenden Bedarf.

Nach § 24 III SGB II gehören auch einmalige Leistungen zum Bürgergeld. Die dort aufgeführten Tatbestände sind abschließend. Einmalige Leistungen können danach nur erbracht werden:

- für die Erstausrüstung für die Wohnung einschließlich Haushaltsgeräte,
- Erstausrüstung für Bekleidung und Ausstattung bei Schwangerschaft und Geburt,
- sowie für die Anschaffung und Reparatur von Gegenständen mit therapeutischer Funktion.

## **5. Leistungen für Bildung und Teilhabe**

Leistungen für Bildung und Teilhabe, § 28 SGB II, stehen ausschließlich Kindern, Jugendlichen und jungen Erwachsenen bis zum 25. Geburtstag zu. Voraussetzung für den verlängerten Leistungsbezug jenseits des 18. Geburtstages ist, dass es sich bei der leistungsberechtigten Person um einen Schüler, § 28 I 2 SGB II, handelt. Verschiedene einmalige und laufende Bedarfe werden hier abgegolten, wie z.B. Bedarfe für Schulausflüge, Klassenfahrten, Schulbedarf, Schülerbeförderung, Lernförderung, Mittagsverpflegung oder Mitgliedsbeiträge.

## **6. Leistungen für Auszubildende**

Leistungen für Auszubildende sind nach § 7 V SGB II ausgeschlossen. Dieser Leistungsausschluss blickt auf eine jahrzehntelange Tradition zurück und wurde von der Rechtsprechung restriktiv interpretiert. Er sollte sich nur auf Leistungen zum Lebensunterhalt, den sog. nicht ausbildungsgeprägten Bedarf, beziehen. Mit dem Verweis in § 7 V SGB II auf § 27 SGB II hat der Gesetzgeber diese Rechtsprechung kodifiziert. Leistungen stehen dem Auszubildenden nach § 27 II bis III SGB II zu. Sie gelten nicht als Bürgergeld, § 27 I 2 SGB II. Auszubildende deren Ausbildung im Rahmen des BAföG dem Grund nach förderungsfähig ist, erhalten abweichend von § 7 V 1 SGB II unter den Voraussetzungen des § 7 VI SGB II Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes. Voraussetzung für die Herausnahme aus dem Anspruchsausschluss ist neben anderen Tatbeständen, dass die Leistungen nach dem BAföG entweder tatsächlich bezogen werden, oder nur wegen der Vorschriften zur Berücksichtigung von Einkommen oder Vermögen nicht bezogen werden.<sup>212</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hat im übrigen die Bedarfssätze nach § 13 Abs. 1 Nr. 2 BAföG dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung vorgelegt.<sup>213</sup>

<sup>212</sup> BT-Drs. 18/8041 S. 30.

<sup>213</sup> BVerwG 20.5.2021 5 C 11.18, anhängig beim BVerfG unter 1 BvL 9/21.

## 7. Deckung des Bedarfs durch eigenes Einkommen und Vermögen

Mit der Ermittlung des laufenden oder einmaligen Bedarfs hat man das soziokulturelle Existenzminimum des erwerbsfähigen Leistungsberechtigten bestimmt. Im nächsten Schritt ist zu überprüfen, ob dem erwerbsfähigen Leistungsberechtigten die Deckung dieses Existenzminimums aus eigenen Mitteln möglich ist, § 9 I SGB II.

Die Deckung des Bedarfs kann durch Einkommen erfolgen, § 11 SGB II. Nach der Zuflusstheorie ist Einkommen das, was jemand innerhalb der Bedarfszeit, also regelmäßig innerhalb eines Kalendermonats, an Einnahmen in Geld dazu erhält. Die Anrechnung von Einnahmen erfolgt nicht, soweit sie einen festen monatlichen Betrag nicht übersteigt, § 1 I Nr. 1 Bürgergeld- Verordnung (vormals Arbeitslosengeld II – Verordnung). Weitere Einnahmen, die nicht als Einkommen zu berücksichtigen sind, sind in § 11a SGB II sowie in § 1 BürgerG (vormals Alg II) -VO aufgezählt. Probleme bereiten immer wieder Nachzahlungen, wie bspw. Lohnnachzahlungen.

Hinsichtlich der zweckbestimmten Einnahmen, § 11a Abs. 3 SGB II, die nicht als zu berücksichtigendes Einkommen gelten, ist zu beachten, dass die Zweckbestimmung nicht ausdrücklich benannt sein muss. Es ist ausreichend, dass eine erkennbare Zweckbestimmung aus den gesetzlichen Vorschriften ersichtlich ist. Unter Zuwendungen der freien Wohlfahrtspflege, § 11a Abs. 4 SGB II, versteht man freiwillige Leistungen, die nicht auf einer rechtlichen Pflicht beruhen. Als Einkommen gelten sie nicht. Zuwendungen der freien Wohlfahrtspflege erfassen Leistungen aller Personen oder Stellen, die freie ( d.h. nicht öffentliche) Wohlfahrtspflege zu Gunsten von Hilfebedürftigen betreiben. Diese Leistungen müssen einem anderen Zweck als die SGB II - Leistungen dienen und dürfen die Lage des Empfängers nicht so günstig beeinflussen, dass daneben Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch II nicht mehr gerechtfertigt wären. Nicht anrechenbar ist zudem ein Schmerzensgeld nach § 253 II BGB, § 11a Abs. 2 SGB II, dass im Falle der Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung als immaterieller Schadensersatz gezahlt wird

Die BürgerG (ehem. Alg II) -VO enthält weitere Regelungen zur Berechnung des Einkommens aus nicht selbständiger Arbeit bzw. aus selbständigem Gewerbebetrieb oder Land- und Forstwirtschaft. § 4 BürgerG (ehem. Alg II) -VO regelt auch, dass Sozialleistungen, Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung, Kapitalvermögen sowie Einnahmen während Wehr- und Ersatzdienst als Einkommen anzurechnen sind.

Ist die Höhe des anrechenbaren Einkommens (aus nichtselbständiger Arbeit), ausgehend von den jeweiligen Bruttobeträgen (§ 2 I BürgerG (ehem. Alg II) - VO) ermittelt, ist das Einkommen zu bereinigen, § 11b SGB II. Zur Bereinigung gehört insbesondere das Absetzen von auf das

Einkommen zu entrichtenden Steuern, Pflichtbeiträge zur Sozialversicherung einschließlich der Beiträge zur Arbeitsförderung, Beiträge zu weiteren öffentlichen oder privaten Versicherungen, geförderte Altersvorsorgebeiträge, Werbungskosten sowie Aufwendungen zur Erfüllung der gesetzlichen Unterhaltspflicht, § 11b Abs. 1 SGB II. Absetzbar sind danach unter anderem neben Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung insbesondere Familienhaftpflichtversicherungen oder auch Hausratsversicherungen, § 11b Abs. 1 Nr. 3 SGB II. § 6 Alg II VO sieht verschiedene pauschale Beträge als Absetzungsmöglichkeit vor. Dazu gehören bspw. 30,00 € monatlich für Beiträge zu privaten Versicherungen, sowie eine Fahrtkostenpauschale. Für Erwerbstätige ist ferner ein Betrag nach § 11b II und III SGB II abzusetzen. § 11b Abs. 2 regelt einen pauschalen Grundfreibetrag von 100 € für Erwerbstätige. In Ausnahmefällen, § 11b Abs. 2 S. 2 SGB II, kann dieser Betrag höher ausfallen. § 11b Abs. 3 SGB II sieht sowohl in der Fassung bis 31.6.2023 als auch in der Fassung vom 1.7.2023 einen zusätzlichen Freibetrag für Erwerbstätige vor. In Abhängigkeit von der Höhe des Einkommens wird jeweils ein unterschiedlicher Prozentsatz des Hinzuverdienstes freigestellt. So soll ein besonderer Anreiz entstehen, sich um Hinzuverdienst zu bemühen. Besonders deutlich wird das anhand der Fassung ab 1.7.2023: nicht zu viel (vgl. § 11b Abs. 3 S. 1 Nr. 3 SGB II) und auch nicht zu wenig (vgl. § 11b Abs. 3 S. 1 Nr. 1 SGB II) Hinzuverdienst!

§ 11b Abs. 2b wird ab 1.7.2023 besondere Regelungen für junge Menschen bis zum 25. Lebensjahr treffen. Für Auszubildende, junge Menschen im Freiwilligendienst und Schülerinnen bleibt ein Einkommen in Höhe der Geringfügigkeitsgrenze (§ 8 Abs. 1a SGB IV) anrechnungsfrei.

Die Deckung des Bedarfs kann durch Vermögen erfolgen. Was Vermögen im Sinne des § 12 SGB II ist, ist primär durch die Abgrenzung vom Einkommensbegriff zu bestimmen. Was Einkommen ist, kann nicht Vermögen sein. Geldwerte Einnahmen sind zwar u.U. als Einkommen anrechnungsfrei. Aber ab dem Monat, der auf den Zufluss folgt, sind sie dem Vermögen des Leistungsberechtigten zuzuordnen.<sup>214</sup> Zum Vermögen gehört, dass es sich um Werte handelt, die zum maßgeblichen Zeitpunkt tatsächlich vorhanden sind und tatsächlich zur Verfügung stehen. Vermögenswerte, sind nicht zum Vermögen zu zählen, wenn sie nicht verwertbar sind. Ein Vermögensgegenstand ist verwertbar, wenn der Verwertung keine rechtlichen Hindernisse entgegen stehen und auch keine wirtschaftliche Unverwertbarkeit vorliegt. Rechtliche Verwertbarkeitshindernisse sind z.B. die wirksame Abtretung bzw. das Übertragen eines Anspruches, ferner Rechte, die einem Dritten zustehen bzw. ein Vermögensgegenstand, der mit einem Recht eines Dritten belastet ist. Nicht aufhebbare Beschränkungen des Inhabers eines Vermögensgegenstandes (z.B. bei Beschlagnahme oder Insolvenz, Mietkaution in der Hand des Vermieters) sind rechtlich ebenfalls unverwertbar. Wirtschaftliche Unverwertbarkeit liegt vor, wenn das Vermögen nicht in absehbarer

<sup>214</sup> BT-Drs. 18/8041 S. 31.

Zeit zu Geld gemacht werden kann. Dies kann bei Ansprüchen der Fall sein, die noch keinen Geldwert haben, bei Wertpapieren, die derzeit nicht gehandelt werden oder bei einem überschuldeten Grundstück.

§ 12 Abs. 1 S. 2 SGB II stellt klar, dass es Vermögensgegenstände gibt, die von vornherein nicht als anrechenbares Vermögen berücksichtigt werden können. Dazu gehört der angemessene Hausrat: Möbel und sonstige Wohnungseinrichtungen, wie Bilder, Gemälde, Bücher, Fernseh- und Haushaltsgeräte sowie Haushaltswäsche. Anhaltspunkt für die Angemessenheit ist die Üblichkeit entsprechenden Hausrats in Bevölkerungskreisen, deren Lebenszuschnitt dem des Vermögensinhabers gleicht. Ein maßgebliches Kriterium für die Angemessenheit ist vor allem die Dauer des Bezuges von Bürgergeld sowie die Größe der Bedarfsgemeinschaft. Nicht mehr angemessen sind weit über die Üblichkeit hinausgehende luxuriöse Gegenstände, deren Verwertung auch wirtschaftlich ist. Fehlt es nach ihrer Veräußerung an einem notwendigen Bedarfsgegenstand, ist der Austausch gegen einen einfacheren Gegenstand zumutbar. Der Betrag des geeigneten Ersatzstücks ist vom Reinerlös abzusetzen. Nicht zum Vermögen zählt nach § 12 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II ein angemessenes Kraftfahrzeug für jede in der Bedarfsgemeinschaft lebende erwerbsfähige Person. Vor der Neufassung des § 12 SGB II zum 1.1.2023 war nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes, davon auszugehen, dass der Wert des Kraftfahrzeuges 7500 € nicht übersteigen darf. In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass sich die Angemessenheit eines Kraftfahrzeuges mit der Dauer der Arbeitslosigkeit verändere. Insbesondere dürfte davon auszugehen sein, dass im Falle einer Sonderausstattung eines Kraftfahrzeuges, die den Bedürfnissen eines behinderten Menschen Rechnung trägt, ein Wert von über 7500 € noch angemessen ist. Da der Wert, den das Bundessozialgericht ausgewählt hatte, aus der Kraftfahrzeughilfeverordnung abgeleitet worden war, und dieser Wert mittlerweile höher liegt, dürfte die Grenze von 7500 € sich zukünftig erhöhen. Falls sich die Frage angesichts der neuen Regelung überhaupt noch stellt: Die Angemessenheit des Kraftfahrzeuges wird vermutet, wenn die Antragstellerin oder der Antragsteller dies im Antrag erklärt, so die Neuregelung. Nicht zum Vermögen gehören für die Altersvorsorge bestimmte Versicherungsverträge, sowie andere Formen der Altersvorsorge, wenn sie nach Bundesrecht ausdrücklich als Altersvorsorge gefördert werden, § 12 Abs. 1 Nr. 3 SGB II. Selbständige, die nicht in der Gesetzlichen Rentenversicherung Beiträge zahlen, können Gegenstände, die der Altersvorsorge dienen, dem zu berücksichtigenden Vermögen entziehen, § 12 Abs. 1 Nr. 4 SGB II. Voraussetzung dafür ist, dass der Inhaber die Vermögensgegenstände als für die Altersvorsorge bestimmt bezeichnet hat. Nicht zum Vermögen zählt ferner nach § 12 Abs. 1 Nr. 5 SGB II ein selbst genutztes Hausgrundstück oder eine entsprechende Eigentumswohnung soweit die Wohnfläche 140 qm nicht überschreitet. Unter besonderen Umständen sind auch größere Wohnflächen geschützt. § 12 Abs. 1 Nr. 6 SGB II schützt das Vermögen, solange es nachweislich zur baldigen Beschaffung oder Erhaltung eines

Hausgrundstücks in angemessener Größe bestimmt ist und als Wohnung für Menschen mit Behinderung oder Pflegebedarf dienen soll. Einen Auffangtatbestand bietet § 12 Abs. 1 Nr. 7 SGB II. Soweit die Verwertung von Vermögen offensichtlich unwirtschaftlich wäre oder für den Betroffenen eine besondere Härte bedeutete, stellen Sachen und Rechte kein Vermögen im Sinne des § 12 Abs. 1 SGB II dar. Eine offensichtliche Unwirtschaftlichkeit ist anzunehmen, wenn der zu erwartende Nettoerlös erheblich unter dem tatsächlichen Wert liegt. Die Härteregelung stellt auf die atypischen und ungewöhnlichen Situationen ab, bei denen aufgrund einer Gesamtbetrachtung besondere Umstände des Einzelfalles eine typische Vermögenslage deshalb zu einer besonderen Situation werden lassen, weil die soziale Stellung des Hilfesuchenden nachhaltig beeinträchtigt ist. Dabei ist insbesondere auch auf die künftige Verwendung des Vermögens abzustellen.

Weitere Tatbestände des nicht zu berücksichtigenden Vermögens regelt § 7 BürgerG (ehem. Alg II) - VO. Dabei sind insbesondere Gegenstände nicht als Vermögen zu berücksichtigen, die zur Aufnahme oder Fortsetzung der Berufsausbildung oder der Erwerbstätigkeit unentbehrlich sind. Bei allen diesen Tatbeständen handelt es sich nicht um Vermögen, das einzusetzen, d.h. anzurechnen ist. Es ist kein „verwertbares Vermögen“, oder wie § 12 Abs. 2 SGB II kein „zu berücksichtigendes Vermögen“.

Soweit also zu berücksichtigendes, d.h. verwertbares, Vermögen überhaupt vorliegt, ist es zu bereinigen. Die Bereinigung richtet sich nach § 12 II SGB II. Dabei hat jede Person der Bedarfsgemeinschaft einen Freibetrag von 15000 €. Von anderen Personen der Bedarfsgemeinschaft nicht ausgeschöpfte Beträge sind innerhalb der Bedarfsgemeinschaft übertragbar.

Zu beachten ist, dass § 12 Abs. 2 SGB II erst nach einem Jahr seit Beginn des Bezuges von Bürgergeld Anwendung findet, sog. Karenzzeit. Im ersten Jahr des Leistungsbezuges wird das Vermögen grundsätzlich nicht auf das Bürgergeld angerechnet. Ausnahmsweise wird Vermögen jedoch auch im ersten Jahr des Leistungsbezuges angerechnet, wenn es erheblich ist. § 12 Abs. 4 SGB II trifft dazu nähere Regelungen. Danach bleiben 40000 € für die leistungsberechtigte Person und 15000 € für jede weitere Person in der Bedarfsgemeinschaft anrechnungsfrei.

Das danach verbleibende einsetzbare Vermögen wird auf den Bedarfszeitraum, der dem Bewilligungszeitraum, § 41 III 1 SGB II, von der Regel einem Jahr entspricht, verteilt.

Übersteigen nun einsetzbares Vermögen und einsetzbares Einkommen den Bedarf, besteht kein Anspruch auf Bürgergeld. Soweit der Bedarf jedoch nicht durch Vermögen oder Einkommen gedeckt ist und auch nicht durch zumutbare Arbeit gedeckt werden kann, besteht ein Anspruch auf

Bürgergeld in Höhe des ungedeckten Bedarfes, wenn das Vermögen und Einkommen anderer Personen nicht anrechenbar sind und die Bedarfsdeckungsvermutung des § 9 V SGB II nicht eingreift.

## **8. Deckung des Bedarfs durch Einkommen und Vermögen Dritter**

Das Einkommen und Vermögen anderer Personen ist nach § 9 II SGB II zu berücksichtigen, wenn es sich um Partner in einer Bedarfsgemeinschaft, § 7 III SGB II, handelt. Das Einkommen der Eltern, der unverheirateten Kinder, die mit ihren Eltern oder Elternteilen in einer Bedarfsgemeinschaft leben, ist ebenso zu berücksichtigen, wie Einkommen und Vermögen des Partners des Elternteils.

Ein Anspruch auf Bürgergeld besteht auch nicht, wenn der Bedarf des erwerbsfähigen Leistungsberechtigten anderweitig gedeckt ist.

§ 9 V SGB II regelt hierzu eine Bedarfsdeckungsvermutung. Wer danach in Haushaltsgemeinschaft mit Verwandten oder Verschwägerten lebt, erhält unter Umständen deswegen keine Leistungen der Grundsicherung, weil vermutet wird, dass sein Bedarf aus Leistungen dieser Verwandten und Verschwägerten gedeckt wird.

## **9. Ausschluss des Anspruchs**

Der Anspruch auf Arbeitslosengeld II ist in verschiedenen Fällen ausgeschlossen. § 7 IV SGB II schließt Leistungen in stationären Einrichtungen aus. Leistungen sind ebenfalls ausgeschlossen bei:

- Aufenthalt in einer Einrichtung zum Vollzug richterlich angeordneter Freiheitsentziehung,
- bei Bezug von Renten wegen Alters und ähnlichen öffentlich-rechtlichen Leistungen.

Vom Leistungsausschluss für den Aufenthalt in einer stationären Einrichtung ist der Aufenthalt in einem Krankenhaus für weniger als sechs Monate nicht erfasst. Bis zum 31.6.2023 regelt § 7 Abs. 4a SGB II einen Leistungsausschluss wegen fehlender Erreichbarkeit: Wer sich nicht im zeit- und ortsnahen Bereich aufhält, wie ihn die Erreichbarkeitsanordnung definiert, ist ebenfalls vom Leistungsbezug nach dem SGB II ausgeschlossen. Zum 1.7.2023 wird diese Regelung zwar außer Krafttreten, je doch in veränderter Weise in einem § 7b SGB II fortgeführt. Die Erreichbarkeit wird dann gesetzlich definiert sein. Erreichbar sind die erwerbsfähigen Leistungsberechtigten, wenn sie sich im näheren Bereich des zuständigen Jobcenters aufhalten und werktätig dessen Mitteilungen und Aufforderungen zur Kenntnis nehmen können. Sind erwerbsfähige

Leistungsberechtigte nicht erreichbar, erhalten sie unter den Voraussetzungen des § 7b Abs. 2 SGB II dennoch Leistungen. § 7 V und VI SGB II regeln einen grundsätzlichen Ausschluss der Auszubildenden vom Bürgergeld.

## **10. Leistungsgrundsätze**

Auch wenn der Umfang des Anspruchs auf Arbeitslosengeld II hier mathematisch exakt vorgegeben scheint, spielen doch die Leistungsgrundsätze, d.h. die allgemeinen Anforderungen an die Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch II, eine tragende Rolle bei der Auslegung der einzelnen Normen. Zu diesen Leistungsgrundsätzen gehört der Grundsatz der Hilfe zur Selbsthilfe nach § 1 II 1 SGB II. Das bedeutet, dass die Grundsicherung für Arbeitsuchende so zu gestalten und zu leisten ist, dass der erwerbsfähige Leistungsberechtigte und seine in der Bedarfsgemeinschaft erfassten Angehörigen eine Chance bekommen, sich wieder aus dem Leistungsbezug nach dem SGB II zu befreien. Einen etwas anderen Akzent bringt der Grundsatz der Selbsthilfe nach § 2 SGB II ein. Hier wird in erster Linie deutlich gemacht, dass man von den erwerbsfähigen Leistungsberechtigten erwartet, dass sie eigene Anstrengungen unternehmen, sich aus dem Leistungsbezug nach dem SGB II zu lösen. Diese beiden Grundsätze markieren, auch noch Ablösung des Arbeitslosengeld II und Sozialgeldes durch das Bürgergeld, das Spannungsfeld, das bereits schlagwortartig mit dem Motto des Sozialgesetzbuchs II "fördern und fordern" umschrieben wird.

## **11. Berechnung und Verfahren**

Berechnet man das Bürgergeld für eine Bedarfsgemeinschaft, ist zu beachten, dass die Unterdeckung des Bedarfs einer einzelnen Person in dieser Bedarfsgemeinschaft, dazu führt, dass alle Personen der Bedarfsgemeinschaft in den Leistungsbezug nach dem SGB II integriert werden. Nach § 9 II 3 SGB II gilt in diesem Fall jede Person der Bedarfsgemeinschaft im Verhältnis des eigenen Bedarfs zum Gesamtbedarf als hilfebedürftig.<sup>215</sup> Dies gilt nicht hinsichtlich der Leistungen für Bildung und Teilhabe. Diese Verrechnung führt jedoch nicht dazu, dass es einen Anspruch der Bedarfsgemeinschaft gäbe. Vielmehr steht jedem Mitglied der Bedarfsgemeinschaft ein individueller Anspruch auf Leistungen der Grundsicherung zu.

Für die Berechnung der Leistung, § 41 SGB II, gilt, dass der Monat mit 30 Tagen berechnet wird, § 41 I SGB II. Die Leistungen sollen in der Regel jeweils für ein Jahr bewilligt, § 41 III SGB II und monatlich im Voraus erbracht werden, § 42 I SGB II. Der Bewilligungszeitraum kann unter den

<sup>215</sup> Dreisatz !!!

