

**Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht**

---

**Band 111**

# **Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch**

**Eine Untersuchung der Entstehung und Entwicklung  
eines besonderen Haftungstatbestandes im Sozialrecht, seines  
Verhältnisses zum Sozialverfahrens- und zum Staatshaftungsrecht  
sowie eine Kritik seiner bisherigen Dogmatik**

**Von**

**Dr. Reimund Schmidt-De Caluwe**



**Duncker & Humblot · Berlin**

**REIMUND SCHMIDT-DE CALUWE**

**Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch**

**Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht**

**Band 111**

# **Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch**

**Eine Untersuchung der Entstehung und Entwicklung  
eines besonderen Haftungstatbestandes im Sozialrecht, seines  
Verhältnisses zum Sozialverfahrens- und zum Staatshaftungsrecht  
sowie eine Kritik seiner bisherigen Dogmatik**

**Von**

**Dr. Reimund Schmidt-De Caluwe**



**Duncker & Humblot · Berlin**

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Schmidt-De Caluwe, Reimund:**

Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch : eine Untersuchung der Entstehung und Entwicklung eines besonderen Haftungstatbestandes im Sozialrecht, seines Verhältnisses zum Sozialverfahrens- und zum Staatshaftungsrecht sowie eine Kritik seiner bisherigen Dogmatik / von Reimund Schmidt-De Caluwe. — Berlin: Duncker und Humblot, 1992

(Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht ; Bd. 111)

Zugl.: Giessen, Univ., Diss., 1991

ISBN 3-428-07370-3

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1992 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin 65

Printed in Germany

ISSN 0582-0227

ISBN 3-428-07370-3

## Vorwort

Die Arbeit wurde vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen im Sommersemester 1991 als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis Mitte 1991 berücksichtigt. Dies gilt insbesondere für die noch in der Schlußphase der Ausarbeitung erschienene Habilitationsschrift von Eckhard Kreßel ("Öffentliches Haftungsrecht und sozialrechtlicher Herstellungsanspruch") und auch die Dissertation von Klaus Ladage ("Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch. Ein Sonderfall materiell-rechtlicher Wiedereinsetzung"). Beide Veröffentlichungen wählen einen grundsätzlich anderen Lösungsweg als die vorliegende Untersuchung. Zu der ebenfalls den Herstellungsanspruch behandelnde Dissertation von Hans-Peter Adolf konnte hingegen nicht mehr Stellung genommen werden, sie lag zum Zeitpunkt der Drucklegung noch nicht vor.

Besonderer Dank gilt meinem Lehrer, Herrn Professor Dr. Friedrich von Zezschwitz, der mich während der Promotion stets ermutigte. Seinen Anregungen und seiner Kritik verdanke ich wesentliche Denkanstöße. Zu danken habe ich auch Herrn Professor Dr. Brun-Otto Bryde, der das Zweitgutachten erstattete. Dem Deutschen Sozialrechtsverband gebührt Dank für die gewährte großzügige Förderung zur Drucklegung.

Großen Dank schulde ich meiner Frau Josiane, deren Unterstützung und Verständnis mir sehr geholfen haben. Ihr und meinen Eltern, die mir den Weg zu Studium und Promotion ermöglicht haben, widme ich die Arbeit.

Gießen, im Oktober 1991

Reimund Schmidt-De Caluwe



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b>	21
<i>1. Kapitel</i>	
<b>Entstehungsbedingungen und Entwicklungsgeschichte des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs</b>	26
<b>A. Die tatsächlichen und rechtlichen Hintergründe des Haftungstatbestandes</b>	26
I. Die Besonderheiten der Situation der Leistungsberechtigten in dem bisherigen Hauptanwendungsfeld des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs - der Sozialversicherung	27
1. Die Situation des Leistungsberechtigten in der Rentenversicherung	27
a) Die existentielle Abhängigkeit von den Rentenleistungen	27
b) Die Ausgestaltung als Dauerrechtsverhältnis	28
c) Der eigene Leistungsbeitrag des Versicherten	29
d) Die Komplexität der Rechtsbeziehung zwischen Versichertem und Versicherungsträger	30
2. Die Situation des Leistungsberechtigten in der gesetzlichen Krankenversicherung	33
3. Die Situation des leistungsberechtigten Arbeitnehmers im Recht der Arbeitsförderung	35
4. Zusammenfassung	39
II. Die besondere Pflichtenstellung der Sozialverwaltung - Entwicklung und Ausgestaltung der behördlichen Betreuungspflichten	40
1. Zur Funktion der behördlichen Betreuungspflichten	40
2. Zum Begriff der behördlichen Betreuungspflicht	42
3. Die behördliche Betreuungspflicht in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen im Rahmen der Amtshaftung	43
a) Die ersten Entscheidungen des Reichsgerichts zur Betreuungspflicht	43
b) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes - Amtspflichten im sozialen Rechtsstaat	45
c) Zusammenfassung und Stellungnahme	48
4. Die behördliche Betreuungs- und Auskunftspflicht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes	50



