

WESTFÄLISCHE
WILHELMS-UNIVERSITÄT
MÜNSTER

Der (sozialrechtliche) Herstellungsanspruch

Eine allgemeine Rechtsfigur des Staatshaftungsrechts?

Kai Grötschel

Der (sozialrechtliche) Herstellungsanspruch
Eine allgemeine Rechtsfigur des Staatshaftungsrechts?

von

Kai Grötschel

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Steinmeyer

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Wittreck

Dekan: Prof. Dr. Saenger

Tag der mündlichen Prüfung: 7. April 2015

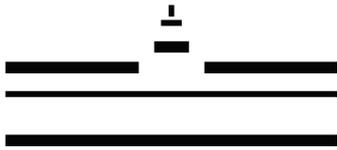
D 6

Zugl.: Münster (Westf.), Univ., Diss. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, 2015

Kai Grötschel

Der (sozialrechtliche) Herstellungsanspruch

Eine allgemeine Rechtsfigur des Staatshaftungsrechts?



**WESTFÄLISCHE
WILHELMS-UNIVERSITÄT
MÜNSTER**

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

Reihe III

Band 15

Kai Grötschel

Der (sozialrechtliche) Herstellungsanspruch

Eine allgemeine Rechtsfigur des Staatshaftungsrechts?

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

herausgegeben von der Universitäts- und Landesbibliothek Münster

<http://www.ulb.uni-muenster.de>

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Buch steht gleichzeitig in einer elektronischen Version über den Publikations- und Archivierungsserver der WWU Münster zur Verfügung.

<http://www.ulb.uni-muenster.de/wissenschaftliche-schriften>

Kai Grötschel

„Der (sozialrechtliche) Herstellungsanspruch. Eine allgemeine Rechtsfigur des Staatshaftungsrechts?“
Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster, Reihe III, Band 15

© 2015 der vorliegenden Ausgabe:

Die Reihe „Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster“ erscheint im Verlagshaus Monsenstein und Vannerdat OHG Münster

www.mv-wissenschaft.com

Dieses Werk ist unter der Creative-Commons-Lizenz vom Typ 'CC BY-SA 3.0 DE' lizenziert: <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/de/>



ISBN 978-3-8405-0127-2

(Druckausgabe)

URN urn:nbn:de:hbz:6-58259640367

(elektronische Version)

direkt zur Online-Version:

© 2015 Kai Grötschel

Alle Rechte vorbehalten

Satz: Kai Grötschel

Umschlag: MV-Verlag

Druck und Bindung: MV-Verlag



*„Wer einen Fehler gemacht hat und ihn nicht korrigiert,
begeht einen zweiten.“*

– Konfuzius –

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2015 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms Universität Münster als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis Mai 2015 berücksichtigt werden.

Zunächst gebührt Herrn Prof. Dr. Heinz-Dietrich Steinmeyer Dank für die konstruktive Kritik und Betreuung während der Vorbereitung, des Entstehens und des Abschlusses der Arbeit. Herrn Prof. Dr. Fabian Wittreck möchte ich ebenfalls ausdrücklich für die zeitnahe Erstellung des Zweitgutachtens einschließlich der ausführlichen hilfreichen Anregungen danken.

Ich werde nie die Anregungen oder die psychische Beihilfe vergessen, die ich am Lehrstuhl insbesondere von Axel Borchard, Jennifer Coenen, Hendrik Dickhöfer, Yannick Eckervogt, Kathrin Heldt, Matthias Flesch, Katharina Knuf, Hartmut Lange, Jonathan Monz, Ingeborg Peppenhorst und Philine Stamer erfahren habe, wenn es notwendig war. Mein ausdrücklicher Dank gilt hier Laura Ewald, die durch ihr Engagement besonders zum Gelingen der Arbeit beigetragen hat.

Abschließend gelobe ich allen Freunden Besserung, die ich in der Vergangenheit mit Beispielen und Ausführungen zu dieser Arbeit belästigt habe. Ich danke meiner Familie – namentlich meinen Eltern, Norbert und Martha Grötschel, sowie meinen Geschwistern, Mona und Lars. Meiner Frau Christine bin ich dankbarer für ihre verständnisvolle Unterstützung als ich es mit Worten je ausdrücken könnte...

Münster, im August 2015

Kai Grötschel

Inhalt

EINLEITUNG UND BESCHREIBUNG DES UNTERSUCHUNGSGEGENSTANDES... 1

1. KAPITEL: AUSGESTALTUNG DES HERSTELLUNGSANSPRUCHS IN SEINER BISHER BESTEHENDEN FORM..... 6

A. Der Begriff des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs 6

B. Tatbestandsvoraussetzungen, Rechtsfolge und Ausschlussgründe des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs 7

I. Der Tatbestand des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs 9

1. Pflichtwidriges Verwaltungsverhalten bzw. subjektive Rechtsverletzung..... 9

a) Verletzung von Betreuungspflichten 12

aa) Allgemeine Entwicklung der Betreuungspflichten 12

bb) Einzelne Betreuungspflichten 13

(1) Allgemeine Beratungs- und Auskunftspflichten nach §§ 14, 15 SGB I 13

(2) Allgemeine Aufklärungspflicht nach § 13 SGB I..... 15

(3) Betreuungspflichten aus den besonderen Teilen des Sozialgesetzbuches 19

b) Ausnahmen vom Erfordernis einer subjektiven Rechtsverletzung? 19

c) Kein Verschuldenserfordernis..... 21

2. Sozialrechtlicher Nachteil..... 23

3. Kausalitätsfeststellung 29

a) Mitwirkendes Verhalten des Betroffenen 32

aa) Mitwirkendes Verhalten nach der Pflichtverletzung der Verwaltung 32

bb) Mitwirkendes Verhalten vor der Pflichtverletzung der Verwaltung..... 34

cc) Zurechnung von Drittpersonen 35

b) Begrenzung durch den Schutzzweck der Norm..... 35

II. Die Rechtsfolge des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs..... 36

1. Naturalrestitution als Anspruchsziel..... 37

2. Herstellung durch eine Amtshandlung 38

a) Anspruchsumfang und Wirkungsweise des Herstellungsanspruchs 42

aa) Herstellung durch (sozial-) rechtliche Naturalrestitution 43

(1) Herstellung durch die Fiktion fehlender Tatbestandsvoraussetzungen..... 45

(2) Herstellung durch das Außerachtlassen sozialrechtlicher Regelungen/Entwicklungen/Rechtsänderungen	46
(3) Herstellung durch Wiedereinräumung eines sozialrechtlichen Gestaltungsrechts	48
(4) Herstellung durch andere Rechtsfolgen	51
bb) Herstellung über die rechtliche Naturalrestitution hinaus?	52
(1) Herstellungsanspruch auf den Erhalt einer Sozialleistung	55
(a) Rückwirkender Erhalt einer Sozialleistung	57
(aa) Grundsatz: Herstellung sozialer Leistungsrechte (Mittelbare/Unmittelbare Wirkungsweise)	58
(bb) Ausnahme: Herstellung tatsächlicher Folgepositionen? (Originäre Wirkungsweise)	65
(b) Zukünftiger Erhalt einer Sozialleistung	69
(2) Herstellungsanspruch auf Erstattung von Sozialversicherungsbeiträgen	70
(a) Rückzahlung von rechtswidrig entrichteten Sozialversicherungsbeiträgen	70
(b) Rückzahlung von rechtmäßig entrichteten Sozialversicherungsbeiträgen	72
(aa) Rückzahlungspflicht im Zusammenhang mit gesetzlich geregeltten Erstattungsansprüchen	72
(bb) Rückzahlungspflicht im Zusammenhang mit einer sozialrechtlichen Korrektur durch den Herstellungsanspruch ...	73
(3) Herstellungsanspruch hinsichtlich anderer nichtsozialrechtlicher Einbußen	76
cc) Abweichende Interpretationen der Rechtsprechung zur Wirkungsweise der Herstellung	78
b) Grenzen der Herstellungspflicht	80
aa) Einschränkung durch das Verbot einer Besserstellung	81
(1) Verbot der Besserstellung i.e.S.	81
(a) Beschränkung auf das zur Herstellung Erforderliche	81
(b) Vorteilsausgleich	82
(c) Erfüllung fehlender Tatbestandsvoraussetzungen	85
(aa) Erfüllung durch die Verwaltung mittels Fiktion (Grundsatz) ...	86
(bb) Erfüllung durch den Betroffenen selbst (Ausnahme)	86
(2) Keine Begründung so nicht bestehender Vorteile	90
bb) Einschränkung durch das Kriterium des „an sich zulässigen Amtshandelns“	92
(1) Die „an sich zulässige“ Amtshandlung – ein rechtliches Paradoxon	93

(2) Handhabung des Merkmals der „an sich zulässigen“ Amtshandlung in der Rechtsprechung des BSG	94
(a) Bedeutung des Merkmals	94
(b) Präzisierung des Merkmals	96
(c) Einzelfälle	97
(d) „Unechte Subsidiarität“ bzw. Unzulässigkeit wegen gesetzlicher Strukturprinzipien	99
(e) „ <i>An sich zulässiges Amtshandeln</i> “ – Tatbestandsmerkmal, Einwendung oder Einrede?	100
(3) Kritik der sozialrechtlichen Literatur an diesem Kriterium	101
(a) Mangelnde Aussagekraft der Unterscheidungskriterien des BSG ..	101
(b) Unterschiedliche Lösungsansätze	105
(aa) Lösung innerhalb des sozialrechtlichen Nachteils	105
(bb) Lösung über den Sinn und Zweck der einzelnen Norm des Leistungsrechts	105
(cc) Lösung über großzügige Auslegung des Merkmals der „an sich zulässigen“ Amtshandlung	106
III. Mögliche Ausschlussgründe des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs	107
1. Subsidiarität des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs	107
a) Allgemeines	107
b) Exemplarische Einzelfälle	111
aa) Subsidiarität gegenüber unverändert bestehenden Primäransprüchen	111
bb) Subsidiarität gegenüber § 13 III SGB V	112
cc) Subsidiarität gegenüber § 27 SGB X?	115
(1) Uneinheitliche Beurteilungen durch BSG und BVerwG	117
(2) Eigene Stellungnahme	123
c) Abgrenzung zum Kriterium des „ <i>an sich (un)zulässigen</i> “ Amtshandelns	128
2. Entgegenstehender Verwaltungsakt	130
3. Zeitlicher Ausschluss des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs?	134
a) Nachträgliche Leistungsgewährung	134
aa) Zeitliche Begrenzung durch Ausschlussfrist analog § 44 IV SGB X?	135
bb) Zeitliche Begrenzung durch Verjährung nach § 45 SGB X?	137
(1) Anwendbarkeit des § 45 SGB I nach Kreßel	138
(2) Anwendbarkeit des § 45 SGB I nach der Rechtsprechung des 4. Senats	139
(3) Anwendbarkeit des § 45 SGB I nach anderen Stimmen	142
cc) Bedeutung der unterschiedlichen Ansichten	143

b) Nachträgliche Ausübung von Gestaltungsrechten.....	145
4. Allgemeine Ausschlussgründe	146
C. Aktiv- und Passivlegitimation hinsichtlich des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs	147
I. Aktivlegitimation	147
II. Passivlegitimation	149
D. Rechtsweg für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch.....	151
E. Verhältnis des Herstellungsanspruchs zu anderen Ansprüchen des Staatshaftungsrechts.....	152
I. Herstellungsanspruch als Primär- oder Sekundäranspruch?	152
II. Verhältnis zu anderen Staatshaftungsansprüchen	154
1. Gesetzlich kodifizierte Staatshaftungsansprüche	156
a) Amtshaftung (§ 839 BGB, Art. 34 GG)	156
aa) Entwicklung und Ausgestaltung des Amtshaftungsanspruchs	158
bb) Kein abschließender Charakter des Amtshaftungsrechts für Pflichtverletzungen.....	160
cc) Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen Herstellungs- und Amtshaftungsanspruch	161
dd) Zwischenergebnis	166
b) Besondere (landesrechtliche) Staatshaftungsansprüche	167
2. Ungeschriebene, richterrechtliche Staatshaftungsansprüche/ Korrekturmöglichkeiten	168
a) Entschädigungsansprüche.....	168
b) Allgemeiner öffentlich-rechtlicher Folgenbeseitigungsanspruch, Folgenbeseitigungslast und Folgenentschädigung	173
aa) Folgenbeseitigungsanspruch.....	173
(1) Entwicklung und Ausgestaltung.....	173
(a) Hoheitlicher Eingriff in ein subjektives Recht.....	177
(b) Rechtswidrigkeit des Zustandes	182
(c) Rechtsfolge: Status quo ante oder Wiedergutmachung?.....	183
(d) Beseitigung nur der unmittelbaren Folgen	188
(e) Folgenbeseitigungsanspruch: Bundes- oder Landesrecht?.....	189
(2) Gemeinsamkeiten und Unterschiede zum sozialrechtlichen Herstellungsanspruch	190
(a) Überwiegend betonte Gemeinsamkeiten und Unterschiede.....	190
(aa) Unterschiedliche Bezugspunkte der Rechtswidrigkeit?.....	191

(bb) Unterschiede bei der Zurechnung fremder Pflichtverletzungen?	192
(cc) Unterschiedliche Ausschlussgründe?	193
(dd) Reichweite von Eingriffen in subjektive Rechte	194
(ee) Unterschiedliche Rechtsfolgen	196
(b) Weitere Unterschiede	198
(3) Ergebnis	201
bb) Folgenbeseitigungslast	203
cc) Folgenentschädigungsanspruch	206
c) Haftung aus öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen (§§ 280 ff. BGB analog)	208
aa) Entwicklung und Ausgestaltung des öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses	208
bb) Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen Herstellungsanspruch und einer Haftung analog §§ 280 ff. BGB	213
cc) Ergebnis	220
d) Treu und Glauben (Analogie zu §§ 242, 162 BGB)	221
aa) Entwicklung und Ausgestaltung des Einwands analog §§ 242, 162 BGB im öffentlichen Recht	221
bb) Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen Herstellungsanspruch und §§ 242, 162 BGB	225
(1) Tatbestand	228
(2) Rechtsfolge	233
(a) Keine Anspruchsbegründung analog §§ 242, 162 BGB?	235
(b) §§ 242, 162 BGB begründen keinen Sekundäranspruch?	237
(c) Naturalrestitutionspflicht des Herstellungsanspruchs reicht weiter als §§ 242, 162 BGB?	239
(d) Zwischenergebnis	243
(3) Ausschlussgründe	243
cc) Ergebnis	250
e) Öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch	253
f) Anfechtung öffentlich-rechtlicher Willenserklärungen	256
g) Zwischenergebnis zum (ungeschriebenen) Staatshaftungsrecht	258
F. Bisheriger Anwendungsbereich des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs in der Rechtsprechung	259
I. Anwendungsbereich außerhalb des Sozialrechts	259
II. Anwendungsbereich innerhalb des Sozialrechts	261

1. Soziale Vorsorge	267
2. Soziale Entschädigung	268
3. Soziale Hilfe und Förderung	269
4. Mischformen?.....	271
5. Zwischenergebnis.....	272
G. Kapitelergebnis	272
2. KAPITEL: DIE RECHTSDOGMATISCHE BEGRÜNDUNG EINES HERSTELLUNGSANSPRUCHS.....	274
A. Begriff, Wirkungen und Zulässigkeit von richterrechtlicher Rechtsfortbildung	275
I. Rechtsfortbildung und Richterrecht	275
II. Wirkungen von Richterrecht.....	276
III. Zulässigkeit und Grenzen von Richterrecht.....	278
1. Zulässigkeit von Richterrecht.....	278
a) Zulässigkeit unter der Geltung des Grundgesetzes nach herrschender Ansicht..	278
b) Anerkenntnis der richterlichen Rechtsfortbildungsbefugnis durch den Gesetzgeber	284
c) Ablehnende Positionen zur generellen Zulässigkeit von Richterrecht.....	286
2. Grenzen von Richterrecht.....	289
a) Vorrang des Gesetzesrechts.....	290
aa) Bindung der Rechtsprechung an die Rechtsordnung, Art. 97 I, 20 III GG	292
bb) Abweichungsmöglichkeit durch Bindung an „Gesetz und Recht“ i.S.d. Art. 20 III GG?	294
b) Anerkannte Grenzen richterrechtlicher Rechtsfortbildung	297
aa) Planwidrige Regelungslücke	298
bb) Tragfähige Begründung zur Lückenschließung durch Richterrecht	301
(1) Analogie	303
(2) Teleologische Reduktion.....	304
(3) Weitere juristische Schlüsse.....	306
(4) Rechtsfortbildung mit Rücksicht auf ein Rechtsprinzip.....	306
(5) Rechtsfortbildung ohne Rücksicht auf ein Rechtsprinzip?	310
cc) Unterscheidung zwischen Feststellung einer Regelungslücke und ihrer Ausfüllung?	310
dd) Ausschluss richterrechtlicher Lückenschließung/Grenzen des Richterrechts.....	313

(1) Begrenzung durch die Gesamtrechtsordnung	313
(2) Begrenzung durch Art. 93 I Nr. 2, 100 GG	314
(3) Begrenzung durch Rechtssicherheit und Vertrauensschutz.....	316
(4) Begrenzung durch die sog. Wesentlichkeitstheorie des BVerfG.....	317
3. Abweichende inhaltliche Rechtfertigungsanforderungen nach Art des Richterrechts?	319
a) Bisherige Einordnungsversuche.....	320
b) Mangelnde Aussagekraft bisheriger Systematisierungsversuche	321
1. Fallgruppe: Auslegung führt zu eindeutigem Ergebnis; kein Verstoß gegen Rechtsordnung.....	322
2. Fallgruppe: Auslegung ist uneindeutig; mehrere Ergebnisse entsprechen der Rechtsordnung	323
3. Fallgruppe: Auslegung ergibt die planwidrige Lückenhaftigkeit einer Kodifikation	324
4. Fallgruppe: Auslegung führt zu eindeutigem Ergebnis; aber Verstoß gegen Rechtsordnung.....	328
B. Einordnung und Begründung eines Herstellungsanspruchs?	330
I. Unterscheidung zwischen sozialrechtlichem und allgemeinem Herstellungsanspruch	336
II. Sozialrechtlicher Herstellungsanspruch?.....	337
1. Kein Anerkenntnis seitens des Gesetzgebers durch das Unterlassen einer Neuregelung.....	337
2. Planwidrige Regelungslücke	338
a) Regelungslücke	338
b) Planwidrigkeit der Regelungslücke	340
aa) Keine planwidrigen Regelungslücken wegen § 31 SGB I?.....	340
bb) Unterschiedliche rechtliche Ausgangssituationen je nach Einzelfall	344
cc) Allgemeine sozialrechtliche Regelungslücke für einen Herstellungsanspruch.....	345
3. Bisherige rechtsdogmatische Begründungsversuche.....	349
a) Ableitung aus dem Prinzip der Folgenbeseitigung	351
aa) Keine Ableitung unmittelbar aus dem Folgenbeseitigungsanspruch an sich	354
bb) Ableitung aus den Rechtsgrundlagen des Folgenbeseitigungsanspruchs	355
(1) Ableitung aus der Gerechtigkeit	356
(2) Ableitung aus einem rechtsstaatlich fundierten Folgenbeseitigungsanspruch.....	357

(3) Ableitung aus einem grundrechtlich fundierten Folgenbeseitigungsanspruch	366
(a) Grundrechte auf Leistung	372
(aa) Originäre Leistungsrechte	372
(bb) Derivative Leistungsrechte/Teilhaberechte	377
(cc) Leistungsanspruch als Rechtsfolge des Abwehrgehaltes eines Freiheitsrechtes	379
(b) Grundrechtlicher Schutz einfach-gesetzlicher Leistungsansprüche	381
(aa) Schutz durch das Eigentumsrecht (Art. 14 I GG)	381
(bb) Schutz durch die Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG)?	388
(c) Zwischenergebnis und allgemeine Kritik	392
(4) Ableitung analog §§ 1004, 862, 12 BGB	395
(5) Kombinationen aus verschiedenen Ansätzen	396
(6) Zwischenergebnis	400
b) Ableitung aus dem Sozialstaatsprinzip	401
c) Ableitung aus dem Verbot des venire factum proprium (§§ 242, 162 BGB analog) und Vertrauensschutz	405
aa) Ableitung aus dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben (§§ 242, 162 BGB analog)?	406
bb) Ableitung aus den zivilrechtlichen Fallgruppen (insbesondere venire contra factum proprium)?	409
cc) Ableitung vor dem Hintergrund eines allgemeinen Vertrauensschutzes?	411
dd) Zwischenergebnis	416
d) Ableitung aus der Haftung aus öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen	416
e) Ableitung als allgemeiner Wiedergutmachungs-/Bestandsschutzanspruch	423
aa) Allgemeiner Wiedergutmachungsanspruch nach Menger und Haas	423
bb) Bestandsschutzanspruch nach Kreßel	427
f) Ableitung als Anspruch sui generis	432
aa) Notwendiger Ausgleichsanspruch für die Kompliziertheit des (Sozial-) Rechts?	433
bb) Notwendiges Pendant zu den Betreuungspflichten der §§ 13 ff. SGB I und sozialrechtliche Sonderfallthese?	434
cc) Analogie zu den Wiedereinsetzungsvorschriften?	437
dd) Reaktionsanspruch für Verletzungen des Sozialrechtsstatuts der §§ 1 ff. SGB I?	439
g) Zwischenergebnis	441

4. Eigener Ableitungsversuch: Stärkere Fortentwicklung der sozialrechtlichen Wertungen.....	441
a) Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Rechtsanwendung in Folge von Rechtsverletzungen	446
aa) Rechtsstaatliche Einbeziehungspflicht?.....	447
bb) Rechtsanwendungsgleichheit (Art. 3 I GG).....	453
(1) Überwiegende Ansicht: Gleichheitsverstöße nur bei verwaltungsbehördlichen Entscheidungsspielräumen möglich	454
(2) Andere Ansicht: Gleichheitsverstöße bei jedem rechtswidrigem Verwaltungsverhalten	458
(3) Stellungnahme	459
cc) Zwischenergebnis	465
b) Ausgestaltung zum Herstellungsanspruch erfolgt auf einfach-gesetzlicher Ebene.....	466
aa) Konkret betroffene subjektive Rechte des Betroffenen in ihrer einfach-rechtlichen Ausprägung als Ausgangspunkt des Herstellungsanspruchs	467
bb) Sozialrechtlicher Regelungszusammenhang der subjektiven Rechte (insbes. § 2 II SGB I, § 17 I SGB I, § 44 SGB X).....	472
(1) Exkurs: Bedeutung des § 2 II SGB I für Auslegung und Fortbildung des Rechts	474
(2) Begründung der allgemeinen Planwidrigkeit des Sozialrechts in Bezug auf die Fortbildung durch den Herstellungsanspruch.....	481
(a) Allgemeiner Regelungszweck des Sozialrechts sowie Forderungen der §§ 2 II, 17 I SGB I, § 44 SGB X und Abwägung der betroffenen Wertungen des Einzelfalls	481
(b) Ggf. Verstärkung durch im Einzelfall einschlägige grundrechtliche Wertungen im Wege verfassungskonformer Auslegung.....	510
cc) Zwischenergebnis	515
c) Ausgestaltungskonsequenzen und Einwände	518
aa) Konsequenzen dieser Ableitung für den Herstellungsanspruch	518
(1) Bedeutung einer subjektiven Rechtsverletzung, Verschuldenserfordernis und Zurechnung von Pflichtverletzungen	518
(2) Umfang der Herstellungspflicht folgt aus dem Schutzzweck des jeweils verletzten subjektiven Rechts	520
(3) Verständnis des Ausschlusskriteriums des „an sich (un)zulässigen“ Amtshandelns als Ausschlussgrund im Einzelfall nach dem materiellen Leistungsrecht	530
(4) Reichweite der Ausschlussgründe	540
(5) Grds. einfach-gesetzliche Disponibilität des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs	543

(6) Zwischenergebnis	544
bb) Mögliche Einwände gegen einen so begründeten sozialrechtlichen Herstellungsanspruch auf Grundlage dieser Ableitung	545
(1) Herstellungsanspruch ist älter als § 2 II SGB I	545
(2) § 2 II SGB I kann als objektives Recht keine Ansprüche begründen	546
(3) Argumentation über § 2 II SGB I begründet einen Zirkelschluss?	547
(4) Überschreitung der durch § 2 I 2 SGB I und § 31 SGB I normierten Grenzen?	547
(5) Beachtung der allgemeinen Grenzen des Richterrechts	549
(a) Gesamtrechtsordnung	549
(b) Verwerfungsmonopol des BVerfG	549
(c) Wesentlichkeitslehre	550
(d) Rechtssicherheit und Vertrauensschutz	551
(6) Zwischenergebnis	553
5. Ergebnis	553
III. Allgemeiner Herstellungsanspruch?	554
1. Kein zivilrechtlicher Herstellungsanspruch	555
2. Allgemeiner verwaltungsrechtlicher Herstellungsanspruch?	558
a) Keine rechtsdogmatische Ableitung unmittelbar aus dem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch	559
b) Sozialrechtliche Wertungen nicht ohne weiteres verallgemeinerungsfähig	560
c) Zwischenergebnis	562
3. Allgemeiner Ausschluss eines verwaltungsrechtlichen Herstellungsanspruchs?	562
a) Bereits keine planwidrige Regelungslücke im Verwaltungsrecht?	566
aa) Widerspruch zur Wiedereinsetzungsregelung des § 32 VwVfG?	567
bb) Widerspruch zu § 48 VwVfG?	568
cc) Zwischenergebnis	572
b) Abschließende Lösungen der verwaltungsrechtlichen Rechtsfortbildungen zum Staatshaftungsrecht?	573
aa) Ausgestaltung eines Restitutionsanspruchs nur in Form des Folgenbeseitigungsanspruchs?	574
(1) Möglicher Einwand 1: Nur Freiheitsgrundrechte bzw. nur Unterlassungsansprüche sind restitutionsfähig	575
(2) Möglicher Einwand 2: Möglichkeit der Restitution erlischt mit dem Leistungsanspruch	582
(3) Möglicher Einwand 3: Nur rechtswidrige Zustände sind restitutionsfähig – diese existieren im Herstellungsfall nicht	583

(4) Möglicher Einwand 4: Restitution kann nur Wiederherstellung des status quo ante bedeuten	585
(5) Möglicher Einwand 5: Restitution darf nur tatsächliche Folgen verändern – nicht rechtliche Einbußen korrigieren	588
(6) Möglicher Einwand 6: Restitution darf keine mittelbaren Folgen ausgleichen.....	591
(7) Möglicher Einwand 7: Unverständliche Überschneidungen/Abgrenzungen von Folgenbeseitigungs- und Herstellungsanspruch drohen.....	592
(8) Zwischenergebnis	595
bb) Die Gedanken zur Folgenbeseitigungslast schließen einen Herstellungsanspruch aus?.....	596
cc) Naturalrestitutionspflicht nur bei Verschulden im Rahmen von verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen?	597
dd) Einrede analog §§ 242, 162 BGB ist ausreichend?.....	603
ee) Zwischenergebnis	605
c) Zwischenergebnis zum allgemeinen Ausschluss eines Herstellungsanspruchs...	605
4. Ergebnis: Planwidrigkeit ist abhängig von den Wertungen des jeweiligen Fachrechts	606
C. Kapitelergebnis	607
3. KAPITEL: MÖGLICHE ANWENDUNGSBEREICHE EINES HERSTELLUNGSANSPRUCHS	609
A. Anwendungsbereiche im sog. formellen Sozialrecht (§ 68 SGB I).....	610
I. Grundsätzlich unproblematische sozialrechtliche Anwendungsbereiche	612
1. Soziale Vorsorge im Rahmen der Sozialversicherung	612
2. Zwischenergebnis	614
II. Umstrittene sozialrechtliche Anwendungsbereiche	615
1. Beschränkung der Anwendbarkeit auf das Sozialversicherungsrecht?	615
a) Mögliche Beschränkungsgründe.....	615
b) Zwischenergebnis	621
2. Soziale Entschädigung.....	622
3. Soziale Hilfe und Förderung.....	625
a) Sozialhilfe i.w.S. (SGB XII und SGB II).....	626
aa) Sozialhilfe i.e.S. (SGB XII)	630
(1) Antragsabhängige Sozialhilfeleistungen.....	633
(2) Antragsunabhängige Sozialhilfeleistungen.....	643
(3) Zwischenergebnis	646

bb) Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II)	646
b) Kinder- und Jugendhilferecht (SGB VIII).....	649
c) Ausbildungsförderung (BAföG).....	652
d) Wohngeldrecht (WoGG)	655
e) Unterhaltsvorschussrecht (UVG)	659
4. Landesrechtliche Sozialleistungen	661
a) Verletzung einer landesrechtlichen Pflicht i.Z.m. landesrechtlichen Sozialleistungen.....	664
b) Verletzung einer bundesrechtlichen Pflicht i.Z.m. landesrechtlichen Sozialleistungen.....	665
c) Verletzung einer landesrechtlichen Pflicht i.Z.m. bundesrechtlichen Sozialleistungen.....	666
d) Zwischenergebnis	667
III. Ergebnis	667
B. Anwendungsbereiche in anderen Verwaltungsrechtsbereichen.....	668
I. Keine allgemeine Verpflichtung zur Herstellung, aber Begründungsmöglichkeit durch das jeweilige Fachrecht.....	669
II. Notwendige Modifikationen der verwaltungsrechtlichen Herstellungsansprüche	673
1. Kausalitätsfeststellung.....	673
2. Zeitlicher Ausschluss	677
3. Zurechnung der Pflichtverletzung.....	678
4. Zwischenergebnis.....	679
III. Exemplarische Auswahl von möglichen Anwendungsfällen	679
1. Betreuungspflichtverletzungen (insbesondere nach § 25 VwVfG)?.....	680
a) Bisherige Lösungen in Rechtsprechung und Literatur	681
b) Möglichkeit der Anwendung eines Herstellungsanspruchs?.....	684
c) Zwischenergebnis	686
2. Nachteilhafte Änderungen der Sach- und Rechtslage?	686
a) Bisherige Lösungen in Rechtsprechung und Literatur	687
b) Möglichkeit der Anwendung eines Herstellungsanspruchs?.....	691
c) Zwischenergebnis	694
3. Öffentlich-rechtliche Vorsorgesysteme?.....	694
a) Beamtenversorgung nach dem BeamtVG?.....	694
aa) Bisherige Lösungen in Rechtsprechung und Literatur	696
bb) Möglichkeit der Anwendung des Herstellungsanspruchs?.....	698
cc) Zwischenergebnis	704
b) Berufsständische Versorgung?	704

4. Begründung öffentlich-rechtlicher Sonderrechtsverhältnisse?	707
a) Restitution vereiteter Positionen des Beamtenrechts?	708
aa) Bisherige Lösungen in Rechtsprechung und Literatur	709
bb) Möglichkeit der Anwendung des Herstellungsanspruchs?	718
cc) Zwischenergebnis	728
b) Restitution innerhalb von Schulverhältnissen?	729
5. Steuerrecht?	736
6. Ausländerrecht?	741
IV. Ergebnis	747
C. Kapitelergebnis	748
4. KAPITEL: ALTERNATIVE LÖSUNGSMÖGLICHKEITEN?.....	750
A. Erweiterung des Aufopferungsanspruchs?	750
B. Folgenbeseitigungsanspruch i.w.S.?	750
C. Treu und Glauben (§§ 242, 162 BGB analog)?	752
D. Lösung über die Wiedereinsetzungsregelungen (§ 32 VwVfG/§ 27 SGB X)?	753
E. Kapitelergebnis	756
FAZIT	757
LITERATURVERZEICHNIS	I

Einleitung und Beschreibung des Untersuchungsgegenstandes

Obwohl die Rechtsprechung zum sog. sozialrechtlichen Herstellungsanspruch nicht wesentlich jünger ist als die Entwicklung des Folgenbeseitigungsanspruchs, hat sich dieser Anspruch bislang nicht in vergleichbarer Weise durchsetzen können. Während die Sozialgerichte dieses Rechtsinstitut immer weiter ausgebaut haben, stieß es bei den allgemeinen Verwaltungsgerichten bislang auf wenig Gegenliebe. Gegenwärtig hat die Frage, ob der Herstellungsanspruch mit einer Anwendung auf das Sozialrecht tatsächlich (schon) seinen weitest möglichen Anwendungsbereich gefunden hat, durch höchstrichterliche Urteile¹ und die anhaltenden Überlegungen einer Zusammenlegung von Verwaltungs- und Sozialgerichtsbarkeit² wieder deutlich an Aktualität gewonnen.

Falls ein Bürger bspw. bei seinem Rentenversicherungsträger nachfragt, ob er die Anspruchsvoraussetzungen für eine Rentenleistung erfülle, soll er über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch auch dann noch Rentenleistungen für die Vergangenheit beanspruchen können, wenn er die dafür eigentlich notwendige vorherige Antragstellung unterlassen hat. Dies gilt allerdings nur für den Fall, dass der Grund für das Unterlassen der Antragstellung in einem behördlichen Fehlverhalten liegt (hier: einer behördlichen Fehlberatung über die Rentenbezugsmöglichkeit). Infolge der Korrektur des behördlichen Fehlverhaltens wird der Bürger also sozialrechtlich so gestellt, wie er heute stünde, wenn der Fehler nicht erfolgt wäre.

Für die Korrektur von vergangenem Verwaltungsfehlverhalten ist eine solche Rechtsfolge dabei keineswegs selbstverständlich. Im Sozialrecht musste mit dem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch vielmehr erst ein besonderer Anspruch des Staatshaftungsrechts richterrechtlich geschaffen werden, für den – zumindest auf den ersten Blick – keine allgemeine Entsprechung existiert. Die tatsächliche Ausgangslage ist demgegenüber keineswegs sozialrechtsspezifisch. In nahezu jedem Verwaltungsrechtsgebiet treten zahlreiche Fallkonstellationen auf, in denen ein Bürger nur aufgrund eines fehlerhaften Verwaltungsverhaltens (dauerhafte) Nachteile erleidet bzw. Vorteile nicht erlangt, die ihm ansonsten zuge-

¹ Vgl. etwa: BVerwG, Urt. v. 30.6.2011 – 3 C 36/10 = BVerwGE 140, 103; BSG, Urt. v. 2.2.2006 – B 10 EG 9/05 R = BSGE 96, 44.

² Statt vieler: *Bertrams*, NJW-Editorial, Heft 6/2006; *Meyer*, NJW-Editorial, Heft 15/2007.

flossen wären. Exemplarisch sei an dieser Stelle nur auf die Fälle hingewiesen, dass ein Beamter fehlerhaft nicht befördert wird, ein vorteilhafter Verwaltungsvertrag rechtswidrig nicht geschlossen wird oder ein Steuerpflichtiger die fehlerhafte Behördenauskunft erhält, dass ein vorteilhafter Sachverhalt nicht steuerrechtlich relevant wäre und daher keine (rechtzeitige) Geltendmachung erfolgt. Dass auf diese ungerecht erscheinenden Situationen zu reagieren ist, ist allgemein unbestritten. Die Streitigkeiten beginnen vielmehr erst mit der Frage, „Wie“ eine rechtlich zulässige Reaktion in dieser Situation aussehen soll.

Überwiegend wurde in der Vergangenheit eine Lösung nach dem Vorbild des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs abgelehnt.³ Dieser sei ein ungewöhnlich bürgerfreundlicher Sonderanspruch des Sozialrechts, der auch auf diesen Rechtsbereich beschränkt bleiben müsse. Ohne näher auf die (sozial-) rechtlichen Hintergründe der Entwicklung dieses Anspruchs einzugehen, wird davon ausgegangen, dass allein das vermeintlich bürgerfreundliche Sozialrecht eine solch weitgehende Korrekturpflicht hervorbringe. Außerhalb des Sozialrechts müsse man hingegen mit den verbleibenden Mitteln des allgemeinen Staatshaftungsrechts auskommen (insbesondere dem Folgenbeseitigungsanspruch und der Haftung aus Verwaltungsrechtsverhältnissen), die die gesetzlich geregelten Klage-, Wiedereinsetzungs- und Aufhebungsmöglichkeiten ergänzen. Bei dieser Diskussion werden auch die unterschiedlichen Lösungsvorstellungen greifbar, die verschiedene Richter und Wissenschaftler von einer „gerechten“ Rechtsordnung haben. Dies führt zu einer teilweise spürbaren Emotionalisierung des Rechts, wenn damit argumentiert wird, dass andere Lösungsvorstellungen als die eigene „ungerecht“, „unerträglich“ oder gar „schreiendes Unrecht“ seien.⁴ Fast denknotwendig beginnt schließlich jede Entwicklung eines richterrechtlichen Anspruchs (wie des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs) mit dem Gefühl des Rechtsanwenders, dass das bisher gefundene Ergebnis für diesen Sachverhalt (noch) nicht die angemessene Lösung darstellen könne.⁵ Derjenige, der in der Folge durch die Herausarbeitung aus rechtlichen Grundentscheidungen einen Anspruch gewinnt, der zu einem bestimmten Ergebnis führt, wird daher regelmäßig davon ausgehen, dass dieser gefundene Anspruch diesen Grundsätzen zumindest näher kommt als die andere Lösung. Demgegenüber wird derjenige, der zu diesem Sachverhalt die gefundene Ge-

³ Vgl. statt vieler nur: BVerwG, Urt. v. 24.3.1988 – 3 C 48/86 = BVerwGE 79, 192, 194; BVerwG, 14.7.2010 – 1 B 13/10; Pietzner/Müller, VerwArch. 85 [1994], 603, 605 ff.; Schoch, VerwArch. 79 [1988], 1 ff.

⁴ Vgl. hierzu die Argumentationen von: Erichsen, VerwArch. 63 [1972], 221, 221; Ossenbühl, DVBl. 1994, 977, 980, 983 f

⁵ So auch Ossenbühl, DVBl. 1994, 977 ff.

setzeslösung bereits für angemessen hält (oder aber nicht zu dem Schluss kommt, dass dieses Ergebnis durch Grundentscheidungen korrigiert werden dürfe), einem solchen Anspruch weitaus kritischer gegenüberstehen. Beide Positionen werden im Konfliktfall für sich in Anspruch nehmen, die einzige richtige Lösung zu vertreten – und damit der Gegenseite (zumindest implizit) vorwerfen, rechtswidrig zu handeln.

So mag es bspw. auf den ersten Blick noch mit den eigenen (rechtspolitischen) Erwartungen an die Rechtsordnung übereinstimmen, dass gerade bei Sozialleistungen, von deren Erhalt der Leistungsempfänger zur Sicherung seines Existenzminimums oftmals abhängig ist, eine besonders großzügige Wiedergutmachung erfolgt, während in anderen Fällen eine weitaus restriktivere Korrektur begrüßt wird. Tatsächlich können derartige Begründungsansätze aus sozialem Verpflichtungsgefühl, Mitgefühl, Nachsicht oder Billigkeit aber keine nachvollziehbare Erklärung dafür bieten, wann ein Herstellungsanspruch (nicht) anzuwenden ist. Schließlich wird gerade für den dann wohl sensibelsten Bereich der Sozialhilfe eine Anwendbarkeit des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs kontrovers diskutiert. Daneben könnte bspw. für einen Unternehmer der Erhalt einer staatlichen Subvention so existenziell sein, dass er dadurch sein Unternehmen nicht aufgeben muss und gar nicht erst in die Abhängigkeit von Sozialleistungen gerät. Schließlich unterscheiden sich auch die allgemeinen Zielsetzungen der Beamtenversorgung oder der berufsständischen Versorgung, für die bislang kein Herstellungsanspruch anerkannt wird, nicht wesentlich von denen der Sozialversicherungssysteme. Allein mit dem offenen Verweis auf eine besondere Schutzbedürftigkeit innerhalb des „*Sozialrechts*“ ist keine befriedigende Begründung dafür gegeben, warum bspw. der Witwe eines Angestellten Anspruch auf nachträgliche Leistungen an Hinterbliebene gegen die gesetzliche Rentenversicherung zustehen soll, wenn sie beraterfehlerbedingt eine dafür notwendige Antragstellung versäumt hat, während ein solcher Anspruch ausscheiden soll, wenn ihr verstorbener Ehegatte Beamter oder Mitglied einer Berufskammer war. Weitergedacht lässt sich hieraus auch nicht erklären, warum die existenzsichernden Leistungen der betrieblichen oder privaten Altersvorsorge dann ebenfalls keinen vergleichbaren Herstellungsanspruch kennen.

Nachdem das BVerwG die Ausdehnungsmöglichkeiten des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs jahrzehntelang äußert kritisch betrachtet hat, erkennt es die Unstimmigkeiten einer unbedingten Ablehnung des Herstellungsanspruchs inzwischen wohl an. So betont das Gericht, dass dieser Anspruch jedenfalls

„*nicht unbesehen*“⁶ auf Verwaltungsrechtsgebiete ausgedehnt werden könne, die nicht dem Sozialrecht zuzuordnen sind. Für Sozialrechtsmaterien stellt das BVerwG hingegen in derselben Entscheidung eine grundsätzliche Anwendbarkeit heraus. Damit dürfte sich der Streit um die generelle Zulässigkeit eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs zumindest für die Praxis erledigt haben. Nach welchen Kriterien hingegen eine „*besehene*“ Übertragung auf andere Rechtsgebiete in Betracht kommen könnte, ist völlig offen.

Die vorliegende Arbeit soll zu einer Bestimmung der maßgeblichen Hintergründe, Wertungen und Kriterien einen rechtswissenschaftlichen Beitrag leisten. Dabei setzt die Untersuchung allerdings bereits einen Schritt früher an, indem sie der Frage nachgeht, ob nicht vielmehr der Herstellungsanspruch als solcher schon eine notwendige allgemeine Ergänzung des kodifizierten und unregulierten Staatshaftungsrechts darstellt. Erst wenn sich herausstellen sollte, dass nicht von einem solchen allgemeinen Grundsatz der Herstellung ausgegangen werden kann (zu dem dann ggf. spezielle Nichtanwendungsbereiche eine Ausnahme bilden würden), soll untersucht werden, ob/wo stattdessen einzelne Herstellungen möglich sind, die ihrerseits Ausnahmen zu einem Grundsatz der allgemeinen Nichtanwendung eines Herstellungsanspruchs bilden.

Dazu wird zunächst der – weitestgehend unbestrittene – sozialrechtliche Herstellungsanspruch in Ausgestaltung und Anwendungsbereich dargestellt, wie er gegenwärtig praktisch umgesetzt und rechtswissenschaftlich verstanden wird (1. Kapitel). Überspitzt formuliert handelt es sich beim sozialrechtlichen Herstellungsanspruch schließlich um den wohl bekanntesten unbekanntesten Anspruch des besonderen Staatshaftungsrechts. Neben der Darstellung der einzelnen Voraussetzungen, Rechtsfolgen und Ausschlussgründe liegt dabei ein Schwerpunkt der Klärung des Verhältnisses zu den anderen Ansprüchen des Staatshaftungsrechts. Hierbei wird der Frage nach einem eigenständigen Anwendungsbereich des Herstellungsanspruchs kritisch nachgegangen. Daran anschließend wendet sich die Untersuchung der rechtsdogmatischen Ableitung des zuvor dargestellten Anspruchs zu (2. Kapitel). Zunächst werden die allgemeinen rechtsdogmatischen Maßstäbe erarbeitet, denen der sozialrechtliche Herstellungsanspruch als richterrechtliche Rechtsfortbildung genügen muss. Nachdem auf Grundlage dieser Erkenntnisse die zulässige Ableitung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs bestimmt worden ist, wird die Frage nach der Möglichkeit der Begründung eines weitergehenden allgemeinen Herstellungsanspruchs beantwortet, bevor schließlich auf der Grundlage dieser Erkenntnisse der zulässige Anwendungsbereich sowohl des sozialrechtlichen

⁶ BVerwG, Urt. v. 30.6.2011 – 3 C 36/10 = BVerwGE 140, 103, 107.

Herstellungsanspruchs als auch eines nichtsozialrechtlichen Herstellungsanspruchs bestimmt werden soll (3. Kapitel). Abschließend sollen mögliche Alternativen zu der Anwendung eines Herstellungsanspruchs diskutiert werden, die ggf. eine – rechtlich zulässige – weitere Ausdehnung des Herstellungsanspruchs adäquat ersetzen oder unnötig erscheinen lassen (4. Kapitel).

Die übergeordnete Leitfrage der Untersuchung soll hierbei die Frage bilden, ob in der Begründung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs auf das sozialrechtsspezifische Element verzichtet werden kann und ob dies tatsächlich zu einem allgemeinen Anspruch auf Herstellung führt.

1. Kapitel:

Ausgestaltung des Herstellungsanspruchs in seiner bisher bestehenden Form

Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch ist ausdrücklich bisher weder im Gesetz geregelt noch wird er in Gesetzesunterlagen erwähnt.⁷ Ziel dieses Rechtsinstitutes, das einen eigenständigen subjektiv-rechtlichen Gehalt aufweisen soll,⁸ ist ein Ausgleich für durch Verwaltungsverhalten erlittenes Unrecht.⁹ Seine Entwicklung geht maßgeblich auf das BSG zurück, dessen Urteil vom 14. Juni 1962¹⁰ heute als „die ‚Geburt‘ des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs“¹¹ gilt. In den Folgejahren wurde die Entwicklung dieses Anspruchs durch Rechtsprechung – und später auch in der Literatur – weiter vollzogen.¹²

A. Der Begriff des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs

Der Begriff sozialrechtlicher „Herstellungsanspruch“ findet sich erstmals 1975 in einer Entscheidung des BSG.¹³ Bis dahin wurden Formulierungen wie „Anspruch auf Herstellung“¹⁴ oder auch Umschreibungen¹⁵ gebraucht. Ab 1975 setzte sich zwar zunehmend die Bezeichnung als „Herstellungsanspruch“

⁷ Anders als andere richterrechtliche Ansprüche findet sich selbst in den Gesetzgebungsunterlagen zum Versuch der Schaffung eines westdeutschen Staatshaftungsgesetz von 1982 (BT-Drs. 9/25) keine Anmerkung zum sozialrechtlichen Herstellungsanspruch.

⁸ Vgl. BSG, Urt. v. 6.3.2003 – B 4 RA 38/02 R = BSGE 91, 1, 3.

⁹ BSG, Urt. v. 23.7.1986 – 1 RA 31/85 = BSGE 60, 158, 164 m.w.N.; BSG, Urt. v. 30.11.1983 – 5a RKn 9/82 = BSGE 56, 61, 62; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 367 m.w.N.

¹⁰ BSG, Urt. v. 14.6.1962 – 4 RJ 75/60 = SozR § 1233 RVO, Nr. 3 = MDR 1962, 1022 f.

¹¹ *Schmidt-De Caluwe*, S. 85; vgl. hierzu auch: *Wallerath*, DÖV 1994, 757, 757, Fn. 3.

¹² Während der öffentlich-rechtliche Folgenbeseitigungsanspruch durch die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit erst angewandt wurde, nachdem dieser in vorangegangenen, wissenschaftlichen Debatten bereits den Großteil seiner Ausformung erfahren hatte, wurde der Herstellungsanspruch erst rechtswissenschaftlich aufgearbeitet, nachdem er durch das BSG bereits in weiten Teilen festgesetzt wurde (vgl. zu dieser Entwicklung: *Ossenbühl*, DVBl. 1994, 977, 978; *Ladage*, S. 66 ff.).

¹³ BSG, Urt. v. 18.12.1975 – 12 RJ 88/75 = BSGE 41, 126, 127.

¹⁴ BSG, Urt. v. 14.6.1962 – 4 RJ 75/60 = SozR § 1233 RVO, Nr. 3 = MDR 1962, 1022.

¹⁵ BSG, Urt. v. 23.3.1972 – 5 RJ 63/70 = BSGE 34, 124, 127.

durch, die dennoch nicht ausschließlich genutzt wird.¹⁶ Auch wenn mit einem sozialrechtlichen „*Wiederherstellungsanspruch*“¹⁷ der Herstellungsanspruch gemeint sein soll, ist diese Bezeichnung jedoch in ihrem Kern irreführend, da die Rechtsfolge vielfach nicht zu einer Wiederherstellung führt, sondern zu der (erstmaligen) Herstellung eines Zustandes.¹⁸

Auch wenn derartige Beschreibungen ein bestimmtes Anspruchsverständnis aufzeigen, wäre es verfehlt, der bloßen Bezeichnung eines richterrechtlichen Anspruchs – anders als dem Wortlautargument bei der Auslegung von geschriebenem Recht – eine allzu große Bedeutung für dessen Ausgestaltung zuzusprechen.¹⁹ Die Bezeichnung eines richterrechtlichen Anspruchs sagt mehr über den Beschreibenden selbst aus als über seinen objektiven Anspruchsinhalt. Die Entwicklung des Herstellungsanspruchs zeigt, dass oftmals Gedankengut und Sachentscheidungen vorliegen, bevor eine passende Begrifflichkeit gefunden wird. Andererseits ist eine eigenständige Bezeichnung, die ein Rechtsinstitut von anderen abgrenzt, unabdingbare Voraussetzung für dessen Emanzipation und Verselbstständigung.

B. Tatbestandsvoraussetzungen, Rechtsfolge und Ausschlussgründe des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs

Richterrechtlich entwickelte Rechtsinstitute werden anhand von Einzelfällen (weiter-) entwickelt; ihre Inhaltsbeschreibung muss daher als Momentaufnahme

¹⁶ So wurde der Anspruch bspw. auch als „*sozialrechtlicher Schadensersatzanspruch*“ (BSG, Urt. v. 25.4.1978 – 5 RJ 18/77 = BSGE 46, 124, 126; *Bogs*, in: Zacher [Hg.], FS zum 25jährigen Bestehen des BSG, Bd. I, S. 149, 152; ausdrücklich ablehnend: BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 80; *Krasney*, in: FS für Walter Schwarz, S. 383, 391), „*krankenversicherungsrechtlicher Kostenerstattungsanspruch*“ (BSG, Urt. v. 16.12.1993 – 4 RK 5/92 = BSGE 73, 271, 273) oder als „*Anspruch [...] auf Wiedergutmachung*“ (BSG, Urt. v. 27.4.1978 – 11 RA 69/77 = BSGE 46, 175, 177) beschrieben.

¹⁷ Etwa: OLG Schleswig, Urt. v. 3.6.2004 – 11 U 7/03; VG Göttingen, Urt. v. 14.10.2008 – 2A 3/07; FG Münster, Urt. v. 9.8.2013 – 14 K 4138/10 Kg, AO; *Heinz*, Zeitschrift für das Fürsorgewesen 2009, 12, 17.

¹⁸ Kritisch zu dieser Bezeichnung ebenfalls: *Noftz*, NZS 2000, 546, 546.

¹⁹ Anders *Pietzko*, die zu Unrecht bereits aus der Beschreibung als *Folgenbeseitigungsanspruch* ein Argument gegen dessen Anwendbarkeit auf Unterlassungen entnehmen möchte (vgl. *Pietzko*, FBA, S. 169).

me verstanden werden.²⁰ Der sozialrechtliche Herstellungsanspruchs wird vom BSG folgendermaßen umschrieben: „*Ein [...] Herstellungsanspruch setzt [...] voraus, daß eine Behörde durch fehlerhaftes Verwaltungshandeln nachteilige Folgen für die Rechtsstellung des Versicherten herbeigeführt hat und daß diese rechtlichen Nachteile durch rechtmäßiges Verwaltungshandeln wieder beseitigt werden können. Wenn diese Voraussetzungen vorliegen, hat die Behörde dem Versicherten die Rechtsposition einzuräumen, die er gehabt hätte, wenn von Anfang an ordnungsgemäß verfahren worden wäre.*“²¹

Den folgenden Ausführungen sollen daher beispielhaft einige Einzelfälle – bewusst vereinfacht dargestellt – vorangestellt werden, die bisher in der Rechtsprechung mit Hilfe des Herstellungsanspruchs gelöst wurden. Falls die Witwe eines Versicherten 1952 durch den Rentenversicherungsträger die rechtswidrige Mitteilung erhält, dass ihr verstorbener Ehemann kein entsprechendes Versicherungskonto hatte (und ihr daher keine Witwenrentenansprüche zustünden), kann sie die ihr dadurch entgangenen Witwenrentenansprüche ab 1952 nachträglich noch einfordern, wenn sie nach Aufklärung des Irrtums erst im Jahr 1964 einen entsprechenden Antrag stellt (**Beispiel 1**).²² Wenn ein Bürger 1965 eine Rentenleistung beantragt, die mangels Erfüllung der notwendigen Beitragszeiten nicht bewilligt werden kann, ist dieser bei freiwilligen Beitragsnachzahlungen im Jahr 1973 über einen Herstellungsanspruch nachträglich so zu stellen, als ob er diese Beiträge bereits 1965 nachgezahlt hätte, falls sich herausstellt, dass der Versicherungsträger den Bürger 1965 rechtswidrig nicht auf seine Möglichkeit einer freiwilligen Beitragsnachzahlung hingewiesen hat (**Beispiel 2**).²³ Ein Versicherter, der rechtswidrig nicht auf ein befristetes Befreiungsrecht hinsichtlich der Versicherungspflicht hingewiesen worden ist und eigene Beiträge entrichtet hat, kann über den Herstellungsanspruch nachträglich noch die Befreiung von der Versicherungspflicht verlangen und erhält auch die Beiträge zurück (**Beispiel 3**).²⁴ Wenn sich ein Versicherter eine Sachleistung der gesetzlichen Krankenversicherung wegen eines Fehlverhaltens der Krankenkasse (bspw. durch Fehlinformation²⁵ oder auch Missachtung des Versorgungsanspruchs²⁶) selbst beschafft hat, hat die Rechtsprechung zudem jahrzehntelang einen Herstellungsanspruch auf Kostenerstattung für selbstbeschaffte Sachleistungen des Versicherten anerkannt (**Beispiel 4**).

²⁰ Wenn der Begriff „*Rechtsinstitut*“ allgemein eine Vielzahl zusammenhängender Rechtsvorschriften umschreibt (Creifelds, Rechtswörterbuch; Tilch, Deutsches Rechtslexikon), sollte ein „*richterrechtliches Rechtsinstitut*“ als verselbstständigter Sammelbegriff für die gemeinsamen, ungeschriebenen Rechtssätze betrachtet werden, die den jeweiligen Einzelfallentscheidungen zugrunde liegen.

²¹ BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 92.

²² Vgl. BSG, Urt. v. 17.11.1970 – 1 RA 233/68 = BSGE 32, 60; *Kreßel*, NZS 1994, 395, 395.

²³ Vgl. BSG, Urt. 18.12.1975 – 12 RJ 88/75 = BSGE 41, 126, 127 f.

²⁴ Angelehnt an: BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89.

²⁵ Stark vereinfacht nach: BSG, Urt. v. 30.10.2001 – B 3 KR 27/01 R = BSGE 89, 50, 53 f.

²⁶ Vgl. BSG, Urt. 20.10.1972 – 3 RK 93/71 = BSGE 35, 10, 14; BSG, Urt. v. 13.5.1982 – 8 RK 34/81 = BSGE 53, 273, 277; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 607.

I. Der Tatbestand des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs

Für den Herstellungsanspruch ist eine fallübergreifende gemeinsame Grundstruktur erkennbar. Eine Person wird von einer staatlichen Stelle rechtswidrig behandelt, woraufhin bei ihr Nachteile eintreten oder Vorteile ausbleiben, die sie (wahrscheinlich) bei rechtmäßigem staatlichen Verhalten nicht erlitten hätte. Im Folgenden soll daher von einer „*Herstellungslage*“ gesprochen werden, wenn ein solcher Fall gemeint ist. Dass der sozialrechtliche Herstellungsanspruch auf diese Fälle angewandt wird, liegt an der tatbestandlichen Ausgestaltung, die insbesondere das BSG für dieses richterrechtliche Institut gefunden hat.²⁷ Die nachfolgende Darstellung der einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen orientiert sich an der inzwischen üblichen Dreiteilung in Pflichtverletzung, sozialrechtlichen Nachteil und Kausalität.²⁸

1. *Pflichtwidriges Verwaltungsverhalten bzw. subjektive Rechtsverletzung*

Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch dient dazu, die „*Folgen eines Fehlverhaltens der Verwaltung (Verwaltungsunrecht) zu beseitigen*“.²⁹ Ausgangspunkt des Anspruchs ist somit ein pflichtwidriges Verwaltungsverhalten.³⁰ Die

²⁷ Je nach rechtsmethodischem Blickwinkel könnte man auch umgekehrt formulieren, dass die Tatbestandsmerkmale gerade so ausgestaltet wurden, um nur diese Fälle einer Herstellungslage zu erfassen (allgemein kritisch in diesem Sinne: *Radbruch*, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 169 – „*Die Auslegung ist also das Ergebnis – ihres Ergebnisses, das Auslegungsmittel wird erst gewählt, nachdem das Ergebnis schon feststeht, die sogenannten Auslegungsmittel dienen in Wahrheit nur dazu, nachträglich aus dem Text zu begründen, was in schöpferischer Ergänzung des Textes bereits gefunden war [...].*“).

²⁸ Teilweise wird zusätzlich die Möglichkeit des Amtshandeln als weitere Tatbestandsvoraussetzung geprüft (BSG, Urt. v. 26.4.2005 – B 5 RJ 6/04 R = SozR 4-2600 § 4 Nr. 2; BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 92; *May*, RV 2010, 218, 218). Tatsächlich handelt es sich hierbei aber nicht um ein eigenes viertes Tatbestandsmerkmal, weshalb auf diese Voraussetzung erst im Zusammenhang mit der Rechtsfolge des Herstellungsanspruchs eingegangen wird. Darüber hinaus existieren Einzelinterpretationen des Herstellungsanspruchs, die noch weitere Sondermerkmale vorsehen (etwa: *Löcher*, SozVers 2001, 85, 90).

²⁹ BSG, Urt. v. 5.5.1988 – 12 RK 44/86.

³⁰ Das Bundessozialgericht verwendet in seiner Rechtsprechung die Begriffe „*rechtswidrig*“ und „*pflichtwidrig*“ synonym (vgl. *Schmidt-De Caluwe*, S. 144 m.w.N.; *Marschner*, MDR 1999, 341, 342; diese Unterscheidung aufgreifend: *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 392). Im Folgenden soll allerdings bewusst der dogmatisch treffendere Begriff der Pflichtwidrigkeit verwandt werden, weil der sozialrechtlicher Herstellungsanspruch nicht an einen rechtswidrigen Zustand anknüpft, sondern an die Verletzung einer Haupt- oder Neben-

Feststellung, dass *durch* ein bestimmtes Verhalten einer Pflicht nicht ausreichend entsprochen wurde,³¹ wird teilweise „*als Hauptproblem des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs*“³² bezeichnet und ist streng von der Frage nach der Kausalität zwischen der (festgestellten) Pflichtverletzung und einem Nachteil zu unterscheiden. Einschränkend soll ein Herstellungsanspruch aber nur dann entstehen können, soweit es sich um eine öffentlich-rechtliche Pflicht handelt, der ein entsprechender subjektiv-rechtlicher Gehalt zugesprochen werden kann.³³ Innerhalb der Gruppe der subjektiven öffentlichen Rechte wird für die Anwendung des Herstellungsanspruchs nicht weiter nach dem Rechtscharakter unterschieden. Der Rang/Charakter des subjektiven Rechts (Grundrecht oder einfaches Recht/absoluter Unterlassungs- oder relativer Leistungsanspruch/Haupt- oder Nebenleistungspflicht) ist daher für die Frage nach der Anwendung des Herstellungsanspruchs genauso unerheblich³⁴ wie die Frage, ob das subjektive Recht durch ein hoheitliches Tun oder Unterlassen verletzt wurde.³⁵

Oftmals wird die Darstellung des Herstellungsanspruchs auf die Verletzung von Nebenpflichten beschränkt.³⁶ Die Rechtsprechung unterscheidet indes nicht (mehr) zwischen

pflicht des Sozialrechtsverhältnisses (vgl. *Rixen*, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 14).

³¹ Näher zum Begriff der Pflichtverletzung: BSG, Urt. v. 17.4.1986 – 7 RAr 81/84 = BSGE 60, 79, 85; *Mrozynski*, § 14 SGB I, Rn. 26.

³² *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 394.

³³ Etwa: BSG, Urt. v. 22.10.1996 – 13 RJ 23/95 = BSGE 79, 168, 172; BSG, Urt. v. 14.11.2002 – B 13 RJ 39/01 R = SozR 3-2600 § 115 Nr. 9; *Löcher*, SozVers 2001, 85, 86 m.w.N.

³⁴ Anerkannt wurde ein Herstellungsanspruch u.a. für die Verletzung von: Grundrechten (BSG, Urt. v. 14.2.2001 – B 9 V 9/00 R = BSGE 87, 280, 285), §§ 14, 15 SGB I (BSG, Urt. v. 14.2.2001 – B 9 V 9/00 R = BSGE 87, 280, 285; BSG, Urt. v. 5.9.2006 – B 7a AL 70/05 R = SozR 4-4100 § 106 Nr. 1; BSG, Urt. v. 22.10.1996 – 13 RJ 23/95 = BSGE 79, 168, 172 f.), § 115 VI SGB VI (BSG, Urt. v. 22.10.1996 – 13 RJ 23/95 = BSGE 79, 168, 173 = SozR 3-2600 § 115 Nr. 1 = NZS 1997, 327 ff. = MDR 1997, 662 ff.; *Furtmayr*, NZS 2000, 498 ff. m.w.N.), den Leistungsanspruch gegen die gesetzliche Krankenversicherung (BSG, Urt. v. 30.10.2001 – B 3 KR 27/01 R = BSGE 89, 50, 53; BSG, Urt. 20.10.1972 – 3 RK 93/71 = BSGE 35, 10, 14; BSG, Urt. v. 13.5.1982 – 8 RK 34/81 = BSGE 53, 273, 277; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 607), sowie die Pflicht Anträge unverzüglich zu behandeln (BSG, Urt. v. 26.10.1982 – 3 RK 55/81; BSG, Urt. v. 30.10.1985 – 5b RJ 86/84 = SozR 2200 § 1241 a Nr. 9; BSG, Urt. v. 14.1.1986 – 5a RKn 4/84 = SozR 2200 § 1241d Nr. 9) oder weiterzuleiten (BSG, Urt. v. 26.1.2000 – B 13 RJ 37/98 R = SozR 3-5910 § 91a Nr. 7; BSG, Urt. v. 14.8.2003 – B 13 RJ 11/03 R = SozR 4-7610 § 362 Nr. 1).

³⁵ BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89 (LS.1); BSG, Urt. v. 10.12.2003 – B 9 VJ 2/02 R = BSGE 92, 34, 39.

³⁶ Vgl. etwa: *Kemmler*, JA 2005, 908, 910; *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], Allg-VerwR, § 45, Rn. 137; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 392, 394; *Schmidt*, in: Kreikebohm

Haupt- und Nebenleistungspflichtverletzungen.³⁷ Das BSG betont sogar, dass die Überzeugung, ein Herstellungsanspruch könne nur aus der Verletzung von Nebenpflichten folgen, aus der Tatsache erwachse, dass deren Verletzung – anders als bei Hauptleistungsansprüchen – regelmäßig nicht abschließend geregelt sei.³⁸ Der entscheidende Aspekt für die Anwendbarkeit des Herstellungsanspruchs sei nicht die Rechtsnatur der verletzten Pflicht, sondern der abschließende Charakter der gesetzlichen Vorschriften im Verletzungsfall. Diese Position ist im Grundsatz auch überzeugend. Sofern man nicht auf eine Gesetzesregelung für Hauptleistungspflichtverletzungen abstellt, die eine Herstellung ausschließt, leuchtet es nicht ein, warum nur die (weniger bedeutsame) Verletzung einer Nebenpflicht einen Herstellungsanspruch hervorbringen soll und nicht – erst recht – die (weitaus bedeutendere) Verletzung einer Hauptleistungspflicht.³⁹ Wenn man jedoch tatsächlich auf abschließende gesetzliche Regelungen abstellt, setzt dieses Argument erst im Rahmen der Subsidiarität an⁴⁰ – und nicht bereits auf der Ebene des subjektiven Rechts. Ein allgemeiner Ausschluss der Hauptleistungspflichten allein wegen ihres Rechtscharakters als Hauptleistungspflicht ist nicht überzeugend.

Als mögliches Verletzungsverhalten lässt das BSG gleichermaßen pflichtwidriges Tun als auch Unterlassen ausreichen.⁴¹ Unerheblich ist ebenfalls die recht-

[Hg.], § 7 SGB VI, Rn. 48 ff.; unklar: *Löcher*, SozVers 2001, 85, 85 f.; *Heinz*, Zeitschrift für das Fürsorgewesen 2009, 12, 17.

³⁷ Etwa: BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 81; BSG, Urt. v. 23.7.1986 – 1 RA 31/85 = BSGE 60, 158, 167; BSG, Urt. v. 6.3.2006 – B 4 RA 38/02 R = BSGE 91, 1, 4. Vgl. für eine Darstellung der Lösung vom Erfordernis einer Betreuungspflichtverletzung: *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 606 f.; *Wallerath*, DÖV 1987, 505, 506.

³⁸ BSG, Urt. v. 23.7.1986 – 1 RA 31/85 = BSGE 60, 158, 167 („Daraus kann jedoch nicht hergeleitet werden, daß die Verletzung jeglicher (Haupt- oder Neben-)Pflicht des Sozialleistungsträgers einen Herstellungsanspruch auszulösen vermag. Hierfür kommt vielmehr eine Verletzung lediglich solcher Pflichten in Betracht, deren Verletzung der Gesetzgeber nicht sanktioniert hat, hinsichtlich derer also die Rechtsfolgen einer Verletzung nicht ausdrücklich geregelt worden sind. In diesem Sinne ist der terminologisch ungenaue Begriff der ‚Nebenpflichten‘ zu verstehen, und nur für die Fälle einer Verletzung dieser Pflichten ist das richterrechtliche Institut des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs überhaupt entwickelt worden. Hingegen kann es nicht Fälle erfassen, in denen die Rechtsfolgen der Verletzung einer dem Sozialleistungsträger obliegenden Pflicht vom Gesetzgeber selbst ausdrücklich geregelt worden sind.“); vgl. auch: *Fichte*, in: *Erlenkämper/Fichte* [Hg.], II 7 Rn. 1 ff.

³⁹ Vgl. BSG, Urt. v. 14.12.2006 – B 1 KR 6/06 R = SozR 4-2500 § 44 Nr. 11; *Krause/Sattler*, in: *Udsching/Rolfs* [Hg.], JbSR 2008, S. 65, 69; *Waßer*, JA 2001, 137, 138 f. m.w.N. zu den vertretenen Ansichten.

⁴⁰ Vgl. BSG, Urt. v. 8.11.1995 – 13 RJ 5/95 = SozR 3-2600 § 300 Nr. 5; vgl. zur Subsidiarität: Kap. 1 B.III.1.

⁴¹ Etwa: BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89 (LS. 1); BSG, Urt. v. 10.12.2003 – B 9 VJ 2/02 R = BSGE 92, 34, 39; BSG, Urt. 6.3.2003 – B 4 RA 38/02 R = BSGE 91, 1, 4. Das BSG will teilweise auch die bloße „Behinderung“ eines subjektiven Rechts ausreichen lassen (BSG, Urt. 6.3.2003 – B 4 RA 38/02 R = BSGE 91, 1, 4). Diesem Merkmal wurde aber bislang in der Rechtsprechung zum sozialrechtlichen Her-

liche Form des Verletzungsverhaltens, solange es sich um hoheitliches Verhalten der Verwaltung handelt, das nach den Regelungen des öffentlichen Rechts zu beurteilen ist.⁴² Die Feststellung der Rechtswidrigkeit erfolgt beim sozialrechtlichen Herstellungsanspruch ex post, daher kann auch aus einer nachträglichen Rechtsprechungsänderung noch die Rechtswidrigkeit des vorangegangenen Verwaltungsverhaltens folgen,⁴³ es ist stets die „geläuterte Rechtsauffassung“⁴⁴ zu Grunde zulegen.

a) Verletzung von Betreuungspflichten

aa) Allgemeine Entwicklung der Betreuungspflichten

Auch wenn der sozialrechtliche Herstellungsanspruch keine Betreuungspflichtverletzung mehr voraussetzt,⁴⁵ bilden diese Fälle dennoch seinen typischen Anwendungsfall.⁴⁶ Da auch ein Großteil der Anspruchsentwicklung ausgehend von Sachverhalten erfolgte, in denen die Verletzung einer Betreuungspflicht geltend gemacht wurde, ist ein Überblick zum Verständnis des Herstellungsanspruches keine selbständige Bedeutung zugemessen, so dass das BSG einen Gehalt der Behinderungsvariante neben Tun und Unterlassen erst noch herausarbeiten muss. Gegenwärtig kann davon ausgegangen werden, dass das Gericht durch das Merkmal der „Behinderung“ auch die Verhaltensweisen erfassen möchte, die sich nachteilig auf das subjektive Recht auswirken, aber nicht eindeutig als Tun oder Unterlassen eingeordnet werden können. Dem Merkmal kommt damit ein Auffangcharakter zu – und lässt den Willen des BSG erkennen, mittels des Herstellungsanspruches (lückenlos) jegliches denkbare Verletzungsverhalten der Verwaltung zu erfassen.

⁴² Grds. kann ein Herstellungsanspruch gleichermaßen aus einer Rechtsverletzung durch förmliches Verwaltungshandeln (bspw. BSG, Urt. v. 14.5.1985 – 5a RKn 23/84 = SozR 1300 § 44 Nr. 18; BSG, Urt. v. 21.12.1980 – 5 RKn 19/78 = BSGE 50, 12, 14; BSG, Urt. v. 1983 – 5a RKn 9/82 = BSGE 56, 61, 63) und schlichtes Verwaltungshandeln in Betracht kommen (bspw. rechtswidrige Realakte, wie eine Beratung oder Auskunft; vgl. zur Rechtsnatur der Beratung: *Krasney*, ZAP 1996 [Fach 18], 449, 450; *Rixen*, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 11).

⁴³ BSG, Urt. v. 9.5.1979 – 9 RV 20/78 = SozR 3100 § 44 Nr. 11; BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 77; *Mrozynski*, § 14 SGB I, Rn. 28; *Schmidt/Schmidt*, JURA 2005, 372, 374 m.w.N.; *Schmitz*, ZfSH/SGB 2006, 393, 395; kritisch: *Funk*, DAngVers 1981, 26, 30; differenzierend: *Krasney*, in: FS für Walter Schwarz, S. 383, 394.

⁴⁴ BSG, Urt. v. 18.2.2004 – B 10 EG 10/03 R = BSGE 92, 182, 189.

⁴⁵ Der Begriff „Betreuungspflichten“ soll hier als Oberbegriff für sämtliche, öffentlichrechtlichen Informations-, Aufklärungs-, Beratungs-, Auskunfts- und Betreuungspflichten im engeren Sinn (bspw. die Pflicht zur zeitnahen und zügigen Bearbeitung eines Antrags) verwandt werden, die innerhalb des Rechtsverhältnisses zwischen Verwaltungsbehörde und Bürger bestehen.

⁴⁶ So auch: *Schmidt/Schmidt*, JURA 2005, 372, 373.

lungsanspruchs unerlässlich. Nachdem die §§ 13 ff. SGB I zum 1. Januar 1976⁴⁷ in Kraft traten, wurde ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch überwiegend mit der Verletzung einer gesetzlich festgeschriebenen Pflichten begründet, wobei sich das BSG vorbehält, den Anspruch auch bei der Verletzung anderer, ungeschriebener Betreuungspflichten als Nebenleistungspflichten anzuerkennen.⁴⁸

bb) Einzelne Betreuungspflichten

(1) Allgemeine Beratungs- und Auskunftspflichten nach §§ 14, 15 SGB I

Unumstritten ist der sozialrechtliche Herstellungsanspruch auf die Verletzung der allgemeinen Beratungspflicht des § 14 SGB I anwendbar.⁴⁹ Die Vorschrift wird – entsprechend ihres Wortlautes – als Rechtsgrundlage eines Anspruchs des Bürgers auf Beratung gegenüber dem Leistungsträger (i.S.d. § 12 SGB I) verstanden, bei dem (möglicherweise) Rechte geltend gemacht werden können bzw. Pflichten bestehen.⁵⁰ Bei einem entsprechenden Informationsinteresse ist dieser verpflichtet, den einzelnen Bürger inhaltlich zutreffend und vollständig über seine im Einzelfall bestehenden oder möglichen (Gestaltungs-) Rechte/Leistungen/Pflichten zu informieren; eine bestimmte Form der Beratung ist dafür nicht vorgeschrieben.⁵¹ Während der Anspruch außerhalb bestehender Sozialrechtsverhältnisse nur durch einen Antrag des Bürgers entstehen soll,⁵² werden innerhalb eines bestehenden Sozialrechtsverhältnisses von der Rechtsprechung auch Beratungspflichten von Amts wegen anerkannt, sofern ein

⁴⁷ BGBl. 1975 I, S. 3017.

⁴⁸ Vgl. BSG, Urt. v. 9.5.1979 – 9 RV 20/78 = SozR 3100 § 44 Nr. 11; BSG, Urt. 21.2.1980 – 5 RKn 19/78 = BSGE 50, 12, 14; Urt. v. 22.10.1996 – 13 RJ 23/95 = BSGE 79, 168, 173 = SozR 3-2600 § 115 Nr. 1; befürwortend: *von Koch*, NZS 1998, 167, 168; *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 167 m.w.N.; ablehnend: *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 426 f.

⁴⁹ Etwa: *Rüfner*, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 14 SGB I, Rn. 11; *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 14 SGB I, Rn. 33; *Rixen*, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 12 ff.; *Krasney*, ZAP 1996 [Fach 18], 449, 455; *Mönch-Kalina*, in: Schlegel/Voelzke [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 36, 38 ff.

⁵⁰ Vgl. *Mrozynski*, § 14 SGB I, Rn. 1; *Rüfner*, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 14 SGB I, Rn. 1.

⁵¹ Vgl. *Rixen*, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 2; *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 14 SGB I, Rn. 2, 19; *Mrozynski*, § 14 SGB I, Rn. 13.

⁵² Was jedenfalls dann ein – möglicherweise auf Beratung beschränktes – Sozialrechtsverhältnis begründet.

konkreter Beratungsanlass besteht.⁵³ Zur Reichweite und zum Umfang des § 14 SGB I hat die Rechtsprechung inzwischen eine umfangreiche Kasuistik⁵⁴ herausgebildet.⁵⁵ § 14 SGB I verpflichtet jedenfalls nicht zu einer Beratung entgegen gesetzlicher Zielsetzungen der Sozialverwaltung.⁵⁶

Da auch § 15 I SGB I als einklagbarer Anspruch des Bürgers auf (formlose) Auskunft verstanden wird,⁵⁷ ist der Herstellungsanspruch auf Auskunftspflichtverletzungen anwendbar.⁵⁸ Die ausdrücklich genannten Stellen sind gem. § 15 II SGB I verpflichtet, dem Bürger sowohl den für sein Begehren zuständigen Leistungsträger zu benennen (sog. Verweisungsauskunft) als auch grds. direkte

⁵³ Vgl. *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 14 SGB I, Rn. 8 ff. Der wichtigste Fall einer Beratung von Amts wegen ist jedenfalls die Pflicht zur „Spontanberatung“. Danach hat die Behörde auch dann auf günstige Dispositionsmöglichkeiten hinzuweisen, wenn der Bürger nicht nach diesen gefragt hat, aber die Möglichkeiten im Einzelfall klar erkennbar zu Tage treten – und davon ausgegangen werden kann, dass der Bürger bei entsprechender Kenntnis von diesen Gebrauch machen würde (BSG, Urt. v. 25.4.1978 – 5 RJ 18/77 = BSGE 46, 124, 126; BSG, Urt. v. 17.4.1986 – 7 RAr 81/84 = BSGE 60, 79, 86; BSG, Urt. v. 10.12.2003 – B 9 VJ 2/02 R = BSGE 92, 34, 40; kritisch zum Umfang: *Hase*, SGB 2001, 593 ff.; *Krause/Sattler*, in: Udsching/Rolfs [Hg.], JbSR 2005/2006, S. 139, 142 ff.).

⁵⁴ Vgl. etwa: *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 14 SGB I, Rn. 8 ff. m.w.N.; *Amberg*, Divergierende Rechtsprechung, S. 35 ff.; *Mönch-Kalina*, in: Schlegel/Voelzke [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 25 ff.; *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 432 ff.; *Krause/Sattler*, in: Gitter/Wannagat [Hg.], JbSR 2001, S. 125, 126.

⁵⁵ So sollen bspw. bei einem anwaltlich vertretenen Bürger engere Voraussetzungen für eine Spontanberatungspflicht bestehen, als bei einem nicht vertretenen Bürger – aber wiederum weitere Voraussetzungen bei einem ausländischen Anwalt (vgl. BSG, Urt. v. 8.4.1987 – 1 RA 55/85 = SozR 1200 § 14 Nr. 25).

⁵⁶ Vgl. BSG, Urt. v. 21.3.1990 – 7 RAr 36/88 = BSGE 66, 258, 266 m.w.N.

⁵⁷ *Mrozynski*, § 15 SGB I, Rn. 2; *Mönch-Kalina*, in: Schlegel/Voelzke [Hg.], § 15 SGB I, Rn. 29.

⁵⁸ So auch: *Rüfner*, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 15 SGB I, Rn. 6; *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 15 SGB I, Rn. 13; *Mrozynski*, § 15 SGB I, Rn. 11; *Mönch-Kalina*, in: Schlegel/Voelzke [Hg.], § 15 SGB I, Rn. 33. Teilweise wird hingegen vertreten, dass eine Verletzung des Auskunftsanspruchs keinen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch begründen könne, weil die Herstellung des rechtmäßigen Zustandes der Auskunftsstelle nach § 15 II SGB I – die nicht mit dem jeweiligen Leistungsträger identisch zu sein braucht – nicht möglich sei (vgl. *Fichte*, in: Erlenkämper/Fichte [Hg.], III 8, Rn. 28). Dieses Argument überzeugt allerdings nicht, weil es am falschen Punkt ansetzt. Von der (tatbestandlichen) Frage nach dem Vorliegen der erforderlichen subjektiven Rechtsverletzung ist die Frage zu unterscheiden, ob der sozialrechtliche Herstellungsanspruch bei Verletzung des § 15 I SGB I auch gegen die Auskunftsstelle (auf Rechtsfolgenseite) zum Erfolg führen wird (vgl.: *Rixen*, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann [Hg.], § 15 SGB I, Rn. 1; *Rüfner*, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 15 SGB I, Rn. 6, Fn. 22; *Mrozynski*, § 15 SGB I, Rn. 11). Zudem erscheint diese Ansicht vor dem Hintergrund der Zurechnungsmöglichkeit des Fehlverhaltens von Drittbehörden zu dem Leistungsträger, der zur Herstellung in der Lage ist, nicht plausibel; vgl. Kap. 1 C.II.

Fragen zu tatsächlichen oder rechtlichen Umständen zu beantworten (sog. Inhaltsauskunft).⁵⁹ Die Auskunft soll als „*ein Minus*“⁶⁰ gegenüber der Beratung „*den Weg zur sachgemäßen Beratung verkürzen*“.⁶¹ Neben § 14 SGB I hat § 15 SGB I in der Rechtsprechung des BSG – auch im Verletzungsfall – bislang kaum eigenständige Bedeutung erlangt, weil eine falsche Verweisungsauskunft aufgrund des § 16 II SGB I kaum einen sozialrechtlichen Schaden hervorrufen wird und auch eine fehlerhafte Inhaltsauskunft oftmals mit dem Vorbehalt einer Beratung durch den Leistungserbringer verbunden wird, so dass sie zumindest sehr selten kausal hinsichtlich eines sozialrechtlichen Nachteils wirkt.⁶²

(2) *Allgemeine Aufklärungspflicht nach § 13 SGB I*

Für die Aufklärungspflicht des § 13 SGB I ist die Anwendbarkeit des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs hingegen heftig umstritten. Als Aufklärung wird die generelle Allgemeininformation der Bevölkerung über sozialrechtliche Rechte und Pflichten durch die im SGB genannten öffentlich-rechtlichen Vereinigungen (innerhalb ihres Aufgabenbereiches) verstanden, die regelmäßig durch Broschüren, Merkblätter und allgemein zugängliche Informationsquellen (bspw. Tageszeitungen oder Internetseiten) erfolgt.⁶³ Wie bereits der Wortlaut („*die Bevölkerung*“) zeigt, besteht die Aufklärungspflicht des § 13 SGB I nicht im Interesse des Einzelnen, weshalb § 13 SGB I auch kein subjektives Recht des einzelnen Bürgers auf rechtmäßige Aufklärung darstellen soll.⁶⁴ Davon ausgehend scheint es auf der Hand zu liegen, dass mangels subjektiver Rechtsverletzung ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch nicht aus Aufklärungspflichtverletzungen begründet werden kann. Ein derartiger Schluss wird vom BSG allerdings nicht in dieser Konsequenz gezogen. Die Rechtsprechung zur Anwendbarkeit des sozialrechtlichen Herstellungsan-

⁵⁹ *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 15 SGB I, Rn. 6 ff.; *Mönch-Kalina*, in: Schlegel/Voelzke [Hg.], § 15 SGB I, Rn. 24 ff.

⁶⁰ *Rüfner*, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 15 SGB I, Rn. 1; vgl. auch: *Mrozynski*, § 14 SGB I, Rn. 3.

⁶¹ *Rixen*, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann [Hg.], § 15 SGB I, Rn. 1.

⁶² Vgl. *Mrozynski*, § 15 SGB I, Rn. 11.

⁶³ Vgl. *Rüfner*, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 13 SGB I, Rn. 10 ff.; *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 13 SGB I, Rn. 27 ff.; *Mönch-Kalina*, in: Schlegel/Voelzke [Hg.], § 13 SGB I, Rn. 9, 21.

⁶⁴ BSG, Urt. v. 28.9.1976 – 3 RK 7/76 = BSGE 42, 224, 225 f.; BSG, Urt. v. 25.1.1996 – 7 RAr 60/94 = SozR 3-3200 § 86 a Nr. 2; *Mönch-Kalina*, in: Schlegel/Voelzke [Hg.], § 13 SGB I, Rn. 19; *Rixen*, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann [Hg.], § 13 SGB I, Rn. 9; *Mrozynski*, § 13 SGB I, Rn. 7; kritisch: *Bogs*, in: Zacher [Hg.], FS zum 25jährigen Bestehen des BSG, Bd. I, S. 149, 169.

spruchs auf Verletzungen des § 13 SGB I ist vielmehr durch zahlreiche Kehrtwenden und vermeintliche Einzelaussagen geprägt.⁶⁵ Inzwischen kann diese Rechtsprechung in der Weise zusammengefasst werden, dass das pflichtwidrige Unterlassen einer Aufklärung grds. keinen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch auslösen soll, während eine pflichtwidrig vorgenommene Aufklärung – also ein Tun (bspw. fehlerhafte Broschüren oder Merkblätter) – sehr wohl einen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch begründen könne.⁶⁶ Tatsächlich ist die Rechtsprechung aber auch durch diese Abgrenzung

⁶⁵ Zunächst lehnte das BSG sowohl ein subjektives Recht des Bürgers auf Aufklärung als auch einen darauf gestützten Herstellungsanspruch ab; ein Herstellungsanspruch wurde stattdessen auf die Verletzung einer anderen Nebenpflicht – der Pflicht zur Spontanberatung – gestützt (BSG, Urt. v. 26.4.1977 – 4 RJ 35/76 = SozR 2200 § 1286 Nr. 3 m.w.N. zur früheren Rechtsprechung). Diese Rechtsprechung wurde nicht in dieser Deutlichkeit fortgeführt (vgl. BSG, Urt. v. 28.11.1979 – 3 RK 64/77 = SozR 2200 § 182 Nr. 57; BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 3/79; BSG, Urt. v. 7.6.1979 – 12 RK 33/78). Dennoch sah es das Gericht als grds. geklärt an, dass ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch nicht über die Verletzung einer Aufklärungspflicht begründet werden könne (BSG, Urt. v. 23.11.1979 – 12 RK 59/78). In der Folgezeit wurde allerdings teilweise ausdrücklich offengelassen, ob die Verletzung des § 13 SGB I nicht doch einen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch auslöst (BSG, Urt. v. 28.10.1981 – 12 RK 61/80 = SozR 5070 § 10 Nr. 19). Schließlich entschied das BSG, dass eine Verletzung des § 13 SGB I durch eine fehlerhafte Aufklärung – in diesem Fall ein inhaltlich unzutreffendes Merkblatt – sehr wohl einen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch begründen solle (BSG, Urt. v. 15.12.1983 – 12 RK 6/83). Entscheidungsleitend dürfte die Einschätzung gewesen sein, dass es bzgl. der spürbaren Nachteile für den Bürger keinen Unterschied macht, ob er eine Dispositionsmöglichkeit nicht wahrnimmt, weil er persönlich falsch beraten wurde (dann läge ein Fall des § 14 SGB I vor) oder weil bspw. auf der Internetseite des Leistungsträgers eine dahingehend falsche Information veröffentlicht wurde (ein Fall des § 13 SGB I). Später wurde auch die generelle Möglichkeit eines Herstellungsanspruchs über die Verletzung des § 13 SGB I durch eine unterlassene allgemeine Aufklärung bei einer Satzungsänderung bejaht (BSG, Urt. v. 19.6.1986 – 12 RK 10/86 = SozR 5428 § 4 Nr. 10). Dieser Entwicklung ist das BSG dann in einer Grundsatzentscheidung entgegengetreten (BSG, Urt. v. 21.6.1990 – 12 RK 27/88 = BSGE 67, 90, 95 ff.). Für die Verletzung des § 13 SGB I wurde ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch grds. abgelehnt. § 13 SGB I sei kein subjektives Recht, weshalb die unterlassene Aufklärung einer Person (unabhängig davon, ob im zu entscheidenden Fall überhaupt § 13 SGB I verletzt wurde) auch keinen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch begründen könne (BSG, Urt. v. 21.6.1990 – 12 RK 27/88 = BSGE 67, 90, 94 f.). Derjenige, der eine Pflicht zur rechtmäßigen Aufklärung nicht geltend machen kann, soll auch aus ihrer Verletzung keine eigenen Rechte ableiten können. In derselben Grundsatzentscheidung kommt das Gericht allerdings auch auf das Urteil (BSG, Urt. v. 15.12.1983 – 12 RK 6/83) zu sprechen, in dem ein Herstellungsanspruch über eine fehlerhafte Aufklärung begründet wurde. Darin läge kein Widerspruch zu den Aussagen der Grundsatzentscheidung, so dass das Gericht diese Rechtsprechung ausdrücklich billigt.

⁶⁶ BSG, Urt. v. 9.2.1993 – 12 RK 28/92 = BSGE 72, 80, 82; BSG, Urt. v. 23.5.1996 – 13 RJ 17/95 = SozR 3-5750 Art 2 § 6 Nr. 15; BSG, Urt. v. 16.12.1993 – 13 RJ 19/92 =

nur unzureichend beschrieben. Schließlich hat das BSG bislang zu (abweichenden) Entscheidungen keine ausdrückliche Stellung bezogen, in denen ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch nicht mit einer fehlerhaften, sondern mit einer unterlassenen Aufklärung begründet wurde.⁶⁷ Deshalb wird auch die Ansicht vertreten, dass – auch bei § 13 SGB I – ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch gleichermaßen durch pflichtwidriges Tun und Unterlassen ausgelöst werden könne.⁶⁸

Unabhängig von derartigen einzelnen Inkonsequenzen innerhalb ihrer Entscheidungslinie übersieht die Rechtsprechung die entscheidende Frage: Woraus soll sich das erforderliche subjektive Recht des Einzelnen ergeben, das durch eine fehlerhafte Aufklärung verletzt wird, wenn nicht aus § 13 SGB I? Denn wenn im Falle der unterlassenen Aufklärung ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch mangels subjektiven Gehaltes des § 13 SGB I abgelehnt wird,⁶⁹ erscheint es widersprüchlich, dies gleichzeitig für den Fall der Verletzung des § 13 SGB I durch eine fehlerhafte Aufklärung anzuerkennen.⁷⁰ Im Hinblick auf diese Rechtsprechung könnte man den Eindruck gewinnen, dass das BSG zwar kein subjektives Recht auf Vornahme der Aufklärung anerkennt, sehr wohl aber von einer behördlichen Pflicht ausgeht, dass eine fehlerhafte (und damit irreleitende) Aufklärung zu unterlassen ist.⁷¹ Wenn man über die Verletzung dieser Pflicht allerdings einen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch begründen will, dann muss man entweder von einem subjektiv-rechtlichen Charakter (zumindest) dieser Pflicht innerhalb § 13 SGB I ausgehen,⁷² einen anderen ungeschriebenen Informationsanspruch des Bürgers neben § 13 SGB I anerkennen oder das Tatbestandsmerkmal der subjektiven Rechtsverletzung für den Herstellungsanspruch überhaupt in Frage stellen.⁷³

SozR 3-1200 § 14 Nr. 12; *Rüfner*, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 13 SGB I, Rn. 13; *Krause/Sattler*, in: Gitter/Wannagat [Hg.], JbSR 2002, S. 39, 40.

⁶⁷ Bspw.: BSG, Urt. v. 19.6.1986 – 12 RK 10/86 = NZA 1987, 111, 112.

⁶⁸ Vgl. etwa: *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 13 SGB I, Rn. 51.

⁶⁹ BSG, Urt. v. 21.6.1990 – 12 RK 27/88 = BSGE 67, 90, 95 ff.

⁷⁰ Kritisch auch: *Hase*, in: BeckOK, § 13 SGB I, Rn. 9 f.; *Mrozynski*, § 13 SGB I, Rn. 18.; *Rixen*, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann [Hg.], § 13 SGB I, Rn. 13; *Reinhardt*, in: *Krahmer* [Hg.], § 13 SGB I, Rn. 11.

⁷¹ *Rixen*, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann [Hg.], § 13 SGB I, Rn. 10; *Rüfner*, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 13 SGB I, Rn. 13; *Mönch-Kalina*, in: Schlegel/Voelzke [Hg.], § 13 SGB I, Rn. 26 f.

⁷² So wohl: *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 13 SGB I, Rn. 44 (ausdrücklich zu BSG, Urt. v. 15.12.1983 – 12 RK 6/83); *Baier*, in: Krauskopf, 83. EGL., § 13 SGB I, Rn. 3.

⁷³ So wohl: *Baier*, in: Krauskopf, 83. EGL., § 14 SGB I, Rn. 9; *Schmidt-De Caluwe*, S. 142 i.a.Z.

Sofern man eine subjektive Rechtsverletzung für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch unverändert fordert und gleichzeitig § 13 SGB I jeden subjektiven Gehalt abspricht, kann aus der Verletzung des § 13 SGB I kein Herstellungsanspruch folgen; unabhängig davon, ob nun eine unterlassene Aufklärung (die einen nicht existierenden Aufklärungsanspruch nicht verletzen kann) oder eine fehlerhafte Aufklärung vorliegt (die dann auch kein subjektives Recht aus § 13 SGB I verletzt).⁷⁴ Die daneben vorgebrachten Gründe, dass in der Praxis Beweisprobleme hinsichtlich der Kausalität zu erwarten sind, wenn ein Herstellungsanspruch auch durch die Verletzung des § 13 SGB I begründet werden könnte, weil dann letztendlich jeder Bürger behaupten könne, dass bei ihm ein solcher Fall vorläge,⁷⁵ oder dass sich die öffentlich-rechtlichen Vereinigungen entgegen der Intention des § 13 SGB I bei einer möglichen Haftung bzgl. der Aufklärung zurückhielten,⁷⁶ sind zwar eine naheliegende Folge der Ausdehnung auf § 13 SGB I, aber kein überzeugendes rechtliches Argument gegen deren Zulässigkeit. Dem ersten Argument hinsichtlich des fehlenden subjektiv-rechtlichen Charakters des § 13 SGB I kommt jedoch erhebliches rechtsdogmatisches Gewicht zu.

Wer einen Herstellungsanspruch (in seiner bisherigen Form) zumindest bei fehlerhafter Aufklärung anwenden will, muss auch einen entsprechenden Anspruch des Bürgers auf Unterlassen einer fehlerhaften Aufklärung anerkennen.⁷⁷ Ob ein derartiger Unterlassungsanspruch zumindest aus § 13 SGB I jedoch auch der Meinung des BSG entspricht, erscheint zumindest fraglich, weil das Gericht bislang § 13 SGB I ausdrücklich als rein objektiv-rechtliche Verpflichtung beschrieben hat⁷⁸ ohne eine einzige subjektiv-rechtliche Komponente des Verpflichtungsgehaltes herauszuarbeiten.⁷⁹

Die aufgezeigten Probleme/Streitpunkte im Zusammenhang mit § 13 SGB I bestehen allerdings nicht, wenn sich der Bürger direkt mit einem Begehren an einen Versicherungsträger wendet und dieser auf Allgemeininformationen Bezug nimmt (sog. persönliche Aufklärung), weil dann kein Fall des § 13 SGB I gegeben ist, sondern eine Beratung i.S.d. § 14 SGB I.⁸⁰ Ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch ist dann unstreitig möglich.

⁷⁴ So: *Hase*, in: BeckOK, § 13 SGB I, Rn. 9 f.; *Mrozynski*, § 13 SGB I, Rn. 18.; *Rixen*, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann [Hg.], § 13 SGB I, Rn. 13; *Reinhardt*, in: Kraher [Hg.], § 13 SGB I, Rn. 11.

⁷⁵ Vgl. *Hase*, in: BeckOK, § 13 SGB I, Rn. 9.

⁷⁶ Vgl. *Mrozynski*, § 13 SGB I, Rn. 17.

⁷⁷ Vgl. *Mönch-Kalina*, in: Schlegel/Voelzke [Hg.], § 13 SGB I, Rn. 26.

⁷⁸ Vgl. BSG, Urt. v. 28.9.1976 – 3 RK 7/76 = BSGE 42, 224, 225 f.

⁷⁹ Kritisch zu dieser Begründung eines Unterlassungsanspruchs auch: *Hase*, in: BeckOK, § 13 SGB I, Rn. 9.

⁸⁰ Vgl. *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 13 SGB I, Rn. 44a, 45.

(3) *Betreuungspflichten aus den besonderen Teilen des Sozialgesetzbuches*

Neben den allgemeinen Betreuungspflichten der §§ 13 ff. SGB I bestehen in den besonderen Teilen des Sozialgesetzbuches weitere Betreuungspflichten. Die Anwendbarkeit des Herstellungsanspruchs hängt hierbei vom jeweiligen Rechtsgehalt der Einzelpflichten ab.⁸¹

b) *Ausnahmen vom Erfordernis einer subjektiven Rechtsverletzung?*

Ob eine subjektive Rechtsverletzung tatsächlich eine notwendige Voraussetzung des sozialrechtliche Herstellungsanspruchs darstellt, kann im Hinblick auf die Fälle bezweifelt werden, in denen der Anspruch aus einer rechtswidrigen Satzung oder einer Amtsermittlungspflichtverletzung gestützt wird. Hiervon zu unterscheiden sind die Fälle, in denen der Herstellungsanspruch bspw. damit begründet wurde, dass die Behörde den Bürger nicht darauf hingewiesen hat, dass bzgl. der Rechtmäßigkeit einer Satzung ein Rechtsstreit anhängig ist, der letztlich zum Ergebnis der Rechtswidrigkeit der Satzung geführt hat.⁸² Schließlich handelt es sich dann um eine Auskunftspflichtverletzung, die keine nennenswerten Besonderheiten gegenüber anderen Betreuungspflichtverletzungen enthält.

Problematisch sind vielmehr die Fälle, in denen die relevante Pflichtverletzung bereits unmittelbar im Erlass einer rechtswidrigen Satzung selbst liegen soll.⁸³ Zur Begründung verweist das BSG lediglich darauf, dass eine rechtswidrige Satzungsbestimmung einer unrichtigen Auskunft gleichstehe/gleichstehen

⁸¹ Besondere Betreuungspflichten, bei deren Verletzung der sozialrechtliche Herstellungsanspruch durch das BSG anerkannt ist, sind u.a.: § 93 SGB IV (BSG, Urt. v. 26.1.2000 – B 13 RJ 37/98 R = SozR 3-5910 § 91a Nr. 7; *Kreikebohm/Pohl*, in: *Kreikebohm* [Hg.], § 93 SGB IV, Rn. 10), § 109 IV SGB VI (*Schmidt*, in: *Kreikebohm* [Hg.], § 109 SGB VI, Rn. 14 m.w.N.), § 115 VI SGB VI (BSG, Urt. v. 9.12.1997 – 8 RKn 1/97 = BSGE 81, 251, 255; BSG, Urt. v. 22.10.1998 – B 5 RJ 62/97 R = SozR 3-2600 § 115 Nr. 4; *Furtmayr*, NZS 2000, 498 ff. m.w.N.; *Löcher*, SozVers 2001, 85, 86 f. m.w.N.) und § 44 ALG (BSG, Urt. v. 25.5.2000 – B 10 LW 16/99 R = SozR 3-5868 § 44 Nr. 1). Bisher vom BSG nicht ausdrücklich entschieden wurde die Anwendbarkeit des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs dagegen u.a. für: § 2 I Nr. 2 SGB III, § 3 I Nr. 1 i.V.m. §§ 29 ff. SGB III, § 39 III SGB IV, § 1 S. 3 SGB V, § 13 II Satz 3 SGB V, § 305 SGB V, § 109a I SGB VI, § 17 I SGB VII, § 7 SGB XI oder § 8 SGB XII.

⁸² Vgl. BSG, Urt. v. 21.2.1980 – 5 RKn 27/78; BSG, Urt. v. 21.2.1980 – 5 RKn 19 /78 = BSGE 50, 12, 14.

⁸³ Vgl. BSG, Urt. v. 30.11.1983 – 5a RKn 9/82 = BSGE 56, 61, 63.

müsse.⁸⁴ Rechtlich wirft diese Gleichsetzung allerdings einige Bedenken auf, die der Diskussion und Lösung der sog. fehlerhaften Aufklärung entsprechen.⁸⁵ Da keiner Einzelperson ein subjektives Recht auf den Erlass einer rechtmäßigen, generell-abstrakt wirkenden Satzung zusteht, ist das subjektive öffentlich-rechtliche Recht nicht erkennbar, das durch den Erlass einer rechtswidrigen Satzung verletzt sein soll.⁸⁶ Teilweise wird aus dieser Rechtsprechung der Schluss gezogen, dass für den Herstellungsanspruch inzwischen auch (bestimmte) objektive Rechtsverletzungen ausreichen würden, sofern nur ein über das allgemeine Staat-Bürger-Verhältnis hinausgehende Näheverhältnis der Beteiligten besteht.⁸⁷

Fraglich ist auch die Begründbarkeit eines Herstellungsanspruchs aus der Verletzung behördlicher Amtsermittlungspflichten (etwa § 20 SGB X, § 24 VwVfG). Wenn teilweise behauptet wird, dass das BSG einen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch bei der Verletzung einer behördlichen Amtsermittlungspflicht anerkenne,⁸⁸ ist dessen Begründung nur ungenau wiedergegeben. So formuliert bestehen nämlich erhebliche Zweifel an dem Vorliegen einer subjektiven Rechtsverletzung, da die behördlichen Amtsermittlungspflichten die Behörde in den Kenntnisstand setzen sollen, der für ihre Aufgabenbewältigung notwendig ist.⁸⁹ Bei einer Amtsermittlungspflichtverletzung hat das BSG aber bislang nicht ausdrücklich zu erkennen gegeben, ob unmittelbar die Amtsermittlungspflichtverletzung selbst den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch begründen soll oder ob der Anspruch erst in Verbindung mit einer auf ihr beru-

⁸⁴ BSG, Urt. v. 30.11.1983 – 5a RKn 9/82 = BSGE 56, 61, 63. Bzgl. der rein tatsächlichen Folgen einer rechtswidrigen Satzungsbestimmung für den Betroffenen vermag diese Gleichstellung sogar zu überzeugen. So ist es nicht fernliegender, dass bspw. derjenige, der einen überhöhten Beitragssatz aus der rechtswidrigen Satzung seiner Krankenkasse erfährt, aus seiner freiwilligen Krankenversicherung austritt, als dass derjenige, der auf Nachfrage von der Krankenkasse denselben falschen (überhöhten) Beitragssatz genannt bekommt (vgl. hierzu schon: BSG, Urt. v. 21.2.1980 – 5 RKn 19 /78 = BSGE 50, 12, 14).

⁸⁵ Kritisch daher auch: *Bieback*, SGB 1990, 517, 520 f.; *Schmidt-De Caluwe*, S. 142. Zur grundsätzlichen Vergleichbarkeit mit den Aufklärungsfällen wohl auch: *Seewald*, in: *Kasseler Kommentar*, 77. EGL., § 13 SGB I, Rn. 47; *Schmidt/Schmidt*, JURA 2005, 372, 372, Fn. 23. Vgl. zur Lösung bei § 13 SGB I: Kap. 1 B.I.1.a.bb. (2).

⁸⁶ So auch: *Schmidt-De Caluwe*, S. 142. Diese Problematik wird oftmals im Zusammenhang mit der Möglichkeit eines Amtshaftungsanspruchs wegen legislativen Unrechts diskutiert; etwa: *Wienhues*, in: *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, StHR, Rn. 137 ff.; *Grzeszick*, in: *Erichsen/Ehlers* [Hg.], AllgVerwR, § 44, Rn. 27.

⁸⁷ Vgl. *Schmidt-De Caluwe*, S. 142.

⁸⁸ Etwa: *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 8; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 607; *Schmidt/Schmidt*, JURA 2005, 372, 373.

⁸⁹ Vgl. *Ramsauer*, in: *Kopp/Ramsauer*, § 24 VwVfG, Rn. 36; *Neumann*, NVwZ 2000, 1244, 1246.

henden (weiteren) Pflichtverletzung (eines subjektiven Rechts) besteht.⁹⁰ So stellt das Gericht fest, dass erst die auf der Grundlage einer fehlerhaften Amtsermittlung ergangene „*unzutreffende Entscheidung [...] einen Herstellungsanspruch begründen kann*“⁹¹ und nicht die Amtsermittlungspflichtverletzung selbst. Auch in nachfolgenden Entscheidungen hat das BSG zu keinem Zeitpunkt einen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch ausdrücklich auf die Verletzung einer Amtsermittlungspflicht gestützt.⁹² Deshalb kann davon ausgegangen werden, dass eine Amtsermittlungspflichtverletzung, die ein nach außen gerichtetes Verwaltungsverhalten nicht beeinflusst hat (und sich damit nicht auf die subjektiven Rechte des Bürgers auswirkt), auch keinen Herstellungsanspruch begründet. Bei dieser Betrachtungsweise ist demnach auch keine Abweichung vom Erfordernis einer subjektiven Rechtsverletzung erkennbar. Es lässt sich daher nicht feststellen, dass das BSG im Zusammenhang mit Amtsermittlungspflichten bisher vom Erfordernis einer subjektiven Rechtsverletzung abgewichen wäre.

c) Kein Verschuldenserfordernis

Obwohl die frühere Rechtsprechung in dieser Frage nicht immer einheitlich war,⁹³ verzichtet das BSG seit 1979 für den sozialrechtlichen Herstellungsan-

⁹⁰ So wohl auch: *Fichte*, in: Erlenkämper/Fichte [Hg.], SozR, II 7 Rn. 11.

⁹¹ BSG, Urt. v. 15.12.1983 – 12 RK 1/82 = EzS 70/56.

⁹² Zuletzt: BSG, Urt. v. 8.10.1998 – B 8 KN 1/97 U R = BSGE 83, 30, 34 f.; offengelassen: BSG, Urt. v. 28.2.1984 – 12 RK 31/83 = SozR 1200 § 14 Nr. 16.

⁹³ Bis 1979 – und damit fast 17 Jahre seit der ersten Entscheidung – fand in der Rechtsprechung des BSG keine Auseinandersetzung mit der Frage nach einem Verschuldenserfordernis des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs statt (BSG, Urt. v. 28.9.1976 – 3 RK 7/76 = BSGE 42, 224, 227; vgl. zu der Frage, ob es vor dem Verzicht auf ein Verschuldenselement überhaupt einen eigenständigen Herstellungsanspruch gab: *Schmidt-De Caluwe*, S. 144; *Kreßel*, SGB 1987, 313). Die mangelnde Beschäftigung mit dieser Frage ist wohl darauf zurückzuführen, dass die Ergebnisse in den Herstellungslagen zunächst auf eine Vielzahl tradierter Rechtsinstitute (bspw. *venire contra factum proprium*) gestützt wurden, bevor sich der Herstellungsanspruch als eigenständiges Rechtsinstitut etablieren konnte, dessen eigene Konturen herausgearbeitet werden mussten (vgl. *Schmidt-De Caluwe*, S. 145 m.w.N.). Im Zuge dieser Konturierung wurden 1979 die drei wichtigsten Entscheidungen zur Frage nach einem Verschuldenserfordernis getroffen. Zunächst entschied der 9. Senat (ohne nähere Begründung), dass es „*unerheblich ist, ob der Beamte bei der (falschen) Unterrichtung über die Rechtslage subjektiv vorwerfbar, schuldhaft, namentlich fahrlässig handelte. Die Behörde hat auch ohne den Nachweis eines solchen Verschuldens aus unmittelbarer Unrechtshaftung heraus den Antragsteller so zu stellen, wie er stehen würde, wenn er richtig unterrichtet worden wäre*“ (BSG, Urt. v. 9.5.1979 – 9 RV 20/78 = SozR 3100 § 44 Nr. 11). Der 5. Senat sprach sich zwischenzeitlich für Verschuldenselemente als Anspruchsvoraussetzung aus

spruch auf ein Verschuldenserfordernis.⁹⁴ Es handelt sich insofern um einen verschuldensunabhängigen Anspruch, für den allein das Vorliegen einer objektiven Pflichtverletzung ausreicht.⁹⁵ Die überwiegende sozialrechtliche Literatur begrüßt diese Ausgestaltung,⁹⁶ die damit begründet wird, dass aus dem „System [des] öffentlichen Nachteilsausgleichs“⁹⁷ folge, dass ein Verschuldenserfordernis allein beim Amtshaftungsanspruch aus § 839 BGB, Art. 34 BGB verlangt werden müsse. Da der Herstellungsanspruch weniger gewähre als der Amtshaftungsanspruch (über den „voller Schadensersatz zu gewähren“⁹⁸ sei), also demgegenüber „ein Minus“ in seiner Rechtsfolge darstelle, sei es auch gerechtfertigt, über geringere Anspruchsvoraussetzungen einen Herstellungsanspruch zu begründen.⁹⁹ Insbesondere sei der Herstellungsanspruch als leistungsrechtliche Parallele zum verschuldensunabhängigen Folgenbeseitigungsanspruch ebenfalls verschuldensunabhängig.¹⁰⁰

Letztlich entscheidungsleitend dürfte aber die Überlegung gewesen sein, dass „der Herstellungsanspruch lediglich ein Instrument zur Erreichung und Sicherung des Gesetzeszwecks“¹⁰¹ sei, weshalb es nicht um ein individuelles

(BSG, Urt. v. 20.6.1979 – 5 RKn 16/78 = BSGE 48, 211, 213), bevor der 12. Senat am hiervon schließlich in einer Grundsatzentscheidung endgültig Abstand nahm und ausdrücklich die objektive Pflichtverletzung für ausreichend erklärte (BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 77 ff.).

⁹⁴ BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 77; BSG, Urt. v. 21.2.1980 – 5 RKn 19/78 = BSGE 50, 12, 15; BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 94.

⁹⁵ Wenn dennoch teilweise geprüft wird, ob bestimmte Umstände für den Versicherungsträger „erkennbar“ waren (etwa: BSG, Urt. v. 15.5.1984 – 12 RK 9/83 = SozR 5070 § 10 Nr. 25), darf dies nicht als Wiedereinführung einer Verschuldensvoraussetzung für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs missverstanden werden. Vielmehr bezieht sich diese Prüfung auf die Bestimmung/Begründung der ggf. verletzten Pflicht selbst (so auch: *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 395 Fn. 301; unklar hingegen: *Marschner*, MDR 1999, 341, 343; *Fichte*, in: Erlenkämper/Fichte [Hg.], SozR, II 7 Rn. 17).

⁹⁶ Vgl. *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 161; *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 390 f.; *Kreßel*, NZS 1994, 395, 399; *Krasney*, ZAP 1996 [Fach 18], 449, 459; *Mrozynski*, § 14 SGB I, Rn. 25; *Marschner*, MDR 1999, 341, 342 f.; *Gagel*, SGB 2000, 517, 520; *Waßer*, JA 2001, 137, 140; *Schmidt/Schmidt*, JURA 2005, 372, 375; *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6, Rn. 80; **a.A.:** *Terwey*, Rechtliche Betreuung nach dem SGB, S. 172 ff.

⁹⁷ BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 78. Ähnlich argumentieren auch: *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6 Rn. 80.

⁹⁸ BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 78.

⁹⁹ BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 78.

¹⁰⁰ BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 79 f.

¹⁰¹ BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 94; vgl. auch: *Adolf*, Herstellungsanspruch, S. 216; *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 164; *Schmitz*, ZfSH/SGB 2006, 393, 395.

Fehlverhalten und dessen Sanktionierung ginge.¹⁰² Die Literatur hat diese Begründung der Rechtsprechung dahingehend ergänzt, dass ein individuelles Verschuldenserfordernis nicht zu der Korrektur von Organisationsfehlern passe.¹⁰³

2. Sozialrechtlicher Nachteil

Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch erfordert neben einer Pflichtverletzung den Eintritt eines Nachteils, welcher oftmals auch als „Schaden“ bezeichnet wird.¹⁰⁴ Dies suggeriert jedoch eine Nähe des sozialrechtlichen Nachteilbegriffs zum zivilrechtlichen Schaden, die vom BSG nicht beabsichtigt ist und auch dem Merkmal inhaltlich nicht gerecht wird.¹⁰⁵ Während der zivilrechtliche Schadensbegriff – zumindest im Grundsatz¹⁰⁶ – umfassend jede unfreiwillige Einbuße an materiellen oder immateriellen Gütern erfasst,¹⁰⁷ umschreibt das BSG den Nachteil i.S.d. sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs demgegenüber enger als eine „Verschlechterung der Rechtsposition“¹⁰⁸ bzw.

¹⁰² Kreßel, S. 299; Olbertz, S. 25 f.; Bieback, SGB 1986, 36, 37; Adolf, Herstellungsanspruch, S. 221 f.; Gagel, SGB 2000, 517, 520; Rixen, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 12; Fichte, in: Erlenkämper/Fichte [Hg.], SozR, II 7 Rn. 17.

¹⁰³ Olbertz, S. 25; Bieback, SGB 1990, 517, 521.

¹⁰⁴ Vgl. BSG, Urt. v. 25.4.1978 – 5 RJ 18/77 = BSGE 46, 124, 127; Fichte, in: Erlenkämper/Fichte [Hg.], SozR, II 7 Rn. 5; Reinhardt, in: Kraemer [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 20.

¹⁰⁵ So hat das BSG den Begriff des „sozialrechtlichen Schadensersatzes“ für den Herstellungsanspruch ausdrücklich zurückgewiesen, weil dieser eine Fehlvorstellung der Anspruchsrichtung hervorrufe (vgl. BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 80). Wenn teilweise von einem „sozialrechtlichen Nachteil oder Schaden“ die Rede ist (BSG, Urt. v. 28.9.2010 – B 1 KR 31/09 R; BSG, Urt. v. 2.11.2011 – B 1 KR 14/07 R = BSGE 99, 180, 184) ist damit nicht gemeint, dass entweder ein sozialrechtlicher Nachteil oder ein Schaden vorliegen kann, sondern dass ein sozialrechtlicher Nachteil vorliegen muss, der teilweise auch als sozialrechtlicher Schaden bezeichnet wird (vgl. BSG, Urt. v. 26.4.2005 – B 5 RJ 6/04 R = SozR 4-2600 § 4 Nr. 2). Mit einem sozialrechtlichen Schaden ist keineswegs dasselbe gemeint, was unter dem zivilrechtlichen Schadensbegriff verstanden wird. Kritisch zu der Verwendung von Begriffen aus dem Schadensersatzrecht auch: Krasney, in: FS für Walter Schwarz, S. 383, 391 (der Autor verwendet später allerdings selbst den Begriff des „Schadens“).

¹⁰⁶ Vgl. zu den Grenzen durch einen normativ geprägten Schadensbegriffs: Oetker, in: MüKo BGB, § 249 BGB, Rn. 23 m.w.N.; Schulze, in: Schulze [Hg.], Vorb. zu §§ 249 ff. BGB, Rn. 5 ff.

¹⁰⁷ Grüneberg, in: Palandt, Vorb v § 249 BGB, Rn. 7; Looschelders, SchuldR AT, Rn. 878; Brox/Walker, SchuldR AT, § 29, Rn. 1 ff.

¹⁰⁸ BSG, Urt. v. 24.3.1983 – 1 RJ 2/82 = SozR 2200 § 1419 Nr. 10; vgl. auch: LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 31.7.2008 – L 3 AS 139/07.

einen „*rechtlichen Nachteil auf dem Gebiet des Sozialrechts*“. ¹⁰⁹ Rein materielle oder tatsächliche Verschlechterungen (bspw. entgangener Gewinn oder die Kosten für einen Rechtsbeistand, der den Fehler der Verwaltung aufdeckt bzw. geltend macht) sind daher vom sozialrechtlichen Nachteilsbegriff ebenso wenig erfasst ¹¹⁰ wie rein immaterielle Einbußen, die nicht zugleich in einer Rechtsbeeinträchtigung bestehen (bspw. Freizeitverlust oder Ärger wegen einer falschen Beratung). ¹¹¹ Diese Positionen werden nicht von der Herstellung erfasst, können aber ggf. im Wege des Schadensersatzes ausgeglichen werden. ¹¹² Der Herstellungsanspruch soll keinen umfassenden Vermögens- oder Rechtsgüter-

¹⁰⁹ BSG, Urt. v. 6.5.2010 – B 13 R 44/09 R; vgl. auch: BSG, Urt. v. 24.6.1981 – 12 RK 76/80; BSG, Urt. v. 24.3.1988 – 5/5b RJ 84/86 = BSGE 63, 112, 114; BSG, Urt. v. 15.5.1984 – 12 RK 48/82 = BSGE 56, 266, 270; BSG, Urt. v. 26.4.2005 – B 5 RJ 6/04 R = SozR 4-2600 § 4 Nr. 2; *Kokemoor*, SozR, Rn. 56; *Marschner*, MDR 1999, 341, 342.

¹¹⁰ Etwa: BSG, Urt. v. 24.7.2003 – B 4 RA 13/03 R = SozR 4-1200 § 46 Nr. 1; BSG, Urt. v. 29.1.1981 – 12 RK 19/80 = SozR 1200 § 14 Nr. 11; BSG, Urt. v. 25.10.1985 – 12 RK 37/85 = SozR 5070 § 10 Nr. 30; BSG, Urt. v. 29.1.1981 – 12 RK 19/80 = SozR 1200 § 14 Nr. 11; *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., vor §§ 38 ff. SGB I, Rn. 170 f.; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 608; *Schmitz*, ZfSH/SGB 2006, 393, 395; *Ladage*, S. 122 („*Als Folge der Fehldisposition des Bürgers muß ein Nachteil entstanden sein in dem Sinne, daß er die Anspruchsvoraussetzungen für eine Sozialleistung oder die Voraussetzungen zur Ausübung eines Rechts nicht [mehr] erfüllt. Ob ein Vermögensschaden im Sinne der sogenannten Differenztheorie vorliegt, ist ohne Bedeutung.*“); *von Koch*, NZS 1998, 167, 170 f. (der allerdings erweiternd eine „*Sozialrechtsrelevanz*“ ausreichen lassen will); **a.A.** wohl noch: BSG, Urt. v. 17.11.1970 – 1 RA 233/68 = BSGE 32, 60, 65 f. („*Die Nichtbeachtung dieser Pflichten führt in der Regel zur Haftung der Behörde mit dem Ziel, dem Bürger keine rechtlichen und wirtschaftlichen Nachteile daraus erwachsen zu lassen, daß er zur Wahrung seiner Rechte im Vertrauen auf die Richtigkeit der behördlichen Auskunft notwendige Handlungen unterlassen hat, die er bei richtiger Auskunft vorgenommen hätte.*“); *Reinhardt*, in: Krahmer [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 20 (ohne nähere Begründung).

¹¹¹ Teilweise behauptet das BSG, dass ein – rein – wirtschaftlicher Schaden nicht durch ein „*an sich zulässiges*“ Amtshandeln ausgeglichen werden könne (etwa: BSG, Urt. v. 15.12.1999 – B 9 V 12/99 R = SozR 3-1200 § 14 Nr. 28). Da jedoch weder die Rechtsfolge des Amtshandelns, als jegliches hoheitliche Verwaltungsverhalten (Kap. 1 B.II.2), noch das Kriterium des „*an sich zulässigen*“ Amtshandelns eine trennscharfe Abgrenzung ermöglichen (Kap. 1 B.II.2.b.bb), soll im Folgenden von der üblichen Sichtweise ausgegangen werden, die einen wichtigen Eingrenzungsschritt bereits auf der Ebene des Tatbestandes vornimmt. Dies schließt nicht aus, dass bestimmte Folgen eines sozialrechtlichen Nachteils, die nicht durch „*an sich zulässiges*“ Amtshandeln ausgeglichen werden können, auf Rechtsfolgenseite ausscheiden – und in Folge dessen allein über Schadensersatzansprüche kompensiert werden können.

¹¹² So geht das BSG erkennbar davon aus, dass eine Position, die nicht im Wege der Herstellung ausgeglichen werden kann, ggf. noch unter den weitergefassten Schadensbegriff der §§ 249 ff. BGB fällt und deshalb im Wege des Schadensersatzes kompensiert werden kann (bspw. über den Amtshaftungsanspruch aus § 839 BGB, Art. 34 GG); vgl. etwa: BSG, Urt. v. 18.8.1983 – 11 RA 60/82 = BSGE 55, 261, 263 f.

schutz hervorbringen, sondern ist auf die Verletzung sozialrechtlicher Rechtspositionen beschränkt. Richtig verstanden ist der Bezugspunkt einer Herstellung daher keine wirtschaftliche oder ideelle Einbuße, sondern allein ein rechtlicher „Anspruchsverlust“.¹¹³

Das Vorliegen eines rechtlichen Nachteils ermittelt das BSG im Hinblick auf eine fiktive rechtmäßig behandelte Vergleichsperson, die in der Situation des Betroffenen grds. alle ihr günstigen rechtlichen Möglichkeiten ausgenutzt hat („verständiger Bürger“),¹¹⁴ wobei als Nachteil sowohl die rechtliche Verschlechterung des bestehenden Zustandes als auch das Ausbleiben einer rechtlichen Verbesserung des Zustandes ausreichen, wenn diese bei der Vergleichsperson (nicht) eingetreten wäre.¹¹⁵ Das BSG beschreibt den sozialrechtlichen Nachteil zusammenfassend als die Situation, „daß den Betroffenen ein (verfahrensrechtliches oder materielles Leistungs-, Gestaltungs- oder Abwehr-) Recht, das ihm im jeweiligen Sozialrechtsverhältnis nach den oder aufgrund der Vorschriften des SGB gegen den Leistungsträger zugestanden hat oder ohne die Pflichtverletzung zugestanden hätte, nicht mehr, nicht in dem vom Primärrecht bezweckten Umfang oder überhaupt nicht zusteht.“¹¹⁶ Teilweise wird ergänzt, dass der Zustand, der den Nachteil i.S.d. sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs bildet, seinerseits nicht rechtswidrig sein muss.¹¹⁷ Ein sozialrechtlicher Nachteil scheidet jedenfalls dann aus, wenn die Primärrechte trotz der Pflichtwidrigkeit noch vollständig durchgesetzt werden können.¹¹⁸

Allerdings finden sich häufig Ungenauigkeiten des BSG bei der Beschreibung des sozialrechtlichen Nachteils. So legt bspw. die Formulierung „der in der Rentenhöhe eingetrete-

¹¹³ Schmitz, ZfSH/SGB 2006, 393, 393.

¹¹⁴ Vgl. Bieback, DVBl. 1983, 159, 160; Waßer, JA 2001, 137, 140; Schmidt/Schmidt, JURA 2005, 372, 374; Kemmler, JA 2005, 908, 910.

¹¹⁵ Krasney, ZAP 1996 [Fach 18], 449, 459.

¹¹⁶ BSG, Urt. v. 15.12.1994 – 4 RA 64/93 = SozR 3-2600 § 58 Nr. 2; vgl. auch jeweils mit weiteren Nachweisen: Rixen, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 15; Mönch-Kalina, in: Schlegel/Voelzke, § 14 SGB I, Rn. 43; Seewald, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., vor §§ 38 ff. SGB I, Rn. 169, 175; Fichte, in: Erlenkämper/Fichte [Hg.], SozR, II 7 Rn. 5; Kreikebohm/von Koch, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6 Rn. 81; Kokemoor, SozR, Rn. 56; Krasney, in: FS für Walter Schwarz, S. 383, 394 f.; Schmitz, ZfSH/SGB 2006, 393, 395.

¹¹⁷ Vgl. BSG, Urt. v. 24.3.1983 – 1 RJ 92/81 = BSGE 55, 40, 44; Adolf, Herstellungsanspruch, S. 50; Schmitz, ZfSH/SGB 2006, 393, 395; Krasney, ZAP 1996 [Fach 18], 449, 460; Schmidt/Schmidt, JURA 2005, 372, 374; anders: von Koch, NZS 1998, 167, 170, der formuliert, dass ein rechtswidriger Zustand vorliegen müsse, der allerdings durch die Verletzung des subjektiven Rechts gegeben sei.

¹¹⁸ Etwa: BSG, Urt. v. 2.8.2000 – B 4 RA 54/99 R = SozR 3-2600 § 99 Nr. 5;

ne Schaden“¹¹⁹ nahe, dass der Herstellungsanspruch an die wirtschaftlichen/finanziellen Einbußen der Pflichtverletzung anknüpfe. Tatsächlich setzt der Herstellungsanspruch aber einen sozialrechtlichen Nachteil voraus (bspw. ein verringerter/beeinträchtigter Rentenleistungsanspruch), was sich daran zeigt, dass einerseits der Herstellungsanspruch auch ohne wirtschaftliche Nachteile sozialrechtliche Beeinträchtigungen ausgleicht (bspw. Fehldispositionen) und andererseits ein wirtschaftlicher Nachteil – wenn überhaupt – nur dann im Wege der Herstellung ausgeglichen werden soll, wenn dieser seinerseits mit dem Rechtsnachteil auf dem Gebiet des Sozialrechts zusammenfällt (haftungsausfüllende Kausalität). Darüber hinaus ist der Herstellungsanspruch gegenüber unbeeinträchtigt bestehenden Primäransprüchen subsidiär.¹²⁰

Eine abweichende Sonderstellung kommt in diesem Zusammenhang den Fällen zu, in denen (zumindest früher) ein Herstellungsanspruch auf Kostenerstattung bei rechtswidrig ausgebliebener Sachleistung anerkannt wurde.¹²¹ Das BSG begründet den Nachteil nicht über den Verlust/die Verspätung des Rechtsanspruchs auf die Sachleistung (rechtlicher Nachteil auf dem Gebiet des Sozialrechts), sondern direkt mit der tatsächlichen materiellen Verschlechterung der finanziellen Situation des Betroffenen – seinem (vermeidbaren) tatsächlichen Kostenaufwand.¹²² Auf diese Einschätzung des Gerichts und ihre rechtliche Zulässigkeit wird zu einem späteren Zeitpunkt noch ausführlich eingegangen.¹²³

In der Literatur werden weitergehend mittelbare und unmittelbare sozialrechtliche Nachteile unterschieden.¹²⁴ Der praktische Regelfall des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs ist der sog. mittelbare Nachteil.¹²⁵ Hierbei fällt ein sozialrechtlicher Nachteil nicht mit der Pflichtverletzung zusammen, sondern entsteht erst daraus, dass der Bürger selbst durch eigene nachteilhafte Zwischenhandlungen/Dispositionen die Ebene der Hauptleistungen nachteilig beeinflusst (bspw. Anträge oder Beitragsnachzahlungen unterlässt).¹²⁶ Demgegenüber ist

¹¹⁹ BSG, Ur. v. 8.4.1987 – 1 RA 55/85 = SozR 1200 § 14 Nr. 25. In den folgenden Passagen dieser Entscheidung setzt sich das BSG allerdings nicht damit auseinander, wie der fehlende Rentenbetrag herzustellen sei, sondern wie/ob (nachträglich) die Rentenberechnung des Rentenanspruchs für den Betroffenen vorteilhaft erfolgen muss, was zu einem höheren Rentenleistungsanspruch führen würde.

¹²⁰ Schmidt/Schmidt, JURA 2005, 372, 373; Ladage, S. 57 f.; hierzu ausführlich: Kap. 1 B.III.1.b.aa.

¹²¹ BSG, Ur. v. 30.10.2001 – B 3 KR 27/01 R = BSGE 89, 50, 53 f.

¹²² Ebenso: Mönch-Kalina, in: Schlegel/Voelzke, § 14 SGB I, Rn. 43, die deshalb bereits allgemein den sozialrechtlichen Nachteil als „*rechtlichen oder wirtschaftlichen Nachteil des Berechtigten*“ definiert.

¹²³ Vgl. Kap. 1 B.II.2.a.bb. (3); III.1.b.bb.

¹²⁴ Vgl. Pietzner/Müller, VerwArch. 85 [1994], 603, 608.

¹²⁵ Bspw. sind die eingangs angeführten Beispielfälle – bis auf **Beispiel 4** – übereinstimmend Fälle des sog. mittelbaren Nachteils (vgl. Kap. 1 B.).

¹²⁶ Schmidt-De Caluwe, S. 143 m.w.N.; Brugger, AöR 112 [1987], 389, 394; Pietzner/Müller, VerwArch. 85 [1994], 603, 608 f.; Marschner, MDR 1999, 341, 341 f.; Fichte, in: Erlenkämper/Fichte [Hg.], SozR, II 7 Rn. 3. Nicht abschließend geklärt ist hierbei lediglich, ob ein sozialrechtlicher Nachteil dann bereits darin zu sehen ist, dass

umstritten, ob ein entsprechender Nachteil für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch auch unmittelbar durch die Rechtsverletzung eintreten kann, ohne dass eine eigene Fehldisposition des Bürgers vorliegt. Nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht soll der sozialrechtliche Herstellungsanspruch allein mittelbare Nachteile erfassen (also einen durch Fehldispositionen hervorgebrachten „Dispositionsschaden“¹²⁷), weil anderenfalls der Vorrang spezieller gesetzlich normierter Korrekturmechanismen unterlaufen werden könnte.¹²⁸ Das BSG hat in seiner Rechtsprechung hingegen eindeutig auch dann einen sozialrechtlichen Nachteil angenommen, wenn dieser unmittelbar mit dem Fehlverhalten der Verwaltung zusammenfällt.¹²⁹ Insofern kann auch die Verletzung eines Hauptleistungsanspruchs oder die verzögerte Behandlung/Weiterleitung eines Antrages einen Herstellungsanspruch begründen. Der Einwand der Literatur betrifft zudem nicht den Begriff des sozialrechtlichen Nachteils, sondern bezieht sich auf die Subsidiarität eines richterrechtlichen Anspruchs und soll deshalb an anderer Stelle diskutiert werden.¹³⁰

Leider erfolgt die Bestimmung des sozialrechtlichen Nachteils teilweise erst im Zusammenhang mit Aussagen über die Reichweite der Rechtsfolge. Dies mag für die herantastende Suche einer in sich stimmigen Ausgestaltung eines richterrechtlichen Rechtsinstituts zwar typisch sein¹³¹ – und stellt insofern auch keinen Zirkelschluss dar¹³² –, verhin-

bspw. von günstigen Gestaltungsmöglichkeiten inzwischen nicht mehr (rechtzeitig) Gebrauch gemacht werden kann bzw. bereits ungünstige Dispositionen getroffen wurden oder erst in den daraus folgenden Beschränkungen der Leistungsansprüche oder der Begründung einer so nicht gerechtfertigten rechtlichen Bindung (bspw. einer Beitragslast); vgl. hierzu auch: *Schmidt-De Caluwe*, S. 143; *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 8.

¹²⁷ *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 10; *Waßer*, JA 2001, 137, 140; *Jochum*, NVwZ 1987, 460, 463.

¹²⁸ Ausdrücklich bisher nur: *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 9; *Löcher*, SozVers 2001, 85, 90 f. Andere Autoren ziehen zwar nicht diesen Schluss, beschreiben aber den Nachteil ausschließlich über mittelbare Nachteile; vgl.: *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 393; *Kemmler*, JA 2005, 908, 910; *Muckel/Ogorek*, SozR, § 16 Rn. 29; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 394; *Hase*, in: BeckOK, § 14 SGB I, Rn. 11; **a.A.**: *Schmidt-De Caluwe*, S. 143; *Olbertz*, S. 22 f.; *Waßer*, JA 2001, 137, 140; wohl auch: *Adolf*, Herstellungsanspruch, S. 51; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 608.

¹²⁹ Etwa: BSG, Urt. v. 17.7.1979 – 12 Rar 15/78 = BSGE 48, 269, 275 f.; BSG, Urt. v. 8.10.1998 – B 8 KN 1/97 U R = BSGE 83, 30, 34 f.; BSG, Urt. v. 15.12.1999 – B 9 V 12/99 R = SozR 3-1200 § 14 Nr. 28; BSG, Urt. v. 27.1.2005 – B 7a/7 AL 20/04 R = SozR 4-4300 § 77 Nr. 2; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 608; *Schmidt-De Caluwe*, S. 142 m.w.N.; *Waßer*, JA 2001, 137, 140. Dies wird auch von den Vertretern der anderen Ansicht nicht angezweifelt (vgl. *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 8 m.w.N.; *Löcher*, SozVers 2001, 85, 90 m.w.N., der einräumt, dass diese Ausgestaltung – zwar vereinzelt in der Rechtsprechung erwogen wurde, – sich aber bislang nicht durchgesetzt hat.).

¹³⁰ Vgl. Kap. 1 B.III.1.

¹³¹ Vgl. *Schmidt-De Caluwe*, S. 145 Fn. 734.

dert aber, dass die einzelnen Tatbestandsmerkmale ausreichende Konturen erhalten. Für die Zukunft wäre es wünschenswert, wenn die Gerichte in geeigneten Fällen bereits das Vorliegen eines sozialrechtlichen Nachteils verneinen würden,¹³³ statt schlicht darauf zu verweisen, dass eine bestimmte Position nicht auf der Rechtsfolgenseite des Herstellungsanspruchs ausgeglichen/hergestellt werden könne.

Die mangelnde Grenzziehung soll an der Begründung eines Urteils des BSG verdeutlicht werden:¹³⁴ Der Kläger hatte eine höhere Förderung für einen von ihm besuchten Lehrgang von der Bundesanstalt für Arbeit verlangt. Begründet wurde dieses Verlangen damit, dass dem Kläger in einem früheren Gespräch fehlerhaft eine höhere Förderung in Aussicht gestellt wurde, wobei dieser Aussage noch auf einer früheren (zum Gesprächszeitpunkt bereits geänderten) Rechtslage beruhte. Das BSG hat u.a. einen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch abgelehnt, weil „*als Schaden nicht die Herstellung eines Zustandes durch Vornahme einer Amtshandlung verlangt werden kann, aufgrund dessen der Kläger weitergehende versicherungsrechtliche Ansprüche geltend machen könnte.*“¹³⁵ Statt dieser Vermengung von Tatbestand und Rechtsfolge hätte das Gericht bereits das Vorliegen eines sozialrechtlichen (Rechts-) Nachteil verneinen können, weil nicht ersichtlich ist, worin überhaupt eine rechtliche Verschlechterung der Rechtsstellung des Klägers liegen soll, der nach Änderung der Rechtslage niemals einen Anspruch auf eine höhere Förderung für den durchgeführten Lehrgang hatte. Sofern man den Nachteil unmittelbar in der Verschlechterung der rechtlichen Situation durch die Rechtsänderung sieht, ist jedenfalls eine hierfür kausale Pflichtverletzung der Verwaltung nicht ersichtlich. Die Begründung eines sozialrechtlichen Nachteils des Klägers erscheint damit nicht möglich, so dass die Ausführungen des BSG zur Reichweite der Rechtsfolge des Herstellungsanspruchs deplatziert wirken.

¹³² Dieser Einwand erscheint zunächst naheliegend, wenn die Rechtsfolge eines Anspruchs eintreten soll, sobald die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind, und zeitgleich der Rechtsfolgenumfang herangezogen wird, um die Anspruchsvoraussetzungen näher zu bestimmen. Sofern eine Begrenzung jedoch aus denselben Gründen gewonnen wird, kommt es nicht darauf an, ob dieselbe Diskussion tatbestandlich bei der Bestimmung des sozialrechtlichen Nachteils oder auf Rechtsfolgenseite geführt wird. Für das Ergebnis ist es unerheblich, ob ein Gericht bspw. nur die Positionen als sozialrechtlichen Nachteil ansieht, die auch durch „*an sich zulässiges*“ Amtshandeln ausgeglichen werden können, oder ob das Gericht von den tatbestandlich gegebenen Nachteilen nur die Positionen durch den Herstellungsanspruch ausgleicht, die durch „*an sich zulässiges*“ Amtshandeln ausgleichbar sind, sofern der Begriff des „*an sich zulässigen*“ Amtshandelns in beiden Alternativen gleich verstanden wird.

¹³³ So auch: BSG, Urt. v. 15.6.1976 – 11 RA 80/75 = SozR 2200 § 1324 Nr. 2; *Olbertz*, S. 34; **a.A.** bzgl. fehlender Kausalität wohl: *Schmidt-De Caluwe*, S. 149 Fn. 749.

¹³⁴ BSG, Urt. v. 25.3.1976 – 12/7 Rar 135/74 = BSGE 41, 260.

¹³⁵ BSG, Urt. v. 25.3.1976 – 12/7 Rar 135/74 = BSGE 41, 260, 262.

3. *Kausalitätsfeststellung*

Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch ist ein Korrekturinstrument für rechtswidriges Verwaltungsverhalten.¹³⁶ Insofern werden nur die sozialrechtlichen Nachteile ausgeglichen, die kausal auf einer Pflichtverletzung beruhen.¹³⁷ Über den Herstellungsanspruchs kann daher nicht jede optimale Rechtsstellung erreicht werden, die der (fiktive) verständige Bürger erlangt hätte; vielmehr werden allein die Nachteile korrigiert, die für die (reale) Person aus der Pflichtverletzung hervorgegangen sind. Der Herstellungsanspruch darf deshalb nicht als „*allgemeiner Optimierungsanspruch*“ missverstanden werden.¹³⁸ Diese Ausgestaltung des Herstellungsanspruchs geht letztlich von einem Leitbild des Bürgers als mündigem, selbstverantwortlichem Individuum aus. Ein Staat, der dem Menschen als Einzelperson gerecht werden will, muss auch mögliche Entscheidungen tolerieren und beachten, die vielleicht unvernünftig wirken oder gänzlich irrational erfolgen. Dieser Gedanke wird u.a. durch § 46 SGB I positioniert. Die Möglichkeit, dass sich aus früheren selbstbestimmten Entscheidungen langfristig auch Nachteile entwickeln können, ist dann eine Folge dieser Mündigkeit. Wer eine Entscheidung trifft, die auch zu einer nichtoptimalen Entwicklung führen kann, muss auch den Eintritt diesen Umstand als Ergebnis seiner eigenen Entscheidung gegen sich gelten lassen. Diese Nachteile sind als Spiegelbild der Mündigkeit grds. nicht korrekturbedürftig.¹³⁹

Neben einer Pflichtverletzung sind oftmals andere rechtliche/tatsächliche Ursachen denkbar, die dazu geführt haben können, dass sich das tatsächliche Sozialrechtsverhältnis anders entwickelt hat als das eines fiktiven verständigen Bürgers.¹⁴⁰ Auf den Zurechnungszusammenhang zwischen Pflichtverletzung

¹³⁶ Vgl. BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 94; BSG, Urt. v. 5.5.1988 – 12 RK 44/86.

¹³⁷ Vgl. BSG, Urt. v. 25.10.1985 – 12 RK 37/85 = SozR 5070 § 10 Nr. 30; BSG, Urt. v. 25.10.1985 – 12 RK 42/85 = BSGE 59, 60, 67; BSG, Urt. v. 22.10.1996 – 13 RJ 69/95 = SozR 3-1200 § 14 Nr. 22; BSG, Urt. v. 31.1.2006 – B 11a AL 15/05 R.

¹³⁸ Vgl. BSG, Urt. v. 25.10.1985 – 12 RK 37/85 = SozR 5070 § 10 Nr. 30 („*Der Herstellungsanspruch ist [...] kein Mittel zur Korrektur von Fehlern des Berechtigten selbst [...].*“).

¹³⁹ Derjenige, der sich bspw. nach § 6 SGB VI von der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht befreien lässt, kann später nicht erfolgreich geltend machen, dass er entgegen seinen damaligen Annahmen nicht genug verdient hat, um eine durchschnittliche Leistung der privaten Rentenversicherung zu erhalten. Er kann aus diesem Grund nicht zumindest die staatliche Rente beanspruchen, die er wohl erhalten hätte, falls er damals keine Befreiung beantragt hätte.

¹⁴⁰ Bspw. lässt sich ein Bürger aus irrationalen Gründen gem. § 8 SGB V von seiner Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung befreien (etwa aus Wut auf

und sozialrechtlichen Nachteil wird nach gefestigter Rechtsprechung die Theorie der wesentlichen Bedingung angewandt.¹⁴¹ Nach der Theorie der wesentlichen Bedingung ist jede Bedingung für einen Erfolgseintritt als ursächlich anzusehen, der neben einer Ursächlichkeit im Sinne der *conditio sine qua non* Formel¹⁴² im Vergleich mit anderen Einzelbedingungen aufgrund ihrer besonderen Beziehung zum Erfolg eine wesentliche Beeinflussung seines Eintritts zukommt.¹⁴³ Es ist daher insbesondere die Frage zu stellen, ob das Fehlverhalten der Verwaltung eine wesentliche Ursache für den Eintritt des sozialrechtlichen Nachteils (als Abweichung der Situation des realen Bürgers von der Situation des fiktiven verständigen Bürgers) darstellt.¹⁴⁴ Entscheidend dafür ist, ob bei normativ wertender Betrachtung¹⁴⁵ die Pflichtverletzung im konkreten Einzelfall zumindest als eine wesentliche Ursache des sozialrechtlichen Nachteils angesehen werden kann.¹⁴⁶

staatliche Sicherungssysteme im Allgemeinen), was ein stets rational entscheidender verständiger Bürger in einer vergleichbaren Situation nicht getan hätte.

¹⁴¹ BSG, Urt. v. 26.4.2005 – B 5 RJ 6/04 R = SozR 4-2600 § 4 Nr. 2 m.w.N.; BSG, Urt. v. 29.1.2002 – B 10 LW 36/00 R = SozR 3-5868 § 34 Nr. 5 m.w.N.; *Krasney*, ZAP 1996 [Fach 18], 449, 460 m.w.N.; noch offengelassen: BSG, Urt. v. 5.5.1988 – 12 RK 44/86 m.w.N.; allgemein zur Theorie der wesentlichen Bedingung und ihrer geschichtlichen Entwicklung: *Erlenkämper*, in: Erlenkämper/Fichte [Hg.], II 5 Rn. 14 ff.; *Barta*, Kausalität im Sozialrecht, Bd. 1, S. 190 ff.

¹⁴² Die *conditio sine qua non* Formel erlangt in der Kausalitätsfeststellung insbesondere dann eine eigenständige Bedeutung, wenn der sozialrechtliche Nachteil für den Betroffene auch ohne das Fehlverhalten der Verwaltung eingetreten wäre. Insbesondere gilt dies in den Fällen, in denen der Betroffene aufgrund tatsächlicher Umstände gar nicht in der Lage gewesen wäre, die rechtlichen Voraussetzungen einzuhalten bzw. herbeizuführen. Dies ist bspw. der Fall, wenn ein Bürger auch bei einer entsprechenden Beratung finanziell außer Stande gewesen wäre, die notwendigen freiwilligen Beitragsnachzahlungen zu entrichten (BSG, Urt. v. 5.4.2000 – B 5 RJ 50/98 R = SozR 3-1200 § 14 Nr. 29; *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6 Rn. 82; **a.A.** wohl: *Löcher*, SozVers 2001, 85, 89, der zu Unrecht davon ausgeht, dass dann die fehlenden Zahlungsmittel erst als wesentliche Bedingung zu berücksichtigen seien). Allerdings fordert das BSG eine umfassende Prüfung, ob in Ansehung aller denkbaren Möglichkeiten eine Möglichkeit bestanden hätte, dass der Betroffene trotzdem die Mittel hätte aufbringen können (BSG, Urt. v. 5.4.2000 – B 5 RJ 50/98 R = SozR 3-1200 § 14 Nr. 29; *Krause/Sattler*, in: Gitter/Wannagat [Hg.], JbSR 2001, S. 125, 127).

¹⁴³ Vgl. BSG, Urt. v. 30.10.1991 – 2 RU 41/90 = SozR 3-2200 § 548 Nr. 13; *Ricke*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 8 SGB VII, Rn. 4.

¹⁴⁴ Vgl. BSG, Urt. v. 18.12.1975 – 12 RJ 88/75 = BSGE 41, 126, 128; BSG, Urt. v. 12.8.1987 – 10 RKg 16/86 = BSGE 62, 96, 99.

¹⁴⁵ *Ricke*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 8 SGB VII, Rn. 4 f., 15.

¹⁴⁶ Diese Unbestimmtheit der wesentlichen Bedingung, die letztlich immer im Einzelfall durch Auslegung des Gesetzes und der einzelnen Umstände zu ermitteln ist (vgl. *Erlenkämper*, in: Erlenkämper/Fichte [Hg.], S. 61 ff.; *Igl/Welti*, SozR, § 40 Rn. 19), wird als ein Nachteil der Theorie der wesentlichen Bedingung kritisiert (vgl.

Im Ergebnis ist es für eine Anwendung der Theorie der wesentlichen Bedingung auf den Herstellungsanspruch nicht entscheidend, ob man diese Kausalitätsformel für die im Sozialrecht allgemein anzuwendende Formel hält¹⁴⁷ oder davon ausgeht, dass hierüber nur besondere sozialrechtliche Zusammenhänge ermittelt werden dürfen.

Sofern man nämlich ohnehin von einer allgemeinen Anwendung der Theorie der wesentlichen Bedingung auf jegliche Kausalbeziehungen im Sozialrecht ausgeht,¹⁴⁸ ist die Anwendung beim sozialrechtlichen Herstellungsanspruch nur eine weitere Ausweitung der Theorie, die ursprünglich im Recht der gesetzlichen Unfallversicherung zum Arbeitsunfall entwickelt worden ist,¹⁴⁹ bevor sie u.a. auf das Recht der Kriegsopferversorgung,¹⁵⁰ der gesetzlichen Renten-,¹⁵¹ Kranken-,¹⁵² oder Arbeitslosenversicherung¹⁵³ ausgedehnt wurde.

Allerdings gelangt man auch dann zu einer Anwendung auf den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch, wenn man einem engeren Verständnis folgend, die Theorie der wesentlichen Bedingung nur besonderen sozialrechtlichen Zusammenhängen vorbehält. Denn die Theorie der wesentlichen Bedingung soll insbesondere bei unteilbaren Leistungen den unterschiedliche Ursachenbeiträgen ausreichend Rechnung tragen, die ansonsten im Sinne eines Alles-oder-Nichts-Prinzips entweder eine vollumfängliche Leistungspflicht auslösen oder die Leistung vollständig ausschließen würden.¹⁵⁴ Diese Problematik liegt sämtlichen bekannten Anwendungsfällen der Theorie der wesentlichen Bedingung zugrunde. Die Anwendung auf den Zusammenhang zwischen sozialrechtlichen Nachteil und Pflichtverletzung beim sozialrechtlichen Herstellungsanspruch lässt sich deshalb ebenfalls damit begründen, dass (wie in den Fällen des Unfallversicherungsrechts) eine unteilbare Leistung vorliege, bei der eine Aufteilung nach Verursachungsbeiträgen kaum möglich sei.¹⁵⁵ Vereinzelt wird genauer nach der Rechtsfolge des Herstellungsanspruchs differenziert – wenn dieser auf eine teilbare Leistung gerichtet sei, wäre § 254 BGB auf

Eichenhofer, SozR, Rn. 399 m.w.N.), die zwar ausdrückt, dass wesentliche Bedingungen zuzurechnen sind – aber die entscheidende Frage offenlässt, welche Bedingungen überhaupt wesentlich sind.

¹⁴⁷ BSG, Urt. v. 29.1.2002 – B 10 LW 36/00 R = SozR 3-5868 § 34 Nr. 5 m.w.N.; *Erlenkämper*, in: Erlenkämper/Fichte [Hrsg.], II 5 Rn. 14 ff.

¹⁴⁸ In diesem Sinne: BSG, Urt. v. 29.1.2002 – B 10 LW 36/00 R = SozR 3-5868 § 34 Nr. 5 m.w.N.; *Erlenkämper*, in: Erlenkämper/Fichte [Hrsg.], II 5 Rn. 14 ff.

¹⁴⁹ *Igl/Welti*, SozR, § 40, Rn. 16 ff.; *Muckel/Ogorek*, SozR, § 10 Rn. 41 ff.; *Eichenhofer*, SozR, Rn. 396.

¹⁵⁰ BSG, Urt. v. 31.5.1979 – 10 RV 55/78 = BSGE 48, 187.

¹⁵¹ BSG, Urt. v. 13.3.1958 – 4 RJ 184/56 = SozR Nr. 5 zu § 1263a RVO a.F.; BSG, Urt. v. 27.6.1974 – 5 RKn 38/73 = BSGE 38, 14, 15.

¹⁵² BSG, Urt. v. 23.11.1971 – 3 RK 26/70 = BSGE 33, 202, 204; BSG, Urt. v. 24.9.1996 – 1 RK 33/95 = BSGE 79, 125, 127.

¹⁵³ BSG, Urt. v. 28.6.1991 – 11 RAr 81/90 = BSGE 69, 108; BSG, Urt. v. 10.5.2007 – B 7a AL 14/06 R = SozR 4-4100 § 128 Nr. 6.

¹⁵⁴ Vgl. *Igl/Welti*, SozR, § 40, Rn. 21.

¹⁵⁵ BSG, Urt. v. 15.12.1983 – 12 RK 1/82; *Schmidt-De Caluwe*, S. 146; *Krasney*, ZAP 1996 [Fach 18], 449, 460; *Bieback*, SGB 1986, 36, 38; *Löwer*, NVwZ 1986, 793, 798; *Schmitz*, ZfSH/SGB 2006, 393, 395; **a.A.**: *Ladage*, S. 114.

Rechtsfolgenseite zu berücksichtigen, während bei unteilbaren Leistungen die Theorie der wesentlichen Bedingung Anwendung fände.¹⁵⁶

a) Mitwirkendes Verhalten des Betroffenen

aa) Mitwirkendes Verhalten nach der Pflichtverletzung der Verwaltung

Bezüglich der Bedingungen, die in der Kausalkette zeitlich nach der Pflichtverletzung liegen, bietet es sich an, zwischen mittelbaren und unmittelbaren sozialrechtlichen Nachteilen zu differenzieren. Sofern ein Nachteil mit der Pflichtverletzung unmittelbar zusammen fällt, ist die Feststellung unproblematisch, dass diese Pflichtverletzung wesentlich zum Eintritt des Nachteils beigetragen hat, weil andere (wesentliche) Verursachungsbedingungen nicht ersichtlich sind. Schwieriger zu beurteilen sind hingegen mittelbare Nachteile. Denn soweit ein sozialrechtlicher Nachteil aus dem eigenem Verhalten des Betroffenen hervorgeht (bspw. entsprechend getätigte/unterlassene Dispositionen oder mangelnde Aufklärung eines Irrtums), wirft dies die Frage auf, ob nicht vielmehr dieses – dazwischen tretende – Verhalten des Bürgers die wesentliche Bedingung des Nachteileintritts gewesen ist.

Hinsichtlich des Zurechnungszusammenhangs zwischen Pflichtverletzung und sozialrechtlichem Nachteil wird dabei vom BSG im Grundsatz zugunsten des Betroffenen entschieden. Erst ein Verschuldensvorwurf im Sinne von Vorsatz oder zumindest grober Fahrlässigkeit soll eine Zurechnung zwischen Pflichtverletzung und sozialrechtlichem Nachteil ausschließen.¹⁵⁷ Auf diese Weise schafft die Rechtsprechung zwar eine ungeschriebene Obliegenheit des Betroffenen, den Eintritt eines sozialrechtlichen Nachteils zu verhindern,¹⁵⁸ aber verknüpft den Zurechnungsausschluss gleichzeitig mit hohen Anforderungen. Auch wenn im Sozialrecht grds. erst der verschuldete Verstoß gegen eine

¹⁵⁶ So wohl: Löwer, NVwZ 1986, 793, 798.

¹⁵⁷ BSG, Urt. v. 28.2.1984 – 12 RK 31/83 = SozR 1200 § 14 Nr. 16; BSG, Urt. v. 18.8.1983 – 11 RA 40/82 = BSGE 55, 257, 260; BSG, Urt. v. 22.9.1988 – 2/9b RU 36/87 = BSGE 64, 89, 95.

¹⁵⁸ Schließlich erleidet der Bürger einen Rechtsnachteil (Verlust des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs), wenn er mit seinem Verhalten zum Eintritt eines sozialrechtlichen Nachteils beiträgt, ohne dass die Verwaltung die Vornahme von Abwendungsverhalten rechtlich selbstständig einfordern könnte. Dass eine derartige Obliegenheit ungeschrieben ist, liegt dabei bei einem ebenfalls ungeschriebenen Anspruch wie dem Herstellungsanspruch, auf den sich die Missachtung der Obliegenheit ggf. auswirkt, in der Natur der Sache.

Obliegenheit einen Rechtsverlust des Bürgers begründen soll,¹⁵⁹ ist es nicht selbstverständlich, dass die Pflichtverletzung solange als wesentliche Bedingung des sozialrechtlichen Nachteils anzusehen ist, bis der Bereich grober Fahrlässigkeit erreicht ist. Die mit dieser Rechtsprechung einhergehende Privilegierung der einfachen Fahrlässigkeit wurde zunächst für Vertrauenstatbestände entwickelt¹⁶⁰ und in der Folge auch auf den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch übertragen.¹⁶¹

Bei wertender Betrachtung ist es zu begrüßen, dass ein Fehlverhalten der Verwaltung – auch bei einfacher Fahrlässigkeit – die wesentliche Ursache für Schäden bildet, die sich aus ihm entwickeln. Andernfalls ginge es nämlich zu Lasten des Bürgers, dass dieser es nicht mehr geschafft hat, die Folgen einer Pflichtverletzung abzuwehren, obwohl er gar nicht erst in diese Lage (seiner misslungenen Abwehrversuche) geraten wäre, wenn die Verwaltung sich so verhalten hätte, wie es der Gesetzgeber festgelegt hat. Normativ kann davon ausgegangen werden, dass der Nachteilseintritt dann wesentlich auf der Pflichtverletzung beruht; nicht darauf, dass es in der Folge nicht gelungen ist, diese Pflichtverletzung auszugleichen bzw. aufzudecken. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, dass es die Ausnahme darstellen soll, wenn die Pflichtverletzung nicht mehr eine wesentliche Ursache eines sich daraus entwickelnden Nachteils darstellen soll.¹⁶² Eine Ausnahme erscheint demgegenüber normativ dann angebracht, wenn der Betroffene den Folgen einer Pflichtverletzung nicht in der beschriebenen Weise ausgeliefert ist, sondern vielmehr sich völlig bewusst ist, dass er gerade durch sein Verhalten auf einen eigenen Nachteil hinwirkt, den er in dieser Weise nicht erleiden müsste – oder aber dies durch ein Leichtes hätte erkennen können, weil es für jedermann offensichtlich gewesen ist. Überwiegende Bedeutung für den Nachteilseintritt hat dann dieses Bürgerverhalten – nicht (länger) die Pflichtverletzung.

Der Bezugspunkt des Verschuldens ist nach der dargestellten (aber in diesem Punkt nach wie vor nicht eindeutigen) Rechtsprechung des BSG wohl die Obliegenheit, den Eintritt eines sozialrechtlichen Nachteils zu verhindern. Der Anspruchsinhaber muss sich darüber im Klaren sein, bzw. ohne weiteres darauf hätte kommen können, dass sein Verhalten nachteilige Auswirkungen für seine Rechtslage haben kann (bspw. glaubt der Betroffene ohne nähere Prüfung, dass er unbedingt berechtigt sei, einen Antrag auf eine Sozialleistung auch nach

¹⁵⁹ BSG, Urt. v. 25.5.2005 – B 11a/11 AL 81/04 R = BSGE 95, 8, 14; BSG, Urt. v. 17.10.2007 – B 11a/7a AL 72/06 R = SozR 4-4300 § 37b Nr. 6; *Louven*, ZAP 2007 [Fach 18], 979, 987 ff. m.w.N.

¹⁶⁰ BSG, Urt. v. 23.3.1972 – 5 RJ 63/70 = BSGE 34, 124, 129 f.

¹⁶¹ *Bieback*, SGB 1990, 517, 523; *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 396 f.; *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6 Rn. 84.

¹⁶² So im Ergebnis auch: *Marschner*, MDR 1999, 341, 342; *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 9 f.

Fristablauf noch verspätet einzureichen¹⁶³). Eine konkrete Vorstellung hinsichtlich des Ausmaßes dieser Auswirkungen ist jedenfalls nicht erforderlich.¹⁶⁴

Hinsichtlich des Verschuldensmaßstabes ist auf einen subjektiven Verschuldensmaßstab abzustellen,¹⁶⁵ weil das BSG für die Verletzung einer sozialrechtlichen Obliegenheit – in Abweichung bspw. zum bürgerlichen Recht – allgemein von einem subjektiven Verschuldensmaßstab ausgeht (sog. subjektiver Fahrlässigkeitsbegriff).¹⁶⁶ Sofern man auch in diesem Zusammenhang eine Obliegenheit des Betroffenen zur Vermeidung des Eintritts eines sozialrechtlichen Nachteils sieht, liegt es deshalb nahe, auch hier den subjektiven Verschuldensmaßstab anzuwenden.

bb) Mitwirkendes Verhalten vor der Pflichtverletzung der Verwaltung

Bedingungen, die in der Kausalkette zeitlich noch vor der Pflichtverletzung liegen aber dennoch den Eintritt des sozialrechtlichen Nachteils in der Weise mitbeeinflusst haben, sind vielfältig denkbar (bspw. wird ein falscher Name oder eine falsche Versicherungsnummer genannt, von der ausgehend die Beratung erfolgt). In diesen Fällen erscheint zwar teilweise bereits das Vorliegen einer Pflichtverletzung der Verwaltung zweifelhaft,¹⁶⁷ dennoch behandelt das BSG diese Fälle im Rahmen der Kausalität zwischen einer Pflichtverletzung und sozialrechtlichem Nachteil.¹⁶⁸ Dabei prüft das Gericht, ob das Verhalten des Betroffenen, das letztlich bereits die Pflichtverletzung der Verwaltung beeinflusst hat, als die wesentliche Bedingung des daraus folgenden sozialrechtlichen

¹⁶³ Vgl. BSG, Urt. v. 11.11.2003 – B 12 RA 1/03 B; *Krause/Sattler*, in: Gitter/Wannagat [Hg.], JbSR 2004, S. 45, 49 f.

¹⁶⁴ Vgl. BSG, Urt. v. 18.8.1983 – 11 RA 40/82 = BSGE 55, 257, 260; BSG, Urt. v. 26.4.2005 – B 5 RJ 6/04 R = SozR 4-2600 § 4 Nr. 2.

¹⁶⁵ Offengelassen: BSG, Urt. v. 17.11.1970 – 1 RA 233/68 = BSGE 32, 60, 68.

¹⁶⁶ BSG, Urt. v. 21.5.1974 – 7 RKg 8/73 = SozR 5870 § 13 Nr. 1; BSG, Urt. v. 13.12.1972 – 7 RKg 9/69 = BSGE 35, 108, 112; BSG, Urt. v. 31.8.1976 – 7 RAr 112/74 = BSGE 42, 184, 186 f.; *Louven*, ZAP 2007 [Fach 18], 979, 989.

¹⁶⁷ Wenn die Behörde die Angaben des Betroffenen ihrem Handeln zu Grunde legt/legen muss, erscheint es sehr weitreichend, auch dann noch ein pflichtwidriges Verhalten der Verwaltung anzunehmen, wenn dieses auf der Grundlage der mitgeteilten Informationen rechtmäßig gewesen ist und keine Verpflichtung bestand, weitere Informationen einzuholen.

¹⁶⁸ Vgl. BSG, Urt. v. 23.3.1972 – 5 RJ 63/70 = BSGE 34, 124, 129 f.; BSG, Urt. v. 14.2.2001 – B 9 V 9/00 R = BSGE 87, 280, 287; ebenso: *Fichte*, in: Erlenkämper/Fichte [Hg.], SozR, II 7 Rn. 9; *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6 Rn. 83; kritisch: *Schmidt-De Caluwe*, S. 146, Fn. 739.

Nachteils anzusehen ist. Inhaltlich können die Ausführungen zur Mitwirkung nach der Pflichtverletzung entsprechend übertragen werden.

cc) Zurechnung von Drittpersonen

Kaum beachtet wird bislang die Frage, inwieweit dem Anspruchsinhaber ein Verhalten anderer Personen zuzurechnen ist, das zu seinem Nachteil beigetragen hat. Diese Gleichgültigkeit überrascht, da zahlreiche Fallgestaltungen denkbar sind, in denen nicht der Anspruchsinhaber selbst unmittelbar den Eintritt des Nachteils beeinflusst hat, sondern erst i.V.m. dem Verhalten sog. Drittpersonen (bspw. Anwälte oder Erziehungsberechtigte). Das BSG scheint in dieser Frage inzwischen die Vorschrift des § 278 BGB analog heranziehen zu wollen und damit dem Betroffenen ein Verschulden seiner gesetzlichen Vertreter und seiner Erfüllungsgehilfen zuzurechnen.¹⁶⁹ Da der Zurechnungszusammenhang zwischen Pflichtverletzung und dem sozialrechtlichen Nachteil erst bei bestimmten Verschuldensformen entfallen soll, erscheint es auch naheliegend, auf die Wertungen einer Zurechnungsnorm abzustellen, die die Zurechnung von Verschulden regelt. Alternativ kommt eine Zurechnung des Verschuldens nach dem Rechtsgedanken des § 27 I 2 SGB X in Betracht.¹⁷⁰

b) Begrenzung durch den Schutzzweck der Norm

Das BSG geht seit 1994 davon aus, dass aus einer Pflichtverletzung nur dann ein entsprechender Restitutionsanspruch entstehen könne, wenn die Pflicht (zumindest auch) vor dem Eintritt des konkreten, entstandenen sozialrechtlichen Nachteils schützen soll.¹⁷¹ Das mangelnde wissenschaftliche Interesse an

¹⁶⁹ Vgl. BSG, Urt. v. 11.12.2002 – B 10 LW 14/01 R = SozR 3-5868 § 85 Nr. 8; deutlich zurückhaltender noch: BSG, Urt. v. 28.2.1984 – 12 RK 31/83 = SozR 1200 § 14 Nr. 16.

¹⁷⁰ In Ansätzen etwa: BSG, Urt. v. 15.8.2000 – B 9 VG 1/99 R = SozR 3-3100 § 60 Nr. 3.

¹⁷¹ Etwa: BSG, Urt. v. 1.9.1999 – B 13 RJ 73/98 R = SozR 3-2600 § 115 Nr. 5 („Die verletzte Pflicht muß dem Träger gerade gegenüber dem Versicherten obliegen, die zugrundeliegende Norm letzterem also ein entsprechendes subjektives Recht eingeräumt haben. Die objektiv rechtswidrige Pflichtverletzung muß zumindest gleichwertig (neben anderen Bedingungen) einen Nachteil des Versicherten bewirkt haben. Schließlich muß die verletzte Pflicht darauf gerichtet gewesen sein, den Betroffenen gerade vor den eingetretenen Nachteilen zu bewahren [sog. Schutzzweckzusammenhang].“); BSG, Urt. v. 15.12.1994 – 4 RA 64/93 = SozR 3-2600 § 58 Nr. 2; BSG, Urt. v. 11.5.2000 – B 13 RJ 19/99 R; BSG, Urt. v. 22.10.1996 – 13 RJ 23/95 = BSGE 79, 168, 172; BSG, Urt. v. 25.1.1996 – 7 RAr 60/94 = SozR 3-3200 § 86a Nr. 2; Schmitz, ZfSH/SGB 2006, 393, 397; Fichte, in: Erlenkämper/Fichte [Hg.], SozR, II 7 Rn. 5; Goertz, Herstellungsanspruch, S. 9 f.

dieser weiteren Einschränkung der *conditio sine qua non* Formel auf den Schutzzweck der Norm erklärt sich wohl aus der untergeordneten Rolle, die dem Schutzzweck der Norm gegenüber der Wesentlichkeitstheorie zukommt. Eine eigenständige praktische Bedeutung – etwa in der Weise, dass trotz Wesentlichkeit der Pflichtverletzung ein Herstellungsanspruch abgelehnt worden wäre, weil der sozialrechtliche Nachteil nicht im Schutzbereich der verletzten Pflicht läge – hat diese Beschränkung zumindest ausdrücklich (noch) nicht erlangt.

Dennoch sind eigenständige Anwendungsfälle dieser Beschränkung durchaus denkbar. Bspw. schützt der Anspruch auf richtige Beratung über das Bestehen eines Rentenkontos ihres Mannes die Möglichkeit einer Witwe, Ansprüche auf Witwenrente gelten zu machen. Durch den Anspruch auf richtige Beratung soll hingegen nicht vermieden werden, dass die Witwe aus Frustration über das vermeintliche Nichtbestehen eines Rentenkontos ihr Vertrauen in den deutschen Sozialstaat verliert und deshalb bspw. ihren Wohnsitz in Deutschland aufgibt und sich ggf. in der Folge ihre Rentenansprüche durch §§ 110 ff. SGB VI verringern, sie in Zukunft jeglichen Beratungsbedarf nicht mehr geltend macht oder sich auf Antrag von der Versicherungspflicht eines anderen Sozialversicherungssystems befreien lässt.

II. Die Rechtsfolge des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs

Die über den Herstellungsanspruch erreichbaren Lösungen unterscheiden sich (zumindest aus der Sicht der Sozialgerichtsbarkeit) soweit von den Ergebnissen, die über andere Korrekturmöglichkeiten rechtswidrigen Verwaltungsverhaltens erzielt werden könnten, dass teilweise bereits einleitend betont wird, dass dem Klagebegehren „*nur*“ über diesen Anspruch entsprochen werden könne.¹⁷² Die praktische, rechtliche und auch wissenschaftliche Bedeutung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs ergibt sich damit im Wesentlichen aus seiner (besonderen) Rechtsfolge.

¹⁷² Etwa: BSG, Urt. v. 18.8.1983 – 11 RA 60/82 = BSGE 55, 261, 262; BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 91; BSG, Urt. v. 16.6.1994 – 13 RJ 25/93 = SozR 3-1200 § 14 Nr. 15; Bayerisches LSG, Urt. v. 16.6.2004 – L 19 RJ 117/02.

1. *Naturalrestitution als Anspruchsziel*

Die einleitenden Beispielfälle zum Herstellungsanspruch¹⁷³ sind dadurch gekennzeichnet, dass der Bürger durch erneutes Verwaltungsverhalten (zumindest zum Teil) so gestellt wird, wie er heute stünde, wenn keine hoheitliche Pflichtverletzung erfolgt wäre. Der tatsächliche *Ist*-Zustand wird einem fiktiven *Soll*-Zustand entsprechend korrigiert. Der Herstellungsanspruch ist „auf Vornahme einer Amtshandlung zur Herbeiführung derjenigen Rechtsfolgen gerichtet, welche eingetreten wären, wenn der Versicherungsträger die ihm obliegenden Pflichten ordnungsgemäß wahrgenommen hätte [...]“. ¹⁷⁴ Ziel ist der Ausgleich des sozialrechtlichen Nachteils durch Herstellung des (Rechts-) Zustandes, der aller Voraussicht nach bestünde, wenn sich die Verwaltung nicht pflichtwidrig verhalten hätte.¹⁷⁵ Dieser Anspruchsinhalt wird vielfach auch als „*Naturalrestitution*“ bezeichnet.¹⁷⁶

Obwohl diese Bezeichnung an eine zivilrechtliche Naturalrestitution i.S.d. § 249 I BGB erinnert,¹⁷⁷ darf diese nicht ohne weiteres mit einer sozialrechtli-

¹⁷³ Kap. 1 B.

¹⁷⁴ BSG, Urt. v. 23.7.1986 – 1 RA 31/85 = BSGE 60, 158, 164; vgl. auch: BSG, Urt. v. 30.1.1983 – 5a RKn 9/82 = BSGE 56, 61, 63 („*Der Anspruch ist auf Vornahme einer mit Recht und Gesetz im Einklang stehenden Amtshandlung zur Herbeiführung derjenigen Rechtsfolgen gerichtet, die eingetreten wären, wenn der Versicherungsträger die ihm obliegenden Pflichten ordnungsgemäß wahrgenommen hätte, wobei die Pflichtverletzung ursächlich für den sozialrechtlichen Schaden des Versicherten gewesen sein muß.*“).

¹⁷⁵ So auch: BSG, Urt. v. 11.3.2004 – B 13 RJ 16/03 R = BSGE 92, 241, 244.

¹⁷⁶ Etwa: BSG, Urt. v. 18.8.1983 – 11 RA 60/82 = BSGE 55, 261, 263 f.; BSG, Urt. v. 27.1.2000 – B 12 KR 10/99 R = SozR 3-2400 § 28h Nr. 11; BSG, Urt. v. 30.10.2001 – B 3 KR 27/01 R = BSGE 89, 50, 55; BSG, Urt. v. 6.3.2003 – B 4 RA 15/02 R; BSG, Urt. v. 24.7.2003 – B 4 RA 13/03 R = SozR 4-1200 § 46 Nr. 1; *Schmidt-De Caluwe*, S. 148; *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 11; *Rixen*, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 18; *Schmidt/Schmidt*, JURA 2005, 372, 375; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 609; *Baldus*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 76; *Fichte*, in: Erlenkämper/Fichte [Hg.], SozR, II 7 Rn. 7; *Löcher*, SozVers 2001, 85, 85. Die Formulierung, dass im Wege der Naturalrestitution des Herstellungsanspruchs ein „*Zustand wiederherzustellen*“ sei (BSG, Urt. v. 6.3.2003 – B 4 RA 15/02 R), ist deshalb inhaltlich genauso unzutreffend wie die Aussage, dass es über den Herstellungsanspruch zur „*Wiederherstellung des status quo ante*“ käme (*Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., vor §§ 38 ff. SGB I, Rn. 48). Vielmehr bildet es einen entscheidenden Unterschied zum Folgenbeseitigungsanspruch, dass über den Herstellungsanspruch gerade keine frühere Rechtsposition wiederhergestellt werden soll, sondern auch zum ersten Mal ein – neuer – Zustand hergestellt werden kann, der in dieser Weise bisher nicht bestanden hat (statt vieler: BSG, Urt. v. 27.1.2000 – B 12 KR 10/99 R = SozR 3-2400 § 28h Nr. 11; BVerwG, Urt. v. 18.4.1997 – 8 C 38/95 = NJW 1997, 2966, 2967).