Voraussetzungen des § 41 III 2 SGB II auf sechs Monate verkürzt werden. Für alle Personen der Bedarfsgemeinschaft wird der Bewilligungszeitraum einheitlich festgelegt, § 41 III 3 SGB II.

Verfahrensrechtlich sind folgende Punkte zu beachten: Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach § 36 SGB II. Für die Leistungen, die in § 6 I 1 Nr. 2 SGB II aufgezählt sind, ist der kommunale Träger zuständig, in dessen Bezirk der Erwerbsfähige Leistungsberechtigte seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Für alle anderen Leistungen ist die Agentur für Arbeit zuständig, in deren Bezirk der erwerbsfähige Leistungsberechtigte seinen gewöhnlichen Aufenthalt, § 30 III 2 SGB I, hat. Soweit ein gewöhnlicher Aufenthaltsort nicht feststellbar ist, ist der Träger der Grundsicherung für Arbeitssuchende zuständig, in dessen Bereich sich der erwerbsfähige Hilfebedürftige tatsächlich aufhält. Die Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende werden auf Antrag erbracht, § 37 SGB II. Nach § 38 SGB II wird vermutet, dass der erwerbsfähige Leistungsberechtigte bevollmächtigt ist, Leistungen nach dem SGB II auch für die Personen, die in seiner Bedarfsgemeinschaft leben, zu beantragen und entgegen zu nehmen.

## **12. Leistungsminderung**

Der Begriff der Leistungsminderungen hat die Sanktionen im Sinne einer Minderung des Anspruchs auf Bürgergeld zum 1.1.2023 abgelöst. Dadurch und die neue Ausgestaltung der Regelungen soll der Strafcharakter der weiterhin vorgesehenen Leistungskürzungen in den Hintergrund treten bzw. unterbunden werden. Die Pflichtverletzungen sind in § 31 SGB II aufgeführt. Insbesondere die Ablehnung einer zumutbaren Erwerbstätigkeit, § 10 SGB II stellt eine Pflichtverletzung dar, § 31 I Nr. 2 SGB II. Dem erwerbsfähigen Leistungsberechtigten ist grundsätzlich jede Arbeit zuzumuten, § 10 SGB II. Dazu gehört neben abhängiger Beschäftigung auch jede andere Form der Erwerbstätigkeit. Eine Arbeit ist jedoch unzumutbar, wenn jemand zu einer bestimmten Arbeit körperlich, geistig oder seelisch nicht fähig ist. Auch das wesentliche Erschwernis künftiger Arbeit, die Gefährdung der Erziehung eines Kindes, die Ausübung der Pflege eines Angehörigen führt zur Unzumutbarkeit. Als Auffangtatbestand sieht § 10 Nr. 5 SGB II vor, dass ein sonstiger wichtiger Grund die Zumutbarkeit von Arbeit entfallen lassen kann. Hier gilt im Vergleich zum SGB III, dass die Anforderungen an den Erwerbsfähigen strenger sind als diejenigen im Versicherungssystem. Während das Arbeitslosengeld aufgrund eigener Beiträge erwirtschaftet wurde, ist das Bürgergeld steuerfinanziert und nimmt insofern auch nicht am Eigentumsschutz des Art. 14 I Grundgesetz teil. Soweit eine Arbeit jedoch gegen gesetzliche Bestimmungen über Arbeitsbedingungen oder gegen Bestimmungen des Arbeitsschutzes verstößt, ist auch im SGB II davon auszugehen, dass die Arbeit unzumutbar ist. Wie im Sozialgesetzbuch III ist bei der Auslegung des Begriffs des wichtigen Grundes auf Verfassungskonformität zu achten.

D.h. insbesondere die Grundrechte können der Zumutbarkeit von Arbeit Grenzen ziehen. Grenzen der Zumutbarkeit können sich ebenso aus der ganzen Rechtsordnung ableiten. Dazu zählen insbesondere die Verbotsgesetze oder sittenwidrige Handlungen, §§ 134, 138 BGB. Die Fälle der Zumutbarkeit von Erwerbstätigkeit sind in § 10 II SGB II nicht abschließend aufgezählt.

Weitere Pflichtverletzungen, die Leistungskürzungen nach sich ziehen können sind u.a.:

- die Weigerung in der Eingliederungsvereinbarung, § 15 II SGB II, festgelegte Pflichten zu erfüllen, § 31 I Nr. 1 SGB II (bis 30.6.2023),
- einer Aufforderung zur Überprüfung oder Aufstellungen eines Kooperationsplanes nicht nachzukommen § 31 I Nr. 1 SGB II (ab 1.7.2023) oder
- eine zumutbare Maßnahme zur Eingliederung in Arbeit abzulehnen, § 31 I Nr. 3 SGB II.

Die Folgen der Leistungskürzung treten nur bei Fehlen eines wichtigen Grundes ein. Das Fehlen eines wichtigen Grundes ist auch bei weiteren Leistungskürzungen wegen Meldeversäumnissen, § 32 SGB II, zu berücksichtigen.

In der Entscheidung vom 5.11.2019<sup>216</sup> hat das BVerfG festgestellt, dass § 31a I 1-3 SGB II in der Fassung bis zum 31.12.2022 mit Art. 1 I i.V.m. Art 20 I GG (teilweise) unvereinbar war. Der Gesetzgeber hatte den Auftrag erhalten, die Sanktionsvoraussetzungen und – rechtsfolgen neu zu regeln. Die Einzelheiten ergeben sich aus dem Tenor der Entscheidung. Praktisch waren damit nur noch Minderungen von bis zu 30 % möglich. Dabei waren Sanktionsumfang und – voraussetzungen durch Härtefall und Ermessensregelungen im Einzelfall anzupassen. Mit der Fassung des § 31a SGB II ab 1.1.2023 soll den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichtes Rechnung getragen werden. Die Regelung tritt nun an die Stelle des Sanktionsmoratoriums bis zum 1.7.2023. Danach sind seit 1.1.2023 wieder Leistungsminderungen wegen Pflichtverletzungen möglich.

Nach Maßgabe von § 31a I 1 SGB II wird der individuelle Regelbedarf des Bürgergeldes um 10% gekürzt. Weitere Pflichtverletzungen führen zu einer Minderung von jeweils 10 % bis insgesamt 30 % des maßgeblichen Regelbedarfs erreicht sind. Minderungen über 30 % sind nicht zulässig, § 31a Abs. 4 SGB II. Minderungen des Regelsatzes sind aufzuheben, sobald der erwerbsfähige Leistungsberechtigte seine Pflichten erfüllt oder nachträglich erklärt, seinen Pflichten künftig nachzukommen.

<sup>216</sup> BVerfG 1 BvL 7/16.

Bevor die Leistungskürzungen eintreten, soll der Leistungsberechtigte, in einigen Fällen nur auf sein Verlangen hin, persönlich angehört werden, § 31a Abs. 2 SGB II. Nach § 31a Abs. 3 SGB II entfällt die Leistungsminderungen, wenn sie im Einzelfall eine besondere Härte bedeuten würde. Auch nicht erwerbsfähige Leistungsberechtigte können von Leistungsminderungen betroffen sein, § 31a Abs. 5 SGB II. Für junge Menschen bis zum 25. Lebensjahr ist im Falle der Feststellung einer Leistungsminderung ein Beratungsangebot vorgesehen, § 31a Abs. 6 SGB II.

Während der Absenkung der Leistungen besteht kein Anspruch auf ergänzende Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII, § 31 b Abs. 3 SGB II.

### **13. Eingliederung in Arbeit**

Die Grundlagen der Leistungen zur Eingliederung in Arbeit sind in §§ 14ff SGB II geregelt. Die Leistungen zur Eingliederung in Arbeit sind in §§ 16 – 16k<sup>217</sup> SGB II konkretisiert.

#### **13.1. Förderung und Planung**

§ 14 SGB II enthält in Absatz 1 den Grundsatz des Förderns. Dieser ist bei der Auslegung des Inhalts der einzelnen Sozialleistungen zu berücksichtigen ist. Nach § 14 II SGB II erhält der Leistungsberechtigte auch Beratung. Ab 1.7.2023 soll sich die Beratung neben Selbsthilfeobliegenheiten und Mitwirkungspflichten auf eine individuelle Strategie einer Eingliederung in Arbeit ausrichten. Die Beratung umfasst dann insbesondere auch Auskunft und Rat zur Berechnung der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts, zum Eingliederungsprozess und Schlichtungsverfahren, zu den Leistungen der Eingliederung sowie zur Möglichkeit der Inanspruchnahme von Leistungen anderer Träger. Satz 2 im Absatz 1 stellt klar, dass diese Möglichkeiten auch sog. Aufstockern offenstehen, also Personen, die erwerbstätig sind, deren Gehalt jedoch das Existenzminimum nicht deckt.

§ 15 I SGB II regelt die Potenzialanalyse. Bei jeder erwerbsfähigen leistungsberechtigten Person werden die für die Eingliederung in Ausbildung oder Arbeit erforderlichen persönlichen Merkmale, die beruflichen Fähigkeiten und die Eignung festgestellt. In § 15 Abs. 2 SGB II löst zum 1.7. 2023 der Kooperationsplan die Eingliederungsvereinbarung ab.

Da die Eingliederungsvereinbarungen erst zum Ende des Jahres 2023 auslaufen, wird hier ein kurzer Überblick festgehalten. Die Agentur für Arbeit soll danach im Einvernehmen mit dem

<sup>217</sup>§ 16i und § 16k treten am 1.7.2023 in Kraft; eingeführt durch Gesetz vom 16.12.2022 (BGBl. I S. 2328; Bürgergeld- Gesetz).

kommunalen Träger mit jedem erwerbsfähigen Leistungsberechtigten die für seine Eingliederung erforderlichen Leistungen vereinbaren (Eingliederungsvereinbarung). In der Eingliederungsvereinbarung soll bestimmt werden, welche Leistungen der Erwerbsfähige zur Eingliederung in Arbeit erhält und welche Bemühungen der erwerbsfähige Leistungsberechtigte in welcher Häufigkeit zur Eingliederung in Arbeit mindestens unternehmen muss und in welcher Form er die Bemühungen nachzuweisen hat. Daneben soll bestimmt werden, welche Leistungen Dritter, insbesondere Träger anderer Sozialleistungen, in den Eingliederungsprozess einbezogen werden. Diese Aufzählung möglicher Inhalte ist nicht abschließend. Die Eingliederungsvereinbarung kann bestimmen, in welche Tätigkeiten die Leistungsberechtigte Person vermittelt werden soll oder welche Bereiche außer Betracht bleiben. Die Eingliederungsvereinbarung soll aufgrund § 15 III 3 SGB II durch einen „Eingliederungsverwaltungsakt“ ersetzt werden, wenn keine konsensuale Lösung gefunden wird.

Zum 1.7.2023 tritt schließlich der Kooperationsplan an die Stelle der Eingliederungsvereinbarung. Anders als die Eingliederungsvereinbarung soll der Kooperationsplan ausweislich der Begründung des Gesetzgebers weder für den erwerbsfähigen Leistungsberechtigten noch für die Agentur für Arbeit verbindlich sein.<sup>218</sup> Er soll als Instrument einer kooperativen Planung der Integration in Arbeit dienen und den Hilfeprozess gezielt steuern. Seitens des Gesetzgebers wird er ausdrücklich in den Kontext weiterer Planungsinstrumente, wie bspw. den Teilhabeplan nach dem § 19 SGB IX gestellt, der seinerseits einen komplexen Hilfe und Abstimmungsprozess steuern soll.

Der Kooperationsplan schließt sich an die Potenzialanalyse an. Es werden das Ziel der Eingliederung und die wesentlichen Schritte auf dem Weg dorthin festgehalten. Verpflichtende Inhalte zählen die Sätze 2 und 3 des § 15 Abs. 2 SGB II auf. § 15 Abs. 3 regelt ein Textformerfordernis, § 126b BGB, und eine Pflicht den Kooperationsplan nach spätestens 6 Monaten gemeinsam zu aktualisieren und zu überarbeiten. Kommt der Kooperationsplan nicht zustande oder wird er nicht fortgeschrieben, weil der erwerbsfähige Leistungsberechtigte seine Mitwirkung, § 2 Abs. 1 2 SGB II, dabei versagt, sind Leistungsminderungen nach § 31a SGB II möglich, soweit der erwerbsfähige Leistungsberechtigte über diese Rechtsfolgen belehrt wurde. Leistungsminderungen wegen Pflichtverletzungen sind während eines Schlichtungsverfahrens nach § 15a SGB II ausgeschlossen, § 15a Abs. 3 SGB II. Das Schlichtungsverfahren soll Meinungsverschiedenheiten zwischen Agentur für Arbeit, kommunalem Träger und Leistungsberechtigten über den Inhalt des Kooperationsplanes einer gemeinsamen Lösung zuführen, § 15a Abs. 2 SGB II.

<sup>218</sup> BT- Drs. 20/3873 S. 82, 83.

## 13.2. Leistungen

§ 16 SGB II beginnt mit einer Verweisung auf das SGB III. Zu Recht wurde diese Regelung in ihrer Fassung bis zum April 2012 als „monströse Ziffernfolge mit der Notwendigkeit detektivischer Enträtselung“ bezeichnet.<sup>219</sup> Mit der Neufassung des § 16 durch das Gesetz zur Verbesserung der Eingliederungschancen auf dem Arbeitsmarkt<sup>220</sup> ist diese Regelung nun übersichtlicher geraten. Für etwas mehr Anschaulichkeit sorgt seit 1.1.2022 die Neugliederung und Aufnahme der Leistungsbezeichnungen in § 16 Abs. 1 Satz 3 SGB II.

Ihr Absatz 1 beschreibt diejenigen Leistungen, die die Leistungsträger nach dem SGB II entsprechend den Leistungen der Bundesagentur erbringen können. Insgesamt ist die Verweisung sehr verschachtelt und auch dogmatisch unklar. Bei allen Leistungen handelt es sich um Ermessensleistungen, denn nach § 16 II 1 SGB II richten sich die Rechtsfolgen nach den Regelungen des Dritten Buches Sozialgesetzbuch.

Leistungsträger der Leistungen nach § 16a SGB II sind die kommunalen Träger. Die Eingliederungsleistungen sind abschließend aufgezählt. Soll § 16a SGB II eine eigenständige Bedeutung haben, verweist er nicht nur auf vom kommunalen Träger zu organisierende Leistungen anderer Leistungsträger, sondern begründet eine originäre Zuständigkeit<sup>221</sup> des kommunalen Trägers für Leistungen der Betreuung, Pflege, Beratung. Der Anspruchsberechtigte ist hier der erwerbsfähige Leistungsberechtigte.<sup>222</sup> Damit weicht diese Regelung von SGB XI und SGB VIII ab, da dort der Anspruchsberechtigte für Pflegeleistungen und Kinderbetreuung der Pflegebedürftige bzw. das Kind ist. Die Zuständigkeit der kreisfreien Städte und Landkreise ergibt sich aus § 6 I Nr. 2 SGB II.

§ 16b SGB II sieht vor, ein Einstiegsgeld zur Überwindung von Hilfebedürftigkeit zu leisten, wenn der erwerbsfähige Leistungsberechtigte, arbeitslos ist und eine sozialversicherungspflichtige oder selbständige Erwerbstätigkeit aufnimmt und dies zur Eingliederung in den allgemeinen Arbeitsmarkt erforderlich ist.

Die Arbeitsgelegenheiten nach § 16d SGB II sind die viel diskutierten 1 € Jobs.<sup>223</sup> Die im öffentlichen Interesse liegenden zusätzlichen Arbeiten,<sup>224</sup> werden landläufig als „1€-Jobs“

<sup>219</sup>Stahlmann in: Stahlmann, Recht und Praxis der 1€ Jobs, 2006, S. 337.

<sup>220</sup>BGBI. I 2011 S. 2854.

<sup>221</sup>Thie in: Münder, Sozialgesetzbuch II, § 16a Rz. 2.

<sup>222</sup>Voelzke in: Schlegel/ Voelzke (Hrsg.), juris Praxiskommentar SGB II, 2. Auflage, 2007, § 16 Rz. 328 geht ebenfalls davon aus, dass § 16 II eine eigenständige Anspruchsgrundlage ist.

<sup>223</sup>Zur Fragwürdigkeit der Bezeichnung: Igl/Welti, Sozialrecht, § 51 Rz. 6 am Ende.

<sup>224</sup>Thie in: Münder, Sozialgesetzbuch SGB II, § 16d Rz. 13 ff.

bezeichnet. Durch sie entsteht kein Arbeitsverhältnis. Übertragen wird diese Arbeit durch Verwaltungsakt gegenüber dem Leistungsberechtigten.<sup>225</sup> Es entsteht ein öffentlich-rechtliches Beschäftigungsverhältnis eigener Art.<sup>226</sup> Es ist kein Lohn zu zahlen, sondern eine Mehraufwandsentschädigung, § 16d VII 1 SGB II. Folgt man der Ansicht, die in den sog. MAE-Arbeitsgelegenheiten eine echte Sozialleistung für den Hilfeberechtigten sieht, handelt es sich auch hier um Sozialleistungen und nicht um Befugnisse der Agentur für Arbeit einen Leistungsberechtigten zur Aufnahme einer Arbeit zu zwingen.<sup>227</sup> § 16d V SGB II betont die Subsidiarität der MAE-Arbeitsgelegenheiten.

Nach § 16e SGB II können Arbeitgeber Leistungen zur Beschäftigungsförderung zur Eingliederung von erwerbsfähigen Leistungsberechtigten mit Vermittlungshemmnissen in Arbeit einen Beschäftigungszuschuss als Ausgleich der zu erwartenden Minderleistungen des Arbeitnehmers und einen Zuschuss zu sonstigen Kosten erhalten.

Nach § 16f kann die Agentur für Arbeit auf sie entfallende Eingliederungsmittel für Leistungen zur Eingliederung in Arbeit einsetzen.

In § 16g SGB II findet eine unselbständige Anschlussförderung bei Wegfall der Hilfebedürftigkeit des Erwerbsfähigen in besonderen Fällen ihre Grundlage. Der Inhalt der Hilfe richtet sich nach der vorangegangenen Hilfeart.

§ 16h SGB II sieht besondere Leistungen zur Förderung schwer zu erreichender junger Menschen bis zum 25. Lebensjahr vor.

§ 16i SGB II regelt Zuschüsse an den Arbeitgeber, wenn er mit einem Leistungsberechtigten nach dem SGB II ein sozialversicherungspflichtiges Arbeitsverhältnis begründet.

Durch das Bürgergeldgesetz<sup>228</sup> wurden §§ 16j und k SGB II mit Wirkung vom 1.7.2023 eingeführt. § 16j SGB II regelt den Bürgergeldbonus. Für die Teilnahme an ausgewählten aktiven Leistungen zur Eingliederung in Arbeit wird ein Zuschlag von 75 € an dem erwerbsfähigen Leistungsberechtigten gezahlt. Zum Adressatenkreis gehören am Arbeitsmarkt typischerweise benachteiligte Personen ohne oder mit nicht hinreichender Ausbildung.

§ 16k SGB II sieht zum Aufbau der Beschäftigungsfähigkeit von erwerbsfähigen Leistungsberechtigten eine ganzheitliche Betreuung vor. Zielgruppe sind Leistungsberechtigte, die mit unterschiedlichen und komplexen Problemlagen konfrontiert sind und die ihre Beschäftigungsfähigkeit grundlegend beeinträchtigen. Der Gesetzgeber denkt etwa an psychosoziale Probleme mit Einschränkungen der Handlungs- und Kommunikationsfähigkeit, Überforderungen in der Alltagsbewältigung, mangelnde soziale Einbettung, Konflikte in der Familie,

<sup>225</sup>Str. vgl. dazu Voelzke in: Schlegel/ Voelzke (Hrsg.), juris Praxiskommentar SGB II, § 16 Rz. 415 mit weiteren Nachweisen.

<sup>226</sup>Stahlmann in: Stahlmann, Recht und Praxis der 1€ Jobs, S. 272.

<sup>227</sup>Bieritz-Harder in: Stahlmann, Recht und Praxis der 1€ Jobs, S. 99-102.

<sup>228</sup> Gesetz vom 16.12.2022 (BGBl. I S. 2328)

ein schwieriges sozialräumliches Umfeld, kommunikative Probleme im Umgang mit Behörden, gesundheitliche und psychische Beeinträchtigungen, Sucht, Verschuldung, schwierige Wohnverhältnisse, nachhaltige Entmutigung, belastende familiäre Verpflichtungen wie Pflege von Angehörigen, schlechte Erfahrungen im Arbeitsleben oder Konflikte mit dem Jobcenter.<sup>229</sup>

### **Wiederholungsfragen**

- In welchem Verhältnis stehen die Leistungen nach dem BAföG zu den Leistungen der Grundsicherung nach dem SGB II?
- Was versteht man unter Leistungen zur Eingliederung in Arbeit?
- Welche Träger der Grundsicherung nach dem SGB II gibt es? Für welche Leistungen sind die Träger zuständig?
- Erläutern Sie, was eine Arbeitsgemeinschaft nach dem SGB II ist.
- Was ist ein Jobcenter?
- Welche verfassungsrechtliche Neuregelung wurde durch die Einführung der Arbeitsgemeinschaften nach dem SGB II verursacht ?
- Wo ist der Leistungsberechtigte des Bürgergeldes legal definiert?
- Welcher dogmatische Zusammenhang besteht zwischen der Frage der Erwerbsfähigkeit nach dem SGB II und dem Rentenversicherungsrecht?
- Welche Aufgabe hat der Begriff Hilfebedürftigkeit nach § 9 SGB II?
- Wer gehört zur Bedarfsgemeinschaft nach § 7 III SGB II ?
- Nennen Sie die Anspruchsgrundlage des Anspruchs auf Bürgergeld für erwerbsfähige und für nicht erwerbsfähige Leistungsberechtigte.
- In welchem Verhältnis steht der Anspruch auf Bürgergeld für nicht erwerbsfähige Leistungsberechtigte zu den Leistungen nach dem SGB XII?
- Aus welchen Bestandteilen setzt sich der Anspruch auf Bürgergeld zusammen?
- Was ist im Regelbedarfsermittlungsgesetz geregelt? Erläutern Sie die Bedeutung für SGB II und XII.
- Unter welchen Voraussetzungen kann Bürgergeld als Darlehen ausgezahlt werden?
- Welche Funktion hat die Sonderbedarfsregelungen in § 21 VI SGB II? Wie ist sie entstanden?
- Was ist in der Bürgergeld- Verordnung geregelt?
- Was ist Schmerzensgeld? Welche Rolle spielt es im SGB II ?
- Was versteht man unter einem angemessenen Kraftfahrzeug?
- Welche verfahrensrechtlichen Voraussetzungen hat der Anspruch auf Grundsicherung für Arbeitsuchende?

<sup>229</sup> Bt- Drs. 20/3873 S. 88.