a)	Die Entwicklung in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, insbesondere im Bereich des Lastenausgleichsgesetzes.....	50
b)	Zusammenfassung und Stellungnahme.....	52
5.	Die behördlichen Auskunft- und Betreuungspflichten in der höchstrichterlichen Rechtsprechung des Sozialgerichtsbarkeit .....	55
a)	Die ersten Ansätze einer Betreuungspflicht in den Entscheidungen des Reichsversicherungsamtes.....	55
b)	Die Ausgestaltung der Betreuungspflicht durch das Bundessozialgericht .....	56
c)	Zusammenfassung .....	62
aa)	Pflichtcharakterisierung .....	62
bb)	Pflichtentstehung .....	64
cc)	Grenzen der Beratungspflicht.....	65
d)	Stellungnahme.....	68
6.	Würdigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur behördlichen Betreuungspflicht .....	71
7.	Das weitere Anwendungsgebiet des Herstellungsanspruchs außerhalb des Bereiches der Betreuungspflicht.....	75
<b>B.</b>	<b>Rechtsfolgen der Betreuungspflichtverletzung - Die Lösungsansätze der Rechtsprechung vor der Entwicklung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs.....</b>	<b>77</b>
I.	Die Haftung gemäß § 839 BGB i.V.m. Art. 131 WRV bzw. Art. 34 GG.....	78
II.	Korrektur der Betreuungspflichtverletzung nach dem Grundsatz von Treu und Glauben - Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts.....	80
III.	Die anfänglich zurückhaltende Rechtsprechung des BSG .....	82
<b>C.</b>	<b>Die "Geburt" des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs - Das Urteil des BSG vom 14. 6. 1962 .....</b>	<b>85</b>
I.	"Anspruch auf Herstellung" .....	85
II.	Kritik des Urteils .....	86
1.	Die nichttragende Berufung auf einen allgemeinen Wiedergutmachungsanspruch ...	86
2.	Notwendigkeit einer Neukonstruktion ?.....	88
3.	Ergebnis .....	90
III.	Die weitere BSG-Rechtsprechung in den sechziger Jahren.....	90
<b>D.</b>	<b>Die Emanzipation des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs zu einem eigenen richterrechtlichen Haftungsinstitut .....</b>	<b>94</b>
I.	"Vorläufer"-Entscheidungen des BSG, insbesondere die Heranziehung des Grundsatzes des "venire contra factum proprium" .....	94
II.	Chronologie der Entwicklung und Ausgestaltung des Tatbestandes des Herstellungsanspruchs.....	99
III.	Die Rechtsprechung zum Haftungsumfang des Herstellungsanspruchs .....	128
IV.	Zusammenfassung und Systematisierung der Rechtsprechung des BSG zum Herstellungsanspruch .....	141
1.	Der Anwendungsbereich des Anspruchs.....	142
2.	Der sozialrechtliche Schaden.....	143
3.	Der haftungsauslösende Tatbestand.....	143

a) Pflichtverletzung .....	143
b) Verschulden.....	144
4. Das Kausalitätserfordernis .....	146
5. Die Rechtsfolgenseite des Herstellungsanspruchs .....	147
a) Das Haftungsziel .....	147
b) Die Haftungsverpflichtung - Herstellung durch "Vornahme einer Amtshandlung" .....	148
c) Die Grenzen der Haftung.....	149
d) Das Haftungssubjekt.....	150
6. Konkurrenzen .....	151
7. Der zulässige Rechtsweg .....	151
V. Der Herstellungsanspruch nach der Rechtsprechung des BSG - Zusammenfassende Formulierung.....	152
VI. Kritik der Rechtsprechung .....	153
1. Die unterschiedlichen dogmatischen Begründungsansätze des BSG.....	153
2. Die fehlende Kontinuität und der mangelnde Diskurs in der Rechtsprechung des BSG .....	155
3. Die Frage nach dem Bedürfnis für ein besonderes Haftungsinstitut des Herstellungsanspruchs.....	157
4. Ergebnis .....	157

*2. Kapitel*

**Die "Regelungslücke" als Voraussetzung  
richterlicher Rechtsfortbildung - Bestimmung des möglichen  
Anwendungsbereiches eines Instituts der sozialrechtlichen Herstellung  
in Abgrenzung zu bereits bestehenden rechtlichen Konfliktlösungs-  
möglichkeiten bei Pflichtverletzungen der Sozialverwaltung** 160

<b>A. Die bestehenden Korrekturmöglichkeiten behördlicher Pflichtverletzung auf verfahrensrechtlicher Ebene.....</b>	<b>163</b>
I. "Regelungslücke" durch teleologische Reduktion des Vorrangs des Verfahrensrechts ?.....	164
II. Die umfassende Antragsauslegung im Vorfeld.....	166
III. Die Heilung von Verfahrensfehlern - § 41 S. 1, Nr. 1 SGB X.....	168
IV. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand - § 27 SGB X.....	168
V. "Auskunftsbescheid", Zusicherung und Vertrauensschutz - §§ 34, 45 SGB X (Merten) .....	173
VI. Die Aufhebung eines Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung - § 48 SGB X.....	178
VII. Die Rücknahme rechtswidriger, nicht begünstigender Verwaltungsakte - § 44 SGB X (152 AFG).....	183
1. Fallgruppenorientierte Betrachtung .....	184
2. Ergebnis .....	197
VIII. Zusammenfassung .....	198