¹⁷⁷ Dazu: *Oetker*, in: MüKo BGB, § 249 BGB, Rn. 308 ff.

chen Naturalrestitution, wie sie das BSG mit dem Herstellungsanspruch verbindet, gleichgesetzt werden.¹⁷⁸ Ähnlich wie der eingetretene Schaden über den Umfang eines zivilrechtlichen Schadensersatzanspruchs bestimmt,¹⁷⁹ wird der Umfang der Herstellungspflicht über die sozialrechtlichen Nachteile festgestellt,¹⁸⁰ wobei der Nachteilsbegriff enger gefasst ist als ein zivilrechtlicher Schaden.¹⁸¹ Zudem orientiert sich die sozialrechtliche Naturalrestitution nicht am positiven Erfüllungsinteresse des Betroffenen.¹⁸² Für den Betroffenen positive (Rechts-) Entwicklungen, die über die Entwicklung des fiktiven Sozialrechtsverhältnisses eines verständigen Bürgers hinausgehen, können vom Betroffenen nicht über den Herstellungsanspruch beansprucht werden¹⁸³ – sie bilden genau genommen schon keinen sozialrechtlichen Nachteil. Die Grenze der Herstellung ist daher regelmäßig die „Erfüllung des ursprünglichen Sozialleistungsbegehrens“.¹⁸⁴

2. Herstellung durch eine Amtshandlung

Die Korrektur selbst soll durch eine Ausgleichshandlung erfolgen, der sozialrechtliche Amtshandlungsqualität zukommt.¹⁸⁵ Mit dem Begriff der Amtshandlung wird beim sozialrechtlichen Herstellungsanspruch jede Form eines hoheitlichen Verwaltungsverhaltens (Handlung oder Unterlassen¹⁸⁶) umschrieben.¹⁸⁷ Auch wenn der Begriff einen engen Zusammenhang insbesondere mit dem Erlass eines (begünstigenden) Verwaltungsaktes suggeriert, hat das BSG für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch gleichermaßen förmliches und nicht-

¹⁷⁸ *Olbertz*, S. 55 ff., 152.

¹⁷⁹ Vgl. BSG, Urt. v. 21.6.2001 – B 7 AL 6/00 R.

¹⁸⁰ Hiervon ausgehend zeigt sich, dass die Kausalitätsfeststellung beim Herstellungsanspruch dem Bereich der „haftungsausfüllenden Kausalität“ zuzurechnen ist. Die Frage nach der Reichweite der „haftungsausfüllenden Kausalität“ kann bzgl. Einzelpositionen durchaus zu Problemen führen.

¹⁸¹ Vgl. Kap. 1 B.I.2.

¹⁸² Zu diesem Unterschied gegenüber einer zivilrechtlichen Naturalrestitution auch: *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 12 m.w.N.

¹⁸³ Vgl. *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 12 m.w.N.; so wohl auch: *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 395 f.; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 609.

¹⁸⁴ *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 12.

¹⁸⁵ BSG, Urt. v. 25.3.1976 – 12/7 Rar 145/74 = BSGE 41, 260, 262; BSG, Urt. v. 23.9.1980 – 7 RAr 97/79; BSG, Urt. v. 30.1.1983 – 5a RKn 9/82 = BSGE 56, 61, 63; BSG, Urt. v. 18.8.1983 – 11 RA 60/82 = BSGE 55, 261, 263.

¹⁸⁶ BSG, Urt. v. 19.3.1986 – 7 RAr 17/84 = SozR 1300 § 28 Nr. 1; BSG, Urt. v. 23.7.1992 – 7 RAr 38/91.

¹⁸⁷ Vgl. BSG, Urt. v. 11.3.2004 – B 13 RJ 16/03 R = BSGE 92, 241, 244; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 610; *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 14 m.w.N.

förmliches/schlichtes Verwaltungsverhalten als über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch beanspruchbares Amtshandeln anerkannt.¹⁸⁸

Die Beschränkung auf hoheitliche Amtshandlungen folgt nach dem BSG daraus, dass nur diese Rechtsfolge in einem sozialgerichtlichen Verfahren beanspruchbar sei,¹⁸⁹ was wiederum eng mit der Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte zum Amtshaftungsrecht zusammenhängt. So hat bereits das Reichsgericht die Möglichkeit verneint, über § 839 BGB (i.V.m. Art. 131 WRV) eine Naturalrestitution durch ein Amtshandeln zu beanspruchen und den Amtshaftungsanspruch auf Geldersatz beschränkt, weil es der Judikative wegen der Gewaltenteilung nicht zustehen könne, Verwaltungsbehörden zu einem Amtshandeln zu verpflichten.¹⁹⁰ Der Bundesgerichtshof hat diese Rechtsprechung später ausdrücklich aufgegeben, ohne jedoch das Ergebnis zu ändern.¹⁹¹ Zwar verstoße es nicht gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung, wenn die Rechtsprechung Verwaltungsbehörden zu einem Amtshandeln verpflichte, aber der Ausspruch dieser Rechtsfolge bliebe allein der – insofern spezielleren – Verwaltungsgerichtsbarkeit vorbehalten.¹⁹² Deshalb könne mit Schadensersatzansprüchen, die im Zivilrechtsweg geltend gemacht werden, nur ein Geldersatz

¹⁸⁸ Vgl. BSG, Urt. v. 11.11.1982 – 7 RAr 24/80 = AuB 1984, 58, 59; BSG, Urt. v. 11.11.1982 – 7 RAr 16/82 = AuB 1984, 91 f.; BSG, Urt. v. 15.10.1985 – 11a RA 39/84 = SozR 1200 § 14 Nr. 21; *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 13 f.; *Schmidt-De Caluwe*, S. 148; *Pietzner/Müller*, *VerwArch.* 85 [1994], 603, 610; *Maier*, *SozVers* 1985, 113, 115. Als nichtförmliches Verwaltungsverhalten im Zusammenhang mit dem Herstellungsanspruch kommen bspw. in Betracht: Nichtberufen auf einen Fristablauf (BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 81; BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 94), die Fiktion der früheren Abgabe/Entgegennahme einer öffentlich-rechtlichen Willenserklärung (BSG, Urt. v. 25.4.1978 – 5 RJ 18/77 = BSGE 46, 124, 126 f.; BSG, Urt. v. 14.2.2001 – B 9 V 9/00 R = BSGE 87, 280, 286), die Berücksichtigung eines anderen Antragsinhaltes (BSG, Urt. v. 17.4.1986 – 7 RAr 81/84 = BSGE 60, 79, 85 f.; BSG, Urt. v. 29.9.1987 – 7 RAr 23/86 = BSGE 62, 179, 182 ff.), das Außerachtlassen der Bindungswirkung eines Verwaltungsaktes (BSG, Urt. v. 24.4.1980 – 1 RA 33/79 = BSGE 50, 88, 91), die Entgegennahme/Erstattung/Umverteilung von Sozialversicherungsbeiträgen (BSG, Urt. v. 18.12.1975 – 12 RJ 88/75 = BSGE 41, 126, 127 f.; BSG, Urt. v. 12.11.1980 – 1 RA 45/79 = SozR 1200 § 14 Nr. 9; BSG, Urt. v. 29.6.1984 – 12 RK 64/82; BSG, Urt. v. 25.10.1985 – 12 RK 42/85 = BSGE 59, 60, 65; BSG, Urt. v. 25.10.1985 – 12 RK 42/85 = BSGE 59, 60, 65), die Berücksichtigung verspäteter Unterlagen (BSG, Urt. v. 20.6.1979 – 5 RKn 16/78 = BSGE 48, 211, 213 f.) oder die Nichtanwendung/Anwendung einer Gesetzesvorschrift (BSG, Urt. v. 30.10.1985 – 5b RJ 86/84 = SozR 2200 § 1241a Nr. 9; BSG, Urt. v. 23.9.1981 – 11 RA 78/80 = BSGE 52, 145, 148).

¹⁸⁹ BSG, Urt. v. 18.12.1975 – 12 RJ 88/75 = BSGE 41, 126, 127 f.

¹⁹⁰ Etwa: RG, Urt. v. 10.7.1934 – III 32/48/34 = RGZ 145, 137, 140; RG, Urt. v. 6.5.1942 – III 6/42 = RGZ 169, 353, 356.

¹⁹¹ BGH, Beschluss v. 19.12.1960 – GSZ 1/60 = BGHZ 34, 99, 104 f.

¹⁹² Grundlegend: BGH, Beschluss v. 19.12.1960 – GSZ 1/60 = BGHZ 34, 99, 105.

(eine Kompensation) beansprucht werden – und keine Verurteilung zu einem Amtshandeln.¹⁹³ Dies folge u.a. auch aus der Konstruktion der § 839 BGB, Art. 34 GG als sog. mittelbare Staatshaftung. Weil die Amtshaftung nach § 839 BGB eine persönliche Haftung des Beamten sei, die erst über Art. 34 GG auf den Staat übergeleitete werde, könne der übergeleitete Verpflichtungsgehalt auch nur den Inhalt haben, den der Beamte als Privatperson erfüllen könne; zu diesen persönlichen Haftungspflichten des Beamten könne keine Verpflichtung zur Naturalrestitution durch Amtshandeln zählen.¹⁹⁴ Diese Rechtsprechung aufgreifend hat sich das BSG bemüht, die Rechtsfolge des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs ergänzend auszugestalten.¹⁹⁵ Da gem. Art. 34 S. 3 GG, § 40 II VwGO für Schadensersatzansprüche der ordentliche Rechtsweg vorgegeben sei, könnten vor den Sozialgerichten nur die Ansprüche geltend gemacht werden, die keine derartigen Schadensersatzansprüche seien.¹⁹⁶ In Anerkennung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (insbes. zum Amtshaftungsanspruch nach § 839 BGB, Art. 34 GG) wären dies in erster Linie Ansprüche, über die eine Amtshandlung beansprucht wird. Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch müsse daher auf ein solches Amtshandeln gerichtet sein. Da sich ein Herstellungsanspruch insofern von einem Schadensersatz dadurch unterscheidet, dass gerade keine Kompensation (in Geld) für die rechtliche Beeinträchtigung gewährt wird,¹⁹⁷ darf über den Anspruch „*keine verkappte Verurteilung von Schadensersatz in Geld*“¹⁹⁸ ermöglicht werden. Der Herstellungsanspruch begründet keinen „*irgendwie gearteten Ersatzanspruch*“¹⁹⁹.

Die häufige Formulierung, dass der Herstellungsanspruch zu „*einer Amtshandlung*“ oder „*einem Amtshandeln*“ führe,²⁰⁰ darf nicht derart wörtlich verstanden werden, dass der Be-

¹⁹³ Grzeszick, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 44, Rn. 42; Papier, in: MüKo BGB, § 839 BGB, Rn. 295 ff.; Sprau, in: Palandt, § 839 BGB, Rn. 78 f.

¹⁹⁴ Etwa: BGH, Beschluss v. 19.12.1960 – GSZ 1/60 = BGHZ 34, 99, 105 f.; Grzeszick, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 44, Rn. 42; Detterbeck, AllgVerwR, Rn. 1093; Durner, JuS 2005, 793, 797; von Koch, NZS 1998, 167, 169.

¹⁹⁵ Vgl.: BSG, Urt. v. 18.8.1983 – 11 RA 60/82 = BSGE 55, 261, 263 f.; BSG, Urt. v. 11.8.1994 – 3 BS 1/93 = SozR 3-1500 § 51 Nr. 13.

¹⁹⁶ Vgl. BSG, Urt. v. 18.12.1975 – 12 RJ 88/75 = BSGE 41, 126, 127 f.; BSG, Urt. v. 25.3.1976 – 12/7 Rar 145/74 = BSGE 41, 260, 262; BSG, Urt. v. 23.9.1980 – 7 RAr 97/79; BSG, Urt. v. 22.2.1980 – 12 RK 34/79 = BSGE 50, 25, 29; BSG, Urt. v. 18.8.1983 – 11 RA 60/82 = BSGE 55, 261, 262 f.

¹⁹⁷ BSG, Urt. v. 27.1.2000 – B 12 KR 10/99 R = SozR 3-2400 § 28h Nr. 11; OLG Karlsruhe, Urt. v. 18.12.2012 – 12 U 105/12 = NZS 2013, 381, 383.

¹⁹⁸ BSG, Urt. v. 18.8.1983 – 11 RA 60/82 = BSGE 55, 261, 263.

¹⁹⁹ Wallerath, DÖV 1994, 757, 762.

²⁰⁰ Vgl. BSG, Urt. v. 28.9.2010 – B 1 KR 31/09 R; BSG, Urt. v. 18.2.2010 – B 4 AS 28/09 R = FEVS 62, 6 ff.; BSG, Urt. v. 30.9.2009 – B 9 VG 3/08 R = BSGE 104, 245, 254;

troffene nur eine einzige Amtshandlung verlangen kann, die die Naturalrestitution (vollumfänglich) verwirklichen muss. Vielmehr können über einen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch auch mehrere Amtshandlungen beanspruchbar sein, wenn diese (in ihrer Summe) notwendig sind, um die sozialrechtliche Naturalrestitution zu erreichen.²⁰¹ Weil der Herstellungsanspruch „ein Rechtsinstrument individueller Schadensbeseitigung“²⁰² darstellt, variiert seine Rechtsfolge abhängig von den Gegebenheiten des Einzelfalls. So kann die Verwaltung durch den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch verpflichtet sein, die nachträgliche Ausübung des Gestaltungsrechts zu berücksichtigen, die nachträgliche Zahlung freiwilliger Beiträge entgegen zu nehmen, die Gestaltungswirkung der Zahlung bzgl. Pflichtbeitragszeiten als zulässig anzuerkennen, usw.

Das Merkmal der hoheitlichen Amtshandlung dient als ein Unterscheidungskriterium zum Schadensersatz,²⁰³ wobei das BSG eine Naturalrestitution i.S.d. sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs vom zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch oftmals über das Merkmal eines Geldersatzes/einer Geldleistung abgrenzt.²⁰⁴ Daraus darf jedoch nicht der Schluss gezogen werden, dass jegliche Geldzahlung außerhalb des Anwendungsbereiches eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs läge und nur mit Ansprüchen verfolgt werden könne, für welche die ordentliche Gerichtsbarkeit originär zuständig ist.²⁰⁵ Bei genauerer Betrachtung hilft das Kriterium „Geldersatz/Geldleistung“ nämlich nicht weiter und ist auch vom BSG nicht als trennscharfes Unterscheidungskriterium gemeint. Schließlich läuft die sozialrechtliche Naturalrestitution überwiegend auch auf eine Geldzahlung hinaus.²⁰⁶ Der (nachträgliche) Erhalt von Geld bildet

BSG, Urt. v. 6.11.2008 – B 1 KR 8/08 R; BSG, Urt. v. 31.10.2007 – B 14/11b AS 63/06 R = SozR 4-1200 § 14 Nr. 10.

²⁰¹ Vgl. *Fichte*, in: Erlenkämper/Fichte [Hg.], SozR, II 7 Nr. 18; *Rixen*, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 18; *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 16.

²⁰² *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 15.

²⁰³ Daher ist auch dessen genaue terminologische Bezeichnung im Ergebnis unerheblich (*Schmidt-De Caluwe*, S. 148 f.; **a.A.:** *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 14 f., die deshalb den Begriff der „*Verwaltungsmaßnahme*“ bevorzugt). Durch diese Begründung offenbart das BSG ein zweigleisiges Verständnis des Ausgleichs von Verwaltungsunrecht. Auf der einen Seite könne ein Verwaltungsfehlverhalten durch Amtshandeln i.S.e. Naturalrestitution über ungerichtete Ansprüche (hier: den Herstellungsanspruch) ausgeglichen werden. Auf der anderen Seite bestünde über den Amtshaftungsanspruch i.S.d. § 839 BGB, Art. 34 GG die Möglichkeit einer Kompensation der Rechtsverletzung und ihrer Folgen.

²⁰⁴ Etwa: BSG, Urt. v. 25.3.1976 – 12/7 Rar 145/74 = BSGE 41, 260, 262; BSG, Urt. v. 24.9.1996 – 1 RK 33/95 = BSGE 79, 125, 126.

²⁰⁵ **A.A.** wohl: *Baldus*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, S. 17.

²⁰⁶ *Schmidt/Schmidt*, JURA 2005, 372, 375; *von Koch*, NZS 1998, 167, 169; *Grzeszick*, in: BeckOK, Art. 34 GG, Rn. 48. Bspw. stellt ein Rentenleistungsanspruch einen Anspruch auf eine laufende Geldleistung dar, die über den Herstellungsanspruch (nachträglich) einforderbar bleibt. Gleiches gilt für die Begründung von Rückzahlungspflichten von

für den Bürger regelmäßig sogar das einzige Ziel, das er bewusst verfolgt. Allein für die Möglichkeit, (isoliert) einen Rentenantrag für die Vergangenheit zu stellen ohne damit auch die Rentenleistungen nachträglich noch zu beanspruchen, würde im praktischen Normalfall wohl niemand einen Rechtsstreit führen. Von einem rein wirtschaftlichen Standpunkt aus betrachtet bestehen daher für den Betroffenen regelmäßig kaum Unterschiede zwischen einer sozialrechtlichen Geldleistung über den Herstellungsanspruch oder einen Geldersatz über den Amtshaftungsanspruch.²⁰⁷ Der entscheidende Unterschied liegt vielmehr in der Funktion/Rechtsqualität, die der jeweiligen Geldzahlung zukommt.²⁰⁸ So ist jeder Schadensersatzanspruch auf Geld gerichtet, der vor den Zivilgerichten eingeklagt wird – aber umgekehrt nicht jedes Klagebegehren, das eine Leistung in Geld anstrebt, deshalb auch ein solcher Schadensersatzanspruch. Falls es sich bei der beanspruchten Leistung in Geld um eine Amtshandlung handelt, soll die fragliche Geldleistung durchaus über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch verfolgt werden können.²⁰⁹ Die Frage nach der Qualifizierung als Amtshandlung ist demnach auch für Geldleistungen entscheidend. Die scheinbar einfache Gleichung „*Geld ist Geld*“²¹⁰ muss daher in den Herstellungslagen kritisch hinterfragt werden.

a) Anspruchsumfang und Wirkungsweise des Herstellungsanspruchs

Das Ziel der sozialrechtlichen Naturalrestitution ist es, „*einen vom Gesetz vorgesehenen rechtmäßigen Zustand herzustellen, wie er bestünde, wenn sich die Behörde ordnungsgemäß verhalten hätte.*“²¹¹ Zum Verständnis der Herstel-

Sozialversicherungsbeiträgen im Zusammenhang mit dem Herstellungsanspruch, die wegen des Fehlverhaltens entrichtet wurden.

²⁰⁷ Vgl. von Koch, NZS 1998, 167, 169.

²⁰⁸ Ausdrücklich auf den Rechtsgrund und die rechtliche Qualifizierung der begehrten Position abstellend: BSG, Urt. v. 13.5.1982 – 8 RK 34/81 = BSGE 53, 273, 276 f.

²⁰⁹ Vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 18.12.2012 – 12 U 105/12 = NZS 2013, 381, 383. Dies heißt im Umkehrschluss allerdings nicht, dass bspw. bei einem Amtshaftungsanspruch nach § 839 BGB, Art. 34 GG für die Berechnung des Schadens die Geldleistungen außer Betracht bleiben müssten, die zugleich eine Amtshandlung darstellen (bspw. eine ausgebliebene Rentenzahlung). Dogmatisch genau betrachtet wird über den Amtshaftungsanspruch dann aber nicht die ausgebliebene Rentenzahlung als Schaden im Wege der Naturalrestitution ausgeglichen (d.h. als hoheitliche Rentenleistung), sondern sie stellt eine Kompensationsleistung in Geld dar, die sich nur in ihrer Höhe an der ausgebliebenen hoheitlichen Rentenleistung orientiert. Über den Amtshaftungsanspruch kann daher keine ausgebliebene Rentenleistung erreicht werden, sondern nur ein Ersatz für die ausgebliebene Rentenleistung in Geld.

²¹⁰ Wallerath, DÖV 1994, 757, 764 i.a.Z.

²¹¹ BSG, Urt. v. 27.1.2000 – B 12 KR 10/99 R = SozR 3-2400 § 28h Nr. 11.

lungspflicht genügt es nicht, festzustellen, welche konkreten Amtshandlungen im Hinblick auf diese Naturalrestitution (nicht) beansprucht werden können.²¹² Vielmehr verdienen die vorrangigen Fragen nach dem Umfang²¹³ und der Wirkungsweise²¹⁴ des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs eine nähere Betrachtung. Hierbei lassen sich die Fälle, in denen die sozialrechtlichen Rechtsnachteile durch eine (reine) Rechtskorrektur ausgeglichen werden, von den Fällen unterscheiden, in denen die Herstellung (scheinbar) über eine rechtliche Restitution hinausgeht. Für die Frage nach der Reichweite einer Herstellungspflicht bzgl. korrekturpflichtiger sozialrechtlicher Nachteile/Positionen bietet sich der Begriff der „*haftungsausfüllenden Kausalität*“ an, welche bereits bei den Tatbestandsvoraussetzungen einleitend erläutert wurde.

aa) Herstellung durch (sozial-) rechtliche Naturalrestitution

Die Herstellungspflicht besteht hinsichtlich der „*rechtlichen Nachteile auf dem Gebiet des Sozialrechts*“²¹⁵, die kausal aus der subjektiven Rechtsverletzung hervorgegangen sind. Die Naturalrestitutionspflicht dient damit in erster Linie der Verwirklichung sozialrechtlicher Rechte, indem dem Bürger eine „*günstigere Rechtsposition*“²¹⁶ eingeräumt wird.²¹⁷ Dass deshalb die sozialrechtlichen Nachteile eines Verwaltungsfehlverhaltens grds. auszugleichen sind, ist unbestritten. Die Herstellung ist nicht auf die Restitution des subjektiven Rechts beschränkt, das verletzt wurde, sondern erfasst vielmehr auch jeden aus dieser Pflichtverletzung wesentlich kausal folgenden rechtlichen Nachteil. Es darf im Gegenteil sogar bezweifelt werden, dass das BSG überhaupt einen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch anerkennen würde, der nicht – zumindest auch – eine (mögliche) Folgeeinbuße auf der Ebene der sozialrechtlichen Hauptleistungspflichten (§§ 18 ff. SGB I) korrigiert. Durch das Amtshandeln soll es zu einer umfassenden sozialrechtlichen Restitution der Primärebene bzgl. aller sozialrechtlichen Nachteile des Betroffenen kommen – insbes. hinsichtlich der betroffenen Hauptleistungspflichten.²¹⁸ So hat das Gericht in der Vergangenheit

²¹² Kritisch zu dieser üblichen verkürzten Darstellung auch: *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 16 ff.

²¹³ Die Frage, für welche Positionen überhaupt eine Herstellungspflicht bestehen kann.

²¹⁴ Die Frage, wie ein Ausgleich der herzustellenden Positionen überhaupt verwirklicht wird.

²¹⁵ BSG, Urt. v. 6.5.2010 – B 13 R 44/09 R.

²¹⁶ LSG NRW, Urt. v. 30.8.2007 – L 16 KR 20/07.

²¹⁷ *Pietzner*, in: Schulzin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrrertragung, S. 93, 95.

²¹⁸ Vgl. *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 12.

bereits betont, dass ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch „*einen Rechtsverlust auf der gesetzlichen Primärebene voraussetzt.*“²¹⁹

Davon ausgehend erscheint es durchaus denkbar, die Definition des sozialrechtlichen Nachteils in der Weise zu präzisieren, dass nicht jeder rechtliche Nachteil auf dem Gebiet des Sozialrechts den Anspruch auf Herstellung begründen kann, sondern nur Nachteile auf der Ebene der sozialrechtlichen Hauptleistungspflichten.²²⁰ Die Feststellung, dass sich ein sozialrechtlicher Nachteil i.S.d. Herstellungsanspruchs typischerweise auf die Ebene der Hauptleistungspflichten auswirkt, ist schließlich (im Hinblick auf diese Rechtsprechung) nicht zufällig, sondern erforderlich. Durch dieses Verständnis könnte ein noch engerer Gleichlauf des Tatbestandsmerkmals des sozialrechtlichen Nachteils mit der daraus folgenden Naturalrestitutionspflicht erreicht werden. Auf diese Weise könnten dem sozialrechtlichen Nachteil zudem eindeutigere Aussagen bzgl. der Herstellungspflicht entnommen werden.²²¹

Die Korrektur rechtlicher Nachteile lässt sich im Wesentlichen in vier Wirkungsweisen einteilen.²²² Dabei ist zu bedenken, dass die einzelnen Fallgruppen nicht immer starr voneinander unterschieden werden können, sondern die Grenzen durchaus fließend sein können (sogar in ein und derselben Fallgestaltung). Dies hängt insbesondere auch mit der Feststellung zusammen, dass über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch durchaus mehrere Amtshandlungen beansprucht werden können.²²³

²¹⁹ BSG, Urt. v. 2.8.2000 – B 4 RA 54/99 R = SozR 3-2600 § 99 Nr. 5; vgl. auch: BSG, Urt. v. 12.6.1992 – 11 RAr 65/91 = BSGE 71, 17, 22 f.

²²⁰ In Ansätzen etwa: BSG, Urt. v. 2.8.2000 – B 4 RA 54/99 R = SozR 3-2600 § 99 Nr. 5; BSG, Urt. v. 15.12.1994 – 4 RA 64/93 = SozR 3-2600 § 58 Nr. 2.

²²¹ Vgl. hierzu insgesamt: Kap. 1 B.I.2.

²²² Nach *Kreßel* sind hingegen mit der Herstellung von Lücken im Tatbestand, Herstellung von Gestaltungsrechten und der Herstellung bei Leistungsverweigerung nur drei Fallgruppen zu unterscheiden (*Kreßel*, NZS 1994, 395, 396 ff.). *Bogs* gelangt demgegenüber mit der Herstellung von Lücken im Tatbestand/Herstellung von Gestaltungsrechten/Herstellung bei unrentablen Beiträgen zu drei anderen Fallgruppen (*Bogs*, in: Zacher [Hg.], FS zum 25jährigen Bestehen des BSG, Bd. I, S. 149, 172). *Goertz* wiederum unterscheidet ein „*einstufiges Modell der Herstellung*“ (Fälle, in denen erst der Herstellungsanspruch originär eine im Gesetz so nicht bestehende Verpflichtung schafft) von einem „*zweistufigen Modell*“ (Fälle, in denen der Herstellungsanspruch zur Erfüllung von Tatbestand und Anspruch eines gesetzlich festgeschrieben Rechts verhilft) und den „*begleitenden Amtshandlungen*“ (Amtshandlungen, die nicht direkt zur Erfüllung eines Leistungsbegehrens führen), vgl. *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 16 ff.

²²³ Vgl. Kap. 1 B.II.2.

(1) Herstellung durch die Fiktion fehlender Tatbestandsvoraussetzungen

Die Beeinträchtigung eines sozialrechtlichen Rechts besteht regelmäßig darin, dass die Verwirklichung dieses Rechts daran scheitert, dass einzelne Tatbestandsvoraussetzungen nicht (rechtzeitig) erfüllt sind. Insofern ist eine Restitution des Rechts üblicherweise verwirklicht, falls die fehlenden Tatbestandsvoraussetzungen fingiert werden.²²⁴ Auch der sozialrechtliche Herstellungsanspruch soll deshalb auf eine Fiktion dieser Voraussetzungen abzielen.²²⁵ Da eine Restitutionspflicht nur hinsichtlich der kausal auf der Pflichtverletzung beruhenden sozialrechtlichen Nachteile besteht, müssen die nichtverwirklichten Tatbestandsmerkmale, die nicht in dieser Weise betroffen sind, vollständig verwirklicht werden; sie dürfen nicht einfach über den Herstellungsanspruch fingiert werden.²²⁶

Bereits der Duden beschreibt eine Fiktion als etwas, „*was nur in der Vorstellung besteht*“.²²⁷ Insofern wird teilweise angenommen, dass ein auf Fiktion gerichteter Herstellungsanspruch eine Ausnahme zum Amtshandlungserfordernis darstelle. Schließlich könne ein derartiges Gedankenkonstrukt (wie die Fiktion) – mangels Qualifizierbarkeit als Verhalten – dessen Voraussetzungen nicht erfüllen.²²⁸ Dieser vermeintliche Widerspruch lässt sich jedoch überzeugend auflösen.²²⁹ Denn bereits durch eine leichte Veränderung des Blickwinkels auf die Herstellung lässt sich ein Verwaltungsverhalten von der Amtshandlungsqualität ausmachen: Wenn das Berücksichtigen eines Tatbestandsmerkmals im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Anspruchs ein (nichtförmliches) Verwaltungsverhalten im Sinne eines Amtshandelns bildet (bspw. eine Antragstellung oder Beitragsnachzahlung), kann das Zugrundelegen/Unterstellen desselben tatsächlich nicht verwirklichten Tatbestandsmerkmals im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Anspruchs ebenfalls als Amtshandeln verstanden werden. Die Rechtsfolge des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs besteht damit nicht unmittelbar in der Fiktion eines Tatbestandsmerkmals, sondern in der Verpflichtung der Verwaltung zur Vornahme der Amtshandlung, durch die die

²²⁴ Pietzner, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrtagung, S. 93, 95.

²²⁵ BSG, Urt. v. 26.6.2007 – B 4 R 19/07 R = SozR 4-1300 § 44 Nr. 12; BSG, Urt. v. 24.3.1994 – 5 RJ 20/93 = SozR 3-2600 § 241 Nr. 1; BSG, Urt. v. 26.9.1989 – 11 RAr 79/89 = BSGE 65, 293, 299; BSG, Urt. v. 27.4.1989 – 11 RAr 21/88 = SozR 4100 § 134 Nr. 36; Olbertz, S. 30 f. m.w.N.; Bieback, SGB 1990, 517, 524; Wallerath, DÖV 1994, 757, 762; Goertz, Herstellungsanspruch, S. 22 f.; Krause/Sattler, in: Gitter/Wannagat [Hg.], JbSR 2002, S. 39, 42; Ladage, S. 83; wohl auch: Terwey, Rechtliche Betreuung nach dem SGB, S. 125.

²²⁶ Vgl. Bieback, SGB 1990, 517, 524.

²²⁷ Duden, 25. Auflage.

²²⁸ Goertz, Herstellungsanspruch, S. 14.

²²⁹ Auch das BSG will hierin erkennbar keine Ausnahme sehen. So spricht das Gericht bspw. hinsichtlich der Fiktion einer Verfügbarkeit des Arbeitslosen bei einem Anspruch auf Arbeitslosengeld von einer (unzulässigen) „*Amtshandlung*“ (BSG, Urt. v. 11.3.2004 – B 13 RJ 16/03 R = BSGE 92, 241, 244 f.).

Wirkungen erzielt werden, die auch eine Fiktion gehabt hätte (bspw. Unterstellen/Berücksichtigung so nicht erfüllter Tatbestandsmerkmale). In ihren faktischen Ergebnissen unterscheiden sich beide Ansichten nicht bedeutend voneinander – hinsichtlich der rechtlichen Betrachtungsweise bestehen jedoch große Abweichungen. Während die Fiktion unmittelbar zu einem bestimmten Ergebnis führt (bspw. ein Antrag gilt als früher gestellt), bewirkt die hier vertretene Betrachtungsweise einen anderen Blickwinkel auf die Herstellung von fehlenden Tatbestandsvoraussetzungen durch ein Amtshandeln (bspw. Verpflichtung, einen Antrag als früher gestellt zu berücksichtigen/unterstellen). In den Fokus rückt dabei das Mittel der Herstellung – die sozialrechtliche Amtshandlung. Sofern daher von einer Fiktion einzelner Tatbestandsvoraussetzungen über den Herstellungsanspruch gesprochen wird, ist diese Darstellung ungenau. Der Herstellungsanspruch verpflichtet vielmehr zu den Amtshandlungen, die (spiegelbildlich) erforderlich sind, um die Wirkung einer Fiktion herbeizuführen – nicht zur Fiktion selbst. Insofern ist auch keine Ausnahme zur Amtshandlungsqualität gegeben.

(2) *Herstellung durch das Außerachtlassen sozialrechtlicher Regelungen/Entwicklungen/Rechtsänderungen*

Umgekehrt soll es über den Herstellungsanspruch auch beanspruchbar sein, dass sozialrechtliche nachteilhafte Regelungen – deren Voraussetzungen wegen der Pflichtverletzung erfüllt sind – nicht auf den Betroffenen angewandt werden. Bspw. hat das BSG neben der Nichtanwendung von gesetzlichen Ausschlussfristen²³⁰ auch eine Anwendung der einschränkenden Regelung des § 210 V SGB VI (§ 82 V AVG a.F.) in einem solchen Fall abgelehnt, obwohl deren Voraussetzungen nach dem Wortlaut erfüllt waren.²³¹ Dieses (problematische²³²) Außerachtlassen gesetzlicher Einzelbestimmungen soll gleichermaßen für Ermessensvorschriften und gebundene Entscheidungen gelten.²³³

Darüber hinaus sollen auch tatsächliche Entwicklungen der sozialrechtlichen Betrachtung nicht zu Grunde gelegt werden, wenn hieraus ein kausaler sozialrechtlicher Nachteil folgt.²³⁴ Bspw. hat das BSG die Verwaltung im Wege der Herstellung dazu verpflichtet, zu unterstellen, dass der Bürger nur die zulässige

²³⁰ Vgl. BSG, Urt. v. 29.9.1987 – 7 RAr 23/86 = BSGE 62, 179, 182 m.w.N.; BSG, Urt. v. 30.10.1985 – 5b RJ 86/84 = SozR 2200 § 1241a Nr. 9.

²³¹ BSG, Urt. v. 23.9.1981 – 11 RA 78/80 = BSGE 52, 145, 148.

²³² Vgl. hierzu ausführlich im Zusammenhang mit dem „*an sich (un)zulässigen*“ Amtshandeln: Kap. 1 B.II.2.b.bb.

²³³ Vgl. BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 81; BSG, Urt. v. 24.4.1980 – 1 RA 33/79 = BSGE 50, 88, 91; BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 94; BSG, Urt. v. 23.9.1981 – 11 RA 78/80 = BSGE 52, 145, 148.

²³⁴ Etwa: BSG, Urt. v. 23.9.1981 – 11 RA 78/80 = BSGE 52, 145, 147 f.; BSG, Urt. v. 21.7.1977 – 7 RAr 38/76 = BSGE 44, 188, 192; BSG, Urt. v. 30.10.1985 – 5b RJ 86/84 = SozR 2200 § 1241a Nr. 9.

gen drei Wochen in Urlaub gefahren wäre, statt der tatsächlich verbrachten Urlaubsdauer von fünf Wochen, falls er zutreffend darüber beraten worden wäre, dass er bei der kürzeren Zeitspanne von seiner Meldepflicht befreit worden wäre und somit weiterhin Arbeitslosengeld hätte beziehen können.²³⁵ Auch wenn tatsächlich kein Übergangsgeld bezogen wurde, soll dessen Bezug bei der rechtlichen Würdigung eines späteren Anspruchs auf Arbeitslosenhilfe (§§ 190 ff. SGB III a.F.) unterstellt werden können.²³⁶ Diese Wirkung hängt oftmals eng mit der Fiktion eines Tatbestandsmerkmals zusammen. Um ein Merkmal im Hinblick auf eine Herstellung der Primärebene unterstellen zu können, wird zunächst die nachteilige tatsächliche Entwicklung ausgeblendet, bevor stattdessen eine andere sozialrechtliche Entwicklung für die rechtliche Beurteilung fingiert wird.

Schließlich kann ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch ggf. sogar dazu führen, dass die nachteilhafte Änderung sozialrechtlicher Vorschriften außer Betracht bleibt und stattdessen die alte vorteilhafte Rechtslage in dem Fall des Bürgers angewandt wird. Obwohl diese Fallgruppe kaum in den Blickpunkt der wissenschaftlichen Erörterung gerückt ist, lässt sich dieses Verständnis aus entsprechenden Entscheidungspassagen der Sozialgerichtsbarkeit ableiten.²³⁷ Hierbei ist jedoch zu beachten, dass im Einzelfall auch eine Herstellung i.S.d. Anwendung der alten Rechtslage durch eine Rechtsänderung vom Gesetzgeber (i.S. „*an sich unzulässigen*“ Amtshandelns) ausgeschlossen werden kann.²³⁸

Ungeklärt ist hingegen die Frage, ob auch eine bloße Änderung der Rechtsprechung der Korrektur durch die Herstellung zu unterwerfen ist. Wenn bspw. die Rentenhöhe nach einer Rechtsprechung des BSG bis zum Jahr 1954 für den Betroffenen günstiger ermittelt worden wäre, sind Fälle denkbar, in denen der Bürger wegen der behördlichen Pflichtverletzung nicht (mehr) in den Genuss dieser günstigen Rechtsprechung gekommen ist. Die

²³⁵ BSG, Urt. v. 21.7.1977 – 7 Rar 38/76 = BSGE 44, 188, 192; vgl. auch die in dieser Frage ähnlichen Lösungen bei: BSG, Urt. v. 30.10.1985 – 5b RJ 86/84 = SozR 2200 § 1241a Nr. 9 (Nichtberücksichtigung eines Zeitablaufes); BSG, Urt. v. 30.10.2001 – B 3 KR 27/01 R = BSGE 89, 50, 53 ff. (Nichtberücksichtigung tatsächlicher Behandlung in einem Pflegeheim zugunsten häuslicher Krankenpflege); BSG, Urt. v. 17.4.1986 – 7 RAr 81/84 = BSGE 60, 79, 85 f.; BSG, Urt. v. 21.6.2001 – B 7 AL 54/00 R = BSGE 88, 180, 182, 184 ff. (Nichtberücksichtigung des tatsächlichen Inhalts eines Antrages zugunsten der Fiktion einer anderen/keiner Antragstellung). Vgl. zur Nichtberücksichtigung einer tatsächlichen erfolgten Beitragserstattung: BSG, Urt. v. 13.12.2000 – B 5 RJ 42/99 R.

²³⁶ BSG, Urt. v. 27.4.1989 – 11 RAr 21/88 = SozR 4100 § 134 Nr. 36.

²³⁷ Etwa: BSG, Urt. v. 14.6.1962 – 4 RJ 75/60 = SozR Nr. 3 zu § 1233 RVO 02; BSG, Urt. v. 12.12.1984 – 7 RAr 74/83 = SozR 4100 § 56 Nr. 18; BSG, Urt. v. 18.8.1983 – 11 RA 40/82 = BSGE 55, 257, 259; LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 26.2.1992 – L 5 Ar 926/90.

²³⁸ Vgl. BSG, Urt. v. 30.9.1999 – B 8 KN 5/98 U R = BSGE 85, 24, 25.

Lösung dieser Problematik sollte – ausgehend von der Zielsetzung des Herstellungsanspruchs – danach erfolgen, ob die frühere Rechtsprechung nach ihrer früheren Rechtslage unverändert als rechtlich zulässig zu betrachten ist.

(3) *Herstellung durch Wiedereinräumung eines sozialrechtlichen Gestaltungsrechts*

Die Herstellung eines sozialrechtlichen Gestaltungsrechts lässt sich nicht stimmig in die bisherigen Fallgruppen einfügen, weil die Rechtsfolgen/Rechtsnachteile von den Dispositionen des Bürgers abhängen. Einseitige Berechtigungen des Bürgers, deren Ausübung ein Sozialrechtsverhältnis rechtlich verändert (sog. sozialrechtliche Gestaltungsrechte oder Dispositionsmöglichkeiten), lassen bei Rechtsausübung andere Rechtsfolgen eintreten als ohne Ausübung.²³⁹ Ob das Eintreten/Ausbleiben einer Rechtsfolge einen kausalen sozialrechtlichen Nachteil bildet, kann deshalb nur im Hinblick auf die einzelne Disposition überzeugend beurteilt werden. Darüber hinaus muss sauber zwischen dem Bestehen eines Gestaltungsrechts selbst von der Art und Weise unterschieden werden, wie dieses Recht geltend gemacht wird (üblicherweise durch eine entsprechende Antragstellung).²⁴⁰

Die Möglichkeiten der Beeinträchtigung eines sozialrechtlichen Gestaltungsrechts sind typisch für sog. mittelbare sozialrechtliche Nachteile.²⁴¹ Keine Beeinträchtigung des Gestaltungsrechts ist jedenfalls dann gegeben, wenn der Betroffene in vollumfänglicher Kenntnis von einer Berechtigung (keinen) Gebrauch macht. Die sich daraus ergebenden sozialrechtlichen Rechtsfolgen (bspw. kein krankensicherungsrechtlicher Leistungsanspruch bei Befreiung von der Krankenversicherungspflicht), werden auch dann nicht über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch korrigiert, wenn sie sozialrechtliche Nachteile darstellen. Denn ein Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Nachteil wird durch eine – von der Pflichtverletzung unbeeinflusste – bewusste Ausübung des Gestaltungsrechts unterbrochen. Der Herstellungsanspruch führt

²³⁹ Beispiele für sozialrechtliche Gestaltungsrechte sind typischerweise Befreiungsrechte bzgl. bestehender Versicherungspflichten oder Rechte zur Begründung eines Sozialversicherungsverhältnisses (u.a. §§ 28a I SGB III, 8 SGB V, 6 SGB VI, 7 SGB VI, 6 I SGB VII); aber auch die Möglichkeit, durch die Zahlung freiwilliger Beiträge noch rentenversicherungsrechtliche Beitragszeiten zu erwerben (BSG, Urt. v. 23.10.2003 – B 4 RA 27/03 R = SozR 4-2600 § 7 Nr. 1). Darüber hinaus kommt auch materiell-rechtlichen Antragserfordernissen eine Gestaltungswirkung zu.

²⁴⁰ Vgl. BSG, Urt. v. 2.8.2000 – B 4 RA 40/99 R = SozR 3-2600 § 100 Nr. 1.

²⁴¹ Vgl. zum Begriff des mittelbaren sozialrechtlichen Nachteils, Kap. 1 B.I.2.

nicht dazu, dem Betroffenen eine Gestaltungsmöglichkeit erneut zu eröffnen, nur weil auch ein Verwaltungsfehlverhalten vorliegt.²⁴²

Eine grds. zur Herstellung berechtigende Situation liegt hingegen vor, wenn ein Fehlverhalten bereits die Ausübung des Gestaltungsrechts beeinträchtigt.²⁴³ Das zugrundeliegende Verwaltungsfehlverhalten besteht dabei üblicherweise in einer fehlerhaften/unterlassenen Betreuung.²⁴⁴ In diesen Fällen soll im Wege der Herstellung das „*Sozialrechtsverhältnis so gestaltet werden [...], wie es ohne Pflichtverletzung bestanden hätte.*“²⁴⁵ Ein herzustellender sozialrechtlicher Nachteil ist dabei bereits eine Beeinträchtigung des sozialrechtlichen Gestaltungsrechts selbst.²⁴⁶ Die Herstellung dieses Nachteils erfolgt in den Fällen, in denen ein Gestaltungsrecht nicht ausgeübt wurde, dadurch, dass der Betroffene das Recht erlangt, versäumte Rechtshandlungen und Erklärungen nachzuholen.²⁴⁷ Falls der Betroffene hingegen ein Gestaltungsrecht für sich ungünstig ausgeübt hat, führt die Herstellung dazu, dass die erfolgte Ausübung eines Gestaltungsrechts außer Betracht bleibt bzw. eine „*erneute Ausübung des Dispositionsrechts*“²⁴⁸ ermöglicht wird.²⁴⁹ Zusammenfassend lässt sich formulieren, dass die Ausübung eines ursprünglich bestehenden Gestaltungsrechts verlangt werden kann.²⁵⁰ Das Gestaltungsrecht selbst soll infolge der Herstellung „*wieder aufleben*“.²⁵¹ Dieses „*Wiederaufleben*“ bedeutet allerdings nicht, dass der Betroffene frei, aus seiner gegenwärtigen Situation heraus, die für ihn inzwischen günstigste Gestaltung wählen kann und diese Gestaltung dann der Herstellung zu Grunde gelegt wird. Vielmehr kann der Bürger allein die Ausübung des Gestaltungsrechts verlangen, die er auch ohne Pflichtverletzung in

²⁴² BSG, Urt. v. 25.10.1985 – 12 RK 37/85 = SozR 5070 § 10 Nr. 30; *Fichte*, in: Erlenkämper/Fichte [Hg.], SozR, II 7 Rn. 9. Dies entspricht dem Gedanken, dass der Herstellungsanspruch nicht zu einem allgemeinen „*Optimierungsanspruch*“ führen soll (vgl. Kap. 1 B.I.3.).

²⁴³ Welche Situation – insbesondere bei einem Fristablauf ohne entsprechendes Handeln – gegeben ist, ist letztlich eine (schwierige) tatsächliche Beweisfrage des Einzelfalls.

²⁴⁴ So auch: *Kreßel*, NZS 1994, 395, 398.

²⁴⁵ BSG, Urt. v. 30.4.1997 – 12 RK 34/96 = BSGE 80, 215, 222.

²⁴⁶ Vgl. BSG, Urt. v. 25.8.1982 – 12 RK 69/81 = SozR 5755 Art 2 § 1 Nr. 3; BSG, Urt. v. 15.12.1983 – 12 RK 6/83.

²⁴⁷ BSG, Urt. v. 30.11.1983 – 5a RKn 9/82 = BSGE 56, 61, 62; BSG, Urt. v. 7.12.2004 – B 1 KR 6/03 R = BSGE 94, 26, 34 f.; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 395; *Krasney*, ZAP 1996 [Fach 18], 449, 461; *Kreßel*, NZS 1994, 395, 399 f.

²⁴⁸ BSG, Urt. v. 7.12.2004 – B 1 KR 6/03 R = BSGE 94, 26, 35.

²⁴⁹ Etwa: BSG, Urt. v. 21.2.1980 – 5 RKn 27/78.

²⁵⁰ *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 12.

²⁵¹ BSG, Urt. v. 1.12.1982 – 4 RJ 79/81 = BSGE 54, 193, 198.

seiner (früheren) Situation geltend gemacht hätte.²⁵² Denn nur diese entgangenen Gestaltungsmöglichkeiten in der (früheren) Situation können überhaupt kausal auf der Pflichtverletzung beruhen.²⁵³ Wenn der Betroffene nach diesen Vorgaben eine andere Ausübung des Gestaltungsrechts über den Herstellungsanspruch geltend machen kann, dann hat die Verwaltung (auch nachträglich) zu unterstellen, dass ein anderes Sozialversicherungsverhältnis bestanden hätte bzw. besteht.²⁵⁴

In einem Fall, in dem es um die Herstellung des Rechts des Klägers ging, sich möglicherweise von seiner krankenversicherungsrechtlichen Versicherungspflicht befreien zu lassen, verkürzt das BSG diese Überlegungen allerdings dahingehend, dass der Kläger die nachträgliche Befreiung von der gesetzlichen Krankenversicherung im Wege der Herstellung beanspruchen könne.²⁵⁵ Genau betrachtet ist dies nicht richtig. Die Befreiung von der Krankenversicherungspflicht wäre in diesem Fall erst als Folge einer entsprechenden Disposition des Klägers und einer entsprechenden Antragstellung innerhalb der Ausschlussfrist des § 173a II RVO a.F. (die Ausübung des Gestaltungsrechts) eingetreten. Die Nachholung der Befreiung selbst über den Herstellungsanspruch (und nicht nur die vergleichbar zeitgebundene Entscheidungsmöglichkeit über eine mögliche Befreiung) stellt insofern ein „*Mehr*“ gegenüber dem dar, was vor der Beeinträchtigung des Gestaltungsrechts bestand; denn es wird eine entsprechende Ausübung des Gestaltungsrechts bereits (mit-) unterstellt. Hinsichtlich eines Gestaltungsrechts bei dem sich die möglichen Rechtsfolgen zueinander i.S.e. „*Entweder-Oder*“-Schemas alternativ verhalten (wie hier der Befreiung von einer Versicherungspflicht), erscheint diese Unterscheidung haarspalterisch. Denn derjenige, der von den Wirkungen der ersten Alternative betroffen ist (Versicherungspflicht mangels Befreiungsantrag), würde aller Voraussicht nach keine Herstellung verlangen, wenn er sich nicht bei Ausübung des Gestaltungsrechts für die zweite Alternative entschieden hätte (keine Versicherungspflicht wegen Befreiung).²⁵⁶

Das verkürzte Verständnis versagt jedoch, sobald ein Gestaltungsrecht mehr als zwei Gestaltungsalternativen zulässt. In diesen Fällen zeigt sich besonders deutlich, dass über den Herstellungsanspruch zunächst die Restitution des Gestaltungsrechts erfolgen muss

²⁵² Etwa: BSG, Urt. v. 5.4.2000 – B 5 RJ 50/98 R = SozR 3-1200 § 14 Nr. 29; BSG, Urt. v. 24.3.1988 – 5/5B RJ 84/86 = BSGE 63, 112, 116; BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 92; BSG, Urt. v. 25.10.1985 – 12 RK 37/85 = SozR 5070 § 10 Nr. 30.

²⁵³ In der Praxis führt diese Rechtsprechung häufig zu folgender (Beweis-) Problematik: Derjenige, dessen Entscheidung Nachteile gebracht hat, wird im Nachhinein immer behaupten, dass er in der damaligen Situation eine andere Gestaltung gewählt hätte – und nicht die für ihn nun erkennbar nachteilhafte Gestaltung. Dies kann im Einzelfall weitere schwierige Beweisfragen notwendig machen. Aus diesen Gründen auch kritisch zu der großzügigen Rechtsprechung: Hase, SGB 2001, 593, 598 f.

²⁵⁴ Vgl. BSG, Urt. v. 26.4.2005 – B 5 RJ 6/04 R = SozR 4-2600 § 4 Nr. 2.

²⁵⁵ BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 91 f.

²⁵⁶ So würde einem Kläger das Rechtsschutzbedürfnis fehlen, wenn er die isolierte (Wieder-) Herstellung eines sozialrechtlichen Gestaltungsrechtes begehrt, obwohl er mit den bestehenden Gestaltungswirkungen zufrieden ist.

und abhängig von dieser Wahl der Gestaltung die übrigen herzustellenden Rechtsfolgen variieren. Es darf dem Bürger über den Herstellungsanspruch nicht einfach die für ihn günstigste Gestaltung zu Grunde gelegt werden und eine (nachträgliche) Wahl übergangen werden.²⁵⁷ Anderenfalls würde das Kausalitätserfordernis unterlaufen werden. Zudem wäre der Betroffene (weiter) bevorteilt gegenüber der Möglichkeit, dass er sich in der früheren Situation falsch entschieden hätte. Der Herstellungsanspruch darf nicht dazu führen, dass ein gesetzlich zu tragendes Risiko der Fehlentscheidung innerhalb der eigenen verbliebenen Gestaltungsmöglichkeiten dem Bürger abgenommen wird. Deshalb muss der Kläger in allen Situationen zunächst deutlich machen, welche Gestaltung er bei Herstellung des Gestaltungsrechts begehrt, bevor weitere herzustellende Folgen bestimmt werden können.²⁵⁸

(4) *Herstellung durch andere Rechtsfolgen*

Die bisher beschriebenen Fallgruppen umfassen nicht alle Entscheidungen zum Umfang der Herstellungspflicht. Das BSG scheint sich vielmehr die Möglichkeit offenzuhalten, ggf. auch andere Wirkungen zuzulassen.²⁵⁹ Dies allein darf allerdings noch nicht als Bruch mit der Ausgestaltung des Herstellungsanspruchs verstanden werden. Da dieser Anspruch die Verwaltung allgemein zu dem Amtshandeln verpflichten soll, das nötig ist um die sozialrechtliche Naturalrestitution zu verwirklichen, muss sich der Verpflichtungsinhalt nicht zwingend in einer Fiktion, einer Nichtberücksichtigung oder der Wiedereinräumung eines Gestaltungsrechtes erschöpfen (auch wenn diese Wirkungen die häufigsten Fälle der Herstellung darstellen). Dass auch die Möglichkeit besteht, andere Rechtswirkungen hervorzubringen, ist demnach keine Erweiterung zu der bisherigen Ausgestaltung des Herstellungsanspruchs – es bestätigt vielmehr dessen allgemein weitgefasste Rechtsfolge.

Im Unterschied zu den anderen Varianten der rechtlichen Herstellung, werden in diesen Fällen aber nicht dieselben Rechte aufrechterhalten bzw. begrün-

²⁵⁷ Insofern formuliert das BSG an anderer Stelle zutreffend, dass die Betroffenen aufgrund des Herstellungsanspruchs lediglich „nach Bekanntgabe der geänderten Beitragssätze innerhalb der Frist des § 313 Abs. 2 RVO die für die freiwillige Weiterversicherung erforderliche Anzeige nachholen können.“ (BSG, Urt. v. 30.11.1983 – 5a RKn 9/82 = BSGE 56, 61, 62). Die Anzeige der freiwilligen Weiterversicherung wird dem Betroffenen nicht aufgrund des Herstellungsanspruchs abgenommen.

²⁵⁸ Das BSG erhebt zudem nur sehr geringe Anforderungen für die Deutlichkeit, mit der der Betroffene seine Ausübung des Gestaltungsrechts geltend machen muss (BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 92).

²⁵⁹ Vgl. etwa atypische Entscheidungen bei: BSG, Urt. 20.10.1972 – 3 RK 93/71 = BSGE 35, 10, 14; BSG, Urt. v. 30.10.2001 – B 3 KR 27/01 R = BSGE 89, 50, 53 f.; BSG, Urt. v. 19.2.1987 – 12 RK 55/84 = BSGE 61, 175, 178; vgl. auch: BSG, Urt. v. 27.8.2009 – B 13 R 14/09 R = BSGE 104, 108, 115 f.

det, die ohne das Fehlverhalten auch aufgrund der Gesetzesvorschriften bestanden hätten; vielmehr werden erst über den Herstellungsanspruch entsprechende Pflichten/Rechte geschaffen.²⁶⁰ Ob diese Erweiterung des Anspruchsspektrums des Bürgers – insbesondere auch im Hinblick auf § 31 SGB I – überhaupt zulässig ist, soll an anderer Stelle geklärt werden.²⁶¹

bb) Herstellung über die rechtliche Naturalrestitution hinaus?

Während eine rechtliche Restitution allgemein in großem Umfang zugelassen wird, bestehen Bedenken gegenüber einem weitergehenden Ausgleich rein tatsächlicher Einbußen.²⁶² Schließlich soll der Herstellungsanspruch nicht auf eine sog. Kompensationsleistung in Geld oder den Ausgleich wirtschaftlicher Nachteile gerichtet sein.²⁶³ Charakteristisch für den Herstellungsanspruch ist deshalb eine rechtliche Restitution – nicht der Ausgleich tatsächlicher Positionen.²⁶⁴ Dennoch ist es auch zur Korrektur materieller, wirtschaftlicher oder tatsächlicher Einbußen gekommen; insbesondere soll der Herstellungsanspruch zu einer Leistung in Geld führen können (bspw. nachträgliche Rentenauszahlungen,²⁶⁵ Rückerstattung von Sozialversicherungsbeiträgen²⁶⁶ oder auch Aufwendungsersatz bei selbstbeschafften Sachleistungen²⁶⁷).²⁶⁸

²⁶⁰ Goertz bezeichnet diese Wirkungen als „Tatbestandsbegründung im einstufigen Herstellungsmodell“ (Goertz, Herstellungsanspruch, S. 30 ff.).

²⁶¹ Vgl. Kap. 2 B.II.2.b.aa.; 4.

²⁶² Etwa: BSG, Urt. v. 28.5.1980 – 5 RKn 21/79 = BSGE 50, 129, 132; vgl. auch: BSG, Urt. v. 8.4.1987 – 1 RA 55/85 = SozR 1200 § 14 Nr. 25; BSG, Urt. v. 5.12.1989 – 11 RAr 61/88.

²⁶³ BSG, Urt. v. 27.1.2000 – B 12 KR 10/99 R = SozR 3-2400 § 28h Nr. 11; Schmidt De-Caluwe, S. 148; May, RV 2010, 218, 219; a.A. wohl: Reinhardt, in: Krahmer [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 20; Frohn, JURA 1989, 523, 524.

²⁶⁴ Dieser Umstand unterscheidet den Herstellungsanspruch entscheidend vom Folgenbeseitigungsanspruch; vgl. Bonk, in: Sachs [Hg.], Art. 34 GG, Rn. 47; Özfirat-Skubinn, Beamtenernennungen, S. 297; Bogs, in: Zacher [Hg.], FS zum 25jährigen Bestehen des BSG, Bd. I, S. 149, 171, 183; Funk, DAngVers 1981, 26, 34; Maurer, AllgVerwR, § 30, Rn. 20; Pietzner, in: Schuln [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 93, 95; Grzeszick, Rechte und Ansprüche, S. 115.

²⁶⁵ Etwa: BSG, Urt. v. 17.11.1970 – 1 RA 233/68 = BSGE 32, 60, 61, 70; BSG, Urt. 18.12.1975 – 12 RJ 88/75 = BSGE 41, 126, 128; Kreßel, NZS 1994, 395, 395.

²⁶⁶ Etwa: BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 91 ff.; BSG, Urt. v. 19.2.1987 – 12 RK 55/84 = BSGE 61, 175, 178; BSG, Urt. v. 27.8.2009 – B 13 R 14/09 R = BSGE 104, 108, 115 f.

²⁶⁷ BSG, Urt. v. 30.10.2001 – B 3 KR 27/01 R = BSGE 89, 50, 53 f.

²⁶⁸ Krasney, ZAP 1996 [Fach 18], 449, 461 m.w.N.; Schmidt/Schmidt, JURA 2005, 372, 375.

Dennoch erscheint eine generelle Zurückhaltung in der Frage nach einer Herstellungspflicht auch hinsichtlich nichtrechtlicher Einbußen angebracht, wenn man bedenkt, dass der Herstellungsanspruch gerade in Abgrenzung zum Schadensersatz entwickelt wurde, der unbestritten materielle, wirtschaftliche oder tatsächliche Einbußen (aber keine sozialrechtlichen *Rechtseinbußen*) ausgleicht.²⁶⁹ Insofern droht unter einer verschleiernenden Bezeichnung „*Herstellungsanspruch*“ die Schaffung eines weiteren verkappten Schadensersatzanspruchs. Andererseits besteht unwidersprochen ein praktisches Ausgleichsbedürfnis des Bürgers, der überwiegend nicht die rechtliche Restitution seiner sozialen Rechte im Blick hat, sondern die tatsächlichen Einbußen, die aus ihrer sozialrechtlichen Rechtslage erwachsen, korrigieren möchte. Darüber hinaus ist der auch (sozial-) rechtliche Zustand, den der Gesetzgeber schaffen will, erst dann erreicht, wenn auch tatsächlich entsprechend der Normen gehandelt wird (sog. Steuerungsfunktion von Recht).²⁷⁰ Der Verpflichtungsgehalt der Normen muss demnach auch tatsächlich verwirklicht werden, weshalb ein „*rechtmäßiger Zustand*“ auch das Eintreten bestimmter tatsächlicher Auswirkungen umfasst, die rechtlich intendiert sind.²⁷¹

Einer offenen Diskussion über die Reichweite der haftungsausfüllenden Kausalität hinsichtlich nichtrechtlicher Einbußen, wie sie bei anderen Rechtsinstituten geführt wird,²⁷² weichen Rechtsprechung und Literatur dennoch aus. Erfreulich offen werden in einer frühen Entscheidung des 5. Senates noch Zweifel ausgesprochen, ob der Herstellungsanspruch überhaupt zusätzlich zu der möglichen sozialrechtlichen Restitution (hier: Änderung des Sozialversicherungsverhältnisses als Rechtsverhältnis) auch zur Gewährung einer – bloßen – Leistung selbst (hier: eine Beitragsrückzahlung) verpflichten könne. So versage „*auch die Berufung auf einen Herstellungsanspruch wegen Verletzung von Betreuungspflichten. Der Senat hat zwar [...] aus diesem Gesichtspunkt das Recht freiwillig weiterversicherter Rentner auf Fortsetzung der vor Verkündung des Urteils [...] im Hinblick auf die Höhe der Beiträge beendeten freiwilligen Ver-*

²⁶⁹ May, RV 2010, 218, 219; vgl. auch: Kap. 1 B.II.

²⁷⁰ Vgl. allgemein hierzu: *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 78 ff.

²⁷¹ So spricht auch das BSG davon, dass „*das Ausbleiben gesetzlich vorgesehener Vorteile infolge rechtswidrigen Verhaltens des Versicherungsträgers im Rahmen eines bestehenden Sozialrechtsverhältnisses*“ zu korrigieren sei (BSG, Urt. v. 5.12.1989 – 11 RAR 61/88).

²⁷² Vgl. statt vieler für zivilrechtliche Schadensersatzansprüche: *Oetker*, in: MüKo BGB, § 249 BGB, Rn. 94 ff., 100 m.w.N.; für die Unterscheidung unmittelbarer und mittelbarer Folgen beim Folgenbeseitigungsanspruch: BVerwG, Urt. v. 19.7.1984 – 3 C 81/82 = BVerwGE 69, 366, 372; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 368 f.; *Grzeszick*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 31 ff.

sicherung anerkannt. Dort war jedoch nur über die Beseitigung von Auswirkungen der verfassungswidrigen Satzungsregelung für die Zukunft zu befinden. Dabei handelte es sich ferner um ein Begehren, auf das der Herstellungsanspruch seiner Struktur nach gerichtet ist, nämlich die Schaffung eines versicherungsrechtlichen Zustandes, der lediglich deshalb nicht herbeigeführt worden ist, weil der Versicherte Gestaltungsmöglichkeiten nicht kannte, auf die ihn der Versicherungsträger hätte hinweisen müssen. Ob dagegen dieses Rechtsinstitut auch einen Beitragsrückzahlungsanspruch – also eine bloße Leistung – zum Inhalt haben kann, erscheint zweifelhaft.²⁷³ Die Entscheidungspassage ist bewusst sehr allgemein gehalten und lässt sich daher von der angesprochenen Leistung einer Beitragsrückzahlung ausgehend auf jegliche Leistungspflichten unmittelbar aufgrund des Herstellungsanspruchs verallgemeinern.

Diese Frage wurde auch später nicht inhaltlich befriedigend ausdiskutiert. Der 12. Senat ging – wie selbstverständlich – davon aus, dass es zu einer Beitragsrückzahlung kommen könne, wenn es bei einer richtigen Beratung nicht zu einer Beitragszahlung gekommen wäre (bspw. weil der Betroffene sich von einer Versicherungspflicht befreit hätte), ohne dabei ausdrücklich deutlich zu machen, ob auch eine solche Rückzahlungspflicht – und nicht nur die Fiktion der Befreiung – unmittelbar aus dem Herstellungsanspruch folge.²⁷⁴ Ohne auf die Bedenken des 5. Senates einzugehen, gewährte der 11. Senat eine Rückzahlung unmittelbar aus dem Herstellungsanspruch.²⁷⁵ Der 1. Senat ließ diese Frage anschließend wiederum wegen der unterschiedlichen Senatsansichten bewusst offen.²⁷⁶ Der 11. Senat verschob die Diskussion vom 11. Senat schließlich auf die Ebene des „an sich zulässigen“ Amtshandelns.²⁷⁷ Fortan gingen die Senate nicht mehr der Frage nach, ob der Herstellungsanspruch direkt auf (bloße) Leistungen gerichtet sein könne, sondern ob eine bestimmte Leistung im Einzelfall eine „an sich zulässige“ Amtshandlung sei, die über den Herstellungsanspruch zugesprochen werden darf.²⁷⁸ Eine allgemeine Erörterung der generellen Herstellungspflicht hinsichtlich tatsächlicher Positionen ist vom BSG demnach nicht mehr zu

²⁷³ BSG, Urt. v. 28.5.1980 – 5 RKn 21/79 = BSGE 50, 129, 132; Für die Entscheidung kam es letztlich auf diese Frage nicht an, weil der Herstellungsanspruch aus anderen Gründen begrenzt wurde.

²⁷⁴ BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 91 ff.

²⁷⁵ BSG, Urt. v. 23.9.1981 – 11 RA 78/80 = BSGE 52, 145, 148. In diese Richtung auch: BSG, Urt. v. 19.2.1987 – 12 RK 55/84 = BSGE 61, 175, 178.

²⁷⁶ BSG, Urt. v. 24.3.1983 – 1 RJ 92/81 = BSGE 55, 40, 43 f.

²⁷⁷ BSG, Urt. v. 18.8.1983 – 11 RA 60/82 = BSGE 55, 261, 263 f.

²⁷⁸ Etwa: BSG, Urt. v. 15.10.1985 – 11a RA 39/84 = SozR 1200 § 14 Nr. 21; BSG, Urt. v. 30.6.1997 – 8 RKn 3/96 = SozR 3-2400 § 26 Nr. 8; BSG, Urt. v. 27.8.2009 – B 13 R 14/09 R = BSGE 104, 108, 115.

erwarten.²⁷⁹ Aus den Entscheidungen, die eine Korrektur einzelner tatsächlicher Einbußen als „*an sich unzulässiges*“ Amtshandeln ausgeschlossen haben, kann aber (mit einiger Zurückhaltung) der Schluss gezogen werden, dass nach dem Willen des BSG grds. auch tatsächliche Einbußen zu korrigieren sind.

Eine denkbare Möglichkeit, der „*haftungsausfüllenden Kausalität*“ beim sozialrechtlichen Herstellungsanspruch dennoch allgemeine Konturen zu verleihen, wäre die Rückbesinnung auf die „*Theorie der wesentlichen Bedingung*“;²⁸⁰ etwa in der Weise, dass gefragt wird, ob die ggf. auszugleichende – tatsächliche – Einbuße wesentlich auf einem sozialrechtlichen Nachteil beruht.²⁸¹ Denkbar erscheint allerdings auch die zukünftige Entwicklung einer Reichweitendiskussion wie sie bspw. für den Folgenbeseitigungsanspruch unter den Begriffen der unmittelbaren Folgen, die korrekturpflichtig sind, und der mittelbaren Folgen geführt wird, die nicht mehr von der Folgenbeseitigungspflicht erfasst sind.²⁸² Anhand typischer (nichtrechtlicher) Positionen soll im Folgenden jedoch untersucht werden, wo tatsächlich der Bereich der rechtlichen Restitution überschritten wird.

(1) *Herstellungsanspruch auf den Erhalt einer Sozialleistung*

Im Regelfall korrigiert eine Herstellung auch die tatsächlichen Einbußen, die sich daraus ergeben, dass ansonsten infolge der sozialrechtlichen Rechtsbeeinträchtigung eine Sozialleistung nicht (vollumfänglich) gewährt werden würde. In diesen Fällen wird mithilfe des Herstellungsanspruchs (auch) der Erhalt der Sozialleistung als Dienst-, Sach- oder Geldleistung (§ 11 S. 1 SGB I) beansprucht. Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass jedenfalls in der Beeinträchti-

²⁷⁹ Hervorzuheben ist lediglich die Einschätzung des 11. Senats, der (zurückkommend auf die offengelassene Frage des 5. Senats) behauptete, dass der Herstellungsanspruch in Ansehung des Folgenbeseitigungsanspruchs zumindest dann eine bloße tatsächliche Leistung zum Inhalt haben könne, wenn er im Ergebnis zu einer Wiederherstellung des früheren Zustandes führe (BSG, Urt. v. 15.10.1985 – 11a RA 39/84 = SozR 1200 § 14 Nr. 21). Bemerkenswert an dieser Entscheidungspassage ist, dass der Senat sein Ergebnis nur für die Fälle formuliert, in denen die Naturalrestitution zu einem mit dem sog. *status quo ante* deckungsgleichen Zustand führt. Offen bleibt weiterhin, ob dies auch für die Fälle gelten soll, in denen die Naturalrestitution vom *status quo ante* abweicht (insbes. über diesen hinausgeht).

²⁸⁰ So im Ergebnis wohl auch: *Frohn*, JURA 1989, 523, 524.

²⁸¹ Erforderlich wird allerdings immer ein ausreichender haftungsausfüllender Zusammenhang mit einem Rechtsnachteil sein, weil nicht angenommen werden kann, dass das BSG bspw. finanzielle Einbußen, die nicht (auch) auf einen sozialrechtlichen Nachteil zurückgeführt werden können, der Herstellungspflicht unterwerfen möchte.

²⁸² Vgl. hierzu ausführlich: Kap. 1 E.II.2.b.aa. (1) (d).

gung eines sozialrechtlichen Leistungsanspruchs (bspw. auf eine Geldleistung) auch ein rechtlicher Nachteil auf dem Gebiet des Sozialrechts liegt. Ferner zählt die Erfüllung eines öffentlich-rechtlichen Anspruchs (bspw. eines sozialrechtlichen Leistungsanspruchs), zu der es ohne die Pflichtverletzung gekommen wäre, zu den hoheitlichen Tätigkeiten der Verwaltung, weshalb auch der Gewährung einer Sozialleistung (auch einer Geldleistung) Amtshandlungsqualität zugesprochen werden kann.²⁸³ Problematisch ist hingegen die Schlussfolgerung, dass deshalb auch die Beeinträchtigung des Leistungsanspruchs durch die tatsächliche Gewährung der Sozialleistung (bspw. tatsächliche Auszahlung des Geldes) hergestellt werden könne. Denn der Amtshandlungscharakter der Leistungsgewähr (als schlichtes Verwaltungshandeln) folgt im Wesentlichen daraus, dass diese in Erfüllung eines öffentlich-rechtlichen Anspruchs bzw. in Vollzug eines bewilligenden Verwaltungsaktes erfolgt, der so in einer Herstellungslage nicht besteht. Eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung muss vielmehr erst durch den Leistungsanspruch (wieder) geschaffen werden.²⁸⁴ Dies wirft die Frage auf, ob eine derartige Leistungsgewähr dann nicht inhaltlich ein (verkappter) Schadensersatz ist – und keine Amtshandlung.²⁸⁵

²⁸³ Im Ergebnis ebenso für die tatsächliche Gewährung einer Rente: *May*, RV 2010, 218, 219. Kritisch hierzu: *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 13, die von einem anderen Amtshandlungsbegriff ausgeht und auch bei der Gewährung einer Sozialleistung über den Herstellungsanspruch stark auf den Erlass eines Verwaltungsaktes als Amtshandeln abstellt. Dieses Amtshandeln sei oftmals nicht zu erkennen, wenn ein Gericht unmittelbar aufgrund des Herstellungsanspruchs zur Gewährung der Sozialleistung verpflichtet. Dennoch sei es (denknotwendig) vorhanden, weil das Gerichtsurteil bei Pflichtleistungen letztlich den Erlass eines begünstigen Verwaltungsaktes – als Amtshandeln – bei Pflichtleistungen ersetze. Sofern man jedoch (wie in dieser Arbeit) die Amtshandlung jedoch weitgefasst i.S. jeglichen hoheitlichen Verwaltungsverhalten versteht, kann auch der Gewährung einer Sozialleistung selbst eine Amtshandlungsqualität zukommen. Insofern besteht keine Notwendigkeit für eine solche Differenzierung.

²⁸⁴ So auch: BSG, Urt. v. 12.6.1992 – 11 RAr 65/91 = BSGE 71, 17, 23 („*Der Herstellungsanspruch greift gerade immer dann ein, wenn wegen Verletzung der behördlichen Pflicht zu verständnisvoller Förderung primäre Leistungspflichten nicht mehr bestehen.*“).

²⁸⁵ Besonders deutlich wird dies bei einer Sozialleistung in Geld. Während das BSG im Grundsatz davon ausgeht, dass eine Amtshandlung inhaltlich das darstellt, was die Zivilgerichte im Wege des Schadensersatzes in Geld nicht zusprechen könnten (vgl. Kap. 1 B.II.), ist es möglich, dass die Zivilgerichte die Verwaltung verpflichten eine Kompensation in Geld auszuzahlen. Solange es um die Erfüllung eines öffentlich-rechtlichen Leistungsanspruchs geht, ist eindeutig, dass es sich bei der Zahlung in Geld um ein hoheitliches Verhalten der Verwaltung (eine Amtshandlung) handelt. Sobald jedoch dieser Leistungsanspruch nicht (in diesem Umfang) besteht, ist es fraglich, ob die Verpflichtung zur Zahlung einer Geldleistung im Ausgleich dieser rechtlichen Einbuße inhaltlich nicht vielmehr einen Schadensersatz darstellt als ein Amtshandeln. Hier droht die Grenze zur befürchteten „*verkappten Schadensersatzgewährung in Geld*“ (vgl. BSG, Urt. v. 18.8.1983 – 11 RA 60/82 = BSGE 55, 261, 263) überschritten zu werden.

(a) Rückwirkender Erhalt einer Sozialleistung

Bei einem Erhalt von Sozialleistungen im Wege der Herstellung geht es üblicherweise um Leistungen, die in der Vergangenheit nicht (vollständig) gewährt worden sind, und die nun – nachträglich – für diesen Zeitraum erbracht werden sollen (sog. rückwirkender Erhalt von Sozialleistungen²⁸⁶). Ein Interesse des Bürgers am nachträglichen Erhalt besteht insbesondere bei Geldleistungen.²⁸⁷ Während im Wesentlichen unstrittig ist, dass es in der Folge der Herstellung auch zum nachträglichen Erhalt einer Sozialleistung kommen soll,²⁸⁸ wird hingegen selten näher erläutert, wie genau diese Ausgleichspflicht begründet ist. Die hierzu vertretenen Begründungsmöglichkeiten, lassen sich nach dem Bezugspunkt der Herstellungspflicht in drei Wirkungsvarianten unterteilen, die im Folgenden als *mittelbare*, *unmittelbare* und *originäre* Wirkungsweise bezeichnet werden. Gemeinsam ist diesen Varianten, dass eine Korrektur tatsächlicher Positionen nur dadurch erfolgen kann, dass infolge der Herstellung ein Rechtsanspruch geschaffen wird, der zum tatsächlichen Ausgleich verpflichtet.²⁸⁹ Weniger einheitlich fällt hingegen die Antwort auf die Frage aus, wie dieser Rechtsanspruch in seinen rechtlichen Wirkungen auszugestalten ist.

²⁸⁶ Etwa: BSG, Urt. v. 27.3.2007 – B 13 R 58/06 R = BSGE 98, 162, 163.

²⁸⁷ Allerdings nicht ausschließlich. So ist bspw. auch eine Umschulung, die in der Vergangenheit nicht durchgeführt wurde, ggf. nachträglich über den Herstellungsanspruch denkbar (vgl. BSG, Urt. v. 12.12.1984 – 7 RAr 74/83 = SozR 4100 § 56 Nr. 18).

²⁸⁸ Wenn das BSG hingegen davon spricht, dass bspw. „*auch eine rechtswidrige Verzögerung des Verfahrens keinen Herstellungsanspruch auf Erzg auslösen [kann] (BSG SozR 3-7833 § 1 Nr 12), sondern nur einen Schadensersatzanspruch wegen Amtspflichtverletzung*“ (BSG, Urt. v. 22.2.1995 – 14 REg 7/94 = SozR 3-7833 § 1 Nr. 14), darf diese Entscheidungspassage nicht so interpretiert werden, dass ein ausgebliebenes/verzögertes Erziehungsgeld grds. nur als Kompensationsleistung im Wege des Schadensersatzes beanspruchbar wäre. Vielmehr ist davon auszugehen, dass das Gericht in diesem Fall davon ausgeht, dass die Gewährung von Erziehungsgeld als Sozialleistung eine „*an sich unzulässige*“ Amtshandlung darstellen würde oder die Tatbestandsvoraussetzungen des Herstellungsanspruchs nicht vorliegen. Auch die Entscheidung, auf die das Gericht zur Begründung verweist (BSG, Urt. v. 9.2.1994 – 14/14b REg 9/93 = SozR 3-7833 § 1 Nr. 12), hat nicht generell davon gesprochen, dass das Erziehungsgeld grds. nicht im Wege der Herstellung beanspruchbar sei, sondern hat vielmehr die notwendige Zurechnung einer Pflichtverletzung abgelehnt. Die Möglichkeit, die Sozialleistung im Wege der Herstellung zu erhalten, wurde in dieser Entscheidung sogar ausdrücklich angeführt.

²⁸⁹ Anders als beeinträchtigte Rechtspositionen hilft die reine Fiktion, dass bspw. eine Geldauszahlung erfolgt ist oder eine Beitragszahlung unterlassen wurde, dem Betroffenen schließlich nicht weiter. Eine Fiktion kann logischerweise nicht dazu führen, dass der Betroffene die beanspruchte Geldsumme (zurück-) erhält. Erforderlich ist, dass eine Verpflichtung begründet wird, die fragliche Geldsumme aus- bzw. zurückzuzahlen.

Wenn ein Bürger im Juli 1965 die fehlerhafte Behördenauskunft erhält, dass er keinen Antrag auf Rente stellen könne, weil ihm Beitragszeiten fehlen, ohne dabei auf ein Beitragsnachentrichtungsrecht hingewiesen zu werden, wird bei einer Antragstellung und Nachentrichtung der Beiträge im Mai 1973 die Verwaltung im Wege der Herstellung rechtlich verpflichtet, den Bürger so zu behandeln, als habe er den Antrag 1965 gestellt und auch die Beiträge früher nachentrichtet. Das Interesse des Bürgers geht insbesondere dahin, dass er auch die Rentenzahlungen nachträglich noch erhält, die zwischen Juli 1965 und Mai 1973 tatsächlich gewährt worden wären. Das BSG hat die Verwaltung verpflichtet, diese Leistungen auch nachträglich zu gewähren²⁹⁰ – ohne seinerzeit schon auf eine zeitliche Begrenzung (bspw. analog § 44 IV SGB X) einzugehen.

Hierbei ist jedoch Folgendes zu beachten: Wenn der Bürger richtig beraten worden wäre, hätte er 1965 seinen Rentenanspruch gestellt und die Beiträge nachentrichtet, was zum Entstehen eines Rentenanspruchs geführt hätte. Mit diesem Rentenanspruch hätte er dann die Auszahlung der Rentenzahlungen einfordern können. Tatsächlich ist jedoch aufgrund der fehlerhaften Beratung der Rentenanspruch nicht gestellt worden, so dass für ihn kein Rentenanspruch entstanden ist, mit dem er die Rentenauszahlungen einfordern kann.²⁹¹ Erst mithilfe des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs wird eine Berechtigung geschaffen, die Auszahlung der Rente für die Zeiträume vor 1973 zu beanspruchen. Hinsichtlich der Konstruktion dieser Berechtigung setzen die unterschiedlichen Varianten dann unterschiedlich an.

(aa) Grundsatz: Herstellung sozialer Leistungsrechte (Mittelbare/Unmittelbare Wirkungsweise)

Ein Rechtszustand, der im Sozialrecht (als Bereich der Leistungsverwaltung) ohne das Fehlverhalten bestanden hätte, beinhaltet regelmäßig auch die Möglichkeit, dass erfüllbare (Sozial-) Leistungsansprüche entstanden wären, die die Verwaltung zur tatsächlichen Erfüllung durch Leistungsgewährung verpflichtet hätten. Der durch den Herstellungsanspruch zu schaffende sozialrechtliche Rechtszustand bliebe demnach ohne eine Möglichkeit, die tatsächliche Gewährung der Sozialleistung einzufordern, hinter dem Zustand zurück, der bestehen würde, wenn die Verwaltung nicht fehlerhaft gehandelt hätte. Die Begründung eines Rechts, mit dem die tatsächliche Gewährung einer Sozialleistung eingefordert werden kann, die ohne das Fehlverhalten hätte eingefordert werden können, ist damit keine über die Rechtsrestitution hinausgehende Folge – sie ist sozialrechtliche Naturalrestitution. Über den Herstellungsanspruch werden

²⁹⁰ BSG, Urt. v. 17.11.1970 – 1 RA 233/68 = BSGE 32, 60, 70; BSG, Urt. 18.12.1975 – 12 RJ 88/75 = BSGE 41, 126, 128.

²⁹¹ Allein aus einem rentenversicherungsrechtlichen Stammrecht des Bürgers auf Rentenleistungen folgen nach der Rechtsprechung des BSG noch keine entsprechenden Einzelansprüche (vgl. BSG, Urt. v. 5.5.2010 – B 11 AL 11/09 R).

demnach nicht die tatsächlichen oder wirtschaftlichen Folgen des sozialrechtlichen Nachteils ausgeglichen, sondern die sozialrechtlichen Rechtsbeeinträchtigungen, die in dem (teilweisen) Verlust des Rechtsanspruchs auf die Gewährung der Sozialleistung liegen.²⁹² Für die Ausgestaltung des Herstellungsanspruchs folgt daraus, dass dieser Anspruch sich eng an den ansonsten bestehenden Primäransprüchen orientieren muss,²⁹³ wenn nur die Leistungen gewährt werden, die ohne das Fehlverhalten gewährt worden wären.²⁹⁴ Da die Gewährung einer Leistung nur dann als „*Amtshandeln*“ angesehen werden kann, wenn sie im Rahmen der hoheitlichen Tätigkeit der Verwaltung erfolgt,²⁹⁵ ist es entscheidend, dass der sozialrechtliche Herstellungsanspruch eine derartige hoheitliche Rechtspflicht begründet, wie sie der Primäranspruch – ohne das Fehlverhalten – begründet hätte.

Mit einer *Leistung mittelbar aufgrund des Herstellungsanspruchs* ist ein Verständnis gemeint, nach dem der Herstellungsanspruch lediglich den jeweiligen Primärleistungsanspruch selbst herstellt – und dann über diesen (nun hergestellten) Primäranspruch die eigentlich begehrte Sozialleistung beansprucht werden kann. Nach diesem Wirkungsverständnis des Herstellungsanspruchs liegt der korrekturbedürftige Rechtsnachteil in der Beeinträchtigung des jeweiligen Primäranspruchs. Deshalb ist der sozialrechtlichen Restitution Genüge getan, wenn der Primäranspruch (vollumfänglich) hergestellt wurde. Eine Leistungsgewährung ist dann nicht aufgrund des Herstellungsanspruchs beanspruchbar, sondern muss unmittelbar mit dem Primäranspruch geltend gemacht werden, dessen rechtlicher Boden mittelbar über die Herstellung bereitet wird. Materiell-rechtlicher Rechtsgrund der Leistungsgewährung ist der Primäranspruch modifiziert durch den Herstellungsanspruch. Ziel der Herstellung ist es die Ausübungsmöglichkeit des Primäranspruchs über den Herstellungsanspruch zu erhalten. Da die Gewährung der Leistung unmittelbar im Hinblick auf den (hergestellten) öffentlich-rechtlichen Primäranspruch auf diese Leistung erfolgt, kann die Eigenschaft als Amtshandeln und die Abgrenzung zum Schadensersatz unproblematisch festgestellt werden.

²⁹² Es kommt deshalb gar nicht dazu, dass die Beeinträchtigung des Leistungsanspruchs durch die tatsächliche Gewährung der Sozialleistung (bspw. tatsächliche Auszahlung des Geldes) hergestellt wird – die Beeinträchtigung des Leistungsanspruchs wird durch die Begründung/Erhaltung der rechtlichen Wirkungen hergestellt (vgl. BSG, Urt. v. 12.6.1992 – 11 RAr 65/91 = BSGE 71, 17, 22 f.).

²⁹³ *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 164.

²⁹⁴ BSG, Urt. v. 17.11.1970 – 1 RA 233/68 = BSGE 32, 60, 70.

²⁹⁵ Vgl. Kap. 1 B.II.2.

Einzelne Passagen in Literatur und Rechtsprechung legen den Schluss nahe, dass von diesem Verständnis der Herstellung ausgegangen wird.²⁹⁶ Bspw. spricht das BSG davon, dass „es ausgeschlossen ist, das Vorliegen von Arbeitslosigkeit bzw Verfügbarkeit als Voraussetzung des Anspruchs auf Alg nachträglich im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs zu fingieren.“²⁹⁷ Diese Beschreibungen erwecken den Eindruck, dass der Herstellungsanspruch zwar zur Herstellung der Anspruchsvoraussetzungen des Anspruchs auf Arbeitslosengeld führt, aber das ausgebliebene Arbeitslosengeld selbst aufgrund des damit hergestellten Anspruchs auf Arbeitslosengeld ausgezahlt werden würde.²⁹⁸

Übertragen auf den oben angeführten Beispielsfall führt das Verständnis einer *mittelbaren Leistung aufgrund des Herstellungsanspruchs* dazu, dass die Verwaltung, durch deren Fehlverhalten in der Vergangenheit kein sozialrechtlicher Leistungsanspruch auf eine Rentenzahlung entstanden ist, über den Herstellungsanspruch verpflichtet wird zu unterstellen, dass ein solcher Anspruch entstanden ist/bestanden hat. Das Unterstellen des Anspruchs hätte dann zur Folge, dass die Verwaltung diesen Anspruch auch durch die Gewährung der entsprechenden Rentenzahlungen erfüllen muss.

²⁹⁶ Etwa: BSG, Urt. v. 27.1.2005 – B 7a/7 AL 20/04 R = SozR 4-4300 § 77 Nr. 2 („Soweit es um die Förderung der Maßnahme als berufliche Weiterbildung gemäß § 77 SGB III geht, war die fehlende vorherige Anerkennung nach § 77 Abs. 1 Nr 4 SGB III im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs ersetzbar, wenn die Voraussetzungen im übrigen vorlagen [...].“); BSG, Urt. v. 17.3.1981 – 7 RAr 20/80 („Aus dem Gesichtspunkt des sozialrechtlichen Herstellungsanspruches kann der Kläger einen Alhi-Anspruch nicht herleiten.“); BSG, Urt. v. 2.8.2000 – B 4 RA 54/99 R = SozR 3-2600 § 99 Nr. 5 („Soweit die früher für die Rentenversicherung der Angestellten zuständigen Senate des BSG (der 1. und der 11a-Senat) eine ‚entsprechende‘ Anwendung des § 44 Abs. 4 SGB X vorgenommen haben, handelte es sich um die Fallgruppe, daß aufgrund eines Herstellungsanspruches Beiträge zulässig nachentrichtet worden waren und deshalb (höhere) Einzelansprüche für zurückliegende Leistungszeiträume – vermeintlich ‚rückwirkend‘ – entstanden waren.“); BSG, Urt. v. 7.5.2009 – B 11 AL 72/08 B; BSG, Urt. v. 27.10.1989 – 11 BAr 95/89 („[...] der Herstellungsanspruch sichert nur die Erfüllung gesetzlicher Ansprüche und kann darüber hinausgehende Rechte nicht begründen (vgl zB BSG SozR 1200 § 14 Nr 21, st Rspr).“); BSG, Urt. v. 26.10.1994 – 11 RAr 5/94 = SozR 3-1200 § 14 Nr. 16 („Auch im Wege eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs kann die Klägerin nicht verlangen, so gestellt zu werden, als seien bei ihr die – tatsächlich nicht erfüllten – Anspruchsvoraussetzungen nach § 249e Abs. 2 Nr 3 AFG gegeben.“); LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 16.12.2009 – L 34 AS 1736/09 („Denn die Rechtsfolge des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs kann nur die Erfüllung des infolge des Verwaltungsfehlers beeinträchtigten originären Hauptanspruchs sein [...]“); Kokemoor, SozR, Rn. 60; May, RV 2010, 218, 219; Fichte, in: Erenkämper/Fichte [Hg.], SozR, II 7, Rn. 18; wohl auch: Hertwig, Verwaltungsrechtsverhältnis der Mitgliedschaft, S. 222 f.; ders., JA 1986, 388, 389; Kreßel, NZS 1994, 395, 400.

²⁹⁷ BSG, Urt. v. 7.5.2009 – B 11 AL 72/08 B.

²⁹⁸ Denn das Vorliegen der Arbeitslosigkeit, das eine Voraussetzung des Primäranspruchs auf Arbeitslosengeld darstellt, müsste nicht tatsächlich über den Herstellungsanspruch fingiert werden, wenn nicht aus diesem Primäranspruch die Leistungsverpflichtung folge. Vgl. hierzu auch: BSG, Urt. v. 19.10.2000 – B 8 KN 8/99 R = SozR 3-2600 § 228a Nr. 1.

Mit einer *Leistung unmittelbar aufgrund des Herstellungsanspruchs* soll hingegen ein Verständnis umschrieben werden, nach dem sich der sozialrechtliche Herstellungsanspruch selbst unmittelbar (auch) auf die Gewährung der begehrten Sozialleistung richtet. Der auszugleichende Rechtsnachteil wird unmittelbar in dem Verlust der Möglichkeit gesehen, die jeweilige Sozialleistung einzufordern, weshalb der sozialrechtlichen Restitution erst Genüge getan ist, wenn die beeinträchtigte rechtliche Verpflichtung (vollumfänglich) hergestellt wurde. Die eigenständige Herstellung eines Primäranspruchs ist dafür nicht notwendig, weil bereits der Herstellungsanspruch selbst einen direkten Anspruch auf die Leistungsgewährung darstellt. Ergebnisleitend dürfte die Erwägung sein, dass bei diesem Verständnis die Unterscheidung wegfällt, welcher Teil der Leistung noch über den ursprünglichen Primäranspruch beansprucht wird, der im Wege der Herstellung modifiziert wird, wenn ein neuer einheitlicher Anspruch auf die Leistung geschaffen wird.²⁹⁹

Eine sozialrechtliche *Rechts*-Restitution wird dadurch nicht überflüssig, weil der Umfang des Herstellungsanspruchs sich eng am Umfang des Primäranspruchs orientieren soll.³⁰⁰ Nur derjenige, der ursprünglich einen entsprechenden Primäranspruch auf die Gewährung einer Sozialleistung gehabt hätte, soll diese Sozialleistung in diesem Umfang nachträglich unmittelbar über einen Herstellungsanspruch beanspruchen können. Derjenige, bei dem auch im Wege der sozialrechtlichen Herstellung kein entsprechender Primäranspruch festgestellt/fingiert werden kann, soll hingegen auch nicht im Wege des Herstellungsanspruchs den tatsächlichen Erhalt einer Sozialleistung beanspruchen können.³⁰¹ Auch die isolierte Geltendmachung eines Leistungsanspruchs ist im

²⁹⁹ Bieback, DVBl. 1983, 159, 164 („Es lassen sich aber kaum hinreichend präzise Kriterien dafür angeben, um zu beurteilen, bei welchen Modifikationen noch der ursprüngliche, bei welchen dagegen ein neuer Anspruch vorliegt. Es ist deshalb richtiger, davon auszugehen, daß die Verletzung von Betreuungspflichten einen neuen, selbstständigen Anspruch auf Erfüllung des gesetzlich gebotenen Leistungsziels auslösen, der sich soweit wie möglich an dem ursprünglichen Leistungsanspruch zu orientieren hat, jedoch teilweise von ihm abweichen muß, damit der gesetzlich gebotene Zustand des Verhältnisses Bürger – Verwaltung wiederhergestellt werden kann.“). Später hat Bieback formuliert, dass der Herstellungsanspruch bestimmte Leistungsvoraussetzungen ersetze, die aufgrund des Fehlverhaltens nicht erfüllt worden seien, aber „alle anderen Voraussetzungen des Leistungsrechts eingehalten werden müssen.“ (Bieback, SGB 1990, 517, 524). Dieses Verständnis deutet eher eine mittelbare Wirkung des Herstellungsanspruchs an.

³⁰⁰ Vgl. BSG, Urt. v. 25.3.1976 – 12/7 RAr 135/74 = BSGE 48, 211, 213; BSG, Urt. v. 26.10.1976 – 12/7 RAr 78/74 = SozR 4100 § 44 Nr. 9; Bieback, DVBl. 1983, 159, 160, 164; Brugger, AöR 112 [1987], 389, 396 f.

³⁰¹ Dogmatisch streiten lässt sich innerhalb dieser Ansicht dabei über die Frage, ob das Erfordernis des Bestehens eines Primäranspruchs ohne das Verwaltungsfehlverhalten

Wege der Herstellung nicht möglich, weshalb sich bspw. derjenige, der eine Versicherungsleistung geltend macht, dafür auch am Bestehen des entsprechenden Versicherungsverhältnisses festhalten lassen muss.³⁰²

Herstellungsziel ist dann nicht, die Ausübungsmöglichkeit des Primäranspruchs zu schaffen, sondern den Erhalt derselben Sozialleistung dadurch sicherzustellen, dass ein eigenständiger Herstellungsanspruch geschaffen wird, der in seinen rechtlichen Wirkungen dem Primäranspruch entspricht. Der entscheidende Unterschied zu einer *Leistung mittelbar aufgrund des Herstellungsanspruchs* besteht demnach darin, dass der sozialrechtliche Herstellungsanspruch beim Modell der *Leistung unmittelbar aufgrund des Herstellungsanspruchs* nicht bereits dann erfüllt ist, wenn der (ursprüngliche) Primäranspruch hergestellt wurde, sondern erst, wenn die Sozialleistung tatsächlich gewährt worden ist. Materiell-rechtlicher Rechtsgrund der Leistung ist allein der sozialrechtliche Herstellungsanspruch.

Falls der ursprüngliche Anspruch auf dieselbe Leistung unverändert fortbestehen sollte, stellt sich hier ggf. als Folgeproblem die Frage der Subsidiarität des Herstellungsanspruchs gegenüber dem Leistungsanspruch.³⁰³

Auch dieses Verständnis wird dem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch in Rechtsprechung und Literatur zu Grunde gelegt.³⁰⁴ So meint das BSG etwa: „*Da die mit dem zu un-*

den Anspruchsumfang des Herstellungsanspruchs – von außen – begrenzt, weil der Betroffene durch die Herstellung nicht besserstellen soll (vgl. zum Verbot der Besserstellung: Kap. 1 B.II.2.b.aa.), oder ob der Anspruchsumfang des Herstellungsanspruchs bereits – von innen – begrenzt ist, wenn im Wege der sozialrechtlichen Rechtsrestitution kein Primäranspruch ermittelt werden kann, dessen rechtliche Wirkungen hergestellt werden können. An dem Ergebnis, dass auch ein eigenständiger Herstellungsanspruch auf eine Sozialleistung ausscheiden soll, wenn auch ohne das Fehlverhalten kein Primäranspruch ermittelt werden kann, ändert diese Frage allerdings nichts.

³⁰² Andernfalls verhielte sich der Bürger, der lediglich den Erhalt einer Leistung geltend macht, die für ihn auch ohne das Fehlverhalten nur beanspruchbar gewesen wäre, wenn eine bestimmte Gestaltung des Sozialrechtsverhältnisses vorgelegen hätte, treuwidrig (i.S.d. § 242 BGB), falls er sich nicht auch an einer derartigen Gestaltung des Sozialrechtsverhältnisses festhalten ließe. Insofern kann in der Geltendmachung eines Herstellungsanspruchs auf eine derartige Leistung (wegen des Verbots der Besserstellung i.V.m. § 242 BGB) auch die Geltendmachung der Umgestaltung/Begründung eines Sozialrechtsverhältnisses gesehen werden.

³⁰³ Vgl. hierzu: Kap. 1 B.III.1.b.aa.

³⁰⁴ Etwa: BSG, Urt. v. 2.5.2001 – B 2 U 19/00 R („*Auch aufgrund eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs kann der Kläger die Zahlung seiner Verletztenrente schon ab 1. Januar 1985 nicht verlangen. Nach dem vom LSG festgestellten Sachverhalt steht dem Kläger ein derartiger Anspruch gegen die Beklagte nicht zu.*“); BSG, Urt. v. 22.2.1995 – 14 REg 7/94 = SozR 3-7833 § 1 Nr. 14 („*Indes kann auch eine rechtswidrige Verzögerung des Verfahrens keinen Herstellungsanspruch auf Erzg auslösen (BSG SozR 3-7833 § 1 Nr 12), sondern nur einen Schadensersatzanspruch wegen Amtspflichtverletzung.*“);

terstellenden Antrag begrifflich gleichzeitig eintretenden Rechtsfolgen unstreitig zu einem zahlbaren Anspruch auf wiederaufgelebte Witwenversorgungsrente geführt hätten, steht der Klägerin aufgrund des dargelegten Herstellungsanspruchs der entsprechende Zahlbetrag grundsätzlich rückwirkend zu.“³⁰⁵ Nach diesem Verständnis ist der Herstellungsanspruch unmittelbar auf den Erhalt der Sozialleistung selbst gerichtet. Die angesprochene Bedeutung der sozialrechtliche Rechts-Restitution wird in dieser Passage ebenfalls deutlich („Da die mit dem [im Wege der sozialrechtlichen Herstellung] zu unterstellenden Antrag begrifflich gleichzeitig eintretenden Rechtsfolgen unstreitig zu einem zahlbaren Anspruch auf wiederaufgelebte Witwenversorgungsrente geführt hätten, [steht dem Betroffenen nun auch unmittelbar ein Herstellungsanspruch auf den ausgebliebenen Zahlbetrag zu]“³⁰⁶). Auch das Verständnis einer unmittelbaren Leistung aufgrund des Herstellungsanspruchs ist demnach keineswegs unabhängig von einer – ihr gedanklich vorgelagerten – sozialrechtlichen Naturalrestitution.

In dem beschriebenen Beispielsfall wäre die Verwaltung bei einer unmittelbaren Leistung aufgrund des Herstellungsanspruchs dazu verpflichtet, die Auszahlung der Rente vorzunehmen, weil durch das Fehlverhalten in der Vergangenheit kein sozialrechtlicher Leistungsanspruch auf Rentenzahlungen entstanden ist und der Herstellungsanspruch eine vergleichbare (Auszahlungs-) Verpflichtung schafft.

Auch die Befürworter einer unmittelbaren Wirkungsweise des Herstellungsanspruchs können den Vorwurf überzeugend widerlegen, dass sie in unzulässiger Weise über die sozialrechtliche Naturalrestitution hinausgingen und letztlich einen verkappten Schadensersatzanspruch begründeten. So ist der Herstellungsanspruch zwar nicht derselbe Anspruch wie der Leistungsanspruch – aber ein anderer Anspruch, der auf dieselbe Leistung (als Amtshandeln) gerichtet ist.³⁰⁷ Eine aufgrund des Herstellungsanspruchs gewährte (Geld-) Leistung ist daher keine Kompensation für die nichtbeanspruchbare Leistung, sondern dieselbe hoheitliche Leistung, die mit dem Primäranspruch beansprucht worden wäre. Ein Herstellungsanspruch, der auf dieselbe Leistung gerichtet ist und an

BSG, Urt. v. 12.7.1989 – 7 RAr 62/88 („[...] denn das LSG ist, wie seine Entscheidungsgründe erkennen lassen, nicht von zwei dem Kläger zustehenden Ansprüchen ausgegangen, sondern von einem einheitlichen Anspruch, nämlich einem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch auf Zahlung von Alhi, der dem Kläger ab 1. November 1984 durchgehend zuzubilligen sei. Demzufolge reicht es aus, daß die Beklagte sich in ihrer Begründung nur diesem Anspruch zugewandt hat.“) BSG, Urt. v. 17.7.1979 – 12 RAr 15/78 = BSGE 48, 269, 274 („Dieses Versäumnis könnte einen sog. sozialrechtlichen Schadensersatzanspruch (Herstellungsanspruch) des Inhalts zur Folge haben, [...] das begehrte Kaug zu gewähren. [...] Zahlung von Kaug aufgrund des Herstellungsanspruchs [...]“); BSG, Urt. v. 14.2.2001 – B 9 V 9/00 R = BSGE 87, 280, 287; Schmidt/Schmidt, JURA 2005, 372, 375; Eichenhofer, SozR, Rn. 213; Bieback, DVBl. 1983, 159, 164; Waltermann, SozR, Rn. 22.

³⁰⁵ BSG, Urt. v. 14.2.2001 – B 9 V 9/00 R = BSGE 87, 280, 287.

³⁰⁶ BSG, Urt. v. 14.2.2001 – B 9 V 9/00 R = BSGE 87, 280, 287.

³⁰⁷ BSG, Urt. v. 17.7.1979 – 12 RAr 15/78 = BSGE 48, 269, 276 m.w.N.

die Stelle eines Primäranspruches tritt, teilt die Rechtsnatur des sozialrechtlichen Primäranspruchs.³⁰⁸

Dabei sollte allgemein zwischen Pflichtleistungen und Ermessensleistungen unterschieden werden. Bei Pflichtleistungen i.S.d. § 38 SGB I ist der ursprüngliche Leistungsanspruch unmittelbar auf die tatsächliche Gewährung der Sozialleistung (als Leistung) gerichtet.³⁰⁹ Daher kann man sich durchaus auf den Standpunkt stellen, dass die sozialrechtliche Restitution eines Pflichtleistungsanspruchs³¹⁰ unvollständig wäre, falls nicht auch die Rechtswirkungen dieses Leistungsanspruchs hergestellt werden würden. Andernfalls bliebe die Herstellung hinter den Rechtsfolgen zurück, die ohne die Pflichtverletzung der Verwaltung entstanden wären. Bei einer Ermessensleistung ist der Primäranspruch hingegen nur auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung der Verwaltung gerichtet (vgl. § 39 SGB I), ob eine Leistung in diesem Fall tatsächlich gewährt wird.³¹¹ Bei einem Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Gewährung einer Sozialleistung würde deshalb ein Herstellungsanspruch, der unmittelbar auf den Erhalt einer Sozialleistung gerichtet ist, über die sozialrechtliche Restitution der Wirkungen des Leistungsanspruchs hinausgehen. Der Herstellungsanspruch kann daher auch nur auf die Ermessensentscheidung gerichtet sein.

Dass sich das BSG hinsichtlich einer *mittelbaren* oder *unmittelbaren* Wirkungsweise bislang nicht eindeutig(er) positionieren musste, sondern in der überwiegenden Anzahl der Entscheidungen überhaupt nicht näher auf die Wirkungsweise eingeht,³¹² hängt wohl damit zusammen, dass die Unterschiede

³⁰⁸ BSG, Urt. v. 12.2.1980 – 7 RAr 106/78 („*Ebenso wie die Rechtsnatur der Rückforderung einer zu Unrecht bezogenen Leistung der Rechtsnatur der Leistung folgt, gilt, daß auch Ausgleichsansprüche, Herstellungsansprüche, Ersatzansprüche und Schadensersatzansprüche sowie Unterlassungsansprüche wegen Verletzung besonderer Verpflichtungen der Rechtsnatur folgen, in die das Rechtsverhältnis eingebettet ist, dem die besondere Verpflichtung entnommen ist.*“).

³⁰⁹ Seewald, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 38 SGB I, Rn. 8 ff.; Mroczynski, § 38 SGB I, Rn. 1; Waltermann, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 7 Rn. 8 ff.; Hänlein, in: Kreikebohm/Spellbrink/Wannagat [Hg.], § 38 SGB I, Rn. 2; Eichenhofer, SozR, Rn. 173.

³¹⁰ Im Sozialrecht sind Leistungsansprüche überwiegend als Pflichtleistungen ausgestaltet. Dies entsprach bereits vor Einführung des § 38 SGB I der geltenden Rechtslage (vgl. Wagner, in: Schlegel/Voelzke [Hg.], § 38 SGB I, Rn. 6). Darüber hinaus wird § 38 SGB I auch als sozialrechtliche Auslegungsregelung verstanden, nach der in Zweifelsfällen von einer Pflichtleistung auszugehen ist (vgl. Seewald, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 38 SGB I, Rn. 14).

³¹¹ Waltermann, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 7 Rn. 13 ff.

³¹² Vgl. BSG, Urt. v. 10.12.2003 – B 9 VJ 2/02 R („*Entgegen der Ansicht des LSG sprechen – insbesondere auf der Grundlage allgemeinkundiger Tatsachen – erhebliche Gesichtspunkte dafür, dass der von der Klägerin begehrte frühere Leistungsbeginn im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs begründet sein kann.*“). BSG, Urt. v. 22.2.1989 – 10 RAr 7/88 = SozR 4100 § 141b Nr. 45 („*Der Anspruch auf Gewährung von Kaug im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs scheitert daran, daß*

zwischen diesen Verständnissen selten deutlich zu Tage treten. Dies dürfte auch den Grund dafür bilden, dass eine wissenschaftliche Diskussion der unterschiedlichen Interpretationen bislang ebenfalls ausgeblieben ist – vielleicht sogar die Existenz dieser verschiedenen Interpretationsmöglichkeiten der Wirkungsweise weitestgehend unbemerkt geblieben ist.³¹³ Unabhängig davon führen beide Ansichten – auf unterschiedlichen Wegen – zu einer rechtlichen Restitution, die für den Bürger dieselben tatsächlichen Folgen hat (Gewährung derselben Sozialleistung). Für beide Interpretationen gilt die Feststellung, dass der Vorwurf eines verkappten Schadensersatzanspruchs bei der Gewährung einer Sozialleistung per se nicht überzeugend ist.

(bb) Ausnahme: Herstellung tatsächlicher Folgepositionen? (Originäre Wirkungsweise)

Ein gänzlich anderer Bezugspunkt der Herstellung wird bei einer originären Leistung aufgrund des Herstellungsanspruchs verfolgt, bei der die eingetretenen tatsächlichen Einbußen selbst (die ausgebliebenen Geldzahlungen) den Ausgangspunkt der Herstellung bilden. Da dieses Vorgehen scheinbar der Herstellung des Zustandes am Nächsten kommt, der heute ohne die Pflichtverletzung bestünde, wird teilweise auch angenommen, dass die Beseitigung jeglicher kausaler Vermögensnachteile geschuldet sei.³¹⁴ Diese Position teilt das BSG im Grundsatz – zu Recht – nicht. Der Herstellungsanspruch ist auf rechtliche Restitution ausgerichtet und sei insofern der umgewandelte (ursprüngliche) Sozialleistungsanspruch, der keine anderen Leistungen gewähre als die

der Kläger möglicherweise nicht bei der Firma K. tätig geworden wäre, wenn die Beklagte ihn von der wirtschaftlichen Situation dieses Arbeitgebers unterrichtet hätte. Dann aber wäre ihm auch Arbeitsentgelt nicht entgangen, so daß die Gewährung von Kaug auch unter Berücksichtigung der Grundsätze über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch nicht in Betracht kommt.“).

³¹³ So wird derjenige, der eine Leistung mittelbar aufgrund Herstellungsanspruchs zugrunde legt, in der anderen Sichtweise ggf. eine verkürzte Beschreibung der Wirkungsweise des Herstellungsanspruchs verstehen, die in der Sache nichts Abweichendes ausdrücken soll. Derjenige, der das Verständnis einer Leistung unmittelbar aufgrund des Herstellungsanspruchs zugrunde legt, wird hingegen in der Beschreibung einer Leistung mittelbar aufgrund des Herstellungsanspruchs eine Überbetonung des Aspekts der sozialrechtlichen Restitution sehen, welche erforderlich ist, um festzustellen, ob in der Vergangenheit ein entsprechender Leistungsanspruch bestanden hätte.

³¹⁴ So wohl: *Reinhardt*, in: *Krahmer* [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 20; *Frohn*, JURA 1989, 523, 524; *a.A.*: *May*, RV 2010, 218, 219.

gesetzlich vorgesehenen Leistungen.³¹⁵ Da auch bei einer Leistung im Wege der Herstellung dieselbe Sozialleistung gewährt wird, die im Hinblick auf den Primäranspruch gewährt worden wäre, kann es nicht genügen, dass bspw. eine Geldsumme ausgezahlt wird, weil ohne das Fehlverhalten eine vergleichbare Geldsumme gezahlt worden wäre. Wenn die Herstellung ausgehend allein von den tatsächlichen/wirtschaftlichen Einbußen erfolgt, ist dieser Zweck nicht erreicht; ein solcher Herstellungsanspruch bildet vielmehr einen „irgendwie garteten ‚Ersatzanspruch‘“.³¹⁶ Für das Sozialrecht wird dieses Verständnis durch den einfach-rechtlichen Gesetzesvorbehalt des § 31 SGB I (und das daraus folgende Verbot der Schaffung neuer Ansprüche) weiter abgesichert.³¹⁷

Wenn daher teilweise die Rechtsprechung des BSG in der Weise dargestellt wird, dass die Verwaltung den Betroffenen (auch) „*vermögensmäßig so zu stellen [habe], wie dieser wahrscheinlich stünde*“³¹⁸, muss dieses Verständnis scharf zurückgewiesen werden. Denn diese Interpretation geht davon aus, dass es die Ausnahme darstelle, wenn eine finanzielle Einbuße nicht im Wege der Herstellung auszugleichen wäre (bspw. in der einzelnen Amtshandlung eine „*an sich unzulässige*“ Amtshandlung läge). Vor dem Hintergrund, dass der Herstellungsanspruch in Abgrenzung zum Amtshaftungsanspruch ausgestaltet wurde, trifft das genaue Gegenteil zu.³¹⁹ Gerade für finanzielle Einbußen kann grds. nicht

³¹⁵ BSG, Urt. v. 17.7.1979 – 12 RAr 15/78 = BSGE 48, 269, 276 m.w.N. („*Es handelt sich nämlich bei der Leistung aufgrund des Herstellungsanspruchs nicht um eine neben oder anstelle der begehrten sozialrechtlichen Leistung zu gewährende Ersatzleistung. Vielmehr richtet sich der Herstellungsanspruch ebenfalls auf die zunächst aufgrund des Gesetzes begehrte sozialrechtliche Leistung, nur nunmehr aufgrund einer anderen rechtlichen Begründung.*“); BSG, Urt. v. 26.6.2007 – B 4 R 19/07 R = SozR 4-1300 § 44 Nr. 12 („*Insbesondere folgt aus dem Herstellungsrecht kein Anspruch auf Sozialleistungen. Im materiellen Sozialrecht ist er grundsätzlich nur auf die Fiktion des rechtzeitigen Vorliegens von Anspruchsvoraussetzungen gerichtet, die im Wesentlichen nur wegen der Pflichtverletzung des Trägers nicht rechtzeitig erfüllt waren. Wollte man, wie manche sagen, die Ausschlussfrist auf den Herstellungsanspruch selbst anwenden, ginge dies schon deshalb nicht, weil er keine Zahlungsansprüche gibt, sondern nur die nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalles erforderliche Herstellung von Voraussetzungen des Zahlungsanspruchs. Diese hängen nicht von den abstrakten Voraussetzungen des richterrechtlichen Instituts ab, sondern von der konkreten Pflichtverletzung und der jeweiligen Beeinträchtigung eines bestimmten sozialen Rechts.*“); Brugger, AöR 112 [1987], 389, 396 m.w.N.

³¹⁶ Wallerath, DÖV 1994, 757, 762.

³¹⁷ Vgl. BSG, Urt. v. 9.9.1992 – 14b/4 REg 10/91; BSG, Urt. v. 6.3.2003 – B 4 RA 38/02 R = BSGE 91, 1, 3; Schmidt-De Caluwe, S. 306 ff.; Seewald, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 31 SGB I, Rn. 10; ausführlich hierzu: Kap. 2 B.II.2.b.aa.

³¹⁸ Frohn, JURA 1989, 523, 524.

³¹⁹ Vgl. hierzu: May, RV 2010, 218, 219; Kreßel, NZS 1994, 395, 396 („*Der Herstellungsanspruch für den Fall der Verletzung einer Betreuungsverpflichtung bzw. einer Verletzung des Betreuungsrechts des Betroffenen führt dazu, daß im Wege der Restitution die primäre Leistungsverpflichtung, nämlich der Sozialleistungsanspruch, wiederhergestellt wird [...]. Darin liegt der entscheidende Unterschied zum Amtshaftungsanspruch. Dies*

von einer umfassenden Herstellungspflicht ausgegangen werden, sondern nur bestimmte – „sozialrechtlich geregelte“ – finanzielle Positionen können (wenn überhaupt) im Wege der Herstellung korrigiert werden.

Dennoch existieren auch Entscheidungen des BSG, die nicht mehr als rechtliche Herstellung (in dem bereits dargestellten Sinne) verstanden werden können, weil kein entsprechender Rechtsanspruch auf diese Position bestand, der oder dessen rechtlichen Wirkungen hergestellt werden können. Um diese tatsächlichen Einbußen im Wege der Herstellung zu korrigieren, muss eine eigenständige, auf Korrektur dieser tatsächlichen Nachteile gerichtete Verpflichtung – *originär* – über den Herstellungsanspruch neu erschaffen werden.³²⁰ Am Ende der Herstellung steht in diesen Fällen jedoch nicht die Gewährung einer Sozialleistung, die mithilfe des Primäranspruchs hätte geltend gemacht werden können, sondern die Korrektur der mit dem Ausbleiben der Leistung verbundenen tatsächlichen/wirtschaftlichen/materiellen Einbußen. In diesem Sinne hat das BSG die Krankenkasse (auch vor Inkrafttreten der Kostenerstattungspflicht des § 13 III SGB V) bspw. verpflichtet gesehen, dem Bürger die tatsächlichen Aufwendungen einer selbstbeschafften Behandlung zu erstatten, wenn der Sachleistungsanspruch verletzt wurde,³²¹ obwohl der Behandlungsanspruch aus § 27 SGB V unmittelbar nur auf die Vornahme der Krankenbehandlung in natura gerichtet ist. Insofern erhält der Versicherte gerade kein Geld von der Krankenkasse mit dem er sich die Leistung dann selber beschaffen soll – oder streckt das Geld für die Behandlung vor, das er dann von der Krankenkasse zurückgezahlt bekommt (wie es etwa bei einer privaten Krankenversicherung typisch wäre). Daher kann im Wege der Herstellung kein Anspruch rechtlich hergestellt werden, der sich auf die Erstattung dieser Kosten richten würde.³²²

Die originäre Wirkungsweise steht inhaltlich in enger Verbindung mit den Fällen, die hier unter „*Herstellung durch andere Rechtsfolgen*“ zusammengefasst worden sind.³²³ Denn gerade für eine originäre Wirkung des Herstellungsanspruchs muss mit dem Herstellungsanspruch eine eigenständige rechtliche

bedeutet, daß die generelle Grenze für den Herstellungsanspruch darin liegt, nicht neue Rechte schaffen zu dürfen, sondern lediglich bestehende Rechte im Sinne des Gesetzeszweckes zu verwirklichen; [...].“); vgl. auch: BSG, Ur. v. 25.10.1985 – 12 RK 37/85 = SozR 5070 § 10 Nr. 30.

³²⁰ Vgl. auch Goertz, Herstellungsanspruch, S. 30 ff.

³²¹ BSG, Ur. v. 30.10.2001 – B 3 KR 27/01 R = BSGE 89, 50, 53 f.

³²² Das zeigt sich insbesondere auch daran, dass nun eine andere Form der Sozialleistung (nämlich eine Geldleistung) über den Herstellungsanspruch gewährt werden soll, als mit dem ursprünglichen Anspruch hätte verlangt werden können (nämlich eine Sachleistung bzw. Dienstleistung).

³²³ Vgl. Kap. 1 B.II.2.a.aa. (4).

Grundlage für diese Leistung erst geschaffen werden. Allgemein handelt es sich bei der originären Schaffung einer (neuen) Sozialleistung um einen speziellen Unterfall der „Herstellung anderer nichtsozialrechtlicher Einbußen“, da der Sozialleistungsanspruch ausgehend von den tatsächlich erlittenen (wirtschaftlichen) Einbußen gebildet wird. Innerhalb dieser Fallgruppe soll die Beeinträchtigung eines Leistungsanspruchs im Ergebnis durch die tatsächliche Auszahlung einer (entsprechenden) Geldsumme korrigiert werden.

Die Rechtsprechung des BSG, die zu einer originären Wirkungsweise der Herstellung (insbes. auch einer originären Leistungsform) führt, sieht sich im Besonderen dem Vorwurf ausgesetzt, eine verkappte Gewährung von Schadensersatz darzustellen. Wieso die Verpflichtung der Verwaltung, eine andere Sozialleistung (insbes. eine Geldleistung) im Wege der Herstellung zu erbringen, eine sozialrechtliche Naturalrestitution – und keine bloße Kompensation der erlittenen (materiellen) Folgen einer Pflichtverletzung – darstellen soll, bleibt weitestgehend unklar.³²⁴ Die bereits aufgeworfene Frage, ob ein Herstellungsanspruch i.S.e. Leistungsanspruchs überhaupt zusätzlich zu den gesetzlich geregelten Leistungsansprüchen geschaffen werden kann, wird darüber hinausgehend um die Frage ergänzt, ob ein solcher Herstellungsanspruch dann auch andere/neue Leistungen gewähren darf, auf die kein sozialrechtlicher Primäranspruch gerichtet gewesen ist.

Das BSG begründet die Zulässigkeit der *originären Wirkungsweise* in den Fällen, in denen statt einer Sachleistung über den Herstellungsanspruch eine Kostenerstattung gewährt wurde, mit der Erwägung, dass der Herstellungsanspruch zwar grds. zu derselben Leistung führe, auf die ein Anspruch bestanden hätte, der durch das Fehlverhalten der Verwaltung vereitelt worden ist – aber zur Kostenerstattung verpflichtet, wo eine nachträgliche Leistungsgewähr nicht mehr möglich sei.³²⁵ Obwohl das Gericht hierauf inhaltlich nicht Bezug nimmt, erinnert diese Argumentation an den sog. *Folgenentschädigungsanspruch*, der nach einer Ansicht an die Stelle eines Folgenbeseitigungsanspruchs treten soll, wenn die Beseitigung von Folgen des Eingriffs unmöglich oder unsinnig geworden ist. Das BSG versäumt es, deutlich zu machen, dass es sich nicht mehr um einen Herstellungsanspruch handelt, der auf dieselbe Leistung gerichtet wäre wie der eigentliche Primäranspruch, sondern um einen „*Herstellungsentschädigungsanspruch*“. Tatsächlich können gegen diesen Anspruch auch dieselben Kritikpunkte erhoben werden.³²⁶

³²⁴ Kritisch auch: *Krause/Sattler*, in: Gitter/Wannagat [Hg.], JbSR 2002, S. 39, 42 ff.; *Gagel*, SGb 2000, 517, 518.

³²⁵ Vgl. BSG, Urt. v. 31.10.2001 – B 3 KR 27/01 R = BSGE 89, 50, 53 f.; BSG, Urt. v. 27.4.1989 – 9 RV 9/88 = BSGE 65, 56, 58 ff. m.w.N.; BSG, Urt. v. 28.11.1979 – 3 RK 64/77 = SozR 2200 § 182 Nr. 57; *Krause/Sattler*, in: Gitter/Wannagat [Hg.], JbSR 2002, S. 39, 43.

³²⁶ Vgl. insgesamt zum Folgenentschädigungsanspruch: Kap. 1 E.II.2.b.cc.

(b) Zukünftiger Erhalt einer Sozialleistung

Wenn allein der zukünftige Erhalt einer Sozialleistung sichergestellt werden soll, bedarf es regelmäßig keines Herstellungsanspruchs, weil die eigentlichen Primäransprüche selbst entstehen, sobald die notwendigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt werden. So setzt bspw. eine Rentenzahlung nach § 99 SGB VI mit der tatsächlichen Antragstellung, die unabhängig von einer Pflichtverletzung möglich bleibt, für die Gegenwart und Zukunft ein. Ausnahmsweise sind aber auch bei einem zukünftigen Erhalt einer Sozialleistung Fälle denkbar, in denen ein zukünftiger Leistungsanspruch nur infolge einer Herstellung entsteht. Dies betrifft insbesondere Sachverhalte, in denen bestimmte Anspruchsvoraussetzungen inzwischen nicht mehr – rechtzeitig/vollumfänglich – erfüllt werden können, weil bspw. bestimmte Ausschlussfristen endgültig verstrichen sind. So kann etwa ein nur fristgebundenes Beitrittsrecht zu einem Sozialversicherungssystem wegen der Pflichtverletzung ungenutzt bleiben, weshalb in der Folge – ohne Herstellung – kein Versicherungsverhältnis besteht und infolgedessen auch kein gegenwärtiger Anspruch auf eine Versicherungsleistung entsteht. Bzgl. der Wirkungsweise der Herstellung kann im Wesentlichen auf die Ausführungen zum rückwirkenden Erhalt einer Sozialleistung zurückgegriffen werden.³²⁷

In der Rechtsprechung des BSG finden sich auch tatsächlich Entscheidungspassagen, die in diesem Zusammenhang von einer *mittelbaren*³²⁸ oder einer *unmittelbaren*³²⁹ Leistung

³²⁷ Vgl. Kap. 1 B.II.2.a.bb. (1) (a).

³²⁸ Etwa: BSG, Urt. v. 21.6.2001 – B 7 AL 6/00 R („Die Klägerin kann auch nicht im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs so gestellt werden, als habe sie die Anwartschaftszeit für einen Anspruch auf Alg erfüllt.“); BSG, Urt. v. 5.7.2005 – B 1 KR 7/04 R = SGb 2006, 476 („Dem Kläger steht höheres Krankengeld auch nicht unter dem Gesichtspunkt des in richterrechtlicher Rechtsfortbildung entwickelten sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs zu. Dieser Anspruch setzt im Wesentlichen voraus, dass ein Sozialleistungsträger eine Informations- oder Betreuungspflicht gegenüber dem Sozialleistungsberechtigten verletzt hat und dem Betroffenen dadurch ein Nachteil entstanden ist, welchen der Träger durch Vornahme einer rechtmäßigen Amtshandlung kompensieren kann und dann zu kompensieren hat“); BSG, Urt. v. 30.10.1985 – 5b RJ 86/84 = SozR 2200 § 1241a Nr. 9 („Wird eine während der medizinischen Rehabilitation beantragte Maßnahme der beruflichen Rehabilitation infolge einer vom Rehabilitationsträger zu vertretenden verzögerlichen Behandlung des Antrags so spät begonnen, daß der letzte Tag des Bemessungszeitraumes bei Beginn der Maßnahme iS des § 1241a Abs. 2 RVO länger als drei Jahre zurückliegt, so hat der Antragsteller einen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch auf Berechnung des Übergangsgeldes nach § 1241a Abs. 1 RVO.“).

³²⁹ Etwa: BSG, Urt. v. 22.2.1989 – 8 RKn 8/88 = SozR 2200 § 216 Nr. 11 („Ferner hat das LSG zu Recht entschieden, daß dem Kläger auch ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch auf das begehrte Krankengeld nicht zusteht.“).

aufgrund des *Herstellungsanspruchs* auszugehen scheinen. Abweichend tritt allenfalls die Frage auf, ob/wann sich bei einer *Leistung mittelbar aufgrund des Herstellungsanspruchs* der eigentliche Leistungsanspruch zu einem Zeitpunkt von der Herstellung emanzipiert oder ob die Sozialleistung (für immer) nur i.V.m. dem Herstellungsanspruch (als hergestellter Leistungsanspruch) verlangt werden soll. Selbst wenn vor diesem Hintergrund auch eine *originäre Leistung aufgrund des Herstellungsanspruchs* für die Zukunft denkbar wäre, hat das BSG bislang keine Entscheidungen getroffen, die nur über diese Erklärung zu begründen wären.

(2) *Herstellungsanspruch auf Erstattung von Sozialversicherungsbeiträgen*

Während die Begründung/das Fortbestehen einer Beitragspflicht zu den korrekturbedürftigen sozialrechtlichen Nachteilen zählt, ist fraglich, ob ein Herstellungsanspruch unmittelbar auf die tatsächliche Rückzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen gerichtet sein kann, weil die finanziellen Einbußen selbst, die durch die Zahlungen entstanden sind, keinen Rechtsnachteil darstellen. Insofern wird mit einer Beitragserstattung (zumindest auch) ein Vermögensnachteil korrigiert.³³⁰ Darüber hinaus unterscheidet sich diese Konstellation von den Fällen, in denen eine (andere/höhere) Sozialleistung verlangt wird. Während der Betroffene, der den Erhalt einer Sozialleistung begehrt, i.d.R. eine Position geltend macht, die ihm bislang nicht zugestanden hat und die er nun über den Herstellungsanspruch erstmalig beanspruchen möchte (ein ausgebliebener Vorteil), geht es demjenigen, der eine Rückzahlung seiner Beiträge über den Herstellungsanspruch geltend macht, i.d.R. darum, dass er eine Position zurückerhält, die ihm schon einmal zugestanden hat (ein eingetretener Nachteil). Eine Herstellung weist hier eine inhaltliche Nähe zum Folgenbeseitigungsanspruch auf.³³¹

(a) Rückzahlung von rechtswidrig entrichteten Sozialversicherungsbeiträgen

Wenn die Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen zu Unrecht erfolgt ist, bestehen Erstattungsansprüche zugunsten desjenigen, der die Zahlungen vorgenommen hat; bspw. der allgemeine Erstattungsanspruch gem. § 26 II SGB IV oder spezielle Ausprägungen (§§ 231 SGB V, 202 SGB VI). Auch über einen Herstellungsanspruch soll die tatsächliche Rückzahlung der Beiträge bean-

³³⁰ Vgl. *Frohn*, JURA 1989, 523, 524.

³³¹ Dies einräumend: BSG, Urt. v. 15.10.1985 – 11a RA 39/84 = SozR 1200 § 14 Nr. 21.

spruchbar sein,³³² wobei der Anspruch nur dann eine eigenständige Bedeutung erlangt, wenn ein Erstattungsanspruch bzgl. rechtswidrig entrichteter Beiträge wegen einer Pflichtverletzung nicht mehr (in vollem Umfang) geltend gemacht werden kann. Da letztlich auch ein Anspruch auf eine Erstattung von Beiträgen ein entsprechender (besonderer) Leistungsanspruch ist,³³³ lassen sich die allgemeinen Aussagen zum Erhalt einer Sozialleistung auch auf diesen Fall entsprechend übertragen.

Bei einer *Rückzahlung mittelbar aufgrund des Herstellungsanspruchs* würden die rechtlichen Hindernisse aus dem Weg geräumt/überspielt werden, die einem sonst bestehenden Erstattungsanspruch entgegenstehen.³³⁴ Auch eine Übernahme unmittelbar der rechtlichen Wirkungen eines entsprechenden Erstattungsanspruchs (bspw. § 26 II SGB IV) durch den Herstellungsanspruch i.S.e. *Rückzahlung unmittelbar aufgrund des Herstellungsanspruchs* ist dann möglich.³³⁵

Falls hingegen mithilfe des Herstellungsanspruchs eine (weitergehende) Rückzahlung rechtswidrig entrichteter Beiträge beansprucht werden soll,³³⁶ die über die gesetzlich ge-

³³² Das BSG unterscheidet teilweise zwischen der Erstattung der Beiträge (Rückzahlung der Beiträge und Löschung der mit diesen Beiträgen begründeten Beitragszeiten) und der Rückzahlung von Beiträgen (Rückzahlung der Beiträge bei Fortbestehen der mit diesen Beiträgen begründeten Beitragszeiten); vgl. BSG, Urt. v. 18.8.1983 – 11 RA 60/82 = BSGE 55, 261, 262. Da es zumindest mit dem Verbot der Besserstellung nicht zu vereinbaren wäre, dass dem Betroffenen die Beitragszeiten erhalten bleiben und zeitgleich die dazu entrichteten Beitragszahlungen zurückgezahlt werden, kommt über den Herstellungsanspruch allenfalls eine Beitragserstattung in Betracht. Diese Unterscheidung nicht länger aufgreifend: BSG, Urt. v. 15.10.1985 – 11a RA 39/84 = SozR 1200 § 14 Nr. 21. Auch bei einer Rückzahlung von Beiträgen handelt es sich jedenfalls um nichtförmliches/schlichtes Verwaltungsverhalten (vgl. BSG, Urt. v. 15.10.1985 – 11a RA 39/84 = SozR 1200 § 14 Nr. 21).

³³³ Auch wenn es sich bei der Beitragserstattung nicht um eine Sozialleistung i.S.d. § 11 SGB I handeln soll (vgl. *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 26 SGB IV, Rn. 4).

³³⁴ Etwa: BSG, Urt. v. 7.11.1995 – 12 RK 19/94 = SozR 3-2400 § 26 Nr. 7 („*Der Grundsatz von Treu und Glauben [§ 242 des Bürgerlichen Gesetzbuchs <BGB>], der auch im öffentlichen Recht gilt, führt entgegen der Ansicht der Revision nicht dazu, daß der Erstattungsanspruch erhalten bleibt. Dieses [Aufrechterhalten des Anspruchs, Anmerkung des Verfassers] bewirkt hier auch der sozialrechtliche Herstellungsanspruch nicht.*“); *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 22.

³³⁵ Insbesondere behandelt auch das BSG die Rückzahlungspflicht aus § 26 II SGB IV als Anspruch auf eine Pflichtleistung i.S.d. § 38 SGB I (vgl. BSG, Urt. v. 26.3.1987 – 11a RLw 3/86 = BSGE 61, 226, 229; *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 38 SGB I, Rn. 5).

³³⁶ Bspw. sind über § 26 II SGB IV entsprechende Beiträge nicht zu erstatten, wenn der Versicherungsträger bis zur Geltendmachung des Erstattungsanspruchs auf Grund dieser Beiträge oder für den Zeitraum, für den die Beiträge zu Unrecht entrichtet worden sind, Leistungen erbracht hat.

regelten Erstattungsansprüche nicht beansprucht werden könnte,³³⁷ kommt allein eine *originäre Rückzahlung aufgrund des Herstellungsanspruchs* in Betracht. Allgemein bestehen neben einer möglichen Subsidiarität gegenüber den gesetzlich geregelten Erstattungsansprüchen dieselben Schwierigkeiten bzgl. der Abgrenzung zum Schadensersatz, die jeder originären Wirkungsweise eigen sind. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob/wie sich ein solcher Herstellungsanspruch – der allein an den Verlust durch die tatsächliche (rechtswidrige) Beitragszahlung anknüpft – überhaupt von einem Folgenbeseitigungsanspruch oder dem öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch auf Rückzahlung der Beiträge unterscheiden soll.³³⁸

(b) Rückzahlung von rechtmäßig entrichteten Sozialversicherungsbeiträgen

(aa) Rückzahlungspflicht im Zusammenhang mit gesetzlich geregelten Erstattungsansprüchen

Vereinzelte bestehen gesetzliche Erstattungsansprüche (bspw. § 210 SGB V, § 117 ALG) bzgl. rechtmäßig entrichteter Beiträge.³³⁹ Ähnlich wie bei der Erstattung von zu Unrecht entrichteter Beiträge ist auch in diesen Konstellationen der sozialrechtliche Herstellungsanspruch möglich, wenn ein solcher Anspruch aufgrund der Pflichtverletzung nicht mehr (in vollem Umfang) verwirklicht werden kann.³⁴⁰

³³⁷ Ablehnend: BSG, Urt. v. 28.1.1982 – 5a RKn 1/81 = SozR 2600 § 121 Nr. 4; BSG, Urt. v. 29.1.1998 – B 12 KR 11/97 R = SozR 3-2400 § 26 Nr. 10; *Baier*, in: Krauskopf, 83. EGL., § 27 SGB IV, Rn. 13 m.w.N.; offengelassen: BSG, Urt. v. 16.12.1980 – 11 RA 128/79; BSG, Urt. v. 18.8.1983 – 11 RA 60/82 = BSGE 55, 261, 262, 264.

³³⁸ Kritisch eingrenzend daher auch: *Ladage*, S. 93 ff., 108 f., 121.

³³⁹ *Grintsch*, in: Kreikebohm [Hg.], § 210 SGB VI, Rn. 2. *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 26 SGB IV, Rn. 4.

³⁴⁰ Für eine Lösung i.S.e. einer *mittelbaren* Wirkungsweise, etwa: BSG, Urt. v. 25.5.2000 – B 10 LW 16/99 R = SozR 3-5868 § 44 Nr. 1 („*Dieser Anspruch ist aus § 117 Abs. 1 ALG iVm den Grundsätzen über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch begründet*“); BSG, Urt. v. 24.4.2003 – B 10 LW 2/02 R = SozR 4-5868 § 117 Nr. 1 („*Ein Erstattungsanspruch nach [...] § 27a Abs. 1 Satz 1 GAL ergibt sich auch mit Blick auf einen möglichen Herstellungsanspruch wegen eines Beratungsmangels nicht; denn die Klägerin hatte nicht – wie erforderlich – mindestens 180 Kalendermonate Beiträge an die landwirtschaftliche Alterskasse gezahlt (vgl. § 27a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a GAL)*“). Für eine Lösung i.S.e. einer *unmittelbaren* Wirkungsweise hingegen u.a.: BSG, Urt. v. 5.6.1997 – 12 RK 4/97 = BSGE 80, 241, 243 („*Schließlich ist die Klägerin nicht aufgrund eines Herstellungsanspruchs so zu stellen, als habe sie früher das Recht auf Heiratsersatzung [ein Erstattungsanspruch, Anmerkung des Verfassers] genutzt und erfülle nunmehr die Voraussetzungen des Nachzahlungsrechts nach § 282 Abs. 1 Satz 1 SGB VI. Ein auf Beitragsersatzung gerichteter Herstellungsanspruch besteht nicht, weil die Beklagte, wie das LSG zutreffend ausgeführt hat, bei Gesprächen mit der Klägerin in den Jahren 1961 und 1962 keine aus dem Sozialrechtsverhältnis folgende Pflicht ver-*

Obwohl sich das BSG bei der Begründung weitergehender Rückzahlungspflichten, die über die gesetzlich geregelten Fälle hinausgehen würden – und deshalb nur i.S.e. *originären Rückzahlung aufgrund des Herstellungsanspruchs* begründbar wären – bislang zurückhaltend gezeigt hat,³⁴¹ muss der Herstellung vereinzelt auch dieses Verständnis zugrunde gelegt worden sein. Besonders deutlich zeigt dies die Erstattungsfähigkeit von rechtmäßig, aber unwirtschaftlich entrichteten Beiträgen. Innerhalb des Sozialrechts besteht kein genereller Anspruch, der die Verwaltung zur Erstattung von unwirtschaftlichen Beiträgen verpflichten würde, die zu Recht entrichtet worden sind.³⁴² Unabhängig davon, dass kein entsprechender Anspruch besteht, der – bzw. seine dessen rechtlichen Wirkungen – hergestellt werden könnte(n), wird eine vollständige oder teilweise Erstattung von unwirtschaftlichen Beiträgen aufgrund des Herstellungsanspruchs für möglich gehalten.³⁴³ Ausreichend scheint hierfür zu sein, dass es infolge der Pflichtverletzung zu einer wirtschaftlich unsinnigen Vermögensverschiebung gekommen ist. Wie in den anderen Fällen einer originären Leistung auch ist die Zulässigkeit eines solchen Herstellungsanspruchs fraglich.

(bb) Rückzahlungspflicht im Zusammenhang mit einer sozialrechtlichen Korrektur durch den Herstellungsanspruch

Im Zusammenhang des Herstellungsanspruchs mit der Erstattung/Rückzahlung von zu Recht gezahlten Sozialversicherungsbeiträgen ergeben sich Konstellationen, in denen es über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch zu einer Korrektur/Umgestaltung des Sozialrechtsverhältnisses kommt und feststeht, dass es in der Vergangenheit ohne das Fehlverhalten der Verwaltung auch nicht zu den Beitragszahlungen gekommen wäre (bspw. weil ein Gestaltungsrecht

letzt hat.“). Unklar bzgl. des von § 210 V SGB VI (§ 82 V AVG a.F.) unbeeinträchtigten Bestehens eines Erstattungsanspruchs aus § 210 I SGB VI (§ 82 I AVG a.F.): BSG, Urt. v. 23.9.1981 – 11 RA 78/80 = BSGE 52, 145, 148.

³⁴¹ Überwiegend wird dieses Ergebnis damit begründet, dass in der Erstattung von zu Recht entrichteten Beiträgen eine „*an sich unzulässige*“ Amtshandlung läge; etwa: BSG, Urt. v. 30.6.1997 – 8 RKn 3/96 = SozR 3-2400 § 26 Nr. 8; BSG, Urt. v. 15.10.1985 – 11a RA 39/84 = SozR 1200 § 14 Nr. 21.

³⁴² *Mroczynski*, § 14 SGB I, Rn. 37; *Frohn*, JURA 1989, 523, 524 f.; *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 29. § 210 SGB VI, der einen Erstattungsanspruch auch für zu Recht entrichtete Beiträge vorsieht, setzt bspw. keine Unwirtschaftlichkeit der Beitragsentrichtung voraus.

³⁴³ BSG, Urt. v. 19.2.1987 – 12 RK 55/84 = BSGE 61, 175, 178; diese Rechtsprechung wird nach wie vor aufrechterhalten (vgl. BSG, Urt. v. 27.8.2009 – B 13 R 14/09 R = BSGE 104, 108, 116); *Frohn*, JURA 1989, 523, 526 ff.

anders ausgeübt worden wäre und dann keine entsprechende Beitragspflicht bestanden hätte). Die Ansichten zu einem derartigen Herstellungsanspruch, den das BSG zunächst zwar voraussetzte,³⁴⁴ in der Folge aber zunehmend kritisch beurteilte,³⁴⁵ können nach *mittelbaren*, *unmittelbaren* und *originären* Interpretationen unterschieden werden.

Für eine *Rückzahlung mittelbar aufgrund des Herstellungsanspruchs* wäre es bspw. denkbar, dass die Verwaltung durch den Herstellungsanspruch verpflichtet wird, zu unterstellen, dass das Sozialversicherungsverhältnis anders bestanden hätte, die Beiträge zu Unrecht entrichtet worden wären und nun ein Erstattungsanspruch bspw. aus § 26 II SGB IV besteht, mit dem der Betroffene die Rückzahlung dieser Beiträge verlangen kann.³⁴⁶ Dass diese Lösung dennoch kaum vertreten wird,³⁴⁷ könnte dem Umstand geschuldet sein, dass sich der 1. Senat ungewöhnlich deutlich gegen eine derartige mittelbare Wirkung des Herstellungsanspruchs ausgesprochen hat.³⁴⁸ Nach Ansicht des 1. Senats führt der Herstellungsanspruch nicht zu einer Anwendbarkeit des Erstattungsanspruchs aus § 26 II SGB IV; offengelassen wurde hingegen die Frage, ob der Herstel-

³⁴⁴ BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 91; BSG, Urt. v. 16.12.1980 – 11 RA 128/79; BSG, Urt. v. 26.6.1980 – 5 RJ 126/78; wohl auch: BSG, Urt. v. 12.11.1980 – 1 RA 45/79 = SozR 1200 § 14 Nr. 9.

³⁴⁵ BSG, Urt. v. 24.3.1983 – 1 RJ 92/81 = BSGE 55, 40, 43 f.; BSG, Urt. v. 25.10.1985 – 12 RK 42/85 = BSGE 59, 60, 66; BSG, Urt. v. 18.8.1983 – 11 RA 60/82 = BSGE 55, 261, 264; BSG, Urt. v. 15.10.1985 – 11a RA 39/84 = SozR 1200 § 14 Nr. 21.

³⁴⁶ Dass auch mit dem Herstellungsanspruch erst die Voraussetzungen für die Einordnung der Beitragszahlungen als rechtswidrig geschaffen werden bzw. die Hindernisse, die einer Anwendung des § 26 II SGB IV im Weg stehen durch die Herstellung unbeachtlich werden, liegt insbesondere deshalb nahe, da § 26 II SGB IV auch auf Beitragszahlungen angewandt wird, die bis zur Aufhebung durch einen entsprechenden Verwaltungsakt gerechtfertigt waren (vgl. *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 26 SGB IV, Rn. 1; *Baier*, in: Krauskopf, 83. EGL., § 27 SGB IV, Rn. 10 ff.).

³⁴⁷ Offengelassen: BSG, Urt. v. 8.4.1987 – 1 RA 55/85 = SozR 1200 § 14 Nr. 25.

³⁴⁸ BSG, Urt. v. 24.3.1983 – 1 RJ 92/81 = BSGE 55, 40, 43 f. („*Denn selbst wenn der Kläger im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs eine Erstattung der [...] entrichteten freiwilligen Beiträge hat verlangen können, so ist damit doch nicht die Entrichtung dieser Beiträge nachträglich im Sinne des § 26 Abs. 1 SGB 4 [§ 26 II SGB IV n.F., Anmerkung des Verfassers] zu Unrecht erfolgt. Rechtswidrig wäre dann allenfalls das der Beitragsentrichtung vorausgehende und zugrundeliegende Handeln der Beklagten [falsche oder unterlassene Beratung des Klägers]. Hingegen ergreift diese Rechtswidrigkeit nicht auch die Beitragsentrichtung als solche. Sie bleibt ungeachtet des etwaigen Bestehens eines auf die Rückzahlung der Beiträge gerichteten Herstellungsanspruchs rechtmäßig.*“); vgl. auch: BSG, Urt. v. 27.8.2009 – B 13 R 14/09 R = BSGE 104, 108, 115 f. m.w.N.; kritisch zu dieser Entscheidung: BSG, Urt. v. 8.4.1987 – 1 RA 55/85 = SozR 1200 § 14 Nr. 25.

lungsanspruch selbst *unmittelbar* auf die Erstattung der Beiträge gerichtet sein kann.³⁴⁹

Eine *Rückzahlung unmittelbar aufgrund des Herstellungsanspruchs* würde bedeuten, dass die Rückzahlungspflicht hinsichtlich der Beiträge direkt aus dem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch selbst folgt.³⁵⁰ Allerdings erscheint es schwierig, eine derartige unmittelbare Wirkung zu begründen, weil gerade kein allgemeiner Primäranspruch für die Rückerstattung rechtmäßig gezahlter Sozialversicherungsbeiträge besteht, dessen rechtliche Wirkungen hergestellt werden könnten. Letztlich wäre es auch hier nur denkbar, an die Wirkungen eines Erstattungsanspruchs (insbesondere aus § 26 II SGB IV) in der Weise anzuknüpfen, dass die rechtlichen Wirkungen eines Rückerstattungsanspruch hergestellt werden, der bei einer entsprechenden Beitragszahlung ohne das Fehlverhalten der Verwaltung entstanden wäre.³⁵¹

³⁴⁹ BSG, Urt. v. 24.3.1983 – 1 RJ 92/81 = BSGE 55, 40, 43.

³⁵⁰ Dieses Ergebnis scheint in der Vergangenheit vertreten worden zu sein (vgl. BSG, Urt. v. 19.2.1987 – 12 RK 55/84 = BSGE 61, 175, 178 („*Der dargelegte Beratungsmangel kann auch einen Herstellungsanspruch auf Erstattung von Beiträgen oder Beitragsteilen auslösen, wenn der Versicherte wegen unzureichender Beratung Beiträge entrichtet hat, die für ihn unwirtschaftlich waren, und er diese Beiträge bei ausreichender Beratung nicht entrichtet hätte.*“); BSG, Urt. v. 18.8.1983 – 11 RA 60/82 = BSGE 55, 261, 264 („*Ein Herstellungsanspruch könnte im Sinne der Naturalrestitution nur auf eine vollständige Erstattung der Beiträge gerichtet sein*“). Die Endergebnisse sind dabei uneinheitlich; so geht das BSG in einer Entscheidung (BSG, Urt. v. 18.8.1983 – 11 RA 60/82 = BSGE 55, 261) davon aus, dass der Herstellungsanspruch an sich unmittelbar auf die Erstattung von Beiträgen gerichtet sein könne. Allerdings läge in der vollständigen Erstattung dann eine „*an sich unzulässige*“ Amtshandlung, weshalb der Herstellungsanspruch letztlich nicht zur Erstattung der Beiträge verpflichten könne.

³⁵¹ Diesem Verständnis scheint auf dem ersten Blick der Widerspruch innezuwohnen, dass es ohne das Fehlverhalten der Verwaltung nicht zu einem Erstattungsanspruch, sondern zur Nichtzahlung der Beiträge gekommen wäre. Dies ändert aber nichts an dem Umstand, dass auch in diesem Fall „*Beitrags*“-Zahlungen, die der Betroffene gegenüber der Verwaltung vorgenommen hätte, von der Verwaltung zu erstatten gewesen wären, weil sie rechtsgrundlos erfolgt wären. Insofern bestünde ein Erstattungsanspruch, dessen Wirkungen hergestellt werden könnten. Dieses Ergebnis stützt auch die spezielle rentenversicherungsrechtliche Regelung des § 202 SGB VI. Nach § 202 SGB VI gelten Beiträge, die irrtümlich in der Annahme einer Versicherungspflicht (und damit rechtswidrig) gezahlt wurden, als freiwillige Beitragszahlungen, sofern sie nach § 26 I SGB IV beanstandet, aber nicht nach § 26 II SGB IV zurückgefordert werden (vgl. *Fröhlich*, Mitt LVA Oberfranken 1994, 7, 14; *von Koch*, in: BeckOK, § 202 SGB VI, Rn. 2 f.). Die Möglichkeit einer Erstattung nach § 26 II SGB IV wird in dieser Regelung auch für irrtümlich gezahlte Beiträge vorausgesetzt – also einer Situation, in der es ohne Irrtum nicht zur Zahlung der Beiträge gekommen wäre. Dieser Situation vergleichbar ist die Situation, dass der Betroffene im Glauben an die Geltung einer tatsächlich gegebenen Beitragspflicht seine Beiträge entrichtet und diese Beitragspflicht später über den Herstellungsanspruch „rückwirkend“ beseitigt. Auch für diese Fälle kann dann von einer §

Daneben ließe sich auch von einer *Rückzahlung originär aufgrund des Herstellungsanspruchs* ausgehen, die allein an die tatsächlichen bzw. finanziellen Einbußen der Beitragszahlungen anknüpft. Bei einer derartigen Wirkungsweise müsste sich der Herstellungsanspruch nicht an den rechtlichen Wirkungen anderer Erstattungsansprüche orientieren. Allerdings ist dieses Verständnis aus den bereits dargestellten Gründen nicht unproblematisch.³⁵²

(3) *Herstellungsanspruch hinsichtlich anderer nichtsozialrechtlicher Einbußen*

Die bisherigen Ausführungen legen den Schluss nahe, dass das BSG inzwischen grds. davon ausgeht, dass auch tatsächliche Folgen eines sozialrechtlichen Nachteils über den Herstellungsanspruch korrigiert werden können und die Abgrenzung zum Schadensersatz vollumfänglich im Rahmen des Merkmals eines „*an sich zulässigen*“ Amtshandelns erfolgt. Dieses Zwischenergebnis belegen auch andere Entscheidungen, in denen die Folgen, die über den Herstellungsanspruch zu korrigieren wären, (wie selbstverständlich) sehr weit auch auf rein tatsächliche/materielle Einbußen ausgedehnt worden wären, wenn nicht im Einzelfall keine Pflichtverletzung oder „*an sich zulässiges*“ Amtshandeln vorgelegen hätte. So wurde bspw. ein Herstellungsanspruch auf den Erwerb einer Eigentumswohnung ebenso erwogen³⁵³ wie auf den Ersatz eines unnötig höheren Entgelts für selbstbeschaffte Leistungen,³⁵⁴ eine Verschlechterung der Höhe privatrechtlicher Unterhaltsansprüche³⁵⁵ oder die Minderung eines Geldwertes für Monatsbeitragsmarken, wenn aufgrund eines behördlichen

26 II SGB IV vergleichbaren Erstattungsmöglichkeit für die „irrtümlich“ gezahlten Beiträge ausgegangen werden.

³⁵² Allerdings erscheint die Frage nach einer Abgrenzung von Folgenbeseitigungsanspruch/öffentlich-rechtlichem Erstattungsanspruch bei rechtmäßig entrichteten Beiträgen weniger dringend. Diese Problematik besteht jedoch weiterhin, wenn man davon ausgeht, dass der Herstellungsanspruch die Verwaltung infolge der sozialrechtlichen Naturalrestitution (auch) dazu verpflichtet, zu unterstellen, dass die Beitragsentrichtung rechtswidrig gewesen sei. Sofern man mit einer Mindermeinung beim Folgenbeseitigungsanspruch die Rechtswidrigkeit des eingetretenen Zustandes anhand der Rechtswidrigkeit des zugrundeliegenden Verwaltungsverhaltens ermitteln will, erscheint es sogar möglich, dass auch in der rechtmäßigen Beitragszahlungspflicht ein insgesamt rechtswidriger Zustand gesehen wird, weil dieser aus dem Fehlverhalten der Verwaltung (z.B. falsche Beratung) hervorgegangen ist. Dann bleibt eine Abgrenzung zwischen Herstellungsanspruch und Folgenbeseitigungsanspruch zwingend.

³⁵³ BSG, Urt. v. 9.9.1979 – 7 RAr 115/78 = BSGE 49, 30, 33.

³⁵⁴ BSG, Urt. v. 31.10.2001 – B 3 KR 27/01 R = BSGE 89, 50, 53 f.; *Krause/Sattler*, in: *Gitter/Wannagat* [Hg.], *JbSR* 2002, S. 39, 42 ff.

³⁵⁵ Vgl. BSG, Urt. v. 25.10.1966 – 11 RA 166/66 = BSGE 25, 219; vgl. auch: *Bogs*, in: *Zacher* [Hg.], *FS zum 25jährigen Bestehen des BSG*, Bd. I, S. 149, 174 f.

Fehlverhaltens eine zu teure Marke verkauft wurde.³⁵⁶ Die Fälle sind beliebig erweiterbar.³⁵⁷ In einer Vielzahl dieser Entscheidungen wird kein entsprechender Primäranspruch auf diesen Ausgleich dieser tatsächlichen Positionen (in seinen rechtlichen Wirkungen) hergestellt werden können, so dass allein die Begründung einer *originären* Wirkungsweise möglich wäre, weshalb auch die dargestellten Kritikpunkte an der Begründung einer *originären* Wirkungsweise gelten.³⁵⁸

Ob aber der eigentliche Sinn/Mehrwert des Herstellungsanspruchs tatsächlich in der Lösung solcher Fallgestaltungen liegen kann, muss bezweifelt werden. Denn sofern man diese Entwicklung befürwortet, stellen sich die berechtigten Fragen, warum dann bspw. nicht auch entgangener Gewinn über den Herstellungsanspruch ausgeglichen werden soll, wenn dessen Ausbleiben auf einem sozialrechtlichen Nachteil beruht und wo die Naturalrestitution beim Ausgleich rein tatsächlicher Einbußen überhaupt ein Amtshandeln voraussetzt (vielfach sollen dann nämlich Rechtsfolgen herbeigeführt werden, bei denen die Amtshandlungsqualität anscheinend allein daraus abgeleitet werden soll, dass ein öffentlich-rechtliches Rechtssubjekt verpflichtet werden soll). Dass bspw. der Erwerb einer Eigentumswohnung überhaupt Amtshandlungsqualität haben soll,³⁵⁹ ist nicht mehr nachvollziehbar. Verallgemeinert ist eine Unterscheidung zum verkappten Schadensersatz nicht länger gegeben.

Die Bedeutung der Korrektur nichtrechtlicher Nachteile über den Herstellungsanspruch ohne entsprechende Regelung lässt sich am Beispiel der sog. Hofabgabepflicht von Landwirten verdeutlichen. Nach § 11 I Nr. 3 ALG erfordert ein Regelaltersrentenanspruch, dass der Landwirt sein landwirtschaftliches Unternehmen gem. § 21 ALG an einen anderen abgegeben hat. Praktisch erfolgt diese Abgabe nach § 21 IX 1 ALG regelmä-

³⁵⁶ Vgl. BSG, Urt. v. 19.5.1983 – 1 RA 75/82 = SozR 2200 § 1255 Nr. 18.

³⁵⁷ So wäre bspw. auch denkbar, dass die Verwaltung, die einen Bürger aufgrund ihres Fehlverhaltens in den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrag gedrängt hat (bspw. private Krankenversicherung oder Aufnahme eines Darlehensvertrages zur Finanzierung eines Bedürfnisses), den Bürger von diesem Vertrag zu befreien oder – falls dies (rechtlich) nicht möglich ist – ihm seine zivilrechtliche Gegenleistung im Innenverhältnis auszugleichen habe. Eine Lösung über den Herstellungsanspruch wäre dann bspw. auch in Bezug auf die Freistellung von einer zivilrechtlichen Rückzahlungspflicht hinsichtlich tarifvertraglichen „Überbrückungs“-Geldes denkbar, wenn diese Rückzahlungspflicht mit der Rentenantragstellung verbunden ist und es aufgrund eines Fehlverhaltens zur Antragstellung kommt; vgl. hierzu: BSG, Urt. v. 7.12.2004 – B 1 KR 6/03 R = BSGE 94, 26, 34 f. (das Gericht hat sich nur mit der Möglichkeit der Wiedereinräumung eines Gestaltungsrechts – der Rentenantragstellung – auseinandergesetzt, ohne über die nachgelagerte Frage der Freistellung von einer Rückzahlungspflicht entscheiden zu müssen).

³⁵⁸ Dazu: Kap. 1. B.II.2.a.bb. (1) (a) (bb).

³⁵⁹ Vgl. BSG, Urt. v. 9.9.1979 – 7 RAr 115/78 = BSGE 49, 30, 33.

Big dadurch, dass ein Landwirt, der die Altersgrenze erreicht hat, seinem jüngeren Ehepartner das Eigentum am Hof überträgt. Erst wenn der erwerbende Ehepartner selbst die Voraussetzungen des § 21 IX 2 ALG verwirklicht, wird der Hof an einen Dritten abgegeben. Wenn ein Anspruch auf Altersrente nach § 11 I Nr. 3 ALG nicht entsteht, weil keine Hofabgabe erfolgt ist und die Hofabgabe gerade aufgrund eines Verwaltungsfehlverhaltens ausgeblieben ist (bspw. unterbliebener Hinweis), wäre es denkbar die fehlende Hofabgabe über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch zu fingieren – sofern darin ein „an sich zulässiges“ Amtshandeln läge.³⁶⁰ Weitaus schwieriger zu beurteilen ist die Situation, dass die Verwaltung rechtswidrig nicht auf die Möglichkeit zur Abgabe an den Ehepartner hingewiesen hat und der Landwirt daher bereits an einen Dritten abgegeben hat. Soll in diesem Fall ein Herstellungsanspruch entstehen, obwohl kein sozialrechtlicher Nachteil des Landwirts besteht?³⁶¹ Und falls ein Herstellungsanspruch entsteht – der hier keine rechtlichen, sondern allein tatsächliche Nachteile ausgleichen kann (die tatsächliche Abgabe des Hofes an einen Dritten, statt an den Ehepartner) – wozu soll dieser die Verwaltung verpflichten? Zum Rückerwerb des Eigentums am Hof von diesem Dritten und zur Übertragung auf den Ehepartner? Zur Verpflichtung der Verwaltung, den Dritten zur Eigentumsübertragung auf den Ehepartner zu bewegen? Oder sogar zum Ausgleich der vermögenswerten Einbußen der Ehepartner durch die tatsächliche Hofabgabe? Vor dem Hintergrund einer abgrenzenden Ausgestaltung des Herstellungsanspruchs zum Amtshaftungsanspruch nach § 839 BGB, Art. 34 GG erscheinen diese Ergebnisse sehr fraglich. Diese Fragwürdigkeit besteht allerdings nicht nur im dargestellten Beispielfall, sondern in allen Fällen, in denen daran gedacht wird nicht eine sozialrechtliche Einbuße, sondern einen bloß tatsächlichen Nachteil über den Herstellungsanspruch zu korrigieren.

cc) Abweichende Interpretationen der Rechtsprechung zur Wirkungsweise der Herstellung

Von dem Wirkungsweiseverständnis der wohl herrschenden Ansicht zum Herstellungsanspruch wird teilweise abgewichen. Die enge Orientierung der Herstellung an den Hauptleistungspflichten hat dazu geführt, dass der sozialrechtliche Herstellungsanspruch vereinzelt nicht als selbstständiger Anspruch gesehen wird, sondern als Einrede gegen einen möglichen Ausschlussgrund des Sozialleistungsanspruchs interpretiert wird.³⁶² In Bezug auf die Wirkungsweise des Herstellungsanspruchs kann diese Ansicht demnach als (Unterfall einer) *Leis-*

³⁶⁰ Ablehnend: BSG, Urt. v. 25.11.1976 – 11 RLw 7/76 = SozR 5850 § 26 GAL Nr. 2; offengelassen: LSG Saarland, Urt. v. 10.11.2005 – L 1 LW 1/04.

³⁶¹ Der Anspruch auf Regelaltersrente nach § 11 I ALG entsteht in derselben Form, wie er bei Abgabe an den Ehepartner entstanden wäre.

³⁶² So ausdrücklich: *Hertwig*, Verwaltungsrechtsverhältnis der Mitgliedschaft, S. 222 f.; *ders.*, JA 1986, 388, 389; wohl auch: *Schmidt-De Caluwe*, S. 504; offengelassen: *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., vor §§ 38 ff. SGB I, Rn. 190.

ung mittelbar aufgrund des Herstellungsanspruchs eingeordnet werden,³⁶³ so dass sich hieraus keine nennenswerten Unterschiede gegenüber dieser Ansicht ergeben.³⁶⁴

Weiter geht *Kreßel*, nach dem sich die Wirkung der Herstellung in einer „abweichenden zeitlichen Zuordnung“³⁶⁵ der späteren Erfüllung einer Tatbestandsvoraussetzung durch den Bürger erschöpfe.³⁶⁶ Obwohl diese Ansicht scheinbar auch Rückhalt in Einzelentscheidungen findet,³⁶⁷ ist sie zurückzuweisen. Mit dieser Begründung können nämlich – beabsichtigt oder unbeabsichtigt – nur der Teil der Herstellungsfälle erklärt werden, der hier unter den Fallgruppen „Fiktion fehlender Tatbestandsvoraussetzungen“ oder die „Wiedereinräumung eines Gestaltungsrechts“ dargestellt wurde.³⁶⁸ Aber auch für diese Fallgruppen geht der Erklärungsversuch *Kreßels* fehl,³⁶⁹ weil er nur für Tatbestandsvoraussetzungen/Gestaltungen brauchbar ist, die für den Bürger noch nachholbar sind und bei denen der sozialrechtliche Nachteil allein darin liegt, dass diese Handlungen (inzwischen) nicht mehr mit denselben Rechtswirkungen vorgenommen werden können. In Fällen, in denen der Herstellung nicht damit Genüge getan ist, dass der Betroffene das Handeln vornimmt und allein dessen Erfüllungswirkung fingiert/rückdatiert werden, kann dem Betroffenen nur über die vollständige Fiktion eines fehlenden Tatbestandsmerkmals geholfen werden (nicht nur seiner Wirkungen bei früheren Eintritt). Ob der Herstellungsanspruch im Einzelfall derart weit reicht, ist eine Frage des Verbots der

³⁶³ Wenn der Herstellungsanspruch eine Einrede gegen den Anspruchsverlust darstellt, dann dient der Herstellungsanspruch dazu, die Geltendmachung des primären Hauptleistungsanspruchs sicherzustellen. Die rechtliche Verpflichtung zur Gewährung der Leistung kann dann nicht aus dem Herstellungsanspruch folgen, sondern ergibt sich aus dem (hergestellten/aufrechterhaltenen) Primäranspruch.

³⁶⁴ Durch die Bezeichnung der Einrede als Herstellungs-, „anspruch“ wollte die Rechtsprechung nach dieser Ansicht lediglich ihre Ergebnisse etablieren/zusammenfassen, allerdings kein Rechtsinstitut mit eigener Anspruchsqualität schaffen. Aus Gründen der Rechtssicherheit fordert diese Ansicht, den etablierten Begriff dennoch weiter zu nutzen (*Schmidt-De Caluwe*, S. 528 f.; vgl. auch: *Ladage*, S. 123 i.a.Z.). Vgl. demgegenüber zur Begründung des eigenständigen Anspruchsgehaltes nach der herrschenden Ansicht: *Olbertz*, S. 44 ff.; *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 164.

³⁶⁵ *Kreßel*, NZS 1994, 395, 400.

³⁶⁶ So zusammenfassend auch: *Krasney*, ZAP 1996 [Fach 18], 449, 461.

³⁶⁷ Etwa: BSG, Urt. v. 5.4.2000 – B 5 RJ 50/98 R = SozR 3-1200 § 14 Nr. 29.

³⁶⁸ Neben den zweifelhaften Fällen der sog. originären Wirkungsweise nicht erfasst werden die Wirkungen, die hier unter den Fallgruppen des „Außerachtlassens sozialrechtlicher Regelungen/Entwicklungen/Rechtsänderungen“ oder „Herstellung durch andere Rechtsfolgen“ dargestellt wurden.

³⁶⁹ Insgesamt kritisch zu dieser Ansicht auch: *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 23 ff.

Besserstellung.³⁷⁰ Grundsätzlich kann ein Herstellungsanspruch aber auch die vollständige Fiktion von Tatbestandsmerkmalen umfassen,³⁷¹ da ein Bürger, der wegen einer Pflichtverletzung ein Anspruchsvoraussetzung gar nicht mehr erfüllen kann, sogar weitaus schutzbedürftiger erscheint als derjenige, der eine Anspruchsvoraussetzung zumindest noch (verspätet) nachholen kann. Der Herstellungsanspruch erschöpft sich nicht insofern nicht einer bloßen „Hilfe zur Selbsthilfe“.³⁷²

b) Grenzen der Herstellungspflicht

Dem weiten Umfang der Herstellungspflicht werden in Rechtsprechung und Literatur zunehmend Grenzen gesetzt,³⁷³ von denen insbesondere das „Verbot der Besserstellung“ und das Kriterium des „an sich zulässigen“ Amtshandelns eine hohe praktische Relevanz erlangt haben.³⁷⁴

³⁷⁰ Überzeugender ist es daher zu formulieren, dass der Betroffene nur die Tatbestandsvoraussetzungen eines Anspruchs (nachträglich) selbst herbeiführen muss, die er selbst noch herbeiführen/erfüllen kann. Der Bürger muss darüber hinaus auch die Merkmale selbst herbeiführen, die aufgrund der Grenzen der Herstellungspflicht nicht mehr vom Korrekturanspruch erfasst werden. In diese Richtung geht auch die Entscheidung des BSG, dass im Wege der Herstellung das Verstreichen der Erlöschensfrist des § 196 SGB III (a.F.) überwunden werde – aber nicht eine fehlende tatsächliche Arbeitslosmeldung (BSG, Urt. v. 19.1.2005 – B 11a/11 AL 41/04 R; vgl. auch: BSG, Urt. v. 15.5.1985 – 7 RAr 103/83 = BSGE 58, 104, 109 f.). Im vorliegenden Fall wurde das Verhalten der Betroffenen als Meldung der Arbeitslosigkeit ausgelegt und im Wege der Herstellung die Wahrung der Erlöschensfrist des § 196 SGB III (a.F.) fingiert. Die fehlende Arbeitslosmeldung musste die Betroffene zwingend selbst vornehmen (tatsächlich erfüllen), weil dieses Merkmal nach der Rechtsprechung der Herstellung nicht zugänglich sein soll. Nach *Waltermann* darf die Herstellung deshalb nicht dazu führen, dass Tatbestandsvoraussetzungen „umgegangen werden, deren Nichtvorliegen nicht auf dem fehlerhaften Verhalten des Sozialleistungsträgers beruht [also kein kausaler sozialrechtlicher Nachteil vorliegt], oder von der der Antragssteller [auch im Wege der Herstellung] nicht befreit werden kann“ (*Waltermann*, SozR, Rn. 22).

³⁷¹ Vgl. etwa: BSG, Urt. v. 24.3.1988 – 5/5b RJ 84/86 = BSGE 63, 112, 114 f.; BSG, Urt. v. 27.4.1989 – 11 RAr 21/88 = SozR 4100 § 134 Nr. 36.

³⁷² *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 25.

³⁷³ Vgl. im Überblick: *Bieback*, SGB 1990, 517 ff.

³⁷⁴ Als weitere Einschränkungsmöglichkeit wird in der sozialrechtlichen Literatur vereinzelt die Anwendung des § 254 BGB auf Rechtsfolgenseite bei teilbaren Leistungen vorgeschlagen (*Löwer*, NVwZ 1986, 793, 798). Das BSG hingegen scheint diesen Gedanken allein im Rahmen der tatbestandlichen Kausalität berücksichtigen zu wollen.

aa) Einschränkung durch das Verbot einer Besserstellung

Als Folge der Orientierung an der Beeinträchtigung der Primärebene kann „weder ein Mehr noch ein Weniger [...] im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs verlangt werden.“³⁷⁵ Die Annahme des BSG, dass es im Wege der Herstellung weder zu einer Schlechterstellung noch zu einer Besserstellung des Bürgers kommen soll, ist überzeugend, wenn der Herstellungsanspruch nur dem Ausgleich rechtswidrigen Verwaltungsverhaltens dienen soll. Andernfalls müsste ein Bürger statt auf eine richtige Behandlung sogar auf eine rechtswidrige Behandlung hoffen, die er dann später im Wege der Herstellung vorteilhaft korrigieren könnte. Eine Herstellung ist demnach ausgeschlossen, wenn der Bürger durch die Herstellung besser stünde als es ohne Pflichtverletzung der Fall wäre (sog. Verbot der Besserstellung).³⁷⁶ Diese Einschränkung ist dem Ziel der sozialrechtlichen Naturalrestitution immanent und dient auch dazu, den Herstellungsanspruch i.S.e. zulässigen Rechtsfortbildung weiter abzusichern³⁷⁷.

(1) *Verbot der Besserstellung i.e.S.*

(a) Beschränkung auf das zur Herstellung Erforderliche

Über den Herstellungsanspruch soll der Betroffene kein „Mehr“ gegenüber dem erhalten, was ihm ohne Fehlverhalten zugestanden hätte.³⁷⁸ Sofern man die Herstellung i.S. einer mittelbaren oder unmittelbaren Wirkung interpretiert,³⁷⁹ ergibt sich diese Einschränkung bereits aus der Wirkungsweise des Herstel-

³⁷⁵ BSG, Urt. v. 12.12.1984 – 7 RAr 74/83 = SozR 4100 § 56 Nr. 18.

³⁷⁶ BSG, Urt. v. 25.3.1976 – 12/7 RAr 135/74 = BSGE 48, 211, 260, 262; BSG, Urt. v. 26.10.1976 – 12/7 RAr 78/74 = SozR 4100 § 44 Nr. 9; BSG, Urt. v. 26.6.1985 – 12 RK 23/84; BSG, Urt. v. 16.6.1994 – 13 RJ 67/93 = SozR 3-2600 § 240 Nr. 2; BSG, Urt. v. 5.12.1989 – 11 RAr 61/88; BSG, Urt. v. 3.5.2005 – B 7a/7 AL 40/04 R = SozR 4-4300 § 194 Nr. 8; BSG, Urt. v. 29.9.1987 – 7 RAr 23/86 = BSGE 62, 179, 187; *Schmidt-De Caluwe*, S. 148; *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 395 f.

³⁷⁷ Mit Hinblick auf diese Einschränkung kann bspw. überzeugend für die Zulässigkeit des Herstellungsanspruchs angeführt werden, dass der Anspruch zu keiner Mehrbelastung führt, weil lediglich das gewährt wird, was auch ohne Fehlverhalten gewährt worden wäre (vgl. BSG, Urt. v. 3.5.2005 = B 7a/7 AL 40/04 R = SozR 4-4300 § 194 Nr. 8; BSG, Urt. v. 17.11.1970 – 1 RA 233/68 = BSGE 32, 60, 70; BSG, Urt. v. 17.7.1979 – 12 RAr 15/78 = BSGE 48, 269, 276).

³⁷⁸ BSG, Urt. v. 12.12.1984 – 7 RAr 74/83 = SozR 4100 § 56 Nr. 18; *Kemmler*, JA 2005, 908, 910.

³⁷⁹ Vgl. dazu: Kap. 1 B.II.2.a.bb. (1) (a) (aa).

lungsanspruchs. Aber auch bei einer originären Wirkungsweise³⁸⁰ kann der Herstellungsanspruch so nicht zu einer Leistung führen, die über das hinausgeht, was dem Bürger ohne das Fehlverhalten zugestanden hätte.³⁸¹ Allgemein ist die Rechtsfolge des Herstellungsanspruchs auf das zur Herstellung Erforderliche zu beschränken.³⁸² Deshalb kann der Bürger lediglich das Amtshandeln beanspruchen, das für die Korrektur ausreichend ist – nicht das Amtshandeln, durch das die Korrektur für ihn am vorteilhaftesten verwirklicht werden könnte.³⁸³

Während die Vorinstanz noch den Rentenversicherungsträger über den Herstellungsanspruch zur Gewährung einer Witwenrente verpflichtet sah,³⁸⁴ korrigierte das BSG dieses Ergebnis dahingehend, dass mit dem Herstellungsanspruch nur die Fiktion einer früheren Antragstellung verlangt werden könne, die wegen des Fehlverhaltens unterblieben war.³⁸⁵ Denn der Erlass des Verwaltungsaktes sei auch ohne Fehlverhalten nicht notwendig gewesen, um die beanspruchten Rechtswirkungen hervorzubringen; diese Rechtswirkungen könnten bereits durch eine Fiktion der früheren Antragstellung erreicht werden.

