

Roland Rosenow

# Kooperation von Ombudsstellen und Anwälten zur Durchsetzung von Ansprüchen nach dem SGB VIII

Beitrag zum 10. bundesweiten Treffen des Netzwerks Ombudschaft  
10./11.10.2013 in Freiburg

Das Kinder- und Jugendhilferecht – SGB VIII – gehört zum Sozialrecht. Das überraschend große Gebiet des Sozialrechts ist aus anwaltlicher Sicht ein besonderes Gebiet. Einer der wenigen Anwälte, die sich damit beschäftigen, schreibt im Münchener Anwaltshandbuch Sozialrecht:

„Gegenüber den klassischen Tätigkeitsfeldern stellt das Sozialrecht in der Außensicht nach wie vor ein eigenartiges und abgegrenztes Arbeitsfeld dar. Dementsprechend wird der sozialrechtlich tätige Anwalt von seinen Kollegen meist als ein unverbesserlicher Idealist angesehen, der mit seiner merkwürdigen Tätigkeit sein kärgliches Brot verdient. Dieses Klischee hat zahlreiche Gründe:

Das Sozialrecht ist dem Volljuristen in der Regel auch heute noch eine terra incognita. Er war nie gezwungen, es zu erlernen. Damit korrespondiert die bei vielen Juristen vorherrschende Meinung, das Sozialrecht sei ein unsystematisches, undurchdringliches Dickicht, welches klare juristische Arbeit nicht zulasse. Es wird daher gemieden. Demgegenüber gibt es nicht wenige hoch spezialisierte Sozialrechtler außerhalb des anwaltlichen Bereichs. Das sind v.a. Personen, die im Bereich Sozialleistungsträger Funktionen einnehmen. Sie benötigen für ihre Arbeit oft nicht den Rat von Rechtsanwälten. Also existieren hier von der Anwaltschaft völlig abgeschiedene Arbeitsfelder, die jedenfalls in der täglichen Arbeit im Normalfall nicht miteinander in Berührung kommen.“<sup>1</sup>

Doch damit nicht genug: Das Münchener Anwaltshandbuch Sozialrecht spart das SGB VIII aus. Was das Sozialrecht im Verhältnis zu den Rechtsgebieten ist, die Anwälte normalerweise bearbeiten, das ist das Kinder- und

---

<sup>1</sup> Kilger in: Plagemann (Hg), Münchener Anwaltshandbuch Sozialrecht, 2. Aufl., S. 5

Jugendhilferecht im Verhältnis zum Sozialrecht: Ein Gebiet, das unter Sozialrechtlern weitgehend unbekannt ist und das in ihrer Praxis, von wenigen Ausnahmen abgesehen, keine Rolle spielt.

Im Folgenden möchte ich zuerst ein paar grundlegende Dinge darüber sagen, was – nach meiner Auffassung – Recht ist, oder etwas genauer: Ein paar grundlegende Dinge zum Verhältnis von normativer Praxis zu Gesetzestexten. Mir scheint, dass diese Überlegungen von hoher praktischer Relevanz sind. Zum Zweiten werde ich mir Gedanken darüber machen, welche Voraussetzungen gegeben sein müssen, damit die Gerichtsbarkeit mit einer Rechtsfrage überhaupt befasst wird und ihres Amtes walten kann.

Im dritten Schritt komme ich auf die große Bedeutung prozessualer Probleme zu sprechen.

Meinen vierten Abschnitt nenne ich: Das SGB VIII in den Gerichtssaal bringen! Auf der Grundlage unserer bisherigen Erfahrungen möchte ich an dieser Stelle Überlegungen dazu formulieren, wie die Zusammenarbeit einer Anwaltskanzlei mit der Fachlichkeit der Kinder- und Jugendhilfe funktionieren kann.

## Gesetzestext und normative Praxis

Nach der verbreiteten Vorstellung kann man aus dem Gesetz mehr oder weniger unmittelbar entnehmen, was rechtmäßig und was rechtswidrig ist – mit anderen Worten: Nach dieser Vorstellung kann man normative Fragen grundsätzlich durch einen Blick in das Gesetzbuch beantworten. Die Schwierigkeit, so diese Annahme, liegt darin, dass Gesetzestexte oft eher kryptisch formuliert sind. Deshalb braucht man besonders ausgebildete Spezialisten, die den seltsamen Formulierungen des Gesetzgebers entnehmen können, was im konkreten Fall gelten soll.

Diese Vorstellung ist naiv und geht an der Sache vorbei. Gesetzestexte sind dramatisch kurze Texte, die eine nicht zu ermessende Breite von Lebenssachverhalten betreffen. Sie sind nicht in der Lage, konkret normativ zu wirken.<sup>2</sup> Sie spielen für die Entscheidung im Einzelfall zwar eine herausgehobene, keineswegs aber eine exklusive Rolle. Das Gesetz selbst ist – noch – nicht in der Lage, konkretes Recht zu konstituieren. Davon mag es dann Ausnahmen geben, wenn Gesetzestexte besonders konkret

---

<sup>2</sup> „Die in Gesetzsammlungen und Gesetzesblättern stehenden Wortlaute von Vorschriften, also die *Normtexte*, sind nicht normativ. Sie sind unfähig, den jeweils vorliegenden konkreten Rechtsfall verbindlich zu lösen. Sie sind (noch) nicht-normative Eingangsdaten des Konkretisierungsvorgangs.“  
Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. 1, 9. Aufl. 2004, S. 232

formuliert sind. Das bleiben aber Ausnahmen. Konkret normativ wirken nicht Gesetzestexte, sondern konkret normative Entscheidungen – zum Beispiel Entscheidungen der Gerichte oder Entscheidungen der Verwaltung.