<b>B. Die Ausgleichsmöglichkeiten aufgrund bestehender gesetzlicher Erstattungsansprüche</b> .....	201
I. Die Erstattung von zu Unrecht entrichteten Beiträgen - § 26 II SGB IV (§ 185a AFG).....	201
II. Die Erstattung rechtmäßig entrichteter Beiträge - insbesondere § 210 SGB VI (§ 1303 RVO/ § 82 AVG).....	204
III. Die Kostenerstattung in der Krankenversicherung - § 13 II SGB V.....	206
IV. Zusammenfassung.....	208
<b>C. Die Anfechtung sozialrechtlicher Willenserklärungen wegen Irrtums (§ 119 BGB)</b> .....	209
I. Die mögliche Relevanz der Anfechtungsregeln für einen Teilbereich der Herstellungsfälle.....	209
II. Die Gestaltungshandlungen der Versicherten als öffentlichrechtliche Willenserklärung.....	212
III. Die grundsätzliche Geltung der Anfechtungsregelungen im Bereich des Sozialrechts.....	213
IV. Die Bindungswirkung als Voraussetzung eines Anfechtungsrechts.....	221
V. Die fehlbetreuungsbedingte Willensbildung als beachtlicher Willensmangel.....	223
VI. Die Rechtsfolgen der Anfechtung der Willenserklärung des Sozialleistungsberechtigten.....	225
1. Nichtigkeit ex tunc ?.....	226
2. Ersatzpflicht des Anfechtenden ?.....	231
VII. Die Ausübung des Anfechtungsrechts.....	232
VIII. Ergebnis.....	233
<b>D. Die besondere Bestandskraftregelung des § 79 II S. 1 BVerfGG</b> .....	235
I. Das Verhältnis von § 79 II S. 1 BVerfGG zu § 44 SGB X.....	235
II. Einschränkung eines Herstellungsanspruchs durch einen in § 79 II S. 1 BVerfGG enthaltenen allgemeinen Rechtsgrundsatz ?.....	238
III. Ergebnis.....	240
<b>E. Die Korrekturmöglichkeiten nach dem Grundsatz von Treu und Glauben, insbesondere in seiner Ausprägung als Verbot des "venire contra factum proprium"</b> .....	241
I. Der Meinungsstand.....	241
II. Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens im Zivilrecht - Ausgestaltung und Rechtsfolgen.....	243
III. Die Geltung des Verbotes des venire contra factum proprium im Sozialrecht.....	246
IV. Ergebnis.....	249
<b>F. Das Verhältnis des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs zu den Ansprüchen des Staatshaftungsrecht</b> .....	251
I. Die Amtshaftung gemäß § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG.....	251
1. Der Amtshaftungstatbestand in den Herstellungsfällen.....	251
2. Die Relevanz der amtshaftungsrechtlichen Restriktionen.....	254
a) Die Subsidiaritätsklausel des § 839 I S. 2 BGB.....	254

b) Die Versäumung eines schadensabwendenden Rechtsmittels - § 839 III BGB .....	255
c) Die Berücksichtigung des Mitverschuldens - § 254 BGB .....	255
d) Das Verschuldenserfordernis des § 839 I S. 1 BGB .....	256
e) Die Beschränkung der Rechtsfolge auf Geldersatz .....	257
f) Die Zuständigkeit der Zivilgerichtsbarkeit - Art. 34 S. 3 GG / § 40 II S. 1 VwGO.....	259
g) Zusammenfassung .....	261
3. Das Verhältnis des Herstellungsanspruchs zur Amtshaftung .....	262
II. Der Folgenbeseitigungsanspruch .....	266
1. Tatbestand und Rechtsfolge des Folgenbeseitigungsanspruchs .....	267
a) Die Entwicklung des Folgenbeseitigungsanspruchs in der Literatur.....	268
b) Der Folgenbeseitigungsanspruch in der Rechtsprechung.....	274
c) Zusammenfassung .....	278
2. Die Anwendbarkeit des Folgenbeseitigungsanspruchs in den Herstellungsfällen.....	283
3. Ergebnis .....	290
III. Die Folgenbeseitigungslast.....	291
1. Inhalt und Anwendungsfeld .....	291
2. Die Folgenbeseitigungslast in den Herstellungsfällen .....	292
IV. Der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff oder Aufopferung .....	294
1. Entwicklung und Tatbestand der Haftungsinstitute.....	294
2. Aufopferung und enteignungsgleicher Eingriff in den Herstellungsfällen.....	296
<b>G. Zusammenfassende Stellungnahme.....</b>	<b>301</b>
I. Der Herstellungsanspruch als eigenständiger, materiellrechtlicher Sekundäranspruch.....	301
II. Der Herstellungsanspruch als Haftung für Handlungsunrecht .....	302
III. Das Defizit der herkömmlichen staatshaftungsrechtlichen Ansprüche.....	303
IV. Die aktualisierte "faktische Norm" des Herstellungsanspruchs .....	304

*3. Kapitel*

**Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch als Institut richterrechtlicher Rechtsfortbildung - Voraussetzungen von "Richterrecht" und bisherige Grundlegungsversuche** 305

<b>A. Zulässigkeit und Schranken des "Richterrechts" .....</b>	<b>305</b>
I. § 31 SGB I als Schranke sozialgerichtlicher Rechtsfortbildung ? .....	306
II. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von "Richterrecht" .....	309
1. Prämissen der Erörterung .....	310
2. Typisierung richterrechtlicher Rechtsfortbildung und Einordnung der Herstellungsrechtsprechung des BSG.....	312
3. Die Aussagen des Grundgesetzes zum Thema "Richterrecht" .....	313