(b) Vorteilsausgleich

Das Verbot der Besserstellung wird vom BSG vorwiegend als Instrument des Vorteilsausgleichs verstanden,³⁸⁶ wobei „*Vorteilsausgleich*“ die rechtliche Abwicklung einer Situation bezeichnet, in der für den Bürger aus der Pflichtverletzung zeitgleich sowohl sozialrechtliche Nachteile als auch (Vermögens-)

³⁸⁰ Vgl. hierzu: Kap. 1 B.II.2.A.bb. (1) (a) (bb).

³⁸¹ Auf dieser Ebene wird schließlich auch für eine originäre Wirkungsweise des Herstellungsanspruchs eine Anbindung an die sozialrechtliche Naturalrestitution geschaffen. Denn korrekturbedürftig ist nur das, was ohne Pflichtverletzung nicht bestanden hätte; herzustellen ist hingegen das, was ohne das Fehlverhalten bestanden hätte. Mehr oder weniger ist durch eine Herstellung nicht zu gewähren. Dennoch hat das BSG in der Vergangenheit auch Ergebnisse über den Herstellungsanspruch gerechtfertigt (etwa: BSG, Urt. 20.10.1972 – 3 RK 93/71 = BSGE 35, 10, 14; BSG, Urt. v. 30.10.2001 – B 3 KR 27/01 R = BSGE 89, 50, 53 f.), bei denen es zumindest sehr zweifelhaft ist, ob dem Betroffenen nicht mehr zugesprochen wurde, als ihm ohne das Fehlverhalten zugestanden hätte.

³⁸² Etwa: BSG, Urt. v. 14.2.2001 – B 9 V 9/00 R = BSGE 87, 280, 287; BSG, Urt. v. 7.12.2004 – B 1 KR 6/03 R = BSGE 94, 26, 34.

³⁸³ Das fragliche Amtshandeln muss jedoch die sozialrechtliche Naturalrestitution vollumfänglich verwirklichen können (vgl. BSG, Urt. v. 26.6.1985 – 12 RK 23/84; BSG, Urt. v. 12.12.1984 – 7 RAr 74/83 = SozR 4100 § 56 Nr. 18).

³⁸⁴ Bayerisches LSG, Urt. v. 5.4.2000 – L 18 V 1/00.

³⁸⁵ BSG, Urt. v. 14.2.2001 – B 9 V 9/00 R = BSGE 87, 280, 287.

³⁸⁶ BSG, Urt. v. 13.12.1984 – 11 RA 68/83 = BSGE 57, 288, 291; Krasney, in: FS für Walter Schwarz, S. 383, 398; ders., ZAP 1996 [Fach 18], 449, 463; Ladage, S. 50 f.

Vorteile hervorgegangen sind.³⁸⁷ Die Herstellung soll nicht dazu führen, dass der Betroffene die tatsächlichen Vorteile behalten kann, die sich aus seiner momentan bestehenden Position ergeben, und zusätzlich Vorteile aus der Herstellung des Zustandes erhält, der ohne das Fehlverhalten bestünde.³⁸⁸ Dies betrifft insbesondere den Fall, dass dem Betroffenen aufgrund des Fehlverhaltens eigene Aufwendungen erspart geblieben sind.³⁸⁹

Die Voraussetzungen eines sozialrechtlichen Vorteilsausgleiches können sich daher an den schon für zivilrechtliche Schadensersatzansprüche entwickelten Grundlinien orientieren.³⁹⁰ Die fragliche Position muss wesentlich auf der Pflichtverletzung beruhen, eine Anrechnung muss dem Betroffenen zumutbar sein (i.S.d. Verhältnismäßigkeit) und es darf nicht zu einer unbilligen Entlastung der Verwaltung kommen.

Das BSG legt einen weiten Maßstab an und beschränkt den Kreis der ggf. auszugleichenden Vorteile nicht nur auf Vorteile, die aus dem Verhältnis zwischen Bürger und Verwaltung hervorgegangen sind.³⁹¹ Ein Vorteilsausgleich ist dem Bürger jedenfalls dann nicht zumutbar, wenn ihm zwar Nachteile erspart geblieben sind, er zeitgleich aber auch keinen Vorteil aus dieser Situation erlangt hat. Bspw. sollen aufgrund des (sozial)versicherungsrechtlichen Äquivalenzprinzips i.V.m. § 242 BGB keine Beitragspflichten in der gesetzlichen Krankenkasse für einen in der Vergangenheit liegenden Zeitraum begründet sein, wenn der Betroffene – bspw. aufgrund der Unkenntnis vom Bestehen einer Versicherung – keine Leistungen hat in Anspruch nehmen können.³⁹² Da der Versicherte aus der Beitragszahlung für die Vergangenheit keine Vorteile mehr ziehen kann (in der gesetzlichen Krankenversicherung kann ein gesunder Versicherter bspw. auch bei Beitragszahlungen nicht mehr in der Vergangenheit krankenbehandelt werden), müssen auch bei einem Herstellungsanspruch nur für die Zukunft Beiträge gezahlt werden; andernfalls stünde der Bürger bei einer nachträglichen Beitragszahlung ohne Versicherungs-

³⁸⁷ Vgl. *Teichmann*, in: Jauernig, vor §§ 249 ff., Rn. 35; *Schubert*, in: BeckOK, § 249 BGB, Rn. 102.

³⁸⁸ BSG, Urt. v. 26.9.1989 – 11 RAr 79/89 = BSGE 65, 293, 300; BSG, Urt. v. 15.12.1999 – B 11 AL 37/99 R; BSG, Urt. v. 5.12.1989 – 11 RAr 61/88; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 609.

³⁸⁹ BSG, Urt. v. 13.12.1984 – 11 RA 68/83 = BSGE 57, 288, 291; *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., vor §§ 38 ff. SGB I, Rn. 193.

³⁹⁰ Dazu: *Schubert*, in: BeckOK, § 249 BGB, Rn. 103 f. m.w.N.; *Grüneberg*, in: Palandt, vor § 249 BGB, Rn. 120.

³⁹¹ Bei Selbstständigen soll in einer Vorteilsausgleichung mit einem Anspruch auf Arbeitslosenhilfe bspw. das Einkommen aus selbständiger Tätigkeit mit einzubeziehen sein, wenn sich ein Arbeitsloser aufgrund eines Fehlverhaltens selbstständig gemacht hat (BSG, Urt. v. 15.12.1999 – B 11 AL 37/99 R). Ob diese Rechtsprechung vor dem Hintergrund der Vermeidung einer unbilligen Entlastung der Verwaltung sachgerecht ist, soll an dieser Stelle dahingestellt bleiben.

³⁹² Vgl. zu diesem Gedanken: BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 97 f.; BSG, Urt. v. 9.10.1984 – 12 RK 46/82 = BSGE 57, 179, 181 f.; BSG, Urt. v. 26.9.1989 – 11 RAr 79/89 = BSGE 65, 293, 299 f.; BSG, Urt. v. 30.11.1983 – 5a RKn 9/82 = SozR 2200 § 313 Nr. 7; *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., vor §§ 38 ff. SGB I, Rn. 198.

schutz lediglich schlechter – er erhält weniger, als ihm ohne Fehlverhalten zugestanden hätte (dann hätte er durchgehend Versicherungsschutz genossen).³⁹³

Weitestgehend unklar bleibt in der Rechtsprechung die Frage, wie der Vorteilsausgleich durchzuführen ist.³⁹⁴ Ausgangspunkt der Überlegungen ist die Annahme, dass der Betroffene die Herstellung nur geltend machen kann, wenn er die tatsächlich erlangten Vorteile aufgibt. Sofern verschiedene Geldleistungen betroffen sind, nimmt das BSG eine Anrechnung der tatsächlich gezahlten Geldleistungen auf die im Wege der Herstellung zu gewährenden Geldleistungen vor.³⁹⁵ Hierbei ist keine Aufrechnung, sondern eine sog. Anrechnung (eine bloße Verrechnung)³⁹⁶ gegeben, weshalb sich die Herstellung – ohne eine Gestaltungserklärung des Bürgers oder der Verwaltung – um den entsprechenden

³⁹³ BSG, Urt. v. 30.11.1983 – 5a RKn 3/83 = SozR 2200 § 313 Nr. 8 („Die Beklagte hat [...] den Versicherten, die nach Inkrafttreten der Satzung der Beklagten am 1. Oktober 1970 ‚wegen der unrechtmäßigen Beitragshöhe‘ auf die Weiterversicherung verzichtet hatten, einen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch eingeräumt, [...]. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Kläger deshalb [...] bereits durch seinen im zweiten Halbjahr 1977 gestellten ‚Antrag‘ kraft Gesetzes freiwilliges Mitglied der knappschaftlichen KV geworden ist [...], weil die Beklagte den Kläger jedenfalls mit Bescheid vom 4. März 1981 als freiwilliges Mitglied rückwirkend aufgenommen hat und zwischen den Beteiligten nur streitig ist, ob die Beklagte aufgrund dieser rückwirkenden Aufnahme berechtigt ist, für die Zeit vom 21. Februar 1980 bis 31. Dezember 1980 Beitragszahlungen zu verlangen. Dies ist im angefochtenen Urteil im Ergebnis zutreffend verneint worden. Dem Anspruch der Beklagten auf die Nachentrichtung von Beiträgen für den streitigen Zeitraum steht nämlich der Einwand von Treu und Glauben [venire contra factum proprium] entgegen. Der Rechtsmißbrauch ist darin zu sehen, daß die Beklagte den Kläger bis zur Erteilung des Bescheides vom 4. März 1981 als Nichtmitglied behandelt hat und deswegen der Kläger auch eine Zusatzversicherung mit einer privaten Krankenkasse abgeschlossen hatte. Bereits das Reichsversicherungsamt [RVA] hat für den Bereich der KV den Einwand von Treu und Glauben zugelassen, wenn die unterbliebene Beitragsentrichtung auf das Verschulden der Krankenkasse zurückzuführen war [vgl. RVA in AN 17, 396; 37, 73]. Dieser Rechtsprechung ist das Bundessozialgericht [BSG] beigetreten [...]. Die neuere Rechtsprechung des BSG hat ein Verschulden nicht mehr gefordert, sondern entscheidend auf die fehlende Kenntnis von der Möglichkeit des Gebrauchmachens der aus dem Versicherungsverhältnis als Instrument der Daseinsvorsorge erwachsenden Berechtigungen und damit auf die nicht vorhandene Wechselbeziehung von Beitragspflicht und Leistungsansprüchen abgestellt. Sie hat unter diesem Gesichtspunkt die Fälle gleichbehandelt, in denen rückwirkend eine Versicherungspflicht begründet worden ist und die, in denen ein Versicherungsverhältnis von Anfang an bestand [...].“); BSG, Urt. v. 30.11.1983 – 5a RKn 9/82 = SozR 2200 § 313 Nr. 7; so wohl auch: Seewald, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., vor §§ 38 ff. SGB I, Rn. 198.

³⁹⁴ Kritisch auch: Krasney, in: FS für Walter Schwarz, S. 383, 398; Ladage, S. 51.

³⁹⁵ BSG, Urt. v. 29.9.1987 – 7 RAr 23/86 = BSGE 62, 179, 187.

³⁹⁶ Vgl. allgemein zum Unterschied zwischen An- und Aufrechnung: Gursky, in: Staudinger, vor §§ 387 ff. BGB, Rn. 97 ff.

Betrag verringert.³⁹⁷ Bei ersparten Aufwendungen geht das Gericht demgegenüber davon aus, dass dieser Betrag dem Verwaltungsträger zur Verfügung gestellt werden soll.³⁹⁸ Dieser Gedanke kann dahingehend verallgemeinert werden, dass die Aufgabe der tatsächlich erlangten Vorteile die Verlagerung dieser Vorteile auf die Verwaltung erfordert.³⁹⁹ Orientiert an den zum zivilrechtlichen Vorteilsausgleich entwickelten Grundsätzen, kommt es in diesen Fällen zu einer Herstellung Zug-um-Zug gegen Aufgabe der entstandenen Vorteile.⁴⁰⁰

Das BSG hat einschränkend festgestellt, dass ein Sachverhalt jedenfalls nicht rückabgewickelt/hergestellt werden könnte, wenn es durch die Pflichtverletzung insgesamt zu „*erheblichen Vorteilen*“⁴⁰¹ des Versicherten gekommen ist.⁴⁰² Diese Einschränkung muss ihrerseits wiederum restriktiv in der Weise interpretiert werden, dass der Herstellungsanspruch erst dann ausscheidet, wenn die tatsächlich bestehenden Vorteile den Vorteilen, die dem Betroffenen im Wege der Herstellung verschafft werden könnten, auch ihrer Art nach gleichwertig sind. Ansonsten ist kein Grund ersichtlich, warum ein Bürger, der das subjektive Recht der Herstellung ausüben möchte, bei Aufgabe der Vorteile – durch das Verbot der Besserstellung – an der Geltendmachung des Rechts gehindert sein soll.

(c) Erfüllung fehlender Tatbestandsvoraussetzungen

Oftmals wäre eine bestimmte Rechtsfolge auch ohne das Fehlverhalten erst dann eingetreten, wenn weitere Voraussetzungen erfüllt worden wären. Eine Herstellung, die unmittelbar die beabsichtigte Rechtsfolge gewährt, ohne die Erfüllung der dafür nötigen Voraussetzungen zu verlangen, scheint dem Betroffenen daher mehr zu gewähren, als ihm ohne das Fehlverhalten zugestanden hätte. Fraglich ist daher, ob der Bürger infolge einer Herstellung so zu behandeln ist, als ob die Voraussetzungen bereits vollständig erfüllt worden wären

³⁹⁷ Vgl. *Grüneberg*, in: Palandt, vor § 249 BGB, Rn. 123; *Schubert*, in: BeckOK, § 249 BGB, Rn. 108; *Schiemann*, in: Staudinger, § 249 BGB, Rn. 142 für den zivilrechtlichen Vorteilsausgleich.

³⁹⁸ BSG, Urt. v. 13.12.1984 – 11 RA 68/83 = SozR 1200 § 14 Nr. 18.

³⁹⁹ Auch innerhalb des Zivilrechts ist für den Vorteilsausgleich anerkannt, dass der Geschädigte seine Vorteile Zug-um-Zug an den Schädiger herausgeben muss, wenn er seinen Schadensersatzanspruch geltend macht – und eine Anrechnung mangels einer Gleichartigkeit von Schaden und Vorteil ausscheidet (vgl. BGH, Urt. v. 20.11.1992 – V ZR 279/91 = BGHZ 120, 261, 268; *Schubert*, in: BeckOK, § 249 BGB, Rn. 106 m.w.N.).

⁴⁰⁰ Vgl. für den zivilrechtlichen Vorteilsausgleich: *Schiemann*, in: Staudinger, § 249 BGB, Rn. 143; *Grüneberg*, in: Palandt, vor § 249 BGB, Rn. 123. Kritisch zu den praktischen Folgen einer solchen Lösung: *Ladage*, S. 51.

⁴⁰¹ BSG, Urt. v. 26.9.1989 – 11 RAr 79/89 = BSGE 65, 293, 300.

⁴⁰² BSG, Urt. v. 26.9.1989 – 11 RAr 79/89 = BSGE 65, 293, 300.

oder ob auch eine Herstellung nur bei (nachträglicher) Erfüllung der fehlenden Voraussetzungen erfolgt.⁴⁰³

(aa) Erfüllung durch die Verwaltung mittels Fiktion (Grundsatz)

Sofern wegen einer hoheitlichen Pflichtverletzung eine bestimmte Rechtsfolge nicht eingreift, weil eine dafür erforderliche Voraussetzung nicht verwirklicht wird/werden kann, ist die Verwaltung im Wege der Herstellung verpflichtet, die fehlende Voraussetzung (bzw. ihre sozialrechtlichen Auswirkungen) zu fingieren und die ausgebliebene Rechtsfolge zu gewähren.⁴⁰⁴

(bb) Erfüllung durch den Betroffenen selbst (Ausnahme)

Der Herstellungsanspruch reicht aber nicht soweit, dass nur wegen einer Pflichtverletzung auch die Voraussetzungen fingiert werden müssten, die vom Betroffenen auch ohne Pflichtverletzung selbst hätten erfüllt/herbeigeführt werden müssen (bspw. Antragstellung, Erfüllung von Beitragspflichten, Nachzahlung von Beiträgen). Die Erfüllung einer solchen Voraussetzung obliegt weiterhin dem Betroffenen selbst. Der Bürger wird durch die Herstellung nicht bzgl. der Vornahme von Mitwirkungshandlungen⁴⁰⁵ freigestellt, soweit diese ihm (noch) möglich sind, dieselbe Mitwirkungspflicht auch ohne das Fehlver-

⁴⁰³ Vgl. hierzu schon die Ausführungen zur Ansicht *Kreßels*: Kap. 1 B.II.2.a.cc.

⁴⁰⁴ Teilweise wird einschränkend gefordert, dass die Korrektur der Verwaltung zugänglich sein müsse, was nicht der Fall sei, wenn das Merkmal vom Betroffenen persönlich erfüllt werden müsse (vgl. BSG, Urt. v. = 15.12.1994 – 4 RA 64/93 = SozR 3-2600 § 58 Nr. 2; *Rixen*, in: Kreikebohm/Spellbrink/Wannagat [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 18). Auch wenn ein sozialrechtlich relevantes Verhalten vom Betroffenen persönlich nicht mehr vorgenommen werden kann, ist es der Verwaltung grds. möglich, eine (frühere) Vornahme zu unterstellen und daran ausgerichtet die jeweils anzuwendenden sozialrechtlichen Rechtsfolgen zu bestimmen; kritisch zu der Formulierung, dass die Herstellung „in der Verfügungsmacht des Leistungsträgers steht“ (BSG, Urt. v. 14.2.1989 – 7 RAr 18/87 = SozR 4100 § 66 Nr. 2) aufgrund der mangelnden Aussagekraft auch: *Waßer*, JA 2001, 137, 140. Die Korrektur der rechtlichen Auswirkungen eines behördlichen Fehlverhaltens (auf die der Herstellungsanspruch abzielt) ist der Verwaltung damit immer zugänglich i.S.v. möglich. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob eine derartige (mögliche) Korrektur rechtlich zulässig ist. Dies beurteilt sich nach dem Kriterium des „an sich zulässigen“ Amtshandelns (vgl. hierzu: Kap. 1 B.II.2.b.bb.).

⁴⁰⁵ Mit dem Begriff der „Mitwirkungshandlungen“ sind in diesem Zusammenhang nicht Mitwirkungshandlungen i.S.d. §§ 60 ff. SGB I gemeint. Vielmehr ist die Verwirklichung der Anspruchsvoraussetzungen/Tatbestandsmerkmale gemeint, die durch eigenes Verhalten der Betroffenen (nicht von Amts wegen) zu erfüllen sind.

halten bestanden hätte⁴⁰⁶ und sich aus der Fiktion ein unzulässiger Vorteil ergeben würde.⁴⁰⁷

Wenn die Begründung eines Rentenanspruchs auch ohne ein Fehlverhalten der Verwaltung bspw. eine Nachzahlung der Beiträge erfordert hätte, soll es im Zuge der Herstellung nicht dazu kommen, dass diese Mitwirkungshandlung der Klägerin übersprungen wird. Die Erfüllung der Voraussetzung der Beitragsentrichtung, die der Klägerin unabhängig von einem Fehlverhalten oblag, muss von ihr noch herbeigeführt werden. Auch über den Herstellungsanspruch kann keine „Rente zum Nulltarif“ erreicht werden. Die Verwaltung ist vielmehr verpflichtet, bei Beitragszahlung zu unterstellen, dass die Beiträge – ohne Fehlverhalten – bereits früher gezahlt worden wären. Der sozialrechtliche Nachteil liegt genau genommen nicht in der fehlenden Möglichkeit, die Beiträge zu entrichten (diese Möglichkeit steht der Klägerin jederzeit offen), sondern in der fehlenden/beschränkten rechtlichen Wirkungen, die der Vornahme dieser Mitwirkungshandlung inzwischen zukommt. Der Herstellungsanspruch führt damit nicht zu der Möglichkeit, ohne Beitragsnachzahlungen eine Rente zu erhalten, sondern zu der Möglichkeit, eine Beitragsnachzah-

⁴⁰⁶ Dies ist ein weiterer wichtiger Unterschied zur Ansicht von *Kreßel*. Der Herstellungsanspruch verlagert gerade nicht die allgemeine Ausgleichspflicht des bestehenden Zustandes auf den Bürger, der mit dem Herstellungsanspruch die rechtlich vollwertige Anerkennung seiner Ausgleichsbemühungen verlangen kann. Vielmehr führt die Herstellung nur dazu, dass die Erfüllung gesetzlich begründete Mitwirkungspflichten des Bürgers, die dieser auch ohne das Fehlverhalten hätte tragen müssen, auf die Verwaltung verlagert werden würde.

⁴⁰⁷ Dieses Ergebnis folgt aus verschiedenen Erwägungen. Zum einen kann auch in einer Herstellungslage die Situation auftreten, dass der Betroffene mit der Vornahme des ihm obliegenden Verhaltens die Voraussetzung rechtlich erfüllen kann (bspw. durch Antragstellung). Insofern bedürfte es des Herstellungsanspruchs nicht, um den sozialrechtlichen Nachteil zu korrigieren, falls der Betroffene das ihm obliegende Verhalten vornehmen würde. Dem Bürger diese Vornahme abzunehmen, nur weil auch ein Fehlverhalten der Verwaltung vorliegt, würde ihn gegenüber der Situation privilegieren, dass keine Pflichtverletzung aufgetreten wäre. Zum anderen muss dies auch in den Fällen gelten, in denen die fragliche Mitwirkungshandlung zwar noch vom Betroffenen vorgenommen werden kann, eine Vornahme inzwischen aber nicht (mehr) die beabsichtigten Rechtswirkungen hervorbringen kann (bspw. verfristete Antragstellung). Zur sozialrechtlichen Naturalrestitution ist es nur erforderlich, dass die ausbleibenden rechtlichen Wirkungen einer (nachträglichen) Erfüllung korrigiert werden. Sie allein bilden den sozialrechtlichen Nachteil und sind ggf. zu fingieren – nicht das fehlende Verhalten/die fehlenden Umstände selbst, durch das/die diese Rechtsfolgen ausgelöst worden wären. Sofern eine Mitwirkungshandlung aufgrund einer Pflichtverletzung nicht mehr rechtswirksam vorgenommen werden kann, hat die Verwaltung deshalb die dafür nötigen Voraussetzungen zu schaffen. Bspw. eine Möglichkeit zur rechtswirksamen Nachentrichtung von Beiträgen – wieder – zu eröffnen; vgl. BSG, Urt. v. 27.9.1983 – 12 RK 44/82 = SozR 1200 § 14 Nr. 15; BSG, Urt. v. 8.12.1988 – 12 RK 7/87; BSG, Urt. v. 30.11.1983 – 5a RKn 9/82 = BSGE 56, 61, 62.

lung zu denselben rechtlichen Wirkungen einer Beitragsnachzahlung vorzunehmen wie bei früherer Beitragsnachzahlung.⁴⁰⁸

Eine fehlende Voraussetzung muss vom Betroffenen allerdings nur soweit tatsächlich verwirklicht werden, wie er aus der Fiktion dieses Merkmals Vorteile erlangt. Ansonsten würde das Verbot der Besserstellung nämlich lediglich eine (weitere) Verschlechterung des bestehenden Zustandes bewirken. Für Sozialversicherungssysteme ist bspw. aufgrund des (sozial-) versicherungsrechtlichen Äquivalenzprinzips i.V.m. § 242 BGB eine Ausnahme zuzulassen, wenn der Versicherte aus der Beitragszahlung für die Vergangenheit keine Vorteile mehr ziehen kann; eine Beitragszahlungspflicht entsteht dann allein für die Zukunft.⁴⁰⁹ Auf Versicherungsbeiträge etwa zur Rentenversicherung ist diese Ausnahme nicht übertragbar. Schließlich orientiert sich die Höhe der späteren Leistungen nach §§ 63 ff. SGB VI auch an den in der Vergangenheit geleisteten Beiträgen. Von einer Fiktion einer Beitragszahlung würde der Betroffene demnach durch einen (höheren) Leistungsbezug profitieren. Denn diese (höhere) Leistungsberechtigung wäre ohne das Fehlverhalten der Verwaltung nur bei einer entsprechenden Beitragszahlung entstanden.

Das BSG betont allerdings auch, dass eine Herstellung nicht in allen Situationen zur tatsächlichen Nachzahlung der Beiträge führt.⁴¹⁰ Wenn ein Versicherter eine Erwerbsminderungsrente nach §§ 112, 240, 241 SGB VI im Wege der Herstellung geltend macht und in der Vergangenheit aufgrund eines behördlichen Fehlverhaltens keine Beiträge entrichtet wurden, dann wendet die Rechtsprechung § 241 II 2 SGB VI auch auf eine Beitragsnachentrichtung infolge der Herstellung an.⁴¹¹ Diese Modifikation durch § 241 II 2 SGB VI bzgl. der Mitwirkungspflicht infolge der Herstellung, widerlegt nicht das generelle (Weiter-) Bestehen einer Mitwirkungspflicht infolge der Herstellung – sie bestärkt diese Regel vielmehr als Ausnahme. Denn über eine Anwendung des § 241 II 2 SGB VI müsste eine tatsächliche Zahlung nicht ausgeschlossen werden, wenn es niemals infolge der Herstellung zu tatsächlichen Zahlungen kommen würde. So hat auch bspw. das Bayerische LSG – ohne Beanstandung durch das BSG in dieser Frage⁴¹² – betont, dass es über den Herstellungsanspruch nur zu einem Recht auf Beitragsnachzahlung komme, falls man die

⁴⁰⁸ Vgl. BSG, Urt. 18.12.1975 – 12 RJ 88/75 = BSGE 41, 126, 128; BSG, Urt. v. 27.9.1983 – 12 RK 44/82 = SozR 1200 § 14 Nr. 15.

⁴⁰⁹ Etwa: BSG, Urt. v. 30.11.1983 – 5a RKn 3/83 = SozR 2200 § 313 Nr. 8; BSG, Urt. v. 30.11.1983 – 5a RKn 9/82 = SozR 2200 § 313 Nr. 7; *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., vor §§ 38 ff. SGB I, Rn. 198.

⁴¹⁰ Etwa: BSG, Urt. v. 5.4.2000 – B 5 RJ 50/98 R = SozR 3-1200 § 14 Nr. 29; BSG, Urt. v. 24.3.1994 – 5 RJ 20/93 = SozR 3-2600 § 241 Nr. 1; BSG, Urt. v. 16.6.994 – 13 RJ 67/93 = SozR 3-2600 § 240 Nr. 2.

⁴¹¹ Vgl. BSG, Urt. v. 24.3.1994 – 5 RJ 20/93 = SozR 3-2600 § 241 Nr. 1; *Hase*, SGB 2001, 593, 594 Fn. 7.

⁴¹² BSG, Urt. v. 17.2.1998 – B 13 RJ 79/95 R = BSGE 82, 1, 10 f.

analoge Ausnahmeregelung des § 241 II 2 SGB VI auf den Herstellungsanspruch nicht befürworte.⁴¹³ Das Ergebnis des BSG ist in diesen Fällen indes auf heftige Kritik gestoßen (zugunsten einer tatsächlichen Beitragsnachzahlung).⁴¹⁴ Weitere Modifikationen bzgl. der Nachzahlung freiwilliger Beiträge (bspw. durch die Anwendung des § 200 SGB VI auf Beitragsnachzahlungen im Wege der Herstellung⁴¹⁵) sind grds. denkbar.

Schwierig zu beurteilen sind Fallgestaltungen, in denen eine fehlende Voraussetzung auch ohne Pflichtverletzung durch einen Bürger selbst hätte erfüllt werden müssen, wenn dieser inzwischen das fragliche Handeln nicht mehr vornehmen kann (bspw. weil er inzwischen nicht mehr über die Mittel für die Beitragsnachzahlung verfügt), obwohl er früher dazu in der Lage gewesen wäre.⁴¹⁶ In diesen Konstellationen muss entweder – in Abweichung vom Verbot der Besserstellung – auch diese Voraussetzung von der Verwaltung fingiert werden oder die Herstellung muss ausscheiden. Obwohl diese Fallgestaltung bislang nicht ausdrücklich entschieden worden ist, können Rückschlüsse aus der Rechtsprechung des BSG zur Frage der Herstellung eines Gestaltungsrechts⁴¹⁷ gezogen werden.⁴¹⁸ Für die Frage, ob der Betroffene eine andere Gestaltung des Sozialrechtsverhältnisses verlangen kann, soll es allein darauf ankommen, ob bzw. wie er dieses Gestaltungsrecht in der früheren Situation ausgeübt hätte,⁴¹⁹ weshalb spätere Änderungen seiner Verhältnisse, Einstellungen etc. nicht be-

⁴¹³ Bayerisches LSG, Urt. v. 16.5.1995 – L 5 Ar 839/90.

⁴¹⁴ Vgl. Hase, SGB 2001, 593, 594 („Der einschlägigen Rechtsprechung zufolge ist nämlich in Fällen wie dem vorliegenden nur zu prüfen, ob der Versicherte in der durch Anwartschaftserhaltungszeiten i.S. des § 241 Abs. 2 [...] zu belegenden Zeit zur Beitragsnachzahlung in der Lage gewesen wäre [...], Beiträge werden dann aber gar nicht mehr verlangt: Erst soll die Zahlungsfähigkeit nachgewiesen werden, dann wird die sozialrechtliche Begünstigung beitragsfrei zugeteilt [...] Dieses geradezu groteske Ergebnis [...]“).

⁴¹⁵ Ablehnend: Störmann, in: Jahn [Hg.], 250. EGL., § 200 SGB VI, Rn. 6.

⁴¹⁶ Falls der Bürger hingegen auch früher nicht dazu in der Lage gewesen sein sollte, liegt bereits kein kausal auf der Pflichtverletzung beruhender sozialrechtlicher Nachteil vor. Konsequenterweise muss dies auch für den umgekehrten Fall gelten, in dem eine Mitwirkungshandlung früher nicht möglich gewesen wäre, diese vom Betroffenen inzwischen allerdings durchgeführt werden könnte (bspw. verfügt der Betroffene erst über die für eine Beitragsnachzahlung notwendige Geldsumme, nachdem die Zahlungsfrist abgelaufen ist). Denn der Herstellungsanspruch soll nur den Zustand schaffen, der ohne das Fehlverhalten bestehen würde – nicht Alternativzustände, wie sie bestanden hätten, wenn der Betroffene damals schon über seine gegenwärtigen Möglichkeiten verfügt hätte.

⁴¹⁷ Vgl. Kap. 1 B.II.2.a.aa. (3).

⁴¹⁸ BSG, Urt. v. 23.10.2003 – B 4 RA 27/03 R = SozR 4-2600 § 7 Nr. 1.

⁴¹⁹ Schließlich soll es auch die Möglichkeit der Beitragsnachzahlung ein sozialrechtliches Gestaltungsrecht darstellen (BSG, Urt. v. 5.4.2000 – B 5 RJ 50/98 R = SozR 3-1200 § 14 Nr. 29; BSG, Urt. v. 24.3.1988 – 5/5B RJ 84/86 = BSGE 63, 112, 116; BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 92).

rücksichtigt werden. Diese Vorstellung kann auf die Fiktion von Tatbestandsvoraussetzungen übertragen werden, wenn die Verwaltung durch ihr Fehlverhalten die wesentliche Ursache dafür gesetzt hat, dass die fehlende Voraussetzung seinerzeit nicht erfüllt wurde. Der Bürger, dem eine ohne das Fehlverhalten erforderliche Mitwirkungshandlung nicht mehr möglich ist,⁴²⁰ wird durch die Fiktion dieser Mitwirkungshandlung nicht besser gestellt, als er ohne das Fehlverhalten stünde. Er stünde ohne die Fiktion der fehlenden Voraussetzung sogar deutlich schlechter, weil er ohne das Fehlverhalten den Eintritt des sozialrechtlichen Nachteils seinerzeit hätte verhindern können, was ihm durch das Fehlverhalten der Verwaltung verwehrt wurde. Das Verbot der Besserstellung steht einer Fiktion der fehlenden Voraussetzung demnach nicht entgegen; wenn der Bürger diese inzwischen nicht mehr erfüllen kann, bleibt es – im Rahmen der rechtlichen Zulässigkeit – bei der generellen Herstellungspflicht der Verwaltung.

(2) Keine Begründung so nicht bestehender Vorteile

Dem Verbot der Besserstellung wird entnommen, dass im Wege der Herstellung keine sozialrechtlichen Vorteile geschaffen werden dürften, die auch ohne das Fehlverhalten nicht bestanden hätten.⁴²¹ Überzeugender wäre es allerdings, den Herstellungsanspruch (zumindest im Regelfall) hier bereits tatbestandlich auszuschließen, weil entweder kein sozialrechtlicher Nachteil vorliegt⁴²² oder kein ausreichender Kausalzusammenhang zwischen sozialrechtlichem Nachteil und Pflichtverletzung gegeben ist⁴²³.

Oftmals tritt diese Frage im Zusammenhang mit Konstellationen auf, in denen die Verwaltung durch eine fehlerhafte Auskunft/Beratung dem Bürger eine bestimmte Rechtsfolge in Aussicht gestellt hat, die gesetzlich nicht vorgesehen ist und die dieser später einfordert (insbesondere wenn er bereits entsprechende Dispositionen vorgenommen hat). Exemplarisch sei auf die Konstellationen hingewiesen, dass der Bürger von der Verwaltung die Förderung einer Umschulungsmaßnahme mit einer inzwischen verringerten

⁴²⁰ Die Rechtsprechung legt hierbei einen weiten Maßstab an. So soll der Bürger sich die notwendigen Finanzmittel einer Beitragsnachzahlung ggf. auch im Wege eines Kredites beschaffen müssen (vgl. BSG, Urt. v. 5.4.2000 – B 5 RJ 50/98 R = SozR 3-1200 § 14 Nr. 29; *Krause/Sattler*, in: Gitter/Wannagat [Hg.], JbSR 2001, S. 125, 127; *Hase*, SGB 2001, 593, 594 m.w.N.).

⁴²¹ Vgl. BSG, Urt. v. 23.6.1977 – 8 RU 36/77 = BSGE 44, 114, 121 f.

⁴²² BSG, Urt. v. 15.6.1976 – 11 RA 80/75 = SozR 2200 § 1324 Nr. 2; *Olbertz*, S. 34; *Thieme*, SGB 1977, 121, 121.

⁴²³ So wohl: *Schmidt-De Caluwe*, S. 149 Fn. 749.

Geldsumme mitgeteilt bekommt⁴²⁴ oder dass er die falsche Auskunft erhält, dass für ihn eine besonders günstige Rentenberechnungsregelung Anwendung fände⁴²⁵. Das BSG hat in seiner Rechtsprechung eine Herstellung i.S.d. Falschauskunft bislang abgelehnt, weshalb nur ein Schadensausgleich über den Amtshaftungsanspruch möglich bleibt. Diesem Ergebnis ist zuzustimmen. Eine fehlerhafte Mitteilung ändert nichts an dem Umstand, dass die in Aussicht gestellte Begünstigung für den Betroffenen nicht kraft Gesetzes vorgesehen ist. Da der Inhalt des Gesetzes nicht durch eine entsprechende Fehlinformation verändert wird, besteht kein Anspruch auf Erfüllung einer rechtswidrigen begünstigenden Auskunft, weil diese gerade nicht der Bindungswirkung des § 39 II SGB X unterliegt.⁴²⁶ Für den Betroffenen ist durch die Fehlinformation kein kausaler Rechtsnachteil entstanden.

Mit derartigen Fallkonstellationen nicht ohne weiteres vergleichbar ist jedoch eine (im Ergebnis zutreffende) Entscheidung des BSG,⁴²⁷ in der ein Arbeitgeber keine Sozialversicherungsbeiträge bezahlt hatte, nachdem er die fehlerhafte Auskunft erhielt, dass keine Versicherungspflicht für die bei ihm beschäftigten Personen bestehe. Nach Aufklärung des Fehlers verlangte die Verwaltung vom Arbeitgeber rückwirkend die Sozialversicherungsbeiträge, der daraufhin vorbrachte, dass er nur den Arbeitgeberanteil nachzahlen müsse, weil er im Wege der Herstellung von der Tragung der Arbeitnehmeranteile freigestellt werden müsste. Denn ohne die Fehlinformation hätte der Arbeitgeber in sozialrechtlich zulässigerweise Weise die Arbeitnehmeranteile vom Arbeitsentgelt der Beschäftigten abgezogen (was ihm nachträglich rechtlich nicht mehr möglich ist). Das BSG vertrat hierzu den Standpunkt, dass der Arbeitgeber die finanziellen Einbußen aufgrund der fehlenden Möglichkeit, die Arbeitnehmeranteile vom Lohn abzuziehen, nicht im Wege der Herstellung, sondern über einen Amtshaftungsanspruch geltend machen müsse.⁴²⁸ Der Arbeitgeber macht hier nicht nur geltend, dass ihn die Verwaltung entsprechend ihrer unzutreffenden Auskunft behandeln müsse, weil die Pflichtverletzung hier tatsächlich einen sozialrechtlichen Nachteil des Arbeitgebers wesentlich mitbeeinflusst hat (die fehlende Abzugsmöglichkeit der Arbeitnehmeranteile vom Lohn). Allerdings stammt der rechtliche Nachteil aus der Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Verwaltung ist allein der Arbeitgeber bzgl. des Gesamtbeitrags beitragspflichtig (§§ 28 d, e SGB IV). In diesem Verhältnis ist demnach auch kein sozialrechtlicher Nachteil eingetreten, der über einen gegen die Verwaltung gerichteten Herstellungsanspruch korrigiert werden könnte. Dass der Arbeitgeber zur Erfüllung seiner Beitragspflicht inzwischen wegen der Pflichtverletzung Mehraufwendungen aus seinem eigenen Vermögen tätigen muss, begründet keinen sozialrechtlichen, sondern einen rein wirtschaftlichen Nachteil, der über Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden muss. Auch die Fiktion einer Nichtbeschäftigung als Alternativverhalten des Be-

⁴²⁴ Vgl. für einen geeigneten Fall: BSG, Urt. v. 25.3.1976 – 12/7 RAr 135/74 = BSGE 41, 260.

⁴²⁵ Vgl. BSG, Urt. v. 15.6.1976 – 11 RA 80/75 = SozR 2200 § 1324 Nr. 2.

⁴²⁶ BSG, Urt. v. 31.1.1980 – 11 RA 2/79 = BSGE 49, 258, 260 f.; BSG, Urt. v. 21.9.1971 – 12/11 RA 166/70 = SozR Nr. 8 zu § 1423 RVO.

⁴²⁷ BSG, Urt. v. 22.2.1980 – 12 RK 34/79 = BSGE 50, 25.

⁴²⁸ BSG, Urt. v. 22.2.1980 – 12 RK 34/79 = BSGE 50, 25, 29.

troffenen soll für den Arbeitgeber indes nicht im Wege der Herstellung beanspruchbar sein, weil diese – bei tatsächlich erfolgter Beschäftigung – ein „*an sich unzulässiges*“ Amtshandeln darstellt (dazu sogleich).⁴²⁹ Dies gilt auch für den Fall, dass es erst aufgrund der Fehlinformation über die Versicherungspflicht überhaupt zu einer Beschäftigung gekommen ist und infolgedessen eine Sozialversicherungsbeitragspflicht des Arbeitgebers entstanden ist, von der sich dieser über den Herstellungsanspruch befreien lassen möchte.⁴³⁰

bb) Einschränkung durch das Kriterium des „an sich zulässigen Amtshandelns“

Trotz der Reichweite des Amtshandlungsbegriffs soll über den Herstellungsanspruch nicht jede denkbare Form von Verwaltungsverhalten beanspruchbar sein. Eingefordert werden kann nur eine Amtshandlung, die „*an sich gesetzlich zulässig ist*“⁴³¹ („an sich zulässiges Amtshandeln“).⁴³² Begründet wird diese weitere Einschränkung damit, dass jede Herstellung auch zu einem gesetzmäßigen Zustand führen müsse, weshalb die Verwaltung nicht zu einem rechtswidrigen Handeln verurteilt werden dürfe.⁴³³ Dies wird als Verweis auf das grundgesetzliche Gebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung aus Art. 20 III GG (insbes. den Vorrang des Gesetzes) verstanden,⁴³⁴ dem die Gerichte und die Verwaltung verpflichtet sind.⁴³⁵ Das vorzunehmende Amtshandeln darf „*dem jeweiligen Gesetzeszweck nicht widersprechen*.“⁴³⁶

Des Weiteren liegt in der Beschränkung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs auf „*an sich zulässige*“ Amtshandlungen auch ein Unterschied gegenüber einem allumfas-

⁴²⁹ BSG, Urt. v. 22.2.1980 – 12 RK 34/79 = BSGE 50, 25, 29.

⁴³⁰ Vgl. BSG, Urt. v. 23.6.1977 – 8 RU 36/77 = BSGE 44, 114, 121 f.

⁴³¹ BSG, Urt. v. 18.8.1983 – 11 RA 60/82 = BSGE 55, 261, 262.

⁴³² Etwa: BSG, Urt. v. 15.10.1985 – 11a RA 39/84 = SozR 1200 § 14 Nr. 21; BSG, Urt. v. 8.4.1987 – 1 RA 55/85 = SozR 1200 § 14 Nr. 25; BSG, Urt. v. 8.4.1987 – 1 RA 55/85 = SozR 1200 § 14 Nr. 25; BSG, Urt. v. 12.6.1992 – 11 RAr 65/91 = BSGE 71, 17, 23; BSG, Urt. v. 14.2.2001 – B 9 V 9/00 R = BSGE 87, 280, 286; BSG, Urt. v. 30.3.1995 – 7 RAr 22/94 = BSGE 76, 84, 91.

⁴³³ Vgl. BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 80; BSG, Urt. v. 22.2.1980 – 12 RK 34/79 = BSGE 50, 25, 29; BSG, Urt. v. 11.11.1982 – 7 RAr 24/80 = AuB 1984, 58, 59; BSG, Urt. v. 11.3.2004 – B 13 RJ 16/03 R = BSGE 92, 241, 244.

⁴³⁴ BSG, Urt. v. 11.3.2004 – B 13 RJ 16/03 R = BSGE 92, 241, 244; *Schmidt-De Caluwe*, S. 149; *Bieback*, SGB 1990, 517, 517; *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 391; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 610; nach *Mönch-Kalina* solle hierdurch insbes. dem einfachgesetzlichen Totalvorbehalt des § 31 SGB I entsprochen werden (vgl. *Mönch-Kalina*, in: Schlegel/Voelzke [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 47).

⁴³⁵ Vgl. zum Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung allgemein: *Ehlers*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 2, Rn. 38 ff.; *Maurer*, AllgVerwR, § 6 Rn. 1 ff.

⁴³⁶ BSG, Urt. v. 16.12.2008 – B 4 AS 77/08 B.

senden Wiedergutmachungsanspruch.⁴³⁷ Der Ansicht, dass dieses Kriterium auch der Abgrenzung zum Schadensersatz diene,⁴³⁸ kann hingegen nicht zugestimmt werden, weil diese Abgrenzung bereits über das Kriterium der Amtshandlungsqualität selbst vollzogen werden soll.⁴³⁹ Vielmehr soll das Kriterium innerhalb einer Gruppe von Amtshandlungen (die aufgrund ihres Amtshandlungscharakters gerade keinen Schadensersatz darstellen) bestimmte Amtshandlungen von einer Herstellungspflicht ausschließen. Selbst wenn die ausgeschlossenen Positionen ggf. über einen Schadensersatzanspruch ausgeglichen werden können,⁴⁴⁰ bedeutet dies nicht, dass „*an sich unzulässige*“ Amtshandlungen deswegen immer auch schadensersatzfähig wären.

(1) Die „*an sich zulässige*“ Amtshandlung – ein rechtliches Paradoxon

Auf den ersten Blick erscheint es naheliegend, rechtswidrige Amtshandlungen vom Anwendungsbereich des Herstellungsanspruchs auszunehmen (keine Herstellung contra legem). Auf den zweiten Blick wirkt diese Forderung aber „*paradox*“⁴⁴¹. Eine Herstellungslage ist schließlich gerade dadurch gekennzeichnet, dass die Situation, die durch das rechtswidrige Verwaltungsverhalten eingetreten ist (einschließlich der eingetretenen Nachteile), dem Gesetz in der Weise entspricht, dass keine andere Rechtsfolge für diese Situation im geschriebenen Recht vorgesehen ist.⁴⁴² Eine sozialrechtliche Naturalrestitution kann deshalb nur dadurch erreicht werden, dass „*einige Normen des Leistungsrechts außer acht gelassen werden*.“⁴⁴³

Durch den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch wird abweichend eine andere Rechtsfolge herbeigeführt, falls ein sozialrechtliche Nachteil wesentlich auf einer Pflichtverletzung der Verwaltung beruht. Obwohl eine derartige Unterscheidung im geschriebenen Recht nicht vorgesehen ist, werden daher über

⁴³⁷ Löwer, NVwZ 1986, 793, 798.

⁴³⁸ Ebsen, DVBl. 1987, 389, 394 f.; Pietzner/Müller, VerwArch. 85 [1994], 603, 610.

⁴³⁹ Vgl. Kap. 1 B.II.2.

⁴⁴⁰ Vgl. BSG, Urt. v. 18.8.1983 – 11 RA 60/82 = BSGE 55, 261, 263 f.; BSG, Urt. v. 18.8.1983 – 11 RA 60/82 = BSGE 55, 261, 262; BSG, Urt. v. 15.12.1999 – B 9 V 12/99 R = SozR 3-1200 § 14 Nr. 28; BSG, Urt. v. 27.1.2000 – B 12 KR 10/99 R = SozR 3-2400 § 28h Nr. 11.

⁴⁴¹ Wallerath, DÖV 1994, 757, 760; vgl. auch: Waßer, JA 2001, 137, 141.

⁴⁴² Vor der Bewilligung einer Rente ist nach § 19 SGB IV i.V.m. §§ 115, 99 SGB VI ein entsprechender Rentenantrag zu stellen. Wenn ohne einen entsprechenden Antrag die Rente als Antragsleistung nicht gewährt wird, entspricht dies den dargestellten Regelungen. Tatsächlich bleibt es auch bei jeder anderen Vergleichsperson, die keinen Rentenantrag gestellt hat, bei diesem Ergebnis, wenn die fehlende Antragstellung nicht wesentlich auf einer hoheitlichen Pflichtverletzung beruht.

⁴⁴³ Bieback, DVBl. 1983, 159, 160; vgl. auch: Hattstein, Betreuungspflichten, S. 236; Schmitz, ZfSH/SGB 2006, 393, 396.

den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch die Herstellungsfälle einer Lösung zugeführt, die im geschriebenen Recht nicht angeordnet ist. Diese andere Behandlung verändert damit das Ergebnis der gesetzlichen Vorschrift, das eigentlich – d.h. ohne Herstellung – für diese Situation gelten würde. Wo dies nicht der Fall ist, bedürfte es des Herstellungsanspruchs gar nicht.⁴⁴⁴ Es ist also gerade ein Wesensmerkmal des Herstellungsanspruchs, dass über ihn immer ein – i.S.d. geschriebenen Rechts – rechtswidriges Verwaltungsverhalten beansprucht wird.⁴⁴⁵ Dieser Umstand wird auch als „*die rechtsstaatlich bedenkliche ‚Achillesferse‘ eines derartigen Anspruchs*“⁴⁴⁶ beschrieben.⁴⁴⁷

Davon ausgehend wird teilweise ausdrücklich auf einen rechtswidrigen Zustand als Tatbestandsmerkmal des Herstellungsanspruchs verzichtet.⁴⁴⁸ Der durch das Verwaltungsfehlverhalten geschaffene Zustand soll (anders als beim öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch) gerade nicht rechtswidrig sein, weil sonst der sozialrechtliche Herstellungsanspruch keinen Anwendungsbereich mehr hätte.

(2) Handhabung des Merkmals der „an sich zulässigen“ Amtshandlung in der Rechtsprechung des BSG

(a) Bedeutung des Merkmals

Da jedes über den Herstellungsanspruch beanspruchbare Amtshandeln in diesem Sinne rechtswidrig ist, kann das Merkmal des „an sich zulässigen Amtshandelns“ nur als Abgrenzungskriterium innerhalb dieser weiten Gruppe dienen. Unterschieden werden demnach Amtshandlungen, die gesetzlich nicht vorgesehen sind, aber dennoch über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch beansprucht werden können („an sich zulässiges“ Amtshandeln), und Amtshandlungen, die gesetzlich nicht vorgesehen sind und auch nicht über einen

⁴⁴⁴ So auch: BSG, Urt. v. 27.1.2000 – B 12 KR 10/99 R = SozR 3-2400 § 28h Nr. 11; Krasney, ZAP 1996 [Fach 18], 449, 461 m.w.N.; Schoch, VerwArch. 79 [1988], 1, 29.

⁴⁴⁵ Bieback, SGB 1990, 517, 517; Schmidt-De Caluwe, S. 149; Goertz, Herstellungsanspruch, S. 144; Waßer, JA 2001, 137, 140 f.; Pietzner/Müller, VerwArch. 85 [1994], 603, 610.

⁴⁴⁶ OVG NRW, Urt. v. 14.12.2009 – 12 A 3325/08.

⁴⁴⁷ Da die Einschränkung dem Gebot der Gesetzmäßigkeit dient, lässt sich formulieren: „Diese Gesetzwidrigkeit soll im Rahmen der Herstellung gerade die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sichern“ (Brugger, AöR 112 [1987], 389, 395; ausdrücklich zustimmend: Olbertz, S. 32). Paradox bleibt dennoch, dass diesem Gebot gerade dadurch entsprochen werden soll, dass es nach einer erstmaligen zu einer weiteren Missachtung dieses Gesetzes kommt. Dieser vermeidliche Widerspruch ist wiederholt scharf kritisiert worden (vgl. Kap. 1 B.III.2.b.bb.).

⁴⁴⁸ Vgl. Wallerath, DÖV 1987, 505, 514; Krasney, in: FS für Walter Schwarz, S. 383, 395.

Herstellungsanspruch beanspruchbar sind („*an sich unzulässiges*“ Amtshandeln).⁴⁴⁹ Da der Herstellungsanspruch dazu führt, dass einzelne gesetzliche Voraussetzungen fingiert werden bzw. nachteilige Entwicklungen im Wege der Herstellung unberücksichtigt bleiben, ist die Feststellung der Einzelvoraussetzungen entscheidend, über die sich die Verwaltung im Rahmen der Herstellung (nicht) hinwegsetzen darf. Hierdurch wird eine weitere Konturierung der Rechtsfolge des Herstellungsanspruchs erreicht.⁴⁵⁰ Dennoch ist diese Unterscheidung „*wohl das größte Problem des Herstellungsanspruchs*“⁴⁵¹, dem eine „*immense Sprengkraft innewohnt*“⁴⁵².

Die Formulierung, dass hierbei zwischen im Wege der Herstellung ersetzbaren und nichtersetzbaren Voraussetzungen unterschieden werde,⁴⁵³ scheint eine enge Anbindung zur Interpretation i.S.e. *Leistung mittelbar aufgrund des Herstellungsanspruchs* aufzuweisen. Dennoch ist diese Feststellung auch nach anderen Verständnissen der Wirkungsweise erforderlich, weil immer die Frage auftritt, ob der Herstellungsanspruch eine Rechtsfolge gewähren kann, die das geschriebene Recht für diesen Einzelfall nicht (mehr) vorsieht. Der Herstellungsanspruch setzt sich deshalb notwendigerweise über die Nichtverwirklichung oder Verwirklichung bestimmter Voraussetzungen hinweg. Trefender ist daher eine Betonung der Disponibilität von Voraussetzungen im Wege der Herstellung,⁴⁵⁴ die das Augenmerk auf die Frage lenkt, ob/wann von einer bestimmten Rechtsfolge im Wege der Herstellung abgewichen werden kann bzw. muss. Da der eigentliche Bezugspunkt der „*Zulässigkeit*“ nicht das Amtshandeln selbst ist, sondern der Zustand, der im Wege der Herstellung durch dieses Amtshandeln geschaffen werden

⁴⁴⁹ Die Problematik dieses rechtlichen Dilemmas reißt an: BSG, Urt. v. 27.1.2000 – B 12 KR 10/99 R = SozR 3-2400 § 28h Nr. 11.

⁴⁵⁰ Wenn jegliches Amtshandeln i.S. jeglichen rechtswidrigen Amtshandelns über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch beanspruchbar wäre, würde dies zu geradezu absurden Ergebnissen/Fallgestaltungen führen. Dann wäre es bspw. denkbar, dass ein Versicherungsträger, der im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs verpflichtet ist, nachträglich die Zahlung freiwilliger Beiträge eines Versicherten entgegenezunehmen, diese Beiträge (rechtswidrig) vom Rentenkonto eines anderen Versicherten Beiträge umgebucht werden (etwa weil dieser privatrechtliche Schulden bei dem Betroffenen hatte und der geschuldete Geldbetrag ohnehin zur Beitragsnachentrichtung genutzt worden wäre). Die Fallgestaltungen sind dabei beliebig erweiterbar.

⁴⁵¹ *Mrozynski*, § 14 SGB I, Rn. 38.

⁴⁵² *Frohn*, JURA 1989, 523, 528.

⁴⁵³ Etwa: BSG, Urt. v. 1.4.2004 – B 7 AL 52/03 R = BSGE 92, 267, 279; BSG, Urt. v. 30.3.1995 – 7 RAr 22/94 = BSGE 76, 84, 91; BSG, Urt. v. 25.1.1994 – 7 RAr 50/93 = SozR 3-4100 § 249e Nr. 4; *May*, RV 2010, 218, 219 f.).

⁴⁵⁴ Vgl. *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 391; *Fichte*, in: Erlenkämper/Fichte [Hg.], SozR, II 7 Rn. 22; *Olbertz*, S. 30. *Marschner* spricht in diesem Zusammenhang von Gesetzesregelungen, die durch den Herstellungsanspruch ersetzbar oder nicht ersetzbar sind (*Marschner*, ZfSH/SGB 1997, 599, 599 f.).

würde,⁴⁵⁵ kann eine Herstellung nur dann in Betracht kommen, wenn dieser Zustand dem Gesetzeszweck entspricht.⁴⁵⁶ Dem Zweck des Gesetzes kann der herzustellende Zustand allerdings nur entsprechen, falls die gesetzlichen Voraussetzungen, die ohne Herstellungsanspruch eine andere Rechtsfolge hervorbringen, bzgl. einer Herstellung disponibel sind.

Für den Folgenbeseitigungsanspruch ist ein vergleichbarer Ausschluss anerkannt, sofern die Folgenbeseitigung rechtlich unmöglich sein sollte.⁴⁵⁷ Insofern kann das Kriterium des „*an sich zulässigen*“ Amtshandeln als eine Sonderform der „*rechtlichen Unmöglichkeit*“ bzgl. des Herstellungsanspruchs verstanden werden.⁴⁵⁸

(b) Präzisierung des Merkmals

Der Bedeutung des „*an sich zulässigen*“ Amtshandelns versucht die Rechtsprechung durch weitere Konturen/Abgrenzungsformeln gerecht zu werden, die in der Sache nicht voneinander abweichen,⁴⁵⁹ da inhaltlich dieselbe Unterscheidung angestrebt wird. Die Bedeutung der einzelnen Abgrenzungsformeln ergibt sich vorwiegend daraus, dass sie Aspekte offenlegen, die die Gerichte bei der Grenzziehung berücksichtigen wollen.⁴⁶⁰ Sie dienen auf diese Weise der inhaltlichen Konturierung des Merkmals der „*an sich zulässigen*“ Amtshandlung und sollen hier von diesem Begriff miterfasst werden.

So wird z.B. darauf abgestellt, ob „*eine rückwirkende Korrektur [...] ihrer Art nach überhaupt rechtlich zugelassen ist. Nicht verlangt werden können Verwaltungsentscheidungen, für die das Recht keinerlei Grundlage bietet.*“⁴⁶¹ Bedeutung wurde dabei der Einschätzung zugesprochen, ob der auszugleichende Nachteil der sozialrechtlichen Gestaltung durch die Verwaltung zugänglich

⁴⁵⁵ Vgl. BSG, Urt. v. 28.9.2010 – B 1 KR 31/09 R; BSG, Urt. v. 8.3.1990 – 3 RK 9/89 = SozR 3-2200 § 183 Nr. 1.

⁴⁵⁶ BSG, Urt. v. 16.12.2008 – B 4 AS 77/08 B.

⁴⁵⁷ Vgl. BVerwGE 94, 100, 111; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR I, § 52, Rn. 23.

⁴⁵⁸ So auch: *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 40 ff.; 141 ff.; *Olbertz*, S. 29 f.; *Wallerath*, DÖV 1987, 505, 514.

⁴⁵⁹ Dass das BSG mit den Umschreibungen in der Sache nichts anderes meint, zeigt sich bspw. daran, dass die verschiedenen Umschreibungen zur gegenseitigen Erläuterung herangezogen werden (etwa: BSG, Urt. v. 15.10.1985 – 11a RA 39/84 = SozR 1200 § 14 Nr. 21; BSG, Urt. v. 14.2.2001 – B 9 V 9/00 R = BSGE 87, 280, 286); vgl. auch: *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 144 ff.; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 610; *Schmidt-De Caluwe*, S. 149; *Waßer*, JA 2001, 137, 141; **a.A.** wohl noch: *Bieback*, SGb 1990, 517, 518; *Kreßel*, NZS 1994, 395, 396 ff.

⁴⁶⁰ BSG, Urt. v. 30.3.1995 – 7 RAr 22/94 = BSGE 76, 84, 91; *Fichte* spricht in diesem Zusammenhang von im Wege der Herstellung „*disponiblen und nicht disponiblen Elementen*“ (*Fichte*, in: Erlenkämper/Fichte [Hg.], SozR, II 7 Rn. 22).

⁴⁶¹ BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 80.

sei.⁴⁶² Diese Anforderungen wurden teilweise sehr eng⁴⁶³ und teilweise auch sehr weit⁴⁶⁴ von den unterschiedlichen Senaten des BSG interpretiert. Einigkeit besteht in der Frage, dass jedenfalls nicht alle gesetzlichen Voraussetzungen eingetreten sein müssen, weil sonst der sozialrechtliche Herstellungsanspruch keinen Anwendungsbereich mehr hätte. Daneben wies das Gericht darauf hin, dass eine Herstellungspflicht „*nicht für außerhalb des Sozialrechtsverhältnisses liegende Tatbestände [gilt], die nach materiellem Recht für das Entstehen des Sozialrechtsanspruchs erforderlich sind.*“⁴⁶⁵ Schließlich dürfe kein anderer Sachverhalt als der tatsächlich vorliegende unterstellt werden.⁴⁶⁶

Überdies sind Bemühungen erkennbar, die Abgrenzung stärker anhand des Gesetzeszweckes vorzunehmen.⁴⁶⁷ Diese teleologische Betrachtung sollte darauf abstellen, „*welche Funktion der zu ersetzenden Handlung im Rahmen des Gesetzeszwecks zukommt.*“⁴⁶⁸

(c) Einzelfälle

Das Merkmal der „*an sich zulässigen*“ Amtshandlung ermöglicht eine Argumentation anhand der Besonderheiten der konkret vorliegenden sozialrechtlichen Beeinträchtigung, die ggf. zu einem Ausschluss ihrer Restitution führt. Die Ergebnisse zu der Frage nach der Zulässigkeit einer Amtshandlung haben

⁴⁶² BSG, Urt. v. 15.12.1994 – 4 RA 64/93 = SozR 3–2600 § 58 Nr. 2; BSG, Urt. v. 20.9.2001 – B 11 AL 35/01 R = BSGE 89, 13, 17.

⁴⁶³ So ging das BSG oftmals von einem sehr engen Verständnis aus, nach dem das Amtshandeln nach Art, Bezeichnung, Inhalt und ihrer wesentlichen Struktur nach im Gesetz vorgesehen sein müsse (vgl. BSG, Urt. v. 18.8.1983 – 11 RA 60/82 = BSGE 55, 261, 263; BSG, Urt. v. 15.10.1985 – 11a RA 39/84 = SozR 1200 § 14 Nr. 21; BSG, Urt. v. 1.2.1995 – 13 RJ 5/94 = SozR 3–2600 § 58 Nr. 3).

⁴⁶⁴ Teilweise soll jedes Amtshandeln „*an sich zulässig*“ sein, das nicht ausdrücklich gesetzlich ausgeschlossen ist (vgl. BSG, Urt. v. 25.10.1985 – 12 RK 42/85 = BSGE 59, 60, 65; *Schmidt-De Caluwe*, S. 149 m.w.N.).

⁴⁶⁵ BSG, Urt. v. 26.9.1989 – 11 Rar 79/89 = BSGE 65, 293, 299; dieselbe Formulierung bei: BSG, Urt. v. 21.3.1990 – 7 RAr 36/88 = BSGE 66, 258, 265 f.; vgl. auch: BSG, Urt. v. 12.7.1989 – 7 RAr 62/88 = NZA 1990, 76, 77; BSG, Urt. v. 11.11.1982 – 7 RAr 24/80 = AuB 1984, 58, 59; BSG, Urt. v. 12.12.1984 – 7 RAr 74/83 = SozR 4100 § 56 Nr. 18; BSG, Urt. v. 21.3.1990 – 7 RAr 36/88 = BSGE 66, 258, 265 f.

⁴⁶⁶ BSG, Urt. v. 26.9.1989 – 11 Rar 79/89 = BSGE 65, 293, 299; BSG, Urt. v. 31.1.2006 – B 11a AL 15/05 R m.w.N.; BSG, Urt. v. 11.11.1982 – 7 RAr 16/82 = AuB 1984, 91.

⁴⁶⁷ BSG, Urt. v. 8.3.1990 – 3 RK 9/89 = SozR 3-2200 § 183 Nr. 1; BSG, Urt. v. 27.1.2005 – B 7a/7 AL 20/04 R = SozR 4-4300 § 77 Nr. 2; BSG, Urt. v. 16.12.2008 – B 4 AS 77/08 B; BSG, Urt. v. 12.12.1984 – 7 RAr 74/83 = SozR 4100 § 56 Nr. 18; BSG, Urt. v. 29.1.2008 – B 7/7a AL 68/06 R = BSGE 100, 6, 11.

⁴⁶⁸ BSG, Urt. v. 27.1.2005 – B 7a/7 AL 20/04 R = SozR 4-4300 § 77 Nr. 2 = NZS 2006, 104, 107.

demnach zu einer Fülle von Einzelfallentscheidungen geführt, wobei davon ausgegangen werden kann, dass ein „*an sich zulässiges*“ Amtshandeln vorliegen soll, wenn nicht ausdrücklich dessen Unzulässigkeit herausgestellt wird.

Nach der Rechtsprechung ist keine „*an sich zulässige*“ Amtshandlung gegeben u.a. in Bezug auf: Amtshandlungen, die nicht in den Zuständigkeitsbereich des durch den Herstellungsanspruch verpflichteten Verwaltungsrechtsträger fallen,⁴⁶⁹ die Erfüllung eines Rentenanspruchs ohne entsprechende Beitragsleistungen oder die Erfüllung der Wartezeit (lediglich die Zulassung der Nachentrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen wäre ggf. möglich),⁴⁷⁰ die Überwindung bestimmter Ausschlussfristen,⁴⁷¹ den gleichzeitigen Bezug von Arbeitslosenhilfe und Altersrente,⁴⁷² die Rückabwicklung eines bereits abgeschlossenen Sozialversicherungsverhältnisses,⁴⁷³ die Berücksichtigung eines fiktiv höheren Arbeitsentgeltes als Berechnungsgrundlage für den Anspruch auf Arbeitslosenhilfe,⁴⁷⁴ die Berücksichtigung eines fiktiven Lohnsteuerklassenwechsels bei der Berechnung des Anspruchs auf Arbeitslosengeld,⁴⁷⁵ das Anerkenntnis von (fehlender) Bedürftigkeit im Rahmen eines Anspruchs auf Arbeitslosenhilfe,⁴⁷⁶ das Nachholen oder die Fiktion einer unterlassenen (zivilrechtlichen) Vertragsdisposition, die in der Gestaltungsmacht des Bürgers liegt,⁴⁷⁷ die Anerkennung unzureichend getroffener Schutzvorkehrungen im Winterbau als ausreichend,⁴⁷⁸ das Außerachtlassen nichtbestehender Eingliederungschancen,⁴⁷⁹ die rechtzeitige Anzeige eines Arbeitsausfalls als Voraussetzung für den Anspruch auf Kurzarbeitergeld,⁴⁸⁰ die tatsächliche Verfügbarkeit eines Arbeitslosen für den deutschen Arbeitsmarkt,⁴⁸¹ das Unterstellen einer nicht bestehenden Anwartschaft,⁴⁸² die Möglichkeit einer nachträglichen Aufstockung/Aufspaltung/Zusammenlegung/Verschiebung von

⁴⁶⁹ Vgl. BSG, Urt. v. 13.12.1984 – 11 RA 68/83 = BSGE 57, 288, 290; BSG, Urt. v. 14.2.2001 – B 9 V 9/00 R = BSGE 87, 280, 286; BSG, Urt. v. 15.12.1999 – B 9 V 12/99 R = SozR 3-1200 § 14 Nr. 28.

⁴⁷⁰ Vgl. BSG, Urt. v. 25.10.1985 – 12 RK 42/85 = BSGE 59, 60, 62 ff.

⁴⁷¹ Vgl. BSG, Urt. v. 31.1.2006 – B 11a AL 15/05 R.

⁴⁷² Vgl. BSG, Urt. v. 29.10.1997 – 7 RAr 10/97 = BSGE 81, 134, 142 f.; hierbei scheint sich allerdings in vielen Fällen eine Lösung über das Verbot der Besserstellung anzubieten.

⁴⁷³ BSG, Urt. v. 26.10.1965 – 11/1 RA 98/63 = BSGE 24, 45, 48; BSG, Urt. v. 28.5.1980 – 5 RKn 21/79 = BSGE 50, 129, 131 f. m.w.N.; *Olbertz*, S. 35; *Krause/Sattler*, in: *Gitter/Wannagat* [Hg.], *JbSR* 2000, S. 43, 46.

⁴⁷⁴ BSG, Urt. v. 12.5.1982 – 7 RAr 7/81.

⁴⁷⁵ BSG, Urt. v. 10.12.1980 – 7 RAr 14/78; BSG, Urt. v. 30.5.1990 – 11 RAr 95/89; BSG, Urt. v. 6.4.2006 – B 7a AL 82/05 R; **a.A.:** BSG, Urt. v. 1.4.2004 – B 7 AL 52/03 R = BSGE 92, 267, 280 ff.; kritisch zu dieser Entscheidung: *Krause/Sattler*, in: *Udsching/Rolfs* [Hg.], *JbSR* 2005/2006, S. 139, 144 ff.

⁴⁷⁶ BSG, Urt. v. 22.3.1989 – 7 RAr 80/87 = BSGE 65, 21, 26.

⁴⁷⁷ BSG, Urt. v. 15.4.2008 – B 14 AS 27/07 R; BSG, Urt. v. 16.12.2008 – B 4 AS 77/08 B.

⁴⁷⁸ BSG, Urt. v. 11.11.1982 – 7 RAr 16/82 = AuB 1984, 91.

⁴⁷⁹ BSG, Urt. v. 12.12.1984 – 7 RAr 74/83 = SozR 4100 § 56 Nr. 18.

⁴⁸⁰ BSG, Urt. v. 14.2.1989 – 7 RAr 18/87 = SozR 4100 § 66 Nr. 2.

⁴⁸¹ BSG, Urt. v. 11.11.1982 – 7 RAr 24/80 = AuB 1984, 58, 59.

⁴⁸² BSG, Urt. v. 26.9.1989 – 11 RAr 79/89 = BSGE 65, 293, 299.

Sozialversicherungsbeiträgen,⁴⁸³ die vollumfängliche Erstattung von Sozialversicherungsbeiträgen wegen des Erlöschens der Beitragszeiten, die durch diese Beiträge begründet wurden,⁴⁸⁴ die Umdeutung von freiwilligen Beiträgen in Pflichtbeiträge,⁴⁸⁵ die Zahlung von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung durch die Einzugsstelle,⁴⁸⁶ die Unterstellung einer Zahlung von Krankengeld bzgl. eines Zeitraumes, für den dem Betroffenen eine Rente wegen Erwerbsunfähigkeit gewährt wurde,⁴⁸⁷ die Unterstellung der Rechtswidrigkeit einer Weigerung der Gewährung von Arbeitslosenhilfe im Rahmen eines Rentenanspruchs der gesetzlichen Rentenversicherung, wenn diese Weigerung durch Verwaltungsakt erfolgte und dieser nicht angegriffen wurde,⁴⁸⁸ die Änderung von Pfändungs- und Überweisungsbeschlüssen,⁴⁸⁹ die ausstehende Zulassung eines Arztes zur vertragsärztlichen Versorgung,⁴⁹⁰ die von § 28a II 3 Nr. 3 SGB III a.F. (§ 28a V SGB III) abweichende Aufrechterhaltung des Versicherungsverhältnisses.⁴⁹¹

(d) „Unechte Subsidiarität“ bzw. Unzulässigkeit wegen gesetzlicher Strukturprinzipien

Eine rechtliche Unzulässigkeit der Anwendung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs kann sich auch daraus ergeben, dass eine Herstellung allgemein gegen einen Sondergedanken oder eine Zielsetzung eines sozialrechtlichen Sonderbereiches verstoßen würde.⁴⁹² Schließlich liegt eine „*an sich unzulässige*“ Amtshandlung auch dann vor, wenn ggf. jede denkbare Amtshandlung innerhalb eines bestimmten Rechtsgebiets „*an sich unzulässig*“ ist. Der Anspruchsausschluss kann insofern auch den materiell-rechtlichen Besonderheiten eines Rechtsgebietes geschuldet sein. Sofern man hierbei von einer Subsidiarität des Herstellungsanspruchs gegenüber dem besonderen Rechtsgebiet spre-

⁴⁸³ Vgl. BSG, Urt. v. 25.10.1985 – 12 RK 42/85 = BSGE 59, 60, 63 ff. m.w.N. (auch zu den Ausnahmen).

⁴⁸⁴ BSG, Urt. v. 12.11.1980 – 1 RA 45/79 = SozR 1200 § 14 Nr. 9. Überhaupt scheint das BSG inzwischen dazu zu tendieren, dass jegliche Erstattung bzw. Rückzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen über den Herstellungsanspruch eine „*an sich unzulässige*“ Amtshandlung darstelle (vgl. BSG, Urt. v. 24.3.1983 – 1 RJ 92/81 = BSGE 55, 40, 43 f.; BSG, Urt. v. 15.10.1985 – 11a RA 39/84 = SozR 1200 § 14 Nr. 21; BSG, Urt. v. 25.10.1985 – 12 RK 42/85 = BSGE 59, 60, 66; BSG, Urt. v. 18.8.1983 – 11 RA 60/82 = BSGE 55, 261, 264; **a.A.:** BSG, Urt. v. 19.2.1987 – 12 RK 55/84 = BSGE 61, 175, 176; BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 91; BSG, Urt. v. 26.6.1980 – 5 RJ 126/78).

⁴⁸⁵ Vgl. BSG, Urt. v. 16.6.1994 – 13 RJ 25/93 = SozR 3-1200 § 14 Nr. 15.

⁴⁸⁶ BSG, Urt. v. 27.1.2000 – B 12 KR 10/99 R = SozR 3-2400 § 28h Nr. 11.

⁴⁸⁷ BSG, Urt. v. 8.3.1990 – 3 RK 9/89 = SozR 3-2200 § 183 Nr. 1.

⁴⁸⁸ BSG, Urt. v. 19.6.1997 – 13 RJ 99/96.

⁴⁸⁹ BSG, Urt. v. 15.12.1999 – B 9 V 12/99 R = SozR 3-1200 § 14 Nr. 28.

⁴⁹⁰ LSG Baden-Württemberg, Beschl. v. 20.3.2006 – L 5 KA 415/06 ER-B.

⁴⁹¹ BSG, Urt. v. 30.3.2011 – B 12 AL 2/09 R = SozR 4-4300 § 28a Nr. 3.

⁴⁹² Statt vieler: Wallerath, DÖV 1987, 505, 514; Schmitz, ZfSH/SGB 2006, 393, 398.

chen will,⁴⁹³ empfiehlt sich der Begriff der „*unechten Subsidiarität*“.⁴⁹⁴ Für diese Situation hat sich auch die Beschreibung als entgegenstehendes „*Strukturprinzip des Gesetzes*“⁴⁹⁵ etabliert.

So haben bspw. die Verwaltungsgerichte in der Vergangenheit die Ansicht vertreten, dass ein Herstellungsanspruch im Bereich der Sozialhilfe ausscheide, weil sonst gegen den Grundsatz „*Keine Hilfe für die Vergangenheit*“ verstoßen werde.⁴⁹⁶ Auch das BSG erkennt diesen Ausschlussgrund der Herstellung an und hält ihn ggf. im Bereich des WoGG (aufgrund eines restriktiven Charakters) für einschlägig.⁴⁹⁷

(e) „*An sich zulässiges Amtshandeln*“ – Tatbestandsmerkmal, Einwendung oder Einrede?

Teilweise wird in der Zulässigkeit des Amtshandelns ein weiteres Tatbestandsmerkmal des Herstellungsanspruchs gesehen.⁴⁹⁸ Überzeugender ist allerdings die Annahme einer (rechtshindernden oder –vernichtenden) Einwendung, weil das Kriterium darauf abzielt, einzelne (unzulässige) Amtshandlungen von der Rechtsfolge auszuschließen.⁴⁹⁹ Denknotwenig muss daher feststehen, welche Amtshandlungen im vorliegenden Einzelfall für die Verwirklichung der sozialrechtlichen Naturalrestitution vorzunehmen sind, bevor untersucht werden kann, ob die Verwaltung überhaupt zur Vornahme dieser Amtshandlungen verpflichtet werden darf.

⁴⁹³ Etwa: *Reinhardt*, in: Krahermer [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 16.

⁴⁹⁴ Der Begriff der „*echten*“ Subsidiarität sollte den Fallgestaltungen vorbehalten bleiben, in denen der sozialrechtliche Herstellungsanspruch durch eine bestimmte Korrekturregelung verdrängt oder modifiziert wird. Mit dem Begriff der „*unechten*“ Subsidiarität ist hingegen die Situation gemeint, dass der Herstellungsanspruch aufgrund der Besonderheiten eines Rechtsgebietes – bspw. einem besonderen Rechtsgedanken – ausscheiden soll, ohne dass eine Verdrängung durch einzelne Korrekturinstrumente/Regelungen dieses Rechtsgebietes erfolgen muss.

⁴⁹⁵ *Schmitz*, ZfSH/SGB 2006, 393, 398; vgl. auch: OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21.2.1985 – 12 A 94/84 = NVwZ 1985, 509, 510.

⁴⁹⁶ Vgl. BVerwG, Urt. v. 29.7.1982 – 5 B 27/82; OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21.2.1985 – 12 A 94/84 = NVwZ 1985, 509; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 611 ff.

⁴⁹⁷ BSG, Urt. v. 2.2.2006 – B 10 EG 9/05 R = BSGE 96, 44, 53.

⁴⁹⁸ BSG, Urt. v. 1.4.2004 – B 7 AL 52/03 R = BSGE 92, 267, 279; BSG, Urt. v. 26.4.2005 – B 5 RJ 6/04 R = SozR 4-2600 § 4 Nr. 2; BSG, Urt. v. 21.6.2001 – B 7 AL 6/00 R; *Löcher*, SozVers 2001, 85, 89; *Bieback*, SGB 1986, 36, 36.

⁴⁹⁹ Aufgrund der allgemeinen Struktur von Tatbestandsmerkmalen, so im Ergebnis auch: *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 36 ff. Das Merkmal kann nicht als (dauerhafte) rechtshemmende Einrede der Verwaltung gegen den Herstellungsanspruch verstanden werden, weil es – aufgrund der Ableitung aus dem Rechtsstaatsprinzip – den Anspruch einschränkt, unabhängig davon, ob die Unzulässigkeit eines Amtshandelns durch die Verwaltung geltend gemacht wird (*Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 41 f.).

(3) Kritik der sozialrechtlichen Literatur an diesem Kriterium

Die Notwendigkeit eines Eingrenzungskriteriums wie der „*an sich zulässigen*“ Amtshandlung ist innerhalb der sozialrechtlichen Literatur weitestgehend unbestritten.⁵⁰⁰ Umstritten ist vielmehr, ob die einzelnen Ergebnisse der Rechtsprechung überzeugend begründet sind. So wird kritisiert, dass die Rechtsprechung bzgl. der „*an sich zulässigen*“ Amtshandlung weder zu vorhersehbaren Ergebnissen führe noch die nötige Trennschärfe erreiche.⁵⁰¹ Tatsächlich muss dieser Kritik zugestanden werden, dass nicht alle Ent-/Unterscheidungen ausgehend von den eigenen Kriterien des BSG nachvollziehbar sind.

(a) Mangelnde Aussagekraft der Unterscheidungskriterien des BSG

Wenn entscheidend darauf abgestellt wird, ob die begehrte Amtshandlung ihrer Art, Bezeichnung, ihrem Inhalt und ihrer wesentlichen Struktur nach im Gesetz vorgesehen ist, können hiermit nicht die Amtshandlungen gemeint sein, wie sie tatsächlich im Gesetz geregelt sind. Diese Formel kann daher nur als Frage verstanden werden, ob das Amtshandeln (obwohl ungeregelt) noch in einem ausreichenden Maße auf das Gesetz zurückgeführt werden kann („*strukturähnlich*“⁵⁰² ist) oder durch die bestehenden Regelungen ausgeschlossen wird.

⁵⁰⁰ Vereinzelt wird vertreten, dass das Merkmal der „*an sich zulässigen*“ Amtshandlung gänzlich aufgegeben werden könne, da es überflüssig sei; wenn ein sozialrechtlicher Vorteil nach früherer Rechtslage erreicht worden wäre, sei die Herstellung unbedingt zuzulassen, weil dies zu eindeutig(er)en Entscheidungen führe (Adolf, Herstellungsanspruch, S. 223). Diese Vorstellung ist entschieden zurückzuweisen. Zunächst ist festzuhalten, dass eindeutige(re) Entscheidungen nicht deshalb bereits zutreffende(re) Entscheidungen sind. Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch würde sich in die Richtung eines allgemeinen Wiedergutmachungsanspruchs (zurück-) entwickeln, da diese Ansicht das rechtliche Spannungsfeld übersieht, in dem die Rechtsfolge des Herstellungsanspruchs steht. Die Beschreibung einer Anspruchsrichtung bedeutet nicht, dass die Verwaltung jedes Mittel – beim sozialrechtlichen Herstellungsanspruch sogar jedes rechtswidrige Mittel – einsetzen darf/muss, um dieses Ziel zu erreichen. Vielmehr überzeugt es auch, den gangbaren Weg zum Ziel der Herstellung näher zu betrachten. Da der herzustellende Zustand theoretisch durch verschiedene rechtswidrige Handlungen erreicht werden könnte, reicht es nicht aus, allein das Ziel der Herstellung zu benennen. Es bedarf vielmehr eines Filterinstruments, wie des Kriteriums der „*an sich zulässigen*“ Amtshandlung, um einerseits absurde Ergebnisse zu vermeiden und andererseits dem Gesetzgeber die Möglichkeit zu erhalten, einzelne Fälle ggf. aus Herstellungspflicht auch herausnehmen zu können. Ein solches Merkmal ist nötig, wenn man sicherstellen möchte, dass die Herstellung rechtlich zulässig bleibt.

⁵⁰¹ Etwa: Bieback, SGB 1990, 517, 517 f.; Olbertz, S. 36; Schmidt-De Caluwe, S. 134, 149; Ebsen, DVBl. 1987, 389, 391; wohl auch: Adolf, Herstellungsanspruch, S. 223.

⁵⁰² Goertz, Herstellungsanspruch, S. 144.

Wann eine dabei (noch) ausreichende Strukturähnlichkeit gegeben sein soll, bleibt letztlich zu unbestimmt, um tatsächlich eine verlässliche Anwendung dieser Abgrenzungsformel zu ermöglichen.⁵⁰³

Bspw. lässt sich über § 26 SGB IV begründen, dass das Gesetz einen Erstattungsanspruch hinsichtlich der Sozialversicherungsbeiträge kennt, die zu Unrecht gezahlt wurden. Obwohl das Gesetz keine vergleichbare, ausdrückliche Regelung für Beiträge kennt, die zu Recht gezahlt wurden, hat das BSG eine solche Rechtsfolge – nach einigen Kehrtwendungen des Gerichts – vereinzelt über den Herstellungsanspruch zugesprochen.⁵⁰⁴ Als weiteres Beispiel für die mangelnde Aussagekraft dieser Abgrenzungsformel kann auf die Rechtsprechung zur Kostenerstattung bei selbstbeschaffter Sachleistung in der gesetzlichen Krankenversicherung verwiesen werden. Obwohl vor der Einführung des § 13 III SGB V im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung keine entsprechende Regelung existierte, die bei einer unrechtmäßigen Verweigerung der Sachleistung (einer Verletzung der Hauptleistungspflicht) eine Erstattung der entstandenen Kosten gegenüber dem Versicherten angeordnet hätte, hat das BSG in der Vergangenheit – ohne näheres Eingehen auf das Kriterium der „*an sich zulässigen*“ Amtshandlung – in diesen Konstellationen die Erstattung der entstandenen Kosten über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch gewährt. Vor dem Hintergrund des in der gesetzlichen Krankenversicherung geltenden Prinzips der Sachleistung (als Verpflichtung zur Leistung in natura) kann schwerlich begründet werden, dass gerade eine Kostenerstattung für diese Fälle eine rechtliche Grundlage im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung gehabt hätte⁵⁰⁵ – geschweige denn sogar nach Art, Bezeichnung, Struktur und Inhalt im Gesetz vorhanden gewesen wäre.⁵⁰⁶

Aber auch die anderen Unterscheidungsformeln lassen bislang die erforderliche Trennschärfe vermissen. Die Fragestellung, ob ein Umstand innerhalb oder außerhalb des Sozialrechtsverhältnisses liegt, verdeutlicht zwar das Bemühen, die tatsächlichen Umstände des jeweiligen Sachverhaltes unverändert zu lassen und

⁵⁰³ Kritisch zu dieser Abgrenzungsformel ebenfalls: *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 145 ff.; *Schmidt-De Caluwe*, S. 134; *Waßer*, JA 2001, 137, 141; *Wallerath*, DÖV 1987, 505, 514; *Kreßel*, NZS 1994, 395, 397; *Gagel*, SGB 2000, 517, 518; *Schmitz*, ZfSH/SGB 2006, 393, 396 f.

⁵⁰⁴ Etwa: BSG, Urt. v. 25.10.1985 – 12 RK 42/85 = BSGE 59, 60, 63 ff. m.w.N.; BSG, Urt. v. 19.2.1987 – 12 RK 55/84 = BSGE 61, 175, 176; *Mrozynski*, § 14 SGB I, Rn. 36 f. m.w.N.; *von Koch*, NZS 1998, 167, 171; ausführlich zu sich widersprechenden Entscheidungen in diesem Zusammenhang: *Amberg*, Divergierende Rechtsprechung, S. 23 ff. („*Der Rechtsunterworfenen weiß nach dem Studium dieser Rechtsprechung also nicht, ob eine Klage auf Erstattung rechtmäßig geleisteter Beiträge im Rahmen des Herstellungsanspruchs Erfolg haben kann oder nicht.*“ [S. 27]).

⁵⁰⁵ Kritisch zu diesen Entscheidungen daher auch: *Baier*, in: Krauskopf, 83. EGL., § 14 SGB I, Rn. 9; *Olbertz*, S. 31 f. m.w.N.

⁵⁰⁶ Dies gilt insbesondere für die Entscheidungen, die vor Einführung des § 13 III SGB V getroffen wurden. Nach Einführung des § 13 III SGB V fiel eine derartige Feststellung grds. leichter; allerdings ist dadurch – geradezu spiegelbildlich – das Problem der Subsidiarität ausgeweitet worden (vgl. Kap. 1 B.III.1.b.bb.).

die Herstellungspflicht auf die angestrebte sozialrechtliche Naturalrestitution zu begrenzen, bleibt bei einer näheren Analyse der bisherigen Rechtsprechung aber praktisch unergiebig. Selbst wenn die rechtliche Restitution *innerhalb* des jeweiligen Sozialrechtsverhältnisses vollzogen werden soll (wofür unverändert von denselben tatsächlichen Umständen ausgegangen wird), ändert dies nichts daran, dass die Rechtsprechung auch zahlreiche tatsächliche Umstände der Herstellungspflicht unterworfen hat, um die rechtliche Naturalrestitution durchzuführen.⁵⁰⁷ Bspw. wurde der (tatsächliche) Bezug von Übergangsgeld,⁵⁰⁸ die Berücksichtigung von rentenversicherungsrechtlichen Ausfallzeiten nach § 1259 I Nr. 3 RVO (a.F.) beim (tatsächlichen) Bezug von Arbeitslosengeld,⁵⁰⁹ ein kürzerer Auslandsaufenthalt⁵¹⁰ oder eine häusliche Krankenpflege statt eines tatsächlichen Aufenthalts im Pflegeheim⁵¹¹ über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch – trotz anderer Wirklichkeit – unterstellt, um so eine andere Sozialleistung rechtlich herzustellen. Auch eine (fehlende) Antragstellung ist letztlich ein tatsächlicher Umstand, der für das materiellrechtliche Entstehen einer Antragsleistung erforderlich ist.⁵¹² Häufig müssen daher bei einer rechtlichen Fiktion i.S.d. Herstellung (auch) bestimmte tatsächliche Voraussetzungen unterstellt oder nicht berücksichtigt werden, obwohl sich die tatsächliche Situation des Betroffenen gerade anders entwickelt hat.⁵¹³

⁵⁰⁷ Vgl. zu Unstimmigkeiten in der Rechtsprechung etwa: BSG, Urt. v. 5.12.1989 – 11 RAr 61/88 m.w.N.

⁵⁰⁸ BSG, Urt. v. 27.4.1989 – 11 RAr 21/88 = SozR 4100 § 134 Nr. 36.

⁵⁰⁹ Vgl. BSG, Urt. v. 24.3.1988 – 5/5b RJ 84/86 = BSGE 63, 112, 114 f.

⁵¹⁰ BSG, Urt. v. 21.7.1977 – 7 RAr 38/76 = BSGE 44, 188, 192.

⁵¹¹ BSG, Urt. v. 30.10.2001 – B 3 KR 27/01 R = BSGE 89, 50, 53 f.; BSG, Urt. v. 13.11.1980 – 7 RAr 44/78 = SozR 6050 Art 69 Nr. 4.

⁵¹² Dies einräumend: BSG, Urt. v. 14.2.2001 – B 9 V 9/00 R = BSGE 87, 280, 286 f.; vgl. auch: *Bieback*, SGB 1990, 517, 518; *Marschner*, ZfSH/SGB 1997, 599, 600.

⁵¹³ Auch wenn weiter präzisiert wird, dass unter einem „*außerhalb des Sozialrechtsverhältnisses liegendem Tatbestand*“ tatsächliche Umstände verstanden sein sollen, die sozialrechtliche Auswirkungen nach sich ziehen (BSG, Urt. v. 21.3.1990 – 7 RAr 36/88 = BSGE 66, 258, 266), muss festgehalten werden, dass das Kriterium weiterhin nicht die zur Unterscheidung nötige Trennschärfe aufweist (vgl. *Schmitz*, ZfSH/SGB 2006, 393, 396). Nach *Kreßel* spricht bereits eine sozialrechtliche Beratungspflicht bzgl. eines Umstands sogar dafür, dass dieser in das Sozialrechtsverhältnis einbezogen sei (NZZ 1994, 395, 397). Schließlich führt der Großteil der Herstellungsfälle dazu, dass (auch) tatsächliche Gegebenheiten unterstellt/außer Acht gelassen werden, die für das Entstehen des Leistungsanspruchs erforderlich gewesen wären (so auch: *Bieback*, SGB 1990, 517, 518; *Krasney*, ZAP 1996 [Fach 18], 449, 463). Selbst wenn der tatsächliche Umstand selbst nicht herstellungsfähig sein sollte, sind es seine rechtlichen Auswirkungen prinzipiell schon (und nur auf diese kommt es für eine rechtliche Korrektur an). Sofern man hingegen behaupten wollte, dass mit dem Begriff des außerhalb des Sozialrechtsverhältnis liegenden Tatbestandes, die tatsächlichen Umstände verstanden werden sollen, die ge-

Diese mangelnde Trennschärfe zeigt sich etwa daran, dass eine fehlende Antragstellung auf Arbeitslosengeld über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch ausgeglichen werden soll⁵¹⁴ – die ebenfalls erforderliche fehlende tatsächliche Verfügbarkeit des Arbeitslosen⁵¹⁵ oder die fehlende Arbeitslosmeldung⁵¹⁶ hingegen nicht. Trotz scharfer Kritik,⁵¹⁷ hält das BSG an dieser Unterscheidung fest.⁵¹⁸

Bzgl. des Wechsels einer Lohnsteuerklasse liegt die Annahme nahe, dass dieser Umstand außerhalb des Sozialrechtsverhältnisses läge.⁵¹⁹ Da die Eintragungsart aber auch sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen hat (vgl. etwa § 137 IV SGB III), kann eine nachteilige Eintragung auch sozialrechtliche Nachteile begründen. Wenn diese sozialrechtlichen Nachteile dann im Rahmen der sozialrechtlichen Rechte und Pflichten korrigiert werden, könnte man auch formulieren, dass die Herstellung innerhalb des Sozialrechtsverhältnisses vollzogen werde.⁵²⁰ Da die Rechtsprechung auch für Umstände außerhalb der jeweiligen Zuständigkeit eine Herstellungspflicht angenommen hat,⁵²¹ kann auch auf die Behördenzuständigkeit nicht zur Konkretisierung zurückgegriffen werden.

Die Problematik der Argumentation mit dem Gesetzeszweck zeigt sich an der Rechtsprechungsänderung zur Zulässigkeit der Herstellung eines Lohnsteuerklassenwechsels. Während dies früher vollständig ausgeschlossen wurde,⁵²² wird nun vereinzelt vertreten, dass diese Rechtsfolge grds. erreichbar sei.⁵²³ In beiden Fällen wird letztlich mit dem Zweck des Gesetzes argumentiert.

rade keinerlei rechtliche Auswirkungen auf das Sozialrechtsverhältnis haben, verliert das Unterscheidungskriterium gänzlich seinen Sinn, weil diese Umstände dann überhaupt keinen korrekturbedürftigen sozialrechtlichen Nachteil bilden.

⁵¹⁴ BSG, Urt. v. 29.9.1987 – 7 RAr 23/86 = BSGE 62, 179, 183.

⁵¹⁵ BSG, Urt. v. 15.5.1985 – 7 RAr 103/83 = BSGE 58, 104, 109 f.; BSG, Urt. v. 11.11.1982 – 7 RAr 24/80 = AuB 1984, 58, 59; BSG, Urt. v. 7.5.2009 – B 11 AL 72/08 B.

⁵¹⁶ BSG, Urt. v. 19.3.1986 – 7 RAr 48/84 = BSGE 60, 43, 48; BSG, Urt. v. 11.6.1987 – 7 RAr 29/86 = BSGE 62, 43, 48; BSG, Urt. v. 11.3.2004 – B 13 RJ 16/03 R = BSGE 92, 241, 244 f.

⁵¹⁷ *Krasney*, ZAP 1996 [Fach 18], 449, 463; *Bieback*, SGB 1990, 517, 522 (der allerdings zu Unrecht behauptet, dass auch das BSG die fehlende Arbeitslosmeldung fingiere), 524 f.; *Fichte*, in: Erlenkämper/Fichte [Hg.], SozR, II 7 Rn. 22; vgl. auch: BSG, Urt. v. 9.8.1990 – 11 RAr 141/88 = SozR 3-4100 § 105a Nr. 2; **a.A.:** *Waßer*, JA 2001, 137, 141; *Kreßel*, NZS 1994, 395, 399 f.; differenzierend hingegen: *Gagel*, SGB 2000, 517, 518.

⁵¹⁸ Etwa: BSG, Urt. v. 11.3.2004 – B 13 RJ 16/03 R = BSGE 92, 241, 244 f.; BSG, Urt. v. 7.5.2009 – B 11 AL 72/08 B.

⁵¹⁹ Etwa: BSG, Urt. v. 10.12.1980 – 7 RAr 14/78; BSG, Urt. v. 30.5.1990 – 11 RAr 95/89; BSG, Urt. v. 6.4.2006 – B 7a AL 82/05 R.

⁵²⁰ Ebenso: *Gagel*, SGB 2000, 517, 518 f.

⁵²¹ Vgl. *Wallerath*, DÖV 1994, 757, 762 m.w.N.

⁵²² Etwa: BSG, Urt. v. 10.12.1980 – 7 RAr 14/78; BSG, Urt. v. 30.5.1990 – 11 RAr 95/89.

⁵²³ BSG, Urt. v. 1.4.2004 – B 7 AL 52/03 R = BSGE 92, 267, 280 ff, auch wenn das Gericht selbst keinen Widerspruch in diesen Aussagen erkennen möchte, sondern aus sei-

(b) Unterschiedliche Lösungsansätze

Während überwiegend Einigkeit darüber besteht, dass die Lösungen des BSG nicht überzeugen, gehen die Meinungen in der Frage auseinander, wonach stattdessen eine nachvollziehbare Differenzierung erfolgen soll.⁵²⁴

(aa) Lösung innerhalb des sozialrechtlichen Nachteils

Zunächst wird vorgeschlagen, die Abgrenzung im Rahmen der Prüfung des sozialrechtlichen Nachteils vorzunehmen, weil keine rechtliche Verschlechterung vorliegen könne, wenn die betroffene Position in einer „*an sich unzulässigen*“ Amtshandlung bestünde.⁵²⁵ Diese Lösung überzeugt allerdings bereits deshalb nicht, weil sie das eigentliche rechtliche Paradoxon nicht auflöst, sondern dieses ungelöst auf die Tatbestandsebene verschiebt.⁵²⁶ Zudem überzeugt diese Ansicht auch konstruktiv nur bedingt.⁵²⁷ Wenn man die Erwägungen mit dem Begriff des sozialrechtlichen Nachteils zusammenprüfen möchte, ist nicht einleuchtend, warum bereits kein sozialrechtlicher Nachteil vorliegen soll, wenn diese Position in der Folge nur durch eine „*an sich unzulässige*“ Amtshandlung ausgeglichen werden kann. Beide Erwägungen sind voneinander unabhängig.

(bb) Lösung über den Sinn und Zweck der einzelnen Norm des Leistungsrechts

Teilweise wird gefordert, die Zulässigkeit einer Herstellung daran zu überprüfen, ob die einzelnen rechtlichen Voraussetzungen, die im Wege der Herstellung ignoriert oder fingiert werden, nach ihrer Funktion für den Zweck der Vorschrift korrigierbar sind.⁵²⁸ Hierfür sei die Frage zu beantworten, ob „*das*

ner Sicht lediglich eine Abgrenzung zu der bisherigen Rechtsprechung vornehmen will (vgl. BSGE 92, 267, 281 f.); **a.A.** wieder: BSG, Urt. v. 6.4.2006 – B 7a AL 82/05 R.

⁵²⁴ Für sich genommen wenig weiterführend ist die Überlegung, dass „*im Rahmen der beim Herstellungsanspruch zu gewährenden Naturalrestitution – die in der Fiktion an sich liegende Rechtswidrigkeit einmal hinweggedacht – der Behörde jedenfalls ansonsten kein rechtswidriges Handeln abverlangt werden darf*“ (Pietzner/Müller, VerwArch. 85 [1994], 603, 610 f.). Da dieses Verständnis schon voraussetzt, dass feststeht, wieweit die Fiktion reichen darf, verleiht es dem Merkmal keine weiteren Konturen.

⁵²⁵ Vgl. etwa: Funk, DAngVers. 1981, 26, 29.

⁵²⁶ Olbertz, S. 37.

⁵²⁷ Kritisch aufgrund allgemeiner Anforderungen an ein Tatbestandsmerkmal auch: Goertz, Herstellungsanspruch, S. 37.

⁵²⁸ Etwa: Wallerath, DÖV 1994, 757, 762 f.; Kreßel, NZS 1994, 395, 396; Waßer, JA 2001, 137, 140 f.; Schmitz, ZfSH/SGB 2006, 393, 397.

gesetzgeberische Leistungsziel noch nachträglich erreichbar ist.“⁵²⁹ Die Betrachtung beschränke sich nicht auf die jeweilige Einzelsvorschrift, sondern erfordere die Ermittlung der Herstellbarkeit des Sozialrechtsverhältnisses in einer rechtlichen Gesamtschau.⁵³⁰ Inzwischen hat auch das BSG diese Gedanken in die Ermittlung des „an sich (un)zulässigen“ Amtshandelns mit aufgenommen.⁵³¹ Dennoch ist auch diese Forderung innerhalb der Literatur ihrerseits auf Kritik gestoßen, weil diese teleologische Lösung einen zu großen eigenen Spielraum des Rechtsanwenders eröffnen würde.⁵³² Auf diese kritische Einschätzung wird daher zurückzukommen sein.⁵³³

Die vereinzelt verwandte Formulierung, dass eine Abwägung anhand des „Schutzzweckes der Norm“ erfolge,⁵³⁴ ist irreführend. Die Frage, ob ein subjektives Recht vor dem Eintritt eines bestimmten sozialrechtlichen Nachteils bewahren soll (dieser also im Schutzzweck der verletzten Norm liegt), hat das BSG richtigerweise zur Kausalitätsfeststellung gezählt.⁵³⁵ Die Frage, ob ein diesen sozialrechtlichen Nachteil ausgleichendes Amtshandeln, das „an sich (un)zulässig“ ist, greift nicht auf den Schutzzweck dieser verletzten Pflicht zurück. Sie dient vielmehr (ausgehend von den ggf. über den Herstellungsanspruch zu verwirklichenden Rechtsfolgen) der Frage, ob der Gesetzzweck – als Telos der herzustellenden Rechte – eine Herstellung fordert, zulässt oder ausschließt.

(cc) Lösung über großzügige Auslegung des Merkmals der „an sich zulässigen“ Amtshandlung

Andere Stimmen meinen, dass über das Zulässigkeitserfordernis nur die Fallgestaltungen ausgeschlossen werden sollen, in denen trotz der Fiktion über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch eine Amtshandlung (aus anderen Gründen) nicht vorgenommen werden könne.⁵³⁶ Daher sei der Begriff der „an sich zulässigen“ Amtshandlung großzügig zu interpretieren und jede Amtshandlung zulässig, die vom Gesetzgeber nicht erkennbar ausgeschlossen worden ist.⁵³⁷ Diese Ansicht greift weitreichende Interpretationen des Merkmals durch die

⁵²⁹ Wallerath, DÖV 1994, 757, 76; ders., in: Schuln [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 67, 85; vgl. auch: Bieback, SGB 1990, 517, 524.

⁵³⁰ Waßer, JA 2001, 137, 141.

⁵³¹ Etwa: BSG, Urt. v. 27.1.2005 – B 7a/7 AL 20/04 R = SozR 4-4300 § 77 Nr. 2 = NZS 2006, 104, 107; BSG, Urt. v. 29.1.2008 – B 7/7a AL 68/06 R = BSGE 100, 6, 11.

⁵³² Goertz, Herstellungsanspruch, S. 157 ff., 161 f.

⁵³³ Vgl. ausführlich hierzu: Kap. 2 B.II.4.c.aa. (3).

⁵³⁴ Etwa: Waßer, JA 2001, 137, 141.

⁵³⁵ Vgl. Kap. 1 b.I.3.b.

⁵³⁶ Mroczynski, § 14 SGB I, Rn. 38.

⁵³⁷ Mroczynski, § 14 SGB I, Rn. 38; wohl auch: Wallerath, DÖV 1987, 505, 514.

Rechtsprechung auf.⁵³⁸ Dies birgt allerdings die allgemeine Gefahr, dass nicht mehr länger begründet werden muss, wenn vom Ergebnis des geschriebenen Rechts abgewichen wird. Vielmehr wird dem Gesetzgeber die Last auferlegt, mögliche Abweichungen vom geschriebenen Recht mitzubedenken und i.S.e. Ausschlusses mitzuregeln, wenn er es – ausnahmsweise – bei der Anwendung des geschriebenen Gesetzes belassen will. Ob dieses Verständnis des Merkmals zulässig ist, soll ebenfalls an späterer Stelle abschließend geklärt werden.⁵³⁹

III. Mögliche Ausschlussgründe des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs

Ein Anspruch auf Herstellung des Zustandes, der ohne die Pflichtverletzung bestanden hätte, kann ausgeschlossen sein, obwohl der Tatbestand erfüllt ist und auch die fraglichen Positionen grds. infolge des Anspruchs hergestellt werden könnten. Neben den allgemeinen Ausschlussgründen gelten für den Herstellungsanspruch die besonderen Einschränkungen der Subsidiarität, eines entgegenstehenden Verwaltungsaktes und der zeitlichen Begrenzung.

1. Subsidiarität des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs

a) Allgemeines

Das BSG betont, dass es nicht Ziel des richterrechtlichen Herstellungsanspruchs sei, gesetzgeberische Entscheidungen zu korrigieren, weil „*dieses richterrechtliche Rechtsinstitut nur normergänzend wirken kann*“⁵⁴⁰. Der Herstellungsanspruch soll daher nur bestehende Regelungslücken schließen, die trotz gesetzlich geregelter (Korrektur-) Vorschriften des Gesetzgebers ungeregelt geblieben sind.⁵⁴¹ Soweit die Folgen einer Pflichtverletzung hingegen abschlie-

⁵³⁸ Etwa: BSG, Urt. v. 25.10.1985 – 12 RK 42/85 = BSGE 59, 60, 65.

⁵³⁹ Vgl. Kap. 2 B 4 c) aa) (3).

⁵⁴⁰ BSG, Urt. v. 2.11.2007 – B 1 KR 14/07 R = BSGE 99, 180, 185; vgl. auch: BSG, Urt. v. 23.7.1986 – 1 RA 31/85 = BSGE 60, 158, 167; BSG, Urt. v. 15.5.1984 – 12 RK 48/82 = BSGE 56, 266, 270; BSG, Urt. v. 8.11.1995 – 13 RJ 5/95 = SozR 3-2600 § 300 Nr. 5.

⁵⁴¹ BSG, Urt. v. 2.11.2007 – B 1 KR 14/07 R = BSGE 99, 180, 185; BSG, Urt. v. 8.2.2007 – B 7a AL 22/06 R = BSGE 98, 108, 111; BSG, Urt. v. 28.1.1999 – B 14 EG 6/98 B = SozR 3-1300 § 44 Nr. 25; BSG, Urt. v. 23.7.1986 – 1 RA 31/85 = BSGE 60, 158, 167; BSG, Urt. v. 19.10.2010 – B 14 AS 16/09 R; BSG, Urt. v. 15.12.1994 – 4 RA 64/93 = SozR 3-2600 § 58 Nr. 2; BSG, Urt. v. 12.12.2007 – B 12 AL 1/06 R = BSGE 99, 271, 273; BSG, Urt. v. 26.6.2007 – B 4 R 19/07 R = SozR 4-1300 § 44 Nr. 12; vgl. auch:

ßend gesetzlich geregelt werden, greift dieses Lückenschließungsargument nicht und der Anspruch tritt subsidiär hinter diese Regelungen zurück.⁵⁴² Die Subsidiarität bewirkt, dass der Anspruchsinhalt modifiziert wird. Einzelne Korrekturmaßnahmen, die mit dem Herstellungsanspruch eigentlich beanspruchbar wären, werden durch die gesetzlichen Vorschriften gesperrt. Diese Sperrwirkung kann hinsichtlich jeglicher Herstellung eintreten – oder auch nur bzgl. einzelner Aspekte der Herstellung, sofern eine Herstellung teilbar ist.

Oftmals existieren gesetzliche Vorschriften, die ebenfalls eine Korrektur der Primärebene generell ermöglichen würden (im Folgenden: Korrekturvorschriften), indem sie entweder *auch* denselben Zustand begründen, der ohne das Fehlverhalten bestünde, oder in ihrer Regelung von den Ergebnissen abweichen, die der Herstellungsanspruch gewähren würde. Die für den Herstellungsanspruch erforderliche planwidrige Regelungslücke bedarf daher der Feststellung, dass „die Folgen der Pflichtverletzung eines Leistungsträgers bei der Erfüllung seiner Aufgaben nach dem SGB im Gesetz weder speziell geregelt [...] noch darin in anderer Weise, etwa durch Härteklauseln, Wiedereinsetzungsregeln oder Fiktionen (zB § 16 Abs. 2 Satz 2 SGB I), konzeptuell mitbedacht sind“.⁵⁴³

Die rechtsdogmatisch zutreffende Beschreibung, dass der Herstellungsanspruch die Regelungslücken fülle, die die gesetzlichen Korrekturvorschriften lassen, entspricht dabei nicht der rechtsgeschichtlichen Entwicklung. Der Herstellungsanspruch wurde seit 1962 von der Rechtsprechung vielfach schon angewandt, als noch keine entsprechenden Korrekturvorschriften bestanden haben. Die Frage nach der Subsidiarität hat erst mit dem Inkrafttreten der Regelungen des SGB X ab 1981 an Bedeutung gewonnen.⁵⁴⁴ Historisch treffender ist die Einschätzung, dass der Herstellungsanspruch von den gesetzlichen Korrekturvorschriften ggf. aus einem bislang bestehenden Anwendungsbereich verdrängt wurde, falls nach Inkrafttreten dieser Vorschriften die Regelungslücke nicht länger besteht. Dies sollte bei der folgenden Darstellung mitberücksichtigt werden.

Korrekturvorschriften können danach unterschieden werden, ob sie an eine Rechtsverletzung anknüpfen (bspw. § 26 II SGB IV), gerade ein rechtswidriges Verhalten des Verwaltungsträgers erfordern (bspw. § 13 III 1 Alt. 2 SGB V, § 44 SGB X oder §§ 54, 83 ff. SGB X) oder sogar unabhängig von jeglicher

Wallerath, DÖV 1987, 505, 514; Kreßel, NZS 1994, 395, 397; Mönch-Kalina, in: Schlegel/Voelzke [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 39.

⁵⁴² Vgl. Adolf, Herstellungsanspruch, S. 53; Schmidt/Schmidt, JURA 2005, 372, 373; Waßer, JA 2001, 137, 140; Kreikebohm/von Koch, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6 Rn. 101; Mrozynski, § 14 SGB I, Rn. 26.

⁵⁴³ BSG, Urt. v. 15.12.1994 – 4 RA 64/93 = SozR 3-2600 § 58 Nr. 2; vgl. auch: BSG, Urt. v. 31.8.2000 – B 4 RA 28/00 R; BSG, Urt. v. 30.10.1997 – 13 RJ 3/97.

⁵⁴⁴ So auch: Adolf, Herstellungsanspruch, S. 53.

Rechtsverletzung Anwendung finden (bspw. §§ 16 II, 67 SGB I, §§ 27, 28 SGB X). Solange ein gesetzlicher Weg zur sozialrechtlichen Naturalrestitution gangbar ist, muss grds. davon ausgegangen werden, dass (allein) dieser vom Bürger verfolgt werden muss, um sein Korrekturbedürfnis zu verwirklichen.⁵⁴⁵ Dass ein Herstellungsanspruch ggf. den einfacher zu realisierenden Weg darstellen kann, ist regelmäßig irrelevant.⁵⁴⁶ Die Frage nach dem Verhältnis des Herstellungsanspruchs zu Korrekturvorschriften ist hingegen von entscheidender Bedeutung, wenn allein die Voraussetzungen des Herstellungsanspruchs erfüllt sind, während die besonderen Voraussetzungen einer Korrekturvorschrift nicht – mehr – vorliegen.⁵⁴⁷ Der Umstand, dass eine Vorschrift auch den Fall

⁵⁴⁵ Der Bürger kann nicht frei wählen, ob er statt der Korrekturvorschrift (und ihre besonderen Voraussetzungen) lieber auf den Herstellungsanspruch (und dessen ggf. einfacher zu verwirklichenden Voraussetzungen) zur Korrektur zurückgreifen möchte, solange beide Möglichkeiten nebeneinander bestehen. Denn es lässt sich nicht überzeugend darlegen, dass der Eintritt eines sozialrechtlichen Nachteils wesentlich auf der Pflichtverletzung beruhen soll, solange eine gesetzliche Korrekturmöglichkeit für diesen sozialrechtlichen Nachteil besteht. Der Eintritt des sozialrechtlichen Nachteils beruht dann nämlich wesentlich auf der Nichtnutzung dieser Korrekturmöglichkeiten durch den Betroffenen. Sofern hinsichtlich dieser Nichtnutzung auch grobe Fahrlässigkeit vorliegt, ist der Herstellungsanspruch tatbestandlich ausgeschlossen. Pointiert formuliert muss daher für einen Herstellungsanspruch feststehen, dass nicht nur der sozialrechtliche Nachteil, sondern auch die Nichtnutzung etwaiger (früher bestehender und zumutbarer) Korrekturmöglichkeiten wesentlich auf der Pflichtverletzung beruhen muss.

⁵⁴⁶ BSG, Urt. v. 8.2.2007 – B 7a AL 22/06 R = BSGE 98, 108, 111 („Auf den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch als richterrechtlich entwickeltes Rechtsinstitut ist nur dann zurückzugreifen, wenn spezielle gesetzliche Regelungen nicht zur Verfügung stehen [...]. Vorliegend kann eine Korrektur im Rahmen des § 324 Abs. 1 Satz 2 SGB III herbeigeführt werden.“).

⁵⁴⁷ Solange sowohl die Voraussetzungen des Herstellungsanspruchs als auch der Korrekturvorschrift erfüllt sind und dasselbe Ergebnis angestrebt wird, kann dieses Ergebnis jedenfalls auf die Korrekturvorschrift gestützt werden, weil deren Anwendungsbereich nicht durch den Herstellungsanspruch modifiziert wird (vgl. *Bieback*, SGB 1990, 517, 526). Dies bedeutet nicht, dass kein Herstellungsanspruch bestehen würde, solange noch eine andere Korrekturmöglichkeit besteht. Nach der Funktion der Subsidiarität und dem Ziel der Herstellung kann vielmehr davon ausgegangen werden, dass Herstellungsanspruch und Korrekturvorschrift grds. zeitgleich nebeneinander entstehen/bestehen/entfallen können, wenn keine Sperrwirkung besteht. Denn der Herstellungsanspruch soll nach seinen Voraussetzungen entstehen, sobald ein rechtswidriges Verwaltungsverhalten zu einem sozialrechtlichen Nachteil (auf der Hauptleistungsebene) geführt hat – nicht erst, sobald auch die letzte Möglichkeit ausgeschlossen ist, die Folgen einer Rechtsverletzung auf andere Weise zu korrigieren. Sofern der Rechtsnachteil hingegen in der Beeinträchtigung eines Korrekturrechts selbst liegt, versteht sich von selbst, dass der Herstellungsanspruch dann erst mit der Beeinträchtigung dieses Rechts entsteht (vgl. hierzu etwa: BSG, Urt. v. 7.11.1995 – 12 RK 19/94 = SozR 3-2400 § 26 Nr. 7; BSG, Urt. v. 23.9.1981 – 11 RA 78/80 = BSGE 52, 145, 148; BSG, Urt. v. 25.5.2000 – B 10 LW 16/99 R = SozR 3-5868 § 44 Nr. 1; BSG, Urt. v. 27.8.1998 – B 10 KR 5/97 R = BSGE 82, 283, 288).

einer Rechtsverletzung mitregelt bzw. sogar zur Voraussetzung macht, bedeutet dabei nicht zwingend, dass deshalb bereits eine Subsidiarität des Herstellungsanspruchs bestünde. Entscheidend ist vielmehr, ob der Gesetzgeber eine gegenüber dem Herstellungsanspruch *abschließende* Regelung getroffen hat. Der abschließende Charakter einer Korrekturvorschrift wird durch Auslegung der jeweils einschlägigen Einzelvorschrift in ihrem gesetzessystematischen Zusammenhang ermittelt, was zu einer umfangreichen Rechtsprechung in dieser Frage geführt hat.⁵⁴⁸ Ein Herstellungsanspruch ist unanwendbar, wenn der Gesetzgeber nur durch diese Vorschrift „*auch haftungsrechtliche Bedürfnisse habe abdecken wollen*.“⁵⁴⁹

⁵⁴⁸ Eine Subsidiarität des Herstellungsanspruchs hat das BSG u.a. *angenommen* gegenüber: § 1418 RVO/§ 140 AVG a.F. bzgl. der Nachentrichtung von Pflichtbeiträgen (BSG, Urt. v. 15.5.1984 – 12 RK 48/82 = BSGE 56, 266, 270; BSG, Urt. v. 25.8.1993 – 13 RJ 27/92 = BSGE 73, 56, 59; kritisch zu dieser Einschätzung: *Ladage*, S. 57; *Krasney*, ZAP 1996 [Fach 18], 449, 462; *Oberfeld*, SGB 1985, 174, 175), § 324 SGB III bzgl. der Zulassung verspäteter Anträge (BSG, Urt. v. 8.2.2007 – B 7a AL 22/06 R = BSGE 98, 108, 111), § 15 SGB IX bzgl. einer Kostenerstattung für selbstbeschaffte Leistungen (BSG, Urt. v. 4.4.2006 – B 1 KR 5/05 R = BSGE 96, 161, 165 f.), § 44 SGB I bzgl. einer Zinszahlungspflicht (BSG, Urt. v. 1.3.1984 – 4 RJ 104/82), § 18 III BVG bzgl. einer Kostenerstattung für selbstbeschaffte Leistungen (BSG, Urt. v. 27.4.1989 – 9 RV 9/88 = NJW 1990, 790, 791), § 26 II SGB IV, § 210 SGB VI bzgl. einer Erstattung/Rückzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen aufgrund eines Herstellungsanspruchs (BSG, Urt. v. 29.1.1998 – B 12 KR 11/97 R = SozR 3-2400 § 26 Nr. 10; BSG, Urt. v. 29.11.2006 – B 12 KR 30/05 R; BSG, Urt. v. 28.1.1982 – 5a RKn 1/81 = SozR 2600 § 121 Nr. 4; BSG, Urt. v. 8.4.1987 – 1 RA 55/85 = SozR 1200 § 14 Nr. 25; BSG, Urt. v. 29.11.2006 – B 12 KR 30/05 R). Eine Subsidiarität des Herstellungsanspruchs wurde u.a. *abgelehnt* gegenüber: § 197 II SGB VI (= § 1418 RVO a.F.) bzgl. einer Nachzahlung freiwilliger Beiträge über einen Herstellungsanspruch (BSG, Urt. v. 22.10.1996 – 13 RJ 69/95 = SozR 3-1200 § 14 Nr. 22), § 197 SGB VI bzgl. einer Nachentrichtung von Pflichtbeiträgen, bei denen keine Pflichtversicherung in der Vergangenheit tatsächlich bestanden hat und deshalb die rechtlichen Grundvoraussetzungen für eine wirksame Beitragsentrichtung bzw. für die Durchsetzung des Nachzahlungsrechts gegeben waren (BSG, Urt. v. 26.4.2005 – B 5 RJ 6/04 R = SozR 4-2600 § 4 Nr. 2; offengelassen noch: BSG, Urt. v. 11.5.2000 – B 13 RJ 19/99 R; BSG, Urt. v. 11.5.2000 – B 13 RJ 85/98 R = BSGE 86, 153, 163; BSG, Urt. v. 1.2.2001 – B 13 RJ 1/00 R; BSG, Urt. v. 23.8.2001 – B 13 RJ 73/99 R = SozR 3-2600 § 197 Nr. 4), § 60 BVG bzgl. eines früheren Leistungsbeginns infolge eines Herstellungsanspruchs (BSG, Urt. v. 30.9.2009 – B 9 VG 3/08 R = BSGE 104, 245, 254). Bislang durch das BSG ungeklärt ist die Frage nach einer Subsidiarität des Herstellungsanspruchs u.a. gegenüber § 28 SGB X (BSG, Urt. v. 19.10.2010 – B 14 AS 16/09 R; BSG, Urt. v. 21.6.2001 – B 7 AL 6/00 R.), § 197 III SGB VI (BSG, Urt. v. 18.12.2001 – B 12 RA 4/01 R; *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6 Rn. 118 m.w.N.) oder § 67 SGB I (BSG, Urt. v. 2.2.2006 – B 10 EG 9/05 R = BSGE 96, 44, 53; BSG, Urt. v. 6.5.2010 – B 13 R 44/09 R = NZS 2011, 342, 344; BSG, Urt. v. 20.10.2010 – B 13 R 90/09 R; BSG, Urt. v. 18.1.2011 – B 4 AS 99/10 R; BSG, Urt. v. 18.1.2011 – B 4 AS 29/10 R).

⁵⁴⁹ *Ladage*, S. 57.

Auch wenn Herstellungsanspruch und Korrekturregelung im Ergebnis der sozialrechtlichen Naturalrestitution übereinstimmen, können für den Bürger zwischen beiden Wegen erhebliche Unterschiede bestehen. So soll ein Herstellungsanspruch u.a. dazu verpflichten, nachgeholte Mitwirkungshandlungen als rechtzeitig vorgenommen zu unterstellen.⁵⁵⁰ Gleichzeitig existiert mit § 67 SGB I eine Vorschrift, die ebenfalls die Nachholung von Mitwirkungshandlungen ermöglicht. Im Unterschied zum Herstellungsanspruch gewährt § 67 SGB I jedoch keine gebundene Entscheidung, sondern stellt die Berücksichtigung der nachgeholten Mitwirkungshandlungen bzgl. eines nachträglichen Leistungsbezugs in das Ermessen der Verwaltung. Wenn § 67 SGB I ein abschließender Charakter hinsichtlich der Nachholbarkeit von Mitwirkungshandlungen zukäme, hätte der Betroffene eine vergleichsweise schwache Rechtsposition. Dies mag als unbilliges Ergebnis empfunden werden, wenn die Nichtvornahme der Mitwirkungshandlung gerade wesentlich auf einem Fehlverhalten der Verwaltung beruht, weil ein Fehlverhalten in § 67 SGB I keine eigene Berücksichtigung findet (allenfalls über das Institut der Folgenbeseitigungslast im Rahmen der Ermessensausübung⁵⁵¹). Ein Rechtsanspruch auf Berücksichtigung der Mitwirkungshandlung über den Herstellungsanspruch kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn ein abschließender Charakter des § 67 SGB I verneint wird. Während sich das BSG bislang nicht zum Verhältnis von § 67 SGB I und Herstellungsanspruch geäußert hat, scheinen die unterinstanzlichen Sozialgerichte und die Literatur eine Anwendung des Herstellungsanspruchs neben § 67 SGB I zu befürworten.⁵⁵²

Tendenziell scheint jedenfalls auch das BSG davon auszugehen, dass der sozialrechtliche Herstellungsanspruch nicht bereits durch die allgemeinen Teile des Sozialrechts (SGB I und SGB X, vgl. § 37 S. 1 SGB I) ausgeschlossen wird, da diese keine umfassende abschließende Regelung für jegliche Folgen der Pflichtverletzung enthalten, während spezialgesetzliche Sonderregelungen eher einen Ausschluss begründen.⁵⁵³

b) Exemplarische Einzelfälle

aa) Subsidiarität gegenüber unverändert bestehenden Primäransprüchen

Es sind Fallgestaltungen denkbar, in denen trotz einer Pflichtverletzung ein ursprüngliches Primärrecht (bspw. Gestaltungs- oder Leistungsrechte) nicht beeinträchtigt ist. Der Herstellungsanspruch ist gegenüber diesen Primärrechten

⁵⁵⁰ Vgl. *Mönch-Kalina*, in: Schlegel/Voelzke [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 48.

⁵⁵¹ Vgl. hierzu: Kap. 1 E.II.2.B.bb.

⁵⁵² Etwa: LSG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 3.11.2008 – L 5 B 321/08 P; *Mönch-Kalina*, in: Schlegel/Voelzke [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 48.

⁵⁵³ Bspw. wird in der allgemeinen Vorschrift des § 27 SGB X keine abschließende Regelung hinsichtlich verspäteter Antragstellungen gesehen (BSG, Urt. v. 4.4.2006 – B 1 KR 5/05 R = BSGE 96, 161, 165 f.) – in der spezielleren Vorschrift des § 324 SGB III hingegen schon (BSG, Urt. v. 8.2.2007 – B 7a AL 22/06 R = BSGE 98, 108, 111).

uneingeschränkt subsidiär, soweit sie unverändert fortbestehen.⁵⁵⁴ Der Betroffene erwirbt deshalb nicht zeitgleich über den Herstellungsanspruch einen zusätzlichen Rechtsanspruch auf Schaffung des gleichen Zustandes, nur weil in seinem Fall auch eine Pflichtverletzung vorliegt.⁵⁵⁵

Die Subsidiarität des Herstellungsanspruchs gegenüber Primärrechten entspricht seinem Wesen als Sekundäranspruch.⁵⁵⁶ Der Herstellungsanspruch ist kein Anspruch, der in Anspruchskonkurrenz neben unbeeinträchtigt fortbestehende Primärrechte treten kann. Vielmehr entsteht der Herstellungsanspruch als Sekundäranspruch erst dann, wenn diese Primärpflichten beeinträchtigt werden.

Ob es der Subsidiarität gegenüber unverändert bestehenden Primärrechten überhaupt bedarf, kann im Hinblick darauf bezweifelt werden, dass ein Herstellungsanspruch die kausale Beeinträchtigung der Primärebene voraussetzt.⁵⁵⁷ Der Eintritt eines sozialrechtlichen Nachteils wird kaum wesentlich auf einer Pflichtverletzung beruhen können, solange dieser Nachteil durch die Geltendmachung des Primärrechts abgewendet werden kann. Ein Eintritt des sozialrechtlichen Nachteils beruht dann allenfalls auf der Nichtnutzung dieser Primärrechte durch den Bürger. Dennoch sind Anwendungsfälle einer Subsidiarität des Herstellungsanspruchs gegenüber einem unverändert bestehenden Primäranspruch denkbar. Nach der überwiegend vertretenen Ansicht soll bspw. bereits die Verzögerung einer Leistungsgewährung grds. einen sozialrechtlichen Nachteil begründen können.⁵⁵⁸ Dann kann auch der ursprüngliche Primäranspruch zeitgleich mit einem Herstellungsanspruch bestehen. Der Herstellungsanspruch ist in diesen Fällen subsidiär gegenüber dem unbeeinträchtigten Leistungsanspruch.

bb) Subsidiarität gegenüber § 13 III SGB V

Das BSG gewährte dem Versicherten in der Vergangenheit einen Herstellungsanspruch auf Erstattung der Aufwendungen gegen seine Krankenkasse, die diesem bei Selbstbeschaffung einer Krankenbehandlung entstanden sind, wenn die

⁵⁵⁴ Etwa: BSG, Urt. v. 12.6.1992 – 11 RAr 65/91 = BSGE 71, 17, 22 f.; BSG, Urt. v. 12.12.1984 – 7 RAr 74/83 = SozR 4100 § 56 Nr. 18; Bayerisches LSG, Urt. v. 23.10.2002 – L 18 VS 13/02; *Schmidt/Schmidt*, JURA 2005, 372, 373; *Ladage*, S. 57 f.

⁵⁵⁵ Aufgrund dieser Subsidiarität ist es bspw. zutreffend, einen seinerseits auf Beratung gerichteten Herstellungsanspruch gegenüber dem Primäranspruch aus § 14 S. 1 SGB I nur in engen Grenzen zu zulassen (*Rixen*, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 18).

⁵⁵⁶ Dazu: BSG, Urt. v. 20.12.2001 – B 4 RA 50/01 R; BSG, Urt. v. 20.9.2001 – B 11 AL 35/01 R; BSG, Urt. v. 12.6.1992 – 11 RAr 65/91 = BSGE 71, 17, 22 f.

⁵⁵⁷ Vgl. Kap. 1 B.I.2.

⁵⁵⁸ BSG, Urt. v. 22.10.1996 – 13 RJ 17/96 = BSGE 79, 177, 179 f.; BSG, Urt. v. 26.10.1982 – 3 RK 55/81; BSG, Urt. v. 30.10.1985 – 5b RJ 86/84 = SozR 2200 § 1241 a Nr. 9; BSG, Urt. v. 14.1.1986 – 5a RKn 4/84 = SozR 2200 § 1241d Nr. 9; BSG, Urt. v. 26.1.2000 – B 13 RJ 37/98 R = SozR 3-5910 § 91a Nr. 7.

Krankenkasse die Krankenbehandlung rechtswidrig nicht (als Sachleistung) erbracht hatte.⁵⁵⁹ Die Zulässigkeit dieses Kostenerstattungsanspruchs war unter Geltung des Sachleistungsprinzips keineswegs unproblematisch.⁵⁶⁰ Zum 1. Januar 1989 trat mit § 13 III 1 Alt. 2 SGB V schließlich ein gesetzlicher Anspruch in Kraft (bis zum 1. Januar 1993 geregelt in Abs. 2),⁵⁶¹ der dem Versicherten die tatsächlich entstandenen Kosten einer selbstbeschafften Leistung gewährt, falls seine Krankenkasse zuvor eine Leistung rechtswidrig abgelehnt hat. Insofern bestehen erhebliche Überschneidungsbereiche zwischen beiden Ansprüchen.

Bzgl. § 13 III 1 Alt. 2 SGB V besteht dabei allgemeine Einigkeit in der Frage, dass diese Regelung eine für die Verletzung der Sachleistungspflicht abschließende Regelung darstellt, die einen Herstellungsanspruch ausschließt,⁵⁶² der auf entsprechende Kostenerstattung gerichtet wäre.⁵⁶³ Zu keinem Moment hat das BSG nach dem Inkrafttreten des § 13 SGB V versucht, an seiner früheren Lösung über den Herstellungsanspruch festzuhalten und § 13 SGB V und Herstellungsanspruch in Anspruchskonkurrenz nebeneinander anzuwenden,

⁵⁵⁹ Etwa: BSG, Urt. 20.10.1972 – 3 RK 93/71 = BSGE 35, 10, 14 f.; BSG, Urt. v. 23.3.1988 – 3/8 RK 5/87 = BSGE 63, 102, 103; BSG, Urt. v. 14.12.1982 – 8 RK 23/81 = SozR 2200 § 182 Nr. 86; BSG, Urt. v. 13.5.1982 – 8 RK 34/81 = BSGE 53, 273, 277.

⁵⁶⁰ Durch die Regelung des § 13 III 1 Alt. 2 SGB V erledigten sich viele der Zweifel, die an der früheren Entscheidungspraxis der Sozialgerichte vereinzelt geäußert werden konnten (vgl.: *Gagel*, SGB 2000, 517, 518; *Baier*, in: Krauskopf, 83. EGL., § 14 SGB I, Rn. 9). Da das BSG seine frühere Rechtsprechung schon aufgegeben hatte und mit § 13 III 1 Alt. 2 SGB V auch ein gesetzlicher Anspruch auf Kostenerstattung bestand, bevor der Herstellungsanspruch Anfang der 90er Jahre des vergangenen Jahrhunderts große wissenschaftliche Beachtung erfuhr, wurde die Frage nach der Zulässigkeit der früheren Rechtsprechung später nicht weiter verfolgt.

⁵⁶¹ BGBl. 1988 I, S. 2477; BGBl. 1992 I, S. 2266.

⁵⁶² Wenn es missverständlich heißt, dass der sozialrechtliche Herstellungsanspruch „von der Rechtsprechung sowohl beim Streit über die Rechtzeitigkeit der Beitrittserklärung zur freiwilligen Versicherung als auch beim Streit über den Erstattungsanspruch nach § 13 Abs. 3 SGB V angewandt“ wird (BSG, Urt. v. 27.8.1998 – B 10 KR 5/97 R = BSGE 82, 283, 288), ist damit nicht gemeint, dass zwischen Herstellungsanspruch und § 13 III SGB V Anspruchskonkurrenz bestünde. Die Entscheidungspassage bezieht sich vielmehr auf die Frage, ob ein Anspruch aus § 13 III SGB V auch dann geltend gemacht werden kann, wenn das erforderliche Versicherungsverhältnis erst über den Herstellungsanspruch begründet wird.

⁵⁶³ BSG, Urt. v. 2.11.2007 – B 1 KR 14/07 R = BSGE 99, 180, 184 f. m.w.N.; *Krause/Sattler*, in: Udsching/Rolfs [Hg.], JbSR 2007, S. 65, 66; *Kingreen*, in: Becker/Kingreen [Hg.], § 13 SGB V, Rn. 20; *Brandts*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 13 SGB V, Rn. 48; *Wagner*, in: Krauskopf, 83. EGL., § 13 SGB V, Rn. 33; *Mrozynski*, § 14 SGB I, Rn. 26; *Rixen*, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 13; *Adolf*, Herstellungsanspruch, S. 53 Fn. 188; *Kreßel*, NZS 1994, 395, 398; im Ergebnis auch: *Schmidt-De Caluwe*, S. 207 f.

wenn eine Verletzung der Sachleistungspflicht vorliegt.⁵⁶⁴ Bereits aus § 2 II SGB V folge, dass jede Kostenerstattung einer *gesetzlichen* Grundlage bedürfe und deshalb nach Wortlaut und Systematik des Gesetzes eine solche allein in § 13 III SGB V gesehen werden könne – nicht im richterrechtlichen Herstellungsanspruch.⁵⁶⁵ Auch die Gesetzgebungsunterlagen zu § 13 III SGB V⁵⁶⁶ weisen auf einen abschließenden Charakter hin, der im übrigen dem Sinn und Zweck dieser Norm entspräche.⁵⁶⁷ Da der Herstellungsanspruch weniger scharfe Konturen aufweise, würden diese gesetzgeberischen Entscheidungen ansonsten unterlaufen werden, was insbesondere die Gefahr einer Finanzierung systemfremder Leistungen begründe.⁵⁶⁸

§ 13 III SGB V regelt ausdrücklich nur die Verletzung der Sachleistungspflicht, weshalb eine Kostenerstattung, die auf der Verletzung anderer Pflichten beruht, keine Kostenerstattung nach § 13 III SGB V begründen kann. Die frühere Rechtsprechung zum Herstellungsanspruch ging darüber hinaus. Der 3. Senat des BSG kam deshalb in der Entscheidung zu dem Ergebnis, dass außerhalb des Anwendungsbereiches des § 13 III SGB V eine Möglichkeit für einen auf Kostenerstattung gerichteten Herstellungsanspruch gegen die Krankenkasse – weiterhin – gegeben sei (dort: Verletzung eines Beratungsanspruchs über Behandlungsmöglichkeiten).⁵⁶⁹ Denn der Gesetzgeber habe mit § 13 III SGB V lediglich das Ziel verfolgt, der zuvor entwickelten (weiterreichenden) Rechtsprechung zur Kostenerstattung in der gesetzlichen Krankenversicherung eine gesetzliche Grundlage zu geben und diese Fälle daher planwidrig nicht erfasst.⁵⁷⁰ Innerhalb des Anwendungsberei-

⁵⁶⁴ Bereits in der ersten Entscheidung des BSG zum Verhältnis der beiden Ansprüche betonte der 3. Senat, dass § 13 III SGB V die Übernahme der früheren Rechtsprechung zum Herstellungsanspruch in Gesetzesform sei (BSG, Urt. v. 21.11.1991 – 3 RK 17/90 = SozR 3-2500 § 13 Nr. 2). Die Subsidiarität des Herstellungsanspruchs gegenüber § 13 III SGB V wurde anschließend mehrfach ausdrücklich bestätigt und die frühere Rechtsprechung für Sachverhalte nach Inkrafttreten des § 13 III SGB V aufgegeben (vgl. BSG, Urt. v. 16.12.1993 – 4 RK 5/92 = BSGE 73, 271, 273; BSG, Urt. v. 15.12.1994 – 4 RA 64/93 = SozR 3-2600 § 58 Nr. 2; BSG, Urt. v. 18.1.1996 – 1 RK 22/95 = BSGE 77, 227, 232; BSG, Urt. v. 24.9.1996 – 1 RK 33/95 = BSGE 79, 125, 126; BSG, Urt. v. 4.4.2006 – B 1 KR 5/05 R = BSGE 96, 161, 165; BSG, Urt. v. 2.11.2007 – B 1 KR 14/07 R = BSGE 99, 180, 184 f.). Überwiegend wird die Kodifizierung allerdings als eine nachträgliche Bestätigung der früheren Rechtsprechung durch den Gesetzgeber gewertet (vgl. *Bieback*, SGB 1990, 517, 524; *Schmidt-De Caluwe*, S. 207) – und nicht etwa als Kritik, dass die frühere Rechtsprechung zu weit reichte.

⁵⁶⁵ BSG, Urt. v. 16.12.1993 – 4 RK 5/92 = BSGE 73, 271, 273; BSG, Urt. v. 4.4.2006 – B 1 KR 5/05 R = BSGE 96, 161, 165 f.

⁵⁶⁶ BT-Drs. 11/2237, S. 164.

⁵⁶⁷ BSG, Urt. v. 4.4.2006 – B 1 KR 5/05 R = BSGE 96, 161, 166.

⁵⁶⁸ BSG, Urt. v. 4.4.2006 – B 1 KR 5/05 R = BSGE 96, 161, 166 f.; *Krause/Sattler*, in: *Udsching/Rolfs* [Hg.], JbSR 2007, S. 65, 66.

⁵⁶⁹ BSG, Urt. v. 30.10.2001 – B 3 KR 27/01 R = BSGE 89, 50, 53 ff.

⁵⁷⁰ BSG, Urt. v. 30.10.2001 – B 3 KR 27/01 R = BSGE 89, 50, 54 („*Der Gesetzgeber hat lediglich – versehentlich – die gesamte Bandbreite sozialrechtlicher Herstellungs-*

ches des § 13 III SGB V geht auch der 3. Senat von einer Subsidiarität des Herstellungsanspruchs aus, weshalb der dann anwendbare § 13 III Alt. 2 SGB V einen Herstellungsanspruch ausschließt, wenn bspw. eine fehlerhafte Beratung in einer rechtswidrigen, ablehnenden Sachentscheidung über die Leistungspflicht gemündet ist.⁵⁷¹ Dieser Ansicht ist der 1. Senat zu Recht ausdrücklich entgegen getreten, als er die Ableitungsmöglichkeit eines Herstellungsanspruchs auf Kostenerstattung aus der Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht verneinte.⁵⁷² § 13 III SGB V enthalte eine abschließende Regelung für Kostenerstattung in der gesetzlichen Krankenversicherung, die nicht durch weitergehende Herstellungsansprüche unterlaufen werden dürfe.⁵⁷³ Der abschließende Charakter der Kodifizierung wird dabei über die oben angeführten Argumente begründet.⁵⁷⁴

cc) Subsidiarität gegenüber § 27 SGB X?

Über die Grenzen der Sozialgerichtsbarkeit hinaus umstritten ist das Verhältnis des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs zu § 27 SGB X. § 27 SGB X gewährt gleichermaßen bei der Versäumnis von Verfahrensfristen und Fristen des materiellen Rechts Wiedereinsetzung⁵⁷⁵ und hat damit einen engeren Anwendungsbereich als der Herstellungsanspruch, der nicht auf die Korrektur von Fristversäumnissen begrenzt ist. Dennoch kommt es häufig zu einer Überschneidung der Anwendungsbereiche beider Rechtsinstitute, weil auch ein Herstellungsanspruch über Fristversäumnisse hinweghilft, indem er bei Verstrei-

ansprüche im Bereich der Krankenversicherung nicht vollständig erfasst und gesetzestechnisch umgesetzt.“).

⁵⁷¹ BSG, Urt. v. 30.10.2001 – B 3 KR 27/01 R = BSGE 89, 50, 54 („Die Vorschrift regelt – insoweit auch abschließend [BSGE 79, 125 = SozR 3-2500 § 13 Nr 11] – die Kostenerstattung bei Selbstbeschaffung unaufschiebbarer Leistungen [Eil- und Notfälle] sowie im Falle rechtswidriger Leistungsablehnung, [...]“).

⁵⁷² BSG, Urt. v. 2.11.2007 – B 1 KR 14/07 R = BSGE 99, 180, 184 f.; im Ergebnis zustimmend auch: *Brandts*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 13 SGB V, Rn. 48; *Wagner*, in: Krauskopf, 83. EGL., § 13 SGB V, Rn. 33; *Krause/Sattler*, in: Udsching/Rolfs [Hg.], JbSR 2009, S. 71, 74; *Rixen*, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 13; *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6 Rn. 101; **a.A.** wohl: *Kingreen*, in: Becker/Kingreen [Hg.], § 13 SGB V, Rn. 20; *Mönch-Kalina*, in: Schlegel/Voelzke [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 39.

⁵⁷³ BSG, Urt. v. 2.11.2007 – B 1 KR 14/07 R = BSGE 99, 180, 184 f.

⁵⁷⁴ Inhaltlich geht der 1. Senat nicht näher auf die Argumentation des 3. Senats ein, da dieser sich auf eine frühere Rechtsprechung beziehe, die nach Inkrafttreten des § 13 SGB V keine Gültigkeit mehr beanspruchen könne (BSG, Urt. v. 2.11.2007 – B 1 KR 14/07 R = BSGE 99, 180, 184 f.). Letztlich verschließt der 1. Senat damit – bewusst – die Augen vor der Tatsache, dass der 3. Senat die Geltung der früheren Rechtsprechung keineswegs auf die Vergangenheit beschränkt, sondern deren Fortgeltung in Einzelfällen gefordert hat.

⁵⁷⁵ Vgl. statt aller: *Ladage*, S. 90 m.w.N.

chen einer Antragsfrist eine frühere Antragstellung fingiert.⁵⁷⁶ Die Fiktion einer fristgerechten Antragstellung wird vielfach sogar als der klassische Fall des Herstellungsanspruchs verstanden.⁵⁷⁷

§ 27 SGB X soll die Individualinteressen des Bürgers mit dem Allgemeininteresse an Rechtssicherheit in Einklang bringen.⁵⁷⁸ Die Vorschrift ist gegenüber den Voraussetzungen des Herstellungsanspruchs enger gefasst.⁵⁷⁹ Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wird nur gewährt, wenn ein Fristversäumnis unverschuldet ist (§ 27 I SGB X), der Antrag auf Wiedereinsetzung spätestens 2 Wochen nach Wegfall des Hindernisses nachgeholt wird (§ 27 II SGB X), noch kein Jahr seit dem Ende des Fristversäumnisses verstrichen ist oder höhere Gewalt vorliegt (§ 27 III SGB X) und keine Unzulässigkeit i.S.d. § 27 V SGB X gegeben ist. Insofern stellt sich die Frage, ob ein Herstellungsanspruch überhaupt neben § 27 SGB X Bestand haben kann, wenn dieser auf die Fiktion einer früheren Antragstellung gerichtet ist – und damit (auch) im Anwendungsbereich des § 27 SGB X liegt.

Auch wenn die Voraussetzungen des § 27 SGB X den Voraussetzungen eines Herstellungsanspruchs auf den ersten Blick nahekommen (bspw. scheint § 27 V SGB X funktionsgleich mit dem Kriterium des „*an sich zulässigen*“ Amtshandelns zu sein⁵⁸⁰), ist § 27 SGB X überwiegend enger gefasst. § 27 I SGB X fordert bspw. mangelndes Verschulden des Bürgers. Zwar soll auch ein Herstellungsanspruch mangels Kausalität zwischen Pflichtverletzung und sozialrechtlichen Nachteil ausscheiden, falls ein grob fahrlässiges Verhalten des Betroffenen vorliegt,⁵⁸¹ aber § 27 I SGB X erfasst im Grundsatz jegliche Verschuldensform.⁵⁸² Des Weiteren wird der Herstellungsanspruch nicht den (engen) Wiedereinsetzungsfristen nach § 27 II, III SGB X unterworfen. Lediglich hinsichtlich des Auslösers für das Fristversäumnis geht § 27 SGB X eindeutig über den Herstellungsan-

⁵⁷⁶ Etwa: BSG, Urt. v. 17.11.1970 – 1 RA 233/68 = BSGE 32, 60, 64 f.; BSG, Urt. v. 25.4.1978 – 5 RJ 18/77 = BSGE 46, 124, 126 f.; BSG, Urt. v. 14.2.2001 – B 9 V 9/00 R = BSGE 87, 280, 286; BSG, Urt. v. 17.4.1986 – 7 RAr 81/84 = BSGE 60, 79, 85 f.; BSG, Urt. v. 29.9.1987 – 7 RAr 23/86 = BSGE 62, 179; *Bieback*, SGB 1990, 517, 526.

⁵⁷⁷ So ausdrücklich auch: *Wallerath*, DÖV 1994, 757, 763.

⁵⁷⁸ Vgl. *Vogelgesang*, in: Hauck/Noftz [Hg.], 2. EGL. – 2014, § 27 SGB X, Rn. 1; *Leopold*, in: Jahn [Hg.], 250. EGL., § 27 SGB X, Rn. 2; vgl. auch zu § 32 VwVfG: *Kallerhoff*, in: Stelkens/Bonk/Sachs [Hg.], § 32 VwVfG, Rn. 1, 41.

⁵⁷⁹ *Ladage*, S. 90 f.

⁵⁸⁰ So wohl auch: *von Wulffen*, in: von Wulffen [Hg.], § 27 SGB X, Rn. 5 – zu Recht kritisch zu einer insofern wenig problembewussten Entscheidung des BSG (BSG, Urt. v. 26.4.2005 – B 5 RJ 6/04 R = SozR 4-2600 § 4 Nr. 2); **a.A.:** *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6 Rn. 109.

⁵⁸¹ Vgl. Kap. 1 B.I.3.a.

⁵⁸² Auch wenn es Stimmen gibt, die eine großzügigere Interpretation des Verschuldensbegriffes in § 27 I SGB X befürworten (vgl. *Krasney*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 27 SGB X, Rn. 5), besteht keine Einigkeit darüber, dass bei § 27 I SGB X ein Verschulden allgemein erst ab grober Fahrlässigkeit zu berücksichtigen wäre.

spruch hinaus, weil eine Wiedereinsetzung kein vorangehendes rechtswidriges Verwaltungsverhaltens erfordert.⁵⁸³ Insofern kann eine Wiedereinsetzung nach § 27 SGB X auch dann möglich sein, wenn eine Zurechnung der Pflichtverletzung beim Herstellungsanspruch ausscheidet.

(1) Uneinheitliche Beurteilungen durch BSG und BVerwG

Vor Inkrafttreten des § 27 SGB X zum 1. Januar 1981⁵⁸⁴ existierte im Sozialrecht keine allgemeine Wiedereinsetzungsregelung. Der Herstellungsanspruch wurde zu diesem Zeitpunkt vom BSG – insbesondere auch für den Fall einer früheren Antragsfiktion – hingegen bereits seit 18 Jahren angewandt. Zunächst versäumte es die Sozialgerichtsbarkeit, die eigene Rechtsprechung im Hinblick auf § 27 SGB X einer kritischen Würdigung zu unterziehen. Daher ist § 27 SGB X über mehrere Jahre als eine weitere Korrekturvariante neben den richterrechtlich entwickelten Instituten des Herstellungsanspruchs und einer Nachsichtgewährung i.S.d. §§ 242, 162 BGB⁵⁸⁵ geprüft worden.⁵⁸⁶ Eine Anspruchskonkurrenz wurde zwischen beiden Instituten (faktisch) anerkannt, als die Rechtsprechung schließlich dazu überging, die Möglichkeit eines Herstellungsanspruchs zu bejahen, obwohl die Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand abgelehnt wurden.⁵⁸⁷

⁵⁸³ So auch: BSG, Urt. v. 2.2.2006 – B 10 EG 9/05 R = BSGE 96, 44, 49; *Plagemann*, NJW 1983, 2172, 2176.

⁵⁸⁴ BGBl. 1980 I, S. 1469.

⁵⁸⁵ Das BSG äußerte später zunehmend Zweifel daran, ob das richterrechtlich entwickelte Gebot der Nachsichtgewährung überhaupt im Anwendungsbereich der gesetzlichen Regelung des § 27 SGB X Bestand haben könne (BSG, Urt. v. 24.11.1994 – 7 RAr 54/93; BSG, Urt. v. 21.5.1996 – 12 RK 43/95 = SozR 3-5070 § 21 Nr. 3; *Plagemann*, NJW 1983, 2172, 2174). Diese Zweifel wurden allerdings nicht auf den Herstellungsanspruch erstreckt. Vgl. allgemein zur Nachsichtgewährung: *Timme*, in: *Diering/Timme/Waschull* [Hg.], § 27 SGB X, Rn. 22.

⁵⁸⁶ Vgl. BSG, Urt. v. 28.10.1981 – 12 RK 67/79 = SozR 5750 Art 2 § 51a Nr. 49; BSG, Urt. v. 16.10.1986 – 12 RK 32/85; BSG, Urt. v. 14.2.1989 – 7 RAr 18/87 = SozR 4100 § 66 Nr. 2; BSG, Urt. v. 22.2.1989 – 5 RJ 42/88 = SozR 6961 Nr. 7 Nr. 2; BSG, Urt. v. 8.6.1989 – 7 RAr 88/88; BSG, Urt. v. 25.10.1990 – 12 RK 29/88; BSG, Urt. v. 21.2.1991 – 7 RAr 74/89 = SozR 3-4100 § 81 Nr. 1; BSG, Urt. v. 9.2.1993 – 12 RK 28/92 = BSGE 72, 80, 82, 83 ff.

⁵⁸⁷ BSG, Urt. v. 15.5.1984 – 12 RK 48/82 = BSGE 56, 266, 270; BSG, Urt. v. 22.10.1996 – 13 RJ 69/95 = SozR 3-1200 § 14 Nr. 22; BSG, Urt. v. 22.10.1996 – 13 RJ 23/95 = BSGE 79, 168, 171 ff. Vereinzelt wurde auch in der Literatur ausgehend von der Rechtsprechung zum Herstellungsanspruch erläutert, warum es einer Regelung wie § 27 SGB X überhaupt noch bedarf (*Plagemann*, NJW 1983, 2172, 2176; *Olbertz*, S. 10) – anstatt die Frage umgekehrt zu stellen.

Dass es schließlich überhaupt zu einer näheren Betrachtung des Verhältnisses von Herstellungsanspruch und § 27 SGB X gekommen ist, verdankt die Rechtswissenschaft einer Entscheidung des BVerwG vom 18. April 1997.⁵⁸⁸ Die zuständige Wohngeldstelle hatte dem späteren Kläger die fehlerhafte Auskunft erteilt, dass sein Wohngeldanspruch für einen Drei-Personen-Haushalt entfallen sei, weil sein studierender Sohn seinen Hauptwohnsitz in einer anderen Stadt angemeldet hatte. Der Kläger stellte daraufhin ab dem 1. Januar 1988 keinen Antrag mehr auf Wohngeld für einen Drei-Personen-Haushalt. Im Dezember 1991 erfuhr der Kläger, dass die Auskunft seinerzeit fehlerhaft gewesen war und beantragte am 10. Dezember 1991 (für die Zukunft) wieder Wohngeld für einen Drei-Personen-Haushalt, was er auch erhielt. Erst am 11. Juli 1992 beantragte der Kläger auch die Nachzahlung von Wohngeld für den Zeitraum vom 1. Januar 1988 bis zum 30. September 1990. Das BVerwG betonte, dass ein Wohngeldanspruch gem. § 25 II 1 WoGG (§ 27 II 1 WoGG a.F.) regelmäßig am Ersten des Monats entstehe, in dem der Antrag gestellt werde. Diese Zeitspanne sei als Monatsfrist i.S.d. § 27 SGB X zu sehen – weshalb eine fristgerechte Antragstellung unter den Voraussetzungen des § 27 SGB X erfolgen könne. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 27 SGB X lehnte das Gericht indes ab. Zwar läge „*höhere Gewalt*“ i.S.d. § 27 III SGB X vor, wenn das Einhalten der Jahresfrist aufgrund eines rechtswidrigen Verwaltungsvorgangs versäumt werde, aber in diesem Fall hat der Kläger erst am 11. Juli 1992 bzgl. des vergangenen Zeitraums einen Antrag gestellt – und damit außerhalb der Zwei-Wochen-Frist des § 27 II SGB X.⁵⁸⁹ Ein Herstellungsanspruch, der einen Wohngeldanspruch für den streitigen Zeitraum begründe, müsse ebenfalls die Fiktion einer fristgerechten Antragstellung beinhalten, weshalb § 27 SGB X und ein Herstellungsanspruch inhaltlich auf dasselbe Ergebnis abzielen.⁵⁹⁰ Da § 27 SGB X eine abschließende Regelung sei, die eine für ein richterrechtliches Institut erforderliche planwidrige Regelungslücke entfallen lasse, müsse dieses Ergebnis auch für einen Herstellungsanspruch gelten.⁵⁹¹ Dass der Gesetzgeber mit § 27 SGB X eine abschließende Regelung für Fristversäumnisse getroffen habe, folge aus § 27 III, V SGB X.⁵⁹²

⁵⁸⁸ BVerwG, Urt. v. 18.4.1997 – 8 C 38/95 = NJW 1997, 2966 ff.

⁵⁸⁹ BVerwG, Urt. v. 18.4.1997 – 8 C 38/95 = NJW 1997, 2966, 2970.

⁵⁹⁰ BVerwG, Urt. v. 18.4.1997 – 8 C 38/95 = NJW 1997, 2966, 2968.

⁵⁹¹ BVerwG, Urt. v. 18.4.1997 – 8 C 38/95 = NJW 1997, 2966, 2968 f.; zustimmend auch: *Sachs*, in: *Sachs* [Hg.], Art. 20 GG, Rn. 120, Fn. 448; *Waßer*, JA 2001, 137, 140; *Neumann*, NVwZ 2000, 1244, 1245; *Borchert*, NZS 2002, 176, 179; *von Einem*, RV 1986, 134, 134; *Wallerath*, in: *Schulin* [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrtagung, S. 67, 92; wohl auch: *von Koch*, NZS 1998, 167, 169. Dabei orientiert sich

Da der klassische Fall der Herstellung (die Fiktion einer fristgerechten Antragstellung) so aus dem Anwendungsbereich dieses richterrechtlichen Instituts ausgenommen wird – ohne dass eine Begrenzung auf den Bereich des WoGG erkennbar wäre – stellte diese Entscheidung weitreichende Konsequenzen für das Verhältnis von § 27 SGB X und Herstellungsanspruch in Aussicht. Die Ansicht des BVerwG führte tatsächlich zu Unsicherheiten der Rechtsprechung der Sozialgerichte. Auch wenn die frühere Entscheidungslinie des BSG in der Folgezeit von einigen Senaten fortgesetzt wurde (Herstellungsanspruch trotz Verneinung des § 27 SGB X),⁵⁹³ ließ das BSG die Frage nach einer Subsidiarität des Herstellungsanspruchs mehrfach unbeantwortet.⁵⁹⁴ Während der 4. Senat für eine derartige Auslegung des § 27 SGB X durchaus Sympathien erkennen ließ,⁵⁹⁵ hat sich der 11. Senat zwischenzeitlich sogar der Rechtsprechung des BVerwG angeschlossen.⁵⁹⁶

In einer Grundsatzentscheidung des 10. Senates vom 02. Februar 2007, der sich inzwischen auch die anderen Senate und ein Teil der Literatur angeschlossen haben,⁵⁹⁷ wies das BSG die Einschätzung des BVerwG ausdrücklich zurück und erklärte den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch – nun ausdrücklich – für neben § 27 SGB X anwendbar.⁵⁹⁸ Im konkreten Fall ging es um die Gewährung von LERZG, das von der Klägerin aufgrund eines Beratungsfehlers erst am

das BVerwG – zumindest vordergründig – eng an den Kriterien, die das BSG für die Subsidiarität des Herstellungsanspruchs aufgestellt hat. Die Subsidiarität wird mit einem abschließenden Charakter des § 27 SGB X begründet. Sofern dies zutrifft, müsste auch das BSG in der Logik seiner eigenen Rechtsprechung eine Anwendbarkeit des entsprechenden Herstellungsanspruchs verneinen.

⁵⁹² BVerwG, Urt. v. 18.4.1997 – 8 C 38/95 = NJW 1997, 2966, 2968.

⁵⁹³ Etwa: BSG, Urt. v. 26.4.2005 – B 5 RJ 6/04 R = SozR 4-2600 § 4 Nr. 2.

⁵⁹⁴ BSG, Urt. v. 18.2.2004 – B 10 EG 10/03 R = BSGE 92, 182, 162 f.; BSG, Urt. v. 11.5.2000 – B 13 RJ 19/99 R; BSG, Urt. v. 11.5.2000 – B 13 RJ 85/98 R = BSGE 86, 153, 162 f.; BSG, Urt. v. 23.8.2001 – B 13 RJ 73/99 R = SozR 3-2600 § 197 Nr. 4.

⁵⁹⁵ BSG, Urt. v. 31.8.2000 – B 4 RA 28/00 R; BSG, Urt. v. 3.4.2001 – B 4 RA 89/00 R = SozR 3-2600 § 56 Nr. 15.

⁵⁹⁶ Vgl. BSG, Urt. v. 10.7.2003 – B 11 AL 11/03 R; BSG, Urt. v. 8.12.1999 – B 12 RJ 5/98 R = SozR 3-5070 § 21 Nr. 8.

⁵⁹⁷ Etwa: BSG, Urt. v. 6.5.2010 – B 13 R 44/09 R = NZS 2011, 342, 344 („In der Rechtsprechung des BSG ist geklärt, dass das richterrechtliche Institut des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs auch neben der gesetzlichen Wiedereinsetzungsregelung in § 27 SGB X [soweit einschlägig] anwendbar ist.“); BSG, Urt. v. 8.2.2007 – B 7a AL 22/06 R = BSGE 98, 108, 111; BSG, Urt. v. 30.9.2009 – B 9 VG 3/08 R = BSGE 104, 245, 254; BSG, Urt. v. 20.10.2010 – B 13 R 90/09 R; BSG, Urt. v. 18.1.2011 – B 4 AS 99/10 R; BSG, Urt. v. 18.1.2011 – B 4 AS 29/10 R; Ladage, S. 90 ff.; von Wulffen, in: von Wulffen [Hg.], § 27 SGB X, Rn. 5; Bieback, DVBl. 1983, 159, 163; ders., SGB 1990, 517, 525; Schmidt/Schmidt, JURA 2005, 372, 373; Heße, in: BeckOK § 27 SGB X, Rn. 23; Fichte, in: Erlenkämper/Fichte [Hg.], SozR, II 7 Rn. 24; Kreikebohm/von Koch, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6 Rn. 109 ff.; Krause/Sattler, in: Udsching/Rolfs [Hg.], JbSR 2007, S. S. 65, 66; Thieme, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 27 SGB X, Rn. 15; Timme, in: Diering/Timme/Waschull [Hg.], § 27 SGB X, Rn. 22; ders., SGB 2006, 763 ff.; Schmidt-De Caluwe, S. 172 f.

⁵⁹⁸ BSG, Urt. v. 2.2.2006 – B 10 EG 9/05 R = BSGE 96, 44, 44 ff.

15. Februar 2002 beantragt worden war. Das BSG hat entschieden, dass Wiedereinsetzung nach § 27 SGB X (i.V.m. Art. 3 II BayLerzGG) nur für den Zeitraum vom 15. August 2000 bis 1. Januar 2001 gewährt werden könne, weil keine höhere Gewalt i.S.d. § 27 V SGB X vorliege.⁵⁹⁹ Diese Feststellung hinderte das Gericht aber nicht daran, dennoch eine weitergehende Zahlungspflicht von LErzg für den zurückliegenden Zeitraum vom 02. Januar 2000 bis zum 14. August 2000 über den Herstellungsanspruch anzunehmen.⁶⁰⁰ Als Begründung dafür, dass § 27 SGB X keinen gegenüber dem Herstellungsanspruch abschließenden Charakter aufweise, verweist das BSG auf mehrere Aspekte. Zunächst sei der Anwendungsbereich beider Rechtsinstitute ohnehin nicht vollständig deckungsgleich; aber auch in dem verbliebenen Schnittmengenbereich (auf den allein sich auch das BVerwG bezieht), sei ein Herstellungsanspruch neben § 27 SGB X anwendbar.⁶⁰¹ Nach seiner Entstehungsgeschichte⁶⁰² solle § 27 SGB X eine vereinheitlichende allgemeine Regelung für das sozialgerichtliche Verfahren darstellen, ohne dass gleichzeitig auch eine Begrenzung des Anwendungsbereichs des Herstellungsanspruchs bezweckt sei. Der Gesetzgeber, dem der Herstellungsanspruch als Besonderheit der Sozialgerichtsbarkeit durchaus bekannt gewesen sei, habe durch sein Schweigen in dieser Frage ein Nebeneinander von Herstellungsanspruch und § 27 SGB X bewusst gebilligt.⁶⁰³ Die andere Interpretationsmöglichkeit, dass der Gesetzgeber durch § 27 SGB X eine gegenüber dem Herstellungsanspruch abschließende Regelung treffen wollte – wie sie auch das BVerwG vertritt – sei aus *drei Gründen* abzulehnen:

Zunächst widerspräche sie der Generalklausel des § 2 II SGB I. Denn der sozialrechtliche Herstellungsanspruch entspräche dem in § 2 II SGB I formulierten Ziel einer möglichst weitgehenden Verwirklichung sozialer Rechte. Der Gesetzgeber hätte daher deutlicher gemacht, wenn diesem Ziel ausschließlich über § 27 SGB X entsprochen werden dürfe.⁶⁰⁴

Eine andere Interpretation würde zu Unstimmigkeiten im Verhältnis von § 44 SGB X und §§ 67, 84 II 3 SGG führen. Der Betroffene sei gegen Rechtsverletzungen durch einen Verwaltungsakt umfassend geschützt, weil er durch §§ 67, 84 II 3 SGG bei unverschuldetem Versäumnis Wiedereinsetzung in verstrichene Widerspruchs- und Klagefristen verlangen könne – und für den Fall, dass

⁵⁹⁹ BSG, Urt. v. 2.2.2006 – B 10 EG 9/05 R = BSGE 96, 44, 47 f.

⁶⁰⁰ BSG, Urt. v. 2.2.2006 – B 10 EG 9/05 R = BSGE 96, 44, 49.

⁶⁰¹ BSG, Urt. v. 2.2.2006 – B 10 EG 9/05 R = BSGE 96, 44, 49.

⁶⁰² BT-Drs. 8/2034, S. 32 (einschließlich des Verweis auf die Entstehungsgeschichte des § 32 VwVfG: BT-Drs. 7/910 S. 55).

⁶⁰³ BSG, Urt. v. 2.2.2006 – B 10 EG 9/05 R = BSGE 96, 44, 49 f.

⁶⁰⁴ BSG, Urt. v. 2.2.2006 – B 10 EG 9/05 R = BSGE 96, 44, 50.

er (auch verschuldet) diese Fristen verstreichen lässt, nach § 44 SGB X einen Aufhebungsanspruch bzgl. des rechtswidrigen Verwaltungsaktes erlangt. Dies zeige, dass auch die Wiedereinsetzungsvorschriften des sozialgerichtlichen Verfahrens (§§ 67, 84 II 3 SGG) nicht als abschließende Regelungen für die Folgen von Pflichtverletzungen ausgestaltet sind. Wenn aber schon rechtswidrige bestandskräftige Verwaltungsakte zurückgenommen und Leistungen nachträglich gewährt werden müssen, könne nicht eingesehen werden, dass dies nicht erst recht für den Fall gelten soll, dass es aufgrund eines Verwaltungsfehlers gar nicht erst zum Erlass eines Verwaltungsaktes gekommen ist. Der deshalb gebotene vergleichbare Schutz könne nur durch das Nebeneinander von Herstellungsanspruch und § 27 SGB X erreicht werden.⁶⁰⁵

Schließlich würde eine andere Interpretation auch Wertungswidersprüche hervorbringen, falls eine Wiedereinsetzung im Einzelfall nach § 27 V SGB X ausscheidet. Eine Ausschlussvorschrift i.S.d. § 27 V SGB X sei nämlich nicht immer gleichbedeutend mit dem Ausschluss eines Herstellungsanspruchs. Deshalb könne derjenige, der sich auf § 27 SGB X beruft, im Einzelfall schlechter stehen als derjenige, der einen Herstellungsanspruch geltend machen kann.⁶⁰⁶

Bemerkenswert an der Grundsatzentscheidung des BSG ist weiterhin, dass sie dem Ausschluss des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs nicht im Ergebnis widerspricht, sondern allein der Begründung des BVerwG mit einem abschließenden Charakter des § 27 SGB X. Eine „*unechte*“ Subsidiarität des Herstellungsanspruchs gegenüber dem besonderen Charakter des Wohngeldrechtes (weshalb eine rückwirkende Wohngeldgewährung „*an sich unzulässiges*“ Amtshandeln darstelle) hält das BSG sogar ausdrücklich für möglich.⁶⁰⁷ Das BSG scheint sich vielmehr an dem Umstand zu stören, dass das BVerwG versucht hat, die allgemeine Frage nach dem Verhältnis von § 27 SGB X und Herstellungsanspruch zu beantworten, anstatt sich auf die Besonderheiten des WoGG zu beschränken. Die allgemeine Klärung des Verhältnis von § 27 SGB X und Herstellungsanspruch sieht das BSG als der Sozialgerichtsbarkeit vorbehalten an.⁶⁰⁸

Inzwischen zeichnet sich auch ein Einlenken des BVerwG in dieser Frage ab. So hat das Gericht das Verhältnis von Herstellungsanspruch und § 27 SGB X zwar nicht ausdrücklich neu bewertet, aber den Herstellungsanspruch für das BAföG-Recht nach Ablehnung einer Wiedereinsetzungsmöglichkeit (§ 27 SGB X) wieder angesprochen.⁶⁰⁹ Noch weiter abgerückt von seiner früheren Recht-

⁶⁰⁵ BSG, Urt. v. 2.2.2006 – B 10 EG 9/05 R = BSGE 96, 44, 50 f.

⁶⁰⁶ BSG, Urt. v. 2.2.2006 – B 10 EG 9/05 R = BSGE 96, 44, 51 m.w.N.

⁶⁰⁷ BSG, Urt. v. 2.2.2006 – B 10 EG 9/05 R = BSGE 96, 44, 53.

⁶⁰⁸ Vgl. BSG, Urt. v. 2.2.2006 – B 10 EG 9/05 R = BSGE 96, 44, 53.

⁶⁰⁹ BVerwG, Urt. v. 23.2.2010 – 5 C 13/09 = NVwZ-RR 2010, 570, 571 f.

sprechung ist das Gericht mit einer Entscheidung vom 30. Juni 2011,⁶¹⁰ wo mangels frühzeitiger Antragstellungen keine Leistungen nach dem BerRehaG gewährt wurden. Da das Gericht davon ausgeht, dass das materiell-rechtliche Antragserfordernis des § 8 V BerRehaG keine materiell-rechtliche Ausschlussfrist beinhaltet, war § 27 SGB X nicht anwendbar.⁶¹¹ Das Gericht sah sich dadurch aber nicht daran gehindert, über den Herstellungsanspruch eine frühere Antragstellung zu fingieren und nachträglich Leistungen nach dem BerRehaG zu gewähren.⁶¹²

Dieses Ergebnis schließt nicht aus, dass das BVerwG § 27 SGB X weiterhin als abschließende Regelung zur Überwindung von Fristversäumnissen versteht, wenn eine Frist vorliegt. Dennoch ist die Fortgeltung dieser Einschätzung langfristig unwahrscheinlich. Denn wenn die begehrten Leistungen nach § 8 V BerRehaG monatlich beginnend mit dem Monat gezahlt werden, der auf die Antragstellung folgt, kann dieser Zeitraum sehr wohl als Monatsfrist für den einzelnen Antrag verstanden werden. Zu dieser Einschätzung gelangt die überwiegende Ansicht jedenfalls für das in seiner Funktion ähnlich gelagerte rentenversicherungsrechtliche Antragserfordernis des § 99 SGB VI.⁶¹³ Der Herstellungsanspruch überwindet damit letztlich auch bei § 8 V BerRehaG ein Fristversäumnis, weil ohne Herstellungsanspruch unzweifelhaft nicht die Antragstellung per se unmöglich ist, sondern allein eine rechtzeitige rechtswirksame Antragstellung.⁶¹⁴

⁶¹⁰ BVerwG, Urt. v. 30.6.2011 – 3 C 36/10 = BVerwGE 140, 103, 106 ff.

⁶¹¹ BVerwG, Urt. v. 30.6.2011 – 3 C 36/10 = BVerwGE 140, 103, 106 f.

⁶¹² BVerwG, Urt. v. 30.6.2011 – 3 C 36/10 = BVerwGE 140, 103, 107 ff.

⁶¹³ Das BSG hält jedenfalls eine Anwendung des § 27 SGB X auf vergleichbare Regelungen für möglich, weil es sich um eine materiell-rechtliche Ausschlussfrist handelt (BSG, Urt. v. 6.5.2010 – B 13 R 44/09 R = SozR 4-1200 § 14 Nr. 13 m.w.N.); vgl. ausführlich zum Fristcharakter des § 99 SGB VI: Kap. 2 B.4.b.bb. (2) (a). In einer Entscheidung zum Antragserfordernis des § 37 SGB II – auf die sich das BVerwG auch ausdrücklich stützt – hat das BSG allerdings die Anwendbarkeit des § 27 SGB X verneint (BSG, Urt. v. 18.1.2011 – B 4 AS 99/10 R = SozR 4-4200 § 37 Nr. 5 m.w.N.). Im direkten Vergleich mit § 99 SGB VI, § 25 II WoGG und § 37 SGB II ähnelt § 8 V BerRehaG jedoch § 99 SGB VI/§ 25 II WoGG und nicht § 37 SGB II.

⁶¹⁴ Selbst wenn auch das BVerwG zukünftig Herstellungsanspruch und § 27 SGB X bei sozialrechtlichen Fristversäumnissen wegen Pflichtverletzungen nebeneinander anwenden sollte, bedeutet dies nicht, dass nicht für das Wohngeldrecht an der Ablehnung des Herstellungsanspruchs festhalten wird. Allerdings müsste die Begründung dann ausgehend von den speziellen Besonderheiten des Wohngeldrechts erfolgen. Diese Begründungsmöglichkeit hat das BSG dem BVerwG als zulässige Alternative nahegelegt (BSG, Urt. v. 2.2.2006 – B 10 EG 9/05 R = BSGE 96, 44, 53; diese zukünftige Richtung i.S.e. wohnrechtlichen Sonderfalls bereits andeutend: BVerwG, Urt. v. 30.6.2011 – 3 C 36/10 = BVerwGE 140, 103, 107).

