

Grenzen der Rechtsprechung?

– Zum Verhältnis von Recht und Tatsachen im sozialgerichtlichen Verfahren –

Von Dr. Florian Tennstedt, Bielefeld

1. Einiges über den „Juristenstand“, Sozialwissenschaftler und soziale Tatsachen

Georg W. F. Hegel schreibt in seinen „Grundlinien der Philosophie des Rechts“:

„Der Juristenstand, der die besondere Kenntniß der Gesetze hat, hält dieß oft für sein Monopol, und wer nicht vom Metier ist, soll nicht mitsprechen. So haben die Physiker Goethe's Farbenlehre übel genommen, weil er nicht vom Handwerk war, und noch dazu ein Dichter.

Aber so wenig Jemand Schumacher zu seyn braucht, um zu wissen, ob ihm die Schuhe passen, ebenso wenig braucht er überhaupt zum Handwerk zu gehören, um über Gegenstände, die von allgemeinem Interesse sind, Kenntniß zu haben.“¹⁾

Man könnte denken, diese Worte seien zur Kennzeichnung des allgemeinen Verhältnisses zwischen „Juristen-

¹⁾ Hegel, Georg Friedrich Wilhelm: Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse (1821), Frankfurt 1968, 214 (§ 215)

stand“ und Sozialwissenschaftlern geschrieben. Statt Zusammenarbeit findet man regelmäßig wechselseitige Reserviertheit, mindestens „Kommunikationsschwierigkeiten“. Anstatt Informationen auszutauschen, Probleme gemeinsam aufzuarbeiten, kurz, sich etwas zu sagen, bestreitet der eine dem anderen die Kompetenz. Dafür liegt auf seiten der Sozialwissenschaften eine Schwierigkeit darin, daß Forschungsergebnisse, die sowohl methodisch-technisch präzise und von theoretischer Signifikanz sind, als auch für die Lösung der je anstehenden Handlungsprobleme etwas aussagen, nur relativ mühsam zu erlangen sind²⁾. Das ist zunächst primär Kennzeichen der Sache, nämlich der sozialen Wirklichkeit³⁾. Hinzu kommt aber, was Joachim Matthes als „Dilemma des Soziologen“ bezeichnet, nämlich, „daß er einerseits die steigenden Erwartungen begrüßen muß, die an ihn gestellt werden, zugleich aber äußerst skeptisch sein muß hinsichtlich der Struktur und der Inhalte dieser Erwartungen. Nun könnte er freilich auf sie einzuwirken und sie so zu redefinieren versuchen, daß er sich in ihnen angemessen wiederzufinden und sie angemessen zu erfüllen in der Lage ist. Vor dieser Aufgabe aber wird er zurückschrecken im Blick auf die Lage, in der sich seine Disziplin derzeit im akademischen Leben in unserem Lande befindet“⁴⁾.

Immerhin gibt es im Bereich einer Gerichtsbarkeit, nämlich der Sozialgerichtsbarkeit, einzelne Ansätze, die darauf abzielen, im Interesse der anstehenden Probleme die mannigfachen Schwierigkeiten zu überwinden⁵⁾. Damit zeigen sich neue Perspektiven im Sozialrecht, also in genau dem Rechtsgebiet, das von den Wissenschaften jahrzehntelang vernachlässigt wurde — kommt etwa die Hegelsche „List der Vernunft“ zum Zuge? Im Hintergrund steht ein hier besonders wirksam werdendes Strukturproblem, das Niklas Luhmann allgemein folgendermaßen gekennzeichnet hat: „Für das Gerichtsverfahren zivilisierter (im Unterschied zu denen archaischer) Gesellschaften ist bezeichnend, daß die Einzugsbereiche für rechtliche und für faktische Entscheidungsprämissen sozial auseinandergezogen sind. Diejenigen Instanzen, die Recht setzen, geben nicht zugleich an, welche Tatsachen wahr sind und umgekehrt. Beide Umwelten sind getrennt und können sich auch nicht wechselseitig beherrschen. Ihre Konfrontation kommt erst im Verfahren und nur durch das Verfahren zustande. Ob die Autonomie der Gerichtsverfahren mit dem Ausbau des modernen Industriestaates gewachsen ist oder nicht, läßt sich schwer sagen. Zu vermuten ist eine Verschiebung des Autonomiebereiches vom Recht zu den Tatsachen hin. Die Tatbestandswürdigung (ist) viel komplexer geworden“⁶⁾. Die besondere Schwierigkeit vieler sozialgerichtlicher Verfahren liegt nun darin, daß — aus Gründen, die hier nicht näher analysiert werden können — die Informationen über die Tatsachen von den Prozeßbeteiligten in vielen Fällen nicht geliefert werden können und auch nicht durch die Gerichte im Wege der Amtsaufklärung ermittelt werden können. Im Unterschied zum Zivil- und Strafverfahren gehen vielfach die rechtserheblichen Tatsachenkomplexe weit über den Sachverhalt, das „Lebensgebiet“, des zu entscheidenden Falles hinaus, der Sachverstand von „Sachverständigen“ versagt oft gegenüber dem aufzuklärenden Sachverhaltsbereich. Im Ergebnis fehlen dann dem Richter, der die allgemeinen Normen auf einen bestimmten Tatbestand anwenden soll, wesentliche Tatsachen, die den Tatbestand erst konstituieren. So mag dann zwar die Subsumption „an sich“ in Ordnung sein, sie geht aber von reduzierten, unvollständigen oder falschen Voraussetzungen aus. Dem Richter, der aufgrund des Rechtes die Relevanz einer Tatsachenfeststellung beurteilen und so das Recht „anwenden“ soll, fehlen also häufig die Tatsachen⁷⁾. Hieraus hat das Bundessozialgericht bisher zwei verschiedene