Erst hier wird für den Einzelfall entschieden, was Recht ist und was nicht. Der Gesetzestext ist im normativen Diskurs ein Argument unter anderen. Er ist ein entscheidender normativer Impuls für die Entscheidung im jeweiligen Einzelfall. Die Rechtswissenschaft hat eine große Zahl von Argumenten entwickelt, um diese normativen Impulse zu konkreten Entscheidungen zu verarbeiten. In diesem Werkzeugkasten finden sich zB Argumente, mit denen begründet werden kann, dass eine gesetzliche Vorschrift gar nicht, über ihren im Gesetz vorgesehenen Geltungsbereich hinaus oder nur in einem Teil dieses Geltungsbereiches angewendet werden (z.B. Kollisionsregeln oder die teleologische Reduktion oder Extension).

Diese Verarbeitung ist kein mechanischer Prozess, von dem man sich vorstellen könnte, dass eine Maschine ihn übernimmt, sondern ein Diskurs, der grundsätzlich offen ist für neue Argumente und neue normative Impulse – und damit grundsätzlich offen für überraschende Ergebnisse.

Die Praxis des Entscheidens unter Bezugnahme auf Gesetzestexte kann man deshalb als normative Praxis bezeichnen. Diese Praxis findet natürlich – und daran denkt die Rechtswissenschaft zuerst – in den Gerichten statt. Wenn man das, was ich bisher gesagt habe, auf einen Slogan bringen möchte, dann würde er lauten: Das Recht kommt nicht aus dem Gesetz, sondern aus dem Mund des Richters. Das setzt allerdings voraus, dass eine Rechtsfrage überhaupt den Weg in den Gerichtssaal findet.

Aus der Erkenntnis, dass die normative Kraft von Gesetzestexten oft überschätzt wird, folgt keineswegs, dass die normative Praxis der Rechtsanwender beliebig sei. Es ist zwar ein weiter Weg vom Gesetzestext zur konkreten Entscheidung. Dieser Weg muss aber nicht jedes Mal von neuem in seiner ganzen Länge beschritten werden, denn Gerichte treffen tagtäglich Entscheidungen und konkretisieren so nach und nach die allgemeinen Vorgaben aus den Gesetzestexten, die wir etwas ungenau „Normen“ nennen.

Das gilt in besonderer Weise für Grundrechte, was am Beispiel des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, das das BVerfG aus Art. 2 Abs. 1 GG entwickelt hat, schlagend vor Augen tritt.

Es ist nur folgerichtig, dass sowohl der EGMR, als auch das BVerfG schon in den 70er Jahren entschieden haben, dass Gesetzestexte dynamisch

auszulegen sind. Das bedeutet: Sie können heute etwas anderes bedeuten als morgen.

Das BVerfG hat das 1973 so formuliert: „Die Norm steht ständig im Kontext der sozialen Verhältnisse und der gesellschaftlich-politischen Anschauungen, auf die sie wirken soll; ihr Inhalt kann und muß sich unter Umständen mit ihnen wandeln.“<sup>3</sup>

Die Formulierung des EGMR aus dem Jahr 1978 lautet: „The Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions.“<sup>4</sup>

In die normative Praxis – mit anderen Worten: den Prozess der Rechtsfindung – fließen also normative Vorgaben ein, die nicht im positiven Recht verankert sind und damit außergesetzlich genannt werden können. Sie können neben dem Gesetz stehen, aber auch über dem formellen Gesetz.

Der US-amerikanische Rechtswissenschaftler Ronald Dworkin ordnet diese außergesetzlichen Imperative zwei Kategorien zu: policies und principles.<sup>5</sup> Principles kann man einfach mit Prinzipien, – moralischen und anderen – übersetzen. Der Gleichheitsgrundsatz ist ein Beispiel für solch ein Prinzip. Für den englischen Begriff policy haben wir keine deutsche Entsprechung. Ich möchte den Begriff anhand eines Beispiels konkretisieren:

In der Beschneidungsdiskussion des vergangenen Jahres wurde einerseits vertreten, die Beschneidung sei eine Körperverletzung, die stets

---

<sup>3</sup> „Hier sieht sich der Richter der großen Kodifikation des Bürgerlichen Gesetzbuchs gegenüber, die seit über 70 Jahren in Kraft steht. Das ist in doppeltem Sinn von Bedeutung: einmal wächst mit dem ‚Altern der Kodifikationen‘ [...] mit zunehmendem zeitlichen Abstand zwischen Gesetzesbefehl und richterlicher Einzelfallentscheidung notwendig die Freiheit des Richters zur schöpferischen Fortbildung des Rechts. Die Auslegung einer Gesetzesnorm kann nicht immer auf die Dauer bei dem ihr zu ihrer Entstehungszeit beigelegten Sinn stehenbleiben. Es ist zu berücksichtigen, welche vernünftige Funktion sie im Zeitpunkt der Anwendung haben kann. Die Norm steht ständig im Kontext der sozialen Verhältnisse und der gesellschaftlich-politischen Anschauungen, auf die sie wirken soll; ihr Inhalt kann und muß sich unter Umständen mit ihnen wandeln. Das gilt besonders, wenn sich zwischen Entstehung und Anwendung eines Gesetzes die Lebensverhältnisse und Rechtsanschauungen so tiefgreifend geändert haben wie in diesem Jahrhundert. Einem hiernach möglichen Konflikt der Norm mit den materiellen Gerechtigkeitsvorstellungen einer gewandelten Gesellschaft kann sich der Richter nicht mit dem Hinweis auf den unverändert gebliebenen Gesetzeswortlaut entziehen; er ist zu freierer Handhabung der Rechtsnormen gezwungen, wenn er nicht seine Aufgabe, ‚Recht‘ zu sprechen, verfehlen will.“ BVerfG, Beschluss vom 14.2.1973 „Soraya“, 1 BvR 112/65; vgl. a. Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. 1, 9. Aufl. 2004, 55

<sup>4</sup> EGMR Urteil vom 25.7.1978, Tyrer vs. The United Kingdom (Die Konvention ist ein lebendiges Instrument, das im Licht gegenwärtiger Verhältnisse zu interpretieren ist.); vgl. a. Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. 2009, § 5 Rn 12

<sup>5</sup> Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously, Duckworth 1997, deutsch: Bürgerrechte ernst genommen, Frankfurt 1984

ungerechtfertigt sei, wenn sie nicht medizinisch erforderlich ist. Andererseits wäre ein Verbot der Beschneidung von Juden möglicherweise und auch verständlicherweise als Ausdruck von Antisemitismus interpretiert worden. Nun verbietet sich jedwede Einmischung in das Judentum, die in nachvollziehbarer Weise als antisemitisch verstanden werden kann, in Deutschland in besonderer Weise. Man kann vertreten, dass deshalb ein Verbot der Beschneidung jedenfalls für Juden in Deutschland ganz undenkbar ist. Dies wäre ein Beispiel für eine policy in dem Sinne, in dem Dworkin den Begriff verwendet.