(2) Eigene Stellungnahme

Die Frage nach dem Verhältnis von Herstellungsanspruch und § 27 SGB X ist durch die bisherigen Äußerungen noch nicht überzeugend beantwortet, denn auf den ersten Blick scheint tatsächlich einiges für einen abschließenden Charakter des § 27 SGB X zu sprechen. Aus dem Wortlaut lässt sich in diesem Zusammenhang kein überzeugendes Argument für eine bestimmte Auslegung des § 27 SGB X ableiten. Typischerweise finden richterrechtliche Rechtsinstitute selbst keinen unmittelbaren Rückhalt in der sprachlichen Fassung eines Satzes, weil sie den Wortlaut des Gesetzes zugunsten des hinter der Regelung stehenden Gesetzeszwecks überschreiten.⁶¹⁵ Jedenfalls enthält § 27 SGB X auch keine eindeutige Formulierung i.S.e. ausschließlichen Regelung zur Überwindung von Fristversäumnissen (etwa durch „nur“, „ausschließlich“ oder „ausnahmslos“). Dem Wortlaut kann daher weder ein Argument für noch gegen die zusätzliche Anwendung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs entnommen werden.

Für ein Nebeneinander von Herstellungsanspruch und § 27 SGB X führt das BSG die Entstehungsgeschichte des § 27 SGB X an. Der Gesetzgeber habe den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch als sozialrechtliche Verfahrensbesonderheit schlicht vergessen, denn ohne ausdrückliche Erwähnung in der Gesetzesbegründung hätte er diesen wohl nicht mit der Schaffung des § 27 SGB X aus seinem üblichen Anwendungsbereich ausschließen wollen.⁶¹⁶ Die Gesetzesbegründung belege insofern, dass der Anwendungsbereich des Herstellungsanspruchs nicht durch § 27 SGB X eingeschränkt werden sollte, was für ein Nebeneinander beider Rechtsinstitute spräche. Tatsächlich wird in der Gesetzesbegründung von 1978 der sozialrechtliche Herstellungsanspruch nicht erwähnt.⁶¹⁷ Dort heißt es lediglich zu §§ 25, 26 SGB X (später aufgegangen in §§ 26, 27 SGB X): „Diese Vorschriften entsprechen §§ 31, 32 VwVfG.“⁶¹⁸ Die daraus folgende Annahme des BSG, dass dieses Schweigen eine Unachtsamkeit des Gesetzgebers offenbare, ist dennoch vorschnell. Zwar existiert (mangels eines allgemeinen verwaltungsrechtlichen Herstellungsanspruchs) bei § 32 VwVfG kein vergleichbares Spannungsfeld, so dass der schlichte Verweis auf dessen Entstehungsgeschichte bei § 27 SGB X unvollständig erscheint. Die

⁶¹⁵ Vgl. dazu ausführlich: Kap. 2 A.I.

⁶¹⁶ BSG, Urt. v. 2.2.2006 – B 10 EG 9/05 R = BSGE 96, 44, 49 f.; so auch: Schmidt-De Caluwe, S. 172 f.

⁶¹⁷ BT-Drs. 8/2034, S. 32 (einschließlich des Verweis auf die Entstehungsgeschichte des § 32 VwVfG: BT-Drs. 7/910, S. 55).

⁶¹⁸ BT-Drs. 8/2034, S. 32.

weitergehende Überzeugung, dass der Gesetzgeber den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch neben § 27 SGB X auch habe erhalten wollen, wenn er diese Besonderheit rechtzeitig erkannt hätte, überdehnt die Aussagekraft dieser Gesetzgebungsunterlagen. Bereits die Annahmen, dass der Anwendungsbereich gesetzlicher Regelungen von richterrechtlichen Rechtsinstituten ausgehend ermittelt werden könne⁶¹⁹ und der Gesetzgeber so bei einer Neuregelung indirekt besonders begründen müsse, ob er es tatsächlich bei der Anwendung der verabschiedeten gesetzlichen Regelungen belassen will, ist rechtsdogmatisch abzulehnen.⁶²⁰ Für den subsidiären Herstellungsanspruch muss vielmehr der Rechtsanwender darlegen können, woraus sich im Falle einer Neuregelung (noch) eine entsprechende planwidrige Regelungslücke ergibt; eine rein historische Regelungslücke reicht hierfür nicht aus. Der Gesetzgeber kann lückenschließendem Richterrecht demnach allein durch das schlichte Schließen einer Regelungslücke die rechtsdogmatisch erforderliche Grundlage entziehen; die muss nicht einmal ein Ziel der gesetzlichen Neuregelung sein.⁶²¹ Anders gedeutet lässt sich aus der Gesetzesbegründung des § 27 SGB X sogar ein Argument gegen die Anwendung des Herstellungsanspruchs ableiten. Mit einer allgemeinen Wiedereinsetzungsregelung für sozialrechtliche Fristversäumnisse wird eine Vereinheitlichung der Wiedereinsetzungsregelungen erreicht, wie sie schon bei der Schaffung der Vorbildvorschrift des § 32 VwVfG gewollt war.⁶²² 1980 – als Verabschiedungszeitraum des § 27 SGB X – konnte man die Rechtsprechung zum sozialrechtlichen Herstellungsanspruch noch als eine solche – unregelte – Wiedereinsetzungsregelung begreifen, weil sich der Herstellungsanspruch erst ab 1975 nach und nach als eigenes Rechtsinstitut etablieren konnte.⁶²³ § 27 SGB X könnte so auch als das Bestreben gewertet werden, gerade diese uneinheitlich erscheinende Rechtsprechung durch eine klare und abschließende gesetzliche Regelung zu vereinheitlichen. Aufgrund der nur knappen Begründung belegt die Entstehungsgeschichte allerdings auch diese Deutung des § 27 SGB X nicht hinreichend.⁶²⁴ Die Entstehungsgeschichte des § 27 SGB X spricht damit weder für ein Nebeneinander von Herstellungsanspruch

⁶¹⁹ In diese Richtung gehen die Ausführungen *Plagemanns* (vgl. *Plagemann*, NJW 1983, 2172, 2176).

⁶²⁰ Vgl. ausführlich zum rechtsdogmatischen Hintergrund: Kap. 2 A.III.2.a.

⁶²¹ Nicht das Gesetz ergänzt den Herstellungsanspruch, sondern allenfalls der Herstellungsanspruch das Gesetz (**a.A.** anscheinend: *Olbertz*, S. 10).

⁶²² Vgl. zu Hintergründen und Entstehungsgeschichte des § 32 VwVfG: BT- Drs. 7/910, S. 1, 55.

⁶²³ Vgl. Kap. 1 A.

⁶²⁴ Insbesondere sind keine ausdrücklichen Anhaltspunkte dafür gegeben, dass § 27 SGB X gerade eine uneinheitliche Rechtsprechung ändern sollte.

und § 27 SGB X noch dagegen. Entgegen der Ansicht des BSG ist auch die Entstehungsgeschichte des § 27 SGB X hinsichtlich des Auslegungsergebnisses offen.

Die Gesetzssystematik scheint zunächst eindeutig gegen ein Nebeneinander von Herstellungsanspruch und § 27 SGB X zu sprechen. Falls eine Frist versäumt wurde, kann der Betroffene regelmäßig nicht verlangen, so behandelt zu werden, als ob er die versäumte Frist eingehalten hätte. § 27 SGB X normiert hiervon eine Ausnahme und gewährt unter besonderen Voraussetzungen für den Fall des unverschuldeten Fristversäumnisses die Möglichkeit, ausnahmsweise so behandelt zu werden, als ob die Frist eingehalten worden wäre. Wenn das Verhältnis von Grundsatz und Ausnahme nicht umgekehrt werden soll, muss § 27 SGB X als eng auszulegende Ausnahmegesetzvorschrift verstanden werden. Falls der Betroffene über den Herstellungsanspruch eine weitere Möglichkeit erhält, ebenfalls so behandelt zu werden, als ob er die Frist eingehalten hätte, verliert § 27 SGB X an Bedeutung. Da § 27 SGB X gleichermaßen vorangegangenes rechtswidriges und rechtmäßiges Verhaltensverhalten erfasst, ist der engere § 27 SGB X neben dem Herstellungsanspruch nur noch für die Fälle relevant, in denen ein Fristversäumnis gerade nicht auf einer hoheitlichen Pflichtverletzung beruht. Dennoch ist die Anwendung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs neben § 27 SGB X gerade aus systematischen Gründen geboten, um Wertungswidersprüche zu vermeiden.⁶²⁵ Eine abschließende Interpretation des § 27 SGB X würde nämlich im Hinblick auf § 44 SGB X und §§ 67, 84 II 3 SGG systematische Unstimmigkeiten hervorrufen.⁶²⁶ Bei Rechtsverletzungen durch einen Verwaltungsakt kann der Bürger bei unverschuldetem Fristversäumnissen nach §§ 67, 84 II 3 SGG Wiedereinsetzung in verstrichene Widerspruchs- und Klagefristen verlangen. Gleichzeitig besteht die Möglichkeit, über § 44 SGB X die Rücknahme des bestandskräftigen Verwaltungsaktes zu erreichen, falls er diese Fristen (insbesondere auch verschuldet) verstreichen ließ. Die Korrekturmöglichkeit des § 44 SGB X wird gesetzssystematisch bewusst nicht durch §§ 67, 84 II 3 SGG versperrt, sondern ergänzt diese Regelungen. Dieses Zusammenspiel zeigt, dass der Gesetzgeber die Wiedereinset-

⁶²⁵ Indes führt der vom BSG bemühte Vergleich zwischen § 27 V SGB X und einer davon unberührten Anwendbarkeit des Herstellungsanspruchs (BSG, Urt. v. 2.2.2006 – B 10 EG 9/05 R = BSGE 96, 44, 51 m.w.N.) nicht zu einem solchen Wertungswiderspruch. Sofern § 27 SGB X als abschließende Regelung verstanden werden muss, kann kein anderer Betroffener besser stehen, weil sein Herstellungsanspruch trotz einer die Wiedereinsetzung nach § 27 V SGB V ausschließende Regelung anwendbar bleibt. Es existiert dann nämlich kein neben § 27 SGB X anzuwendender Herstellungsanspruch. Dieses Argument begründet insofern einen argumentativen Zirkelschluss.

⁶²⁶ Vgl. BSG, Urt. v. 2.2.2006 – B 10 EG 9/05 R = BSGE 96, 44, 50 f.

zungsvorschriften des sozialgerichtlichen Verfahrens im Hinblick auf Rechtsverletzungen durch rechtswidrige Verwaltungsakte gerade nicht als abschließende Regelungen ausgestaltet hat. Dass demgegenüber Rechtsverletzungen, die nicht in Form eines Verwaltungsaktes erfolgen, für den Bürger dauerhaft Bestand haben sollen, wenn der Betroffene die Voraussetzungen für eine sozialverfahrensrechtliche Wiedereinsetzungsregelung nicht erfüllt, kann dem Gesetz nicht entnommen werden. Vielmehr muss davon ausgegangen werden, dass auch § 27 SGB X weitergehende Korrekturmöglichkeiten nicht ausschließen soll. Da der sozialrechtliche Herstellungsanspruch regelmäßig in den Fällen Anwendung findet, in denen § 44 SGB X mangels Erlass eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes gerade nicht zur Anwendung kommt,⁶²⁷ ist der Herstellungsanspruch eine derartige Korrekturmöglichkeit. Durch das Nebeneinander von Herstellungsanspruch und § 27 SGB X werden insofern Wertungswidersprüche im System des sozialrechtlichen Nachteilsausgleich vermieden.

Im Zusammenhang mit diesen systematischen Erwägungen klingt auch der entscheidende teleologische Gedanke für eine Anwendbarkeit des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs neben § 27 SGB X an. Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch dient nach Ansicht des BSG der Korrektur rechtswidrigen Verwaltungshandelns, wie im Gehalt des § 2 II SGB I mitenthalten ist.⁶²⁸ Hier von ausgehend spielt es bzgl. der Subsidiarität eine erhebliche Rolle, ob der Gesetzgeber die Folgen dieser Rechtsverletzung in einer Korrekturvorschrift „konzeptuell mitbedacht“⁶²⁹ hat; also (zumindest auch) eine Regelung bzgl. der Folgen einer Rechtsverletzung treffen wollte. Das BSG verneint eine solche Zielrichtung des § 27 SGB X – worin dem Gericht im Ergebnis zuzustimmen ist. Der Gesetzgeber hat mit § 27 SGB X eine Regelung geschaffen, die gerade unabhängig von subjektiven Rechtsverletzungen die Wirkungen von Fristversäumnissen korrigiert. Ausgangspunkt ist allein die Tatsache, dass eine Frist versäumt wurde. Nur aus dem Umstand, dass § 27 SGB X deshalb auch Fälle umfasst, in denen das Versäumnis gerade auf einem rechtswidrigen Verwaltungsverhalten beruht, kann nicht der Rückschluss gezogen werden, dass deshalb die Korrektur fehlerhaften Verwaltungsverhaltens allein nach § 27 SGB X erfolgen solle. Tatsächlich ist dieser Umstand für die Anwendung des § 27 SGB X bedeutungslos. Eine Korrektur durch den sozialrechtlichen Herstel-

⁶²⁷ Vgl. Kap. 1 B.III.2.

⁶²⁸ Dies erklärt auch den Hinweis des BSG, dass durch die Annahme eines abschließenden Charakters des § 27 SGB X von den Zielsetzungen des § 2 II SGB I abgewichen werde, was so dem Gesetz nicht zu entnehmen sei (BSG, Urt. v. 2.2.2006 – B 10 EG 9/05 R = BSGE 96, 44, 50).

⁶²⁹ BSG, Urt. v. 15.12.1994 – 4 RA 64/93 = SozR 3-2600 § 58 Nr. 2.

lungsanspruch erfolgt hingegen ausgehend von einer subjektiven Rechtsverletzung, weshalb gerade nicht allein der eingetretene sozialrechtliche Nachteil die Korrektur bedingt, sondern erst die rechtswidrige Verursachung dieses Nachteils durch die Verwaltung. Von diesen Wesensunterschieden ausgehend ist es naheliegend, dass § 27 SGB X anderen Voraussetzungen unterworfen wird und inhaltlich durch den Gedanken geprägt ist, dass derjenige, der selbst dafür verantwortlich ist, dass er seine Rechte nicht rechtzeitig geltend gemacht hat, nicht in diesem Sinne schutzbedürftig ist und daher nicht in den Genuss der Vorteile einer Wiedereinsetzung kommen soll.⁶³⁰ Mit § 27 SGB X hatte der Gesetzgeber insbesondere Fälle im Blick, in denen der Betroffene aus tatsächlichen Gründen vorübergehend an der Einhaltung der Frist gehindert war (bspw. weil er krankheitsbedingt während des Fristablaufes im Koma liegt, sich im Urlaub befindet oder ein Antrag auf dem Postweg verloren gegangen ist).⁶³¹ Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch ist hingegen dadurch gekennzeichnet, dass der Bürger sich ohne das rechtswidrige Verwaltungsverhalten erst gar nicht in dieser für ihn nachteilhaften sozialrechtlichen Situation befinden würde. In dieser ihm durch die Verwaltung aufgezwungenen (Sonder-) Situation fällt sein eigenes Fehlverhalten deshalb auch erst dann anspruchshindernd ins Gewicht, wenn es – trotz der Pflichtverletzung – als der wesentliche Eintrittsgrund des Nachteils betrachtet werden muss.⁶³² Einen Bürger allein mit der Regelung des § 27 SGB X zu erfassen würde bedeuten, dass das vorangehende Fehlverhalten der Verwaltung nur noch eine untergeordnete Rolle spielen würde, weil § 27 SGB X von dem Fristversäumnis ausgehend danach fragt, ob der Betroffene nun unverschuldet und fristgerecht Wiedereinsetzung beantragt hat. Keine Berücksichtigung findet hingegen der Umstand, dass der Bürger ohne das Fehlverhalten der Verwaltung seine Leistungen bereits erhalten hätte und er nur deshalb gezwungen ist, die Voraussetzungen des § 27 SGB X zu beachten, weil er durch die Verwaltung in diese Situation gebracht worden ist, die bei gesetzeskonformen Verhalten gar nicht erst hätte eingetreten dürfen. Bei einem abschließenden Charakter des § 27 SGB X müsste sich daher auch ein gesetzgeberischer Wille feststellen lassen, ein hoheitliches Fehlverhalten nur als ein

⁶³⁰ Ein eigenes Verschulden des Betroffenen oder eine Nichtgeltendmachung innerhalb der Fristen des § 27 SGB X schließen deshalb eine Wiedereinsetzung zugunsten der Rechtssicherheit aus. Nur derjenige, der in der Vergangenheit nichts dafür konnte, dass er die Frist versäumt hat und sich nun zügig um Wiedereinsetzung bemüht, soll eine Wiedereinsetzung erhalten.

⁶³¹ Vgl. zu weiteren typischen Fällen einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand: *Kallerhoff*, in: Stelkens/Bonk/Sachs [Hg.], § 32 VwVfG, Rn. 23 ff. m.w.N.

⁶³² Vgl. Kap. 1 B.I.3.

Ausschlussgrund innerhalb der Ausschlussgründe einer Wiedersetzung nach § 27 SGB X zu berücksichtigen. Für § 27 SGB X ist es jedoch unbedeutend, ob rechtswidriges oder rechtmäßiges Verwaltungsverhalten vorliegt, weshalb beide Fälle innerhalb von § 27 SGB X grds. gleich behandelt werden. Ein weitergehender gesetzlicher Wille, dass § 27 SGB X darüber hinaus eine unterschiedliche Behandlung durch andere Rechtsinstitute verhindern soll, die eine Unterscheidung anhand von rechtswidrigem und rechtmäßigem Verhalten vornehmen, kann der Vorschrift nicht entnommen werden. Das Nebeneinander von prozessualen Wiedereinsetzungsregelungen und § 44 SGB X spricht systematisch jedenfalls gegen einen solchen allgemeinen Willen.⁶³³ Mit § 27 SGB X hat der Gesetzgeber keine abschließende Regelung zu den Folgen rechtswidrigen Verwaltungsverhaltens getroffen – auch wenn über § 27 SGB X ggf. einzelne Folgen rechtswidrigen Verwaltungsverhaltens (Folgen von Fristversäumnissen) ebenfalls korrigiert werden können.

Auch wenn mit diesem Auslegungsergebnis zu § 27 SGB X noch nicht feststeht, dass als Reaktion auf diese Pflichtverletzungen tatsächlich auch ein (sozialrechtlicher) Herstellungsanspruch in dieser Form zulässigerweise entstehen muss, lässt sich festhalten, dass § 27 SGB X dem Entstehen eines solchen Anspruchs jedenfalls nicht entgegensteht.

c) Abgrenzung zum Kriterium des „*an sich (un)zulässigen*“ Amtshandelns

Die Kriterien, nach denen die Subsidiarität des Herstellungsanspruchs ermittelt wird, erinnern oftmals an die Bestimmung der Zulässigkeit eines Amtshandelns. Tatsächlich erscheint eine trennscharfe Abgrenzung beider Kriterien kaum möglich, weshalb Subsidiarität und „*an sich (un)zulässiges*“ Amtshandeln nicht immer ausdrücklich unterschieden werden.⁶³⁴ Dass eine trennscharfe

⁶³³ In diese Richtung gehen auch die Ausführungen von *Schmidt-De Caluwe*, S. 173 („*Die verfahrensrechtliche Korrektur rechtswidrigen, den Berechtigten benachteiligenden Verhaltens der Verwaltung, und darum geht es in den Herstellungsfällen, ist selbst bei Verfestigung in einem Verwaltungsakt an keine Frist gebunden, wie sich aus § 44 SGB X ergibt.*“). Dass der Gesetzgeber ausgerechnet für die Fälle, in denen mangels Erlass eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes § 44 SGB X gar nicht anwendbar ist, eine andere rechtliche Bewertung vorgenommen haben soll, überzeugt nicht. Schließlich erscheint der Betroffene in diesen Fällen, in denen das auf den Verwaltungsakt konzentrierte Verfahrensrecht des SGB X gerade keine Korrektur bewirken kann, sogar noch um ein Vielfaches schutzbedürftiger.

⁶³⁴ Häufig beschränkt sich die Darstellung allein auf das Kriterium des „*an sich zulässigen*“ Amtshandeln, wobei die Subsidiarität ggf. als Unterfall erläutert wird (etwa: *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 31 ff.; *Olbertz*, S. 28 ff.; *Pietzner/Müller*, *VerwArch.* 85 [1994], 603, 609 ff.; *Wallerath*, *DÖV* 1994, 757, 761 ff.; *Kreßel*, *NZS* 1994, 395, 399 f.).

Differenzierung kaum durchführbar erscheint und auch inhaltlich keine unterschiedlichen Endergebnisse hervorbringt, lässt sich auf zwei Gründe zurückführen; einerseits auf die Kriterien selbst, die zur Bestimmung des „*an sich zulässigen*“ Amtshandelns herangezogen werden, und andererseits auf dieselbe Zielsetzung, die beide Eingrenzungen gleichermaßen verfolgen.⁶³⁵

Auch die Rechtsprechung differenziert in dieser Frage nicht sauber. So hat das BSG über § 26 II SGB IV begründet, dass ein auf Beitragserstattung gerichteter Herstellungsanspruch ausscheide, weil keine ausreichende Strukturähnlichkeit u.a. mit § 26 II SGB IV bestehe und daher ein „*an sich unzulässiges*“ Amtshandeln vorläge.⁶³⁶ In anderen Entscheidungen wurde der Herstellungsanspruch hingegen als gegenüber § 26 II SGB IV subsidiär beschrieben, weil diese Vorschrift die Möglichkeiten einer Beitragserstattung abschließend regeln solle.⁶³⁷ Auch wenn im Ergebnis kein Unterschied besteht, ist dabei eine andere Begründung gewählt worden. Der 12. Senat kritisierte eine Entscheidung des 11. Senats sogar mit dem Vorwurf, dass die Unzulässigkeit der Amtshandlung Beitragserstattung fraglich sei, weil § 26 II SGB IV keinen abschließenden Charakter erkennen lasse.⁶³⁸ Damit werden Argumente, die gegen eine Subsidiarität des Herstellungsanspruchs gegenüber § 26 II SGB IV sprechen, dazu genutzt, die Zulässigkeit der Amtshandlung zu überprüfen. Dies zeigt die inhaltliche Nähe/Vermischung von Subsidiarität und Unzulässigkeit von Amtshandlungen.

⁶³⁵ Wenn ein Gericht bspw. danach fragt, ob eine Amtshandlung ihrer Struktur nach im Gesetz vorgesehen ist, werden – wie bei der Bestimmung einer Subsidiarität – gesetzliche Normen herangezogen und ausgelegt. Dabei könnte bspw. § 13 I SGB V i.V.m. dem Sachleistungsprinzip der Schluss entnommen werden, dass Kostenerstattung über den unregelmäßigten Herstellungsanspruch im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung seiner Struktur nach nicht vorgesehen ist, weil „*nur*“ gesetzliche Ausnahmen zur Kostenerstattung zugelassen sind. Diese Herangehensweise bedingt dasselbe Ergebnis wie eine Prüfung, ob die im SGB V geregelten Kostenerstattungsansprüche (bspw. § 13 III SGB V) abschließenden Charakter haben. Ferner sollen beide Kriterien gleichermaßen die Rechtmäßigkeit des Verpflichtungsgehaltes eines Herstellungsanspruchs verwirklichen. Bei unzulässigem Amtshandeln scheidet eine Herstellung aus, die rechtlich unmöglich ist, weil sie gegen Gesetzesrecht verstoßen würde. Im Fall einer Subsidiarität soll eine Herstellung ausscheiden, weil der Herstellungsanspruch keine gesetzgeberischen Entscheidungen unterlaufen soll. Mit anderen Worten scheidet eine Herstellung auch in diesem Zusammenhang aus, weil sie gegen Gesetzesrecht (/ eine bestimmte Gesetzesbestimmung) verstoßen würde.

⁶³⁶ BSG, Urt. v. 18.8.1983 – 11 RA 60/82 = BSGE 55, 261, 263 f.; BSG, Urt. v. 23.1.1986 – 11a RA 62/84; BSG, Urt. v. 15.10.1985 – 11a RA 39/84 = SozR 1200 § 14 Nr. 21; BSG, Urt. v. 30.6.1997 – 8 RKn 3/96 = SozR 3-2400 § 26 Nr. 8; BSG, Urt. v. 27.8.2009 – B 13 R 14/09 R = BSGE 104, 108, 115 f.

⁶³⁷ BSG, Urt. v. 29.1.1998 – B 12 KR 11/97 R = SozR 3-2400 § 26 Nr. 10; BSG, Urt. v. 29.11.2006 – B 12 KR 30/05 R; BSG, Urt. v. 28.1.1982 – 5a RKn 1/81 = SozR 2600 § 121 Nr. 4; BSG, Urt. v. 8.4.1987 – 1 RA 55/85 = SozR 1200 § 14 Nr. 25; BSG, Urt. v. 29.11.2006 – B 12 KR 30/05 R.

⁶³⁸ BSG, Urt. v. 19.2.1987 – 12 RK 55/84 = BSGE 61, 175, 178 f.

Dennoch sind beide Einschränkungen nicht deckungsgleich. Das Kriterium des „an sich zulässigen“ Amtshandeln soll eine Unterscheidung zwischen im Wege der Herstellung disponiblen und nichtdisponiblen Voraussetzungen des jeweiligen Leistungsrechts möglich machen. Es wird daher – allgemein – festgestellt, inwieweit die Rechtsvorschriften, die den momentanen Rechtszustand begründen/stützen, eine Veränderung i.S.e. sozialrechtlichen Naturalrestitution zulassen oder ausschließen. Daher wird ermittelt, ob sich eine Herstellung in das Gefüge des jeweiligen Rechtsgebietes (einschließlich seiner Besonderheiten) stimmig einfügt. Die Subsidiarität des Herstellungsanspruchs dient hingegen stärker dazu, – punktuell – den Vorrang einzelner spezieller Korrekturvorschriften zu sichern. Eine Abgrenzung sollte entsprechend dieser Grundpositionen erfolgen.⁶³⁹ Die Frage nach der Zulässigkeit des Amtshandelns ist einer möglichen Subsidiarität insofern vorgelagert. Ein allgemein zulässiger Herstellungsanspruch scheidet auch nur soweit aus, wie die Sperrwirkung einer Sondervorschrift reicht.

2. *Entgegenstehender Verwaltungsakt*

Ein sozialrechtlicher Nachteil kann durch einen entsprechenden Verwaltungsakt i.S.d. § 31 SGB X begründet oder gerechtfertigt werden (bspw. wird durch Verwaltungsakt ein Leistungsanspruch abgelehnt oder eine Versicherungspflicht festgestellt). Da selbst ein rechtswidriger Verwaltungsakt in seinen rechtlichen und tatsächlichen Anordnungen gem. § 39 II SGB X, § 77 SGG eine Bindungswirkung entfaltet, solange er nicht aufgehoben wurde bzw. sich durch Zeitablauf oder auf sonstige Weise erledigt hat,⁶⁴⁰ droht ein Herstellungsanspruch (auch) die Wirksamkeit dieses Verwaltungsaktes zu unterlaufen, wenn er entgegen der Regelung eines Verwaltungsaktes eine sozialrechtliche Naturalrestitution ermöglicht.

⁶³⁹ Wenn es darum geht, ob sich ein Herstellungsanspruch über die Nichtverwirklichung von einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen hinwegsetzen kann oder ob sich eine Herstellung allgemein in das jeweilige Rechtsgebiet einfügt, ist die Zulässigkeit des Amtshandelns einschlägig (bspw. ob ein Bürger eine Rente zu einem früheren Zeitpunkt beanspruchen kann, obwohl er damals keinen Antrag gestellt hat). Ob ein allgemein möglicher Herstellungsanspruch von einzelnen spezielleren Korrekturvorschriften überlagert/ausgeschlossen wird, betrifft hingegen die Subsidiarität (bspw. ob ein Herstellungsanspruch, der eine frühere Antragstellung fingiert, neben der Regelung des § 27 SGB X überhaupt zulässig ist).

⁶⁴⁰ Vgl. zur Wirksamkeit allgemein: *Ruffert*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 22, Rn. 14 ff.; *Ipsen*, AllgVerwR, Rn. 662 ff.

Das BSG hat sich in mehreren Entscheidungen näher zum Verhältnis von Herstellungsanspruch und entgegenstehendem wirksamen Verwaltungsakt geäußert. Das Gericht geht im Grundsatz davon aus, dass ein wirksamer Verwaltungsakt, der eine sozialrechtlichen Naturalrestitution entgegensteht, nicht unberücksichtigt bleiben kann – vielmehr kann diese erst nach der Aufhebung des Verwaltungsaktes verwirklicht werden. Der Herstellungsanspruch kann dabei weder über die Regelung eines entgegenstehenden Verwaltungsaktes hinweghelfen noch in seiner Rechtsfolge auf die Aufhebung eines rechtswidrigen⁶⁴¹ Verwaltungsaktes gerichtet sein.⁶⁴² Nach anfänglichen Unsicherheiten bzgl. der Verortung des Problems,⁶⁴³ hat das Gericht in einer Grundsatzentscheidung klargestellt, dass ein Ausschluss der Aufhebung von rechtswidrigen Verwaltungsak-

⁶⁴¹ Nach Ansicht von *Bühler* muss auch ein rechtmäßiger Verwaltungsakt zunächst – entgegen dem Wortlaut des § 46 SGB X – für die Vergangenheit aufgehoben werden, wenn ein entgegenstehender Herstellungsanspruch verwirklicht werden soll (*Bühler*, Mitt LVA Württemberg 1984, 201, 207; ähnlich bzgl. der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes: *Krasney*, ZAP 1996 [Fach 18], 449, 462). Ob ein Verwaltungsakt tatsächlich i.S.d. §§ 44 ff. SGB X „*rechtmäßig*“ ist, dessen Rechtmäßigkeit sich daraus ergibt, dass die rechtlichen Vorschriften angewandt werden, die aufgrund der Pflichtverletzung auf den Fall Anwendung finden, kann allerdings bezweifelt werden. Schließlich ist die Verwaltung durch den Herstellungsanspruch verpflichtet, den Betroffenen – auch rechtlich – so zu behandeln, als ob er nicht pflichtwidrig behandelt worden wäre. Wenn demnach bspw. die Erfüllung einzelner Tatbestandsmerkmale als erfüllt fingiert werden müsste, kann eine gegenteilige Behandlung als Rechtsverstoß (nämlich als Verstoß gegen den richterrechtlichen Herstellungsanspruch) betrachtet werden. Da die Rechtsverletzung bei §§ 44 ff. SGB X ex post ermittelt wird (vgl. *Schütze*, in: von Wulffen [Hg.], § 44 SGB X, Rn. 10; *Vogelsang*, in: Hauck/Noftz [Hg.], 2. EGL. – 2014, K § 44 SGB X, Rn. 8) und das BSG einen Rechtsverstoß auch beim Verstoß gegen den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch annimmt (vgl. BSG, Urt. v. 11.4.1985 – 4b/9a RV 5/84 = SozR 1300 § 44 Nr. 17), ist vielmehr davon auszugehen, dass eine derartige Konstellation innerhalb des Anwendungsbereiches des § 44 SGB X – also eines „*rechtswidrigen*“ Verwaltungsaktes – liegt (so auch ausdrücklich: BSG, Urt. v. 23.7.1986 – 1 RA 31/85 = BSGE 60, 158, 165 f.; differenzierend hingegen: BSG, Urt. v. 9.9.1986 – 11a RA 28/85 = BSGE 60, 245, 246). Im Folgenden soll daher allein das Verhältnis von Herstellungsanspruch und § 44 SGB X näher untersucht werden, weil für das Verhältnis von Herstellungsanspruch und § 46 SGB X ohnehin kaum ein denkbarer Anwendungsbereich verbleibt.

⁶⁴² Vgl. BSG, Urt. v. 19.6.1997 – 13 RJ 99/96 m.w.N.

⁶⁴³ Der 1. Senat wollte sich bspw. nicht festlegen, woraus der Ausschluss des Herstellungsanspruchs in den Fällen eines entgegenstehenden, bestandskräftigen Verwaltungsaktes folge (BSG, Urt. v. 24.4.1980 – 1 RA 33/79 = BSGE 50, 88, 91 f.). Einerseits sei denkbar, dass der Betroffene, der keine Rechtsbehelfe gegen den Verwaltungsakt ergriffen hat, dadurch wesentlich kausal seinen eigenen sozialrechtlichen Nachteil – der in der Bindungswirkung des Verwaltungsaktes liege – herbeigeführt hat. Des Weiteren sei aber auch fraglich, ob der Herstellungsanspruch zulässigerweise auf die Aufhebung eines Verwaltungsaktes gerichtet sein könne (ein „*an sich zulässiges*“ Amtshandeln), wenn dadurch die Bindungswirkung des § 77 SGG unterlaufen werde.

ten über den Herstellungsanspruch der „*Eigenart dieses Anspruchs als Ergebnis richterlicher Rechtsfortbildung*“⁶⁴⁴ geschuldet sei, obwohl eine solche Aufhebung als Amtshandeln zumindest grds. von der Rechtsfolge des Herstellungsanspruchs umfasst wäre.⁶⁴⁵ Aufgrund der zahlreichen sozialgerichtlichen und -verfahrensrechtlichen Regelungen zur Beseitigung rechtswidriger Verwaltungsakte (insbesondere §§ 54, 83 ff. SGG, § 44 SGB X), bestehe in Bezug auf die Aufhebung von Verwaltungsakten keine planwidrige Regelungslücke.⁶⁴⁶ Eine

⁶⁴⁴ BSG, Urt. v. 30.10.1997 – 13 RJ 71/96 = SozR 3-2600 § 300 Nr. 12.

⁶⁴⁵ BSG, Urt. v. 30.10.1997 – 13 RJ 71/96 = SozR 3-2600 § 300 Nr. 12, so wohl auch: *Schmidt/Schmidt*, JURA 2005, 372, 375 f.

⁶⁴⁶ Zumindest für das Verhältnis von Herstellungsanspruch und § 44 SGB X wirken diese Ausführungen dabei selbstverständlicher, als sie es bis zu diesem Zeitpunkt nach der Rechtsprechung gewesen sind. Zuvor war die konkrete Ausgestaltung des Verhältnisses von § 44 SGB X und Herstellungsanspruch in mehreren Entscheidungen offengeblieben (bspw. BSG, Urt. v. 15.12.1982 – GS 2/80 = BSGE 54, 223, 232). Der 5a-Senat des BSG hatte sogar betont, dass der Herstellungsanspruch für den Fall einer fehlerhaften Begründung eines Verwaltungsaktes nicht automatisch durch § 44 SGB X ausgeschlossen werde (BSG, Urt. v. 14.5.1985 – 5a RKn 23/84 = SozR 1300 § 44 Nr. 18). Erst 1986 findet sich in einer Entscheidung die Feststellung, dass nach Auslegung der Regelung des § 44 I SGB X ein Herstellungsanspruch jedenfalls nicht über die Anordnungen des § 44 SGB X hinausgehen könne (BSG, Urt. v. 23.7.1986 – 1 RA 31/85 = BSGE 60, 158, 168). Diese und weitere Ausführungen (etwa: BSG, Urt. v. 8.11.1995 – 13 RJ 5/95 = SozR 3-2600 § 300 Nr. 5; BSG, Urt. v. 18.6.1997 – 5 RJ 36/96 = SozR 3-2600 § 300 Nr. 11) wurden später aufgegriffen und zu dem Ergebnis verdichtet, dass § 44 SGB X bzgl. einer Beseitigung der Wirkungen eines Verwaltungsaktes außerhalb eines sozialgerichtlichen Verfahrens abschließend sei (BSG, Urt. v. 30.10.1997 – 13 RJ 71/96 = SozR 3-2600 § 300 Nr. 12). Stillschweigend übergangen wurde dabei eine zwischenzeitliche Entscheidung des 1. Senats, in der ein Herstellungsanspruch ausdrücklich als eine weitere Korrekturmöglichkeit fehlerhafter Leistungsbescheide neben § 44 SGB X beschrieben wurde (vgl. BSG, Urt. v. 8.4.1987 – 1 RA 55/85 = SozR 1200 § 14 Nr. 25). Dieser abschließende Charakter des § 44 I SGB X gegenüber einem Herstellungsanspruch wurde vom BSG daran anschließend wiederholt festgestellt und auch innerhalb der Literatur mehrheitlich begrüßt (BSG, Urt. v. 1.12.1999 – B 5 RJ 20/98 R = BSGE 85, 151, 152; BSG, Urt. v. 26.6.2007 – B 4 R 19/07 R = SozR 4-1300 § 44 Nr. 12; BSG, Urt. v. 2.10.2008 – B 9 VH 1/07 R = SozR 4-3100 § 60 Nr. 4; *von Einem*, SozVers 1982, 1, 2; *Bühler*, Mitt LVA Württemberg 1984, 201, 207 f.; *Steinwedel*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 44 SGB X, Rn. 16; *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 162 f.; *Schütze*, in: von Wulffen [Hg.], § 44 SGB X, Rn. 33; *Mrozynski*, § 14 SGB I, Rn. 48; *Schmidt/Schmidt*, JURA 2005, 372, 373; *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6 Rn. 101; *Axler*, AuB 1992, 193, 195; *von Koch*, NZS 1998, 167, 169; *Waschull*, in: Diering/Timme/Waschull [Hg.], § 44 SGB X, Rn. 56 [„§ 44 konkretisiert insoweit den Herstellungsanspruch.“]; unklar: *Adolf*, der zunächst eine Subsidiarität des Herstellungsanspruchs gegenüber § 44 I SGB X festhält [S. 53], dann allerdings davon ausgeht, dass sich der Herstellungsanspruch selbst über rechtswidrige Verwaltungsakte hinwegsetzen könne, weil § 44 SGB X zeige, dass diese nur eine eingeschränkte Wirksamkeit/Bestandskraft hätten [S. 222].). Die Vorrangstellung des § 44 I SGB X gilt gleichermaßen für anfechtbare und bestandskräftige Verwaltungsakte (*von Einem*, SozVers 1982, 1, 2; *Bühler*, Mitt LVA Württemberg 1984, 201, 208; **a.A.** wohl:

fehlerhafte Sachentscheidung durch Verwaltungsakt könne daher allein über die dafür vorgesehenen Rechtsmittel korrigiert werden.⁶⁴⁷ Ein Herstellungsanspruch ist allenfalls dort denkbar, wo ein Verwaltungsfehlverhalten über diese fehlerhafte Sachentscheidung selbst hinausgeht,⁶⁴⁸ weil „*ein Zusammentreffen von Rücknahme und Herstellungsanspruch nur dann möglich ist, wenn ein Verwaltungsakt vorhanden ist, der zurückgenommen werden könnte.*“⁶⁴⁹ Dogmatisch genau betrachtet handelt es sich auch bei diesem Ausschlussgrund um einen Fall der Subsidiarität gegenüber den einschlägigen Korrekturvorschriften bzgl. wirksamer Verwaltungsakte (insbesondere § 44 SGB X, §§ 54, 83 ff. SGG).⁶⁵⁰

von Koch, NZS 1998, 167, 169; *Gagel*, SGB 2000, 517, 517.), weil auch § 44 SGB X – richtig verstanden – gleichermaßen anfechtbare und unanfechtbare Verwaltungsakte erfasst (hierzu: *Steinwedel*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 44 SGB X, Rn. 33 f. m.w.N.).

⁶⁴⁷ BSG, Urt. v. 30.10.1997 – 13 RJ 71/96 = SozR 3-2600 § 300 Nr. 12; vgl. auch: BSG, Urt. v. 8.11.1995 – 13 RJ 5/95 = SozR 3-2600 § 300 Nr. 5; BSG, Urt. v. 12.11.1980 – 1 RA 45/79 = SozR 1500 § 54 Nr. 45; *von Koch*, NZS 1998, 167, 169; **a.A.** und für ein weitgehendes Nebeneinander hingegen: *Kreßel*, SGB 1987, 313, 315.

⁶⁴⁸ BSG, Urt. v. 30.10.1997 – 13 RJ 71/96 = SozR 3-2600 § 300 Nr. 12.

⁶⁴⁹ *Von Einem*, SozVers 1982, 1, 1.

⁶⁵⁰ So im Ergebnis auch: *von Koch*, NZS 1998, 167, 169. Nicht überzeugend ist hingegen eine Literaturansicht, nach der die Verletzung einer Hauptleistungspflicht keinen Herstellungsanspruch begründen könne oder dass nur in den Fällen eines mittelbaren sozialrechtlichen Nachteils ein Herstellungsanspruch zulässig sei (vgl. *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 9; *Löcher*, SozVers 2001, 85, 90 f.). Der Herstellungsanspruch wird von den Vertretern dabei tatbestandlich eingegrenzt, um einen Vorrang der §§ 53, 83 ff. SGG, § 44 SGB X zu gewährleisten. Die Sicherung dieser Vorrangstellung betrifft inhaltlich aber allein die Subsidiarität und sollte auch als solche behandelt werden. Eine tatbestandliche Verengung des Herstellungsanspruchs würde den Anspruch zudem einer wichtigen Reservefunktion in den Fällen berauben, die gar nicht erst von den §§ 53, 83 ff. SGG, § 44 SGB X erfasst werden können (bspw. wenn Leistungspflichten dadurch nicht erfüllt werden, dass die Behörde trotz bestehenden Leistungsanspruch den Betroffenen rechtswidrig nicht auf das Bestehen des Anspruchs hinweist und daher kein Verwaltungsakt ergeht). Inhaltlich und zweckgerichtet überzeugt daher die Einordnung als Subsidiaritätsproblematik. Auch die Rechtsprechung hat teilweise gefordert, dass für einen Herstellungsanspruch eine Fehldisposition des Betroffenen tatbestandlich erforderlich sei, weil die bloße Fehlentscheidung in der Sache keinen Herstellungsanspruch begründen könne, schließlich würde ansonsten der Vorrang der §§ 53, 83 ff. SGG, § 44 SGB X unterlaufen (BSG, Urt. v. 8.11.1995 – 13 RJ 5/95 = SozR 3-2600 § 300 Nr. 5; BSG, Urt. v. 18.6.1997 – 5 RJ 36/96 = SozR 3-2600 § 300 Nr. 11). Diese Rechtsprechung, die auch Befürworter eines zusätzlichen Fehldispositionserfordernisses als lediglich unbewusst bezeichnen (*Löcher*, SozVers 2001, 85, 90) hat sich zu Recht nicht durchsetzen können. Dies zeigt spätestens die Entscheidung des 13. Senats, die eine Korrektur der Sachentscheidung selbst – aus denselben Gründen – in den Anwendungsbereich des § 44 SGB X verortete, auf das zusätzliche Merkmal jedoch verzichtete und eine Subsidiarität des ansonsten gegebenen Herstellungsanspruchs formulierte (BSG, Urt. v. 30.10.1997 – 13 RJ 71/96 = SozR 3-2600 § 300 Nr. 12).

Auch wenn demnach die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes abschließend in § 44 SGB X geregelt sei, hält es das BSG allerdings für möglich, die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes als Tatbestandsmerkmal des § 44 I SGB X ihrerseits über die Missachtung eines Herstellungsanspruchs zu begründen.⁶⁵¹

Da die Vorschriften zur Beseitigung rechtswidriger Verwaltungsakte ein in sich abgeschlossenes System bilden sollen, geht das BSG folgerichtig von einer absoluten Subsidiarität gegenüber diesen gesetzlich geregelten Korrekturmöglichkeiten aus. So wird auch dann keine Möglichkeit eröffnet, die Aufhebung eines entgegenstehenden Verwaltungsaktes über den Herstellungsanspruch zu beanspruchen, falls der Betroffene etwa die Widerspruchsfrist versäumt hat und Rechtsmittel nicht mehr nutzen kann,⁶⁵² weitere Rechtsmittel gegen den Verwaltungsakt nicht nutzt⁶⁵³ oder auch mit einem fehlerhaften, rechtskräftigen Urteil in letzter Instanz, die letzte Klagemöglichkeit gegen den Verwaltungsakt erfolglos ausgeschöpft hat⁶⁵⁴. Der Betroffene kann dann allein eine Rücknahme über § 44 SGB X anstreben.⁶⁵⁵ Das BSG legt allerdings auch die Geltendmachung von Herstellungsansprüchen, soweit sie sich (auch) auf die Beseitigung der Wirkungen eines Verwaltungsaktes richten, ggf. als Antrag auf Rücknahme nach § 44 SGB X aus.⁶⁵⁶

3. *Zeitlicher Ausschluss des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs?*

a) Nachträgliche Leistungsgewährung

Zwischen dem Zeitpunkt der Pflichtverletzung, dem Zeitpunkt des Eintritts des sozialrechtlichen Nachteils und schließlich der tatsächlichen Geltendmachung des Herstellungsanspruchs können erhebliche Zeitspannen liegen. Ein besonderes Interesse des Betroffenen besteht darin, Leistungen, die infolge der Pflichtverletzung nicht gewährt worden sind, nachträglich zu erhalten. In der Vergangenheit hat das BSG lange Zeit Sozialleistungsträger über den Herstellungsanspruch großzügig und zeitlich unbegrenzt zur nachträglichen Erfüllung von

⁶⁵¹ Vgl. BSG, Urt. v. 11.4.1985 – 4b/9a RV 5/84 = SozR 1300 § 44 Nr. 17; BSG, Urt. v. 31.1.2006 – B 11a AL 11/05 R = SozR 4-4300 § 330 Nr. 3; *Schütze*, in: von Wulffen [Hg.], § 44 SGB X, Rn. 7; *Steinwedel*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 44 SGB X, Rn. 33.

⁶⁵² Vgl. BSG, Urt. v. 10.7.2003 – B 11 AL 11/03 R.

⁶⁵³ Vgl. BSG, Urt. v. 17.12.1997 – 13 RJ 65/96; BSG, Urt. v. 19.6.1997 – 13 RJ 99/96.

⁶⁵⁴ Der Herstellungsanspruch kann insofern auch die Rechtskraft eines Urteils nicht überwinden (vgl. BSG, Urt. v. 17.7.1979 – 12 RAr 15/78 = BSGE 48, 269, 275 f.).

⁶⁵⁵ § 44 SGB X soll sogar für den Fall gelten, dass ein fehlerhaftes, rechtskräftiges Urteil vorliegt; vgl. *Vogelsang*, in: Hauck/Noftz [Hg.], 2. EGL. – 2014, K § 44 SGB X, Rn. 16; *Pickel*, NVwZ 1987, 454, 455.

⁶⁵⁶ Vgl. BSG, Urt. v. 26.6.2007 – B 4 R 19/07 R = SozR 4-1300 § 44 Nr. 12.

Leistungsansprüchen verpflichtet.⁶⁵⁷ Ab 1986 setzte eine verstärkte Diskussion über die zeitlichen Grenzen des Herstellungsanspruchs ein.

aa) Zeitliche Begrenzung durch Ausschlussfrist analog § 44 IV SGB X?

In einer Grundsatzentscheidung vom 23. Juli 1986 entnahm das BSG § 44 IV SGB X einen allgemeinen Rechtsgedanken bzgl. einer Begrenzung der rückwirkenden Erbringung von Sozialleistungen auf vier Jahre.⁶⁵⁸ § 44 IV SGB X schließe es generell aus, dass über den Herstellungsanspruch – gerechnet vom Zeitpunkt seiner Geltendmachung an⁶⁵⁹ – eine über vier Jahre in die Vergangenheit hinausreichende Erfüllungspflicht für Leistungsansprüche begründet wird.⁶⁶⁰ Diese Ansicht hat unter den anderen Senaten des BSG und in der Literatur überwiegend Zustimmung gefunden.⁶⁶¹ Selbst das BVerwG hat sich inzwischen dieser Rechtsprechung angeschlossen.⁶⁶²

Die analoge Anwendung der Ausschlussfrist des § 44 IV SGB X auf Einzelansprüche, die über den Herstellungsanspruch begründet bzw. aufrechterhalten

⁶⁵⁷ Etwa: BSG, Urt. v. 18.12.1975 – 12 RJ 88/75 = BSGE 41, 126, 128; BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 91 ff.

⁶⁵⁸ BSG, Urt. v. 23.7.1986 – 1 RA 31/85 = BSGE 60, 158, 164 ff.

⁶⁵⁹ Vgl. BSG, Urt. v. 2.8.2000 – B 4 RA 54/99 R = SozR 3-2600 § 99 Nr. 5.

⁶⁶⁰ BSG, Urt. v. 23.7.1986 – 1 RA 31/85 = BSGE 60, 158, 164. Dass zuvor zeitlich unbegrenzt auch Leistungspflichten über den Herstellungsanspruch für die Vergangenheit begründet wurden, stellt insofern keinen Widerspruch dar, weil sich der 1. Senat in der Entscheidung vom 23. Juli 1986 erstmals ausführlich zum Verhältnis von Herstellungsanspruch und § 44 SGB X äußert, der erst zum 1. Januar 1981 in Kraft getreten ist (vgl. BGBl. 1980 I, S. 1469, S. 1479).

⁶⁶¹ Etwa: BSG, Urt. v. 9.9.1986 – 11a RA 28/85 = BSGE 60, 245, 247 f.; BSG, Urt. v. 21.1.1987 – 1 RA 27/86 = SozR 1300 § 44 Nr. 25; BSG, Urt. v. 4.2.1987 – 5a RKn 8/86 = BSGE 61, 154, 157 f.; BSG, Urt. v. 27.4.1989 – 11 RAr 21/88 = SozR 4100 § 134 Nr. 36; BSG, Urt. v. 28.1.1999 – B 14 EG 6/98 B = SozR 3-1300 § 44 Nr. 25; BSG, Urt. v. 14.2.2001 – B 9 V 9/00 R = BSGE 87, 280, 288 f.; BSG, Urt. v. 27.3.2007 – B 13 R 58/06 R = BSGE 98, 162, 163 ff.; BSG, Urt. v. 25.8.2009 – B 3 KS 1/09 B = SozR 4-5425 § 8 Nr. 1; *Krause/Sattler*, in: Udsching/Rolfs [Hg.], JbSR 2008, S. 65, 66 ff. m.w.N.; *Heidemann*, DRV 2004, 532 ff.; *Steinwedel*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 44 SGB X, Rn. 54; *Olbertz*, S. 236 f.; *Schmidt-De Caluwe*, S. 524 ff.; *Wallerath*, DÖV 1987, 505, 515; *von Einem*, SozVers 1982, 1, 2; *Rüfner*, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 44 SGB X, Rn. 62; *Krasney*, ZAP 1996 [Fach 18], 449, 455, 463; *Marschner*, MDR 1999, 341 343; *Waßer*, JA 2001, 137, 140; *Fichte*, in: Erlenkämper/Fichte [Hg.], SozR, II 7 Rn. 20; *Ladage*, S. 118 f.; *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6 Rn. 120 f.; *Axler*, AuB 1992, 193, 195; *Rixen*, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 19; kritisch: *Schütze*, in: von Wulffen [Hg.], § 44 SGB X, Rn. 33; differenzierend: *Bühler*, Mitt LVA Württemberg 1984, 201, 206.

⁶⁶² BVerwG, Urt. 30.6.2011 – 3 C 36/10 = BVerwGE 140, 103, 112 f.

werden, wird aus mehreren Erwägungen abgeleitet.⁶⁶³ Zunächst werde ein Herstellungsanspruch bzgl. der Aufhebung rechtswidriger Verwaltungsakte vom vorrangigen § 44 I SGB X verdrängt, was dazu führt, dass nach § 44 IV SGB X auch bei erfolgreicher Aufhebung nur vier Jahre nachträglich noch Leistungen gewährt werden.⁶⁶⁴ Ein weitergehender Herstellungsanspruch, der auch dann gegeben ist, wenn Leistungen über die Frist des § 44 IV SGB X hinaus zugesprochen werden sollen, scheidet aus.⁶⁶⁵ Hieran anknüpfend wurde wenig später der Schluss gezogen, dass eine nachträgliche Leistungsgewährung auch außerhalb des unmittelbaren Anwendungsbereiches von § 44 IV SGB X ausgeschlossen sei, wenn diese über die Vierjahresgrenze hinausginge, weil § 44 SGB X einen entsprechenden allgemeinen Rechtsgedanken enthalte.⁶⁶⁶ § 44 IV SGB X stelle nämlich eine Reaktion des Gesetzgebers auf frühere Unstimmigkeiten in der Rechtsprechung zur Verjährungsunterbrechung bei der Rücknahme von Verwaltungsakten dar, weshalb § 44 IV SGB X wie § 45 SGB I eine Vierjahresfrist enthalte.⁶⁶⁷ Die allgemeine Begrenzung einer nachträglichen Leistungsgewährung fordere, § 44 IV SGB X auch auf einen Herstellungsanspruch analog anzuwenden.⁶⁶⁸ Später wurde die Existenz eines derartigen allgemeinen Rechtsgedankens zur nachträglichen Leistungsgewährung offen in Frage gestellt.⁶⁶⁹ Am Ergebnis für den Herstellungsanspruch änderte dies aller-

⁶⁶³ Die Klassifizierung des Herstellungsanspruchs als Richterrecht spricht jedenfalls nicht dagegen, auf diesen Anspruch gesetzliche Vorschriften auch im Wege des Analogieschlusses anzuwenden (*Heidemann*, DRV 2004, 532, 541). Denn dieser aus richterrechtlicher Rechtsfortbildung gewonnene Anspruch ist nach der Auffassung des BSG „*nicht anders als ein in einem deutschen Gesetz niedergelegter Rechtssatz Bestandteil des deutschen – geschriebenen und ungeschriebenen – Rechts*“ (BSG, Urt. v. 11.4.1985 – 4b/9a RV 5/84 = SozR 1300 § 44 Nr. 17). Wenn der Herstellungsanspruch demnach wie ein gesetzlich kodifizierter Anspruch behandelt werden soll, müssen für ihn dieselben Regelungen/Analogieschlüsse gelten, die für ihn gelten würden, wenn er tatsächlich kodifiziert wäre.

⁶⁶⁴ BSG, Urt. v. 23.7.1986 – 1 RA 31/85 = BSGE 60, 158, 167.

⁶⁶⁵ BSG, Urt. v. 23.7.1986 – 1 RA 31/85 = BSGE 60, 158, 167 f. Falls die Missachtung (oder das bloße Übersehen) eines Herstellungsanspruchs die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes nach § 44 SGB X begründet, ist dieser Fall allein über § 44 SGB X zu lösen. § 44 IV SGB X (und damit die Beschränkung auf die Vierjahresfrist) ist dann unmittelbar und unstreitig anzuwenden (*Steinwedel*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 44 SGB X, Rn. 53).

⁶⁶⁶ BSG, Urt. v. 9.9.1986 – 11a RA 28/85 = BSGE 60, 245, 246 f.

⁶⁶⁷ BSG, Urt. v. 9.9.1986 – 11a RA 28/85 = BSGE 60, 245, 246 f. unter Hinweis auf: BT-Drs. 8/2034, S. 34.

⁶⁶⁸ BSG, Urt. v. 9.9.1986 – 11a RA 28/85 = BSGE 60, 245, 247 f.

⁶⁶⁹ Etwa: BSG, Urt. v. 2.10.2008 – B 9 VH 1/07 R = SozR 4-3100 § 60 Nr. 4; BSG, Urt. v. 26.5.1987 – 4a RJ 49/86 = BSGE 62, 10, 13; *Steinwedel*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 44 SGB X, Rn. 52; *Schütze*, in: von Wulffen [Hg.], § 44 SGB X, Rn. 30.

dings nichts, weil eine analoge Anwendung des § 44 IV SGB X keinen allgemeinen Rechtsgedanken erfordere.⁶⁷⁰ Schließlich sei eine unterschiedliche Behandlung von Betroffenen eines rechtswidrigen Verwaltungsverhaltens innerhalb und außerhalb des unmittelbaren Anwendungsbereiches des § 44 IV SGB X bzgl. ihres nachträglichen Leistungsinteresses nicht gerechtfertigt.⁶⁷¹ Wenn eine nachträgliche Leistungsgewährung schon bei der Verletzung einer Hauptleistungspflicht durch rechtswidrigen Verwaltungsakt längstens für vier Jahre möglich sei, dürfe die Verletzung einer bloßen Nebenpflicht – die regelmäßig Ausgangspunkt des Herstellungsanspruchs ist – keine weitergehenden Ansprüche begründen.⁶⁷²

bb) Zeitliche Begrenzung durch Verjährung nach § 45 SGB X?

Die Begründung des Ausschlusses über § 44 IV SGB X wurde zugunsten einer Anwendung der allgemeinen Verjährungsvorschrift des § 45 SGB I auf den Herstellungsanspruch mehrfach kritisiert.⁶⁷³ Auch der 4. Senat des BSG hat wiederholt eine zeitliche Begrenzung des Herstellungsanspruchs aus § 44 IV SGB X abgelehnt und stattdessen auf § 45 SGB I zurückgegriffen.⁶⁷⁴ Die

⁶⁷⁰ BSG, Urt. v. 27.3.2007 – B 13 R 58/06 R = BSGE 98, 162, 165 f.; *Heidemann*, DRV 2004, 532, 540 m.w.N.

⁶⁷¹ BSG, Urt. v. 9.9.1986 – 11a RA 28/85 = BSGE 60, 245, 247 f.; *Heidemann*, DRV 2004, 532, 543 f.; *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6 Rn. 121; *Gregarek*, in: Jahn [Hg.], 250. EGL., § 44 SGB X, Rn. 36; kritisch zu diesem Argument: *Schütze*, in: von Wulffen [Hg.], § 44 SGB X, Rn. 33; *Gagel*, SGB 2000, 517, 522 (es verstoße sogar gegen den Gleichheitssatz, diese unterschiedlichen Vergleichsgruppen i.S.e. zeitlichen Ausschlusses gleich zu behandeln).

⁶⁷² BSG, Urt. v. 14.2.2001 – B 9 V 9/00 R = BSGE 87, 280, 288; *Fichte*, in: Erlenkämper/Fichte [Hg.], SozR, II 7 Rn. 20; *Mönch-Kalina*, in: Schlegel/Voelzke [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 51; *Waschull*, in: Diering/Timme/Waschull [Hg.], § 44 SGB X, Rn. 56.

⁶⁷³ Etwa: *Kreßel*, SGB 1987, 313, 315 f.; *ders.*, NZS 1994, 395, 401; *Bieback*, SGB 1990, 517, 525; *Reinhardt*, in: Kraemer [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 24; *Gagel*, SGB 2000, 517, 521 f.; *Schmidt/Schmidt*, JURA 2005, 372, 376; *Gagel/Bieback/Knickrehm*, in: Gagel, 52. EGL., vor § 323 SGB III, Rn. 119; *Vogelsang*, in: Hauck/Noftz [Hg.], 2. EGL. – 2014, K § 44 SGB X, Rn. 36a; offengelassen: *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 10 f.; **a.A.** (ohne nähere Begründung): *Rixen*, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 14.

⁶⁷⁴ Etwa: BSG, Urt. v. 2.8.2000 – B 4 RA 54/99 R = SozR 3-2600 § 99 Nr. 5; BSG, Urt. v. 6.3.2003 – B 4 RA 38/02 R = BSGE 91, 1, 17 f.; BSG, Urt. v. 26.6.2007 – B 4 R 19/07 R = SozR 4-1300 § 44 Nr. 12; kritisch auch: BSG, Urt. v. 8.12.2005 – B 13 RJ 41/04 R = BSGE 95, 300, 304 ff.

Rechtsprechung der einzelnen Senate des BSG ist in dieser Frage inzwischen uneinheitlich.⁶⁷⁵

(1) *Anwendbarkeit des § 45 SGB I nach Kreßel*

In der sozialrechtlichen Literatur hat sich insbesondere *Kreßel* für eine Begrenzung des Herstellungsanspruchs über § 45 SGB I ausgesprochen.⁶⁷⁶ Die Rechtsprechung zu § 44 IV SGB X begrenze die „rückwirkende zeitliche Zuordnung von Leistungsvoraussetzungen“⁶⁷⁷, was nicht gerechtfertigt sei, weil bereits § 44 I SGB X eine nicht durch Analogie erweiterungsfähige Ausnahmenvorschrift zur Korrektur bestandskräftigen Verwaltungsaktes darstelle.⁶⁷⁸ Richtigerweise müsse daher auf § 45 SGB I abgestellt werden, der die Verjährung von Sozialleistungsansprüchen regelt. § 45 I SGB I (nicht § 44 IV SGB X) enthalte den allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass Sozialleistungen nur für vier Jahre rückwirkend beanspruchbar seien.⁶⁷⁹ Der aus der subjektiven Rechtsverletzung abgeleitete Herstellungsanspruch habe denselben Inhalt wie das subjektive Recht und unterliege daher auch denselben Beschränkungen – insbesondere verjähre der Herstellungsanspruch wie das subjektive Recht nach § 45 SGB I.⁶⁸⁰

Eigentlich müsste der Herstellungsanspruch dann gem. § 45 I SGB I vier Jahre nach Ablauf des Jahres entstehen, in dem das ursprüngliche subjektive Recht entstanden (§ 40 SGB I) ist – bzw. vier Jahre nach Ablauf des Jahres, in dem der Herstellungsanspruch durch die Verletzung des subjektiven Rechts entstanden ist.⁶⁸¹ Dieses Ergebnis hält *Kreßel* für den Herstellungsanspruch aber für unangemessen und modifiziert den Verjährungsbeginn abweichend

⁶⁷⁵ Überblick über die unterschiedlichen Senatsmeinungen und ausdrückliche Feststellung der Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung bei: BSG, Urt. v. 26.6.2007 – B 4 R 19/07 R = SozR 4-1300 § 44 Nr. 12; kritisch hierzu und zum Verzicht, eine Klärung durch den Großen Senat herbeizuführen: *Krause/Sattler*, in: Udsching/Rolfs [Hg.], JbSR 2008, S. 65, 67 f.; *Heidemann*, DRV 2004, 532 ff.

⁶⁷⁶ *Kreßel*, SGB 1987, 313, 315 f.; *ders.*, NZS 1994, 395, 401; zustimmend: *Bieback*, SGB 1990, 517, 525; *Reinhardt*, in: Kraher [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 12; differenzierend: *Schmidt/Schmidt*, JURA 2005, 372, 376.

⁶⁷⁷ *Kreßel*, NZS 1994, 395, 400 f.

⁶⁷⁸ *Kreßel*, NZS 1994, 395, 401; *ders.*, SGB 1987, 313, 316.

⁶⁷⁹ *Kreßel*, SGB 1987, 313, 316.

⁶⁸⁰ *Kreßel*, SGB 1987, 313, 316 f.

⁶⁸¹ Den Entstehungszeitpunkt des Herstellungsanspruchs sieht *Kreßel* dabei im Moment der subjektiven Rechtsverletzung (bspw. der fehlerhaften Beratung): *Kreßel*, NZS 1994, 395, 396.

von § 45 I SGB I.⁶⁸² Um die Verwaltung nicht dafür zu belohnen, dass sie den Betroffenen möglichst lange in Unkenntnis gelassen hat, was zum Verjährungseintritt geführt hat, müsse die Verjährungsfrist erst mit dem Zeitpunkt einer (möglichen) Kenntnisnahme von der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsfehlverhaltens einsetzen.⁶⁸³ Gerechtfertigt sah sich *Kreßel* seinerzeit in der klaren Abweichung von § 45 I SGB I, der anders als der Verjährungsbeginn im Zivilrecht gerade keine subjektiven Erfordernisse kennt,⁶⁸⁴ durch eine analoge Anwendung des § 852 I BGB a.F. sowie eine verfassungskonforme Auslegung im Hinblick auf Art. 14 I GG, die durch einen möglichst effektiven Eigentumschutz der sozialversicherungsrechtlichen Anwartschaftszeiten angezeigt sei.⁶⁸⁵ Übertragen auf die Rechtslage nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (SMG) von 2002⁶⁸⁶ würde diese Ansicht für den Verjährungsbeginn des Herstellungsanspruchs wohl auf § 199 BGB abstellen.⁶⁸⁷

(2) Anwendbarkeit des § 45 SGB I nach der Rechtsprechung des 4. Senats

Auch nach dem 4. Senat des BSG soll eine zeitliche Begrenzung der nachträglichen Leistungsgewährung über den Herstellungsanspruch nach § 45 I SGB I erreicht werden, wobei der 4. Senat seine Ausführungen allerdings – anders als *Kreßel* – auf das sog. Erstfeststellungsverfahren beschränkt.⁶⁸⁸ Für alle anderen

⁶⁸² *Kreßel*, SGB 1987, 313, 317. Eine Rückausnahme wollte *Kreßel* zwischenzeitlich für den Fall zulassen, dass das verletzte subjektive Recht bzw. eine mit ihm im Zusammenhang stehende Hauptleistungspflicht bereits wirksam verjährt ist (*Kreßel*, SGB 1987, 313, 317). Wenn diese Rechte wirksam verjähren konnten, könne auch ein aus ihnen abgeleiteter Herstellungsanspruch nicht länger durchsetzbar sein (*Kreßel*, SGB 1987, 313, 317). Diese Differenzierung ist jedoch aus verschiedenen Gründen nur schwer nachvollziehbar. In späteren Ausführungen hat *Kreßel* diese Rückausnahme nicht wiederholt (*Kreßel*, S. 312 ff.; *ders.*, NZS 1994, 395, 400 f.), so dass davon ausgegangen werden kann, dass sie aufgegeben wurde.

⁶⁸³ *Kreßel*, S. 313; *ders.*, SGB 1987, 313, 317; *ders.*, NZS 1994, 395, 401.

⁶⁸⁴ Vgl. *Mrozynski*, § 45 SGB I, Rn. 12; *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 45 SGB I, Rn. 10.

⁶⁸⁵ *Kreßel*, SGB 1987, 313, 317; *ders.*, NZS 1994, 395, 401; zustimmend: *Reinhardt*, in: *Krahmer* [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 12.

⁶⁸⁶ BGBl. 2001 I, S. 3138.

⁶⁸⁷ Einem solchen Verständnis ist durch die Aufhebung des § 852 I BGB a.F. nicht von vorneherein der Boden entzogen. So halten bspw. *Schmidt/Schmidt* diese Ansicht auch nach dem SMG noch für diskussionswürdig (*Schmidt/Schmidt*, JURA 2005, 372, 376).

⁶⁸⁸ BSG, Urt. v. 2.8.2000 – B 4 RA 54/99 R = SozR 3-2600 § 99 Nr. 5; BSG, Urt. v. 6.3.2003 – B 4 RA 38/02 R = BSGE 91, 1, 17; BSG, Urt. v. 26.6.2007 – B 4 R 19/07 R = SozR 4-1300 § 44 Nr. 12. Insofern greift der 4. Senat in den entsprechenden Entscheidungen auch nicht (ausdrücklich) auf die früheren Ausführungen von *Kreßel* zurück.

Fälle soll es bei der analogen Anwendung des § 44 IV SGB X auf den Herstellungsanspruch bleiben.⁶⁸⁹ Als Erstfeststellungsverfahren bezeichnet man in diesem Zusammenhang die Situation, dass (noch) kein ablehnender bestandskräftiger Leistungsbescheid vorliegt und eine Leistungspflicht aufgrund des Herstellungsanspruchs erstmalig festgestellt werden soll.⁶⁹⁰ Der 4. Senat begründet sein Ergebnis mit zwei Erwägungen: § 44 IV SGB X gelte für das sog. Erstfeststellungsverfahren nicht, wenn insofern speziellere Regelungen den Leistungsbeginn regeln (bspw. § 99 I SGB VI); hier könne auch eine nachträgliche Leistungsgewährung über vier Jahre hinaus möglich sein.⁶⁹¹ Für eine zeitliche Begrenzung müsse dann auf die allgemeine Verjährungsregelung des § 45 SGB I abgestellt werden, weil § 45 SGB I weiterhin dort anzuwenden sei, wo § 44 IV SGB IV nicht einschlägig ist.⁶⁹² Eine richterrechtliche Ausdehnung des § 44 IV SGB X über seinen ausdrücklichen Anwendungsbereich hinaus (bspw. durch Analogie) schränke deshalb den bestehenden Anwendungsbereich des § 45 SGB I unzulässig ein.⁶⁹³ Es bedeute nämlich sehr wohl einen Wertungsunterschied, ob eine nachträgliche Leistungsgewährung auf vier Jahre begrenzt wird, wenn jemand seine Rechte verfolgt habe und daran durch einen rechtswidrigen Verwaltungsakt gehindert wurde oder aufgrund eines rechtswidrigen Verwaltungsverhaltens gar nicht erst zur Rechtsverfolgung angesetzt hat.⁶⁹⁴

Die Anwendung des § 45 SGB I setzt voraus, dass es sich beim Herstellungsanspruch um einen Sozialleistungsanspruch i.S.d. § 11 SGB I handelt. Dafür müsste der Herstellungsanspruch zur Gewährung einer Sozialleistung als Dienst-, Sach- oder Geldleistung verpflichten. In den Fällen, in denen über den Herstellungsanspruch mittelbar/unmittelbar ein

⁶⁸⁹ So auch: *Steinwedel*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 44 SGB X, Rn. 53; *Schmidt/Schmidt*, JURA 2005, 372, 376.

⁶⁹⁰ Vgl. *Steinwedel*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 44 SGB X, Rn. 53.

⁶⁹¹ BSG, Urt. v. 2.8.2000 – B 4 RA 54/99 R = SozR 3-2600 § 99 Nr. 5.

⁶⁹² BSG, Urt. v. 2.8.2000 – B 4 RA 54/99 R = SozR 3-2600 § 99 Nr. 5; vgl. auch: *Rolfs*, in: Hauck/Noftz [Hg.], 2. EGL. – 2014, K § 45 SGB I, Rn. 12. Die Annahme, dass § 45 SGB I dort anwendbar ist/bleibt, wo § 44 IV SGB X nicht anwendbar ist, entspricht der überwiegenden Ansicht (vgl. BSG, Urt. v. 22.10.1996 – 13 RJ 17/96 = BSGE 79, 177, 179; BSG, Urt. v. 30.7.1997 – 5 RJ 64/95; BSG, Urt. v. 2.8.2000 – B 4 RA 54/99 R = SozR 3-2600 § 99 Nr. 5; BSG, Urt. v. 6.3.2003 – B 4 RA 38/02 R = BSGE 91, 1, 17 f.; *Schütze*, in: von Wulffen [Hg.], § 44 SGB X, Rn. 30).

⁶⁹³ BSG, Urt. v. 2.8.2000 – B 4 RA 54/99 R = SozR 3-2600 § 99 Nr. 5. § 44 IV SGB X sei als Sondervorschrift allenfalls auf die Fälle analog anzuwenden, in denen ein Verwaltungsakt geändert werden müsse, weil bspw. aufgrund der Fiktion einer rechtzeitigen Beitragsnachzahlung für die Vergangenheit andere/höhere Leistungsansprüche hergestellt werden (BSG, Urt. v. 2.8.2000 – B 4 RA 54/99 R = SozR 3-2600 § 99 Nr. 5; BSG, Urt. v. 6.3.2003 – B 4 RA 38/02 R = BSGE 91, 1, 17 f.).

⁶⁹⁴ BSG, Urt. v. 26.6.2007 – B 4 R 19/07 R = SozR 4-1300 § 44 Nr. 12.

Leistungsanspruch begründet wird, trifft dies zu.⁶⁹⁵ Sofern der Herstellungsanspruch hingegen auf die Wiedereinräumung eines Gestaltungsrechts gerichtet ist, überzeugt eine derartige Einordnung nicht. Gestaltungsrechte unterliegen nach allgemeiner Meinung nämlich nicht der Verjährung, weil es sich nicht um Ansprüche handelt (vgl. § 194 I BGB)⁶⁹⁶ und bestehen dauerhaft, sofern sie nicht fristgebunden sind.⁶⁹⁷ Jedenfalls für Herstellungsansprüche, die auf den Erhalt einer Sozialleistung gerichtet sind, überzeugt die Anwendung des § 45 I SGB I, falls § 44 IV SGB X abgelehnt wird.

Weniger eindeutig beantwortet der 4. Senat jedoch die Frage, wann ein Herstellungsanspruch tatsächlich verjährt. § 45 I SGB I bestimmt, dass Sozialleistungsansprüche vier Jahre nach Ablauf des Kalenderjahres verjähren, in dem sie entstanden sind. Ein Herstellungsanspruch, der zu einer Sozialleistung als Dienst-, Sach- oder Geldleistung verpflichtet, kann als Sozialleistungsanspruch i.S.d. § 11 S.1 SGB I angesehen werden und entstände, sobald seine (unbeschriebenen) Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. § 40 I Alt. 1 SGB I). Bzgl. einer Dauersozialrechtsleistung läge ein sozialrechtlicher Nachteil vor, sobald der jeweilige Einzelanspruch beeinträchtigt wird, der ohne die Pflichtverletzung unbeeinträchtigt entstanden wäre. Überwiegend wird § 45 I SGB I jedoch restriktiv in der Weise ausgelegt, dass die Verjährungsfrist erst zu laufen beginne, wenn der entstandene Anspruch auch fällig ist.⁶⁹⁸ Die Fälligkeit fällt nach § 41 SGB I regelmäßig mit dem Entstehenszeitpunkt zusammen. Hiervon weicht der 4. Senat ohne nähere Begründung für den Herstellungsanspruch ab. Der Herstellungsanspruch sei erst fällig, wenn er bindend festgestellt wurde.⁶⁹⁹ Die zeitliche Verlegung der Fälligkeit auf den Zeitpunkt der bindenden Feststellung bedeutet, dass die Verjährungsfrist erst deutlich nach dem Entstehen des An-

⁶⁹⁵ So wird ein Herstellungsanspruch, der auf Erhalt einer Sach-, Dienst- oder Geldleistung gerichtet ist, vom BSG bspw. auch als Leistungsanspruch i.S.d. § 144 I SGG angesehen (vgl. BSG, Urt. v. 9.2.1989 – 3 BK 52/88).

⁶⁹⁶ Vgl. *Peters/Jacobi*, in: Staudinger, § 194 BGB, Rn. 18; *Ellenberger*, in: Palandt, § 194 BGB, Rn. 3; *Grothe*, in: MüKo BGB, § 194 BGB, Rn. 4.

⁶⁹⁷ Vgl. zur zeitlichen Begrenzung derartiger Herstellungsansprüche: Kap. 1 B.III.3.b.

⁶⁹⁸ Vgl. *Rolfs*, NZS 2002, 169, 171 m.w.N.; *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 45 SGB I, Rn. 6; *Mrozynski*, § 45 SGB I, Rn. 11; *Waltermann*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 7 Rn. 57; *Timme*, in: Kraher [Hg.], § 45 SGB I, Rn. 6.

⁶⁹⁹ BSG, Urt. v. 6.3.2003 – B 4 RA 38/02 R = BSGE 91, 1, 18 („Das LSG wird schließlich beachten müssen, dass die Beklagte nach dem bisherigen Sachstand die Verjährungseinrede aus § 45 SGB I nicht wirksam erheben können. Zum einen beginnt die Verjährungsfrist für die durch das Herstellungsrecht begründeten Herstellungsansprüche erst im Zeitpunkt ihrer bindenden [oder rechtskräftigen] Feststellung; [...]“)

spruchs zu laufen beginnt. Auch der 4. Senat modifiziert auf diese Weise den Verjährungsbeginn für den Herstellungsanspruch.⁷⁰⁰

(3) Anwendbarkeit des § 45 SGB I nach anderen Stimmen

In der Literatur existieren daneben andere Stimmen, die eine nachträgliche Leistungsgewährung über den Herstellungsanspruch nach § 45 I SGB I zeitlich begrenzen wollen, ohne dabei der Begründungslinie des 4. Senats oder *Kreßels* zu folgen.⁷⁰¹ Im Unterschied zu den beiden anderen Ansätzen wird regelmäßig nämlich – zumindest ausdrücklich – kein besonderer/abweichender Beginn der Verjährung gefordert (analog § 199 BGB oder durch abweichende Fälligkeit des Herstellungsanspruchs). Dass ein Herstellungsanspruch nicht zu einer Leistungsgewährung führen kann, wenn der (hergestellte) Sozialleistungsanspruch inzwischen verjährt ist, wird nicht damit begründet, dass der Herstellungsanspruch selbst verjährt sei, sondern darüber, dass ein Herstellungsanspruch auf Erhalt der Sozialleistung wegen des „*Verbots der Besserstellung*“ ausscheiden müsse.⁷⁰² Schließlich bestand bei pflichtgemäßen Verhalten eine Verjährungsgefahr, weshalb der Herstellungsanspruch nicht zu besseren (unverjähbaren) Leistungsansprüchen führen kann. Eine Ausnahme sehen die Vertreter dieser Konstruktion allerdings dadurch begründet, dass die Verjährung durch das Entstehen des Herstellungsanspruchs gehemmt sei.⁷⁰³ Gemeint ist hiermit wohl eine Bezugnahme auf § 45 II SGB I i.V.m. § 206 BGB.

⁷⁰⁰ So auch: *Schmidt/Schmidt*, JURA 2005, 372, 376. Der 4. Senat scheint zudem auf den Herstellungsanspruch die im Sozialversicherungsrecht typische Unterscheidung von (unverjähbaren) Stammrecht und (verjähbaren) Einzelanspruch zu übertragen, indem Herstellungsrecht und -anspruch unterschieden werden (BSG, Urt. v. 6.3.2003 – B 4 RA 38/02 R = BSGE 91, 1, 16; BSG, Urt. v. 15.12.1994 – 4 RA 64/93 = SozR 3-2600 § 58 Nr. 2; vgl. in diese Richtung gehend bereits: *Bieback*, SGB 1990, 517, 525).

⁷⁰¹ Etwa: *Gagel*, SGB 2000, 517, 521 f.; *Schmidt/Schmidt*, JURA 2005, 372, 376; *Gagel/Bieback/Knickrehm*, in: *Gagel*, 52. EGL., vor § 323 SGB III, Rn. 119; *Ladage*, S. 123.

⁷⁰² Vgl. dazu insgesamt: *Schmidt/Schmidt*, JURA 2005, 372, 376 („*Von der Verjährung des Herstellungsanspruchs ist die Verjährung des Anspruchs auf die die gekehrte Sozialleistung zu unterscheiden. Letztere richtet sich ebenfalls nach § 45 SGB I; ist die Verjährungsfrist abgelaufen, scheidet grundsätzlich auch ein Herstellungsanspruch auf die begehrte Sozialleistung aus. Andernfalls würde der Bürger durch den Herstellungsanspruch wiederum besser gestellt als er bei pflichtgemäßem Verlauf der Dinge gestanden hätte.*“).

⁷⁰³ *Schmidt/Schmidt*, JURA 2005, 372, 376.

cc) Bedeutung der unterschiedlichen Ansichten

Die unterschiedlichen Ansichten haben entscheidende Bedeutung für die Reichweite der Herstellung. Trotz verschiedener Begründungen und Ansatzpunkte stimmt der Vierjahreszeitraum, für den unstreitig Leistungen nachträglich zu erbringen sind, oftmals weitestgehend überein.⁷⁰⁴ Die weitaus größere

⁷⁰⁴ Dies soll an dem Beispiel verdeutlicht werden, in dem beraterfehlerbedingt ein Antrag erst am 28.4.1964 statt zum Zeitpunkt der Fehlberatung am 16. Dezember 1952 gestellt wird. Bei einer analogen Anwendung des § 44 IV SGB X könnte der Bürger, der seinen Herstellungsanspruch am 28.4.1964 mit der Rentenbeantragung geltend macht, analog § 44 IV S. 2 und 3 SGB X i.V.m. § 26 SGB X, §§ 187 ff. BGB bis zum 1. Januar 1960 nachträglich Witwenrente beanspruchen (nach anderer Ansicht nur bis zum 28.4.1960). Mit *Kreßel* wäre hingegen auf den Entstehenszeitpunkt des Betreuungsrechts abzustellen, das gem. § 40 SGB I im Dezember 1952 entstanden ist und sich durch die Pflichtverletzung am 16. Dezember 1952 in den Herstellungsanspruch umgewandelt hat. Gem. § 45 I SGB I würde demnach die Verjährungsfrist mit Ablauf des 31. Dezember 1956 enden. Dazu kommt es allerdings nicht, weil *Kreßel* den Beginn der Verjährung für einen Herstellungsanspruch auf den Moment der Möglichkeit einer Kenntnisnahme verändern möchte (§ 852 BGB a.F. bzw. § 199 BGB analog). Diese Möglichkeit der Kenntnisnahme liegt hier für den Bürger wohl um den 28.4.1964 herum. Daher würde die Verjährungsfrist vom 28.4.1964 ausgehend gem. § 45 I SGB I erst am 31. Dezember 1968 verjähren, wenn man tatsächlich die Ausführungen *Kreßels* zugrunde legt. Diesen folgerichtigen Schluss scheint *Kreßel* allerdings nicht in letzter Konsequenz zu vollziehen. Wenn ein Beratungsanspruch nach § 14 SGB I im Oktober 1975 verletzt wird und der Betroffene 1981 seinen Herstellungsanspruch geltend macht, möchte *Kreßel* über § 45 I SGB I – ohne Veränderung des Verjährungsbeginns – zu einem nachträglichen Leistungsbezug bis zum 1. Januar 1977 kommen (*Kreßel*, SGB 1987, 313, 317). Wenn nach *Kreßel* der Herstellungsanspruch tatsächlich in dem Moment der Verletzung des Beratungsanspruchs entsteht, wäre es aber in seinem Beispiel folgerichtig, für das Ende der Verjährungsfrist gem. § 45 I SGB I bereits vom 31. Dezember 1979 (24 Uhr) auszugehen. Da der sozialrechtliche Nachteil hier darin besteht, dass mangels Antragstellung monatlich ab Dezember 1952 kein Rentenanspruch entstanden ist, würde für den 4. Senat der (erste) Herstellungsanspruch mit der ersten ausgefallene Rentenleistung im Dezember 1952 entstehen und demnach – ohne Modifikation des Verjährungsbeginns – mit dem 31. Dezember 1956 verjähren. Zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Herstellungsanspruchs am 28.4.1964 wären daher nur die Herstellungsansprüche auf Rente ab dem 1. Januar 1960 noch nicht verjährt (nur für diese ist nicht spätestens mit dem 31. Dezember 1963 um 24 Uhr Verjährung eingetreten). Insofern entspräche dieses Ergebnis dem Ergebnis der Ansicht, die § 44 IV SGB X analog anwenden will. Wenn es hingegen auch zur Anwendung der Rechtsprechung des 4. Senats bzgl. der Fälligkeit des Herstellungsanspruchs kommt, verändert sich der Beginn der Verjährungsfrist auf den Zeitpunkt der bindenden Feststellung des Herstellungsanspruchs. Da bis zum 17. November 1970 (durch das BSG) kein einziger Herstellungsanspruch bindend festgestellt wurde, würde demnach erst zum 31.12.1974 – einheitlich für alle auf Leistung gerichteten Herstellungsansprüche ab Dezember 1952 – Verjährung eintreten. Ob dieses Ergebnis von der Rechtsprechung tatsächlich so gewollt/gemeint ist, darf ebenso bezweifelt werden wie die Sinnhaftigkeit des Resultats, dass die Möglichkeit, einen Herstellungsanspruch geltend zu machen, nach bindender Feststellung

Bedeutung kommt jedoch den unterschiedlichen Rechtsfolgen der verschiedenen Ansichten zu. § 44 IV SGB X wird als absolute materielle Ausschlussfrist verstanden, die als rechtsvernichtende Einwendung zum Erlöschen eines Anspruchs führt.⁷⁰⁵ Übertragen auf den Herstellungsanspruch bedeutet dies, dass bei einer analogen Anwendung des § 44 IV SGB X eine nachträgliche Leistungsgewährung über den Vierjahreszeitraum hinaus ausnahmslos ausgeschlossen ist (ohne dass eine weitere Behördenentscheidung erforderlich wäre oder davon abweichen könnte). Eine Verjährung nach § 45 I SGB I führt hingegen dazu, dass die Durchsetzung eines Anspruchs dauerhaft gehemmt wird, falls die Verjährungseinrede tatsächlich erhoben wird (§ 45 II SGB I i.V.m. § 214 I BGB).⁷⁰⁶ Ob die Einrede erhoben wird, steht im pflichtgemäßen Ermessen der Verwaltung.⁷⁰⁷ Die Anwendung des § 45 SGB I führt deshalb dazu, dass – neben den noch nicht verjährten Herstellungsansprüchen – auch verjährte Ansprüche ggf. noch erfüllt/geltend gemacht werden können, falls die Verjährungseinrede nicht (wirksam) erhoben wird.⁷⁰⁸

Während das BSG zunächst noch davon ausging, dass die Einrede bereits nach § 242 BGB ausgeschlossen sei, falls die Verwaltung durch ihr Fehlverhalten zum Verjährungseintritt beigetragen hat,⁷⁰⁹ betrachtet die Rechtsprechung diesen Gesichtspunkt inzwischen als ein Argument im Zusammenhang mit weiteren Gründen, die für oder gegen die

noch für vier Jahre bestehen soll. Die zuletzt dargestellte Literaturansicht würde hingegen – ohne Modifikation des Verjährungsbeginns – bei der Verjährung für Herstellungsansprüche verbleiben, die zwischen Dezember 1952 und dem 31. Dezember 1959 entstanden sind. Eine unbeeinträchtigte Leistungspflicht bestünde demnach nur noch für Herstellungsansprüche ab dem 1. Januar 1960. Auch die Vertreter einer Beschränkung des Herstellungsanspruchs durch das „*Verbot der Besserstellung*“ würden zu diesem Ergebnis gelangen, weil die jeweiligen (hergestellten) Rentenleistungsansprüche vom Dezember 1952 bis zum 31. Dezember 1959 inzwischen verjährt wären.

⁷⁰⁵ Vgl. *Vogelsang*, in: Hauck/Noftz [Hg.], 2. EGL. – 2014, K § 44 SGB X, Rn. 35 m.w.N.; *Gregarek*, in: Jahn [Hg.], 250. EGL., § 44 SGB X, Rn. 32; *Steinwedel*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 44 SGB X, Rn. 54 m.w.N.

⁷⁰⁶ *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 45 SGB I, Rn. 30; *Mrozynski*, § 45 SGB I, Rn. 3; *Baier*, in: Krauskopf, 83. EGL., § 45 SGB I, Rn. 21; *Waltermann*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 7 Rn. 63; *Löcher*, SozVers 2001, 85, 91.

⁷⁰⁷ BSG, Urt. v. 22.10.1996 – 13 RJ 17/96 = BSGE 79, 177, 181; *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 45 SGB I, Rn. 30.

⁷⁰⁸ Dies beschreibt ausdrücklich als Vorteil der Anwendung des § 45 I SGB I: *Gagel*, SGB 2000, 517, 521 f. Bei dieser Ermessensentscheidung muss der Verwaltungsträger sein eigenes Vorverhalten – unter dem Gesichtspunkt der sog. Folgenbeseitigungslast – ermessensbeschränkend berücksichtigen (vgl. *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 45 SGB I, Rn. 30 f.; *Mrozynski*, § 45 SGB I, Rn. 3; *Waltermann*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 7 Rn. 63).

⁷⁰⁹ BSG, Urt. v. 17.11.1970 – 1 RA 233/68 = BSGE 32, 60; BSG, Urt. v. 23.3.1972 – 5 RJ 63/70 = BSGE 34, 124, 126 ff.

Zulässigkeit der Geltendmachung einer Verjährung sprechen.⁷¹⁰ Allein die Tatsache, dass die Verwaltung auch rechtswidrig gehandelt hat, schließt die Erhebung der Einrede noch nicht aus. Sie kann allerdings einen gewichtigen Grund für den Ausschluss darstellen.⁷¹¹

b) Nachträgliche Ausübung von Gestaltungsrechten

Sofern der Herstellungsanspruch allein auf die Wiedereinräumung eines Gestaltungsrechts gerichtet ist (bspw. Recht auf Begründung eines Versicherungsverhältnisses oder Beitragsnachzahlungsrecht), ergibt sich mangels einer Erbringung von Sozialleistungen ein zeitlicher Ausschluss weder analog § 44 IV SGB X noch aus § 45 SGB I (mangels Qualifizierung als Sozialleistungsanspruch). Selbst wenn Gestaltungsrechte nicht der Verjährung unterliegen, bestehen sie regelmäßig nicht zeitlich unbegrenzt. Eine (Um-) Gestaltung des Sozialrechtsverhältnisses – auch bzgl. einzelner Zeiträume – ist regelmäßig nur innerhalb enger Ausschlussfristen möglich, weshalb ein sozialrechtliche Nachteil dann darin liegt, dass ein Gestaltungsrecht (für einen bestimmten Zeitraum) nicht mehr fristgerecht vorgenommen werden kann. Wenn der Herstellungsanspruch nun eine Umgestaltung des Sozialrechtsverhältnisses ermöglicht und dieser Anspruch weder durch § 45 SGB I noch § 44 IV SGB X zeitlich begrenzt wird, droht das Verbot der Besserstellung missachtet zu werden. Dieses Problem lässt sich sachgerecht dadurch auflösen, dass dem Betroffenen nur die Ausübung des Gestaltungsrechts in der Form (insbesondere auch in dem zeitlichen Rahmen) ermöglicht wird, in der es ihm ohne Pflichtverletzung zugestanden hätte, gerechnet von dem Zeitpunkt an, in dem ihm die Gestaltung wieder möglich ist.⁷¹²

⁷¹⁰ BSG, Urt. v. 22.10.1996 – 13 RJ 17/96 = BSGE 79, 177, 180 f.; *Mroczynski*, § 45 SGB I, Rn. 3; *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 45 SGB I, Rn. 31 ff.; *Baier*, in: Krauskopf, 83. EGL., § 45 SGB I, Rn. 21 ff.

⁷¹¹ BSG, Urt. v. 22.10.1996 – 13 RJ 17/96 = BSGE 79, 177, 180 m.w.N.

⁷¹² Hatte ein Bürger bspw. die Möglichkeit, sich innerhalb eines Monats nach Beginn der Versicherung von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenkasse befreien zu lassen, ist ihm dieses Gestaltungsrecht erneut einzuräumen, wenn er es zuvor wegen einer Pflichtverletzung nicht ausgeübt hat. Dieses Gestaltungsrecht unterliegt aber weiterhin denselben Beschränkungen, denen es auch ursprünglich unterlegen hat – allerdings keinen weiteren Beschränkungen, die erst durch die Pflichtverletzung geschaffen werden. Wenn die Pflichtverletzung dazu geführt hat, dass innerhalb der Monatsfrist das Gestaltungsrecht nicht ausgeübt wurde, muss auch die Ausschlussfrist für den Herstellungsanspruch auf diese Umgestaltung ebenfalls einen Monat betragen. Wenn sich die Ausschlussfrist hingegen bereits verringert haben sollte, ohne dass dies kausal auf einer Pflichtverletzung beruhen würde (der Betroffene wartet bspw. zwei Wochen, bevor er

Für Sozialleistungsansprüche, die infolge der Umgestaltung des Sozialrechtsverhältnisses ggf. entstehen, gelten hingegen unverändert die dargestellten Beschränkungsmöglichkeiten analog § 44 IV SGB X oder § 45 SGB I. Die Frage nach einer Umgestaltung des Rechtsverhältnis ist hiervon zu trennen, da durch § 45 SGB I oder § 44 IV SGB X eingeschränkte Ansprüche auf Sozialleistungen regelmäßig überhaupt erst dann nachträglich entstehen, wenn eine andere Gestaltungsmöglichkeit hergestellt wird, obwohl die Ausübungsmöglichkeit des Gestaltungsrechts teilweise mehr als vier Jahre zurückliegt.

Einen inhaltlich anderen Begrenzungsvorschlag macht *Ladage*, der den Herstellungsanspruch von vorneherein tatbestandlich auf die Verwirklichung von Gestaltungsrechten begrenzen möchte, was die Unanwendbarkeit der Verjährungsvorschriften bedingt.⁷¹³ Da *Ladage* den Herstellungsanspruch aus einer Analogie zu den §§ 27, 28 SGB X begründet,⁷¹⁴ will er zur zeitlichen Begrenzung der Geltendmachung des Gestaltungsrechts die Zwei-Wochen-Frist des § 27 II SGB X heranziehen.⁷¹⁵ Im Gegensatz zu der hier vertretenen Lösung gelangt *Ladage* damit für jeden auf Gestaltung gerichteten Herstellungsanspruch zu einer einheitlichen Ausschlussfrist von zwei Wochen – unabhängig davon, ob die ursprünglich mit dem jeweiligen Gestaltungsrecht verbundene Frist einen längeren oder kürzeren Zeitraum bestimmen sollte.

4. *Allgemeine Ausschlussgründe*

Für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch gelten neben diesen besonderen Ausschlussgründen die allgemeinen Ausschlussgründe, die in vergleichbarer Form für jeden öffentlich-rechtlichen Anspruch bestehen. So soll die Geltendmachung eines Herstellungsanspruchs bspw. bei Rechtsmissbrauch ausgeschlossen sein.⁷¹⁶ Daneben scheidet der Herstellungsanspruch auch dann aus, wenn eine Herstellung unmöglich ist.⁷¹⁷ Eine rechtliche Unmöglichkeit kann aber regelmäßig bereits ausreichend im Rahmen des „*an sich (un)zulässigen*“ Amtshandelns berücksichtigt werden,⁷¹⁸ so dass rechtlicher Unmöglichkeit nur

bei der Verwaltung vorspricht), besteht auch für einen Herstellungsanspruch die verringerte Ausschlussfrist.

⁷¹³ *Ladage*, S. 123 („*Der Herstellungsanspruch [als Gestaltungsrecht, Anmerkung des Verfassers] unterliegt hinsichtlich seiner Geltendmachung keiner Verjährung. [...] Die nachträglich zu erbringende Leistung verjährt allerdings gemäß § 45 Abs. 1 SGB I, gerechnet vom Zeitpunkt der Rückwirkung.*“).

⁷¹⁴ Vgl. ausführlich: Kap. 2 B.II.3.f.cc.

⁷¹⁵ *Ladage*, S. 123 („*Er [der Herstellungsanspruch] ist [...] binnen zwei Wochen nach Wegfall des Hindernisses geltend zu machen.*“).

⁷¹⁶ Vgl. BSG, Urt. v. 30.11.1983 – 5a RKn 3/83 = SozR 2200 § 313 Nr. 8; BSG, Urt. v. 27.9.1983 – 12 RK 44/82 = SozR 1200 § 14 Nr. 15.

⁷¹⁷ *Jung*, in: Heinze/Schmitt [Hg.], Festschrift für Walter Gitter, S. 417, 420; *Kreßel*, NZS 1994, 395, 400; *Bieback*, SGB 1990, 517. 524.

⁷¹⁸ Vgl. Kap. 1 B.II.2.B.bb.

in Sonderfällen eine eigenständige Bedeutung zukommt.⁷¹⁹ Daneben wird ausdrücklich auch eine tatsächliche Unmöglichkeit als eigener Ausschlussgrund vertreten.⁷²⁰ Da der Herstellungsanspruch grds. auf eine rechtliche Restitution gerichtet ist, erlangt dieser Ausschlussgrund insbesondere dort Bedeutung, wo ausnahmsweise auch tatsächliche Positionen der Restitutionspflicht unterworfen werden sollen.⁷²¹

C. Aktiv- und Passivlegitimation hinsichtlich des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs

I. Aktivlegitimation

Hinsichtlich des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs ist derjenige aktivlegitimiert, dessen subjektives Recht durch das jeweilige pflichtwidrige Verwaltungsverhalten verletzt wurde.⁷²² Dies ist nicht immer auch derjenige, der den sozialrechtlichen Nachteil erleidet. Unerheblich ist, ob es sich bei dem Rechtssubjekt um eine natürliche oder juristische Person handelt.⁷²³ Umstritten ist, ob auch für juristische Personen des öffentlichen Rechts aus einer subjektiven Rechtsverletzung eigene Herstellungsansprüche entstehen können.⁷²⁴ Im Mittelpunkt dieser Diskussion stehen Verletzungen des § 86 SGB X.⁷²⁵ Unstreitig

⁷¹⁹ Bspw. wenn eine Herstellung den Eingriff in die Rechte Dritte erfordern würde, ohne dass eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage besteht.

⁷²⁰ *Jung*, in: Heinze/Schmitt [Hg.], Festschrift für Walter Gitter, S. 417, 420; vgl. auch: *Heinz*, Zeitschrift für das Fürsorgewesen 2009, 12, 17.

⁷²¹ Eine vergleichbare Diskussion, ob der Anspruch auch bei Unzumutbarkeit der Herstellung für den Verwaltungsträger ausscheiden soll, wie sie bspw. für den Folgenbeseitigungsanspruch geführt wird (vgl. BVerwG, Urt. v. 26.8.1993 – 4 C 24/91 = BVerwGE 94, 100, 114; *Baldus*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, S. 14, Rn. 62 ff. m.w.N.; *Maurer*, AllgVerwR, § 30, Rn. 14), gibt es hingegen für den Herstellungsanspruch bislang nicht.

⁷²² LSG NRW, Urt. v. 25.1.2011 – L 6 AS 413/10; *Kreßel*, S. 310.

⁷²³ Vgl. BSG, Urt. v. 23.6.1977 – 8 RU 36/77 = BSGE 44, 114.

⁷²⁴ Offengelassen: BSG, Urt. v. 30.11.1978 – 12 RK 6/76 = BSGE 47, 194, 200; BSG, Urt. v. 22.5.1985 – 1 RA 7/84 = SozR 7290 § 72 Nr. 11; BSG, Urt. v. 10.5.2007 – B 10 KR 1/05 R = BSGE 98, 238, 242; kritisch: BSG, Urt. v. 28.3.2000 – B 8 KN 3/98 U R = BSGE 86, 78, 85.

⁷²⁵ Für die Möglichkeit eines Herstellungsanspruchs, u.a.: *Breitkreuz*, in: Diering/Timme/Waschull [Hg.], § 86 SGB X, Rn. 9 f.; *Schütze*, in: von Wulffen [Hg.], § 86 SGB X, Rn. 8; *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., vor §§ 38 ff. SGB I, Rn. 164; § 86 SGB X, Rn. 116; *ders.*, SGB 1986, 133, 136. (Das BSG hat zwischenzeitlich allerdings ausdrücklich der Bezugnahme *Seewalds* auf frühere Entscheidungen aus der Rechtsprechung widersprochen – BSG, Urt. v. 28.3.2000 – B 8 KN 3/98 U R = BSGE 86, 78, 85;

soll jedenfalls einem Verwaltungsträger kein Herstellungsanspruch gegenüber einem Bürger zustehen können; ein Herstellungsanspruch entsteht demnach allein für den Inhaber eines *gegen den Staat* gerichteten subjektiven öffentlich-rechtlichen Rechts. Der Herstellungsanspruch eines Bürgers kann jedoch gegenüber einem anderen Verwaltungsträger durch einen Verwaltungsträger eingefordert werden, auf den dieser Anspruch – gesetzlich – übergegangen ist.⁷²⁶

Ein Übergang des Herstellungsanspruchs unter Lebenden ist durch Abtretung in den Grenzen des § 53 SGB I grds. zulässig.⁷²⁷ Sofern der Anspruchsberechtigte zwischenzeitlich verstorben ist, sind auf einen (fälligen) Herstellungsanspruch die sozialrechtlichen Vererbungsregelungen der §§ 56 ff. SGB I anwendbar.⁷²⁸ Nach den §§ 53, 56 ff. SGB I ist ein Übergang daher nur für Herstellungsansprüche denkbar, die im Zusammenhang mit der Gewährung einer Geldleistung stehen.⁷²⁹

aber: BSG, Urt. v. 10.5.2007 – B 10 KR 1/05 R = BSGE 98, 238, 242). Gegen die Möglichkeit eines Herstellungsanspruchs, u.a.: *Igl/Welti*, SozR, § 76 Rn. 10; *Muckel/Ogorek*, SozR, § 16, Rn. 31; *Stelkens*, DVBl. 2003, 22 ff.; *Krause/Sattler*, in: Gitter/Wannagat [Hg.], JbSR 2001, S. 125, 130; *Lühmann*, in: Jahn [Hg.], 250. EGL., § 86 SGB X, Rn. 22. Offengelassen: *Steinbach*, in: Hauck/Noftz [Hg.], 2. EGL. – 2014, § 86 SGB X, Rn. 12.

⁷²⁶ BSG, Urt. v. 26.1.2000 – B 13 RJ 37/98 R = SozR 3-5910 § 91a Nr. 7; *Krause/Sattler*, in: Gitter/Wannagat [Hg.], JbSR 2001, S. 125, 127 m.w.N.; *Mrozynski*, § 14 SGB I, Rn. 26.

⁷²⁷ Im Ergebnis offengelassen: BSG, Urt. v. 2.10.2008 – B 9 VH 1/07 R = SozR 4-3100 § 60 Nr. 4; LSG Hamburg, Urt. v. 30.9.2002 – S 36 U 273/99. Im Sinne der Zulässigkeit einer Abtretbarkeit aber bereits: BSG, Urt. v. 23.10.1984 – 10 RAr 6/83 = SozR 4100 § 141e Nr. 7.

⁷²⁸ Etwa: BSG, Urt. v. 7.12.2004 – B 1 KR 6/03 R = BSGE 94, 26, 32, 34 f.; *Kreßel*, S. 310; wohl auch: *Krause/Sattler*, in: Udsching/Rolfs [Hg.], JbSR 2005/2006, S. 139, 146. Demgegenüber folgen für die Erben eines Sozialleistungsempfängers allein aus ihrer Erbenstellung regelmäßig noch keine eigenen (Herstellungs-) Ansprüche gegen die Verwaltung (BSG, Urt. v. 27.8.1998 – B 10 KR 5/97 R = BSGE 82, 283, 288). Die Anwendung der §§ 56 ff. SGB I folgt im Wesentlichen aus dem Verbot der Besserstellung. Denn ohne die Pflichtverletzung der Verwaltung wäre eine Vererbung der sonst entstandenen Leistungsansprüche auch nur in den engen Grenzen der §§ 56 ff. SGB I zulässig gewesen.

⁷²⁹ Ein solcher Geldleistungsanspruch liegt auch bei der Befürwortung einer mittelbaren Wirkungsweise des Herstellungsanspruchs vor. Der Herstellungsanspruch verhält sich nach dieser Ansicht akzessorisch zu den Primärrechten, deren Herstellung sein jeweiliger Anspruchsinhalt ist. Der Verstorbene hatte deshalb zum Zeitpunkt seines Todes über den Herstellungsanspruch i.V.m. dem Primäranspruch bereits eine Rechtsstellung inne, die einen Anspruch auf Auszahlung einer Geldsumme i.S.d. §§ 53, 56 ff. SGB I beinhaltet. Es stimmt bspw. nicht mit der Zielsetzung der §§ 56 ff. SGB I überein, dass nun allein der herzustellende Primäranspruch (in seiner unvollendeten Form) auf die Erben überginge, während der akzessorische Korrekturananspruch mit dem Tod des Erblassers erlischt. Dies entspricht der Rechtsprechung zur Vererbbarkeit von sozialrechtlichen Gestaltungsrechten, die selbstständig nicht vererbbar sind (BSG, Urt. v. 27.8.1998 – B 10 KR 5/97 R = BSGE 82, 283, 287), aber ausnahmsweise dann vererbbar sein sollen,

II. Passivlegitimation

Der Herstellungsanspruch richtet sich gegen das Rechtssubjekt (den Verwaltungsträger), welches das zur sozialrechtlichen Naturalrestitution erforderliche Amtshandeln⁷³⁰ vornehmen kann⁷³¹ bzw. bei dessen „*Leistung der Beratungsfehler sich auswirkt*“⁷³². Dadurch wird nicht die natürliche Einzelperson (Amtswalter) verpflichtet, die ggf. das fragliche Verhalten mit Wirkung für den Verwaltungsträger vornimmt, sondern das staatliche Rechtsträger.⁷³³ Diese Konstruktion ist eindeutig, solange derselbe Verwaltungsträger durch den Herstellungsanspruch zu einer ihm möglichen Restitution verpflichtet werden soll, der bereits durch eigenes Verwaltungsverhalten das subjektive Recht des Bürgers verletzt hat. Der Herstellungsanspruch geht allerdings über diese Fälle der Einstandspflicht für eigene Pflichtverletzungen hinaus und begründet – unter zusätzlichen Voraussetzungen – ausnahmsweise eine Einstandspflicht des restitutionsfähigen Verwaltungsträgers für fremde Pflichtverletzungen anderer Hoheitsträger.⁷³⁴ Der restitutionsfähige Verwaltungsträger hat die Folgen fremder Pflichtverletzungen durch sein Amtshandeln i.S.d. Herstellung dann zu korrigieren, wenn ihm die Pflichtverletzung zurechenbar ist⁷³⁵ oder ein Konkurrenz-

wenn sie mit vererbaren Leistungsansprüchen verbunden sind (BSG, Urt. v. 7.12.2004 – B 1 KR 6/03 R = BSGE 94, 26, 32 f.). Nach allen Ansichten zur Wirkungsweise des Herstellungsanspruchs kann dieser demnach als Geldleistungsanspruch i.S.d. §§ 56 ff. SGB I angesehen werden – wenn es ohne die Pflichtverletzung zu einer Sozialleistung in Geld gekommen wäre.

⁷³⁰ Aus der Rechtspflicht zu einem „*Amtshandeln*“ wird deutlich, dass ein Herstellungsanspruch allein gegen den Staat gerichtet sein soll. Der Bürger ist schließlich regelmäßig nicht in der Lage, öffentlich-rechtliche (förmliche oder nichtförmliche) Verwaltungshandlungen rechtswirksam vorzunehmen.

⁷³¹ *Schmidt-De Caluwe*, S. 150; *Waßer*, JA 2001, 137, 139; *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 394; *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., vor §§ 38 ff. SGB I, Rn. 183.

⁷³² *Von Koch*, NZS 1998, 167, 171.

⁷³³ Dies ist ein entscheidender Unterschied zur Konstruktion der Amtshaftung nach § 839 BGB, Art. 34 GG. Es wird nämlich durch den Herstellungsanspruch eine eigene Pflicht des staatlichen Rechtssubjektes begründet und nicht etwa eine persönliche Verpflichtung des Beamten – durch Art. 34 GG – auf diese Stelle übergeleitet.

⁷³⁴ Statt vieler: *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 394; *Wallerath*, DÖV 1994, 757, 761.

⁷³⁵ Das BSG unterscheidet in diesem Zusammenhang nicht zwischen der Zurechnung von Fremdverhalten, das erst im Zusammenhang mit der eigenen Pflicht des Verwaltungsträger eine Pflichtverletzung bedeuten würde, und fremden Pflichtverletzungen, bei denen die verletzte Pflicht so nicht gegenüber dem restitutionsfähigen Verwaltungsträger bestanden hat (vgl. BSG, Urt. v. 13.12.1984 – 11 RA 68/83 = BSGE 57, 288, 290; BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 92 ff.; BSG, Urt. v. 26.11.1985 – 12 RK 41/84 = BSGE 59, 190, 191). Es muss daher davon ausgegangen werden, dass das BSG nicht zwischen beiden Fallgruppen differenziert und auch die entwickelten Aussa-

verhältnis zwischen den Leistungen besteht.⁷³⁶ Eine Pflichtverletzung ist insbesondere zurechenbar, soweit eine Drittbehörde von dem Verwaltungsträger mit der Wahrnehmung einer Pflicht beauftragt wurde oder kraft Gesetzes ein arbeitsteiliges Zusammenwirken i.S.e. Funktionseinheit vorgesehen ist.⁷³⁷ Begründet wird diese gegenseitige Zurechenbarkeit mit der Erwägung, dass die organisatorische Aufteilung des Verwaltungsverfahrens nicht zu materiellen Rechtsverlusten des Bürgers führen solle.⁷³⁸ Wenn der Herstellungsanspruch ein „*Instrument zur Erreichung und Sicherung des Gesetzeszwecks*“⁷³⁹ ist, bestünde zudem kein Interesse (der Verwaltung), den Anspruch unter dem Gesichtspunkt einer mangelnden Zurechnung auszuschließen und dadurch den Betroffenen auf einen Amtshaftungsanspruch nach § 839 BGB, Art. 34 GG zu verweisen.⁷⁴⁰ Ergänzend wird auf die Rechtsgedanken der §§ 2 II, 16 II SGB I, § 278 BGB (analog), den Gedanken einer einheitlichen Staatsgewalt sowie auf die Anerkennung einer Zurechnungsmöglichkeit beim Folgenbeseitigungsanspruch oder enteignungsgleichen Eingriff verwiesen.⁷⁴¹

gen auf beide Fallgruppen gleichermaßen erstreckt. Vgl. zu weitergehenden Einteilungsmöglichkeiten: *Kreßel*, S. 339 ff.

⁷³⁶ BSG, Urt. v. 6.5.2010 – B 13 R 44/09 R = NZS 2011, 342, 345; BSG, Urt. v. 30.9.2009 – B 9 VG 3/08 R = BSGE 104, 245, 255; BSG, Urt. v. 28.9.2010 – B 1 KR 31/09 R; BSG, Urt. v. 28.9.2010 – B 1 KR 31/09 R; *Gagel*, SGB 2000, 517, 521; *Krause/Sattler*, in: Udsching/Rolfs [Hg.], JbSR 2010, S. 71, 72.

⁷³⁷ BSG, Urt. v. 25.8.1993 – 13 RJ 27/92 = BSGE 73, 56, 59; BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 94 ff.; BSG, Urt. v. 28.9.2010 – B 1 KR 31/09 R; BSG, Urt. v. 25.8.1982 – 12 RK 69/81 = SozR 5755 Art 2 § 1 Nr. 3; BSG, Urt. v. 10.12.2003 – B 9 VJ 2/02 R = BSGE 92, 34, 41; BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 94 ff.; BSG, Urt. v. 24.3.1988 – 5/5b RJ 84/86 = BSGE 63, 112, 115; BSG, Urt. v. 29.10.1992 – 10 RKg 24/91 = BSGE 71, 217, 219 ff.; BSG, Urt. v. 8.10.1998 – B 8 KN 1/97 U R = BSGE 83, 30, 35; *Krasney*, in: FS für Walter Schwarz, S. 383, 392; *Jung*, in: Heinze/Schmitt [Hg.], Festschrift für Wolfgang Gitter, S. 417, 425 f.; *Olbertz*, S. 27 f.; *Adolf*, Herstellungsanspruch, S. 48 ff.; *Gagel*, SGB 2000, 517, 520 f.; *Waßer*, JA 2001, 137, 139; *Schmidt/Schmidt*, JURA 2005, 372, 374; *Reinhardt*, in: Krahmer [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 19; *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., vor §§ 38 ff. SGB I, Rn. 184; *von Koch*, NZS 1998, 167, 171 f.; *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 394.

⁷³⁸ BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 94.

⁷³⁹ BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 94.

⁷⁴⁰ BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 94 f.; BSG, Urt. v. 13.12.1984 – 11 RA 68/83 = BSGE 57, 288, 290; BSG, Urt. v. 26.11.1985 – 12 RK 41/84 = BSGE 59, 190, 192.

⁷⁴¹ BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 95 m.w.N.; *Ladage*, S. 45 f., 116 f.; *Krause*, in: Krause/Sattler [Hg.], JbSR der Gegenwart 1982, S. 47, 50; *Breithaupt*, in: Krause/Sattler [Hg.], JbSR der Gegenwart 1984, S. 53 f.; *Waßer*, JA 2001, 137, 139 f. m.w.N.; *Kreßel*, S. 341 f.; *Adolf*, Herstellungsanspruch, S. 50; *Krasney*, in: FS für Walter Schwarz, S. 383, 393. Kritisch zur praktischen Anwendbarkeit der Abgrenzungformeln: *Wallerath*, DÖV 1994, 757, 761 f.; *Mrozynski*, § 14 SGB I, Rn. 31 ff.; *Hase*, in: BeckOK, § 14 SGB I, Rn. 12.

Sofern jedoch die Zurechnungsvoraussetzungen nicht erfüllt sind, bleibt es bei dem Grundsatz, dass ein Verwaltungsträger keine fremden Pflichtverletzungen korrigieren muss.⁷⁴² Die Pauschalformulierung, dass die Herstellungspflicht unabhängig davon bestünde, welche staatliche Stelle sich pflichtwidrig verhalten hat,⁷⁴³ ist deshalb unzutreffend. Die Ablehnung einer unbeschränkten gegenseitigen Zurechnung wird mit der Erwägung begründet, dass (auch) der Herstellungsanspruch nicht zu einer Verzerrung der gesetzlichen Zuständigkeiten in der Weise führen dürfe, dass eine wahllose Einstandspflicht – insbesondere der unterschiedlichen Sozialversicherungsgemeinschaften – für die Fehler der öffentlichen Hand begründet wird.⁷⁴⁴ Nur vereinzelt wird eingewandt, dass jegliche Erweiterung der Zurechnung des Verhaltens von Drittbehörden abzulehnen sei⁷⁴⁵ – oder umgekehrt, dass die Reichweite der Zurechnung vom BSG zu eng bestimmt worden wäre⁷⁴⁶.

D. Rechtsweg für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch

Für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch ist der Sozialrechtsweg nach § 51 SGG eröffnet, weil es sich aus Sicht der Sozialgerichtsbarkeit nicht um einen öffentlich-rechtlichen Schadensersatzanspruch handelt, für den durch Art. 34 S. 3 GG, § 40 II 1 VwGO der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten vorgegeben wäre.⁷⁴⁷ Zwar gilt § 40 II 1 Var. 3 VwGO auch für den Sozial-

⁷⁴² Etwa: BSG, Urt. v. 28.9.2010 – B 1 KR 31/09 R; BSG, Urt. v. 2.10.1997 – 14 REg 1/97 = SozR 3-1200 § 14 Nr. 24 m.w.N.; BSG, Urt. v. 29.10.1992 – 10 RKg 24/91 = BSGE 71, 217, 220 f.; BSG, Urt. v. 26.4.2005 – B 5 RJ 6/04 R = SozR 4-2600 § 4 Nr. 2 („*Der Herstellungsanspruch richtet sich zwar grundsätzlich gegen den Leistungsträger, der den falschen Rat erteilt hat, und entfällt, wenn dies nicht auch der Leistungsträger ist, der für die Inanspruchnahme und Gewährung der Rechte und Leistungen zuständig ist.*“); BSG, Urt. 6.3.2003 – B 4 RA 38/02 R = BSGE 91, 1, 4; LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 18.10.2007 – L 6 U 148/07; *Krause/Sattler*, in: Udsching/Rolfs [Hg.], JbSR 2010, S. 71, 72.

⁷⁴³ Etwa: BSG, Urt. v. 22.9.1988 – 2/9b RU 36/87 = BSGE 64, 89, 94; BSG, Urt. v. 26.11.1985 – 12 RK 41/84 = BSGE 59, 190, 192.

⁷⁴⁴ Vgl. BSG, Urt. v. 29.10.1992 – 10 RKg 24/91 = BSGE 71, 217, 221; *Jung*, in: Heinze/Schmitt [Hg.], Festschrift für Wolfgang Gitter, S. 417, 425.

⁷⁴⁵ Vgl. *Benz*, BG 1987, 31, 40; *Terwey*, Rechtliche Betreuung nach dem SGB, S. 11 f.; *Jung*, in: Heinze/Schmitt [Hg.], Festschrift für Wolfgang Gitter, S. 417, 423 m.w.N. zu dieser Ansicht.

⁷⁴⁶ *Krasney* ZAP 1996 [Fach 18], 449, 459 f.; *ders.*, in: FS für Walter Schwarz, S. 383, 392 f.; *Kreßel*, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 31, 48 f.

⁷⁴⁷ Etwa: BSG, Urt. v. 23.6.1977 – 8 RU 36/77 = BSGE 44, 114, 122; BSG, Urt. v. 15.12.1999 – B 9 V 12/99 R = SozR 3-1200 § 14 Nr. 28; BSG, Urt. v. 18.12.1975 – 12

rechtsweg nach § 51 SGG;⁷⁴⁸ diese Vorschrift bezieht sich nach allgemeiner Ansicht aber nur auf Ersatzleistungen in Geld. Die Beschränkung des § 40 II 1 VwGO auf Geldersatzansprüche folgt aus systematischen und teleologischen Gründen, da es nur für diese Ansprüche sinnvoll erscheint, dass die für Enteignung (Art. 14 III 4 GG) und Amtshaftung (Art. 34 S. 3 GG) zuständigen Zivilgerichte über sie kraft Sachzusammenhang mitentscheiden.⁷⁴⁹ Für Restitutionsansprüche wie Folgenbeseitigungsanspruch und Herstellungsanspruch,⁷⁵⁰ die sich gerade nicht auf einen Ersatz in Geld richten, greift diese Ausnahmevorschrift zu § 40 I VwGO hingegen nicht ein, weil sie einen Ersatz durch Amtshandlungen vorsehen, für den die Verwaltungsgerichte der sachnähere Rechtsweg sind.⁷⁵¹ Dies belegen die Restitutionsvorschriften in § 113 I 2 VwGO, § 131 I SGG.⁷⁵² Der auf sozialrechtliche Naturalrestitution durch Amtshandeln gerichtete Herstellungsanspruch und ist insofern kein Schadensersatzanspruch i.S.d. § 40 II 1 Var. 3 VwGO.

E. Verhältnis des Herstellungsanspruchs zu anderen Ansprüchen des Staatshaftungsrechts

I. Herstellungsanspruch als Primär- oder Sekundäranspruch?

Der Rechtsschutz gegen rechtswidriges hoheitliches Verhalten wird allgemein in Primär- und Sekundärrechtsschutz unterteilt,⁷⁵³ wobei seit der sog. Nassauskiesungsentscheidung des BVerfG⁷⁵⁴ allgemein von einem Vorrang des Primär-

RJ 88/75 = BSGE 41, 126, 127 f.; BSG, Urt. v. 26.10.1976 – 12/7 RAr 78/74 = SozR 4100 § 44 Nr. 9; *Schmidt-De Caluwe*, S. 151 f. m.w.N.; *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 398 ff.; *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 389 f.

⁷⁴⁸ BSG, Urt. v. 23.6.1977 – 8 RU 36/77 = BSGE 44, 114, 122 m.w.N.

⁷⁴⁹ BVerwG, Beschl. v. 22.4.2003 – 3 A 5/02 = NVwZ 2003, 1383, 1383; BVerwG, Urt. v. 29.5.1973 – VII C 2/72 = DÖV 1974, 133, 133 f.; *Ehlers*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner [Hg.], 24. EGL., § 40 VwGO, Rn. 520 f. m.w.N.; *Schenke*, in: Kopp/Schenke, § 40 VwGO, Rn. 69, 73.

⁷⁵⁰ Beide Ansprüche sind (unabhängig von ihrem jeweiligen Umfang) gleichermaßen auf Restitution gerichtet: *Pietzner*, in: Schuln [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrtagung, S. 93, 94.

⁷⁵¹ *Ehlers*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner [Hg.], 24. EGL., § 40 VwGO, Rn. 520, 530; *Schenke*, in: Kopp/Schenke, § 40 VwGO, Rn. 69; *Reimer*, in: BeckOK, § 40 VwGO, Rn. 165; *Weyreuther*, Gutachten, B 177 ff.; *Bettermann*, DÖV 1955, 528, 529.

⁷⁵² *Ehlers*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner [Hg.], 24. EGL., § 40 VwGO, Rn. 521.

⁷⁵³ *Baldus*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 1 ff.; *Ipsen*, AllgVerwR, Rn. 1238 ff.; *Sauer*, JuS 2012, 695, 699.

⁷⁵⁴ BVerfG, Beschl. v. 15.7.1981 – 1 BvL 77/78 = BVerfGE 58, 300, 317 ff.

gegenüber dem Sekundärrechtsschutzes ausgegangen wird.⁷⁵⁵ Derjenige, der durch hoheitliches Fehlverhalten in einem subjektiven Recht verletzt wird, muss mit den Mitteln des Primärrechtsschutzes die Beseitigung der rechtswidrigen Beeinträchtigungen verfolgen bzw. sein Recht durchsetzen. Er kann nicht wahlweise die primäre Rechtsverletzung hinnehmen und über Sekundärrechte einen – finanziellen – Ausgleich anstreben. Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch wird überwiegend als Sekundärrechtsanspruch verstanden,⁷⁵⁶ der erst entsteht, wenn die Primärrechte (/die Hauptleistungspflichten) durch ein rechtswidriges Verwaltungshandeln beeinträchtigt werden und deshalb nicht – mehr – durchgesetzt werden können.⁷⁵⁷

Die Ausgestaltung des Herstellungsanspruchs entspricht der Forderung nach einem Vorrang des Primärrechtsschutzes. Schließlich wird der Anspruch als grds. subsidiär gegenüber Korrekturmitteln des Primärrechts, unverändert bestehenden Leistungsansprüchen sowie bestandskräftigen, entgegenstehenden Verwaltungsakten beschrieben. Zudem kommt es zum Anspruchsausschluss bei grob fahrlässiger Nichtnutzung von Rechtskorrekturmitteln. Ins-

⁷⁵⁵ *Axer*, DVBl. 2001, 1322, 1323 ff.; *Ipsen*, AllgVerwR, Rn. 1239 f.

⁷⁵⁶ Teilweise wird der Herstellungsanspruch in der Literatur als Anspruch des Primärrechtsschutzes beschrieben (*Axer*, DVBl. 2001, 1322, 1322 Fn. 2; wohl auch: *Adolf*, Herstellungsanspruch, S. 144). Zur Begründung wird auf Entscheidungen des BGH verwiesen, in denen der Herstellungsanspruch als in seiner Zielsetzung Primärrechten vergleichbar beschrieben wird, was ggf. einen entsprechenden Ausschluss des Amtshaftungsanspruchs nach § 839 III BGB begründe (BGH, Urt. v. 10.2.2011 – III ZR 37/10 = NJW 2011, 2586, 2589 m.w.N.; BGH, Urt. v. 9.3.1989 – III ZR 76/88 = NJW-RR 1989, 1252, 1253; BGH, Urt. v. 20.7.2000 – III ZR 64/99 = NVwZ-RR 2000, 746, 749). Dabei trifft bereits die zugrunde liegende Grundannahme nicht zu, dass Sekundäransprüche immer auf Entschädigung bzw. Ersatz in Geld gerichtet seien, wohingegen andere Rechtsfolgen dem Primärrechtsschutz zuzuordnen wären (vgl. *Axer*, DVBl. 2001, 1322, 1322). Vielmehr zählen auch Restitutionsansprüche zu den Sekundäransprüchen; vgl. ausdrücklich für den Folgenbeseitigungsanspruch: *Papier*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 34 GG, Rn. 309 (gleichzeitig auch für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch); *Reimer*, in: BeckOK, § 40 VwGO, Rn. 165; *Ahrens*, StHR, Rn. 326; *Sproll*, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, StHR, § 17, Rn. 36, § 18, Rn. 8; *Ipsen*, AllgVerwR, Rn. 1238 ff. Schließlich entsteht ein Herstellungsanspruch einerseits erst aus der Verletzung/Beeinträchtigung von Primärrechten und andererseits verdeutlicht auch die Aussage des BGH, dass der sozialrechtliche Herstellungsanspruch dem Primärrechtsschutz in seiner Zielrichtung nahekommt (BGH, Urt. v. 9.3.1989 – III ZR 76/88 = NJW-RR 1989, 1252, 1253; BGH, Urt. v. 11.2.1988 – III ZR 221/86 = NJW 1988, 1776 ff.), dass es sich aus Sicht des Gerichts gerade nicht um Primärrechtsschutz handelt, sondern um ein sekundäres Recht, das in enger Anlehnung an die Primärrechte ausgestaltet wurde (so auch: *Bauer*, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 59, 62 f.).

⁷⁵⁷ Etwa: BSG, Urt. v. 20.12.2001 – B 4 RA 50/01 R; BSG, Urt. v. 20.9.2001 – B 11 AL 35/01 R; BSG, Urt. v. 12.6.1992 – 11 RAr 65/91 = BSGE 71, 17, 22 f.; *Schmidt-De Caluwe*, S. 301 f. (wobei der Autor selbst der Anspruchsqualität des Herstellungsanspruchs kritisch gegenübersteht, vgl. *Schmidt-De Caluwe*, S. 504); *Bauer*, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 59, 62 f.

besondere ist es für einen subjektiv-rechtlichen Sekundäranspruch auch typisch, dass dieser erst aus der Verletzung eines subjektiv-rechtlichen Primäranspruchs entstehen kann.⁷⁵⁸

II. Verhältnis zu anderen Staatshaftungsansprüchen

Mit dem Begriff der „*Staatshaftung*“ wird allgemein das Recht der kodifizierten und unregulierten sekundären Ersatzleistungsansprüche bezeichnet, die den Staat zu Restitutions- oder Kompensationsleistungen für das Verhalten staatlicher Rechtssubjekte verpflichten.⁷⁵⁹ Anhand ihrer Rechtsfolgen werden diese Ersatzleistungen nach Restitution (bspw. der Folgenbeseitigungsanspruch) und finanzieller Kompensation (i.S.v. Schadensersatz oder Entschädigung) unterschieden.⁷⁶⁰ Der Herstellungsanspruch ist hierbei als Restitutionsanspruch anzusehen, der auf sozialrechtliche Naturalrestitution abzielt.⁷⁶¹

Von einem geordneten „*System der Staatshaftung*“ (teilweise auch „*System staatlicher/öffentlich-rechtlicher Ersatzleistungen*“ oder „*öffentlich-rechtliches Entschädigungssystem*“) ⁷⁶² lässt sich indes nicht sprechen.⁷⁶³ Dazu bestehen zu viele unüberschaubare Einzelansprüche, die überwiegend richterrechtlich entwickelt bzw. geprägt sind.⁷⁶⁴ Das Bild von einem „*Chaos des Staatshaftungsrechts*“⁷⁶⁵ ist wohl treffender.⁷⁶⁶ Die beschriebenen

⁷⁵⁸ Vgl. *Unberath*, Vertragsverletzung, S. 204 ff.; *Sauer*, JuS 2012, 695, 695 f., 699.

⁷⁵⁹ Etwa: *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 1 („*Diese Begriffssprache lag auch dem für nichtig erklärten Staatshaftungsgesetz vom 26. Juni 1981 zugrunde.*“); *Baldus*, in: *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, StHR, Rn. 2 ff.; *Grzeszick*, in: *Erichsen/Ehlers* [Hg.], AllgVerwR, § 43, Rn. 4; *Papier*, in: *Maunz/Dürig*, 73. EGL., Art. 34 GG, Rn. 34 ff.; *Maurer*, AllgVerwR, § 25, Rn. 1 ff.; *Ipsen*, AllgVerwR, Rn. 1241 f.

⁷⁶⁰ Vgl. *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1052; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 4 f., 133; *Windthorst/Sproll*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, StHR, § 2, Rn. 6; § 12, Rn. 4 f.; *Maurer*, AllgVerwR, § 25, Rn. 1 ff., 9 f.; *Grzeszick*, in: *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, StHR, Rn. 11; *Papier*, in: *Maunz/Dürig*, 73. EGL., Art. 34 GG, Rn. 34 ff.; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 352 f.; *Höfling*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle* [Hg.], GrdVwR, Bd. III, § 51, Rn. 36 ff., 41.

⁷⁶¹ Daran ändert auch der Umstand nichts, dass in Folge der Herstellung oftmals auch finanzielle Geldeinbußen mit korrigiert werden (bspw. nicht unterbliebene Rentenleistungen). Der Herstellungsanspruch kompensiert nicht diese erlittenen Einbußen durch andere Geldleistungen bspw. orientiert an einem Sonderopfer, sondern restituiert für den Betroffenen die Berechtigung dieselben Leistungen trotz des staatlichen Fehlverhaltens einzufordern.

⁷⁶² *Höfling*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle* [Hg.], GrdVwR, Bd. III, § 51, Rn. 1 m.w.N.

⁷⁶³ A.A. wohl: *Haas*, Entschädigungspflichten, S. 19 ff., 68; offengelassen: *Meysen*, Verwaltungsrechtsverhältnis, S. 47 f.

⁷⁶⁴ Vgl. *Dürig/Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, 73. EGL., Art. 3 GG, Rn. 60; *Grzeszick*, in: *Erichsen/Ehlers* [Hg.], AllgVerwR, § 43, Rn. 3 f.; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 2 f.

⁷⁶⁵ *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 2 f.

⁷⁶⁶ Vgl. auch: *Höfling*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle* [Hg.], GrdVwR, Bd. III, § 51, Rn. 2; ausführlich: *Hartmann*, Öffentliches Haftungsrecht, S. 145 ff. m.w.N.

Systemkategorien dienen insofern allein der besseren Systematisierung und Abgrenzung der einzelnen Ansprüche – ohne bereits einen festen Bedeutungsgehalt für deren Ausgestaltung zu enthalten.

Nach dem BSG ist der Herstellungsanspruch „*ein weiterer Baustein in diesem System, das neben dem Amtshaftungshaftungsanspruch Regelungen über die Enteignungsentschädigung, einen Ausgleich für enteignungsgleiche Eingriffe, den Aufopferungsanspruch, den Folgenbeseitigungsanspruch (evtl. auch eine Folgenbeseitigungslast) sowie die Rücknahme belastender VerwAkte und die Verpflichtung zur Neufeststellung bei fehlerhaften Leistungsbescheiden enthält.*“⁷⁶⁷ Diese Einschätzung i.S. einer Ergänzung wird im Folgenden kritisch überprüft. Dabei muss im Verhältnis des ungeschriebenen Herstellungsanspruchs zu anderen Staatshaftungsansprüchen zwischen gesetzlich kodifizierten und (ebenfalls) ungeschriebenen Staatshaftungsrechtsansprüchen differenziert werden. Schließlich ergeben sich hieraus unterschiedliche Rückschlüsse für das Vorliegen einer gesetzlichen Regelungslücke, die jede zulässige richterrechtliche Rechtsfortbildung erfordert.

Teilweise scheint das Vorliegen einer Regelungslücke für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch bezweifelt zu werden, wenn eine Situation bereits durch einen anderen unregelmäßigten Anspruch einer Regelung zugeführt wird. Insbesondere wird daraus (vorschnell) der Schluss gezogen, dass für den Herstellungsanspruch dann keine Berechtigung mehr bestünde und weitergehend begründet werden müsste, welche Regelungslücke verbleiben würde. Derartige Beschreibungen sind für das Verhältnis von ungeschriebenen Staatshaftungsrechtsansprüchen entschieden zurückzuweisen. Eine Regelungslücke erlischt – anders als bei der Schaffung einer gesetzlichen Regelung – nicht dadurch, dass zu ihrer Schließung (bereits) ein bestimmtes Rechtsinstitut richterrechtlich entwickelt wurde. Ein solches richterrechtliches Rechtsinstitut hat nämlich rechtsdogmatisch keine Vorrangstellung gegenüber anderen richterrechtlichen Rechtsinstituten, die ebenfalls zur Schließung der Lücke angewandt werden könnten.⁷⁶⁸ Eine derartige Vorrangstellung entsteht auch nicht etwa aus dem Umstand, dass ein Rechtsinstitut zeitlich vor dem anderen entwickelt wurde. Es wäre rechtsdogmatisch verfehlt, mit anderen richterrechtlichen Rechtsfortbildungsergebnissen so zu argumentieren, als ob diese Gesetzesbestimmungen wären. Bei verschiedenen richterrechtlichen Ansprüchen stellt sich vielmehr die Frage, ob überhaupt ein Bedürfnis für einen (weiteren) rechtsdogmatisch begründbaren Anspruch besteht. Ein solches Bedürfnis kann nur gegeben sein, wenn eine Situation durch diesen Anspruch unter anderen (engeren oder weiteren) Voraussetzungen derselben Lösung zugeführt wird – oder dieselbe Situation eine andere (bspw. weitergehende) Regelung erfährt.

⁷⁶⁷ BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 78.

⁷⁶⁸ Bspw. wird auch ein Nebeneinander des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs und des Folgenbeseitigungsanspruchs für möglich gehalten, wenn es um die Rückzahlung eines zu Unrecht gezahlten Geldbetrages geht (vgl. *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, in: *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, StHR, Rn. 532 f.).

Die nachfolgenden Ausführungen sollen derartige Unterschiede durch den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch herausarbeiten. Falls derartige Unterschiede in der rechtlichen Lösung eines Falles feststellbar sein sollten, schließt sich daran die Frage an, ob/warum rechtsdogmatisch überhaupt von der Rechtsfolge des einen richterrechtlichen Rechtsanspruchs durch einen weiteren Anspruch abgewichen werden darf.⁷⁶⁹ Insofern kann aus den anderen richterrechtlichen Rechtsinstituten ggf. der Rückschluss gewonnen werden, dass eine verbleibende gesetzliche Regelungslücke nicht ausgefüllt werden darf, da diese nicht planwidrig ist. Dieser Fragestellung wird erst im zweiten Kapitel dieser Arbeit ausführlich nachgegangen.

1. *Gesetzlich kodifizierte Staatshaftungsansprüche*

Da eine umfassende bundeseinheitliche Kodifikation des Staatshaftungsrechts gegenwärtig nicht aktiv vorangetrieben wird,⁷⁷⁰ ist der Amtshaftungsanspruch aus § 839 BGB, Art. 34 GG der einzige allgemeine Staatshaftungsanspruch, der zurzeit für das Bundesrecht kodifiziert ist.⁷⁷¹ Auf landesrechtlicher Ebene existieren weitere besondere Kompensations-/Haftungsansprüche für staatliches Fehlverhalten.

a) Amtshaftung (§ 839 BGB, Art. 34 GG)

Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch ist ein öffentlich-rechtlicher Anspruch, der eine unmittelbare Staatshaftung des zuständigen Verwaltungsträgers

⁷⁶⁹ Schließlich kann ggf. (allein) der andere richterrechtliche Anspruch die einzige rechtlich zulässige Reaktion zur Füllung planwidriger Regelungslücken darstellen. Wer bspw. eine verschuldensunabhängige Entschädigungspflicht auch für Positionen schaffen möchte, die nicht unter die Art. 14 I, 2 II GG fallen, muss sich mit der Frage auseinandersetzen, warum die verschuldensunabhängigen Aufopferungsansprüche i.w.S. gerade auf diese Positionen beschränkt bleiben sollen.

⁷⁷⁰ Obwohl 1994 die entsprechende konkurrierende Gesetzgebungskompetenz in Art. 74 I Nr. 25 GG geschaffen wurde, ist nach dem Scheitern des – westdeutschen – Staatshaftungsgesetz von 1982 (vgl. BGBl. 1981 I, S. 553 ff.; vgl. auch: BT-Drs. 9/25) wegen Verstoßes gegen die Kompetenzordnung des Grundgesetzes (BVerfG, Urt. v. 19.10.1982 – 2 BvF 1/81 = BVerfGE 61, 149, 173 ff.), kein neuer, ernsthafter Versuch unternommen worden, ein bundeseinheitliches Staatshaftungsgesetz zu verabschieden. Die zum gegenwärtigen Zeitpunkt letzten dahingehenden Vorstöße von 2004 und 2008 (BT-Drs. 15/3859; BT-Drs. 16/11465) wurden aus verschiedenen Gründen zurückgewiesen (BT-Drs. 15/3952; BT-Drs. 16/11554).

⁷⁷¹ Vereinzelt bestehen für Sondersituationen einzelne bundesrechtliche Anspruchsgrundlagen auf Schadensersatz (bspw. § 19 BNotO, §§ 44 III, 49 VI VwVfG, § 21 IV BImSchG), die hier nicht näher untersucht werden sollen. Daneben existieren einige bundesrechtliche Entschädigungsregelungen, die den Bürger vor bestimmten Sonderopfern schützen soll (bspw. §§ 1 ff. StrEG, §§ 30, 56 ff. IfSG, § 1 OEG, §§ 1 ff. BVG, § 18 AtG oder eine „*unechte Unfallversicherung*“ i.S.d. § 2 SGB VII).

begründet, auf ein Amtshandeln gerichtet ist und vor den Verwaltungsgerichten geltend gemacht werden kann.⁷⁷² Der Amtshaftungsanspruch nach § 839 BGB, Art. 34 GG ist demgegenüber ein privatrechtlicher Anspruch⁷⁷³ auf persönliche Beamtenhaftung (§ 839 BGB), der erst durch Art. 34 GG auf den Staat übergeleitet wird (sog. mittelbare Staatshaftung), auf kompensierenden Geldersatz gerichtet ist und nach gem. Art. 34 S. 3 GG ausschließlich vor den Zivilgerichten geltend gemacht werden kann. Die Abstimmung beider Ansprüche muss daher durch Bezugnahme der Sozial- und Zivilgerichte aufeinander erfolgen.

Obwohl es wegen der Regelung des § 17 II 1 GVG seit 1991 grds. denkbar ist,⁷⁷⁴ dass ein Zivilgericht – anders als umgekehrt ein Sozialgericht – im Zusammenhang mit seiner Entscheidung über den Amtshaftungsanspruch auch über einen Herstellungsanspruch urteilt, wurde hiervon bislang in keinem Fall Gebrauch gemacht. Einer solchen Lösung stehen prozessrechtliche Bedenken entgegen. Nach § 17 II 1 GVG soll nur über einen prozessualen Anspruch einheitlich und umfassend rechtswegüberschreitend entschieden werden können,⁷⁷⁵ während es für Ansprüche bei einer Rechtswegaufspaltung bleibt, die im Wege der Klagehäufung geltend gemacht werden müssten.⁷⁷⁶ Der Amtshaftungsanspruch ist auf Geldersatz gerichtet, während der Herstellungsanspruch ein völlig anderes Anspruchsziel verfolgt. Dies spricht gegen einen einheitlichen prozessualen Anspruch. Aufgrund desselben Anspruchsziels besteht die größere Nähe zu dem eigentlichen öffentlich-rechtlichen Primäranspruch, so dass es auch näherliegt, diese beiden Ansprüche als einen einheitlichen prozessualen Anspruch anzusehen, der vor den Verwaltungsgerichten geltend zu machen ist. Für Herstellungs- und Amtshaftungsanspruch ist daher unbeeinträchtigt von § 17 II 1 GVG von unterschiedlichen Rechtswegen auszugehen. Daneben erscheint es auch materiell-rechtlich fraglich, ob eine Amtshaftungsklage vor den Zivilgerichten wegen § 839 III BGB überhaupt materiell-rechtlich erfolgreich sein kann, wenn noch die Möglichkeit eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs besteht.⁷⁷⁷

⁷⁷² BSG, Urt. v. 18.12.1975 – 12 RJ 88/75 = BSGE 41, 126, 127 f.; zum Begriff der unmittelbaren Staatshaftung allgemein: *Papier*, in: MüKo BGB, § 839 BGB, Rn. 8; *Bonk*, in: Sachs [Hg.], Art. 34 GG, Rn. 53 f.

⁷⁷³ Vgl. *Papier*, in: MüKo BGB, § 839 BGB, Rn. 1; *Wurm*, in: Staudinger, § 839 BGB, Rn. 22; **a.A.** wohl: *Jesch*, DÖV 1961, 755, 756.

⁷⁷⁴ Vgl. für den öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch: OLG, Urt. v. 18.9.2000 – 9 U 67/00 = NVwZ 2001, 594, 594; *Wittschier*, in: Musielak [Hg.], § 17 GVG, Rn. 8; *Zimmermann*, in: MüKo ZPO, § 17 GVG, Rn. 12.

⁷⁷⁵ BGH, Urt. v. 25.9.2002 – RiZ(R) 2/01 = NJW 2003, 282; BGH, Urt. v. 10.8.2001 – RiZ(R) 5/00 = NJW 2002, 359, 359 f.; *Hüßtege*, in: Thomas/Putzo [Hg.], § 17 GVG, Rn. 6 f.; *Wittschier*, in: Musielak [Hg.], § 17 GVG, Rn. 7; *Zimmermann*, in: MüKo ZPO, § 17 GVG, Rn. 13.

⁷⁷⁶ BGH, Urt. v. 28.2.1991 – III ZR 53/90 = BGHZ 114, 1, 2 f.; *Hüßtege*, in: Thomas/Putzo [Hg.], § 17 GVG, Rn. 8; *Wittschier*, in: Musielak [Hg.], § 17 GVG, Rn. 9.

⁷⁷⁷ Offengelassen: BGH, Urt. v. 9.3.1989 – III ZR 76/88 = NJW-RR 1989, 1252, 1253; BGH, Urt. v. 20.7.2000 – III ZR 64/99 = NVwZ-RR 2000, 746, 749.

aa) Entwicklung und Ausgestaltung des Amtshaftungsanspruchs

Inwieweit die historische Entwicklung des Amtshaftungsrechts seit 1900 auf die Entwicklung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs – insbesondere auf Rechtsfolgenseite – Einfluss genommen hat, wurde bereits dargestellt.⁷⁷⁸ Entscheidend ist insbesondere, dass abweichend von § 249 I BGB allgemein an der Beschränkung des Amtshaftungsanspruchs nach § 839 BGB, Art. 34 GG auf Geldersatz festgehalten wird, wie sie zuvor bereits das Reichsgericht formuliert hat.⁷⁷⁹ Schließlich setzt Art. 34 S. 1 GG – wie bereits Art. 131 WRV – eine nach § 839 BGB bestehende Haftung des einzelnen Beamten voraus, die auf seine Dienststelle (den Verwaltungsträger als Rechtssubjekt) übergeleitet wird, falls die Amtspflichtverletzung in Ausübung des öffentlichen Amtes erfolgt;⁷⁸⁰ eine unmittelbare Staatshaftung wird nicht originär durch Art. 34 GG begründet.⁷⁸¹ Art. 34 S. 1 GG wird überwiegend nicht als selbstständige Anspruchsgrundlage verstanden,⁷⁸² weil sich aus Art. 34 S. 1 GG nur ergäbe, dass eine Verantwortlichkeit auf den Staat übergeht – nicht was Inhalt der Verant-

⁷⁷⁸ Vgl. Kap. 1 B.II. Zur rechtsgeschichtlichen Entwicklung des Amtshaftungsrechts: *Schenke*, NJW 1991, 1777, 1777; *Papier*, in: MüKo BGB, § 839 BGB, Rn. 5 m.w.N.; *Höfling*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle [Hg.], GrdVwR, Bd. III, § 51, Rn. 12 ff.

⁷⁷⁹ Etwa: BGH, Beschl. v. 19.12.1960 – GSZ 1/60 = BGHZ 34, 99, 104 ff.; BGH, Urt. v. 1.7.1976 – III ZR 187/73 = BGHZ 67, 92, 100; BGH, Urt. v. 25.9.1980 – III ZR 74/78 = BGHZ 78, 274, 276; BGH, Urt. v. 25.2.1993 – III ZR 9/92 = BGHZ 121, 367, 374; BGH, Urt. v. 9.10.1997 – III ZR 4/97 = BGHZ 137, 11, 26; BGH, Urt. v. 22.5.2003 – III ZR 32/02 = NVwZ 2003, 1285; *Wurm*, in: Staudinger, § 839 BGB, Rn. 240 f.; *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 45, Rn. 42; *Hecker*, in: Erman, § 839 BGB, Rn. 81; *Staudinger*, in: Schulze [Hg.], § 839 BGB, Rn. 23; *Papier*, in: MüKo BGB, § 839 BGB, Rn. 295; *Sprau*, in: Palandt, § 839 BGB, Rn. 78; *Maurer*, AllgVerwR, § 26, Rn. 44; *Pieper*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], Art. 34 GG, Rn. 42; *Rupp*, NJW 1961, 811, 811; *Jesch*, DÖV 1961, 755, 755; **a.A.:** *Bonk*, in: Sachs [Hg.], Art. 34 GG, Rn. 104.

⁷⁸⁰ BVerfG, Urt. v. 19.10.1982 – 2 BvF 1/81 = BVerfGE 61, 149, 174, 191 ff., 197 ff.; BGH, Beschl. v. 19.12.1960 – GSZ 1/60 = BGHZ 34, 99, 101 f., 109 f.; *Papier*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 34 GG, Rn. 11; *ders.*, in: MüKo BGB, § 839 BGB, Rn. 119 ff.; *Rupp*, NJW 1961, 811, 811; *Wurm*, in: Staudinger, § 839 BGB, Rn. 20 f.; *Looschelders*, SchuldR BT, Rn. 1355, 1367; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 11 f. m.w.N.; *Bettermann*, DÖV 1955, 528, 530.

⁷⁸¹ Etwa: BVerfG, Urt. v. 19.10.1982 – 2 BvF 1/81 = BVerfGE 61, 149, 198 f.; BGH, Urt. v. 19.2.1953 – III ZR 31/51 = BGHZ 9, 65, 67; BGH, Beschl. v. 19.12.1960 – GSZ 1/60 = BGHZ 34, 99, 110; *Papier*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 34 GG, Rn. 3 f.; *Pietzko*, FBA, S. 95.

⁷⁸² **A.A.:** *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 34 GG, Rn. 1; *Bonk*, in: Sachs [Hg.], Art. 34 GG, Rn. 53; wohl auch: *Teichmann*, in: Jauernig, § 839 BGB, Rn. 3 f.

wortlichkeit ist.⁷⁸³ Aus § 839 BGB ergäbe sich, dass der persönlich haftende Beamte – unabhängig vom Weiterbestand des Beamtenverhältnisses – durch § 839 BGB nur zu einem Handeln verpflichtet werde, das von ihm als Privatperson vorgenommen werden könne, weil seine Amtsführung nicht von persönlichen Schadensersatzverpflichtungen bestimmt werden dürfe.⁷⁸⁴ Zu einem Amtshandeln könne daher allenfalls der Verwaltungsträger verpflichtet werden – nicht der Amtswalter, dessen Haftung mit diesem Inhalt auf den Staat übergeleitet wird.⁷⁸⁵ Neben dieser Konstruktion einer mittelbaren Staatshaftung wird für die Beschränkung auf Geldersatz vorgebracht, dass die Zivilgerichte mit einer Verurteilung eines Verwaltungsträgers zu einem Amtshandeln unzulässig in den Zuständigkeitsbereich der sachnäheren Verwaltungsgerichte übergreifen würden.⁷⁸⁶

Häufig wird die Konstruktion als mittelbare Staatshaftung als einziger Grund der Beschränkung des Amtshaftungsanspruchs auf Geldersatz statt Naturalrestitution überbetont.⁷⁸⁷ Dieses Argument erklärt für sich genommen allerdings nur unzureichend, warum dann nicht der Beamte – bereits vor der Überleitung auf den Staat durch Art. 34 S. 1 GG – gem. § 249 I BGB i.V.m. § 839 I 1 BGB zu einer Naturalrestitution durch Amtshandeln verpflichtet gewesen sein soll, falls ihm die Vornahme dieses Amtshandeln möglich ist (bzw. Rücknahme eines Verwaltungsaktes, wenn er über diese entscheidet). Sofern ihm nämlich die Vornahme des Amtshandeln – bspw. wegen Wegfalls seiner Beamtenstellung – nach § 251 I Alt. 1 BGB nicht unmöglich geworden sein sollte,⁷⁸⁸ kann allein durch die Konstruktion nicht überzeugend begründet werden, wann sich seine auf den Staat übergeleitete Schadensersatzpflicht von einem Anspruch auf Naturalrestitution (Grundsatz des § 249 I BGB) in einen Geldersatzanspruch (Ausnahme der §§ 250 ff. BGB) gewandelt haben soll. Auch die Problematik, dass die persönliche Schadensersatzpflicht eine weitere öffentliche Amtsführung des Beamten beeinflussen würde, wäre

⁷⁸³ *Bettermann*, DÖV 1955, 528, 530.

⁷⁸⁴ BGH, Beschl. v. 19.12.1960 – GSZ 1/60 = BGHZ 34, 99, 105 f.

⁷⁸⁵ Dazu: *Rupp*, NJW 1961, 811, 811 f.

⁷⁸⁶ Etwa: BGH, Beschl. v. 19.12.1960 – GSZ 1/60 = BGHZ 34, 99, 105 m.w.N.; *Teichmann*, in: Jauernig, § 839 BGB, Rn. 5; *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 45, Rn. 42; *Bettermann*, in: Bettermann/Nipperdey/Neumann [Hg.], HB GR, Bd. III/2, S. 779, 844 ff.; *ders.*, DÖV 1955, 528, 529; *Staudinger*, in: Schulze [Hg.], § 839 BGB, Rn. 23; *Weyreuther*, Gutachten, B 179; *Staudinger*, in: Schulze [Hg.], § 839 BGB, Rn. 23; *Sprau*, in: Palandt, § 839 BGB, Rn. 79; *Maurer*, AllgVerwR, § 26, Rn. 44.

⁷⁸⁷ Etwa: *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1093; *Wurm*, in: Staudinger, § 839 BGB, Rn. 240 f.; *Ipsen*, AllgVerwR, Rn. 1291; *von Danwitz*, in: von Mangoldt/Klein/Starck [Hg.], Art. 34 GG, Rn. 119; *Papier*, in: MüKo BGB, § 839 BGB, Rn. 19, 297 f.; *Helle*, NJW 1961, 1157, 1157.

⁷⁸⁸ Auf § 251 I BGB zur Begründung der Geldersatzpflicht bei § 839 BGB, Art. 34 GG stellen u.a. auch ab: *Ipsen*, AllgVerwR, Rn. 1291; *Schubert*, in: BeckOK, § 251 BGB, Rn. 7.

ebenfalls unter dem Gesichtspunkt der rechtlichen Unmöglichkeit nach § 251 I Alt. 1 BGB überzeugend und sachgerecht zu lösen.

Mit dem Großteil der Literatur ist daher von einer sich ergänzenden Funktion der einzelnen Argumente auszugehen.⁷⁸⁹ Die Beschränkung des Amtshaftungsanspruchs auf Geldersatz folgt aus dem Vorrang der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Hoheitsträger zu einem Amtshandeln zu verpflichten, der mittelbaren Konstruktion der Amtshaftung und der Tatsache, dass die weitere öffentliche pflichtgemäße Amtsführung nicht durch persönliche Haftungsverpflichtungen unzulässig beeinflusst wird.⁷⁹⁰

bb) Kein abschließender Charakter des Amtshaftungsrechts für Pflichtverletzungen

Die bundesgesetzliche Kodifikation des Staatshaftungsrechts durch den Amtshaftungsanspruch (§ 839 BGB, Art. 34 GG) wird unbestritten als für staatliches Fehlverhalten nicht abschließend und planwidrig lückenhaft angesehen.⁷⁹¹ Dass § 839 BGB, Art. 34 GG einer Ausbildung von richterrechtlicher Rechtsfortbildung zur Lückenschließung nicht generell entgegenstehen, belegen die zahlreichen ergänzenden richterrechtlich entwickelten Ansprüche auf – unmittelbare – Staatshaftung, die sowohl von Zivil- als auch Verwaltungsgerichten gleichermaßen anerkannt werden (bspw. Folgenbeseitigungsanspruch, Folgenbeseitigungslast, öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch, Entschädigungsanspruch aus enteignungsgleichem Eingriff, Aufopferungsanspruch oder auch der hier in Frage stehende Herstellungsanspruch).

Dass das Amtshaftungsrecht – inzwischen unbestritten – als lückenhafte Regelung verstanden werden muss, ist vorrangig historisch zu erklären. § 839 BGB selbst liegen die Vorstellungen des deutschen Kaiserreichs von 1900 zugrunde, einschließlich der nachweisbar historisch überholten Annahme, dass der Staat/Kaiser nicht zu rechtswidrigem Verhalten fähig wäre. Von dieser Annahme ausgehend wurde die Beamtenhaftung des § 839 BGB so ausgestaltet, dass die Verantwortlichkeit denjenigen persönlich treffen sollte, dem die Pflichtverletzung nach damaligem Staatsverständnis zuzurechnen war – dem einzelnen Beamten. Dieser habe seine Pflichtverletzung als Privatperson begangen und sollte

⁷⁸⁹ Etwa: *Sprau*, in: Palandt, § 839 BGB, Rn. 78; *Hecker*, in: Erman, § 839 BGB, Rn. 81; *Kramarz*, in: Prütting/Wegen/Weinreich [Hg.], § 839 BGB, Rn. 55; *Vinke*, in: Soergel [Hg.], § 839 BGB, Rn. 243; *Brox/Walker*, SchuldR BT, § 42, Rn. 47; *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 45, Rn. 42.

⁷⁹⁰ Diese Ansicht scheint im Ergebnis auch *Papier* zu teilen, der betont, dass der Vorrang der Verwaltungsgerichtsbarkeit „für sich allein betrachtet“ die Beschränkung auf Geldersatz nicht rechtfertigt (*Papier*, in: MüKo BGB, § 839 BGB, Rn. 297).

⁷⁹¹ Statt vieler: *Höfling*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle [Hg.], GrdVwR, Bd. III, § 51, Rn. 25 ff.

deshalb auch als Privatperson haften (insbesondere bzgl. Geldersatz), was auch die Zuordnung dieser Streitigkeiten zu den Zivilgerichten erklärt.⁷⁹²

Da das Grundgesetz in mehreren Vorschriften davon ausgeht, dass auch der deutsche Staat als solcher rechtswidrig handeln kann (bspw. Art. 19 IV S. 1, 34 S. 1 GG), kann dieses Staatsverständnis nicht mehr aufrechterhalten werden. In Bezug auf die Rechtsfolgen hoheitlichen Fehlverhaltens sind vor dem Hintergrund des Art. 34 GG sowohl mittelbare als auch unmittelbare Staatshaftung denkbar, die gleichermaßen zu einem Anspruch auf Schadensersatz, Entschädigung oder Restitution führen können.⁷⁹³ Art. 34 GG garantiert daher nicht verfassungsrechtlich die alleinige Maßgeblichkeit der Schadensersatzpflicht aus § 839 BGB in ihrer historisch gewachsenen Form. Ob/wann es neben Schadensersatz nach § 839 BGB zu anderen denkbaren Haftungsfolgen kommt, die den Staat nach Art. 34 S. 1 GG treffen, ist dadurch nicht entschieden. Die historischen Gründe für die Ausgestaltung der Beamtenhaftung als verschuldensabhängige persönliche Geldersatzpflicht rechtfertigen unter der Geltung des Grundgesetzes jedenfalls keinen allgemeinen Ausschluss anderer Rechtsfolgen neben § 839 BGB. Dass aus dem Anwendungsbereich des § 839 BGB bspw. eine Naturalrestitution nach § 249 I BGB ausscheidet, wenn diese ein Amtshandeln erfordert, kommt über Art. 34 S. 1 GG nur noch dem Staat als Verpflichteten zu Gute. Diese historische Begründung reicht aus, um die Amtshaftung in ihrer momentanen Form als (unverändert) geschichtlich so gewachsen zu deuten – sie reicht aber nicht aus, um auch andere Reaktionsmöglichkeiten auf eine staatliche Pflichtverletzung auszuschließen, die bspw. den Weg einer Naturalrestitution durch Amtshandeln für den Bürger auf andere Weise eröffnen sollen. § 839 BGB ist eine Reaktionsmöglichkeit auf staatliches Fehlverhalten – sie ist vor dem Hintergrund des Art. 34 GG aber nicht zwingend die einzige verfassungsrechtlich zulässige (ggf. sogar geforderte) Haftungsform. Als nicht abschließende Regelung ist § 839 BGB daher nicht in der Lage, andere Formen der Behandlung einer Pflichtverletzung auszuschließen (bspw. eine Naturalrestitutionspflicht durch Amtshandeln), sofern diese sich rechtsdogmatisch stimmig aus der Gesamtrechtsordnung begründen lassen.⁷⁹⁴

cc) Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen Herstellungs- und Amtshaftungsanspruch

Der gemeinsame Anknüpfungspunkt des Amtshaftungs- und des Herstellungsanspruchs liegt oftmals in derselben Pflichtverletzung. Da eine für den Herstel-

⁷⁹² Vgl. zum Ganzen insgesamt: *Schenke*, NJW 1991, 1777, 1777; *Bettermann*, DÖV 1955, 528, 530.

⁷⁹³ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 27.12.2005 – 1 BvR 1359/05 = NJW 2006, 1580, 1580.

⁷⁹⁴ Gerade weil sich die Rechtsprechung in den Grenzen richterrechtlicher Rechtsfortbildung nicht dazu in der Lage sieht, etwa den Anwendungsbereich des Amtshaftungsanspruchs aus § 839 BGB, Art. 34 GG zu erweitern und dadurch die entstandenen Regelungslücken zu schließen, wurden nach und nach andere Rechtsinstitute im Wege richterrechtlicher Rechtsfortbildung entwickelt (*Papier*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 34 GG, Rn. 34; *ders.*, in: Isensee/Kirchhof [Hg.], HdStR, Bd. VIII, § 180, Rn. 1).

lungsanspruch erforderliche subjektive Rechtsverletzung immer auch die Verletzung einer drittschützenden Amtspflicht darstellt,⁷⁹⁵ kommen beide Ansprüche als Reaktion auf dieselbe Pflichtverletzung regelmäßig in Betracht.⁷⁹⁶ Aus der Tatsache, dass der Herstellungsanspruch üblicherweise bereits vor Erhebung einer Klage auf Amtshaftung geltend gemacht wird,⁷⁹⁷ haben die Zivilgerichte abgeleitet, dass eine Geltendmachung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs wegen derselben Pflichtverletzung die Verjährung des Amtshaftungsanspruchs hemme⁷⁹⁸ und eine Amtshaftungsklage grds. auch dann möglich sei, wenn die Sozialgerichte in ihrem Verfahren rechtskräftig einen Herstellungsanspruch oder eine Pflichtverletzung verneint haben⁷⁹⁹.

Ein tatbestandlicher Unterschied besteht darin, dass ein Amtshaftungsanspruch gem. § 839 I S.1 BGB nur dort in Betracht kommt, wo der Amtswalter die Amtspflichtverletzung verschuldet hat, während ein Herstellungsanspruch verschuldensunabhängig ist.

In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass die praktische Bedeutung des Verschuldenserfordernisses als Unterschied zwischen den Ansprüchen häufig überschätzt werde.⁸⁰⁰ Durch die Tatsache, dass § 839 I 1 BGB von dem objektivierten Verschuldensbegriff des § 276 II BGB ausgehe, liege regelmäßig zumindest fahrlässiges Handeln vor, wenn sich der Beamte amtpflichtwidrig verhalten hat. Für den Maßstab der Fahrlässigkeit wird nämlich auf einen Durchschnittsbeamten abgestellt, der insbesondere auch über die zur Amtsführung notwendigen Rechtskenntnisse verfügt.⁸⁰¹ Die Bedeutung des Ver-

⁷⁹⁵ Vgl. *Papier*, in: MüKo BGB, § 839 BGB, Rn. 228 ff.; *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 45, Rn. 19 f.

⁷⁹⁶ *Schmidt-De Caluwe*, S. 251 f.

⁷⁹⁷ Dies wird nicht unwesentlich dadurch bedingt, dass dem Kläger im Sozialgerichtsweg regelmäßig keine Kosten entstehen (§ 183 SGG), kein Anwaltszwang besteht (§ 73 I SGG) und der Amtsermittlungsgrundsatz gilt (§ 103 SGG) – vgl. dazu auch: *Schmidt-De Caluwe*, S. 259 ff.; *von Koch*, NZS 1998, 167, 171. Zudem wird so dem Vorrang des Primärrechtsschutzes entsprochen und einem Ausschluss nach § 839 III BGB entgegengewirkt.

⁷⁹⁸ BGH, Urt. v. 10.2.2011 – III ZR 37/10 = NJW 2011, 2586, 2589; BGH, Urt. v. 11.2.1988 – III ZR 221/86 = BGHZ 103, 242, 248 f.; BGH, Urt. 29.6.1989 – III ZR 92/87 = NJW 1990, 176, 179; BGH, Urt. v. 20.7.2000 – III ZR 64/99 = NVwZ-RR 2000, 746, 749.

⁷⁹⁹ BGH, Urt. v. 20.7.2000 – III ZR 64/99 = NVwZ-RR 2000, 746, 746; BGH, Urt. v. 11.2.1988 – III ZR 221/86 = BGHZ 103, 242, 244 f.; BGH, Urt. v. 6.2.1997 – III ZR 241/95 = NZV 1997, 220, 221; *von Koch*, NZS 1998, 167, 173.

⁸⁰⁰ Etwa: *Schmidt-De Caluwe*, S. 256 f., 261; *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 404 f.; *von Koch*, NZS 1998, 167, 170; für die Bedeutung des Verschuldenserfordernisses zwischen pflichtwidrigen Unterlassen und Handlungen differenzierend: *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 390 f.

⁸⁰¹ Vgl. *Schmidt-De Caluwe*, S. 256 f.; *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 404; *von Koch*, NZS 1998, 167, 170; *Papier*, in: MüKo BGB, § 839 BGB, Rn. 288.

schuldenserfordernisses werde zudem durch die Übernahme der Rechtsprechung zum Organisationsverschulden und den Beweislastregeln praktisch deutlich abgeschwächt.⁸⁰²

Erheblich unterscheiden sich Amtshaftungs- und Herstellungsanspruch in Bezug auf ihre Rechtsfolgen und Ausschlussgrenzen.⁸⁰³ Der Amtshaftungsanspruch ist eine Möglichkeit, für jegliche materielle oder tatsächliche Einbuße finanzielle Kompensation zu beanspruchen.⁸⁰⁴ Der Anwendungsbereich des Amtshaftungsanspruchs ist aufgrund des weiteren zivilrechtlichen Schadensbegriffes hinsichtlich der zu ersetzenden Positionen umfassender⁸⁰⁵ und ermöglicht auch dort eine Kompensation in Geld, wo eine sozialrechtliche Naturalrestitution bspw. wegen „*an sich unzulässigen*“ Amtshandeln nicht beansprucht werden kann.⁸⁰⁶ Wenn die Amtshaftung bzgl. der Frage, „*was*“ auszugleichen ist, weiter reicht als eine Herstellung, beschränkt sich der Anspruch bzgl. der Frage, „*wie*“ ein Ausgleich zu erfolgen hat, auf Schadensausgleich in Geld. Eine zur Naturalrestitution nach § 249 I BGB erforderliche Amtshandlung kann nicht verlangt werden. Diese Naturalrestitutionslücke durch Amtshandeln soll über den Herstellungsanspruch geschlossen werden.⁸⁰⁷ Der Herstellungsanspruch ist deshalb einschlägig, soweit es um die (sozialrechtliche) Naturalrestitution durch Amtshandeln geht; er scheidet hingegen aus, wenn lediglich ein finanzieller Ersatz für erlittene materielle oder tatsächliche Einbußen verlangt

⁸⁰² Brugger, AöR 112 [1987], 389, 405; Schmidt-De Caluwe, S. 256 f.

⁸⁰³ Hase, SGB 2001, 593, 599 („Die Gegensätze zwischen beiden Instituten werden ganz überwiegend auf der Rechtsfolgenseite gesehen, auf der Seite der Rechtsgründe und der tatbestandlichen Voraussetzungen der beiden Nachteilsausgleichsansprüche hingegen scheint es kaum etwas zu geben, das einen substantiellen Unterschied ausmachen könnte.“).

⁸⁰⁴ Dies gilt gleichermaßen für Positionen, die auch im Wege der Herstellung ausgeglichen werden könnten (bspw. nichtentstandener/nichterfüllter sozialrechtlicher Rentenanspruch auf Rentenleistungen), als auch für die Positionen, die von einer Herstellung nicht erfasst werden (bspw. entgangener Gewinn).

⁸⁰⁵ Vgl. Kap. 1 B.I.2.

⁸⁰⁶ Das BSG betont, dass eine „*an sich unzulässige*“ Amtshandlung nicht über den Herstellungsanspruch beansprucht werden könne und ein Ausgleich der Position daher – wenn überhaupt – allein über den Amtshaftungsanspruch erfolgen könne. Etwa: BSG, Urte. v. 22.2.1980 – 12 RK 34/79 = BSGE 50, 25, 29; BSG, Urte. v. 29.1.2008 – B 7/7a AL 68/06 R = BSGE 100, 6, 12).

⁸⁰⁷ Inhaltlich kann die Ausgestaltung des ungerichteten Herstellungsanspruchs in Abgrenzung zum gerichteten Amtshaftungsanspruch als Subsidiarität des Herstellungsanspruchs gegenüber dem verbleibenden Anwendungsbereich des § 839 BGB, Art. 34 GG verstanden werden. Da mit dem Amtshaftungsanspruch ein Geldersatzanspruch für Amtspflichtverletzungen geregelt ist, droht diese gesetzgeberische Entscheidung unterlaufen zu werden, falls über den Herstellungsanspruch ein vergleichbarer, verschuldensunabhängiger Anspruch geschaffen wird.

wird.⁸⁰⁸ Dies beschränkt den Herstellungsanspruch regelmäßig auf Fälle der Rechtskorrektur, was ihn von „echten“ bzw. „vollen“ Schadensersatzansprüchen unterscheidet.⁸⁰⁹ Die Beschränkung des Amtshaftungsanspruchs auf Geldersatz und des Herstellungsanspruchs auf Naturalrestitution durch Amtshandeln werden von der Zivil- und Sozialgerichtsbarkeit gegenseitig anerkannt.⁸¹⁰ Anders als der Herstellungsanspruch ist ein Amtshaftungsanspruch niemals „auf die Erbringung von Sozialleistungen gerichtet.“⁸¹¹

Die Wesensverschiedenheit zeigt sich deutlich, wenn ein Herstellungsanspruch auf die Wiedereinräumung von Gestaltungsrechten gerichtet ist, weil bspw. die Begründung eines Versicherungsverhältnisses niemals über Amtshaftung beanspruchbar ist (auch dessen Umrechnung in einen Geldwert erscheint problematisch). Bei Sozialleistungen in Geld fällt dieser Unterschied demgegenüber wirtschaftlich nicht ins Gewicht.⁸¹² Rechtlich ist es aber bedeutend, ob eine Arbeitslosenversicherungsleistung in Geld (Amtshandeln) gewährt wird oder die finanziellen Einbußen kompensiert werden (Geldersatz), die durch das Ausbleiben der Arbeitslosenversicherungsleistungen entstanden sind.⁸¹³ Ein Unterschied zeigt sich bspw. dann, wenn der Bezug von Arbeitslosenhilfe (§§ 190 ff. SGB III a.F.) von der vorhergehenden Zahlung eines Überbrückungsgeldes gem. § 20 SGB VI als Amtshandlung (bzw. dessen Fiktion) abhängig macht⁸¹⁴ – nicht von andersgearteten Kompensationszahlungen für finanzielle Einbußen. „Geld ist Geld“⁸¹⁵ als scheinbar einfache Gleichung existiert in diesem Zusammenhang nicht.

Auch in ihren Ausschlussgründen unterscheiden sich Herstellungs- und Amtshaftungsanspruch erheblich. Ein Herstellungsanspruch kommt nur gegen den restitutionfähigen Verwaltungsträger in Betracht, falls diesem die Pflichtver-

⁸⁰⁸ Etwa: BSG, Urt. v. 18.8.1983 – 11 RA 60/82 = BSGE 55, 261, 263 f.; BSG, Urt. v. 11.8.1994 – 3 BS 1/93 = SozR 3-1500 § 51 Nr. 13; BSG, Urt. v. 12.12.1984 – 7 RAr 74/83 = SozR 4100 § 56 Nr. 18; BSG, Urt. v. 20.10.2010 – B 13 R 15/10 R = SozR 4-1500 § 193 Nr. 6.

⁸⁰⁹ BSG, Urt. v. 12.12.1984 – 7 RAr 74/83 = SozR 4100 § 56 Nr. 18 („Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch ist kein echter Schadensersatzanspruch. Er kann somit nicht dazu führen, daß ein eingetretener Schaden durch Zusprechung von besonderen Vergünstigungen kompensiert wird. Vielmehr erschöpft er sich in der Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes.“); BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 78; BSG, Urt. v. 18.8.1983 – 11 RA 60/82 = BSGE 55, 261, 263; *Adolf*, Herstellungsanspruch, S. 144; *Olbertz*, S. 55 ff., 152; *Gagel*, SGB 2000, 517, 520; *Schmidt-De Caluwe*, S. 152; kritisch hierzu: *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 60, Fn. 368.

⁸¹⁰ Vgl. statt vieler: BGH, Urt. v. 9.3.1989 – III ZR 76/88 = NJW-RR 1989, 1252, 1253; BSG, Urt. v. 23.6.1977 – 8 RU 36/77 = BSGE 44, 114, 122.

⁸¹¹ BGH, Urt. v. 9.3.1989 – III ZR 76/88 = NJW-RR 1989, 1252, 1253.