- In welchem Zusammenhang spielt die Zumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit, vgl. auch § 10 SGB II, eine Rolle?
- Wo ist die Eingliederungsvereinbarung geregelt und wer schließt sie ab ?
- Welche Funktion hat der Kooperationsplan ?
- Was kann im Kooperationsplan geregelt werden ?
- In welchem Verhältnis stehen die Leistungen zur Eingliederung in Arbeit zum Bürgergeld?

## Teil 2. Sozialhilfe

### Orientierungsfragen

- Was versteht man unter Sozialhilfe und wo ist sie kodifiziert ?
- Welche existenzsichernden Leistungen sieht die Sozialhilfe vor ?
- Wie unterscheiden sich die Hilfen zur Gesundheit von den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung ?
- Welchen Anwendungsbereich hat die Hilfe zur Gesundheit und wie unterscheidet sie sich von anderen Sicherungssystemen ?
- Wer erhält Hilfe zur Pflege ?
- Welche Leistungen sind im Rahmen der Hilfe zur Pflege vorgesehen ?
- Wie verhalten sich die Leistungen der Hilfe zur Pflege zu den Pflegeleistungen der Pflegeversicherung ?
- Welcher Personenkreis wird von der Hilfe zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten erfasst ?

Die Sozialhilfe in ihrer derzeitigen Form ist im SGB XII kodifiziert. Die „Sozialhilfe“ gibt es nicht (mehr). Sozialhilfe umfasst die Hilfe zum Lebensunterhalt, §§ 27 ff SGB XII, die Grundsicherung für alte und dauerhaft erwerbsgeminderte Menschen, §§ 41 ff SGB XII und Hilfen, die in besonderen Lebenslagen nach den Kapiteln 5 bis 9, §§ 47 bis 74 SGB XII geleistet werden. Einen Überblick über Leistungen und Träger der Sozialhilfe gibt die Einweisungsvorschrift § 28 SGB I.

Die Sozialhilfe knüpft nicht an ein bestimmtes Lebensrisiko oder an bestimmte Bedarfs- bzw. Schadensursachen an. Sie greift ohne Vorbedingungen ein soweit Bedürftigkeit vorliegt. Es handelt sich um eine finale Sozialleistung. Die Sozialhilfe ist entsprechend in der Regel auch nicht von einer Antragstellung abhängig.<sup>230</sup> Sie setzt ein, soweit und sobald dem Träger der Sozialhilfe bekannt wird, dass die Voraussetzungen für die Leistung vorliegen, § 18 I SGB XII. Die Sozialhilfe soll gemäß § 1 I SGB XII dem Hilfeempfänger eine Lebensführung ermöglichen, die der Würde des Menschen entspricht. Das Bundesverfassungsgericht hat im Februar 2010 einen Anspruch auf das soziokulturelle Existenzminimum nach Art. 1 I in Verbindung mit 20 I Grundgesetz

<sup>230</sup>Ausnahme: Leistungen für Bedarfe der Bildung und Teilhabe, § 34a I 1 SGB XII und Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung, § 41 I 1 SGB XII.

festgestellt.<sup>231</sup> Bereits 1954 hatte das Bundesverwaltungsgericht einen Rechtsanspruch auf Sozialhilfe befürwortet.<sup>232</sup> In § 17 I SGB XII ist dieser Anspruch noch einmal ausdrücklich geregelt.

Aufgrund ihrer Auffangfunktion sind Leistungen der Sozialhilfe ausgenommen, soweit sich der Hilfebedürftige selbst helfen kann oder von anderer Seite Hilfen zur Beseitigung der Notlage erhält (Grundsatz der Subsidiarität), § 2 I SGB XII. Anders als in den Bereichen der Sozialversicherung und auch der Grundsicherung für Arbeitssuchende verlangt der Grundsatz der Individualisierung im § 9 SGB XII, dass Art, Form und Maß der Sozialhilfe den Besonderheiten des Einzelfalles angepasst werden müssen. Sozialhilfeleistungen sollen immer ein Mittel zur Selbsthilfe sein und den Hilfeempfänger befähigen, unabhängig von der Sozialhilfe zu leben, § 1 Satz 2 SGB XII. Für die Gewährung von Sozialhilfeleistungen zum Lebensunterhalt und auch in besonderen Lebenslagen ist grundsätzlich das Vorliegen einer gegenwärtigen Notlage des Bedürftigen erforderlich. Hilfe für vergangene Notlagen ist in der Regel ausgeschlossen.<sup>233</sup> Die Sozialhilfe wird nach § 10 SGB XII in der Form von Geldleistungen, Dienstleistungen oder Sachleistungen erbracht. Dabei gilt ein begrenzter Vorrang der Geldleistung, § 10 III SGB XII.

Sozialhilfe wird von örtlichen und überörtlichen Trägern geleistet, § 3 I SGB XII. Grundsätzlich sind gemäß § 97 I SGB XII die örtlichen Träger, d.h. die kreisfreien Städte und Landkreise sachlich zuständig, soweit gemäß § 97 II -V SGB XII nichts Abweichendes regeln. Die örtliche Zuständigkeit richtet sich bei der Grundsicherung für erwerbsgeminderte und alte Menschen und bei stationärem Aufenthalt nach dem gewöhnlichen Aufenthaltsort. Im übrigen richtet sie sich nach dem tatsächlichen Aufenthalt des Leistungsberechtigten.

#### **4.1. Hilfe zum Lebensunterhalt und Grundsicherung nach dem SGB XII**

Hilfe zum Lebensunterhalt erhält, wer seinen notwendigen Lebensunterhalt nicht oder nicht ausreichend aus eigenen Kräften und Mitteln, vor allem aus Einkommen und Vermögen bestreiten kann, § 19 I 1 SGB XII. Der Bedürftige muss also sein gesamtes Einkommen und Vermögen einsetzen, um die vorliegende Notlage zu überwinden. Auch nicht getrennt lebende Ehegatten oder Lebenspartner, sowie minderjährige unverheiratete Kinder, die dem Haushalt angehören, gehören zu dieser Einsatzgemeinschaft, § 27 II 2 und 3 SGB XII. Die laufende Hilfe zum Lebensunterhalt wird nach Regelbedarfsstufen bemessen, § 27a II SGB XII und in Regelsätzen geleistet, § 27 III SGB XII. Die Höhe der Regelbedarfe ist aus der Anlage zu § 28 SGB XII ersichtlich. Danach existieren 6 Regelbedarfsstufen. Aus den Regelsätzen hat der Leistungsberechtigte seinen Regelbedarf zu bestreiten. Dabei hat er das Eintreten von

<sup>231</sup>BVerfG vom 9.2.2010 1 BvL 1+3+4/09.

<sup>232</sup>BVerwG vom 24.06.1954 - V C 78/54.

<sup>233</sup>Ausnahme z.B. die Übernahme von Mietschulden, § 36 SGB XII.

unregelmäßigen Bedarfen zu berücksichtigen, § 27a III 2 2. HS SGB XII. Das bedeutet, dass ein Teil des Regelsatzes anzusparen ist.<sup>234</sup> Unter den engen Voraussetzungen des § 27a IV, V SGB XII kann der Regelsatz abweichend festgelegt werden. Die Ermittlung des Regelbedarfs ist durch das Regelbedarfsermittlungsgesetz (RBEG) geregelt. Welche Bedarfe durch den Regelsatz abgegolten werden ist in diesem Gesetz qualitativ und quantitativ ersichtlich.

Bestimmten Personen werden nach § 30 SGB XII für die Positionen des notwendigen Lebensunterhalts Mehrbedarfzuschläge zugewiesen. Die Kosten für Unterkunft und Heizung werden nach § 35 SGB XII in Höhe der tatsächlichen Aufwendungen erbracht. Sonderregelungen gelten für Personen, die in Unterküften nach § 42a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und S. 3 SGB XII leben, § 35 Abs. 5 S. 1 SGB XII. Diese Personen leben nicht in einer Wohnung, vgl § 42a Abs. 2 S. 2 SGB XII, sondern in Räumlichkeiten, die ihnen im Rahmen der Eingliederungshilfe nach dem 2. Teil des SGB IX zur Verfügung stehen. Charakteristisch ist hier, dass ein persönlicher Wohnraum und ein gemeinschaftlich nutzbarer Wohnraum vorhanden ist. § 35 Abs. 5 S. 2 SGB XII enthält weitere Besonderheiten der Kosten der Unterkunft und Heizung für Personen, in Abhängigkeit von der Art ihrer Unterkunft („sonstige Unterkunft“). Die Bedarfe dieser Personengruppen bemessen sich nach § 42a Abs. 5 - 7 SGB XII.

Aufgrund der Satzungen nach § 35a SGB XII können die Kosten der Unterkunft und Heizung auch lediglich pauschal übernommen werden. Übernommen werden nach § 32 SGB XII Beiträge für die Kranken- und Pflegeversicherung. Werden Beiträge zur Altersvorsorge nicht nach § 82 Abs. 2 Nr. 2 und 3 SGB XII vom Einkommen abgesetzt, sind sie als Bedarfe zur Vorsorge zu berücksichtigen. § 33 SGB XII.

Ergänzt wird der laufende Lebensunterhalt durch einmalige Leistung zum Lebensunterhalt nach § 31 I SGB XII. Nach § 34 SGB XII gehören auch Leistungen für Bildung und Teilhabe zum notwendigen Lebensunterhalt, § 27a I 2 und 3 SGB XII, soweit Schüler, Kinder oder Jugendliche Leistungen nach SGB XII erhalten.

Da Hilfe zum Lebensunterhalt nach § 19 I SGB XII nur Personen geleistet wird, die ihren notwendigen Lebensunterhalt nicht aus eigenen Kräften und Mitteln bestreiten können, sind Einkommen und Vermögen anzurechnen. Die Einzelheiten der Einkommensanrechnung ergeben sich aus § 82 SGB XII. Zum Vermögen gehört das gesamte verwertbare Vermögen, § 90 I SGB XII, mit Ausnahme des in § 90 II SGB XII aufgeführten Schonvermögens. § 90 III SGB XII sieht eine Härtefallregelung vor.

<sup>234</sup>Zur Verfassungsmäßigkeit dieses Ansatzes BVerfG vom 9. Februar 2010, 1 BvL 1/09; 1 BvL 3/09; 1 BvL 4/09 Rz. 150.

Eine entsprechende Struktur haben die Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung, § 41 SGB XII. Leistungsberechtigte erhalten auf Antrag einen der Hilfe zum Lebensunterhalt mit entsprechendem Regelsatz, sowie Zahlungen für den in § 42, 1 SGB XII abschließend aufgezählten weiteren Bedarf. Zu beachten ist hier die komplexe Regelung der Bedarfe für Unterkunft und Heizung. § 42 Nr. 4a SGB XII regelt die Bedarfe von Personen, die nach § 42a in Wohnungen oder Gemeinschaftsunterkünften mit persönlichen und gemeinschaftlichem Wohnraum (vgl. § 42a Nr. 2 SGB XII) oder sonstigen Unterkünften (§ 42a Nr. 3 SGB XII) leben. Ihre Unterkunftsbedarfe sind in § 42a Abs. 3 – 7 erläutert. § 42 Nr. 4b SGB XII regelt die pauschalierte Übernahme von Kosten der Unterkunft und Heizung bei Unterbringung in stationären Einrichtungen, § 27b Abs. 1 Nr. 2 SGB XII.<sup>235</sup>

Leistungsberechtigt sind Personen, die das Renteneintrittsalter nach § 41 II SGB XII erreicht haben. Daneben sind Personen leistungsberechtigt, die das 18. Lebensjahr vollendet haben und im Sinne von § 43 II SGB VI voraussichtlich dauerhaft voll erwerbsgemindert sind. Einkommens- und Vermögenseinsatz richten sich ebenfalls nach den Regelungen, die für die Hilfe zum Lebensunterhalt gelten.

Für das Verhältnis zwischen Hilfe zum Lebensunterhalt und Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung gilt, dass die Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung der Hilfe zum Lebensunterhalt vorgeht. Nach § 21 Satz 1 SGB XII erhalten Personen, die nach dem SGB II als Erwerbsfähige oder Angehörige dem Grunde nach leistungsberechtigt sind, keine Leistungen zum Lebensunterhalt. Davon ausgenommen sind Angehörige erwerbsfähiger Leistungsberechtigter, die dauerhaft erwerbsgemindert sind oder das Alter der Regelaltersrente erreicht haben. Denn hier geht der Anspruch auf Grundsicherung bei Erwerbsminderung und im Alter dem Anspruch auf Sozialgeld vor, § 19 I 2 SGB II.

## **2.2. Hilfen nach Kapitel 5 – 9 SGB XII: Die wichtigsten Hilfearten im Überblick**

Die ehemals unter dem Oberbegriff der Hilfe in besonderen Lebenslagen zusammengefassten Hilfen nach Kapitel 5 bis 9 SGB XII<sup>236</sup> sind meist dadurch gekennzeichnet, dass sie durch der Sozialverwaltung nicht zugehörige Leistungserbringer, also durch Dritte, erbracht werden. Die Hilfen nach Kapitel 5 bis 9 haben eine besondere soziale Bewertung erfahren, indem als besonders Schutz bedürftig angesehene Personengruppen unter großzügigerer Belassung eigener

<sup>235</sup> Blüggel in juris-PK SGB XII 3. A. 2020 Rn 35 und 36.

<sup>236</sup> Waltermann, Sozialrecht, § 14 Rz. 475.

Mittel spezielle Hilfen erhalten können. Neben der individuellen Notlage spielt hier auch in größerem Umfang als in der Hilfe zum Lebensunterhalt der Ausgleich von gesellschaftlich verursachten Nachteilen eine Rolle. Die quantitativ wichtigsten Leistungen sind die Hilfe zur Pflege, die Eingliederungshilfe und die Hilfen zur Gesundheit. Die Hilfen nach Kapitel 5 bis 9 können je isoliert, grundsätzlich auch nebeneinander in Anspruch genommen werden. Sie umfassen:

- Hilfen zur Gesundheit, §§ 47 bis 52 SGB XII
- Hilfe zur Pflege, §§ 61 bis 66a SGB XII
- Hilfe zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten, §§ 67 bis 69 SGB XII
- sowie Hilfe in anderen Lebenslagen wie
  - Hilfe zur Weiterführung des Haushalts, § 70 SGB XII
  - Altenhilfe, § 71 SGB XII
  - Blindenhilfe, § 72 SGB XII
  - Hilfe in sonstigen Lebenslagen, § 73 SGB XII, sofern der Einsatz öffentlicher Mittel gerechtfertigt erscheint sowie
  - Bestattungskosten, § 74 SGB XII.

### **2.2.1. Hilfen zur Gesundheit §§ 47 bis 52 SGB XII**

Die Hilfen zur Gesundheit haben durch die Erfassung der Sozialhilfeberechtigten in § 264 II SGB V an praktischer Bedeutung verloren. Nach dieser Regelung wird die Krankenbehandlung von Empfängern von Leistungen der Sozialhilfe, die nicht krankenversichert sind, durch die Krankenkassen übernommen. Der Sozialhilfebezug muss außerdem mindestens für einen Monat ununterbrochen andauern. Es handelt sich hier um eine Kostenerstattungsregelung zwischen dem Sozialhilfeträger und der Krankenversicherung. Diese Regelung sieht keine Ansprüche der Sozialhilfeberechtigten vor. Die Ansprüche der Sozialhilfeberechtigten ergeben sich aus den Rechtsgrundlagen der Hilfe bei Hilfen zur Gesundheit nach §§ 47 bis 52 ff SGB XII. Diese Leistungen entsprechen aber durch gesetzliche Anordnung den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung, § 52 I 1 SGB XII. Eine qualitative oder quantitative Ergänzung der Leistungen der Gesetzlichen Krankenversicherung ist aufgrund der Hilfen bei Gesundheit nicht möglich. Zu beachten ist, dass die Hilfen zur Gesundheit auch einen anderweitigen Anspruch auf

Absicherung im Krankheitsfall im Sinne der Versicherungspflicht nach § 5 I Nr. 13 SGB V darstellt.<sup>237</sup>

Soweit die Hilfen zur Gesundheit noch Anwendung finden, werden folgende Leistungsinhalte unterschieden.

- Vorbeugende Gesundheitshilfe, § 47 SGB XII
- Hilfe bei Krankheit, § 48 SGB XII
- Hilfe zur Familienplanung, § 49 SGB XII
- Hilfe bei Schwangerschaft und Mutterschaft, § 50 SGB XII
- Hilfe bei Sterilisation, § 51 SGB XII.

Durch die inhaltliche Gleichschaltung der Hilfen zur Gesundheit mit den Leistungen der Gesetzlichen Krankenversicherung sind auch die dort entwickelten Grundsätze wie das Rechtskonkretisierungskonzept, die Berücksichtigung der Bedeutung des untergesetzlichen Rechts, insbesondere die Bedeutung der Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses für die gesundheitliche Versorgung der Sozialhilfeberechtigten zu berücksichtigen. Auch die inzwischen in § 2 I a SGB V kodifizierten Grundsätze der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Behandlung lebensbedrohlicher Erkrankungen sind im Rahmen der Hilfen zur Gesundheit insbesondere bei der Krankenbehandlung zu berücksichtigen.

### **2.2.2. Hilfe zur Pflege §§ 61 bis 66a SGB XII**

Die Hilfe zur Pflege nach §§ 61 ff SGB XII ergänzt die Leistungen der Sozialen Pflegeversicherung. Aufgrund der Deckelung der Leistungen der Pflegeversicherung nach dem SGB XI muss der Pflegebedürftige auf eigene Mittel zurückgreifen, um seinen Bedarf zu decken. Sind die eigenen Mittel nicht ausreichend, besteht ein Anspruch auf Hilfe zur Pflege. Die Hilfe zur Pflege und die Leistungen der Pflegeversicherung sind eng verzahnt und auf einander bezogen.

Der Leistungsfall der Hilfe zur Pflege und der Versicherungsfall der Pflegeversicherung sind aufeinander abgestimmt. Durch im Wortlaut identische Beschreibungen der Voraussetzungen des Versicherungsfalles und zugehöriger Legaldefinitionen wird ein einheitlicher Bedarfstypus vorgeschrieben.

Auch in der Hilfe zur Pflege unterscheiden sich die Leistungen anhand der Einstufung des Leistungsberechtigten nach Pflegegraden. Pflegebedürftige der Pflegegrade 2 bis 5 erhalten die in

<sup>237</sup>Peters, Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, Stand 1.12.2012, § 5 SGB V Rz. 163.

§ 63 Abs. 1 SGB XII aufgezählten Leistungen, die sich zum Teil mit denen der Pflegeversicherung decken.

(1) Die Hilfe zur Pflege umfasst für Pflegebedürftige der Pflegegrade 2 bis 5

1. häusliche Pflege in Form von

- a) Pflegegeld (§ 64a),
  - b) häuslicher Pflegehilfe (§ 64b),
  - c) Verhinderungspflege (§ 64c),
  - d) Pflegehilfsmitteln (§ 64d),
  - e) Maßnahmen zur Verbesserung des Wohnumfeldes (§ 64e),
  - f) anderen Leistungen (§ 64f),
  - g) digitalen Pflegeanwendungen (§ 64j),
  - h) ergänzender Unterstützung bei Nutzung von digitalen Pflegeanwendungen (§ 64k),
2. teilstationäre Pflege (§ 64g),
3. Kurzzeitpflege (§ 64h),
4. einen Entlastungsbetrag (§ 64i) und
5. stationäre Pflege (§ 65).

Die Begleitung in der letzten Lebensphase ist Bestandteil der Leistungen der Hilfe zur Pflege.

Die Hilfe zur Pflege umfasst für Pflegebedürftige des Pflegegrades 1 laut § 63 Abs. 2 SGB XII

1. Pflegehilfsmittel (§ 64d),
2. Maßnahmen zur Verbesserung des Wohnumfeldes (§ 64e) und
3. digitale Pflegeanwendungen (§ 64j),
4. ergänzende Unterstützung bei Nutzung von digitalen Pflegeanwendungen (§ 64k) und
5. einen Entlastungsbetrag (§ 66).

Die Integration in ein persönliches Budget ist möglich, § 63 Abs. 3 SGB XII.

Anspruch auf Hilfe zur Pflege haben § 17 I, § 19 III, § 61, 1 SGB XII haben pflegebedürftige Personen. Der Begriff der Pflegebedürftigkeit ist gesetzlich geregelt. Der Begriff der Pflegebedürftigkeit wurde aus dem SGB XI in das SGB XII übernommen. Maßgeblich ist nun nach § 61a Abs. 1 S. 1 SGB XII, dass der Leistungsberechtigte gesundheitlich bedingte Einschränkungen der Selbständigkeit und Fähigkeiten aufweist und deshalb der Hilfe durch andere bedarf. Es wird nicht zwischen kognitiven, körperlichen oder psychischen Störungen unterschieden, § 61 Abs. 1 S. 2 SGB XII. Elemente des pflegerischen Bedarfs sind in § 61a Abs. 2 SGB XII aufgeführt und gleichen denen des § 14 II SGB XI. Diese Elemente werden auch „Module“ genannt, da das Begutachtungsinstrument des § 15 II SGB XII an sie anknüpft um daraus den Grad der Pflegebedürftigkeit zu ermitteln. Der Grad der Pflegebedürftigkeit wird im Grundsatz genau wie in der Pflegeversicherung ermittelt, § 62 SGB XII.

Auch hier werden 5 Pflegegrade unterschieden, § 61b I und § 61 c I u. II SGB XII.

Die Entscheidung der Pflegekasse über den Pflegegrad ist für den Träger der Sozialhilfe in der Regel auch bindend. Dies gilt, soweit die Entscheidung auf denselben Tatsachen beruht, wie die Entscheidung der Pflegekasse, § 62a SGB XI.

Wie aus § 63 Abs. 1 und 2 SGB XII ersichtlich ist der Leistungsumfang in Abhängigkeit vom Pflegegrad unterschiedlich ausgeprägt. Inhaltlich weitgehend mit der Pflegeversicherung identische Leistungen erhalten Menschen, die in die Pflegegrade 2 – 5 eingestuft wurden. Der Leistungskatalog für Menschen, denen in den Pflegegrad 1 zugeordnet wurde, ist eingeschränkt.

Stationäre und häusliche Pflege werden nach dem notwendigen pflegerischen Bedarf bemessen, § 63a SGB XI. Dies entspricht den Grundsätzen der Bedarfsdeckung und Individualisierung § 9 I SGB XII.

Die Leistungen stehen in einem internen Rangverhältnis. Nach den allgemeinen Leistungsgrundsätzen der Sozialhilfe gilt: ambulant vor stationär, § 13 I SGB XII. Die Regelung des § 64 SGB XII, wonach der Sozialhilfeträger darauf hinwirken soll, dass Nachbarschaftshilfe und Nahestehende oder ehrenamtliche Helfer die häusliche Pflege übernehmen sollen, führt zur Nachrangigkeit der Sachleistungen. Nicht professionelle Hilfe wird somit ebenfalls als vorrangige Leistung angesehen. Nach dem Konzept der ambulanten Pflege im SGB XII soll der Pflegebedürftige seinen Bedarf also zunächst durch die Hilfe engagierter Laien statt durch Fachkräfte decken, die er dann mit dem gegenüber der Sachleistung erheblich reduzierten Pflegegeld belohnen kann. Kombinationsleistungen wie in § 38 SGB XI sind im SGB XII nicht vorgesehen. Akzessorisch zum Pflegegeld gibt es andere Leistungen nach § 64f Abs. 1 SGB XII, wonach die Aufwendungen für die Pflegeperson oder einer besonderen Pflegekraft für eine angemessene Alterssicherung zu erstatten sind.