III. Schranken gesetzesvertretenden Richterrechts und die Folgerungen für die Diskussion um den Herstellungsanspruch.....	318
<b>B. Rechtsfortbildende Grundlegungsversuche eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs.....</b>	<b>323</b>
I. Art. 34 GG als Begründungsbasis des Herstellungsanspruchs .....	323
II. Der Herstellungsanspruch als Weiterentwicklung des Folgenbeseitigungsanspruchs.....	327
1. Der Herstellungsanspruch als Parallele des Folgenbeseitigungsanspruchs für den Sozialleistungsbereich .....	327
a) Die Rechtsprechung des 12. Senats des BSG.....	327
b) Der "sozialrechtliche status positivus" bei Ebsen.....	330
c) Kritik einer Parallelerwertung von Folgenbeseitigungsanspruch und Herstellungsanspruch.....	331
2. "Herstellung" als Bestandteil eines aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit abgeleiteten Folgenbeseitigungsanspruchs .....	333
3. Herstellungsanspruch - Ausprägung des Folgenbeseitigungsanspruchs als Grundnorm des Staatshaftungsrechts ?.....	335
4. Ergebnis.....	337
III. Der Herstellungsanspruch als Ausdruck eines verfassungsrechtlichen Kontinuitätsgebotes.....	338
IV. Der Herstellungsanspruch als besonderer Fall des allgemeinen "Bestandsschutzanspruchs" - Der Grundlegungsversuch von Krebel.....	342
1. Die Theorie des Bestandsschutzanspruchs .....	343
2. Der Herstellungsanspruch als Bestandsschutzanspruch - konkrete Folgerungen .....	347
3. Kritik des Bestandsschutzanspruchs.....	349
Exkurs : Subjektives Recht und Anspruch im Privatrecht .....	352
V. Der Herstellungsanspruch als Haftungsinstitut "sui generis".....	359
1. Herstellungshaftung als verfassungsrechtlich notwendige Restitution rechtmäßiger Sozialrechtsverhältnisse .....	360
2. Der Herstellungsanspruch als spezifisches Haftungsmodell einer sozialrechtlichen Sondersituation (Bieback) .....	362
VI. Der Herstellungsanspruch als Einstandspflicht aus Obligationengrundsätzen.....	368
1. Die methodischen Anforderungen eines Rückgriffs auf zivilrechtliche Haftungsgrundsätze im öffentlichen Recht.....	370
2. Das öffentlichrechtliche Schuldverhältnis .....	372
3. Das Sozialrechtsverhältnis als Schuldverhältnis und die haftungsrechtlichen Folgerungen .....	380
a) Haftung aufgrund einer Sekundärverpflichtung nach Obligationengrundsätzen in den Herstellungsfällen - Die Ansicht von Terwey.....	381
b) Die analoge Heranziehung privatrechtlicher Haftungsvorschriften, insbesondere aufgrund einer Strukturähnlichkeit der Sozialversicherung zum privaten Versicherungsvertrag .....	388
4. Ergebnis.....	400
VII. Ansätze einer am Vertrauensschutzgedanken orientierten Grundlegung des Herstellungsanspruchs.....	402
1. Der Vertrauensschutz als weitverbreiteter Argumentationstopos .....	404

2. Grundlegungsversuche in Anlehnung an den Vertrauensschutzgedanken .....	405
a) Der allgemeine Rechtsgedanke des § 162 BGB als Erklärungsbasis des Herstellungsanspruchs (Grüner) .....	405
b) Der Herstellungsanspruch als materiell-rechtliche Wiedereinsetzung (Ladage) .....	407
c) Die Orientierung an der privatversicherungsrechtlichen Erfüllungshaftung .....	410
aa) Nochmals: Der Rekurs auf das Verbot des venire contra factum proprium (Hertwig) .....	410
bb) Die gewohnheitsrechtliche Erfüllungshaftung im Rahmen des Privatversicherungsrecht.....	411
cc) Positive Vertrauenshaftung "kraft rechtsethischer Notwendigkeit" (Canaris).....	413
dd) Die Möglichkeit einer analogen Anwendung der Grundsätze der positiven Vertrauenshaftung im Sozialrecht.....	416
3. Zusammenfassung .....	418
<b>C. Zwischenergebnis und Stellungnahme.....</b>	<b>419</b>

*4. Kapitel*

**Die Grundlegung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs unter dem  
Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes sozialrechtlicher Positionen 421**

<b>A. Die Herstellungsfälle als Problembereich des Vertrauensschutzes.....</b>	<b>421</b>
I. Die Ausgangsbasis der weiteren Untersuchung.....	421
II. Thesen zur dogmatischen Klärung des Herstellungsanspruchs.....	422
III. Der Vertrauensschutz als das maßgebliche Kriterium in den Herstellungsfällen.....	424
<b>B. Voraussetzungen und Möglichkeiten eines verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes sozialrechtlicher Positionen.....</b>	<b>426</b>
I. Das Vertrauensschutzprinzip im öffentlichen Recht .....	426
1. Die Praxis des Vertrauensschutzes im Bürger-Staat-Verhältnis.....	426
2. Die unterschiedlichen Ansätze einer verfassungsrechtlichen Verankerung des Vertrauensschutzprinzips.....	433
a) Vertrauensschutz und Sozialstaatsprinzip .....	433
b) Das Rechtsstaatsprinzip als Standort des Vertrauensschutzes .....	434
c) Vertrauensschutz als Freiheitsschutz durch Art. 2 I GG.....	436
d) Vertrauensschutz aufgrund des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 I GG.....	437
e) Vertrauensschutz durch die speziellen Freiheitsrechte des Grundrechtskataloges .....	438
aa) Die Eigentumsgarantie des Art. 14 I GG als vertrauensschützende Norm .....	439
bb) Vertrauensschutz durch Art. 12 I GG .....	440
cc) Vertrauensschutz durch Art. 6 I GG .....	443