⁸¹² *Von Koch*, NZS 1998, 167, 169.

⁸¹³ So auch: *Schmidt-De Caluwe*, S. 258 f.; *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 164; vgl. dazu insgesamt: Kap. 1 B.II.2.

⁸¹⁴ Vgl. BSG, Urt. v. 27.4.1989 – 11 RAr 21/88 = SozR 4100 § 134 Nr. 36.

⁸¹⁵ *Wallerath*, DÖV 1994, 757, 764 i.a.Z.

letzung zurechenbar ist. Ein Amtshaftungsanspruch auf Geldersatz richtet sich – unabhängig von einer solchen Zurechnung – gegen den Verwaltungsträger, dessen Beamten die Amtspflichtverletzung unterlaufen ist und zielt auf Ausgleich des gesamten kausalen Schadens (insbesondere auch hinsichtlich der Schadenspositionen, deren Restitution nicht mehr in seinem Einflussbereich liegt).⁸¹⁶ Eine besondere Subsidiarität des gesetzlichen Amtshaftungsanspruchs gegenüber besonderen Korrekturvorschriften des Sozialrechts wird bislang nicht anerkannt.⁸¹⁷ So unterliegt der Amtshaftungsanspruch auch nicht der Ausschlussfrist des § 44 IV SGB X und kann Kompensation auch für über vier Jahre zurückliegende Zeiträume gewähren.⁸¹⁸ Abweichend von § 45 I SGB I beträgt die regelmäßige Anspruchsverjährung nach § 195 BGB drei Jahre gerechnet ab dem Schluss des Jahres, in dem für den Bürger insbesondere auch die subjektive Möglichkeit zur Kenntnisnahme von den Umständen besteht, die den Anspruch begründen, bzw. der Bürger ohne grobe Fahrlässigkeit hätte entsprechende Kenntnis erlangen können (nach § 199 I BGB). Die Verpflichtung zum Geldersatz kann dem Beamten/Verwaltungsträger schließlich auch nicht rechtlich oder tatsächlich unmöglich werden.

Andersherum unterliegt aber auch der Amtshaftungsanspruch aus § 839 BGB, Art. 34 GG besonderen Ausschlussgründen, die so nicht für den Herstellungsanspruch gelten. Weder die besondere Subsidiaritätsklausel des § 839 I 2 BGB für fahrlässige Amtspflichtverletzungen⁸¹⁹ noch das sog. Richterprivileg des § 839 II können auf den Herstellungsanspruch übertragen werden. Während beim sozialrechtlichen Herstellungsanspruch etwaiges Mitverschulden erst ab grober Fahrlässigkeit im Rahmen der Kausalität relevant wird, wird für den entstandenen Geldersatzanspruch aus § 839 BGB, Art. 34 GG bereits einfache Fahrlässigkeit über § 254 BGB bzgl. einer anteiligen Minderung des Anspruchsumfangs berücksichtigt.

⁸¹⁶ BSG, Urt. v. 29.10.1992 – 10 RKg 24/91 = SozR 3-1200 § 14 Nr. 8; von Koch, NZS 1998, 167, 172.

⁸¹⁷ In der sozialrechtlichen Literatur wird bspw. § 13 III SGB V als abschließende Regelung auch gegenüber einem Amtshaftungsanspruch angesehen (Noftz, in: Hauck/Noftz [Hg.], 2. EGL. – 2014, § 13 SGB V, Rn. 48; Kingreen, in: Becker/Kingreen [Hg.], § 13 SGB V, Rn. 20). Diese Ansicht überzeugt allerdings nicht und wird auch vom Bundesgerichtshof bisher nicht vertreten. Eine ausreichende Berücksichtigung von anderen Korrekturmöglichkeiten kann für den Amtshaftungsanspruch allenfalls über § 839 III BGB erreicht werden.

⁸¹⁸ BGH, Urt. v. 9.3.1989 – III ZR 76/88 = NJW-RR 1989, 1252 f.; von Koch, NZS 1998, 167, 172; differenzierend: von Einem, SozVers 1986, 281, 282.

⁸¹⁹ Allenfalls greift der allgemeine Ausschlussgrund der Subsidiarität, falls andere Korrekturmöglichkeiten bestehen, die gegenüber einem Herstellungsanspruch abschließend im Gesetz geregelt sind.

dd) Zwischenergebnis

Das BSG geht davon aus, dass der Herstellungsanspruch nur dazu dienen könne, eine sozialrechtliche Naturalrestitution durch ein Amtshandeln zu gewähren – keine umfassende Kompensation für finanzielle Einbußen.⁸²⁰ Diese Rechtsfolge sei dem alleinigen Anwendungsbereich des § 839 BGB, Art. 34 GG vorbehalten, weil in dieser Frage keine planwidrige Regelungslücke bestünde.⁸²¹ Der Bundesgerichtshof hat wiederum diese Rechtsprechung zum Herstellungsanspruch gebilligt und den Herstellungsanspruch als ein besonderes Rechtsinstitut der Sozialgerichtsbarkeit anerkannt, das gegebenenfalls einen Primärrechten vergleichbaren Schutz gewährleisten könne⁸²² und ggf. auch über § 839 III BGB⁸²³ oder § 839 I 2 BGB⁸²⁴ Berücksichtigung fände. Obwohl nach ihren Ausgestaltungen sowohl überschneidende als auch gänzlich unterschiedliche Anwendungsbereiche festgestellt werden können, ist Zivil- und Sozialgerichten inzwischen – weitestgehend im Einklang – eine überzeugende Abgrenzung beider Ansprüche i.S.e. Nebeneinanders für unterschiedliche Anspruchsziele gelungen.⁸²⁵

⁸²⁰ Etwa: BSG, Urt. v. 15.12.1999 – B 9 V 12/99 R = SozR 3-1200 § 14 Nr. 28; BSG, Urt. v. 11.8.1994 – 3 BS 1/93 = SozR 3-1500 § 51 Nr. 13; BSG, Urt. v. 16.4.1985 – 12 RK 19/83 = SozR 2100 § 27 Nr. 3.

⁸²¹ Vgl. BSG, Urt. v. 11.8.1994 – 3 BS 1/93 = SozR 3-1500 § 51 Nr. 13.

⁸²² BGH, Urt. v. 11.2.1988 – III ZR 221/86 = NJW 1988, 1776 ff.; BGH, Urt. v. 9.3.1989 – III ZR 76/88 = NJW-RR 1989, 1252, 1253.

⁸²³ Offengelassen: BGH, Urt. v. 9.3.1989 – III ZR 76/88 = NJW-RR 1989, 1252, 1253; BGH, Urt. v. 20.7.2000 – III ZR 64/99 = NVwZ-RR 2000, 746, 749; dafür: *Schmidt-De Caluwe*, S. 255, 264 f.

⁸²⁴ Für eine derartige Subsidiarität: LG Berlin, Urt. v. 18.2.2010 – 9 O 259/09; *von Koch*, NZS 1998, 167, 172; **a.A.:** *Schmidt-De Caluwe*, S. 254 f.

⁸²⁵ *Schmidt-De Caluwe*, S. 262 f. m.w.N.; Teilweise wird kritisiert, dass der Herstellungsanspruch (zumindest für pflichtwidrige Unterlassungen) zu Lasten des Anwendungsbereiches des Amtshaftungsanspruchs entwickelt wurde, obwohl seine Lösungen auch über § 839 BGB, Art. 34 GG erreichbar wären (*Hase*, SGB 2001, 593, 599). Dieser Einwand muss zurückgewiesen werden. Der Herstellungsanspruch trifft mit seiner Rechtsfolge (Naturalrestitution durch Amtshandlungen) in eine Lücke, die gerade dadurch entstanden ist, dass die Zivilgerichtsbarkeit dort den Anwendungsbereich des Amtshaftungsanspruchs schon begrenzt hatte, bevor der Herstellungsanspruch entwickelt wurde. Die entscheidende Frage ist vielmehr, ob der Herstellungsanspruch diese Lücke überhaupt zulässigerweise schließen kann; vgl. dazu: Kap. 2 B.II.

b) Besondere (landesrechtliche) Staatshaftungsansprüche

Gesetzlich kodifizierte Staatshaftungsansprüche finden sich ansonsten vorwiegend auf der Ebene des Landesrechts. In den westdeutschen Bundesländern ist lediglich in Einzelvorschriften bspw. eine Entschädigungspflicht bei rechtswidrigem oder rechtmäßigem Amtshandeln (bspw. § 39 I OBG.NRW ggf. i.V.m. § 67 PolG.NRW; § 38 BbgOBG ggf. i.V.m. § 70 BbgPolG; § 59 BerlASOG; § 56 BremPolG; § 64 HessPolG; § 80 NdsSOG) oder eine Beseitigungspflicht für bestimmte Einzelfolgen rechtswidrigen Verwaltungshandelns geregelt (bspw. § 24 I SPolG; § 46 I PolG.NRW). Sie schließen einen Herstellungsanspruch bereits aufgrund ihres erkennbar fragmentarischen Charakters nicht aus.

Demgegenüber gilt durch den Einigungsvertrag das StHG-DDR von 1969⁸²⁶ als Landesrecht in Mecklenburg-Vorpommern, Brandenburg und Thüringen, sowie in modifizierter Form auch in Sachsen-Anhalt fort.⁸²⁷ Durch § 1 I i.V.m. § 3 I StHG-DDR wird eine verschuldensunabhängige Schadensersatzpflicht der staatlichen Organe für die Schäden begründet, die ihre Mitarbeiter oder Beauftragte einer Person in Ausübung ihrer staatlicher Tätigkeit rechtswidrig zugefügt haben. Der Verwaltungsträger schuldet gem. § 3 I 1 StHG-DDR Schadensersatz in Geld. Nach § 3 I 2 StHG-DDR steht es hingegen im pflichtgemäßen Ermessen des Verwaltungsträgers, ob dieser stattdessen die Wiederherstellung des Zustandes gewährt, der vor der Rechtsverletzung bestanden hat. Das Verhältnis dieser Ansprüche zum sozialrechtlichen Herstellungsanspruch ist bislang ungeklärt. Selbst wenn man von einer abschließenden Regelung der Folgen rechtswidrigen Verwaltungsverhaltens ausgeht, stellt dies den Herstellungsanspruch an sich nicht in Frage, weil die landesrechtlichen Staatshaftungsgesetze nur dann anwendbar sind, wenn Landesbehörden handeln.⁸²⁸ Der Herstellungsanspruch bezieht sich hingegen regelmäßig auf die Verletzung einer bundesrechtliche Pflicht (bspw. § 14 SGB I) durch eine Bundesbehörde, was zu Nachteilen auf dem Gebiet des Bundesrechts geführt hat. In diesen Fällen hat der Landesgesetzgeber keine Regelungskompetenz über den Herstellungsanspruch.

⁸²⁶ GBl. I (1969), S. 34.

⁸²⁷ Art. 9 I S. 1, II i.V.m. Anlage II, Kapitel III Sachgebiet B: Bürgerliches Recht Abschnitt III NR. 1 Einigungsvertrag. Vgl. allgemein hierzu: *Höfling*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle [Hg.], GrdVwR, § 51, Bd. III, Rn. 47; *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 46, Rn. 27 ff.

⁸²⁸ Vgl. *Maurer*, AllgVerwR, § 29, Rn. 42; *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 46, Rn. 34.

Überwiegend wird zudem davon ausgegangen, dass die Ansprüche des StHG-DDR keine abschließende Regelung gegenüber dem Amtshaftungsanspruch und dem Folgenbeseitigungsanspruch enthalten⁸²⁹ und nur die Anwendung der richterrechtlichen Aufopferungsansprüche i.w.S. wegen rechtswidrigen Verhaltens ausschließen.⁸³⁰ Die Rechtsfolge des Herstellungsanspruchs unterscheidet sich erheblich von den ausgeschlossenen Aufopferungsansprüchen i.w.S. und erinnert eher an den Folgenbeseitigungsanspruch, der neben diesen Ansprüchen zum Tragen kommen soll. Sofern die Anwendbarkeit des Folgenbeseitigungsanspruchs neben dem StHG-DDR damit begründet wird, dass dieser über die Ermessensentscheidung des § 3 I 1 StHG-DDR hinausgeht,⁸³¹ lässt sich diese Argumentation auf den Herstellungsanspruch übertragen. Ferner wurde seinerzeit auch das unwirksame StHG der BRD, das vergleichbare Ansprüche enthielt, nicht als gegenüber dem Herstellungsanspruch abschließende Regelung des Herstellungsanspruchs verstanden.⁸³² Dies spricht für eine Anspruchskonkurrenz mit den Ansprüchen des StHG-DDR auch in den verbleibenden Fällen, in denen der Herstellungsanspruch und die landesrechtlichen Staatshaftungsansprüche gleichzeitig anwendbar sind.

2. *Ungeschriebene, richterrechtliche Staatshaftungsansprüche/ Korrekturmöglichkeiten*

a) Entschädigungsansprüche

In richterrechtlicher Rechtsfortbildung werden dem Bürger auch Entschädigungsleistungen in Geld zugesprochen, die sich in Ansprüche aus *enteignendem Eingriff*,⁸³³ *enteignungsgleichem Eingriff*⁸³⁴ und *Aufopferung i.e.S.*⁸³⁵ un-

⁸²⁹ Grzeszick, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 46, Rn. 31; Ossenbühl/Cornils, StHR, S. 588; Baldus/Grzeszick/Wienhues, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 529, 538; kritisch: Maurer, AllgVerwR, § 29, Rn. 46.

⁸³⁰ Ossenbühl/Cornils, StHR, S. 588; Maurer, AllgVerwR, § 29, Rn. 46; Grzeszick, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 46, Rn. 31; unklar: Baldus/Grzeszick/Wienhues, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 540.

⁸³¹ Vgl. Grzeszick, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 46, Rn. 31.

⁸³² Vgl. Bogs, in: Zacher [Hg.], FS zum 25jährigen Bestehen des BSG, Bd. I, S. 149, 152; Maier, SGB 1982, 133, 137; Terwey, Rechtliche Betreuung nach dem SGB, S. 175 ff.; Brugger, AöR 112 [1987], 389, 446; offengelassen: Bieback, DVBl. 1983, 159, 160. Bezogen auf eine Neuregelung eines bundesrechtlichen StHG: Bonk, in: Sachs [Hg.], Art. 34 GG, Rn. 47; a.A.: Schoch, VerwArch. 79 [1988], 1, 66 Fn. 406 m.w.N.

⁸³³ Allgemein zum Anspruch aus enteignendem Eingriff: BGH, Urt. v. 25.3.1993 – III ZR 60/91 = BGHZ 122, 76, 79; BGH, Urt. v. 16.3.1995 – III ZR 166/93 = BGHZ 129, 124, 126; BGH, Urt. v. 29.3.1984 – III ZR 11/83 = BGHZ 91, 20, 26 f.; Grzeszick, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 45, Rn. 86 ff.; Bonk, in: Sachs [Hg.], Art. 34 GG, Rn. 40 f.; Maurer, AllgVerwR, § 27, Rn. 107 ff. Vgl. zu der Kritik, ob ein Anspruch aus enteignendem Eingriff überhaupt im Hinblick auf die Rechtsprechung des BVerfG zu ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmungen zulässig ist: BVerfG, Be-

terteilen lassen. Seit der Nassauskiesungsentscheidung des BVerfG⁸³⁶ hat sich für diese Ansprüche die zusammenfassende Bezeichnung als *Aufopferungsansprüche i.w.S.* weitgehend durchgesetzt,⁸³⁷ weil sie inzwischen einheitlich aus einem allgemeinen Aufopferungsgedanken des deutschen Rechts abgeleitet werden, wie er schon 1794 in Einl. §§ 74, 75 PreußALR zum Ausdruck gebracht wurde.⁸³⁸ Gemeinsam ist diesen verschuldensunabhängigen Ansprüchen, dass sie dem Bürger, der durch einen staatlichen Eingriff in bestimmte Rechtspositionen (Art. 14 I GG oder Art. 2 II 1 GG) Sonderopfer erlitten hat, eine Entschädigungsleistung in Geld als Kompensation für das Durchlittene zusprechen, die – bereits vor Inkrafttreten des § 40 II 1 Var. 1 VwGO – vor den Zivilgerichten eingefordert werden muss.⁸³⁹ Die richterrechtlichen Entschädigungsansprüche wegen rechtswidrigen Verwaltungsverhaltens (Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff und sog. Anspruch aus aufopferungsgleichem Eingriff⁸⁴⁰) kommen dabei wegen des Vorrangs des Primärrechtsschutzes nur dann

schl. v. 26.5.1998 – 1 BvR 180/88 = NJW 1998, 3264, 3264 [Kammerbeschluss]; *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 45, Rn. 93 ff.

⁸³⁴ Allgemein zum Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff: BGH, Urt. v. 10.2.1972 – III ZR 188/69 = BGHZ 58, 124, 127 f.; BGH, Urt. v. 10.6.1952 – GSZ 2/52 = BGHZ 6, 270, 295; BGH, Urt. v. 28.2.1980 – III ZR 131/77 = BGHZ 76, 387, 393; *Maurer*, AllgVerwR, § 27, Rn. 87 ff.; *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 45, Rn. 62 ff.; *Bonk*, in: Sachs [Hg.], Art. 34 GG, Rn. 37 ff.; *Papier*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 34 GG, Rn. 37 ff.

⁸³⁵ Allgemein zum Aufopferungsanspruch i.e.S.: BGH, Urt. v. 19.2.1953 – III ZR 208/51 = BGHZ 9, 83, 91; BGH, Urt. v. 31.1.1966 – III ZR 118/64 = BGHZ 45, 58, 77; BGH, Urt. v. 6.6.1966 – III ZR 167/64 = BGHZ 45, 290, 294 ff.; BGH, Urt. v. 6.5.1993 – III ZR 126/92 = VersR 1994, 471, 473; *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 45, Rn. 100 ff.; *Maurer*, AllgVerwR, § 28, Rn. 1 ff.; *Papier*, in: Maunz/Dürig [Hg.], 69. EGL., Art. 34 GG, Rn. 55 ff.; *Baldus*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 314 ff.; *Bonk*, in: Sachs [Hg.], Art. 34 GG, Rn. 42 f.

⁸³⁶ BVerfG, Beschl. v. 15.7.1981 – 1 BvL 77/78 = BVerfGE 58, 300, 317 ff.

⁸³⁷ Vgl. *Papier*, in: Maunz/Dürig [Hg.], 69. EGL., Art. 14 GG, Rn. 671; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 226.

⁸³⁸ Etwa: RG, Urt. v. 11.4.1933 – III 187/32 = RGZ 140, 276, 283; BGH, Urt. v. 29.3.1984 – III ZR 11/83 = BGHZ 91, 20, 27 f.; BGH, Urt. v. 19.2.1953 – III ZR 208/51 = BGHZ 9, 83, 89; *Wendt*, in: Sachs [Hg.], Art. 14 GG, Rn. 173; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 205; *Maurer*, AllgVerwR, § 27, Rn. 87; *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 45, Rn. 6 ff.; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 269 ff.; *Ossenbühl*, NJW 1983, 1, 5; *Baldus*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 317; vgl. im Überblick zur Entwicklung des allgemeinen Aufopferungsgedankens innerhalb der deutschen Rechtstradition: *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 124 ff.

⁸³⁹ BGH, Urt. v. 19.2.1953 – III ZR 208/51 = BGHZ 9, 83, 83 f.

⁸⁴⁰ BGH, Urt. v. 31.1.1966 – III ZR 118/64 = BGHZ 45, 58, 77; BGH, Urt. v. 23.10.1975 – III ZR 97/73 = BGHZ 65, 196, 206; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 226; *Papier*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 34 GG, Rn. 56; *Baldus*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 325; *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1182; **a.A.:** *Bonk*, in: Sachs [Hg.], Art. 34

in Betracht, wenn die Eingriffe durch gerichtlichen Rechtsschutz nicht vermeidbar waren oder rechtzeitiger Rechtsschutz unverschuldet nicht rechtzeitig wahrgenommen wurde bzw. unzumutbar gewesen ist.⁸⁴¹

Ein gemeinsamer Anwendungsbereich des Herstellungsanspruchs mit den Aufopferungsansprüchen i.w.S. ist nur dort denkbar, wo ein Eingriff in den Schutzbereich der Grundrechte aus Art. 14 I, 2 II GG in Frage steht. Während ein Herstellungsanspruch grds. aus jeder Verletzung eines subjektiven Rechts hervorgehen soll, werden die Entschädigungsansprüche nur bei Eingriffen in die besonderen Rechte aus Art. 14 I GG oder Art. 2 II GG anerkannt.⁸⁴² Selbst wenn einzelnen sozialrechtliche Positionen Grundrechtsschutz gem. Art. 2 II, 14 I GG zukommt,⁸⁴³ ist der Anwendungsbereich des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs bzgl. der erfassten Rechte erheblich weiter.⁸⁴⁴ Insbesondere schützt Art. 14 I GG im Grundsatz nur bereits erworbene Positionen, während in den Herstellungsfällen regelmäßig Fallkonstellationen betroffen sind, in denen sich der sozialrechtliche Nachteil gerade daraus ergibt, dass eine vorteilhafte Rechtsposition wegen des Fehlverhaltens (noch) nicht erreicht wurde.⁸⁴⁵ Gemeinsam ist den Ansprüchen hingegen, dass das hoheitliche Verhalten gleichermaßen durch ein Tun oder Unterlassen erfolgen kann, da überwiegend davon ausgegangen wird, dass die Entschädigungsansprüche auch durch ein

GG, Rn. 42 (*Bonk* interpretiert die Aussagen des Bundesgerichtshofs zu Unrecht so, dass ein Aufopferungsanspruch kein rechtswidriges Verhalten erfassen solle.).

⁸⁴¹ *Bonk*, in: Sachs [Hg.], Art. 34 GG, Rn. 4 ff., 38; *Grzeszick*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 440; *ders.*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 45, Rn. 84 f.; *Maurer*, AllgVerwR, § 27, Rn. 95 ff., § 27, Rn. 4.

⁸⁴² Restriktiv gegenüber Ausdehnungsversuchen des Aufopferungsanspruchs i.e.S. über die in Art. 2 II GG genannten Rechtsgüter hinaus: BGH, Urt. v. 23.10.1975 – III ZR 97/73 = BGHZ 65, 196, 205; BGH, Urt. v. 7.6.1990 – III ZR 74/88 = BGHZ 111, 349, 355 ff.; *Bonk*, in: Sachs [Hg.], Art. 34 GG, Rn. 43; *Baldus*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 320; *Papier*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 34 GG, Rn. 56 f. m.w.N.

⁸⁴³ Bspw. wird davon ausgegangen, dass öffentlich-rechtliche Rentenansprüche dem grundrechtlichen Eigentumsschutz nach Art. 14 I GG unterliegen (BVerfG, Beschl. v. 11.10.1962 – 1 BvL 22/57 = BVerfGE 14, 288, 293; BVerfG, Beschl. v. 28.2.1980 – 1 BvL 17/77 = BVerfGE 53, 257, 293; BVerfG, Beschl. v. 16.7.1985 – 1 BvL 5/80 = BVerfGE 69, 272, 300). Bei ärztlicher Heilbehandlung ist hingegen Art. 2 II 1 GG grds. zu beachten (BVerfG, Beschl. v. 6.12.2005 – 1 BvR 347/98 = BVerfGE 115, 25, 43 ff.; *Schmidt-De Caluwe*, S. 297 m.w.N.). Für andere sozialrechtliche Ansprüche – bspw. auf Sozialhilfe oder berufliche Förderung – ist hingegen weder der Schutzbereich des Art. 14 I GG noch der des Art. 2 II 1 GG eröffnet.

⁸⁴⁴ Vgl. *Adolf*, Herstellungsanspruch, S. 103 f. In diesem Sinne auch *Kreßel*, der anmerkt, dass ein Herstellungsanspruch nur einen sehr begrenzten Anwendungsbereich hätte, wenn er ausschließlich Beeinträchtigungen von Art. 14 I GG erfassen würde (*Kreßel*, NZS 1994, 395, 395).

⁸⁴⁵ *Eisenreich/Ludwig*, SozVers 1995, 1, 5.

sog. qualifiziertes Unterlassen begründet werden können (Unterlassen trotz öffentlich-rechtlichen Anspruchs des Bürgers auf eine Handlung).⁸⁴⁶ Darüber hinaus handelt es sich übereinstimmend um verschuldensunabhängige Ansprüche auf unmittelbare Staatshaftung.

Demgegenüber sind die Anspruchsrichtungen wesensverschieden. Das Sozialrecht dient regelmäßig der öffentlich-rechtlichen Absicherung von Individualinteressen des Bürgers,⁸⁴⁷ weshalb ein rechtswidriges Verwaltungsverhalten über den Herstellungsanspruch auch dann zu korrigieren ist, wenn kein Sonderopfer des Betroffenen zugunsten der Allgemeinheit vorliegt.⁸⁴⁸ Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch soll die entstandenen Nachteile korrigieren, indem die beeinträchtigten sozialen Rechte des Bürgers restituiert werden, während die Entschädigungsansprüche nicht darauf abzielen „den Eingriff ungeschehen zu machen, sondern nur [...] das Sonderopfer auszugleichen“⁸⁴⁹ trachten. Die Beeinträchtigungen als solche werden hingenommen, weshalb eine Entschädigung allein die Belastungen in ihren Auswirkungen dadurch abmildert, dass der Geschädigte (auch) eine kompensierende Geldleistung erhält, die diesen Belastungen angemessen ist. Zugespitzt formuliert begründen die Entschädigungsansprüche einen „irgendwie gearteten ‚Ersatzanspruch‘“⁸⁵⁰ auf Geld – und damit genau das, was der sozialrechtliche Herstellungsanspruch nicht sein soll. In Rechtsfolge und Zielsetzung der unterschiedlichen Ansprüche sind damit die größten Unterschiede erkennbar.⁸⁵¹ Da die Entschädigung keine besondere (Restitutions-) Rechtsmacht voraussetzt, richtet sich die Passivlegitimation ausgehend von den erlangten Vorteilen danach, welcher Verwaltungsträger begünstigt wurde oder welchem Aufgabenbereich das Verhalten zuzu-

⁸⁴⁶ Vgl. zum Meinungsspektrum: BGH, Urt. v. 29.3.1971 – III ZR 110/68 = BGHZ 56, 40, 42 f.; BGH, Urt. v. 10.12.1987 – III ZR 220/86 = BGHZ 102, 350, 364 f.; BGH, Urt. v. 21.5.1992 – III ZR 158/90 = BGHZ 118, 253, 260 f.; BGH, Urt. v. 12.7.2001 – III ZR 282/00 = VersR 2002, 714, 714 f.; Grzeszick, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 427 ff.; Papier, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 34 GG, Rn. 43; Maurer, Allg-VerwR, § 27, Rn. 92; Schwabe, NJW 1971, 1657, 1658.

⁸⁴⁷ Vgl. Schmidt-De Caluwe, S. 298 f.; Adolf, Herstellungsanspruch, S. 104.

⁸⁴⁸ Vgl. hierzu: Adolf, Herstellungsanspruch, S. 104; Schmidt-De Caluwe, S. 298 f.

⁸⁴⁹ Grzeszick, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 437.

⁸⁵⁰ Wallerath, DÖV 1994, 757, 762.

⁸⁵¹ Bauer, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 59, 62; Waßer, JA 2001, 137, 137; Olbertz, S. 6; Eisenreich/Ludwig, SozVers 1995, 1, 5. In diesem Sinne auch für den auf Wiederherstellung des status quo ante gerichteten Folgebeseitigungsanspruch: Weyreuther, Gutachten, B 58 ff.

ordnen ist.⁸⁵² Die Entschädigung eines Sonderopfers ist keine (unvollständige) Restitution – sie ist ein aliud.⁸⁵³

Diese Unterschiede setzten sich in den Ausschlussgründen fort. Eine Entschädigungsleistung in Geld ist dem Verwaltungsträger nicht rechtlich unmöglich, weshalb keine Begrenzung auf ein „*an sich zulässiges*“ Amtshandeln gegeben ist. Auch das für die sozialrechtliche Naturalrestitution wichtige Verbot einer Besserstellung findet in den Entschädigungsansprüchen keine Entsprechung.⁸⁵⁴ Sofern dem Vorrang des Primärrechtsschutzes entsprochen wurde, ändert auch die Bestandskraft eines Verwaltungsaktes nichts an einer Entschädigungspflicht. Bedeutender als die unterschiedlichen Verjährungsfristen (§ 45 SGB I und § 195 BGB⁸⁵⁵) ist die Berücksichtigung einer Mitverantwortlichkeit. Eine Mitverantwortlichkeit kann bei den Entschädigungsansprüchen analog § 254 BGB zu einer anteilmäßigen Herabsetzung/Teilung der Entschädigung führen;⁸⁵⁶ beim sozialrechtlichen Herstellungsanspruch schließen Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit den gesamten Anspruch aus, weil dann keine Kausalität angenommen werden kann („*Alles-Oder-Nichts*“-Prinzip).

Das BSG, das die Aufopferungsansprüche i.w.S. anerkennt und ggf. auch prüft,⁸⁵⁷ hat sich bislang nicht näher zum Verhältnis der Ansprüche geäußert, weil es augenscheinlich auch von der Wesensverschiedenheit gegenüber dem Herstellungsanspruch ausgeht. Ein anderes Verständnis geht aus der Rechtsprechung der Zivilgerichte nicht hervor, die die unterschiedlichen Zielrichtungen von Herstellungsanspruch und Aufopferungsansprüchen i.w.S. grds. anerkennt.⁸⁵⁸ Aus einem strikten Verständnis des Vorrangs eines Primärrechts-

⁸⁵² BGH, Urt. v. 28.2.1980 – III ZR 131/77 = BGHZ 76, 387, 396 f.; BGH, Urt. v. 23.1.1997 – III ZR 234/95 = BGHZ 134, 316, 321; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 214, 230; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 146 f., 317 f.; *Baldus*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 335; *Grzeszick*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 446, 470.

⁸⁵³ *Weyreuther*, Gutachten, B 61 f.

⁸⁵⁴ Allenfalls bei der Prüfung des erlittenen Sonderopfers oder der angemessenen Entschädigungshöhe können diese Gedanken bei Aufopferungsansprüchen i.w.S. berücksichtigt werden.

⁸⁵⁵ Vgl. zur Verjährung der Aufopferungsansprüche i.w.S.: BGH, Beschl. v. 12.10.2006 – III ZR 144/05; *Papier*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 34 GG, Rn. 51; *Grzeszick*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 447; ausführlich zur Anwendbarkeit der Verjährungsregelungen des SMG auf das Staatshaftungsrecht: *Heselhaus*, DVBl. 2004, 411 ff.; *Kellner*, NVwZ 2002, 395 ff.; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 215.

⁸⁵⁶ *Baldus*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 334; *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 45, Rn. 81, 92.

⁸⁵⁷ Etwa: BSG, Urt. v. 30.6.1997 – 10 RAr 4/95; BSG, Urt. v. 17.9.1986 – 3 RK 21/85 = SozR 2200 § 371 Nr. 6; BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 95; BSG, Urt. v. 6.5.1975 – 6 RKa 7/74 = SozR 5536 § 2 Nr. 1.

⁸⁵⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 11.2.1988 – III ZR 221/86 = BGHZ 103, 242, 245, 246 ff.

schutzes folgt sogar, dass auch die ungenutzte Möglichkeit, einen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch gerichtlich geltend zu machen grds. zur Herabsetzung bzw. zum Ausschluss der Entschädigung führen muss (analog § 254 BGB/§ 839 III BGB). Sofern die Möglichkeit besteht, eine sozialrechtliche Naturalrestitution zu erreichen, scheidet die gleichzeitige Geltendmachung von Aufopferungsansprüchen i.w.S. regelmäßig aus.⁸⁵⁹ Für die verbleibenden Fälle ist von einem Nebeneinander von Herstellungsanspruch (Restitution) und Aufopferungsansprüchen i.w.S. (Entschädigung) auszugehen,⁸⁶⁰ wie es für den Folgenbeseitigungsanspruch bereits anerkannt wird.⁸⁶¹

b) Allgemeiner öffentlich-rechtlicher Folgenbeseitigungsanspruch, Folgenbeseitigungslast und Folgenentschädigung

aa) Folgenbeseitigungsanspruch

(1) *Entwicklung und Ausgestaltung*

Abseits vorrangiger spezieller Gesetzesbestimmungen, die eine Folgenbeseitigungspflicht normieren,⁸⁶² haben Literatur und Rechtsprechung einen allgemeinen öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch richterrechtlich entwickelt. Erste Ansätze eines solchen Folgenbeseitigungsanspruchs, der Restitutionspflichten des Staates durch Amtshandeln für die Folgen hoheitlichen (Fehl-) Verhaltens begründen soll, lassen sich bis in das Jahr 1933 zurückverfolgen.⁸⁶³ In der Nachkriegszeit ab 1950 entwickelte sich dieser Anspruch zu-

⁸⁵⁹ Dass insofern kein Wahlrecht zwischen Herstellungsanspruch und Entschädigungsansprüche besteht, ist keine Besonderheit. Allgemein wird seit der Nassauskiesungsentscheidung des BVerfG davon ausgegangen, dass Ansprüche auf Abwehr, Unterlassung, Beseitigung oder Restitution vorrangig gegenüber den Aufopferungsansprüchen i.w.S. wegen rechtswidrigen Verhaltens sind (*Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 321, 397). Der frühere Grundsatz des „*dulde und liquidiere*“ gilt in dieser Form nicht mehr.

⁸⁶⁰ Vgl. *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 406; *Bauer*, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrtagung, S. 59, 62; so im Ergebnis wohl auch: *Schmidt-De Caluwe*, S. 296 f.

⁸⁶¹ *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 397; *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1233; *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, in: *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, StHR, Rn. 530 f.

⁸⁶² Etwa: § 84 II SGB X, § 102 BauGB oder §§ 32, 46 PolG.NRW, § 19 III DSG.NRW. Vgl. hierzu allgemein: *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 360; *Schloer*, JA 1992, 39, 40 m.w.N.; *Schoch*, JURA 1993, 478, 480.

⁸⁶³ Erste Erörterungen zum Recht der Folgenbeseitigung finden sich beim preußischen OVG (PrOVG, Urt. v. 9.11.1933 = PrOVGE 92, 108, 111; PrOVG, Urt. v. 15.2.1934 =

nächst von einem reinen Vollzugsfolgen- zu einem allgemeinen Folgenbeseitigungsanspruch.⁸⁶⁴ Zunächst zögernd übernahm auch die Rechtsprechung den rechtswissenschaftlich weitgehend ausgearbeiteten Folgenbeseitigungsanspruch,⁸⁶⁵ der allerdings bereits ab 1959 vom BVerwG als allgemeiner Grundsatz des Verwaltungsrechts etikettiert wurde.⁸⁶⁶ Dabei soll der Folgenbeseitigungsanspruch die allgemein als planwidrig verstandene Regelungslücke schließen, die in einer Restitution durch öffentlich-rechtliches Amtshandeln besteht.⁸⁶⁷ Die Schadensersatzpflicht aus § 839 BGB, Art. 34 GG und die Entschädigungsansprüche sind lediglich auf Geldersatz gerichtet, obwohl den berechtigten Bürgerinteressen nicht allein mit einer Geldleistung Genüge getan ist.⁸⁶⁸ Der zusätzliche Folgenbeseitigungsanspruch wurde daher entwickelt, um diese Regelungslücke zu schließen, da sich die Rechtsprechung in den Grenzen richterrechtlicher Rechtsfortbildung nicht dazu in der Lage sah, den nicht abschließenden Amtshaftungsanspruch aus § 839 BGB, Art. 34 GG auf die bestehenden Regelungslücken auszuweiten.⁸⁶⁹

Wenn bspw. ein Obdachloser von einer Behörde in eine fremde Wohnung rechtswidrig eingewiesen wurde und die Wohnung nach Aufhebung der Einweisung nicht verlässt,

PrOVGE 92, 113, 114 f.) – vgl. hierzu: *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR I, § 52, Rn. 22; *Pietzko*, FBA, S. 43 f.

⁸⁶⁴ Hervorzuheben sind in diesem Zusammenhang insbesondere: *Bachof*, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung; *Bettermann*, DÖV 1955, 528 ff. Vgl. zusammenfassend zur historischen Entwicklung des Folgenbeseitigungsanspruchs: *Pietzko*, FBA, S. 43 ff.; *Schmidt-De Caluwe*, S. 268 ff.; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 353 ff.; *Sproll*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, StHR, § 12, Rn. 12, 15 ff.

⁸⁶⁵ Vgl. hierzu m.w.N. aus der Rechtsprechung: *Schmidt-De Caluwe*, S. 274 ff.

⁸⁶⁶ BVerwG, Urt. v. 25.3.1959 – V C 216/55 = DVBl. 1959, 580 ff.; BVerwG, Urt. v. 15.6.1960 – VIII C 3/60 = DVBl. 1960, 854 ff.; offengelassen: BVerwG, Urt. v. 25.8.1971 – IV C 23/69 = DVBl. 1971, 858 ff.; kritisch zu den Ausführungen des BVerwG: *Weyreuther*, Gutachten, B 27.

⁸⁶⁷ Etwa: *Grzeszick*, in: *Erichsen/Ehlers* [Hg.], AllgVerwR, § 45, Rn. 112; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 353; *Ipsen*, AllgVerwR, Rn. 1334, 1336; *Papier*, in: *Maunz/Dürig*, 73. EGL., Art. 34 GG, Rn. 63; *Sproll*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, StHR, § 12, Rn. 1 ff.; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 133; *Mazur*, ZJS 2011, 321, 321; *Haueisen*, DVBl. 1973, 739, 740; *Höfling*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* [Hg.], GrdVwR, Bd. III, § 51, Rn. 36 f.; *Schneider*, Folgenbeseitigung, S. 23 ff.

⁸⁶⁸ Etwa: BVerwG, Urt. v. 26.8.1993 – 4 C 24/91 = BVerwGE 94, 100, 103 („*Es unterliegt keinen ernsthaften Zweifeln, daß Grundsätze des materiellen Rechtsstaates, zu denen auch die Grundrechte gehören, bei rechtswidrigem Handeln eine Sanktion verlangen, die sich nicht nur in der Zahlung einer Entschädigung erschöpfen kann.*“); *Maurer*, AllgVerwR, § 25, Rn. 9, § 30, Rn. 2; *Stein/Itzel/Schwall*, Praxishandbuch StHR, Rn. 393; *Sproll*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, StHR, § 12, Rn. 3 ff.; *Bauer*, in: *Schulin* [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 59, 62 („*Geld ist eben nicht alles*“).

⁸⁶⁹ *Papier*, in: *Maunz/Dürig*, 73. EGL., Art. 34 GG, Rn. 34.

hilft dem Bürger ein Geldanspruch – in seinem Bestreben, die Wohnung wieder leerstehend zurückzuerhalten – nicht weiter.⁸⁷⁰ Zynisch gewendet nützen ihm staatliche Geldleistungen erst weiter, wenn sie ausreichen, um den Hausbesetzer zivilrechtlich aus der eigenen Wohnung zu klagen – oder der Eigentümer sich von ihnen eine neue eigene Wohnung kaufen kann, in die kein Obdachloser eingewiesen wurde. Dieselbe Interessenslage ist u.a. auch bei einem rechtswidrigen Grundstücksüberbau beim Bau einer öffentlichen Straße,⁸⁷¹ rechtswidrigen Akteneinträgen,⁸⁷² falschen Behördenäußerungen in der Öffentlichkeit⁸⁷³ oder der Einziehung eines Führerscheins⁸⁷⁴ gegeben.⁸⁷⁵ Daneben hat der Folgenbeseitigungsanspruch eine besondere Bedeutung für die Beseitigung von Lärm- oder Geruchsstörungen erlangt, die von staatlichen Einrichtungen oder Veranstaltungen ausgehen.⁸⁷⁶

Obwohl die genaue dogmatische Ableitung weiterhin umstritten ist,⁸⁷⁷ hat sich das Recht der Restitutions- und Wiederherstellungsansprüche inzwischen als eine eigene Fallgruppe des Staatshaftungsrechts abseits des Schadensersatz-

⁸⁷⁰ Insbesondere diese offensichtliche Bedeutungslosigkeit des erfolgreichen gerichtlichen Rechtsschutzes gegen Verwaltungsakte bzgl. der tatsächlichen Folgen des rechtswidrigen Verwaltungsverhaltens führte zur Entwicklung des Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruchs; vgl. *Weyreuther*, Gutachten, B 24 f.; *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], *AllgVerwR*, § 45, Rn. 111; *Ossenbühl/Cornils*, *StHR*, S. 353 f.

⁸⁷¹ Etwa: BVerwG, Urt. v. 25.8.1971 – IV C 23/69 = *NJW* 1972, 269; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 17.8.1989 – 5 S 1517/89 = *NVwZ-RR* 1990, 449; OVG NRW, Urt. v. 30.11.1992 – 23 A 1471/90 = *NVwZ* 1994, 795; OVG NRW, Urt. v. 14.1.1994 – 7 A 2002/92 = *NVwZ-RR* 1995, 187.

⁸⁷² Vgl. VGH Hessen, Urt. v. 8.12.1992 – 11 UE 1486/88 = *NJW* 1993, 3011, 3011 f.; Bayerischer VGH, Urt. v. 27.9.1983 – 21 B 82 A.2261 = *NJW* 1984, 2235, 2237; OVG NRW, Urt. v. 5.12.1988 – 13 A 1885/88 = *NJW* 1989, 2966, 2966 (ein allgemeiner Folgenbeseitigungsanspruch wird hier allerdings aufgrund vorrangiger spezialgesetzlicher Regelungen abgelehnt); VG Darmstadt, Urt. v. 15.10.2003 – 5 E 1395/97.

⁸⁷³ VG Frankfurt, Urt. v. 21.7.2011 – 8 L 1521/11.F.; *Ossenbühl/Cornils*, *StHR*, S. 358 m.w.N.

⁸⁷⁴ *Sproll*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, *StHR*, § 12, Rn. 2; *Ahrens*, *StHR*, Rn. 296.

⁸⁷⁵ Vgl. für einen allgemeinen Überblick m.w.N. aus der Rechtsprechung: *Ossenbühl/Cornils*, *StHR*, S. 354 ff.

⁸⁷⁶ Vgl. BVerwG, Urt. v. 2.11.1973 – IV C 36/72 = *NJW* 1974, 817, 817; BVerwG, Urt. v. 19.1.1989 – 7 C 77/87 = *BVerwGE* 81, 197, 199 f.; OVG NRW, Urt. v. 28.5.1993 – 21 A 1532/90 = *NVwZ* 1994, 1018, 1018; BGH, Urt. v. 12.12.1975 – V ZR 114/74 = *NJW* 1976, 570, 570 m.w.N.; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 11.4.1994 – 1 S 1081/93 = *BauR* 1994, 497, 497 f.; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 3.5.1984 – 10 S 951/83 = *DVBl.* 1984, 881, 881 f.; OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 29.8.1989 – 7 A 26/89 = *NVwZ* 1990, 279, 279; VGH Hessen, Urt. v. 3.9.1988 – 11 TG 3549/88 = *NVwZ* 1989, 266, 267; VG Gießen, Urt. v. 11.5.2005 – 8 E 5132/02.

⁸⁷⁷ Vgl. für einen Überblick: *Schmidt-De Caluwe*, S. 268 ff.; *Maurer*, *AllgVerwR*, § 30, Rn. 4 f.; *Grzeszick*, in: *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, *StHR*, Rn. 19; *Ossenbühl/Cornils*, *StHR*, S. 361 ff.; *Schulze*, *Ersatzleistungen*, S. 135 f.; *Brugger*, *JuS* 1999, 625, 626; *Ahrens*, *StHR*, Rn. 299 m.w.N.; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, *VerwR* I, § 52, Rn. 23. Ausführlich hierzu: Kap. 2 B.II.3.a.bb.

und Entschädigungsrechts etablieren können.⁸⁷⁸ Die teilweise zur Schau getragene Gleichgültigkeit gegenüber der Ableitung des Folgenbeseitigungsanspruchs ist bedenklich, weil das Verständnis der einzelnen Merkmale teilweise erheblich danach divergiert, was jeweils als Ableitungsgrundlage des Anspruchs verstanden wird.⁸⁷⁹ Allgemein soll ein Verwaltungsträger bei unmittelbaren Folgen aus einem rechtswidrigen Zustand, der aus einem (auch unverschuldeten) staatlichen Eingriff in subjektives Recht hervorgegangen ist, zur Folgenbeseitigung zugunsten des status quo ante verpflichtet sein.⁸⁸⁰ Der Anspruch scheidet aus, wenn die Folgenbeseitigung tatsächlich oder rechtlich unmöglich ist,⁸⁸¹ eine anspruchsausschließende Mitverantwortlichkeit des Bürgers anzunehmen ist (§ 254 BGB analog)⁸⁸² oder Verjährung gegeben ist (§§ 194 ff. BGB analog)⁸⁸³. Eine Folgenbeseitigung soll zudem ausscheiden, wenn sie rechtsmissbräuchlich ist⁸⁸⁴ oder mit einem unverhältnismäßigen Aufwand ver-

⁸⁷⁸ Vgl. *Höfling*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle [Hg.], GrdVwR, Bd. III, § 51, Rn. 36 ff.; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 4 f., 133; *Windthorst/Sproll*, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, StHR, § 2 Rn. 6; § 12, Rn. 4 f.; *Maurer*, AllgVerwR, § 25, Rn. 1 ff., 9 f.; *Grzeszick*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 11; *Papier*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 34 GG, Rn. 34 ff.; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 353; *Papier*, in: Isensee/Kirchhof [Hg.], HdStR, Bd. VIII, § 180, Rn. 1.

⁸⁷⁹ Kritisch gegenüber dieser Gleichgültigkeit auch: *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 364 f.; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR I, § 52, Rn. 23; *Sproll*, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, StHR, § 12, Rn. 11 f.

⁸⁸⁰ BVerwG, Urt. v. 26.8.1993 – 4 C 24/91 = BVerwGE 94, 100, 104; BVerwG, Urt. v. 23.5.1989 – 7 C 2/87 = BVerwGE 82, 76, 95; *Ahrens*, StHR, Rn. 300 ff.; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs öffentliches Recht, § 89, Rn. 3 *Sproll*, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, StHR, § 12, Rn. 27 ff.; *Grzeszick*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 37 ff.; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 137; *Mazur*, ZJS 2011, 321, 323; *Ipsen*, AllgVerwR, Rn. 1341.

⁸⁸¹ BVerwG, Urt. v. 25.8.1971 – IV C 23/69 = DÖV 1971, 857, 859; *Maurer*, AllgVerwR, § 30, Rn. 14; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 384 ff. m.w.N.; *Ahrens*, StHR, Rn. 315 ff.; *Stein/Itzel/Schwall*, Praxishandbuch StHR, Rn. 406; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs öffentliches Recht, § 89, Rn. 6, 9; *Mazur*, ZJS 2011, 321, 324 *Sproll*, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, StHR, § 12, Rn. 44 ff.; *Grzeszick*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 58 ff.; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 142 f.

⁸⁸² BVerwG, Urt. v. 14.4.1989 – 4 C 34/88 = BVerwGE 82, 24, 26; BVerwG, Urt. v. 21.9.1984 – 4 C 51/80 = NJW 1985, 1481, 1482; *Stein/Itzel/Schwall*, Praxishandbuch StHR, Rn. 409; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 389 f.; *Ahrens*, StHR, Rn. 321; *Mazur*, ZJS 2011, 321, 325; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 144; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs öffentliches Recht, § 89, Rn. 6, 10; *Sproll*, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, StHR, § 12, Rn. 49 ff.; *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1219 f.; *Schloer*, JA 1992, 39, 44; kritisch: *Schoch*, JURA 1993, 478, 486; **a.A.**: *Kemmler*, JA 2005, 908, 909.

⁸⁸³ *Ahrens*, StHR, Rn. 322; *Grzeszick*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 66; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 146 f.; *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1225; *Mazur*, ZJS 2011, 321, 325.

⁸⁸⁴ BVerwG, Urt. v. 26.8.1993 – 4 C 24/91 = BVerwGE 94, 100, 103, 111; *Sproll*, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, StHR, § 12, Rn. 48; *Stein/Itzel/Schwall*, Praxishandbuch

bunden und deshalb dem Verwaltungsträger unzumutbar wäre⁸⁸⁵. Von diesen Grundsätzen abgesehen sind die Einzelheiten in erheblichem Maße unklar bzw. umstritten.

(a) Hoheitlicher Eingriff in ein subjektives Recht

Der Kreis der durch den Folgenbeseitigungsanspruch bewährten subjektiven Rechte wird unterschiedlich weit verstanden.⁸⁸⁶ Einige Autoren wollen bewusst jede Form eines öffentlich-rechtlichen Rechts schützen, unabhängig davon, ob es sich um Grundrechte oder einfach-gesetzlich begründete Rechte, Unterlassungs- oder Leistungsrechte handelt.⁸⁸⁷ Andere meinen, dass der Folgenbeseitigungsanspruch – als Teil eines grundrechtlichen Integritätsanspruchs – nur aus der Verletzung eines Abwehrgrundrechtes⁸⁸⁸ und allenfalls der Verletzung einfach-gesetzlicher absoluter Rechte folgen könne, die einen vergleichbaren (einfach-gesetzlichen) Unterlassungsanspruch begründen; daher könnte aus Leis-

StHR, Rn. 408; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 389; *Ahrens*, StHR, Rn. 320; *Grzeszick*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 65; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 143; kritisch: *Mazur*, ZJS 2011, 321, 325; *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1217.

⁸⁸⁵ BVerwG, Urt. v. 26.8.1993 – 4 C 24/91 = BVerwGE 94, 100, 105; BVerwG, Urt. v. 12.7.2004 – 7 B 86/04 = DVBl. 2004, 1493; BVerwG, Urt. v. 23.5.1989 – 7 C 2/87 = BVerwGE 82, 76, 95; OVG NRW, Urt. v. 30.11.1992 – 23 A 1471/90 = NVwZ 1994, 795; *Stein/Itzel/Schwall*, Praxishandbuch StHR, Rn. 407; *Ahrens*, StHR, Rn. 318; *Maurer*, AllgVerwR, § 30, Rn. 14; *Bumke*, JuS 2005, 22, 25 f.; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs öffentliches Recht, § 89, Rn. 6; *Sproll*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, StHR, § 12, Rn. 47; *Mazur*, ZJS 2011, 321, 324 f.; *Grzeszick*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 62; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 143; *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1206; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 386 ff.; **a.A.**: *Fiedler*, NVwZ 1986, 969, 976; *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 51; *ders.*, JURA 1993, 478, 485; *Erbguth*, AllgVerwR, § 41, Rn. 10.

⁸⁸⁶ Allgemein von – jeder Form der – subjektiven Rechten sprechend, etwa: BVerwG, Urt. v. 26.8.1993 – 4 C 24/91 = BVerwGE 94, 100, 104; OVG Niedersachsen, Urt. v. 2.2.1965 – II OVG A 69/62 = DVBl. 1967, 206, 207; *Sproll*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, StHR, § 12, Rn. 33 f.; *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1182; *Ahrens*, StHR, Rn. 304; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR I, § 52, Rn. 25; *Ipsen*, AllgVerwR, Rn. 1344.; *Durner*, JuS 2005, 900, 900; *Kemmler*, JA 2005, 908, 908; *Schenke*, DÖV 1986, 305, 310, 314; *Erbguth*, AllgVerwR, § 41, Rn. 5; *Schneider*, Folgenbeseitigung, S. 81.

⁸⁸⁷ Bspw. wird auch ein Folgenbeseitigungsanspruch zwischen (nichtgrundrechtsberechtigten) Verwaltungsträgern anerkannt: *Sproll*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, StHR, § 12, Rn. 65; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 146; **a.A.**: *Klein*, in: *Soergel* [Hg.], § 839 BGB, Anhang, Rn. 210.

⁸⁸⁸ *Weyreuther*, Gutachten, B 93; *Klein*, in: *Soergel* [Hg.], § 839 BGB, Anhang, Rn. 202 f., 205, 209; *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 36 f. (andere Schlussfolgerungen hingegen zu einem späteren Zeitpunkt: *Schoch*, JURA 1993, 478, 482 – „Jede subjektive Rechtsposition genügt der Anforderung.“).

tungsansprüchen kein Folgenbeseitigungsanspruch hervorgehen.⁸⁸⁹ Wiederum andere Stimmen meinen (vermeintlich vermittelnd), dass zwar regelmäßige Grundrechte betroffen seien, ein Folgenbeseitigungsanspruch aber ggf. auch aus der Verletzung der einfach-gesetzlichen subjektiven Rechte erwachsen könne, die ihrerseits Grundrechte konkretisieren bzw. ausgestalten.⁸⁹⁰ Ein häufig in diesem Zusammenhang angeführtes Beispiel sind die einfach-gesetzlichen Leistungsansprüche auf eine Baugenehmigung, die das grundrechtlich durch Art. 14 I GG gewährleistete Recht der Baufreiheit näher ausgestalten.⁸⁹¹

Diese Diskussion beeinflusst die Frage nach den Anforderungen, die das Merkmal des hoheitlichen⁸⁹² Eingriffs erfüllen muss. Die Streitfrage, ob auch ein Eingriff durch Unterlassen⁸⁹³ möglich ist, ist die Fortsetzung des Streits, ob auch die Verletzung von Leistungsrechten eine Folgenbeseitigungspflicht auslösen kann.⁸⁹⁴ Die Kritiker des Eingriffs durch Unterlassen lehnen dies ab, weil ein Unterlassen keine rechtswidrigen Zustände schaffen könne und die Rechtsfolge des Folgenbeseitigungsanspruchs (Wiederherstellung des status quo ante)

⁸⁸⁹ Vgl. Pietzko, FBA, S. 145 ff., 151 ff., 161 ff., 177; wohl auch: Maurer, AllgVerwR, § 30, Rn. 7, 9; Klein, in: Soergel [Hg.], § 839 BGB, Anhang, Rn. 207 f.; wohl auch: Bettermann, DÖV 1955, 528, 534 f.; offengelassen: Weyreuther, Gutachten, B 93.

⁸⁹⁰ Etwa: Ossenbühl/Cornils, StHR, S. 374 f.; Grzeszick, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 39; Schulze, Ersatzleistungen, S. 137 ff.; Mazur, ZJS 2011, 321, 323; ausdrücklich gegen ein derartiges Verständnis: Weyreuther, Gutachten, B 93 f.; wohl auch: Sodan/Ziekow, Grundkurs öffentliches Recht, § 89, Rn. 4; Schloer, JA 1992, 39, 42.

⁸⁹¹ Ossenbühl/Cornils, StHR, S. 375.

⁸⁹² Das Merkmal der „Hoheitlichkeit“ soll lediglich sicherstellen, dass das öffentlich-rechtliche Haftungssystem nur auf das Verhalten von Verwaltungsträgern angewandt wird, das nach öffentlichem Recht zu beurteilen ist (Schulze, Ersatzleistungen, S. 137; Ossenbühl/Cornils, StHR, S. 376; Schloer, JA 1992, 39, 42; Maurer, AllgVerwR, § 30, Rn. 8; Sproll, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, StHR, § 12, Rn. 29; Bumke, JuS 2005, 22, 22; Ahrens, StHR, Rn. 301).

⁸⁹³ Innerhalb der Grundrechtsterminologie wird teilweise betont, dass ein Grundrechtseingriff nur durch staatliches Handeln erfolgen könne. Sofern eine relevante Beeinträchtigung des grundrechtlichen Schutzbereiches durch ein Unterlassen erfolge, solle stattdessen von „Beeinträchtigung“ oder „Benachteiligung“ gesprochen werden (Jarass, in: Merten/Papier [Hg.], HbdGR, Bd. II, § 38, Rn. 17 f., Fn. 50; ders., in: Jarass/Pieroth, vor Art. 1 GG, Rn. 26 ff.). Andernorts wird ausdrücklich von einem „Grundrechtseingriff durch Unterlassen“ gesprochen, weil diese Konstellation jedenfalls unter den modernen grundrechtlichen Eingriffsbegriff fällt (Wild, DÖV 2004, 366, 369). Da mit dieser terminologischen Unterscheidung kein Mehrwert für den Folgenbeseitigungsanspruch verbunden ist, soll im Folgenden ein weiter Begriff des „Eingriffs“ diskutiert werden, der ggf. auch Beeinträchtigungen durch Unterlassen erfasst.

⁸⁹⁴ Zu dieser Einschätzung gelangen auch: Pietzko, FBA, S. 152 f.; Papier, DÖV 1972, 845, 847.

nicht auf Leistungsansprüche zugeschnitten sei.⁸⁹⁵ Für den Folgenbeseitigungsanspruch könne nur in bereits bestehende Rechtspositionen eingegriffen werden; reine zukünftige Erwerbssaussichten seien rechtlich nicht geschützt und würden nur einen Vermögensschaden bedeuten, der nicht über den Folgenbeseitigungsanspruch auszugleichen wäre.⁸⁹⁶ Eine Leistungsanspruchsverletzung könne allein im Rahmen der Folgenbeseitigungslast oder analog § 242, 162 BGB berücksichtigt werden.⁸⁹⁷

Befürworter der grundsätzlichen Möglichkeit eines Eingriffs durch Unterlassen widerlegen diese Argumente.⁸⁹⁸ Die auf die Beeinträchtigung von Unterlassungspflichten angepasste Rechtsfolge des Folgenbeseitigungsanspruchs spricht nicht gegen die Einbeziehung von Leistungsansprüchen, weil dies einen argumentativen Zirkelschluss begründet; schließlich wäre dann ggf. auch eine abweichende Rechtsfolge notwendig.⁸⁹⁹ Über die Figur des *qualifizierten Unterlassens* kann zudem sichergestellt werden, dass nur das Unterlassen eine Folgenbeseitigungspflicht auslösen kann, das in seinen Wirkungen einem Eingriff durch positives Tun entspricht.⁹⁰⁰ Wenn demnach die Untätigkeit der Verwaltung bei gegebener Leistungspflicht einem Eingriff durch positives Tun

⁸⁹⁵ Pietzko, FBA, S. 161 ff., 175 ff.; Maurer, AllgVerwR, § 30, Rn. 8 f.; Bumke, JuS 2005, 22, 22 f.; Schulze, Ersatzleistungen, S. 138 f.; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, VerwR I, § 52, Rn. 28; Schleeh, AöR 92 [1967], 58, 95; in diese Richtung gehend auch: BVerwG, Urt. v. 26.10.1967 – II C 22/65 = BVerwGE 28, 155, 165.

⁸⁹⁶ Schleeh, AöR 92 [1967], 58, 95; kritisch zu diesem Argument: Pietzko, FBA, S. 177.

⁸⁹⁷ Vgl. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, VerwR I, § 52, Rn. 28.

⁸⁹⁸ Etwa: Ossenbühl/Cornils, StHR, S. 377 f.; Grzeszick, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 44 ff.; Papier, DÖV 1972, 845 ff.; Schneider, Folgenbeseitigung, S. 114; Hattstein, Betreuungspflichten, S. 232 f. m.w.N.

⁸⁹⁹ So zu diesem Argument auch: Schoch, VerwArch. 79 [1988], 1, 40 f.; Papier, DÖV 1972, 845, 847; Klein, in: Soergel [Hg.], § 839 BGB, Anhang, Rn. 207; Schmidt-De Caluwe, S. 283; Weyreuther, Gutachten, B 77 f. differenzierend hingegen: Ossenbühl/Cornils, StHR, S. 378 – Die Annahme eines Ausschlusses von Leistungspflichten aus dem Anwendungsbereich des Folgenbeseitigungsanspruchs unter Hinweis auf die auf Unterlassungspflichten bezogene Rechtsfolge des Anspruchs sei kein Zirkelschluss, weil Tatbestand und Rechtsfolge immer in Abstimmung zueinander entwickelt werden würden. Allerdings sei auch kein Hinderungsgrund ersichtlich, falls man die Rechtsfolge für die Beeinträchtigung von Leistungsansprüchen entsprechend abändern wollte. Diese Abänderung würde dann allerdings einen völlig anderen Anspruch begründen, der einem umstrittenen allgemeinen Wiedergutmachungsanspruch sehr nahe käme, so dass dieser Anspruch nicht mehr als Folgenbeseitigungsanspruch verstanden werden dürfte.

⁹⁰⁰ Vgl. hierzu: Ossenbühl/Cornils, StHR, S. 308 ff. m.w.N., 310; Schoch, VerwArch. 79 [1988], 1, 40; wohl auch: Ahrens, StHR, Rn. 303; Pietzko, FBA, S. 165.

gleichsteht,⁹⁰¹ zeigt der Rechtsanspruch deutlich, dass auch zukünftige Positionen rechtlich bereits geschützt sein können.⁹⁰²

Dennoch stimmt lediglich eine Minderheit auch im Ergebnis einer Folgenbeseitigungspflicht bei Leistungspflichtverletzungen zu.⁹⁰³ Vielmehr wird der Anwendungsbereich des Eingriffs durch qualifiziertes Unterlassen wiederum so eingeschränkt, dass die Verletzung von Leistungspflichten keine unmittelbare Verpflichtung zur erstmaligen Leistungsgewähr begründet, weil der Anspruch sich ansonsten zu einem allgemeinen Wiedergutmachungsanspruch wandeln könnte.⁹⁰⁴ Wenn rechtswidrig eine Leistung abgelehnt wurde oder die Verwaltung gänzlich untätig blieb, scheidet deshalb ein Folgenbeseitigungsanspruch aus, weil in diesen Fällen der primäre Leistungsanspruch gerade nicht untergegangen sei und selbstständig durchgesetzt werden könne.⁹⁰⁵ Von diesem Grundsatz wird wiederum eine Ausnahme diskutiert, wenn der Leistungsanspruch zwischenzeitlich wegen einer Änderung der Sach- oder Rechtslage entfallen ist und der Beurteilung des Sachverhaltes nicht die frühere Rechtslage zugrunde gelegt werden kann.⁹⁰⁶ Die vorherrschende Ansicht bleibt bei ihrer ablehnenden Haltung, weil die Gesetzesbindung der Verwaltung (an die neue

⁹⁰¹ Schoch, VerwArch. 79 [1988], 1, 40; Maaß, BayVBl. 1987, 520, 525 f.

⁹⁰² Eine andere Frage ist es allerdings, ob deshalb auch die (erstmalige) Einräumung dieser Rechtspositionen über den Folgenbeseitigungsanspruch erfolgen muss/darf. So auch: Pietzko, FBA, S. 177 („Zweifelhaft ist mithin nicht die Existenz einer Rechtsposition als solcher, sondern die Schutzwürdigkeit dieser Rechtsstellung im Rahmen des Folgenbeseitigungsanspruchs.“).

⁹⁰³ Etwa: OVG Hamburg, Urte. v. 2.2.1957 – Bf III 53/56 = VerwRspr. 9, Nr. 137, 635, 637; OVG Niedersachsen, Urte. v. 2.2.1965 – II OVG A 69/62 = DVBl. 1967, 206 ff.; VG Köln, Urte. v. 30.8.1979 – 1 K 4085/78 = DVBl. 1980, 385 f.; Menger, in: FS für Jellinek, S. 347, 351 Maaß, VR 1985, 71, 73.

⁹⁰⁴ Sproll, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, StHR, § 12, Rn. 30.

⁹⁰⁵ BVerwG, Urte. v. 26.10.1967 – II C 22/65 = BVerwGE 28, 155, 165; Papier, DÖV 1972, 845, 845 f., 850 („Solange dem Gläubiger der [primäre] Erfüllungsanspruch zusteht, bedarf es einerseits keines Folgenbeseitigungsanspruchs, um die Beseitigung der in der Vorenthaltung der Leistung liegende Rechtsbeeinträchtigung zu verlangen. Er begehrt einfach Erfüllung. Andererseits findet mit dem Untergang des primären Leistungsanspruchs die in der Erfüllungsverweigerung liegende Rechtsbeeinträchtigung ihr Ende.“); Ossenbühl/Cornils, StHR, S. 377; Klein, in: Soergel [Hg.], § 839 BGB, Anhang, Rn. 207; Schulze, Ersatzleistungen, S. 137 f.; Schoch, VerwArch. 79 [1988], 1, 41; Riefner, DVBl. 1967, 186, 188 f.; Baumeister, Folgenbeseitigungsanspruch, S. 73 f. 131 ff.; Weyreuther, Gutachten, B 51, B 76 ff., B 93 ff.; Sproll, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, StHR, § 12, Rn. 31; Grzeszick, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 45; Klein, in: Soergel [Hg.], § 839 BGB, Anhang, Rn. 207; Schneider, Folgenbeseitigung, S. 100 f.; Schnapp, SGB 1977, 307, 308; Bender, StHR, Rn. 455 (mit aus diesen Gründen kritischem Bezug zum Herstellungsanspruch).

⁹⁰⁶ Vgl. m.w.N. zu den verschiedenen Ansichten: Pietzko, FBA, S. 181 ff.; Schneider, Folgenbeseitigung, S. 101 ff.

Sach- und Rechtslage) nicht gelockert werden dürfe und die Folgenbeseitigung jedenfalls rechtlich unmöglich geworden sei.⁹⁰⁷ Allenfalls die Folgenbeseitigungslast könne noch die Geltendmachung der Leistung ermöglichen.⁹⁰⁸ Dadurch entstehende Rechtsschutzlücken müssten hingenommen werden,⁹⁰⁹ denn der Gesetzgeber sei „*durchaus in der Lage, bestehende Rechtspositionen zu entziehen.*“⁹¹⁰

Zusammenfassend hält die herrschende Ansicht Eingriffe durch Unterlassen generell für möglich – Uneinigkeit besteht hingegen bzgl. der Reichweite und der sich hieraus ergebenden rechtlichen Konsequenzen.⁹¹¹

⁹⁰⁷ Vgl. BVerwG, Urt. v. 12.3.1987 – 2 C 60/85 = DVBl. 1987, 1158; BVerwG, Urt. v. 29.8.1961 – I C 167/59 = DVBl. 1962, 178, 179; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 24.5.1984 – 9 S 1235/84 = JZ 1984, 999; Bayerischer VGH, Urt. v. 27.4.1981 – 7 B 80 A.1876 = DVBl. 1981, 1158, 1159; *Schoch*, JURA 1993, 478, 482; *ders.*, VerwArch. 79 [1988], 1, 41; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 378, 386; *Pietzko*, FBA, S. 184 ff.; *Weyreuther*, Gutachten, B 96 f., B 116 f.; *Grzeszick*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 48; *Klein*, in: Soergel [Hg.], § 839 BGB, Anhang, Rn. 208; *Schneider*, Folgenbeseitigung, S. 101 ff.; **a.A.**: OVG Niedersachsen, Urt. v. 2.2.1965 – II OVG A 69/62 = DVBl. 1967, 206, 207 f.; OVG Hamburg, Urt. v. 2.2.1957 – Bf III 53/56 = VerwRspr. 9, Nr. 137, S. 635, 637 f.; OVG Niedersachsen, Urt. v. 14.3.1963 – I OVG A 90/62 = OVGE 18, 501, 506 ff.; *Maß*, BayVBl. 1987, 520, 525 f.; *ders.*, VR 1985, 71, 73; *Ule*, DVBl. 1963, 475, 480 ff.; *Heise*, DÖV 1972, 271, 272 f. Wenn auch ohne ausdrückliche Bezugnahme auf den Folgenbeseitigungsanspruch allein für das Berufszulassungsrecht, wohl auch: BVerwG, Urt. v. 14.3.1961 – I C 48/57 = DVBl. 1961, 447.

⁹⁰⁸ *Schoch*, JURA 1993, 478, 482; *ders.*, VerwArch. 79 [1988], 1, 41 f.; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 378; *Klein*, in: Soergel [Hg.], § 839 BGB, Anhang, Rn. 208; *Schneider*, Folgenbeseitigung, S. 108 f.

⁹⁰⁹ *Schoch*, JURA 1993, 478, 482, 483 f.

⁹¹⁰ *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 42.

⁹¹¹ Teilweise wird versucht, den Streit dadurch zu umgehen, dass nicht auf ein Unterlassen des Verwaltungsträgers abgestellt wird, sondern auf ein mit diesem im Zusammenhang stehendes, vorangehendes positives Tun (*Schoch*, JURA 1993, 478, 482; *Bumke*, JuS 2005, 22, 22 f.; *Ahrens*, StHR, Rn. 303; *Klein*, in: Soergel [Hg.], § 839 BGB, Anhang, Rn. 208; *Schneider*, Folgenbeseitigung, S. 109 ff.). Diese Ansätze können jedoch nicht weiterhelfen, wo der Schwerpunkt des behördlichen Verhaltens eindeutig in der Nichterfüllung einer Leistungspflicht liegt. Bspw. muss Leistungsverweigerung als Fall des qualifizierten Unterlassens diskutiert werden, obwohl mit der Weigerung selbst auch ein positives Tun der Verwaltung vorliegt (vgl. *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 40 f.). Entsprechend der allgemeinen Abgrenzung von Tun und Unterlassen nach dem Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit (vgl. hierzu allgemein: BGH, Urt. v. 22.7.2010 – I ZR 139/08; *Teichmann*, in: Jauernig, § 823 BGB, Rn. 30), können schwerpunktmäßige Unterlassungen nicht zu Eingriffen durch positives Tun uminterpretiert werden. Dies kann auch nicht dadurch geschehen, dass Leistungspflichten zugleich ein korrespondierender Unterlassungsanspruch zuerkannt wird, der durch das Fehlverhalten verletzt wird; wenn die Verwaltung zu A verpflichtet ist, muss sie B unterlassen, so dass im Falle des Verhaltens B ein Unterlassungsanspruch betroffen wäre (so wohl: BSG, Urt. v. 31.3.1998 – B 1 KR 9/95 R = BSGE 82, 78, 80 – „*Wie bei jeder Handlungspflicht korrespondiert*

Das BVerwG hat die Möglichkeit eines Eingriffs durch Unterlassen zunächst sehr kritisch betrachtet.⁹¹² Später hat sich das Gericht jedoch der befürwortenden Ansicht grds. angeschlossen (ohne einen Folgenbeseitigungsanspruch durch Unterlassen inhaltlich näher zu bestimmen).⁹¹³ Ein Folgenbeseitigungsanspruch sei auf die „*Beseitigung der rechtswidrigen Folgen eines Tuns oder Unterlassens der vollziehenden Gewalt gerichtet*“⁹¹⁴, weshalb sowohl durch hoheitliches Handeln als auch Unterlassen in ein subjektives Recht des Betroffenen eingegriffen werden kann. Auf der Rechtsfolgenseite hat sich das Gericht jedoch unverändert restriktiv positioniert.⁹¹⁵

(b) Rechtswidrigkeit des Zustandes

Nicht die Rechtswidrigkeit des Eingriffs, sondern allein die Rechtswidrigkeit des andauernden Zustandes soll den Folgenbeseitigungsanspruch auslösen.⁹¹⁶ Diese Anknüpfung an ein Erfolgs- statt an ein Verhaltensunrecht, scheint erhebliches Konfliktpotential zu beinhalten.⁹¹⁷ Tatsächlich wird aber aus der (materiellen) Rechtswidrigkeit des Eingriffsaktes regelmäßig auf die Rechtswidrigkeit des daraus hervorgegangenen Zustandes geschlossen, weil der Bürger die Folgen materiell-rechtswidrigen Verwaltungsverhaltens – anders als die Folgen rechtmäßigen Verwaltungsverhaltens – nicht hinnehmen muss.⁹¹⁸ Der rechtswidrige Verwaltungsverhaltens geschaffene Zustand ist nur dann nicht auch

damit eine Pflicht zur Unterlassung von Tätigkeiten, die dem vorgegebenen Handlungsziel zuwiderlaufen.“). Denn dies kann inhaltlich nicht über die strittige Frage hinwegtäuschen, ob die im Vordergrund stehende Beeinträchtigung des Leistungsrechts einen Folgenbeseitigungsanspruch begründet (vgl. hierzu auch: *Weyreuther*, Gutachten, B 96).

⁹¹² Vgl. BVerwG, Urt. v. 26.10.1967 – II C 22/65 = DÖV 1968, 419, 422; BVerwG, Urt. v. 26.10.1967 – II C 22/65 = BVerwGE 28, 155, 165.

⁹¹³ **A.A.:** *Schmidt-De Caluwe*, S. 276 f.; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 377 (es handele sich lediglich um eine „*undifferenzierte und auch nicht weiter ausgeführte Bemerkung*“ des Gerichts).

⁹¹⁴ BVerwG, Urt. v. 19.7.1984 – 3 C 81/82 = BVerwGE 69, 366, 371; vgl. auch: BVerwG, Urt. v. 21.9.2000 – 2 C 5/99 = NJW 2001, 1878, 1882.

⁹¹⁵ Etwa: BVerwG, Urt. v. 18.4.2002 – 2 C 19/01 = NVwZ-RR 2002, 620, 620 f.; BVerwG, Urt. v. 21.9.2000 – 2 C 5/99 = NJW 2001, 1878, 1882; BVerwG, Urt. v. 12.6.1979 – II C 19/75.

⁹¹⁶ BVerwG, Urt. v. 23.5.1989 – 7 C 2/87 = BVerwGE 82, 76, 95; *Ipsen*, AllgVerwR, Rn. 1342; *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1209; *Schloer*, JA 1992, 39, 42; *Grzeszick*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 53.

⁹¹⁷ Vgl. m.w.N. zu den verschiedenen Ansichten: *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 42; *Schneider*, Folgenbeseitigung, S. 82 f.

⁹¹⁸ *Bumke*, JuS 2005, 22, 23; *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1209; *Ahrens*, StHR, Rn. 305; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 140; *Grzeszick*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 53. Formelle Rechtswidrigkeit soll allein nicht ausreichen, um einen Folgenbeseitigungsanspruch zu begründen (*Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 379).

rechtswidrig, wenn den Bürger eine entsprechende Duldungspflicht trifft, die sich aus einem wirksamen Verwaltungsakt, einem öffentlich-rechtlichen Vertrag oder der Einwilligung des Bürgers ergeben kann.⁹¹⁹ Bei wirksamen Verwaltungsakten ist der Bürger zur Duldung verpflichtet, weil auch diese in ihren rechtlichen Anordnungen rechtsverbindlich sind.⁹²⁰ Der Betroffene muss daher die Aufhebung des Verwaltungsaktes anstreben, bevor er einen Folgenbeseitigungsanspruch geltend machen kann.⁹²¹ Dies sichert die Einhaltung der maßgeblichen Widerspruchs-, Klage- und Aufhebungsvorschriften (§§ 42, 68 ff. VwGO, §§ 48 f. VwVfG bzw. §§ 54, 83 ff. SGG, §§ 44 ff. SGB X).⁹²²

Die Feststellung, dass ein Eingriffsakt ggf. zunächst rechtmäßig ist, schließt die Möglichkeit nicht aus, dass der daraus hervorgehende Zustand dennoch ggf. rechtswidrig wird. Wenn die Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit des Eingriffs zwischenzeitlich entfallen, wandelt sich der rechtmäßige Zustand (der aus einem rechtmäßigen Eingriff folgte) in einen rechtswidrigen Zustand um.⁹²³ Zur Begründung kann der andauernde Eingriff ab Entfallen der Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen – für eine juristische Sekunde – als rechtswidriger Eingriff angesehen werden, der fortan lediglich einen rechtswidrigen Zustand begründet.

(c) Rechtsfolge: Status quo ante oder Wiedergutmachung?

Obwohl auch die Rechtsfolge des Folgenbeseitigungsanspruchs teilweise als Naturalrestitution bezeichnet wird,⁹²⁴ soll im Vergleich zu § 249 I BGB nur eine im Umfang beschränkte Naturalrestitution geschuldet sein. Geschuldet sei nicht die (erstmalige) Herstellung eines rechtmäßigen Zustandes, wie er ohne Eingriff bestehen würde, sondern nur die Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes durch Wiederherstellung des Zustandes, wie er schon einmal tatsäch-

⁹¹⁹ *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 140 f.; *Schloer*, JA 1992, 39, 43; *Bumke*, JuS 2005, 22, 23 f.; *Ahrens*, StHR, Rn. 306 ff.; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 89, Rn. 5.

⁹²⁰ *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1210; *Ahrens*, StHR, Rn. 307; *Sproll*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, StHR, § 12, Rn. 40; *Klein*, in: *Soergel [Hg.]*, § 839 BGB, Anhang, Rn. 214.

⁹²¹ *Schloer*, JA 1992, 39, 43; *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1210; *Sproll*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, StHR, § 12, Rn. 40.

⁹²² Vgl. *Papier*, in: *Isensee/Kirchhof [Hg.]*, HdStR, Bd. VIII, § 180, Rn. 80; *Klein*, in: *Soergel [Hg.]*, § 839 BGB, Anhang, Rn. 214.

⁹²³ *Bumke*, JuS 2005, 22, 23; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR I, § 52, Rn. 24.

⁹²⁴ Etwa: BVerwG, Urt. v. 19.7.1984 – 3 C 81/82 = BVerwGE 69, 366, 371; *Schloer*, JA 1992, 39, 41; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR I, § 52, Rn. 28; *von und zu Franckenstein*, NVwZ 1999, 158, 158; zu Recht kritisch hierzu: *Schneider*, Folgenbeseitigung, S. 119.

lich bestanden hat.⁹²⁵ Der Folgenbeseitigungsanspruch ist nicht auf Geldersatz gerichtet, sondern ermöglicht es, „*rechtswidrige Folgen eines hoheitlichen Verhaltens in natura zu beseitigen*.“⁹²⁶ Lediglich wenn der rechtswidrige Zustand selbst in einem Geldverlust liegt, kann der Folgenbeseitigungsanspruch auf Wiederherstellung der Geldsumme gerichtet sein,⁹²⁷ während bspw. der Ersatz eines entgangenen Gewinns⁹²⁸ oder immaterieller Schäden⁹²⁹ nicht beseitigungsfähig sind. Die gegenüber der Naturalrestitution beschränkte Rechtsfolge wird als sog. *negatorische* oder *quasi-negatorische Folgenbeseitigung* bezeichnet,⁹³⁰ die einen Verwaltungsträger zu dem positiven Tun verpflichtet, das erforderlich ist, um die Folgen des rechtswidrigen Zustandes auszuräumen.⁹³¹ Je nach Einzelfall soll der Verwaltungsträger zur Vornahme des Umkehraktes (*actus contrarius*), zur Einstellung von Störungen und/oder zum aktiven Tätigwer-

⁹²⁵ BVerwG, Urt. v. 19.7.1984 – 3 C 81/82 = BVerwGE 69, 366, 371; BVerwG, Urt. v. 26.8.1993 – 4 C 24/91 = BVerwGE 94, 100, 109 f.; BVerwG, Urt. v. 18.4.2002 – 2 C 19/01 = NVwZ-RR 2002, 620, 620 f.; *Schloer*, JA 1992, 39, 41; *Durner*, JuS 2005, 900, 900; *Bumke*, JuS 2005, 22, 24; *Maurer*, AllgVerwR, § 30, Rn. 11; kritisch: *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 47 ff.; *Stein/Itzel/Schwall*, Praxishandbuch StHR, Rn. 403; *Ahrens*, StHR, Rn. 323; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR I, § 52, Rn. 27 f.; *Sproll*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, StHR, § 12, Rn. 52; *Grzeszick*, in: *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, StHR, Rn. 20; kritisch hierzu: *Ipsen*, AllgVerwR, Rn. 1348 f. Abweichende Äußerungen, wonach auch der Folgenbeseitigungsanspruch „*auf die Herstellung jenes rechtmäßigen Zustandes gerichtet [sei], der bestünde, wenn es zu dem rechtswidrigen Eingriff nicht gekommen wäre*“ (BVerwG, Urt. v. 8.12.1995 – 8 C 37/93 = BVerwGE 100, 83, 101), sind lediglich sprachlich missglückt (vgl. BVerwG, Urt. v. 14.7.2010 – 1 B 13/10).

⁹²⁶ BVerwG, Urt. v. 19.7.1984 – 3 C 81/82 = BVerwGE 69, 366, 371; vgl. auch: *Grzeszick*, in: *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, StHR, Rn. 20; *Bonk*, in: *Sachs* [Hg.], Art. 34 GG, Rn. 45.

⁹²⁷ Vgl. BVerwG, Urt. v. 19.7.1984 – 3 C 81/82 = BVerwGE 69, 366, 371; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 89, Rn. 7; *Sproll*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, StHR, § 12, Rn. 54, Fn. 101; *Grzeszick*, in: *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, StHR, Rn. 23 ff.

⁹²⁸ Vgl. BVerwG, Urt. v. 12.6.1970 – VII C 70/68 = BVerwGE 35, 268, 272 f.; BVerwG, Urt. v. 18.4.2002 – 2 C 19/01 = NVwZ-RR 2002, 620, 621; *Fiedler*, NVwZ 1986, 969, 976; *Schloer*, JA 1992, 39, 41; *Schoch*, JURA 1993, 478, 482; **a.A.:** *Maaß*, BayVBl. 1987, 520, 525.

⁹²⁹ BVerwG, Urt. v. 18.4.2002 – 2 C 19/01 = NVwZ-RR 2002, 620, 621. Dies stellt nicht zwingend einen Widerspruch zur Rechtsprechung auf Widerruf ehrkränkender Behauptungen mittels Folgenbeseitigungsanspruch dar (vgl. *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 357 f. m.w.N.), wenn man diesen Folgenbeseitigungsanspruch nicht als Ersatz des immateriellen Schadens der Kränkung versteht, sondern als Restitutionsanspruch bzgl. der persönlichen Ehre selbst.

⁹³⁰ Etwa: *Grzeszick*, in: *Erichsen/Ehlers* [Hg.], AllgVerwR, § 45, Rn. 115; *Bettermann*, DÖV 1955, 528, 534; *Pietzko*, FBA, S. 391 ff.; *Schleeh*, AöR 92 [1967], 58, 66; kritisch: *Bender*, VBIBW 1990, 223, 224 f.

⁹³¹ *Maurer*, AllgVerwR, § 30, Rn. 12.

den mit dem Ziel der Wiederherstellung des status quo ante verpflichtet sein⁹³² – ggf. soll auch der Erlass eines Verwaltungsaktes (insbesondere gegenüber Dritten) über den Folgenbeseitigungsanspruch beanspruchbar sein⁹³³.

Die Reichweite der negatorischen Folgenbeseitigungspflicht ist umstritten. Nach dem engsten Verständnis ist ein Folgenbeseitigungsanspruch ausgeschlossen, wenn nicht in allen Einzelheiten derselbe Zustand wiederhergestellt werden kann, der vor dem Eingriff bestand.⁹³⁴ Wenn bspw. rechtswidrig eine Mauer abgerissen wurde, könne der Folgenbeseitigungsanspruch nur auf Wiederaufbau derselben Mauer aus denselben Originalsteinen gerichtet sein – andere Steine dürften nicht verwandt werden, weil dann nicht derselbe Zustand begründet werden würde.⁹³⁵ Die wohl herrschende Ansicht lehnt dieses Verständnis ab. Der negatorische Folgenbeseitigungsanspruch richte sich auf die Wiedereinräumung des gleichen Zustandes, der vor dem Eingriff bestanden hat, oder auf die Einräumung eines Zustandes, der dem ursprünglichen Zustand gleichwertig ist.⁹³⁶ Entscheidend sei daher im Fall der abgerissenen Mauer nicht,

⁹³² *Schoch*, JURA 1993, 478, 484; *Schleeh*, AöR 92 [1967], 58, 94. Der Versuch, eine gegenüber der Naturalrestitution beschränkte Folgenbeseitigungspflicht zu etablieren, erinnert an die zivilrechtlichen Bestrebungen, den Beseitigungsanspruch aus § 1004 BGB (analog) durch Verkürzungen gegenüber der Naturalrestitutionspflicht des § 249 I BGB auszugestalten (hierzu: *Schleeh*, AöR 92 [1967], 58, 78 ff.; *Katzenstein*, AcP 211 [2011], 58, 62 f., 70 ff.; *Gursky*, in: Staudinger, § 1004 BGB, Rn. 137 ff.; *Baldus*, in: MüKo BGB, § 1004 BGB, Rn. 103 ff.; *Baur/Stürner*, SachenR, § 12, Rn. 20 f. jeweils m.w.N. zu den verschiedenen Ansichten). Selbst wenn dem Anspruch keine analoge Anwendung der §§ 1004, 862, 12 BGB zu Grunde gelegt wird, wurden in der Vergangenheit aus der Reichweite der verschuldensunabhängigen Beseitigungsansprüche aus § 1004 BGB wichtige Rückschlüsse für die Reichweite eines verschuldensunabhängigen öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruchs gezogen (*Fiedler*, NVwZ 1986, 969, 974 f.). Inzwischen wird der Folgenbeseitigungsanspruch allerdings als weitergehend als die Beseitigungsansprüche aus § 1004 BGB verstanden, weil er ggf. auch auf die Beseitigung der Störungsquelle selbst gerichtet sein kann (*Durner*, JuS 2005, 900, 900 f.; *Schoch*, JURA 1993, 478, 480; hierzu eingrenzend: *Bumke*, JuS 2005, 22, 25; *Ahrens*, StHR, Rn. 325; *Papier*, in: Isensee/Kirchhof [Hg.], HdStR, Bd. VIII, § 180, Rn. 80).

⁹³³ *Ipsen*, AllgVerwR, Rn. 1350, 1359; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 147; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs öffentliches Recht, § 89, Rn. 11; *Sproll*, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, StHR, § 12, Rn. 68.

⁹³⁴ VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 17.8.1989 – 5 S 1517/89 = NVwZ-RR 1990, 449; *Kemmler*, JA 2005, 908, 909; wohl auch: *Fiedler*, NVwZ 1986, 969, 976.

⁹³⁵ *Kemmler*, JA 2005, 908, 909.

⁹³⁶ Etwa: OVG Hamburg, Urt. v. 27.9.1977 – Bf II 83/76 = NJW 1978, 658, 659; OVG Niedersachsen, Urt. v. 30.5.1990 – 12 L 177/89 = UPR 1991, 78, 78; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 2.9.1982 – 5 S 418/82 = VBIBW 1983, 141, 142; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 29.2.1984 – 5 S 2643/83 = NJW 1985, 1482; *Schoch*, JURA 1993, 478, 484; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs öffentliches Recht, § 89, Rn. 7; *Ahrens*, StHR, Rn. 323; *Stein/Itzel/Schwall*, Praxishandbuch StHR, Rn. 403; *Bumke*, JuS 2005, 22, 24; *Sproll*, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, StHR, § 12, Rn. 52; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*,

ob aus denselben Steinen dieselbe Mauer wiederzusammengesetzt werden kann, sondern ob eine vergleichbare Mauer errichtet werden kann, die die Funktion der früheren Mauer übernimmt.⁹³⁷ Bereits aufgrund des zwischenzeitlich eingetreten Zeitablaufes kann für den Bürger niemals wieder derselbe Zustand wiederhergestellt werden, der schon einmal bestanden hat.⁹³⁸ Der status quo ante kann daher immer nur eine Orientierungshilfe für die Wiederherstellung bieten, die diesen Zustand nie mehr vollständig erreichen wird.⁹³⁹ Dieser Einschätzung ist zuzustimmen. Das Beispiel der abgerissenen Mauer zeigt deutlich, dass der agierende Verwaltungsträger es anderenfalls selbst in der Hand hätte, sich einer Folgenbeseitigungspflicht zu entziehen, indem er darauf achtet, die bestehenden Zustände unwiederbringlich zu vernichten (bspw. die einzelnen Steine beim Abbruch beschädigt oder unauffindbar wegräumt). Dieses Ergebnis kann im Hinblick auf das Ziel der Folgenbeseitigung nicht überzeugen, die die Möglichkeit einer Naturalrestitution gerade abseits des Entschädigungsrechts einräumen soll, damit dieser nicht dauerhaft den Folgen rechtswidrig ausgeübter Hoheitsgewalt ausgesetzt ist. Auch in dieser Arbeit wird daher dem negatorischen Folgenbeseitigungsanspruch der Inhalt zu Grunde gelegt, dass er auch die Wiederherstellung eines gleichwertigen Zustandes erfasst.⁹⁴⁰

Eine Mindermeinung will – in Einzelheiten durchaus voneinander abweichend – die Folgenbeseitigungspflicht hingegen i.S.e. umfassenden Naturalrestitutionspflicht oder allgemeinen Wiedergutmachungspflicht verstanden wissen.⁹⁴¹ Derartige Versuche haben sich bislang ebenso wenig durchsetzen können, wie der Versuch *Schleehs*, zwischen einem be-

VerwR I, § 52, Rn. 27; *Mazur*, ZJS 2011, 321, 322 f.; *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1201; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 368, Fn. 123; *Bender*, VBIBW 1990, 223 ff.; *Papier*, in: I-sensee/Kirchhof [Hg.], HdStR, Bd. VIII, § 180, Rn. 79 f.; *Klein*, in: Soergel [Hg.], § 839 BGB, Anhang, Rn. 217; *Schneider*, Folgenbeseitigung, S. 120 ff.

⁹³⁷ *Bumke*, JuS 2005, 22, 24.

⁹³⁸ *Schoch*, JURA 1993, 478, 484; *Bumke*, JuS 2005, 22, 24; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs öffentliches Recht, § 89, Rn. 7.

⁹³⁹ *Schoch*, JURA 1993, 478, 484; *Bumke*, JuS 2005, 22, 24, Fn. 19.

⁹⁴⁰ Die Befürworter einer Ausdehnung der Folgenbeseitigungspflicht auf Schaffung eines gleichwertigen Zustandes betonen, dass durch diesen Anspruchsinhalt keinesfalls eine Naturalrestitution i.S.d. § 249 I BGB herbeigeführt werde, weil auch dieser Zustand hinter einer vollständigen Wiedergutmachung zurückbleibe (*Schoch*, JURA 1993, 478, 484 m.w.N.). Eine bildhafte Umschreibung für diese Unterscheidung findet *Schneider*: Wenn zu Unrecht eine dreijährige Tanne gefällt worden ist, bedeutet Naturalrestitution nach Ablauf eines Jahres, dass beim Bürger eine vierjährige Tanne eingepflanzt wird, während die Wiederherstellung eines gleichwertigen Zustandes bedeute, dass der Bürger eine dreijährige Tanne erhalte (*Schneider*, Folgenbeseitigung, S. 118 f., 128).

⁹⁴¹ Etwa: *Menger*, in: FS für Jellinek, S. 347, 350 ff.; *Redeker*, DÖV 1987, 194, 198; *Haas*, Entschädigungspflichten, S. 59 ff.; *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 45, Rn. 116 ff.; *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 412 f.; in Ansätzen wohl auch: *Fiedler*, NVwZ 1986, 969, 977.

schränkten, negatorischen, verschuldensunabhängigen Beseitigungsanspruch und einem verschuldensabhängigen deliktischen Beseitigungsanspruch zu differenzieren, der eine vollständige Naturalrestitution gewähre, während beide Ansprüche auf die Eingriffsverwaltung beschränkt blieben.⁹⁴²

In Bezug auf den Umfang der Folgenbeseitigung wurde teilweise danach differenziert, ob das zugrundeliegende subjektive Recht ein Leistungs- oder Unterlassungsanspruch ist. So versucht der Hessische VGH für einen Folgenbeseitigungsanspruch wegen Eingriffes durch Unterlassen nicht auf die Wiederherstellung eines früheren Zustandes abzustellen, sondern formuliert: „*Dementsprechend kann auch der Anspruch auf Beseitigung der Folgen rechtswidriger Untätigkeit der Verwaltung nur auf Herstellung (nicht Wiederherstellung) des Zustands zielen, der bestehen würde, wenn die Verwaltung pflichtgemäß tätig geworden wäre. Nicht dagegen ist ein etwaiger Folgenbeseitigungsanspruch bei Untätigkeit der Verwaltung auf Schadloshaltung wegen aller Folgen der Untätigkeit gerichtet [...]*“.⁹⁴³ Inhaltlich getragen wird diese Ansicht von der Erkenntnis, dass dem Betroffenen mit der Wiederherstellung des status quo ante nicht geholfen ist, falls er die Veränderung seiner Stellung begehrt, die mit der Beachtung des Leistungsrechts einhergegangen wäre.⁹⁴⁴ Die Beeinträchtigung liegt schließlich darin, dass sich der status quo ante nicht entsprechend dem Leistungsrecht verändert hat. Das BVerwG lehnt derartige Unterscheidungen nach zugrundeliegenden Unterlassungs- oder Leistungsansprüchen ab. Auch bei einem Eingriff durch Unterlassen könne nur die Wiederherstellung des status quo ante verlangt werden.⁹⁴⁵ Ein Folgenbeseitigungsanspruch richte „*sich nur auf die Wiederherstellung des ursprünglichen, durch hoheitlichen Eingriff veränderten Zustandes*“ – nicht auf einen „*darüber hinausgehenden Erfolg*“.⁹⁴⁶ Im Ergebnis wird die fehlende Passgenauigkeit einer Wiederherstellung des status quo ante bei Leistungsrechtsverletzungen auch von den Kritikern einer Einbeziehung von Leistungsansprüchen bzw. des Eingriffes durch Unterlassen nicht bestritten. Sie wollen jedoch nicht die Rechtsfolge des Folgenbeseitigungsanspruchs anpassen, sondern vielmehr die für Unterlassungspflichten passende Rechtsfolge beibehalten und Leistungsansprüche bzw. Ein-

⁹⁴² *Schleeh*, AöR 92 [1967], 58, 94 f.

⁹⁴³ VGH Hessen, Urt. v. 9.9.1971 – V OE 1/71 = ZfSH 1972, 90; zustimmend: *Hauelsen*, DVBl. 1973, 739, 741; *Olbertz*, S. 174; offengelassen: *Papier*, DÖV 1972, 845, 847, 851.

⁹⁴⁴ Vgl. *Papier*, DÖV 1972, 845, 847.

⁹⁴⁵ Vgl. BVerwG, Urt. v. 18.4.2002 – 2 C 19/01 = NVwZ-RR 2002, 620, 620 f.; BVerwG, Urt. v. 21.9.2000 – 2 C 5/99 = NJW 2001, 1878, 1882; vgl. schon: BVerwG, Urt. v. 12.6.1979 – II C 19/75.

⁹⁴⁶ BVerwG, Urt. v. 26.10.1967 – II C 22/65 = DVBl. 1968, 641, 644.

griffe durch Unterlassen aus dem Anwendungsbereich des Folgenbeseitigungsanspruchs ausnehmen. Teilweise wird deshalb der Schluss gezogen, dass auch die tatbestandliche Erweiterung des Folgenbeseitigungsanspruchs auf Eingriffe durch Unterlassen seitens des BVerwG nur beiläufig und unbewusst erfolgt sein könne, wenn nicht zugleich auch die Rechtsfolge modifiziert werde.⁹⁴⁷

(d) Beseitigung nur der unmittelbaren Folgen

Eine Beseitigungspflicht besteht nur für unmittelbare Folgen des Verwaltungsverhaltens,⁹⁴⁸ weil aus Art. 20 III GG folge, dass nur das rechtswidrige Verhalten eines Hoheitsträgers und seine unmittelbaren Folgen keinen Bestand haben dürften.⁹⁴⁹ Ansonsten drohe ein unzulässiger allumfassender Wiedergutmachungsanspruch.⁹⁵⁰ Der Antwort auf die Frage, was noch als „unmittelbare“ Folge des Verwaltungsverhaltens angesehen werden kann, dient die Bestimmung der haftungsausfüllenden Kausalität⁹⁵¹ durch wertende Betrachtung.⁹⁵² Eine Unmittelbarkeit wird jedenfalls dann abgelehnt, wenn die fragliche Position auf einem eigenen Willensentschluss des Betroffenen beruht (bspw. die Aufnahme eines verzinsten Kredites).⁹⁵³

⁹⁴⁷ Vgl. *Schmidt-De Caluwe*, S. 276.

⁹⁴⁸ BVerwG, Urt. v. 19.7.1984 – 3 C 81/82 = BVerwGE 69, 366, 372; OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 26.9.1985 – 1 A 89/84 = NJW 1986, 953, 954; *Kraft*, BayVBl. 1992, 456, 459; *Schoch*, JURA 1993, 478, 484; *Durner*, JuS 2005, 900, 900; *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1207 f.; *Maurer*, AllgVerwR, § 30, Rn. 16; *Sproll*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, StHR, § 12, Rn. 37; *Bumke*, JuS 2005, 22, 24 f.; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 368 f.; *Stein/Itzel/Schwall*, Praxishandbuch StHR, Rn. 405; *Ahrens*, StHR, Rn. 324; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR I, § 52, Rn. 30; *Sproll*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, StHR, § 12, Rn. 37; *Grzeszick*, in: *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, StHR, Rn. 31 ff.; *Köckerbauer*, JuS 1988, 782, 785 f.

⁹⁴⁹ BVerwG, Urt. v. 19.7.1984 – 3 C 81/82 = BVerwGE 69, 366, 373; kritisch: *Grzeszick*, in: *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, StHR, Rn. 34; *Maaß*, BayVBl. 1987, 520, 525.

⁹⁵⁰ *Bumke*, JuS 2005, 22, 24 f.; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 141; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR I, § 52, Rn. 30; *Sproll*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, StHR, § 12, Rn. 54.

⁹⁵¹ *Bumke*, JuS 2005, 22, 24. Teilweise wird auch genauer herausgearbeitet, dass die Rechtsprechung die Unmittelbarkeit als Teil der haftungsausfüllenden Kausalität begreift, während die Literatur überwiegend zu einer Einordnung innerhalb der haftungsbegründenden Kausalität tendiere; vgl. *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 370 f.; *Bethge/Detterbeck*, JURA 1991, 550, 555; *Sproll*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, StHR, § 12, Rn. 37, 54.

⁹⁵² *Sproll*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, StHR, § 12, Rn. 54; *Erbguth*, AllgVerwR, § 41, Rn. 13.

⁹⁵³ BVerwG, Urt. v. 19.7.1984 – 3 C 81/82 = BVerwGE 69, 366, 372 f.; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 25.5.1992 – A 12 S 1167/91 = VBIBW 1993, 26, 28; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 141; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs öffentliches Recht, § 89, Rn. 10; *Grzeszick*, in: *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, StHR, Rn. 31 f.; *Kraft*, BayVBl. 1992, 456, 459.

Ein Teil der Literatur will statt dieses „*Verlegenheitsbegriffs*“⁹⁵⁴ auf den Schutzzweck der Norm abstellen und durch Auslegung ermitteln, ob das beeinträchtigte subjektive Recht gerade vor den eingetretenen Nachteilen schützen soll.⁹⁵⁵ Nach anderen sollen andere Aspekte entscheidend sein⁹⁵⁶ oder es soll darauf ankommen, ob die Folge mit dem Verwaltungsverhalten final bezweckt war.⁹⁵⁷ Wiederum andere Stimmen halten eine Abgrenzung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Folgen für ebenso unergiebig wie die Abgrenzungsversuche bei unmittelbaren und mittelbaren Grundrechtseingriffen.⁹⁵⁸

(e) Folgenbeseitigungsanspruch: Bundes- oder Landesrecht?

Oftmals heißt es zu Unrecht, dass das BVerwG den Anspruch als Teil des Bundesrechts verstehe.⁹⁵⁹ Das Gericht hat zwar insbesondere in Bezug auf die Revisionsfähigkeit des Folgenbeseitigungsanspruchs mehrfach ausgeführt, dass es sich um einen Anspruch aus dem Bundesrecht handelt,⁹⁶⁰ aber in einer späteren Entscheidung wird deutlich, dass die Rechtsebene der subjektiven Rechte entscheidend sein soll, in die eingegriffen wurde und auf die sich der Eingriff ggf. auswirkt.⁹⁶¹ Der Folgenbeseitigungsanspruch teilt deshalb die Rechtsebene mit dem subjektiven Recht, aus dessen Verletzung er erwachsen soll. Tatsächlich ist es nicht plausibel, dass einem Anspruch auf Restitution eines Rechtes ein anderer (sogar ein höherer) Rang zukommen soll als dem verletzten Recht selbst. Die Restitution einer Rechtsverletzung kann nicht höherrangig sein als die Beachtung dieses Rechts.

⁹⁵⁴ Schoch, JURA 1993, 478, 484; Ossenbühl/Cornils, StHR, S. 368; unklar: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, VerwR I, § 52, Rn. 30.

⁹⁵⁵ Vgl. Schoch, JURA 1993, 478, 484; Detterbeck, AllgVerwR, Rn. 1208; Bethge/Detterbeck, JURA 1991, 550, 555; wohl auch: Schmidt-De Caluwe, S. 276 f., 282.

⁹⁵⁶ Vgl. Köckerbauer, JuS 1988, 782, 786.

⁹⁵⁷ Schulze, Ersatzleistungen, S. 141; Grzeszick, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 31; Klein, in: Soergel [Hg.], § 839 BGB, Anhang, Rn. 224; Kraft, BayVBl. 1992, 456, 459.

⁹⁵⁸ Vgl. Grzeszick, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 34.

⁹⁵⁹ Etwa: Schoch, JURA 1993, 478, 480; Bonk, in: Sachs [Hg.], Art. 34 GG, Rn. 45.

⁹⁶⁰ Vgl. BVerwG, Urt. v. 25.8.1971 – IV C 23/69 = DVBl. 1971, 858; BVerwG, Urt. v. 25.8.1971 – IV C 23/69 = NJW 1972, 269, 269.

⁹⁶¹ BVerwG, Urt. v. 3.1.1992 – 6 B 20/91 („Auch der vom Kläger geltend gemachte Folgenbeseitigungsanspruch hat landesrechtlichen Charakter, weil er darauf gerichtet ist, die von ihm behaupteten Folgen einer angeblich falschen Beratung über den Inhalt des § 25 der Niedersächsischen Verordnung [...] zu beseitigen. Die Beratungspflicht und deren Umfang sind landesrechtlich geregelt [...]. Bundesrechtliche Bezüge einer etwaigen Verletzung dieser Beratungspflicht sind hier nicht ersichtlich.“).

(2) *Gemeinsamkeiten und Unterschiede zum sozialrechtlichen Herstellungsanspruch*

(a) Überwiegend betonte Gemeinsamkeiten und Unterschiede

Lange Zeit bestand Uneinigkeit, ob Herstellungs- und Folgenbeseitigungsanspruch überhaupt materiell-rechtlich verschiedene Ansprüche sind.⁹⁶² Teilweise werden die Begriffe synonym benutzt,⁹⁶³ eine Ähnlichkeit betont⁹⁶⁴ oder sogar im Hinblick auf den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch von einem „*sozialrechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch*“⁹⁶⁵ gesprochen. Inzwischen hat sich jedoch die Einschätzung weitestgehend durchgesetzt, dass es sich um zwei unterschiedliche Ansprüche handelt.⁹⁶⁶ Diese Einschätzung mag auf den ersten Blick überraschen, weil beide Restitutionsansprüche einander augenscheinlich ähneln. So begründen sie gleichermaßen verschuldensunabhängige Ansprüche auf unmittelbare Staatshaftung, die im Zusammenhang mit subjektiven Rechtsbeeinträchtigungen steht und sich weder auf Schadensersatz noch auf Entschädigung in Geld richtet, sondern eine Restitution in natura ermöglicht.⁹⁶⁷ Abseits

⁹⁶² Vgl. *Schmidt-De Caluwe*, S. 266 f.; *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 407 f.

⁹⁶³ BSG, Urt. v. 29.1.2002 – B 10/14 EG 8/99 R = SozR 3-7833 § 1 Nr. 27; BSG, Urt. v. 22.3.1984 – 11 RLw 1/83; BSG, Urt. v. 21.5.1980 – 7 RAr 31/79; *Redeker*, DÖV 1987, 194, 198.

⁹⁶⁴ BSG, Urt. v. 15.10.1985 – 11a RA 39/84 = SozR 1200 § 14 Nr. 21; BSG, Urt. v. 23.3.1972 – 5 RJ 63/70 = BSGE 34, 124, 126; BSG, Urt. v. 13.5.1982 – 8 RK 34/81 = BSGE 53, 273, 277; *Scheerer*, SGB 1985, 300; *Kemmler*, JA 2005, 908, 910 („*Unterfall der Folgenbeseitigung: Sozialrechtlicher Herstellungsanspruch*“).

⁹⁶⁵ BSG, Urt. v. 28.11.1979 – 3 RK 64/77 = SozR 2200 § 182 Nr. 57.

⁹⁶⁶ Etwa: BSG, Urt. v. 18.3.1999 – B 3 P 8/98 R = SozR 3-3300 § 77 Nr. 1; BSG, Urt. v. 29.5.1996 – 3 RK 26/95 = BSGE 78, 243, 255; BSG, Urt. v. 27.11.1991 – 9a RV 1/90; BSG, Urt. v. 23.7.1986 – 1 RA 31/85 = BSGE 60, 158, 164 f.; BSG, Urt. v. 16.4.1985 – 12 RK 19/83 = SozR 2100 § 27 Nr. 3; BSG, Urt. v. 9.9.1981 – 3 RK 20/80; BSG, Urt. v. 23.9.1980 – 7 RAr 97/79; *Maurer*, AllgVerwR, § 30, Rn. 20; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 392, 395 f.; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 147; *Schmidt-De Caluwe*, S. 290; *Grzeszick*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 73; *Bogs*, in: Zacher [Hg.], FS zum 25jährigen Bestehen des BSG, Bd. I, S. 149, 152, 170 f.; *Ladage*, S. 76; *Sproll*, in: Deterbeck/Windthorst/Sproll, StHR, § 12, Rn. 62; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR I, § 52, Rn. 40; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 603.

⁹⁶⁷ In nahezu allen rechtswissenschaftlichen Abhandlungen zum Staatshaftungsrecht wird daher der sozialrechtliche Herstellungsanspruch im Zusammenhang mit dem Folgenbeseitigungsanspruch als ein besonderer/anderer Restitutionsanspruch behandelt: *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 392 ff.; *Höfling*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle [Hg.], GrdVwR, Bd. III, § 51, Rn. 41 f.; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 147; *Maurer*, AllgVerwR, § 30, Rn. 20 ff.; *Grzeszick*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 73 ff.; *Kemmler*, JA 2005, 908, 910.

dieser Gemeinsamkeiten *können*⁹⁶⁸ allerdings erhebliche Unterschiede zwischen Herstellungs- und Folgenbeseitigungsanspruch bestehen.

(aa) *Unterschiedliche Bezugspunkte der Rechtswidrigkeit?*

Der Bezugspunkt der Restitutionspflicht begründet – trotz gegenteiliger Abgrenzungsversuche⁹⁶⁹ – keinen Unterschied zwischen den Ansprüchen. Zwar knüpft der Herstellungsanspruch unmittelbar an eine subjektive Rechtsverletzung an (Verhaltensunrecht), während der Folgenbeseitigungsanspruch einen rechtswidrigen Zustand voraussetzt (Erfolgsunrecht); da für den Folgenbeseitigungsanspruch jedoch regelmäßig von der Rechtswidrigkeit des Eingriffs auf die Rechtswidrigkeit des Zustandes geschlossen wird, erlangt die Unterscheidung kaum Bedeutung. Auch für die Ausnahmefälle unterscheiden sich beide Ansprüche nicht. So soll etwa die Duldungspflicht eines wirksamen Verwaltungsaktes beim Folgenbeseitigungsanspruch eine Rechtswidrigkeit des Zustandes ausschließen, während dies beim Herstellungsanspruch einen (eigenen) Ausschlussgrund bildet. Beide Ansprüche stimmen daher im Ergebnis überein, dass eine Restitutionspflicht ohne (vorherige) Aufhebung des Verwaltungsaktes ausgeschlossen ist. Hintergrund ist bei beiden Ansprüchen die Beachtung der maßgeblichen Klage-, Widerspruchs- und Aufhebungsvorschriften.⁹⁷⁰

⁹⁶⁸ Die Formulierung „*können*“ ist dabei bewusst gewählt, weil je nach Einzelsituation und Einzelverständnis der Ansprüche sehr unterschiedliche oder auch ähnliche Ergebnisse erzielt werden. Die eingangs erwähnten Unsicherheiten zum Verhältnis der beiden Ansprüche hängen daher neben dem umfangreichen Meinungsspektrum zum Einzelverständnis des Folgenbeseitigungsanspruchs (was es schwer macht, von *dem* Folgenbeseitigungsanspruch zu sprechen) in nicht unerheblichem Maße mit dem ebenfalls umfangreichen Meinungsspektrum zum Herstellungsanspruch zusammen. Die Abgrenzungsfrage kann sich je nach Einzelfall schon anders stellen, wenn der sozialrechtliche Nachteil bspw. in der Verschlechterung einer bestehenden Rechtsposition liegt (dann erscheint Wiederherstellung des *status quo ante* ausreichend) oder in dem Nichteintritt einer Verbesserung gegenüber der gegenwärtigen Rechtsposition.

⁹⁶⁹ Etwa: *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 55; *Schmidt/Schmidt*, JURA 2005, 372, 373; wohl auch: *Schmidt-De Caluwe*, S. 289 f.; vgl. noch von einem bloßen Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch ausgehend: *Maier*, SGB 1982, 133, 134; *ders.*, SozVers 1985, 113, 115 f. m.w.N.

⁹⁷⁰ Lediglich bei rechtmäßigen Eingriffen in ein subjektives Recht, die zu einem rechtswidrigen Zustand führen, scheint allein die Anwendung des Folgenbeseitigungsanspruchs möglich – weshalb sein Anwendungsbereich unter diesem Aspekt weiter erscheint. Die Bedeutung relativiert sich jedoch dadurch, dass auch in den Fällen, in denen ein durch rechtmäßiges Verhalten begründeter rechtmäßiger Zustand in einen rechtswidrigen Zustand umschlägt, zumindest für eine logische Sekunde ein rechtswidriges Verwaltungsverhalten angenommen werden kann. Zudem geht das BSG im weitem

(bb) Unterschiede bei der Zurechnung fremder Pflichtverletzungen?

Auch bzgl. der Zurechnungsmöglichkeit fremden Fehlverhaltens besteht Übereinstimmung. Beim Folgenbeseitigungsanspruch soll die Restitutionspflicht den Verwaltungsträger treffen, der zur Restitution in der Lage ist.⁹⁷¹ Dieses Merkmal entspricht der Zurechnung beim Herstellungsanspruch zu dem Rechtsträger, der das zur sozialrechtlichen Naturalrestitution erforderliche Amtshandeln (rechtlich) vornehmen kann.⁹⁷² Dass das fremde Fehlverhalten dem restitutionsfähigen Verwaltungsträger zusätzlich zurechenbar sein muss – um eine Herstellungspflicht zu begründen – und diese Zurechnung nur unter weiteren Voraussetzungen erfüllt ist (bspw. Funktionseinheit), ist kein Wesensunterschied zwischen beiden Ansprüchen,⁹⁷³ weshalb sich das BSG bei der Begründung der Zurechenbarkeit von Fehlverhalten beim sozialrechtlichen

Umfang davon aus, dass auch durch ein Unterlassen eine subjektive Rechtsverletzung ausgelöst werden kann, so dass ggf. in diesen Fällen in dem Unterlassen der Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes, der der Verwaltung zugerechnet wird, die erforderliche subjektive Rechtsverletzung gesehen werden kann.

⁹⁷¹ BVerwG, Urt. v. 29.1.1987 – 2 C 34/85 = BVerwGE 75, 354, 354 f.; BVerwG, Urt. v. 21.9.1984 – 4 C 51/80 = NJW 1985, 1481; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 146; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 390; *Sproll*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, StHR, § 12, Rn. 66; *Mazur*, ZJS 2011, 321, 326; *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1226; *Ahrens*, StHR, Rn. 327; *Sproll*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, StHR, § 12, Rn. 66.

⁹⁷² Vgl. hierzu: *Schmidt-De Caluwe*, S. 150; *Waßer*, JA 2001, 137, 139; *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 394; *Seewald*, in: *Kasseler Kommentar*, 77. EGL., vor §§ 38 ff. SGB I, Rn. 183.

⁹⁷³ Auch für den Folgenbeseitigungsanspruch kann im Ergebnis nicht von einer unbegrenzten Ausgleichspflicht in jedem Fall fremden Verwaltungsverhaltens ausgegangen werden. Wenn bspw. ein Kommunalbeamter falsche Tatsachenbehauptungen über einen Bürger in Umlauf bringt, kann dieser über den Folgenbeseitigungsanspruch die Richtigstellung von der Gemeinde verlangen (vgl. VG Köln, Urt. v. 24.3.2011 – 26 K 5606/09; VG Bremen, Urt. v. 23.9.2010 – 2 K 582/10; *Schneider*, Folgenbeseitigung, S. 115 m.w.N.). Fähig zur Richtigstellung wären jedoch auch alle anderen Verwaltungsträger (bspw. auch das Land oder der Bund). Vielleicht ist dem Bürger sogar in höherem Maße damit gedient, dass bspw. der Ministerpräsident des Landes die Richtigstellung vornimmt; beanspruchbar ist dies für den Bürger dadurch trotzdem nicht, solange auch die eingreifende Körperschaft selbst zur Restitution fähig ist. Unter den verschiedenen Verwaltungsträgern, die zur Restitution (tatsächlich und rechtlich) fähig sind, erfolgt daher auch eine Zurechnung der Folgenbeseitigungspflicht nach der Verursachung des rechtswidrigen Zustandes (vgl. BVerwG, Urt. v. 30.1.1979 – I C 56/77 = BVerwGE 57, 254, 354 f.; *Ipsen*, AllgVerwR, Rn. 1342, 1345; *Stein/Itzel/Schwall*, Praxishandbuch StHR, Rn. 410). Für den Herstellungsanspruch kann regelmäßig nur ein Rechtsträger die sozialrechtliche Naturalrestitution vornehmen (bspw. eine Altersrente bewilligen), so dass die Zurechnungsfrage hier eine größere Bedeutung erfährt.

Herstellungsanspruch u.a. auch in der Zurechnung beim allgemeinen Folgenbeseitigungsanspruch bestätigt sah.⁹⁷⁴

(cc) Unterschiedliche Ausschlussgründe?

Hinsichtlich der Ausschlussgründe besteht ebenfalls weitestgehend Übereinstimmung.⁹⁷⁵ Ein Rechtsmissbrauch ist gleichermaßen unzulässig,⁹⁷⁶ während eine zeitliche Begrenzung durch Anwendung der jeweiligen Verjährungsvorschriften erreicht werden soll (bzw. durch eine Analogie zu § 44 IV SGB X). Wie der Herstellungsanspruch wird auch der Folgenbeseitigungsanspruch als grds. subsidiär gegenüber gesetzlichen Korrekturmöglichkeiten beschrieben⁹⁷⁷ und hilft auch nicht über die Duldungspflicht wirksamer Verwaltungsakte hinweg. Zudem soll eine Folgenbeseitigungspflicht bei Leistungspflichtverletzungen ausscheiden, weil der Primäranspruch auf Erfüllung selbstständig durchsetzbar ist. Auch ein Herstellungsanspruch scheidet bei unverändert bestehenden Primäransprüchen aus. Einheitlich soll eine Restitutionspflicht bei tatsächlicher oder rechtlicher Unmöglichkeit untergehen, wobei für den Herstellungsanspruch der Ausschlussgrund der rechtlichen Unmöglichkeit regelmäßig bereits dem Kriterium des „*an sich zulässigen*“ Amtshandelns entspricht. Da unter einer rechtlichen Unmöglichkeit der Folgenbeseitigung die Situation verstanden wird, dass nicht die notwendigen Rechtsgrundlagen für das zur Restitution erforderliche hoheitliche Verhalten bestehen (und ein Handeln daher rechtlich unzulässig wäre),⁹⁷⁸ entspricht dieser Ausschlussgrund auch inhaltlich und methodisch dem Ziel, das mit dem Kriterium des „*an sich unzulässigen*“

⁹⁷⁴ Vgl. BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 95 m.w.N.

⁹⁷⁵ So auch: *Schmidt-De Caluwe*, S. 282 f.

⁹⁷⁶ Vgl. BSG, Urt. v. 30.11.1983 – 5a RKn 3/83 = SozR 2200 § 313 Nr. 8; BVerwG, Urt. v. 26.8.1993 – 4 C 24/91 = BVerwGE 94, 100, 103, 111.

⁹⁷⁷ Vgl. *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 360; *Schloer*, JA 1992, 39, 40 m.w.N.; *Schoch*, JURA 1993, 478, 480.

⁹⁷⁸ Vgl. Bayerischer VGH, Urt. v. 17.2.2009 – 14 ZB 08.2919 („*Rechtlich unmöglich – womit ein Folgenbeseitigungsanspruch ausscheidet – ist die Wiederherstellung etwa dann, wenn der verpflichtete Rechtsträger nicht mehr die Rechtsmacht besitzt, den ursprünglichen Zustand wieder herzustellen. Das ist u.a. dann der Fall, wenn der erstrebte Zustand nach der geltenden Rechtsordnung unzulässig ist [...]. Im vorliegenden Fall scheitert ein eventueller Folgenbeseitigungsanspruch des Klägers daran, dass die Beklagte rechtlich nicht in der Lage ist, wie vom Kläger begehrt, die Kindererziehungszeiten [...] bei der Berechnung seines Ruhegehaltssatzes zu berücksichtigen. Das ergibt sich unmittelbar aus § 56 Abs. 2 Satz 3 bis 6 SGB VI, der über § 50a Abs. 3 BeamtVG entsprechend anzuwenden ist.*“); *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 142 f.; *Ipsen*, Allg-VerwR, Rn. 1354; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 387 f.

Amtshandelns verfolgt wird. Bei beiden Ansprüchen ist schließlich auch eine Mitverantwortlichkeit ggf. anspruchsmindernd/-ausschließend zu berücksichtigen.⁹⁷⁹ Lediglich der Ausschlussgrund der Unzumutbarkeit findet sich nicht in vergleichbarer Form beim sozialrechtlichen Herstellungsanspruch. Die praktische Bedeutung dieses Ausschlussgrundes ist jedoch gering, da dieses fordert, dass das Interesse des Einzelnen an der Folgenbeseitigung das Interesse der Allgemeinheit am Bestand dieser Folgen ausnahmsweise nicht überwiegt.⁹⁸⁰

(dd) Reichweite von Eingriffen in subjektive Rechte

Ein tatbestandlicher Unterschied zwischen Herstellungs- und Folgenbeseitigungsanspruch wird in der Voraussetzung des Eingriffs in ein subjektives Recht gesehen. Während beim sozialrechtlichen Herstellungsanspruch weder der Kreis der subjektiven Rechte noch des hoheitlichen Verletzungsverhaltens eingeschränkt sein soll, werden diese Punkte für den Folgenbeseitigungsanspruch weitaus restriktiver diskutiert. Oftmals wird daraus abgeleitet, dass in den Herstellungsfällen gerade kein Eingriff in ein subjektives Recht vorliege, wie ihn der Folgenbeseitigungsanspruch voraussetze.⁹⁸¹ Aus dieser Einschätzung entwickelte sich die Vorstellung, dass der Folgenbeseitigungsanspruch auf die Eingriffsverwaltung zu beschränken sei und der Herstellungsanspruch parallel für die Leistungsverwaltung gelte.⁹⁸²

⁹⁷⁹ Für den Herstellungsanspruch existiert allerdings keine vergleichbare Folgediskussion, ob/wann sich analog § 251 BGB ein wegen Mitverantwortlichkeit ausgeschlossener Anspruch in einen Entschädigungsanspruch wandelt.

⁹⁸⁰ Etwa: BVerwG, Urt. v. 12.7.2004 – 7 B 86/04 = DVBl. 2004, 1493; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 387 f.; *Maurer*, AllgVerwR, § 30, Rn. 14; *Bumke*, JuS 2005, 22, 25 f.

⁹⁸¹ Etwa: BSG, Urt. v. 28.5.1980 – 5 RKn 21/79 = BSGE 50, 129, 133; BSG, Urt. v. 21.2.1980 – 5 RKn 19/78 = BSGE 50, 12, 13; BSG, Urt. v. 18.12.1975 – 12 RJ 88/75 = BSGE 41, 126, 127; BSG, Urt. v. 12.10.1979- 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 79; BSG, Urt. v. 25.11.1976 – 11 RLw 7/76 = SozR 5850 § 26 GAL Nr. 2; *Keller*, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer [Hg.], § 131 SGG, Rn. 4; *Schnapp*, DAngVers 1978, 538, 542; *Funk*, SGB 1978, 45, 48; *Kreßel*, SGB 1987, 313, 313 f.; wohl auch: *Grzeszick*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 73; *Schmidt/Schmidt*, JURA 2005, 372, 373.

⁹⁸² Die Grundannahmen lassen sich in der Weise (vereinfachend) zusammenfassen, dass die Verwaltung in der Eingriffsverwaltung dazu verpflichtet ist, rechtswidrige Eingriffe in den gegenwärtigen Rechtskreis des Bürgers zu unterlassen und daher über den Folgenbeseitigungsanspruch nur dazu verpflichtet werden muss, sich nach erfolgtem Eingriff aus diesem Rechtskreis vollständig wieder zurückzuziehen (und deshalb auch die Folgen ihres Eingriffs entfernen muss) – während in der Leistungsverwaltung die Verwaltung verpflichtet ist, die gegenwärtige Stellung des Bürgers zu verändern und daher über den Herstellungsanspruch verpflichtet werden soll, diese Veränderung nachzuholen, falls es rechtswidrig nicht dazu gekommen ist. Vgl. hierzu: BSG, Urt. v.

Diese Einschätzung entspricht in dieser Absolutheit jedoch nicht (mehr) dem gegenwärtigen Meinungsstand zum Folgenbeseitigungsanspruch. Sie übersieht, dass der Folgenbeseitigungsanspruch nach wohl überwiegender Ansicht inzwischen neben Grundrechten auch einfach-gesetzliche Positionen erfassen soll und lediglich eine Mindermeinung hierbei ausschließlich vergleichbare Unterlassungspflichten des einfachen Rechts in den Bereich der Folgenbeseitigungspflicht miteinbeziehen will. Auf diese Mindermeinung bezieht sich aber das BSG in seinem Verständnis des Folgenbeseitigungsanspruchs, wenn es formuliert, dass dieser lediglich „nach hoheitlichen Eingriffen in Freiheitsgrundrechte oder einer Verletzung gleichgestellter Ansprüche auf Unterlassen“⁹⁸³ in Betracht komme. Für das Sozialrecht könne der Folgenbeseitigungsanspruch daher nicht eingreifen, da sich das Fehlverhalten hier regelmäßig auf sozialrechtliche Leistungsansprüche nachteilig auswirke, was keinen Eingriff in Freiheitsrechte oder andere Unterlassungsansprüche bedeute, wie er für die Eingriffsverwaltung typisch sei.⁹⁸⁴

Bewusst oder unbewusst treffender ist aber die Formulierung, dass ein Folgenbeseitigungsanspruch „nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts [...] Beeinträchtigungen von Freiheitsgrundrechten oder gleichgestellter Unterlassungsansprüche“⁹⁸⁵ voraussetzt. Es ließe sich deshalb formulieren, dass diese Verkürzung des allgemeinen Folgenbeseitigungsanspruchs durch die Rechtsprechung des BSG der eigentliche „sozialrechtliche Folgenbeseitigungsanspruch“ ist.⁹⁸⁶

7.11.2001 – B 9 SB 3/01 R = BSGE 89, 79, 84; BSG, Urt. v. 21.2.1980 – 5 RKn 19/78 = BSGE 50, 12, 13 f.; *Olbertz*, S. 8; *Marschner*, MDR 1999, 341, 341; *Erbguth*, Allg-VerwR, § 41, Rn. 24.

⁹⁸³ BSG, Urt. v. 28.5.1980 – 5 RKn 21/79 = BSGE 50, 129, 133; vgl. auch: BSG, Urt. v. 25.11.1976 – 11 RLw 7/76 = SozR 5850 § 26 GAL Nr. 2; BSG, Urt. v. 21.2.1980 – 5 RKn 19/78 = BSGE 50, 12, 13; *Kreßel*, SGB 1987, 313, 313 f.

⁹⁸⁴ Vgl. BSG, Urt. v. 21.2.1980 – 5 RKn 19/78 = BSGE 50, 12, 13 f.; BSG, Urt. v. 25.3.1976 – 12/7 RAr 135/74 = BSGE 41, 260, 261 f.; *Grzeszick*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 73; **a.A.:** *Maier*, SozVers 1985, 113, 116, der zu Unrecht davon ausgeht, dass auch die Rechtsprechung zum Herstellungsanspruch immer die Missachtung eines Unterlassungsanspruchs vorausgesetzt habe.

⁹⁸⁵ BSG, Urt. v. 25.11.1976 – 11 RLw 7/76 = SozR 5850 § 26 GAL Nr. 2.

⁹⁸⁶ Es soll an dieser Stelle jedoch nicht verschwiegen werden, dass diese Einschätzung des allgemeinen Folgenbeseitigungsanspruchs der herrschenden Ansicht und der Rechtsprechung zum Folgenbeseitigungsanspruch um 1975 entspricht, als das BSG den Folgenbeseitigungsanspruch erstmals in dieser Weise abgrenzend gegenüber dem Herstellungsanspruch beschrieben hat (vgl. BSG, Urt. v. 18.12.1975 – 12 RJ 88/75 = BSGE 41, 126, 127 m.w.N. zur früher herrschenden Ansicht). Diese Einschätzung wirkte weiter fort (vgl. *Terwey*, Rechtliche Betreuung nach dem SGB, S. 162 – „In seinen sozial-

Ohnehin ist die Überzeugungskraft dieser Argumentation des BSG gering. Da zumindest einzelne sozialrechtliche Leistungsansprüche und Anwartschaften durchaus in den Schutzbereich der Freiheitsrechte einbezogen sind, ließe sich ein hoheitliches Fehlverhalten, das diese Positionen beeinträchtigt, oftmals als – jedenfalls mittelbarer – Eingriff in den Schutzbereich dieser Freiheitsrechte begreifen.⁹⁸⁷ Auf diese Aspekte wird im Rahmen der dogmatischen Herleitung des Herstellungsanspruchs noch ausführlich eingegangen werden.⁹⁸⁸

(ee) Unterschiedliche Rechtsfolgen

Bedeutende Unterschiede zwischen Folgenbeseitigungs- und Herstellungsanspruch finden sich auf Rechtsfolgenseite.⁹⁸⁹ So bezieht sich eine Folgenbeseitigungspflicht regelmäßig auf tatsächliche Positionen, die rückgängig gemacht werden sollen.⁹⁹⁰ Anders als bei der Herstellung steht bei diesen Positionen die Restitution eines Rechtes nicht im Vordergrund. Dies wird in Literatur und Rechtsprechung als ein Rechtsfolgenunterschied zum Herstellungsanspruch empfunden.⁹⁹¹ Daneben wird betont, dass der Folgenbeseitigungsanspruch le-

rechtlichen Anwendung hat der Folgenbeseitigungsanspruch aus diesem Grunde auch unbedingt beschränkt zu bleiben [...].“).

⁹⁸⁷ So auch: *Schmidt-De Caluwe*, S. 283 f.; *Ladage*, S. 75, 78 f.; offengelassen: BSG, Urt. v. 26.6.2007 – B 4 R 19/07 R = SozR 4-1300 § 44 Nr. 12 („*Es kommt in diesem Zusammenhang nicht darauf an, aus welcher Rechtsnorm diese Pflicht [Aufgabe] sich ergab, ob aus der eigentumsgrundrechtlichen Folgenbeseitigungspflicht oder aus dem einfachgesetzlichen Herstellungsrecht aufgrund des Abwehrgehalts des Rechts auf Erziehungsrente oder aus einem richterrechtlichen allgemeinen Herstellungsanspruch ohne benannte gesetzliche Grundlage.*“).

⁹⁸⁸ Vgl. Kap. 2 B.II.3.A.bb. (3).

⁹⁸⁹ BSG, Urt. v. 21.2.1980 – 5 RKn 19/78 = BSGE 50, 12, 13; *Funk*, SGB 1978, 45, 48; *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 55; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 147; *Schnapp*, SGB 1977, 307, 308; *Bogs*, in: Zacher [Hg.], FS zum 25jährigen Bestehen des BSG, Bd. I, S. 149, 152, 170 f.; *Mazur*, ZJS 2011, 321, 323; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR I, § 52, Rn. 43; *Schmidt/Schmidt*, JURA 2005, 372, 373.

⁹⁹⁰ *Schmidt-De Caluwe*, S. 279.

⁹⁹¹ Etwa: BSG, Urt. v. 28.5.1980 – 5 RKn 21/79 = BSGE 50, 129, 133 („*Schließlich kommt ein Folgenbeseitigungsanspruch als Grundlage [...] nicht in Betracht, weil es sich dabei um ein Rechtsinstitut zur Beseitigung der – hier fehlenden – fortdauernden faktischen [sic] Beeinträchtigung nach hoheitlichen Eingriffen in Freiheitsgrundrechte oder einer Verletzung gleichgestellter Ansprüche auf Unterlassen handelt [...].“); *Bonk*, in: Sachs [Hg.], Art. 34 GG, Rn. 47; *Özfiat-Skubinn*, Beamtenernennungen, S. 297; *Bogs*, in: Zacher [Hg.], FS zum 25jährigen Bestehen des BSG, Bd. I, S. 149, 171; *Funk*, DAngVers 1981, 26, 34; *Maurer*, AllgVerwR, § 30, Rn. 20, 22; *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 164; *Rüfner*, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 14 SGB I, Rn. 11; *Pietzner*, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrtagung, S. 93, 95 („*Nun geht es allerdings bei der Herstellungsproblematik nicht in erster Linie um die Herstellung eines Zustandes in der Welt der Tatsachen, sondern um eine Restitution in der Welt des**

diglich die Wiederherstellung eines früher bereits tatsächlich bestandenen Zustandes ermögliche (die Wiederherstellung des status quo ante), während der sozialrechtliche Herstellungsanspruch die erstmalige Herstellung des Rechtszustandes ermöglichen würde, der (hypothetisch) im Entscheidungszeitpunkt ohne das Fehlverhalten bestehen würde.⁹⁹² Der Herstellungsanspruch gehe damit in seinen Rechtsfolgen über den Folgenbeseitigungsanspruch hinaus.⁹⁹³

Ob hiermit tatsächlich entscheidende Unterschiede offengelegt sind, soll erst im Zusammenhang mit der Herleitung des Herstellungsanspruchs ausführlich rechtsdogmatisch untersucht werden.⁹⁹⁴ Im Bewusstsein dessen, dass diese Punkte allgemein als wichtige Unterschiede zwischen beiden Ansprüchen angesehen werden, soll jedoch vorübergehend die Arbeitshypothese gelten, dass sie tatsächlich wichtige Unterschiede begründen.

Dennoch soll bereits hier nicht unerwähnt bleiben, dass diese Beobachtungen nur teilweise zutreffend sind. Wenn der sozialrechtliche Nachteil in einer Verschlechterung des status quo liegt, bestehen im Ergebnis keine nennenswerten Unterschiede zwischen Naturalrestitution und Wiederherstellung des status quo ante. Sofern bspw. aufgrund eines Fehlverhaltens rechtswidrig Beiträge gezahlt wurden, führt der sozialrechtliche Herstellungsanspruch nämlich zu einer Beitragsrückzahlung. Auch ein Folgenbeseitigungsanspruch wäre in diesem Zusammenhang auf Rückzahlung dieser gezahlten Beiträge gerichtet. Das BSG hat für diese Fälle insofern auch die Vergleichbarkeit von Folgenbeseitigungs- und Herstellungsanspruch ausdrücklich festgestellt.⁹⁹⁵ Etwas anderes gilt jedoch, falls der sozialrechtliche Nachteil in dem Nichteintritt einer (rechtlichen) Verbesserung des status quo begründet liegt.⁹⁹⁶ In diesen Fällen unterscheiden sich Naturalrestitution und Wiederherstellung des status quo ante tatsächlich erheblich.

Rechts.“); Grzeszick, Rechte und Ansprüche, S. 115; unklar: Hattstein, Betreuungspflichten, S. 236.

⁹⁹² BSG, Urt. v. 29.5.1996 – 3 RK 26/95 = BSGE 78, 243, 255 („Ein Anspruch auf Folgenbeseitigung [...] ist auf Wiederherstellung des tatsächlichen Zustandes vor dem Vollzug oder Herstellung eines jenem Zustand möglichst gleichwertigen Zustandes gerichtet.“); BSG, Urt. v. 27.4.1978 – 11 RA 69/77 = BSGE 46, 175, 177 f.; Funk, SGB 1978, 45, 48; Schoch, VerwArch. 79 [1988], 1, 55; Schulze, Ersatzleistungen, S. 147; Schnapp, SGB 1977, 307, 308; Diener, Mitt LVA Oberfranken 1981, 439, 442 f.; Bogs, in: Zacher [Hg.], FS zum 25jährigen Bestehen des BSG, Bd. I, S. 149, 152, 170 f.; Frohn, JURA 1989, 523, 526; Maurer, AllgVerwR, § 30, Rn. 20, 22; Mazur, ZJS 2011, 321, 323; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, VerwR I, § 52, Rn. 43; Goertz, Herstellungsanspruch, S. 48; Bieback, DVBl. 1983, 159, 164; Schmidt/Schmidt, JURA 2005, 372, 373; Hattstein, Betreuungspflichten, S. 235.

⁹⁹³ Wolff/Bachof/Stober/Kluth, VerwR I, § 52, Rn. 43; Olbertz, S. 8 f.; Diener, Mitt LVA Oberfranken 1981, 439, 442 f.; Schmidt/Schmidt, JURA 2005, 372, 373.

⁹⁹⁴ Hierzu: Kap. 2 B.III.3.b.aa.

⁹⁹⁵ BSG, Urt. v. 15.10.1985 – 11a RA 39/84 = SozR 1200 § 14 Nr. 21.

⁹⁹⁶ Vgl. BSG, Urt. v. 21.2.1980 – 5 RKn 19/78 = BSGE 50, 12, 13 f.; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, VerwR I, § 52, Rn. 42; Goertz, Herstellungsanspruch, S. 48.

(b) Weitere Unterschiede

Allgemein wird davon ausgegangen, dass es beim Folgenbeseitigungsanspruch im Wesentlichen um die Rückgängigmachung der tatsächlichen Folgen von Verwaltungsunrecht innerhalb die Eingriffsverwaltung gehe, während der Herstellungsanspruch entsprechend den Besonderheiten der Leistungsverwaltung auf die erstmalige Begründung von rechtlichen Vorteilen abziele, die wegen des Verwaltungsunrechts nicht eingetreten seien.⁹⁹⁷ Darüber hinaus existieren aber auch weniger bekannte Aspekte, die die Annahme zweier materiell-rechtlich verschiedener Ansprüche weiter stützen. Der Folgenbeseitigungsanspruch müsste nämlich erheblich verändert werden, um typische Herstellungsfälle (eine fehlerhafte Betreuung führt zu einer nachteiligen Disposition des Bürgers, was für diesen einen sozialrechtlichen Nachteil begründet) entsprechend einer Herstellung lösen zu können.

Diejenigen, die ein qualifiziertes Unterlassen als eine Eingriffsmöglichkeit anerkennen, fordern eine Vergleichbarkeit mit einem Eingriff durch positives Tun, die für die Missachtung von Leistungsansprüchen grds. anerkannt wird, weil dann eine entsprechende geschützte Rechtsposition vorläge. Sofern in einem Herstellungsfall bereits ein Leistungsanspruch besteht, der bspw. wegen des hoheitlichen Fehlverhaltens nicht geltend gemacht wird,⁹⁹⁸ könnte diese Argumentation den Ausgangspunkt für weitere Überlegungen zum Herstellungsanspruch bilden. Überwiegend besteht ein sozialrechtlicher Nachteil jedoch darin, dass es gar nicht erst zu dem Entstehen des Sozialleistungsanspruchs kommt. Es wird insofern das Entstehen der Rechtsposition verhindert, die dem Bürger den Erhalt einer Leistung bereits rechtlich so zuordnet, dass ihre Nichterfüllung ihn in vergleichbarer Weise trifft wie ein Eingriff durch aktives Tun. Ein noch nicht entstandener Anspruch auf die Sozialleistung reicht daher nur aus, falls man auch bloße Erwerbchancen, die erst in der Zukunft ggf. entstehen würden, bereits einem Eingriff durch positives Tun gleichstellt.

⁹⁹⁷ Etwa: *Schmidt-De Caluwe*, S. 290; *Bogs*, in: Zacher [Hg.], FS zum 25jährigen Bestehen des BSG, Bd. I, S. 149, 170 ff.; *Maurer*, AllgVerwR, § 30, Rn. 20; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 392; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 147; *Schmidt-De Caluwe*, S. 290; *Grzeszick*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 73; *Ladage*, S. 76; *Sproll*, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, StHR, § 12, Rn. 62; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR I, § 52, Rn. 40.

⁹⁹⁸ Grundsätzlich benötigen sozialrechtliche Leistungsansprüche materiell-rechtlich keine entsprechende Antragstellung, sondern entstehen unabhängig von dieser (§ 40 I SGB I). Eine Antragstellung kann in diesen Fällen lediglich verfahrensrechtliche Bedeutung haben (vgl. BSG, Urt. v. 2.8.2000 – B 4 RA 54/99 R = SozR 3-2600 § 99 Nr. 5; *Wannagat*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.] SRH, § 7, Rn. 51).

Eine derartige Ausweitung widerspricht der herrschenden Meinung zum Folgenbeseitigungsanspruch, die in der Anwendbarkeit auf qualifiziertes Unterlassen bei bestehenden Leistungsansprüchen ihre äußerste Ausweitungsgrenze findet.

Dies wirft zudem die Frage auf, welches subjektive Recht in den Herstellungsfällen überhaupt den Bezugspunkt der Folgenbeseitigungspflicht bilden soll. Unmittelbar verletzt wird regelmäßig nämlich nicht ein bestehender Leistungsanspruch, sondern ein subjektives Betreuungsrecht. Sofern eine fehlerhafte Betreuung Auswirkungen auf andere subjektive Rechte des Bürgers hat, sind diese Auswirkungen bereits Folgen der ersten subjektiven Rechtsverletzung. Dies gilt insbesondere, falls die Leistungsansprüche (noch) nicht entstanden sind. Bezogen auf einen Sozialleistungsanspruch wäre daher lediglich eine mittelbare Beeinträchtigung durch die unmittelbare Verletzung des Betreuungsanspruchs denkbar; die Verwaltung verletzt den Betreuungsanspruch und dadurch auch die Sozialleistungsansprüche, denen die verletzte Betreuungspflicht dient.⁹⁹⁹ Eine Qualifizierung der fehlenden Leistungsgewährung als beseitigungspflichtige unmittelbare Folge erscheint auch deshalb nicht unproblematisch, weil der sozialrechtliche Nachteil in den Herstellungsfällen regelmäßig erst durch eine Fehldisposition des Bürgers ausgelöst wird. Da bei der Anwendung des Folgenbeseitigungsanspruchs insbesondere ein eigener Willensentschluss des Betroffenen die unmittelbare Zurechnung ausschließen soll, lässt sich eine Beeinträchtigung der Hauptleistungspflichten durch eigene Fehldispositionen nicht ohne weiteres als unmittelbare Eingriffsfolge einer Fehlberatung betrachten, auch wenn die Fehldisposition ihrerseits durch die Fehlberatung ausgelöst wurde.¹⁰⁰⁰ Wenn man zudem bedenkt, dass bereits eine Folgenbeseitigungspflicht bei bestehenden Leistungsrechten umstritten ist, muss dieses noch um ein Vielfaches mehr bei der Folgenbeseitigungspflicht aus der Verletzung eines Betreuungsrechts gelten, das erst in der Zukunft aller Voraussicht nach zu einem Leistungsrecht geführt hätte.

Problematisch ist auch das Vorliegen eines rechtswidrigen Zustandes. Für den Folgenbeseitigungsanspruch wird eine Erfüllung von Leistungspflichten abgelehnt, solange der eigentliche Primäranspruch besteht, während die Rechtswidrigkeit des Zustandes entfallen soll, sobald dieser nicht (mehr) weiterbesteht.¹⁰⁰¹ Da der Herstellungsanspruch gegenüber unverändert bestehenden Primäransprüchen subsidiär ist, kommt er nur dort in Betracht, wo der Pri-

⁹⁹⁹ Vgl. hierzu auch: *Schmidt-De Caluwe*, S. 287 f.

¹⁰⁰⁰ So auch: *Schmidt-De Caluwe*, S. 290.

¹⁰⁰¹ Vgl. *Papier*, DÖV 1972, 845, 850 f.

märanspruch nicht entstanden bzw. entfallen ist. Insofern ließe sich in diesem Zusammenhang argumentieren, dass auch die Rechtswidrigkeit des Zustandes mit dem Primäranspruch nicht entstanden ist bzw. wieder entfallen ist.¹⁰⁰² Ein Folgenbeseitigungsanspruch könnte dann nicht bestehen. Auch ein Hinweis auf die Tatsache, dass gerade das hoheitliche Fehlverhalten den Grund dafür bildet, dass der entsprechende Primäranspruch nicht entstanden bzw. durchsetzbar ist, führt für die herrschende Ansicht nicht zu einer Anwendbarkeit des Folgenbeseitigungsanspruchs. Schließlich soll ein Folgenbeseitigungsanspruch auch dann ausscheiden, wenn eine Rechtspflicht aufgrund einer Änderung der Rechts- oder Sachlage (später) entfallen ist, weil die Restitutionspflicht das Weiterbestehen der Sach- oder Rechtslage voraussetzt und ansonsten die Restitution rechtlich unmöglich geworden ist. Wer in dieser Weise argumentiert, muss konsequenterweise auch in den Herstellungsfällen zu dem Ergebnis gelangen, dass eine Restitutionspflicht mit Änderung der Sach- oder Rechtslage rechtlich unmöglich geworden ist. Die Ähnlichkeit einer Änderung der Sach- oder Rechtslage zu den Herstellungsfällen ist offensichtlich, weil auch in diesen Konstellationen Gestaltungsrechte oder Leistungsansprüche wegen des Fehlverhaltens nicht – mehr – in der Weise bestehen, wie sie vor der Vereitelung durch das Fehlverhalten bestanden haben/hätten. Während die überwiegende Meinung zum Folgenbeseitigungsanspruch davon ausgeht, dass mit dem Entfallen des primären Leistungsanspruchs auch eine Erfüllung des Leistungsbegehrens über den Folgenbeseitigungsanspruch ausgeschlossen (genauer: rechtlich unmöglich geworden) sei, wird für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch eine Erfüllung des Leistungsbegehrens dennoch zugelassen, falls hierin keine „*an sich unzulässige*“ Amtshandlung liegt. Insofern liegt die Annahme nahe, dass mit beiden Ansprüchen ein inhaltlich unterschiedlicher Begriff der rechtlichen Unmöglichkeit verbunden ist.

Schließlich soll über den Folgenbeseitigungsanspruch auch die erstmalige Einräumung eines Vorteils beanspruchbar sein.¹⁰⁰³ Insofern erscheint es zwar möglich zu argumentieren, dass Wiederherstellung und Naturalrestitution teilweise eng miteinander zusammenhängen (gerade bei Unterlassungspflichten); solange dem Bürger über den Folgenbeseitigungsanspruch nicht zugleich die Möglichkeit eröffnet wird, auch die Erfüllung der im Zuge der Folgenbeseitigung (erstmals entstehenden) Leistungspflichten geltend zu machen, hilft ihm

¹⁰⁰² Schmidt-De Caluwe, S. 288 ff.

¹⁰⁰³ BVerwG, Urt. v. 18.4.2002 – 2 C 19/01 = NVwZ-RR 2002, 620, 620 f.

eine Folgenbeseitigung vielfach nicht weiter.¹⁰⁰⁴ Dieses Verständnis des Folgenbeseitigungsanspruchs als reiner Wiederherstellungsanspruch kann als inkonsequent kritisiert werden, wenn Leistungsansprüche in den Anwendungsbereich des Anspruchs mit einbezogen werden sollen¹⁰⁰⁵ und spricht möglicherweise auch dafür, den allgemeinen Folgenbeseitigungsanspruch mit dem BSG ausschließlich auf Eingriffe in Unterlassungsansprüche zu beschränken. An der Tatsache, dass zumindest über den Folgenbeseitigungsanspruch bisher nicht die erstmalige Einräumung einer Rechtsposition erreicht werden soll, ändert dies allerdings nichts.

(3) Ergebnis

Nach den bisherigen Ausführungen zu Herstellungs- und Folgenbeseitigungsanspruch muss von zwei verschiedenen materiell-rechtlichen Ansprüchen ausgegangen werden.¹⁰⁰⁶ Ihr Verhältnis lässt sich so beschreiben, dass der Herstellungsanspruch (sowohl in Tatbestand als Rechtsfolge) tendenziell weiter reicht, als der demgegenüber restriktivere Folgenbeseitigungsanspruch. Obwohl der Folgenbeseitigungsanspruch deshalb neben dem Herstellungsanspruch eine geringe praktische Bedeutung erfährt, prüft das BSG beide Ansprüche als eigenständige materiell-rechtliche Ansprüche nebeneinander.¹⁰⁰⁷ In der Rechtsprechung der Sozialgerichtsbarkeit hat der Herstellungsanspruch keineswegs den Folgenbeseitigungsanspruch verdrängt.¹⁰⁰⁸ Auch die allgemeinen Verwaltungs-

¹⁰⁰⁴ Vgl. *Wolff/Bachhof/Stober/Kluth*, VerwR I, § 52, Rn. 43; *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 48.

¹⁰⁰⁵ In diesem Sinne kritisch: *Schmidt-De Caluwe*, S. 276; *Papier*, DÖV 1972, 845, 847.

¹⁰⁰⁶ So auch: *Schmidt-De Caluwe*, S. 290; *Bogs*, in: *Zacher* [Hg.], FS zum 25jährigen Bestehen des BSG, Bd. I, S. 149, 170 ff.; *Maurer*, AllgVerwR, § 30, Rn. 20; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 392, 395 f.; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 147; *Schmidt-De Caluwe*, S. 290; *Grzeszick*, in: *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, StHR, Rn. 73; *Ladage*, S. 76; *Sproll*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, StHR, § 12, Rn. 62; *Wolff/Bachhof/Stober/Kluth*, VerwR I, § 52, Rn. 40.

¹⁰⁰⁷ Etwa: BSG, Urt. v. 18.3.1999 – B 3 P 8/98 R = SozR 3-3300 § 77 Nr. 1; BSG, Urt. v. 29.5.1996 – 3 RK 26/95 = BSGE 78, 243, 255; BSG, Urt. v. 27.11.1991 – 9a RV 1/90; BSG, Urt. v. 23.7.1986 – 1 RA 31/85 = BSGE 60, 158, 164 f.; BSG, Urt. v. 16.4.1985-12 RK 19/83 = SozR 2100 § 27 Nr. 3; BSG, Urt. v. 9.9.1981 – 3 RK 20/80; BSG, Urt. v. 23.9.1980 – 7 RAr 97/79.

¹⁰⁰⁸ Wie bereits dargestellt, wird dieses Nebeneinander nicht zuletzt durch die unterschiedlichen Anwendungsbereiche begünstigt, die die Sozialgerichtsbarkeit für sozialrechtlichen Herstellungsanspruch und sozialrechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch herausgearbeitet hat. Da das Gericht – in zweifelhafter Weise – den Folgenbeseitigungsanspruch als einen Restitutionsanspruch versteht, der nur bei der Beeinträchtigung von Unterlassungsansprüchen (als Hauptpflichten) in Betracht kommt, ist ohnehin nur in

gerichte kennen einen eigenständigen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch, den sie dem Recht der Folgenbeseitigung zurechnen (überzeugender wäre: dem Recht der Restitution).¹⁰⁰⁹ Sie setzen dabei – vielfach unter Zustimmung der Literatur – bei der Unterscheidung zum Folgenbeseitigungsanspruch allerdings einen völlig anderen Schwerpunkt.¹⁰¹⁰ Ihnen dient der Herstellungsanspruch oftmals als (Negativ-) Beispiel, das alles zusammenfasst, was der allgemeine öffentlich-rechtliche Folgenbeseitigungsanspruch nicht sein darf/soll: ein auf Naturalrestitution gerichteter, verschuldensunabhängiger Wiedergutmachungsanspruch für jegliche Folgen rechtswidrigen Verwaltungsverhaltens.¹⁰¹¹ Hierbei werden nicht die Voraussetzungen abgelehnt, unter denen die Restitution gewährt wird, sondern die Art und Weise bzw. der Umfang dieser Restitutionspflicht.¹⁰¹²

In der Vergangenheit haben die Verwaltungsgerichte den Folgenbeseitigungsanspruch nicht nur in Abgrenzung zum sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs konturiert, sondern darüber hinaus auch deutlich gemacht, dass sie keinen eigenen allgemeinen Herstellungsanspruch anerkennen, der von den Ergebnissen abweicht, die über den Folgenbeseitigungsanspruch erreicht werden können. Mit anderen Worten haben die allgemeinen Verwaltungsgerichte den Folgenbeseitigungsanspruch jahrzehntelang als die einzige rechtlich zulässige Ausgestaltung eines Restitutionsanspruchs für die Bereiche praktiziert, die nicht dem Sozialrecht zu zuordnen sind. Seit einem Urteil vom 30. Juni 2011 scheint diese Einschätzung zumindest auf dem gerichtlichen Prüfstand zu ste-

diesen Fällen an eine gemeinsame Anwendbarkeit von Herstellungs- und Folgenbeseitigungsanspruch zu denken. Ein Anwendungsbereich, in dem auch der Herstellungsanspruch regelmäßig auf eine Wiederherstellung des früheren Zustandes hinauslaufen wird.

¹⁰⁰⁹ Vgl. BVerwG, Urt. v. 14.4.1989 – 4 C 34/88 = BVerwGE 82, 24, 28.

¹⁰¹⁰ BVerwG, Urt. v. 24.3.1988 – 3 C 48/86 = BVerwGE 79, 192, 194 f.; BVerwG, Urt. v. 8.12.1995 – 8 C 37/93 = BVerwGE 100, 83, 101; BVerwG, Urt. v. 30.10.1997 – 3 C 35/96 = BVerwGE 105, 288, 297 ff.; VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 28.7.1998 – 13 S 1588/97; OVG NRW, Beschl. v. 20.7.2012 – 17 B 591/12.

¹⁰¹¹ Etwa: BVerwG, Urt. v. 14.7.2010 – 1 B 13/10; Bayerischer VGH, Urt. v. 30.12.1992 – 12 B 90.700; VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 28.7.1998 – 13 S 1588/97; VGH Hessen, Urt. v. 9.3.1994 – 8 UE 715/90; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 24.3.1987 – 3 S 2989/86 = VBIBW 1987, 468, 469; VG Cottbus, Urt. v. 27.6.2013 – 1 K 951/10; Schoch, VerwArch. 79 [1988], 1, 40; Bender, StHR, Rn. 452 ff.; im Ergebnis auch: Pietzko, FBA, S. 191 (die allerdings ohne direkte Bezugnahme auf den Herstellungsanspruch für die Herstellungssituation von einem „Folgenbeseitigungsanspruch contra legem“ spricht).

¹⁰¹² BVerwG, Urt. v. 14.7.2010 – 1 B 13/10; VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 28.7.1998 – 13 S 1588/97; Bayerischer VGH, Urt. v. 30.12.1992 – 12 B 90.700; VGH Hessen, Urt. v. 9.3.1994 – 8 UE 715/90; OVG NRW, Beschl. v. 20.7.2012 – 17 B 591/12.

hen. In dieser Entscheidung hat das BVerwG nicht nur den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch grds. anerkannt, sondern auch ausgeführt, dass die Grundsätze des Herstellungsanspruchs „*nicht unbesehen auf die Gebiete des allgemeinen Verwaltungsrechts übertragen werden*“¹⁰¹³ dürften. Ob diese Einlassung die Ausbildung eines allgemeinen Herstellungsanspruchs vorbereitet, der („*besehen*“) auf einzelne Bereiche des Verwaltungsrechts Anwendung finden könnte, wird durch die zukünftige Entscheidungspraxis geklärt werden müssen.

bb) Folgenbeseitigungslast

Insbesondere diejenigen, die den Folgenbeseitigungsanspruch nicht auf die Verletzung von Leistungsansprüchen erstrecken wollen, versuchen dieser Problematik mit Hilfe der sog. Folgenbeseitigungslast gerecht zu werden. Die Folgenbeseitigungslast wurde maßgeblich von *Weyreuther* entwickelt, weil sich die Restitution nicht allein in dem Folgenbeseitigungsanspruch erschöpfe.¹⁰¹⁴ Sie verpflichtet die Verwaltung, bei zukünftigen Ermessensentscheidungen ein früheres Fehlverhalten ermessensleitend i.S.d. Korrektur der Folgen dieses Fehlverhaltens zu berücksichtigen.¹⁰¹⁵ Neben den sog. Drittbeteiligungsfällen wird die Folgenbeseitigungslast dann herangezogen, wenn ein Leistungsbegehren rechtswidrig vereitelt wurde; diese zweite Fallgruppe ist für die hier zu beantwortenden Fragestellung von besonderer Bedeutung. Eine vereitelte Leistung soll nicht eigenständig aufgrund der Folgenbeseitigungslast beanspruchbar sein. Denn die nachträgliche Erfüllung einer erloschenen Leistungspflicht bedeute ein erneutes Abweichen vom Gesetz und damit einen (unzulässigen) weiteren Rechtsverstoß, so dass keine entsprechende Verpflichtung für den Verwaltungsträger im Wege der Folgenbeseitigung begründet werden könne.¹⁰¹⁶ Wo das Gesetz seinerseits aber dem Verwaltungsträger bereits mehrere rechtmäßige Handlungsalternativen eröffnet (also eine Ermessensentscheidung ansteht), könne die Verwaltung durch die Folgenbeseitigungslast verpflichtet

¹⁰¹³ BVerwG, Urt. v. 30.6.2011 – 3 C 36/10 = BVerwGE 140, 103, 107.

¹⁰¹⁴ *Weyreuther*, Gutachten, B 106 ff.

¹⁰¹⁵ Etwa: BVerwG, Urt. v. 6.1.2012 – 2 B 113/11; BVerwG, Urt. v. 14.5.1968 – IV C 56/65 = NJW 1968, 2350, 2351; BVerwG, Urt. v. 8.2.1974 – IV C 77/71 = DVBl. 1974, 781, 782 f.; BVerwG, Urt. v. 6.3.1987 – 8 C 65/84 = NVwZ 1988, 155, 156; *Grzeszick*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 49; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 148 f.; *Wallerath*, DÖV 1987, 505, 511; *Olbertz*, S. 188 f.; ausführlich zur Folgenbeseitigungslast: *Ivo*, Folgenbeseitigungslast.

¹⁰¹⁶ *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 386.

werden, unter diesen zulässigen Alternativen diejenige zu wählen, die für den Bürger eine Restitution darstellt. Die Anwendbarkeit der Folgenbeseitigungslast ist deshalb untrennbar mit der Existenz einer Ermessensvorschrift verbunden, die der Verwaltung zumindest zwei Alternativen lässt.¹⁰¹⁷ Sofern jedoch andere Gesichtspunkte das Folgenbeseitigungsinteresse überwiegen sollten, wäre die Rechtsfolge zu wählen, die keine Restitution darstellt.¹⁰¹⁸ Die Folgenbeseitigungslast sei kein subjektiver Anspruch, sondern Ausfluss einer objektiv-rechtlichen Pflicht zur Folgenbeseitigung.¹⁰¹⁹ Ob sie aus Treu und Glauben (§§ 242, 162 BGB analog), dem allgemeinen Rechtsstaatsprinzip oder dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 I GG) folgt, lässt *Weyreuther* offen.¹⁰²⁰

Ein „Überspringen“ von Voraussetzungen oder Ausschlussgründe des Leistungsrechts, wie es für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch typisch ist, ermöglicht die Folgenbeseitigungslast nicht. Davon ausgehend wird ihr für die Lösung der Herstellungsfälle oftmals nur eine geringe Bedeutung zugestanden.¹⁰²¹ Dies wird damit begründet, dass Sozialleistungsansprüche grds. keine Ermessensleistungen sind (§ 38 SGB I) und die Folgenbeseitigungslast mangels Ermessensvorschrift ohnehin nicht anwendbar sei.¹⁰²² Abweichend wird aber auch eine Anwendbarkeit des Herstellungsanspruchs neben der Folgenbeseiti-

¹⁰¹⁷ Anders als ein Herstellungsanspruch kommt die Folgenbeseitigungslast bei nachteilhaften gebundenen Entscheidungen nicht in Betracht, wenn in diesem Zusammenhang nicht auch eine Ermessensentscheidung anstehen sollte.

¹⁰¹⁸ Vgl. hierzu insgesamt: *Weyreuther*, Gutachten, B 114 ff.; *Sproll*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, StHR, § 12, Rn. 56 ff.; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR I, § 52, Rn. 47 f.; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 377 f., 386.

¹⁰¹⁹ *Weyreuther*, Gutachten, B 119.

¹⁰²⁰ Nach *Weyreuther* ließe sich aus diesen Gedanken zwar noch kein eigener Folgenbeseitigungsanspruch ableiten, aber für die Ableitung einer in ihren Auswirkungen schwächeren Folgenbeseitigungslast seien diese Aspekte ausreichend (*Weyreuther*, Gutachten, B 121, 128 f.). Die Erfüllung eines Leistungsanspruchs, der aufgrund einer Änderung der Sach- oder Rechtslage entfallen ist, soll der Verwaltung im Wege des Folgenbeseitigungsanspruchs verwehrt sein, weil diese Folgenbeseitigung rechtlich unmöglich geworden sei. Weder die Bindung des (stärkeren) Folgenbeseitigungsanspruchs noch die der (schwächeren) Folgenbeseitigungslast seien dann in der Lage, entgegen dieser Gesetzesbindung eine Erfüllung herbeizuführen. Sofern eine Erfüllung jedoch ausnahmsweise im Ermessen der Verwaltung steht, soll die schwächere Folgenbeseitigungslast innerhalb des gesetzlich eingeräumten und daher wiederum rechtlich zulässigen Spielraums für die Ermessensentscheidung eine Bindung enthalten. Diese Bindung könne zu einer Ermessensreduzierung auf Null führen und dann einen Anspruch auf Erfüllung – auf der Grundlage der Ermessensvorschrift – hervorbringen (*Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 385 f.).

¹⁰²¹ *Schmidt-De Caluwe*, S. 294; *Eisenreich/Ludwig*, SozVers 1995, 1, 4 f.

¹⁰²² Vgl. *Maier*, SozVers 1985, 113, 115; *Wallerath*, DÖV 1987, 505, 511; *Bühler*, Mitt LVA Württemberg 1984, 201, 202; *Rüfner*, in: *Wannagat* [Hg.], 112. EGL., § 14 SGB I, Rn. 12; wohl auch: *Eisenreich/Ludwig*, SozVers 1995, 1, 5.

gungslast gefordert¹⁰²³ oder eine weitgehende Ähnlichkeit beider Rechtsinstitute betont¹⁰²⁴. Eine Folgenbeseitigungslast kommt zumindest dann zur Korrektur in Betracht, wenn der Eintritt eines sozialrechtlichen Nachteils eine Ermessensentscheidung der Verwaltung voraussetzt.¹⁰²⁵ In diesen Fällen könnte mit der Folgenbeseitigungslast das gleiche Ergebnis erzielt werden, das über den Herstellungsanspruch erreicht werden soll (Ausschluss der Begründung eines sozialrechtlichen Nachteils). Wenn bspw. ein sozialrechtlicher Leistungsanspruch aufgrund des Fehlverhaltens nicht geltend gemacht wurde, kann dieser nach § 45 I SGB I verjährt sein. Da jedoch die Erhebung der notwendigen Verjährungseinrede nach § 45 I, II SGB I i.V.m. § 214 I BGB im pflichtgemäßen Ermessen der Verwaltung steht, ist die sozialrechtliche Naturalrestitution erreicht, sobald dem Verwaltungsträger die Erhebung dieser Einrede abgeschnitten wird. Die Rechtsprechung hat die Möglichkeit/Notwendigkeit eines Herstellungsanspruchs in diesen Fällen ausdrücklich verneint, soweit die Folgen eines pflichtwidrigen Verwaltungsverhaltens bereits im Rahmen einer Ermessensentscheidung über die Begründung eines sozialrechtlichen Nachteils korrigiert werden können.¹⁰²⁶ Inhaltlich begründen diese Ausführungen eine Vorrangstellung der Folgenbeseitigungslast gegenüber der Anwendung eines Herstellungsanspruchs als eigenständigem Sekundäranspruch, falls die sozialrechtliche Naturalrestitution im Rahmen der Ermessensentscheidung erreicht werden kann.¹⁰²⁷

¹⁰²³ Bogs, in: Zacher [Hg.], FS zum 25jährigen Bestehen des BSG, Bd. I, S. 149, 171, Fn. 36.

¹⁰²⁴ Olbertz, S. 189 ff.

¹⁰²⁵ Schmidt-De Caluwe, S. 293.

¹⁰²⁶ BSG, Urt. v. 22.10.1996 – 13 RJ 17/96 = BSGE 79, 177, 179 f. („Hieran ändert sich auch nichts, wenn die verzögerte Geltendmachung eines Leistungsanspruchs auf ein Verhalten der Behörde [zB unrichtige Beratung] zurückgeht, das an einen Herstellungsanspruch denken läßt; denn für dieses Rechtsinstitut ist kein Raum, wenn einer rückwirkenden Leistungserbringung nicht die verspätete Antragstellung [als materielle Anspruchsvoraussetzung], sondern allein die Verjährung entgegensteht. Etwaige Behördenfehler sind bei der Zulässigkeit der Verjährungseinrede unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben und im übrigen im Rahmen der Ermessenausübung zu berücksichtigen.“); BSG, Urt. v. 12.12.2007 – B 12 AL 1/06 R = BSGE 99, 271, 274.

¹⁰²⁷ Diese Ausführungen geben Anlass, die Möglichkeit einer Anwendung des Herstellungsanspruchs neben § 67 SGB I zu überdenken (etwa: LSG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 3.11.2008 – L 5 B 321/08 P; Mönch-Kalina, in: Schlegel/Voelzke [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 48). Da auch § 67 SGB I eine Ermessensentscheidung voraussetzt, muss eine gleichzeitige Anwendbarkeit des Herstellungsanspruchs jedenfalls dann ausscheiden, wenn die sozialrechtliche Naturalrestitution im Wege der Ermessensentscheidung unter Berücksichtigung der Folgenbeseitigungslast erreicht werden kann.

Für die verbleibenden Fälle, in denen die Korrektur eines sozialrechtlichen Nachteils nicht im Ermessen des Verwaltungsträgers steht, ist von einem Nebeneinander von Folgenbeseitigungslast und sozialrechtlichem Herstellungsanspruch auszugehen.¹⁰²⁸ Die Folgenbeseitigungslast hilft allerdings nur dann weiter, wenn die Voraussetzungen für eine vorteilhafte Ermessensentscheidung – trotz Fehlverhaltens – erfüllt sind. Sofern dies nicht der Fall ist, kann eine Tatbestandserfüllung allenfalls noch über den Herstellungsanspruch fingiert werden.

cc) Folgenentschädigungsanspruch

Wenn die Wiederherstellung des status quo ante wegen Unzumutbarkeit oder Unmöglichkeit ausscheidet, soll sich der allgemeine Folgenbeseitigungsanspruch in einen Kompensationsanspruch in Geld umwandeln (sog. Folgenentschädigungsanspruch).¹⁰²⁹ Dieser Folgenentschädigungsanspruch bildet dabei ein „*Surrogat für einen nicht (mehr) zu realisierenden Herstellungsanspruch*“¹⁰³⁰. Seit 1989 soll dies nach der Rechtsprechung auch für den Fall gelten, dass eine unteilbare Folgenbeseitigung analog § 254 BGB aufgrund einer Mitverantwortlichkeit nicht durchsetzbar ist.¹⁰³¹ Die Möglichkeit einer Folgenentschädigung wegen Unmöglichkeit wird teilweise auf die Fälle der tatsächlichen Unmöglichkeit begrenzt.¹⁰³² Dieses Ergebnis wird auf einen entsprechenden Rechtsgedanken gestützt, der in § 251 BGB, § 74 II 3 VwVfG und

¹⁰²⁸ So wohl auch: OVG Bremen, Urt. v. 5.4.2011 – 1 B 15/11; *Bogs*, in: Zacher [Hg.], FS zum 25jährigen Bestehen des BSG, Bd. I, S. 149, 171, Fn. 36; unklar: *Olbertz*, S. 189 ff.

¹⁰²⁹ BVerwG, Urt. v. 14.4.1989 – 4 C 34/88 = NJW 1989, 2484, 2485; Bayerischer VGH, Urt. v. 14.4.1989 – 4 C 34/88 = NVwZ 1999, 1237, 1238; *Grzeszick*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 26 ff.; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 89, Rn. 8, 10; *Stein/Itzel/Schwall*, Praxishandbuch StHR, Rn. 413; *Erbguth*, AllgVerwR, § 41, Rn. 10; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR I, § 52, Rn. 38 f.; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 142 f.; *Weyreuther*, Gutachten, B 135 ff.; *Schloer*, JA 1992, 39, 41; *von und zu Franckenstein*, NVwZ 1999, 158, 158; zurückhaltender noch: BVerwG, Urt. v. 19.7.1984 – 3 C 81/82 = NJW 1985, 817, 818.

¹⁰³⁰ BVerwG, Urt. v. 15.6.2011 – 9 C 4/10 = NVwZ 2011, 1388, 1389.

¹⁰³¹ BVerwG, Urt. v. 14.4.1989 – 4 C 34/88 = NJW 1989, 2484, 2485; Bayerischer VGH, Urt. v. 14.4.1989 – 4 C 34/88 = NVwZ 1999, 1237, 1238; *Papier*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 34 GG, Rn. 67; *Sproll*, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, StHR, § 12, Rn. 51; **a.A.** noch: BVerwG, Urt. v. 25.8.1971 – IV C 23/69 = DÖV 1971, 857, 859.

¹⁰³² *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 142; *Ipsen*, AllgVerwR, Rn. 1353 f.; **a.A.**: BVerwG, Urt. v. 14.4.1989 – 4 C 34/88 = NJW 1989, 2484, 2485 („*Soweit die Herstellung eines Zustandes aus tatsächlichen oder aus rechtlichen Gründen ausgeschlossen ist, tritt an die Stelle des hierauf gerichteten Anspruchs vielfach ein Geldanspruch.*“); *Grzeszick*, in: BeckOK, Art. 34 GG, Rn. 47.

§ 17 IV 2 FStrG zum Ausdruck käme.¹⁰³³ Diese Begründung der Umwandlung einer tatsächlichen Folgenbeseitigungs- in eine finanzielle Entschädigungspflicht ist auf Kritik gestoßen.¹⁰³⁴

Unabhängig von der Frage nach einer Umwandlungsmöglichkeit beim Folgenbeseitigungsanspruch finden sich für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch – zumindest ausdrücklich – keine derartigen Versuche. Ein der Unzumutbarkeit vergleichbarer Ausschlussgrund besteht für den Herstellungsanspruch nicht. Bei einer ins Gewicht fallenden Mitverantwortlichkeit des Bürgers scheidet ein Herstellungsanspruch mangels Kausalität aus; diese Wertung kann auf einen entsprechenden Entschädigungsanspruch übertragen werden. Lediglich bei Unmöglichkeit der Herstellung erscheint ein Entschädigungsanspruch denkbar. Für den Fall der rechtlichen Unmöglichkeit bzw. bei „*an sich unzulässigem*“ Amtshandeln wird bislang keine Entschädigungspflicht angenommen. Das BSG verweist für finanzielle Folgen, die sich auch aus der rechtlichen Unmöglichkeit der Restitution ergeben können, zu Recht auf das Amtshaftungs- und Aufopferungsrecht.¹⁰³⁵ Es wäre auch nicht nachvollziehbar, wa-

¹⁰³³ BVerwG, Urt. v. 14.4.1989 – 4 C 34/88 = NJW 1989, 2484, 2485; *Grzeszick*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 28, 30.