Konsequenzen gezogen, die anhand von zwei Entscheidungen verdeutlicht werden sollen.

2. Nur „Legitimation durch Verfahren“ (Luhmann) ... Man kann darauf verzichten, daß Gerichtsverfahren der Wahrheit dienen sollen, stets eine richtige Entscheidung getroffen wird. Hierbei kann man sich auf „die Notwendigkeit des Entscheidens“ berufen: „Ein System, das die Entscheidbarkeit aller aufgeworfenen Probleme garantieren muß, kann nicht zugleich die Richtigkeit der Entscheidung garantieren“⁸⁾.

Die Entscheidung des 11. Senats des Bundessozialgerichts vom 16. November 1972 ist hierfür ein Beispiel⁹⁾. Dem Senat lag ein Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen zum Problem der Teilzeitbeschäftigung vor. Sieht man einmal davon ab, daß es sich hier primär um ein durch verfehlte Gesetzgebung geschaffenes Problem handelt, dann ist festzuhalten, daß weder die an sich

²⁾ Man muß hier leider von einem weitgehenden Versagen der Sozialwissenschaften sprechen. So verbreiteten sich viele Hochschullehrer der Sozialpolitik jahrzehntelang darüber, was denn nun Sozialpolitik überhaupt sei, ihre letzten Prinzipien usw. Darüber „vergaß“ man die Mühsal der Detailkenntnis, die man den „Praktikern“ überließ und die Probleme der sozialen Wirklichkeit, vgl. als hierfür typisch: Schreiber, Wilfrid u. Bernhard Külpe: Soziale Sicherheit, Köln u. Berlin 1971. Im übrigen dominierte die ökonomische Sichtweise mit Phantasieannahmen über Versicherungsverhalten („Selbstbeteiligung“, man vergleiche den „Millionenunsinn“ der „Krankenscheinprämie“). Davon ist erst in den letzten Jahren eine Abkehr festzustellen, vgl. u. a. Ferber, Christian von: Sozialpolitik in der Wohlfahrtsgesellschaft, Hamburg 1967; ders. Gesundheit und Gesellschaft. Haben wir eine Gesundheitspolitik?, Stuttgart u. a. 1971 sowie neuerdings die ausgezeichnete Studie: Böhle, Fritz und Norbert Altmann: Industrielle Arbeit und Soziale Sicherheit. Eine Studie über Risiken im Arbeitsprozeß und auf dem Arbeitsmarkt, Frankfurt 1972, alle diese Studien zeigen, daß wesentliche Akzente anders gesetzt werden müssen; zur Kritik bisheriger „wissenschaftlicher“ Beratung des Gesetzgebers: Krüger, Jürgen: Wissenschaftliche Beratung und sozialpolitische Praxis, Diss. Bielefeld 1972.

³⁾ vgl. Matthes, „Joachim: Einführung in das Studium der Soziologie, Reinbek 1973, 96 ff., Berger, Peter L. u. Thomas Luckmann: Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit, Frankfurt 1969.

⁴⁾ Matthes, Joachim: Einführung . . . , 186. Diese Feststellung kann aber nicht zu einem „Verzicht“ auf Soziologie führen. Es gibt schon eine beachtliche Fülle von einzelnen Forschungsergebnissen, die zwar in einem anderen Zusammenhang entstanden als hier in Frage steht, jedoch gut „angewendet“ werden können. Im übrigen muß man sehen, daß ein Großteil der sozialwissenschaftlichen Forschung sich weniger an den Bedürfnissen einer wie auch immer erstandenen „Praxis“ orientiert, sondern an den Eigeninteressen des Wissenschaftsbetriebes, als da sind: Qualifikationsinteressen der Akademiker, Neuverteilung der Forschungsmittel, Verlängerung der Publikationsliste etc., kurz Imagepflege. Diese Tendenz unterstützen die „Praktiker“, indem sie bei Tagungen und Gutachten — quasi als legitimierende Dekoration — möglichst „Berühmtheiten“ hören anstatt sachdienliche, langfristige Forschung von weniger beschäftigten Sozialwissenschaftlern zu stimulieren. Von der Rechtssoziologie, die sich leider immer mehr in Richtersoziolegie und Grundsatzfragen festzubeißen scheint — gewiß nicht unwichtige, aber doch leider nicht „alles“ bedeutende Themenbereiche — ist vorerst leider auch — ohne äußeren Anstoß — wohl nichts zu erwarten, was konkrete Reformansätze bietet. Man müßte vielleicht eine praxisbezogene Forschung institutionalisieren, langfristige Gutachtenaufträge usw. Man muß hier auch sehen, daß vor allem die Tatsachenfeststellungen die Prozesse verzögern: vgl. Zeisel, Hans, Kalven, Harry Jr. et Bernhard Buchholz: Delay in the Court. Boston—Toronto 1969.