dd) Sozialrechtliche Kontinuitätsverbürgung durch Art. 2 II GG .....	445
f) Zusammenfassung .....	447
II. Sozialrechtliche Positionen mit verfassungsrechtlicher Vertrauensschutzgewährleistung .....	448
1. Die Sozialrechtspositionen des Bürgers in den Sachverhalten der bisherigen Entscheidungen zum Herstellungsanspruch .....	448
2. Grundrechtsschutz sozialrechtlicher Rechtsstellungen .....	450
a) Der Eigentumsschutz im Sozialrecht .....	450
b) Art. 12 I GG und die nicht auf "Eigenleistung" beruhenden Ansprüche nach dem Arbeitsförderungsrecht .....	459
c) Die Relevanz des Art. 6 I GG für sozialrechtliche Positionen .....	462
3. Zwischenergebnis: Verfassungsrechtlicher Vertrauensschutz nur für "erdiente" Sozialrechtspositionen ? .....	463
4. Verfassungsrechtlicher Vertrauensschutz staatlich gewährter Sozialleistungen aufgrund einer erweiternden Auslegung des Art. 14 I GG oder durch subsidiäre Heranziehung des Rechtsstaatsgebotes des Grundgesetzes ? .....	464
a) Die Anerkennung der Eigentumsqualität sozialrechtlicher Positionen aufgrund einer funktionsgesteuerten Auslegung des verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffs .....	464
b) Hilfsweise: Der rechtsstaatliche Vertrauensschutz und seine Voraussetzungen .....	477
III. Folgerungen des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes sozialrechtlicher Positionen für die Beurteilung der Herstellungsfälle .....	480
<b>C. Die Bestimmung des Vertrauensschutztatbestandes sozialrechtlicher Positionen .....</b>	<b>484</b>
I. Die Aufgaben- und Zielbestimmungen des Sozialgesetzbuches - §§ 1 - 10 SGB I .....	484
II. Vertrauensschutzkomponenten im Sozialverwaltungsverfahren .....	486
III. Schutz und Gewährleistungssicherung der sozialrechtlichen Positionen durch die Betreuungspflichten - Zur dogmatischen Grundlegung der besonderen Pflichtenstellung der Sozialbehörden .....	488
IV. Zusammenfassung .....	491
<b>D. Die Schutzwürdigkeit des Vertrauenstatbestandes in den Herstellungsfällen .....</b>	<b>493</b>
I. Der subjektive Vertrauenstatbestand .....	493
II. Die "Vertrauensschutzinvestition" des Berechtigten .....	494
III. Der Ursachenzusammenhang zwischen Vertrauenstatbestand, persönlichem Vertrauen und Disposition .....	495
IV. Die verfassungsrechtliche Schutzwürdigkeit des Vertrauens bei entgegenstehenden öffentlichen Interessen .....	496
1. Die Zweckbestimmung der in den Herstellungsfällen relevanten leistungsbegrenzenden Ordnungsnormen .....	497
2. Die Verhältnismäßigkeit der ausnahmslos geltenden gesetzlichen Fristbestimmungen in den Herstellungsfällen .....	498
V. Zwischenergebnis: Verabschiedung des Herstellungs"anspruchs" .....	503
<b>E. Die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung der gesetzlichen Fristbestimmungen .....</b>	<b>505</b>

<b>F. Der "Herstellungsanspruch" als verfassungsrechtlicher Vertrauensschutz - Kongruenz und Korrektur der bisher praktizierten Herstellungshaftung</b> .....	509
I. Sozialrechtlicher Schaden.....	509
II. Der bisherige Haftungstatbestand .....	511
1. Die Betreuungspflichtverletzung als "wesentliche Bedingung" .....	511
2. Die Beurteilung bisheriger Problemfälle rechtswidrigen Behördenverhaltens auf der Grundlage verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes .....	512
a) Die fehlerhafte Aufklärung i.S.d. § 13 SGB I.....	512
b) Die unterlassene Beratung und Individualaufklärung .....	513
aa) Behördliches Unterlassen im Fall nicht nachgefragter Information .....	513
bb) Behördliches Unterlassen bei nachgefragter Information .....	514
c) Das Betreuungsfehlverhalten von Drittbehörden .....	514
3. Die Mitverantwortung des Leistungsberechtigten .....	515
III. Bisherige Probleme des Haftungsinhaltes .....	516
IV. Die bisher strittigen rechtlichen Grenzen der Herstellungshaftung .....	517
1. "Herstellung" bei Fehldispositionen tatsächlicher Art.....	517
2. Die analoge Heranziehung der Frist des § 44 IV SGB X.....	524
V. Prozessuale Fragen .....	526
VI. Ergebnis und Normformulierungsvorschlag .....	528
<b>G. Resümee</b> .....	530



## Abkürzungsverzeichnis

AFG	Arbeitsförderungsgesetz
AK	Alternativkommentar
ALG	Arbeitslosengeld
AlHi-VO	Arbeitslosenhilfe-Verordnung
ALR	Allgemeines Landrecht
AN	Amtliche Nachrichten des Reichsversicherungsamtes
AnVNG	Angestelltenversicherungs-Neuregelungsgesetz
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv für öffentliches Recht
ArbErlVO od. AEVO	Arbeiterlaubnisverordnung
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArVNG	Arbeiterrentenversicherungs-Neuregelungsgesetz
AuB	Arbeit und Beruf (Zeitschrift)
AVAVG	Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung
AVG	Angestelltenversicherungsgesetz
AWG	Außenwirtschaftsgesetz
BA	Bundesanstalt für Arbeit
BAföG	Bundesausbildungsförderungsgesetz
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichtes
BArbBl.	Bundesarbeitsblatt
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
BetrVerfG	Betriebsverfassungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BG	Die Berufsgenossenschaft (Zeitschrift)
BGBI.	Bundesgesetzblatt

BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes für Zivilsachen
BK-GG	Kommentar zum Bonner Grundgesetz
BKGG	Bundeskindergeldgesetz
BKK	Die Betriebskrankenkasse (Zeitschrift)
BlStSozArbR	Blätter für Steuer-, Sozial- und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
BochKomm	Bochumer Kommentar zum Sozialgesetzbuch
Breithaupt	Sammlung von Entscheidungen aus dem Sozialrecht, begründet von Hermann Breithaupt
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichtes
BSHG	Bundessozialhilfegesetz
BStBl.	Bundessteuerblatt
Buchholz	Sammel- und Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, begründet von Karl Buchholz
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichtes
BVG	Bundesversorgungsgesetz
DAngVers	Die Angestelltenversicherung (Zeitschrift)
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DBI.	Dienstblatt
DOK	Die Ortskrankenkasse (Zeitschrift)
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DRV	Deutsche Rentenversicherung (Zeitschrift)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
ESVGH	Entscheidungssammlung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofes und des Verwaltungsgerichtshofes Baden-Württemberg mit Entscheidungen der Staatsgerichtshöfe beider Länder
FEVS	Fürsorgerechtliche Entscheidungen der Verwaltungs- und Sozialgerichte
FGO	Finanzgerichtsordnung
FRG	Fremdrentengesetz
Fs.	Festschrift
GK-SGB	Gemeinschaftskommentar zum Sozialgesetzbuch