Die Höhe des Pflegegeldes ergibt sich aus dem Grad der Pflegebedürftigkeit aus § 37 I SGB XI. Wenn Pflegebedürftigkeit nicht für den gesamten Kalendermonat vorliegt, wird das Pflegegeld für jeden Tag um ein Dreißigstel gekürzt, § 64a II 1 und 2 SGB XII. Das Pflegegeld wird bis zum Ende des Kalendermonats geleistet, in dem der Pflegebedürftige gestorben ist, § 64 II 3 SGB XII. § 64 III SGB XII lässt die Leistungspflicht des Sozialhilfeträgers entfallen, wenn die Pflegekasse ihre Leistungen nach § 37 VI SGB XI ganz oder teilweise einstellt. Dazu ist sie berechtigt, wenn Pflegeeinsätze nach § 37 III 1 SGB XI nicht abgerufen wurden.

Der Anspruch auf Hilfe zur Pflege umfasst aber auch nach § 64b I SGB XII häusliche Pflege als Sachleistung für Pflegebedürftige der Grade 2 – 5. Häusliche Pflege setzt voraus, dass eine

eigene Häuslichkeit vorhanden ist. Die Möglichkeit einer eigenen Haushaltsführung muss also in der konkreten Unterbringungssituation bestehen.<sup>238</sup> Dies ist gesetzlich ausgeschlossen, soweit der Pflegebedürftige sich in einer teilstationären oder vollstationären Einrichtung aufhält, § 63b Abs. 3 SGB XII. Abweichend von § 36 IV 1 SGB XI wird jedoch nicht darauf hingewiesen, dass auch die Pflege in einem fremden Haushalt möglich ist. Die häusliche Pflege ist subsidiär zum Pflegegeld, § 64b Abs. 1 S. 1 2. HS SGB XII.

Ebenfalls nur für Pflegebedürftige des Grades 2 – 5 wird Verhinderungspflege angeboten, die ähnlich wie die für denselben Personenkreis angebotene Kurzzeitpflege § 64 h SGB XII, die häusliche Pflege im Falle der Verhinderung der Pflegeperson vorübergehend ablösen soll.

Akzessorisch zu häuslicher Pflege sind für eine Beratung der Pflegeperson angemessene Kosten zu übernehmen, § 64 f Abs. 2 SGB XII.

Neben Leistungen bei stationärer Pflege sind auch Leistungen zum Lebensunterhalt gem. § 27 b SGB XII möglich. Ferner sind Pflegeleistungen als Teil eines persönlichen Budgets § 63 III SGB XII und § 35a SGB XI, § 29 SGB IX möglich. Bei der Auswahl der konkreten Form der Hilfe zur Pflege sind auch die Leistungsgrundsätze des SGB XII zu beachten. Dazu gehören u.a. das Wunsch- und Wahlrecht, § 9 II, III SGB XII, der Grundsatz der familiengerechten Hilfe § 16 SGB XII sowie der Grundsatz des Vorranges ambulanter Hilfen, § 13 I 2, 3 SGB XII.

Ausweislich der Gesetzesbegründung, sind Pflegeleistungen weiterhin inhaltlich nicht mit Leistungen der Eingliederungshilfe identisch,<sup>239</sup> sodass sie nicht als gleichartige Leistungen nach § 63b Abs. 1 und 2 SGB XII auf Pflegeleistungen angerechnet werden können. Dafür spricht auch § 13 III 3 SGB XI.

§ 66a SGB XII regelt für erwerbstätige Pflegebedürftige einen angemessenen Betrag Vermögensfreibetrag für angemessene Lebensführung oder Aufrechterhaltung einer angemessenen Alterssicherung nach § 90 Abs. 3 S. 2 SGB XII.

### **2.2.3. Hilfe zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten §§ 67 bis 69 SGB XII**

Der Anspruch nach § 17 I 1, § 67 1 SGB XII auf Hilfe zur Überwindung von besonderen sozialen Schwierigkeiten bietet die Grundlage bei besonders komplexen Bedarfssituationen mit massgeschneiderter Unterstützung reagieren zu können. Es gibt verschiedene Lebenssituationen,

<sup>238</sup>Kaiser in: Rolfs/ Giesen/ Kreikebohm/ Udsching (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, Stand: 01.03.2013, § 63 SGB XII Rz. 3.

<sup>239</sup> BT- Drs. 18/10510 S. 127

die über die Schwierigkeiten üblicher Lebensrisiken hinausgehen und die als gesicherter Anwendungsbereich der Hilfe gelten. Allerdings ist gerade die Hilfe nach § 67 SGB XII in besonderem Maße zukunfts- und wertungsoffen. Die Durchführungsverordnung § 69 SGB XII, Verordnung zur Durchführung der Hilfe zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten, konkretisiert die Hilfen zwar hinsichtlich leistungsberechtigtem Personenkreis und Inhalt der Hilfeleistungen. Die Rechtsverordnung ist jedoch aus Gründen der Normenhierarchie nicht in der Lage den Inhalt der gesetzlichen Regelungen zu ändern. Zudem stellt auch die Verordnung selbst regelmäßig klar, dass dort keine abschließenden Leistungen geregelt sind.

Voraussetzung für einen Anspruch auf Hilfe ist das Vorliegen besonderer Lebensverhältnisse. Die DVO nach § 69 SGB XII bietet eine Definition dieses Begriffes in § 1 II DVO § 69 SGB XII an.

Ergänzend kann man mit der Literatur nachteilige Umstände existenzieller Grundbedürfnisse als besondere Lebensverhältnisse einordnen.<sup>240</sup> Diese nachteiligen Umstände bestehen in einer besonderen Mangelsituation, die sich in ihrer Art und Intensität von der Verwirklichung und dem Eintritt eines allgemeinen Lebensrisikos unterscheidet.<sup>241</sup> Die Lebenslage muss mit sozialen Schwierigkeiten im Zusammenhang stehen. § 1 III DVO § 69 SGB XII bietet eine Definition für die sozialen Schwierigkeiten. § 1 III VO führt exemplarisch vier Lebensbereiche auf, in denen solche sozialen Schwierigkeiten im Sinne von Interaktionsschwierigkeiten des Betroffenen mit der Umwelt, Bedeutung haben können.<sup>242</sup> Die Aufzählung ist nicht abschließend („insbesondere“). Soziale Schwierigkeiten müssen über eine sog. „allgemeinen Lebenskrise“ wie Arbeitslosigkeit, wirtschaftliche Schwierigkeiten, Krankheit oder Ehezerwürfnisse hinausgehen. Ausschlaggebend ist das ausgrenzende Verhalten des Hilfesuchenden oder von Personen in seiner Umwelt. Auch unmittelbar drohende soziale Schwierigkeiten reichen aus.

§ 68 I 1. Halbsatz SGB XII beschreibt die Leistungen der Hilfe zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten durch ein allgemeines Ziel. Im 2. Halbsatz werden die Maßnahmen hinsichtlich der Mittel und ausgewählter spezieller Ziele konkretisiert. Die Aufzählung in § 68 I 1 SGB XII ist nicht abschließend. Danach umfasst die Hilfe:

- Beratung und persönliche Betreuung, vgl. a. § 3 DVO
- Hilfen zur Ausbildung, Erlangung und Sicherung eines Arbeitsplatzes, vgl. a. § 5 DVO
- Maßnahmen zur Erhaltung und Beschaffung einer Wohnung, vgl. a. § 4 DVO
- Hilfen zum Aufbau und zur Aufrechterhaltung sozialer Beziehungen und zur Gestaltung des Alltags, vgl. a. § 6 DVO (nicht abschließend)

<sup>240</sup>Kaiser in: Rolfs/ Giesen/ Kreikebohm/ Udsching, Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, Stand: 01.03.2013, § 67 SGB XII Rz. 3.

<sup>241</sup>Bieback in: Grube/Wahrendorf, SGB XII Sozialhilfe, 4. Auflage 2012 § 67 Rz. 7.

<sup>242</sup>Bieback in: Grube/ Wahrendorf, SGB XII Sozialhilfe, 4. Auflage, 2012, § 67 Rz. 16.

Art und Umfang der Hilfen werden ergänzend in § 2 DVO § 69 SGB XII beschrieben. § 2 I 1 DVO § 69 SGB XII enthält eine weitere Zielvorgabe, die sich am sozialhilferechtlichen Grundsatz des § 1 SGB XII orientiert. Mögliche Hilfearten im Sinne des § 2 I 1 DVO werden durch § 2 II 1 SGB XII festgelegt. Möglich sind Dienstleistungen, Geldleistungen oder auch Sachleistungen, § 10 SGB XII. § 2 II SGB XII betont die zentrale Bedeutung der Beratung und Unterstützung für das Ziel. Inhalt und Form der Beratung und persönlichen Unterstützung werden in § 3 DVO näher beschrieben. Die Bedingungen für stationäre Hilfen werden in § 2 V 1 DVO festgelegt.

In § 68 I 2 ist vorgesehen, dass der individuelle Hilfeprozesses in geeigneten Fällen geplant wird. § 2 III 2 ff, IV, V 2 der DVO konkretisieren diese Verpflichtung. § 2 III 1 DVO sieht ein Beteiligungsrecht des Hilfeberechtigten bei der Ermittlung und Feststellung des Hilfebedarfs und bei der Erstellung und Fortschreibung des Gesamtplanes vor.

§ 67 I 2 SGB XII regelt einen internen Nachrang. Die Leistungen nach § 67 SGB XII sind gegenüber allen anderen Leistungen nach dem SGB XII und dem SGB VIII nachrangig.

#### **2.2.4. Hilfe zur Weiterführung des Haushalts § 70 SGB XII**

Die Hilfe zur Weiterführung des Haushaltes nach § 70 SGB XII reiht sich in eine Vielzahl von Ansprüchen auf Haushaltshilfen, die über die Sozialgesetzbücher verstreut sind ein. Diese in der Regel vorrangigen Ansprüche stehen im Zusammenhang mit speziellen Bedarfslagen, die durch Behinderung, Krankheit, Schwangerschaft oder auch durch die Erziehung eines Kindes geprägt sind. § 70 SGB XII knüpft nicht an spezifische Bedarfslagen an. Die Hilfe ergänzt das Sozialleistungsspektrum als Auffangtatbestand.

Der Anspruch steht Personen mit eigenem Haushalt zu. Keiner der Haushaltsangehörigen darf den Haushalt führen können. Hinsichtlich der Fähigkeit des Haushaltsangehörigen den Haushalt zu führen bildet das objektive Können, die subjektive Fähigkeit sowie die Zumutbarkeit die Grundlage für eine Einzelfallbetrachtung.<sup>243</sup>

Die Weiterführung des Haushalts ist geboten, wenn die Auflösung des Haushalts droht, und dies den Zielen der Sozialhilfe zuwider liefe. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn minderjährige Kinder oder pflegebedürftige Personen zum Haushalt gehören, die im Fall der Auflösung des Haushalts (vorübergehend) fremd untergebracht werden müssten. Der Grundsatz der familiengerechten Hilfe, § 16 SGB XII, sowie weitere sozialhilferechtliche Grundsätze (§§ 1, 14, 15

<sup>243</sup>Kaiser in: Rolfs/ Giesen/ Kreikebohm/ Udsching (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, Stand: 01.03.2013, § 70 SGB XII Rz. 4.

SGB XII) sind bei der Ermittlung der Ziele, die für die Erhaltung des Haushalts sprechen zu berücksichtigen.

Es besteht regelmäßig ein Rechtsanspruch auf diese Leistung, die nur in besonders begründungsbedürftigen Ausnahmefällen versagt werden darf.<sup>244</sup> Inhalt des Anspruchs sind Leistungen zur Weiterführung des Haushaltes. Inhaltlich sind sie in § 70 II SGB XII beschrieben als persönliche Betreuung von Haushaltsangehörigen sowie die sonstige zur Weiterführung des Haushalts erforderliche Tätigkeit.

### **2.2.5. Altenhilfe § 71 SGB XII**

Die Altenhilfe nach § 71 SGB XII soll alle Hilfearten des SGB XII im Hinblick auf altersspezifische Bedarfslagen ergänzen und altersspezifischen Sonderbedarf auffangen.<sup>245</sup> Daneben sind jedoch Leistungen für anderweitig beschriebene Bedarfe, die evtl. ebenfalls typischerweise alte Menschen betreffen, möglich. Dies gilt auch für die Hilfe zur Pflege und die Eingliederungshilfe.

Nach §§ 17 I, 19 III 1, 71 I und III SGB XII sind alte Menschen leistungsberechtigt. Eine gesetzliche Festlegung des Begriffs alter Mensch ist nicht vorgesehen. Üblicherweise wird das Erreichen der Regelaltersgrenze für den Rentenbezug ( vgl. § 41 II SGB XII) vorausgesetzt. Zwingende Leistungsvoraussetzung ist dies nicht, da § 71 III SGB XII vorsieht, dass auch Hilfe geleistet wird, wenn sie zur Vorbereitung auf das Alter dient, sowie wenn und soweit altersbedingte Beschwerden oder Anpassungsschwierigkeiten bestehen. Dazu kann das absehbare Ausscheiden aus dem Berufsleben oder der Auszug von Kindern aus dem Elternhaus gehören.<sup>246</sup> Die Altersgrenze kann hier unter dem 60ten Lebensjahr liegen.

In der Regel ist auch die Leistung von Altenhilfe von den Voraussetzungen des § 19 III SGB XII abhängig. § 71 IV SGB XII regelt eine Ausnahme dazu. Danach ist in der Regel Altenhilfe ohne Anrechnung von Einkommen und Vermögen zu leisten, wenn es um erforderliche Beratungs- und Unterstützungsleistungen geht.

Bei den Anspruchsgrundlagen handelt es sich um soll Regelungen. Es besteht ein Rechtsanspruch auf diese Leistungen. Nur in besonders begründungsbedürftigen Ausnahmefällen dürfen sie versagt werden. Die möglichen Leistungen sind in § 71 II SGB XII nicht abschließend aufgezählt. Der Zweck der aufgezählten und unbenannten Leistungen ist in § 71 I 2 SGB XII beschrieben. Die

<sup>244</sup>Bieritz-Harder in: Bieritz-Harder/ Conradis/ Thie, Sozialgesetzbuch XII, 9. Auflage, 2012, § 70 Rz. 2.

<sup>245</sup>Ehmann in: Fasselt/ Schellhorn, HSRB, Kapitel 12, Rz. 210.

<sup>246</sup>Bieritz-Harder in: Bieritz-Harder/ Conradis/ Thie, Sozialgesetzbuch XII, 9. Auflage, 2012, § 71 Rz. 22.

Altenhilfe soll dazu beitragen, Schwierigkeiten, die durch das Alter entstehen, zu verhüten, zu überwinden oder zu mildern und alten Menschen die Möglichkeit zu erhalten, am Leben in der Gemeinschaft selbstbestimmt teilzunehmen und ihre Fähigkeiten zur Selbsthilfe zu stärken. Dieses Ziel gilt sowohl für die Ansprüche nach § 71 I 1 SGB XII, als auch für diejenigen nach § 71 III SGB XII. In Betracht kommen Geldleistungen, Sach- und Dienstleistungen, § 10 SGB XII, sowie Beratungs- und Unterstützungsleistungen, § 11 SGB XII. Wesentliches Ziel der Altenhilfe ist der Erhalt sozialer Kontakte, der selbstbestimmten Lebensführung in einer selbstgewählten Umwelt und die Ermöglichung gesellschaftlicher Teilhabe.

### **2.3. Einkommen und Vermögen im Rahmen der Hilfen nach Kapitel 5 – 9 SGB XII**

Während die Grundsicherung und die Hilfe zum Lebensunterhalt mit einer gesetzlichen Bemessung des Bedarfes gleichzeitig das einzusetzende Einkommen und Vermögen zur Deckung dieses Bedarfs festlegen, sind die Hilfen nach dem Kapitel 5 – 9 dadurch gekennzeichnet, dass Einkommen hier nur oberhalb bestimmter Einkommensgrenzen einzusetzen ist. Diese Einkommensgrenzen sind in § 85 SGB XII geregelt. § 85 SGB XII differenziert nach der Volljährigkeit der nachfragenden (also hilfeberechtigten) Person. Verschont bleiben in beiden Fällen ein Grundfreibetrag, angemessene Kosten der Unterkunft und ein Familienzuschlag. Der Grundbetrag leitet sich aus der doppelten Regelbedarfsstufe 1 ab. Auch der Familienzuschlag wird aus der Regelbedarfsstufe 1 abgeleitet und mit 70 % dessen festgelegt. Der Familienzuschlag wird mehrfach berücksichtigt, wenn mehrere abhängige Personen, wie Ehegatten, Eltern und Kinder zu berücksichtigen sind, §§ 85 I Nr. 3, II Nr. 3 SGB XII. Das Einkommen oberhalb dieser Einkommensgrenze ist in angemessenem Umfang einzusetzen, § 87 I 1 SGB XII. Besondere Maßgaben bzgl. des Einkommenseinsatzes bei pflegebedürftigen und behinderten Menschen sind in § 87 I 3 SGB XII und § 88 II SGB XII vorgesehen. Bei Pflegebedürftigen der Pflegegrade 4 und 5 und blinden Menschen nach § 72 SGB XII ist ein Einsatz des Einkommens über der Einkommensgrenze in Höhe von mindestens 60 vom Hundert nicht zuzumuten, § 87 I 3 SGB XII. Bei einer stationären Leistung in einer stationären Einrichtung wird von dem Einkommen, das der Leistungsberechtigte aus einer entgeltlichen Beschäftigung erzielt, die Aufbringung der Mittel in Höhe von einem Achtel der Regelbedarfsstufe 1 zuzüglich 50 vom Hundert des diesen Betrag übersteigenden Einkommens aus der Beschäftigung nicht verlangt, § 88 II SGB XII.

Der Vermögenseinsatz entspricht weitgehend den Regelungen der Grundsicherung und Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII und ist in § 90 SGB XII geregelt. § 90 II SGB XII sieht allerdings inhaltlich besondere Schonvermögen für Pflegebedürftige oder behinderte Leistungsberechtigte vor. Dazu gehört die Erhöhung des kleinen Barbetrags nach § 90 II Nr. 9

SGB XII für alle Leistungsberechtigten nach dem Kapitel 5 – 9 SGB XII, vgl. § 1 I Nr. 1 b VO zu § 90 II Nr. 9 SGB XII (Barbetragsverordnung). Ferner wird eine besondere erhöhte Freigrenze für den Barbetrag bei Pflegebedürftigen der Pflegegrade 4 und 5 und 72 SGB XII in § 1 I 2 VO zu § 90 II Nr. 9 SGB XII festgelegt, soweit mehrere behinderte oder pflegebedürftige Personen zu berücksichtigen sind. § 90 II Nr. 3 SGB XII sieht die Verschonung eines sonstigen Vermögens vor, solange es nachweislich zur baldigen Beschaffung oder Erhaltung eines angemessenen Hausgrundstücks bestimmt ist und soweit es Wohnzwecken behinderter (§ 53 I 1 SGB XII und § 72 SGB XII) oder pflegebedürftiger Menschen (§ 61 SGB XII) dienen soll. Die Angemessenheit eines Hausgrundstückes im Sinne des § 90 II Nr. 8 SGB XII richtet sich ausdrücklich auch nach dem Wohnbedarf behinderter, blinder oder pflegebedürftiger Menschen.

Leistungsberechtigten, die Eingliederungshilfe nach § 53 ff SGB XII erhalten und denjenigen die Hilfe zur Pflege nach § 61 ff SGB XII erhalten und erwerbstätig sind, steht ein zusätzlicher anrechnungsfreier Betrag nach §§ 60a und 66a SGB XII zu.

#### Wiederholungsfragen

- Welche Leistungsarten umfasst die Sozialhilfe nach dem SGB XII ?
- In welcher Form wird Sozialhilfe nach dem SGB XII geleistet?
- Wie viele Regelbedarfsstufen gibt es und wo ist dies geregelt?
- Wo ist geregelt, was im Regelsatz zu berücksichtigen wurde ?
- Was versteht man unter Mehrbedarfzuschlägen?
- Sind die einmaligen Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt abschließend aufgezählt?
- Was versteht man unter Einkommen im Sinne des SGB XII?
- Wie unterscheiden sich Einkommen und Vermögen i.S. der Sozialhilfe?
- Welche formellen Voraussetzungen hat die Leistung der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung nach § 41 SGB XII ?
- In welchem Verhältnis stehen Hilfe zum Lebensunterhalt und Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung?
- Beschreiben Sie das Verhältnis zwischen den Leistungen der Hilfe zur Pflege und den Leistungen der Pflegeversicherung.
- Gibt es für die Altenhilfe eine feste Altersgrenze ?
- Welche Funktion hat die Hilfe zur Überwindung besonderer Sozialer Schwierigkeiten ?

### 3. Eingliederungshilfe nach dem SGB IX

Die Eingliederungshilfe war bis zum 31.12.2019 in §53 ff SGB XII geregelt. Sie wurde durch das Bundesteilhabegesetz BTHG umfassend ändert. Das Bundesteilhabegesetz ist ein umfangreiches Artikelgesetz, das zahlreiche Sozialgesetzbücher ändert und ein stufenweises Inkrafttreten dieser Änderungen vorsieht. Das Ziel war die (formale) Ausgliederung der Eingliederungshilfe aus dem SGB XII und ihre Überführung in das SGB IX. Ab 1.1.2020 wurden die Regelungen der Eingliederungshilfe als 2. Teil des SGB IX (§§ 90 ff SGB XII) eingefügt. Das Bundesteilhabegesetz ist im BGBl. I vom 29.12.2016 S. 3234 veröffentlicht. Das Inkrafttreten regelt Artikel 26. Das SGB IX enthielt spezielle Regelungen zur Eingliederungshilfe ab 1.1.2018 lediglich hinsichtlich des neuen Leistungserbringerrechts § 123 ff SGB IX. Für einen Übergangszeitraum wurden die Regelungen des §§ 53 ff SGB XII zur Abstimmung auf den reformierte Teil 1 des SGB IX über die Regelungen für Menschen mit Behinderungen und von Behinderung bedrohten Menschen angepasst. Am 1.1.2018 in Kraft trat dieser Teil 1 des SGB IX in Kraft. Trotz der seit 31.12.2019 erfolgten Überführung der Eingliederungshilfe in das SGB IX bleibt der personelle Anwendungsbereich der Eingliederungshilfe wenigstens bis 2023 unverändert. Insoweit verweist § 99 SGB IX auf die Fassung des leistungsberechtigten Personenkreises nach dem SGB XII. Erst 2023, wenn ein neuer, der Methodik dem Begriff der Pflegebedürftigkeit ähnelnder Begriff der Behinderung eingeführt wurde, wird § 99 SGB IX einen neu beschriebenen Personenkreis ausweisen. Im Zuge der Reform des Begriffes der Behinderung in der Eingliederungshilfe soll auch die EingliederungshilfeVO überarbeitet werden, Art 26 Abs. 5 BTHG. Hinsichtlich des Kreises der tatsächlich Leistungsberechtigten werden derzeit im Ergebnis keine Änderungen erwartet.