Wenn Prinzipien (hier die körperliche Unversehrtheit), policies (das Gebot eines besonderen Respekts vor der jüdischen Tradition) und einfachgesetzliche Vorgaben (das Verbot der Körperverletzung) zu divergierenden Ergebnissen führen, dann ist zwischen diesen Imperativen abzuwägen. Dabei ist wiederum ein Grundsatz zu beachten, dessen verfassungsrechtlicher Rang in der deutschen Rechtswissenschaft allgemein anerkannt ist, nämlich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – in der Nomenklatur Dworkins wiederum ein Prinzip.

Unabhängig von der Frage, welche Auffassung Sie in Bezug auf die Beschneidungsfrage vertreten, wird hier meines Erachtens etwas deutlich, was für Recht im Allgemeinen gilt:

Konkrete Normsetzung ist das Ergebnis eines Prozesses, durch den mittelbar normativ wirkende Eingangsdaten (Gesetzestexte, principles, policies) verarbeitet werden.

Angesichts dieses Befundes ist die Feststellung trivial, dass unterschiedliche Institutionen und Personen zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen, wenn ihnen die gleiche konkrete Rechtsfrage vorgelegt wird.

## Innerhalb und außerhalb des Gerichtssaals

Das Gerichtsverfahren ist ein streng formalisiertes Verfahren, das innerhalb eines ebenfalls sehr streng geregelten institutionellen Rahmens stattfindet. Die Regeln, denen es unterliegt, verfolgen im Wesentlichen zwei Ziele. Rechtssicherheit und Unparteilichkeit. Rechtssicherheit wird durch eine streng hierarchische Organisation des Verfahrens erzielt. Man kann dieses Prinzip mit den Worten auf den Punkt bringen: Es ist jedenfalls immer klar, wer entscheidet.

Die Entscheidung soll nicht parteiisch sein. Diesem Ziel dienen die Prinzipien der Öffentlichkeit des Gerichtsverfahrens und der Unabhängigkeit des Gerichts.

Wenn Rechtsfragen nicht im Gerichtssaal, sondern in der Verwaltung entschieden werden, dann entfallen diese Voraussetzungen. Die Verwaltung ist nicht unabhängig, sondern verfolgt in der Sache, in der sie entscheidet, auch eigene Interessen. Sie ist am Verfahren beteiligt. Außerdem ist die Verwaltungspraxis der Öffentlichkeit weitgehend entzogen. Das bedeutet: Es ist eine systematische Notwendigkeit, dass die normative Praxis der Verwaltung ganz andere Ergebnisse zeitigt als die normative Praxis der Gerichtsbarkeit. Das System der Verwaltung unterliegt in erheblichem Maß systemischen Imperativen, die aus juristischer Perspektive nicht beanspruchen können, legitime Argumente im normativen Diskurs zu sein. Der Kostendruck zum Beispiel ist in der Regel kein legitimes rechtliches Argument, wenn es um die Auslegung sozialrechtlicher Vorschriften geht. Es ist daher nicht überraschend, dass die Diskrepanz zwischen Verwaltungspraxis und Rechtsprechung geringer ist, wenn die Verwaltung durch die Rechtsprechung stärker kontrolliert wird, während sie umgekehrt größer wird, je weniger die Gerichte angerufen werden. Der Vergleich klägerischer Erfolgsquoten in unterschiedlichen Gerichtsbarkeiten genügt vielleicht noch nicht, um diese Behauptung zu belegen, mag aber ausreichen, um sie wenigstens plausibel zu machen:

Die klägerischen Erfolgsquoten in der Sozialgerichtsbarkeit sind in den Jahren 1995 bis 2006 von 32% auf 38% angestiegen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Hürden in der Sozialgerichtsbarkeit ausgesprochen gering sind. Es entstehen keine Kosten. Es besteht kein Anwaltszwang. Es gibt daher trotz dieser hohen Erfolgsquoten eine große Zahl von gänzlich unqualifizierten Klagen. Das ist bei der Interpretation der Zahlen zu berücksichtigen. Die klägerischen Erfolgsquoten in der Verwaltungsgerichtsbarkeit liegen dagegen bei 10%, in der Finanzgerichtsbarkeit bei 4%.<sup>6</sup>

Wenn man sich im Sozialrecht umschaute, wird man schnell feststellen, dass es Rechtsansprüche gibt, die in den Gerichtssaal getragen und in der Folge von der Rechtsprechung durchleuchtet werden. Es gibt andere Rechtsansprüche, die nur sehr selten oder nie den Weg vor ein Gericht

---

<sup>6</sup> Bernard Braun/Petra Buhr/Armin Höland/Felix Welti, Gebührenrecht im sozialgerichtlichen Verfahren, Baden-Baden 2009; vgl. auch: Armin Höland/Felix Welti/Sabine Schmidt, Fortlaufend anwachsende Klageflut in der Sozialgerichtsbarkeit? - Befunde, Erklärungen, Handlungsmöglichkeiten, SGB 2008, 689-697

finden. Ich spreche hier nur von Mussleistungen, also Leistungen, deren Bewilligung nicht im Ermessen der Verwaltung steht. Im Krankenversicherungsrecht ist das Recht der Hilfsmittel ein Beispiel für häufige gerichtliche Befassung, während die Gerichte sich kaum mit den Kostenanerkennnissen für Aufenthalte in psychiatrischen Kliniken befassen. Es gibt auch historische Unterschiede: Beim Bundesverwaltungsgericht füllte das gesamte Gebiet der Sozialhilfe das halbe Deputat eines Bundesrichters aus. Seit dem 01.01.2005 beschäftigt die Sozialhilfe beim Bundessozialgericht einen ganzen Senat. Im Folgenden möchte ich – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – drei Bedingungen beschreiben, die erfüllt sein müssen, damit eine sozialrechtliche Frage vor Gericht gebracht werden kann:

#### **a) Ohne Kläger kein Richter**

Es gibt keinen allgemeinen Anspruch gegen die Verwaltung, Recht richtig anzuwenden. Allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzung eines jeden Rechtsmittels ist die Beschwerde. Klagen kann immer nur derjenige, der aus einer behördlichen Entscheidung Nachteil erleidet oder das behauptet. Im Sozialrecht ist das in fast allen Fällen der Adressat des Verwaltungsaktes – und sonst niemand.