GK-SozVers	Sozialgesetzbuch - Sozialversicherung, Gesamtkommentar
HdBKrVers	Handbuch der Krankenversicherung
HdBRVers	Handbuch der Rentenversicherung
HdBSozVers	Handbuch der Sozialversicherung
InfAuslR	Informationsbrief Ausländerrecht (Zeitschrift)
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JbSozRGegenw	Jahrbuch des Sozialrechts der Gegenwart
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart (neue Folge)
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JURA	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KJ	Kritische Justiz (Zeitschrift)
KOVfG	Gesetz über das Verwaltungsverfahren in der Kriegspopferversorgung
LAG	Lastenausgleichsgesetz
LBW	Loseblattwerk
LSG	Landessozialgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MittLVA	Mitteilungen der Landesversicherungsanstalt
MünchKomm	Münchner Kommentar zum BGB
NJW	Neue juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Rechtsprechungsreport der NVwZ
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
PrOVGE	Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts
RBG	Reichsbeamtengesetz
RehaAnglG	Rehabilitations-Angleichungsgesetz
RG	Reichsgericht
RGBI.	Reichsgesetzblatt
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, begründet von den Mitgliedern des Reichsgerichts für Zivilsachen
RGZ	Entscheidungssammlung des Reichsgerichtes für Zivilsachen
RRG	Rentenreformgesetz

RV	Die Rentenversicherung (Zeitschrift)
RVA	Reichsversicherungsamt
RVO	Reichsversicherungsordnung
SchweizZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit (Zeitschrift)
SGB	Sozialgesetzbuch
SGG	Sozialgerichtsgesetz
SozR	Sozialrecht - Entscheidungssammlung, bearbeitet von den Richtern des BSG
SozSich	Soziale Sicherheit (Zeitschrift)
SozVers	Die Sozialversicherung (Zeitschrift)
SRHdB	Sozialrechtshandbuch
StHG	Staatshaftungsgesetz
USK	Urteilssammlung für die gesetzliche Krankenversicherung
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VerbKomm	Kommentar zum Recht der gesetzlichen Rentenversicherung, herausgegeben vom Verband Deutscher Rentenversicherungsträger
VersorgB	Der Versorgungsbeamte (Zeitschrift)
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag
WGSVG	Gesetz zur Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts in der Sozialversicherung
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht (Zeitschrift)
WuV	Wirtschaft und Verwaltung, Vierteljahresbeilage zum Gewerbearchiv
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZfS	Zentralblatt für Sozialversicherung, Sozialhilfe und Versorgung (Zeitschrift)
ZfSH/SGB	Zeitschrift für Sozialhilfe und Sozialgesetzbuch
ZLA	Zeitschrift für den Lastenausgleich
ZSR	Zeitschrift für Sozialreform



## Einleitung

"Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch ist nicht gesetzlich geregelt. Er ist als richterrechtliches Institut von der ständigen Rechtsprechung des BSG für den Fall entwickelt worden, daß der Versicherungsträger seine ihm gegenüber dem Versicherten obliegende Nebenpflicht aus dem Sozialrechtsverhältnis - insbesondere zur Auskunft, Beratung und Betreuung - verletzt und dem Versicherten dadurch sozialrechtlich ein Schaden zugefügt wird. Daraus kann dem Versicherten ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch erwachsen. Er ist auf Vornahme einer Amtshandlung zur Herbeiführung derjenigen Rechtsfolgen gerichtet, welche eingetreten wären, wenn der Versicherungsträger die ihm obliegenden Pflichten ordnungsgemäß wahrgenommen hätte, wobei die Pflichtverletzung ursächlich für den sozialrechtlichen Schaden gewesen sein muß."<sup>1</sup>

Mit dieser Beschreibung durch den ersten Senat des Bundessozialgerichts in seinem Urteil vom 23. 7. 1986 ist der Untersuchungsgegenstand anschaulich eingeführt. Die Wurzeln des mittlerweile allgemein so genannten<sup>2</sup> sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs reichen zurück bis zu Entscheidungen des Reichsversicherungsamtes Anfang des Jahrhunderts, welches bereits ausdrücklich eine Beratungspflicht der "sozialen Behörden" feststellte.<sup>3</sup> Die neuere Historie beginnt mit Entscheidungen der unteren Instanzen der

---

<sup>1</sup> BSGE 60, 158/164 mit Verweis auf die ständige Rechtsprechung, insbesondere BSGE 50, 88/91; 56, 61/62.

<sup>2</sup> Die Terminologie war zum Teil uneinheitlich. Vgl. BSGE 44, 188 u. 46, 175: "Sozialrechtlicher Schadensersatzanspruch"; BSGE 47, 194: "Sozialversicherungsrechtlicher Ausgleichsanspruch"; *Bogs*, Festschrift zum 25-jährigen Bestehen des BSG, 1979, Bd. 1, S. 149/151: "Versicherungsnachteilsausgleich"; *Löwer*, Staatshaftung für unterlassenes Verwaltungshandeln, 1978, S. 291: "Anspruch auf Schadloshaltung". Auch in neuesten Veröffentlichungen ist noch von einem Schadensersatzanspruch die Rede; vgl. *Bühler*, MittLVA Württemberg 1984, S. 201/202 u. *Marburger*, SGB 1989, S. 13/16.