⁵⁾ Vgl. — außer der Rechtsprechung — u. a. die Ausführungen des früheren Präsidenten des Bundessozialgerichts Joseph Schneider: Soziologische Fragestellung im Recht der gesetzlichen Rentenversicherung, in: Naucke, Wolfgang u. Paul Trappe (Hrsg.): Rechtssoziologie und Rechtspraxis, Neuwied und Berlin 1970, 227 sowie Wulfhorst, Traugott: Soziologische Erkenntnisse in der Rechtsprechung aus der Sicht der Sozialgerichtsbarkeit, SGB 1971, 239, 336; Daheim, Hansjürgen: Berufssoziologie und sozialrichterliche Praxis, Kriminologisches Journal 1971, 57. Im Bereich der Strafrechtspflege und Strafvollzugsforschung gibt es auch schon einige bemerkenswerte Ansätze auf Seiten der Soziologie, eine zusammenfassende Darstellung wird z. Z. von Karl-Dieter Opp, Hamburg, vorbereitet.

⁶⁾ Luhmann, Niklas: Legitimation durch Verfahren, Neuwied 1969, 71 ff.

⁷⁾ vgl. Luhmann, Niklas: Rechtssoziologie, Reinbek 1972, 181, vgl. ffr das Bundesverfassungsgericht: Philipp, Klaus Jürgen: Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, Köln u. Berlin 1971.

⁸⁾ Luhmann, Niklas: Legitimation . . . , 21

⁹⁾ Urteil vom 16. Nov. 1972 SozR SGG Nr. 91 zu § 128 = Breith. 1973, 241—42

zuständige Arbeitsverwaltung noch irgendjemand anders in der Vergangenheit und gegenwärtig die zur normativen Entscheidung notwendigen faktischen Entscheidungsprämissen liefern konnte und kann. Das Landessozialgericht half sich nun mit einem „Trick“, nahm Zuflucht zur Fiktion: das, was niemand weiß, erklärte es als „allgemeinkundig“ und „gerichtsbekannt“. Das Bundessozialgericht hat sich nur dagegen gewandt, daß „hier eine jederzeit feststellbare Allgemeinkundigkeit“ vorliege. Im Hinblick auf „gerichtsbekannt“ stellt es hingegen fest: „Gerichtskundig ist eine Tatsache, die der Richter kraft seines Amtes kennt. In der Regel ist zwar davon auszugehen, daß die in der Rentenversicherung tätigen Berufsrichter aufgrund ihrer richterlichen Praxis Erfahrungen und Sachkunde für die Beurteilung der Frage, ob Teilzeitarbeitsplätze in ausreichender Zahl vorhanden sind, gewinnen. Sieht das Gericht eine Tatsache als gerichtskundig an, so muß es also die Beteiligten darauf hinweisen. Dabei genügt es nicht, nur zu sagen, was das Gericht als festgestellt ansehen will; vielmehr muß das Gericht auch unmißverständlich deutlich machen, daß ihm die festzustellende Tatsache *gerichtsbekannt* ist.“ Hier wird also die „Tatsacheninstanz“ Landessozialgericht letztlich darin bestätigt, daß sie das, was keiner weiß, als „gerichtsbekannt“ deklariert hat. Damit wird das Problem der komplexen Tatbestandswürdigung auf das Verfahrensproblem reduziert.