Die Eingliederungshilfe für Menschen mit Behinderungen nach §§ 90 ff SGB IX bildet einen zentralen Ausschnitt aus dem Recht der Rehabilitationsleistungen. Die Einweisungsvorschrift zu der Leistungen zur Rehabilitation und Teilhabe der Menschen mit Behinderung, § 29 I SGB I regelt, dass Menschen mit Behinderung

1. Leistungen zur medizinischen Rehabilitation,
  2. Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben,
  3. Leistungen zur Teilhabe an Bildung
  4. Leistungen zur Sozialen Teilhabe
  5. unterhaltssichernde und andere ergänzende Leistungen
- in Anspruch nehmen können.

In ihrem Absatz 2 zeichnet sie das auch nach Inkrafttreten des SGB IX äußerst zerrissene Bild des Rehabilitationsrechts: ausweislich dieser Regelung gibt es keinen einheitlich zuständigen Träger für Leistungen an Menschen mit Behinderung: „Zuständig sind die in den §§ 19-24, 27 und 28 genannten Leistungsträger und die Integrationsämter.“ § 28a SGB I wurde nicht einbezogen,

obwohl auch der Träger der Eingliederungshilfe nach § 6 I Nr. 7 SGB IX ein Rehabilitationsträger ist.

Die Leistungen zur Rehabilitation werden also von einer Vielzahl von Sozialleistungsträgern zur Verfügung gestellt. Um diesem Problem der Unübersichtlichkeit und der Gefahr von negativen Zuständigkeitsstreitigkeiten zu Lasten der Menschen mit Behinderung zu begegnen wurde das Rehabilitationsrecht im SGB IX zusammengefasst. Allerdings wurde dadurch kein einheitliches Leistungsgesetz für die verschiedenen Träger von Rehabilitationsleistungen geschaffen. Nach § 37 SGB I gilt, dass Regelungen der besonderen Teile des SGB IX in der Regel vorgehen. Entsprechend regelt auch § 7 SGB IX, dass die Vorschriften des SGB IX nur für die Leistungen zur Teilhabe gelten, soweit sich aus den für den jeweiligen Rehabilitationsträger geltenden Leistungsgesetzen nichts Abweichendes ergibt. Danach hat jeder Träger von Leistungen zur Rehabilitation die Kodifizierung des Rehabilitationsrechts vorrangig anzuwenden, deren Inhalte ihm durch besonderes Gesetz zugewiesen sind. § 7 SGB IX bestimmt konsequenterweise, dass Zuständigkeit und die Voraussetzungen für die Leistungen zur Teilhabe sich nach den für den jeweiligen Rehabilitationsträger geltenden Leistungsgesetzen richtet. Anspruchsgrundlagen und deren Voraussetzungen finden sich entsprechend weiterhin vorrangig in der Spezialgesetzen. Ergänzend sind die Regelungen des SGB IX anzuwenden, nicht nur soweit in den Spezialgesetzen auf das SGB IX verwiesen wird. Sondern auch soweit die Regelungen des SGB IX eine Regelungslücke der speziellen Gesetze schließen können oder die Regelungen der speziellen Gesetze ergänzen. Für die Eingliederungshilfe nach §§ 90 ff SGB IX gilt demnach, dass das SGB IX ergänzend zu den §§ 90 ff SGB IX Anwendung findet.

Nach § 51 Abs. 1 Nr. 6a SGG sind Angelegenheiten nach Teil 2 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch, also der Eingliederungshilfe dem Sozialrechtsweg zugewiesen.

### **3.1. Bedeutung des Teil 1 SGB IX**

Obwohl das SGB IX kein einheitliches Leistungsgesetz ist, hat es doch zahlreiche Vereinheitlichungen bewirkt.<sup>247</sup> Alle Sozialleistungsträger, die Leistungen zur Rehabilitation schulden, haben nun denselben Begriff der Behinderung nach § 2 I SGB IX zugrunde zu legen. Die Bezeichnung der Leistungen zur Teilhabe, § 5 und §§ 42, 49, 64, 75, 76 SGB IX, wurde vereinheitlicht:

Nach § 5 SGB IX sind nun folgende Leistungen in allen Bereichen des Rehabilitationsrechts zu unterscheiden:

- Leistungen zur medizinischen Rehabilitation, §§ 42 ff SGB IX

<sup>247</sup>Ehmann in: Fasselt/ Schellhorn (Hrsg.), HSRB, Kapitel 12 Rz. 134.

- Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben, §§ 49 ff SGB IX
- unterhaltssichernde und andere ergänzende Leistungen, §§ 64 ff SGB IX
- Leistungen zur Teilhabe an Bildung § 75 SGB IX
- Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft, §§ 76 ff SGB IX.

Die Systematik wird man künftig in allen Spezialgesetzen der Leistungsträger wiederfinden, zum Teil ist die neue Systematik auch bereits umgesetzt. In der Einweisungsvorschrift, § 29 SGB I, wird die Systematik der Leistungsgruppen ebenfalls dargestellt.

Für alle Rehabilitationsleistungen gelten identische Zielbestimmungen, § 4 SGB IX. Das Antragsverfahren und die Erstattung selbst beschaffter Leistungen nach §§ 14, 15 sowie 16 SGB IX wurden zentral geregelt, um die Auswirkungen negativer Zuständigkeitsstreitigkeiten auf den Leistungsberechtigten abzumildern. Persönliche Budgets, §§ 29 ff SGB IX, sollen die Selbstbestimmung und Einflussnahme des Menschen mit Behinderung auf seine Rehabilitation sicherstellen. Für alle Rehabilitationsträger gilt nun, dass Rente erst gezahlt werden darf und Pflegeleistungen erst angebracht sind, wenn alle Rehabilitationsleistungen ausgeschöpft sind, § 9 SGB IX. Auch gilt der Vorrang der Prävention, § 3 SGB IX. Um die Selbstbestimmung und Einflussnahme des Menschen mit Behinderung zu stärken, wurde ein Wunsch- und Wahlrecht, § 8 SGB IX, zu Lasten aller Träger von Rehabilitationsleistungen eingeführt. Ein der Sozialversicherung völlig fremdes Prinzip der Individualisierung, § 4 II 2 SGB IX, wurde ebenfalls für alle Leistungsträger vorgeschrieben. Der Geltungsbereich des SGB IX erfasst alle Träger von Rehabilitationsleistungen, wie sie in § 6 SGB IX aufgezählt sind. Träger der Leistungen zur Teilhabe (Rehabilitationsträger) sind

1. die gesetzlichen Krankenkassen
2. die Bundesagentur für Arbeit, auch für Leistungen nach dem SGB II
3. die Träger der gesetzlichen Unfallversicherung
4. die Träger der gesetzlichen Rentenversicherung, die Träger der Alterssicherung der Landwirte
5. die Träger der Kriegsopferversorgung und die Träger der Kriegsopferfürsorge im Rahmen des Rechts der sozialen Entschädigung bei Gesundheitsschäden
6. die Träger der öffentlichen Jugendhilfe
7. die Träger der Eingliederungshilfe, die jeweils landesrechtlich zu bestimmen sind, vgl § 94 Abs. 1 SGB IX.

Nicht jeder der aufgezählten Rehabilitationsträger bietet alle Arten möglicher Rehabilitationsleistungen an. § 6 I SGB IX gibt einen Überblick über die bei dem jeweiligen Träger verfügbaren Leistungen.

Das SGB IX löste auch das Schwerbehindertengesetz ab und fasst die dort geregelten Materien, insbesondere auch verschiedene Nachteilsausgleiche in Teil 3 des SGB IX (§§ 151 ff SGB IX) zusammen.

Im Verhältnis zu den Leistungen der anderen Rehabilitationsträger gilt die Systems subsidiarität der Eingliederungshilfe nach dem § 91 SGB IX. Diese gilt auch gegenüber dem Jugendhilfeträger und den dort vorgesehen Eingliederungshilfeleistungen, § 35a SGB VIII, für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche, § 10 IV SGB VIII.

Als Fürsorgeleistung ist die Eingliederungsleistung von Einkommen und Vermögen abhängig, also bedürftigkeitsabhängig. Es ist ein Eigenbeitrag zu leisten, § 92 i.V.m. §§ 135 SGB IX.

Mit der Sozialhilfe teilt sie einen großzügigeren Individualisierungsgrundsatz, § 104 I SGB IX und ein großzügigeres Wunsch- und Wahlrecht, § 104 II - V SGB IX.

Wie bei den sozialversicherungsrechtlichen Rehabilitationsleistungen (§ 19 SGB IV) werden die Leistungen auf Antrag erbracht, § 108 SGB IX.

### **3.2. Leistungsberechtigte Personen**

Der leistungsberechtigte Personenkreis bestimmt sich noch immer nach dem SGB XII in der Fassung vom 31.12.2019. Einen Anspruch auf Eingliederungshilfe, § 53 I 1 SGB XII haben damit wesentlich behinderte Menschen, d.h. Menschen die in ihrer Möglichkeit der sozialen Teilhabe erheblich beeinträchtigt sind. § 53 I SGB XII bezieht sich auf den einheitlichen Behindertenbegriff des § 2 I 1 SGB IX. Soweit keine wesentliche Behinderung vorliegt, kommen Ermessensleistungen nach § 53 I 2 SGB XII in Betracht.

Der Behinderung können körperliche, geistige oder auch seelische Einschränkungen zu Grunde liegen. Maßstab für den Schweregrad der Behinderung ist die Beeinträchtigung der gesellschaftlichen Teilhabefähigkeit. Die Wesentlichkeit der Behinderung kann anhand der §§ 1 – 3 VO zu § 60 SGB XII (Eingliederungshilfeverordnung) abgeschätzt werden.<sup>248</sup> Dort sind verschiedene Formen wesentlicher Behinderung bezeichnet. Eine Behinderung im Rechtssinne ist an dieser Stelle auch die drohende Behinderung, wie sie in § 53 II SGB XII legaldefiniert ist.<sup>249</sup>

<sup>248</sup>Bieritz- Harder in: Bieritz-Harder/ Conradis/ Thie, Sozialgesetzbuch XII, 9. Auflage, 2012, § 53 SGB XII Rz. 11.

<sup>249</sup>Die Fassung des SGB XII vom 31.12.2019 finden Sie in Expertensystemen wie juris oder beck- online, Nomos online, Wolters Kluwer Online dokumentiert. Buzer.de stellt ältere Normfassungen etwas weniger komfortabel aber über das Internet frei zugänglich zur Verfügung.

Ab 1.1.2023 sollte der leistungsberechtigte Personenkreis nach § 99 SGB IX neu geregelt werden.<sup>250</sup> Die Neuregelung mit Wirkung vom 1.1.2023 durch Art. 25a Gesetz v. 23.12.2016 , BTHG, (BGBl. I S. 3234) erfolgt jedoch nur, wenn gemäß Art. 26 Gesetz v. 23.12.2016 , BTHG, (BGBl. I S. 3234) bis zu diesem Zeitpunkt ein weiteres Bundesgesetz, dass in § 99 Abs. 7 SGB IX n.F. vorgesehen ist, verkündet wurde. Dieses neue Bundesgesetz müsste die Voraussetzungen des § 99 Abs. 1 und 4 SGB IX n.F. näher konkretisieren. Bekannt ist dass das BMAS im Jahr 2019 eine „Arbeitsgruppe Leistungsberechtigter Personenkreis“ eingesetzt hat. Der Auftrag bestand darin, verschiedene Optionen zur Bestimmung des leistungsberechtigten Personenkreises zu prüfen und eine Empfehlung auszusprechen.<sup>251</sup> Als zentrale Ergebnisse wurden berichtet: § 99 SGB IX wird abweichend zu den vorliegenden Regelungen neu gefasst. Es wird an das Modell des ursprünglich verworfenen § 53 SGB XII angeknüpft, wonach eine wesentliche Behinderung vorliegen muss. Die Wesentlichkeit wird durch eine Rechtsverordnung konkretisiert. Dabei werden Begrifflichkeiten der ICF und des DSM berücksichtigt.<sup>252</sup> Die in der Fassung zum 1.1.2023 geforderte strikte Orientierung an Lebensbereichen wurde in einem vorangegangenen Forschungsprojekt verworfen.<sup>253</sup> Grund dafür war die Veränderung des einzubeziehenden Personenkreises. Es wären wesentlich mehr Personen leistungsberechtigt gewesen, als bei einer Neudefinition herausgefallen wären.<sup>254</sup> Das BMAS hat nun eine neue konkretisierende Rechtsverordnung vorliegen: „Verordnung über den Leistungszugang in der Eingliederungshilfe“ – VOLE, die ihrerseits in einem Forschungsprojekt mit einem Zeithorizont bis zur Mitte 2023

<sup>250</sup>Art. 25a und 26 BTHG v. 23.12.2016 Bgbl I 2016 S. 3234; vgl. A den RegE Teilhabestärkungsgesetz vom 3.2.2021.

<sup>251</sup> Von Boetticher, Das neue Teilhaberecht, 2. A. 2020 § 5 Rn 5.

<sup>252</sup> Ausführlicher: von Boetticher, Das neue Teilhaberecht, 2. A. 2020 § 5 Rn 6; Projekt Umsetzungsbegleitung des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge; 27. Februar 2020 Ergebnisse der AG "Leistungsberechtigter Personenkreis", <https://umsetzungsbegleitung-bthg.de/service/aktuelles/ergebnisse-ag-leistungsberechtigter-personenkreis/> (letzter Aufruf 5.8.2022), sowie Arbeitspapier der „Arbeitsgruppe Leistungsberechtigter Personenkreis“ <https://umsetzungsbegleitung-bthg.de/w/files/umsetzungsstand/informationen-zur-arbeit-der-ag-leistungsberechtigter-personenkreis.pdf>, (letzter Aufruf 5.8.2022).

<sup>253</sup> BT Drs. 19/4500; s.a. Projekt Umsetzungsbegleitung des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge; 10. September bis 19. Oktober 2018, Leistungsberechtigter Personenkreis in der Eingliederungshilfe; <https://umsetzungsbegleitung-bthg.de/beteiligen/fd-leistungsberechtigter-personenkreis/> (letzter Aufruf 5.8.2022).

<sup>254</sup> Projekt Umsetzungsbegleitung des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge; 10. September bis 19. Oktober 2018, Leistungsberechtigter Personenkreis in der Eingliederungshilfe; <https://umsetzungsbegleitung-bthg.de/beteiligen/fd-leistungsberechtigter-personenkreis/> (letzter Aufruf 5.8.2022). Etwas anders liest sich das beim BMAS, Untersuchung nach Artikel 25 Absatz 5 BTHG (leistungsberechtigter Personenkreis der Eingliederungshilfe); [https://www.gemeinsam-einfach-machen.de/GEM/DE/AS/Umsetzung\\_BTHG/LB\\_Personenkreis/LPK\\_node.html](https://www.gemeinsam-einfach-machen.de/GEM/DE/AS/Umsetzung_BTHG/LB_Personenkreis/LPK_node.html) (letzter Aufruf 5.8.2022): „Demnach würden bei der im BTHG angelegten Konzeption künftig einzelne Personengruppen, die nach geltendem Recht Leistungen der Eingliederungshilfe beziehen, aus dem Leistungsbezug herausfallen. Wiederum andere kämen neu hinzu. Damit konnte das Ziel, den leistungsberechtigten Personenkreis in der Eingliederungshilfe unverändert zu lassen, nicht erreicht werden.“

ausgewertet werden soll.<sup>255</sup> Der Verordnung(sentwurf) wurde über das Forschungsprojekt hinaus wohl nicht bekannt gemacht, was im deutlichen Gegensatz zum Beteiligungsprozess im Rahmen des Bundesteilhabegesetzes steht.

### 3.3. Inhalt und Ziel der Leistungen

§ 90 SGB IX beschreibt die Aufgabe der Eingliederungshilfeleistungen hinsichtlich ihrer Ziele. In diesen Zielbestimmungen kommt zum Ausdruck, dass die Teilhabe am Leben in seinen verschiedenen Facetten bei allen Leistungen eine zentrale Rolle spielt. Ziel ist vollständige Teilhabe am gesellschaftlichen Leben. Zusätzlich genannt werden Teilaspekte, wie gesundheitliche Auswirkungen zu kompensieren oder zu verbessern, eine Eingliederung in die Gemeinschaft zu ermöglichen, sowie einen Beruf oder Tätigkeit auszuüben und eine schulische oder hochschulische Ausbildung zu erhalten, genannt.

Hinsichtlich der Mittel verweist § 102 SGB IX auf einzelne Leistungsgruppen nach dem SGB IX und bezieht dabei folgende Gruppen ein:

- Leistungen zur medizinischen Rehabilitation nach §§ 109, 110 SGB IX  
also beispielsweise die Behandlung durch Ärzte, Zahnärzte und Angehörige anderer Heilberufe, soweit deren Leistungen unter ärztlicher Aufsicht oder auf ärztliche Anordnung ausgeführt werden, die Früherkennung und Frühförderung behinderter und von Behinderung bedrohter Kinder, die Versorgung mit Arznei- und Verbandmitteln, sowie mit Heilmitteln einschließlich physikalischer, Sprach- und Beschäftigungstherapie und die Versorgung mit Hilfsmitteln, die Psychotherapie als ärztliche und psychotherapeutische Behandlung sowie Belastungserprobung und Arbeitstherapie. Auch der Rehabilitationssport zählt zu den medizinischen Leistungen.

Die medizinischen Leistungen nach § 109 SGB IX müssen den Leistungen zur medizinischen Rehabilitation der GKV entsprechen, § 109 II SGB XII. Demnach ist auch in diesem Bereich das Konzept des Rahmenrechts, die Bedeutung der Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses sowie die Grundsätze zur Behandlung lebensbedrohlicher Erkrankungen zu berücksichtigen.

- Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben nach § 111 SGB IX

<sup>255</sup>BMAS, Untersuchung nach Artikel 25 Absatz 5 BTHG (leistungsberechtigter Personenkreis der Eingliederungshilfe);  
[https://www.gemeinsam-einfach-machen.de/GEM/DE/AS/Umsetzung\\_BTHG/LB\\_Personenkreis/LPK\\_node.html](https://www.gemeinsam-einfach-machen.de/GEM/DE/AS/Umsetzung_BTHG/LB_Personenkreis/LPK_node.html) (letzter Aufruf 5.8.2022)

Zu den Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben gehören die Leistungen zur Beschäftigung. Sie umfassen Leistungen im Arbeitsbereich anerkannter Werkstätten für behinderte Menschen nach den §§ 58 und 62 SGB IX, Leistungen bei anderen Leistungsanbietern nach den §§ 60 und 62 SGB IX, Leistungen bei privaten und öffentlichen Arbeitgebern nach § 61 SGB IX sowie Leistungen für ein Budget für Ausbildung nach § 61a SGB IX. Auch Gegenstände und Hilfsmittel, die wegen der gesundheitlichen Beeinträchtigung zur Aufnahme oder Fortsetzung der Beschäftigung erforderlich sind, sind von der Leistungspflicht umfasst.

- Leistungen zur Teilhabe an Bildung § 112 SGB IX

Zur Teilhabe an Bildung gehören Hilfen zu einer Schulbildung, insbesondere im Rahmen der allgemeinen Schulpflicht und zum Besuch weiterführender Schulen einschließlich der Vorbereitung hierzu und Hilfen zur schulischen oder hochschulischen Ausbildung oder Weiterbildung für einen Beruf.

- Leistungen zur sozialen Teilhabe §§ 113 - 115 SGB IX

Diese Leistungen sollen eine gleichberechtigte Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft ermöglichen oder zu erleichtern. Leistungsberechtigte sollen damit u.a. eine selbstbestimmte und eigenverantwortliche Lebensführung im eigenen Wohnraum sowie in ihrem Sozialraum erreichen. Ferner gehören dazu Assistenzleistungen, heilpädagogische Leistungen, Leistungen zur Betreuung in einer Pflegefamilie, Leistungen zum Erwerb und Erhalt praktischer Kenntnisse und Fähigkeiten, Leistungen zur Förderung der Verständigung, Leistungen zur Mobilität, Hilfsmittel, Besuchsbeihilfen Leistungen zur Mobilität und Besuchsbeihilfen. § 113 Abs. 6 und 7 SGB IX sehen bei einer stationären Krankenhausbehandlung nach § 39 SGB V Leistungen für die Begleitung und Befähigung des Leistungsberechtigten durch vertraute Bezugspersonen zur Sicherstellung der Durchführung der Behandlung vor.

Die in § 113 SGB IX aufgezählten Leistungen sind nicht als abgeschlossener Katalog zu verstehen, sondern offen für weitere unbenannte Leistungen, die in erster Linie an ihrem Zweck orientiert einzuordnen sind.

#### **4.4. Gesamtplan**

§§ 117 ff SGB IX sehen die Aufstellung eines Gesamtplanes vor. In Fällen, in denen verschiedene Maßnahmen der Rehabilitation in Betracht kommen, findet durch den Gesamtplan eine

Abstimmung statt, um den Erfolg der eingesetzten Leistungen zu sichern. Der Gesamtplan ist kein Verwaltungsakt, da er keine rechtsverbindlichen Regelungen trifft.<sup>256</sup>

#### 4.5. Eigenbeitrag

Die Eingliederungshilfe wird, anders als nach dem SGB XII, dem Grundsatz nach einkommens- und vermögensunabhängig geleistet. Ähnlich den Regelungen in der Kinder – und Jugendhilfe wird jedoch ein Kostenbeitrag verlangt. Der Beitrag ist im Grundsatz in § 92 SGB IX geregelt. Im Kapitel 9 wird deutlich, dass er aus Einkommen und Vermögen aufzubringen ist. Die Berechnung unterscheidet sich dabei in weiten Teilen vom SGB XII bzw. SGB II, ist dennoch lose an deren Grundsätze angelehnt.