Empfänger von Sozialhilfe und von Leistungen nach dem SGB II blicken oft auf Erfahrungen mit Behörden zurück, die nicht unbedingt geeignet waren, ihr Vertrauen in staatliche Institutionen zu stärken. Aus ihrer Perspektive ist der grundsätzliche Unterschied zwischen einer Behörde und einem Gericht nicht unbedingt erkennbar. Es ist eine Frage der kulturellen Entfernung: Wenn man von zwei sehr unterschiedlichen Häusern sehr weit entfernt ist, sehen beide gleich aus. Die erste Voraussetzung, um ein Gericht anzurufen, ist, dass man über eine Idee davon verfügt, was ein Gericht – im Unterschied zur Behörde – ist.

Zum Zweiten benötigt man eine Idee davon, dass man ein Recht hat, das man notfalls durchsetzen kann.

Für Minderjährige gilt darüber hinaus, dass sie in mangels Geschäftsfähigkeit nur durch ihren gesetzlichen Vertreter klagen können. Soweit ich das übersehe, werden Maßnahmen der Kinder- und Jugendhilfe von den Eltern jedoch nicht immer gewünscht. Damit haben die Eltern als gesetzliche Vertreter unter Umständen keinerlei Anlass, sich gegen eine Entscheidung des Jugendamtes, die rechtswidrig sein mag, aber ihnen entgegenkommt, zu wehren.

Ebenso schwierig ist die Situation, wenn der gesetzliche Vertreter des Kindes gleichzeitig Mitarbeiter des Jugendamtes ist, dessen Entscheidung möglicherweise beklagt werden soll.

### **b) Untergang von Ansprüchen durch Zeitablauf**

Wohl für die meisten Sachleistungen des großen Gebiets des Sozialrechtes gilt, dass sie ihrer eigenen Natur nach schlecht rückwirkend erbracht werden können. Denken Sie an Krankenbehandlung, Pflege, alle Arten von stationärer Hilfe, alle Arten von Hilfe zur Erziehung, Teilhabeleistungen – für sie alle gilt, dass sie nicht nachgeholt werden können. Das Sozialrecht kennt von wenigen Ausnahmen abgesehen, keine Entschädigungsansprüche für zu Unrecht vorenthaltene Sachleistungen. Die Folge ist (juristisch gesprochen): Wenn z.B. Vollzeitpflege nach § 27 SGB VIII rechtswidrig nicht bewilligt wird, dann geht der Anspruch auf diese Leistung unwiederbringlich verloren. Die Leistungsverweigerung schafft Fakten, die kein Gericht dieser Welt wieder ändern kann. Das Problem ist nur lösbar, wenn die streitgegenständliche Leistung selbst beschafft wird. Das setzt aber voraus, dass entweder der Betroffene selber sie vorfinanziert, oder aber, dass der Leistungserbringer auf die Vergütung für seine Leistung einstweilen verzichtet und das Risiko trägt, dass die Vergütung auch später nicht realisiert werden kann.

Da diese Voraussetzungen kaum je gegeben sind, wäre es hilfreich, wenn Stiftungen dazu übergingen, die Vorfinanzierung und das Risiko zu übernehmen. Das setzt allerdings eine sozialrechtlich durchdachte Gestaltung der Darlehensverträge, die hier zu schließen sind, voraus. Andernfalls besteht die Gefahr, dass der sozialrechtliche Anspruch durch die Leistung der Stiftung untergeht.

Natürlich gibt es die Möglichkeit der Inanspruchnahme einstweiligen Rechtsschutzes. Diese Möglichkeit löst das Problem jedoch auch nicht. Ich komme darauf im Zusammenhang mit den prozessualen Fragen, um die es weiter unten gehen wird, noch einmal zu sprechen.

### **c) Unterstützungsbedarf**

Das gerichtliche Verfahren stellt sich für Außenstehende oft dar als ein unverständliches Wortgeklingel, das nach einiger Zeit Ergebnisse produziert, von denen niemand versteht, wie sie zustande gekommen sind. Die aktuelle OECD-Untersuchung über Kompetenzen Erwachsener belegt eindrucksvoll, dass die Erwartung, dass nicht anwaltlich vertretene Kläger einen gerichtlichen Schriftsatz auch nur in seinen Grundzügen verstehen, in den



meisten Fällen realitätsfern ist.<sup>7</sup> Verwaltungsrechtliche Verfahren werden jedoch im Wesentlichen über den Austausch von Schriftsätzen geführt und auch entschieden. Die mündliche Verhandlung mag eine gewisse Rolle spielen. Wenn es jedoch zur mündlichen Verhandlung kommt, dann wird der Richter in der Regel bereits eine Vorstellung davon haben, wie er die Sache entscheidet. In vielen Fällen wird ohnehin ganz im schriftlichen Verfahren entschieden.