<sup>3</sup> *Maier*, SozVers 1985, S. 113; *Benz*, BG 1987, S. 31/34 mit Hinweis auf RVA AN 1911, S. 420 Nr. 1547; AN 1912, S. 825 Nr. 1604; *Ebsen*, DVBl. 1987, S. 389; *Geschwinder*, ZfS 1985, S. 70/71, der sogar noch weiter zurückgeht und auf RVA AN 1891, S. 357 Nr. 1069 verweist.

Sozialgerichtsbarkeit Ende der 50er und Anfang der 60er Jahre,<sup>4</sup> vor allem aber mit der Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 14. 6. 1962,<sup>5</sup> in welcher zum ersten Mal ausdrücklich von einem "Anspruch auf Herstellung" gesprochen wurde. Mittlerweile ist die Judikatur des BSG und der Instanzgerichte kaum noch übersehbar<sup>6</sup> und behandelt den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch als eine abgeklärte, in der Praxis problemlos handhabbare Anspruchsgrundlage. Die sozialrechtliche Literatur begleitete diese Rechtsprechung überwiegend mit Zustimmung,<sup>7</sup> der Gesetzgeber jedoch hat bisher dem Herstellungsanspruch keine Aufmerksamkeit geschenkt.

Auffallend ist darüber hinaus die jahrelange fast völlige "Ignoranz" von Rechtsprechung und Literatur zum allgemeinen Verwaltungs- und Staatshafungsrecht. Erst in jüngerer Zeit wird der Herstellungsanspruch hier von der Rechtsprechung zur Kenntnis genommen<sup>8</sup> und hält, wenn auch erst vereinzelt, Einzug in die Lehrbücher.<sup>9</sup> Gleichzeitig mit dieser Entwicklung wächst

---

<sup>4</sup> *Maier*, SozVers 1985, Fn. 3; vgl. etwa LSG NRW, Urt. v. 10. 5. 1961, zitiert nach *Lerner*, AngV 1965, S. 65/66; LSG Schleswig-Holstein, Urt. v. 1. 11. 1962, Breithaupt 1963, S. 131/133.

<sup>5</sup> BSG, SozR Nr. 3 zu § 1233 RVO.

<sup>6</sup> Vgl. etwa *Krause (Sattler)*, Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum SGB I (Allgemeiner Teil) und zum SGB IV (Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung), jeweils in den Jahrbüchern des Sozialrechts der Gegenwart ab Bd. 1 (1979); *KassKomm-Seewald*, vor § 38 SGB I, Rdnr. 54 ff.; den wohl vollständigsten Überblick gibt *Grüner/Brückner/Dalichau*, Sozialgesetzbuch, Anhang zur Einleitung des Allgemeinen Teils.

<sup>7</sup> Vgl. aus der umfangreichen Literatur etwa *Lüdke*, AuB 1976, S. 376 f; *Hoppe*, AuB 1979, S. 283 f; *Diener*, MittLVA Oberfranken 1981, S. 439 ff; *Kühl*, VersorgB 1984, S. 137 ff; *Bühler*, MittLVA Württemberg 1984, S. 201 ff; *Benz*, BG 1987, S. 31 ff; *Bley*, Sozialrecht, &. Aufl., S. 44; *Hauck/Haines*, SGB I, § 14 Rdnr. 15d; *Schnapp-BochKomm* SGB-AT, § 14 Rdnr. 13 ff; *Brackmann*, Handbuch der Sozialversicherung, Bd. 1/1, S. 79n IV ff; *Böhm*, VersorgB 1985, S. 39 ff; *Bogs*, Fn. 2; v. *Einem*, SGB 1985, S. 574; *Erenkämper*, Sozialrecht 1984, S. 135 ff; *Funk*, DAngVers 1981, S. 26 ff; *Schellhorn* GK-SGB-AT, § 14 Rdnr. 41 ff; *Geschwinder*, ZfS 1983, S. 42 ff; *Kreßel*, SGB 1987, S. 313 ff; *Maier*, Fn. 3 u. SGB 1982, S. 133; *Seewald*, SGB 1976, S. 133 ff; *Sonnek*, Kompaß 1987, S. 237 ff; *Scheerer*, SGB 1985, S. 300 ff; *Tannen*, DRV 1986, S. 536. Jedoch ist auch Kritik geäußert worden: *Merten*, VSSR 1973, S. 66/76; *Krejci*, VSSR 1975, S. 212/232; *Grüner/Brückner/Dalichau*, SGB-AT, Einleitung, S. 60 ff; *Rüfner*, in: *Wannagat*, SGB-AT, § 14 Rdnr. 12; *Kunze*, Aufklärung, Auskunft und Beratung im Sozialrecht, 1978, S. 170

<sup>8</sup> Vgl. etwa OVG Koblenz, NVwZ 1985, S. 509 f. Unveröffentlicht ist das Urteil des OVG Münster v. 3. 10. 1985 (13 A 2500/83), das den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch im Verhältnis zwischen Architekt und dem Versorgungswerk für Architekten annimmt. Überwiegend ist die Rechtsprechung der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit jedoch ablehnend; vgl. BVerwG, Buchholz 427.2 § 28 FG Nr. 9, S. 9 m.w.N.; BVerwGE 79, 192/194, wonach dieser "speziell dem Sozialrecht entnommene" Gedanke nicht das Gebiet des allgemeinen Verwaltungsrechts übertragbar sei. So auch die überwiegende Ansicht der Literatur; vgl. nur *Stelkens/Bonk/Leonhard-Stelkens*, VwVfG, § 25 Rdnr. 8b m.w.N. Im Zusammenhang mit Fragen der Amtshaftung beginnt der Herstellungsanspruch nun langsam auch die Zivilgerichte zu beschäftigen. Zu nennen sind z.B. OLG Nürnberg, NJW 1988, S. 1597/1598; BGH, NJW 1988, S. 1776 ff u. BGH, VersR 1989, S. 747.