Zunächst knüpft die Berechnung des Eigenbeitrags an die Summe der Einkünfte im steuerlichen Sinne des Vorvorjahres an, § 135 I SGB IX. Damit geht die Berechnung von den Bruttoeinkünften aus. Anders als in der Sozialhilfe und Grundsicherung nach dem SGB II findet nun keine individuelle Bereinigung des Einkommens statt. Vielmehr werden die anrechenbaren Einkommensanteile pauschal nach § 136 II SGB IX bestimmt. Ausgangspunkt ist hier ein nach Einkommensarten unterschiedlicher Prozentsatz der jährlichen Bezugsgröße der Sozialversicherung. Die Bezugsgröße ist, das Durchschnittsentgelt der gesetzlichen Rentenversicherung im vorvergangenen Kalenderjahr, aufgerundet auf den nächsthöheren, durch 420 teilbaren Betrag, § 18 I SGB IV. Aus ihr werden bspw. abgeleitet:

- § 10 Abs. 1 Nr. 5 SGB V, § 25 Abs. 1 Nr. 5 SGB XI der Ermittlung der Einkommensgrenze bei der Familienversicherung
- § 240 Abs. 4 SGB V Festlegung einer fiktiven Untergrenze beitragspflichtiger Einnahmen freiwilliger Mitglieder der KV,
- § 85 Abs. 1 SGB VII der Festlegung der Mindestjahresarbeitsverdiensts
- „Eckvergütung“ von Strafgefangenen nach §§ 43 Abs. 2 S. 2, 177 S. 2 StVollzG.<sup>257</sup>

Der sich nach § 136 II SGB IX ergebende Betrag wird für den nicht getrennt lebenden Ehegatten oder Lebenspartner, den Partner einer eheähnlichen oder lebenspartnerschaftsähnlichen Gemeinschaft um 15 Prozent sowie für jedes unterhaltsberechtigten Kind im Haushalt erhöht, § 136 II SGB IX, es sei denn das Einkommen des Ehegatten, Partners ist zu hoch. In diesem Fall sieht § 136 II 2 nur Erhöhungen für Kinder vor.

Ist die Einkommensgrenze ermittelt, wird der Eigenbeitrag aus dem übersteigenden Teil des Einkommens ermittelt. Die Höhe des Beitrags ergibt sich aus §§ 137, 138, 142 SGB IX.

Bei minderjährigen Leistungsberechtigten ist das Einkommen der Eltern zu berücksichtigen, § 136 I, V SGB IX.

<sup>256</sup>Wahrendorf in: Grube/ Wahrendorf, SGB XII Sozialhilfe, 4. Auflage, 2012, § 58 Rz. 3.

<sup>257</sup>KassKomm/Zieglmeier, 107. EL Dezember 2019, SGB IV § 18 Rn. 2.

Außer in den Fällen des § 138 I SGB IX ist der Beitrag auch aus dem Vermögen zu bestreiten. Soweit der Leistungsberechtigte nicht minderjährig ist, ist nur das eigene Vermögen maßgeblich. Bei Minderjährigen ist auch das Vermögen der Eltern einzusetzen. Der Vermögensbegriff und sein Einsatz lehnt sich an die Sozialhilfe an. In § 139 I 2 SGB IX wird auch auf die entsprechenden Freistellungen der Sozialhilfe verwiesen. Zusätzlich werden Geldwerte bis zum Wert von 150 % der Bezugsgröße verschont.

Der Eigenbeitrag ist in aller Regel durch den Leistungsberechtigten direkt an den Leistungserbringer zu zahlen. Der Träger der Eingliederungshilfe zieht den Eigenbeitrag von seiner an den Leistungserbringer zu zahlenden Vergütung ab, § 137 III SGB IX.

#### **4. Grundlagen des Kinder- und Jugendhilferechts**

##### Orientierungsfragen

- Welche verfassungsrechtlichen Grundlagen gelten für die Kinder- und Jugendhilfe ?
- Ist das SGB VIII mehr als ein reines Sozialleistungsgesetz ?
- Welche Sozialleistungen sind im SGB VIII vorgesehen ?
- Wo liegt der Unterschied zwischen infrastrukturelle und individuellen Sozialleistungen des SGB VIII ?
- Wer kann Ansprüche aus dem SGB VIII geltend machen ?
- Welche Aspekte sind bei der Auslegung der Begriffe „Wohl des Kindes“ und „Erziehung“ zu berücksichtigen ?
- Unter welchen Voraussetzungen kann Hilfe zur Erziehung in Anspruch genommen werden ?
- Wer kommt für den Unterhalt von Kindern auf die außerhalb der Herkunftsfamilie untergebracht sind ?
- Wer ist zuständig für die Leistungen der Jugendhilfe ?
- Sind Leistungen der Jugendhilfe nur auf Antrag zu gewähren ?
- Welche Rechtsnatur hat der Hilfeplan ?
- Auf welchem Rechtsweg werden Fragen der Kinder- und Jugendhilfe verhandelt ?

§ 8 SGB I weist auf das soziale Recht und die Ziele der öffentlichen Jugendhilfe hin. Diese Regelung ist nach der Systematik des SGB I ein soziales Recht im Sinne des § 2 SGB I. Damit begründet § 8 SGB I keinen eigenständigen Leistungsanspruch. Ein betroffener Personensorgeberechtigter oder junger Mensch kann sich zur Durchsetzung eines Anspruches

gegen einen Leistungsträger nicht auf § 8 SGB I berufen. Vielmehr bestimmen sich Voraussetzung und Inhalt eines Anspruches aus den „besonderen Teilen des SGB“, § 2 I SGB I. In diesem Fall ist der maßgebliche besondere Teil das SGB VIII.

§ 8 SGB I ist aber für die Auslegung des SGB VIII von Bedeutung. § 2 II SGB I fordert nämlich, dass das SGB VIII mit dem Ziel der möglichst weit gehenden Verwirklichung des sozialen Rechts gem. § 8 SGB I auszulegen ist.

Die Einweisungsvorschrift der Kinder- und Jugendhilfe, § 27 I SGB I, konkretisiert die Mittel, durch die das jeweilige soziale Recht des § 8 SGB I, verwirklicht werden soll. Die in § 27 I SGB I aufgezählten Sozialleistungen sind keine Rechtsansprüche aufgezählt und bilden auch keinen Teil der Anspruchsgrundlage aufgrund derer der Leistungsberechtigte Hilfen vom Jugendhilfeträger, zur Not auch gerichtlich, einfordern kann. § 27 SGB I hat vor allem Orientierungsfunktion und soll einen detaillierteren Überblick, über die Leistungen und ihre Systematik im SGB VIII geben. So entspricht die Aufzählung in Nr. 1 dem ersten Abschnitt des zweiten Kapitels über Jugendarbeit, Jugendsozialarbeit und erzieherischen Kinder – und Jugendschutz, Nr. 2 entspricht dem zweiten Abschnitt des zweiten Kapitels über die Förderung der Erziehung in der Familie, Nr. 3 beschreibt den dritten Abschnitt des zweiten Kapitels zur Kindertagespflege und Förderung von Kindern in Kindertageseinrichtungen, Nr. 4 fasst den vierten Abschnitt des zweiten Kapitels mit seinen Unterabschnitten über Hilfe zur Erziehung, Eingliederungshilfe und Hilfe für junge Volljährige zusammen.

Darüber hinaus bietet § 27 II SGB I einen Überblick über die für die im Absatz 1 aufgezählten Leistungen zuständigen Sozialleistungsträger. Leistungsträger sind hier kommunale Träger. Gleichzeitig wird angekündigt, dass diesbezüglich landesrechtliche Modifikationen eine Rolle spielen können.

Den verfassungsrechtlichen Hintergrund der Kinder- und Jugendhilfe bilden die Grundrechte nach Art. 2 I GG, allgemeines Persönlichkeitsrecht, als Recht des Kindes auf das „Person-Werden“, und Art 6 II 2 GG, elterliches Erziehungsrecht, als Grundrecht der Eltern.

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 I GG schützt das Recht des Kindes auf das „Person-Werden“. Das Grundgesetz kennt kein ausdrücklich dem Kind zugeordnetes Recht auf Erziehung und Unterhalt. Hingegen schützt das elterliche Erziehungsrecht, Art. 6 II 2 GG, die Eltern vor Eingriffen des Staates in ihr Recht, das Kind nach ihren eigenen Vorstellungen zu erziehen. Es kommt vorrangig den Eltern zu, dieses Erziehungsrecht im Sinne des Kindes zu verwirklichen. Die Eltern werden deshalb als Treuhänder des Rechts des Kindes auf Erziehung angesehen.<sup>258</sup>

<sup>258</sup>BVerfG 59, 360(377) = NJW 1982, 1375(1376); BVerfGE 64,180(189)= NJW 1983, 2491(2491).

#### 4.1. Das SGB VIII

Nach § 8 SGB I erschöpft sich das SGB VIII nicht in den Leistungen der öffentlichen Jugendhilfe. Eingeführt wurde das SGB VIII durch Art.1 des Gesetzes zur Neuordnung der Kinder- und Jugendhilfe vom 26.6.1990 BGBl I S. 1163 (KJHG). Das KJHG ist nicht identisch mit dem SGB VIII. Wenn man die Leistungsaufzählung des § 27 SGB I mit der Aufzählung in § 2 SGB VIII vergleicht, fällt sofort auf, dass im SGB VIII mehr geregelt ist, als nur die Sozialleistungen nach § 2 II SGB VIII i.V.m. § 27 I SGB I. § 2 III SGB VIII zählt sog. andere Aufgaben der Jugendhilfe auf. Diese anderen Aufgaben werden im SGB I nicht erwähnt, denn sie sind weitgehend ordnungsrechtlicher Natur.

Zu den ordnungsrechtlichen Aufgaben zählen u.a.<sup>259</sup>:

1. die Inobhutnahme von Kindern- und Jugendlichen, §§ 42, 42a SGB VIII<sup>260</sup>
2. die Tagespflegetherlaubnis, Pflegeerlaubnis und die Erlaubnis für den Betrieb einer Einrichtung §§ 43, 44, 45, 45a SGB VIII
3. die Untersagung der Tätigkeit einzelner Personen in Einrichtungen, § 48 SGB VIII
4. die Erteilung, der Widerruf und die Zurücknahme der Anerkennung als Vormundschaftsverein § 54 SGB VIII
5. die Mitwirkungspflichten in gerichtlichen Verfahren  
bei den Familiengerichten § 50 SGB VIII, und Verfahren nach dem Jugendgerichtsgesetz § 52 SGB VIII
6. die Beratungsarbeit  
im Adoptionsverfahren § 51 SGB VIII  
bei Vaterschaftsfeststellung und Geltendmachung von  
Unterhaltsansprüchen von Pflegern und Vormündern §§ 52a, 53a SGB VIII
7. die Übernahme bürgerlich rechtlicher Aufgaben  
im Sinne von Beistandschaft, Pflegerschaft und Vormundschaft §§ 55 – 57 SGB VIII  
Beurkundungsaufgaben §§ 59, 60 SGB VIII.

<sup>259</sup>Nach dem Gesetzesstand vom 1.1.2023.

<sup>260</sup>Beschreibung und Bewertung der neuen Fassung des § 42 SGB VIII durch das KICK z.B. bei Röchling FamRZ 2006,161(163).

Bei den ordnungsrechtlichen Aufgaben nach den Nrn. 1-3 ist zu beachten, dass es sich immer um Eingriffsverwaltung handelt. Die bezeichneten Normen stellen Ermächtigungsgrundlagen dar und berechtigen die Jugendhilfe zu Eingriffen in Grundrechte von Eltern und Kindern.

Im Vergleich zum klassischen polizeilichen Handeln, das oft nur einen Betroffenen kennt, ist bei Eingriffen zu Gunsten oder zu Lasten von Kindern immer zu berücksichtigen, dass sie Wirkung gegen Dritte entfalten. Nicht nur die Grundrechte des Kindes werden mit der Inobhutnahme beschränkt, sondern gerade auch das Recht der Eltern aus Art. 6 II GG. Beide Aspekte sind bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit ordnungsrechtlicher Verfügungen zu berücksichtigen. Bei den ordnungsrechtlichen Befugnissen hinsichtlich der Betriebs- und Pflegeerlaubnisse kommt auch ein wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Aspekt der Tätigkeit des Jugendamtes zum Tragen. Hier geht es regelmäßig aus der Sicht des Antragstellers um die Frage, ob ihm ein Anspruch auf die Erteilung der Erlaubnis zusteht. Regelungstechnisch handelt es sich um ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und damit um die restriktivste Möglichkeit, den Zugang zu einer Tätigkeit zu regeln.

Die örtliche Zuständigkeit richtet sich bei den anderen Aufgaben nach § 87 ff SGB VIII, für die Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit ist § 85 SGB VIII zu berücksichtigen.

#### **4.2. Das Sozialleistungsrecht der Kinder- und Jugendhilfe**

Die Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe sind in § 2 II SGB VIII aufgezählt:

(2) Leistungen der Jugendhilfe sind:

1. Angebote der Jugendarbeit, der Jugendsozialarbeit, Schulsozialarbeit und des erzieherischen Kinder- und Jugendschutzes (§§ 11 bis 14),
2. Angebote zur Förderung der Erziehung in der Familie (§§ 16 bis 21),
3. Angebote zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege (§§ 22 bis 25),
4. Hilfe zur Erziehung und ergänzende Leistungen (§§ 27 bis 35, 36, 37, 39, 40),
5. Hilfe für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche und ergänzende Leistungen (§§ 35a bis 37, 39, 40),
6. Hilfe für junge Volljährige und Nachbetreuung (§§ 41 und 41a).

Durch § 8, 2 SGB I erhalten diese Leistungen eine Zielbestimmung, die in § 1 SGB VIII konkretisiert wird. Das Ziel der Leistungen der öffentlichen Jugendhilfe ist, die Entwicklung junger Menschen zu fördern. § 1 III Nr. 1 SGB VIII konkretisiert den Begriff der Entwicklung junger Menschen dahingehend, dass die individuelle und soziale Entwicklung gefördert werden soll.

Der Inhaber des Anspruchs auf Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe ist sehr differenziert ausgestaltet. Eine einheitlich anspruchsberechtigte Person gibt es im SGB VIII nicht. Als Anspruchsberechtigte kommen je nach Rechtsgrundlage verschiedene Personen in Betracht. Die wichtigsten Legaldefinitionen, unter denen sich auch Definitionen einzelner Anspruchsberechtigter befinden, sind in § 7 SGB VIII geregelt.

Gem. § 7 I Nr. 4 SGB I ist ein junger Mensch, wer noch nicht 27 Jahre alt ist. Der Begriff des jungen Menschen ist der Oberbegriff für Kind (zwischen 0 und 13 Jahre alt, § 7 I Nr. 1, Ausnahme: § 7 III und V SGB VIII), Jugendlicher (zwischen 14 und 17 Jahre alt, § 7 I Nr. 2 SGB VIII) und junger Volljähriger (zwischen 18 und 27 Jahre alt, § 7 I Nr. 3 SGB VIII). Der Personensorgeberechtigte bestimmt sich gem. § 7 I Nr. 5 SGB VIII nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches. Dort wird an den Begriff der elterlichen Sorge § 1626 I 1 BGB angeknüpft. Die Personensorge § 1626 I 2 1. Alt BGB ist Teil dieser elterlichen Sorge. § 7 Abs. 2 SGB VIII definiert im Vorgriff auf eine inklusive Kinder- und Jugendhilfe ab 1.1.2028<sup>261</sup> Kinder, Jugendliche und junge Menschen mit Behinderungen. Inhaltlich schließt diese Definition an an § 2 Abs. 1 SGB IX an.

Von subjektiven Leistungsansprüchen ist das objektive Recht zu unterscheiden. Diese Unterscheidung wird manchmal auch als individuelle Leistung (Anspruch) und infrastrukturelle Leistung (objektives Recht) bezeichnet. Infrastrukturellen Leistungen bieten kein subjektiv öffentliches Recht, keinen Anspruch. Sie sind nicht als klagbare Rechte einzuordnen. Subjektive Leistungsansprüche können immer auch eingeklagt werden. Eine terminologische Variante dieser Abgrenzung ist die Unterscheidung zwischen (angelehnt an den Wortlaut des § 27 SGB I) zwischen Angeboten (infrastrukturelle Leistungen, objektives Recht) und Leistungen (subjektive Leistungsansprüche). Während die Leistungen ab § 22 ff SGB VIII fast ausschließlich ausdrücklich als Ansprüche ausformuliert sind, sind in §§ 11 -21 SGB VIII nur selten ausdrücklich als Ansprüche bezeichnete Leistungen auffindbar. (Ausnahmen z.B. § 21, § 18, 17 I SGB VIII) Handelt es sich nicht um ausdrücklich formulierte Ansprüche bzw. Ermessensleistungen ist anhand der einzelnen Normen zu diskutieren, ob die Regelung ein subjektiv-öffentliches und damit klagbares Recht einräumt. Trotz der undeutlichen Formulierung wurde bspw. für § 19 SGB VIII ein subjektiv öffentliches Recht angenommen.<sup>262</sup> Überwiegend verneint wird ein klagbarer Anspruch aus §§ 11, 12, 14 SGB VIII.<sup>263</sup> Bei diesen Regelungen handelt es sich dann um sog. infrastrukturelle Leistungen im Sinne der Pflicht des Jugendhilfeträgers ein entsprechendes Angebot vorzuhalten. Aus diesen Regelungen sind keine Rechtsansprüche herleitbar.

<sup>261</sup> S.a. Art. 10 KJSG vom 3.Juni 2021 BGBl. I S. 1444.

<sup>262</sup>Fischer in: Schellhorn /Fischer/ Mann, SGB VIII, 4. Auflage, 2012, § 19 Rz. 13 mit weiteren Nachweisen auch aus der Rechtsprechung.

<sup>263</sup>Münder, Frankfurter Kommentar zum SGB VIII 7. Auflage 2013, Vor Kapitel 2 Rz. 7.

### 4.3. Wichtige Leistungsgrundsätze

Grundsätzlich gilt, dass die Jugendhilfe allen anderen Leistungen und Verpflichtungen gegenüber subsidiär (nachrangig) ist, § 10 SGB VIII (sog. *Subsidiaritätsprinzip*). Die Leistungen nach dem SGB VIII gehen aber den Leistungen nach dem SGB II und SGB XII in der Regel vor. Die Ausnahmen von dieser Regel sind in § 10 III 2 SGB VIII für das SGB II und § 10 IV SGB VIII für das SGB XII aufgezählt. Danach gilt, dass Maßnahmen der Eingliederungshilfe nach dem SGB XII für junge Menschen, die körperlich oder geistig behindert oder von einer solchen Behinderung bedroht sind, den Leistungen nach dem SGB VIII vorgehen. Daraus ergibt sich zwangsläufig, dass für seelisch behinderte Kinder- und Jugendliche, die Leistungen nach dem SGB VIII (§ 35 a SGB VIII) vorrangig sind.

Für das Verhältnis zum SGB II ist geregelt, dass die in § 3 II, §§ 14- 16g SGB II beschriebenen Leistungen zur Eingliederung in Arbeit den entsprechenden Leistungen des SGB VIII vorgehen. Voraussetzung wäre laut § 3 II SGB II allerdings, dass es sich um junge Erwachsene zwischen dem 15. und 25. Lebensjahr handelt, die erwerbsfähig und hilfebedürftig im Sinne des SGB II, vgl. §§ 7 I, 8,9 SGB II sind.

Von Bedeutung ist auch das Verhältnis der Leistungen der Jugendhilfe zu den Angeboten der Schulträger, wie es besonders deutlich im Rahmen der Schülerbeförderung, Legasthenieproblematik<sup>264</sup> und im Rahmen der Förderung von seelisch behinderten Kindern<sup>265</sup> zu Tage tritt. Hier regelt § 10 I 1 SGB VIII, dass die Verpflichtungen des Schulträgers unberührt bleiben, also vorrangig vor denen des Kinder- und Jugendhilfeträgers greifen.

Im Unterschied zu SGB II und SGB XII sind die Leistungen des SGB VIII dem Grunde nach nicht von einer *Bedürftigkeitsprüfung* der anspruchsberechtigten Personen und ihrer Angehörigen abhängig. Der vorrangige Einsatz von Eigenmitteln wird dogmatisch nicht im Rahmen der Anspruchsprüfung dem Grund nach realisiert, wie das in Sozialhilfe und den verschiedenen Formen der Grundsicherung üblich ist. Vielmehr wird die Leistung zunächst bewilligt und erst im Rahmen einer Kostenbeteiligung für bestimmte Leistungen (bzw. ebenfalls für andere Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe) nach §§ 90- 94 SGB VIII über die Frage der Bedürftigkeit befunden. Bei einer Reihe von Leistungen kommt eine Kostenbeteiligung überhaupt nicht in Betracht. Bei Anderen sind Teilnahmebeiträge oder Gebühren vorgesehen (§ 90 SGB VIII) und teilweise ist die Heranziehung zu den Kosten (§§ 91-94 SGB VIII) sowie die Überleitung von Ansprüchen (§§ 95 SGB VIII) möglich.

<sup>264</sup>OVG Münster vom 14.4.1999 24 A 118/96 FEVS 51, 120 ff = NVwZ-RR 1999,643 ff.

<sup>265</sup>BVerwG vom 26.11.1998 5 C 38.97 FEVS 49, 487; OVG Münster vom 16.7.2004 12 B 1338/04 NVwZ-RR 2005, 257 ff = FEVS 56,104 ff (beide zu ADSH).

Das *Wunsch- und Wahlrecht* nach § 5 SGB VIII konkretisiert § 33, 2 SGB I für die Kinder- und Jugendhilfe. Es steht im engen Zusammenhang mit dem Grundsatz der Individualisierung der Hilfe, der im SGB VIII ausdrücklich nur bei § 27 II 2 1. HS und § 35a II erwähnt wird. § 5 SGB VIII enthält drei Elemente: das Wunschrecht, das Wahlrecht und die Hinweispflicht des Sozialleistungsträgers auf diese beiden Rechte. Seine Grenzen findet das Wunsch- und Wahlrecht in den andernfalls anfallenden unverhältnismäßigen Mehrkosten, § 5 II SGB VIII. Zu § 5 II 1 SGB VIII formulierte das BVerwG, dass ein rein rechnerischer Vergleich nicht ausreichend ist, sondern eine wertende Betrachtungsweise nötig ist. Die 20 % werden nicht als bindend verstanden.<sup>266</sup> Ein Hilfeplan kann das Wunsch- und Wahlrecht ebenfalls großzügiger ausgestalten, vgl. § 36 I am Ende SGB VIII.

#### **4.4. Ausgewählte Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe**

Neben der vom Gesetzgeber gewählten, oben bereits dargestellten und in § 27 I SGB I wiedergegebenen Systematik des Leistungsrechts der Jugendhilfe gibt es Vorschläge für eine Ordnung des Leistungsrechts, die die Beziehung zwischen Sozialleistungen und dem staatlichen Wächteramt verdeutlicht. Zwar wird auch behauptet, das Sozialleistungsrecht des SGB VIII tangiere das Wächteramt überhaupt nicht. Die Leistungen könnten nicht gegen den Willen der Eltern erbracht werden. Allerdings muss auch im Bereich der Leistungsverwaltung berücksichtigt werden, dass die Auswahl der richtigen erzieherischen Sozialleistung für das Kind, das z.B. in § 27 SGB VIII gar nicht selbst anspruchsberechtigt ist, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu entsprechen hat. Auch hier gebietet Art. 6 II GG nach überkommener Ansicht, dass das Hineinregieren des Staates in das elterliche Erziehungsrecht und die Familie möglichst gering zu halten sei. Um diesen Zusammenhang zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu verdeutlichen werden die Leistungen des SGB VIII nach familienunterstützender, familienergänzender und familienersetzender Funktion unterschieden. Da bei den familienersetzenden Hilfen eine Trennung von Kind und Eltern und übrigen Familienmitgliedern stattfindet, handelt es sich bei diesen Hilfen um den intensivsten Eingriff in das elterliche Erziehungsrecht. Den geringsten Eingriff stellen die familienunterstützenden Leistungen dar. Sie bilden deshalb gleichsam den Einstieg der staatlichen Hilfen für Kinder und ihre Eltern, §§ 11 –21 SGB VIII. Eine rechtmäßige Leistung der Kinder- und Jugendhilfe liegt entsprechend nur vor, wenn Leistungen angeboten werden, die die familiäre Erziehung möglichst wenig beeinträchtigen.