Im Grunde muss man über die weiteren Voraussetzungen, die erfüllt werden müssen, damit ein Kläger seine Interessen vor Gericht wirksam geltend machen kann, gar nicht mehr sprechen, denn in der überwiegenden Zahl der Fälle aus dem Kinder- und Jugendhilferecht wird es bereits an der mangelnden schriftsprachlichen Kompetenz scheitern. Die hohen Anforderungen an die schriftsprachliche Kompetenz in bestimmten Zusammenhängen – wie z.B. im Gerichtsverfahren – sind im Ergebnis eine Mauer, die eine erschreckend große Zahl von Menschen dieser Gesellschaft aus bestimmten Zusammenhängen ausschließt. Es geht also nicht ohne qualifizierte Unterstützung. In der Regel wird das bedeuten, dass irgendeine Art von anwaltlicher Vertretung erforderlich ist.

## Materielle und prozessuale Rechtsfragen

Ich rufe die Unterscheidung zwischen Verfahrensrecht und materiellem Recht noch einmal kurz in Erinnerung: Das materielle Recht ist das Recht, das Ansprüche konstituiert oder regelt. Das Verfahrensrecht regelt die Art und Weise, in der diese Ansprüche realisiert oder durchgesetzt werden können. Das gerichtliche Verfahren ist durch das Gesetz wesentlich detaillierter geregelt als das Verwaltungsverfahren. Rechtspraktiker wissen, dass verfahrensrechtliche Fragen, die anderen unwichtig erscheinen mögen, eine große Bedeutung haben. Wenn man in einer Kanzlei arbeitet, die sozialrechtliche Fälle bearbeitet, dann wird man in den ersten fünf Jahren dieser Tätigkeit erleben, dass die Befassung mit verfahrensrechtlichen Fragen kontinuierlich zunimmt, während die materiell-rechtlichen Fragen etwas in den Hintergrund treten. Mit anderen Worten: Die große Bedeutung prozessualer Probleme erkennt man meistens erst dann, wenn man ihnen in der Praxis begegnet.

---

<sup>7</sup> Grundlegende Kompetenzen sind sehr ungleich verteilt. Die aktuelle PIACC-Studie kommt zum Ergebnis, dass 18 % der Menschen in Deutschland nicht über die unterste von fünf Lesekompetenzstufen hinauskommen. Diese unterste Stufe entspricht etwa der Lesefähigkeit eines zehnjährigen Kindes. Rammstedt (Hg.), Grundlegende Kompetenzen Erwachsener im internationalen Vergleich. Ergebnisse von PIAAC 2012, 13, online unter: [http://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/36068/ssoar-2013-rammstedt-Grundlegende\\_Kompetenzen\\_Erwachsener\\_im\\_internationalen.pdf?sequence=1](http://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/36068/ssoar-2013-rammstedt-Grundlegende_Kompetenzen_Erwachsener_im_internationalen.pdf?sequence=1)

Ich möchte hier dem, was ich im letzten Abschnitt vorstellen möchte, etwas vorgreifen und als grobe Richtlinie für die Zusammenarbeit formulieren. Die prozessualen Fragen wird in der Regel nur eine Anwaltskanzlei bewältigen können, während die materiell-rechtlichen Fragen von Ombudsleuten und Praktikern genauso (wenn nicht besser) bearbeitet werden können wie von Juristen. Ich kann hier keinen systematischen Abriss des prozessrechtlichen Rahmens des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht geben. Ich beschränke mich darauf, vier sehr unterschiedliche prozessuale Probleme zu beschreiben, die für das Projekt – das SGB VIII in den Gerichtssaal zu bringen – nach meiner Auffassung besonders relevant sind und reflektiert werden müssen, wenn wir im Anschluss darüber nachdenken, wie die Zusammenarbeit von Praktikern, Ombudsstellen und Rechtsanwälten am Besten gelingen kann.

### **a) Die Scheu vor der Verurteilung zur Leistung**

Man kann Verwaltungsakte unterscheiden in belastende und begünstigende Verwaltungsakte. Im Fall eines belastenden Verwaltungsaktes möchte die Verwaltung in der Regel von dem Adressaten etwas. Im Fall des begünstigenden Verwaltungsaktes will der Adressat etwas von der Verwaltung, zumeist eine Sach- oder eine Geldleistung. Ich glaube, man kann ganz allgemein sagen, dass es vor Gericht immer schwieriger ist, einen Anspruch durchzusetzen, als einen Anspruch abzuwehren. Ganz sicher gilt das für das Sozialrecht. Die Frage zu den Unterteilungen der Rechte des Bürgers gegenüber dem Staat in Abwehrrechte und Leistungsrechte mag fragwürdig sein. Sie wird mehr und mehr diskutiert. Das ändert aber nichts daran, dass sie tief im Habitus des Berufsstandes der Juristen verankert ist. Dieses Phänomen wird von Richterinnen und Richtern zum Teil selbstkritisch so beschrieben: Ein Gericht tut sich „irgendwie schwer“, eine Behörde dazu zu verurteilen, z.B. ein persönliches Budget zu bewilligen oder auszuzahlen. Viel einfacher ist es, einen Rückforderungsbescheid einer Behörde wegen formaler Mängel kurzerhand aufzuheben. Für das Projekt *Das SGB VIII in den Gerichtssaal bringen* heißt das, dass Klagen, mit denen Leistungsansprüche durchgesetzt werden sollen, in Bezug auf die materiellen Anspruchsvoraussetzungen sehr gut begründet sein müssen, um eine Chance auf Erfolg zu haben.

Das ist nicht selbstverständlich, denn grundsätzlich gilt im verwaltungsgerichtlichen Verfahren der Amtsermittlungsgrundsatz. Wenn man die gesetzlichen Vorgaben der VwGO zugrunde legt, dann sollte es genügen, den Anspruch im Klageantrag zu benennen und kurz plausibel zu machen, aus welchen Gründen man die Auffassung vertritt, dass der

Anspruch besteht. Das wird in der Regel jedoch nicht ausreichen.

Deshalb wird es auch nicht ausreichen, sich an der Begründung des Widerspruchsbescheides abzuarbeiten. Die Begründung des Widerspruchsbescheides mag mitunter wenig sinnvoll sein. Es reicht jedoch nicht, diese Begründung zu widerlegen. Im Klageverfahren wird es erforderlich sein, den Anspruch sozusagen „von Null an“ zu begründen. Das Gericht muss nicht davon überzeugt werden, dass die Begründung des Widerspruchsbescheides nicht überzeugt. Das ist oft sehr einfach. Das Gericht muss vielmehr davon überzeugt werden, dass der Anspruch tatsächlich besteht und durchgesetzt werden kann. Das ist sehr viel schwieriger.