Das „geht“ infolge der „Legitimität durch Verfahren“, kraft hierarchischer Herrschaftspositionen. Eine Rechtsprechung aber, die derart evident auf Wahrheitsfindung verzichtet, setzt sich mindestens dem Verdikt aus, daß ihr die Existenznöte in wesentlichen Aspekten entzogen bleiben¹⁰⁾. Langfristig gefährdet sie ihre eigene Legitimität überhaupt. Der Grundsatz des „rechtlichen Gehörs“, auf den das Bundessozialgericht hier abstellt, soll hierdurch in seiner eminenten Bedeutung nicht verkannt werden. So hat Gerd Roelleke festgestellt, daß es dafür, ob sich ein Recht als mögliches Unrecht versteht, nur ein eindeutiges und sicheres Kriterium gibt: „die praktikable Widerspruchsmöglichkeit in einem offenen Verfahren“^{10a)}. Hier zeigt sich aber auch wieder die Besonderheit des sozialgerichtlichen Verfahrens: Im Gegensatz zu Zivil- und Strafverfahren, bei denen die Prozeßbeteiligten meist an den Geschehnissen bzw. zu beurteilenden Tatsachen beteiligt waren, sie erst geschaffen haben, hat die Klägerin in diesem Verfahren keine besondere Tatsachenkenntnis über den Teilzeitarbeitsmarkt, aufgrund deren sie zu den Tatsachen, die das Gericht als gerichtsbekannt ansieht, kompetent Stellung nehmen könnte. Es sei denn, sie fragte zurück und setzte die Richter einem „Begründungszwang“ aus. Hier würde sie aber gegen den im Gerichtsverfahren strukturell geforderten „Glaubensgehorsam“ verstoßen. Hans Albert hat hierzu bemerkt: „Eine der wesentlichen Gemeinsamkeiten zwischen theologischer und juristischer Denkweise scheint darin zu bestehen, daß beide sich mehr oder weniger ausdrücklich einem *Offenbarungsmodell* der Erkenntnis unterwerfen, demzufolge es darauf ankommt, die Wahrheit aus den Verlautbarungen von Instanzen zu entnehmen, die mit unbezweifelbarer *Autorität* für die Lösung der betreffenden Probleme ausgestattet sind“^{10b)}.

3. oder auch „auf der Suche nach Wirklichkeit“ (Schelsky)?

Der 4. Senat des Bundessozialgerichtes scheint demgegenüber der Maxime von Justinus Gobler aus dem Jahre 1543¹¹⁾ zu folgen: „Si bene facta notes, consultus, jura sequentur! Factum praecedens ordine jus sequitur“ — Wenn du, Jurist, die Fakten gut feststellst, dann wird Recht folgen! Der Sachverhalt geht in der Reihe vor, die rechtliche Beurteilung folgt nach.

Hier scheint der schwierigere, letztlich aber richtigere Weg richterlicher Rechtsgewinnung zu liegen.

Am 11. August 1972 hatte der 4. Senat des Bundessozialgerichts darüber zu entscheiden, ob ein ehemaliger Maurer, der keine typischen Maurerarbeiten mehr ausführen konnte und den berufsverwandte Tätigkeiten entweder überforderten bzw. dem, sofern das nicht gegeben war, der entsprechende Arbeitsmarkt verschlossen war, Berufsunfähigkeitsrente erhalten sollte oder nicht.

Die Frage, auf welche Tätigkeiten er nun verwiesen werden könnte, war Gegenstand der Revision. Das Bundessozialgericht stellt fest, daß der Gesetzgeber es unterlassen hat, festumrissen Verweisungstätigkeiten aufzuzeigen. So geht es also zunächst wieder um eine Auslegung des § 1246 Abs. 2 RVO. Das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen hatte dem Maurer (Facharbeiter), der auch zeitweilig Polier war, Berufsunfähigkeitsrente zugesprochen, weil eine Verweisung auf Tätigkeiten, die dem erlernten Beruf verwandt seien, nicht in Betracht kam. Diese Frage der horizontalen Verweisbarkeit sah das Landessozialgericht leider irrtümlich als Problem der vertikalen Verweisbarkeit, des sog. Dreistufenschemas, während es sich in Wahrheit um ein Problem der horizontalen Verweisbarkeit handelt. Das Bundessozialgericht konstatiert demgegenüber, daß das Gesetz keinen Anhalt dafür biete, daß für einen Facharbeiter nur die Verweisung auf berufsverwandte Tätigkeiten zumutbar seien. Hier muß zunächst festgestellt werden, daß in der Gesetzesauslegung im engeren Sinne das Urteil erheblichen Anlaß zur Kritik bietet, denn um seine Behauptung des „keinen Anhalt“ aufrechterhalten zu können, macht der 4. Senat ein Doppeltes:

- Statt „umfaßt alle Tätigkeiten, die seinen Kräften und Fähigkeiten entsprechen“ schreibt es „solange seine Kräfte und Fähigkeiten nicht überfordert werden“, ersetzt also des nach oben und unten Grenzen setzende „entsprechende“ durch das nur nach oben Grenzen setzende „überfordern“. Faktisch steht dahinter die „ursprüngliche—Kraft—Theorie“ des Reichsversicherungsamtes von vor 70 Jahren: „Man wird . . . davon ausgehen können, daß in jedem Menschen sozusagen eine rohe Kraft steckt, das heißt, die Fähigkeit, sich mit seinen gesunden Gliedmaßen zur Verrichtung der allgewöhnlichsten, keinerlei Vorkenntnisse oder Übung irgend einer Art erforderlichen Arbeit auf dem Arbeitsmarkt zu stellen. Diese rohe Arbeitskraft kann jedoch durch besondere Fähigkeiten, seien diese nun geistiger oder körperlicher Art, nur gesteigert und dadurch auch wirtschaftlich in erhöhtem Maße nutzbar gemacht werden. Unzulässig dagegen, weil vom wirtschaftlichen Standpunkt aus in sich widerspruchsvoll, erscheint die Annahme, daß durch hinzutretende ‚Fähigkeiten‘ die Möglichkeit einer Verwertung jener ursprünglichen Kraft herabgedrückt werden könnte“¹²⁾. Ein Kommentar zu diesem Synkretismus aus physikalischen, anthropologischen und ökonomischen Teilwahrheiten dürfte sich erübrigen!
- Im Hinblick auf den weiteren Wortlaut des § 1246 RVO (Dauer und Umfang der Ausbildung, bisheriger Beruf, besondere Anforderungen der bisherigen Be-

¹⁰⁾ Ferber, Christian von: Sozialpolitik . . . , 80, vgl. auch Achinger, Hans: Sozialpolitik als Gesellschaftspolitik, Hamburg 1953, 105.

^{10a)} Roelleke, Gerd: Der Begriff des positiven Gesetzes und das Grundgesetz, Mainz 1969, 291.

^{10b)} Albert, Hans: Erkenntnis und Recht. Die Jurisprudenz im Lichte des Kritizismus, in: Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 2) Düsseldorf 1972, 82 f.

¹¹⁾ Gobler, Justinus: In legem respiciendam explanatio, Basel 1543, zit. nach Radbruch, Gustav: Kleines Rechts-Brevier, Göttingen 1954, 58.

¹²⁾ RE 990, Amtliche Nachrichten des Reichs-Versicherungsamtes 1902, 503.

rufstätigkeit) und seine Entstehungsgeschichte ist es einfach nicht haltbar zu sagen, daß das Gesetz „keinen Anhalt“ für eine horizontale Abgrenzung des Verweissungsbereiches bietet¹³⁾.

Die weiteren Ausführungen des Bundessozialgerichts behandeln dann das Problem der zumutbaren Verweissungstätigkeiten ausschließlich unter dem Aspekt des sozialen Ansehens¹⁴⁾, wofür das Gesetz sehr wenig, die bisherige Rechtsprechung des Bundessozialgerichts allerdings recht viel Anlaß bietet. Jahre hindurch war das sog. Drei-Stufen-Schema als „gegriffene Größe“ die Formel, mit deren Hilfe das Bundessozialgericht das Problem des wesentlichen sozialen Abstiegs, der vertikalen Verweissbarkeit, auf das hin es die Grenzen der Verweissungsmöglichkeiten mehr oder weniger neu gesetzt bzw. reduziert hatte, „praktikabel“ gemacht hatte. Dem 4. Senat ist es weitgehend gelungen, dieses Schema, das durch die gesamtgesellschaftliche Entwicklung der beruflichen Wirklichkeit nie adäquat war, aufzugeben¹⁵⁾, während der 5. Senat es mit Hilfe des Rückgriffs auf die tarifliche Einstufung aufrechterhalten will¹⁶⁾.

Das Landessozialgericht stellte sich nun prononciert der Rechtsprechung des 4. Senats entgegen und desavouierte damit gleichzeitig seinen sachgerechten Bezug auf die Berufsverwandtschaften:

„Entgegen der neueren Rechtsprechung des Bundessozialgerichts sei eine enge Anlehnung an das sog. Drei-Stufen-Schema (gelernt, angelernt, ungelernt) geboten. Abweichungen hiervon seien nur in Ausnahmefällen in Erwägung zu ziehen“.

Die Ausführungen des Bundessozialgerichts hierzu sind nun in mehrfacher Hinsicht bemerkenswert:

a) Sie betonen sehr stark und zu Recht das Zumutbarkeitsprinzip in § 1246 RVO und den Einzelfall. Damit wird darauf verzichtet, allgemeingültige Entscheidungskriterien und Schemata zu konstruieren, die den Blick auf die Wirklichkeit verstellen. Statt dessen werden „nicht vollzählig, sondern nur beispielhaft“ mehrere Kriterien genannt, die „möglicherweise Beachtung zu finden haben“. Dahinter steht das Bemühen, den individuellen Bedürfnissen und Existenznöten der einzelnen, die durch ihre summierten Beiträge die Sozialverwaltung unterhalten, gegenüber vermeintlicher „Praktikabilität“ zum Recht zu verhelten¹⁷⁾.

b) Für die auf den Einzelfall hinweisenden Kriterien wird sehr stark auf sozialwissenschaftliche Forschungsergebnisse Bezug genommen, insbesondere aus den hier relevanten Bereichen Industrie- und Berufssoziologie.