¹⁰³⁴ Bereits die Begründung über § 251 BGB ist fragwürdig. Wenn an anderer Stelle betont wird und eine Abgrenzung zum Schadensersatzrecht in der Weise versucht wird, dass die §§ 249 ff. BGB (insbesondere §§ 249 I, 252, 253 BGB) nicht auf den Folgenbeseitigungsanspruch anwendbar sein sollen, weil dieser kein Schadensersatzanspruch sei, ist es widersprüchlich, ausgerechnet in der Schadensersatzregelung des § 251 BGB doch einen allgemeinen, maßgeblichen Rechtsgedanken zu erblicken (*Mazur*, ZJS 2011, 321, 325). Darüber hinaus büßt der Folgenbeseitigungsanspruch durch diese Wandlung seine Berechtigung als lückenschließendes Richterrecht ein. Der Folgenbeseitigungsanspruch wurde zunächst entwickelt, um abseits der Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche in Geld eine Beseitigung in natura zu ermöglichen; wenn sich diese Folgenbeseitigung nun wieder in eine Geldentschädigung umwandeln soll, ist nicht dargelegt, worin die Regelungslücke besteht (OVG NRW, Urt. v. 30.11.1992 – 23 A 1471/90 = NVwZ 1994, 795, 796; *Höfling*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle [Hg.], GrdVwR, Bd. III, § 51, Rn. 39 f.; differenzierend dagegen: *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR I, § 52, Rn. 39; *von und zu Franckenstein*, NVwZ 1999, 158, 158 f.). Die Abgrenzungsfrage zu § 839 BGB, Art. 34 GG und den Aufopferungsansprüchen i.w.S. stellt sich neu und kann nicht wie für den Folgenbeseitigungsanspruch beantwortet werden (vgl. hierzu: *Weyreuther*, Gutachten, B 145 ff.). Auch eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte erscheint fraglich (vgl. *von und zu Franckenstein*, NVwZ 1999, 158, 159 m.w.N.). Die Frage nach der Zulässigkeit eines Folgenentschädigungsanspruchs hat das BSG für den Folgenbeseitigungsanspruch bislang offengelassen. Beide Entscheidungen, in denen der Folgenentschädigungsanspruch angesprochen wurde (BSG, Urt. v. 28.1.1970 – 4 RJ 63/67 = SozR Nr. 2 zu § 1407 RVO; BSG, Urt. v. 22.8.1975 – 5 RKnU 18/74), ergingen allerdings bereits vor der Anerkennung dieses Instituts durch das BVerwG.

¹⁰³⁵ Vgl.: BSG, Urt. v. 22.2.1980 – 12 RK 34/79 = BSGE 50, 25, 29; BSG, Urt. v. 29.1.2008 – B 7/7a AL 68/06 R = BSGE 100, 6, 12.

rum der Staat für den Wegfall einer Restitutionspflicht entschädigungspflichtig sein soll, die gesetzlich zulässigerweise ausgeschlossen ist. Allenfalls die frühere Rechtsprechung zur Begründung einer Kostenerstattungspflicht für selbstbeschaffte Krankenbehandlung bei Sachleistungspflichtverletzungen lässt sich analog § 251 BGB als Entschädigung für eine tatsächliche Unmöglichkeit der Restitution als Surrogat der Herstellung (gerichtet auf Krankenbehandlung) deuten.¹⁰³⁶ Da die Rechtsprechung eine entsprechende Umwandlung für keinen anderen Fall anerkannt hat, existiert seit Inkrafttreten des § 13 III SGB V jedoch kein relevanter Anwendungsfall mehr.¹⁰³⁷

c) Haftung aus öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen (§§ 280 ff. BGB analog)

aa) Entwicklung und Ausgestaltung des öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses

Ab 1950 setzte sich zunehmend die Vorstellung durch, dass innerhalb allgemeiner Verwaltungsrechtsverhältnisse¹⁰³⁸ besondere Näheverhältnisse zwischen Bürger und Verwaltung bestehen, denen die allgemeinen Regelungen eines Verwaltungsrechtsverhältnisses allein nicht gerecht werden.¹⁰³⁹ Die Anwendbarkeit schuldrechtlicher Vorschriften, die in § 62 S. 2 VwVfG/§ 61 S. 2 SGB X nur für öffentlich-rechtliche Verträge geregelt ist, soll deshalb auch auf

¹⁰³⁶ So: *Krause/Sattler*, in: Gitter/Wannagat [Hg.], JbSR 2002, S. 39, 42 f.

¹⁰³⁷ Die frühere Rechtsprechung kann allenfalls in inhaltlicher Nähe zu der Literaturansicht gesehen werden, die bei rechtlicher Unmöglichkeit der Folgenbeseitigung einen Folgenentschädigungsanspruch ablehnt, und nur für den Fall tatsächlicher Unmöglichkeit von einer Folgenentschädigungspflicht ausgeht (vgl. *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 142; *Ipsen*, AllgVerwR, Rn. 1353 f.). Seit Inkrafttreten des § 13 III SGB V wird jedoch auch bei tatsächlicher Unmöglichkeit der Herstellung von der Sozialgerichtsbarkeit keine Form der Folgenentschädigung mehr zugesprochen, so dass die genaue Einordnung im Meinungsspektrum dahingestellt bleiben kann.

¹⁰³⁸ Als Verwaltungsrechtsverhältnis wird eine durch konkrete öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten geprägte Beziehung zwischen mindestens zwei Rechtssubjekten – regelmäßig einem Bürger und einem Verwaltungsträger – verstanden, die über das allgemeine Rechtsverhältnis von Staat und Bürger hinausgeht (*Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs [Hg.], § 9 VwVfG, Rn. 16 ff.; *Maurer*, AllgVerwR, § 8, Rn. 17 ff.; *Detterbeck*, AllgVerwR, § 9, Rn. 413 ff.; *Ipsen*, AllgVerwR, Rn. 163 ff.). Das Sozialrechtsverhältnis stellt einen Sonderfall des Verwaltungsrechtsverhältnisses hinsichtlich der sozialrechtlichen Rechte und Pflichten der Beteiligten dar (*Ipsen*, AllgVerwR, Rn. 188 f.; *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., vor §§ 38 ff. SGB I, Rn. 1 ff.; *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6 Rn. 4 ff.).

¹⁰³⁹ Ausführlich: *Simons*, Leistungsstörungen, S. 19 ff., 43 ff.

diese besonderen Näheverhältnisse ausgedehnt werden, die eine Ähnlichkeit zu den Schuldrechtsverhältnissen des Zivilrechts aufweisen (sog. verwaltungsrechtliche/öffentlich-rechtliche Schuldverhältnisse).¹⁰⁴⁰ Dass bei zivilrechtlichen Schuldverhältnissen neben einer Deliktshaftung nach §§ 823 ff. BGB zusätzlich die Möglichkeit einer vertragliche Haftung nach §§ 280 ff. BGB gegeben ist, soll auch für verwaltungsrechtliche Schuldverhältnisse eine wünschenswerte Verbesserung darstellen. Neben der deliktischen Amtshaftung nach § 839 BGB, Art. 34 GG¹⁰⁴¹ soll es daher zu einer Haftung für Pflichtverletzungen kommen, die den §§ 280 ff. BGB entspricht.¹⁰⁴² Ein Haftungsanspruch analog §§ 280 ff. BGB tritt dann in Anspruchskonkurrenz neben einen Amtshaftungsanspruch nach § 839 BGB, Art. 34 GG.¹⁰⁴³ Als ausdrückliche Vorteile einer Haftung analog §§ 280 ff. BGB wird auf die Verschuldensvermutung (§ 280 I 2 BGB analog) und die Möglichkeit einer *Naturalrestitution durch Amtshandeln* (§ 249 I BGB analog) hingewiesen.¹⁰⁴⁴ Eine Beschränkung auf Geldersatz sei bei der Haftung aus öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen nicht gerechtfertigt, weil sie nicht an eine persönliche Verpflichtung des Beamten anknüpfe, die dann auf den Staat übergeleitet werde. Vielmehr folge die Haftung direkt aus dem Schuldverhältnis zwischen Bürger und Verwal-

¹⁰⁴⁰ Vgl. *Meysen*, Verwaltungsrechtsverhältnis, S. 171 ff., 299 ff.; *Wienhues*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 225, 228; *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 46, Rn. 18 ff.; *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1264 ff.; *Adolf*, Herstellungsanspruch, S. 119; *de Wall*, Anwendbarkeit im Verwaltungsrecht, S. 218 ff.

¹⁰⁴¹ *Papier*, Forderungsverletzung, S. 17 f.; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 403 f.

¹⁰⁴² Vgl. *Maurer*, AllgVerwR, § 29, Rn. 4; *Simons*, Leistungsstörungen, S. 75, 77 ff., 129 ff.; *Wienhues*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 231. Denkbar sind in diesem Zusammenhang sowohl Schadensersatzansprüche neben der Leistung (§ 280 I BGB) oder verzögerter Leistung (§ 280 I, II i.V.m. § 286 BGB), als auch allgemein Schadensersatzansprüche statt der Leistung (§ 280 I, III i.V.m. §§ 281, 282 BGB) wegen anfänglicher (§ 311a II BGB) bzw. nachträglicher Unmöglichkeit (§ 280 I, III i.V.m. § 283 BGB); vgl.: *Schwerdtfeger*, Öffentliches Recht, Rn. 297, 301; *Wienhues*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 231.

¹⁰⁴³ *Maurer*, AllgVerwR, § 29, Rn. 8; *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 537; *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1304; *Schwerdtfeger*, Öffentliches Recht, Rn. 301, 328; *Durner*, JuS 2005, 900, 904.

¹⁰⁴⁴ BVerwG, Urt. v. 24.8.1961 – II C 165/59 = BVerwGE 13, 17, 23 f.; BVerwG, Urt. v. 11.4.1975 – I WB 3/74 = BVerwGE 53, 12, 21; Bayerischer VGH, Urt. v. 19.12.1960 – 104 III 59 = BayVBl. 1961, 90, 91; VGH Hessen, Urt. v. 22.10.1959 – OS V 210/57 = DVBl. 1960, 328, 329; *Meysen*, Verwaltungsrechtsverhältnis, S. 243 f.; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 405; *Ossenbühl*, NJW 2000, 2945, 2952; *Maurer*, AllgVerwR, § 29, Rn. 8; *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 46, Rn. 18; *Papier*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 34 GG, Rn. 71; *ders.*, Forderungsverletzung, S. 116; *Durner*, JuS 2005, 900, 904; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 94 f.

tungsträger – und treffe daher auch diesen Verwaltungsträger direkt (sog. unmittelbare Staatshaftung).¹⁰⁴⁵

Unter den Befürwortern dieser Haftung ist dabei nach wie vor umstritten, ob die zivilrechtlichen Vorschriften der §§ 280 ff. BGB in analoger Anwendung die Haftung begründen¹⁰⁴⁶ oder eine Haftung aus einem allgemeinen Rechtsgedanken folgt, der Zivil- und öffentlichem Recht gleichermaßen zugrunde liegt¹⁰⁴⁷. Unabhängig davon wird jedenfalls die analoge Anwendung der §§ 280 ff. BGB zur Ausfüllung der Haftung aus öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen befürwortet.¹⁰⁴⁸

Da nicht jedes allgemeine Verwaltungsrechtsverhältnis auch als öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis angesehen werden soll, bereitet die Abgrenzung weiterhin Probleme.¹⁰⁴⁹ Die grundsätzliche Existenz öffentlich-rechtlicher

¹⁰⁴⁵ Vgl. *Papier*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 34 GG, Rn. 71.

¹⁰⁴⁶ Etwa: *Wienhues*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 225; *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1264 f.; *de Wall*, Anwendbarkeit im Verwaltungsrecht, S. 218 ff.; offengelassen: *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 435.

¹⁰⁴⁷ Etwa: *Simons*, Leistungsstörungen, S. 112 ff.; in diese Richtung auch: *Meysen*, Verwaltungsrechtsverhältnis, S. 299 ff., 384.

¹⁰⁴⁸ Auch *Simons* und *Meysen* kommen bspw. zu einer analogen Anwendung des zivilrechtlichen Leistungsstörungsrechts bei der ergänzenden Ausfüllung des allgemeinen Rechtsgedanken, weil dieser Rechtsgedanke dort weitestgehend kodifiziert ist (vgl. *Simons*, Leistungsstörungen, S. 112 ff.; *Meysen*, Verwaltungsrechtsverhältnis, S. 351, 385).

¹⁰⁴⁹ Öffentlich-rechtliche Schuldverhältnisse i.S. besonderer Näheverhältnisse werden anerkannt für öffentlich-rechtliche Verträge i.S.d. §§ 54 ff. VwVfG, §§ 53 ff. SGB X (*Wienhues*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 223, 228), öffentlich-rechtliche Verwahrungsverhältnisse – analog § 688 ff. BGB (BVerwG, Urt. v. 20.4.1977 – VI C 7/74 = BVerwGE 52, 247, 249 f.; BGH, Urt. v. 12.4.1951 – III ZR 87/50 = BGHZ 1, 369, 370 ff.; BGH, Urt. v. 5.10.1989 – III ZR 126/88 = NJW 1990, 1230, 1230), öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag – analog §§ 677 ff. BGB (BVerwG, Urt. v. 6.9.1988 – 4 C 5/86 = BVerwGE 80, 170, 174), öffentlich-rechtliche Benutzungsverhältnisse von öffentlich-rechtlichen Einrichtungen (BGH, Urt. v. 4.10.1972 – VIII ZR 117/71 = BGHZ 59, 303, 304 f.; BGH, Urt. v. 30.9.1970 – III ZR 87/69 = BGHZ 54, 299, 303 f.; BGH, Urt. v. 17.5.1973 – III ZR 68/71 = BGHZ 61, 7, 13; VGH Mannheim, Urt. v. 20.3.1991 – 5 S 542/89 = NVwZ-RR 1992, 656), öffentlich-rechtliche Subventionsbeziehungen zwischen Bürger und Verwaltung nach bindender Zusage der Subvention (OVG Niedersachsen, Urt. v. 26.11.1976 – V OVG B 76/76 = NJW 1977, 773, 774; *Maurer*, AllgVerwR, § 29, Rn. 3), öffentlich-rechtliche Mitgliedschaftsverhältnisse (BGH, Urt. v. 5.3.1987 – III ZR 265/85 = VersR 1987, 768; BGH, Urt. v. 8.3.2007 – III ZR 55/06 = NVwZ 2007, 1221; *Papier*, in: MüKo BGB, § 839 BGB, Rn. 76) oder Beamten-, Zivil- und Wehrdienstverhältnis (BVerwG, Urt. v. 24.8.1961 – II C 165/59 = BVerwGE 13, 17, 19 ff.; BVerwG, Urt. v. 25.8.1988 – 2 C 51/86 = BVerwGE 80, 123, 125; BGH, Urt. v. 9.3.1965 – VI ZR 218/63 = BGHZ 43, 178, 184; BGH, Urt. v. 5.7.1990 – III ZR 166/89 = NVwZ 1990, 1103; *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1303). Demgegenüber wurde das Vorliegen eines öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses u.a. verneint (kritisch hierzu: *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1303 m.w.N.) für das öffentlich-rechtliche Verhältnis zwischen Strafgefangenen und Strafvollzugseinrichtung

Schuldverhältnisse gilt inzwischen allerdings als gesichert. Insbesondere wird sie auch in § 40 II 1 VwGO in der Form von Schadensersatz für die Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten vorausgesetzt.¹⁰⁵⁰ Eine überzeugende materielle Definition des öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses steht hingegen bislang noch aus.¹⁰⁵¹ Gemeinsam ist den Definitionsversuchen jedenfalls, dass sie eine möglichst große Ähnlichkeit des öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses zum Vertragsverhältnis sicherstellen sollen.¹⁰⁵²

Schwierigkeiten bereitet die Figur des öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses insbesondere auch bei der Bestimmung des zulässigen Rechtsweges.¹⁰⁵³ Die Rechte und Pflichten, die innerhalb eines öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses bestehen, sind dem öffentlichen Recht zuzuordnen.¹⁰⁵⁴ Im Streitfall ist daher regelmäßig nach § 40 I 1 VwGO der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten gegeben. Für diese öffentlich-rechtlichen Ansprüche kommt es nur dann zu einer zivilgerichtlichen Rechtswegeröffnung, wenn diese Streitigkeit i.S.e. abdrängenden Sonderzuweisung den Zivilgerichten zugewiesen ist. Eine derartige abdrängende Sonderzuweisung zu den Zivilgerichten beinhaltet § 40 II 1 VwGO für vermögensrechtliche, gegen den Staat gerichtete Ansprüche des Bürgers aus öffentlich-rechtlicher Verwahrung und Schadensersatzansprüche, die nicht aus der Verletzung der Pflichten eines öffentlich-rechtlichen Vertrages hervorgegangen sind.¹⁰⁵⁵ § 40 II 1 VwGO gilt allerdings nicht für Klagen des Staates gegen den Bürger oder für Ansprüche aus dem öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnis, die auf Erfüllung gerichtet sind.¹⁰⁵⁶ Die Verwaltungsgerichte entscheiden deshalb zu Recht über einen Aufwen-

(BGH, Urt. v. 9.7.1956 – III ZR 320/54 = BGHZ 21, 214, 218 ff.), öffentlich-rechtliche Verhältnis zwischen Schule und Schüler (BGH, Urt. v. 27.6.1963 – III ZR 5/6 = NJW 1963, 1828; BGH, Urt. v. 16.4.1964 – III ZR 103/63 = DVBl. 1964, 584, 584 f.; a.A.: BGH, Urt. v. 16.4.1964 – III ZR 83/63 = DVBl. 1964, 813, 814) oder das öffentlich-rechtliche Verhältnis zwischen Jugendamt und Kind (BGH, Urt. v. 23.2.2006 – III ZR 164/05 = NJW 2006, 1121, 1123).

¹⁰⁵⁰ *Wienhues*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 222; *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1268.

¹⁰⁵¹ *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 46, Rn. 19; *Papier*, in: MüKo BGB, § 839 BGB, Rn. 76; *Meysen*, Verwaltungsrechtsverhältnis, S. 275. Insbesondere hinsichtlich sog. personenbezogener öffentlich-rechtlicher Schuldverhältnisse bestehen Schwierigkeiten (vgl. *Maurer*, AllgVerwR, § 29, Rn. 2 f.; *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1266, 1296 ff.; *Meysen*, Verwaltungsrechtsverhältnis, S. 87, 179 ff.).

¹⁰⁵² So auch: *Meysen*, Verwaltungsrechtsverhältnis, S. 171 ff.

¹⁰⁵³ Vgl. *Meysen*, Verwaltungsrechtsverhältnis, S. 379 ff.; *Simons*, Leistungsstörungen, S. 189 ff.; *Maurer*, AllgVerwR, § 29, Rn. 9; *Wienhues*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 241; *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1304.

¹⁰⁵⁴ Schließlich besteht ein Verwaltungsrechtsverhältnis gerade deswegen, weil die konkreten Rechtsbeziehungen der beteiligten Rechtssubjekte dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind (vgl. Kap. 1 E.II.2.c.).

¹⁰⁵⁵ Vgl. hierzu: Kap. 1 D.

¹⁰⁵⁶ *Simons*, Leistungsstörungen, S. 189 f.; *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1304 m.w.N.; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 444.

dungersatzanspruch analog §§ 683 S. 1, 670 BGB bei öffentlich-rechtlicher GoA,¹⁰⁵⁷ während die Zivilgerichte über einen Schadensersatzanspruch aus öffentlich-rechtlicher GoA entscheiden müssten, falls bspw. diese Aufwendungsersatzpflicht schuldhaft verletzt wird und dadurch Schäden entstanden sind. Die Rechtswegeröffnung für Ansprüche aus dem öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnis ist zwischen Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit geteilt.¹⁰⁵⁸

Problematisch ist die Eröffnung des Rechtswegs insbesondere für den schadensersatzrechtlichen Naturalrestitutionsanspruch durch eine Amtshandlung (§ 249 I BGB analog). Die Gleichstellung mit den anderen Varianten des § 40 II 1 VwGO und die Verweisung an die Zivilgerichte bedingt nach überwiegender Ansicht die Vorstellung, dass Schadensersatzansprüche i.S.d. § 40 II 1 VwGO nur auf Geldersatz gerichtete Ansprüche des Bürgers gegen den Staat sind.¹⁰⁵⁹ Dies trifft für den Naturalrestitutionsanspruch durch Amtshandeln nicht zu. Insofern verbleibt es hier bei der allgemeinen Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges nach § 40 I 1 VwGO.¹⁰⁶⁰ Insofern hat der Bundesgerichtshof auch bei einer Haftung aus öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen bislang keine Verpflichtung zur Naturalrestitution durch Amtshandeln ausgesprochen – die Entscheidungen über derartige Schadensersatzansprüche führten lediglich zum Geldersatz.¹⁰⁶¹ Eine Verpflichtung zur Naturalrestitution durch Amtshandeln wird vielmehr durch die Verwaltungsgerichte ausgesprochen.¹⁰⁶² Dies schließt allerdings nicht aus, dass die Zivilgerichte wegen § 17 II

¹⁰⁵⁷ BVerwG, Urt. v. 6.9.1988 – 4 C 5/86 = BVerwGE 80, 170, 174.

¹⁰⁵⁸ Der oftmals verwandten Literaturformulierung, dass für Ansprüche aus öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen der Zivilgerichtsrechtsweg eröffnet wäre (vgl. *Papier*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 34 GG, Rn. 72; *Schwerdtfeger*, Öffentliches Recht, Rn. 303; *Adolf*, Herstellungsanspruch, S. 112, 144), kann daher in dieser Pauschalität ebenso wenig zugestimmt werden wie der Ansicht, dass alle Ansprüche aus verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen vor den Verwaltungsgerichten geltend gemacht werden müssten (OVG Niedersachsen, Urt. v. 29.3.1968 – I A 54/66 = DÖV 1968, 803, 805; *Simons*, Leistungsstörungen, S. 194 f., 198; offengelassen: BVerwG, Urt. v. 29.5.1973 – VII C 2/72 = DÖV 1974, 133, 134).

¹⁰⁵⁹ Etwa: *Ehlers*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner [Hg.], 24. EGL., § 40 VwGO, Rn. 520, 530; *Schenke*, in: Kopp/Schenke, § 40 VwGO, Rn. 69; *Reimer*, in: BeckOK, § 40 VwGO, Rn. 165.

¹⁰⁶⁰ Für die Beschränkung der Amtshaftung auf Geldersatz vor den Zivilgerichten wird neben dem Konstruktionsargument eine alleinige Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte dafür angeführt, einen Amtsträger zu einem Amtshandeln zu verurteilen (BGH, Beschl. v. 19.12.1960 – GSZ 1/60 = BGHZ 34, 99, 105; vgl. dazu ausführlich: Kap. 1 E.II.1.a.aa.). Dieses Argument greift gleichermaßen auch für Schadensersatzansprüche analog §§ 280 ff. BGB, wenn sie vor den Zivilgerichten geltend gemacht werden. Unabhängig davon, ob den Zivilgerichten nach § 40 II 1 VwGO die Möglichkeit zugeordnet ist, Schadensersatz in Geld zuzusprechen, sind die Verwaltungsgerichte befugt, einen Verwaltungsträger zu einer Naturalrestitution durch Amtshandeln zu verpflichten.

¹⁰⁶¹ Etwa: BGH, Urt. v. 30.9.1970 – III ZR 87/69 = BGHZ 54, 299, 300, 303 f.; BGH, Urt. v. 4.10.1972 – VIII ZR 117/71 = BGHZ 59, 303; BGH, Urt. v. 11.7.1991 – III ZR 177/90 = BGHZ 115, 141, 146; BGH, Urt. v. 20.6.1974 – III ZR 97/72 = NJW 1974, 1816.

¹⁰⁶² Auch wenn die durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit bisher entschiedenen Fälle allesamt Klagen im Beamtenverhältnis betrafen, für die bei Schadensersatzansprüchen in

1 GVG auch über den Naturalrestitutionsanspruch entscheiden, da er oftmals im Zusammenhang mit Amtshaftungsansprüchen eingeklagt wird,¹⁰⁶³ die wegen Art. 34 S. 3 GG i.V.m. § 17 II 2 GVG nur vor den Zivilgerichten geltend gemacht werden können.

bb) Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen Herstellungsanspruch und einer Haftung analog §§ 280 ff. BGB

Ein gemeinsamer Anwendungsbereich von sozialrechtlichem Herstellungsanspruch und einer Haftung analog §§ 280 ff. BGB kommt insbesondere dann in Betracht, falls auch das Sozialrechtsverhältnis ein öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis darstellt. In der sozialrechtlichen Literatur wird dies teilweise bestritten.¹⁰⁶⁴ Mit gesetzlichen Schuldverhältnissen des Zivilrechts bestehe keine ausreichende Ähnlichkeit, weil diese „auf keinem personal qualifizierten Verhältnis zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes aufbauen, sondern lediglich eine gesetzestreue Erfüllung der betreffenden Verbindlichkeiten verlangen.“¹⁰⁶⁵ Auch zu zivilrechtlichen Vertragsverhältnissen bestehe die erforderliche Nähe nicht, da die Beteiligten im Sozialrechtsverhältnis gerade keine divergierenden Eigeninteressen verfolgten, sondern mit der Erfüllung der gesetzlichen Ziele/Pflichten sowohl für den Bürger als auch für den Verwaltungsträger dieselbe Zielsetzung gegeben sei.¹⁰⁶⁶ Schließlich sei auch eine Vergleichbarkeit mit anderen öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen nicht gegeben, weil diese Fallgruppen nicht „so recht zu den Herstellungsfällen passen.“¹⁰⁶⁷ Zu Recht geht die überwiegende Ansicht jedoch davon aus, dass das Sozialrechtsverhältnis ein öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis darstellt.¹⁰⁶⁸ Wie

Geld und Naturalrestitution der Verwaltungsrechtsweg gleichermaßen durch § 54 I BeamStG, § 126 I BBG, § 126 I BRRG vorgegeben ist (BVerwG, Urt. v. 24.8.1961 – II C 165/59 = BVerwGE 13, 17, 23 f.; BVerwG, Urt. v. 11.4.1975 – I WB 3/74 = BVerwGE 53, 12, 21; Bayerischer VGH, Urt. v. 19.12.1960 – 104 III 59 = BayVBl. 1961, 90, 91; VGH Hessen, Urt. v. 22.10.1959 – OS V 210/57 = DVBl. 1960, 328, 329; VGH Hessen, Urt. v. 27.2.1974 – I OE 128/72 = ZBR 1974, 261, 263), muss davon ausgegangen werden, dass diese Rechtsfolge – ohne Differenzierung – für die Haftung in jedem öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnis gelten soll.

¹⁰⁶³ Darauf hinweisend etwa: *Wienhues*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 241; *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 46, Rn. 21.

¹⁰⁶⁴ *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 165 f.; *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 421 ff.

¹⁰⁶⁵ *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 421; vgl. auch: *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 165.

¹⁰⁶⁶ *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 421 ff.; *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 165, Fn. 54.

¹⁰⁶⁷ *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 424.

¹⁰⁶⁸ Etwa: BSG, Urt. v. 17.8.2011 – B 6 KA 24/10 R; BSG, Urt. v. 12.2.1997 – 9 RVs 2/96 = SozR 3-3870 § 4 Nr. 17; LSG Hessen, Urt. v. 7.7.1994 – L 14 Kr 2/94 = Breith 1994, 894, 897; LSG Hessen, Urt. v. 21.2.2003 – L 15/13 RA 1378/01; *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., vor §§ 38 ff. SGB I, Rn. 1 ff.; *Kreikebohm/von Koch*, in:

bereits erläutert, wird für ein öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis gerade die Nähe zum zivilrechtlichen Vertragsverhältnis gesucht, die die ergänzende Anwendung der zivilrechtlichen Vorschriften rechtfertigt,¹⁰⁶⁹ wie es für den öffentlich-rechtlichen Vertrag durch § 62 S. 2 VwVfG, § 61 S. 2 SGB X bereits gesetzlich angeordnet ist. Da in keinem anderen öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnis divergierende Eigeninteressen der Verwaltung bestehen, die einer Privatperson vergleichbar über das Ziel des Gesetzes hinausgehen würden, ist dieser Einwand nicht entscheidend.¹⁰⁷⁰ Vielmehr erfüllt das Sozialrechtsverhältnis die Voraussetzungen, die allgemein für ein öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses formuliert werden.¹⁰⁷¹

von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6, Rn. 5, 68; Löwer, NVwZ 1986, 793, 795 ff.; Kokemoor, SozR, Rn. 48; Schmidt-De Caluwe, S. 372 ff., 380; Waltermann, SozR, Rn. 22; Rüfner, JuS 1981, 259, 262; a.A.: OLG Saarbrücken, Urt. v. 9.8.2005 – 4 U 401/02.

¹⁰⁶⁹ So auch: Meysen, Verwaltungsrechtsverhältnis, S. 171 ff.

¹⁰⁷⁰ Kreikebohm/von Koch, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6 Rn. 5, 68; von Koch, NZS 1998, 167, 167.

¹⁰⁷¹ Nach dem weitesten Verständnis soll auf die allgemeine Regelung des § 241 BGB zurückgegriffen werden (Eckert, DVBl. 1962, 11, 11; Schmidt-De Caluwe, S. 376 ff.). Das Sozialrechtsverhältnis verpflichtet insbesondere die Sozialleistungsträger zu Gewährung von Sozialleistungen (§ 11 SGB I), zu Betreuung (§ 13 ff. SGB I) und ggf. auch zur Rücksichtnahme auf Rechte und Interessen der Beteiligten (vgl. § 17 SGB I). Da das Sozialrechtsverhältnis damit Leistungs- und Schutzpflichten i.S.d. § 241 I, II BGB beinhaltet, wäre es ein öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis. Da letztlich jedoch innerhalb jedes Verwaltungsrechtsverhältnisses derartige Pflichten (zumindest Unterlassungspflichten) bestehen, kann allein die Bezugnahme auf § 241 BGB nicht ausreichen (Bieback, DVBl. 1983, 159, 165 m.w.N.; a.A.: Schmidt-De Caluwe, S. 376 ff.). Keiner der bisher geäußerten Eingrenzungsversuche, der an dieser Stelle ansetzt, würde das Sozialrechtsverhältnis aber als öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis inhaltlich disqualifizieren (kritisch zu den einzelnen Eingrenzungsversuchen: Meysen, Verwaltungsrechtsverhältnis, S. 149 ff.; Schmidt-De Caluwe, S. 372 ff.). Falls eingrenzend nur wechselseitige, korrespondierende Pflichtbeziehungen mit Vermögenswert erfasst werden sollen (vgl. Eckert, DVBl. 1962, 11, 11; Simons, Leistungsstörungen, S. 43, 59), trifft dies jedenfalls für Sozialversicherungsverhältnisse zu. Auch die Forderung, dass einzelne subjektive Rechte des Bürgers erforderlich wären (Papier, Die Forderungsverletzung im öffentlichen Recht, S. 68 ff., 84), wird durch die überwiegend subjektiv-rechtliche Ausgestaltung des Sozialrechtsverhältnisses zugunsten des Bürgers erfüllt. Schließlich handelt es sich beim Sozialrechtsverhältnis auch um ein öffentlich-rechtliches Verwaltungsrechtsverhältnis mit Haupt- und Nebenleistungspflichten (BSG, Urt. v. 14.6.1962 – 4 RJ 75/60 = SozR § 1233 RVO, Nr. 3; Seewald, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., vor §§ 38 ff. SGB I, Rn. 7 f.), was teilweise als Wesensmerkmal öffentlich-rechtlicher Schuldverhältnisse angesehen wird (BGH, Urt. v. 9.7.1956 – III ZR 320/54 = BGHZ 21, 214, 218 ff.; Simons, Leistungsstörungen, S. 59). Sofern man mit dem Bundesgerichtshof das Vorliegen von besonderen Fürsorgepflichten fordern sollte, die über das allgemeine Verhältnis von Staat und Bürger beim Gesetzesvollzug hinausgehen, wird dieses Merkmal für das Sozialrechtsverhältnis erfüllt. Schließlich enthalten die §§ 13 ff. SGB I detaillierte, eigenständige Pflichten zur Beachtung der Interessen des Einzelnen und

Damit ist für einen Herstellungsanspruch und eine Haftung analog §§ 280 ff. BGB grds. derselbe Anwendungsbereich eröffnet, sofern es um Ansprüche des Bürgers gegen einen Verwaltungsträger geht.¹⁰⁷² Der Herstellungsanspruch, der in seinen Tatbestandsmerkmalen an einen Haftungsanspruch aus § 280 I BGB erinnert,¹⁰⁷³ kommt bei der Verletzung eines subjektiven Rechts des Bürgers aus dem Sozialrechtsverhältnis genauso in Betracht wie ein Schadensersatzanspruch analog §§ 280 ff. BGB.¹⁰⁷⁴ Hinsichtlich des Verschuldenserfordernisses weicht ein Schadensersatzanspruch analog §§ 280 ff. BGB jedoch eindeutig vom Tatbestand des Herstellungsanspruchs ab.¹⁰⁷⁵ Allerdings wird ein Haftungsanspruch analog § 280 I BGB – wie auch ein Amtshaftungsanspruch – selten an einem mangelnden Verschulden scheitern, weil ein objektivierter Fahrlässigkeitsbegriffs zu Grunde gelegt wird,¹⁰⁷⁶ ein Verschulden analog § 280 I 2 BGB vermutet wird¹⁰⁷⁷ und analog § 278 BGB auch eine Zurechnung von Fremdverschulden möglich ist¹⁰⁷⁸. Die analoge Anwendung des § 278 BGB ermöglicht darüber hinaus auch eine ähnliche Zurechnung von Pflichtver-

auch die §§ 16, 17 SGB I zeigen, dass die Verantwortlichkeit der Verwaltungsträger gerade über das übliche Maß beim Gesetzesvollzug hinausgehen soll (BSG, Urt. v. 14.6.1962 – 4 RJ 75/60 = SozR § 1233 RVO, Nr. 3).

¹⁰⁷² Dies gilt auch für die seltenen Fälle, dass aufgrund der Pflichtverletzung kein Sozialrechtsverhältnis besteht und erst über einen Herstellungsanspruch ein Sozialrechtsverhältnis begründet werden soll. Denn diese Situation entspricht der öffentlich-rechtlichen „*culpa in contrahendo*“ analog §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB (vgl. *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 419). Allerdings ist der Anwendungsbereich einer Haftung analog §§ 280 ff. BGB weiter, sobald es nicht mehr um Schadensersatzansprüche des Bürgers gegen einen Verwaltungsträger geht. Denn Ansprüche aus öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen sollen – nach wohl überwiegend vertretener Ansicht – „*zweigleisig*“ sowohl vom Bürger gegen einen Verwaltungsträger, als auch von einem Verwaltungsträger gegen einen Bürger geltend gemacht werden können (VGH Mannheim, Urt. v. 20.3.1991 – 5 S 542/89 = NVwZ-RR 1992, 656; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 11.12.1981 – II 1716/79 = VBIBW 1982, 369; *Maurer*, AllgVerwR, § 29, Rn. 2; *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 46, Rn. 21; kritisch: BVerwG, Urt. v. 3.4.1996 – 6 C 5/94 = BVerwGE 101, 51, 53 ff.). Diese Problematik stellt sich beim („*eingleisigen*“) Herstellungsanspruch nicht, der nur von einem Bürger gegenüber einem Verwaltungsträger eingefordert werden kann.

¹⁰⁷³ Vgl. *Kokemoor*, SozR, Rn. 49.

¹⁰⁷⁴ *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 419.

¹⁰⁷⁵ *Adolf*, Herstellungsanspruch, S. 144; *de Wall*, Anwendbarkeit im Verwaltungsrecht, S. 268.

¹⁰⁷⁶ *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 419; *Adolf*, Herstellungsanspruch, S. 144.

¹⁰⁷⁷ *Maurer*, AllgVerwR, § 29, Rn. 6, 8; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 405; *Ossenbühl*, NJW 2000, 2945, 2952; *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 46, Rn. 18.

¹⁰⁷⁸ *Ossenbühl*, NJW 2000, 2945, 2952; *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 46, Rn. 18; *Maurer*, AllgVerwR, § 29, Rn. 6, 8; *Wienhues*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 232.

letzungen seitens Drittbehörden, wie sie für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch anerkannt ist.¹⁰⁷⁹

Ein Schadensersatzanspruch analog §§ 280 ff. BGB begründet eine unmittelbare Staatshaftung¹⁰⁸⁰ in Form der Verpflichtung zur *Naturalrestitution durch Amtshandeln* analog §§ 280 ff. BGB i.V.m. § 249 I BGB.¹⁰⁸¹ Obwohl sich die Gemeinsamkeiten zwischen beiden Ansprüchen damit scheinbar auch auf Rechtsfolgenseite fortsetzen,¹⁰⁸² bestehen deutliche Unterschiede bzgl. des Anspruchsinhaltes. Der Herstellungsanspruch soll nur engere sozialrechtliche Nachteile ausgleichen, während einer Haftung nach §§ 280 ff. BGB der weitere, umfassende zivilrechtliche Schadensbegriff der §§ 249 ff. BGB zugrunde gelegt wird.¹⁰⁸³ Selbst wenn in der Frage, „wie“ ein Ausgleich erfolgen soll, eine Übereinstimmung mit dem Herstellungsanspruch besteht, ist der Haftungsumfang bzgl. der Frage, „was“ über eine Haftung analog §§ 280 ff. BGB auszugleichen ist, nach wie vor weiter. Der Bezugspunkt der Naturalrestitutionspflicht ist ein anderer.

Hiermit werden auch die unterschiedlichen Zielrichtungen beider Ansprüche erkennbar. Bei einer Haftung analog §§ 280 ff. BGB handelt es sich um einen umfassenden echten Schadensersatzanspruch. Dem Schadensausgleich unterfallen sämtliche unfreiwillige Einbußen an materiellen und immateriellen Rechts- und Wirtschaftsgütern des Betroffenen.¹⁰⁸⁴ Das Ziel der zivilrechtlichen Naturalrestitution ist davon ausgehend erreicht,

¹⁰⁷⁹ Ein Unterschied zu der Zurechnung beim Herstellungsanspruch besteht darin, dass das Zurechnungssubjekt beim Herstellungsanspruch der Verwaltungsträger ist, der die Herstellungsmacht hinsichtlich des sozialrechtlichen Nachteils innehat – unabhängig davon, ob ihm gegenüber die verletzte Pflicht bestand. § 278 BGB hingegen begründet allenfalls eine Zurechnung von pflichtwidrigem Drittverhalten zu dem Rechtssubjekt, das durch die in Frage stehende Pflicht verpflichtet wird (Schuldner der Pflicht). § 278 BGB führt nicht dazu, dass ausgehend von einer Fähigkeit, Schadensersatz zu leisten eine Zurechnung unter den Voraussetzungen des § 278 BGB erfolgt.

¹⁰⁸⁰ *Papier*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 34 GG, Rn. 71.

¹⁰⁸¹ Etwa: BVerwG, Urt. v. 24.8.1961 – II C 165/59 = BVerwGE 13, 17, 23 f.; BVerwG, Urt. v. 11.4.1975 – I WB 3/74 = BVerwGE 53, 12, 21; Bayerischer VGH, Urt. v. 19.12.1960 – 104 III 59 = BayVBl. 1961, 90, 91; VGH Hessen, Urt. v. 22.10.1959 – OS V 210/57 = DVBl. 1960, 328, 329; *Meysen*, Verwaltungsrechtsverhältnis, S. 243 f.; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 405; *ders.*, NJW 2000, 2945, 2952; *Maurer*, AllgVerwR, § 29, Rn. 8; *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 46, Rn. 18; *Papier*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 34 GG, Rn. 71; *ders.*, Forderungsverletzung, S. 116; *Durner*, JuS 2005, 900, 904; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 94 f.

¹⁰⁸² Vgl. *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6, Rn. 68.

¹⁰⁸³ Vgl. *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 419 f.; *Olbertz*, S. 55 ff., 152.

¹⁰⁸⁴ Zum Schadensbegriff: *Oetker*, in: MüKo BGB, § 249 BGB, Rn. 16 ff.; *Schulze*, in: Schulze [Hg.], vor §§ 249 ff. BGB, Rn. 5; *Grüneberg*, in: Palandt, vor § 249 BGB, Rn. 7; *Looschelders*, SchuldR AT, Rn. 878 ff.; vgl. zur Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden im Beamtenrechtsverhältnis: *Laubinger*, VerwArch. 99 [2008], 278, 303 ff. m.w.N.

wenn der Zustand aus *immaterieller* und *wirtschaftlicher Sicht* hergestellt ist, der ohne die Pflichtverletzung bestünde.¹⁰⁸⁵ Insbesondere sind daher auch andere Folgen außerhalb der Beeinträchtigung von sozialrechtlichen Hauptleistungsrechten auszugleichen. Der Herstellungsanspruch ist demgegenüber gerade „*kein sekundärer Schadensersatzanspruch im eigentlichen Sinn, sondern eine Art nachgebesserter Primäranspruch*“¹⁰⁸⁶. Ausgeglichen werden regelmäßig nur die sozialrechtlichen Nachteile, die in der Beeinträchtigung der Hauptleistungsrechte bestehen, indem eine Geltendmachung des Primärrechts ermöglicht wird (sog. Leistung mittelbar aufgrund des Herstellungsanspruchs) bzw. über den Herstellungsanspruch ein eigenständiges Sekundärrecht entsteht, das in seinen rechtlichen Wirkungen denen des Primärrechtes entspricht (sog. Leistung unmittelbar aufgrund des Herstellungsanspruchs). Das Ziel der sozialrechtlichen Naturalrestitution ist erreicht, sobald der Zustand aus *sozialrechtlicher Sicht* hergestellt ist, der ohne die Pflichtverletzung bestünde. Der Herstellungsanspruch dient daher punktuell – und ausschließlich – der Möglichkeit, sozialrechtliche Positionen geltend zu machen, die ohne das Fehlverhalten verwirklicht worden wären. Insofern gleicht der Herstellungsanspruch in seiner Fixierung auf die rechtlichen Wirkungen der Primärrechte weniger einem Schadensersatzanspruch analog §§ 280 ff. BGB, sondern der Einrede des „*venire contra factum proprium*“ analog den §§ 162, 242 BGB¹⁰⁸⁷. Auch in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung und Literatur wird diese Einrede analog §§ 162, 242 BGB als verwaltungsrechtliche Alternative zum Herstellungsanspruch diskutiert, weil sie dem erklärten Ziel des Herstellungsanspruchs näherkommt – und nicht etwa eine Haftung analog §§ 280 ff. BGB.¹⁰⁸⁸

Es handelt sich um eine Wesensverschiedenheit von sekundären echten Schadensansprüchen (wie Schadensersatz analog §§ 280 ff. BGB oder Amtshaftung nach § 839 BGB, Art. 34 GG) und sekundären Rechtsrestitutionsansprüchen (wie dem Folgenbeseitigungsanspruch oder sozialrechtlichen Herstellungsanspruch), die hier deutlich wird. Ein Schadensersatzanspruch akzeptiert die durch Pflichtverletzung entstandenen Schadensfolgen und schafft einen neuen, inhaltlich eigenständigen Sekundäranspruch, um die Belastung durch diese Folgen zu beseitigen, während der Restitutionsanspruch trotz der Verletzung des subjektiven Rechts gerade diesen Rechtswirkungen selbst noch zur Verwirklichung verhelfen soll.

Ein weiterer, kaum beachteter Rechtsfolgenunterschied ergibt sich aus der zugrundeliegenden Herstellungslage. Eine Haftung analog §§ 280 ff. BGB soll sich entsprechend der Grundsatzregelung des § 249 I BGB auf Naturalrestituti-

¹⁰⁸⁵ BGH, Urt. v. 4.12.1984 – VI ZR 225/82 = NJW 1985, 793, 793; *Oetker*, in: MüKo BGB, § 249 BGB, Rn. 313 ff.; *Grüneberg*, in: Palandt, § 249 BGB, Rn. 2.

¹⁰⁸⁶ *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 420; vgl. auch: *Adolf*, Herstellungsanspruch, S. 144.

¹⁰⁸⁷ Vgl. allgemein hierzu: BGH, Beschl. v. 12.10.1990 – V ZR 002/89 = NJW-RR 1991, 177, 178; BGH, Beschl. v. 30.1.2003 – III ZR 270/02 = NJW 2003, 1459, 1460; BGH, Urt. v. 16.9.2005 – V ZR 244/04 = NJW 2005, 3417; BVerwG, Urt. v. 22.4.2004 – 6 B 8/04; BVerwG, Urt. v. 18.4.1997 – 8 C 38/95 = NJW 1997, 2966, 2969 m.w.N.; *Westermann*, in: MüKo BGB, § 162 BGB, Rn. 18 ff.; *Rövekamp*, in: BeckOK, § 162 BGB, Rn. 10.

¹⁰⁸⁸ Etwa: *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 617 ff.; *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 45, Rn. 139.

on durch Amtshandeln richten, da kein allgemeiner Beschränkungsgrund auf Geldersatz ersichtlich sei.¹⁰⁸⁹ Wenn zur Ausfüllung der Schadensersatzpflicht auf die §§ 249 ff. BGB zurückgegriffen wird,¹⁰⁹⁰ müssen folgerichtig auch deren jeweilige Grenzen mitübertragen werden. So setzt ein Naturalrestitutionsanspruch nach § 249 I BGB stets voraus, dass die Herbeiführung dieser Naturalrestitution möglich ist;¹⁰⁹¹ ansonsten wandelt sich der Naturalrestitutionsanspruch nach § 251 I Alt. 1 BGB in einen reinen Geldersatzanspruch um.¹⁰⁹² In einer Herstellungslage kann ein Schadensersatzanspruch analog §§ 280 ff., 251 BGB deshalb nur zu einem solchen Geldersatzanspruch führen. Wie bereits dargestellt, stimmt der durch die Pflichtverletzung begründete Zustand – zumindest nach dem gesetzlichen Wortlaut – mit der geltenden Gesetzeslage überein, so dass in einer Herstellungslage die Primärrechte nicht (mehr) so ausgeübt werden, wie sie ohne die Pflichtverletzung bestanden hätten. Durch den Herstellungsanspruch soll als Reaktion auf die vorangegangene Pflichtverletzung von dem bestehenden Zustand i.S.d. Gesetzes erneut „*rechtswidrig*“ abgewichen werden können, um so – scheinbar paradoxerweise – letztendlich einen rechtmäßigen Zustand zu schaffen.¹⁰⁹³ Diese Gesetzesabweichungen werden erst durch den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch möglich,¹⁰⁹⁴ ohne den die Vornahme der Amtshandlungen rechtlich unmöglich bleibt. Für eine Haftung analog den §§ 280 ff. BGB könnte daher in einer Herstellungslage – ohne Beachtung der spezifischen Folgerungen des Herstellungsanspruchs – nicht überzeugend begründet werden, warum ein dem Gesetzeszustand widersprechendes Amtshandeln, das zur Naturalrestitution erforderlich ist, nicht

¹⁰⁸⁹ Vgl. *Meysen*, Verwaltungsrechtsverhältnis, S. 243 f.; *Ossenbühl*, NJW 2000, 2945, 2952; *Maurer*, AllgVerwR, § 29, Rn. 8; *Papier*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 34 GG, Rn. 71; *Durner*, JuS 2005, 900, 904.

¹⁰⁹⁰ *Durner*, JuS 2005, 900, 904; *Wienhues*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 239.

¹⁰⁹¹ Etwa: BGH, Urt. v. 2.10.1981 – V ZR 147/80 = BGHZ 81, 385, 388; *Schulze*, in: Schulze [Hg.], § 249 BGB, Rn. 2; *Grüneberg*, in: Palandt, § 249 BGB, Rn. 3; *Looschelders*, SchuldR AT, Rn. 953.

¹⁰⁹² BGH, Urt. v. 2.10.1981 – V ZR 147/80 = BGHZ 81, 385, 391 f.; *Schulze*, in: Schulze [Hg.], § 249 BGB, Rn. 2, § 251 BGB, Rn. 2; *Schubert*, in: BeckOK, § 251 BGB, Rn. 5 ff.; *Teichmann*, in: Jauernig, § 251 BGB, Rn. 3; *Oetker*, in: MüKo BGB, § 251 BGB, Rn. 6 ff.

¹⁰⁹³ Dazu ausführlich: Kap. 1 B.II.2.b.bb.

¹⁰⁹⁴ BSG, Urt. v. 18.8.1983 – 11 RA 60/82 = BSGE 55, 261, 264 m.w.N. („*Der Herstellungsanspruch schließt jedoch diese Lücke im Schadenersatzrecht nur für diejenigen Fälle, in denen der Leistungsträger mit seinem Instrumentarium durch eine an sich zulässige Amtshandlung zur Naturalrestitution in der Lage ist. Er modifiziert insoweit lediglich das für diese Amtshandlung maßgebende Recht [...]; auch insoweit unterscheidet sich der Herstellungsanspruch von einem schlechthin auf Schadenersatz gerichteten Anspruch.*“); wohl auch: *de Wall*, Anwendbarkeit im Verwaltungsrecht, S. 268.

i.S.d. § 251 I Alt. 1 BGB rechtlich unmöglich sein soll. Die Annahme, dass in einer Herstellungslage ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch und eine Haftung analog §§ 280 ff. BGB gleichermaßen auf dieselbe Naturalrestitution durch Amtshandeln gerichtet wären, ist daher nicht haltbar. In einer Herstellungslage kann nur ein Herstellungsanspruch zur sozialrechtlichen Naturalrestitution durch Amtshandeln führen, während sich ein Anspruch analog §§ 280 ff. BGB auf Geldersatz richtet.

Hinsichtlich ihrer Ausschlussgründe unterscheiden sich Herstellungs- und Schadensersatzanspruch analog §§ 280 ff. BGB ebenfalls. Eine Gemeinsamkeit der richterrechtlichen Institute besteht hinsichtlich der grundsätzlichen Subsidiarität gegenüber gesetzlichen Regelungen.¹⁰⁹⁵ Haftungsansprüche aus öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen unterliegen grds. den allgemeinen zivilrechtlichen Verjährungsregelungen der §§ 194 ff. BGB und verjähren damit – abweichend von sozialrechtlichen Herstellungsansprüchen – Amtshaftungsansprüchen vergleichbar. Anders als ein Herstellungsanspruch scheiden Schadensersatzansprüche analog §§ 280 ff. BGB nicht aus, falls die Herstellung einer Naturalrestitution rechtlich oder tatsächlich unmöglich sein sollte. In diesem Fall wandelt sich der Naturalrestitutionsanspruch aus § 249 BGB gem. § 251 I Alt. 1 BGB in eine Geldersatzpflicht. Eine Geldersatzpflicht kann deshalb auch in den Fällen gegeben sein, in denen sich ein Herstellungsanspruch auf ein „*an sich unzulässiges*“ Amtshandeln richtet und daher ausscheidet. Die Grenze des „*an sich zulässigen*“ Amtshandeln gilt für eine Haftung analog §§ 280 ff. BGB nicht. Darüber hinaus wird fahrlässiges Mitverschulden bei öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen nicht erst ab grober Fahrlässigkeit berücksichtigt.¹⁰⁹⁶ Für eine Haftung analog §§ 280 ff. BGB ist zudem anerkannt, dass sich Verwaltungsträger innerhalb der besonderen Grenzen des öffentlichen Rechts durch eine Beschränkung der Haftung auf bestimmte Verschuldensformen analog §§ 276 III, 278 S. 2, 305 ff. BGB von einer Haftung freizeichnen können.¹⁰⁹⁷ Eine vergleichbare Freizeichnungsmöglichkeit von der Herstellungspflicht aus einem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch besteht nicht.

¹⁰⁹⁵ Vgl. für §§ 280 ff. BGB analog: BGH, Urt. v. 9.7.1956 – III ZR 320/54 = BGHZ 21, 214, 216, 218 ff.

¹⁰⁹⁶ *De Wall*, Anwendbarkeit im Verwaltungsrecht, S. 268.

¹⁰⁹⁷ *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 420; *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 46, Rn. 23 f.; *Wienhues*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 240.

cc) Ergebnis

Das BSG erkennt eine Haftungsmöglichkeit aus öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen (analog §§ 280 ff. BGB) an¹⁰⁹⁸ und hat zeitweise sogar versucht, den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch als Sonderform der Haftung aus einem Sozialrechtsverhältnis als öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis zu begründen.¹⁰⁹⁹ Lange Zeit blieb dabei offen, ob der Herstellungsanspruch als Spezialform einen Schadensersatzanspruch analog §§ 280 ff. BGB verdrängt oder ob beide Ansprüche nebeneinander anwendbar sind. Bei Geldersatzansprüchen lehnt das Gericht jedenfalls einen Herstellungsanspruch gerichtet auf Geldersatz ab und wendet diesen Anspruch (bei anderer Zielsetzung) allenfalls neben einem auf Geldersatz gerichteten Haftungsanspruch analog §§ 280 ff. BGB an.¹¹⁰⁰ Inzwischen wird aber allgemein auch dann eine Anspruchskonkurrenz beider Rechtsinstitute angenommen, wenn es um Naturalrestitution durch ein Amtshandeln geht.¹¹⁰¹ Teilweise wird davon ausgegangen, dass Folgenbeseitigungs- und Herstellungsanspruch einen Haftungsanspruch analog §§ 280 ff. BGB in ihrem Anwendungsbereich „überlagern“¹¹⁰², weil diese Ansprüche mangels Verschuldenserfordernis für den Betroffenen günstiger seien. Eine andere Ansicht betont ein gestuftes Verhältnis beider Ansprüche: der Herstellungsanspruch helfe, den ursprünglichen Primäranspruch durchzusetzen und sei daher der Haftung aus Verwaltungsrechtsschuldverhältnissen vorgelagert, die

¹⁰⁹⁸ Etwa: BSG, Urt. v. 4.5.1994 – 1 RS 2/92 = BSGE 74, 139, 146 f.; BSG, Urt. v. 26.10.1976 – 12/7 RAr 78/74 = SozR 4100 § 44 Nr. 9; BSG, Urt. v. 5.5.2009 – B 1 KR 9/08 R = SozR 4-2400 § 35a Nr. 4; BSG, Urt. v. 5.5.1988 – 6 RKa 18/87 = SozR 5550 § 13 Nr. 1; BSG, Urt. v. 16.1.1991 – 6 RKa 25/89 = SozR 3-5555 § 12 Nr. 2; BSG, Urt. v. 19.3.1992 – 7 RAr 26/91 = BSGE 70, 186, 188 ff.; BSG, Urt. v. 18.11.1993 – 12 RK 26/92 = BSGE 73, 217, 221 ff.; BSG, Urt. v. 11.10.1979 – 3 RK 1/78 = SozR 2200 § 205 Nr. 29; ablehnend hingegen noch: BSG, Urt. v. 10.3.1982 – 5b RJ 30/81 = SozR 1200 § 51 Nr. 13.

¹⁰⁹⁹ Vgl. BSG, Urt. v. 29.10.1992 – 10 RKg 24/91 = BSGE 71, 217, 221; BSG, Urt. v. 26.10.1976 – 12/7 RAr 78/74 = SozR 4100 § 44 Nr. 9; BSG, Urt. v. 11.10.1979 – 3 RK 1/78 = SozR 2200 § 205 Nr. 29; *Terwey*, Rechtliche Betreuung nach dem SGB, S. 175 ff.; *Maier*, SGB 1982, 133, 135.

¹¹⁰⁰ Vgl. BSG, Urt. v. 23.9.1980 – 7 RAr 97/79; BSG, Urt. v. 7.11.1995 – 12 RK 19/94 = SozR 3-2400 § 26 Nr. 7.

¹¹⁰¹ Etwa: BSG, Urt. v. 27.1.2000 – B 12 KR 10/99 R = SozR 3-2400 § 28h Nr. 11; BSG, Urt. v. 28.3.2000 – B 8 KN 3/98 U R = BSGE 86, 78, 85; BSG, Urt. v. 23.9.1980 – 7 RAr 97/79; BSG, Urt. v. 3.7.1998 – B 12 SF 1/98 R; LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 7.5.1993 = L 4 Kr 1469/91 = Die Beiträge 1994, 215; *Meysen*, Verwaltungsrechtsverhältnis, S. 378; **a.A.** wohl: *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 59 f. – Der Herstellungsanspruch sei eine unzulässige Rechtsschöpfung, weshalb nur auf §§ 280 ff. BGB oder §§ 162, 242 BGB zurückgegriffen werden könne.

¹¹⁰² *Meysen*, Verwaltungsrechtsverhältnis, S. 378.

eine „echte“ Sekundärhaftung begründen.¹¹⁰³ Insbesondere im Hinblick auf die unterschiedlichen Ziele und Rechtsfolgen ist ein Nebeneinander beider Ansprüche grds. zu begrüßen, wobei die ohnehin eingeschränkten Anwendungsmöglichkeiten einer auf Naturalrestitution gerichteten Haftung analog §§ 280 ff. BGB in den Herstellungsfällen zu beachten sind.

d) Treu und Glauben (Analogie zu §§ 242, 162 BGB)

aa) Entwicklung und Ausgestaltung des Einwands analog §§ 242, 162 BGB im öffentlichen Recht

Die Frage, ob der im Zivilrecht geregelte Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB)¹¹⁰⁴ auch in öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen zu beachten ist,¹¹⁰⁵ wird inzwischen allgemein bejaht.¹¹⁰⁶ Der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) soll gleichermaßen zwischen Hoheitsträgern untereinander¹¹⁰⁷ als auch im Verhältnis zwischen Bürger und Staat gelten (sowohl zu

¹¹⁰³ *Adolf*, Herstellungsanspruch, S. 144.

¹¹⁰⁴ Aus der Formel von Treu und Glauben in § 242 BGB ist inzwischen unbestritten der weitergehende Grundsatz von Treu und Glauben geworden (vgl. *Müller-Grune*, Treu und Glauben im VerwR, S. 35; *Schmidt-Kessel*, in: Prütting/Wegen/Weinreich [Hg.], § 242 BGB, Rn. 1). Da dieser Grundsatz jedoch zumindest seine offensichtlichste Erwähnung in §§ 242, 162 BGB findet, soll im Folgenden – wohl auch in Übereinstimmung mit dem überwiegenden Sprachgebrauch – von einer Analogie zu §§ 242, 162 BGB gesprochen werden, wenn es um die Anwendung auf öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse geht.

¹¹⁰⁵ Vgl. historisch zu ersten Ansätzen: PrOVG, Urt. v. 28.4.1927 – IV B 7/25 = PrOVG 82, 305 ff.; *Müller-Grune*, Treu und Glauben im VerwR, S. 25 ff., 35 ff. m.w.N.

¹¹⁰⁶ Etwa: BVerfG, Beschl. v. 16.12.1981 – 1 BvR 898/79 = BVerfGE 59, 128, 167; BVerwG, Urt. v. 8.3.1956 – I A 3/54 = BVerwGE 3, 199, 203; BVerwG, Urt. v. 14.4.1978 – IV C 6/76 = BVerwGE 55, 337, 339; BVerwG, Urt. v. 18.9.1970 – VII C 26/70 = DVBl. 1970, 928; BVerwG, Urt. v. 5.6.1986 – 3 C 12/82 = BVerwGE 74, 241, 249; BVerwG, Urt. v. 16.5.2000 – 4 C 4/99 = BVerwGE 111, 162, 172; BVerwG, Urt. v. 20.3.2003 – 2 C 23/02 = NVwZ-RR 2003, 874, 875; BVerwG, Urt. v. 12.1.2004 – 3 B 101/03 = NVwZ-RR 2004, 314, 314; BVerwG, Urt. v. 27.10.2009 – 8 C 22/09; BVerwG, Urt. v. 24.2.2010 – 9 C 1/09 = BVerwGE 136, 126, 139 m.w.N.; BFH, Urt. v. 9.8.1989 – I R 181/85 = NJW 1990, 1251; BFH, Urt. v. 7.11.1990 – X R 143/88 = NJW 1992, 68, 69; BSG, Urt. v. 22.5.1985 – 1 RA 31/84 = SozR 2200 § 1241e Nr. 16; BVerwG, Urt. v. 18.1.2001 – 3 C 7/00 = BVerwGE 112, 351, 358; *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger, § 242 BGB, Rn. 1099; *Mansel*, in: Jauernig, § 242 BGB, Rn. 11; *Sutschet*, in: BeckOK, § 242 BGB, Rn. 11; *Roth/Schubert*, in: MüKo BGB, § 242 BGB, Rn. 107; *Stauf*, DÖD 2004, 150, 151; *Grüneberg/Sutschet*, in: Bamberger/Roth [Hg.], § 242 BGB, Rn. 11; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 618 m.w.N.

¹¹⁰⁷ OVG NRW, Urt. v. 17.11.1983 – 4 A 1791/82 = NVwZ 1985, 118, 119; *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger, § 242 BGB, Rn. 1099.

Gunsten als auch zu Lasten des Bürgers)¹¹⁰⁸. Weniger eindeutig sind jedoch die konkreten Schlussfolgerungen, die sich aus diesem Grundsatz ergeben, der bereits für das Zivilrecht bewusst als offene Generalklausel formuliert wurde.¹¹⁰⁹ Rechtsprechung und Literatur orientieren sich hierbei an den – nicht abschließenden – konkretisierenden Fallgruppen,¹¹¹⁰ die aus dem allgemeinen Grundsatz für das Zivilrecht entwickelt wurden.

Eine solche zivilrechtliche Konkretisierung stellt ein Verbot der Änderung des eigenen Verhaltens dar, falls sich der Handelnde hierdurch zu seinem früheren Verhalten rechtsmissbräuchlich in Widerspruch setzen sollte („*venire contra factum proprium*“).¹¹¹¹ Da sich die im Rechtsverkehr handelnden Personen nach Treu und Glauben auf die Maßgeblichkeit des Verhaltens anderer Personen verlassen können (müssen), muss sich ein Rechtssubjekt regelmäßig an dem Verhalten – bzw. dessen rechtlichen Aussagegehalt – festhalten lassen, auf das sein Gegenüber schutzwürdig vertrauen durfte.¹¹¹² Der Vorschrift des § 162 BGB wird in diesem Zusammenhang der speziellere Rechtsgedanke entnommen, dass sich jemand nicht auf den Eintritt/Nichteintritt von Umständen berufen kann, die er selbst durch sein treuwidriges Verhalten herbeigeführt hat;¹¹¹³ analog §§ 242, 162 BGB gilt die Tatsachen- und Rechtslage so gegen ihn, wie sie ohne sein treuwidriges Verhalten bestehen würde. Sofern sich der treuwidrig Handelnde auf die treuwidrig geschaffene Sach- oder Rechtslage beruft, steht seinem Gegenüber analog §§ 242, 162 BGB daher der entsprechende Einwand des *venire contra factum proprium* zu, der die Maßgeblichkeit

¹¹⁰⁸ BVerwG, Urt. v. 29.6.1990 – 8 C 22/89 = BVerwGE 85, 213, 216; BVerwG, Urt. v. 22.5.1987 – 8 C 91/85 = NVwZ 1987, 793, 794; BFH, Urt. v. 21.1.1999 – VII R 35/98 = NVwZ-RR 2000, 295, 299; Roth/Schubert, in: MüKo BGB, § 242 BGB, Rn. 112 f.

¹¹⁰⁹ Vgl. ausführlich zur historischen Entstehungsgeschichte des § 242 BGB: Müller-Grune, Treu und Glauben im VerwR, S. 12 ff.; Looschelders/Olzen, in: Staudinger, § 242 BGB, Rn. 1 ff.

¹¹¹⁰ Looschelders/Olzen, in: Staudinger, § 242 BGB, Rn. 221 ff.; Looschelders, SchuldR AT, Rn. 60.

¹¹¹¹ Looschelders/Olzen, in: Staudinger, § 242 BGB, Rn. 286 ff.; Schulze, in: Schulze [Hg.], § 242 BGB, Rn. 36; Pfeiffer, in: Herberger [Hg.], § 242 BGB, Rn. 56; Schmidt-Kessel, in: Prütting/Wegen/Weinreich [Hg.], § 242 BGB, Rn. 53 ff.; Mansel, in: Jauernig, § 242 BGB, Rn. 32 („*Unzulässige Rechtsausübung ist jede Geltendmachung eines ‚an sich‘ gegebenen Rechts und jede Ausnutzung einer ‚an sich‘ bestehenden günstigen Rechtsposition oder Rechtslage im Widerspruch zu den Anforderungen von § 242 BGB.*“).

¹¹¹² Looschelders/Olzen, in: Staudinger, § 242 BGB, Rn. 288; Schmidt-Kessel, in: Prütting/Wegen/Weinreich [Hg.], § 242 BGB, Rn. 55 ff.; Looschelders, SchuldR AT, Rn. 84; Singer, NZA 1998, 1309, 1310 f.

¹¹¹³ BGH, Urt. v. 31.3.1993 – XII ZR 198/91 = BGHZ 122, 168 f.; BGH, Urt. v. 21.3.1985 – VII ZR 148/83 = NJW 1985, 1826; Bork, in: Staudinger, § 162 BGB, Rn. 2, 15 f.; Ellenberger, in: Palandt, § 162 BGB, Rn. 6; Schulze, in: Schulze [Hg.], § 242 BGB, Rn. 26.

der anderen Sach- oder Rechtslage fingiert.¹¹¹⁴ „Die Rechtsfolge eines Rechtsmissbrauches besteht darin, dass die Ausübung des Rechts oder die Geltendmachung einer Rechtsposition durch den Gläubiger unzulässig ist [...]. Dies kann sowohl dazu führen, dass ein an sich bestehendes Recht oder eine Rechtsposition nicht geltend gemacht werden kann, als auch dazu, dass der anderen Partei ein an sich nicht zustehendes Recht durch ‚Ersetzung‘ der fehlenden Umstände zuerkannt wird [...].“¹¹¹⁵ Eine Beschränkung der §§ 242, 162 BGB auf eine rein destruktive Funktion für den treuwidrig Handelnden, wie sie der Bundesgerichtshof in einer Entscheidung vorgenommen hat,¹¹¹⁶ ist schon deshalb nicht schlüssig, weil sich „die Beschränkung der einen Partei spiegelbildlich als Begünstigung der anderen“¹¹¹⁷ darstellt und insbesondere § 162 I BGB auch die Fiktion der tatsächlich nicht eingetretenen Bedingungen/Umstände fordert.¹¹¹⁸

Der Einwand des venire contra factum proprium wurde für das allgemeine Verwaltungsrecht übernommen.¹¹¹⁹ Analog §§ 242, 162 BGB ist es als treuwid-

¹¹¹⁴ Bork, in: Staudinger, § 162 BGB, Rn. 11, 15 f.; Schulze, in: Schulze [Hg.], § 242 BGB, Rn. 28.

¹¹¹⁵ Looschelders/Olzen, in: Staudinger, § 242 BGB, Rn. 226.

¹¹¹⁶ BGH, Urt. v. 23.4.1981 – VII ZR 196/80 = NJW 1981, 1779, 1779 („Billigkeitsgesichtspunkte können zwar gem. § 242 BGB dazu führen, Ansprüche zu mindern oder gar zu versagen. Sie können jedoch nicht Ansprüche begründen, die nach Gesetz oder Vertrag nicht gegeben sind [...].“); a.A. noch: BGH, Urt. v. 3.12.1958 – V ZR 98/57 = MDR 1959, 290.

¹¹¹⁷ Looschelders/Olzen, in: Staudinger, § 242 BGB, Rn. 226.

¹¹¹⁸ Diese Beschränkung wird wohl vom Bundesgerichtshof nicht mehr in dieser Form aufrechterhalten (vgl. BGH, Urt. v. 24.10.2003 – V ZR 424/02 = NVwZ 2004, 377, 379) und ist auch innerhalb der Zivilrechtslehre einstimmig abgelehnt worden (Looschelders/Olzen, in: Staudinger, § 242 BGB, Rn. 226; Mansel, in: Jauernig, § 242 BGB, Rn. 36; Grüneberg/Sutschet, in: Bamberger/Roth [Hg.], § 242 BGB, Rn. 47, 52; ders., in: BeckOK, § 242 BGB, Rn. 52; Schulze, in: Schulze [Hg.], § 242 BGB, Rn. 24; Roth/Schubert, in: MüKo BGB, § 242 BGB, Rn. 198 ff. – Rn. 198: „Auf diese Weise können nicht nur ‚an sich‘ bestehende Rechte der betroffenen Partei ignoriert, sondern der anderen Seite auch ‚an sich‘ nicht bestehende Rechte zuerkannt werden. Letztlich geht es darum, die zwischen den Parteien bestehende Interessenlage zu würdigen und die angemessene Rechtsfolge in Abweichung von den einschlägigen Rechtsnormen oder in Ermangelung solcher zu finden. Die Aberkennung und Zuerkennung von Rechten und günstigen Rechtslagen sind insofern zwei Seiten derselben Medaille.“).

¹¹¹⁹ Etwa: BVerfG, Beschl. v. 13.11.1990 – 1 BvR 275/90 = BVerfGE 83, 82, 86; BVerwG, Urt. v. 15.7.1959 – V C 80/57 = BVerwGE 9, 89, 92 f.; BVerwG, Urt. v. 25.1.1961 – VI C 3/59 = BVerwGE 11, 350, 352; BVerwG, Urt. v. 26.10.1966 – V C 2/65 = BVerwGE 25, 183, 184; BVerwG, Urt. v. 1.3.1968 – VII C 76/66 = BVerwGE 29, 159, 165 f.; BVerwG, Urt. v. 20.1.1969 – VI C 46/66 = BVerwGE 31, 197, 200; BVerwG, Urt. v. 18.9.1970 – VII C 26/70 = DVBl. 1970, 928; BVerwG, Urt. v. 28.10.1983 – 8 C 39/82 = BVerwGE 68, 156, 159; BVerwG, Urt. v. 29.6.1990 – 8 C 22/89 = BVerwGE 85, 213, 215 f.; BVerwG, Urt. v. 17.6.1994 – 8 C 22/92 = NVwZ 1995, 1213, 1215;

rig ausgeschlossen, dass sich ein Verwaltungsträger auf die Rechts- oder Sachlage beruft, die er selbst durch treuwidriges Verhalten begründet hat. Als ein solches treuwidriges Verhalten wird erst recht rechtswidriges (Vor-) Verhalten des Verwaltungsträgers angesehen.¹¹²⁰ Nach dem BVerwG kann ein Verwaltungsträger daher analog §§ 242, 162 BGB verpflichtet sein, einer (rechtlichen) Beurteilung die Rechts- oder Sachlage zugrunde zu legen, die ohne das hoheitliche Fehlverhalten bestehen würde.¹¹²¹

Für die Übertragung zivilrechtlicher Fallgruppen aus dem Grundsatz von Treu und Glauben in das Verwaltungsrecht besteht aber Einigkeit darüber, dass die maßgeblichen Ableitungen erst anhand der Besonderheiten öffentlich-rechtlicher Rechtsbeziehungen zu entwickeln sind.¹¹²² So wird analog §§ 242, 162 BGB eine Maßgeblichkeit der anderen (treumäßigen) Sach- oder Rechtslage nur angenommen, soweit dies nach den Eigenarten des jeweiligen Rechtsgebiets und insgesamt im Hinblick auf die berührten öffentlichen Interessen möglich ist.¹¹²³ Der Einwand analog §§ 242, 162 BGB wird damit unter den Vorbehalt abweichender öffentlich-rechtlicher Regelungen gestellt. Diese auf Art. 20 III GG gestützte Einschränkung¹¹²⁴ bewirkt, dass die generelle Anwendung der (treumäßigen) Sach- oder Rechtslage analog §§ 242, 162 BGB vollständig ausgeschlossen sein kann oder entscheidend modifiziert wird.¹¹²⁵ Insbesondere soll

BVerwG, Urt. v. 18.4.1997 – 8 C 38/95 = NJW 1997, 2966, 2969; BVerwG, Urt. v. 9.12.1998 – 3 C 1/98 = BVerwGE 108, 93, 96; BVerwG, Urt. v. 26.3.2003 – 6 C 24/02 = BVerwGE 118, 84, 89; BVerwG, Urt. v. 22.4.2004 – 6 B 8/04; BVerwG, Urt. v. 17.8.2011 – 3 B 36/11; OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 17.5.1988 – 7 A 2/87 = NVwZ 1988, 945, 946 ff.; OVG Niedersachsen, Urt. v. 30.6.1961 – I A 122/60 = DVBl. 1962, 63, 65; *Bork*, in: Staudinger, § 162 BGB, Rn. 19; *Westermann*, in: MüKo BGB, § 162 BGB, Rn. 8; *Weyreuther*, Gutachten, B 129, Fn. 548; vgl. historisch bereits: PrOVG, Urt. v. 28.4.1927 – IV B 7/25 = PrOVG 82, 305 ff.

¹¹²⁰ Etwa: BVerwG, Urt. v. 26.10.1966 – V C 2/65 = BVerwGE 25, 183, 184; BVerwG, Urt. v. 9.6.1961 – IV C 371/59.

¹¹²¹ BVerwG, Urt. v. 15.7.1959 – V C 80/57 = BVerwGE 9, 89, 92 f.; in diese Richtung auch: BVerfG, Beschl. v. 13.11.1990 – 1 BvR 275/90 = BVerfGE 83, 82, 86.

¹¹²² *Roth/Schubert*, in: MüKo BGB, § 242 BGB, Rn. 110 ff.; *Stauf*, DÖD 2004, 150, 151; *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger, § 242 BGB, Rn. 1099; *Mansel*, in: Jauernig, § 242 BGB, Rn. 11; *Sutschet*, in: BeckOK, § 242 BGB, Rn. 11.

¹¹²³ Vgl. BSG, Urt. v. 22.5.1985 – 1 RA 31/84 = SozR 2200 § 1241e Nr. 16; *Roth/Schubert*, in: MüKo BGB, § 242 BGB, Rn. 110; *Mansel*, in: Jauernig, § 242 BGB, Rn. 11; *Sutschet*, in: BeckOK, § 242 BGB, Rn. 11; *Grüneberg*, in: Palandt, § 242 BGB, Rn. 17; *Grüneberg/Sutschet*, in: Bamberger/Roth [Hg.], § 242 BGB, Rn. 11, 21.

¹¹²⁴ BSG, Urt. v. 22.5.1985 – 1 RA 31/84 = SozR 2200 § 1241e Nr. 16; *Müller-Grune*, Treu und Glauben im VerwR, S. 122 ff.; *Roth/Schubert*, in: MüKo BGB, § 242 BGB, Rn. 110; *Sutschet*, in: BeckOK, § 242 BGB, Rn. 11; *Grüneberg/Sutschet*, in: Bamberger/Roth [Hg.], § 242 BGB, Rn. 11.

¹¹²⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 23.11.1977 – VIII ZR 107/76 = NJW 1978, 426, 426; *Mansel*, in: Jauernig, § 242 BGB, Rn. 11.

es analog §§ 242, 162 BGB nicht möglich sein, Ansprüche zu begründen, die durch das einschlägige öffentliche Recht ausgeschlossen sind.¹¹²⁶ Inhaltlich wird damit eine Fiktion analog den §§ 242, 162 BGB unter den Vorbehalt ihrer rechtlichen Möglichkeit gestellt;¹¹²⁷ m.a.W. wird ein Verwaltungsträger trotz des eigenen Fehlverhaltens nur dort der Fiktion analog §§ 242, 162 BGB unterworfen, wo es ihm rechtlich möglich ist, den Bürger so zu behandeln, wie er stünde, wenn sich der Verwaltungsträger nicht treuwidrig (rechtswidrig) verhalten hätte.¹¹²⁸

bb) Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen Herstellungsanspruch und §§ 242, 162 BGB

Diese Ausführungen erinnern bereits an den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch. Darüber hinaus hat das BSG selbst bei der Entwicklung des Herstellungsanspruchs oftmals auf die §§ 242, 162 BGB zurückgegriffen.¹¹²⁹ Die inhaltliche Nähe beider Rechtsinstitute zeigt sich auch dadurch, dass die allgemeinen Verwaltungsgerichten typischerweise für den Fall einer Betreuungspflichtverletzung auf den Grundsatz von Treu und Glauben zurückgreifen.¹¹³⁰ Zugunsten des Bürgers sollen wegen §§ 242, 162 BGB bspw. Dispositionsfehler des Bürgers unberücksichtigt bleiben, falls sie auf einem hoheitlichen Fehlverhalten beruhen.¹¹³¹ Des Weiteren werden gerade auch Fristversäumnisse

¹¹²⁶ Vgl. BFH, Urt. v. 9.8.1989 – I R 181/85 = NJW 1990, 1251, 1251; BGH, Urt. v. 24.10.2003 – V ZR 424/02 = NVwZ 2004, 377, 379; OVG Rheinland-Pfalz, Urt. 27.3.1998 – 2 A 10150/98 = NVwZ-RR 1999, 389, 389 f.; *Grüneberg*, in: Palandt, § 242 BGB, Rn. 17; *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger, § 242 BGB, Rn. 1107; vgl. auch: BGH, Urt. v. 23.4.1981 – VII ZR 196/80 = NJW 1981, 1779, 1779.

¹¹²⁷ Bspw. schließen auch abschließende Spezialregelungen einen Rückgriff auf Treu und Glauben aus (BVerwG, Urt. v. 18.4.1997 – 8 C 38/95 = NJW 1997, 2966, 2969; VG Potsdam, Urt. v. 13.11.2001 – 3 K 3376/00 = LKV 2003, 149, 150; *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger, § 242 BGB, Rn. 1100 f.).

¹¹²⁸ So im Ergebnis auch: *Müller-Grune*, Treu und Glauben im VerwR, S. 104 f.

¹¹²⁹ Etwa: BSG, Urt. v. 17.11.1970 – 1 RA 233/68 = BSGE 32, 60, 62 f.; BSG, Urt. v. 23.3.1972 – 5 RJ 63/70 = BSGE 34, 124, 127; BSG, Urt. v. 25.3.1976 – 12/7 RAr 135/74 = BSGE 41, 260, 262; BSG, Urt. v. 22.11.1979 – 8b RKg 3/79 = BSGE 49, 154, 156; BSG, Urt. v. 13.12.1984 – 11 RA 68/83 = BSGE 57, 288, 290; BSG, Urt. v. 28.10.1981 – 12 RK 61/80 = SozR 5070 § 10 Nr. 19; ablehnend: BSG, Urt. v. 25.10.1966 – 11 RA 166/66 = BSGE 25, 219, 220 f.; BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 80.

¹¹³⁰ Vgl. für einen ausführlichen Überblick auch zu anderen Anwendungsfällen des Grundsatzes von Treu und Glauben im öffentlichen Recht: *Müller-Grune*, Treu und Glauben im VerwR, S. 80 ff.

¹¹³¹ BVerwG, Urt. v. 15.7.1959 – V C 80/57 = BVerwGE 9, 89, 92; BVerwG, Urt. v. 19.3.1964 – III C 4/61 = ZLA 1964, 236; BVerwG, Urt. v. 13.1.1965 – V C 74/63 =

analog §§ 242, 162 BGB zugunsten des Bürgers überwunden, wenn diese durch ein treuwidriges Verwaltungsverhalten verursacht wurden.¹¹³² Diese Konstellationen sind auch für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch typische Anwendungsfälle. Insofern ist es nicht überraschend, dass der sozialrechtliche Herstellungsanspruch teilweise nur als eine terminologische Verselbstständigung der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben betrachtet wird¹¹³³ und Kritiker des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs die §§ 242, 162 BGB als (einzig zulässige) verwaltungsrechtliche Lösungsalternative für die Herstellungsfälle verstehen, die den Herstellungsanspruch verdrängen sollten¹¹³⁴. Umso notwendiger erscheint ein kritischer Vergleich beider Rechtsinstitute, wenn man wie das BSG davon ausgeht, dass der Herstellungsanspruch gerade „*ein weiterer Baustein*“¹¹³⁵ des deutschen Staatshaftungsrechts ist.

Jedenfalls kann der Gedanke zurückgewiesen werden, dass es eine sozialrechtliche Sonderfalllösung darstellt, wenn einem Bürger wegen eines rechtswidrigen Verwaltungsverhaltens nachträglich die Geltendmachung einer anderen Sach- oder Rechtslage gegenüber einem Verwaltungsträger ermöglicht wird. Die Rechtsprechung der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit, die hierfür auf den Grundsatz von Treu und Glauben i.S.e. venire

BVerwGE 20, 136, 136 f.; BVerwG, Urt. v. 26.10.1966 – V C 2/65 = BVerwGE 25, 183, 184; BVerwG, Urt. v. 9.6.1961 – IV C 371/59; BFH, Urt. v. 22.4.1966 – VI 264/65 = BFHE 86, 148, 151; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 618 f.; *Müller-Grune*, Treu und Glauben im VerwR, S. 104 f.; *de Wall*, Anwendbarkeit im Verwaltungsrecht, S. 265 ff.; *Weyreuther*, Gutachten, B 126, Fn. 537.

¹¹³² Etwa: BVerwG, Urt. v. 19.6.1963 – IV C 146/62 = BVerwGE 16, 156, 159; BVerwG, Urt. v. 26.10.1966 – V C 10/65 = BVerwGE 25, 191, 191 f.; BVerwG, Urt. v. 16.2.1967 – III C 4/66 = BVerwGE 26, 201, 201 f.; BVerwG, Urt. v. 19.6.1968 – V C 23/62 = BVerwGE 30, 46, 46 f.; BVerwG, Urt. v. 19.6.1968 – V C 23/62 = BVerwGE 32, 68, 68 f.; BVerwG, Urt. v. 16.10.1969 – III C 24/69 = BVerwGE 34, 93, 93 f.; BVerwG, Urt. v. 28.11.1974 – V C 16/73 = BVerwGE 47, 225, 227; BVerwG, Urt. v. 27.11.1995 – 7 B 290/95; BVerwG, Urt. v. 28.3.1996 – 7 C 28/95 = BVerwGE 101, 39, 45; BVerwG, Urt. v. 22.10.1993 – 6 C 10/92 = NVwZ 1994, 575, 576 f.; BVerwG, Urt. v. 21.9.2006 – 2 C 7/06 = NVwZ 2007, 342, 343; BFH, Urt. v. 20.1.1955 – V 187/54 U = BFHE 60, 214, 215; VG Oldenburg, Urt. v. 19.11.2010 – 11 B 2917/10; *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 163 m.w.N.; differenzierter: BVerwG, Urt. v. 18.4.1997 – 8 C 38/95 = NJW 1997, 2966, 2969 m.w.N.

¹¹³³ Etwa: *de Wall*, Anwendbarkeit im Verwaltungsrecht, S. 267 ff.; wohl auch: *Maier*, SozVers 1985, 113, 120.

¹¹³⁴ Etwa: OVG NRW, Urt. v. 14.12.2009 – 12 A 3325/08; VG München, Urt. v. 15.7.2003 – M 5 K 02.4327; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 617 ff.; *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 45, Rn. 139; *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 59 ff.; offengelassen: *Krasney*, ZAP 1996 [Fach 18], 449, 464; kritisch: *Hattstein*, Betreuungspflichten, S. 243 f.

¹¹³⁵ BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 78.

contra factum proprium (§§ 242, 162 BGB analog) abstellen möchte, ist älter¹¹³⁶ als die Rechtsprechung des BSG zum sozialrechtlichen Herstellungsanspruch. Auch innerhalb der Rechtsprechung der Finanzgerichtsbarkeit findet sich schon 1955 die Aussage, dass „die Berufung auf die Versäumung der Ausschlußfrist mit den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht im Einklang steht“, falls „nicht die Unkenntnis des Antragstellers über die Möglichkeit eines Vergütungsantrages ursächlich für die Versäumung der Antragsfrist gewesen [ist], sondern ein bestimmtes Verhalten des Finanzamts“.¹¹³⁷

Das BVerwG hat bereits 1961 – und damit ein Jahr vor der ersten Entscheidung des BSG zum Herstellungsanspruch¹¹³⁸ – entschieden, dass der Verwaltungsträger wegen des Grundsatzes von Treu und Glauben verpflichtet sei, eine Rücknahme des Antrags auf Kriegsschadensrente durch den Bürger als ungeschehen zu betrachten, falls sie durch eine fehlerhafte Auskunft die Rücknahme verursacht habe.¹¹³⁹ Dieses Ergebnis hätte genauso auch über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch erreicht werden können. Weitergehend stellt das BVerwG fest, dass der Bürger in diesem Fall auch nicht auf den Amtshafungsanspruch nach §§ 839 BGB, Art. 34 GG verwiesen werden dürfe; dies sei auch nicht notwendig, weil die Fiktionswirkung analog §§ 242, 162 BGB erreicht werden könne.¹¹⁴⁰ Auch diese Gedanken finden sich in der späteren Rechtsprechung des BSG zum sozialrechtlichen Herstellungsanspruch. Die erste Entscheidung des BSG zum Herstellungsanspruch wurde im Umfeld dieser Rechtsprechung deshalb ursprünglich auch gar nicht als Sonderfall – bzw. die Begründung eines neuartigen Rechtsinstitutes – wahrgenommen.¹¹⁴¹

Ein direkter Vergleich zwischen dem Herstellungsanspruch und den rechtlichen Schlussfolgerungen aus den §§ 242, 162 BGB gestaltet sich unmöglich, weil § 242 BGB gerade als Generalklausel formuliert wurde, um abseits eindeutiger Tatbestandsbestimmungen und Rechtsfolgen eine flexiblere Rechtsanwendung durch die Gerichte zu erreichen. Richtig verstanden beschreiben die keineswegs abschließenden Fallgruppen des § 242 BGB nur typische Begründungsmuster, von denen ggf. auch abgewichen werden kann/soll.¹¹⁴² Ein Vergleich kann deshalb nur bzgl. der typischen Folgerungen durchgeführt werden, die aus dem Grundsatz von Treu und Glauben für einen konkreten Einzelfall gezogen wer-

¹¹³⁶ Etwa: PrOVG, Urt. v. 28.4.1927 – IV B 7/25 = PrOVG 82, 305 ff.; BVerwG, Urt. v. 15.7.1959 – V C 80/57 = BVerwGE 9, 89, 92; BVerwG, Urt. v. 9.6.1961 – IV C 371/59; OVG Niedersachsen, Urt. v. 30.6.1961 – I A 122/60 = DVBl. 1962, 63, 65; *Wallerath*, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 67, 69 ff. m.w.N.

¹¹³⁷ BFH, Urt. v. 20.1.1955 – V 187/54 U = BFHE 60, 214, 215.

¹¹³⁸ BSG, Urt. v. 14.6.1962 – 4 RJ 75/60 = SozR § 1233 RVO, Nr. 3 = MDR 1962, 1022 f.

¹¹³⁹ BVerwG, Urt. v. 9.6.1961 – IV C 371/59.

¹¹⁴⁰ BVerwG, Urt. v. 9.6.1961 – IV C 371/59.

¹¹⁴¹ Vgl. *Hantke*, SGB 1964, 168, 169.

¹¹⁴² Vgl. BVerwG, Urt. v. 18.12.1973 – I C 34/72 = NJW 1974, 2247, 2248; *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger, § 242 BGB, Rn. 211; *Looschelders*, SchuldR AT, Rn. 63; *Roth/Schubert*, in: MüKo BGB, § 242 BGB, Rn. 46 ff.; *Grüneberg*, in: Palandt, § 242 BGB, Rn. 3; *Pfeiffer*, in: Herberger [Hg.], § 242 BGB, Rn. 9.

den. Da die gemeinsamen Hauptanwendungsfälle beider Rechtsinstitute in der fehlerhaften Betreuung eines Bürgers durch Verwaltungsträger sowie der Versäumnis von Ausschlussfristen liegen,¹¹⁴³ bietet es sich an, vorrangig innerhalb dieser Konstellationen zu vergleichen.

(1) *Tatbestand*

Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch setzt voraus, dass ein sozialrechtlicher Nachteil kausal aus der Verletzung eines subjektiven Rechts des Bürgers hervorgegangen ist. Ein Einwand nach §§ 242, 162 BGB erfordert demgegenüber, dass wegen eines treuwidrigen Verhaltens für einen anderen eine andere Sach- oder Rechtslage herbeigeführt wurde, als sie bei treuemäßigem Verhalten bestehen würde.¹¹⁴⁴ Übertragen auf das öffentliche Recht ist der Einwand einschlägig, wenn ein Verwaltungsträger durch treuwidriges Verhalten für den Bürger eine andere Sach- oder Rechtslage geschaffen hat, als sie bei treuemäßigem Verhalten bestehen würde. Wesentliche tatbestandliche Unterschiede scheinen sich hierbei aus der Gegenüberstellung einer subjektiven Rechtsverletzung des Bürgers (Herstellungsanspruch) und dem treuwidrigen Verwaltungsverhalten (§§ 242, 162 BGB) zu ergeben. Tatsächlich ist dies aber zumindest dann nicht der Fall, wenn eine subjektive Rechtsverletzung vorliegt. Selbst wenn eine Treuwidrigkeit i.S.d. §§ 242, 162 BGB im Hinblick auf die Gesamtumstände des Einzelfalls ermittelt wird,¹¹⁴⁵ reicht bei hoheitlichem Verhalten regelmäßig bereits dessen Rechtswidrigkeit aus.¹¹⁴⁶ Für den Regelfall ist die Gleichsetzung von rechtswidrigem mit treuwidrigem Verwaltungshandeln auch überzeugend. Denn wenn ein Verwaltungsträger gem. Art. 20 III GG nur rechtmäßig handeln darf, ist jedenfalls dieses Handeln treuemäßig i.S.d. §§ 242,

¹¹⁴³ Etwa: BVerwG, Urt. v. 15.7.1959 – V C 80/57 = BVerwGE 9, 89, 92; BVerwG, Urt. v. 19.3.1964 – III C 4/61 = ZLA 1964, 236; BVerwG, Urt. v. 9.6.1961 – IV C 371/59; BVerwG, Urt. v. 19.6.1963 – IV C 146/62 = BVerwGE 16, 156, 159; BVerwG, Urt. v. 28.11.1974 – V C 16/73 = BVerwGE 47, 225, 227; BVerwG, Urt. v. 18.4.1997 – 8 C 38/95 = NJW 1997, 2966, 2969 m.w.N.; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 618 f.; *Müller-Grune*, Treu und Glauben im VerwR, S. 104 f.; *de Wall*, Anwendbarkeit im Verwaltungsrecht, S. 265 ff.; *Weyreuther*, Gutachten, B 126, Fn. 537; *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 163 m.w.N.

¹¹⁴⁴ *Schmidt-Kassel*, in: Prütting/Wegen/Weinreich [Hg.], § 242 BGB, Rn. 31; *Schulze*, in: Schulze [Hg.], § 242 BGB, Rn. 23 f.

¹¹⁴⁵ BVerwG, Beschl. v. 9.12.2008 – 8 B 76/08; *Schulze*, in: Schulze [Hg.], § 242 BGB, Rn. 14; *Armgarth*, in: Herberger [Hg.], § 162 BGB, Rn. 6; *Grüneberg*, in: Palandt, § 242 BGB, Rn. 3.

¹¹⁴⁶ Vgl. BVerwG, Urt. v. 15.7.1959 – V C 80/57 = BVerwGE 9, 89, 92; BVerwG, Urt. v. 26.10.1966 – V C 2/65 = BVerwGE 25, 183, 184.

162 BGB. Andersherum kann im Hinblick auf Art. 20 III GG rechtswidriges Verhalten bspw. wegen der Umstände des Einzelfalles nicht ausnahmsweise nicht treuwidrig sein, weil der Verwaltungsträger niemals zu einem rechtswidrigen Handeln berechtigt ist. Jede hoheitliche Pflichtverletzung i.S.d. Herstellungsanspruchs stellt damit grds. auch ein treuwidriges Verwaltungsverhalten analog §§ 242, 162 BGB dar.¹¹⁴⁷

Andersherum ist dies nicht der Fall. Die Bewertung eines Verwaltungsverhaltens als analog §§ 242, 162 BGB treuwidrig setzt nicht zwingend eine subjektive Rechtsverletzung des Bürgers voraus. Ggf. kann die Treuwidrigkeit eines Verwaltungsverhaltens bspw. auch aus einer objektiven Rechtsverletzung folgen. Selbst wenn auch das BVerwG – soweit ersichtlich – bislang im Zusammenhang von Betreuungspflichtverletzungen und §§ 242, 162 BGB nur Fälle entschieden hat, in denen auch ein subjektives Betreuungsrecht des Bürgers verletzt wurde, schließt dies andere Fälle nicht aus. Wenn eine fehlerhafte Beratung, die den Bürger dazu veranlasst hat, nachteilige Dispositionen vorzunehmen, als treuwidriges Verhalten anerkannt wird,¹¹⁴⁸ wäre es nicht nachvollziehbar, warum es dann nicht treuwidrig sein soll, wenn ein Bürger bspw. durch eine fehlerhafte Internetseite/Satzungsbestimmung desselben Verwaltungsträgers diese (falschen) Informationen erhalten hätte. Das BSG hat diese Fälle jedoch – abweichend vom Kriterium der subjektiven Rechtsverletzung – auch dem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch zugeordnet.¹¹⁴⁹ Überzeugender erscheint es jedoch die Fälle einer objektiven Rechtsverletzung dem alleinigen Anwendungsbereich der Analogie zu den §§ 242, 162 BGB zuzuordnen, wenn man das Kriterium einer subjektiven Rechtsverletzung für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch aufrechterhalten möchte.

Des Weiteren setzt ein treuwidriges Verhalten nicht zwingend überhaupt eine Rechtsverletzung durch den Verwaltungsträger voraus. So kann es bspw. wegen § 242 BGB notwendig sein, dass Hinweise durch die Verwaltung erteilt werden¹¹⁵⁰ oder auch ein Gemeindegrundstück erschlossen wird, falls ein später rechtmäßig aufgehobener qualifizierter Bebauungsplan dies in Aussicht gestellt hatte¹¹⁵¹. Schließlich kann es nach Treu und Glauben sogar geboten sein, dass die Verwaltung ein Verhalten des Bürgers bspw. als

¹¹⁴⁷ Vgl. BSG, Urt. v. 12.12.2007 – B 12 AL 1/06 R = BSGE 99, 271, 273 f. Für das Zivilrecht wird teilweise der Ansatzpunkt der Treuwidrigkeit allein in dem Wechsel eines früher vertretenen Rechtsstandpunktes gesehen (BGH, Urt. v. 20.9.1995 – VIII ZR 52/94 = BGHZ 130, 371, 375; kritischer: *Looschelders*, SchuldR AT, Rn. 85). Gerade in den Fällen einer fehlerhaften Beratung wechselt auch der Verwaltungsträger seinen Rechtsstandpunkt, wenn er später den Fall anders beurteilt; auch dies stützt die Annahme, dass das rechtswidrige Verwalten des Verwaltungsträgers auch treuwidrig i.S.d. §§ 242, 162 BGB ist.

¹¹⁴⁸ BVerwG, Urt. v. 26.10.1966 – V C 2/65 = BVerwGE 25, 183, 184; OVG Niedersachsen, Urt. v. 24.2.1982 – 9 A 29/80 = MDR 1983, 784; BVerwG, Urt. v. 9.6.1961 – IV C 371/59; *Engelhardt*, in: Obermayer, § 25 VwVfG, Rn. 80.

¹¹⁴⁹ Vgl. Kap. 1 B.I.1.b.

¹¹⁵⁰ Vgl. BSG, Urt. v. 26.4.1977 – 4 RJ 35/76 = SozR 2200 § 1286 Nr. 3.

¹¹⁵¹ OVG Niedersachsen, Urt. v. 22.1.1999 – 9 L 6980/96 = NVwZ-RR 2000, 486, 487; *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger, § 242 BGB, Rn. 1106 m.w.N.

fristgemäß erfolgt anerkennt, weil der Bürger in seinem Verhalten schutzwürdig ist¹¹⁵² oder erhebliche Interessen des Bürgers an der Fiktion nur unerheblichen Interessen der Verwaltung gegenüberstehen¹¹⁵³.

Die Treuwidrigkeit eines Verwaltungsverhaltens geht zusammenfassend über die bloße Feststellung der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit hinaus und reicht damit weiter als der Herstellungsanspruch. Auch wenn die Tatbestandsmerkmale Treuwidrigkeit und subjektive Rechtsverletzung nicht austauschbar sind, bildet eine subjektive Rechtsverletzung, die einen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch auslöst, zumindest einen Unterfall des treuwidrigen Verhaltens. Der Einwand analog §§ 242, 162 BGB ist jedenfalls dort denkbar, wo auch ein Herstellungsanspruch Anwendung finden würde.¹¹⁵⁴ Zumindest für den Herstellungsfall kann deshalb im Ergebnis doch von einer Gleichsetzung der subjektiven Rechtsverletzung mit einer Treuwidrigkeit ausgegangen werden.¹¹⁵⁵

Der Einwand analog §§ 242, 162 BGB ist wie der sozialrechtliche Herstellungsanspruch verschuldensunabhängig.¹¹⁵⁶ Selbst wenn im Rahmen der Prüfung der Treuwidrigkeit ein Verschulden verschärfend berücksichtigt wird, hängt der Verstoß gegen Treu und Glauben nicht von subjektiven Elementen ab.¹¹⁵⁷ Das BVerwG hat teilweise einschränkend gefordert, dass ein Rechts-

¹¹⁵² BVerwG, Urt. v. 22.10.1993 – 6 C 10/92 = NVwZ 1994, 575, 577 („Daraus folgt, daß die Unklarheit der Formulierung zu Lasten des Beklagten geht. Er hat insoweit zwar nicht rechtswidrig gehandelt, aber er hat mit der nicht eindeutigen Formulierung einen Vertrauenstatbestand zugunsten des Klägers geschaffen, an den er gebunden ist, [...]“).

¹¹⁵³ Vgl. BVerwG, Urt. v. 21.9.2006 – 2 C 7/06 = NVwZ 2007, 342, 343; BSG, Urt. v. 14.2.1989 – 7 RAr 18/87 = SozR 4100 § 66 Nr. 2 m.w.N.

¹¹⁵⁴ Wenig einleuchtend sind hingegen die Ausführungen von *Ladage*, der meint, dass §§ 242, 162 BGB nur in einem Teil der Herstellungsfälle Anwendung finden könnten, weil dieser Einwand – anders als der sozialrechtliche HA – kaum bei rechtswidrigen Unterlassungen greifen könne (vgl. *Ladage*, S. 84, Fn. 49). Warum eine Treuwidrigkeit sich nur aus der Verletzung einer Handlungspflicht durch positives Tun ergeben können soll – und nicht auch aus einem gleichermaßen rechtswidrigen Unterlassen, für das ebenfalls eine Handlungspflicht besteht, – bleibt hingegen offen.

¹¹⁵⁵ BSG, Urt. v. 12.12.2007 – B 12 AL 1/06 R = BSGE 99, 271, 274 („Der [...] Einwand unzulässiger Rechtsausübung erfüllt hier zugleich die Ausgleichsfunktion, die auch dem Rechtsinstitut des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs zugrunde liegt. Hinsichtlich der zugrunde liegenden Pflichtverletzung gelten insoweit grundsätzlich vergleichbare Maßstäbe.“).

¹¹⁵⁶ *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 620; *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6, Rn. 70; *Ladage*, S. 83; **a.A.** und (ohne nähere Begründung) für §§ 242, 162 BGB auf ein Verschulden abstellend: *Olbertz*, S. 153; *Schmidt-De Caluwe*, S. 406.

¹¹⁵⁷ Etwa: BGH, Urt. v. 31.1.1975 – IV ZR 18/74 = BGHZ 64, 5, 9; BGH, Urt. v. 20.3.1968 – VIII ZR 127/67 = WM 1968, 877; *Ellenberger*, in: Palandt, § 162 BGB, Rn. 3, § 242 BGB, Rn. 5; *Schulze*, in: Schulze [Hg.], § 242 BGB, Rn. 36; *Mansel*, in: Jauernig, § 242 BGB, Rn. 35 m.w.N.; *Grüneberg/Sutschet*, in: Bamberger/Roth [Hg.], § 242 BGB, Rn. 20; differenzierend: *Schmidt-Kessel*, in: Prütting/Wegen/Weinreich [Hg.], § 242 BGB, Rn. 33, 41, 62 ff.

missbrauch neben der bloßen Rechtswidrigkeit ein zielgerichtetes treuwidriges Verhalten erfordere.¹¹⁵⁸ Zu Recht fehlt diese Einschränkung in anderen Entscheidungen.¹¹⁵⁹ Denn es ist nicht ersichtlich, warum es im öffentlichen Recht für eine Rechtsverletzung gerade darauf ankommen soll, dass es dem Verwaltungsträger final um die rechtswidrige Behandlung eines Bürgers geht. Im Hinblick darauf, dass die Anwendung der §§ 242, 162 BGB kein Verschulden benötigt und der Verwaltungsträger nach Art. 20 III GG der rechtmäßigen Rechtsanwendung und –verwirklichung verpflichtet ist, wird ein Verwaltungsträger seiner Gesetzesbindung entweder gerade dadurch gerecht, dass er der Fiktion analog §§ 242, 162 BGB nicht stattgibt oder er ist analog §§ 242, 162 BGB verpflichtet, die Fiktionswirkung zu beachten. Auf die subjektiven Beweggründe seiner Rechtsanwendung kann es vor dem Hintergrund des Art. 20 III GG nicht ankommen.

Wenn im Zusammenhang mit der Analogie zu den §§ 242, 162 BGB teilweise auf ein schutzwürdiges Vertrauen des Bürgers abgestellt wird,¹¹⁶⁰ entspricht dies der zivilrechtlichen Fallgruppe des *venire contra factum proprium*.¹¹⁶¹ Unabhängig davon, dass vereinzelt auch für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch die Bedeutung des allgemeinen Vertrauensschutzes betont wird,¹¹⁶² ergeben sich hieraus keine Unterschiede. Denn anerkanntermaßen kann ein Verhalten auch aus anderen Gründen als der Missachtung von Vertrauen treuwidrig sein.¹¹⁶³ Zudem wird eine mangelnde Schutzwürdigkeit des Vertrauens eines Bürgers beim sozialrechtlichen Herstellungsanspruch im Rahmen der Kau-

¹¹⁵⁸ BVerwG, Urt. v. 26.1.1990 – 8 C 28/89 = Buchholz 448.0 § 13a WPflG Nr. 18.

¹¹⁵⁹ Etwa: BVerwG, Urt. v. 26.10.1966 – V C 2/65 = BVerwGE 25, 183, 184; BVerwG, Urt. v. 18.4.1997 – 8 C 38/95 = NJW 1997, 2966, 2969; BVerwG, Urt. v. 22.10.1993 – 6 C 10/92 = NVwZ 1994, 575, 576 f.; BVerwG, Urt. v. 15.7.1959 – V C 80/57 = BVerwGE 9, 89, 92; BVerwG, Urt. v. 27.11.1995 – 7 B 290/95; BVerwG, Urt. v. 28.3.1996 – 7 C 28/95 = BVerwGE 101, 39, 45; BVerwG, Urt. v. 21.9.2006 – 2 C 7/06 = NVwZ 2007, 342, 343; BVerwG, Urt. v. 26.10.1966 – V C 10/65 = BVerwGE 25, 191, 191 f.; BVerwG, Urt. v. 19.6.1968 – V C 23/62 = BVerwGE 32, 68, 68 f.; VG Oldenburg, Urt. v. 19.11.2010 – 11 B 2917/10.

¹¹⁶⁰ Vgl. BVerwG, Beschl. v. 29.9.2011 – 9 B 6/11; BVerwG, Urt. v. 27.1.2010 – 7 A 8/09; Bayerischer VGH, Urt. v. 6.5.2011 – 19 ZB 09.1045.

¹¹⁶¹ Etwa: *Grüneberg/Sutschet*, in: Bamberger/Roth [Hg.], § 242 BGB, Rn. 106, 110 ff.; *Looschelders*, SchuldR AT, Rn. 84 f.

¹¹⁶² Etwa: *Schmidt-De Caluwe*, S. 421 ff.

¹¹⁶³ Insofern stellt ein Vertrauensmissbrauch lediglich einen Unterfall der Treuwidrigkeit dar und kein eigenes Merkmal; vgl.: *Looschelders*, SchuldR AT, Rn. 85; Schulze, in: Schulze [Hg.], § 242 BGB, Rn. 36; *Pfeiffer*, in: Herberger [Hg.], § 242 BGB, Rn. 56; *Grüneberg/Sutschet*, in: Bamberger/Roth [Hg.], § 242 BGB, Rn. 106, 125 ff.; *Bieback*, in: Gagel, 52. EGL., § 99 SGB III, Rn. 39 („Soweit die Rechtsprechung an objektivrechtswidriges Fehlverhalten der BA anknüpft, ist die Nichtberücksichtigung der Fristversäumung [analog §§ 242, 162 BGB, Anmerkung des Verfassers] identisch mit den Voraussetzungen und Folgen des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs [...]“).

salitätsprüfung ausreichend berücksichtigt, so dass auch unter diesem Aspekt keine nennenswerten Abweichungen zu erwarten sind.

Selbst wenn weder ein (sozial-) rechtlicher Nachteil noch eine Kausalität ausdrücklich erwähnt werden, sind diese Wertungen dennoch in den §§ 242, 162 BGB enthalten.¹¹⁶⁴ So wird eine treuwidrig geschaffene Sach- oder Rechtslage regelmäßig für den Bürger nachteilig von dem sonst gegebenen (sozialrechtlichen) Zustand abweichen, woraufhin dem Bürger Leistungs-, Gestaltungs- oder Abwehrrechte nicht mehr in dem Umfang zustehen, wie sie ohne das Fehlverhalten bestanden hätten.¹¹⁶⁵ Insofern liegt ein (sozial-) rechtlicher Nachteil vor. In der Rechtsprechung zum Einwand analog §§ 242, 162 BGB bei Betreuungspflichtverletzungen überwiegen die Fälle eines sog. mittelbaren Nachteils durch fehlerbedingte Fehldispositionen des Bürgers,¹¹⁶⁶ während über einen sog. unmittelbaren Nachteil bislang nicht ausdrücklich entschieden wurde. Wenn ein Verwaltungsträger einen verspäteten Antrag jedoch als rechtzeitig zugegangen bzw. bearbeitet gegen sich gelten lassen muss, falls ein Sachbearbeiter den Zugang einer Antragstellung durch den Bürger vereitelt bzw. zögerlich bearbeitet hat,¹¹⁶⁷ spricht dies dafür, auch die Fälle des unmittelbaren Nachteils in den Anwendungsbereich des Einwandes analog §§ 242, 162 BGB aufzunehmen.

Innerhalb des Zivilrechtes sind nach §§ 242, 162 BGB nur die Abweichungen zu berücksichtigen, die auf dem fraglichen treuwidrigen Verhalten der Verwaltung beruhen, was eine Kausalitätsprüfung bedeutet.¹¹⁶⁸ Dass bei der hiervon in öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen zugunsten einer unbegrenzten Zurechnung abgewichen werden soll, kann der Rechtsprechung nicht entnommen werden. Tatsächlich ist gerade eine analoge Anwendung des § 162 BGB nicht möglich, ohne dabei festzustellen, ob/wo der tatsächliche Kausalverlauf durch das treuwidrige Verhalten abweichend vom hypothetischen Kau-

¹¹⁶⁴ *Pietzner/Müller*, *VerwArch.* 85 [1994], 603, 620.

¹¹⁶⁵ Tatsächlich ist es kaum denkbar, dass überhaupt eine Korrektur der maßgeblichen Sach- oder Rechtslage analog §§ 242, 162 BGB erfolgen soll, wenn sich dadurch nicht die Stellung des Betroffenen verbessert.

¹¹⁶⁶ BVerwG, Urt. v. 26.10.1966 – V C 2/65 = BVerwGE 25, 183, 184; BVerwG, Urt. v. 9.6.1961 – IV C 371/59; BFH, Urt. v. 22.4.1966 – VI 264/65 = BFHE 86, 148, 151; OVG Niedersachsen, Urt. v. 24.2.1982 – 9 A 29/80 = MDR 1983, 784.

¹¹⁶⁷ So auch: VG Oldenburg, Urt. v. 19.11.2010 – 11 B 2917/10.

¹¹⁶⁸ *Westermann*, in: *MüKo BGB*, § 162 BGB, Rn. 11; *Schulze*, in: *Schulze [Hg.]*, § 242 BGB, Rn. 27; *Armgarth*, in: *Herberger [Hg.]*, § 162 BGB, Rn. 3; *Ellenberger*, in: *Palandt*, § 162 BGB, Rn. 2; *Rövekamp*, in: *Bamberger/Roth [Hg.]*, § 162 BGB, Rn. 3.

salverlauf erfolgt ist.¹¹⁶⁹ Für beide Rechtsinstitute existiert deshalb gleichermaßen auch ein Kausalitätserfordernis.¹¹⁷⁰

Die Zurechenbarkeit von Pflichtverletzungen beim sozialrechtlichen Herstellungsanspruch begründet ebenfalls keinen grundsätzlichen Unterschied zu den §§ 242, 162 BGB. Im Zivilrecht ist eine Zurechenbarkeit treuwidrigen Verhaltens anderer Personen grds. anerkannt.¹¹⁷¹ Das BSG überträgt die Folgerungen der zivilrechtlichen Rechtsprechung und Lehre ausdrücklich auf die §§ 242, 162 BGB im öffentlichen Recht.¹¹⁷² Sofern sich ein Verwaltungsträger die Treuwidrigkeit eines anderen Verwaltungsträger (oder auch nur eine Vertrauensbegründung) zurechnen lassen muss, sind auch die §§ 242, 162 BGB anwendbar. Für das Sozialrecht erfolgt die Zurechnung dabei nach denselben Wertungen wie beim Herstellungsanspruch.¹¹⁷³ Auch wenn sich die allgemeinen Verwaltungsgerichte in dieser Frage bislang nicht ausdrücklich geäußert haben, ist grds. von einer vergleichbaren Zurechnungsmöglichkeit auszugehen, wie sie u.a. für den Folgenbeseitigungsanspruch befürwortet wird.

(2) Rechtsfolge

Während in den Herstellungsfällen die tatbestandliche Übereinstimmung zwischen Herstellungsanspruch und dem Einwand analog §§ 242, 162 BGB weitestgehend anerkannt wird,¹¹⁷⁴ werden auf der Rechtsfolgenseite häufiger Unterschiede gesehen. Nach §§ 242, 162 BGB führt das treuwidrige Verhalten eines Rechtssubjektes dazu, dass dieses sich gegenüber einem anderen Rechtssubjekt nach den §§ 242, 162 BGB an der Sach- und Rechtslage festhalten las-

¹¹⁶⁹ Vgl. VG Oldenburg, Urt. v. 19.11.2010 – 11 B 2917/10; *Rövekamp*, in: Bamberger/Roth [Hg.], § 162 BGB, Rn. 3.

¹¹⁷⁰ Dass die Kausalitätsprüfung für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch nach der Theorie der wesentlichen Bedingung erfolgt, während die allgemeinen Verwaltungsgerichte sich bislang nicht näher zu den inhaltlichen Zurechnungskriterien der §§ 242, 162 BGB geäußert haben, ist kein entscheidender Unterschied zwischen beiden Rechtsinstituten. Das BSG scheint die Theorie der wesentlichen Bedingung schließlich auch auf die Anwendung der §§ 242, 162 BGB anzuwenden (vgl. BSG, Urt. v. 14.2.1989 – 7 RAr 18/87 = SozR 4100 § 66 Nr. 2).

¹¹⁷¹ Etwa BGH, Urt. v. 14.12.1972 – II ZR 82/70 = NJW 1973, 1604, 1605; BGH, Urt. v. 28.2.1966 – VII ZR 125/65 = NJW 1966, 1911; *Schmidt-Kessel*, in: Prütting/Wegen/Weinreich [Hg.], § 242 BGB, Rn. 34 m.w.N.; Sutschet, in: BeckOK, § 242 BGB, Rn. 109.

¹¹⁷² BSG, Urt. v. 22.10.1996 – 13 RJ 17/96 = BSGE 79, 177, 180; BSG, Urt. v. 12.12.2007 – B 12 AL 1/06 R = BSGE 99, 271, 273; a.A. noch: BSG, Urt. v. 23.10.1975 – 11 RA 152/74 = BSGE 40, 279, 280 ff.; *Ladage*, S. 84, Fn. 49; *Wallerath*, DÖV 1987, 505, 509.

¹¹⁷³ BSG, Urt. v. 22.10.1996 – 13 RJ 17/96 = BSGE 79, 177, 180; BSG, Urt. v. 12.12.2007 – B 12 AL 1/06 R = BSGE 99, 271, 274.

¹¹⁷⁴ *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 620; *Schmidt-De Caluwe*, S. 249 f.

sen muss, die ohne das treuwidrige Verhalten entstanden wäre.¹¹⁷⁵ § 162 BGB bewirkt dabei im Verhältnis der Beteiligten untereinander eine Fiktion der Rechts- oder Sachlage, wie sie sich ohne das treuwidrige Verhalten heute darstellen würde.¹¹⁷⁶

Obwohl auch beim Herstellungsanspruch die sozialrechtliche Naturalrestitution üblicherweise dadurch erreicht wird, dass fehlende Tatbestandsvoraussetzungen fingiert oder tatsächlich verwirklichte Ausschlussgründe außer Acht gelassen werden,¹¹⁷⁷ soll sich eine Herstellung von den Rechtsfolgen analog §§ 242, 162 BGB unterscheiden. Denn erstens wirke der Herstellungsanspruch anders als die §§ 242, 162 BGB auch anspruchsbegründend für den Bürger und gehe insofern über die rechtsvernichtenden Wirkungen der §§ 242, 162 BGB hinaus;¹¹⁷⁸ zweitens trüge er nicht zur Aufrechterhaltung des ursprünglichen Primäranspruchs bei, sondern begründe einen eigenständigen Sekundäranspruch;¹¹⁷⁹ und drittens reiche die Naturalrestitutionspflicht weiter als die Fiktionswirkung der §§ 242, 162 BGB¹¹⁸⁰. Bei genauerer Betrachtung bestehen diese vermeintlichen Unterschiede allerdings nicht.

¹¹⁷⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 8.7.1970 – VIII ZR 28/69 = WM 1970, 1106; BGH, Urt. v. 26.11.1997 – VIII ZR 22/97 = BGHZ 137, 205, 209; BGH, Urt. v. 3.11.1976 – VIII ZR 140/75 = BGHZ 67, 271, 277 ff.; BGH, Urt. v. 11.11.1992 – 2 AZR 328/92 = NJW 1993, 1093, 1094; BGH, Urt. v. 2.6.1976 – VIII ZR 97/74 = BGHZ 66, 378, 383; BGH, Urt. v. 10.6.1977 – V ZR 99/75 = NJW 1977, 2072, 2072 f.; *Schulze*, in: Schulze [Hg.], § 242 BGB, Rn. 28.

¹¹⁷⁶ *Rövekamp*, in: Bamberger/Roth [Hg.], § 162 BGB, Rn. 7 ff.; *Westermann*, in: MüKo BGB, § 162 BGB, Rn. 16 f.

¹¹⁷⁷ Vgl. BSG, Urt. v. 26.6.2007 – B 4 R 19/07 R = SozR 4-1300 § 44 Nr. 12; BSG, Urt. v. 24.3.1994 – 5 RJ 20/93 = SozR 3-2600 § 241 Nr. 1; BSG, Urt. v. 26.9.1989 – 11 RAr 79/89 = BSGE 65, 293, 299; BSG, Urt. v. 27.4.1989 – 11 RAr 21/88 = SozR 4100 § 134 Nr. 36; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 620 f.; *Olbertz*, S. 30 f. m.w.N.; *Bieback*, SGb 1990, 517, 524; *Wallerath*, DÖV 1994, 757, 762; *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 22 f.; *Krause/Sattler*, in: Gitter/Wannagat [Hg.], JbSR 2002, S. 39, 42; *Ladage*, S. 83.

¹¹⁷⁸ *Bieback*, SGb 1990, 517, 520; wohl auch: *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6, Rn. 70; unklar hingegen: *Schmidt-De Caluwe*, S. 241 ff., 411.

¹¹⁷⁹ *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 621; wohl auch: *Wallerath*, DÖV 1987, 505, 509.

¹¹⁸⁰ *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 163; *ders.*, SGb 1990, 517, 520; *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6, Rn. 70; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 621; *Wallerath*, DÖV 1987, 505, 509.

(a) Keine Anspruchsbegründung analog §§ 242, 162 BGB?

Die Entscheidungen der Sozial- und Verwaltungsgerichte zum Einwand nach Treu und Glauben scheinen davon auszugehen, dass analog §§ 242, 162 BGB nur destruktiv Einwendungen der Verwaltung gegen Ansprüche des Bürgers abgeschnitten oder hoheitliche Pflichten des Bürgers nicht begründet werden könnten.¹¹⁸¹ Aus der Beobachtung, dass ein konstruktiver Bestandteil – bspw. in der Form, dass die §§ 242, 162 BGB auch anspruchsbegründend zugunsten des Bürgers wirken sollen – nicht im Vordergrund steht, wird vielfach der Schluss gezogen, dass der Herstellungsanspruch und ein Einwand analog §§ 242, 162 BGB nur dort zu vergleichbaren Ergebnissen führen würden, wo es um den Ausschluss von Einwendungen der Verwaltung gegen die Durchsetzung eines (bestehenden) Sozialleistungsanspruchs ginge.¹¹⁸² Die Begründung eines Sozialleistungsanspruchs analog §§ 242, 162 BGB wird demgegenüber nicht für möglich gehalten. Allein der Herstellungsanspruch könne bspw. ein sozialrechtliches Versicherungsverhältnis, sozialrechtliche Antragstellungen oder Anwartschaftszeiten begründen.¹¹⁸³

Wenn man hingegen einen Verwaltungsträger analog §§ 242, 162 I BGB verpflichtet sieht, auch nicht verwirklichte Anspruchsvoraussetzungen als rechtzeitig erfüllt anzusehen bzw. zu fingieren, erscheint eine Anspruchsbegründung analog §§ 242, 162 BGB denkbar. Die Frage ist daher, ob analog §§ 242, 162 I BGB überhaupt die Fiktion fehlender Tatbestandsvoraussetzungen möglich ist. Im Hinblick auf das Zivilrecht muss eine solche anspruchsbegründende Wirkung der §§ 242, 162 BGB bejaht werden. Überwiegend wird zu Recht davon ausgegangen, dass durch treuwidriges Verhalten vereitelte Umstände/Tatbestands- oder Anspruchsvoraussetzungen als eingehalten/erfüllt fingiert werden können;¹¹⁸⁴ nachteilig ausgeübte Gestaltungsrechte gelten als anders

¹¹⁸¹ Etwa: BVerwG, Urt. v. 26.10.1966 – V C 10/65 = BVerwGE 25, 191, 198; BVerwG, Urt. v. 19.6.1968 – V C 23/62 = BVerwGE 32, 68, 68 f.; BSG, Urt. v. 22.10.1996 – 13 RJ 17/96 = BSGE 79, 177, 180 f.; BSG, Urt. v. 12.12.2007 – B 12 AL 1/06 R = BSGE 99, 271, 273 f.

¹¹⁸² Bieback, SGB 1990, 517, 520; wohl auch: Kreikebohm/von Koch, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6, Rn. 70; unklar hingegen: Schmidt-De Caluwe, S. 241 ff., 411.

¹¹⁸³ Bieback, SGB 1990, 517, 520.

¹¹⁸⁴ Looschelders/Olzen, in: Staudinger, § 242 BGB, Rn. 226; Roth/Schubert, in: MüKo BGB, § 242 BGB, Rn. 198 ff. („Auf diese Weise können nicht nur ‚an sich‘ bestehende Rechte der betroffenen Partei ignoriert, sondern der anderen Seite auch ‚an sich‘ nicht bestehende Rechte zuerkannt werden. Letztlich geht es darum, die zwischen den Parteien bestehende Interessenlage zu würdigen und die angemessene Rechtsfolge in Abweichung von den einschlägigen Rechtsnormen oder in Ermangelung solcher zu finden.“)

ausgeübt bzw. ihre Ausübung kann nachgeholt werden.¹¹⁸⁵ Wie bereits dargestellt kann eine Beschränkung der §§ 242, 162 BGB allein auf eine destruktive Funktion nicht schlüssig begründet werden, da jede Beschränkung der Rechte einer Partei spiegelbildlich bereits eine Begünstigung der anderen Partei bedeutet.¹¹⁸⁶ Analog § 162 I BGB müssen auch tatsächlich nicht eingetretene Bedingungen als (fiktiv) eingetreten gelten, wenn ihr Eintritt durch treuwidriges Verhalten verhindert wurde. Öffentlich-rechtliche Besonderheiten, die gerade eine Anwendung des § 162 I BGB auf öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehungen ausschließen, sind nicht ersichtlich.¹¹⁸⁷ Insofern kann der Einwand analog §§ 242, 162 BGB auch anspruchsbegründend wirken, indem die erforderlichen Tatbestandsvoraussetzungen als (rechtzeitig) erfüllt fingiert werden, falls ihr (rechtzeitiger) Eintritt treuwidrig vereitelt wurde.¹¹⁸⁸ Analog §§ 242, 162 BGB könnten die rechtlichen Beziehungen der Beteiligten ebenfalls vollständig fingiert

Die Aberkennung und Zuerkennung von Rechten und günstigen Rechtslagen sind insofern zwei Seiten derselben Medaille.“); Mansel, in: Jauernig, § 242 BGB, Rn. 36; Grüneberg/Sutschet, in: Bamberger/Roth [Hg.], § 242 BGB, Rn. 47, 52; ders., in: BeckOK, § 242 BGB, Rn. 52; Schulze, in: Schulze [Hg.], § 242 BGB, Rn. 24, 28; Pfeiffer, in: Herberger [Hg.], § 242 BGB, Rn. 1 („Die Generalklausel des § 242 BGB begründet damit ein allgemeines Gebot redlichen Verhaltens, das sich in zahlreichen einzelnen Ausprägungen manifestiert. Es kann, je nach seinen unterschiedlichen Anwendungsbereichen, rechtskonkretisierend, rechtsbegründend, rechtsbestärkend oder auch rechtsbeschränkend wirken.“).

¹¹⁸⁵ Mansel, in: Jauernig, § 242 BGB, Rn. 36 m.w.N.

¹¹⁸⁶ Wer bspw. der Verwaltung analog §§ 242, 162 BGB verwehrt, sich auf die Rücknahme eines Antrages oder ein Fristversäumnis zu berufen (BVerwG, Urt. v. 26.10.1966 – V C 2/65 = BVerwGE 25, 183, 184; BVerwG, Urt. v. 9.6.1961 – IV C 371/59; BVerwG, Urt. v. 15.7.1959 – V C 80/57 = BVerwGE 9, 89, 92; BVerwG, Urt. v. 27.11.1995 – 7 B 290/95; BVerwG, Urt. v. 28.3.1996 – 7 C 28/95 = BVerwGE 101, 39, 45; BVerwG, Urt. v. 22.10.1993 – 6 C 10/92 = NVwZ 1994, 575, 576 f.; BVerwG, Urt. v. 21.9.2006 – 2 C 7/06 = NVwZ 2007, 342, 343.; BVerwG, Urt. v. 26.10.1966 – V C 10/65 = BVerwGE 25, 191, 191 f.; BVerwG, Urt. v. 19.6.1968 – V C 23/62 = BVerwGE 32, 68, 68 f.; VG Oldenburg, Urt. v. 19.11.2010 – 11 B 2917/10), fingiert damit einen wirksamen bzw. fristgerechten Antrag.

¹¹⁸⁷ BVerwG, Urt. v. 26.1.1990 – 8 C 28/89 = Buchholz 448.0 § 13a WPflG Nr. 18 („Diese Fiktion ergibt sich aus dem in § 162 Abs. 1 BGB enthaltenen, auch im öffentlichen Recht geltenden Rechtsgedanken, daß bei Verhinderung des Eintritts einer Bedingung wider Treu und Glauben die Bedingung als eingetreten gilt.“); BVerwG, Urt. v. 21.11.1991 – 1 B 140/91; BVerwG, Urt. v. 25.10.1996 – 8 C 24/96 = BVerwGE 102, 194, 199; Bayerisches LSG, Urt. v. 14.1.1976 – L 14/Ar 338/74 = Breith 1976, 675, 678; Kreikebohm/von Koch, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6, Rn. 70.

¹¹⁸⁸ Überdies wird davon ausgegangen, dass die §§ 242, 162 BGB neuartige subjektive Ansprüche des Einzelnen begründen können (bspw. Auskunftsansprüche); vgl.: Pfeiffer, in: Herberger [Hg.], § 242 BGB, Rn. 33 ff. Wenn aber sogar eigenständige Rechte aus den §§ 242, 162 BGB ableitbar sind, kann nicht ernsthaft bezweifelt werden, dass erst recht die ursprünglich begründeten Ansprüche analog den §§ 242, 162 BGB begründet werden können.

werden.¹¹⁸⁹ Eine andere Frage ist hingegen, ob eine Fiktion wegen Art. 20 III GG unzulässig ist.

(b) §§ 242, 162 BGB begründen keinen Sekundäranspruch?

Als weiteres Unterscheidungsmerkmal wird angeführt, dass der Herstellungsanspruch – anders als die §§ 242, 162 BGB – nicht zur Aufrechterhaltung des Primäranspruchs führe, sondern einen Sekundäranspruch begründe.¹¹⁹⁰ Diese Beschreibung greift allerdings zu kurz. Schließlich fingieren die §§ 242, 162 BGB gerade deshalb das Bestehen einer anderen Sach- und Rechtslage, weil die maßgebliche Sach- und Rechtslage ohne diese Fiktion eine andere wäre. Auch im Anwendungsbereich der §§ 242, 162 BGB besteht das ursprüngliche Primärrecht nicht (mehr) unbeeinträchtigt. Die Anwendung der §§ 242, 162 BGB stellt damit ebenfalls eine Reaktion auf die Störung der Primärrechtsebene dar und ist deshalb der Sekundärrechtsebene zuzuordnen.¹¹⁹¹ Tatsächlich geht es allenfalls um die Frage, wann bei einer Korrektur von Rechtsbeziehungen noch von dem ursprünglichen Primäranspruch gesprochen werden kann, obwohl einzelne Voraussetzungen fingiert werden müssen, und wann bei der Fiktion fehlender Voraussetzungen von einem anderen Sekundäranspruch gesprochen werden soll.¹¹⁹² Da eine solche Unterscheidung letztlich rein terminologischer Art ist – ohne einen inhaltlichen Mehrwert zu begründen – soll sie hier nicht weiter verfolgt werden.

¹¹⁸⁹ So auch: *Ladage*, S. 83. Diejenigen, die §§ 242, 162 BGB analog hingegen auf eine destruktive Wirkung beschränkt sehen, gehen teilweise davon aus, dass die Fiktion einzelner Tatbestandsvoraussetzung möglich sei (*Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6, Rn. 70). Sofern man diese Ansicht teilt, erscheint die Fiktion von mehreren Anspruchsvoraussetzungen noch inkonsequenter. Denn es ist nicht erklärbar, warum nach Treu und Glauben eine fehlende Voraussetzung fingierbar sein soll, aber bereits eine zweite nicht mehr.

¹¹⁹⁰ *Pietzner/Müller*, *VerwArch.* 85 [1994], 603, 621; wohl auch: *Wallerath*, DÖV 1987, 505, 509.

¹¹⁹¹ So im Ergebnis wohl auch *Weyreuther*, der die von ihm begründete Folgenbeseitigungslast der Sekundärebene zurechnet, obwohl er deren Entwicklung u.a. auch auf §§ 242, 162 BGB stützen möchte (*Weyreuther*, Gutachten, B 128 f.).

¹¹⁹² Vgl. *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 164 („*Es lassen sich [...] kaum hinreichend präzise Kriterien dafür angeben, um zu beurteilen, bei welchen Modifikationen noch der ursprüngliche, bei welchen dagegen ein neuer Anspruch vorliegt. Es ist deshalb richtiger, davon auszugehen, daß die Verletzung von Betreuungspflichten einen neuen, selbstständigen Anspruch auf Erfüllung des gesetzlich gebotenen Leistungsziels auslösen, der sich soweit wie möglich an dem ursprünglichen Leistungsanspruch zu orientieren hat, jedoch teilweise von ihm abweichen muß, damit der gesetzlich gebotene Zustand des Verhältnisses Bürger – Verwaltung wiederhergestellt werden kann.*“).

Festzuhalten ist allerdings, dass die Fiktion der §§ 242, 162 BGB keineswegs noch *denselben* Primäranspruch begründen kann, der ohne das treuwidrige Verhalten bestehen würde; auch sie führt lediglich dazu, dass dessen Rechtswirkungen trotz Nichterfüllung der Tatbestandsmerkmale eintreten können.¹¹⁹³ Wenn etwa *Wallerath* formuliert, dass der Herstellungsanspruch metaphorisch eine Reparatur des Sozialrechtsverhältnisses „mit Originalersatzteilen“¹¹⁹⁴ bedeute, gilt dieses Ergebnis nicht weniger für eine Reparatur des Erfüllungsanspruchs mittels der Einrede analog §§ 242, 162 BGB. „Die ‚Aufrechterhaltung‘ eines solchen Anspruchs unter Rückgriff auf § 242 BGB ist [...] genau genommen die Neubegründung eines gesetzlichen Anspruchs, der seinem Inhalt nach mit dem ursprünglichen identisch ist.“¹¹⁹⁵

Ein grundsätzlicher Unterschied zwischen dem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch und den §§ 242, 162 BGB analog scheint sich nur aus ihrem jeweiligen Rechtscharakter zu ergeben. Während der Herstellungsanspruch ein eigener Anspruch ist,¹¹⁹⁶ wird ein Einwand analog §§ 242, 162 BGB überwiegend als rechtshindernde/rechtsvernichtende Einwendung verstanden¹¹⁹⁷. Ein Unterschied würde sich hieraus aber nur dann ergeben, wenn die §§ 242, 162 BGB keine subjektiven Ansprüche des Bürgers hervorbringen können. Ein solches Verständnis der §§ 242, 162 BGB ist allerdings zweifelhaft. Sowohl im Zivilrecht als auch im öffentlichen Recht werden aus dem Grundsatz von Treu und Glauben eigenständige Ansprüche entwickelt.¹¹⁹⁸ Auch der sozialrechtliche Herstellungsanspruch könnte in diesem Sinne als ergänzender subjektiver Anspruch aus §§ 242, 162

¹¹⁹³ Dass der Herstellungsanspruch in diesem Zusammenhang bzgl. der rechtlichen Restitution jedenfalls grds. keine anderen Wirkungen herbeiführt, wird deutlich, wenn man bedenkt, dass auch der Herstellungsanspruch i.S.e. mittelbaren oder unmittelbaren Wirkungsweise gerade den rechtlichen Gehalt der ursprünglichen Primärrechte in sich aufnimmt und durchsetzt. Zur sog. originären Wirkungsweise: Kap. 1 B.II.2.a.bb. (1) (a) (bb).

¹¹⁹⁴ *Wallerath*, DÖV 1994, 757, 762.

¹¹⁹⁵ *Schmidt-De Caluwe*, S. 245.

¹¹⁹⁶ *Olbertz*, S. 44 ff.; *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 164.

¹¹⁹⁷ *Looschelders/Olzen*, in: *Staudinger*, § 242 BGB, Rn. 322 ff. m.w.N.; *Sutschet*, in: *BeckOK*, § 242 BGB, Rn. 52; *Schulze*, in: *Schulze* [Hg.], § 242 BGB, Rn. 25.

¹¹⁹⁸ Im Hinblick auf § 242 BGB werden daher von Sozial-, Finanz- und Verwaltungsgerichtsbarkeit gleichermaßen anerkannt: subjektive Betreuungsansprüche (BVerwG, Urt. v. 16.9.1980 – 1 C 89/79 = BVerwGE 61, 40, 43; BFH, Urt. v. 23.2.2010 – VII R 19/09 = BFHE 228, 139, 143 f. m.w.N.; VGH Hessen, Urt. v. 29.8.1997 – 10 UE 2030/95 = NVwZ-RR 1998, 393; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 31.10.1995 – 9 S 1518/94 = NJW 1996, 613, 613 m.w.N.; *Kallerhoff*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* [Hg.], § 25 VwVfG, Rn. 17); der Anspruch eines Beamten auf Freizeitausgleich (BVerwG, Urt. v. 28.5.2003 – 2 C 28.02 = DVBl. 2003, 1552, 1553 f.; OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 30.9.2008 – 1 L 119/08; OVG Saarland, Urt. v. 19.7.2006 – 1 R 20/05; OVG Niedersachsen, Urt. v. 9.2.2010 – 5 LB 391/08; OVG Niedersachsen, Urt. v. 30.5.2007 – 5 LC 225/04 = Nds.VBl. 2007, 295 ff.); ein allgemeiner Anspruch auf Akteneinsicht (VG Potsdam, Urt. v. 16.11.1998 – 2 L 873/98 = LKV 1999, 155, 156).

BGB ableitbar sein. Im Ergebnis braucht diese Frage allerdings nicht vertieft zu werden, da sich hieraus kaum Unterschiede ergeben. Die Ergebnisse des Herstellungsanspruchs sind schließlich so eng mit den Primärrechten verknüpft, dass teilweise auch für den Herstellungsanspruch von einem Einwendungscharakter ausgegangen wird.¹¹⁹⁹ Aber auch wenn man mit der überwiegenden Ansicht davon ausgeht, dass der Herstellungsanspruch ein eigener subjektiv-rechtlicher Anspruch ist, ergeben sich hieraus ebenfalls keine bedeutenden inhaltlichen Unterschiede, da keinesfalls von Amts wegen eine Korrektur analog §§ 242, 162 BGB gegen den Willen des Bürgers durchzuführen wäre.¹²⁰⁰

(c) Naturalrestitutionspflicht des Herstellungsanspruchs reicht weiter als §§ 242, 162 BGB?

Die sozialrechtliche Naturalrestitutionspflicht soll über die Fiktion der §§ 242, 162 BGB hinausgehen, weil allein der Herstellungsanspruch auch zu einem aktiven Amtshandeln der Verwaltung verpflichten könne (bspw. die Neuberechnung einer Rente, Entgegennahme versäumter Beitragszahlungen oder die Rückerstattung von Beiträgen).¹²⁰¹ Da ein Einwand analog §§ 242, 162 BGB aber auch anspruchsbegründend wirken kann und nicht nur zu einem Unterlassen verpflichtet, trifft diese Unterscheidung nicht zu. Wenn die Rechtsbeziehungen der Beteiligten analog §§ 242, 162 BGB umgestaltet werden, muss der Bürger auch die Rechte geltend machen können, die sich daraus für ihn ergeben;¹²⁰² andernfalls wäre die Umgestaltung sinnlos. Falls bspw. bei einer Rentenberechnung analog §§ 242, 162 BGB weitere Umstände zu berücksichtigen wären, ist die Verwaltung deshalb ggf. analog §§ 242, 162 BGB verpflichtet, die Rente neu/anders zu berechnen oder verspätete Beitragszahlungen als rechtzeitig erfolgt anzuerkennen.

Damit ist die Annahme, dass die Rechtsfolgen des Herstellungsanspruchs weiterreichen als der Einwand analog §§ 242, 162 BGB jedoch noch nicht grds. widerlegt. Für die weitergehende Untersuchung wird die Restitution rechtlicher Nachteile und tatsächlicher Nachteile unterschieden. Durch den Herstellungs-

¹¹⁹⁹ Vgl. *Hertwig*, Verwaltungsrechtsverhältnis der Mitgliedschaft, S. 222 f.; *ders.*, JA 1986, 388, 389; wohl auch: *Schmidt-De Caluwe*, S. 504, 528 f.; *Ladage*, S. 123 i.a.Z.; offengelassen: *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., vor §§ 38 ff. SGB I, Rn. 190.

¹²⁰⁰ Anspruchsgrundlage ist vielmehr das jeweilige (Leistungs-) Recht des Bürgers i.V.m. den Wirkungen des Einwandes analog §§ 242, 162 BGB.

¹²⁰¹ *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 163 f.; *ders.*, SGB 1990, 517, 520; *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6, Rn. 70; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 621; *Wallerath*, DÖV 1987, 505, 509.

¹²⁰² Vgl. BVerwG, Urt. v. 15.7.1959 – V C 80/57 = BVerwGE 9, 89, 92; BVerwG, Urt. v. 26.10.1966 – V C 2/65 = BVerwGE 25, 183, 184; vgl. auch: VG Oldenburg, Urt. v. 19.11.2010 – 11 B 2917/10.

anspruch wird der zuständige Verwaltungsträger dazu verpflichtet, den Bürger durch ein Amtshandeln so zu stellen, wie dieser *rechtlich* heute ohne die subjektive Rechtsverletzung stünde.¹²⁰³ Dies geschieht regelmäßig durch eine Fiktion tatsächlich nicht (rechtzeitig) verwirklichter Anspruchsvoraussetzungen, eine Nichtberücksichtigung tatsächlich verwirklichter Ausschlussgründe und die nachträgliche Ausübung von Gestaltungsrechten. Auch analog §§ 242, 162 BGB werden tatsächlich nicht (rechtzeitig) verwirklichte Anspruchsvoraussetzungen als (rechtzeitig) fingiert, tatsächlich verwirklichte Ausschlussgründe nicht berücksichtigt¹²⁰⁴ oder ein Gestaltungsrecht nachträglich – nicht/anders – ausgeübt¹²⁰⁵. Während die Begründung neuer, eigener Hauptleistungsansprüche über §§ 242, 162 BGB sehr kritisch und restriktiv gehandhabt wird,¹²⁰⁶ sollen unstreitig die ursprünglichen Hauptleistungsansprüche nach §§ 242, 162 BGB aufrechterhalten bleiben bzw. entstehen.¹²⁰⁷ Da auch bei einer sozialrechtlichen Naturalrestitution regelmäßig nur die ursprünglichen Hauptleistungsansprüche doch (noch) entstehen, reicht diese Wirkung nicht über die §§ 242, 162 BGB hinaus. Wenn formuliert wird, dass die Verwaltung den Bürger analog §§ 242, 162 BGB so zu stellen habe, wie dieser heute ohne das treuwidrige Verhalten stünde,¹²⁰⁸ beschreibt auch diese Rechtsfolge für sozialrechtliche Rechte inhaltlich nichts anderes als eine Naturalrestitutionsverpflichtung.¹²⁰⁹

¹²⁰³ Vgl. Kap. 1 B.II.

¹²⁰⁴ BVerwG, Urt. v. 26.1.1990 – 8 C 28/89 = Buchholz 448.0 § 13a WPflG Nr. 18; BVerwG, Urt. v. 15.7.1959 – V C 80/57 = BVerwGE 9, 89, 92; BVerwG, Urt. v. 27.11.1995 – 7 B 290/95; BVerwG, Urt. v. 28.3.1996 – 7 C 28/95 = BVerwGE 101, 39, 45; BVerwG, Urt. v. 22.10.1993 – 6 C 10/92 = NVwZ 1994, 575, 576 f.; BVerwG, Urt. v. 21.9.2006 – 2 C 7/06 = NVwZ 2007, 342, 343.; BVerwG, Urt. v. 26.10.1966 – V C 10/65 = BVerwGE 25, 191, 191 f.; BVerwG, Urt. v. 19.6.1968 – V C 23/62 = BVerwGE 32, 68, 68 f.; VG Oldenburg, Urt. v. 19.11.2010 – 11 B 2917/10.

¹²⁰⁵ Vgl. BVerwG, Urt. v. 26.10.1966 – V C 2/65 = BVerwGE 25, 183, 184 f.; OVG Niedersachsen, Urt. v. 24.2.1982 – 9 A 29/80 = MDR 1983, 784; *Mansel*, in: Jauernig, § 242 BGB, Rn. 36 m.w.N.

¹²⁰⁶ BGH, Urt. v. 6.7.2001 – V ZR 246/00 = NJW 2001, 3119, 3120; *Pfeiffer*, in: Herberger [Hg.], § 242 BGB, Rn. 35.

¹²⁰⁷ *Looschelders*, SchuldR AT, Rn. 77, 133; *Schmidt-De Caluwe*, S. 244 f.; *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 266 ff. mit weiteren Nachweisen aus der einschlägigen Rechtsprechung.

¹²⁰⁸ Etwa: *Müller-Grüne*, Treu und Glauben im VerwR, S. 104 f.; *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, § 25 VwVfG, Rn. 25; *Hermann*, in: Bader/Ronellenfitsch [Hg.] § 25 VwVfG, Rn. 23; *Ziekow*, § 25 VwVfG, Rn. 13 m.w.N.

¹²⁰⁹ Vgl. VG Bremen, Urt. v. 29.6.1995 – 2 A 463/93 = NVwZ-RR 1996, 272, 273 („*Im Ergebnis führt auch die entsprechende Anwendung der §§ 242, 162 BGB zu der Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn der – durch behördliches Fehlverhalten vereitelte – Sozialleistungsanspruch bei richtiger Auskunft entstanden wäre [...]*“); *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 620 f.

Abweichungen scheinen jedoch hinsichtlich der Korrektur tatsächlicher Positionen zu bestehen, die das BSG teilweise in die sozialrechtliche Naturalrestitutionspflicht miteinbezogen hat. Selbst wenn in diesen Fällen oftmals lediglich nur eine Korrektur rechtlicher Einbußen erfolgt (sog. mittelbare/unmittelbare Wirkungsweise), bleiben dennoch einige – problematische – Einzelfälle bestehen, in denen der Herstellungsanspruch letztlich lediglich eine Korrektur tatsächlicher Nachteile bewirkt (hier als sog. originäre Wirkungsweise bezeichnet).¹²¹⁰ Ein Beispiel bildet die originär über den Herstellungsanspruch begründete Rückzahlungspflicht von Sozialversicherungsbeiträgen, die rechtmäßig, aber wirtschaftlich sinnlos entrichtet wurden.¹²¹¹ In diesem Punkt könnte die Reichweite des Herstellungsanspruchs über die eines Einwandes analog §§ 242, 162 BGB hinausgehen.¹²¹² Da die Rechtsfolge der §§ 242, 162 BGB auf eine Fiktion der treumäßigen Rechts- oder Sachlage hinausläuft,¹²¹³ kann diese Fiktion allenfalls rechtliche Nachteile überwinden/korrigieren. Tatsächliche Nachteile können demgegenüber nicht hinweg fingiert werden; sie bestehen tatsächlich unabhängig davon fort, dass sie ggf. analog §§ 242, 162 BGB als nicht eingetreten gelten.

Einschränkend kann nochmals darauf hingewiesen werden, dass eine sozialrechtliche Naturalrestitution hinter einer vollumfänglichen zivilrechtlichen Naturalrestitution zurückbleibt und ein Herstellungsanspruch daher im Regelfall keine tatsächlichen oder wirtschaftlichen Einbußen ausgleicht. Die Korrektur rein tatsächlicher Nachteile ist lediglich ein (problematischer) Ausnahmefall der Herstellung. Sofern man mit dem BSG diese Fälle dennoch weiterhin dem Anwendungsbereich des Herstellungsanspruchs zuordnet, sind diesem Vorhaben jedenfalls auch im Rahmen der §§ 242, 162 BGB keine unüberwindbaren Grenzen gesetzt. Auch wenn in der Begründung eigenständiger Hauptleistungsansprüche allgemein eine Grenze der Reichweite der §§ 242, 162 BGB

¹²¹⁰ Insofern wurde u.a. herausgearbeitet, dass auch eine nachträgliche Leistungsgewährung auf einer rechtlichen Naturalrestitution beruht und der Herstellungsanspruch nicht durch die entgangenen Leistungszahlungen begründet wird. Diese Fälle einer originären Wirkungsweise des Herstellungsanspruchs sind dabei – wie bereits dargestellt – allerdings die Fälle, in denen die Zulässigkeit des Herstellungsanspruchs in besonderem Maße in Frage gestellt werden muss, wenn der Herstellungsanspruch sich noch von einem Schadensersatz unterscheiden soll; vgl. Kap. 1 B.II.2.a.bb. (1) (a) (bb).

¹²¹¹ Vgl. BSG, Urt. v. 19.2.1987 – 12 RK 55/84 = BSGE 61, 175, 178; BSG, Urt. v. 27.8.2009 – B 13 R 14/09 R = BSGE 104, 108, 115 f.; vgl. Kap. 1 B.II.2.a.bb. (2).

¹²¹² So auch: *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 163 f.; *ders.*, SGB 1990, 517, 520; *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6, Rn. 70; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 621; *Wallerath*, DÖV 1987, 505, 509.

¹²¹³ *Rövekamp*, in: Bamberger/Roth [Hg.], § 162 BGB, Rn. 7 ff.; *Westermann*, in: MüKo BGB, § 162 BGB, Rn. 16 f.

gesehen wird,¹²¹⁴ sollen sich aus §§ 242, 162 BGB – auch im öffentlichen Recht¹²¹⁵ – ggf. ergänzende (Neben-) Leistungsansprüche zur Durchsetzung der Hauptleistungsansprüche des Betroffenen ergeben können.¹²¹⁶ Diesen Pflichten kommt jeweils ein eigener selbstständig einklagbarer rechtlicher Gehalt zu,¹²¹⁷ so dass sie in ihrem Anspruchsinhalt eigenständige – originäre – Leistungen begründen können. Daher erscheint bspw. auch analog §§ 242, 162 BGB die Begründung einer Rückzahlungspflicht für unwirtschaftlich gezahlte Beiträge nicht (mehr) ausgeschlossen, falls der Bürger analog §§ 242, 162 BGB so gestellt werden soll, als ob er nicht treuwidrig behandelt worden wäre.¹²¹⁸ Die Einordnung einer solchen Rückzahlungspflicht als vollständig eigenständige Hauptleistungspflicht ist weniger überzeugend als die Annahme, dass es sich

¹²¹⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 6.7.2001 – V ZR 246/00 = NJW 2001, 3119, 3120; *Looschelders*, SchuldR AT, Rn. 77; *Pfeiffer*, in: Herberger [Hg.], § 242 BGB, Rn. 35.

¹²¹⁵ Etwa: BFH, Urt. v. 21.1.1999 – VII R 35/98 = NVwZ-RR 2000, 295, 299; BVerwG, Urt. v. 17.1.1969 – VII C 77/67 = BVerwGE 31, 190, 191; BVerwG, Urt. v. 16.9.1980 – 1 C 89/79 = BVerwGE 61, 40, 43; BVerwG, Urt. v. 28.5.2003 – 2 C 28.02 = DVBl. 2003, 1552, 1553; BSG, Urt. v. 26.4.1977 – 4 RJ 35/76 = SozR 2200 § 1286 Nr. 3; OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 30.9.2008 – 1 L 119/08; OVG Saarland, Urt. v. 19.7.2006 – 1 R 20/05; OVG Niedersachsen, Urt. v. 9.2.2010 – 5 LB 391/08; OVG Niedersachsen, Urt. v. 30.5.2007 – 5 LC 225/04 = Nds.VBl. 2007, 295 ff.; OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 2.10.1991 – 7 A 10880/91; VG Potsdam, Urt. v. 16.11.1998 – 2 L 873/98 = LKV 1999, 155, 156; VG Lüneburg, Urt. v. 15.7.1996 – 1 A 78/95 m.w.N.; *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger, § 242 BGB, Rn. 1100; *Roth/Schubert*, in: MüKo BGB, § 242 BGB, Rn. 111 m.w.N.

¹²¹⁶ *Schulze*, in: Schulze [Hg.], § 242 BGB, Rn. 2; *Pfeiffer*, in: Herberger [Hg.], § 242 BGB, Rn. 33 ff.; *Looschelders*, SchuldR AT, Rn. 75, 77; *Mansel*, in: Jauernig, § 242 BGB, Rn. 19 ff.; *Grüneberg/Sutschet*, in: Bamberger/Roth [Hg.], § 242 BGB, Rn. 31. Zivilrechtliche Beispiele bilden u.a. zahlreiche Auskunftsansprüchen (BGH, Urt. v. 13.6.1985 – I ZR 35/83 = BGHZ 95, 285, 288; *Schulze*, in: Schulze [Hg.], § 242 BGB, Rn. 19; *Looschelders*, SchuldR AT, Rn. 75; *Mansel*, in: Jauernig, § 242 BGB, Rn. 19 ff. m.w.N.), die Pflicht des Verkäufers gegenüber dem Käufer zur zeitlichen Bevorratung von Ersatzteilen (*Ullrich/Ulbrich*, BB 1995, 371 ff. m.w.N.) oder die arbeitsrechtlichen Ansprüche auf tatsächliche Beschäftigung und Wiedereinstellung (BAG, Urt. v. 15.5.1991 – 5 AZR 271/90 = BAGE 68, 60, 63 m.w.N.; BAG, Urt. v. 25.10.2007 – 8 AZR 989/06 = NZA 2008, 357 ff.).

¹²¹⁷ Vgl. für das Zivilrecht: BGH, Urt. v. 20.6.1989 – KZR 13/88 = NJW 1990, 388; *Schulze*, in: Schulze [Hg.], § 242 BGB, Rn. 17 ff.

¹²¹⁸ Dann wäre es nämlich nicht zu dieser Beitragszahlung gekommen, weshalb auch das spätere Behalten dieser Beiträge durch die Verwaltung noch als treuwidrig angesehen werden kann. Der Rückzahlungsanspruch dient dann lediglich der effektiven Durchsetzung der Sach- und Rechtslage des Bürgers, wie sie ohne Fehlverhalten entstanden wäre; er könnte demnach als sich aus der Fiktion ergebende Nebenpflicht der Verwaltung verstanden werden. Eine solche Rückzahlungspflicht hinsichtlich treuwidrig erlangter Beiträge als eigenständige Nebenpflicht aus dem (korrigierten) Rechtsverhältnis der Beteiligten zu entwickeln, überspannt jedenfalls nicht die Reichweite der §§ 242, 162 BGB.

lediglich um eine weitreichende Nebenleistungspflicht des umgestalteten, treumäßigen Rechtsverhältnisses handelt.¹²¹⁹ Allerdings können gegen ein solches Verständnis der §§ 242, 162 BGB dieselben Kritikpunkte vorgebracht werden, die auch gegen eine Anwendung des Herstellungsanspruchs in diesen Fällen bestehen.¹²²⁰ Letztlich ist nicht die Begründung dieser Rechtsfolge über eine Analogie zu den §§ 242, 162 BGB oder den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch problematisch, sondern die Begründung der Rechtsfolge an sich.

(d) Zwischenergebnis

Auch auf Rechtsfolgenseite lässt sich kein Wesensunterschied zwischen beiden Rechtsinstituten feststellen. Die bislang über den Herstellungsanspruch gelösten Fälle hätten mit denselben Rechtsfolgen auch über eine Analogie zu den §§ 242, 162 BGB gelöst werden können.¹²²¹

(3) *Ausschlussgründe*

Der Herstellungsanspruch ist subsidiär gegenüber gesetzlichen Korrekturvorschriften und unverändert bestehenden Primäransprüchen, überwindet nicht die Bestandskraft eines Verwaltungsaktes und unterliegt generell einem zeitlichen Ausschluss sowie den allgemeinen Ausschlussgründen. Für die §§ 242, 162 BGB sind im Zivilrecht besondere Ausschlussgründe nicht vorgesehen; allenfalls unterliegt die Berufung auf §§ 242, 162 BGB selbst dem Gebot von Treu und Glauben. Dies bedeutet allerdings nicht, dass §§ 242, 162 BGB auch bei einer Anwendung im öffentlichen Recht keinen weiteren Schranken unterliegen. Vielmehr müssen den Besonderheiten des öffentlichen Rechts entspre-

¹²¹⁹ Vgl. dazu auch die Fallgruppe der zivilrechtlichen Ausgleichsansprüche: *Pfeiffer*, in: Herberger [Hg.], § 242 BGB, Rn. 42.

¹²²⁰ Insbesondere wäre kaum noch eine Abgrenzung zum Schadensersatz erkennbar, obwohl sich auch die §§ 242, 162 BGB in ihrer Rechtsfolge von Schadensersatzansprüchen unterscheiden sollen (vgl. *Schmidt-Kessel*, in: Prütting/Wegen/Weinreich [Hg.], § 242 BGB, Rn. 35; *Sutschet*, in: BeckOK, § 242 BGB, Rn. 53; *Schmidt-De Caluwe*, S. 244 m.w.N.).

¹²²¹ So auch: VG Bremen, Urt. v. 29.6.1995 – 2 A 463/93 = NVwZ-RR 1996, 272, 273; *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 45, Rn. 139; *Gagel*, SGB 2000, 517, 519 f.; *Schmidt-De Caluwe*, S. 405 f.; *Hattstein*, Betreuungspflichten, S. 243 f. m.w.N.; *Bieback*, in: Gagel, 52. EGL., § 99 SGB III, Rn. 39; differenzierend: *Ladage*, S. 83 f., Fn. 49.

chend die maßgeblichen Wertungen für §§ 242, 162 BGB erst herausgearbeitet werden.¹²²²

Die Ausführungen zur Subsidiarität des Herstellungsanspruchs gegenüber unverändert bestehenden Primäransprüchen lassen sich sinngemäß auch auf den Einwand analog §§ 242, 162 BGB übertragen, obwohl ein unverändert bestehender Primäranspruch ohne die begehrte Fiktion einer anderen Sach- oder Rechtslage praktisch kaum denkbar ist. Ein richterrechtlicher Rückgriff auf die §§ 242, 162 BGB ist ebenfalls subsidiär gegenüber abschließenden gesetzlichen Regelungen;¹²²³ wobei der Bezugspunkt hierbei genaugenommen nicht die Regelung der Folgen einer Pflichtverletzung ist, sondern die Regelung der Folgen einer Treuwidrigkeit. Dies hat insbesondere im Zusammenhang mit der Korrektur von Fristversäumnissen zu Problemen geführt. Zunächst haben die allgemeinen Verwaltungsgerichte in der Überwindung der Versäumnis von (gesetzlichen oder behördlichen) Fristen wegen treuwidrigen Verwaltungsverhaltens einen Hauptanwendungsfall der §§ 242, 162 BGB gesehen.¹²²⁴ Seit Inkrafttreten des § 32 VwVfG zum 1. Januar 1977¹²²⁵ scheint das BVerwG daran nicht unbedingt festhalten zu wollen, obwohl zunächst auch nach Inkrafttreten des § 32 VwVfG Fristversäumnisse noch analog §§ 242, 162 BGB korrigiert wurden.¹²²⁶ Ohne die frühere Rechtsprechung ausdrücklich aufzugeben hat das Gericht in einer späteren Entscheidung die Wiedereinsetzungsregelungen (dort: § 27 SGB X) allerdings als grds. abschließende Regelung für die Wiedereinsetzung in gesetzliche Fristen verstanden; eine „Wiedereinsetzung“ analog §§ 242, 162 BGB sei hingegen nur bei der Versäumnis behördlicher Fristen mög-

¹²²² Roth/Schubert, in: MüKo BGB, § 242 BGB, Rn. 110 ff.; Stauf, DÖD 2004, 150, 151; Looschelders/Olzen, in: Staudinger, § 242 BGB, Rn. 1099; Mansel, in: Jauernig, § 242 BGB, Rn. 11; Sutschet, in: BeckOK, § 242 BGB, Rn. 11.

¹²²³ BVerwG, Urt. v. 18.4.1997 – 8 C 38/95 = NJW 1997, 2966, 2969 m.w.N.; VG Potsdam, Urt. v. 13.11.2001 – 3 K 3376/00 = LKV 2003, 149, 150; Looschelders/Olzen, in: Staudinger, § 242 BGB, Rn. 1100 f.

¹²²⁴ BVerwG, Urt. v. 19.6.1963 – IV C 146/62 = BVerwGE 16, 156, 159; BVerwG, Urt. v. 26.10.1966 – V C 10/65 = BVerwGE 25, 191, 191 f.; BVerwG, Urt. v. 16.2.1967 – III C 4/66 = BVerwGE 26, 201, 201 f.; BVerwG, Urt. v. 19.6.1968 – V C 23/62 = BVerwGE 30, 46, 46 f.; BVerwG, Urt. v. 19.6.1968 – V C 23/62 = BVerwGE 32, 68, 68 f.; BVerwG, Urt. v. 16.10.1969 – III C 24/69 = BVerwGE 34, 93, 93 f.; BVerwG, Urt. v. 28.11.1974 – V C 16/73 = BVerwGE 47, 225, 227; Bieback, DVBl. 1983, 159, 163 m.w.N.

¹²²⁵ BGBl. 1976 I, S. 1253 ff.

¹²²⁶ Etwa: BVerwG, Urt. v. 27.11.1995 – 7 B 290/95; BVerwG, Urt. v. 28.3.1996 – 7 C 28/95 = BVerwGE 101, 39, 45; BVerwG, Urt. v. 22.10.1993 – 6 C 10/92 = NVwZ 1994, 575, 576 f.; grds. befürwortend auch: BVerwG, Urt. v. 21.9.2006 – 2 C 7/06 = NVwZ 2007, 342, 343.

lich, da die Wiedereinsetzungsvorschriften diesen Fall nicht regeln.¹²²⁷ Auf diese Weise wird inhaltlich ein Gleichklang von Herstellungsanspruch und §§ 242, 162 BGB hergestellt, weil beide Rechtsinstitute gleichermaßen durch den vermeintlich abschließenden § 27 SGB X ausgeschlossen werden. Diese Rechtsprechung des BVerwG ist zusammenfassend wohl so gemeint, dass eine Korrektur von Fristversäumnissen analog §§ 242, 162 BGB auch bei gesetzlichen Fristen zwar grds. möglich ist, aber im Hinblick auf die gesetzlichen Wiedereinsetzungsregelungen nur ausnahmsweise durchgreifen darf.¹²²⁸ Insofern soll eine Fiktion analog §§ 242, 162 BGB möglich bleiben, wenn eine Wiedereinsetzung wegen höherer Gewalt nach § 32 III VwVfG ausgeschlossen ist¹²²⁹ oder eine materielle Ausschlussfrist i.S.d. § 32 V VwVfG vorliegt¹²³⁰.

Das BSG ist konkret der Interpretation des § 27 SGB X als gegenüber dem Herstellungsanspruch abschließender Regelung entgegen getreten.¹²³¹ Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass das BSG hingegen die Ausführungen zu §§ 242, 162 BGB nicht wieder aufgegriffen hat. Vielmehr beschränkt sich das Gericht auf eine Richtigstellung für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch.¹²³² Dies lässt zwei Interpretationsmöglichkeiten zu: Entweder sieht das BSG auch §§ 242, 162 BGB analog als von seiner Kritik an der Rechtsprechung des BVerwG selbstverständlich miterfasst an – oder das BSG interpretiert den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch i.S.e. eigenständigen Rechtsgehaltes gegenüber §§ 242, 162 BGB analog, weshalb die Kritik auch nur für den speziellen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch durchgreifend ist. In Ansehung der sonstigen Rechtsprechung des BSG ist die zweite Interpretation überzeugender.

Auch wenn das BSG zur Begründung des Herstellungsanspruchs wiederholt auf die §§ 242, 162 BGB zurückgegriffen hat,¹²³³ zeigt gerade diese Begründungsnotwendigkeit, dass der Herstellungsanspruch eben nicht vollständig mit dem allgemeinen rechtlichen Gehalt der §§ 242, 162 BGB gleichgesetzt werden soll. Tatsächlich liegt der entscheidende Unterschied in der subjektiven Rechtsverletzung. Wie bereits dargestellt, erfordern die §§ 242, 162 BGB gerade keine Rechtsverletzung und stehen deshalb – anders als der Herstellungsanspruch – auch nicht notwendig im Zusammenhang mit der Korrektur von Verwaltungsfehlern. Da der Wiedereinsetzungsregelung des § 27 SGB X keine abschlie-

¹²²⁷ Vgl. BVerwG, Urt. v. 18.4.1997 – 8 C 38/95 = NJW 1997, 2966, 2969; noch restriktiver: *Müller-Grune*, *Treu und Glauben im VerwR*, S. 101 f.; *Ramsauer*, in: *Kopp/Ramsauer*, § 25 VwVfG, Rn. 25.

¹²²⁸ So auch: VG Oldenburg, Urt. v. 19.11.2010 – 11 B 2917/10.

¹²²⁹ VG Oldenburg, Urt. v. 19.11.2010 – 11 B 2917/10.

¹²³⁰ Vgl. OVG Niedersachsen, Urt. v. 18.1.2011 – 10 LB 70/09.

¹²³¹ BSG, Urt. v. 2.2.2006 – B 10 EG 9/05 R = BSGE 96, 44, 48 ff.

¹²³² BSG, Urt. v. 2.2.2006 – B 10 EG 9/05 R = BSGE 96, 44, 48 ff.

¹²³³ Etwa: BSG, Urt. v. 17.11.1970 – 1 RA 233/68 = BSGE 32, 60, 62 f.; BSG, Urt. v. 23.3.1972 – 5 RJ 63/70 = BSGE 34, 124, 127; BSG, Urt. v. 25.3.1976 – 12/7 RAR 135/74 = BSGE 41, 260, 262; BSG, Urt. v. 22.11.1979 – 8b RKg 3/79 = BSGE 49, 154, 156; BSG, Urt. v. 13.12.1984 – 11 RA 68/83 = BSGE 57, 288, 290; BSG, Urt. v. 28.10.1981 – 12 RK 61/80 = SozR 5070 § 10 Nr. 19.

Bende Regelung für die Folgen von Verwaltungsfehlern entnommen werden kann, erscheint es folgerichtig, dass das BSG den Herstellungsanspruch von einer grundsätzlichen Subsidiarität ausnimmt. Für die §§ 242, 162 BGB gilt diese Ausnahme im Allgemeinen hingegen nicht, da sie nicht notwendig im Zusammenhang mit der Korrektur von rechtswidrigem Verwaltungshandeln stehen. Insofern macht sich der unterschiedliche Bezugspunkt eines abschließenden Regelungsgehaltes bemerkbar (Regelung der Folgen einer Pflichtverletzung gegenüber einer Regelung der Folgen einer Treuwidrigkeit). Tatsächlich sieht auch das BSG das analog §§ 242, 162 BGB begründete Rechtsinstitut der Nachsichtgewährung durch § 27 SGB X verdrängt¹²³⁴ – nicht aber den Herstellungsanspruch. Allenfalls ließe sich darüber diskutieren, ob die analoge Anwendung der §§ 242, 162 BGB auch dann durch § 27 SGB X ausgeschlossen sein kann, wenn dieser im Einzelfall ausdrücklich zur Korrektur von Verwaltungsfehlern herangezogen wird.

Dass analog §§ 242, 162 BGB nicht die Bestandskraft von Verwaltungsakten überwunden werden kann, wurde in der Rechtsprechung, soweit ersichtlich, bislang nicht ausdrücklich festgestellt. Dennoch kann dieses Ergebnis eindeutig aus der Wandlung der Rechtsprechung seit Einführung des VwVfG/SGB X abgeleitet werden. Vor Inkrafttreten des VwVfG wurde die Möglichkeit der Aufhebung von Verwaltungsakten aus einer Abwägung des Art. 20 III GG mit § 242 BGB/dem Vertrauensgrundsatz abgeleitet.¹²³⁵ Inzwischen werden die verfahrensrechtlichen Aufhebungsvorschriften jedoch als abschließende Bestimmung für die Aufhebung von Verwaltungsakten verstanden.¹²³⁶ Zwar bildet bei rechtswidrigen Verwaltungsakten nach wie vor das Rechtsstaatsprinzip den Hintergrund der Rücknahmeregelung des § 48 VwVfG,¹²³⁷ aber analog § 242 BGB kann weder Vertrauensschutz abweichend von dieser Regelung berücksichtigt werden, noch können die §§ 242, 162 BGB analog zu einer weitergehenden Rücknahmemöglichkeit abseits der Klage- und Aufhebungsvorschriften führen.¹²³⁸

Selbst wenn ein zeitlicher Ausschluss der Analogie zu den §§ 242, 162 BGB bislang nicht diskutiert wird, ergibt sich für den Einwand eine gewisse zeitliche Begrenzung durch das Rechtsinstitut der Verwirkung, das ebenfalls aus § 242

¹²³⁴ BSG, Urt. v. 24.11.1994 – 7 RAr 54/93; BSG, Urt. v. 21.5.1996 – 12 RK 43/95 = SozR 3-5070 § 21 Nr. 3; *Plagemann*, NJW 1983, 2172, 2174; *Timme*, in: *Diering/Timme/Waschull* [Hg.], § 27 SGB X, Rn. 22.

¹²³⁵ BVerwG, Urt. v. 19.1.1967 – VI C 73/64 = BVerwGE 26, 31, 35; BVerwG, Urt. v. 24.4.1959 – VI C 91/57 = NJW 1960, 258, 260; *Pietzner/Müller*, *VerwArch.* 85 [1994], 603, 619; *Ruffert*, in: *Erichsen/Ehlers* [Hg.], *AllgVerwR.*, § 24, Rn. 3; vgl. ausführlich hierzu: *Müller-Grune*, *Treu und Glauben im VerwR.*, S. 74 ff. m.w.N.

¹²³⁶ *Looschelders/Olzen*, in: *Staudinger*, § 242 BGB, Rn. 1101.

¹²³⁷ Vgl. *Ruffert*, in: *Erichsen/Ehlers* [Hg.], *AllgVerwR.*, § 24, Rn. 3; *Müller-Grune*, *Treu und Glauben im VerwR.*, S. 89.

¹²³⁸ Vgl. inhaltlich hierzu die Ausführungen bei: BVerwG, Urt. v. 28.7.1976 – VIII C 90/75; BVerwG, Urt. v. 13.12.2011 – 5 C 9/11.

BGB abgeleitet wird.¹²³⁹ Eine Verwirkung bezieht sich jedoch regelmäßig auf die gesamte Leistung, so dass diese entweder vollständig verwirkt sein (weil der Bürger bspw. Leistungsnachzahlungen für 20 Jahre nach Kenntnis im 21. Jahr nicht geltend macht) oder vollständig nachzuzahlen sein wird (dann müssten bei Geltendmachung im 21. Jahr die vollen Leistungen aus 20 Jahren nachgezahlt werden). Eine Begrenzung des nachträglichen Leistungszeitraums selbst (bspw. auf die letzten vier Jahre vor Geltendmachung), kann über die Verwirkung nicht erreicht werden.

In dem Fehlen anderer zeitlicher Grenzen scheint das BSG sogar einen Vorteil der §§ 242, 162 BGB – zugunsten des Bürgers – gegenüber dem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch zu sehen. Unabhängig vom Eintritt der Verjährung sollen die §§ 242, 162 BGB der Erhebung einer Verjährungseinrede entgegenstehen können, so dass Leistungsansprüche grds. für den gesamten in Frage stehenden Zeitraum nachträglich durchsetzbar sind.¹²⁴⁰ Dieses Ergebnis wäre über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch nicht beanspruchbar, weil eine nachträgliche/rückwirkende Leistungsgewährung analog § 44 IV SGB X oder § 45 I SGB I auf vier Jahre begrenzt ist. Eine solche Leistungsgewährung i.V.m. §§ 242, 162 BGB, die zeitlich über den Herstellungsanspruch hinausgeht, ist jedoch abzulehnen. Denn die Ausführungen zur zeitlichen Begrenzung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs¹²⁴¹ lassen sich inhaltlich entsprechend auch auf nachträgliche Leistungsgewährungen im Zusammenhang mit §§ 242, 162 BGB übertragen. Solange sich ein treuwidriges Verhalten allein aus der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsverhaltens ergibt, überzeugt es nicht, § 44 IV SGB X auf einen Herstellungsanspruch, aber nicht auf einen Einwand analog §§ 242, 162 BGB anzuwenden. Nach dem hier vertretenen Verständnis wird auch hinsichtlich des zeitlichen Ausschlusses ein weitgehender Gleichlauf zwischen Herstellungsanspruch und §§ 242, 162 BGB erreicht.