## **b) Objektive Beweislast**

Im Verwaltungsgerichtsverfahren gilt der Untersuchungsgrundsatz. Das bedeutet, dass ich einen Anspruch nicht beweisen muss. Vielmehr ermittelt das Gericht, so die Theorie, von Amts wegen, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen dafür vorliegen, dass der Anspruch besteht. Im wirklichen Leben hält sich der Ermittlungsdrang der Gerichte oft in Grenzen. Darüber hinaus jedoch kann es sein, dass sich objektiv nicht ermitteln lässt, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen für einen Anspruch gegeben sind. Die Grenzen zwischen der objektiven Unmöglichkeit der Ermittlung und einer mangelhaften Faktenlage, die dann, wenn das Gericht z.B. sachgerechte Gutachtenaufträge erteilt, zu beheben wäre, sind fließend.

Wenn objektiv nicht erweislich ist, ob ein Tatbestand besteht, dann geht dies – so die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes und des Bundessozialgerichtes – stets zu Lasten desjenigen, der einen Anspruch aus dem Vorliegen des Tatbestandes ableitet (deswegen: „objektive Beweislast“). Mit anderen Worten: Der Anspruch geht unter. Vielleicht wird das verständlicher, wenn man das anhand eines Beispiels erläutert: Wenn ein Fliesenleger mit 55 an Gonarthrose erkrankt und dadurch berufsunfähig wird, dann wird er Leistungen der Berufsgenossenschaft nur dann beziehen, wenn objektiv nachgewiesen werden kann, dass die Gonarthrose durch die berufliche Tätigkeit als Fliesenleger verursacht wurde. In der Medizin ist das jedoch umstritten. Er kann den Nachweis also nicht führen, denn die medizinische Wissenschaft ist dazu schlicht nicht in der Lage. Für Gonarthrose kommen viele Ursachen in Frage. Solange konkurrierende Ursachen nicht mit hinreichender Validität ausgeschlossen werden können, bleibt letztlich offen, was die Gonarthrose verursacht hat. Der Anspruch ist damit objektiv nicht erweislich, denn die Tatbestandsvoraussetzung für einen Anspruch gegen die Berufsgenossenschaft wäre, dass die Berufstätigkeit kausal für die Erkrankung war. Solange das offen bleiben

muss, weil die Wissenschaft die Frage nicht mit hinreichender Sicherheit beantworten kann, besteht auch kein Anspruch.

### **c) Einstweiliger Rechtsschutz**

§ 123 VwGO ermöglicht es, dann, wenn durch die Verfahrensdauer ein schwerwiegender Nachteil droht, vorab im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zu entscheiden und z.B. einen Anspruch zuzusprechen. Das klingt attraktiver, als es in der Wirklichkeit ist:

Um im einstweiligen Rechtsschutzverfahren einen Anspruch zu realisieren, müssen zunächst die tatbestandlichen Anspruchsgrundlagen glaubhaft gemacht werden. Die Ermittlungstiefe des Gerichtes wird in aller Regel sehr viel geringer ausfallen, als im Klageverfahren. Was nicht glaubhaft gemacht werden kann, kann im einstweiligen Rechtsschutzverfahren auch nicht durchgesetzt werden.

Zur Glaubhaftmachung steht zwar das Mittel der eidesstattlichen Versicherung zur Verfügung. Wer aber sollte in einem Verfahren des Kinder- und Jugendhilferechtes eine eidesstattliche Versicherung abgeben? Das Kind oder der Jugendliche wird oftmals nicht in Betracht kommen. Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Jugendhilfe könnten im Einzelfall in Betracht kommen, dürften aber gute Gründe haben, insoweit zurückhaltend zu sein.

Die Eltern dürften auch nur in Einzelfällen geeignet sein.

Darüber hinaus muss im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nicht nur der Anspruch auf die Leistung (der sogenannte „Anordnungsanspruch“), sondern auch die Eilbedürftigkeit („Anordnungsgrund“) glaubhaft gemacht werden. Das Gericht muss also davon überzeugt werden, dass die Sache keinen Aufschub duldet. Auch das ist sehr viel schwieriger, als es klingt. Man darf nicht vergessen, dass Richterinnen und Richter in aller Regel einer gesellschaftlichen Sphäre entstammen, in der sie mit Klientinnen und Klienten der Kinder- und Jugendhilfe ebenso wenig Berührung hatten, wie mit Menschen mit einer Behinderung oder Menschen, die in Armut leben. Das führt zu einer gewissen Unsicherheit im Umgang mit Menschen, die Ansprüche nach dem SGB VIII oder Ansprüche auf Teilhabeleistungen geltend machen. Diese Unsicherheit wird – so jedenfalls mein Eindruck – oft dadurch kompensiert, dass der Richter sich erst einmal an der Behörde orientiert.

Das einstweilige Rechtsschutzverfahren hat also zusätzliche Hürden, die die

Chancen des Antragstellers verringern. Im Laufe der Jahre habe ich den Eindruck gewonnen, dass Gerichte dann, wenn sie einen Anspruch im einstweiligen Rechtsschutzverfahren einmal versagt haben, sich später im Klageverfahren deutlich schwerer tun, anders zu entscheiden. Die Entscheidung über den Antrag auf einstweilige Anordnung hat also de facto eine gewisse präjudizierende Wirkung. Deshalb ist der Antrag auf einstweilige Anordnung ein zweischneidiges Schwert.

#### **d) Antragsberufung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren**

Wir haben im Laufe der Jahre immer wieder die Erfahrung gemacht, dass die Bereitschaft eines Gerichtes, eine regelmäßige Entscheidungspraxis einer Behörde für rechtswidrig zu erklären, in der Sozialgerichtsbarkeit von Instanz zu Instanz steigt. Es ist mehrfach vorgekommen, dass durch zwei Instanzen Prozesskostenhilfe nicht bewilligt wurde, weil die Sache ohne Aussicht auf Erfolg sei, während das BSG dem Kläger dann Recht gab. Das bedeutet: Wenn man die Praxis verändern will, ist die Möglichkeit, den Instanzenzug in Anspruch zu nehmen, von großer Bedeutung.