4. Grenzen und Möglichkeiten einer Rechtsprechung, die auf Informationen über soziale Tatsachen im Verfahren insistiert und sie einbezieht.

Die sozialwissenschaftliche Analyse dieses Urteils zeigt nun allerdings wieder einige Risiken auch dieser Rechtsprechung, die nicht resigniert bei der Legitimation durch Verfahren ihre Grenze findet, nicht soziale Wirklichkeit erfindet, sondern auf dem Finden sozialer Wirklichkeit insistiert, sie für die Gesetzanwendung „in den Griff“ bekommen will. Sie ist gegenüber der „eingeschliffenen“ Tradition noch nicht konsequent genug im Sinne ihres eigenen Ansatzes. Ihr Bemühen um eigene Feststellung der relevanten Fakten steht noch unter dem Primat der Ermittlung des „sozialen Ansehens“, statt von „Zumutbarkeit“ wie das Gesetz spricht das Bundessozialgericht einmal — verengend — von „sozialer Zumutbarkeit“. Hierzu liegt von der Normauslegung ebensowenig eine Notwendigkeit vor wie zu dem bereits erwähnten Verzicht auf eine horizontale Begrenzung des Verweissungs-

bereiches. So ist es bemerkenswert und sehr zu begrüßen, daß das Urteil des 4. Senats des BSG im Hinblick auf eine „durch Arbeitsteilung, Mechanisierung und Automation gekennzeichnete Arbeitswelt“ betont, daß Kriterien wie „Sicherheit des Arbeitsplatzes“ und „jeweilige Arbeitsplatzsituation, beispielsweise die Sauberkeit der Arbeit, das Fehlen körperlicher Belastungen oder negativer Umwelteinflüsse (Lärm, Temperatur, Witterung und dgl.)“ berücksichtigt werden müssen, wenn man die Zumutbarkeit einer Verweissungsfähigkeit ermitteln will. Diese Faktoren sind aber unabhängig von der Frage des sozialen Ansehens, die im Gesetz gar nicht erwähnt ist, besser in Griff zu bekommen: sieht man sie nur als Komponenten des sozialen Ansehens und berücksichtigt man sie nur insoweit, wird man ihrer tatsächlichen Bedeutung für die gesamte berufliche Situation („Zumutbarkeit“) nicht gerecht!

Das grundsätzliche Problem dieser Rechtsprechung liegt jedoch darin, daß ihr durch ein in wesentlichen Teilen falsch konstruiertes Gesetz Grenzen gezogen sind. Georg W. F. Hegel hat ein Gesetzbuch mit einem Baum verglichen und gesagt: „ein großer alter Baum verzweigt sich mehr und mehr, ohne deshalb ein neuer Baum zu werden“¹⁸⁾. Mit dieser Metapher könnte er die Reichsversicherungsordnung gemeint haben — die Verzweigungen kommen durch Partialreformen, Verordnungen und schließlich die Rechtsprechung zustande. Und wenn Hegel nun weiter ausführt: „Jedes Gesetzbuch könnte noch besser seyn, die müßige Reflexion darf dieß behaupten, denn das Herrlichste, Höchste, Schönste kann noch herrlicher, höher und schöner gedacht werden“, dann muß man fortfahren: der Schönheit der neuen Zweige sind durch den alten Baum und die alten Zweige Grenzen gesetzt. Konkret heißt dies: eine Rechtsprechung, die auf sozialwissenschaftliche Forschung zurückgreift und dies in einem System der sozialen Sicherheit und bei einem Gesetzbuch tut, die selbst ohne hinreichende Berücksichtigung sozialer Wirklichkeit entstanden und „reformiert“ sind, vielmehr am besten mit sozioökonomisch-politischen Grundgegebenheiten der Jahrhundertwende und „Funktionen und Folgen formaler Organisation“¹⁹⁾ erklärt werden können, kann nicht weit tragen.

¹³⁾ Tennstedt, Florian: Berufsunfähigkeit im Sozialrecht. Ein soziologischer Beitrag zur Entwicklung der Berufsunfähigkeitsrenten in Deutschland, Frankfurt 1972, 79 f., 87 ff., 90, 265.

¹⁴⁾ Tennstedt, Florian: Berufsunfähigkeit . . . , 209 ff. u. Weltz, Friedrich u. Gert Schmidt: Arbeiter und beruflicher Aufstieg, München: Institut für sozialwissenschaftliche Forschung 1971 (Hektographierter Forschungsbericht)

¹⁵⁾ BSG 17, 191 = SozR RKG § 46 Nr. 6 = Mitt. Ruhrkn. 1963, 19; BSG 29, 96 = SozR RVO § 1246 Nr. 72

¹⁶⁾ SozR RVO § 1246 Nr. 103 = SGB 1973, 29 dazu meine Ausführungen: Berufsunfähigkeitsrenten und tarifliche Einstufung, SGB 1973, 44.