<sup>9</sup> Vgl. etwa *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., S. 648 ff; *Rüfner*, Das Recht der öffentlich-rechtlichen Schadensersatz- und Entschädigungsleistungen, in: *Erichsen/Martens*, All-

allerdings die Beschäftigung mit der dogmatischen Grundlegung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruch.<sup>10</sup> Dies deutet bereits darauf hin, daß es der Rechtsprechung des BSG trotz der langen "Entwicklungszeit" bisher nicht gelungen ist, eine überzeugende und tragfähige Rechtsgrundlage für den von ihr geschaffenen Haftungsanspruch aufzuzeigen.<sup>11</sup> Die dogmatischen Erklärungsansätze sind vielfältig, was nicht verwundert, wenn selbst die einzelnen Senate des BSG von keiner gemeinsamen Position ausgehen; erst jüngst hat Bachof<sup>12</sup> auf die noch immer schwankende Haltung des BSG hingewiesen. Die Palette reicht, um nur einige Beispiele zu nennen, von einer analogen Heranziehung des zivilrechtlichen Leistungsstörungsrechts<sup>13</sup> über die engere oder weitere Anlehnung am Folgenbeseitigungsanspruch<sup>14</sup> bis hin zu einem spezifisch sozialverfassungsrechtlichen Haftungsmodell,<sup>15</sup> ohne daß sich eine Ansicht bisher überzeugend durchsetzen konnte.<sup>16</sup> Vor diesem Hintergrund verwundert es auch nicht, daß sich die bisherige Anspruchsstruktur nur vermeintlich als homogen und problemlos handhabbar zeigt; schon eine "Oberflächenpolitur"<sup>17</sup> läßt konstruktive Ungereimtheiten zu Tage treten.<sup>18</sup>

---

gemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., S. 606 ff; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl., S. 206; *Ule*, Verwaltungsverfahrenrecht, 3. Aufl. 1986; *AK-GG-Rüttsteg*, Art. 34 Rdnr. 37.

<sup>10</sup> Vgl. schon *Löwer*, Fn. 2, S. 291 ff; *Bogs*, Fn. 2; *Terwey*, Die rechtliche Betreuung des Bürgers nach dem Sozialgesetzbuch, 1980, S. 123 ff; *Bieback*, DVBl. 1983, S. 159 ff; *Ebsen*, DVBl. 1987, S. 389 ff; *Wallerath*, DÖV 1987, S. 505 ff; *Brugger*, AöR Bd. 112 (1987), S. 389 ff; *Schoch*, VerwArch Bd. 79 (1988), S. 1 ff; *Redeker*, DÖV 1987, S. 194 ff; *Kreßel*, Öffentliches Haftungsrecht und sozialrechtlicher Herstellungsanspruch, 1990; *Ladage*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, 1990.

<sup>11</sup> So stellt auch *Seewald* (KassKomm, vor § 38 SGB I, Rdnr. 31) fest: "Die dogmatischen Grundlagen dieses Anspruchs sind unklar und umstritten." Deshalb muß hier *Bieback*, Grundlagen und Schranken des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs, SGB 1990, S. 517, widersprochen werden, der meint, "die möglichen Lösungsansätze dürften trotz aller Differenzen nunmehr weitgehend geklärt sein".

<sup>12</sup> DÖV 1990, S. 895/896.

<sup>13</sup> So z.B. BSGE 32, 60/62; 34, 124/127; 48, 211/213; 57, 288/290; *Maier*, SGB 1985, S. 113/116; *Erlenkämper*, Sozialrecht, 1984, S. 137; *Schoch*, VerwArch Bd. 79 (1988), S. 1/59 f.

<sup>14</sup> So z.B. BSGE 34, 124/126; *Bühler*, MittLVA Württemberg 1984, S. 201/203; *Redeker*, DÖV 1987, S. 194/198; *Kreßel*, SGB 1987, S. 313/314; *Brackmann*, Handbuch der Sozialversicherung, Bd. I/1, S. 790 I; *Brugger*, AöR Bd. 112 (1987), S. 389/426.

<sup>15</sup> Vgl. *Bieback*, DVBl. 1983, S. 159/169; *Kühl*, VersorgB 1984, S. 137 ff; aber auch schon *Bogs*, Fn. 2; *Lüdke*, AuB 1976, S. 376 f. Vgl. auch BSG SozR 4100 § 44 Nr. 9, S. 27/29.

<sup>16</sup> Auch *Rüfner*, NVwZ 1991, S. 863, sieht heute noch "die dogmatischen Schwächen der Begründungen für den in Tatbestand und Rechtsfolge noch keineswegs gesicherten neuen Anspruch".

<sup>17</sup> *Maier*, SozVers 1985, S. 113/114; *ders.*, MittLVA Oberfranken 1984, S. 511/513, formuliert: "Schon bei einer Querschnittsbetrachtung und einer mittelprächtigen Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung gelangt man zwangsläufig zu der Erkenntnis, daß die Thematik des Herstellungsanspruchs noch bei weitem nicht ausgereizt und das letzte Wort noch nicht gesprochen ist."

<sup>18</sup> Vgl. zu den hier immer noch bestehenden Unklarheiten und Diskrepanzen den erst kürzlich erschienenen Aufsatz von *Bieback*, SGB 1990, S. 517 ff.