<sup>266</sup>BVerwG vom 18.8.2003 5 B 14/03 Rz. 3,6 des Jurisdokuments.

Daneben ist zu berücksichtigen, dass auch die Leistung mit der niedrigst möglichen Eingriffsschwelle der Einwilligung der Personensorgeberechtigten, also in der Regel der Eltern, bedarf.<sup>267</sup> Die Hilfen nach dem SGB VIII dürfen den Beteiligten nicht aufgedrängt werden. Dies wäre, mit dem Erziehungsrecht der Eltern aus Art. 6 II 1 GG nicht vereinbar. Die Zustimmung der betreffenden Personen ist immer notwendig, denn eine ohne Einwilligung des Personensorgeberechtigten „gewährte“ Hilfe zur Erziehung ist eine rechtswidrig erbrachte „Hilfeleistung“.<sup>268</sup>

#### **4.4.1. Der Rechtsanspruch auf Förderung in einer Tageseinrichtung**

Als das SGB VIII (als Teil des Artikelgesetzes „KJHG“ - Kinder- und Jugendhilfegesetz) geschaffen wurde, scheiterte die Einrichtung eines Rechtsanspruchs auf einen Kindergartenplatz an den befürchteten finanziellen Auswirkungen für die Kommunen. Erst durch Art. 5 des Schwangeren- und Familienhilfegesetzes vom 27.7.1992 zum 1.1.1996 wurde ein erster Rechtsanspruch auf den Besuch eines Kindergartens etabliert. Bei diesen Regelungen handelte es sich um flankierende Maßnahmen im Rahmen der Neuregelung der strafrechtlichen Beurteilung des Schwangerschaftsabbruchs. Das BVerfG setzte in seiner Entscheidung von 1993<sup>269</sup> zu dieser Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs die verfassungsrechtlichen Maßstäbe für die Einrichtung von Kindergärten fest.

Danach genüge der Staat seiner Schutzpflicht für das ungeborene Kind nicht allein dadurch, dass er Angriffe von Dritten (durch eine Strafandrohung) abwehre. Er müsse auch Gefahren entgegentreten, die für das ungeborene Leben in den Lebensverhältnissen der Frauen liegen und die Bereitschaft zum Austragen des Kindes beeinflussen. Der Staat müsse sich deshalb der Probleme annehmen, die für die Mutter während und nach der Schwangerschaft entstehen können.<sup>270</sup> Unter Berufung auf den ersten Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform<sup>271</sup> wird ausgeführt, dass die ungünstige Wohnungssituation, die Unmöglichkeit, neben einer Ausbildung oder Erwerbstätigkeit ein Kind zu versorgen, sowie wirtschaftliche Not und sonstige materielle Gründe, außerdem bei alleinstehenden Schwangeren die Angst vor gesellschaftlicher Diskriminierung, zu den häufig genannten Ursachen und Motiven für den Wunsch nach einem Abbruch der Schwangerschaft gehören.<sup>272</sup> Insofern bestünde eine Pflicht des Staates, der Mutter vor und nach der Geburt beizustehen. Materielle Notlagen oder Nachteile, die

<sup>267</sup>BVerfG vom 21.6.2001 5 C 6/00 NJW 2002, 232(233) = FEVS 53,105.

<sup>268</sup>Gutachten des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge G 49/99 vom 25.6.99 und 100/92 vom 26.4.94 NDV 1995, 168 (168).

<sup>269</sup>BVerfG vom 28.5.1993, 2 BvF 2/90 und 4,5/92.

<sup>270</sup>BVerfG 1993 a.a.O. Rz. 172.

<sup>271</sup>BT-Drucks. 7/1981 [neu] S. 7.

<sup>272</sup>BVerfG 1993 a.a.O. Rz. 173.

einer Frau aus der Schwangerschaft für Ausbildung und Beruf erwachsen können, seien nach Möglichkeit auszuschließen.<sup>273</sup>

Daneben verpflichten der Schutz des ungeborenen Lebens, der Schutzauftrag für Ehe und Familie (Art. 6 GG) und die Gleichstellung von Mann und Frau in der Teilhabe am Arbeitsleben (vgl. Art. 3 II GG sowie Art. 3, 7 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. Dezember 1966<sup>274</sup>) den Staat und insbesondere den Gesetzgeber, Grundlagen dafür zu schaffen, dass Familientätigkeit und Erwerbstätigkeit aufeinander abgestimmt werden können und die Wahrnehmung der familiären Erziehungsaufgabe nicht zu beruflichen Nachteilen führt. Dazu zählen auch rechtliche und tatsächliche Maßnahmen, die ein Nebeneinander von Erziehungs- und Erwerbstätigkeit für beide Elternteile ebenso wie eine Rückkehr in eine Berufstätigkeit und einen beruflichen Aufstieg auch nach Zeiten der Kindererziehung ermöglichen. Gleiches gelte für Regelungen, die auf eine Verbesserung der institutionellen (vgl. Art. 5 SFHG) oder familiären Kinderbetreuung zielen (vgl. etwa die Leistungen im Rahmen des sogenannten Familienlastenausgleichs, insbesondere das Erziehungsgeld, sowie die Regelungen über den Erziehungsurlaub und den Unterhaltsvorschuss). Die Bedeutung solcher Leistungen als Maßnahmen präventiven Lebensschutzes habe der Gesetzgeber in Rechnung zu stellen, wenn es erforderlich werde, staatliche Leistungen im Hinblick auf knappe Mittel zu überprüfen.<sup>275</sup>

Das BVerfG hatte in dieser Entscheidung eine verfassungsrechtliche Schutzpflicht zugunsten des Kindes entwickelt, die die Bedeutung der institutionalisierten Kinderbetreuung in diesem Zusammenhang hervorhebt.

Aufgrund des § 24 II 1, III 1 SGB VIII schuldet der öffentliche Träger der Jugendhilfe den Nachweis eines Kindergartenplatzes. Soweit Kinder nach § 24 II 1, III 1 SGB VIII einen Anspruch auf Besuch eines Kindergartens haben, war lange strittig, ob dies ein Halbtags- oder Ganztagsplatz sein muss. Nach § 24 II 1, III 1 SGB VIII hat ein Kind, das älter als 1 Jahr ist aber noch nicht im schulpflichtigen Alter, einen Anspruch auf den Besuch eines Kindergartens. Aus § 24 III 2 SGB VIII ergibt sich jedoch, dass Gegenstand dieses Anspruchs nicht die reguläre Ganztagsbetreuung für Kinder dieser Altersgruppe ist.<sup>276</sup> Auch aus der Zielsetzung des § 24 SGB VIII, das Kind zu fördern, § 22 III SGB VIII, lassen sich keine Hinweise zum zeitlichen Umfang des Betreuungsanspruchs entnehmen. Soweit diese Regelung jedoch das Ziel verfolgt, Eltern eine Erwerbstätigkeit zu ermöglichen, ist dieser Aspekt zur Beurteilung der Bedarfsgerechtigkeit des Betreuungsangebotes in den Blick zu nehmen. Deshalb wird in der Regel vertreten, dass nur eine Mindestbetreuungszeit

<sup>273</sup>BVerfG 1993 a.a.O. Rz. 174.

<sup>274</sup>BGBl. 1973 II, S. 1570.

<sup>275</sup>BVerfG 1993 a.a.O. Rz.177.

<sup>276</sup>VG Stade vom 19.8.2002 4 B 990/02 Rz.8 des Jurisdokuments.

von sechs Stunden diesem Anspruch gerecht wird.<sup>277</sup> Im Hinblick auf die Situation der Familie muss der zu finanzierende Platz bedarfsgerecht sein. Dabei ist die soziale Situation des Kindes und seiner Sorgeberechtigten zu berücksichtigen. Die Frage der Bedarfsgerechtigkeit wirft nun sowohl im Kontext des Rechtsanspruchs nach § 24 II 1, III 1 SGB VIII als auch bei der objektiv rechtlichen Verpflichtung § 24 IV SGB VIII die Frage auf, wie dieser Bedarf praktisch zu ermitteln ist. Nach der Rechtsprechung des BVerwG<sup>278</sup> war der Bedarf nicht im Sinne einer tatsächlichen Nachfrage zu ermitteln. Es genügte eine normative, d.h. wertende, Ermittlung unter Berücksichtigung der Planungsverantwortung des zuständigen Jugendhilfeträgers. Mittlerweile liegen nun Entscheidungen vor, die bei Fehlen von Kindergartenplätzen finanzielle Kompensationen des Jugendhilfeträgers für die Auslagen der Betroffenen vorsehen.<sup>279</sup> Entsprechend ist nun der tatsächlich auftretende Bedarf an Kinderbetreuungsmöglichkeiten zum Ausgangspunkt der Verpflichtung des Jugendhilfeträgers der Bedarfsbestimmung zu machen.

#### **4.4.2. Der Anspruch auf Hilfe zur Erziehung**

Inhaber des Anspruchs auf Hilfe zur Erziehung ist gemäß § 27 I SGB VIII der Personensorgeberechtigte, § 7 I Nr. 5 SGB VIII. Der Personensorgeberechtigte muss ein Kind § 7 I Nr. 1 oder einen Jugendlichen § 7 I Nr. 2 erziehen. Üblicherweise wird die Prüfung der weiteren Voraussetzungen § 27 I SGB VIII auf das Vorliegen eines Erziehungsdefizites verkürzt. Dies erspart es dem Gesetzesinterpreten üblicherweise, in eine eigenständige Auseinandersetzung mit den Begriffen „Erziehung“ und „Wohl“ einzutreten.

##### **4.4.2.1. Erziehung als Rechtsbegriff des SGB VIII**

Der Anspruch auf Hilfe zur Erziehung setzt voraus, dass der Personensorgeberechtigte bei der „Erziehung“ Hilfe benötigt. Das SGB VIII trifft selbst keine ausdrückliche Begriffsbestimmung der Erziehung. Meist wird der Begriff „Erziehung“ gar nicht erst definiert. Zu Auslegung des § 27 I SGB VIII gibt es bspw. Erläuterungen zum „erzieherischen Bedarf“ oder „Erziehungsdefizit“ als Umschreibung für die Voraussetzung der Hilfe zur Erziehung. Bei diesen Ansätzen wird die Definition der Tatbestandsmerkmale „nicht gewährleistet“, „Wohl“ des Kindes mit dem Begriff der „Erziehung“ vermengt. Der Begriff der „Erziehung“ ist aus dem *Kontext* der Leistungen und Ziele des SGB VIII ableitbar und es ist möglich, den Begriff *funktional* aus der Struktur des gegliederten Sozialleistungssystems zu bestimmen. Außerdem sind die *verfassungsrechtlichen Vorgaben* des Art. 6 II GG zu beachten.

<sup>277</sup>OVG Saarlouis vom 16.12.1997 8 W 6/97.

<sup>278</sup>BVerwG vom 27.1.2000 5 C 19/99.

<sup>279</sup>Erstattungsanspruch wegen fehlendem Kindergartenplatz VG Stuttgart 28.11.2014 7 K 3274/14. Zuvor bereits: Amtshaftung wegen fehlendem Kindergartenplatz: LG Wiesbaden 19.1.2000 5 O 182/99 und Kostenerstattung OVG Rheinland- Pfalz 25.10.2012 7 A 10671/12; BVerwG 12.9.2013 5 C 35/12.

Bei der *Ableitung des Begriffes aus den Kontext der Leistungen und Ziele aus dem SGB VIII* kann man zwischen Erziehung als Voraussetzung für eine Sozialleistung und Erziehung als Zielvorgabe unterscheiden. Wenn der Begriff den Zugang zu einer Sozialleistung eröffnen soll, muss er die Hilfeangebote der Rechtsfolgeseite einschließen. Wird Erziehung als Normzweckprogramm, also als Zielvorgabe für eine Hilfe, verwendet, kann eine unmittelbare Anknüpfung an die verfassungsrechtliche Stammnorm Art. 6 II GG erfolgen. Die Erziehung wird dort als Sorge für das körperliche Wohl, die seelische und geistige Entwicklung des Kindes, sowie dessen Bildung und Ausbildung verstanden. Verfassungsrechtlich gibt Art. 6 II GG den Rahmen für alle Lebens- und Entwicklungsbedingungen des Kindes vor. Die eingesetzten Mittel bleiben offen.

Aus *funktionaler Sicht* lassen sich diese Mittel aus der Leistungstypologie der verschiedenen Sozialleistungsbereiche ableiten. Das gegliederte Sozialleistungssystem entsteht durch Abgrenzung und Ergänzung der Leistungstypologien der verschiedenen Träger. Entsprechend kann die „Pflege“ eines Kindes im SGB VIII nicht mit der „Pflege“ eines Kindes im Sinne des § 14 SGB XI gleichgesetzt werden. Auch die Tatsache, dass die Pflege von Säuglingen und Kleinkindern eine weitergehende Funktion hat, als nur eine Hilfe bei alltäglichen Verrichtungen zu sein, findet nur unzureichend Berücksichtigung. Pflegerische Handlungen spielen eine wesentliche Rolle bei der Entwicklung psychischer und kognitiver Fähigkeiten und sind damit unverzichtbare Vorstufe oder eine Frühform der Erziehung.<sup>280</sup> Umgekehrt verläuft an dieser Stelle aber die durch den Versicherungsfall der Pflegeversicherung erzeugte Abgrenzungslinie zum Begriff der Pflege eines Kindes im Sinne des SGB VIII. Hilfe im Rahmen der Module nach § 14 SGB XI, die aufgrund von Krankheit oder Behinderung nötig werden, sind nicht Bestandteil der Pflege eines Kindes soweit deren Ziel die Erziehung des Kindes ist. Dasselbe gilt für psychotherapeutische Leistungen bei Krankheit im Sinne des § 28 SGB V, vgl. a. § 10 I SGB VIII.

Erziehung im Sinne des SGB VIII kann auch dort nicht vorliegen, wo der Bildungsaspekt im Vordergrund steht. Charakteristisch sind hier Leistungen der Schulen nach Landesrecht. Dass Vermittlung von Bildung und Erziehung in tatsächlicher Hinsicht üblicherweise gemeinsam stattfinden, hilft nicht über die Tatsache hinweg, dass die strikte Unterscheidung zwischen Bildung und Erziehung durch Gesetzgebungskompetenzen, vgl. Art. 74 I Nr. 7 und Art. 70 I GG *verfassungsrechtlich* vorgegeben ist. Das BVerfG hat die einschlägigen Gesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern pragmatisch nach dem Schwerpunkt des Kindergartenwesens abgegrenzt. Es erkennt im Prinzip an, dass der Kindergarten einen Bildungsbezug aufweist, und dass Bildung selbstverständlich Ländersache ist. Dieser Bildungsbezug entziehe die Regelung aber nicht der Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Die

<sup>280</sup>Busse, Die medizinische Rehabilitation der geistig und psychisch Behinderten, 2000, S. 11 f.

fürsorgischen und bildungsbezogenen Aufgaben des Kindergartens seien untrennbar verbunden. Eine Aufspaltung der Gesetzgebungskompetenz anhand dieser Aspekte komme aus sachlichen Gründen nicht in Betracht. Der Schwerpunkt des Kindergartenwesens, von dem in einem solchen Fall die Bestimmung der Gesetzgebungskompetenz abhängen<sup>281</sup> sei nach wie vor eine fürsorgende Betreuung mit dem Ziel einer Förderung sozialer Verhaltensweisen und damit präventiver Konfliktvermeidung. Der vorschulische Bildungsauftrag tritt hinter dieser dem Bereich der öffentlichen Fürsorge zuzuordnenden Aufgabe zurück. Eine einheitliche Zuordnung zum Bereich der öffentlichen Fürsorge im Sinne von Art. 74 I Nr. 7 GG sei daher zu bejahen.<sup>282</sup> Das BVerfG hat mit dieser Entscheidung auf die traditionelle verfassungsrechtliche Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen nach dem Schwerpunkt der Regelungen abgestellt. Dadurch vermied es eine Präzisierung des verfassungsrechtlichen Bildungsbegriffs, sowie eine vertiefte Abgrenzung zur Erziehung und Fürsorge. Der präventive Aspekt der Erziehung gegen über dem zu unterscheidenden Bildungsbegriff ist jedoch entscheidend. Erziehung bedeutet demnach zum einen aus der Perspektive der Gesellschaft, die Vorbereitung auf die verlangten Verhaltensanforderungen und ihre Fortschreibung. Präventiv wirkt Erziehung aber auch, weil so gewährleistet werden soll, dass sich das Kind im gegebenen gesellschaftlichen Rahmen entfalten kann.

Die Erziehung im Sinne des SGB VIII ist demnach durch Leistungen (sozial)pädagogischer Qualität charakterisiert,<sup>283</sup> die nicht auf herkömmliche Bildung im Sinne des Schulrechts beschränkt sind und präventive Funktion haben. Ferner erreichen sie trotz § 27 III SGB VIII nicht die therapeutische Qualität im Sinne der Leistungen des SGB V. Die besonderen Qualitätsanforderungen, die das Leistungserbringerrecht der Gesetzlichen Krankenversicherung an therapeutische Hilfen stellt, sind für die Hilfen nach dem SGB VIII ein Negativkriterium. Unabhängig von den konkreten Leistungsinhalten kann die Erziehung eines Kindes durch ihr Ziel konkretisiert werden. Erziehung soll danach die Persönlichkeit eines jungen Menschen entwickeln. § 8 SGB I beschreibt dies als Heranbildung aller nach Persönlichkeit des Einzelnen möglichen und nach dem Bewusstsein der Gesellschaft als förderungswürdig anerkannten körperlichen, geistigen, seelischen und sozialen Fähigkeiten eines jungen Menschen. Eine pragmatische Definition könnte auch lauten, dass bei der Erziehung die Vermittlung von sozialen Normen und Werten im Mittelpunkt steht.

<sup>281</sup>Vgl. BVerfG, Urteil vom 17. Februar 1998, 1 BvF 1/91, Rz. 89, [http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/fs19971111\\_1bvf000191.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/fs19971111_1bvf000191.html).

<sup>282</sup>BVerfG 1 BvR 178/97 vom 10.3.1998, Rz. 38, [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs19980310\\_1bvr017897.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs19980310_1bvr017897.html).

<sup>283</sup>So zur Hilfe zur Erziehung als sozialpädagogische Dienstleistung: Münder, Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, Vor § 27 Rz 8.

#### 4.4.2.2. Das „Wohl“ des Kindes als Rechtsbegriff

Der Anspruch auf Hilfe zur Erziehung setzt voraus, dass die Erziehung nicht geeignet ist, das „Wohl“ des Kindes zu gewährleisten. Das „Wohl“ ist ein weiterer zentraler Begriff des SGB VIII, (z.B. § 1 III Nr. 3, § 17 I 2 Nr. 3, § 20 I Nr. 2, § 24 III Nr. 2, § 24 a IV Nr. 1, § 27 I, § 42 I Nr. 2, II 3, III 2 Nr. 1 und 2, § 44 II, § 45 II 1 Nr. 1, 3, 4, III 3, § 46 II 2 SGB VIII) der über §§ 1666, 1666a BGB mit dem zivilrechtlichen Kinder- und Jugendschutz verknüpft ist. Eine Legaldefinition existiert nicht. Der Begriff ist auslegungsfähig wie alle anderen Tatbestandsmerkmale auch. Im Rechtsleben machen die emotional aufgeladenen Diskussionen um die Misshandlung von Kindern eine rationale Auseinandersetzung, die noch dazu rechtsdogmatischen Anforderungen genügt, fast unmöglich. Vor dem emotional geladenen Schlagwort des „Missbrauchs“ wird oft genug darauf verzichtet, im Detail zu benennen, was zum Wohl des Kindes gehört. Allein zur „Gefährdung des Kindeswohls“ heißt es, dass diese vorliege, wenn durch die soziale, psychosoziale oder individuelle Sozialisationssituation, in der der Minderjährige sich befindet, konkret benennbare Schädigungsfolgen wahrscheinlich eintreten werden.<sup>284</sup> Anschaulicher wird die „Kindeswohlgefährdung“ auch nach folgenden Fallgruppen geordnet:

Vernachlässigung, körperliche Misshandlung, seelische Misshandlung, sexueller Missbrauch, Erwachsenenkonflikte um das Kind, Autonomiekonflikte.<sup>285</sup>

Diesen Ansätzen ist gemein, dass sie entweder konturlose Worthülsen sind und nicht erkennen lassen, welches konkrete Verhalten schädliche Auswirkungen hat und worin diese schädlichen Auswirkungen bestehen. Um Auswirkungen erfassen zu können, benötigt die Rechtsdogmatik erst einmal einen Status quo, ein inhaltlich definiertes Wohl. Dogmatisch und in der praktischen Anwendung tragfähige Ansätze knüpfen die Auslegung des Begriffes „Wohl“ des Kindes an § 1666 BGB an. Die inhaltliche und funktionale Verknüpfung von § 27 I SGB VIII und § 1666 I BGB aufgrund des § 1666 III Nr. 1 BGB ist deutlich sichtbar. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass beide Normen unterschiedliche Funktionen haben. Während § 1666 BGB Gerichte zu Grundrechtseingriffen ermächtigt, also eigentlich ordnungsrechtliche und gefahrenabwehrrechtliche Funktionen hat, handelt es sich bei § 27 I SGB VIII um Leistungsverwaltung, also die Realisierung von Rechtsansprüchen. Das Rechtsstaatsprinzip verlangt danach im Rahmen des § 1666 BGB größere Zurückhaltung, wie der Verweis auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in § 1666a BGB klar erkennen lässt. Soweit das Wohl Ziel einer Sozialleistung für Kinder sein soll, oder eine Voraussetzung für Sozialleistungen ist, kann eine großzügigere Auslegung stattfinden als im Fall des § 1666a BGB, der als Konkretisierung des staatlichen Wächteramtes einen Eingriff in ein verfassungsrechtlich verbürgtes Recht zu rechtfertigen hat.

<sup>284</sup>Münder, Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, § 27 SGB VIII Rz. 5.

<sup>285</sup>Münder/ Muthke/ Schone, Kindeswohl zwischen Jugendhilfe und Justiz, 2000, S. 47.

§ 1666 Abs. 3 BGB bietet mit seinen Hinweisen auf mögliche richterliche Interventionen, Ansatzpunkte, die wie bspw der Schulbesuch, deutlich zeigen, welche Lebensbereiche des Kindes seinem Wohl zuträglich sind und wo die elterliche Verantwortung unterstützt werden muss.