¹⁷⁾ Bedenklich stimmt allerdings, daß die „an sich“ wichtigen Kriterien, auf die der 4. Senat hinweist, wohl mehr oder weniger dazu dienen, Rentenansprüche „abzuwehren“. Seiner Rechtsprechung gingen regelmäßig Urteile der Berufungsinstanz voraus, die Renten zuerkannten. Diese wurden aufgehoben. Das Bemühen des 4. Senats, „richtiger“ Renten bewilligen zu lassen, kann dazu führen, daß im Endeffekt immer weniger Renten wegen geminderter Erwerbsfähigkeit (Berufsunfähigkeitsrenten) bewilligt werden. Das dürfte dem gesetzgeberischen Willen zuwiderlaufen, neben den „spektakulären“ und „sprunghaften“ Minderungen der Erwerbsfähigkeit (Erwerbsunfähigkeitsrente) auch die breit wirkenden, permanenten „kleinen“ Minderungen der Erwerbsfähigkeit, die höchst verbreitete Zustände individueller Not im Gefolge haben, wenigstens ansatzweise „auszugleichen“. Daß hierfür der gewählte Weg — Halbinvaliditätsgrenze, Rentenberechnung von dem Altersruhegeld her usw. falsch ist — steht auf einem anderen Blatt. Auf jeden Fall sind von „kostensparenden“ Urteilen keine besonderen Verwaltungsaktivitäten zu erwarten. Insoweit ist die Rechtsprechung des 5. Senats dem „elitären“ Ansatz des 4. Senats überlegen.

¹⁸⁾ Hegel, Georg W. F.: Grundlinien . . . , 216.

¹⁹⁾ Luhmann, Niklas: Funktionen und Folgen formaler Organisation, 2. Aufl., Berlin 1972.

So kann denn selbst die „herrlichste, höchste und schönste“ Rechtsprechung, die vor allem das Problem der Berufsverwandtschaften reflektieren müßte, nicht verhindern, daß den Hauptnotwendigkeiten für den gemindert erwerbsfähigen Arbeitnehmer

- weitgehende Verhinderung einer Minderung der Erwerbsfähigkeit durch präventive Gesundheitssicherung
- Garantie auf schnelle Vermittlung eines zumutbaren, der Ausbildung, dem bisherigen Beruf und den besonderen Anforderungen der bisherigen Berufstätigkeit entsprechenden neuen Arbeitsplatzes bzw. einer „reibunglosen“ Umschulung
- Garantie eines Verdienstausfallausgleiches

durch die Reichsversicherungsordnung, das Arbeitsförderungsgesetz und die sie ausführenden verschiedenen Versicherungsträger nur unzulänglich Rechnung getragen wird²⁰⁾. Hier kann nun aber die Rechtsprechung eine neue Funktion bekommen: Indem sie auf die sozialwissenschaftlich erkundeten Existenznöte und Bedürfnisse mehr Rücksicht nimmt als auf die „Praktikabilität“ ihrer Entscheidungen im Rahmen einer falsch konstruierten Verwaltungsorganisation, die den Grundproblemen eine ihren Selbstzwecken „angemessene“ „behandlungsfähige“ Prägung gibt und sie dadurch mitunter deformiert, kann sie störende Strukturmomente im System der sozialen Sicherheit dem Gesetzgeber ins Bewußtsein bringen²¹⁾.

Hier scheint eine besondere, noch nicht genügend reflektierte Aufgabe der Sozialgerichtsbarkeit zu liegen, denn außer den Sozialwissenschaften ist sie die einzige Instanz, die vom Verwaltungssystem der sozialen Sicherheit grundsätzlich noch so unabhängig ist, daß sie kontrollieren kann²²⁾. Sie verfehlt aber diese Aufgabe, wenn sie darauf verzichtet, soziale Wirklichkeit eigenständig zu erkunden bzw. entsprechende Forschung zu stimulieren und sich auf rechtliche Entscheidungsprämissen beschränkt, zu Formeln und gegriffenen Größen²³⁾ und Leitsätzen, die vermeintlich praktikabel sind, Zuflucht nimmt und die soziale Wirklichkeit als „gerichtsbekannt“ deklariert.