Ob auch für §§ 242, 162 BGB ein Verbot der Besserstellung gilt, ist weitestgehend unklar.¹²⁴² Wegen der Gesetzesbindung der Verwaltung nach Art. 20 III

¹²³⁹ *Schulze*, in: *Schulze* [Hg.], § 242 BGB, Rn. 29; *Schmidt-Kessel*, in: *Prütting/Wegen/Weinreich* [Hg.], § 242 BGB, Rn. 45; *Pfeiffer*, in: *Herberger* [Hg.], § 242 BGB, Rn. 77 f., 90 ff.

¹²⁴⁰ BSG, Urt. v. 22.10.1996 – 13 RJ 17/96 = BSGE 79, 177, 180 m.w.N.

¹²⁴¹ Vgl. ausführlich: Kap. 1 B.III.3.

¹²⁴² Für eine solche Beschränkung noch: BFH, Urt. v. 22.4.1966 – VI 264/65 = BFHE 86, 148, 151; *Olbertz*, S. 101. Vgl. inhaltlich dagegen aber: BVerwG, Urt. v. 28.11.1974 – 5 C 16/73 = BVerwGE 47, 225, 227 f.; BFH, Urt. v. 7.7.2004 – X R 24/03 = BFHE 206, 292, 301 f.; FG Hamburg, Urt. v. 17.10.2003 – III 159/03; FG Hamburg, Urt. v. 24.4.2009 – 3 K 6/09; *Birk*, *SteuerR*, Rn. 350 ff. m.w.N.; *Pietzner/Müller*, *VerwArch*. 85 [1994], 603, 619.

GG ist es jedenfalls nicht möglich, einen Verwaltungsträger analog §§ 242, 162 BGB zu gesetzeswidrigem Handeln zu verpflichten.¹²⁴³ Eine Fiktion analog den §§ 242, 162 BGB steht unter dem Vorbehalt ihrer (einfach-) rechtlichen Zulässigkeit.¹²⁴⁴ Wenn etwa *Mansel* Rechtsmissbrauch als „jede Geltendmachung eines ‚an sich‘ gegebenen Rechts und jede Ausnutzung einer ‚an sich‘ bestehenden günstigen Rechtsposition oder Rechtslage im Widerspruch zu den Anforderungen von § 242“¹²⁴⁵ beschreibt, wird die Ähnlichkeit zu den Herstellungsfällen deutlich. Der Verwaltungsträger will schließlich auch in diesen Fällen eine „an sich“ gegebene Rechtslage geltend machen, die er aber erst durch sein eigenes rechtswidriges/treuwidriges Verhalten begründet hat. Für das öffentliche Recht ist diese Definition wegen Art. 20 III GG in der Form zu ergänzen, dass erst dann Rechtsmissbrauch vorliegt, wenn dem Verwaltungsträger eine (andere) gesetzliche Handlungsalternative verbleibt, die mit seiner Rechtsbindung in Einklang steht. Selbst wenn eine Rechtsposition durch treuwidriges Verhalten begründet wurde, kann das Ausnutzen dieser Rechtslage wegen Art. 20 III GG nicht über §§ 242, 162 BGB untersagt werden, wenn dies einen Rechtsverstoß zur Folge hätte. Inhaltlich wird damit der Ausschlussgrund der rechtlichen Unmöglichkeit auf die §§ 242, 162 BGB übertragen. Im Zusammenhang bspw. mit Betreuungspflichten beschreibt etwa *Müller-Grune* die Rechtsfolge von hoheitlichen Betreuungspflichtverletzungen i.V.m. §§ 242, 162 BGB dahingehend, dass die Verwaltung nur dann verpflichtet sein kann, den Bürger so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Betreuung heute stünde, wenn dies „der Behörde [...] rechtlich möglich [ist].“¹²⁴⁶ Bereits 1958 hat das BSG ausgeführt, dass für eine Anwendung der §§ 242, 162 BGB eine entsprechende (rechtliche) Verfügungsbefugnis der Beteiligten bestehen müsse.¹²⁴⁷

¹²⁴³ So auch: BVerwG, Urt. v. 18.4.1997 – 8 C 38/95 = NJW 1997, 2966, 2969 m.w.N.; BVerwG, Urt. v. 10.12.1969 – VIII C 104/69 = BVerwGE 34, 278, 281 f.; BFH, Urt. v. 7.7.2004 – X R 24/03 = BFHE 206, 292, 301 m.w.N.; BSG, Urt. v. 22.5.1985 – 1 RA 31/84 = SozR 2200 § 1241e Nr. 16; *Müller-Grune*, Treu und Glauben im VerwR, S. 122 ff.; *Roth/Schubert*, in: MüKo BGB, § 242 BGB, Rn. 110; *Sutschet*, in: BeckOK, § 242 BGB, Rn. 11; *Grüneberg/Sutschet*, in: Bamberger/Roth [Hg.], § 242 BGB, Rn. 11.

¹²⁴⁴ *Söhn*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler [Hg.], 225. EGL., § 89 AO, Rn. 161; vgl. auch: BGH, Urt. v. 23.4.1981 – VII ZR 196/80 = NJW 1981, 1779, 1779 („Billigkeitsgesichtspunkte können zwar gem. § 242 BGB dazu führen, Ansprüche zu mindern oder gar zu versagen. Sie können jedoch nicht Ansprüche begründen, die nach Gesetz oder Vertrag nicht gegeben sind [...].“).

¹²⁴⁵ *Mansel*, in: Jauernig, § 242 BGB, Rn. 32.

¹²⁴⁶ *Müller-Grune*, Treu und Glauben im VerwR, S. 104; in diesem Sinne auch: *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, § 25 VwVfG, Rn. 25; *Söhn*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler [Hg.], 225. EGL., § 89 AO, Rn. 161.

¹²⁴⁷ BSG, Urt. v. 20.5.1958 – 2 RU 285/56 = BSGE 7, 199, 201.

Später wurde dieser Gedanke um die Pflicht zum gesetzmäßigen Handeln gem. 20 III GG ergänzt.¹²⁴⁸ Eine Fiktion analog §§ 242, 162 BGB kann deshalb nur dort eintreten, wo die Verwaltung nach Art. 20 III BGB überhaupt eine andere Rechts- oder Sachlage annehmen darf.

Damit steht die Analogie zu den §§ 242, 162 BGB vor demselben Paradoxon wie der sozialrechtlichen Herstellungsanspruch; sie muss sich über einzelne Bestandteile der gesetzlich geregelten Rechte und Pflichten hinwegsetzen, indem sie diese – entgegen der tatsächlichen Umstände – als eingetreten oder als nicht erfüllt fingiert.¹²⁴⁹ Dies macht die Unterscheidung zwischen Rechtsvoraussetzungen notwendig, die i.S.e. rechtmäßigen Ergebnisses analog §§ 242, 162 BGB übersprungen werden dürfen/müssen, und Rechtsvoraussetzungen, deren Missachtung ein rechtswidriges Ergebnis hervorbringt. Beim Herstellungsanspruch erfolgt diese Abgrenzung von disponiblen und nichtdisponiblen Voraussetzungen des jeweiligen Rechts anhand des „*an sich (un)zulässigen*“ Amtshandelns. Die Rechtsprechung zu einem Einwand analog §§ 242, 162 zeigt eine vergleichbare Kasuistik bislang nicht. Vielmehr wird lediglich festgestellt, dass bspw. analog §§ 242, 162 BGB eine Antragsrücknahme als nicht erfolgt anzusehen sei¹²⁵⁰ oder eine Frist als gewahrt betrachtet werden müsse¹²⁵¹. Diese Entscheidungen bedeuten allerdings nur, dass diese Fälle aus Sicht der Verwaltungsgerichte eine entsprechende Anwendung des §§ 242, 162 BGB zulassen – also terminologisch übertragen „*an sich zulässiges*“ Amtshandeln darstellen. Dass auf eine Abgrenzung nicht verzichtet werden kann, wird regelmäßig erst in schwierigeren Fallgestaltungen deutlich. Wenn bspw. aufgrund besonderer Ausschlussgründe des BbgAIG ein Akteneinsichtsrecht nach §§ 1, 2 BbgAIG nicht besteht, soll auch analog §§ 242, 162 BGB ein davon abweichendes Akteneinsichtsrecht nicht begründet werden können.¹²⁵² In eine ähnliche Richtung gehen die Ausführungen des BVerwG, wenn es betont, dass eine

¹²⁴⁸ BSG, Urt. v. 22.5.1985 – 1 RA 31/84 = SozR 2200 § 1241e Nr. 16.

¹²⁴⁹ Vgl. *Schmidt-Kessel*, in: Prütting/Wegen/Weinreich [Hg.], § 242 BGB, Rn. 32.

¹²⁵⁰ BVerwG, Urt. v. 26.10.1966 – V C 2/65 = BVerwGE 25, 183, 184; BVerwG, Urt. v. 9.6.1961 – IV C 371/59.

¹²⁵¹ BVerwG, Urt. v. 15.7.1959 – V C 80/57 = BVerwGE 9, 89, 92; BVerwG, Urt. v. 15.7.1959 – V C 80/57 = BVerwGE 9, 89, 92; BVerwG, Urt. v. 27.11.1995 – 7 B 290/95; BVerwG, Urt. v. 28.3.1996 – 7 C 28/95 = BVerwGE 101, 39, 45; BVerwG, Urt. v. 22.10.1993 – 6 C 10/92 = NVwZ 1994, 575, 576 f.; BVerwG, Urt. v. 21.9.2006 – 2 C 7/06 = NVwZ 2007, 342, 343.; BVerwG, Urt. v. 26.10.1966 – V C 10/65 = BVerwGE 25, 191, 191 f.; BVerwG, Urt. v. 19.6.1968 – V C 23/62 = BVerwGE 32, 68, 68 f.; VG Oldenburg, Urt. v. 19.11.2010 – 11 B 2917/10; *Söhn*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler [Hg.], 225. EGL., § 89 AO, Rn. 161.

¹²⁵² VG Potsdam, Urt. v. 13.11.2001 – 3 K 3376/00 = LKV 2003, 149, 150 f.; **a.A.**: VG Potsdam, Urt. v. 16.11.1998 – 2 L 873/98 = LKV 1999, 155, 156.

Fristwahrung nur dann analog §§ 242, 162 BGB fingiert werden könne, falls „durch die Berücksichtigung des verspäteten Antrags das Ziel der gesetzlichen Ausschlußfrist nicht verfehlt wird“¹²⁵³. Wie bei einer Präzisierung des „an sich zulässigen“ Amtshandelns geht es also um die Frage, ob mit der Rechtsfortbildung dem jeweiligen gesetzlichen Regelungsziel entsprochen wird.¹²⁵⁴ In diesem Zusammenhang wird auch ein Ausschluss durch die besonderen Strukturprinzipien eines Rechtsgebietes – hier als unechte Subsidiarität bezeichnet – grds. anerkannt.¹²⁵⁵

cc) Ergebnis

Das BSG hat sich in der Vergangenheit uneinheitlich zum Verhältnis von Herstellungsanspruch und §§ 242, 162 BGB analog geäußert. Bevor das BSG 1975 erstmals von einem Herstellungsanspruch sprach, wurden zuvor die §§ 242, 162 BGB vorrangig zur Lösung herangezogen.¹²⁵⁶ In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte wurde davon ausgegangen, dass insbesondere Betreuungspflichtverletzungen eines Verwaltungsträgers analog §§ 242, 162 BGB dazu führen, dass der Zustand hergestellt werden müsste, der für den Bürger heute ohne das Fehlverhalten bestehen würde.¹²⁵⁷ Während sich in-

¹²⁵³ BVerwG, Urt. v. 18.4.1997 – 8 C 38/95 = NJW 1997, 2966, 2969; vgl. auch: BVerwG, Urt. v. 17.3.2000 – 8 B 287/99 = NVwZ 2000, 1298, 1299.

¹²⁵⁴ Vgl. bereits: BVerwG, Urt. v. 26.10.1966 – V C 10/65 = BVerwGE 25, 191, 198 („Die Verletzung dieser Betreuungspflicht bewirkt, daß die Beklagte sich auf den Erfüllungsbescheid nicht berufen kann [...]. Da nach der gesetzgeberischen Konzeption die Erfüllung einer bestimmten Leistung, die geeignet ist, die Gewährung einer anderen Leistung auszuschließen, nur erfolgen kann, wenn der Geschädigte bewußt, d. h. in der Regel auf Grund einer sachgemäßen Belehrung durch das Ausgleichsamt, seine Wahl getroffen hat, ist diese Belehrung als tatsächliche Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit eines solchen Erfüllungsbescheides anzusehen.“).

¹²⁵⁵ BVerwG, Urt. v. 18.4.1997 – 8 C 38/95 = NJW 1997, 2966, 2969 („Das rechtfertigt aber nicht den Schluß, die entsprechende Anwendung der §§ 242, 162 BGB sei bei einem Beratungsfehler der Wohngeldbehörde ohne Verstoß gegen das der Ausschlußfrist zu entnehmende Verbot rückwirkender Wohngeldleistungen zulässig.“); vgl. auch: Pietzner/Müller, VerwArch. 85 [1994], 603, 620.

¹²⁵⁶ BSG, Urt. v. 17.11.1970 – 1 RA 233/68 = BSGE 32, 60, 62 f.; BSG, Urt. v. 23.3.1972 – 5 RJ 63/70 = BSGE 34, 124, 127.

¹²⁵⁷ Vgl. BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 81 („Damit verlangt er etwas, was im Recht – wenn auch meist unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben – grundsätzlich anerkannt ist, nämlich die Versagung der Berufung auf den Ablauf einer Frist, auch einer Ausschlußfrist [...].“); BVerwG, Urt. v. 15.7.1959 – V C 80/57 = BVerwGE 9, 89, 92; BVerwG, Urt. v. 19.3.1964 – III C 4/61 = ZLA 1964, 236; BVerwG, Urt. v. 9.6.1961 – IV C 371/59; BFH, Urt. v. 22.4.1966 – VI 264/65 = BFHE 86, 148, 151.

nerhalb der sozialgerichtlichen Rechtsprechung der sozialrechtliche Herstellungsanspruch später zu einem eigenständigen Rechtsinstitut entwickelte, zu dessen Begründung noch auf die §§ 242, 162 BGB zurückgegriffen wurde,¹²⁵⁸ blieb die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit unverändert bei der unmittelbaren Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben analog §§ 242, 162 BGB stehen.¹²⁵⁹

Überwiegend wird im Ergebnis kein grundsätzlicher Unterschied zwischen einer Anwendung des Herstellungsanspruchs und dem unmittelbaren Rückgriff auf die §§ 242, 162 BGB gesehen,¹²⁶⁰ weil unabhängig von den jeweiligen Begrifflichkeiten der Sache nicht anders entschieden werden würde.¹²⁶¹ Bei genauerer Betrachtung verbleiben jedoch insbesondere eigenständige Anwendungsbereiche der §§ 242, 162 BGB neben einem Herstellungsanspruch, weil die §§ 242, 162 BGB nicht vollständig im sozialrechtlichen Herstellungsanspruch aufgehen. Insofern ist es überzeugend, einen Herstellungsanspruch als konkretisierte, weiterentwickelte Ableitung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§§ 242, 162 BGB) zu verstehen, der eine unmittelbare Anwendung des weiterreichenden Grundsatzes von Treu und Glauben allerdings nicht ausschließt, falls ein Herstellungsanspruch nicht durchsetzbar ist.¹²⁶²

Aufgrund des weiterreichenden Merkmals der Treuwidrigkeit gegenüber der vergleichsweise engeren subjektiven Rechtsverletzung kann die analoge Anwendung der §§ 242, 162 BGB dort noch in Betracht kommen, wo ein Herstellungs-

¹²⁵⁸ BSG, Urt. v. 18.12.1975 – 12 RJ 88/75 = BSGE 41, 126, 127; BSG, Urt. v. 25.3.1976 – 12/7 RA 135/74 = BSGE 41, 260, 262; BSG, Urt. v. 22.11.1979 – 8b RKg 3/79 = BSGE 49, 154, 156; BSG, Urt. v. 13.12.1984 – 11 RA 68/83 = BSGE 57, 288, 290; BSG, Urt. v. 28.10.1981 – 12 RK 61/80 = SozR 5070 § 10 Nr. 19; kritisch: BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 80; *Ladage*, S. 84; *Lüdtke*, AuB 1976, 376, 377; *Benz*, BG 1987, 31, 39.

¹²⁵⁹ Etwa: OVG NRW, Urt. v. 14.12.2009 – 12 A 3325/08; VG München, Urt. v. 15.7.2003 – M 5 K 02.4327; VG Bremen, Urt. v. 29.6.1995 – 2 A 463/93 = NVwZ-RR 1996, 272, 273; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 617 ff., 620 f.; *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 45, Rn. 139; *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 59 ff.; offengelassen: *Krasney*, ZAP 1996 [Fach 18], 449, 464; kritisch: *Hattstein*, Betreuungspflichten, S. 243 f.

¹²⁶⁰ *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 617 ff.; *Ladage*, S. 83 f.; *Wallerath*, DÖV 1987, 505, 509; *Maier*, SozVers 1985, 113, 120; teilweise wird sogar bemängelt, dass die Voraussetzungen und Ergebnisse so eng beieinander liegen, dass eine Verselbstständigung des Herstellungsanspruchs nicht notwendig gewesen sei (*Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 45, Rn. 139); **a.A.** ohne nähere Begründung: *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 59.

¹²⁶¹ VG Bremen, Urt. v. 29.6.1995 – 2 A 463/93 = NVwZ 1996-RR, 272, 273.

¹²⁶² Vgl. *Olbertz*, S. 39.

lungsanspruch mangels subjektiver Rechtsverletzung ausscheidet.¹²⁶³ Ferner ist eine Herstellung durch das Verbot einer Besserstellung begrenzt, so dass als Lösung nur eine Analogie zu den §§ 242, 162 BGB in Betracht kommt, wenn Nachteile des Bürgers korrigiert werden sollen, die nachträglich im Einzelfall treuwidrig erscheinen – unabhängig davon, dass sie damals auch bei einer rechtmäßigen Behandlung entstanden wären.¹²⁶⁴ Schließlich scheint das BSG auch auf §§ 242, 162 BGB zurückgreifen zu wollen, um die zeitlichen Grenzen des Herstellungsanspruchs – in unzulässiger Weise – zu überwinden und auf diese Weise eine zeitlich unbegrenzte rückwirkende Leistungsgewährung zu ermöglichen.¹²⁶⁵ Bei Ermessensentscheidungen über einen sozialrechtlichen Nachteil wird der (ebenfalls) aus §§ 242, 162 BGB ableitbaren Folgenbeseitigungslast hingegen sogar bewusst ein Vorrang gegenüber dem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch eingeräumt,¹²⁶⁶ obwohl auch der Herstellungsanspruch diese Fälle seiner Struktur nach grds. erfassen könnte.¹²⁶⁷

Für die verbleibenden Fallkonstellationen können analog §§ 242, 162 BGB in vergleichbaren Fällen dieselben oder zumindest sehr ähnliche Rechtsfolgen unter vergleichbaren Ausschlussgründen erzielt werden, die bei einer Anwendung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs bestünden. Die entscheidende Frage ist daher in diesem Zusammenhang weniger, wonach eine Falllösung erfolgt (Herstellungsanspruch oder Analogie zu den §§ 242, 162 BGB), sondern ob das gemeinsame Ergebnis rechtlich zulässig ist.

¹²⁶³ So kann es bspw. einem Verwaltungsträger analog § 242 BGB (unzulässige Rechtsausübung) verwehrt sein, eine Rückzahlung in Geld zu verlangen, wenn der Bürger gleichzeitig einen entsprechenden amtshaftungsrechtlichen Schadensersatzanspruch in Geld hat, ohne dass dies mit einem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch in Zusammenhang stünde (vgl. BSG, Urt. v. 23.9.1980 – 7 RAr 97/79 – im konkreten Fall wurde dies allerdings abgelehnt, weil der Amtshaftungsanspruch nicht feststand und so das Unterlaufen der Rechtswegzuständigkeiten der ordentlichen Gerichtsbarkeit drohte).

¹²⁶⁴ Vgl. BSG, Urt. v. 30.11.1983 – 5a RKn 3/83 = SozR 2200 § 313 Nr. 8; BSG, Urt. v. 6.2.2003 – B 7 AL 38/02 R = NZS 2004, 163, 164 f.

¹²⁶⁵ Vgl. BSG, Urt. v. 22.10.1996 – 13 RJ 17/96 = BSGE 79, 177, 180 ff.

¹²⁶⁶ BSG, Urt. v. 22.10.1996 – 13 RJ 17/96 = BSGE 79, 177, 182; BSG, Urt. v. 12.12.2007 – B 12 AL 1/06 R = BSGE 99, 271, 274; vgl. ausführlich: Kap. 1 E.II.2.b.bb.

¹²⁶⁷ In einigen Entscheidungen hat das BSG zusätzlich ohne erkennbare Entscheidungslinie die Frage nach einem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch bewusst offen gelassen und stattdessen – wieder – unmittelbar den Grundsatz von Treu und Glauben herangezogen (etwa: BSG, Urt. v. 28.8.1984 – 11 RA 50/83 = SozR 5075 Art 4 § 2 Nr. 2; BSG, Urt. v. 20.6.1985 – 11a RA 19/84; BSG, Urt. v. 8.6.1989 – 7 RAr 88/88). Das Gericht scheint insbesondere dann die Analogie zu §§ 242, 162 BGB gegenüber dem Herstellungsanspruch zu bevorzugen, wenn lediglich die frühere Erfüllung eines einzelnen Tatbestandsmerkmals fingiert werden soll oder es zur Geltendmachung der Rechte des Bürgers ausreicht, dass der Verwaltung einzelne rechtshindernde/rechtsvernichtende Einwendungen oder Einreden gegen Ansprüche des Bürgers abgeschnitten werden.

e) Öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch

Sofern neben dem Folgenbeseitigungsanspruch überhaupt ein eigenständiger öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch anerkannt wird,¹²⁶⁸ handelt es sich um ein richterrechtliches Rechtsinstitut, mit dem rechtsgrundlose Vermögensverschiebungen innerhalb öffentlich-rechtlicher Rechtsbeziehungen korrigiert werden sollen. Für seine Ausgestaltung – teilweise auch bereits für seine Begründung¹²⁶⁹ – wird auf die zivilrechtlichen Vorschriften der §§ 812 ff. BGB zurückgegriffen.¹²⁷⁰ Ein Rechtsgrund für eine Vermögensverschiebung kann sich – außer aus dem Gesetz selbst – insbesondere auch aus der Duldungspflicht eines rechtswidrigen, aber wirksamen Verwaltungsaktes oder Verwaltungsvertrages ergeben.¹²⁷¹ Der Anspruch ist gegenüber gesetzlichen Spezialregelungen subsidiär,¹²⁷² verjährt analog §§ 194 ff. BGB¹²⁷³ und ist bei einer rechtsmissbräuchlichen Geltendmachung wider Treu und Glauben ausgeschlossen¹²⁷⁴. Daneben werden die besonderen Ausschlussgründe des § 814 BGB und § 818 III BGB bzgl. der analogen Anwendbarkeit auf den öffentlich-rechtlichen

¹²⁶⁸ Hierzu: *Morlok*, Verw. 25 [1992], 373, 386 ff.; *Detterbeck*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, StHR, § 26, Rn. 6 ff.

¹²⁶⁹ Etwa: BVerwG, Urt. v. 1.2.1980 – 4 C 40/77 = NJW 1980, 2538, 2538; OVG Niedersachsen, Urt. v. 22.10.1952 – IV OVG – A 11/52 = NJW 1953, 839, 840; OVG NRW, Urt. v. 20.4.1966 – IV 392/65 = DÖV 1967, 271, 272; offengelassen: BVerwG, Urt. v. 21.9.1966 – V C 155/65 = BVerwGE 25, 72, 81. Vgl. zu anderen Ableitungsversuchen: *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 537 f.; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 244 f.; *Maurer*, AllgVerwR, § 29, Rn. 21; *Haueisen*, NJW 1954, 977, 977; *Schwerdtfeger*, Öffentliches Recht, Rn. 280; *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1239, 1261.

¹²⁷⁰ BVerwG, Urt. v. 12.3.1985 – 7 C 48/82 = BVerwGE 71, 85, 89; BVerwG, Urt. v. 27.10.1998 – 1 C 38/97 = BVerwGE 107, 304, 307; BVerwG, Urt. v. 9.6.1975 – VI C 163/73 = BVerwGE 48, 279, 286; BSG, Urt. v. 21.11.1986 – 6 RKa 5/86 = BSGE 61, 19, 21; OVG Niedersachsen, Urt. v. 26.5.2004 – 4 LC 408/02 = NVwZ 2004, 1514, 1514; *Wienhues*, in: *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, StHR, Rn. 495 f.; *Gurlit*, in: *Erichsen/Ehlers* [Hg.], AllgVerwR, § 35, Rn. 24; wohl auch: *Maurer*, AllgVerwR, § 29, Rn. 21 f.; *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1238.

¹²⁷¹ *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1249; *Wienhues*, in: *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, StHR, Rn. 505; *Maurer*, AllgVerwR, § 29, Rn. 24; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 247.

¹²⁷² VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 16.8.2002 – 8 S 455/02 = NJW 2003, 1066, 1066 f.; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 539 f.; *Gurlit*, in: *Erichsen/Ehlers* [Hg.], AllgVerwR, § 35, Rn. 18 ff., 24; *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1240; *Wienhues*, in: *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, StHR, Rn. 497.

¹²⁷³ *Wienhues*, in: *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, StHR, Rn. 517; *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1254; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 250.

¹²⁷⁴ *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 249; *Wienhues*, in: *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, StHR, Rn. 516.

Erstattungsanspruch kontrovers diskutiert; überwiegend wird ein Rückgriff auf den öffentlich-rechtlichen Vertrauensschutz favorisiert.¹²⁷⁵

Ein gemeinsamer Anwendungsbereich von Erstattungs- und Herstellungsanspruch kommt dort in Betracht, wo zulasten des Bürgers eine rechtsgrundlose Vermögensverschiebung – insbesondere eine Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen – zugunsten eines Hoheitsträgers stattgefunden hat.¹²⁷⁶ Während im Zusammenhang mit (ursprünglich) rechtmäßigen Beitragszahlungen von vorneherein nur ein Herstellungsanspruch denkbar ist,¹²⁷⁷ unterscheiden sich beide Ansprüche auch für den Fall rechtswidrig entrichteter Beiträge. So erfordert der Erstattungsanspruch allein eine rechtsgrundlose Vermögensverschiebung und gerade kein (kausales) rechtswidriges Verwaltungsverhalten.¹²⁷⁸ Der bedeutendere Unterschied besteht jedoch bzgl. der Rechtsfolgen. Der Herstellungsanspruch bewirkt primär eine rechtliche Restitution und nicht die Korrektur der tatsächlichen Beitragszahlungen (bspw. nachträgliche Befreiung von einer Versicherungspflicht und damit auch von der daraus resultierenden Beitragspflicht). Insofern ist die Rückerstattung von Beiträgen regelmäßig eine Folge der Herstellung eines – anderen – Sozialrechtsverhältnisses und nicht bereits Inhalt des Herstellungsanspruchs selbst. In den Herstellungsfällen könnten nur über den Erstattungsanspruch die gezahlten Beiträge regelmäßig nicht zurückgefordert werden, weil in der unmodi-

¹²⁷⁵ Etwa jeweils m.w.N.: *Gurlit*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 35, Rn. 27 f.; *Wienhues*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 512 ff.; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 248 f.; Maurer, AllgVerwR, § 29, Rn. 25 ff.; *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1251 ff.

¹²⁷⁶ Andere gemeinsame Anwendungsfälle sind nur ausnahmsweise denkbar (vgl. zu einem solchen Ausnahmefall: LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 29.8.2005 – L 6 SB 5511/04). Über den Gesichtspunkt einer Ersparnis von Aufwendungen (vgl. BVerwG, Urt. v. 6.9.1988 – 4 C 5/86 = BVerwGE 80, 170, 177; *Wienhues*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 501) kann nicht bei jeder Vorenthaltung einer Leistung in Geld bereits ein entsprechender Erstattungsanspruch des Bürgers angenommen werden. Wenn sich bspw. der Bürger selbst auf seine eigenen Kosten unterhält, statt hierfür staatliche Unterhaltsleistungen in Anspruch zu nehmen, ist der leistungspflichtige Verwaltungsträger nicht auf dessen Kosten bereichert, weil es jedenfalls an einer Vermögensverschiebung von Seiten des Bürger zu Gunsten des Hoheitsträgers fehlt. Über das Bereicherungsrecht/Erstattungsrecht sollen schließlich keine verdeckte Schadensersatzpflicht für nicht erfüllte Leistungsverpflichtungen begründet werden, sondern allein vorhandene unrechtmäßige Vermögensverlagerungen rückgängig gemacht werden (in diesem Sinne ausdrücklich für das Zivilrecht: *Lorenz*, in: Staudinger, vor § 812 BGB, Rn. 1; *Wendehorst*, in: BeckOK, § 812 BGB, Rn. 3 ff.; *Schulze*, in: Schulze [Hg.], vor § 812 BGB, Rn. 1).

¹²⁷⁷ Vgl. hierzu ausführlich: Kap. 1 B.II.2.a.bb. (2) (b). Eine Erstattungspflicht hinsichtlich rechtmäßiger, aber wirtschaftlich sinnlos entrichteter Beiträge –, wie sie ggf. über den Herstellungsanspruch begründet wird –, kann über den Erstattungsanspruch jedenfalls nicht konstruiert werden.

¹²⁷⁸ *Gurlit*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 35, Rn. 17; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 243; *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1236.

fizierten Annahme des Sozialrechtsverhältnisses regelmäßig ein Rechtsgrund für die Vermögensverschiebung zu sehen ist, so dass bis zur Umgestaltung des Rechtsverhältnisses eine (isolierte) Erstattung der Beiträge nicht verlangt werden kann. Die Frage nach der rechtlichen Restitution (über den Herstellungsanspruch) ist deshalb der Frage nach einem Erstattungsanspruch bzgl. der Sozialversicherungsbeiträge vorgelagert. Denn nur wenn erfolgreich bspw. eine andere Gestaltung des Rechtsverhältnisses erreicht werden kann, kann ggf. auch im Rahmen des Erstattungsanspruchs bzgl. dieser Beitragsleistungen von einer rechtsgrundlosen Vermögensverschiebung ausgegangen werden.¹²⁷⁹

Hieran schließt die Frage an, ob eine auf die rechtliche Umgestaltung des Sozialversicherungsverhältnisses folgende Rückzahlung auf der materiell-rechtlichen Grundlage des Herstellungs- oder eines Erstattungsanspruchs erfolgt. Schließlich führt weder die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsverhaltens noch die – nachträgliche – Umgestaltung des Rechtsverhältnisses für sich genommen schon zu einer Erstattungspflicht; hierfür bedarf es vielmehr eines eigenen materiell-rechtlichen Anspruchs.¹²⁸⁰ Hierzu sind verschiedene Positionen rechtsdogmatisch denkbar. Überzeugend ist im Ergebnis eine Anspruchskonkurrenz zwischen beiden Ansprüchen, weshalb sich eine tatsächliche Rückerstattung materiell-rechtlich sowohl aus einem Herstellungs- als auch aus einem Erstattungsanspruch ergeben kann. Diese Sichtweise führt zu dem gleichen Ergebnis, wie es für das Verhältnis von Folgenbeseitigungs- und Erstattungsanspruch überwiegend anerkannt wird;¹²⁸¹ und entspricht darüber hinaus dem allgemeinen Verhältnis von Erfüllungs-, Schadensersatz- und bereicherungsrechtlichen Ansprüchen im Zivilrecht. Sie rechtfertigt sich aus den unterschiedlichen Zielsetzungen von Herstellungs- und Erstattungsanspruch (die Korrektur von fehlerhaften Verwaltungsverhalten einerseits und andererseits die Rückgängigmachung ungerechtfertigter Vermögensvorteile). Sofern die jeweiligen Voraussetzungen von Herstellungs- und Erstattungsanspruch erfüllt sind, kann sich aus beiden Ansprüchen eine Rückzahlungspflicht ergeben.¹²⁸²

¹²⁷⁹ In diese Richtung gehen wohl auch die Ausführungen des LSG Baden-Württemberg, das für den Fall einer Erstattungspflicht den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch im Zusammenhang mit dem Rechtsgrund der Vermögensverschiebung angesprochen hat (LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 29.8.2005 – L 6 SB 5511/04). Nicht eindeutig ist allerdings, ob das LSG mit diesen Ausführungen meint, dass der Herstellungsanspruch seinerseits auf Erstattung gerichtet sein soll (und für einen Erstattungsanspruch unverändert von einem Rechtsgrund ausgegangen werden muss) – oder der Rechtsgrund der Vermögensverschiebung über den Herstellungsanspruch wegfällt, was zu einer Geltendmachung eines allgemeinen Erstattungsanspruchs berechtigen soll.

¹²⁸⁰ Vgl. BSG, Urt. v. 28.5.1980 – 5 RKn 21/79 = BSGE 50, 129, 129 f.; BSG, Urt. v. 28.3.1979 – 3 RK 63/77 = BSGE 48, 134, 138 f.

¹²⁸¹ *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1240; *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, in: *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, StHR, Rn. 532 f.

¹²⁸² Zu der Frage, wie sich im Einzelnen aus einem auf rechtliche Restitution ausgerichteten Herstellungsanspruch eine Erstattungspflicht hinsichtlich der tatsächlichen Beitragsrückzahlung ergeben soll, vgl. Kap. 1 B.II.2.a.bb. (2).

Sofern man neben den gesetzlich kodifizierten Erstattungsansprüchen des Beitragsrechts (bspw. § 26 SGB IV, § 210 SGB VI oder § 117 ALG) überhaupt noch ungeschriebene Erstattungsansprüche für zulässig hält, kommen hinsichtlich der tatsächlichen Beitragserstattungspflicht grds. sowohl Herstellungs- als auch Erstattungsanspruch in Betracht. Auch wenn die Rechtsprechung sich bislang nicht ausdrücklich zum Verhältnis beider Ansprüche geäußert hat, legen entsprechende Entscheidungspassagen nahe,¹²⁸³ dass auch die Rechtsprechung – zu Recht – von einer Anspruchskonkurrenz ausgeht.

f) Anfechtung öffentlich-rechtlicher Willenserklärungen

Sozialrechtliche Gestaltungsrechte des Bürgers werden oftmals durch entsprechende Anträge ausgeübt, welche empfangsbedürftige öffentlich-rechtliche Willenserklärungen des Bürgers darstellen.¹²⁸⁴ Da diese analog den zivilrechtlichen Vorschriften §§ 119 ff., 142 ff. BGB grds. auch anfechtbar sind,¹²⁸⁵ bietet die Anfechtung von Willenserklärungen neben dem Herstellungsanspruch eine weitere Möglichkeit, sich von nachteiligen Rechtsfolgen zu befreien, die infolge einer Fehlberatung durch seine Antragstellung herbeigeführt wurden. Ein Anfechtungsgrund analog § 119 I BGB (ggf. sogar analog § 123 I BGB) scheint für den Bürger jedenfalls denkbar, wenn er von einem Verwaltungsträger fehlerhaft beraten wurde.¹²⁸⁶ Dennoch bestehen erhebliche Unterschiede zwischen einem Herstellungsanspruch und einer Anfechtung. So kommt eine

¹²⁸³ Vgl. BSG, Urt. v. 29.9.2009 – B 8 SO 11/08 R; LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 29.8.2005 – L 6 SB 5511/04.

¹²⁸⁴ Vgl. BSG, Urt. v. 19.8.2010 – B 14 AS 10/09 R = SozR 4-4200 § 23 Nr. 10.

¹²⁸⁵ Etwa: BSG, Urt. v. 23.10.2003 – B 4 RA 27/03 R = SozR 4-2600 § 7 Nr. 1 m.w.N.; BSG, Urt. v. 4.4.1979 – 12 RK 36/78; LSG Hessen, Urt. v. 21.2.2003 – L 15/13 RA 1378/01 m.w.N.; *Martens*, NVwZ 1986, 533, 536 m.w.N.; *Kluth*, NVwZ 1990, 608, 613 f. m.w.N.; ausführlich: *de Wall*, Anwendbarkeit im Verwaltungsrecht, S. 144 ff.; offengelassen: BVerwG, Urt. v. 29.7.1976 – III C 60/75.

¹²⁸⁶ *Schmidt-De Caluwe*, S. 209 f., 223 f.; *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 163. Im Einzelfall wird man darüber diskutieren müssen, ob nicht ein nicht zur Anfechtung berechtigender unbeachtlicher Motivirrtum des Bürgers vorliegt – bspw. die Vorstellung, mit einem Antrag eine höhere Leistung zu erhalten (hierzu: BSG, Urt. v. 16.9.1998 – B 11 AL 17/98 R) – oder die Anfechtbarkeit wegen des Vorrangs speziellerer öffentlich-rechtlicher Regelungen ausscheiden muss – bspw. nach Erlass eines Verwaltungsaktes wegen §§ 44 ff. SGB X/§§ 48 f. VwVfG oder vornehmlich verfahrens-/prozessrechtlicher Bedeutung der Willenserklärung (vgl. BVerwG, Urt. v. 21.3.1979 – 6 C 10/78 = BVerwGE 57, 342, 345 ff.; BFH, Beschl. v. 6.11.1991 – II B 48/91 m.w.N.; BSG, Urt. v. 16.9.1998 – B 11 AL 17/98 R; *de Wall*, Anwendbarkeit im Verwaltungsrecht, S. 159 ff.). Die grundsätzliche Möglichkeit der Anfechtung öffentlich-rechtlicher Willenserklärungen wird hierdurch allerdings nicht in Frage gestellt.

Anfechtung, die allein auf Willensmängel des Bürgers abstellt, auch dann in Betracht, wenn ein Herstellungsanspruch mangels hoheitlicher Pflichtverletzung ausscheidet.¹²⁸⁷ Daneben kommt eine Anfechtung nur bei der Beseitigung sozialrechtlicher Nachteile in Betracht, die aus einer entsprechenden eigenen Willenserklärung des Bürgers hervorgegangen sind. Dies schließt unmittelbare sozialrechtliche Nachteile ebenso aus wie mittelbare sozialrechtliche Nachteile, die nicht durch eine entsprechende Willenserklärung vermittelt werden.¹²⁸⁸ Eine Anfechtung kann analog § 142 I BGB lediglich dazu führen, dass eine Willenserklärung ex tunc als von Anfang nichtig gilt. Damit ist dem Bürger aber nicht weitergeholfen, falls der sozialrechtliche Nachteil nicht mit der Vernichtung seiner abgegebenen Willenserklärung korrigiert ist. Wenn der Bürger bei richtiger Einschätzung des Sachverhaltes nicht nur eine bestimmte Willenserklärung nicht abgegeben hätte, sondern auch eine andere Willenserklärung zur Gestaltung notwendig gewesen wäre, hilft eine Anfechtungsmöglichkeit allein nicht weiter. Die §§ 119 ff. BGB vermögen nicht eine – inhaltlich – andere Willenserklärung zu fingieren; eine solche Änderung zu einer anderen Gestaltung kann über die Anfechtung nicht verwirklicht werden.¹²⁸⁹

Aufgrund dieser Unterschiede kommt eine Anfechtung überhaupt nur in einem Bruchteil der Herstellungsfälle zur Anwendung.¹²⁹⁰ Auch für diese engen Überschneidungsbereiche ist von einer parallelen Anwendung des Herstellungsanspruchs und der Anfechtung auszugehen,¹²⁹¹ weil Anfechtung und Herstellungsanspruch gänzlich andere Ansatzpunkte verfolgen (Durchsetzung des subjektiven Willens des Bürgers bzw. Korrektur fehlerhaften Verwaltungsvhaltens).¹²⁹²

¹²⁸⁷ LSG Hessen, Urt. v. 21.2.2003 – L 15/13 RA 1378/01.

¹²⁸⁸ Bspw. schließt das BSG die Anfechtbarkeit einer Zahlung freiwilliger Beiträge zur Rentenversicherung aus, weil es sich hierbei lediglich um einen Realakt handeln soll (BSG, Urt. v. 23.10.2003 – B 4 RA 27/03 R = SozR 4-2600 § 7 Nr. 1). Andere Stimmen wollen in diesem Zusammenhang auf den freiwilligen Beitritt an sich abstellen, der eine anfechtbare öffentlich-rechtliche Willenserklärung darstelle (vgl. *Schmidt-De Caluwe*, S. 212 m.w.N.).

¹²⁸⁹ Vgl. insgesamt zu diesem Aspekt: *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 163; *Schmidt-De Caluwe*, S. 209 f.; *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 36, Rn. 125.

¹²⁹⁰ Ausführlich: *Schmidt-De Caluwe*, S. 209 ff.

¹²⁹¹ Vgl. etwa: BSG, Urt. v. 23.10.2003 – B 4 RA 27/03 R = SozR 4-2600 § 7 Nr. 1; BSG, Urt. v. 16.9.1998 – B 11 AL 17/98 R; BSG, Urt. v. 4.4.1979 – 12 RK 36/78; BSG, Urt. v. 7.6.1979 – 12 RK 33/78; LSG Hessen, Urt. v. 21.2.2003 – L 15/13 RA 1378/01; Bayerisches LSG, Urt. v. 23.2.2005 – L 16 R 293/04; LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 25.4.2006 – L 12 RA 72/03; *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 163.

¹²⁹² Sofern ersichtlich geht lediglich *Schmidt-De Caluwe* von einem Vorrang der Analogie zu §§ 119 ff. BGB gegenüber dem Herstellungsanspruch aus, weil diese planwidrige

g) Zwischenergebnis zum (ungeschriebenen) Staatshaftungsrecht

Trotz einzelner Überschneidungen mit anderen unregulierten Ansprüchen des Staatshaftungsrechts verbleibt insbesondere dort ein eigener Anwendungsbereich für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch, wo es um eine Korrektur von Rechtsnachteile geht. Insofern handelt es sich tatsächlich um einen weiteren „Baustein in diesem System“¹²⁹³, der inhaltlich die größten Gemeinsamkeiten zu den Rechtsinstituten der Folgenbeseitigung und einer Analogie zu §§ 242, 162 BGB aufweist, ohne in diesen jedoch vollständig aufzugehen.¹²⁹⁴ Aus der Betrachtung bislang weitestgehend ausgeklammert wurde hierbei die Frage, ob sich aus den Ausgestaltungen/Grenzen der anderen Staatshaftungsansprüche

Regelungslücke durch den Rechtsgedanken der §§ 119 ff. BGB zu schließen sei – ohne dass der Richter berechtigt/gezwungen sei, (noch) einen entsprechenden richterrechtlichen Anspruch zu schaffen (*Schmidt-De Caluwe*, S. 233 f.). Allerdings bezieht auch er dies ausdrücklich nur auf den seltenen Überschneidungsfall, dass eine sozialrechtliche Naturalrestitution allein durch die Beseitigung der Rechtswirkungen einer Willenserklärung erreicht werden soll (vgl. *Schmidt-De Caluwe*, S. 210 f.). Dieses Ergebnis überzeugt indes nicht. Die Argumentation setzt nämlich nicht daran an, dass keine planwidrige Regelungslücke für den Herstellungsanspruch vorliegt, sondern bezieht sich vielmehr darauf, dass allein die §§ 119 ff. BGB zur Schließung dieser planwidrigen Regelungslücke herangezogen werden dürfen. Dabei wird nicht deutlich, dass auch diese Form der Lückenschließung bereits eine richterrechtliche Rechtsfortbildung darstellt. Richtigerweise gestellt ist deshalb die Frage, ob in den §§ 119 ff. BGB die für die Lückenschließung maßgeblichen Rechtsgedanken enthalten sind (welche daher eine andere Ausgestaltung als Rechtsfortbildung contra legem kennzeichnen würden). Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Zielsetzungen der §§ 119 ff. BGB und des Herstellungsanspruchs abzulehnen. Die §§ 119 ff. BGB dienen der Verwirklichung der Privatautonomie des Bürgers, indem dieser die Möglichkeit erlangt, nicht an einer Willenserklärung festgehalten zu werden, die nicht mit seinem tatsächlichen Willen übereinstimmt bzw. aus einer fehlerhaften Vorstellung hervorgegangen ist (allgemein hierzu: *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 34, Rn. 2, § 35, Rn. 1 f.; *Singer*, in: *Staudinger*, § 119 BGB, Rn. 1 f.; *Armbrüster*, in: *MüKo BGB*, vor §§ 116 ff. BGB, Rn. 20 f.). Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch hingegen regelt die Folgen rechtswidrigen Verwaltungsvhaltens, das sich in diesem Zusammenhang insbesondere auf öffentlich-rechtliche Gestaltungsrechte ausgewirkt hat. Obwohl Überschneidungsbereiche bestehen können, unterscheidet diese Zielsetzung beide Rechtsinstitute erheblich voneinander. In den §§ 119 ff. BGB sind in Bezug auf das Fehlverhalten eines Verwaltungsträgers die entscheidenden Wertungen nicht bereits mitenthalten. Im Ergebnis ist daher von einem allgemeinen Nebeneinander beider richterrechtlicher Institute auszugehen, wobei der Herstellungsanspruch die Folgen eines rechtswidrigen Verwaltungsvhaltens regelt und die analoge Anwendung der §§ 119 ff. BGB die Problematik eines Willensmangels des Bürgers erfasst.

¹²⁹³ BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 78.

¹²⁹⁴ Dies gilt zumindest, wenn den einzelnen Ansprüchen die Ausgestaltungen zugrunde liegen, von denen die überwiegende Ansicht ausgeht.

rechtsdogmatische Argumente für oder gegen die Zulässigkeit des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs ergeben.¹²⁹⁵

F. Bisheriger Anwendungsbereich des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs in der Rechtsprechung

I. Anwendungsbereich außerhalb des Sozialrechts

Außerhalb des Sozialrechts hat sich ein Herstellungsanspruch bislang nicht durchsetzen können. Ein allgemeiner Herstellungsanspruch ist in der Rechtsprechung der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit überwiegend nicht anerkannt und wird auch rechtswissenschaftlich allgemein abgelehnt.¹²⁹⁶ Zumindest das BVerwG scheint diese Einschätzung inzwischen jedoch teilweise auf den gerichtlichen Prüfstand zu stellen. In derselben Entscheidung, in der das BVerwG einen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch grds. anerkannt hat, wurde ausgeführt, dass die Grundsätze des Herstellungsanspruchs „*nicht unbeschrieben auf die Gebiete des allgemeinen Verwaltungsrechts übertragen wer-*

¹²⁹⁵ Vgl. hierzu ausführlich Kapitel 2.

¹²⁹⁶ Gegen eine Anwendung des Herstellungsanspruchs etwa: BVerwG, Urt. v. 24.3.1988 – 3 C 48/86 = BVerwGE 79, 192, 194; BVerwG, 14.7.2010 – 1 B 13/10; Bayerischer VGH, Urt. v. 6.5.2011 – 19 ZB 09.1045; Bayerischer VGH, Urt. v. 2.3.2011 – 19 B 10.2815; Bayerischer VGH, Urt. v. 31.5.2010 – 19 ZB 08.1698; Bayerischer VGH, Urt. v. 17.10.2008 – 19 ZB 08.2000; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 24.3.1987 – 3 S 2989/86 = VBIBW 1987, 468, 469; OVG Hamburg, Urt. v. 26.10.1990 – Bs I 67/90 = NJW 1991, 1076, 1077; OVG Bremen, Beschl. v. 5.4.2011 – 1 B 15/11; OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 29.5.2013 – 5 LA 46/13; VG Minden, Urt. 12.9.2011 – 11 K 1281/11; VG Bremen, Urt. v. 3.8.2011 – 1 V 638/11; VG Würzburg, Urt. v. 18.3.2010 – W 3 K 09.525; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 605; *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6 Rn. 99; *Bonk*, in: Sachs [Hg.], Art. 34 GG, Rn. 47; *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 395; *Bieback* DVBl. 1983, 159, 169 f.; wohl auch: BVerwG, Urt. v. 16.6.1986 – 2 B 67/86. Offengelassen: BVerwG, Urt. v. 9.3.1990 – 7 C 94/88 = NWVBl 1990, 373, 374; BVerwG, Urt. v. 30.10.1997 – 3 C 35/96 = BVerwGE 105, 288, 298 f.; BVerwG, Urt. v. 8.12.1995 – 8 C 37/93 = BVerwGE 100, 83, 101; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 3.12.2013 – 4 S 221/13; VG Berlin, Urt. v. 22.3.2012 – 20 K 123.10; *Maurer*, AllgVerwR, § 30, Rn. 24 f.; *Ule/Laubinger*, § 26 VwVfG, Rn. 28 ff., 31; *Erbguth*, AllgVerwR, § 41, Rn. 23; unklar: *Sproll*, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, StHR, § 12, Rn. 63. Für eine Anwendung im allgemeinen Verwaltungsrecht: *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR I, § 52, Rn. 41; *Olbertz*, S. 218 f.; *Hattstein*, Betreuungspflichten, S. 240 ff.; *Pünder*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 14, Rn. 42. Im Ergebnis übereinstimmend für eine Anwendung, wenn auch für eine inhaltliche Umgestaltung des öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruchs nach dem Vorbild des sozialrechtlichen Herstellungsanspruch eintretend: *Wallerath*, DÖV 1987, 505, 515; *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 434 ff.

den“¹²⁹⁷ dürften. Ob diese Einlassung bedeutet, dass ein Herstellungsanspruch zumindest in einzelnen verwaltungsrechtlichen Bereichen Anwendung finden könnte – oder gar ein allgemeiner verwaltungsrechtlicher Herstellungsanspruch denkbar ist –, lässt sich dieser Formulierung nicht entnehmen. Ebenso offen bleibt, nach welchen Kriterien das Gericht eine solche „*besehene*“ Übertragung des Herstellungsanspruchs ggf. für denkbar hält. Bisher existieren dem „*sozialrechtlichen*“ Herstellungsanspruch vergleichbare Sonderformen jedenfalls nicht. Weder ein „*finanzrechtlicher Herstellungsanspruch*“¹²⁹⁸ noch ein „*ausländerrechtlicher Herstellungsanspruch*“¹²⁹⁹ konnte sich durchsetzen. Sofern die Anwendbarkeit eines Herstellungsanspruchs überhaupt angesprochen wird, wird dieser ausschließlich als „*sozialrechtlicher Herstellungsanspruch*“ bezeichnet, weil ein vergleichbarer Anspruch „*dem allgemeinen Verwaltungsrecht fremd*“¹³⁰⁰ sei. Oftmals wird in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass rechtswidriges Verwaltungsverhalten außerhalb des Sozialrechts nur im Rahmen zulässigen Verwaltungshandelns ausgeglichen werden könne.¹³⁰¹

Das BSG scheint ebenfalls von einer Begrenzung des Herstellungsanspruchs auf das Sozialrecht auszugehen. So könne es „*dahingestellt bleiben, ob der Dienstherr der Klägerin im Rahmen seiner Fürsorgepflicht zur Beratung über die durch das HBegleitG eingeführten Rechtsänderungen verpflichtet war. Dabei würde es sich nicht um eine im Rahmen des Rentenversicherungsverhältnisses, sondern des Beamtenverhältnisses der Klägerin bestehende Pflicht handeln, aus der sich kein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch herleiten ließe und über die im übrigen die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit nicht zu entscheiden hätten.*“¹³⁰² Aus dieser Passage geht allerdings nicht eindeutig hervor, ob das Gericht davon ausgeht, dass sich aus der Verletzung einer Pflicht im Beamtenverhältnis auch kein dem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch vergleichbarer beamtenrechtlicher Herstellungsanspruch ergeben kann – für dessen Geltendmachung dann allerdings mangels sozialrechtlicher Zuordnung die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit zuständig wäre.

Dass sich außerhalb des Sozialrechts kein Herstellungsanspruch durchsetzen konnte, liegt dabei keinesfalls daran, dass die zugrundeliegenden Fallkonstellationen allein im Sozialrecht auftreten würden. Tatsächlich ist eine Herstellungs-

¹²⁹⁷ BVerwG, Urt. v. 30.6.2011 – 3 C 36/10 = BVerwGE 140, 103, 107.

¹²⁹⁸ BFH, Urt. v. 24.2.2010 – III R 82/07 = BFH/NV 2010, 1495.

¹²⁹⁹ VG Hamburg, Beschl. v. 12.10.2006 – 10 E 2519/06; vgl. auch: OVG NRW, Beschl. v. 10.4.2013 – 18 E 251/13.

¹³⁰⁰ VG Bremen, Urt. v. 3.8.2011 – 1 V 638/11.

¹³⁰¹ Etwa: BVerwG, Urt. v. 24.3.1988 – 3 C 48/86 = BVerwGE 79, 192, 194; BVerwG, Urt. v. 14.7.2010 – 1 B 13/10; OVG Bremen, Urt. v. 5.4.2011 – 1 B 15/11.

¹³⁰² BSG, Urt. v. 16.12.1993 – 13 RJ 19/92 = SozR 3-1200 § 14 Nr. 12.

lage keineswegs einzigartig oder sozialrechtsspezifisch.¹³⁰³ Auch in nichtsozialrechtlichen Rechtsbereichen kann die hoheitliche Verletzung eines subjektiven (Betreuungs-) Rechts zu Rechtsnachteilen führen, die die Frage aufwerfen, ob der gegenwärtige Zustand mittels Amtshandeln durch – erstmalige – Herstellung des Zustandes zu beseitigen ist, der ohne das staatliche Fehlverhalten heute bestünde.¹³⁰⁴ Die Kritiker einer Übertragung/Weiterentwicklung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs gehen vielmehr davon aus, mit dem gegenwärtig praktizierten Korrekturinstrumentarium – insbesondere mit dem Folgenbeseitigungsanspruch, der Haftung aus verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen und der Analogie zu §§ 242, 162 BGB – die äußersten Grenzen des Zulässigen bereits erreicht zu haben. Dieses Instrumentarium dürfe – wenn überhaupt – nur innerhalb des Sozialrechts zugunsten eines weiteren Herstellungsanspruchs erweitert werden.

II. Anwendungsbereich innerhalb des Sozialrechts

Auch wenn dem Herstellungsanspruch demnach allenfalls eine auf das Sozialrecht beschränkte Sonderstellung zugestanden wird,¹³⁰⁵ ist die Beschreibung als „sozialrechtlicher“ Herstellungsanspruch dennoch unzutreffend und irreführend.¹³⁰⁶ Denn der Herstellungsanspruch wird selbst in den Rechtsgebieten, die

¹³⁰³ Hattstein, Betreuungspflichten, S. 236.

¹³⁰⁴ Falls ein Beamter durch rechtswidriges Verwaltungsverhalten einen geringeren Versorgungsanspruch erhält, stellt sich diese Frage in vergleichbarer Weise. Wenn bspw. ein Schüler rechtswidrig nicht über Verbesserungsangebote beraten wird bzw. ihm diese rechtswidrig vorenthalten werden, stellt sich die Frage, ob er nicht versetzt werden muss, wenn er deswegen zu schlechte Noten für eine direkte Versetzung erreicht hat. Ein Ausländer, der rechtswidrig von der Erfüllung aufenthaltsrechtlicher Voraussetzungen abgehalten wird, begehrt ggf. eine Aufenthaltserlaubnis mit der Begründung, dass er diese ohne staatliches Fehlverhalten erhalten hätte. Ein Bürger will eine Steuervergünstigung für sich geltend machen, auf deren Möglichkeit er zuvor nicht hingewiesen wurde. Die Fallgestaltungen sind beliebig erweiterbar. Letztlich käme ein Herstellungsanspruch selbst dann in Betracht, wenn ein Bürger rechtswidrig nicht auf eine Befreiungsmöglichkeit auf Antrag nach § 6 I RGebStV hingewiesen wird und deshalb GEZ-gebührenpflichtig bleibt.

¹³⁰⁵ Vgl. BVerwG, Urt. v. 24.3.1988 – 3 C 48/86 = BVerwGE 79, 192, 194; VG Würzburg, Urt. v. 18.3.2010 – W 3 K 09.525 (wobei das VG Würzburg die ausdrückliche Erkenntnis vermissen lässt, dass auch die geltend gemachte Leistung nach § 35a SGB VIII materiell-rechtlich eine Frage des Sozialrechts darstellt, so dass es überhaupt nicht auf die Frage ankommt, ob der Herstellungsanspruch über das Sozialrecht hinaus erweitert werden kann); Ebsen, DVBl. 1987, 389, 395.

¹³⁰⁶ So auch: Krasney, in: FS für Walter Schwarz, S. 383, 387.

formell und materiell¹³⁰⁷ dem Sozialrecht zugeordnet werden (vgl. SGB I bis XII, § 68 SGB I), nur teilweise angewandt. Das materielle Sozialrecht wird inhaltlich überwiegend in Systeme der sozialen Vorsorge, der sozialen Entschädigung und der sozialen Hilfe und Förderung gegliedert.¹³⁰⁸ Während in einigen Teilbereichen wie selbstverständlich von seiner Geltung ausgegangen wird, wird eine Anwendung des Herstellungsanspruchs für andere Teilbereiche kritischer beurteilt. Dabei lassen sich erhebliche Unterschiede zwischen den Bereichen erkennen, die der Sozialgerichtsbarkeit zugeordnet sind, und Bereichen, über die andere Verwaltungsgerichte entscheiden. Während die Sozialgerichte grds. von einer Anwendbarkeit des Herstellungsanspruchs ausgehen, haben sich die Verwaltungsgerichte mit einer Anwendung des Herstellungsanspruchs in den ihnen übertragenen Sozialrechtsgebieten bislang zurückgehalten.¹³⁰⁹ Der Anwendungsbereich des Herstellungsanspruchs stimmt deshalb im Wesentlichen mit der Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit nach § 51 SGG überein.¹³¹⁰ Trotz teilweise anderer Einschätzungen¹³¹¹ macht es dabei nach Ansicht des BSG keinen Unterschied, ob die begehrte Amtshandlung materiell-rechtlich einen bundes- oder einem landessozialrechtlichen Ursprung aufweist.¹³¹²

Selbst für das formelle Sozialrecht besteht keine einheitliche Rechtswegeröffnung zu den Sozialgerichten. Sofern eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht durch die enumerative Vorschrift des § 51 SGG den Sozialgerichten zugewiesen ist, bleibt es – nach § 40 I 1 VwGO – bei der Zuständigkeit der allgemeinen Verwaltungsgerichte.¹³¹³ Auch wenn in den letzten Jahren wichtige Sozialrechtsbereiche von der allgemeinen Verwaltungs-

¹³⁰⁷ Zu Schwierigkeiten bei der Bestimmung eines materiellen Begriffs des „Sozialrechts“, vgl.: *Igl/Welti*, SozR, § 1 Rn. 3; *Kokemoor*, SozR, Rn. 3 ff.; *Muckel/Ogorek*, SozR, § 3, Rn. 3 ff.

¹³⁰⁸ Vgl. dazu auch: *Igl/Welti*, SozR, § 2 Rn. 1 ff.; *Kokemoor*, SozR, Rn. 15 ff.; *Waltermann*, SozR, Rn. 63 ff.; *Eichenhofer*, SozR, Rn. 10 ff.; *Zacher*, Einführung Sozialrecht, S. 17 ff.

¹³⁰⁹ *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6 Rn. 99; *Schmitz*, ZfSH/SGB 2006, 393, 393 m.w.N.

¹³¹⁰ *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 393; *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 395; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 605; *Schmidt-De Caluwe*, S. 142; *Schmitz*, ZfSH/SGB 2006, 393, 398.

¹³¹¹ Etwa: OVG Berlin, Urt. v. 9.12.1991 – 6 B 26.90.

¹³¹² Wie selbstverständlich hat das BSG den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch auch für den Ausgleich sozialrechtlicher Nachteile angewandt, die in der Beeinträchtigung landesrechtlicher Sozialrechtsansprüche liegen (etwa: BSG, Urt. v. 2.2.2006 – B 10 EG 9/05 R = BSGE 96, 44, 48; BSG, Urt. v. 27.5.2004 – B 10 EG 11/03 R; BSG, Urt. v. 18.2.2004 – B 10 EG 10/03 R = BSGE 92, 182, 189 f.).

¹³¹³ Vgl. zu den historischen Hintergründen dieser Rechtswegspaltung für das Sozialrecht: *Schmitz*, ZfSH/SGB 2006, 393, 398; *Olbertz*, S. 65.

die Sozialgerichtsbarkeit übertragen wurden,¹³¹⁴ besteht weiterhin eine Zuständigkeit der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit u.a. für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten im Zusammenhang mit BAföG (vgl. § 54 BAföG), Wohngeld nach dem WoGG, Kriegssopferfürsorge (§§ 25 ff. BVG) und dem Kinder- und Jugendhilferecht (SGB VIII).

Auffällig ist jedoch, dass sich die Verwaltungsgerichte bzgl. der Sozialrechtsbereiche weit weniger deutlich für einen absoluten Ausschluss der Herstellung ausgesprochen haben als für nichtsozialrechtliche Sachmaterien.¹³¹⁵ Nur vereinzelt wurde die generelle Zulässigkeit des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs für das Sozialrecht selbst offen bezweifelt.¹³¹⁶ Nicht die generelle Möglichkeit einer Herstellung wird von den Verwaltungsgerichten allgemein in Frage gestellt, sondern vielmehr bezogen auf den Einzelfall herausgearbeitet, dass jedenfalls die Tatbestandsvoraussetzungen nicht erfüllt seien,¹³¹⁷ gerade dieses Rechtsgebiet einer Herstellung nicht zugänglich sei (bspw. aufgrund eines besonderen Gedankens),¹³¹⁸ eine Subsidiarität gegenüber gesetzlichen Regelungen/anderen Korrekturmöglichkeiten bestehe¹³¹⁹ oder die konkrete Frage materiell-rechtlich überhaupt nicht dem Sozialrecht zuzuordnen sei.¹³²⁰

¹³¹⁴ Bspw. wurde im Zuge der Neuordnung der Sozialhilfe i.w.S. (SGB II und SGB XII) die unter Geltung des BSHG begründete Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte zugunsten der Sozialgerichtsbarkeit aufgegeben. Im Zuge des 7. SGGÄndG wurde § 51 SGG zum 1. Januar 2005 daher um die Absätze 4a und 6a erweitert (BGBl. 2004 I, S. 3302).

¹³¹⁵ Etwa: BVerwG, Urt. 23.2.2010 – 5 C 13/09 = NVwZ-RR 2010, 570 („Die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die zum sozialrechtlichen Herstellungsanspruch entwickelten Grundsätze im Recht der Ausbildungsförderung anwendbar sind, bedarf daher keiner Entscheidung.“); BVerwG, Urt. v. 15.11.1994 – 11 C 19/94 = FamRZ 1995, 765, 767; Pietzner/Müller, VerwArch. 85 [1994], 603, 611 f.

¹³¹⁶ Etwa: OVG Berlin, Urt. v. 9.12.1991 – 6 B 26.90 („Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ist dem gewichtigen Einwand ausgesetzt, daß das Institut des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs im geltenden Recht keine Grundlage finde und daß sie die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung überschreite [...]“); Bayerischer VGH, Urt. v. 30.12.1992 – 12 B 90.700 („Der Herstellungsanspruch ist weder in seinen tatbestandlichen Grundlagen noch in seinen Rechtsfolgen hinreichend dogmatisch fundiert. Er unterscheidet sich von dem in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung anerkannten allgemeinen Folgenbeseitigungsanspruch wesentlich dadurch, daß dieser einen rechtswidrigen tatsächlichen Zustand voraussetzt, jener aber zu einer Korrektur einer rechtlich zulässigen Disposition mit regelmäßig rechtmäßigen Folgen führt [...]“); VG Würzburg, Urt. v. 18.3.2010 – W 3 K 09.525.

¹³¹⁷ Etwa: OVG NRW, Urt. v. 17.1.2011 – 12 E 970/10; OVG NRW, Urt. v. 3.10.1985 – 13 A 2500/83.

¹³¹⁸ Vgl. BVerwG, Urt. v. 29.7.1982 – 5 B 27/82; VG Hamburg, Urt. v. 12.2.2001 – 13 VG 1030/2000.

¹³¹⁹ BVerwG, Urt. v. 18.4.1997 – 8 C 38/95 = NJW 1997, 2966, 2967 ff.; OVG NRW, Urt. v. 14.12.2009 – 12 A 3324/08; VG Düsseldorf, Urt. v. 31.5.2010 – 23 K 485/08 („Ein derart richterrechtlich entwickelter Herstellungsanspruch ist mangels einer Regelungslücke jedoch dann nicht gegeben, wenn der Gesetzgeber selbst die Rechtsfolgen einer Verletzung von Nebenpflichten des Leistungsträgers in Richtung auf den Anspruch des

Die Verwaltungsgerichte greifen demnach vordergründig Argumentationsmuster auf, nach denen auch die Sozialgerichtsbarkeit eine Herstellung ausschließen würde. Dennoch kann diesem Umstand nicht entnommen werden, dass auch die Verwaltungsgerichte von einer grundsätzlichen Anwendbarkeit des Herstellungsanspruchs im Sozialrecht ausgehen würden, die nur im Einzelfall ausgeschlossen wäre.¹³²¹ Das Gegenteil ist der Fall. Die Aussage, dass in keinem einzigen Sozialrechtsgebiet, das der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit zugewiesen ist, eine planwidrige Regelungslücke bestünde, die eine Anwendung des Herstellungsanspruchs rechtfertige,¹³²² während eine so zu schließende Regelungslücke von der Sozialgerichtsbarkeit allgemein anerkannt wird,¹³²³ lässt deutlich erkennen, dass tatsächlich eine weitaus geringere Bereitschaft der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit besteht, diesen Anspruch anzuwenden. Diese in der Literatur auch so verstandene Einstellung der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit wird für den sozialrechtlichen Bereich

Betroffenen geregelt hat. Dies ist für das Beamtenrecht der Fall.“); VG München, Urt. v. 15.7.2003 – M 5 K 02.4327.

¹³²⁰ BFH, Beschl. v. 31.1.2007 – III B 167/06 = BFH/NV 2007, 865. Während das BSG bspw. für Kindergeld nach dem BKGG von einer generellen Anwendbarkeit des Herstellungsanspruchs ausgeht (vgl. BSG, Urt. v. 29.10.1992 – 10 RKg 24/91 = BSGE 71, 217, 219 f.; BSG, Urt. v. 30.9.1996 – 10 RKg 24/95), hat der Bundesfinanzhof wiederholt entschieden, dass für Kindergeldrecht im Zusammenhang mit §§ 62 ff. EStG ein Herstellungsanspruch nicht anwendbar sei (BFH, Beschl. v. 21.4.2010 – III B 182/09 = BFH/NV 2010, 1435; BFH, Beschl. v. 16.10.2008 – III B 126/08; BFH, Beschl. v. 18.7.2008 – BFH/NV 2008, 1843.). Für die Festsetzung von Kindergeld als Steuervergütung seien nämlich allein die Vorschriften der AO maßgeblich, falls das Gesetz nicht ausdrücklich auf das Sozialrecht (und damit auch auf den Herstellungsanspruch) verweise. Da diese Unterscheidung aufgesetzt wirkt, scheint auch dieses Ergebnis die Annahme zu belegen, dass der Anwendungsbereich des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs weit mehr mit dem Zuständigkeitsbereich der Sozialgerichtsbarkeit zusammenhängt, als mit der Frage, ob es sich materiell-rechtlich um ein Sozialrechtsgebiet handelt (kritisch auch: *Krause/Sattler*, in: Udsching/Rolfs [Hg.], JbSR 2008, S. 65, 66 m.w.N.; *Krause/Sattler*, in: Udsching/Rolfs [Hg.], JbSR 2009, S. 71, 74 m.w.N.).

¹³²¹ Bspw. führt eine Subsidiarität des Herstellungsanspruchs gegenüber § 27 SGB X im Verständnis des BVerwG dazu, dass nur noch ein sehr geringer Anwendungsbereich dieses Rechtsinstitutes verbliebe (BVerwG, Urt. v. 18.4.1997 – 8 C 38/95 = NJW 1997, 2966, 2967 ff.). Die Begründung enthält somit mitnichten eine generelle Anerkennung des Herstellungsanspruchs, sondern die deutliche Kritik an der Existenz des Anspruchs, die vom BSG auch als solche verstanden und zurückgewiesen wurde (vgl. BSG, Urt. v. 2.2.2006 – B 10 EG 9/05 R = BSGE 96, 44, 44 ff.).

¹³²² Vgl. OVG NRW, Urt. v. 14.12.2009 – 12 A 3324/08.

¹³²³ Inhaltlich läuft dies auf die Annahme hinaus, dass dem Gesetzgeber (unglücklicherweise) Planwidrigkeiten immer im Bereich der Sozialrechtsgebiete unterliefen, die der Sozialgerichtsbarkeit zugewiesen sind. Wie wahrscheinlich diese Einschätzung zutrifft, muss nicht weiter diskutiert werden.

weitaus häufiger und schärfer kritisiert als bei nicht-sozialrechtlichen Materien.¹³²⁴

Für die bisher zu beobachtende Zurückhaltung der Verwaltungsgerichte sind verschiedene Erklärungsgründe denkbar,¹³²⁵ die allerdings auf zwei wesentliche Grundannahmen zurückgeführt werden können: Zunächst läge nahe, dass die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit den Herstellungsanspruch generell – auch auf das Sozialrecht bezogen – für eine unzulässige Rechtsfortbildung durch die Sozialgerichtsbarkeit hält. Daneben wäre es denkbar, dass die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit den Herstellungsanspruch bzgl. des Sozialrechts zwar als grds. zulässige Rechtsfortbildung betrachtet, diesen aber nicht anwendet, weil:

- sie sich weniger mit Rechtsverhältnissen der Leistungsverwaltung beschäftigt und daher – auch in ihren Korrekturmitteln – auf die Eingriffsverwaltung ausgerichtet ist.¹³²⁶
- die Ausgestaltung des Herstellungsanspruchs zu Unsicherheiten in der Abgrenzung zu etablierten Anspruchsgrundlagen im allgemeinen Verwaltungsrecht führt. Teilweise würde die Frage nach der Zulässigkeit einzelner (bislang etablierter) Begrenzungsmerkmale neu diskutiert werden müssen (bspw. Begrenzung der Rechtsfolge des Folgenbeseitigungsanspruchs auf den status quo ante). Dies könnte aus Sicht der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit das Ziel der Rechtssicherheit nachhaltig gefährden.
- die dogmatische Ableitung des Herstellungsanspruchs in der Vergangenheit uneinheitlich erfolgte und weiterhin keine Einheitlichkeit aufweist, so dass die Übernahme eines Herstellungsanspruchs zu Abgrenzungsschwierigkeiten und ggf. berechtigter Kritik führen könnte.
- es auch der Sozialgerichtsbarkeit bislang nicht gelungen ist, befriedigende/nachvollziehbare Ergebnisse in allen Zweifelsfragen des Herstellungsanspruchs zu finden (etwa die Bestimmung des Kriteriums eines „an sich zulässigen“ Amtshandelns).
- für die Sozialrechtsgebiete, die den allgemeinen Verwaltungsgerichten obliegen, das Bedürfnis nach einem Herstellungsanspruch nicht (in vergleichbaren Maße) besteht. Daher sei eine Korrektur über die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Korrekturmittel (insbes. Folgenbeseitigungsanspruch) ausreichend. Schließlich seien keine langfristig angelegten Rechtsverhältnisse betroffen, die eine Korrektur derart nötig erscheinen ließen wie die Rentenversicherung.¹³²⁷
- die Vorschrift des § 25 VwVfG als Soll-Vorschrift vom Gesetzgeber im Vergleich zu den §§ 13 ff. SGB I ein geringeres Gewicht beigemessen bekomme¹³²⁸ – und diese Einschätzung von der Verwaltungsgerichtsbarkeit auch in das Sozialrecht (für den Hauptanwendungsfall des Herstellungsanspruchs) übertragen wird.

¹³²⁴ Etwa: *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 395; *Bieback* DVBl. 1983, 159, 169 f.

¹³²⁵ Vgl. zusammenfassend auch: *Ladage*, S. 63 ff.

¹³²⁶ Vgl. auch: *Ladage*, S. 65 f.

¹³²⁷ So: *Ladage*, S. 66.

¹³²⁸ *Ladage*, S. 66.

Für eine Anwendung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs ist die Rechtswegeröffnung bisher anscheinend ausschlaggebender als die Sozialrechtsmaterie, über die entschieden wird. Für die Zukunft könnte sich dies durch eine Entscheidung des BVerwG vom 30. Juli 2011 ändern, in der sich das Gericht – in überraschender Deutlichkeit – zugunsten einer grundsätzlichen Anwendbarkeit des Herstellungsanspruchs in den Sozialrechtsgebieten ausgesprochen hat, die nicht den Sozialgerichten zugewiesen sind.¹³²⁹ Die Jahrzehnte eigener Ablehnung werden dabei so uminterpretiert, dass die eigene Rechtsprechung in der Vergangenheit lediglich falsch verstanden worden sei. Mit der wiederholten Ablehnung einer Falllösung über den Herstellungsanspruch habe das Gericht vielmehr seine grundsätzliche Zustimmung zu dieser sozialrechtlichen Rechtsfortbildung ausdrücken wollen; nur weil im Einzelfall die Anspruchsvoraussetzungen nicht erfüllt waren, habe man den Herstellungsanspruch bisher nicht durchgreifen lassen.¹³³⁰ Dass der Herstellungsanspruch wiederholt angesprochen worden sei, zeige deutlich, dass das Gericht immer unbeirrt von seiner sozialrechtlichen Anwendbarkeit ausging. Denn zumindest bei der Anwendung auf Sozialleistungsansprüche sei der Herstellungsanspruch keinen „*prinzipiellen Einwänden*“¹³³¹ ausgesetzt. Ob diese Ausführungen langfristig zu einem Einstellungswandel gegenüber dem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch führen werden, kann zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht beurteilt werden. Bis zum Zeitpunkt der Abgabe der Druckfassung dieser Arbeit hat sich allerdings noch kein (anderes) Verwaltungsgericht unter Bezugnahme auf diese Entscheidung offen zu einer Anwendung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs bekannt.

¹³²⁹ BVerwG, Urt. v. 30.6.2011 – 3 C 36/10 = BVerwGE 140, 103, 107 f.

¹³³⁰ BVerwG, Urt. v. 30.6.2011 – 3 C 36/10 = BVerwGE 140, 103, 107 f. („*Diese Grundsätze, die für das Sozialrecht entwickelt worden sind, sind hier anwendbar. Zwar können sie nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht unbesehen auf die Gebiete des allgemeinen Verwaltungsrechts übertragen werden [...]. Prinzipiellen Einwänden ist ihre Anwendung auf im Verwaltungsrecht geregelte besondere Sozialleistungsansprüche aber nicht ausgesetzt. Sie sind deshalb schon in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts dort zumindest in Betracht gezogen worden, wo Pflichtverletzungen in einem sozialrechtlich geprägten Verwaltungsverfahren durch Naturrestitution auszugleichen sind und keine Spezialregelungen bestehen [vgl. – einen Herstellungsanspruch jeweils nur wegen des Fehlens einzelner Voraussetzungen verneinend – Beschluss vom 21. September 1998 – BVerwG 2 B 46.98 – Buchholz 239.1 § 15 BeamtVG Nr. 1 sowie Urteil vom 18. April 1997 a.a.O.; offen gelassen für das Recht der Ausbildungsförderung hingegen im Urteil vom 23. Februar 2010 – BVerwG 5 C 13.09 – Buchholz 436.36 § 36 BAföG Nr. 17].“).*

¹³³¹ BVerwG, Urt. v. 30.6.2011 – 3 C 36/10 = BVerwGE 140, 103, 107.

1. Soziale Vorsorge

Zu den Systemen der *sozialen Vorsorge* zählen neben den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung¹³³² die Beamtenversorgung¹³³³ und das Recht der Versorgungseinrichtungen berufsständischer Kammern. Für die Sozialversicherung gilt der Herstellungsanspruch inzwischen unbestritten.¹³³⁴ Der Großteil der Entscheidungen, die über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch gelöst wurden, spielt denn auch auf dem Gebiet der Sozialversicherung (insbesondere im Bereich der gesetzlichen Rentenversicherung).¹³³⁵ Für Rechtsstreitigkeiten im Bereich der Beamtenversorgung, die der Verwaltungsgerichtsbarkeit zugeordnet sind, gilt dieses Ergebnis nicht.¹³³⁶ Vergleichsweise offen bzgl. einer Anwendbarkeit zeigt sich die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit für das Recht der Versorgungseinrichtungen berufsständischer Kammern.¹³³⁷

Teilweise wird innerhalb der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit der Grund für eine Anwendung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs gerade in der Finanzierung der Sozialversicherungsleistungen aus Beiträgen der Versicherten gesehen. Aus diesem Grund könnten steuerfinanzierte Leistungen (wie sie das Bild der sozialen Entschädigung sowie Hilfe und Fürsorge prägen) anders beurteilt werden; eine Anwendung des Herstel-

¹³³² Arbeitsförderung (SGB III), gesetzliche Krankenversicherung (SGB V), gesetzliche Rentenversicherung (SGB VI), gesetzliche Unfallversicherung (SGB VII) und gesetzliche Pflegeversicherung (SGB XI).

¹³³³ *Igl/Welti*, SozR, § 2 Rn. 3.

¹³³⁴ Vgl. BSG, Urt. v. 14.6.1962 – 4 RJ 75/60 = SozR § 1233 RVO, Nr. 3; BSG, Urt. v. 28.9.2010 – B 1 KR 31/09 R; BSG, Urt. v. 18.11.1969 – 3 RK 33/69 = SozR Nr. 46 zu § 51 SGG; BSG, Urt. v. 11.3.1976 – 7 RAr 152/74; BSG, Urt. v. 23.6.1977 – 8 RU 36/77 = BSGE 44, 114, 122; BSG, Urt. v. 18.3.1999 – B 3 P 8/98 R = SozR 3-3300 § 77 Nr. 1; *Kreßel*, NZS 1994, 395; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 605; *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 160 f.; *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 392; *Wallerath*, DÖV 1994, 757, 757; *Krasney*, ZAP 1996 [Fach 18], 449, 455; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 393; das OVG Rheinland-Pfalz argumentiert für einen Ausschluss des Herstellungsanspruchs im Bereich der Sozialhilfe sogar ausdrücklich damit, dass sich dieses Recht wesentlich vom Sozialversicherungsrecht unterscheidet, in dem der Herstellungsanspruch anerkannt sei (vgl. OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21.2.1985 – 12 A 94/84 = NVwZ 1985, 509).

¹³³⁵ *Schmidt-De Caluwe*, S. 142.

¹³³⁶ Vgl. VG Düsseldorf, Urt. v. 31.5.2010 – 23 K 485/08.

¹³³⁷ Für eine Anwendung des Herstellungsanspruchs: OVG NRW, Urt. v. 3.10.1985 – 13 A 2500/83; offengelassen: VG Potsdam, Urt. v. 20.3.2012 – 6 K 1184/10 („*Hierbei kann dahinstehen, ob dieses für das Sozialversicherungsrecht richterrechtlich begründete und ausgestaltete Institut [...] auch im Recht der berufsständischen Versorgung Anwendung findet. Dafür spricht, dass diese Teil des Gesamtsystems der Sozialversicherung ist [...], obgleich auf sie die Vorschriften des Sozialgesetzbuchs keine Anwendung finden [...]. Das OVG Münster hat entsprechend die Anwendbarkeit bejaht [...].*“); vgl. auch: LSG Hessen, Urt. v. 27.6.2012 – L 4 KA 63/11 m.w.N.

lungsanspruchs könne in diesen Fällen immer nur die Ausnahme sein.¹³³⁸ Diese Einschätzung zeigt, dass die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit vereinzelt einen engen Zusammenhang des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs mit dem Recht der sozialen Vorsorge annimmt. Das BVerwG hat in seiner Entscheidung zur grundsätzlichen Anerkennung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs diese Vorbehalte nicht geteilt.¹³³⁹

2. Soziale Entschädigung

Das Recht der *sozialen Entschädigung* ist durch den Aufopferungsgedanken geprägt und gewährt demjenigen aus öffentlichen Mitteln eine Leistung, der einen (Gesundheits-) Schaden erlitten hat, für den eine besondere Verantwortung der Allgemeinheit besteht.¹³⁴⁰ Hierzu zählen u.a. Leistungen für Opfer von Gewaltverbrechen, für Geschädigte durch staatliche Schutzimpfungen, für Beeinträchtigte infolge des Wehr-/Zivildienstes oder für Kriegsversehrte. Auch die berufliche Rehabilitation von politisch in der DDR Verfolgten nach dem BerRehaG zählt hierzu, wenn man das soziale Entschädigungsrecht materiellrechtlich nicht zwingend mit dem Vorliegen eines Gesundheitsschadens verbindet.¹³⁴¹ Der Rechtsweg ist nach § 51 I Nr. 6 SGG überwiegend für die Sozialgerichtsbarkeit eröffnet. Lediglich für die Kriegsopferversorgung nach §§ 25 ff. BVG und die einzelnen Ansprüche nach dem BerRehaG (vgl. § 27 BerRehaG) sind die allgemeinen Verwaltungsgerichte zuständig.

Während sich die Sozialgerichtsbarkeit – nach einigem Zögern¹³⁴² – dazu entschieden hat, den Herstellungsanspruch auch im sozialen Entschädigungsrecht grds. anzuerkennen,¹³⁴³ ist die Anwendbarkeit des Herstellungsanspruchs

¹³³⁸ Vgl. VG Würzburg, Urt. v. 31.5.2011 – W 3 K 11.282; offengelassen: OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 14.3.2006 – OVG 6 M 6.06.

¹³³⁹ BVerwG, Urt. v. 30.6.2011 – 3 C 36/10 = BVerwGE 140, 103, 107 f.

¹³⁴⁰ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 30.5.1978 – 1 BvL 26/76 = BVerfGE 48, 281, 288 f.; BSG, Urt. v. 8.12.1982 – 9a RV 18/82 = BSGE 54, 206, 208; Hase, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 26, Rn. 1; Waltermann, SozR, Rn. 64; Igl/Welti, SozR, § 2 Rn. 3.

¹³⁴¹ Dass § 5 SGB I nur die Entschädigungsleistungen bei Gesundheitsschäden anspricht, schließt einen weitergehenden Begriff des Entschädigungsrechts i.w.S. nicht aus. Dieser umfasst auch die Ausgleichsleistungen, die für andere Schädigungen gewährt werden, weil eine besondere gesellschaftliche Verantwortung besteht. Schließlich passen solche Fälle weder zum Bereich der sozialen Vorsorge, noch zu den Leistungszielen der sozialen Hilfe und Förderung.

¹³⁴² Etwa: Bayerisches LSG, Urt. v. 5.4.2000 – L 18 V 1/00.

¹³⁴³ BSG, Urt. v. 14.2.2001 – B 9 V 9/00 R = BSGE 87, 280, 283 ff.; BSG, Urt. v. 30.9.2009 – B 9 VG 3/08 R = BSGE 104, 245, 254, 256 f.; BSG, Urt. v. 28.4.2005 – B 9a/9 VG 3/04 R = SozR 4-3800 § 1 Nr. 9; BSG, Urt. v. 9.5.1979 – 9 RV 20/78 = SozR 3100 § 44 Nr. 11; LSG Saarland, Urt. v. 30.3.2004 – L 5 V 1/01; Wallerath, DÖV 1994, 757, 757 f.

für die Kriegsopferfürsorge nach §§ 25 ff. BVG unter den allgemeinen Verwaltungsgerichten uneinheitlich beurteilt worden¹³⁴⁴. Für die Leistungen nach dem BerRehaG hat das BVerwG hingegen den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch ausdrücklich anerkannt und angewandt.¹³⁴⁵

3. *Soziale Hilfe und Förderung*

Kontrovers beurteilt wird die Zulässigkeit einer Herstellung insbesondere für den Bereich der *sozialen Hilfe und Förderung*.¹³⁴⁶ Hiermit werden die Regelungen zusammengefasst, die eine Angleichung der Lebensumstände des Einzelnen an einen sozialen (Mindest-) Standard vorsehen, für die der Einzelne keine ausreichende Vorsorge betreiben kann.¹³⁴⁷ Hierzu zählen u.a. Ausbildungsförderung (BAföG), Sozialhilfe i.w.S. (SGB II und XII),¹³⁴⁸ Kinder-, Eltern-, Erziehungs- oder Wohngeld. Das BSG hat – unter Zustimmung der Literatur¹³⁴⁹ – innerhalb seiner Zuständigkeit eine generelle Anwendbarkeit der Herstellung auch in diesem Bereich bejaht; u.a. für Kindergeld nach dem BKGG,¹³⁵⁰ das Erziehungsgeld¹³⁵¹ oder die Arbeitslosenhilfe¹³⁵². Die allgemeinen Verwaltungsgerichte haben die Frage oftmals bewusst offengelassen,¹³⁵³ teilweise aber auch ablehnend beantwortet (bspw. für das Wohngeldrecht,¹³⁵⁴

¹³⁴⁴ Gegen eine Anwendung des Herstellungsanspruchs: BVerwG, Urt. v. 6.8.1982 – 5 B 137/81; BVerwG, Urt. v. 12.11.1990 – 5 B 92/90; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 612 m.w.N. Für eine Anwendung des Herstellungsanspruchs wohl: VG Würzburg, Urt. v. 19.7.2010 – W 3 K 10.204. Offengelassen: Bayerischer VGH, Urt. v. 13.12.2011 – 12 ZB 10.2203.

¹³⁴⁵ BVerwG, Urt. 30.6.2011 – 3 C 36/10 = BVerwGE 140, 103, 108.

¹³⁴⁶ Vgl. für einen allgemeinen Überblick m.w.N. zu den vertretenen Ansichten: VG Würzburg, Urt. v. 31.5.2011 – W 3 K 11.282.

¹³⁴⁷ Vgl. *Igl/Welti*, SozR, § 2 Rn. 3.

¹³⁴⁸ Zu materiellen Sozialhilfebegriff: *Münder*, SGB 2006, 186, 187.

¹³⁴⁹ Vgl. *Wallerath*, DÖV 1994, 757, 757 f.; *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 392; *Krasney*, ZAP 1996 [Fach 18], 449, 455.

¹³⁵⁰ BSG, Urt. v. 29.10.1992 – 10 RKg 24/91 = BSGE 71, 217, 219 f.; BSG, Urt. v. 30.9.1996 – 10 RKg 24/95.

¹³⁵¹ BSG, Urt. v. 2.2.2006 – B 10 EG 9/05 R = BSGE 96, 44, 48.

¹³⁵² BSG, Urt. v. 27.4.1989 – 11 RAr 21/88 = SozR 4100 § 134 Nr. 36; BSG, Urt. v. 4.9.1979 – 7 RAr 115/78 = BSGE 49, 30, 33 f.; *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 160.

¹³⁵³ Etwa zum BAföG-Recht: BVerwG, Urt. 23.2.2010 – 5 C 13/09 = NVwZ-RR 2010, 570; BVerwG, Urt. v. 15.11.1994 – 11 C 19/94 = FamRZ 1995, 765, 767.

¹³⁵⁴ BVerwG, Urt. v. 18.4.1997 – 8 C 38/95 = NJW 1997, 2966; Bayerischer VGH, Urt. v. 30.12.1992 – 12 B 90.700; VG Düsseldorf, Urt. v. 30.3.2007 – 21 K 5192/05; **a.A.:** VG Bremen, Urt. v. 29.6.1995 – 2 A 463/93 = NVwZ-RR 1996, 272.

das Kinder- und Jugendhilferecht¹³⁵⁵ oder das Unterhaltsvorschussrecht¹³⁵⁶).¹³⁵⁷
In den unteren Instanzen haben sich die Verwaltungsgerichte vereinzelt für eine
Anwendung des Herstellungsanspruchs ausgesprochen.¹³⁵⁸

Für den praktisch bedeutsamsten Fall – die Sozialhilfe nach dem BSHG –
hat die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit ausdrücklich die Anwendung
des Herstellungsanspruchs verneint, weil dieser durch den Grundsatz „*keine
Hilfe für die Vergangenheit*“ (abgeleitet aus § 5 BSHG a.F.) ausgeschlossen
sei.¹³⁵⁹ Die Argumentation anhand eines Grundgedankens des Sozialhilferechts,
der eine Herstellung ausschließe (rechtlich unmöglich mache), kann als „*un-
echte Subsidiarität*“ bezeichnet werden.¹³⁶⁰ Darüber hinaus sei Sozialhilferecht
wesensverschieden gegenüber den anderen Bereichen des Sozialrechts – in de-
nen der Herstellungsanspruch angewandt wird –, da es „*keine rentenähnliche
Dauerleistung*“¹³⁶¹ begründe. In der Literatur wurde diese Ablehnung sowohl
begrüßt¹³⁶² als auch heftig kritisiert¹³⁶³.

Das BSG hält einen solchen Ausschluss zwar grds. für möglich – allein die
Zugehörigkeit zur Gruppe der sozialen Hilfe und Förderung schließe eine Her-

¹³⁵⁵ VG Würzburg, Urt. v. 18.3.2010 – W 3 K 09.525; VG Hamburg, Urt. v. 12.2.2001 – 13
VG 1030/2000.

¹³⁵⁶ OVG NRW, Urt. v. 23.9.1999 – 16 A 461/99 = NWVBl 2000, 99; VG München, Urt. v.
9.6.2010 – M 18 K 09/678; unklar: Bayerischer VGH, Urt. v. 14.9.2009 – 12 C
09.1767.

¹³⁵⁷ Kritisch allgemein zu dieser Zurückhaltung: *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 395.

¹³⁵⁸ Etwa: VG Hamburg, Urt. v. 18.11.1988 – 7 VG 1256/88; VG Sigmaringen, Urt. v.
25.6.1979 – III 368/79 = KMK-HschR 1980, 42, 42 („*Aus der Verletzung der Pflicht
zur vollständigen und richtigen Beratung folgt [...] der Anspruch des Klägers, von den
Folgen der falschen Beratung freigestellt zu werden. Dieser dem Gedanken der Wie-
dergutmachung folgende Folgenbeseitigungsanspruch ist auf die Herstellung des Zu-
stands gerichtet, der bei fehlerfreier Beratung bestehen würde [...]*“).

¹³⁵⁹ BVerwG, Urt. v. 29.7.1982 – 5 B 27/82; OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21.2.1985 – 12
A 94/84 = NVwZ 1985, 509; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 611 ff.; of-
fengelassen: VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 24.7.1996 – 6 S 2522/95.

¹³⁶⁰ Kap. 1 B.II.2.b.bb. (2) (d).

¹³⁶¹ OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21.2.1985 – 12 A 94/84 = NVwZ 1985, 509, 510; vgl.
auch: VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 21.2.1994 – 7 S 758/93 im Zusammenhang mit
BAföG-Leistungen.

¹³⁶² *Kreßel*, S. 301; *Wallerath*, DÖV 1987, 505, 514; einschränkend hingegen: *ders.*, DÖV
1994, 757, 765; *ders.*, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung,
S. 67, 88 ff.; *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6
Rn. 100; *Pietzner*, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung,
S. 93, 99 ff.; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 612 ff.

¹³⁶³ *Schmitz*, ZfSH/SGB 2006, 393 ff.; *Mrozynski*, § 14 SGB I, Rn. 51 m.w.N.; *Martens*,
NVwZ 1986, 533, 535; *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 170; *Brugger*, AöR 112 [1987], 389,
440 f.; *Olbertz*, S. 50 ff.; 66 ff. m.w.N.

stellung allerdings nicht aus.¹³⁶⁴ Insofern ist es nicht verwunderlich, dass die Sozialgerichte, die nach Aufhebung des BSHG zum 1. Januar 2005 für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten der Sozialhilfe i.w.S. (SGB II und SGB XII) zuständig sind, die Fortgeltung dieser früheren Rechtsprechung offen in Frage gestellt haben.¹³⁶⁵ Zumindest im Bereich der Grundsicherung für Arbeitslose (SGB II) hat das BSG inzwischen eine Anwendung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs ausdrücklich bejaht,¹³⁶⁶ wie sie bereits für die frühere Arbeitslosenhilfe (§§ 190 ff. SGB III a.F.) anerkannt wurde.¹³⁶⁷ Eine Anwendung des Herstellungsanspruchs auf die Sozialhilfe nach dem SGB XII steht bislang noch aus; sie wird in der Literatur überwiegend für wahrscheinlich gehalten.¹³⁶⁸ Insofern muss davon ausgegangen werden, dass die Sozialgerichtsbarkeit auch für den Bereich der sozialen Hilfe und Förderung umfassend von einer Anwendbarkeit des Herstellungsanspruchs ausgeht.

4. *Mischformen?*

Obwohl die hier vorgenommene Dreiteilung des Sozialrechts in Systeme der sozialen Vorsorge, der sozialen Entschädigung und der sozialen Hilfe und Förderung üblich ist, bleibt anzumerken, dass sie keineswegs als starre/trennscharfe Grenzziehung missverstanden werden darf. Bereits innerhalb desselben Gesetzes können unterschiedliche Aspekte – inhaltlich mehr oder minder stimmig miteinander verflochten – verwirklicht werden.¹³⁶⁹ Vielfach lässt sich ein Rege-

¹³⁶⁴ Vgl. etwa: BSG, Urt. v. 2.2.2006 – B 10 EG 9/05 R = BSGE 96, 44, 52 f.

¹³⁶⁵ Etwa: LSG Schleswig-Holstein, Urt. v. 19.12.2007 – L 11 AS 9/07; *Streichsbier*, in: Grube/Wahrendorf [Hg.], § 10 SGB XII, Rn. 16 m.w.N.

¹³⁶⁶ Vgl. BSG, Urt. v. 18.1.2011 – B 4 AS 29/10 R = SozR 4-1200 § 14 Nr. 15; BSG, Urt. v. 31.10.2007 – B 14/11b AS 63/06 R = SozR 4-1200 § 14 Nr. 10; BSG, Urt. v. 19.10.2010 – B 14 AS 16/09 R; *Loos*, NVwZ 2009, 1267, 1272 m.w.N.; *Groth/Hohm*, NJW 2011, 2335, 2339; vgl. auch: LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 12.4.2006 – L 10 B 134/06 AS ER; LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 29.7.2008 – L 14 B 818/08 AS ER; Bayerisches LSG, Urt. v. 18.8.2006 – L 7 AS 141/06; LSG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 18.3.2008 – L 3 AS 49/07; LSG Sachsen, Urt. v. 31.7.2008 – L 3 AS 139/07; kritisch: VG Würzburg, Urt. v. 31.5.2011 – W 3 K 11.282.

¹³⁶⁷ BSG, Urt. v. 27.4.1989 – 11 RAr 21/88 = SozR 4100 § 134 Nr. 36; BSG, Urt. v. 4.9.1979 – 7 RAr 115/78 = BSGE 49, 30, 33; BSG, Urt. v. 15.5.1985 – 7 RAr 103/83 = BSGE 58, 104, 109 f.; *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 160.

¹³⁶⁸ *Streichsbier*, in: Grube/Wahrendorf [Hg.], § 10 SGB XII, Rn. 16 m.w.N.; vgl. auch: Bayerisches LSG, Urt. v. 17.7.2008 – L 11 B 166/08 SO PKH.

¹³⁶⁹ Innerhalb des SGB VII wird teilweise die „echte“ Unfallversicherung (§ 2 I Nr. 1 SGB VII) ausdrücklich von der „unechten“ Unfallversicherung (§ 2 I Nr. 2 bis 17, Ia, II SGB VII) unterschieden, die sich aufgrund des allgemeinen Aufopferungsgedankens auch dem Bereich der sozialen Entschädigung zurechnen lässt.

lungsbereich daher auch mehreren Bereichen zuordnen. Auf diese Bereiche lässt sich dann aber das bereits zu den Einzelsystemen Dargestellte sinngemäß übertragen: Nur dort, wo die Sozialgerichte über ein Rechtsgebiet entscheiden, wird auch ein Herstellungsanspruch praktisch umgesetzt.

5. Zwischenergebnis

Trotz der inzwischen ausdrücklich aufgegebenen Rechtsprechung des BVerwG bzgl. einer generellen Ablehnung eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs ist die Anwendungsgrenze nach wie vor im Wesentlichen deckungsgleich mit den Kompetenzen der Sozialgerichte. Wo eine Sachmaterie den Sozialgerichten zugeordnet ist, besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass diese in geeigneten Fällen zur Anwendung eines Herstellungsanspruchs gelangen, während die Verwaltungsgerichte diese Lösung nach Möglichkeit vermeiden, ablehnen oder dahingestellt lassen. Der „*sozialrechtliche*“ Herstellungsanspruch ist nach der gerichtlichen Entscheidungspraxis eigentlich nur ein „*sozialgerichtlicher*“ Herstellungsanspruch.

G. Kapitelergebnis

Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch stellt ein Korrekturinstrument zur Überwindung der sozialrechtlichen (Rechts-) Nachteile dar, die einem Bürger infolge einer subjektiven Rechtsverletzung entstanden sind; dies gilt insbesondere für die Folgen hoheitlicher Betreuungspflichtverletzungen. Sofern einem Verwaltungsträger das behördliche Fehlverhalten zurechenbar ist, ist dieser verpflichtet, durch ein Amtshandeln den Zustand des Sozialrechtsverhältnisses herzustellen, der heute ohne die Pflichtverletzung bestünde (sog. sozialrechtliche Naturalrestitution). Regelmäßig umfasst dies die Nachholung derselben Amtshandlungen, zu denen es ohne das Fehlverhalten gekommen wäre; in Ausnahmefällen scheint die Rechtsprechung aber auch rein faktische Beeinträchtigungen korrigieren zu wollen (sog. originäre Wirkungsweise). Ein umfassender Schadensersatzanspruch ist indes nicht intendiert.

Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch soll die vorhandenen Gesetzesregelungen (insbesondere bzgl. der Folgen von Pflichtverletzungen) ergänzen und nicht überwinden. In diesem Zusammenhang wird zu Unrecht ein allgemeines Nebeneinander von Herstellungsanspruch und § 27 SGB X vom BVerwG bestritten. Im Einzelfall tritt zudem oftmals die Frage auf, ob die nach

dem Wortlaut anzuwendenden Gesetzesregelungen zugunsten einer Herstellung i.S.d. der fiktiven Situation, die heute ohne das Fehlverhalten bestehen würde, überwunden werden dürfen/müssen. Diese Problematik soll durch die Beschränkung auf „*an sich zulässiges*“ Amtshandeln aufgelöst werden. Wann ein zur Herstellung erforderliches Amtshandeln „*an sich (un)zulässig*“ ist, ist Gegenstand heftiger rechtswissenschaftlicher Kontroversen. Der richterrechtliche Herstellungsanspruch besteht jedenfalls nicht unbegrenzt und unterliegt mehreren Ausschlussgründen. Ein zeitlicher Ausschluss rückwirkender Leistungsgewährungen erfolgt dabei nach überwiegender Ansicht analog § 44 IV SGB X.

Im Verhältnis zu den anderen (kodifizierten und ungeschriebenen) Ansprüchen des Staatshaftungsrechts hat sich für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch ein eigenständiger Anwendungsbereich etablieren können. Dieser ist „*ein weiterer Baustein in diesem System*“¹³⁷⁰. Die größten Schnittmengen bestehen inhaltlich mit dem allgemeinen Folgenbeseitigungsanspruch und einem Einwand aus Treu und Glauben (§§ 242, 162 BGB analog).

Bezogen auf den gegenwärtigen Anwendungsbereich des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs ist die Annahme eines „*sozialgerichtlichen*“ Herstellungsanspruchs treffender. Die allgemeinen Verwaltungsgerichte lehnen eine Anwendung nicht nur für nichtsozialrechtliche Verwaltungsrechtsgebiete mehrheitlich ab, sondern stehen dem Anspruch auch für das formelle Sozialrecht (§ 68 SGB I) kritisch gegenüber. Das BVerwG hat erstmals 2011 eine Entscheidung ausdrücklich auf den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch gestützt.¹³⁷¹ Andere Verwaltungsgerichte sind diesem Beispiel bislang nicht gefolgt.

¹³⁷⁰ BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 78.

¹³⁷¹ BVerwG, Urt. v. 30.6.2011 – 3 C 36/10 = BVerwGE 140, 103.

2. Kapitel: Die rechtsdogmatische Begründung eines Herstellungsanspruchs

Nachdem im ersten Kapitel die Ausgestaltung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs näher untersucht wurde, soll nun seine rechtsdogmatische Grundlegung folgen. Anders als empirisch falsifizierbare naturwissenschaftliche Theorien werden geisteswissenschaftliche Erkenntnisse daran gemessen, ob sie innere logische Widersprüche aufweisen.¹³⁷² Wenn der sozialrechtliche Herstellungsanspruch verallgemeinerungsfähig sein soll, muss er sich widerspruchsfrei in die Gesamtrechtsordnung einfügen bzw. sich aus dieser ergeben.¹³⁷³ Wissenschaftliche Mittel, um die Vereinbarkeit einer rechtlichen Schlussfolgerung mit der Rechtsordnung festzustellen, bieten die Methoden der Rechtsdogmatik.¹³⁷⁴ Sie ermöglichen es, sich „mit Argumenten über das geltende Recht auseinander zu setzen.“¹³⁷⁵

Dabei werden andere rechtsdogmatische Maßstäbe an einen gesetzlichen Rechtssatz angelegt, der sich unmittelbar aus dem geschriebenen Recht ergibt, als an einen richterrechtlichen Rechtssatz, der erst im Wege der Rechtsfortbildung aus dem kodifizierten Recht abgeleitet werden muss.¹³⁷⁶ Während sich die rechtsdogmatischen Forderungen für eine Gesetzesauslegung im Wesentlichen auf eine Verständigung über die richtige Interpretation abzielen,¹³⁷⁷ stehen bei einer Rechtsfortbildung die Anforderungen an deren Zulässigkeit und Ausgestaltung im Zentrum der rechtsdogmatischen Betrachtung. Bevor die Ableitung des Herstel-

¹³⁷² Dazu ausführlich: *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 6 ff. (Rn. 11: „So verstanden bedeutet die Übertragung des Falsifikationsmodells aber nichts anderes als die Forderung nach Systembildung und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung.“); *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, S. 76 ff.; *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 2, Rn. 15 ff., 42 ff.

¹³⁷³ Vgl. *Larenz/Canaris*, MRW, S. 232, 280 f.

¹³⁷⁴ *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 2, Rn. 15 ff.; vgl. auch: *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 309 ff.; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, S. 9 f. m.w.N.; *Larenz/Canaris*, MRW, S. 1; *Roellecke*, JZ 2011, 645, 646; vgl. zu der Fragestellung, ob es sich bei „Rechtswissenschaft“ überhaupt um eine echte Wissenschaft handelt: *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, S. 76 ff.

¹³⁷⁵ *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 2, Rn. 15.

¹³⁷⁶ Vgl. *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 817; *Säcker*, in: MüKo BGB, Einl., Rn. 76 f.; *Beaucamp/Treder*, Methoden, Rn. 245 m.w.N.

¹³⁷⁷ *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 699 ff.; *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 2, Rn. 16 ff.; *Säcker*, in: MüKo BGB, Einl., Rn. 76.

lungsanspruchs im Besonderen untersucht werden kann, muss deshalb vorab festgehalten werden, was allgemein unter dem Begriff einer richterrechtlichen Rechtsfortbildung verstanden wird und welche rechtsdogmatischen Anforderungen diese erfüllen muss. Dies bereitet unmittelbar das Ergebnis vor, ob/wann/wo es sich bei einem Herstellungsanspruch um zulässige Rechtsfortbildung handelt.

A. Begriff, Wirkungen und Zulässigkeit von richterrechtlicher Rechtsfortbildung

I. Rechtsfortbildung und Richterrecht

Der Begriff der Rechtsfortbildung bezeichnet im weitesten Sinne die Begründung einer Rechtsfolge, die über die Anwendung der geschriebenen Rechtssätze hinausgeht.¹³⁷⁸ Rechtsfortbildung kann daher als eine über die Auslegung geschriebener Rechtssätze hinausgehende Rechtsanwendung verstanden werden, die eine Weiterentwicklung des geschriebenen Rechts bewirkt.¹³⁷⁹ Die Grenzziehung, die nach der überwiegenden Ansicht anhand des Gesetzeswortlauts erfolgt,¹³⁸⁰ kann im Einzelfall erhebliche Schwierigkeiten bereiten.¹³⁸¹

¹³⁷⁸ Vgl. *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 235; *Larenz/Canaris*, MRW, S. 187; kritisch: *Kramer*, JML, S. 53 f.

¹³⁷⁹ *Coing/Honsell*, in: *Staudinger*, Einl., Rn. 114; *Hillgruber*, in: *Maunz/Dürig*, 73. EGL., Art. 92 GG, Rn. 62; *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 796 ff.; *Beaucamp/Treder*, *Methoden*, Rn. 245; *Larenz/Canaris*, MRW, S. 232; *Weimar*, DÖV 2009, 932, 936; *Melin*, *Gesetzesauslegung*, S. 283 f.; *Muthorst*, *Grundlagen der Rechtswissenschaft*, § 8, Rn. 5 („*Rechtsfortbildung bedeutet produktives Weiter- und Zuendedenken.*“); *Geserich*, *DStR-Beih* 2011, 59, 60.

¹³⁸⁰ Etwa: BVerfG, Urt. v. 21.5.1952 – 2 BvH 2/52 = BVerfGE 1, 299, 312; BVerfG, Beschl. v. 15.12.1959 – 1 BvL 10/55 = BVerfGE 10, 234, 244; BVerfG, Beschl. v. 17.5.1960 – 2 BvL 11/60 = BVerfGE 11, 126, 130; *Canaris*, *Feststellung von Lücken*, S. 20 f.; *Larenz/Canaris*, MRW, S. 187; *Ehlers*, in: *Erichsen/Ehlers* [Hg.], *AllgVerwR*, § 2, Rn. 14; *Beaucamp/Treder*, *Methoden*, Rn. 245; *Geserich*, *DStR-Beih* 2011, 59, 60; *Radbruch*, *Rechtsphilosophie – Studienausgabe*, S. 106 ff. („*Der Ausleger kann das Gesetz besser verstehen, als es seine Schöpfer verstanden haben, das Gesetz kann klüger sein als seine Verfasser – es muß sogar klüger sein als seine Verfasser.*“); kritisch: *Schoppmeyer*, *Juristische Methodik als Lebensaufgabe*, S. 272 ff.; *Meder*, *Missverstehen und Verstehen*, S. 106 ff.; Nach anderer – engerer – Ansicht beginnt der Bereich der Rechtsfortbildung bereits dann, wenn die ehemalige historische Regelungsabsicht (auch innerhalb der möglichen Grenzen des Gesetzeswortlauts) überschritten wird; vgl.: *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 796 ff. m.w.N.; *Säcker*, in: *MüKo BGB*, Einl., Rn. 71 ff., 87 ff.; *Ebsen*, *Gesetzesbindung und ‘Richtigkeit’ der Entscheidung*, S. 42 ff.

¹³⁸¹ *Melin*, *Gesetzesauslegung*, S. 284 m.w.N.; *Schäfer*, *Grundlagen des Rechts*, S. 124; *Larenz*, *NJW* 1965, 1, 1 f. Insbesondere letztinstanzlich entscheidende Gerichte werden oftmals auch rechtsfortbildend tätig, wenn sie – erstmals – über die Auslegung einer

Der mit dem Begriff der „*Rechtsfortbildung*“ vielfach synonym verwandte Begriff des „*Richterrechts*“ ist tatsächlich ein Unterfall der Rechtsfortbildung durch Gerichte.¹³⁸² Da ein Herstellungsanspruch unstreitig zu den richterrechtlichen Rechtsfortbildungen zählt,¹³⁸³ soll sich die Diskussion im Folgenden hierauf beschränken. Richtig verstanden geht es um die Fragestellung, ob/wann ein ungeschriebener Rechtssatz wie der sozialrechtliche Herstellungsanspruch von den staatlichen Gerichten angewandt werden darf bzw. muss.

II. Wirkungen von Richterrecht

Die Begründung verbindlicher Rechtssätze (sog. Rechtssetzung bzw. -schöpfung¹³⁸⁴) erfolgt vorrangig durch den Gesetzgeber (die Legislative), der

Einzelvorschrift entscheiden (vgl. *Larenz/Canaris*, MRW, S. 187 f.; *Kramer*, JML, S. 53 f.; *Ossenbühl*, in: *Isensee/Kirchhof* [Hg.], HdStR, Bd. V, § 100, Rn. 50). Teilweise wird ein solcher rechtsfortbildender Akt als „*Rechtskonkretisierung*“ bezeichnet, die noch keine Rechtsfortbildung sei (etwa: *Ehlers*, in: *Erichsen/Ehlers* [Hg.], AllgVerwR, § 2, Rn. 16). So ist rechtmetho- disch bspw. fraglich, ob noch die Auslegung einer Rechtsvorschrift gegeben ist, wenn ein Gericht für die Anwendung der Vorschrift – etwa unter Bezugnahme auf Systematik oder Sinn und Zweck der Regelung – die Erfüllung eines zusätzlichen, ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals fordert. Aus guten Gründen lässt sich ein solches Ergebnis nicht als bloße Auslegung, sondern vielmehr als Rechtsfortbildung des geschriebenen Rechts bezeichnen (vgl. *Ossenbühl*, DVBl. 1994, 977, 978), weil der sonst gegebene Anwendungsbereich einer gesetzlichen Vorschrift durch ungeschriebene Tatbestandsmerkmale empfindlich verändert werden kann (vgl. BVerfG, Beschl. v. 19.9.2007 – 2 BvF 3/02 = BVerfGE 119, 247, 275 f.).

¹³⁸² *Kramer*, JML, S. 53, 227; *Ehlers*, in: *Erichsen/Ehlers* [Hg.], AllgVerwR, § 2, Rn. 63; vgl. zur uneinheitlichen Terminologie „Richterrecht“: *Gretschner*, Die „allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts“, S. 33 m.w.N. Zu Unrecht werden beide Begriffe gelegentlich auch einander i.S.v. „*zulässig*“ (Rechtsfortbildung) und „*unzulässig*“ (Richterrecht) gegenüber gestellt (vgl. *Schnapp*, in: *Wertenbruch* [Hg.], § 31 SGB I, Rn. 33 f.). Dies führt allerdings nur zu einer Abgrenzungsdiskussion, die sich – wie noch ausführlich dargestellt wird – terminologisch kaum fassen lässt.

¹³⁸³ Etwa: BSG, Urt. v. 27.3.2007 – B 13 R 58/06 R = BSGE 98, 162, 163 („*Das BSG hat das Rechtsinstitut des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs im Wege richterlicher Rechtsfortbildung seit Anfang der 60-er Jahre des vorigen Jahrhunderts zur ‚Schließung einer Lücke im Schadensersatzrecht‘ [...] entwickelt [...].*“); BSG, Urt. v. 11.4.1985 – 4b/9a RV 5/84 = SozR 1300 § 44 Nr. 17; BSG, Urt. v. 26.6.2007 – B 4 R 19/07 R = SozR 4-1300 § 44 Nr. 12; BSG, Urt. v. 15.12.1994 – 4 RA 64/93 = SozR 3-2600 § 58 Nr. 2.

¹³⁸⁴ Vgl. *Sommermann*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck* [Hg.], Art. 20 GG, Rn. 286; *Bettermann*, in: *Isensee/Kirchhof* [Hg.], HdStR, Bd. III, § 73, Rn. 27 f.; *Ossenbühl*, in: *Isensee/Kirchhof* [Hg.], HdStR, Bd. V, § 104, Rn. 1; *Schäfer*, Grundlagen des Rechts, S. 138.

nach Art. 70 ff. GG zum staatlichen Erlass formeller Gesetze berufen ist.¹³⁸⁵ In engen Grenzen besteht auch für Exekutivorgane die Möglichkeit, durch Rechtsverordnungen oder Satzungen generell-abstrakter Regelungen mit Außenwirkung zu treffen (sog. Gesetze im materiellen Sinne).¹³⁸⁶ Eine solche Rechtssetzungsbefugnis der Exekutive ergibt sich insbesondere daraus, dass ihnen diese Berechtigung zuvor durch formelles Gesetz eingeräumt wurde (vgl. Art. 80 I GG).¹³⁸⁷ Für den Erlass materieller Gesetze durch die Judikative bestehen keine vergleichbaren Ermächtigungen. Verbindlich sind Gerichtsentscheidungen nach § 325 ZPO, § 121 VwGO, § 141 SGG grds. nur für den entschiedenen Einzelfall.¹³⁸⁸ Die Gerichte sind jedoch zur Rechtsfortbildung berufen (§ 132 IV GVG, § 45 IV ArbGG, § 11 IV VwGO, § 41 IV SGG, § 11 IV FGO). Diese weist zumindest eine Nähe zur Rechtssetzung auf, da in beiden Fällen (neue) Rechtssätze begründet werden, die über das bisher kodifizierte Recht hinausgehen.¹³⁸⁹

Dennoch sollen die ungeschriebenen Rechtssätze des Richterrechts nach vorherrschender Ansicht nicht ebenso rechtsverbindlich sein wie Rechtssätze in Gesetzesform.¹³⁹⁰ Unbestritten sind demgegenüber die faktischen Wirkungen,

¹³⁸⁵ Vgl. *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], vor Art. 70 GG, Rn. 3, 7; *Maurer*, StaatsR, § 17, Rn. 7, 10; *Ehlers*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 2, Rn. 35, 37; kritisch: *Kriele*, ZRP 2008, 51, 52 (die Ableitung eines alleinigen „Rechtssetzungsmonopols des Gesetzgebers“ sei eine Umkehrung der historischen Normalitäten, die nur für das Strafrecht überzeuge).

¹³⁸⁶ *Maurer*, StaatsR, § 17, Rn. 10; *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, § 226 ff.; *Beaucamp/Treder*, Methoden, Rn. 343.

¹³⁸⁷ Vgl. etwa zu Art. 80 GG als Möglichkeit zur Delegation von legislatorischen Rechtssetzungsbefugnissen an die Exekutive beim Erlass von Rechtsverordnungen: *Ehlers*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 2, Rn. 49, 52; *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof [Hg.], HdStR, Bd. V, § 103, Rn. 10 ff.

¹³⁸⁸ Eine Geltung über den konkret entschiedenen Einzelfall hinaus wird zumindest durch formelles Gesetz nur ganz vereinzelt angeordnet (etwa § 31 BVerfGG, § 47 V S. 2 VwGO, § 9 TVG).

¹³⁸⁹ *Säcker*, in: MüKo BGB, Einl., Rn. 73, 76; *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 92 GG, Rn. 62; *Beaucamp/Treder*, Methoden, Rn. 246.

¹³⁹⁰ Etwa: BVerfG, Beschl. v. 19.2.1975 – 1 BvR 418/71 = BVerfGE 38, 386, 396; BVerfG, Beschl. v. 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 = BVerfGE 84, 212, 227 („Höchststrichterliche Urteile sind kein Gesetzesrecht und erzeugen keine damit vergleichbare Rechtsbindung [...]. Von ihnen abzuweichen, verstößt grundsätzlich nicht gegen Art. 20 Abs. 3 GG. Ihr Geltungsanspruch über den Einzelfall hinaus beruht allein auf der Überzeugungskraft ihrer Gründe sowie der Autorität und den Kompetenzen des Gerichts.“); BAG, Urt. v. 26.4.1988 – 1 AZR 399/86 = NZA 1988, 775, 777; BGH, Urt. v. 5.3.2008 – VIII ZR 95/07 = NJW 2008, 1438, 1439; *Larenz/Canaris*, MRW, S. 253 f.; *von Hoyningen-Huene*, in: MüKo HGB, vor § 59 HGB, Rn. 47; *Schmalz*, Methodenlehre, Rn. 59 f.; *Hopfauf*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], vor Art. 92 GG, Rn. 18; *Durner*, JA 2008, 7, 8; **a.A.:** *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 239 ff.; vgl. zu Versuchen eine beschränkte Rechtsver-

die eine gefestigte höchstrichterrechtliche Rechtsprechung auf das Verhalten potentieller Prozessbeteiligter hat.¹³⁹¹ Denn das Gericht entscheidet rechtsverbindlich über einen Einzelfall und „nimmt für seine Entscheidung in Anspruch, daß sie dem geltenden Recht entspricht.“¹³⁹² Insofern gibt das Gericht zu erkennen, dass es auch in vergleichbaren Fällen wieder zu dieser Bewertung gelangen wird.¹³⁹³ Ein richterrechtlicher Rechtssatz führt auf diese Weise zumindest zu einer faktischen Bindung, die in ihrer Wirkung für die Rechtsunterworfenen einem gesetzlich kodifizierten Rechtssatz entspricht.¹³⁹⁴

III. Zulässigkeit und Grenzen von Richterrecht

1. Zulässigkeit von Richterrecht

- a) Zulässigkeit unter der Geltung des Grundgesetzes nach herrschender Ansicht

Seit sich die Erkenntnis rechtshistorisch durchsetzen konnte,¹³⁹⁵ dass kein Gesetzestext die Lösung jedes Einzelfalles ausreichend vorgeben kann, bejaht die

bindlichkeit über Gewohnheitsrecht oder Art. 3 I GG herzuleiten: *Gretschner*, Die „allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts“, S. 42 ff.; *Beaucamp/Treder*, Methoden, Rn. 372; *Larenz/Canaris*, MRW, S. 258.

¹³⁹¹ Etwa: *Larenz/Canaris*, MRW, S. 252 ff.; *Schmalz*, Methodenlehre, Rn. 61; *von Hoyningen-Huene*, in: MüKo HGB, vor § 59 HGB, Rn. 47; *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 244; *Schmidt-De Caluwe*, S. 311 m.w.N.; *Hopfauf*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], vor Art. 92 GG, Rn. 18.

¹³⁹² *Larenz/Canaris*, MRW, S. 252.

¹³⁹³ *Larenz/Canaris*, MRW, S. 252 f.

¹³⁹⁴ Er ist insofern „gesetzesgleich“ (*Raisch*, ZHR 150 [1986], 117, 126; vgl. auch: *Schmidt-De Caluwe*, S. 311) bzw. schafft „materielles Recht“ (*Hirsch*, ZRP 2006, 161). Je nach dogmatischem Standpunkt wird Richterrecht daher etwa als „Richterrechtsetzung“ (*Rieble*, NJW 2011, 819, 820), „Rechtsfindung“ (*Sommermann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck [Hg.], Art. 20 GG, Rn. 286), „schöpferische Rechtsfindung“ (BVerfG, Beschl. v. 25.1.2011 – 1 BvR 918/10 = NJW 2011, 836, 838; BVerfG, Urt. v. 18.12.1953 – 1 BvL 106/53 = BVerfGE 3, 225, 243; *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof [Hg.], HdStR, Bd. V, § 100, Rn. 50), „judge-made law“ (*Weimar*, DÖV 2009, 932, 937), „faktischer Wirkung“ (*Hopfauf*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], vor Art. 92 GG, Rn. 18), „richterliche Normsetzung“ (*Beaucamp/Treder*, Methoden, Rn. 246) oder „richterrechtliche Rechtssetzung“ (*Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], vor Art. 70 GG, Rn. 7) bezeichnet. Vgl. hierzu ausführlich: *Reinhardt*, Konsistente Rechtsprechung, S. 147 ff.

¹³⁹⁵ Historisch ist die Frage, ob neben kasuistischen und/oder generell-abstrakten Gesetzen, die durch eine Legislative erlassen worden sind, überhaupt noch ein Bereich zulässig

deutsche Rechtswissenschaft zunehmend die Zulässigkeit von (ergänzendem) Richterrecht.¹³⁹⁶ Das Bild *Montesquieus* von einem Richter als „*Subsumtionsautomat*“¹³⁹⁷, der innerhalb eines gewaltenteilenden Staates ohne eigene Interpretations- und Wertungsakte das zutreffende Ergebnis für den Einzelfall aus der Gesetzesvorschrift herauslesen müsse,¹³⁹⁸ wurde aufgegeben. Unter der Geltung des Grundgesetzes wird die Vorstellung von einer generellen Möglichkeit richterrechtlicher Rechtsfortbildung von den Richtern allgemein anerkannt.¹³⁹⁹

Rechtsanwendung beinhaltet daher sowohl die Auslegung von Gesetzen als auch die Fortbildung des geschriebenen Rechts.¹⁴⁰⁰ Das übereinstimmende Ziel jeglicher Rechtsanwendung ist die Verwirklichung des Regelungssinns, den eine Kodifikation verfolgt (die sog. *ratio legis*). „*Ausgangspunkt [der Ermittlung einer ratio legis] ist stets der Wortlaut. Verfehlt ist die gelegentlich erhobene Forderung, der Richter dürfe die Grenzen des Wortlauts nicht überschreiten. Entscheidend ist nicht der Wortlaut, sondern die ratio legis, die sich nicht auf eine einzelne Bestimmung und auch nicht notwendig auf das fragliche Gesetz beschränkt, sondern aus einer der Gesamtrechtsordnung immanenten Teleologie zu gewinnen ist. Der mögliche Wortsinn ist nur die Grenze der Auslegung. Jenseits dieser nicht scharf zu ziehenden Grenze beginnt die richterliche Rechtsfortbildung in Form der Analogie oder der teleologischen Restriktion.*“¹⁴⁰¹ Rechtsmethodisch besteht zwischen beiden Aspekten ein derart enger

ger Rechtsfortbildung durch die Gerichte verbleiben könne, keineswegs einheitlich beantwortet worden; vgl. hierzu statt vieler: *Schumann*, ZZP 81 [1968], 79, 81 ff.

¹³⁹⁶ Vgl. allgemein für einen historischen Überblick bzgl. der Frage nach einer Zulässigkeit von Richterrecht: *Schumann*, ZZP 81 [1968], 79, 81 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 697, 839 ff.; *Eisenhardt*, Rechtsgeschichte, Rn. 295 f., 389 ff.; *Horn*, Einführung in die Rechtswissenschaft, Rn. 281 156; vgl. auch: *Ogorek*, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat?*, S. 1 ff.

¹³⁹⁷ *Sommermann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck [Hg.], Art. 20 GG, Rn. 286.

¹³⁹⁸ Vgl. *Montesquieu*, *De l'Esprit de Loi* (1748), Livre XI, Chap. 6; enthalten in: *Caillois* [Hg.], *Oeuvres complètes* (1951), Bd. 2; vgl. auch: *Schumann*, ZZP 81 [1968], 79, 81 f.; *Hirsch*, JR 1966, 334, 336.

¹³⁹⁹ So wird etwa in den Mitteilungen zum Jahresbericht des Bundesgerichtshofes für das Jahr 1966 formuliert (NJW 1967, 816 f.), dass zweifellos „*in allen übersehbaren Zeiträumen das verwirklichte Recht eine Mischung von Gesetzesrecht und Richterrecht gewesen ist und daß dasjenige Recht, das sich in den Erkenntnissen der Gerichte verwirklicht hat, sich niemals mit demjenigen Recht gedeckt hat, das der Gesetzgeber gesetzt hatte. Zur Erörterung steht immer nur das Maß, nicht das Ob eines Richterrechts.*“ Diese Einschätzung überrascht vor der historischen Entwicklung richterrechtlicher Entscheidungsbefugnisse (so auch: *Hillgruber*, in: *Maunz/Dürig*, 73. EGL., Art. 97 GG, Rn. 66 f.).

¹⁴⁰⁰ Statt vieler: *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 697; *Larenz*, NJW 1965, 1, 3.

¹⁴⁰¹ *Coing/Honsell*, in: *Staudinger*, Einl., Rn. 114.

inhaltlicher Zusammenhang, dass Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung „*nicht als wesensverschieden angesehen werden, sondern nur als voneinander verschiedene Stufen desselben gedanklichen Verfahrens*“¹⁴⁰². Rechtsfortbildung ist die „*Fortsetzung der Auslegung*“¹⁴⁰³ mit anderen Mitteln.

Die allgemeine Akzeptanz der Zulässigkeit von Richterrecht ist u.a.¹⁴⁰⁴ auch ein Verdienst des BVerfG, das in seiner Rechtsprechung durchgehend betont hat, dass ein Richtermandat grds. auch die Möglichkeit der Richterrechtssetzung beinhaltet.¹⁴⁰⁵ Während in der sog. Soraya-Entscheidung noch die Möglichkeit einer richterlichen Rechtsfortbildung grundlegend begründet wurde,¹⁴⁰⁶

¹⁴⁰² Larenz/Canaris, MRW, S. 187; vgl. auch: Ebsen, Gesetzesbindung und ‚Richtigkeit‘ der Entscheidung, S. 42.

¹⁴⁰³ Larenz/Canaris, MRW, S. 187; Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 8, Rn. 5.

¹⁴⁰⁴ Nach dem Ende des sog. Dritten Reichs wurde zeitweilig offen ein Nebeneinander von Gesetzgeber und Gerichten als rechtssetzende staatliche Organe gefordert (hierzu ausführlich: Melin, Gesetzesauslegung, S. 291 f. m.w.N.). Diese Positionen belegen das zwischenzeitlich gewachsene Misstrauen gegenüber dem Gesetzgeber und der öffentlichen Verwaltung (kritisch: Hirsch, JR 1966, 334, 336 ff.). Dass sie gerade vor dem Hintergrund der weitreichenden eigenen Verstrickung der deutschen Justiz in diese Diktatur allerdings eine überzeugende Lösung zur Eindämmung des Machtmissbrauchs aufzeigen würden (vgl. zur Rolle der Judikative im Dritten Reich ausführlich: Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 644 ff.; Wrobel, Verurteilt zur Demokratie, S. 169 ff., 330 ff.), muss stark bezweifelt werden. Unabhängig davon wird ein solches gleichrangiges Nebeneinander von Gesetzgeber und Gerichten inzwischen nicht mehr vertreten. Vielmehr soll die generell mögliche richterrechtliche Rechtsfortbildung gegenüber der gesetzgeberischen Rechtssetzung spezifischen Schranken unterliegen.

¹⁴⁰⁵ Etwa: BVerfG, Urt. v. 18.12.1953 – 1 BvL 106/53 = BVerfGE 3, 225, 243 f.; BVerfG, Beschl. v. 16.6.1959 – 1 BvR 71/57 = BVerfGE 9, 338, 349; BVerfG, Beschl. v. 10.10.1961 – 2 BvL 1/59 = BVerfGE 13, 153, 164; BVerfG, Beschl. v. 11.11.1964 – 1 BvR 488/62 = BVerfGE 18, 224, 237 ff.; BVerfG, Beschl. v. 29.1.1969 – 1 BvR 26/66 = BVerfGE 25, 167, 183; BVerfG, Beschl. v. 14.2.1973 – 1 BvR 112/65 = BVerfGE 34, 269, 287; BVerfG, Beschl. v. 11.10.1978 – 1 BvR 84/74 = BVerfGE 49, 304, 318; BVerfG, Beschl. v. 3.4.1990 – 1 BvR 1186/89 = BVerfGE 82, 6, 12; BVerfG, Beschl. v. 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 = BVerfGE 84, 212, 226 f.; BVerfG, Beschl. v. 6.5.1997 – 1 BvR 409/90 = BVerfGE 96, 56, 62; BVerfG, Beschl. v. 12.11.1997 – 1 BvR 479/92 = BVerfGE 96, 375, 394 f.; BVerfG, Beschl. v. 17.6.2004 – 2 BvR 383/03 = BVerfGE 111, 54, 81 f.; BVerfG, Beschl. v. 15.1.2009 – 2 BvR 2044/07 = BVerfGE 122, 248, 282; BVerfG, Beschl. v. 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06 = BVerfGE 126, 286, 305; Ehlers, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 2, Rn. 39.

¹⁴⁰⁶ BVerfG, Beschl. v. 14.2.1973 – 1 BvR 112/65 = BVerfGE 34, 269, 287 („*Das Recht ist nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze identisch. Gegenüber den positiven Satzungen der Staatsgewalt kann unter Umständen ein Mehr an Recht bestehen, das seine Quelle in der verfassungsmäßigen Rechtsordnung als einem Sinnanzien besitzt und dem geschriebenen Gesetz gegenüber als Korrektiv zu wirken vermag; es zu finden und in Entscheidungen zu verwirklichen, ist die Aufgabe der Rechtsprechung. Der Richter ist nach dem Grundgesetz nicht darauf verwiesen, gesetzgeberische Weisungen in den Grenzen des möglichen Wortsinns auf den Einzelfall anzuwenden. Eine solche Auf-*

präzisierte das Gericht seine Ausführungen später dahingehend, dass ggf. sogar eine Pflicht des Richters zur Rechtsfortbildung bestehen könne.¹⁴⁰⁷ Im Zentrum der verfassungsrechtlichen Begründungen steht oftmals das sog. Rechtsverweigerungsverbot i.V.m. der grundgesetzlichen Aufgabenzuweisung der Judikative durch Art. 19 IV, 20 III, 92 und 97 GG i.V.m. Art. 1 III GG.¹⁴⁰⁸

So definiert das Grundgesetz selbst nicht abschließend, wie sich „*Rechtsprechung*“ und „*Gesetzgebung*“ als Staatsfunktionen inhaltlich voneinander unterscheiden.¹⁴⁰⁹ Nach allen materiellen Definitionsversuchen umfasst „*rechtsprechende Gewalt*“ i.S.d. Art. 92 GG¹⁴¹⁰ die Befugnis, den vorliegenden Einzelfall verbindlich dadurch zu lösen, dass er der Lösung zugeführt wird, die für ihn von der Rechtsordnung vorgegebenen ist.¹⁴¹¹ Da für die Rechtsanwendung von einer Leitvorstellung der Einheit der Rechtsordnung ausgegangen wird,¹⁴¹² bedingt die Anwendung einer Gesetzesvorschrift die Anwendung der Gesamtrechtsordnung.¹⁴¹³ Die richterliche Aufgabe ist deshalb nicht bereits dann erfüllt, wenn die Lösung nach dem isolierten Auslegungsergebnis einer Einzelvorschrift feststeht, sondern erst, wenn das Endergebnis feststeht, das aus der

fassung würde die grundsätzliche Lückenlosigkeit der positiven staatlichen Rechtsordnung voraussetzen, ein Zustand, der als prinzipielles Postulat der Rechtssicherheit vertretbar, aber praktisch unerreichbar ist. Richterliche Tätigkeit besteht nicht nur im Erkennen und Aussprechen von Entscheidungen des Gesetzgebers. Die Aufgabe der Rechtsprechung kann insbesondere erfordern, Wertvorstellungen, die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind, in einem Akt des bewertenden Erkennens, dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen, ans Licht zu bringen und in Entscheidungen zu realisieren. [...] Diese Aufgabe und Befugnis zu ‚schöpferischer Rechtsfindung‘ ist dem Richter – jedenfalls unter der Geltung des Grundgesetzes – im Grundsatz nie bestritten worden [...].“)

¹⁴⁰⁷ Etwa: BVerfG, Beschl. v. 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 = BVerfGE 84, 212, 226 f.; BVerfG, Beschl. v. 2.3.1993 – 1 BvR 1213/85 = BVerfGE 88, 103, 115 f.

¹⁴⁰⁸ Vgl. *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, S. 53 m.w.N.; *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 823; *Canaris*, Feststellung von Lücken, S. 55; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, S. 286 f. m.w.N.; *Schmalz*, Methodenlehre, Rn. 56 ff., 313; **a.A.:** *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 97 GG, Rn. 70.

¹⁴⁰⁹ Vgl. *Ossenbühl*, DVBl. 1994, 977, 979; *Säcker*, Herrschaft der Richter?, S. 11.

¹⁴¹⁰ Rechtsprechende Gewalt i.S.d. Art. 92 GG unterscheidet sich inhaltlich nicht von Rechtsprechung i.S.d. Art. 1 III, 20 III GG (vgl. *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 92 GG, Rn. 18 m.w.N.; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 1 GG, Rn. 34; **a.A.:** *Schulze-Fielitz*, in: Dreier [Hg.], Bd. III, Art. 92 GG, Rn. 24).

¹⁴¹¹ *Kirchhof*, in: Richterliche Rechtsfortbildung, S. 11, 11 („*Rechtsprechen heißt, gegenüber Rechtssuchenden verbindlich zu entscheiden. [...] Maßstab des Rechtssprechens ist das Gesetz.*“); *Maurer*, StaatsR, § 19, Rn. 3 ff.; *Geserich*, DStR-Beih 2011, 59, 59 m.w.N.; ausführlich: *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 92 GG, Rn. 18 ff.

¹⁴¹² Etwa: *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, S. 5 ff. m.w.N.; *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 145 ff., 270 ff.; *Kramer*, JML, S. 85 ff.

¹⁴¹³ *Kramer*, JML, S. 86 f. m.w.N.; *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 270 f., 276.

gesamten Rechtsordnung folgt, an die der Richter durch Art. 1 III, 20 III, 97 I GG gebunden ist.

Bereits Ende des neunzehnten Jahrhunderts hatte sich die Vorstellung durchgesetzt, dass ein Richter im Rahmen seiner Zuständigkeit nicht nur die Befugnis habe, einen Streitfall zu entscheiden, sondern vielmehr auch die Pflicht zur Entscheidung besteht.¹⁴¹⁴ Der Richter darf insofern nicht hinter der Lösung der Gesamtrechtsordnung zurückbleiben; er ist verpflichtet, von seiner Rechtsprechungsbefugnis Gebrauch zu machen (sog. Rechtsverweigerungsverbot).¹⁴¹⁵ Entsprechend diesem Rechtsverweigerungsverbot¹⁴¹⁶ darf es „im Bereich der

¹⁴¹⁴ Vgl. *Schumann*, ZJP 81 [1968], 79, 90 f. Fn. 41 m.w.N.; *Larenz/Canaris*, MRW, S. 189.

¹⁴¹⁵ Etwa: BVerfG, Beschl. v. 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 = BVerfGE 84, 212, 226 f.; BGH, Urt. v. 30.10.1951 – I ZR 117/50 = BGHZ 3, 308, 315 („Die richtige, d.h. dem Rechte gemäße Anwendung des positiven Rechts, gestattet dem Richter nicht nur, das Recht im Sinne seiner Weiterentwicklung durch Auslegung des gesetzten Rechts fortzubilden, sondern sie verpflichtet ihn sogar hierzu, wenn die Findung einer gerechten Entscheidung dies erfordert.“); LAG Düsseldorf, Urt. v. 14.11.2000 – 8 Sa 1524/99; LAG Hamm, Urt. v. 17.6.1993 – 4 Sa 1714/92; *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, S. 53; *Dreier*, in: *Dreier* [Hg.], Bd. I, Vorb., Rn. 141; *Schumann*, ZJP 81 [1968], 79, 79 f.; *Bethge*, in: *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge* [Hg.], 39. EGL., § 90 BVerfGG, Rn. 307; *Höpfner*, RdA 2006, 156, 156; *Rüthers*, NJW 2005, 2759, 2759; *Kissel*, NJW 1982, 1777, 1780; *Schäfer*, Grundlagen des Rechts, S. 122 f.; *Säcker*, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, S. 123; *Dorn*, Justizgewähranspruch und Grundgesetz, S. 325 f.; *Hemke*, Methodik der Analogiebildung im öffentlichen Recht, S. 188 ff., 191; *Kirchhof*, in: *Richterliche Rechtsfortbildung*, S. 11, 30.

¹⁴¹⁶ Zumindest seit Inkrafttreten des Grundgesetzes gilt das Rechtsverweigerungsverbot; Streit besteht allenfalls noch bzgl. seiner exakten normativen Verortung (*Schumann*, ZJP 81 [1968], 79, 89 ff.; *Canaris*, Feststellung von Lücken, S. 55 Fn. 1; *Larenz/Canaris*, MRW, S. 189; *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 314, 823). Während teilweise eine gewohnheitsrechtliche Geltung (auf der Ebene des Bundesrechts) angenommen wird (*Schumann*, ZJP 81 [1968], 79, 92 f. m.w.N., 101; *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, S. 53; *Dorn*, Justizgewähranspruch und Grundgesetz, S. 325; offengelassen: *Ossenbühl*, in: *Isensee/Kirchhof* [Hg.], HdStR, Bd. V, § 100, Rn. 53), variiert die wohl überwiegende Lehre zwischen dem allgemeinen Rechtsstaatsprinzip (*Hartmann*, Gleichbehandlung und Tarifautonomie, S. 144), dem Vorrang des Gesetzes aus Art. 20 III GG (*Hemke*, Methodik der Analogiebildung im öffentlichen Recht, S. 188 ff., 191; so wohl auch: *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, S. 287 f.; *Zimmermann*, in: *MüKo ZPO*, § 132 GVG, Rn. 25) oder einem verfassungsrechtlich notwendigen Gegenstück zum Justizgewährungsanspruch bzw. Art. 19 IV GG (*Bethge*, in: *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge* [Hg.], 39. EGL., § 90 BVerfGG, Rn. 307; *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S. 90 f.; *Kirchhof*, in: *Richterliche Rechtsfortbildung*, S. 11, 30 m.w.N.; vgl. in diese Richtung gehend auch: BVerfG, Beschl. v. 12.2.1992 – 1 BvL 1/89 = BVerfGE 85, 337, 345; BVerfG, Beschl. v. 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02 = BVerfGE 107, 395, 406 f.). Unabhängig davon, dass vieles für die letztgenannte Ansicht spricht, ist der Richter (gewohnheits- oder verfassungsrechtlich) verpflichtet, die rechtlich zutreffende Lösung zu den Fällen auszusprechen, die ihm im Rahmen seiner richterlichen Tätigkeit zur Entscheidung an-

Justiz, keine ‚unlösbaren Fragen‘ und Probleme geben.“¹⁴¹⁷ Da aber bereits die widerspruchsfreie Einheit der Rechtsordnung kein tatsächlich existierender Zustand ist, kann dieses Ideal überhaupt erst im Wege der Rechtsanwendung erreicht werden.¹⁴¹⁸ Dem Richter muss dazu bei der Rechtsanwendung eine generelle Befugnis eingeräumt werden, mögliche Normenkollisionen selbst dann widerspruchsfrei aufzulösen, falls diese Lösung durch das geschriebene Gesetz nicht vorgegeben ist.¹⁴¹⁹ Nicht machtbewusste „Kompetenzgelüste“¹⁴²⁰ treiben den Richter in diesem Fall zur Rechtsfortbildung, sondern die erforderliche Vereinbarung seiner Bindung an verschiedene Rechtssätze. „*Der Richter darf, was er für Recht erkannt hat, nicht verweigern auszusprechen. Insbesondere darf er einen Anspruch nicht alleine deshalb ablehnen, weil ihm eine gesetzliche Grundlage fehlt.*“¹⁴²¹

Zudem ist das Ziel jeder Rechtsanwendung nicht eine formale Verwirklichung der kodifizierten Vorschriften, sondern die materielle Umsetzung des hinter diesen Vorschriften stehenden Regelungszwecks.¹⁴²² Wenn eine Hauptfunktion des Rechts in der Gestaltung der sozialen Wirklichkeit besteht,¹⁴²³ muss der Richter den wirklichen Regelungszweck einer Vorschrift verstehen und umsetzen – nicht ihren buchstabengetreuen Wortsinn.¹⁴²⁴ Die Ermittlung des gesetzgeberischen Willens erfolgt regelmäßig durch Auslegung des ge-

vertraut sind. Den Maßstab einer solchen, rechtlich zutreffenden Lösung bildet die Gesamtrechtsordnung.

¹⁴¹⁷ *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 314; vgl. auch: *Schumann*, ZZP 81 [1968], 79, 94 f.; *Hemke*, Methodik der Analogiebildung im öffentlichen Recht, S. 188.

¹⁴¹⁸ Vgl. *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 276 ff.; *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, S. 5 ff., 399; *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof [Hg.], HdStR, Bd. V, § 100, Rn. 85 ff.

¹⁴¹⁹ Eine teleologische Reduktion einer nach ihrem Wortlaut unbeschränkt gefassten Vorschrift kann bspw. auf diesem Gedanken beruhen. Auch ein Analogschluss kann bspw. trotz des eindeutigen Wortlauts einer Vorschrift durch Art. 3 I GG, der im Zuge einer Anwendung der Gesamtrechtsordnung zu berücksichtigen ist, geboten sein (vgl. dazu: *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Einl., Rn. 8; *Hemke*, Methodik der Analogiebildung im öffentlichen Recht, S. 161 ff.).

¹⁴²⁰ *Schäfer*, Grundlagen des Rechts, S. 125; vgl. auch: *Olbertz*, S. 208 f.

¹⁴²¹ *Hemke*, Methodik der Analogiebildung im öffentlichen Recht, S. 188 m.w.N.; vgl. auch: *Kirchhof*, in: *Richterliche Rechtsfortbildung*, S. 11, 30.

¹⁴²² Vgl. *Larenz/Canaris*, MRW, S. 134 f.; *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 717 ff.; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, S. 225 f.

¹⁴²³ *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 78 f., 142.

¹⁴²⁴ *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 989 („*Die Gerichte sind nicht an den Wortlaut der Gesetze, sondern an die erkannten wirklichen Normzwecke der Gesetzgebung gebunden. Aufgabe der Rechtsanwendung ist es, den wirklichen Willen der Gesetzgebung zu vollziehen; es geht um denkenden Gehorsam, nicht um Buchstabengehorsam.*“); *Säcker*, in: *MüKo BGB*, Einl., Rn. 115; *Ebsen*, Gesetzesbindung und ‚Richtigkeit‘ der Entscheidung, S. 44; *Geserich*, DStR-Beih 2011, 59, 59.

schriebenen Rechts. Die Wortsprache (einschließlich ihrer sprachlichen Unzulänglichkeiten¹⁴²⁵) dient dem Gesetzgeber dabei lediglich als das Mittel, den Gesetzeszweck zu veranschaulichen und festzuhalten; ohne zwingend den vollständigen Rechtssatz abzubilden.¹⁴²⁶ Der Wortlaut ist daher nur ein Hilfsmittel zur Ermittlung des hinter der Vorschrift stehenden Rechtssatzes – er ist nicht der Rechtssatz selbst. Da das Recht erst richtig angewandt ist, wenn entsprechend seinem Regelungsziel verfahren wird,¹⁴²⁷ kann ein Richter bei dessen Umsetzung gezwungen sein, über das kodifizierte Recht hinauszugehen und im Sinne des Regelungszwecks rechtsfortbildend tätig zu werden.

Zur Verwirklichung dieser Ansprüche an die Rechtsanwendung muss dem Richter die generelle Befugnis zugesprochen werden, eine Lösung, die durch die Gesamtrechtsordnung gefordert ist, auch dann bei der Rechtsanwendung zum Zuge kommen zu lassen, wenn sie nicht innerhalb der Auslegung eines kodifizierten Teils der Gesamtrechtsordnung verwirklicht werden kann. Die Möglichkeit richterrechtlicher Rechtsfortbildung ist von diesen Prämissen ausgehend nicht nur wünschenswert, sondern sogar verfassungsrechtlich erforderlich.

b) Anerkennung des richterlichen Rechtsfortbildungsbefugnis durch den Gesetzgeber

Diese historisch gewachsene Befugnis der Gerichte zur Rechtsfortbildung erkennt auch die Legislative an. So nennen § 132 IV GVG, § 45 IV ArbGG, § 11 IV VwGO, § 41 IV SGG und § 11 IV FGO auch die Rechtsfortbildung, die insofern als gerichtliche Aufgabe vorausgesetzt wird, ohne inhaltliche Vorgaben zu enthalten.¹⁴²⁸ Darüber hinaus ist dem Gesetzgeber Richterrecht häufig tat-

¹⁴²⁵ Dazu ausführlich: *Säcker*, in: MüKo BGB, Einl., Rn. 129 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 156 ff.; *Kirchhof*, in: Richterliche Rechtsfortbildung, S. 11, 18 ff.

¹⁴²⁶ *Ebsen*, Gesetzesbindung und ‚Richtigkeit‘ der Entscheidung, S. 44; *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 142, 150 ff.

¹⁴²⁷ Vgl. *Kramer*, JML, S. 225.

¹⁴²⁸ In diesem Sinne zu § 137 GVG a.F. auch: BVerfG, Beschl. v. 14.2.1973 – 1 BvR 112/65 = BVerfGE 34, 269, 287 f.; BVerfG, Beschl. v. 16.4.1980 – 1 BvR 505/78 = BVerfGE 54, 100, 111 f.; *Schäfer*, Grundlagen des Rechts, S. 123; *Olbertz*, S. 197; **a.A.:** *Hirsch*, JR 1966, 334, 339. Nach einer teilweise vertretenen Literaturansicht wird in diesen Gesetzesbestimmungen nicht die Kompetenz der Rechtsfortbildung als gegeben vorausgesetzt. Vielmehr soll dem Richter durch diese einfach-gesetzlichen Bestimmungen (originär) erst eine entsprechende Befugnis durch den Gesetzgeber eingeräumt werden (vgl. *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 97 GG, Rn. 71 m.w.N.). Dass eine derartige Einschätzung nicht zutreffend ist, zeigen die nachfolgenden Ausführungen.

sächlich bekannt und gilt teilweise schon über Jahrzehnte hinweg fort, ohne dass ein eigenes Regelungsinteresse des Gesetzgebers auftreten würde.¹⁴²⁹ Dieses Desinteresse an einer neuen Rechtssetzung geht oftmals über das bloße Dulden der Rechtsfortbildung hinaus. Der Gesetzgeber verlässt sich vielmehr auf die Ausbildung und Anwendung von Richterrecht.¹⁴³⁰ So wird teilweise offen eingeräumt, dass die weitere inhaltliche Ausgestaltung einer Regelung (erst) durch die Gerichte erfolgen soll,¹⁴³¹ ausdrücklich auf die Maßgeblichkeit einer „ständigen Rechtsprechung“ hingewiesen (bspw. § 48 II SGB X, § 100 IV SGB IV, § 330 I SGB III) oder sogar die Ausdehnung einer bestimmten Rechtsfortbildung gesetzlich angeordnet.¹⁴³² Selbst wenn ein Regelungsbereich

¹⁴²⁹ Bspw. waren die richterrechtlichen Institute der *positiven Vertragsverletzung*, der *Störung der Geschäftsgrundlage* oder *culpa in contrahendo* dem Gesetzgeber schon vor der zivilrechtlichen Schuldrechtsreform von 2002 bekannt. Auch der öffentlich-rechtliche Folgenbeseitigungsanspruch oder der enteignungsgleiche Eingriff sind bekannte richterliche Rechtsfortbildungen (vgl. BT-Drs. 3/55, S. 43; BT-Drs. 9/25, S. 1 ff.).

¹⁴³⁰ Teilweise wird dieses Verhalten wenig überzeugend auch so interpretiert, dass der Gesetzgeber mit der Ausbildung von Richterrecht zwar nicht einverstanden sei, weil es ihm die Rolle als „Buchhalter der Rechtsprechung“ zuweise, er aber die Geltung nicht beseitigen wolle, um das Ansehen der Justiz nicht zu schädigen (*Hirsch*, JR 1966, 334, 339 f.). Dass diese Sichtweise eines eingeschüchterten Gesetzgebers, der sich nicht traut, gegenüber der Rechtsprechung seine abweichenden Regelungsziele durchzusetzen, nicht der Wahrheit entspricht, lässt sich vielfach belegen (vgl. *Kirchhof*, in: Richterliche Rechtsfortbildung, S. 11, 15 m.w.N.). Insbesondere entspricht es nicht der Rechtswirklichkeit, dass sich beim Gesetzgeber ein Gestaltungswillen einstellen würde, wenn ihm nur die Rechtsprechung nicht zuvor gekommen wäre; vgl. in diesem Zusammenhang die sog. Ampelfälle des Bundesgerichtshofs (hierzu: *Ossenbühl*, DVBl. 1994, 977, 979 f. m.w.N.), der zunächst eine gesetzliche Neuregelung i.S.e. Entschädigung abwarten wollte und später die Entschädigung doch zusprach, da der Gesetzgeber kein Interesse an einer Neuregelung zeigte.

¹⁴³¹ Etwa: BT-Drucks. 11/2237, S. 170 („*Es wird aber weiterhin davon abgesehen, den Begriff der ‚Krankheit‘ im Gesetz zu definieren, weil sein Inhalt ständigen Änderungen unterliegt.*“); *Hirsch*, ZRP 2006, 161; *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 835 ff.; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, S. 281; *Kramer*, JML, S. 184 f. In der Literatur wird dieses Vorgehen des Gesetzgebers teilweise auch kritisch als der Versuch gewertet, durch unbestimmte Rechtsbegriffe die Verantwortung für (unpopuläre) Einzelfallergebnisse auf die Gerichte zu verlagern; vgl. *Schäfer*, Grundlagen des Rechts, S. 138 f.

¹⁴³² Bspw. darf § 16d S. 2 a.E. SGB II oder § 13 S. 2 JFDG nicht als bloßer Verweis auf die Anwendung der Haftung der Arbeitnehmer nach §§ 280 ff. BGB (miss-) verstanden werden. Vielmehr sind diese Vorschriften ein direkter Verweis auf die arbeitsrechtlichen Haftungsprivilegien des innerbetrieblichen Schadensausgleiches, die die Arbeitsgerichte erst richterrechtlich entwickeln mussten (vgl. BAG, Urt. v. 19.3.1959 – 2 AZR 402/55 = NJW 1959, 1796; *Löwisch*, ArbR, Rn. 1191 ff.; *Hromadka/Maschmann*, ArbR, Bd. 1, § 9, Rn. 25 ff.). Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen die Betroffenen unmittelbar in den Anwendungsbereich dieser privilegierenden richterrechtlichen

gesetzlich neu geregelt wird, bieten oftmals richterrechtliche Rechtsfortbildungen erste Ansatzpunkte für spätere gesetzliche Kodifikationen.¹⁴³³

Diese Feststellungen gelten auch für das Staatshaftungsrecht. Auf die Anfrage des Bundestages, ob die Bundesregierung gesetzgeberischen Handlungsbedarf i.S.e. Neuordnung des Staatshaftungsrechts sehe,¹⁴³⁴ antwortete diese 2004: „Die Bundesregierung teilt die in der Vorbemerkung der Fragesteller geäußerte Auffassung, zur Wiederherstellung von Rechtsklarheit und Rechtssicherheit sei eine Neuordnung des Staatshaftungsrechts dringend geboten, nicht. Die Anspruchsgrundlagen des geltenden Rechts ermöglichen ungeachtet ihrer unterschiedlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen im Einzelfall angemessene Lösungen.“¹⁴³⁵ Da mit den Anspruchsgrundlagen des geltenden Rechts insbesondere richterrechtliche Ansprüche gemeint sind, vertraut der Gesetzgeber anscheinend auf den Fortbestand dieses Richterrechts. Auch der sozialrechtliche Herstellungsanspruch ist dem Gesetzgeber – ausgehend von parlamentarischen Unterlagen – grds. ebenfalls bekannt.¹⁴³⁶

c) Ablehnende Positionen zur generellen Zulässigkeit von Richterrecht

Der Gesetzespositivismus – als engere Sonderform des Rechtspositivismus¹⁴³⁷ – schließt Richterrecht aus. Für nicht gesetzlich kodifizierte Rechte, Pflichten, Ansprüche oder Einwendungen wird von einem „*allgemeinen negativen Grundsatz*“ ausgegangen,¹⁴³⁸ weshalb die Lösung nach dem Gesetzeswortlaut

Rechtsfortbildung miteinbezogen werden (BT-Drs. 15/1516, S. 54; BT-Drs. 16/6519, S. 15). Der Gesetzgeber ordnet also inhaltlich die Ausdehnung von Richterrecht an.

¹⁴³³ Kriele, ZRP 2008, 51, 52. Bspw. wurden im SMG von 2002 u.a. die zuvor richterrechtlich entwickelten Institute der positiven Vertragsverletzung (§ 280 ff. BGB), der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) oder der culpa in contrahendo (§ 280 I BGB, §§ 311 II, 241 II BGB) in Gesetzesform kodifiziert. Vgl. zum Staatshaftungsrecht: BT-Drs. 9/25, S. 1 („Die Staatshaftung wird unter Einbeziehung des Richter- und Gewohnheitsrechts [...] auf einen einzigen Haftungstatbestand zurückgeführt.“).

¹⁴³⁴ BT-Drs. 15/3859.

¹⁴³⁵ BT-Drs. 15/3952, S. 1 f.

¹⁴³⁶ Etwa: BT-Drs. 17/4325, S. 187; BT-Drs. 16/2500, S. 46.

¹⁴³⁷ Vgl. Bydliniski, Juristische Methodenlehre, S. 187 f.; Ebel/Thielmann, Rechtsgeschichte, Rn. 562 („Der Rechtspositivismus ist zu unterscheiden von diesem Gesetzespositivismus, der Überzeugung, dass alles Recht identisch sei mit dem vom Staat erzeugten Gesetz. In gewissem Sinn ist der Gesetzespositivismus Weiterentwicklung [und Pervertierung] des Rechtspositivismus.“).

¹⁴³⁸ Zitelmann, Lücken im Recht, S. 17 ff. („im Hintergrund aller besonderen Rechtssätze, die eine Handlung mit Strafe oder Schadensersatzpflicht bedrohen oder ihr sonst eine rechtliche Folge geben [...] [steht] immer selbstverständlich und unausgesprochen der allgemeine negative Grundsatz, daß, von diesen besonderen Fällen abgesehen, alle Handlungen straffrei, ersatzfrei bleiben: jeder positive Satz, durch den eine Strafe, ein Schadensersatz angeordnet wird, ist in diesem Sinne eine Ausnahme von jenem allgemeinen negativen Grundsatz.“); Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen, S. 106 ff., 180 f.; Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, S. 373 („[...] das positive Recht

bereits die (einzige) zutreffende Falllösung bedeute.¹⁴³⁹ Das beschriebene Spannungsverhältnis des Richters zwischen Gesetzesbindung und Justizgewährungsanspruch bestehe gar nicht, da jeder Einzelfall immer der zutreffenden Lösung zugeführt werden könne (ggf. müsse eine Klage abgewiesen werden). Diese Vorstellung einer in sich geschlossenen – lückenlosen – Rechtsordnung und eines „*allgemeinen negativen Grundsatzes*“ müssen aus verschiedenen Gründen abgelehnt werden.¹⁴⁴⁰

Der entscheidende Fehler dieser Ansicht ist dabei wohl der Umstand, dass mit dem Wortlaut einer Kodifikation bereits der falsche Bezugspunkt einer Rechtsbindung gewählt wird. Richtige Rechtsanwendung ist nicht die buchstabengetreue Umsetzung einer Regelung, sondern die Verwirklichung des hinter der Regelung stehenden Sinngehaltes, den der Gesetzgeber mit dieser Kodifikation verfolgt. Auch die Auslegung einer Vorschrift ist daher kein Selbstzweck,¹⁴⁴¹ sondern dient der Ermittlung des Regelungszweckes, um eine Vorschrift überhaupt richtig anwenden zu können. Ein tatsächlich gefundener Regelungszweck darf nicht deshalb missachtet werden, nur weil die sprachliche Fassung eines Rechtssatzes diese Anwendung nicht zulässt.¹⁴⁴² Zu Recht wird

hat überhaupt keine Lücken“); Ott, SJZ 1987, 193, 197 f.; vgl. die Darstellungen bei Bydlinski, Juristische Methodenlehre, S. 236; Kramer, JML, S. 178 ff.

¹⁴³⁹ Vgl. Zitelmann, Lücken im Recht, S. 19; Bydlinski, Juristische Methodenlehre, S. 236, 472; in diese Richtung auch: Hillgruber, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 97 GG, Rn. 69 f.

¹⁴⁴⁰ So im Ergebnis auch: BVerfG, Beschl. v. 14.2.1973 – 1 BvR 112/65 = BVerfGE 34, 269, 287; BVerfG, Beschl. v. 10.7.1990 – 1 BvR 984/87 = BVerfGE 82, 286, 304 f.; Canaris, Feststellung von Lücken, S. 49 f.; Bydlinski, Juristische Methodenlehre, S. 236 ff., 472; Looschelders/Roth, Juristische Methodik, S. 287 Fn. 36; Larenz/Canaris, MRW, S. 199; Kramer, JML, S. 177 ff.; Müller, in: Richterliche Rechtsfortbildung, S. 65, 67; Hutter, Die Gesetzeslücke im Verwaltungsrecht, S. 211 ff.

¹⁴⁴¹ Coing/Honsell, in: Staudinger, Einl., Rn. 114, 132; Staake, JURA 2011, 177 ff.

¹⁴⁴² Ein rein gesetzpositivistisches Verständnis der Rechtsanwendung nimmt eine gesetzliche Autorität für die Geltung ihres Ergebnisses an, obwohl hinter diesem Ergebnis nicht der Regelungswille des Gesetzgebers steht, sondern lediglich eine (logische) Interpretation des Rechtsanwenders. Derartige logische Ableitungen verschleiern den Lösungssakt von Gesetz und gesetzgeberischer Autorität, den der Interpret einer Rechtsvorschrift unabhängig von den gesetzgeberischen Regelungsabsichten vollzieht, die hinter der Gesetzesvorschrift stehen. Zu Recht wird daher auch die Frage gestellt, wer, wenn nicht die Rechtswissenschaft, berufen sein soll, aus Rechtsvorschriften den enthaltenen tatsächlichen Gestaltungswillen für die soziale Wirklichkeit zu ermitteln und zu verwirklichen (Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. 1, Rn. 79, 86). Zudem schließt ein „*allgemeiner negativer Satz*“ unlogisch von der Tatsache, dass eine Rechtsfolge im Gesetz für die Erfüllung eines Tatbestandes vorgesehen ist, darauf, dass diese Rechtsfolge nicht durch die Erfüllung anderer Tatbestandsmerkmale ausgelöst werden könnte (vgl. Canaris, Feststellung von Lücken, S. 49 f.). Ein Schweigen des Gesetzes muss aber nicht immer als „*beredtes*“ Schweigen des Gesetzgebers interpretiert werden

daher auch das falsche Normverständnis des Gesetzespositivismus als gleichbedeutend mit der sprachlichen Fassung des Rechtssatzes kritisiert.¹⁴⁴³ Art. 20 III GG sieht bereits die Bindung des Richters an „*Gesetz und Recht*“ vor. Unabhängig davon, wie diese Formel im Einzelnen inhaltlich zu verstehen ist,¹⁴⁴⁴ belegt sie die Ablehnung eines reinen Gesetzespositivismus durch das Grundgesetz.¹⁴⁴⁵

Ferner hat *Hirsch* die Befugnis zur richterlichen Rechtsfortbildung als unnötige Kompetenzerweiterung der Gerichte neben der Gesetzesauslegung bestritten.¹⁴⁴⁶ Lediglich bei der Ausfüllung von Generalklauseln sei diese zulässig, weil der Richter hier „*gesetzestreu ist*“¹⁴⁴⁷. Ansonsten wandle sich der Richter in unzulässiger Weise vom „*Diener der gültigen Gesetze*“ zum „*König des Rechts*“¹⁴⁴⁸. Diese Ansicht ist neben dem Gesetzespositivismus besonders bemerkenswert, weil sie richterrechtliche Rechtsfortbildung über eine großzügige Auslegung von Gesetzesvorschriften überflüssig erscheinen lassen möchte.¹⁴⁴⁹ Die Grenze der Auslegung soll weder der Wortlaut noch der historische Gestaltungswille des Gesetzgebers sein, sondern der ermittelte Regelungszweck.¹⁴⁵⁰

Auch dieses Verständnis ist indes abzulehnen, weil auch eine Rechtsfortbildung im Mantel der Gesetzesauslegung inhaltlich eine Rechtsfortbildung bleibt.¹⁴⁵¹ Die unbegründete Angst, dies offen einzuräumen, führt nicht zur (wohl erhofften) Rechtssicherung, sondern führt im Gegenteil zu nicht mehr nachvollziehbaren Auslegungsergebnissen von Einzelvorschriften. Statt sich einzubilden, dass Rechtsfortbildung im Gewand der Auslegung keine Rechtsfortbildung mehr sei, ist es gerade sinnvoll, die Fälle, die über eine Auslegung hinausreichen, als Richterrecht in einer eigenen Sonderkategorie zusammenzu-

(*Kramer*, JML, S. 179; *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 838; **a.A.:** *Ott*, SJZ 1987, 193, 197 f.).

¹⁴⁴³ Vgl. *Müller*, in: Richterliche Rechtsfortbildung, S. 65, 72 f.

¹⁴⁴⁴ Vgl. hierzu ausführlich: Kap. 2 A.III.2.a.bb.

¹⁴⁴⁵ BVerfG, Beschl. v. 14.2.1973 – 1 BvR 112/65 = BVerfGE 34, 269, 286 ff.; *Ebsen*, Gesetzesbindung und ‚Richtigkeit‘ der Entscheidung, S. 49 m.w.N.; *Schröder*, Gesetzesbindung des Richters, S. 60 f.; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 20 GG, Rn. 63; *Olbertz*, S. 197; offengelassen: *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, S. 117 f.

¹⁴⁴⁶ *Hirsch*, JR 1966, 334 ff.

¹⁴⁴⁷ *Hirsch*, JR 1966, 334, 334.

¹⁴⁴⁸ *Hirsch*, JR 1966, 334, 339.

¹⁴⁴⁹ Derartige Forderungen nach erweiterter teleologischer Rechtsauslegung statt -fortbildung wird neuerdings wieder verstärkt in der Diskussion um richtlinienkonforme Rechtsfortbildung vertreten (vgl. *Pöppers/Christensen*, JZ 2011, 387 ff.).

¹⁴⁵⁰ *Hirsch*, JR 1966, 334, 338.

¹⁴⁵¹ In diesem Sinne auch: *Ebsen*, Gesetzesbindung und ‚Richtigkeit‘ der Entscheidung, S. 42 Fn. 58; *Säcker*, in: MüKo BGB, Einl., Rn. 71; *Ossenbühl*, DVBl. 1994, 977, 978.

fassen. Dies ermöglicht nämlich die Verständigung über die Voraussetzungen, unter denen der Richter überhaupt zu derartigen Ergebnissen gelangen darf.¹⁴⁵²

2. Grenzen von Richterrecht

Die generelle Zulässigkeit von Richterrecht reicht nicht aus, um eine Befugnis/Pflicht der Gerichte zur unbedingten Rechtsfortbildung zu begründen. Durch das Rechtsverweigerungsverbot ist der Richter zwar verpflichtet, über einen Einzelfall – auch mittels richterlicher Rechtsfortbildung – rechtlich zutreffend zu entscheiden;¹⁴⁵³ das bedeutet aber nicht, dass diese rechtlich zulässige Entscheidung nicht auch in den kodifizierten Rechtssätzen bereits abschließend enthalten sein. Dann würde gerade eine richterrechtliche Rechtsfortbildung gegen die Gesamtrechtsordnung verstoßen. Bzgl. des geschriebenen Rechts sind auf „jede rechtlich determinierte Frage [...] zwei Antworten denkbar, die gleichermaßen nicht gegen das Verbot der Rechtsverweigerung verstoßen. Der Richter kann unter Hinweis auf fehlende Rechtsgrundlagen einen Anspruch verneinen oder eine dem Kläger günstige Norm bilden. [...] Beide Auffassungen sind im Hinblick auf das Rechtsverweigerungsverbot vertretbar.“¹⁴⁵⁴ Ebenso wenig wie ein gesetzessystemischer „allgemeiner negativer Grundsatz“ überzeugt,¹⁴⁵⁵ kann daher seine absolute Gegenposition überzeugen, dass jede gesetzlich fehlende Regelung durch Rechtsfortbildung zu ergänzen wäre. „Das Rechtsverweigerungsverbot ist kein Rechtsfortbildungsgebot.“¹⁴⁵⁶

Das Recht setzt der Möglichkeit richterlicher Rechtsfortbildung insofern Grenzen. Sie ist nur unter zusätzlichen Voraussetzungen zulässig, die im Folgenden herausgearbeitet werden sollen. Die rechtsdogmatischen Diskussionsbeiträge variieren dabei zwischen sehr engen Grenzen¹⁴⁵⁷ bis zu Meinungen, die bewusst einen sehr weiten Spielraum für Rechtsfortbildung einräumen wol-

¹⁴⁵² So auch: *Hassold*, in: FS für Larenz, S. 211, 217; *Säcker*, in: MüKo BGB, Einl. Rn. 126.

¹⁴⁵³ So auch: *Hemke*, Methodik der Analogiebildung im öffentlichen Recht, S. 188.

¹⁴⁵⁴ *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, S. 54; vgl. auch: *Canaris*, Feststellung von Lücken, S. 57; *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 97 GG, Rn. 69; *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 8, Rn. 17.

¹⁴⁵⁵ Ein „allgemeiner negativer Grundsatz“ bezeichnet die Vorstellung, dass geschriebenen Rechtssätzen zeitgleich auch zu entnehmen sei, dass keine ungeschriebenen Rechtssätze existieren; vgl. dazu ausführlich: Kap. 2 A.III.1.c.

¹⁴⁵⁶ *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, S. 54.

¹⁴⁵⁷ Etwa: *Hirsch*, JR 1966, 334 ff.; *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 97 GG, Rn. 63 ff.; *Müller*, Richterrecht, S. 97 ff.; *ders.*, in: Richterrechtliche Rechtsfortbildung, S. 67 f., 73 ff., 83 f.

len.¹⁴⁵⁸ Die Korrektur von sog. Redaktionsversäumnissen, die weitestgehend ohne besondere Rechtfertigungsanforderungen möglich sein soll, stellt einen Sonderfall dar, der hier ausgeklammert bleiben kann.¹⁴⁵⁹

a) Vorrang des Gesetzesrechts

Aus der generellen Möglichkeit von Richterrecht darf nicht abgeleitet werden, dass die Judikative in gleichem Maß zur Rechtssetzung befugt ist wie andere staatliche Organe. Vielmehr stellt richterliche Rechtsfortbildung im System der Gewaltenteilung zwischen Legislative und Judikative rechtsdogmatisch eine Ausnahmebefugnis dar; auch wenn sie praktisch häufig wahrgenommen werden sollte.¹⁴⁶⁰ Das Gesetz nimmt gegenüber Richterrecht eine Vorrangstellung ein. Dieser Vorrang folgt aus den Grundsätzen der Gewaltenteilung (Art. 1 III, 20 II, III GG), der Gesetzesbindung des Richters (Art. 20 III, 97 I GG) und dem Demokratieprinzip (Art. 20 I, II, 28 I GG). Obwohl das Grundgesetz die materiellen Aufgabenbereiche von Legislative und Judikative inhaltlich nicht näher voneinander abgrenzt, lassen sich aus der Systematik wichtige Rückschlüsse zu ihren Grenzen gewinnen.

Die größte demokratische Legitimation der staatlichen Gewalten i.S.d. Art. 20 II GG kommt regelmäßig der Legislative zu, die als Volksvertretung unmittelbar aus Wahlen des Volkes hervorgegangen ist und allgemeinverbindliche Regelungen in Form der Gesetze erlässt (Art. 70 ff. GG).¹⁴⁶¹ Für die staatliche Tätigkeit anderer Organe i.S.d. Art. 20 II 2 GG ist eine demokratische Legitimationskette erforderlich, die sich ununterbrochen auf das Staatsvolk zurückführen lässt.¹⁴⁶² Die Rechtsprechung ist dabei ausreichend demokratisch legiti-

¹⁴⁵⁸ Säcker, in: MüKo BGB, Einl., Rn. 143; Ossenbühl, DVBl. 1994, 977, 980 („Objektive Kriterien für die Bestimmung der Grenzen des Richterrechts, die praktikabel anwendbar wären, gibt es nicht.“).

¹⁴⁵⁹ Vgl. allgemein hierzu: BVerfG, Beschl. v. 31.5.1960 – 2 BvL 4/59 = BVerfGE 11, 139, 149; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Einl., Rn. 7; Beaucamp/Treder, Methoden, Rn. 295 f.; Schmalz, Methodenlehre, Rn. 438; Kramer, JML, S. 141 f.; Rüthers/Fischer/Birk, RML, Rn. 950; Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 8, Rn. 51.