Diese Möglichkeiten sind jedoch in der Verwaltungsgerichtsbarkeit sehr viel restriktiver ausgestaltet als in der Sozialgerichtsbarkeit. Vor dem Sozialgericht ist die Berufung immer zulässig, wenn die Sache nicht in Geld zu beziffern ist, oder wenn der Gegenstandswert mehr als 750 € beträgt.

In der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist die Berufung ganz grundsätzlich nur zulässig, wenn sie entweder durch das erstinstanzliche Gericht, oder durch die 2. Instanz zugelassen wird. Das eröffnet der 2. Instanz die Möglichkeit, Rechtsfragen, die durchaus grundsätzliche Bedeutung haben mögen, im Zulassungsantragsverfahren zu entscheiden und so ein ganzes Bundesland von der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes abzuschneiden. Denn gegen die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichtes bzw. Verwaltungsgerichtshofes über die Nichtzulassung einer Berufung ist kein weiteres Rechtsmittel gegeben. Erst die Zulassung der Berufung eröffnet die Möglichkeit, später einen Revisionszulassungsantrag zu stellen. Obwohl Revisionszulassungsanträge grundsätzlich niedrige Erfolgsaussichten haben, haben wir überraschend häufig Revisionszulassungen durch das Bundessozialgericht erlebt. Viele wichtige Grundsatzentscheidungen, die das Bundessozialgericht in den letzten Jahren getroffen hat, ergingen gegen die Instanzgerichte – also nachdem die Instanzgerichte den Anspruch abgelehnt hatten. Prominente Beispiele sind die Mietobergrenzen im Grundsicherungsrecht, das persönliche Budget, der Begriff der Behinderung in der Eingliederungshilfe oder die Kosten, die das Sozialamt im Rahmen der Hilfe zur Pflege für die hauswirtschaftliche Hilfe zu übernehmen hat.

Aufgrund der Überlegungen, die ich Ihnen bereits vorgestellt habe, vermute ich, dass die Verwaltungspraxis des SGB VIII im besonderen Maße der Korrektur durch die Gerichtsbarkeit bedarf. Da die Bereitschaft, Rechtsauffassungen der Behörde zu kassieren, in höheren Instanzen höher zu sein scheint, bedeutet die restriktive Ausgestaltung der Möglichkeit der Berufung in der VwGO eine nicht unerhebliche Hürde für das Projekt, das SGB VIII durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit durchleuchten zu lassen.

Wenn in einem Bundesland die Zulassung für die Berufung nicht zu erlangen ist, gibt es eigentlich nur die Möglichkeit, zu versuchen, in anderen Bundesländern Verfahren ähnlichen Inhalts zu führen und zu hoffen, dass andere erstinstanzliche Gerichte anders entscheiden. Wenn erstinstanzliche Verwaltungsgerichte divergierend entscheiden, wird die 2. Instanz wenigstens eines Bundeslandes über kurz oder lang nicht umhin kommen, die Berufung zuzulassen. Wenn die Berufung einmal zugelassen ist, kann man jedenfalls versuchen, eine Sache grundsätzlich durch das Bundesverwaltungsgericht klären zu lassen.

## Das SGB VIII in den Gerichtssaal bringen

Für einen großen Teil der Ansprüche, die das SGB VIII bereit hält, sind die Bedingungen dafür, dass sie überhaupt vor dem Gericht verhandelt werden, im Regelfall nicht erfüllt. Da wir diese Bedingungen nicht ändern können, kann es nur um die Frage gehen, ob sie in der Zusammenarbeit von Anwaltschaft und Ombudsstellen doch noch erfüllt werden können. Ich gehe dabei von folgender Überlegung aus:

Es ist das originäre Handwerk der Anwaltschaft, einen definierten Sachverhalt unter Rechtsfolgen zu subsumieren. Außerdem ist es anwaltliches Handwerk, den Wunsch nach Geltendmachung in effektive prozessuale Handlungen zu übersetzen.

Ein großes Problem liegt darin, dass es aus einer Anwaltskanzlei heraus oft nur schwer möglich ist, den Sachverhalt zu ermitteln.

Nach unserer Erfahrung haben Akteure aus dem Bereich der sozialen Beratung und auch der rechtlichen Betreuung ihrerseits zwar weniger Schwierigkeiten mit dem Sachverhalt, aber übersehen oft nicht, welche Folgen bestimmte prozessuale Handlungen später zeitigen können. Damit können sich Berater und Unterstützer einerseits und Anwälte andererseits gut ergänzen. Um das operationalisierbar zu machen, formuliere ich meine Überlegungen im Folgenden in Form einer Wunschliste, die auf unseren Erfahrungen mit der Zusammenarbeit von anderen Akteuren basiert.

**a) Frühe Kontaktaufnahme**

Je später ein Konflikt zu uns kommt, desto schwieriger ist es oft, diesen Konflikt zugunsten unseres Mandanten zu lösen. Ideal ist es, eine Akte bzw. ein Verfahren vom ersten Tag an so zu führen, als sei gewiss, dass man später vor Gericht klagen muss. Wenn man diesen Grundsatz beherzigt, kann das oft dazu führen, dass eine Klage gar nicht mehr notwendig ist. Das Problem liegt darin, dass Akteure aus der nichtjuristischen Welt nicht übersehen, was das bedeutet. Daher ist es sinnvoll, wenn Sie schon zu einem Zeitpunkt, zu dem die Sache nicht streitig ist, mit dem Anwalt Kontakt aufnehmen, um zu besprechen, wie das Verfahren von Anfang an zu gestalten ist.