²⁰⁾ Böhle, Fritz und Norbert Altmann: Industrielle Arbeit . . . , 152 ff., Man muß auch sehen, daß der Gesetzgeber immer mehr Tatbestände schafft, für die es momentan kaum möglich ist, den entsprechenden Sachverhalt zu erforschen, so sind z. B. nach § 36 AFG Leistungen zur individuellen Förderung der beruflichen Bildung nur zu gewähren, wenn dies u. a. „unter Berücksichtigung der Lage und der Entwicklung des Arbeitsmarktes“ zweckmäßig erscheint. Da es sich hier

aber um terra incognita handelt, bleiben der Rechtsprechung nur sie desavouierende Fiktionen. Ein anderes Problem ist z. B. die „Ausweitung“ des Krankheitsbegriffs durch die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts. Dadurch „läuft“ dann alles, die strukturellen Probleme der herkömmlichen Krankenversicherung werden dadurch verdeckt, sind höchstens an den steigenden Kosten ablesbar — die Frage nach dringend notwendigen Reformen wird dadurch immer wieder aufgeschoben, vgl. hierzu: Ferber, Christian von: Gesundheit und Gesellschaft. Oder „Die soziale Grenze der Rehabilitation wurde in Deutschland besonders drastisch empfunden, da hier ein ausgebautes System von Renten- und Entschädigungsleistungen sehr häufig rasch zu einer Verfestigung eines Behinderten-Sozialstatus führt, der außerordentlich therapieresistent ist. Denn die Leistungen des Systems Sozialer Sicherheit knüpfen an justitiable, wissenschaftlich-diagnostisch objektivierbare Sachverhalte an, sie zwingen daher nun um der Rentenleistung willen den Behinderten, die Merkmale seiner Behinderung sichtbar und nachdrücklich zu demonstrieren; sie bedeuten eine Zwangssozialisation in den Behindertenstatus.“ (Ferber, Christian von: Sozialarbeit zwischen Rehabilitation und Resozialisierung, in: Otto, Hans Uwe u. Siegfried Schneider (Hrsg.): Gesellschaftliche Perspektiven der Sozialarbeit, Bd. 1, Neuwied 1973, S. 67.

²¹⁾ Die Notwendigkeit zeigt sich, wenn man die Konzeption des eifrig propagierten Sozialgesetzbuches betrachtet. In der Regierungsbegründung heißt es: „Nicht beabsichtigt ist jedoch, die Kodifikation mit einer Reform des Sozialleistungssystems zu verbinden.“ Völlig unbewiesenermaßen wird die eigentliche „Kodifikationsaufgabe“ als vorrangig gegenüber „grundlegenden Änderungen“ behandelt. In keiner Weise wird gesagt, wie „das Sozialleistungssystem immer wieder fortentwickelt und den sich wandelnden gesellschaftlichen Verhältnissen angepaßt werden“ soll — sofern das je der Fall war, dürfte dieser Prozeß durch die Kodifikation eher gehemmt als gefördert werden, weil sie von den eigentlichen Problemen ablenkt und materiell wenig bringt — es ist sicher kein Zufall, daß mit dem „Allgemeinen Teil“ begonnen wurde. (Bundesrat-Drucksache 305/72 vom 26. Mai 1972, S. 15 f., Bundestagsdrucksache 6/3764).

Demgegenüber stellte schon 1905 der „kaiserliche Sozialminister“ Graf von Posadowsky-Wehner fest: „Wenn wir heute res integra hätten, würde doch kein vernünftiger Mensch, glaube ich, eine besondere Organisation der Krankenversicherung, eine besondere Organisation der Unfallversicherung und eine besondere Organisation der Alters- und Invaliditätsversicherung schaffen. Unfall, Krankheit und Invalidität sind doch drei, ich möchte sagen, physiologische Zustände, die miteinander in ihren Ursachen und Wirkungen eng zusammenhängen. Das sogenannte System unserer sozialpolitischen Gesetzgebung ist lediglich ein Erzeugnis chronologischer Entwicklung.“ (Sten. Ber. d. Deutschen Reichstags, XI. Legisl. Per., I. Session 1903/05, 153. Sitzung, S. 4938). 1919 sagte der Sozialpolitikexperte des Allgemeinen Deutschen Gewerkschaftsbundes, Hermann Müller-Potsdam: „Es hat damals zu den größten Enttäuschungen gehört, die uns der Entwurf der Reichsversicherungsordnung gebracht hat, daß er keine Verschmelzung der verschiedenen Versicherungszweige brachte, sondern lediglich ein einheitliches Gesetz, ein Gesetz, in dem noch immer die verschiedenen Versicherungsträger nebeneinander aufmarschieren.“) Protokoll der Verhandlungen der 5. Konferenz der Arbeitssekretäre zu Nürnberg am 27. Juni 1919, Berlin 1919, 657).

²²⁾ siehe hierzu: Ferber, Christian von: Sozialpolitik . . . , 77 f. Man vergleiche dies mit der Feststellung von Niklas Luhmann: „Gerade die Mitwirkung derer, die möglicherweise den kürzeren ziehen, hat für eine Bestätigung der Normen, für ihre Fixierung als verbindliche, persönlich-engagierende Verhaltensprämissen besonderen Wert“ (Legitimation . . . , 114 f., auch: 88 f.).

²³⁾ Vgl. Ecker, Walter: Wege richterlicher Rechtsgewinnung SGb. 1970, 401.