Weitere systematische Anhaltspunkte bietet auch die elterliche Sorge gem. § 1626 BGB. Die elterliche Sorge beinhaltet das Aufenthaltsbestimmungsrecht. Ihr entspricht aus der Sicht des Wohls eines Kindes auch die Pflicht den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen. Zur elterlichen Sorge gehört ferner die Pflicht, für das Vermögen und die Person des Kindes zu sorgen, den Umgang mit beiden Elternteilen zu gewähren und ihn tatsächlich auch wahrzunehmen, also der Pflicht zur Ausübung des Umgangs nachzukommen. Auch hier schließt sich der Kreis zum § 1666 Abs. 3 BGB.

Die zivilrechtliche Rechtsprechung hat im Kontext des Kindeswohls in § 1671 II Nr. 2 BGB das Kontinuitätsprinzip, Förderprinzip und die Berücksichtigung der Bindungen des Kindes<sup>286</sup> als Orientierungshilfen formuliert. Dabei bedeutet Kontinuitätsprinzip die Bevorzugung einer Konstanz des kindlichen Lebensumfeldes. Nach dem Förderprinzip ist ausschlaggebend für das Wohl des Kindes, welcher Elternteil dem Kind weitergehende Förderung angedeihen lassen kann. Diese Aspekte sind bei der Beurteilung des Kindeswohls sowohl nach § 1666 BGB als auch im SGB VIII als Inhalte des Wohls zu berücksichtigen.

Weitere wesentliche gesetzgeberische Leitvorstellung bei der Bestimmung des Wohls bieten zudem die Vorgaben des SGB VIII in §§ 1 I, 9 SGB VIII. Dabei wird in § 1 I SGB VIII deutlich, dass es dem Wohl des Kindes entspricht, die Möglichkeit zu haben, sich zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit zu entwickeln.<sup>287</sup> Aus § 9 SGB VIII können weitere Aspekte zur religiösen Erziehung, der Rolle des Personensorgeberechtigten, kulturelle und soziale Umstände, Vermeidung geschlechter- oder behinderungsbezogener Benachteiligung gewonnen werden. Im Einzelfall sind diese Aspekte des Wohles zu erläutern.

Eine sicher nicht zu unterschätzende Besonderheit ist, dass sich zahlreiche weitere Disziplinen um eine Festlegung dessen mühen, was denn nun objektiv und unabdingbar zum Wohl eines Kindes gehöre. Hier ist klarzustellen, dass diese Disziplinen sicher wertvolle Anregungen zur Rechtsentwicklung geben, aber im Gegensatz zum Gesetzgeber nicht legitimiert sind, Recht zu schaffen. Das bedeutet für den Rechtsanwender, dass er sich mit den Vorstellungen dieser Disziplinen sicher auseinandersetzen muss. Zu einer methodisch korrekten Arbeit gehört es dann, die fachfremden Einschätzungen und Wertungen vor dem Hintergrund der gesetzlichen Ansatzpunkte zum Kindeswohl - Begriff aus SGB VIII und BGB zu reflektieren. Die Gesetzgebung hat an vielen Stellen Hinweise darauf gegeben, was der demokratisch legitimierte Gesetzgeber

<sup>286</sup>BGH vom 28.4.2010 XII ZB 81/09

<sup>287</sup>Schmid, Hilfeplanung nach § 36 SGB VIII, 2004, S. 22.

zum Wohl des Kindes zählt. Daher ist es grob fehlerhaft (sozialpädagogische, psychologische und medizinische) Grundannahmen unhinterfragt in eine Begriffsdefinition zu übernehmen.

#### **4.4.3.2. Die Verhältnismäßigkeit der Hilfe zur Erziehung**

Dogmatische Unsicherheiten treten hinsichtlich der Geeignetheit und der Erforderlichkeit der Hilfe, sowie hinsichtlich der Frage auf, ob das Jugendamt einen Beurteilungsspielraum bei der Frage der Geeignetheit der Hilfeleistungen habe. Zum Teil wird dem Jugendamt auch ein Auswahlermessen hinsichtlich der Hilfeleistungen zu gestanden.<sup>288</sup>

Die Merkmale der Geeignetheit und Erforderlichkeit der Hilfe werden zum Teil als Tatbestandsvoraussetzungen angesehen. Dies ist unzutreffend, auch wenn der Gesetzeswortlaut etwas anderes nahe legt. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird im Verwaltungsrecht auf der Rechtsfolgeseite geprüft um eine Übereinstimmung des Verwaltungshandelns mit dem Rechtsstaatsprinzip zu gewährleisten. Dies ist nicht möglich, wenn die Prüfung bereits auf der Tatbestandsseite der Norm stattfindet. Für diese Zuordnung spricht auch die Bezugnahme auf die Hilfeleistungen im Normtext. Der Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Geeignetheit der Hilfe wird mit der zutreffenden Beobachtung abgelehnt, dass das BVerwG Beurteilungsspielräume nur für ganz bestimmte Fallgruppen anerkannt hat. Exemplarisch ist die Einzigartigkeit von Prüfungsentscheidungen zu nennen. Die Beurteilungsfragen, die im Rahmen einer Hilfe zur Erziehung auftreten, erfordern sachgerechte Entscheidungen, die im Zweifel durch einen Gutachter geklärt werden können. Wertende Entscheidungen wie bei Prüfungen sind insofern nicht zu treffen.<sup>289</sup> Gegen ein Auswahlermessen wird § 36 II 1 SGB VIII angeführt. Das SGB VIII erfordert danach ein kooperatives Entscheidungsverfahren statt einseitige Verfügungen. Für Ermessen im traditionellen Sinne sei somit kein Raum. Die in der Ermessensentscheidung üblicherweise zu treffenden Wertungen werden hier durch ein besonderes Verfahren ersetzt, dass die Richtigkeit der Entscheidung gewährleisten soll. Daran ist sicher richtig, dass ein kooperatives Verfahren die Compliance der Beteiligten verbessert. Die Begründung greift jedoch zu kurz. § 39 I SGB I sieht aber eine ausdrückliche Ermächtigung zu Ermessensleistungen vor. In § 27 I SGB VIII wird Ermessen nicht ausdrücklich eingeräumt, wie das bspw. in § 17 II SGB XII ausdrücklich geschehen ist. Mangels einer entsprechenden Regelung im SGB VIII ist ein Auswahlermessen des Jugendamtes nicht vorgesehen.

<sup>288</sup>Zusammenfassend Schmid, Hilfeplanung nach § 36 SGB VIII, S. 12 ff.

<sup>289</sup>Zusammenfassend Schmid, Hilfeplanung nach § 36 SGB VIII, S. 17.

Die Rechtsfolgenseite des Anspruchs auf Hilfe zur Erziehung wird in § 27 II–IV und §§ 28 ff SGB VIII konkretisiert. Dabei ist ein wesentlicher Aspekt, dass die Aufzählung von Hilfen in §§ 28 ff SGB VIII ausweislich § 27 II 1 SGB VIII („insbesondere“) keinen abschließenden Charakter hat. Inhaltlich wird sie zwar auch in § 27 III 1 SGB VIII als pädagogische und therapeutische Hilfe beschrieben, aber auch diese Inhalte sind nicht abschließend aufgezählt. Die Intensität der Hilfen steigt im Sinne der Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit mit der Paragrafenfolge ab § 28 SGB VIII an. Dabei ist zu beachten, dass es sich um gleichrangige Hilfen in dem Sinne handelt, dass eine intensivere Hilfe den Einsatz einer weniger intensiven Hilfe im Vorfeld nicht voraussetzt. § 27 II a SGB VIII stellt klar, dass Verwandtenpflegestellen Leistungen der Hilfe zur Erziehung darstellen können.

#### **4.4.3. Eingliederungshilfe für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche**

Die Eingliederungshilfe für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche verknüpft das SGB VIII mit dem SGB IX. Der Träger der Jugendhilfe ist demnach auch Rehabilitationsträger im Sinne des § 6 I Nr. 6 SGB IX. Die Regelungen des SGB IX gelten ergänzend zu den speziellen Regelungen des SGB VIII, § 7 SGB IX. D.h. zur Interpretation der Merkmale des § 35a SGB VIII muss auf das SGB IX zurückgegriffen werden. Die Begrifflichkeiten sind zum großen Teil dem SGB IX entlehnt und an das SGB VIII angepasst. So ist die Definition der (seelischen) Behinderung zwar in Absatz 1 gegeben, dennoch soll sie durch das SGB IX ergänzt werden, vgl. Absatz 3. Dasselbe gilt für die Rechtsfolge, also den Inhalt der Eingliederungshilfeleistung, die in § 35a II SGB VIII bestimmt wird. Auch diese Regelung wird durch das SGB IX ergänzt. Anspruchsinhaber des § 35a SGB VIII ist im Unterschied zu § 27 SGB VIII das Kind bzw. der Jugendliche selbst.

#### **4.4.4. Leistungen zum Unterhalt des Kindes oder Jugendlichen**

Hinsichtlich der Leistungen zum Unterhalt des Kindes oder Jugendlichen nach § 39 SGB VIII herrscht Streit hinsichtlich des Leistungsberechtigten im Sinne dieser Vorschrift. Als Anspruchsberechtigte kommen das Kind bzw. der Jugendliche,<sup>290</sup> dessen Eltern als Personensorgeberechtigte<sup>291</sup> und im Fall der Vollzeitpflege unter Umständen die Pflegeeltern in Betracht.<sup>292</sup> § 39 I SGB VIII ist hier undeutlich. Zum Teil wird vertreten, dass in der Zurverfügungstellung wirtschaftlicher Mittel kein Eingriff in das elterliche Erziehungsrecht liege.

<sup>290</sup>Wiesner in: Wiesner, SGB VIII, § 39 Rz 16. Nach Münder, Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, § 39 Rz. 5 ist der Minderjährige immer der Inhaber des Anspruchs auf den Barbetrag.

<sup>291</sup>Der Personensorgeberechtigte als Inhaber des Anspruchs auf die Hauptleistung nach § 27 ff SGB VIII: Münder, Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, § 39 Rz.5; auch VGH München 17.5.2001 12 ZB 00.1589 Rz. 2 des Jurisdokuments.

<sup>292</sup>Aus Vertrag mit den Personensorgeberechtigten OVG Münster vom 25.4.2001 12 A 924/99 NVwZ-RR 2002,123 (124), auch zum Streitstand instruktiv.

Somit könne dem Kind oder Jugendlichen ein eigener Anspruch zugeordnet werden. Die Lösung dürfte darin liegen, § 39 SGB VIII konsequent als akzessorischen Anspruch zu den in Absatz 1 benannten Anspruchsgrundlagen zu verstehen.<sup>293</sup> In diesem Fall richtet sich die Anspruchsinhaberschaft nach der in Absatz 1 genannten Anknüpfungsregelung.

#### **4.5. Verwaltungsverfahren**

Das Kinder- und Jugendhilferecht unterscheidet zwischen örtlichen und überörtlichen Trägern der Jugendhilfe, § 69 I SGB VIII. Örtliche Träger sind, wie bereits in § 27 II SGB I beschrieben, die Kreise und kreisfreien Städte. Der überörtliche Träger wird durch das Landesrecht bestimmt. Wie im Grundsicherungs- und Sozialhilferecht ist bereits bundesrechtlich die Möglichkeit eingeräumt, die kreisangehörigen Gemeinden zur Erfüllung der Aufgaben nach dem SGB VIII heranzuziehen, § 69 II 1 SGB VIII. Die Ausgestaltung der Heranziehung der kreisangehörigen Gemeinden ist jedoch Ländersache. Für die Durchführung des Sozialleistungsrechts sind somit regelmäßig die örtlichen Träger sachlich zuständig, § 85 I SGB VIII. Die örtliche Zuständigkeit für Leistungen richtet sich nach §§ 86 - 86 d SGB VIII. Anknüpfungspunkt ist grundsätzlich der gewöhnliche Aufenthalt der Eltern, § 86 I SGB VIII. Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes ist in § 30 III 2 SGB I legaldefiniert.

Die Organisation des Jugendamts bzw. Landesjugendamtes ist in § 70 SGB VIII geregelt. Beide bestehen jeweils aus der Verwaltung des (Landes-)Jugendamtes, § 70 II SGB VIII und dem (Landes-) Jugendhilfeausschuss, § 71 SGB VIII, bzw. § 70 III, 71 SGB VIII für das Landesjugendamt. In § 70 SGB VIII ist jeweils auch geregelt wie die Zuständigkeitsverteilung zwischen diesen Organen aussieht. Die Verwaltung ist für die laufenden Geschäfte zuständig, wobei die Satzungen und Beschlüsse der Vertretungskörperschaft und des Jugendhilfeausschusses für sie einen verbindlichen Rahmen darstellen. Der Jugendhilfeausschuss nach § 71 SGB VIII ist auf kommunalrechtlicher Ebene von entsprechend benannten Ausschüssen (Jugend/ Soziales etc.) der Gemeindevertretung zu unterscheiden.

Das Kinder – und Jugendhilferecht enthält eine Reihe restriktiverer Datenschutzvorschriften ( § 61 ff SGB VIII insbesondere § 65 SGB VIII ) als das grundsätzlich anwendbare SGB X.

Im Verwaltungsverfahren des Kinder- und Jugendhilferechts gibt es außerdem verschiedene Spezialregelungen wie die Beteiligung von Kindern- und Jugendlichen, § 8 SGB VIII, der Schutzauftrag bei Kindeswohlgefährdung, § 8a SGB VIII, Mitwirkung und Hilfeplan, § 36 SGB VIII,

<sup>293</sup> Münder/Meysen/Trenczek, Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, § 39 Rn. 3.

Steuerungsverantwortung und Selbstbeschaffung, § 36a SGB VIII, § 37 SGB VIII, Zusammenarbeit bei Hilfen außerhalb der Familie, Schutz von Sozialdaten, § 61 SGB VIII.

#### **4.5.1. Verfahren im Kinder- und Jugendschutz**

§ 8a SGB VIII etabliert einige objektiv-rechtliche Pflichten des Jugendhilfeträgers, die im Ergebnis darauf hinauslaufen, Hilfen des Jugendhilfeträgers oder ordnungsrechtliche Maßnahmen durch den Jugendhilfeträger oder durch ein Familiengericht einzuleiten. Falls gerichtliches Eingreifen nicht rechtzeitig möglich ist, sind vorläufige Maßnahmen nach § 42 SGB VIII möglich. Daneben sind Eingriffe aufgrund des (allgemeinen) Polizei- und Ordnungsrechts der Länder eine weitere Option, soweit die Regelungen nicht durch Spezialgesetze verdrängt werden. Die Polizei- und Gefahrenabwehrbehörden können zum Schutz privater Rechte eingreifen, wenn gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist und wenn ohne gefahrenabwehrbehördliche oder polizeiliche Hilfe die Verwirklichung eines privaten Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert wird. Die Voraussetzungen der einzelnen landesrechtlichen Ermächtigungsgrundlagen sind zu beachten. Regelmäßig wird es sich dabei um Maßnahmen gegen solche Eltern handeln, die ihr Kind so erheblich gefährden, dass sowohl Schritte des Jugendamtes als auch gerichtliche Maßnahmen die konkrete Gefahr für das Kind nicht abwenden können. § 8a SGB VIII ist keine Ermächtigungsgrundlage. Er kodifiziert lediglich ein verpflichtend einzuhaltendes Verfahren, das die Leistungen der Jugendhilfe hin zum zivilrechtlichen Kinderschutz verknüpft.

#### **4.5.2. Antragsabhängigkeit und Selbstbeschaffung**

Wenn Leistungsberechtigte an das Jugendamt nicht formell (v.a. durch schriftlichen Antrag) zur Gewährung einer Leistung heran treten, stellt sich die Frage, ob die Jugendhilfeträger, die Übernahme von Leistungen mangels (nachweisbarem) Antrag ablehnen dürfen. Das BVerwG bestärkte diese Praxis.<sup>294</sup> Aus dieser Rechtsprechung wurde auch eine materielle Antragsabhängigkeit der Jugendhilfeleistung abgeleitet:<sup>295</sup> ohne Antrag sollte der Anspruch auf die Leistung der Jugendhilfe nicht entstehen. Dieses Problem wurde mittlerweile durch die ausdrückliche Regelung der Selbstbeschaffung in § 36a SGB VIII entschärft. In § 36a I, II SGB VIII wird klargestellt, dass der Jugendhilfeträger aus seiner inhaltlichen Verantwortung heraus immer auch das Prüfungsrecht und Prüfungspflicht hinsichtlich der Art der Leistung hat.<sup>296</sup> Diese kann er nur wahrnehmen, wenn er vom Leistungsberechtigten nicht übergangen wird. § 36a SGB VIII soll damit auch sicherstellen, dass der Jugendhilfeträger seiner fachlichen Verantwortung nachkommen kann. Allerdings hat sich der Gesetzgeber auch dafür entschieden, dass diese

<sup>294</sup>BVerwGE 112, 98 ff; bestätigt in BVerwG NVwZ 2006, 697.

<sup>295</sup>Grube ZfJ 2001, 288 (288, 290).

<sup>296</sup>Zutreffend jedenfalls soweit BVerwGE 112, 98 ff.

Steuerungsverantwortung nicht uneingeschränkt gilt, und Ausnahmen im niedrig schwelligen Bereich eingerichtet, § 36a II SGB VIII. Um den Träger nicht völlig aus seiner Verantwortung zu entlassen, muss er hier präventiv durch Verträge sicherstellen, dass eine fachlich verantwortungsvolle Leistungserbringung möglich bleibt. Die Voraussetzung für eine echte Selbstbeschaffung ohne vorherigen Kontakt zum Jugendhilfeträger sind nun in § 36a III SGB VIII geregelt. Eine dem § 13 III SGB V nachempfundene Regelung regelt die Kostenübernahme für die Fälle, in denen der Träger zwar von seiner Leistungspflicht durch den Leistungsberechtigten in Kenntnis gesetzt wurde, aber die Leistung nicht rechtzeitig erbracht wurde. Damit ist nun auch klargestellt, dass eine Selbstbeschaffung der Leistung mit nachfolgender Liquidierung beim Kinder- und Jugendhilfeträger in aller Regel nicht möglich ist.

#### **4.5.3. Hilfeplan § 36 II, III SGB VIII**

Wie der Hilfeplan verwahrungsverfahrensrechtlich hinsichtlich seiner Rechtsnatur einzuordnen ist und wie er sich zum Verwaltungsverfahren nach dem SGB X verhält, ist streitig.<sup>297</sup> Er ist zunächst von der Hilfeplanung nach § 70 SGB VIII, die Ausdruck der Gesamtverantwortung für die Infrastruktur der Jugendhilfe ist, zu unterscheiden. Meist wird der Hilfeplan nach § 36 II, III SGB VIII als Sonderregelung zu den Mitwirkungspflichten im Verwaltungsverfahren nach SGB I und SGB X aufgefasst.

Anwendung findet die Hilfeplanung nach § 36 II, III SGB VIII, wenn Hilfe zur Erziehung, § 27 SGB VIII und / oder Eingliederungshilfe nach § 35a SGB VIII voraussichtlich für längere Zeit erbracht werden soll.<sup>298</sup> An der Aufstellung des Hilfeplanes sind u.a. verschiedene Fachkräfte, die Personensorgeberechtigten, das Kind oder der Jugendliche beteiligt. Der Hilfeplan dient der Vorbereitung der Entscheidung und soll die Qualität der Leistung sowie die Autonomie und Kooperation der Leistungsberechtigten<sup>299</sup> sicherstellen. Darüber hinaus wird der Hilfeplan als eine besondere Form der Entscheidungsfindung des Jugendamtes im Hilfeprozess angesehen. Die Hilfen sollen so allein konsensual eingesetzt und durch Aushandlungsprozesse erschlossen werden.<sup>300</sup> Daran ist sicherlich zutreffend, dass eine Hilfe, die ohne Hilfeplan geleistet wurde, hinsichtlich der Geeignetheit einen intensiveren Begründungsaufwand zur Folge hat, als eine Hilfe die aufgrund eines Hilfeplanes zu Stande kam. Das Hilfeplanverfahren soll für die inhaltliche Richtigkeit bürgen. Nach der Rechtsprechung des BVerwG ist der Hilfeplan keine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für Leistungen nach §§ 27 – 35a SGB VIII.<sup>301</sup> Wenn er fehlt, kommt

<sup>297</sup>Schmid, Hilfeplanung nach § 36 SGB VIII, S. 37 – 39, 119- 129.

<sup>298</sup>LPK-SGB VIII/Peter-Christian Kunkel/Jan Kepert, SGB VIII § 36 Rn. 13.

<sup>299</sup>Schmid, Hilfeplanung nach § 36 SGB VIII, S. 32 ff auch zu weiteren Funktionen.

<sup>300</sup>Zusammenfassend und kritisch Schmid, Hilfeplanung nach § 36 SGB VIII, S. 32.

<sup>301</sup>BVerwG vom 24.6.1999 5 C 24/98 = NVwZ 2000, 326(328) = ZfJ 2000, 31

es für die Rechtmäßigkeit der Leistung darauf an, ob ohne ihn das Vorliegen der rechtlichen Voraussetzungen der Hilfe festgestellt werden kann. Dem steht § 36a I SGB VIII nicht entgegen, denn der Hilfeplan ist nur grundsätzlich, also nicht in jedem Fall, Voraussetzung für die Übernahme der Kosten der Hilfe.

#### Wiederholungsfragen

- In welchem Sozialgesetzbuch ist die Kinder - und Jugendhilfe geregelt?
- Wem steht das Erziehungsrecht nach Art. 6 II GG zu?
- Welches Grundrecht schützt das Recht des Kindes auf Erziehung?
- Was versteht man unter ordnungsrechtlichen Aufgaben der Jugendhilfe ?
- Welche Regelung bietet Ihnen sowohl über die Leistungen der Kinder - und Jugendhilfe als auch über ihre anderen Aufgaben einen Überblick?
- Wer ist anspruchsberechtigt für die Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe?
- An welcher Stelle des SGB VIII finden Sie die Legaldefinitionen für mögliche anspruchsberechtigte Personen?
- Wo ist jeweils der Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz, auf Hilfe zur Erziehung und auf Eingliederungshilfe für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche geregelt?
- Was versteht man unter Erziehung im Sinne des SGB VIII ?
- Was versteht man unter dem „Wohl“ des Kindes im Sinne des SGB VIII?
- Welche Prinzipien hat die zivilrechtliche Rechtsprechung zu dem Begriff des „Wohls“ des Kindes im BGB entwickelt?
- Ist eine Bedürftigkeitsprüfung Voraussetzung für den Erhalt von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe?
- Welchen zeitlichen Umfang hat der Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz nach § 24 I 1 SGB VIII?
- § 39 SGB VIII sieht einen Anspruch auf Pflegegeld vor. Wer ist der Inhaber des Anspruchs ?
- Wer ist Träger der Jugendhilfe?
- Wo ist die örtliche Zuständigkeit des Jugendhilfeträgers geregelt und wo die sachliche Zuständigkeit?
- Ist eine Selbstbeschaffung von Leistungen der Kinder und Jugendhilfe zulässig?
- Welchen Zweck verfolgt der Hilfeplan?