**b) Austausch von Informationen**

Für unsere Kooperationspartner stehen wir telefonisch stets Fragen zur Verfügung. Diese Art des telefonischen Kontaktes führt dazu, dass unsere Kooperationspartner ihre rechtlichen Kompetenzen erweitern. Je versierter ein Kooperationspartner ist, desto besser wird die Qualität der Vorarbeit sein, die er in der Kooperation erbringt, was uns wiederum die Arbeit erleichtern kann.

**c) Aufarbeitung des Sachverhalts**

Das größte Problem in der Bearbeitung von Mandanten, die Ansprüche von Menschen mit Behinderungen oder Ansprüche nach dem SGB VIII betreffen, liegt in der Schwierigkeit, den Sachverhalt zu verstehen und darzustellen. Das können Akteure aus dem Kinder- und Jugendhilferecht sehr viel besser als wir. Das ist nicht nur eine Frage der Ressourcen, sondern auch ganz schlicht eine Frage der Kompetenz. Es ist für uns einfach schwierig, zu verstehen, was in einem bestimmten Fall das Problem ist. Hilfreich ist es deshalb, wenn die Ombudsstelle uns eine Darstellung des Sachverhaltes zur Verfügung stellt oder im Gespräch den Sachverhalt so darstellen kann, dass wir verstehen, worum es geht.

Auf den ersten Blick mag es eine Kleinigkeit sein, aber auch die Zusammenstellung von Daten wie Adressen, Geburtsdaten von Eltern, Name oder Ansprechpartner in Einrichtungen oder Diensten, ist von großem praktischen Wert für die anwaltliche Arbeit. Noch wichtiger ist die Zusammenstellung von Unterlagen. In der Regel liegen in einem Fall, der zu uns kommt, irgendwelche Unterlagen irgendwo vor. Das können Hilfepläne sein, Gutachten, ärztliche Stellungnahmen, fachliche Stellungnahmen und vieles andere mehr. Diese Unterlagen sind die Grundlage der anwaltlichen

Arbeit. Es ist oft schwierig, einen Überblick darüber zu bekommen, welche Stellungnahmen und Unterlagen es gibt und diese Unterlagen zu bekommen.

#### **d) Fachliche Hinweise**

Niemand kennt das ganze Recht. Es hilft uns sehr, wenn eine Ombudsstelle rechtliche Ideen – z.B. welche Anspruchsgrundlage in Frage kommt – entwickelt und uns diese mitteilt. Es kann sein, dass wir eine Idee verwerfen oder für nicht überzeugend halten. Das ändert aber nichts daran, dass wir Lernende sind und nicht nur juristische Kenntnisse nach außen vermitteln, sondern auch rechtliche Kenntnisse von außen aufnehmen. Im Leistungsbereich des SGB VIII gilt das in besonderer Weise. Es handelt sich um ein großes und unübersichtliches Gebiet und es ist sehr hilfreich, wenn Praktiker außerhalb der juristischen Arbeit uns ihre rechtlichen Kenntnisse zur Verfügung stellen.

Das gilt natürlich erst recht für nichtrechtliche fachliche Hinweise. Es kann immer sein, dass wir in einem Schriftsatz fachliche Zusammenhänge darstellen müssen, dass uns das aber nicht ganz gelingt. Es hilft uns sehr, wenn wir hier korrigiert werden.

#### **e) Begleitung des Verfahrens**

Wir machen immer wieder die Erfahrung, dass der Kontakt zum Mandanten abreißt oder aber dass Mandanten damit überfordert sind, unsere Anfragen und Schreiben zu beantworten. Wir gehen davon aus, dass dieses Problem im SGB VIII noch ausgeprägter ist als in anderen Gebieten. Wir werden mehr oder weniger darauf angewiesen sein, dass externe Akteure, die Kontakt zum Betroffenen oder zu dessen Umfeld haben, ein Verfahren so lange begleiten, wie wir das Verfahren führen. Wenn der Betroffene damit einverstanden ist, können wir unsere Schriftsätze und eingehende Post in Kopie der Ombudsstelle zur Verfügung stellen. Diese Verfahrensweise hat sich sehr bewährt.

### **Zum Schluss eine Anmerkung zu den Kosten**

Abschließend möchte ich auf die Frage der Kosten zu sprechen kommen. Im Leistungsbereich des SGB VIII fallen bei der Behörde und bei Gericht keine Kosten an. Die einzigen Kosten sind die Anwaltsgebühren. Im gerichtlichen Verfahren kann Prozesskostenhilfe beantragt werden. In der überwiegenden Zahl der Fälle dürften die wirtschaftlichen Voraussetzungen gegeben sein. Für das Widerspruchsverfahren gibt es keine Prozesskostenhilfe. Im Grunde



kommt hier zwar Beratungshilfe in Betracht. Das ist jedoch leider von geringer praktischer Relevanz. Denn die Praxis der Amtsgerichte missachtet konsequent die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichtes – man muss das leider in dieser Deutlichkeit sagen. Beratungshilfe wird im Grunde nur in Ausnahmefällen gewährt.

Wenn wir im Verfahren obsiegen, erstattet der Gegner unsere Kosten für das Widerspruchsverfahren und für das Klageverfahren. Das löst das Problem zu einem gewissen Teil. Die verbleibenden Fälle können überwiegend über Prozesskostenhilfe refinanziert werden. Wenn Prozesskostenhilfe nicht bewilligt wird (bzw. im Unterliegensfall im Widerspruchsverfahren) ist der Mandant Kostenschuldner. Ein Anwalt, der Fälle aus dem SGB VIII bearbeitet, muss jedoch realistisch genug sein, um der Tatsache ins Auge zu sehen, dass er einen Gebührenanspruch gegen den Mandanten in vielen Fällen nicht realisieren können. Das ist unbefriedigend.

Andererseits bedeutet eine Kooperation, wie ich sie oben beschrieben habe, auch wirtschaftliche Vorteile für den Anwalt. Er bekommt den Sachverhalt gewissermaßen frei Haus. Inwieweit dieser Vorteil die hohen Ausfallquoten relativieren kann, ist man im Moment schwer vorherzusagen, da die Fallzahlen dazu zu niedrig sind.