¹⁴⁶⁰ Teilweise wird darauf hingewiesen, dass die Arbeit in Gesetzeslücken keine Ausnahme, sondern vielmehr den praktischen Regelfall darstelle (vgl. LAG Hamm, Urt. v. 17.6.1993 – 4 Sa 1714/92; Rüthers/Fischer/Birk, RML, Rn. 822).

¹⁴⁶¹ Statt vieler: BVerfG, Urt. v. 3.3.2009 – 2 BvC 3/07 = BVerfGE 123, 39, 68 („Die Wahl der Volksvertretung stellt in der repräsentativen Demokratie den grundlegenden Legitimationsakt dar.“); Grzeszick, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 20 GG, Rn. 123.

¹⁴⁶² BVerfG, Urt. v. 3.3.2009 – 2 BvC 3/07 = BVerfGE 123, 39, 68 f.; BVerfG, Urt. v. 24.7.1979 – 2 BvK 1/78 = BVerfGE 52, 95, 130; vgl. hierzu ausführlich: Grzeszick, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 20 GG, Rn. 116 ff.

miert, wenn sie an die Gesetze des Gesetzgebers gebunden wird.¹⁴⁶³ Der deshalb notwendigen Gesetzesbindung der Art. 20 III, 97 I GG ist entsprochen, wenn der Richter seine Entscheidungen auf das geltende Gesetz stützen kann, denn „*die Bindung an das Gesetz [bildet] nicht nur die Grenze, sondern zugleich auch die eigentliche Legitimationsgrundlage der richterlichen Autorität.*“¹⁴⁶⁴ Da Gesetzesbindung allerdings keine Bindung an den bloßen Wortlaut einer Kodifikation bedeutet, ist auch richterrechtliche Rechtsfortbildung demokratisch legitimiert, sofern der Richter seine Entscheidung in ausreichendem Maße auf das Gesetz zurückführen kann. Das Ziel richterrechtlicher Rechtsfortbildungen kann aber nur die Fortentwicklung des Willens des Gesetzgebers für den Einzelfall sein. Keinesfalls darf der Richter seinen eigenen rechtspolitischen Gestaltungswillen zum Ausgangspunkt der Fortentwicklung des Rechts machen.¹⁴⁶⁵ Der Richter muss die gesetzlichen Wertentscheidungen des Gesetzgebers für seine Rechtsfortbildung übernehmen und das Recht im Sinne dieses Wertungsplans weiterentwickeln.¹⁴⁶⁶ Richterliche Rechtsschöpfungen stehen nicht auf gleicher Stufe mit Rechtssetzungen des Gesetzgebers und dürfen grds. nicht mit diesen inhaltlich konkurrieren bzw. kollidieren.¹⁴⁶⁷

Das Richtermandat enthält keine Befugnis zur rechtspolitischen Tätigkeit, die über das geltende Recht hinausgeht (*de lege ferenda*). Der Richter muss auch seine richterrechtlichen Rechtsfortbildungen im Rahmen des geltenden Rechts (*de lege lata*) vornehmen und zusätzlich auf das geltende Recht zurückführen können. Insofern wird von einer Ableitungs- oder Begründungslast des

¹⁴⁶³ *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 133 ff.; *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 134 f.; *Vofßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673, 675 f.

¹⁴⁶⁴ *Durner*, JA 2008, 7, 9; vgl. auch: BVerfG, Beschl. v. 11.10.1978 – 1 BvR 84/74 = BVerfGE 49, 304, 318; *Oppermann*, Unterlassungsanspruch und materielle Gerechtigkeit, S. 301 („*Die für einen demokratischen Staat kennzeichnende Legitimation erhält die Justiz – in der Bundesrepublik wie in vielen anderen Staaten – aus der Gesetzesbindung der Rechtsprechung.*“); *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 97 GG, Rn. 29 ff.

¹⁴⁶⁵ Etwa: BVerfG, Beschl. v. 26.9.2011 – 2 BvR 2216/06 („*Richterliche Rechtsfortbildung darf nicht dazu führen, dass der Richter seine eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzt [...].*“); BVerfG, Beschl. v. 25.1.2011 – 1 BvR 918/10; *Horn*, Einführung in die Rechtswissenschaft, Rn. 459; *Beaucamp/Treder*, Methoden, Rn. 255; *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 939; *Rüthers*, NJW 2011, 1856, 1858; *Hirsch*, ZRP 2006, 161; *Ossenbühl*, DVBl. 1994, 977, 980 („*Der parlamentarische Gesetzgeber kann legitimerweise irrational sein, den emotionalen Strömungen des Zeitgeistes nachgeben. [...] Anders der Richter. Seine Entscheidung lebt nach der Tradition deutscher Rechtskultur von der Überzeugungskraft seiner Begründung.*“).

¹⁴⁶⁶ Vgl. *Coing/Honsell*, in: Staudinger, Einl., Rn. 215; *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 938 f.

¹⁴⁶⁷ Vgl. *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, S. 194 f.; zu Ausnahmefällen: Kap. 2 A.III.3.b. 4. Fallgruppe.

Richters ausgegangen, falls er das Recht fortentwickelt.¹⁴⁶⁸ Regelmäßig ist der Gesetzgeber demnach auch in der Lage, durch gesetzliche Neuregelungen und Veränderungen des geltenden Rechts richterrechtliche Rechtsinstitute aufzuheben.¹⁴⁶⁹ Dem Gesetzesrecht kommt ein Geltungsvorrang gegenüber Richterrecht zu,¹⁴⁷⁰ falls es richterrechtlicher Rechtsfortbildung entgegensteht. Der Richter ist kein anderer Gesetzgeber, der gleichrangig neben die zur Rechtssetzung berufenen Staatsorgane tritt; er ist allenfalls ein „Ersatzgesetzgeber“¹⁴⁷¹ für rechtlich stimmige Fortentwicklungen des Rechts.¹⁴⁷²

aa) Bindung der Rechtsprechung an die Rechtsordnung, Art. 97 I, 20 III GG

Diesen Vorrang des Gesetzes verwirklichend binden die Art. 20 III, 97 I GG die Rechtsprechung an das formelle und materielle¹⁴⁷³ „Gesetz“. Hierzu zählt auch das Grundgesetz, weshalb eine unmittelbare Verfassungsbindung des Richters besteht.¹⁴⁷⁴ Die unmittelbare Verfassungsbindung des Richters ist ne-

¹⁴⁶⁸ BVerfG, Beschl. v. 14.2.1973 – 1 BvR 112/65 = BVerfGE 34, 269, 287 („Die Aufgabe der Rechtsprechung kann insbesondere erfordern, Wertvorstellungen, die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind, in einem Akt des bewertenden Erkennens, dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen, ans Licht zu bringen und in Entscheidungen zu realisieren. Der Richter muß sich dabei von Willkür freihalten; seine Entscheidung muß auf rationaler Argumentation beruhen. Es muß einsichtig gemacht werden können, daß das geschriebene Gesetz seine Funktion, ein Rechtsproblem gerecht zu lösen, nicht erfüllt.“); Durner, JA 2008, 7, 9 m.w.N.; Ipsen, Richterrecht und Verfassung, S. 239; Christensen, NJW 1989, 3194, 3195.

¹⁴⁶⁹ Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 8, Rn. 15; Ossenbühl, DVBl. 1994, 977, 979.

¹⁴⁷⁰ Jansen, Die betriebliche Mitbestimmung im Arbeitskampf, S. 113 m.w.N.

¹⁴⁷¹ Etwa: Melin, Gesetzesauslegung, S. 291; Rütters/Fischer/Birk, RML, Rn. 491; Söllner, ZG 1995, 1 ff.; Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 8, Rn. 14; Schäfer, Grundlagen des Rechts, S. 125, 130.

¹⁴⁷² Die Gerichte selbst scheuen oftmals diesen Begriff, weil „Ersatzgesetzgebung“ in ihrem Sprachgebrauch Richterrecht beschreibt, das den Rahmen zulässiger Rechtsfortbildung überschreitet (vgl. BVerfG, Beschl. v. 4.5.2011 – 1 BvR 1502/08 = NVwZ 2011, 991, 996; BVerwG, Urt. v. 29.8.2008 – 6 B 49/08; LSG NRW, Urt. v. 17.9.2008 – L 12 AS 57/07; LG München, Beschl. v. 29.5.2009 – 15 O 23548/08). Dies zeigt, dass die Richter sich auch bei richterrechtlicher Rechtsfortbildung als Rechtsanwender verstehen und überwiegend nicht in einer Rolle sehen (wollen), die der Befugnis des Gesetzgebers bei der Rechtssetzung gleichkommt.

¹⁴⁷³ Grzeszick, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 20 GG, Rn. 60 ff.; Ehlers, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 2, Rn. 39; Sachs, in: Sachs [Hg.], Art. 20 GG, Rn. 118; Durner, JA 2008, 7, 8.

¹⁴⁷⁴ Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 20 GG, Rn. 32, 38; Huster/Rux, in: BeckOK, Art. 20 GG, Rn. 156; Grzeszick, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 20 GG, Rn. 19; Durner, JA 2008, 7, 8. Auch wenn die Bindung des Gesetzgebers an die verfassungsmäßige Ordnung für

ben seiner Bindung an das einfache Recht insbesondere deshalb zu betonen, weil der Richter bei der Rechtsanwendung beiden Bindungen gerecht werden muss, indem er sie – soweit es ihm möglich ist – in Einklang bringt (bspw. durch eine verfassungskonforme Auslegung) oder ggf. eine konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 I GG anstrengt.¹⁴⁷⁵

Die Gesetzesbindung lässt sich wiederum näher in Vorbehalt (Art. 20 III GG)¹⁴⁷⁶ und Vorrang des Gesetzes (Art. 20 III, 97 I GG) untergliedern. Hieraus ergibt sich einerseits die Pflicht, so zu handeln, wie es das Gesetz vorsieht (sog. Anwendungsgebot) und andererseits die Pflicht, Handlungen zu unterlassen, die das Gesetz missachten würden (sog. Abweichungsverbot).¹⁴⁷⁷

Die Gesetzesbindung droht durch die Möglichkeit richterrechtlicher Rechtsfortbildung unterlaufen zu werden, weil Rechtssätze begründet werden, die in ihren Ergebnissen von den gesetzlichen Rechtssätzen abweichen, die ohne Rechtsfortbildung anzuwenden wären. Tatsächlich wird vereinzelt auch die Zulässigkeit von Richterrecht unter dem Hinweis auf die Gesetzesbindung des Richters bestritten.¹⁴⁷⁸ Andere Autoren bestreiten hingegen zumindest die Geltung des Vorbehalts des Gesetzes für richterrechtliche Rechtsfortbildung.¹⁴⁷⁹ In dieser Allgemeinheit ist weder die Kritik noch eine Aufgabe des Gesetzesvorbehaltes überzeugend.

Verwaltung und Exekutive nicht ausdrücklich wiederholt wird, kann nicht davon ausgegangen werden, dass diese Staatsgewalten nicht auch an das Grundgesetz gebunden wären (vgl. zu abweichenden Ansichten: *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 20 GG, Rn. 17). Die Verfassungsbindung von Exekutive und Judikative wird allerdings auch abweichend vom Gesetzesbegriff unterschiedlich begründet; vgl. etwa: *Sachs*, in: Sachs [Hg.], Art. 20 GG, Rn. 100; *Ehlers*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 6, Rn. 2. Jedenfalls bedarf es keiner Sondervorschrift wie Art. 1 III GG, um die einzelnen Staatsgewalten ihrerseits an die Verfassung zu binden; vgl. dazu: *Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat, S. 41.

¹⁴⁷⁵ So kann es bspw. erforderlich sein, dass der Richter das geltende Gesetz fortentwickelt, weil er ansonsten gegen seine verfassungsrechtlichen Bindungen verstoßen müsste (vgl. *Schäfer*, Grundlagen des Rechts, S. 125). Mit derartigen richterrechtliche Rechtsfortbildungen löst sich der Richter nicht von der Gesetzesbindung (i.S.e. unmittelbaren Verfassungsbindung), sondern er verwirklicht diese.

¹⁴⁷⁶ Die verfassungsrechtliche Ableitung des Gesetzesvorbehaltes ist im Einzelnen umstritten. Die Positionen schwanken dabei zwischen Art. 20 III GG, dem allgemeinen Rechtsstaatsprinzip (BVerfG, Beschl. v. 10.5.1988 – 1 BvR 482/84 = BVerfGE 78, 179, 197) teilweise i.V.m. dem Demokratieprinzip (etwa: *Maurer*, StaatsR, § 8, Rn. 20) oder den einzelnen Grundrechten. Die Geltung und der Inhalt dieses Prinzips wird hingegen in den Grundsätzen nicht bestritten.

¹⁴⁷⁷ BVerwG, Urt. v. 5.6.1986 – 3 C 12/82 = BVerwGE 74, 241, 248; *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 97 GG, Rn. 27; *Ehlers*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 2, Rn. 39; *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 257.

¹⁴⁷⁸ Vgl. *Hirsch*, JR 1966, 334, 339.

¹⁴⁷⁹ Vgl. *Classen*, JZ 2003, 693 ff.

Der Richter kann schließlich bei der Rechtsanwendung nur für die Fälle an ein Gesetz gebunden sein, für die überhaupt eine gesetzliche Regelung besteht.¹⁴⁸⁰ Sofern sich eine Regelungslücke offenbart, die dem gesetzgeberischen Plan widerspricht (d.h. tatsächlich planwidrig ist), kann der Richter mit ihrer Ausfüllung nicht gegen seine Gesetzesbindung verstoßen, weil er keine entgegengesetzten Anwendungsgebote oder –verbote des Gesetzes missachtet. Wenn man Gesetzesbindung zudem richtig als eine Bindung an den Regelungszweck einer Vorschrift versteht (und als Bindung an ihren Wortlaut), wird ihr ggf. erst eine richterrechtliche Rechtsfortbildung gerecht. Da der Richter nicht originär zur Rechtssetzung berechtigt ist, genügt er seiner Gesetzesbindung, solange er seine Fortentwicklungen in ausreichendem Maße auf das Gesetz (als einfaches Gesetz und Verfassung) zurückführen kann.¹⁴⁸¹ Der Richter muss dazu den gesetzgeberischen Regelungswillen auf die ihm vorliegende nicht geregelte Fragestellung „hochrechnen“¹⁴⁸². Die Gesetzesbindung wirkt in diesem Sinne auch bzgl. der Ausfüllung von Regelungslücken fort.

bb) Abweichungsmöglichkeit durch Bindung an „Gesetz und Recht“ i.S.d. Art. 20 III GG?

Rechtsdogmatisch wird ausgeführt, dass die Gesetzesbindung Richterrecht schon deshalb nicht entgegenstehen könne, weil Art. 20 III GG von einer richterlichen Bindung an Gesetz *und* Recht spricht.¹⁴⁸³ Die Frage, was der Begriff des „Rechts“ im Gegensatz zum „Gesetz“ umfasst, hat zu lebhaften juristischen Diskussionen geführt.¹⁴⁸⁴ Nach dem BVerfG soll jedenfalls ein „Mehr an Recht“ gegenüber der Gesetzesordnung möglich sein.¹⁴⁸⁵

Sofern unter dem Begriff des Rechts deshalb „Gerechtigkeit“ verstanden wird¹⁴⁸⁶ – welche zum Gesetz als staatlich gesetztes Recht in Widerspruch tre-

¹⁴⁸⁰ Vgl. *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 241, 883.

¹⁴⁸¹ *Rieble*, NJW 2011, 819, 820.

¹⁴⁸² *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 881.

¹⁴⁸³ Etwa: *Beaucamp/Treder*, Methoden, Rn. 250; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, S. 287; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 84; kritisch: *Hillgruber*, JZ 2008, 745, 746.

¹⁴⁸⁴ Ein Überblick über gängige vertretene Positionen findet sich bei: *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, S. 117 m.w.N.

¹⁴⁸⁵ BVerfG, Beschl. v. 14.2.1973 – 1 BvR 112/65 = BVerfGE 34, 269, 287; vgl. auch: *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, S. 287 m.w.N.; *Oppermann*, Unterlassungsanspruch und materielle Gerechtigkeit, S. 301.

¹⁴⁸⁶ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 17.12.1953 – 1 BvR 147/52 = BVerfGE 3, 58, 119; BVerfG, Beschl. v. 19.2.1957 – 1 BvR 357/52 = BVerfGE 6, 132, 138; BVerfG, Beschl. v. 14.2.1968 – 2 BvR 557/62 = BVerfGE 23, 98, 106; BVerfG, Beschl. v. 15.4.1980 – 2 BvR 842/77 = BVerfGE 54, 53, 68.

ten könne¹⁴⁸⁷ – muss diese Interpretation des Art. 20 III GG eingegrenzt werden. Nicht zulässig ist es, in dem überpositiven Rechtsbegriff einen Hinweis auf naturrechtliche Gerechtigkeitsvorstellungen zu sehen, die dem Grundgesetz vorgehen.¹⁴⁸⁸ Neben der Begründung eines inhaltlichen Widerspruchs zur richterlichen Gesetzesbindung nach Art. 97 I GG¹⁴⁸⁹ läuft eine solche Interpretation auf die Geltung eines vorrangigen naturrechtlichen Gerechtigkeitsbegriffs neben dem verfassungsrechtlichen Gerechtigkeitsbegriff hinaus, wie er insbesondere in Art. 1 ff., 20 GG enthalten ist. Wenn bereits im Hinblick auf das allgemeine Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes zu Recht gemahnt wird, dass „*nicht alles, was ‚gerecht‘ oder ‚richtig‘ erscheint, [...] auch rechtsstaatlich gefordert*“¹⁴⁹⁰ ist – und insofern die Überhöhung rechtspolitischer Forderungen als Verfassungsgebot droht –, gilt dies um ein Vielfaches mehr für die Annahme eines naturrechtlichen Gerechtigkeitsbegriffs, der sogar der Verfassung vorgelagert wäre. Die Annahme eines solchen grundgesetzlichen Verweises auf die Geltung von Naturrecht entspricht nicht dem Grundgesetz – sie hebt das Grundgesetz aus.¹⁴⁹¹

¹⁴⁸⁷ Etwa: *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 20 GG, Rn. 66; *Sachs*, in: Sachs [Hg.], Art. 20 GG, Rn. 103 f.; *Kirchhof*, in: Richterliche Rechtsfortbildung, S. 11, 12 f.

¹⁴⁸⁸ **A.A.:** *Weinkauff*, NJW 1960, 1689, 1695; *Hirsch*, ZRP 2006, 161; offengelassen: *Ebsen*, Gesetzesbindung und ‚Richtigkeit‘ der Entscheidung, S. 49; *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, S. 117 f. Auch das BVerfG hat in der Vergangenheit ausdrücklich Sympathien für die Möglichkeit einer Anwendung von überpositiven Rechtssätzen gezeigt; vgl.: BVerfG, Urt. v. 5.4.1952 – 2 BvH 1/52 = BVerfGE 1, 208, 230; BVerfG, Urt. v. 23.4.1991 – 1 BvR 1170/90 = BVerfGE 84, 90, 121.

¹⁴⁸⁹ Vgl. hierzu: *Maurer*, StaatsR, § 8, Rn. 13; *Huster/Rux*, in: BeckOK, Art. 20 GG, Rn. 158; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 20 GG, Rn. 38; *Krey*, JZ 1978, 465, 465 f.

¹⁴⁹⁰ *Maurer*, StaatsR, § 8, Rn. 9.

¹⁴⁹¹ *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 20 GG, Rn. 64; differenzierend in dem Sinne, dass jedenfalls durch „*Recht*“ i.S.d. Art. 20 III GG nicht die Geltung überpositiver Rechtssätze angeordnet werden könne: *Maurer*, StaatsR, § 8, Rn. 16. Einerseits würde die Geltung von Naturrecht die Dispositionsmöglichkeit über die Geltung von verfassungskonformen staatlich gesetztem Recht – und letztendlich auch der Verfassung selbst – beinhalten (*Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 20 GG, Rn. 64; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 20 GG, Rn. 38). Damit könnte derjenige, der – bewusst in Abgrenzung zur bestehenden Gesetzesordnung – über den Inhalt eines solchen Gerechtigkeitsbegriffs entscheiden würde, die Geltung von gerechten und ungerechten Gesetzen festlegen, ohne einer weiteren Rechtfertigung zu unterliegen. Dies ist insbesondere bedenklich, weil das jeweilige Gerechtigkeitsgefühl stark nach subjektiven Prägungen, politische oder religiöse Einstellungen und gesellschaftlichen Kontext variiert, was sich insbesondere daran zeigt, dass eine allgemeine Definition von Gerechtigkeit bislang nicht überzeugend formuliert werden konnte (*Hirsch*, JR 1966, 334, 338 – „*Vor allem aber wird man sich darüber klar sein müssen, daß wegen der Unmöglichkeit, die konkreten Inhalte einer objektiven vorrechtlichen Sollensordnung nachzuweisen, eine sich auf sie berufende Richterrechtsbildung allzu leicht dazu führt, daß spezifische weltanschauli-*

Vielmehr bietet das Grundgesetz selbst „ausreichende Sicherungen für eine materiell verstandene Gerechtigkeit.“¹⁴⁹² Allein die Wertungen, die sich aus der bestehenden Gesamtrechtsordnung ergeben (insbesondere auch aus dem Grundgesetz), bilden einen Ansatzpunkt für die Fortentwicklung des Rechts – und nicht ein davon gelöstes überpositives Gerechtigkeitsverständnis.¹⁴⁹³ Ein „Mehr an Recht“ bedeutet daher nur, dass die Gesamtrechtsordnung nicht mit der geschriebenen Rechtsordnung übereinstimmt.¹⁴⁹⁴ In diesem Sinne will wohl auch das BVerfG seine Formulierung verstanden wissen.¹⁴⁹⁵ So betont das Gericht, dass Recht auch i.S.v. Gerechtigkeit keine naturrechtliche Ausformung annimmt, sondern „Wertvorstellungen“ beinhaltet, „die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind“¹⁴⁹⁶. Sofern im Rahmen des Art. 20 III GG der Begriff des „Gesetzes“ ausschließlich kodifizierte (positive) Rechtssätze umschreibt und „Recht“ gerade ungeschriebene (überpositive) Rechtssätze/Gerechtigkeitsvorstellungen erfassen soll, die aber nicht außerhalb der verfassungsrechtlichen Ordnung begründet sind, ist eine Unter-

che Wertvorstellungen in die Judikatur Eingang finden. [...] Auch das Führerprinzip [...] umkleideten sich mit einer Art von naturrechtlichem Wahrheitsbegriff.“) Man kann die Einschätzungen teilen (und glauben), dass ein Ergebnis gerecht ist oder nicht; überprüfen lässt sich dieses Ergebnis mangels verbindlich anzulegenden Maßstabes nicht (in diesem Sinne auch: Hirsch, JR 1966, 334, 337 f. m.w.N.). Inwiefern sich derartige Gerechtigkeitsentscheidungen von reiner Rechtspolitik unter dem Vorwand der Gerechtigkeit unterscheiden sollen, ist nicht ersichtlich. Dem einzelnen Richter wird letztlich eine Entscheidungsmöglichkeit zugestanden, die zu einer willkürlichen Rechtsanwendung führen muss. Da das Ziel des Art. 20 III GG gerade in der Begrenzung staatlicher Macht liegt (Ipsen, Richterrecht und Verfassung, S. 120 f.), kann eine solche Ermächtigung zu derart willkürlichem richterlichen Handeln – wie sie ein naturrechtlicher Gerechtigkeitsbegriff beinhalten würde – nicht gemeint sein.

¹⁴⁹² Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 20 GG, Rn. 38; vgl. auch: Grzeszick, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 20 GG, Rn. 67, 69 m.w.N.; Horn, Einführung in die Rechtswissenschaft, Rn. 454; Rüthers/Fischer/Birk, RML, Rn. 264 ff.; Krey, JZ 1978, 465, 466.

¹⁴⁹³ So auch: Durner, JA 2008, 7, 9; Christensen, NJW 1989, 3194, 3195.

¹⁴⁹⁴ So auch: Oppermann, Unterlassungsanspruch und materielle Gerechtigkeit, S. 301; Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], Art. 20 GG, Rn. 91; Reimer, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle [Hg.], GrdVwR, Bd. I, § 9, Rn. 74; so wohl auch: Sachs, in: Sachs [Hg.], Art. 20 GG, Rn. 106; Voßkuhle/Kaufhold, JuS 2010, 116, 118; offengelassen: Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 20 GG, Rn. 38.

¹⁴⁹⁵ BVerfG, Beschl. v. 14.2.1973 – 1 BvR 112/65 = BVerfGE 34, 269, 286 f. („Das Recht ist nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze identisch. Gegenüber den positiven Satzungen der Staatsgewalt kann unter Umständen ein Mehr an Recht bestehen, das seine Quelle in der verfassungsmäßigen Rechtsordnung als einem Sinnanzien besitzt und dem geschriebenen Gesetz gegenüber als Korrektiv zu wirken vermag; es zu finden und in Entscheidungen zu verwirklichen, ist Aufgabe der Rechtsprechung.“).

¹⁴⁹⁶ BVerfG, Beschl. v. 14.2.1973 – 1 BvR 112/65 = BVerfGE 34, 269, 286 f.

scheidung von „*Gesetz und Recht*“ überzeugend. In diesem Verständnis ist die Formulierung des Art. 20 III GG auch nicht als rein „*tautologisch*“ zu bewerten.¹⁴⁹⁷

Art. 20 III GG räumt dem Richter somit *nicht* die Befugnis ein, unter Bezugnahme auf irgendeine/seine Gerechtigkeitsvorstellung Richterrecht auszubilden, weil ein bestimmtes Ergebnis des Gesetzes ungerecht ist. Die maßgebliche Gerechtigkeitsvorstellung, die ggf. den Ausspruch von Richterrecht rechtfertigt, kann immer nur eine Gerechtigkeit i.S.d. der materiellen Wertungen des Grundgesetzes sein. Eine weitergehende Befugnis des Richters wird durch „*Recht*“ i.S.d. Art. 20 III GG nicht begründet.

b) Anerkannte Grenzen richterrechtlicher Rechtsfortbildung

Ein deutsches Methodengesetz existiert nicht. Auch die Verfassung gibt keine bestimmte Rechtsanwendungsmethode vor.¹⁴⁹⁸ Daraus darf allerdings nicht der Rückschluss gezogen werden, dass die anzulegende Methode im Belieben des jeweiligen Rechtsanwenders stünde.¹⁴⁹⁹ Das BVerfG behält sich vor, Urteile für verfassungswidrig zu erklären, die aus einer willkürlichen Rechtsanwendung hervorgehen (insbesondere auch bei einer gerichtlichen Kompetenzüberschreitung zulasten der Legislative).¹⁵⁰⁰ Der Richter ist daher verpflichtet, sich bei der Rechtsanwendung bzw. -fortbildung nach allgemein „*anerkannten Methoden*“¹⁵⁰¹ zu richten.¹⁵⁰²

Dass das Grundgesetz selbst keine ausdrückliche Methodenwahl trifft, bedeutet nicht, dass die anzuwendenden Methoden nicht durch grundgesetzliche

¹⁴⁹⁷ So aber: *Jarass*, in: Jarass/Piero, Art. 20 GG, Rn. 38; *Schnapp*, in: von Münch/Kunig [Hg.], Art. 20 GG, Rn. 43; kritisch: *Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat, S. 92; *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, S. 117 f.; *Hirsch*, ZRP 2006, 161.

¹⁴⁹⁸ BVerfG, Beschl. v. 30.3.1993 – 1 BvR 1045/89 = BVerfGE 88, 145, 166 f. („*Eine bestimmte Auslegungsmethode [oder gar eine reine Wortinterpretation] schreibt die Verfassung nicht vor.*“); BVerfG, Beschl. v. 12.11.1997 – 1 BvR 479/92 = BVerfGE 96, 375, 394.

¹⁴⁹⁹ Vgl. zu anderen Meinungen: *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 704 m.w.N.

¹⁵⁰⁰ Etwa: BVerfG, Beschl. v. 12.11.1997 – 1 BvR 479/92 = BVerfGE 96, 375, 394 f.; BVerfG, Beschl. v. 29.4.1980 – 2 BvR 1441/79 = BVerfGE 54, 117, 124; BVerfG, Beschl. v. 5.7.1983 – 2 BvR 200/81 = BVerfGE 64, 389, 396 f.; BVerfG, Beschl. v. 24.4.1985 – 2 BvR 1248/82 = BVerfGE 69, 248, 253 f.; Piero/Schlink, GR, Rn. 1291 ff.

¹⁵⁰¹ BVerfG, Beschl. v. 12.11.1997 – 1 BvR 479/92 = BVerfGE 96, 375, 395; BVerfG, Beschl. v. 15.1.2009 – 2 BvR 2044/07 = BVerfGE 122, 248, 286.

¹⁵⁰² Vgl. BVerfG, Beschl. v. 17.5.1960 – 2 BvL 11/59 = BVerfGE 11, 126, 130; *Geserich*, DStR-Beih 2011, 59, 60, 62 f. m.w.N.; *Durner*, JA 2008, 7, 10 f.

Wertungen geprägt wären.¹⁵⁰³ Das BVerfG sieht die generelle Möglichkeit zur richterlichen Rechtsfortbildung bspw. „*durch Art. 20 Abs. 2 und 3 GG begrenzt.*“¹⁵⁰⁴ Neben diesem Vorrang des Gesetzesrechts existieren weitere allgemeine rechtliche Grenzen, die im Folgenden erläutert werden sollen.

aa) Planwidrige Regelungslücke

Nach dem bisher Dargestellten genügt es für eine richterrechtliche Rechtsfortbildung nicht, dass ein bestimmtes Ergebnis ohne sie nicht erreicht werden könnte.¹⁵⁰⁵ Dies zählt zum unzulässigen Bereich rechtspolitischer Intervention durch den Richter. Vielmehr muss feststehen, dass ein Fall ansonsten rechtlich unzutreffend gelöst bliebe. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das Fehlen einer Regelung planwidrig ist. Deshalb erfordert Richterrecht regelmäßig das Vorliegen einer solchen planwidrigen Regelungslücke,¹⁵⁰⁶ weil sie die An-

¹⁵⁰³ Rütters/Fischer/Birk, RML, Rn. 706 ff. („*Die Frage lautet: Wie müssen die Rechtsanwendungsmethoden beschaffen sein, damit sie diesem obersten Gebot richterlicher Tätigkeit – der Bindung an das Gesetz – gerecht werden?*“).

¹⁵⁰⁴ BVerfG, Beschl. v. 20.4.2010 – 1 BvR 1670/09 = NZS 2011, 18, 18.

¹⁵⁰⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 25.2.1994 – V ZR 63/93 = BGHZ 125, 218, 223; *Beaucamp/Treder*, Methoden, Rn. 274.

¹⁵⁰⁶ Etwa: BVerfG, Beschl. v. 27.12.1991 – 2 BvR 72/90 = NJW 1992, 1219, 1219 („*Die Auslegung von Gesetzen und die Fortbildung des Rechts gehören zu den anerkannten Aufgaben und Befugnissen der Gerichte [...]. Es ist allerdings erforderlich, sie gegenüber einer dem Gesetzgeber vorbehaltenen Gesetzeskorrektur abzugrenzen. Die vom Verfassungsrecht gezogene Grenze verläuft im allgemeinen dort, wo die Gerichte ohne das Vorhandensein einer sich aus Systematik und Sinn des Gesetzes ergebenden Lücke allein Berufung auf allgemeine Rechtsprinzipien, die eine konkrete rechtliche Ableitung nicht zulassen, oder aus rechtspolitischen Erwägungen neue Regeln oder Rechtsinstitute schaffen.*“); BVerfG, Beschl. v. 14.2.1973 – 1 BvR 112/65 = BVerfGE 34, 269, 286 ff.; BVerfG, Beschl. v. 9.2.1982 – 1 BvR 799/78 = BVerfGE 59, 330, 334; BVerfG, Beschl. v. 14.5.1985 – 1 BvR 233/81 = BVerfGE 69, 315, 371 f.; BVerfG, Beschl. v. 14.1.1986 – 1 BvR 209/79 = BVerfGE 71, 354, 362 f.; BVerfG, Beschl. v. 30.3.1993 – 1 BvR 1045/89 = BVerfGE 88, 145, 166 f.; BVerfG, Beschl. v. 12.11.1997 – 1 BvR 479/92 = BVerfGE 96, 375, 394 f.; BVerfG, Beschl. v. 8.4.1998 – 1 BvR 1773/96 = BVerfGE 98, 49, 59 f.; BVerfG, Beschl. v. 3.7.2003 – 1 BvR 238/01 = BVerfGE 108, 150, 159 f.; BVerfG, Beschl. v. 17.6.2004 – 2 BvR 383/03 = BVerfGE 111, 54, 81 f.; BVerfG, Beschl. v. 25.1.2011 – 1 BvR 918/10 = NJW 2011, 836, 837; *Sachs*, in: *Sachs* [Hg.], Art. 20 GG, Rn. 120; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, S. 472 ff.; *Huster/Rux*, BeckOK, Art. 20 GG, Rn. 158; *Schmidt-De Caluwe*, S. 160 ff.; *Canaris*, Feststellung von Lücken, S. 21; *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 47; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 82 f.; *Beaucamp/Treder*, Methoden, Rn. 274; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, S. 472 m.w.N.; *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 8, Rn. 6; *Ehlers*, in: *Erichsen/Ehlers* [Hg.], AllgVerwR, § 2, Rn. 64; *Jarass*, in: *Jarass/Piero*, Art. 20 GG, Rn. 42.

nahme einer abschließenden Kodifikation widerlegt.¹⁵⁰⁷ Im Spannungsverhältnis zwischen Rechtsverweigerungsverbot und Gesetzesbindung schafft die „Feststellung einer Gesetzeslücke [...] die rechtsstaatliche Ermächtigung, das Rechtsverweigerungsverbot die rechtsstaatliche Verpflichtung des Richters, die Lücke durch richterliche Normbildung zu schließen.“¹⁵⁰⁸ Demgegenüber besteht keine Rechtsfortbildungsberechtigung, falls eine Regelungslücke planmäßig sein sollte.¹⁵⁰⁹

Als planwidrige Regelungslücke wird allgemein eine „*planwidrige Unvollständigkeit innerhalb des positiven Rechts [...] gemessen am Maßstab der gesamten geltenden Rechtsordnung*“¹⁵¹⁰ bezeichnet.¹⁵¹¹ Die Unvollständigkeit kann sich dabei ggf. auch aus dem Fehlen einer Ausnahmeregelung ergeben.¹⁵¹² Die Definition bringt die Vorstellung zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Rechtsordnung einen einheitlichen Plan verfolgt, an dem sich Regelungen messen lassen können und sich gerade das Fehlen einer Regelung als Unvollständigkeit erweisen kann.¹⁵¹³ Als Konsequenz dieser Annahme korrigiert der Richter bei Schaffung von Richterrecht nicht etwa inhaltlich das Gesetz oder den Gesetzgeber, sondern macht sich dessen Plan zu Eigen, um eine unvollendete Kodifikation zu vollenden. Er korrigiert lediglich die sprachliche Fassung von Vorschriften, indem er diese ihrem erkannten Regelungszweck anpasst.¹⁵¹⁴

Sofern sich der Richter hingegen mit einer Rechtsfortbildung gleichermaßen über den Wortlaut und den erkannten Regelungszweck einer Vorschrift hinwegsetzen möchte, liegt der Fall anders, weil gerade nicht zugunsten der Regelungsabsichten des Gesetzes gestaltet wird. Ein solches Vorgehen ist nur unter besonderen zusätzlichen Sondervoraussetzungen denkbar.¹⁵¹⁵ Typisch ist für diesen Fall, dass die Regelungslücke nicht planwidrig

¹⁵⁰⁷ Vgl. Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. 1, Rn. 371.

¹⁵⁰⁸ Säcker, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, S. 123; vgl. auch: LAG Hamm, Urt. v. 17.6.1993 – 4 Sa 1714/92.

¹⁵⁰⁹ Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 8, Rn. 17.

¹⁵¹⁰ Canaris, Feststellung von Lücken, S. 39.

¹⁵¹¹ Dieser Definition folgend u.a.: Kramer, JML, S. 181; Rüthers/Fischer/Birk, RML, Rn. 832; Larenz/Canaris, MRW, S. 198; Beaucamp/Treder, Methoden, Rn. 274; Schmalz, Methodenlehre, Rn. 386 f.; Bydlinski, Juristische Methodenlehre, S. 473. Eine Planwidrigkeit ist also gegeben, soweit der tatsächliche Ist-Zustand eines Gesetzes von seinem ideellen Soll-Zustand nach der Gesamtrechtsordnung abweicht (Beaucamp/Treder, Methoden, Rn. 275).

¹⁵¹² Rüthers/Fischer/Birk, RML, Rn. 903, 939; Larenz/Canaris, MRW, S. 198.

¹⁵¹³ Teilweise wird sogar darauf hingewiesen, dass gerade die Vorstellung von einer lückenlosen Rechtsordnung zwingend in einer widersprüchlichen Rechtsordnung mündet (vgl. Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 8, Rn. 9).

¹⁵¹⁴ Vgl. Looschelders/Roth, Juristische Methodik, S. 225 f.

¹⁵¹⁵ Vgl. Kap. 2 A.III.3.b. 4. Fallgruppe.

ist, sondern die Auslassung vielmehr als beredtes Schweigen des Gesetzes (/ als Teil seines Regelungszweck) zu interpretieren ist.¹⁵¹⁶ Derartiges beredtes Schweigen kann gegenüber der planwidrigen Regelungslücke als planmäßige Regelungslücke bezeichnet werden.

Die Feststellung einer Lückenhaftigkeit des Gesetzes ist keine tatsächliche Feststellung, sondern bereits ein normatives Werturteil,¹⁵¹⁷ sofern es sich nicht um eine sog. offene Regelungslücke handelt (bspw. § 904 S. 2 BGB bzgl. des Anspruchsgegners)¹⁵¹⁸. Der Richter hat daher zu begründen, aus welchem rechtlichen Maßstab er die Unvollständigkeit ableitet. Der Rechtsanwender muss insofern – vor dem Hintergrund der anderen bestehenden Rechtssätze der Rechtsordnung – bei jeder Rechtsanwendung die Frage beantworten, ob das Fehlen einer bestimmten Regelung planwidrig oder planmäßig ist.¹⁵¹⁹ Bei dieser Begründung darf aufgrund des Vorrangs des Gesetzes nicht auf rechtspolitische Wunschvorstellungen zurückgegriffen werden. Der Richter muss vielmehr vor dem Hintergrund der tatsächlich getroffenen Regelungen der Gesamtrechtsordnung (*de lege lata*) begründen können, dass es sich um eine unvollständige Regelung handelt.

Die Planwidrigkeit einer Regelungslücke kann sich aus verschiedenen rechtlichen Bezugsnormen ergeben. *Larenz/Canaris* unterscheiden hierbei überzeugend Regelungslücken i.e.S. und Regelungslücken i.w.S. „*Von einer Lücke i.w.S. kann man dabei sprechen, wenn das Fehlen einer rechtlichen Regelung zwar nicht schon (wie bei der Lücke i.e.S.) gemessen am Plan des Gesetzes selbst, wohl aber gemessen an den Erfordernissen der Gesamtrechtsordnung*

¹⁵¹⁶ *Canaris*, Feststellung von Lücken, S. 39 f.; *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 8, Rn. 8 f.; *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 838; *Larenz/Canaris*, MRW, S. 191; *Beaucamp/Treder*, Methoden, Rn. 276.

¹⁵¹⁷ Vgl. *Canaris*, Feststellung von Lücken, S. 17; *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 97 GG, Rn. 69 f.; *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 834; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, Rn. 371.

¹⁵¹⁸ Hierzu: *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 847, 866. Allgemein werden nach rechtsdogmatisch wohl herrschendem Verständnis (vgl. *Canaris*, Feststellung von Lücken, S. 134; *Hutter*, Die Gesetzeslücke im Verwaltungsrecht, S. 33 ff.; *Larenz/Canaris*, MRW, S. 191 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 841 ff.; *Kramer*, JML, S. 183 ff.) folgende sich inhaltlich überschneidende Einzelformen von planwidrigen Regelungslücken unterschieden: Unterscheidung nach der *Kenntnis des Gesetzgebers* (bewusste und unbewusste Regelungslücken), dem *Zeitpunkt des Auftretens einer Lücke* (anfängliche und nachträgliche Regelungslücken), dem *Wortlaut des Gesetzes* (offene und verdeckte Regelungslücken) oder dem *Umfang der Lücke* (Norm-, Regelungs- und Gebietslücken).

¹⁵¹⁹ *Beaucamp/Treder*, Methoden, Rn. 275 („*Ob eine planmäßige oder eine planwidrige Lücke vorliegt, ist ein Auslegungsproblem.*“); *Larenz/Canaris*, MRW, S. 194; *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 8, Rn. 10.

als behebedungsbedürftige Unvollständigkeit erscheint.“¹⁵²⁰ Die Notwendigkeit, bei der Rechtsanwendung Planwidrigkeiten zu erkennen und zu korrigieren wird auch durch das verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot (Art. 3 I GG) gestützt.¹⁵²¹ Ob zwei Sachverhalte gleich oder ungleich sind wird dabei im Hinblick auf die Regelungsziele und Wertungen der Rechtsordnung ermittelt.

Der Umstand, dass der Richter für den Einzelfall die rechtsverbindliche Entscheidung über die Lückenhaftigkeit einer Kodifikation trifft und sich dadurch selbst zur Rechtsfortbildung berechtigt, mag für einen zurückhaltenden Umgang bei der Annahme von Regelungslücken sprechen.¹⁵²² Solange jedoch die Bereitschaft besteht, die Rechtsbindung aus Art. 20 III, 97 I GG ernst zunehmen und die richterrechtliche Rechtsfortbildung als rechtsdogmatische Ausnahmesituation zu begreifen, ist diese Befugnis nicht gegen den Gesetzgeber gerichtet. Vielmehr soll sie diesen bei der Verwirklichung seiner Regelungsziele unterstützen.¹⁵²³

bb) Tragfähige Begründung zur Lückenschließung durch Richterrecht

Eine planwidrige Regelungslücke allein rechtfertigt nicht jede denkbare Form richterrechtlicher Rechtsfortbildung. Der Richter muss vielmehr eine Fortbildung wählen, die ihrerseits der Gesamtrechtsordnung entspricht. Dazu ist es erforderlich, dass die Rechtsfortbildung auf die Gesamtrechtsordnung zurückgeführt werden kann. Der Richter muss deutlich machen, dass er bei einer Lückenschließung nicht seinem eigenen rechtspolitischen Gestaltungswillen nachgibt, sondern sein Ergebnis aus der Rechtsordnung gewinnt.¹⁵²⁴ Das Gesetz

¹⁵²⁰ Larenz/Canaris, MRW, S. 246.

¹⁵²¹ Vgl. Canaris, Feststellung von Lücken, S. 71 ff., 82 ff.; Larenz/Canaris, MRW, S. 193 f., 195 f.; Bydlinski, Juristische Methodenlehre, S. 473; Kirchhof, in: Richterliche Rechtsfortbildung, S. 11, 29; Gern, DÖV 1985, 558, 563 f.

¹⁵²² Vgl. Rütters/Fischer/Birk, RML, Rn. 822.

¹⁵²³ Dem Gesetzgeber steht es (zumindest theoretisch) jederzeit offen, durch eine andere Regelung die Lücke zu schließen, falls ihm die richterrechtliche Lösung der Rechtsprechung missfallen sollte. Allein aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber nicht aktiv gegen eine richterrechtliche Rechtsfortbildung vorgeht, darf allerdings noch nicht der Trugschluss gewonnen werden, dass die konkrete Rechtsfortbildung deshalb auch seinem Willen entspreche. Eine derartige Untätigkeit kann zahlreiche andere Gründe haben. Bspw. ist die Situation denkbar, dass mehrere Parteien für jeweils unterschiedliche Lösungen werben, die sich beide wiederum von der Lösung des Richterrechts unterscheiden, aber keine entsprechenden Mehrheiten für eine dieser Lösungen gewinnen können. In diesem Fall unterbleibt die Korrektur des Richterrechts durch ein neues Gesetz, obwohl es nicht den Willen des gegenwärtigen Parlamentes repräsentiert.

¹⁵²⁴ Vgl. BSG, Beschl. v. 9.6.1961 – GS 2/59 = BSGE 14, 238, 241 („Ein solcher Analogieschluss setzt voraus, daß das Gesetz eine Lücke aufweist; alsdann muß die Lücke aus

muss dem Richter (zumindest unausgesprochen) die Möglichkeit zu seiner konkreten Rechtsfortbildung eröffnen¹⁵²⁵ und die richterrechtliche Rechtsfortbildung muss sich widerspruchsfrei in die Gesamtrechtsordnung einfügen. Richterrechtliche Rechte und Pflichten, Ansprüche, Gestaltungsrechte und Einwendungen müssen deshalb im Gesetz angelegt sein.¹⁵²⁶

Für eine über den gesetzlichen Wortlaut hinausgehende Rechtsfortbildung kann sich diese Stütze nur aus dem Regelungszielen der Rechtsordnung ergeben. Der Richter muss daher – mit den Methoden der Auslegung – den Wertungsplan der Rechtsordnung für ein konkretes Rechtsproblem offenlegen und diesen dann auf unregelte Fallgestaltungen übertragen.¹⁵²⁷ Damit während dieses Übertragungsvorgangs die gesetzlichen Wertungen nicht untergehen/verfälschen, muss insbesondere das Verhältnis von Interessen und Wertungen so aufrechterhalten bleiben, wie es sich in der Rechtsordnung findet.¹⁵²⁸

dem Gesetz selbst ergänzt werden, d. h. die aus dem Gesetz zu entnehmenden Prinzipien müssen auf Fälle ausgedehnt werden, die den geregelten Tatbeständen rechtsähnlich sind [...].“); Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 8, Rn. 20; Schmidt-De Caluwe, S. 321 („Die Konstruktion des Herstellungsanspruchs muß sich auf methodisch konkretisierbare, hinreichend bestimmte rechtliche Wertentscheidungen gründen lassen; es bedarf daher einer möglichst engen Anbindung an die bestehende Rechtsordnung.“).

¹⁵²⁵ Vgl. Hillgruber, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 97 GG, Rn. 63; Rieble, NJW 2011, 819, 820.

¹⁵²⁶ Canaris, Feststellung von Lücken, S. 50; Geserich, DStR-Beih 2011, 59, 60.

¹⁵²⁷ Die Freiheit, die dem Richter bei diesem Fortbildungsprozess im Verhältnis zum Gesetzgeber zusteht, hat in der Vergangenheit eine Vielzahl von juristischen Bebilderungen der Fortentwicklung gefunden. Heck ging seinerzeit davon aus, dass der Gesetzgeber der „Herr des Rechts“ sei, während die Rechtsprechung als „Diener des Rechts“ bestrebt sein müsse, die vorgelegten Fällen im Willen des Herrn zu entscheiden (Heck, AcP 112 [1914], 1, 19 ff.). Von Festlegung des dauerhaften Grundsatzes (Gesetzgeber) und Konkretisierung für den gegenwärtigen Einzelfall (Rechtsprechung) geht hingegen Kirchhof aus (Kirchhof, in: Richterliche Rechtsfortbildung, S. 11, 16, 18; so auch: Geserich, DStR-Beih 2011, 59, 59). Eine noch weitaus freiere Interpretation wählt etwa Hirsch, der das Verhältnis von Gesetzgeber und Rechtsprechung in dem Verhältnis des Komponisten zu dem Interpreten eines Musikstückes wiedererkennen will. „Sucht man ein Bild, so passt meines Erachtens am ehesten das des Pianisten und Komponisten für das Verhältnis des Richters zum Gesetzgeber. Er interpretiert die Vorgaben, mehr oder weniger virtuos, er hat Spielräume, darf aber das Stück nicht verfälschen“ (Hirsch, ZRP 2006, 161; kritisch: Rüthers, NJW 2011, 1856 ff.). Treffend ist m.E. die Vorstellung von einer „Hochrechnung“ der gesetzlichen Wertungen auf den zu entscheidenden Fall (Rüthers/Fischer/Birk, RML, Rn. 881). Dieses Bild bringt das Bestreben zum Ausdruck, möglichst nüchtern die gefundenen Wertung der Gesamtrechtsordnung auf den vorliegenden Fall zu übertragen – und ggf. auch fortzuentwickeln – ohne einen eigenen (emotionalen) Variations-/Gestaltungsspielraum des Richters bei der Rechtsanwendung zu begrüßen.

¹⁵²⁸ Coing/Honsell, in: Staudinger, Einl., Rn. 215.

Um die rechtskonforme und möglichst vorhersehbare Fortentwicklung des Rechts sicherzustellen, hat die juristische Dogmatik verschiedene juristische Schlusstechniken herausgebildet. Ihre Gemeinsamkeit besteht in dem Versuch, den Ableitungsvorgang der Rechtsfortbildung aus dem Gesetz offenzulegen, weil auch die Ausfüllung einer planwidrigen Regelungslücke gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Grenzen unterliegt.¹⁵²⁹

(1) Analogie

Die praktisch bedeutsamste Rechtsfortbildungsmethode ist der *Analogieschluss* (vereinzelt *argumentum a simili*).¹⁵³⁰ Dieser dient der Schließung einer Regelungslücke, die sich gerade daraus ergibt, dass ein bestimmter Fall planwidrig nicht von den bestehenden gesetzlichen Vorschriften erfasst wird. Die Lösung des gesetzlich unregelmten Falls soll dann aus den Regelungen abgeleitet werden, die für inhaltlich vergleichbare gesetzlich geregelte Fälle gelten. Auf diese Weise wird eine planwidrig zu eng gefasste Regelung teleologisch auf die Fälle erweitert, die sie nach ihrer Zielsetzung eigentlich erfassen sollte. Wenn ein geregelter Sachverhalt S1 im Gesetz der Rechtsfolge R1 zugeordnet ist, bewirkt eine Analogie, dass R1 auch für einen vergleichbaren unregelmten Sachverhalt S2 Anwendung findet.¹⁵³¹ Schwierigkeiten bereitet oftmals die Ermittlung der notwendigen Vergleichbarkeit zwischen einem gesetzlich geregelten und dem gesetzlich unregelmten Fall. Schließlich stellte eine Vergleichbarkeit ein rein rechtliches Werturteil dar.¹⁵³² Aus einem anderen Blickwinkel wird teilweise

¹⁵²⁹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 6.12.2005 – 1 BvR 1905/02 = BVerfGE 115, 51, 66 ff.

¹⁵³⁰ Teilweise wird von der Analogie die *teleologische Extension* einer Vorschrift unterschieden (Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 8, Rn. 27 ff.; Larenz/Canaris, MRW, S. 216 ff.). Sie soll vorliegen, wenn eine Vorschrift nach ihrem Wortlaut zu eng gefasst ist und daher Anwendungsfälle nicht erfasst, die sie vor dem Hintergrund der mit ihr verfolgten Regelungsziele eigentlich erfassen sollte. Da ein eigenständiger Gehalt der sog. teleologischen Extension als Rechtsfortbildungsmethode neben dem Analogieschluss so nicht erkennbar ist, können auch die Fälle der teleologischen Extension als Analogie betrachtet werden (so auch: Bydlinski, Juristische Methodenlehre, S. 475; Rütters/Fischer/Birk, RML, Rn. 904 f.).

¹⁵³¹ Vgl. insgesamt zur Lückenschließung durch Analogie: Larenz/Canaris, MRW, S. 202 ff.; Beaucamp/Treder, Methoden, Rn. 260 ff.; Rütters/Fischer/Birk, RML, Rn. 889 ff.; Kramer, JML, S. 194 ff.; Zippelius, Juristische Methodenlehre, S. 67 ff.; Schmalz, Methodenlehre, Rn. 380 ff.; Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 8, Rn. 22 ff.; Bydlinski, Juristische Methodenlehre, S. 475.

¹⁵³² BVerfG, Beschl. v. 3.4.1990 – 1 BvR 1186/89 = BVerfGE 82, 6, 13; Gusy, DÖV 1992, 461, 462; Beaucamp/Treder, Methoden, Rn. 281 ff.; Rütters/Fischer/Birk, RML, Rn. 889, 896; Larenz/Canaris, MRW, S. 202 f., 10.

das Augenmerk darauf gelegt, ob rechtliche Unterschiede zwischen beiden Fällen bestehen, die die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen.¹⁵³³

Die Analogie wird vielfach als eine methodische Ausprägung von Art. 3 I GG verstanden, weil sie eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung verhindert.¹⁵³⁴ Zusätzlich wird von anderen Autoren ergänzt, dass eine Gleichbehandlung beider Sachverhalte auch zur Verwirklichung der Regelungsziele einer Vorschrift notwendig sein kann und dies bereits einen Analogschluss bedinge.¹⁵³⁵

Vielfach wird die Übertragung eines einzelnen Regelungsgedankens, der sich aus einer Einzelsvorschrift ergibt (sog. Gesetzes- oder Einzelanalogie), von der Übertragung eines Rechtsgedanken unterschieden, der zwar nicht in einer einzelnen Vorschrift enthalten ist, sich aber aus dem Zusammenspiel mehrerer Vorschriften ableiten lässt (sog. Rechts- oder Gesamtanalogie).¹⁵³⁶ Aufgrund dieser größeren Spielräume bereits bei der Ermittlung des anzuwendenden Rechtsgedankens wird eine Rechtsanalogie vielfach kritischer betrachtet als eine Gesetzesanalogie.¹⁵³⁷ Wenn man jedoch von der Möglichkeit einer systematischen Auslegung der Rechtsordnung ausgeht, ist die Rechtsanalogie ein logisch folgender Gedanke für die Rechtsfortbildung. Tatsächlich sind allerdings die Übergänge zwischen einer Gesamtanalogie und der Rechtsfortbildung mit Rücksicht auf ein Rechtsprinzip fließend.¹⁵³⁸

(2) *Teleologische Reduktion*

Das inhaltliche Gegenstück zum Analogschluss bildet die *teleologische Reduktion*. Diese dient der Schließung einer Regelungslücke, die sich daraus ergibt, dass ein bestimmter Fall planwidrig von einer gesetzlichen Vorschrift erfasst

¹⁵³³ Vgl. *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 68; *Würdinger/Bergmeister*, JURA 2007, 15, 17.

¹⁵³⁴ Etwa: *Dürig/Scholz*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 3 GG, Rn. 401; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Einl., Rn. 8; *Lindner*, NVwZ 2008, 170, 172; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 68; *Würdinger/Bergmeister*, JURA 2007, 15, 17; *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 889; *Beaucamp/Treder*, Methoden, Rn. 262; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, S. 304 ff.; *De Wall*, Anwendbarkeit im Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 100; *Gern*, DÖV 1985, 558, 563 f.; *Canaris*, Feststellung von Lücken, S. 25, 81; vgl. auch: BVerfG, Beschl. v. 6.12.2005 – 1 BvR 1905/02 = BVerfGE 115, 51, 67; vgl. auch für die Schweiz: *Kramer*, JML, S. 195 ff.

¹⁵³⁵ *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, S. 305 f.

¹⁵³⁶ *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 891 f.; *Larenz/Canaris*, MRW, S. 204 ff.; *Beaucamp/Treder*, Methoden, Rn. 286 ff.; *Kramer*, JML, S. 197 ff.; *Schmalz*, Methodenlehre, Rn. 397; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, S. 477 f.; *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 8, Rn. 26; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, S. 304 ff., 310 f.

¹⁵³⁷ Etwa: *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, Rn. 371.

¹⁵³⁸ *Beaucamp/Treder*, Methoden, Rn. 312; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, S. 312.

wird. Die Planwidrigkeit besteht also in dem Fehlen einer Ausnahmeregelung.¹⁵³⁹ Bei einer teleologischen Reduktion wird ein gesetzlich planwidrig geregelter Fall nicht nach der gesetzlichen Vorschrift entschieden, weil ihr Anwendungsbereich zu weit gefasst wurde; dadurch wird die Vorschrift auf andere – inhaltlich nichtvergleichbare – Fälle beschränkt, die der Gesetzgeber eigentlich mit dieser Regelung im Blick hatte. Der Unterschied zu einer restriktiven Auslegung der Vorschrift besteht darin, dass die nach dem Regelungszweck eigentlich notwendige Ausnahme nicht im Wortlaut der Vorschrift verwirklicht werden kann, weil der fragliche Fall eindeutig vom Wortlaut erfasst wird.¹⁵⁴⁰ Wenn für die Sachverhalte S1 und S2 nach dem Wortlaut einer Vorschrift gleichermaßen die Rechtsfolge R1 vorgesehen ist, bewirkt eine teleologische Reduktion daher, dass R1 auf S2 nicht länger Anwendung findet.¹⁵⁴¹ Schwierigkeiten bereitet hierbei oftmals die Feststellung der Unterschiedlichkeit der gleichermaßen gesetzlich geregelten Fälle, weil auch dies ein normatives Werturteil darstellt.¹⁵⁴² Der Regelungszweck muss die Verkürzung des Anwendungsbereichs der Vorschrift auf bestimmte Anwendungsfälle tragen.¹⁵⁴³ Insofern wird nicht das Gesetz bzgl. seiner gesetzlichen Wertungen oder Regelungsziele korrigiert, sondern allein die sprachliche Fassung eines Rechtssatzes dessen Wertungen angepasst.¹⁵⁴⁴

Die teleologische Reduktion hat das Ziel, Ungleiches unterschiedlich zu behandeln, falls kein Grund vorliegt, der eine Gleichbehandlung rechtfertigt. Insofern kann auch die teleologische Reduktion als eine methodische Ausprägung von Art. 3 I GG verstanden werden.¹⁵⁴⁵ Des Weiteren kann die Ungleichbehandlung beider Sachverhalte auch zur Verwirklichung des Regelungsziels ei-

¹⁵³⁹ Teilweise wird die teleologische Reduktion daher auch als Mittel zur Schließung von „Ausnahmelücken“ beschrieben (vgl. *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 903; *Kramer*, JML, S. 213 f.; kritisch: *Schmalz*, Methodenlehre, Rn. 402).

¹⁵⁴⁰ *Beaucamp/Treder*, Methoden, Rn. 291; *Schmalz*, Methodenlehre, Rn. 402.

¹⁵⁴¹ Vgl. insgesamt zur Lückenschließung durch teleologische Reduktion: *Schmalz*, Methodenlehre, Rn. 402 ff.; *Larenz/Canaris*, MRW, S. 210 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 902 ff.; *Kramer*, JML, S. 213 ff.; *Beaucamp/Treder*, Methoden, Rn. 290 ff.; *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 8, Rn. 32 ff.; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, S. 480 f.

¹⁵⁴² *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 902.

¹⁵⁴³ *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 8, Rn. 36; *Larenz/Canaris*, MRW, S. 211.

¹⁵⁴⁴ *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 903.

¹⁵⁴⁵ *Canaris*, Feststellung von Lücken, S. 82 ff.; *Larenz/Canaris*, MRW, S. 211; *Beaucamp/Treder*, Methoden, Rn. 290; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 65; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Einl., Rn. 8.

ner Vorschrift notwendig sein; dieses Ziel kann die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen.

(3) Weitere juristische Schlüsse

Weitere typische juristische Schlüsse sind der sog. Erst-Recht-Schluss (*argumentum a fortiori*), der Größen-Schluss (*argumentum a maiore ad minus* und *argumentum a minore ad maius*),¹⁵⁴⁶ der Umkehrschluss (*argumentum e contrario*)¹⁵⁴⁷ sowie der Schluss von der Natur der Sache und vom absurden Ergebnis (*argumentum ad absurdum*)¹⁵⁴⁸. Insbesondere der Umkehrschluss dient neben der Lückenfindung auch der Lückenschließung, weil er den Umfang der planwidrigen Regelungslücke näher konturiert und damit hilft, die gesetzlichen Wertungen offenzulegen, die eine richterrechtliche Rechtsfortbildung fortentwickeln könnte.¹⁵⁴⁹ Die eigenständige Bedeutung dieser Schlüsse ist für die Rechtsfortbildung ansonsten gering.

(4) Rechtsfortbildung mit Rücksicht auf ein Rechtsprinzip

Eine Rechtsfortbildung kann auch durch ein Rechtsprinzip gefordert sein, das eine andere Behandlung von bestimmten Fällen vorgibt als das geschriebene Gesetz. Derartige Prinzipien ergeben sich insbesondere aus der Verfassung (bspw. die Grundrechte oder der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit),¹⁵⁵⁰ können jedoch auch auf einfach-gesetzlicher Ebene für ein bestimmtes Rechtsgebiet als tragendem Rechtsgedanken entstehen (bspw. § 242 BGB oder Einl.

¹⁵⁴⁶ Vgl. *Beaucamp/Treder*, Methoden, Rn. 303 ff. m.w.N.; *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 897; *Kramer*, JML, S. 200 f.; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 68 f.; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, S. 479 f.; *Larenz/Canaris*, MRW, S. 208.

¹⁵⁴⁷ Vgl. *Canaris*, Feststellung von Lücken, S. 44 f. *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 899; *Kramer*, JML, S. 201; *Beaucamp/Treder*, Methoden, Rn. 300; *Schmalz*, Methodenlehre, Rn. 183; *Larenz/Canaris*, MRW, S. 209 f.

¹⁵⁴⁸ Etwa: *Larenz/Canaris*, MRW, S. 236 ff.; *Beaucamp/Treder*, Methoden, Rn. 309; *Schmalz*, Methodenlehre, Rn. 289, 400; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, S. 314 f. m.w.N.; zu Recht kritisch hierzu: *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 913 ff. m.w.N.; ausführlich zur Natur der Sache: *Dreier*, Zum Begriff der „Natur der Sache“; *Beaucamp/Treder*, Methoden, Rn. 299 m.w.N.

¹⁵⁴⁹ Vgl. allgemein zur Bedeutung des Umkehrschlusses für die Lückenfeststellung und -schließung: *Larenz/Canaris*, MRW, S. 210; *Canaris*, Feststellung von Lücken, S. 44 ff.

¹⁵⁵⁰ Der in diesem Zusammenhang (verschleiernde) Begriff der „*Verfassungskonkretisierung*“ wird hier bewusst nicht verwandt, da es sich um Rechtsfortbildung unter Rückgriff auf die Verfassung handelt; vgl. auch: *Özfirat-Skubinn*, Beamtenernennungen, S. 364, Fn. 611; *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, S. 187.

§§ 74, 75 PreußALR).¹⁵⁵¹ Dass Rechtsfortbildung im Hinblick auf Rechtsprinzipien insbesondere für die Schließung ganzer Rechts- oder Gebietslücken anerkannt wird, liegt nicht daran, dass die Bewertung als Rechts- oder Gebietslücke ein Abweichen von den üblichen juristischen Schlussmustern (Analogie, Reduktion, etc.) rechtfertigt; vielmehr fehlen einfach-gesetzliche Regelungen, an die bspw. für eine Analogie angeknüpft werden könnte.¹⁵⁵² Dass keine Rechtsnormen bestehen, die für eine Analogie, eine teleologische Reduktion u.a. herangezogen werden könnten, bedeutet allerdings nicht, dass eine einmal als planwidrig erkannte Regelungslücke bestehen bleiben dürfte.¹⁵⁵³

Der Rückgriff auf ein Rechtsprinzip unterscheidet sich allerdings von den anderen dargestellten Schlussmustern zur Lückenschließung. Mangels eines erkennbaren Plans des Gesetzgebers ergibt sich bereits die Planwidrigkeit einer Regelungslücke oftmals nicht aus einer Einzelvorschrift, sondern aus übergeordneten Prinzipien der gesamten Kodifikation – vielfach erst aus der Gesamtrechtsordnung (bspw. Grundrechte). Weil dem Gesetzgeber regelmäßig nicht der Wille unterstellt werden kann, dass er sich mit einer (unterlassenen) gesetzlichen Kodifikation gegen diese Prinzipien stellen wollte, werden diese Prinzipien zu einer Rechtsfortbildung im Sinne des Gesetzgebers genutzt.¹⁵⁵⁴ Der Richter wählt dabei die/eine Lösung, die dem Regelungsgehalt der Prinzipien entspricht und ihrerseits nicht andere Widersprüche innerhalb der Gesamtrechtsordnung hervorruft.

Dieses methodische Vorgehen wird in der Literatur vielfach als gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung beschrieben, weil die Lückenschließung erst innerhalb der Gesamtrechtsordnung vollzogen wird, statt (immanent) innerhalb eines einzelnen Gesetzeswerkes.¹⁵⁵⁵ Diese Bezeichnung suggeriert jedoch eine richterliche Freiheit, die in diesem Ma-

¹⁵⁵¹ *Larenz/Canaris*, MRW, S. 240 f.; *Larenz*, NJW 1965, 1, 7 f.; *Looschelders*, SchuldR AT, Rn. 61; *Schmidt-Kessel*, in: Prütting/Wegen/Weinreich [Hg.], § 242 BGB, Rn. 24.

¹⁵⁵² Vgl. zur Lückenschließung unter Rückgriff auf allgemeine Rechtsprinzipien: *Larenz/Canaris*, MRW, S. 232, 240 ff.; *Schmalz*, Methodenlehre, Rn. 416 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 906 ff.; *Beaucamp/Treder*, Methoden, Rn. 311 ff.; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, S. 311 ff.; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, S. 481 ff.

¹⁵⁵³ *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 8, Rn. 21, 49 f.; *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 908; vorsichtiger: *Schmidt-De Caluwe*, S. 320 f.

¹⁵⁵⁴ Dass insbesondere auch die Grundrechte als objektive Wertelemente (vgl. *Pieroth/Schlink*, GR, Rn. 94 f., 99; *Sachs*, in: Sachs [Hg.], vor Art. 1 GG, Rn. 32, 66 jeweils m.w.N.) für die Ausfüllung der bestehenden Regelungslücken genutzt werden, ist nicht verwunderlich, wenn schon unbestimmte Rechtsbegriffe des einfachen Gesetzes unter Zuhilfenahme dieser grundrechtlichen Wertungen ausgelegt werden (sog. mittelbare Drittwirkung von Grundrechten).

¹⁵⁵⁵ Etwa: *Kramer*, JML, S. 155 ff., 207 ff.; *Larenz/Canaris*, MRW, S. 232 ff.

ße bei der Rechtsfortbildung nicht existiert.¹⁵⁵⁶ Auch bei einer Rechtsfortbildung unter Berufung auf Rechtsprinzipien ist der Richter nicht originär zur Rechtssetzung berufen. Wenn der Gesetzgeber in einer Sachfrage im weiten Umfang keine Regelungen getroffen hat, besteht allenfalls ein weiter Spielraum der richterrechtlichen Rechtsfortbildung. Der Richter muss immer nachweisen können, dass seine Rechtsfortbildung tatsächlich auch auf ein Rechtsprinzip zurückgeführt werden kann.¹⁵⁵⁷ Im Hinblick auf den Vorrang des Gesetzes muss der Richter auch bei einem Rückgriff auf ein Rechtsprinzip die gesetzlichen Wertungen beachten, die sich in einem ansonsten unregulierten Rechtsgebiet finden bzw. dieses ergänzen.¹⁵⁵⁸ Dies gilt grds. auch für den Fall, dass der Richter eine gesetzliche Wertung findet, die seiner Ansicht nach im Hinblick auf ein Rechtsprinzip nicht haltbar ist. Wenn er nicht (mehr) von dem Willen des Gesetzgebers zur prinzipienkonformen Ausgestaltung der Rechtsordnung ausgehen kann, darf er sich grds. nicht durch einen unmittelbaren Rückgriff auf (höherrangige) Prinzipien von den tatsächlichen Wertungen des Gesetzes lösen.¹⁵⁵⁹

Zu bedenken ist jedoch, dass bei einer Rechtsfortbildung unter Berufung auf ein höherrangiges Rechtsprinzip trotzdem ein erhöhter eigener rechtspolitischer Wertungsspielraum des Richters gegeben ist. Aufgrund der Abstraktionshöhe bspw. von Grundrechten sind regelmäßig mehrere Lösungsmöglichkeiten denkbar, die diesen Prinzipien entsprechen würden (und gleichermaßen keinen Verfassungsverstoß bedeuten). Bei einem ansonsten nicht erkennbaren gesetzlichen Wertungsplan kann ein Richter unter Berufung auf ein Grundrecht zu dem gleichen Spielraum zulässiger wählbarer Lösungen gelangen, die auch dem Gesetzgeber offen stünden. Wenn keine weiteren gesetzlichen Wertungen erkennbar sind, die Auswahlmöglichkeit weiter eingrenzen, sucht das Gericht letztlich nach seinen eigenen Präferenzen eine Lückenschließungsmöglichkeit, die im Hinblick auf das Rechtsprinzip zulässig ist.¹⁵⁶⁰ Ein materieller Unter-

¹⁵⁵⁶ Kritisch zu dieser Bezeichnung auch: *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 912; *Beaucamp/Treder*, Methoden, Rn. 313; *Schmalz*, Methodenlehre, Rn. 419.

¹⁵⁵⁷ Bspw. könnte es nicht überzeugen, eine einfach-gesetzliche Schutzlücke unter Berufung auf Art. 4 I, II GG zu schließen, falls das fragliche Verhalten gar kein glaubensgeleitetes Handeln darstellt und somit nicht in den Schutzbereich des Grundrechtes fällt.

¹⁵⁵⁸ Vgl. *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 910, 912; *Larenz*, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen, S. 3.

¹⁵⁵⁹ BVerfG, Beschl. v. 27.12.1991 – 2 BvR 72/90 = NJW 1992, 1219, 1219.

¹⁵⁶⁰ Tatsächlich ist die rechtspolitische Machtfülle des einzelnen Richters, die mit einem solchen Gestaltungsspielraum einhergeht, weitaus größer als sie es in den entsprechenden rechtspolitischen Einflussbereichen unmittelbar demokratisch legitimierter Organe der Legislative wäre (*Kramer*, JML, S. 282 ff.; *Meier-Hayoz*, JZ 1981, 417, 422 – „*Sind in einem Dreierkollegium zwei Richter eher konservativ, so wird sich das viel stärker in den Entscheidungen niederschlagen, als wenn die gleichen zwei Parlamentarier sind.*“). Dies spricht für ein zurückhaltendes Vorgehen bei Lückenannahme und -schließung, nicht jedoch gegen die Methode an sich, unter Rückgriff auf ein Rechtsprinzip dort Recht fortzubilden, wo andere rechtliche Anknüpfungspunkte für eine Fortbildung feh-

schied zwischen originärer Rechtssetzung durch den Gesetzgeber und abgeleiteter Rechtsfortbildung durch die Gerichte ist dann kaum noch gegeben.¹⁵⁶¹

Selbst wenn sich Rechtsfortbildung unter Rückgriff auf ein Rechtsprinzip von den anderen Mitteln der Lückenschließung unterscheidet, handelt es sich dennoch um echte Lückenschließung (regelmäßig sog. Lücke i.w.S.).¹⁵⁶² Der Rückgriff auf Rechtsprinzipien muss in diesem Zusammenhang zur Schließung der planwidrigen Regelungslücke gehalten, weil kaum andere gesetzliche Vorschriften existieren, an die eine richterrechtliche Rechtsfortbildung anknüpfen könnte.¹⁵⁶³ Überhaupt sollten die verschiedenen Schluss-techniken nicht als starr und unbeweglich nebeneinander stehend verstanden werden. Bspw. kann die analoge Anwendung einer Vorschrift gerade dazu dienen, eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung von verschiedenen Personen auszuschließen.¹⁵⁶⁴ Die Analogie dient dann gleichermaßen Art. 3 I GG als Rechtsprinzip und dem Regelungsziel der Einzelschrift. Während die Analogie regelmäßig als Mittel zur Schließung von Lücken i.e.S. betrachtet wird,¹⁵⁶⁵ dient der Rückgriff auf Verfassungsprinzipien typischerweise der Schließung von Lücken i.w.S.¹⁵⁶⁶ Des Weiteren kann die teleologische Reduktion einer Vorschrift bspw. auch im Hinblick auf § 242 BGB erforderlich sein.¹⁵⁶⁷

len (so auch: *Larenz*, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen, S. 3.). Die Alternative, eine als planwidrig erkannte Regelungslücke bestehen zu lassen, wäre mit dem Rechtsverweigerungsverbot und der Entscheidungspflicht des Richters nicht vereinbar.

¹⁵⁶¹ Der wichtigste materielle Unterschied besteht dann in der Feststellung der Reichweite der Planwidrigkeit einer Regelungslücke, in der der Richter tätig werden darf. Denn auch die Annahme einer Rechtslücke entbindet das Gericht nicht von der Notwendigkeit, ihre Planwidrigkeit darzulegen, bevor es das Recht richterrechtlich fortentwickeln darf (vgl. *Larenz/Canaris*, MRW, S. 196 f.). Der Gesetzgeber muss eine derartige Planwidrigkeit nicht feststellen, um sein Tätigwerden zu legitimieren.

¹⁵⁶² *Larenz/Canaris*, MRW, S. 246; *Beaucamp/Treder*, Methoden, Rn. 311; *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, 906 ff.; *Schmalz*, Methodenlehre, Rn. 416, 421; *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 8, Rn. 21, 50.

¹⁵⁶³ Bspw. wurde die Störung der Geschäftsgrundlage vor der Schuldrechtsmodernisierung ebenso aus § 242 BGB abgeleitet wie ggf. ein Anspruch des Mieters gegen seinen Vermieter auf Kopie von mietrelevanten Unterlagen (BGH, Urt. v. 8.3.2006 – VIII ZR 78/05 = NJW 2006, 1419, 1421; *Larenz/Canaris*, MRW, S. 241 f.). Auch wenn einige Literaturstimmen diese Entwicklungen lieber als Auslegung des – vorsichtig formuliert wenig konkreten – § 242 BGB begreifen wollen (etwa: *Schmalz*, Methodenlehre, Rn. 430), handelt es sich tatsächlich um richterrechtliche Rechtsfortbildung unter Rückgriff auf das Rechtsprinzip des § 242 BGB (*Larenz/Canaris*, MRW, S. 241 f.).

¹⁵⁶⁴ Etwa: BVerfG, Beschl. v. 6.12.2005 – 1 BvR 1905/02 = BVerfGE 115, 51, 67 ff.; *Dürig/Scholz*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 3 GG, Rn. 401; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Einl., Rn. 8; *Lindner*, NVwZ 2008, 170, 172.

¹⁵⁶⁵ Vgl. *Kramer*, JML, S. 174 f.

¹⁵⁶⁶ Vgl. *Larenz/Canaris*, MRW, S. 240 ff.

¹⁵⁶⁷ Vgl. *Larenz/Canaris*, MRW, S. 215 m.w.N., 240 f.

(5) *Rechtsfortbildung ohne Rücksicht auf ein Rechtsprinzip?*

Darüber hinaus wird die Möglichkeit einer vollumfänglich freien richterrechtlichen Rechtsfortbildung diskutiert. Dabei wird überwiegend bestritten, dass ein Richter ohne Rückgriff auf ein (höherrangiges) Rechtsprinzip Richterrecht entwickeln darf; wenn bspw. die Verfassung eine Rechtsfrage offenlässt, wird eine Befugnis zur Lückenschließung zu Recht abgelehnt.¹⁵⁶⁸ Die Fragestellung wird jedoch vielfach unter dem falschen Gesichtspunkt diskutiert. Wenn auch die Verfassung eine Regelungslücke zulässt, wird bereits die Planwidrigkeit dieser Regelungslücke nicht überzeugend dargelegt werden können. Eine derartige allein rechtspolitische Regelungslücke berechtigt den Richter nicht zur Rechtsfortbildung. Sofern der Rechtsanwender hingegen im Hinblick auf ein Verfassungsprinzip eine planwidrige Regelungslücke feststellen kann, lässt sich regelmäßig auch das Ergebnis seiner Rechtsfortbildung auf dieses Prinzip zurückführen. Insofern ist zumindest eine lückenschließende Rechtsfortbildung nicht denkbar, die nicht zumindest auf ein Rechtsprinzip zurückgeführt werden kann.

cc) Unterscheidung zwischen Feststellung einer Regelungslücke und ihrer Ausfüllung?

Nach dem bisher Dargestellten scheint die Frage nach der Planwidrigkeit einer Regelungslücke das „Ob“ richterrechtlicher Rechtsfortbildung zu betreffen, während die Frage nach dem Mittel der Schließung dieser Regelungslücke dem „Wie“ richterrechtlicher Rechtsfortbildung zuzuordnen wäre.¹⁵⁶⁹ Zu Recht hat sich jedoch die rechtsdogmatische Erkenntnis durchgesetzt, dass Feststellung und Ausfüllung planwidriger Regelungslücken nicht immer trennscharf voneinander abzugrenzen sind.¹⁵⁷⁰ Vielmehr werden häufig dieselben rechtlichen Wertentscheidungen, aus denen die Planwidrigkeit einer Regelungslücke abgeleitet wird, auch dazu genutzt, die planwidrige Regelungslücke rechtskonform zu schließen.¹⁵⁷¹ Man kann von daher sogar die Frage stellen, ob eine Rege-

¹⁵⁶⁸ Etwa: Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. 1, Rn. 451 ff.; Larenz/Canaris, MRW, S. 247.

¹⁵⁶⁹ Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 8, Rn. 20.

¹⁵⁷⁰ Vgl. Larenz/Canaris, MRW, S. 220 f.; Canaris, Feststellung von Lücken, S. 71 ff., 148 ff.; Bydlinski, Juristische Methodenlehre, S. 474; Kramer, JML, S. 182 („Lückenfeststellung und Lückenschließung gehen Hand in Hand.“).

¹⁵⁷¹ So kann man bspw. in Bezug auf den Analogieschluss feststellen, dass das Fehlen einer bestimmten Regelung sich häufig gerade dadurch als planwidrige Regelungslücke of-

lungslücke überhaupt planwidrig sein kann, falls sie nicht durch juristische Schlüsse vervollständigt werden kann.¹⁵⁷²

Ein entscheidender Unterschied zwischen Feststellung und Ausfüllung planwidriger Regelungslücken wird aber vielfach übergangen. Selbst wenn von richterrechtlicher *Rechts*-fortbildung gesprochen wird, wird nicht das Recht als solches fortgebildet, sondern das lückenhafte Gesetz. Die Rechtsordnung als solche wird nicht erweitert, weil sie bereits als (zumindest funktionsfähige) Gesamtheit angesehen wird.¹⁵⁷³ Rechtsfortbildung ist daher regelmäßig Gesetzesfortbildung.¹⁵⁷⁴ Deshalb liegt auch das Ergebnis der Rechtsfortbildung regelmäßig auf der Ebene des einfachen Rechts/Gesetzes, das fortgebildet werden soll.¹⁵⁷⁵

Dieses Ergebnis erscheint bei den Methoden der Lückenschließung selbstverständlich, die von den Zielen des einfachen Gesetzes selbst ausgehen (bspw. Analogie, teleologische Reduktion etc.). Weniger einleuchtend wirkt dieses Ergebnis, falls die lückenschließende Rechtsfortbildung unter Rückgriff auf das höherrangige Rechtsprinzip einer anderen Rechtsebene erfolgt (insbesondere der Verfassung). Auch der Rückgriff auf ein höherrangiges Rechtsprinzip führt nicht dazu, dass der Richter sein Ergebnis selbst (als unmittelbarer Bestandteil) in diesem Prinzip verankert. Das Prinzip dient dem Richter lediglich dazu, die für seine beabsichtigte Gesetzesfortbildung maßgeblichen einschlägigen Wertungen zu finden, anhand derer er das lückenhafte Gesetz rechtskonform fortentwickeln kann. Das für die Rechtsfortentwicklung maßgebliche Ergebnis des Richters ist regelmäßig nicht gleichbedeutend mit dem Inhalt einer Verfassungsbestimmung und steht daher keinesfalls selbst im Rang eines Verfas-

fenbart, weil ein vergleichbarer anderer Fall in das Gesetz aufgenommen wurde und nicht ersichtlich ist, warum dann nicht auch der nicht geregelte Fall dieser Lösung zugeführt werden soll (*Larenz/Canaris*, MRW, S. 195 f.). In dem Versuch, die planwidrige Regelungslücke dann im Sinne des Gesetzes zu schließen, wird wiederum auf die Rechtsfolge der vergleichbaren Vorschrift zurückgegriffen und diese analog angewandt. Dieselbe Regelung kann insofern die Planwidrigkeit begründen und die Planmäßigkeit herstellen. Diese Feststellung gilt nicht allein für die Analogie, sondern ist auf die anderen Schlusstechniken zur Lückenfüllung übertragbar. Selbst der Schluss vom absurden Ergebnis – sofern man ihn überhaupt als eigenes juristisches Schlussargument anerkennen möchte – kann bereits dazu genutzt werden, die Planwidrigkeit des Fehlens einer Regelung offenzulegen (bspw. weil jemand ohne entsprechende Ausnahmenvorschrift zu einem unsinnigen Tun verpflichtet wird).

¹⁵⁷² In diesem Sinne: *Kramer*, JML, S. 182 Fn. 549; kritisch hingegen: *Canaris*, Feststellung von Lücken, S. 47.

¹⁵⁷³ Vgl. Kap. 2 A.III.2.b.aa.

¹⁵⁷⁴ *Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, S. 101.

¹⁵⁷⁵ Vgl. *Kirchhof*, in: Richterliche Rechtsfortbildung, S. 11, 13; *Papier*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 34 GG, Rn. 40.

sungsgutes.¹⁵⁷⁶ Vielmehr stellt der Richter in Übereinstimmung mit der Verfassung die erforderliche Regelung auf, die der Gesetzgeber unterlassen hat. Wenn der Gesetzgeber diese Regelung selbst aufgestellt hätte, hätte sie den Rang des einfachen Rechts. Dies gilt auch für den Fall, dass mit dieser Regelung inhaltlich eine zwingende Verfassungsbestimmung umgesetzt werden sollte.¹⁵⁷⁷ Die Annahme, dass ein Richter, der als „Ersatzgesetzgeber“ ein lückenhaftes Gesetz ergänzt, seine Rechtsfortbildung nun unmittelbar auf einer anderen Rechtsebene (bspw. der Verfassungsebene) ansiedeln könnte, als wenn der Gesetzgeber tatsächlich tätig geworden wäre, ist nicht überzeugend.¹⁵⁷⁸ Die Befugnis, Rechtsfortbildungen mit Verfassungsrang vorzunehmen, kommt allenfalls dem BVerfG zu¹⁵⁷⁹ – aber keinesfalls den jeweiligen Fachgerichten.¹⁵⁸⁰

¹⁵⁷⁶ Besonders deutlich lassen sich diese Ausführungen mit dem öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch belegen. Dieser Anspruch wird vielfach unter Rückgriff auf die verfassungsrechtlichen Gebote des Abwehrgehaltes von Grundrechten (*status negativus*) oder einem staatshaftungsrechtlichen Gehalt des Rechtsstaatsprinzips abgeleitet. Unabhängig davon will das BVerwG unter Zustimmung der Literatur dem öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch selbst lediglich den Rang von einfachem Bundesrecht zumessen (vgl. BVerfG, Urt. v. 19.10.1982 – 2 BvF 1/81 = BVerfGE 61, 149, 202 f.; BVerwG, Urt. v. 25.8.1971 – IV C 23/69 = NJW 1972, 269; *Ipsen*, AllgVerwR, Rn. 1340; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 366; *Wallerath*, DÖV 1987, 505, 513 ff.; *Fiedler*, NVwZ 1986, 969, 971; *Papier*, JuS 1975, 184, 186; *Schneider*, Folgenbeseitigung, S. 80; *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 20; *ders.*, JURA 1993, 478, 480; *Bachof*, DÖV 1971, 859 ff.; *Rupp*, DVBl. 1972, 232, 232 f.).

¹⁵⁷⁷ *Ipsen*, AllgVerwR, Rn. 1340, Fn. 9 („Die Parallele zur Parlamentsgesetzgebung liegt auf der Hand. Auch wenn das Parlament ein verfassungsrechtlich notwendiges Gesetz erlässt, hat dieses nicht Verfassungsrang.“); *Papier*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 34 GG, Rn. 40.

¹⁵⁷⁸ Bei einem anderen Verständnis droht eine Machtstellung des (Fach-) Richters gegenüber dem Gesetzgeber, die mit der Gewaltenteilung nicht mehr vereinbar wäre. Denn dann könnte der Richter durch den Rückgriff auf Verfassungsprinzipien mit seinem Richterrecht Vorgaben für eine Ausgestaltung des Rechtsgebietes durch den Gesetzgeber treffen, der aufgrund seiner unmittelbaren Verfassungsbindung (Art. 20 III Hs. 1 GG) auch an derartige richterrechtliche Rechtsfortbildungen von Verfassungsrang gebunden wäre.

¹⁵⁷⁹ *Ipsen*, AllgVerwR, Rn. 1340; vgl. kritisch zu derartigen Rechtsfortbildungsbeispielen aus der Rechtsprechung des BVerfG: *Rieble*, NJW 2011, 819, 821 f. m.w.N.

¹⁵⁸⁰ Dass der Fachrichter bei einer Rechtsfortbildung unter Rückgriff auf Verfassungsnormen indirekt auch Aussagen über den Inhalt dieser Verfassungsbestimmungen zu dem ihm vorliegenden Sachverhalt trifft (und ggf. auch für das folgende rechtswissenschaftliche Verständnis etabliert), lässt sich bei dieser Form der Rechtsfortbildung nicht vermeiden. Da dieses Verständnis der Fachgerichte jedoch nicht unmittelbar für den Gesetzgeber bindend ist, greift es einer maßgeblichen Interpretation durch das BVerfG nicht vor. Der Fachrichter entscheidet daher nicht über den Inhalt des Verfassungsprinzips für den ihm vorliegenden Fall, sondern stellt die fehlende Regelung seines Fachgebietes auf, die er in Übereinstimmung mit den Forderungen der Verfassungsprinzipien für erforderlich hält.

Wenn Gewohnheitsrecht der Rechtsmaterie zugeordnet wird, innerhalb derer die tatsächliche Übung erfolgt, muss dies auch für das Richterrecht gelten. Kompetenzrechtlich erfolgt die Zuordnung dann zu dem Gesetzgeber (Bundes- oder Landesgesetzgeber), der nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes für diese Rechtsmaterie zuständig ist.¹⁵⁸¹ Daher kann auch davon ausgegangen werden, dass „*Richterrecht zum Bundesrecht*“ auch „*Teil des Bundesrechts*“¹⁵⁸² ist, während „*Richterrecht zum Landesrecht*“ entsprechend auch selbst „*Teil des Landesrechts*“ wird.

dd) Ausschluss richterrechtlicher Lückenschließung/Grenzen des Richterrechts

Auch wenn ein Richter eine planwidrige Regelungslücke feststellt hat und nachweisen kann, dass er seine lückenschließende richterrechtliche Rechtsfortbildung in ausreichendem Maße aus der Gesamtrechtsordnung ableitet, ist lückenschließendem Richterrecht dennoch Grenzen gesetzt.

(1) Begrenzung durch die Gesamtrechtsordnung

Die konkrete richterrechtliche Rechtsfortbildung muss sich widerspruchsfrei in die Gesamtrechtsordnung (Verfassung und einfache Gesetze) einfügen lassen, um die planwidrige Regelungslücke auf rechtsdogmatisch zulässige Weise zu schließen. Aus Art. 20 III GG folgt eine unmittelbare Bindung sowohl des Parlamentsgesetzgebers als auch des Richters an die Verfassung und insbesondere an die Grundrechte (Art. 1 III GG). Ebenso wenig wie der Gesetzgeber mit dem Erlass eines (einfachen) Gesetzes materiell gegen die Verfassung verstoßen darf, steht es dem Richter zu, mit seiner richterrechtlichen Rechtsfortbildung gegen das Grundgesetz zu verstoßen. Das BVerfG betont als verfassungsrechtliche Grenzen richterrechtlicher Rechtsfortbildung insbesondere Rechtssicherheit, Bestimmtheit und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.¹⁵⁸³

Anders als der Gesetzgeber sind die Gerichte durch Art. 20 III, 97 I GG aber auch an die Regelungen des einfachen Rechts gebunden. Richterrechtliche Rechtsfortbildung darf daher auch nicht gegen einfach-gesetzliche Anordnungen verstoßen (Vorrang des Gesetzes). Aus der einfach-gesetzlichen Rechts-

¹⁵⁸¹ Vgl. BVerfG, Urt. v. 19.10.1982 – 2 BvF 1/81 = BVerfGE 61, 149, 203 f.; *Uhle*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 70 GG, Rn. 47, 49; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Art. 70 GG, Rn. 4; vgl. zu den Schwierigkeiten der Zuordnung im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz: *Uhle*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 70 GG, Rn. 47 m.w.N.

¹⁵⁸² BAG, Urt. v. 10.6.1980 – 1 AZR 822/79 = BAGE 33, 140, 160.

¹⁵⁸³ BVerfG, Beschl. v. 17.6.2004 – 2 BvR 383/03 = BVerfGE 111, 54, 82.

ebene können sich daher sog. bereichsspezifische Grenzen für die richterliche Rechtsfortbildung ergeben (bspw. Analogieverbote).¹⁵⁸⁴ Ferner setzen sich die vorhandenen gesetzlichen Vorgaben/Wertungen im Vorgang der Lückenschließung selbst fort. Wenn aus einer bestimmten Gesetzesvorschrift der Schluss zu ziehen ist, dass der Gesetzgeber hier die Möglichkeit richterrechtlicher Rechtsfortbildung ausgeschlossen hat, darf sich der Richter aufgrund seiner Gesetzesbindung (Art. 20 III, 97 I GG) nicht über diese gesetzliche Entscheidung hinwegsetzen. Es ist deshalb für jede beabsichtigte Form richterrechtlicher Rechtsfortbildung gesondert zu prüfen, ob das Gesetz, das fortgebildet werden soll, diese konkrete Rechtsfortbildung zulässt oder ausschließt. Die Grenzen, die sich für eine konkrete richterrechtliche Rechtsfortbildung aus der Gesetzesbindung der Gerichte ergeben, lassen „*sich nicht in einer Formel erfassen, die für alle Rechtsgebiete und für alle von ihnen geschaffenen oder beherrschten Rechtsverhältnisse gleichermaßen gälte.*“¹⁵⁸⁵ Die Besonderheiten des jeweiligen Rechtsgebietes sind immer in die Frage nach den Grenzen richterrechtlicher Rechtsfortbildung miteinzubeziehen.¹⁵⁸⁶

(2) Begrenzung durch Art. 93 I Nr. 2, 100 GG

Eine bestehende gesetzliche Regelung kann insbesondere im Hinblick auf Verfassungsnormen unvollständig oder unzureichend erscheinen. Da nach Art. 20 III, 97 I GG gleichermaßen eine Bindung an das einfache Gesetz und an die Verfassung besteht, tritt die Frage auf, welcher Bindung der Richter im Konfliktfall nachkommen muss. Hierzu ergibt sich aus Art. 100 I GG, dass dem Fachgericht jedenfalls nicht unbeschränkt die Möglichkeit zusteht, gesetzgebe-

¹⁵⁸⁴ Bekannte Beispiele für bereichsspezifische Grenzen richterrechtlicher Rechtsfortbildung bilden bspw. Art. 103 II GG, § 1 StGB oder § 3 OWiG, die verschärfende Rechtsfortbildung zu Lasten der Betroffenen ausschließen (vgl. BVerfG, 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 = BVerfGE 126, 170, 194; *Kirchhof*, in: Richterlicher Rechtsfortbildung, S. 31 ff.; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 103 GG, Rn. 231 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 823a ff.; *Lackner*, in: Richterliche Rechtsfortbildung, S. 39 ff.; *Hopfauf*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], vor Art. 92 GG, Rn. 15). Auch für Disziplinarrecht oder das Steuerrecht werden belastende Rechtsfortbildungen kritisch beurteilt (*Beaucamp/Treder*, Methoden, Rn. 267 m.w.N.; *de Wall*, Anwendbarkeit im Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 94 m.w.N.). Für das Sozialrecht wird die Möglichkeit eines Ausschlusses richterrechtlicher Rechtsfortbildung insbesondere im Hinblick auf den einfach-gesetzlichen Gesetzesvorbehalt des § 31 SGB I diskutiert; vgl. hierzu: Kap. 2 B.II.2.B.aa.

¹⁵⁸⁵ BVerfG, Beschl. v. 14.2.1973 – 1 BvR 112/65 = BVerfGE 34, 269, 288; zustimmend: *Beaucamp/Treder*, Methoden, Rn. 258; *Möllers*, JZ 2009, 668, 673.

¹⁵⁸⁶ Vgl. *Kirchhof*, in: Richterlicher Rechtsfortbildung, S. 31 ff.

rische Regelungen i.S.d. jeweiligen Landesverfassung oder des Grundgesetzes zu korrigieren.¹⁵⁸⁷ Art. 100 I GG räumt dem Fachgericht gerade keine Verwerfungs- oder Korrekturkompetenz bei Annahme der Verfassungswidrigkeit einer Gesetzesvorschrift ein, sondern begründet eine Vorlagepflicht zum jeweiligen Verfassungsgericht (sog. konkrete Normenkontrolle). Der Ausspruch der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes bleibt deshalb grds. den Verfassungsgerichten vorbehalten (vgl. Art. 100, 93 I Nr. 2 GG), während sich die Fachgerichtsbarkeit nicht – mittels Rechtsfortbildung – über ein einfaches Gesetz hinwegsetzen darf, falls es nicht für verfassungswidrig erklärt wurde.

Eine andere Situation ist jedoch gegeben, wenn der Gesetzgeber zwar den Willen hat, die Verfassung zu beachten, aber die sprachliche Fassung des Gesetzes dies nicht zum Ausdruck bringt. In diesem Fall handelt ein Fachrichter, der die äußere Fassung des Gesetzes dem inneren Willen des Gesetzgebers angleicht, wiederum in Übereinstimmung mit dem Willen des Gesetzgebers. Schließlich darf dem Gesetzgeber grds. der Wille zu einer verfassungs-/prinzipienkonformen Ausgestaltung der Rechtsordnung unterstellt werden. Ein derartiger Wille darf allerdings nicht entgegen eindeutiger, tatsächlich anderer Anordnungen des Gesetzgebers zur bloßen Fiktion verkommen. Insofern bestehen inhaltliche Parallelen zur Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung von Gesetzesvorschriften.¹⁵⁸⁸ Wenn die Auslegung des Gesetzes ergibt, dass eine Vorschrift einen Sachverhalt sowohl eindeutig wörtlich (nicht) erfasst, als auch nach ihrem erkannten Sinn und Zweck (nicht) erfassen soll, darf diese gesetzgeberische Entscheidung nicht durch Richterrecht korrigiert werden.¹⁵⁸⁹ Eine solche – von einer Lückenschließung zu unterscheidende – Geset-

¹⁵⁸⁷ Ipsen, Richterrecht und Verfassung, S. 163 („Die Normenkontrolle nach Art. 100 I GG ist kein Institut zur ‚Reinhaltung‘ des Rechts von Verfassungsverstößen, sondern löst eine Konfliktsituation, in der sich der an Gesetz und Verfassung gleichermaßen gebundene Richter befindet.“).

¹⁵⁸⁸ Besonders deutlich wird die Grenze des Willens des Gesetzgebers im Zusammenhang mit der Auslegungsmethode der verfassungskonformen Auslegung (vgl. Rüthers/Fischer/Birk, RML, Rn. 763 ff.; Bydlinski, Juristische Methodenlehre, S. 456; Larenz/Canaris, MRW, S. 159 ff.; Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7, Rn. 22). Wenn mehrere Auslegungsergebnisse einer Vorschrift denkbar sind, darf/muss der Richter davon auszugehen, dass der Gesetzgeber mit seiner Regelung keine verfassungswidrigen Zustände schaffen wollte. Der Auslegung des Gesetzes ist dann auf die verfassungskonformen Auslegungsergebnisse zu beschränken. Eine verfassungskonforme Auslegung entgegen dem eindeutigen Wortlaut und klar erkennbaren Willen des Gesetzes ist allerdings nicht möglich (BVerfG, Beschl. v. 30.6.1964 – 1 BvL 16/62 = BVerfGE 18, 97, 111; BVerfG, Beschl. v. 19.6.1973 – 1 BvL 39/69 = BVerfGE 35, 263, 280). In diesen Fällen muss der Fachrichter vor dem BVerfG ein Normkontrollverfahren nach Art. 100 I 1 GG bzgl. der verfassungswidrigen Vorschrift anstreben.

¹⁵⁸⁹ BVerfG, Beschl. v. 27.12.1991 – 2 BvR 72/90 = NJW 1992, 1219, 1219.

zeskorrektur muss durch den Gesetzgeber selbst erfolgen und darf aufgrund des in Art. 100 I GG zum Ausdruck gebrachten Verwerfungsmonopols der Verfassungsgerichte nicht durch den Fachrichter vorgenommen werden.¹⁵⁹⁰ Insofern bildet Art. 100 GG eine wichtige Grenze des Richterrechts, die sowohl formal als auch inhaltlich beschränkend wirkt.¹⁵⁹¹ Eine unmittelbare Rechtsfortbildung *contra legem sed pro constitutione* durch den Fachrichter ist nicht möglich.¹⁵⁹²

(3) *Begrenzung durch Rechtssicherheit und Vertrauensschutz*

Die Bindung des Richters bei der richterrechtlichen Rechtsfortbildung an die rechtsstaatlichen Grundsätze der Rechtsklarheit, Rechtssicherheit und Bestimmtheit sowie an den Vertrauensschutz wird vielfach betont.¹⁵⁹³ Der Richter muss deutlich machen, welche Fälle er (warum) abweichend vom Gesetzestext in die Rechtsfolge seiner richterrechtlichen Rechtsfortbildung einbezieht. Er muss den Rechtsunterworfenen dadurch die Ausrichtung ihres zukünftigen Tuns ermöglichen und deshalb auch die für seine Rechtsfortbildung maßgeblichen Wertungsgründe offenlegen. Das Gebot der Rechtssicherheit fordert zudem, dass der Richter den entwickelten Rechtssatz eindeutig formuliert.¹⁵⁹⁴

¹⁵⁹⁰ Vgl. zum sog. Verwerfungsmonopol der Verfassungsgerichte: *Müller-Terpitz*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], Art. 100 GG, Rn. 3; *Maunz*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 100 GG, Rn. 1 m.w.N.; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Art. 100 GG, Rn. 1 f.

¹⁵⁹¹ Etwa: *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 97 GG, Rn. 72; *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 966 f.; *Hopfauf*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], vor Art. 92 GG, Rn. 17; *de Wall*, Anwendbarkeit im Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 93; *Beaucamp/Treder*, Methoden, Rn. 257; *Durner*, JA 2008, 7, 8 f.; *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 8, Rn. 18; *Kirchhof*, in: Richterliche Rechtsfortbildung, S. 11, 13; *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, S. 155 ff.; differenzierend: *Krey*, JZ 1978, 465, 466 f.

¹⁵⁹² *Larenz* spricht in diesem Zusammenhang etwa in Anlehnung an Art. 20 III GG („*Recht*“ und „*Gesetz*“) allgemeiner von „*contra legem*“ und „*secundum jus*“ und lässt die Zulässigkeitsfrage dahingestellt (*Larenz*, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen, S. 3 f.).

¹⁵⁹³ BVerfG, Beschl. v. 17.6.2004 – 2 BvR 383/03 = BVerfGE 111, 54, 82; BVerfG, Beschl. v. 14.1.1987 – 1 BvR 1052/79 = BVerfGE 74, 129, 152 f.; BVerfG, Beschl. v. 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 = BVerfGE 84, 212, 227 f.; BVerfG, Beschl. v. 2.3.1993 – 1 BvR 1213/85 = BVerfGE 88, 103, 116; *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 240, 249 ff., 961; *Beaucamp/Treder*, Methoden, Rn. 254, 314; *Schmalz*, Methodenlehre, Rn. 423 ff.; *Schmidt-De Caluwe*, S. 319; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 67, 83; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 20 GG, Rn. 43, 79; *Gern*, DÖV 1985, 558, 564.

¹⁵⁹⁴ *Larenz*, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen, S. 12 f.; *Ebsen*, DVBl. 1987, 389; *Höpfner*, NZA-Beil. 2011, 97, 98 f.

Dennoch können sich diese Grundsätze in Einzelaspekten für die Rechtsprechung anders auswirken als für die Gesetzgebung. Selbst wenn Richterrecht keine verbindliche Rechtsquelle ist und daher die vertrauensrechtlichen Grundsätze zu rückwirkenden Gesetzen nicht unmittelbar übertragen werden können,¹⁵⁹⁵ kann der Richter das Recht nicht losgelöst von dem Rechtssicherheitsbedürfnis der Rechtsunterworfenen fortbilden.¹⁵⁹⁶ Aus der Erkenntnis, dass Rechtsprechung denotwendig allein die noch ausstehende rechtliche Würdigung eines tatsächlich bereits in der Vergangenheit liegenden Sachverhaltes vornimmt,¹⁵⁹⁷ wird (bewusst) vereinfachend eine Zuständigkeit des Gesetzgebers für die Zukunft gegenüber einer Zuständigkeit des Richters für die Vergangenheit abgeleitet.¹⁵⁹⁸ Die Prozessbeteiligten sehen sich im Fall einer nachträglichen Rechtsfortbildung in ihrem Einzelfall mit einer Rechtsfolge konfrontiert, die über das geschriebene Gesetz hinausgeht. Der Richter muss daher seine Gründe für eine Rechtsfortbildung mit dem Gedanken der Rechtssicherheit/dem Vertrauensschutz abwägen.¹⁵⁹⁹ Der Vertrauensschutz kann dabei ggf. zu einer Unzulässigkeit richterrechtlicher Rechtsfortbildung führen.

(4) *Begrenzung durch die sog. Wesentlichkeitstheorie des BVerfG*

Eine weitere Begrenzung kann sich aus der sog. Wesentlichkeitstheorie des BVerfG ergeben. Sie besagt, dass „*der Gesetzgeber in grundlegenden normativen Bereichen alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen muß*“ und „*gilt für das Verhältnis zwischen Staat und Bürger.*“¹⁶⁰⁰ Die Wesentlichkeitstheorie beschreibt damit die Kompetenzverteilung unter den unterschiedlichen Staats-

¹⁵⁹⁵ Etwa: BVerfG, Beschl. v. 11.11.1964 – 1 BvR 488/62 = BVerfGE 18, 224, 240; BVerfG, Beschl. v. 19.2.1975 – 1 BvR 418/71 = BVerfGE 38, 386, 396; BVerfG, Beschl. v. 16.12.1981 – 1 BvR 898/79 = BVerfGE 59, 128, 165; BVerfG, Beschl. v. 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 = BVerfGE 84, 212, 227; BVerfG, Beschl. v. 28.9.1992 – 1 BvR 496/87 = NZA 1993, 213, 214; BVerfG, Beschl. v. 3.11.1992 – 1 BvR 1243/88 = BVerfGE 87, 273, 278; BVerfG, Beschl. v. 6.5.2008 – 2 BvR 1926/07 = NZA-RR 2008, 607.

¹⁵⁹⁶ *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 250 m.w.N. aus der Rechtsprechung.

¹⁵⁹⁷ BGH, Urt. v. 5.3.2008 – VIII ZR 95/07 = NJW 2008, 1438, 1439.

¹⁵⁹⁸ Vgl. *Kirchhof*, in: *Richterliche Rechtsfortbildung*, S. 11, 24 f. m.w.N.; *Husserls*, *Recht und Zeit*, S. 52 f.; *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 961.

¹⁵⁹⁹ *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 961.

¹⁶⁰⁰ BVerfG, Beschl. v. 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 = BVerfGE 84, 212, 226; vgl. näher zur Wesentlichkeitstheorie: *Maurer*, *AllgVerwR*, § 6, Rn. 10 ff.; *Ehlers*, in: *Erichsen/Ehlers [Hg.]*, *AllgVerwR*, § 2, Rn. 42; *Sachs*, in: *Sachs [Hg.]*, *Art. 20 GG*, Rn. 116 f.; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, *Art. 20 GG*, Rn. 46 ff.; *Detterbeck*, *AllgVerwR*, Rn. 264 ff.; *Pieroth/Schlink*, *GR*, Rn. 274 ff.

gewalten.¹⁶⁰¹ Obwohl die Wesentlichkeitstheorie insbesondere für das Verhältnis zwischen Legislative und Exekutive Bedeutung erlangt hat, betrifft sie auch das Verhältnis zur Judikative.¹⁶⁰² Bei einer wesentlichen Entscheidung kann es daher nicht ausreichen, dass der Richter seine Entscheidung letztlich auf das Gesetz zurückführen kann; vielmehr muss die Entscheidung selbst in Form des Gesetzes getroffen werden.¹⁶⁰³ Eine Unterscheidung von wesentlichen und unwesentlichen Sachverhalten kann für den Einzelfall schwierig sein.¹⁶⁰⁴ Weitestgehend besteht allerdings Einigkeit, dass eine steigende Grundrechtsrelevanz der Regelung einer Sachfrage auch für ihre steigende Wesentlichkeit spricht.¹⁶⁰⁵ Dies trifft insbesondere für staatliche Maßnahmen zu, die grundrechtlich geschützte Freiheiten einschränken. Richterrechtliche Rechtsfortbildung, die staatliche Eingriffe in einen grundrechtlichen Schutzbereich ermöglicht (und damit die Befugnisse staatlicher Rechtssubjekte zu Lasten grundrechtlicher Freiheiten erweitert), wird deshalb kritischer betrachtet als richterrechtliche Rechtsfortbildung, die den Rechtskreis privatrechtlicher Rechtssubjekte gegenüber dem Staat erweitert.¹⁶⁰⁶

¹⁶⁰¹ Vgl. *Ipsen*, AllgVerwR, Rn. 103.

¹⁶⁰² BVerfG, Beschl. v. 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 = BVerfGE 84, 212, 226; BVerfG, Beschl. v. 2.3.1993 – 1 BvR 1213/85 = BVerfGE 88, 103, 116; *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 255.

¹⁶⁰³ Vgl. *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 240, 254 f.; *de Wall*, Anwendbarkeit im Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 95; *Ehlers*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 2, Rn. 64; *Hopfauf*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], vor Art. 92 GG, Rn. 16; *Gern*, DÖV 1985, 558, 562 f.

¹⁶⁰⁴ Kritisch zu diesem unbestimmten Kriterium etwa: *Sachs*, in: Sachs [Hg.], Art. 20 GG, Rn. 116; *Ehlers*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 2, Rn. 43.

¹⁶⁰⁵ Vgl. zu dieser Problematik: BVerfG, Beschl. v. 26.9.1978 – 1 BvR 525/77 = BVerfGE 49, 168, 181; BVerfG, Beschl. v. 24.11.1981 – 2 BvL 4/80 = BVerfGE 59, 104, 114; BVerfG, Beschl. v. 3.6.1992 – 2 BvR 1041/88 = BVerfGE 86, 288, 311; *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 265 ff.; *Pieroth/Schlink*, GR, Rn. 275 ff.; *Maurer*, StaatsR, § 8, Rn. 21; *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 266 ff.; *Ehlers*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 2, Rn. 43; *Sachs*, in: Sachs [Hg.], Art. 20 GG, Rn. 117; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 20 GG, Rn. 47 f.

¹⁶⁰⁶ Etwa: BVerfG, Beschl. v. 14.2.1973 – 1 BvR 112/65 = BVerfGE 34, 269, 286 ff.; BVerfG, Beschl. v. 19.10.1983 – 2 BvR 485/80 = BVerfGE 65, 182, 194 f.; BVerfG, Beschl. v. 14.1.1986 – 1 BvR 209/79 = BVerfGE 71, 354, 362 f.; BVerfG, Beschl. v. 14.8.1996 – 2 BvR 2088/93 = NJW 1996, 3146; BVerfG, Beschl. v. 12.11.1997 – 1 BvR 479/92 = BVerfGE 96, 375, 393 ff.; BVerfG, Beschl. v. 15.1.2009 – 2 BvR 2044/07 = BVerfGE 122, 248, 286; *Sachs*, in: Sachs [Hg.], Art. 20 GG, Rn. 128; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 20 GG, Rn. 43; *Beaucamp/Treder*, Methoden, Rn. 258, 267 ff.; *Hopfauf*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], vor Art. 92 GG, Rn. 15; *Ehlers*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 2, Rn. 64; *Beaucamp/Treder*, Methoden, Rn. 272. Für ein generelles Analogieverbot in Bereichen der Eingriffsverwaltung: *de Wall*, Anwendbarkeit im Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 94 m.w.N.; *Konzak*, NVwZ 1997, 872, 873 m.w.N.; *Beaucamp/Treder*, Methoden, Rn. 259, 272; *Gusy*, DÖV 1992,

Auch eine Entscheidung über die Verwendung staatlicher Finanzmittel kann als wesentliche Entscheidung angesehen werden, da mit ihr ggf. die sog. Haushaltsprärogative des Parlamentes – als Freiheit des Parlamentes über die Verwendungszwecke staatlicher Finanzmittel zu entscheiden (vgl. Art. 110 GG) – unterlaufen wird. Insofern bildet die Haushaltsprärogative des Parlamentes, eine weitere inhaltliche Grenze zulässiger Rechtsfortbildung, die der Richter nicht zu Lasten der Kompetenzen des Gesetzgebers überschreiten darf.¹⁶⁰⁷

3. *Abweichende inhaltliche Rechtfertigungsanforderungen nach Art des Richterrechts?*

Neben diesen allgemeinen Überlegungen werden teilweise besondere Rechtfertigungsvoraussetzungen für Einzelformen des Richterrechts verlangt. Während bereits der Begriff des „*Richterrechts*“ nicht einheitlich gebraucht wird,¹⁶⁰⁸ sind die Versuche, Richterrecht inhaltlich näher zu kategorisieren, noch weitaus zahlreicher. Mit den unterschiedlichen Systemkategorien sind vielfach unterschiedliche Rechtfertigungsanforderungen gedanklich verbunden.¹⁶⁰⁹ In der Vergangenheit hat daher auch die Einordnung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs in diese Kategorien Schwierigkeiten bereitet und wird vielfach übersprungen. Dennoch ist eine Einordnung wichtig, weil die rechtsdogmatischen Anforderungen an zulässige richterrechtliche Rechtsfortbildung nach den verschiedenen Kategorien variieren.

461, 464. Gegen ein generelles Analogieverbot in den Bereichen der Eingriffsverwaltung: *Sachs*, in: *Sachs* [Hg.], Art. 20 GG, Rn. 121; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 20 GG, Rn. 43. Vgl. ausführlich zu dieser Frage: *Bach*, Das Analogieverbot im Verwaltungsrecht.

¹⁶⁰⁷ Vgl. *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, S. 408 ff.; *Ossenbühl*, DVBl. 1994, 977, 979; *ders.*, StHR, S. 327; *von Danwitz*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck* [Hg.], Art. 34 GG, Rn. 26.

¹⁶⁰⁸ *Gretschner*, Die „allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts“, S. 33 m.w.N.; *Durner*, JA 2008, 7, 8.

¹⁶⁰⁹ Teilweise werden bestimmte Spielarten des Richterrechts für per se zulässig gehalten – andere hingegen als Verfassungsverstoß betrachtet (vgl. *Durner*, JA 2008, 7, 10 m.w.N.).

a) Bisherige Einordnungsversuche

Häufig werden *gesetzesimmanente* und *gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung* unterschieden,¹⁶¹⁰ wobei die *gesetzesimmanente Rechtsfortbildung* weiter in *Rechtsfindung secundum/intra legem* und *Rechtsfortbildung praeter legem* untergliedert wird, während *Rechtsfortbildung extra legem* und *Rechtsfortbildung contra legem* zu den Erscheinungsformen der *gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung* gezählt werden.¹⁶¹¹ Demgegenüber wird auch von *Rechtsfindung secundum/intra legem* und *Lückenfüllung* (*gesetzesimmanente Rechtsfortbildung*) sowie *Rechtsfortbildung praeter legem* und *Rechtsfortbildung contra legem* (*gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung*) gesprochen.¹⁶¹² Andere Autoren verstehen *gesetzesimmanente Rechtsfortbildung* allein als *Lückenfüllung unvollständiger oder fehlender Gesetzesbestimmungen* und *gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung* als die *Korrektur vollständiger Gesetzesbestimmungen*¹⁶¹³ – oder sprechen von *abändernder und ergänzender Rechtsfortbildung*¹⁶¹⁴.

Daneben wird auch eine Dreiteilung in *Rechtsfortbildungen secundum/intra* sowie *praeter* und *contra legem*¹⁶¹⁵ oder in *Rechtsfortbildungen praeter, extra* und *contra legem*¹⁶¹⁶ befürwortet. Vereinzelt wird auch jede Beschreibung von Richterrecht außer *contra legem* abgelehnt.¹⁶¹⁷ Häufig nimmt die rechtswissenschaftliche Literatur auch eine viergliedrige Kategorisierung von Richterrecht in *gesetzeskonkretisierendes, lückenfüllendes, gesetzesvertretendes* und *gesetzeskorrigierendes Richterrecht* vor.¹⁶¹⁸ Alternativ existiert eine Unterteilung in *gesetzeskonkretisierendes, gesetzesvertretenes, gesetzeskorrigierendes* und *ge-*

¹⁶¹⁰ Larenz/Canaris, MRW, S. 252; Zimmermann, in: MüKo ZPO, § 132 GVG, Rn. 25; Melin, Gesetzesauslegung, S. 293 ff.; Kramer, JML, S. 174 f., 227; Seidl, ZGR 1988, 296, 297; Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 8, Rn. 3.

¹⁶¹¹ Larenz/Canaris, MRW, S. 252; Canaris, Feststellung von Lücken, S. 17 f., 19 ff., 31 ff.

¹⁶¹² Seidl, ZGR 1988, 296, 303.

¹⁶¹³ Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 8, Rn. 3 f., Rn. 13; Rüthers/Fischer/Birk, RML, 822 ff., 936 ff.

¹⁶¹⁴ Vgl. Looschelders/Roth, Juristische Methodik, S. 224 ff., 280 ff.

¹⁶¹⁵ Etwa: Säcker, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, S. 123; Zippelius, Juristische Methodenlehre, S. 78 ff.; Hutter, Die Gesetzeslücke im Verwaltungsrecht, S. 31 ff.

¹⁶¹⁶ Vgl. Melin, Gesetzesauslegung, S. 283; Meys, Rechtsfortbildung extra legem im Arbeitsrecht.

¹⁶¹⁷ Vgl. Hillgruber, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 97 GG, Rn. 72 f.

¹⁶¹⁸ Etwa: Hopfau, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], vor Art. 92 GG, Rn. 14; Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof [Hg.], HdStR, Bd. V, § 100, Rn. 51; Stern, Staatsrecht, Bd. II, S. 581 ff.; Bettermann, in: Isensee/Kirchhof [Hg.], HdStR, Bd. III, § 73, Rn. 28.

setzeskonkurrierendes Richterrecht.¹⁶¹⁹ Schließlich wird auch eine Einteilung in gesetzesimmanente Rechtsfortbildung im Sinne von gesetzeskonkretisierendem, gesetzesvertretendem, gesetzeskonkurrierendem bzw. lückenfüllendem Richterrecht einerseits und gesetzeskorrigierendem bzw. gesetzesübersteigendem Richterrecht andererseits vertreten.¹⁶²⁰

b) Mangelnde Aussagekraft bisheriger Systematisierungsversuche

Diese sprachliche Vielfalt deutet auf eine korrespondierende Menge inhaltlich divergierender Schlussfolgerungen hin. Umso erstaunlicher ist, dass hinsichtlich der materiellen Anforderungen an die Zulässigkeit richterlicher Rechtsfortbildung weitgehend Einigkeit besteht. Insofern handelt es sich bei den unterschiedlichen Terminologien vielfach nur um eine „*begriffliche Transformation*“¹⁶²¹ der Terminologie anderer Autoren, während für denselben Einzelfall regelmäßig dieselben Ergebnisse über vergleichbare Begründungen gefunden werden. Die Möglichkeit, richterrechtlich entwickelte Institute überhaupt eindeutigen Kategorien zuzuordnen, wird deshalb zunehmend bezweifelt,¹⁶²² weil diese „*keinen festumrissenen und exklusiven Charakter haben; inhaltliche Überschneidungen in den Randzonen sind vielmehr die Regel.*“¹⁶²³ Ohne Erläuterung, welche Fallkonstellationen mit einer bestimmten Begrifflichkeit erfasst werden sollen, lässt sich vielfach nicht (mehr) nachvollziehen, welche inhaltlichen Schlussfolgerungen aus der Zuordnung zu einer Kategorie gewonnen werden.¹⁶²⁴

¹⁶¹⁹ Ipsen, Richterrecht und Verfassung, S. 61 ff.; Schmidt-De Caluwe, S. 312.

¹⁶²⁰ Grzeszick, Rechte und Ansprüche, S. 404.

¹⁶²¹ Schmidt-De Caluwe, S. 312; vgl. auch: Rüthers/Fischer/Birk, RML, Rn. 854 f. („Die Abgrenzung läuft auf eine ergebnisneutrale ‚Konstruktionskontroverse‘ [Ph. Heck] oder einen unfruchtbaren Streit um Begriffe hinaus. [...] Der Streit geht um Worte, nicht um die Tatsache, [...]“).

¹⁶²² Teilweise knüpfen Autoren daher nicht an bestehende Kategorien an, sondern beschreiben lediglich gängige richterliche Schlusstechniken und Argumentationsmuster zur Rechtsfortbildung (etwa: Bydlinski, Juristische Methodenlehre, S. 472 ff.; Beaucamp/Treder, Methoden, Rn. 249, 260 ff.).

¹⁶²³ Schmidt-De Caluwe, S. 313; vgl. auch: Grzeszick, Rechte und Ansprüche, S. 404 f.

¹⁶²⁴ Unbefangen betrachtet lässt sich der sozialrechtliche Herstellungsanspruch etwa gleichermaßen als gesetzeskonkretisierendes, lückenfüllendes, gesetzesvertretendes oder gesetzeskorrigierendes Richterrecht verstehen (vgl. Schmidt-De Caluwe, S. 313). So könnte man ausführen, dass bspw. ein Herstellungsanspruch, der einen sozialrechtlichen Nachteil nicht eintreten lässt, obwohl sich dieser aus einer gesetzlichen Bestimmung als gebundene Rechtsfolge ergibt, diese Vorschrift lediglich dahingehend konkretisiert, dass sie nicht die Fälle erfassen könne, in denen es aufgrund eines vorangegangenen behördlichen Fehlverhaltens zur Anwendung der Vorschrift kommt (gesetzeskonkretisie-

Statt sich auf bestimmte Begrifflichkeiten festzulegen ist es m.E. zielführender, den Blick auf die zugrundeliegenden Rechtsanwendungskonstellationen zu richten, in denen sich der Richter mit der Möglichkeit richterrechtlicher Rechtsfortbildung konfrontiert sieht. Hierbei lassen sich *vier allgemeine Fallkonstellationen* unterscheiden:

1. Fallgruppe: Auslegung führt zu eindeutigem Ergebnis; kein Verstoß gegen Rechtsordnung

Nach Auslegung einer Gesetzesvorschrift steht fest, dass sie einen Sachverhalt erfasst und gemessen an der Gesamtrechtsordnung einer zulässigen Lösung zufführt. In diesen Fällen spricht sich keine der vorangestellten Kategorisierungen dafür aus, die zulässige gesetzliche Lösung des Falls durch richterrechtliche Rechtsfortbildung zu verändern. Insbesondere besteht keine planwidrige Regelungslücke für richterrechtliche Rechtsfortbildung. Der Richter hat gem. Art. 20 III, 97 I GG die einschlägige Vorschrift unverändert zur Anwendung zu bringen – selbst wenn er sie für rechtspolitisch verfehlt halten sollte.

Sofern der Richter dennoch eine Rechtsfortbildung vornimmt, wird diese oftmals als unzulässige *Rechtsfortbildung contra legem* bezeichnet.¹⁶²⁵ Eine Ausnahmemöglichkeit wird allenfalls nach der sog. Radbruch'schen Formel für den Fall der Verkehrung der Gesamtrechtsordnung in normatives Unrecht diskutiert.¹⁶²⁶

Diese Fallgruppe verdeutlicht noch einmal, dass bei einer Rechtsanwendung i.w.S. die Auslegung notwendig den ersten Schritt vor der Rechtsfortbildung darstellt.¹⁶²⁷ „Nach

rendes Richterrecht). Andererseits ließe sich auch anführen, dass so eine Ausnahmelücke in der Vorschrift hinsichtlich vorangegangem Fehlverhalten gefüllt werde, die planwidrig unbedingt gleichermaßen für behördliches Wohl- und Fehlverhalten Anwendung findet (lückenfüllendes Richterrecht). Des Weiteren könnte in einem solchen Herstellungsanspruch auch die Reaktion auf ein Untätigbleiben des Gesetzgebers gesehen werden, so dass der Richter nun selbst die Regelung schafft, die der Gesetzgeber hätte aufstellen sollen (gesetzesvertretendes Richterrecht). Schließlich lässt sich genauso gut argumentieren, dass im Ergebnis die gesetzliche Vorschrift, die den Nachteil begründen würde, für diesen Fall außer Kraft setzt und der Richter deshalb korrigierend eingreift (gesetzeskorrigierendes Richterrecht). Ohne nähere inhaltliche Erläuterungen, welche Fälle ein Autor mit dieser Gruppenbildung jeweils erfassen möchte, ließe sich für jede dieser Gruppen eine Vielzahl von Argumenten finden.

¹⁶²⁵ Statt vieler: BVerfG, Beschl. v. 14.5.1985 – 1 BvR 233/81 = BVerfGE 69, 315, 369; OLG Stuttgart, Beschl. v. 4.3.2010 – 202 EnWG 22/08; Krey, JZ 1978, 465, 465 f.

¹⁶²⁶ Vgl. Olbertz, S. 207; Krey, JZ 1978, 465, 466 f.; vgl. auch: Kap. 2 A.III.3.b. 4. Fallgruppe.

¹⁶²⁷ Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 8, Rn. 5.

der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darf im Wege der Auslegung einem nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Gesetz nicht ein entgegengesetzter Sinn verliehen, der normative Gehalt der auszulegenden Norm nicht grundlegend neu bestimmt, das gesetzgeberische Ziel nicht in einem wesentlichen Punkt verfehlt werden [...].¹⁶²⁸ Diese Ausführungen zur Auslegung lassen sich sinngemäß auch auf die Rechtsfortbildung übertragen. Sofern entgegen einer nach Wortlaut und Sinn und Zweck eindeutigen gesetzlichen Regelung ein anderes Ergebnis gebildet werden soll, kommt dies nur unter den Voraussetzungen in Betracht, die hier als vierte Fallgruppe gekennzeichnet werden.

2. Fallgruppe: Auslegung ist uneindeutig; mehrere Ergebnisse entsprechen der Rechtsordnung

Eine andere Situation ist gegeben, falls sich durch Auslegung einer Vorschrift nicht feststellen lässt, ob/wie ein Sachverhalt geregelt ist. Dies ist insbesondere der Fall, wenn verschiedene Auslegungsergebnisse (innerhalb der Wortlautgrenze) möglich sind, die gleichermaßen – gemessen an der Gesamtrechtsordnung – zulässige Ergebnisse hervorbringen würden. Ohne weitere Konkretisierung der Vorschrift kann der Richter in diesen Fällen nicht Recht sprechen. Er ist daher befugt, die für die Rechtspraxis maßgebliche Auslegungsmöglichkeit der Vorschrift zu bestimmen.¹⁶²⁹ Indes wird diese Form richterlicher Rechtsfortbildung von den Vertretern der sog. objektiven Auslegung teilweise noch als Auslegung des Rechts eingeordnet (bspw. bei der Auslegung von Generalklauseln).¹⁶³⁰ Jedenfalls wenn die Auslegung über die Wortlautgrenze der Vorschrift hinausgeht¹⁶³¹ kann der rechtsfortbildende Charakter nicht länger geleugnet werden.¹⁶³²

Die Kompetenz zur Konkretisierung einer Vorschrift, die ihre Anwendung erst ermöglicht, wird dem Richter dabei üblicherweise zugestanden, ohne dass

¹⁶²⁸ BVerfG, Beschl. v. 11.6.1980 – 1 PBvU 1/79 = BVerfGE 54, 277, 299.

¹⁶²⁹ Vgl. *Coing/Honsell*, in: Staudinger, Einl., Rn. 215.

¹⁶³⁰ *Hirsch*, JR 1966, 334, 334 f.; *Larenz*, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen, S. 1; kritisch: *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof [Hg.], HdStR, Bd. V, § 100, Rn. 52; *Hutter*, Die Gesetzeslücke im Verwaltungsrecht, S. 31 f.

¹⁶³¹ Bspw. wenn die Frage im Wortlaut überhaupt keinen Ansatzpunkt gefunden hat. Vgl. etwa bzgl. des Anspruchsgegners bei § 904 S. 2 BGB: *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, 847; *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 8, Rn. 10; *Larenz/Canaris*, MRW, S. 193.

¹⁶³² Vgl. zu den verschiedenen Einordnungsversuchen in den herkömmlichen Kategorien des Richterrechts: *Hopfauf*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], vor Art. 92 GG, Rn. 15; *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof [Hg.], HdStR, Bd. V, § 100, Rn. 52; *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, S. 63 ff., 188 f.; *Schmidt-De Caluwe*, S. 312; *Kramer*, JML, S. 184 f.; *Hutter*, Die Gesetzeslücke im Verwaltungsrecht, S. 31 f. m.w.N.; *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, 835 ff., 850 ff.; *Larenz/Canaris*, MRW, S. 193.

weitere Anforderungen verlangt werden. Denn ihre Ausfüllungsbefugnis wird durch die Vorschrift selbst eingeräumt.¹⁶³³ Der Richter darf allerdings die Grenzen der Rechtsfortbildungsbefugnis nicht missachten, die sich gleichzeitig aus der fortzubildenden Regelung selbst ergeben können;¹⁶³⁴ er ist lediglich zur Ausfüllung der Konkretisierungslücke berechtigt.

3. Fallgruppe: Auslegung ergibt die planwidrige Lückenhaftigkeit einer Kodifikation

Eine Auslegung kann auch zu dem Ergebnis führen, dass ein Sachverhalt von einer Vorschrift zwar eindeutig wörtlich erfasst bzw. nicht erfasst wird – aber ihr Regelungszweck bzw. die Gesamtrechtsordnung eigentlich die (Nicht-) Anwendung der Vorschrift gebieten würde. Das Fehlen einer solchen Regelung, die eigentlich normativ zu erwarten wäre, wird allgemein als planwidrige Regelungslücke bezeichnet. Die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke scheidet jedenfalls aus, falls sich aus Wortlaut und Sinn einer Vorschrift ein eindeutig abschließender Charakter der Kodifikation ergibt.¹⁶³⁵ Sofern sich die Planwidrigkeit einer Regelungslücke feststellen lässt, wird die grundsätzliche Befugnis des Richters, diese auszufüllen, nahezu einhellig als unproblematisch angesehen,¹⁶³⁶ sofern dabei die Grenzen richterrechtlicher Rechtsfortbildung im Lückenbereich gewahrt werden.¹⁶³⁷

Denn bei einer planwidrigen Regelungslücke verstößt der Richter grds. nicht gegen seine Gesetzesbindung, wenn er das Recht fortentwickelt, weil er sich dessen Regelungsziele zur Lückenschließung zu Eigen macht. Der Richter wird seiner Gesetzesbindung teilweise erst durch die Rechtsfortbildung entgegen dem Wortlaut einer Vorschrift gerecht; sofern Rechtsanwendung und Gesetzesbindung als die Verwirklichung der Regelungsziele einer Kodifikation verstanden werden – und nicht als reinen Buchstabengehorsam der ggf. unzureichen-

¹⁶³³ Vgl. *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, S. 188 f.; *Krey*, JZ 1978, 465, 466.

¹⁶³⁴ Vgl. *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, 884 f.

¹⁶³⁵ BVerfG, Beschl. v. 9.2.1982 – 1 BvR 799/78 = BVerfGE 59, 330, 334; BVerfG, Beschl. v. 14.5.1985 – 1 BvR 233/81 = BVerfGE 69, 315, 369; BVerfG, Beschl. v. 14.1.1986 – 1 BvR 209/79 = BVerfGE 71, 354, 362 f.; BVerfG, Beschl. v. 9.2.1988 – 1 BvL 23/86 = BVerfGE 78, 20, 24; BVerfG, Beschl. v. 12.11.1997 – 1 BvR 479/92 = BVerfGE 96, 375, 394; *Hopfauf*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], vor Art. 92 GG, Rn. 15.

¹⁶³⁶ Statt vieler: *Hopfauf*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], vor Art. 92 GG, Rn. 15.

¹⁶³⁷ Vgl. Kap. 2 A.III.2.b.

den sprachlichen Fassung eines Regelungsgedankens.¹⁶³⁸ Rechtsfortbildung bedeutet dann, dass das durch die Auslegung einer Einzelvorschrift gefundene Regelungsziel für den vorliegenden Fall weitergedacht und zu Ende gebracht werden muss.¹⁶³⁹

Terminologisch wird für diesen Vorgang u.a. von lückenfüllendem,¹⁶⁴⁰ gesetzeskonkretisierendem,¹⁶⁴¹ gesetzesimmanentem¹⁶⁴² oder gesetzeskorrigierendem¹⁶⁴³ Richterrecht gesprochen. Daneben wird uneinheitlich auch von *Rechtsfortbildung intra legem* oder *Rechtsfortbildung praeter legem*¹⁶⁴⁴ ausgegangen. Das BVerfG bezeichnet jedenfalls Rechtsfortbildungen, die über den Wortlaut des Gesetzes hinausgehen, allgemein als *praeter legem*.¹⁶⁴⁵

Während Rechtsfortbildung zur Schließung von einzelnen Regelungslücken nahezu einhellig als kompetenzrechtlich unproblematisch betrachtet wird, solange sie einen erkannten Willen des Gesetzgebers zum Ausdruck bringt,¹⁶⁴⁶ soll die Schließung ganzer Gebietslücken (sog. Rechtsfortbildung extra legem) teilweise nur unter besonders engen Voraussetzungen möglich sein, weil sie dem Richter entgegen dem Gewaltenteilungs- und Demokratieprinzip eine gesetzgebervertretende Tätigkeit ermögliche.¹⁶⁴⁷ Im Gegensatz zur Rechtsfortbildung *praeter legem* unterliege eine derartige gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung insbesondere den Grenzen, die sich aus der Wesentlichkeitstheorie i.S.e. Parlamentsgesetzesvorbehaltes ergeben würden.¹⁶⁴⁸ Kennzeichnend für Rechtsfortbildung extra legem sei, dass sich diese zwar nicht immanent innerhalb eines bestimmten Gesetzeswerkes vollziehe, aber noch innerhalb der Gesamtrechtsordnung erfolge und von daher als *Rechtsfortbildung extra legem sed intra ius* verstanden werden könne.¹⁶⁴⁹ Einen oftmals beschriebenen Anwen-

¹⁶³⁸ Vgl. Kap. 2 A.III.1.a.

¹⁶³⁹ Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 8, Rn. 5.

¹⁶⁴⁰ Hopfauf, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], vor Art. 92 GG, Rn. 15

¹⁶⁴¹ Durner, JA 2008, 7, 10; Müller, in: Richterliche Rechtsfortbildung, S. 65, 69 ff.

¹⁶⁴² Larenz/Canaris, MRW, S. 191 ff.; Kramer, JML, S. 174 f.; Muthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 8, Rn. 3 ff.

¹⁶⁴³ Rüthers/Fischer/Birk, RML, Rn. 938 f., 949 ff., 952 ff.; Olbertz, S. 207 ff.

¹⁶⁴⁴ Larenz/Canaris, MRW, S. 252; Meys, Rechtsfortbildung extra legem im Arbeitsrecht, S. 2, 49 f.; Hutter, Die Gesetzeslücke im Verwaltungsrecht, S. 32; Sachs, in: Sachs [Hg.], Art. 20 GG, Rn. 120.

¹⁶⁴⁵ Etwa: BVerfG, Beschl. v. 30.3.1993 – 1 BvR 1045/89 = BVerfGE 88, 145, 167.

¹⁶⁴⁶ Etwa: Meys, Rechtsfortbildung extra legem im Arbeitsrecht, S. 49 f.; Krey, JZ 1978, 465, 466; Hopfauf, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], vor Art. 92 GG, Rn. 15.

¹⁶⁴⁷ Meys, Rechtsfortbildung extra legem im Arbeitsrecht, S. 49 f.; Hopfauf, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], vor Art. 92 GG, Rn. 16.

¹⁶⁴⁸ Hopfauf, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], vor Art. 92 GG, Rn. 16.

¹⁶⁴⁹ Larenz/Canaris, MRW, S. 232 f.

dungsfall derartiger Rechtsfortbildungen extra legem bildet das kollektive Arbeitsrecht – insbesondere das Arbeitskampfrecht.¹⁶⁵⁰ Im öffentlichen Recht wird neben den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts häufig gerade das Staatshaftungsrecht als Rechtsfortbildung extra legem bzw. als gesetzesvertretenes Richterrecht angesehen.¹⁶⁵¹

Diese Grenzziehung zwischen Rechtsfortbildungen zur Schließung von Regelungslücken leuchtet nicht ein. Unabhängig davon, ob es sich um Rechtsfortbildung praeter legem oder extra legem handelt, stellt der Richter einen Rechtsatz auf, den der Gesetzgeber nicht formuliert hat. Insofern geht er über das geschriebene lückenhafte Gesetz hinaus und übersteigt dessen Grenzen. Die fehlende Regelung lässt sich dabei sowohl bei Rechtsfortbildung praeter legem als auch extra legem als planwidrige Regelungslücke begreifen.¹⁶⁵² Die einzelnen Fälle unterschieden sich lediglich hinsichtlich des Lückenumfangs, worauf einige Autoren zu Recht durch die Unterscheidung von engen Gesetzes- und weiten Rechtslücken hinweisen.¹⁶⁵³ Überzeugend unterscheiden sie zwischen Lücken i.e.S., die zu gesetzesimmanenter Rechtsfortbildung führen, und Lücken i.w.S., die eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung bedingen.¹⁶⁵⁴ Inhaltlich handelt es sich hierbei aber gleichermaßen um Lückenschließung, auch wenn die eigentliche Lückenqualität von Lücken i.w.S. mangels Gesamtplans der fehlenden Kodifikation bezweifelt wird,¹⁶⁵⁵ weil an die Stelle des Einzelplans einer Einzelkodifikation der Gesamtplan der Gesamtrechtsordnung tritt.¹⁶⁵⁶ Unabhängig davon, ob eine Lücke i.e.S. oder eine Lücke i.w.S. gegeben ist, darf der Richter keineswegs seinem eigenen rechtspolitischen Gestaltungswillen nachgeben und originär neue Rechtssätze schaffen. Er muss aufgrund seiner Gesetzesbindung bestehende Wertungen und Anordnungen der

¹⁶⁵⁰ *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, S. 80 ff.; *Hopfauf*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], vor Art. 92 GG, Rn. 16; *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof [Hg.], HdStR, Bd. V, § 100, Rn. 53.

¹⁶⁵¹ Vgl. *Ossenbühl*, DVBl. 1994, 977, 979; *ders.*, in: Isensee/Kirchhof [Hg.], HdStR, Bd. V, § 100, Rn. 53; *von Danwitz*, in: von Mangoldt/Klein/Starck [Hg.], Art. 34 GG, Rn. 19 ff., 24 ff.; *de Wall*, Anwendbarkeit im Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 92 f.; kritisch: *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, S. 404 f.

¹⁶⁵² Für einige Autoren ist tatsächlich auch das Merkmal einer Lückenschließung für die Einordnung des Herstellungsanspruchs als gesetzesvertretendes Richterrecht entscheidend (vgl. *Schmidt-De Caluwe*, S. 313; *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 47 ff.).

¹⁶⁵³ *Larenz/Canaris*, MRW, S. 196 f.; *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 855.

¹⁶⁵⁴ Vgl. *Larenz/Canaris*, MRW, S. 246 f.

¹⁶⁵⁵ *Larenz/Canaris*, MRW, S. 197 f.

¹⁶⁵⁶ Dies erkennen auch *Larenz/Canaris* inhaltlich an, indem sie für derartige Rechtsfortbildungen eine „logischen Widerspruchsfreiheit“ innerhalb der Wertungen der Gesamtrechtsordnung folgern (*Larenz/Canaris*, MRW, S. 197 f.).

Rechtsordnung und des Gesetzgebers immer beachten. Insbesondere kann die Annahme einer Rechtslücke den Richter nicht von der Begründungspflicht befreien, darzulegen, warum gerade das Fehlen einer bestimmten Regelung planwidrig sein soll.¹⁶⁵⁷ Wo ein Richter auf allgemeine Rechtsprinzipien zurückgreift, um eine Regelungslücke zu schließen, muss er seine Schlüsse im Hinblick auf diese Prinzipien rechtfertigen können. Die Vorstellung, dass es bei *Rechtsfortbildung extra legem* tatsächlich zu freier rechtssetzender Tätigkeit durch den Richter käme,¹⁶⁵⁸ ist nicht überzeugend. Es gelten die allgemeinen Begründungslasten und Grenzen, die sich aus der Gesetzesbindung des Richters ergeben.¹⁶⁵⁹ Da diese Prinzipien allerdings weitaus allgemeiner gehalten sind als einfach-rechtliche Regelungen, droht die Gefahr, dass der Richter innerhalb des zulässigen Spielraums der Prinzipien in erhöhtem Maße einen eigenen rechtspolitischen Gestaltungswillen zur Anwendung bringt. Dies scheint für zahlreiche Autoren unausgesprochen die eigentliche Problematik des gesetzesvertretenen Richterrechts bzw. der Rechtsfortbildung *extra legem* zu sein. Ihr kann insbesondere dadurch begegnet werden, dass der Richter darlegen muss, warum er von einer planwidrigen Regelungslücke ausgeht und wie er diese zu schließen gedenkt, indem er bestimmte Schlussfolgerungen aus der Rechtsordnung ableitet. Der Versuch, eine Unterscheidung danach zu treffen, ob der Richter Rechtsfortbildung *praeter* oder *extra legem*, gesetzesimmanent oder gesetzesübersteigend betreibt, ist hingegen wenig hilfreich.

Auch weitere Unterscheidungsversuche nach Lückenumfang oder der Methode der Lückenschließung für eine eigenständige Bedeutung von Rechtsfortbildung *praeter* und *extra legem* sind nicht sinnvoll. So ist nicht eindeutig feststellbar, wie viele Regelungen (nicht) bestehen müssen, damit eine Lücke als groß oder klein zu werten ist. Auch anhand der verwandten Methoden lässt sich daher keine überzeugende Differenzierung vornehmen.¹⁶⁶⁰ Vielmehr liegt es nahe, dass eine Begründung, die bereits eine weite Regelungslücke zu schließen vermag, ggf. auch eine enge Regelungslücke ausfüllen kann.¹⁶⁶¹ Andersherum will nicht einleuchten, warum nicht auch die Lückenschließung einer Lücke i.e.S. nicht bspw. dem Wesentlichkeitsgebot unterliegen soll.

Zu Recht wird eine *Rechtsfortbildung praeter legem* daher häufig einerseits von der *Auslegung* und andererseits von der *Rechtsfortbildung contra legem* allein

¹⁶⁵⁷ Larenz/Canaris, MRW, S. 196 f.

¹⁶⁵⁸ In diesem Sinne etwa: Meys, Rechtsfortbildung *extra legem* im Arbeitsrecht, S. 49 f.

¹⁶⁵⁹ Vgl. Kap. 2 A.III.2.a.; b.bb. Insofern lässt sich auch eine Anwendung von Verfassungsprinzipien als gesamtrechtsordnungsimmanente Rechtsfortbildung begreifen, weil der Richter den Willen des Verfassungsgesetzgebers verwirklicht.

¹⁶⁶⁰ So auch: Kramer, JML, S. 176.

¹⁶⁶¹ Kramer, JML, S. 176.

durch das Merkmal der planwidrigen Regelungslücke abgegrenzt, ohne innerhalb der Lückenfüllung eine weitere inhaltliche Unterscheidung von Rechtsfortbildung *praeter* oder *extra legem* vorzunehmen.¹⁶⁶² Die Tatsache, dass sich unterschiedliche Formen von planwidrigen Regelungslücken mit unterschiedlicher Regelungsdichte feststellen lassen, bedingt typische Argumentationsmuster zu ihrer Schließung – nicht umgekehrt.

4. Fallgruppe: Auslegung führt zu eindeutigem Ergebnis; aber Verstoß gegen Rechtsordnung

Schließlich kann nach Auslegung des Gesetzes auch feststehen, dass eine Vorschrift einen Sachverhalt sowohl eindeutig wörtlich (nicht) erfasst, als auch nach ihrem erkannten Sinn und Zweck (nicht) erfassen soll – diese Lösung gemessen an der Gesamtrechtsordnung aber zugleich rechtlich unzulässig ist (bspw. ein verfassungswidriges Gesetz vorliegt, das nicht verfassungskonform ausgelegt werden kann). In diesen Fällen besteht keine planwidrige Regelungslücke im Sinne der dritten Fallgruppe, sondern die Planwidrigkeit folgt gerade aus dem Bestehen der unzulässigen Regelung.¹⁶⁶³ Soll der Richter nun seine Gesetzesbindung an die abschließende Vorschrift, die einen vollständigen Rechtssatz einschließlich Anwendungsbefehl beinhaltet, zugunsten des nach der Gesamtrechtsordnung zulässigen Ergebnisses durch richterrechtliche

¹⁶⁶² So im Ergebnis auch: *Canaris*, Feststellung von Lücken, S. 17 f., 19 ff., 31 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, 828; *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 8, Rn. 3 ff.; *Säcker*, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, S. 123; *Hutter*, Die Gesetzeslücke im Verwaltungsrecht, S. 32 (der „*extra legem*“ nur als eine andere Bezeichnung für „*praeter legem*“ sieht).

¹⁶⁶³ Innerhalb der zweiten und dritten Fallgruppe kann der Richter seine Rechtsfortbildung auf den erkannten Willen des Gesetzgebers stützen, der „*versehentlich*“ nicht den vollständigen Rechtssatz kodifiziert hat, wie er der Gesamtrechtsordnung entsprechen würde, aber (nach Ansicht des Richters) eine seiner Rechtsfortbildung entsprechende Regelung aufgestellt hätte, wenn er die Lückenhaftigkeit seiner Kodifikation erkannt hätte, weil er davon ausgehen darf/muss, dass der Gesetzgeber i.S.e. Einheit der Rechtsordnung wertungskonsequent und im Einklang mit der Gesamtrechtsordnung entscheidet. Dem Gesetzgeber wird insofern ein einheitlicher Regelungsplan vom Richter unterstellt, den dieser für die unregulierten Fälle durch Rechtsfortbildung fortsetzt. Diese Annahmen gelten für die vierte Fallgruppe gerade nicht, weil der Gesetzgeber bewusst eine abschließende Entscheidung trifft, die für solche richterlichen Annahmen keinen Raum lässt. Der Richter kann sich durch eine richterrechtliche Rechtsfortbildung daher nur gegen die Regelung stellen, die der Gesetzgeber erlassen hat. Er kann entweder die bestehende Vorschrift anwenden oder sie korrigieren (bspw. zugunsten von Verfassungsprinzipien). *Rüthers* bezeichnet diese Situation bildreich als richterlichen „*Aufstand gegen die Gesetzgebung*“ (*Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 965 ff.).

Rechtsfortbildung ignorieren bzw. korrigieren? Die Antwort auf diese Frage ist rechtsdogmatisch umstritten. Wie bereits dargestellt, wird die Möglichkeit richterrechtlicher Rechtsfortbildung entgegen einer lückenlosen Kodifikation des Gesetzgebers überwiegend ausgeschlossen, weil diese Befugnis – durch die Möglichkeit einer konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 I GG – den Verfassungsgerichten vorbehalten bleibt.¹⁶⁶⁴

Vielfach wird eine dennoch vorgenommene Rechtsfortbildung entgegen einer lückenlosen gesetzlichen Regelung mit dem Begriff der *Rechtsfortbildung contra legem* als unzulässigem Teil der übergesetzlichen Rechtsfortbildung neben den zulässigen Rechtsfortbildungen *praeter* bzw. *extra legem* bezeichnet.¹⁶⁶⁵ Wie in Fallgruppe 1 beinhaltet die Bezeichnung *contra legem* dabei bereits das Werturteil der Unzulässigkeit dieser Rechtsfortbildung. Der Richter ist nicht berechtigt, einer in ihrem Wortsinn und Zweck eindeutigen Kodifikation durch richterrechtliche Rechtsfortbildung einen anderen Sinngehalt zu verleihen.¹⁶⁶⁶

Von dem Grundsatz der Unzulässigkeit ausgehend ist es dabei üblich, sich einem Anwendungsbereich zulässiger Rechtsfortbildung *contra legem* (wenn überhaupt) negativ i.S.e. Ausschlussverfahren zu nähern.¹⁶⁶⁷ Ergebnisoffener sprechen andere Autoren lediglich von richterlicher Gesetzesabweichung/Gesetzeskorrektur,¹⁶⁶⁸ gesetzeskonkurrierendem oder gesetzeskorrigierendem Richterrecht¹⁶⁶⁹ oder als Teilbereich abändernder Rechtsfortbildung¹⁶⁷⁰.

¹⁶⁶⁴ Hillgruber, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 97 GG, Rn. 72; Rüthers/Fischer/Birk, RML, Rn. 966 f.; Hopfauf, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], vor Art. 92 GG, Rn. 17; de Wall, Anwendbarkeit im Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 93; Beaucamp/Treder, Methoden, Rn. 257; differenzierend: Krey, JZ 1978, 465, 466 f.; vgl. auch: Kap. 2 A.III.2.b.dd. (2).

¹⁶⁶⁵ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 22.8.2006 – 1 BvR 1168/04 = NJW 2006, 3409, 3410; OLG Stuttgart, Beschl. v. 4.3.2010 – 202 EnWG 22/08; Larenz/Canaris, MRW, S. 252; Canaris, Feststellung von Lücken, S. 31 ff.; Säcker, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, S. 123; Zippelius, Juristische Methodenlehre, S. 78 ff.; Hutter, Die Gesetzeslücke im Verwaltungsrecht, S. 31 ff.; Melin, Gesetzesauslegung, S. 283. Nur ganz vereinzelt wird diskutiert, ob eine Rechtsfortbildung zulässig sein kann, die zeitgleich bewusst als *contra legem* bezeichnet wird; vgl.: Krey, JZ 1978, 465 ff.; Schmalz, Methodenlehre, Rn. 447 ff.; Bydlinski, Juristische Methodenlehre, S. 496 ff.; Hillgruber, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 97 GG, Rn. 72 f.; Schäfer, Grundlagen des Rechts, S. 136.

¹⁶⁶⁶ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 11.6.1980 – 1 PBvU 1/79 = BVerfGE 54, 277, 299; BVerfG, Beschl. v. 9.2.1982 – 1 BvR 799/78 = BVerfGE 59, 330, 334.

¹⁶⁶⁷ Vgl. Schmalz, Methodenlehre, Rn. 447 ff.

¹⁶⁶⁸ Rüthers/Fischer/Birk, RML, Rn. 936 ff., 949 ff.

¹⁶⁶⁹ Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof [Hg.], HdStR, Bd. V, § 100, Rn. 51; Hopfauf, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], vor Art. 92 GG, Rn. 17; Schmidt-De Caluwe, S. 319 („Die Konstruktion eines Herstellungsanspruchs darf sich nicht gegen eine vom

Derartige richterrechtliche Rechtsfortbildungen seien zwar grds. unzulässig, aber es verblieben einzelne zulässige Ausnahmefälle. Gesetzeskorrigierendes Richterrecht sei ausnahmsweise zulässig, wenn es sich bei dem Gesetz um vor-konstitutionelles Recht handelt.¹⁶⁷¹ In diesem Fall ist eine konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 I GG unstatthaft,¹⁶⁷² so dass dem Richter bei einem Verstoß gegen vorrangiges Verfassungsrecht selbst die Kompetenz eingeräumt wird, das Gesetz im Zuge richterrechtlicher Rechtsfortbildung zu korrigieren.¹⁶⁷³ In allen anderen Fällen bleibt es bei einer Unzulässigkeit richterrechtlicher Rechtsfortbildung innerhalb der vierten Fallgruppe.

B. Einordnung und Begründung eines Herstellungsanspruchs?

Die Übertragung dieser allgemeinen Anforderungen richterlicher Rechtsfortbildung auf den (sozialrechtlichen) Herstellungsanspruch wirft dogmatische Schwierigkeiten auf, weshalb zahlreiche Autoren betonen, dass die rechtsdogmatische Begründung gerade dieses Anspruchs bislang umstritten bzw. unklar geblieben ist.¹⁶⁷⁴ Auch die Äußerungen des BSG zur rechtsdogmatischen Ableitung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs können nicht als stringent oder einheitlich beschrieben werden.¹⁶⁷⁵ Die rechtsdogmatische Begründung eines weiterreichenden, nicht auf das Sozialrecht beschränkten Herstellungsanspruchs (im Folgenden: „*allgemeiner Herstellungsanspruch*“) erscheint noch um ein Vielfaches problematischer, wenn es bislang nicht einmal gelungen ist,

Gesetzgeber getroffene materielle Entscheidung richten. Hier verläuft die Grenze des gesetzesvertretenden Richterrechts zum grundsätzlich unzulässigen gesetzeskorrigierenden bzw. -konkurrierenden Richterrecht. “).

¹⁶⁷⁰ Looschelders/Roth, Juristische Methodik, S. 224 ff.

¹⁶⁷¹ Hopfau, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], vor Art. 92 GG, Rn. 17; Rüthers/Fischer/Birk, RML, Rn. 967.

¹⁶⁷² BVerfG, Beschl. v. 17.1.1957 – 1 BvL 4/54 = BVerfGE 6, 55, 65; BVerfG, Beschl. v. 4.6.1985 – 1 BvL 14/84 = BVerfGE 70, 126, 129.

¹⁶⁷³ Hopfau, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], vor Art. 92 GG, Rn. 17; Rüthers/Fischer/Birk, RML, Rn. 967.

¹⁶⁷⁴ Etwa: Seewald, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., vor §§ 38 SGB I, Rn. 121 ff.; Kreikebohm/von Koch, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6 Rn. 66 ff.; Gagel/Bieback/Knickrehm, in: Gagel, 52. EGL., vor 323 SGB III, Rn. 97; Schenke, NJW 1991, 1777, 1778.

¹⁶⁷⁵ Vgl. ausführlich zu der Entwicklung der unterschiedlichen Ableitungen des Herstellungsanspruchs seitens der Rechtsprechung m.w.N.: Adolf, Herstellungsanspruch, S. 19 ff.

einem solchen Anspruch innerhalb des Sozialrechts – als dessen Stammrechtsgebiet – eine überzeugende rechtsdogmatische Grundlage zu verleihen.¹⁶⁷⁶

Allgemeine Einigkeit besteht lediglich in der Einordnung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs als richterrechtliche Rechtsfortbildung, die über eine reine Auslegung der sozialrechtlichen Vorschriften hinausgeht.¹⁶⁷⁷ Ob ein sozialrechtlicher bzw. allgemeiner Herstellungsanspruch die allgemeinen rechtsdogmatischen Zulässigkeitsanforderungen richterrechtlicher Rechtsfortbildung einhält, entscheidet somit über seine rechtliche Zulässigkeit/Verbindlichkeit; und damit denotwendig auch über seinen Anwendungsbereich.

Sofern die Frage nach der inhaltlichen Einordnung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs nicht übersprungen wird, erfolgt sie bzgl. der dargestellten Kategorisierungsversuche richterrechtlicher Rechtsfortbildung – zumindest auf den ersten Blick – uneinheitlich. Allgemeine Verwaltungsgerichte und ordentliche Gerichte gehen für einen allgemeinen verwaltungsrechtlichen Herstellungsanspruch, der sich von einem rein sozialrechtlichen Herstellungsanspruch unterscheidet, von einer unzulässigen *Rechtsfortbildung contra legem* aus.¹⁶⁷⁸ Das BSG hingegen möchte (wenigstens) einen (sozialrechtlichen) Herstellungsanspruch hingegen als *Rechtsfortbildung intra legem* verstanden wissen, weil diese – anders als *Rechtsfortbildung praeter legem* – nicht durch den Gesetzesvorbehalt des § 31 SGB I im Sozialrecht ausgeschlossen sei.¹⁶⁷⁹ Dem-

¹⁶⁷⁶ Die sozialrechtliche Rechtsprechung und Literatur begnügen sich zunehmend mit dem Hinweis auf eine (angeblich) gewohnheitsrechtliche Geltung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs und lassen die genaue rechtsdogmatische Grundlage des Anspruchs offen (etwa: *Borchert*, NZS 2002, 176, 177 m.w.N.; zurückhaltender: *Ossenbühl*, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 7, 7). Im Rahmen der hier untersuchten Fragestellung reicht diese „Lösung“ allerdings nicht aus, da es um die Erweiterung des Herstellungsanspruchs auf bislang nicht erfasste Fälle geht. Die Frage nach einer gewohnheitsrechtlichen Geltung von einzelnen staatshaftungsrechtlichen Ansprüchen soll daher weitgehend ausgeklammert werden.

¹⁶⁷⁷ Statt vieler: BSG, Urt. v. 27.3.2007 – B 13 R 58/06 R = BSGE 98, 162, 163; BSG, Urt. v. 11.4.1985 – 4b/9a RV 5/84 = SozR 1300 § 44 Nr. 17; BSG, Urt. v. 26.6.2007 – B 4 R 19/07 R = SozR 4-1300 § 44 Nr. 12; BSG, Urt. v. 15.12.1994 – 4 RA 64/93 = SozR 3-2600 § 58 Nr. 2; *Schmitz*, ZfSH/SGB 2006, 393, 393.

¹⁶⁷⁸ Etwa: BVerwG, Urt. v. 24.3.1988 – 3 C 48/86 = BVerwGE 79, 192, 194; BVerwG, Urt. v. 30.10.1997 – 3 C 35/96 = BVerwGE 105, 288, 298; OLG Stuttgart, Beschl. v. 4.3.2010 – 202 EnWG 22/08.

¹⁶⁷⁹ BSG, Urt. v. 6.3.2003 – B 4 RA 38/02 R = BSGE 91, 1, 9 („*Dasselbe gilt auch für den Gesetzesvorbehalt aus § 31 SGB I [...]. Damit ist es ua auch der rechtsprechenden Gewalt verwehrt, durch so genannte Rechtsfortbildung praeter legem neue soziale Rechte oder Pflichten zu schaffen [...]. Dies berührt die richterliche Rechtsfortbildung intra legem, die innerhalb des im Text positivierten Konzepts des Gesetzes verbleibt, natürlich nicht. Dieses ergibt sich im Blick auf die vorstehende Rechtsprechung des BSG auf der*

gegenüber wird teilweise auch der sozialrechtliche Herstellungsanspruch als *Rechtsfortbildung contra legem* bezeichnet.¹⁶⁸⁰ Häufiger erfolgt die Beschreibung als *gesetzesvertretendes Richterrecht*.¹⁶⁸¹ Da auf die mangelnde inhaltliche Aussagekraft derart variierender Terminologie bereits hingewiesen wurde, erscheint in diesem Zusammenhang die Zuordnung zu verschiedenen Fallkonstellationen zielführender.¹⁶⁸²

Sofern man sich von den unterschiedlichen Begrifflichkeiten – und seinem eigenem Vorverständnis – löst, fällt auf, dass der Herstellungsanspruch überwiegend der dritten Fallgruppe zugeordnet wird („*Auslegung ergibt die planwidrige Lückenhaftigkeit einer gesetzlichen Kodifikation*“). Die Zulässigkeit des Herstellungsanspruchs richtet sich damit nach dem Vorliegen und der Reichweite einer planwidrigen Regelungslücke. Sofern keine solche planwidrige Regelungslücke angenommen wird, muss ein Herstellungsanspruch als gegen das Gesetz (*contra legem*) gerichtete, grds. unzulässige Rechtsfortbildung i.S.d. ersten oder vierten Fallgruppe betrachtet werden. Insbesondere das BSG hat mehrfach deutlich gemacht, dass der sozialrechtliche Herstellungsanspruch dazu diene, eine planwidrige Regelungslücke im Schadensersatzrecht bzgl. der Restitution sozialrechtlicher Schäden durch öffentlich-rechtliches Fehlverhalten zu schließen.¹⁶⁸³ Wo hingegen dem Gesetz eine abschließende Regelung auch für öffentlich-rechtliches Fehlverhalten zu entnehmen sei (bspw. § 13 III SGB V, § 44 SGB X), soll eine Anwendung mangels planwidriger Regelungslücke ausscheiden. Der Herstellungsanspruch wirke lediglich „*normergänzend*“¹⁶⁸⁴ und ist deshalb aus Sicht des BSG gegenüber einer abschließenden Gesetzesregelung subsidiär.¹⁶⁸⁵ Insofern meint das BSG mit seiner Einordnung des sozial-

Grundlage der im Sozialrechtsverhältnis ausgelegten ungeschriebenen Nebenpflichten, der §§ 14, 15 SGB I und aus dem in § 115 Abs. 6 SGB VI positivierten Fortgestaltungsanliegen des Deutschen Bundestages.“).

¹⁶⁸⁰ Vgl. Schoch, VerwArch. 79 [1988], 1 ff.; Olbertz, S. 207 ff.; inhaltlich auch: Frohn, JURA 1989, 523, 527; kritisch: Krasney, ZAP 1996 [Fach 18], 449, 456; Schnapp, DOK 1977, 889, 895.

¹⁶⁸¹ Etwa: Schmidt-De Caluwe, S. 313 ff.; Goertz, Herstellungsanspruch, S. 47 ff.; Ossenbühl, DVBl. 1994, 977, 979.

¹⁶⁸² Vgl. hierzu und zu den einzelnen Fallgruppen: Kap. 2 A.III.3.b.

¹⁶⁸³ Etwa: BSG, Urte. v. 27.3.2007 – B 13 R 58/06 R = BSGE 98, 162, 163; BSG, Urte. v. 2.11.2007 – B 1 KR 14/07 R = BSGE 99, 180, 185; BSG, Urte. v. 8.2.2007 – B 7a AL 22/06 R = BSGE 98, 108, 111; BSG, Urte. v. 28.1.1999 – B 14 EG 6/98 B = SozR 3-1300 § 44 Nr. 25; BSG, Urte. v. 23.7.1986 – 1 RA 31/85 = BSGE 60, 158, 167; BSG, Urte. v. 19.10.2010 – B 14 AS 16/09 R; BSG, Urte. v. 15.12.1994 – 4 RA 64/93 = SozR 3-2600 § 58 Nr. 2; BSG, Urte. v. 12.12.2007 – B 12 AL 1/06 R = BSGE 99, 271, 273; BSG, Urte. v. 26.6.2007 – B 4 R 19/07 R = SozR 4-1300 § 44 Nr. 12.

¹⁶⁸⁴ BSG, Urte. v. 2.11.2007 – B 1 KR 14/07 R = BSGE 99, 180, 185.

¹⁶⁸⁵ Vgl. Kap. 1 B.III.1.

rechtlichen Herstellungsanspruchs als Rechtsfortbildung „*intra legem*“ tatsächlich eine Rechtsfortbildung zur Lückenschließung, die von anderen Autoren oftmals als Rechtsfortbildung „*praeter legem*“ bezeichnet werden würde.¹⁶⁸⁶ Bemerkenswert an dieser Feststellung ist, dass das BSG damit – zumindest nach eigener Aussage – glaubt, über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch den Willen des Gesetzes/Gesetzgebers hinsichtlich planwidriger Unvollständigkeits des Gesetzes zur Geltung zu bringen. Unabhängig davon, ob das BSG diesem Anspruch mit seinen Einzelentscheidungen immer gerecht geworden ist, sieht das Gericht seine Entscheidungen zum Herstellungsanspruch insofern keineswegs als Korrektur des Gesetzes, sondern als eine durch das Gesetz/die Gesamtrechtsordnung getragene bzw. sogar geforderte Regelung – wie es für die dritte Fallgruppe typisch ist.¹⁶⁸⁷ Der (sozialrechtliche) Herstellungsanspruch muss deshalb die Voraussetzungen erfüllen, die an lückenschließendes Richterrecht zu stellen sind.

Auch andere Einordnungsversuche zum Herstellungsanspruch gehen überwiegend davon aus, dass dieses Rechtsinstitut allein zur Lückenschließung in Betracht kommen soll. Bspw. teilt auch das BVerwG die Einschätzung eines lückenschließenden Charakters des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs.¹⁶⁸⁸ Anders als das BSG hat das BVerwG bspw. hinsichtlich der Fiktion einer früheren Antragstellung zunächst in § 27 SGB X eine abschließende Regelung erkannt. Deshalb ging das BVerwG davon aus, dass neben § 27 SGB X keine planwidrige Regelungslücke für einen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch verbliebe.¹⁶⁸⁹ Die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke ist damit nach BVerwG und BSG gleichermaßen eine entscheidende Voraussetzung für die tatsächliche Anwendbarkeit des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs. Auch für diejenigen, die den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch als gesetzesvertretendes Richterrecht verstehen,

¹⁶⁸⁶ Etwa: Schmidt-De Caluwe, S. 160 („Das BSG begründet die Konstruktion des Herstellungsanspruchs – ausdrücklich oder konkludent – mit der auch in der Literatur angeblich unbestrittenen Notwendigkeit, dadurch eine Regelungslücke im ‚System des öffentlich-rechtlichen Nachteilsausgleichs‘ zu schließen. Um in den Begriffskategorien der Methodenlehre von Larenz zu bleiben, läßt sich hier also von einer ‚gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung‘ sprechen. Solch ergänzendes Richterrecht *praeter legem* [...]“).

¹⁶⁸⁷ So belegen der Ausschlussgrund der Subsidiarität des Herstellungsanspruchs und die Begrenzung der Rechtsfolge auf „*an sich zulässige*“ Amtshandlungen auch tatsächlich eine allein lückenschließende Zielrichtung dieses richterrechtlichen Rechtsinstituts. Entscheidungsleitend für die Anwendung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs soll eine nicht abschließende, lückenhafte Regelung der Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung durch gesetzliche Vorschriften sein (BSG, Urt. v. 23.7.1986 – 1 RA 31/85 = BSGE 60, 158, 167). Auch das Kriterium des „*an sich zulässigen*“ Amtshandeln bringt den Willen des Gerichts zum Ausdruck, allein die für eine Korrektur maßgeblichen gesetzgeberischen Entscheidungen zur Geltung zu bringen.

¹⁶⁸⁸ BVerwG, Urt. v. 18.4.1997 – 8 C 38/95 = NJW 1997, 2966, 2967.

¹⁶⁸⁹ BVerwG, Urt. v. 18.4.1997 – 8 C 38/95 = NJW 1997, 2966, 2968; vgl. hierzu ausführlich: Kap. 1 B.III.1.b.cc.

ist hierbei die Feststellung der planwidrigen Regelungslücke wesentlich.¹⁶⁹⁰ Sie umschreiben damit den als rechtlich zulässig denkbaren Anwendungsbereich des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs ebenfalls inhaltlich i.S.d. dritten Fallgruppe. Selbst wenn im Zusammenhang mit dem Herstellungsanspruch teilweise von einer *Rechtsfortbildung contra legem* gesprochen wird, schließt dies gerade nicht aus, dass die Autoren den Herstellungsanspruch als (unzulässigen) Begründungsversuch eines lückenschließenden Rechtsinstituts betrachten. Insbesondere *Olbertz* nutzt den Begriff der „*Rechtsfortbildung contra legem*“, um deutlich zu machen, dass der (sozialrechtliche) Herstellungsanspruch – auch wenn er die sprachliche Fassung einer Regelung korrigiere – nicht unbedingt im eigentlichen Sinne gegen das Gesetz gerichtet ist.¹⁶⁹¹ Rechtsfortbildung contra legem liege nämlich nur dann vor, wenn das Richterrecht „*sowohl gegen das vom Gesetz Gesagte als auch gegen das vom Gesetz Gewollte*“¹⁶⁹² verstoße; dies sei bzgl. des Herstellungsanspruchs nicht zwingend der Fall. Die Anpassung eines missglückten Wortlautes an den entsprechenden Willen des Gesetzgebers ist dabei (als vom Willen des Gesetzes getragene Wortlautkorrektur) typisch für das hier als dritte Fallgruppe bezeichnete lückenschließende Richterrecht.

Der Bezeichnung als „*Rechtsfortbildung contra legem*“ soll bei anderen Autoren hingegen zum Ausdruck bringen, dass der sozialrechtliche Herstellungsanspruch an sich unzulässiges Richterrecht darstellt.¹⁶⁹³ Das Fehlen eines solchen Herstellungsanspruchs sei nicht planwidrig und die Rechtsordnung biete keine ausreichenden Ansatzpunkte für die Ableitung eines derartigen Anspruchs. Da sich Feststellung und Ausfüllung von planwidrigen Regelungslücken jedoch schwerlich trennen lassen, lässt sich bspw. die Einschätzung *Schochs*, dass das BSG bei der Schaffung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs „*das (rechts)politische Gewünschte mit dem rechtlich Machbaren*“¹⁶⁹⁴ verwechsle, auch als Ablehnung einer planwidrigen Regelungslücke für diesen Anspruch verstehen. Denn wenn eine rechtlich planwidrige Regelungslücke fehlt, werden lediglich rechtspolitisch motivierte Lücken geschlossen, die den Richter nicht zur Rechtsfortbildung berechtigen. Sofern man – wie *Schoch* – keine Planwidrigkeit in dem Fehlen eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs erkennt, kann deshalb auch die dritte Fallgruppe nicht einschlägig sein. Folgerichtig muss man dann von einer grds. unzulässigen Rechtsfortbildung gegen Wortlaut und Regelungszweck des Gesetzes (*contra legem*) ausgehen, die entweder der ersten oder vierten Fallgruppe zuzuordnen wäre. Auch für *Schoch* wäre damit ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch nur zur Schließung einer planwidrigen Regelungslücke denkbar; wobei er in dem Fehlen eines auf Naturalrestitution gerichteten Herstellungsanspruchs (auch bzgl. des Sozialrechts) keine planwidrige Regelungslücke sieht und daher folgerichtig zu dem Ergebnis einer „*Rechtsfortbildung contra legem*“ gelangen muss.¹⁶⁹⁵

¹⁶⁹⁰ Etwa: *Schmidt-De Caluwe*, S. 160 ff.; *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 47.

¹⁶⁹¹ *Olbertz*, S. 207 ff.

¹⁶⁹² *Olbertz*, S. 210.

¹⁶⁹³ *Schoch*, *VerwArch.* 79 [1988], 1, 54 ff.

¹⁶⁹⁴ *Schoch*, *VerwArch.* 79 [1988], 1, 64.

¹⁶⁹⁵ Lediglich bzgl. des Fehlens eines auf Wiederherstellung des *status quo ante* gerichteten Folgenbeseitigungsanspruchs liegt aus Sicht von *Schoch* ein zulässiger Spielraum für

In diese Richtung gehen auch die Entscheidungen der allgemeinen Verwaltungs- bzw. Zivilgerichtsbarkeit zu einem weitergehenden allgemeinen Herstellungsanspruch, der im Gegensatz zu einem rein sozialrechtlichen Herstellungsanspruch als „*Rechtsfortbildung contra legem*“ verworfen wird. Während für das Sozialrecht eine Ausnahme anerkannt wird, die ggf. einen derartigen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch rechtfertigt, wird für die anderen Bereiche des Verwaltungsrechts davon ausgegangen, dass ein solcher Anspruch unzulässig sei. Teilweise findet sich in diesem Zusammenhang die vergleichsweise lapidare Formulierung, dass der Herstellungsanspruch eine „*Besonderheit des Sozialrechts*“ sei bzw. durch „*sozialrechtliche Besonderheiten*“ gerechtfertigt werde.¹⁶⁹⁶ Mit anderen Worten geht der Gedankengang dahin, dass ein Fehlen des Herstellungsanspruchs innerhalb des Sozialrechts dem Gesetz widerspricht; während in den anderen Bereichen des Verwaltungsrechts gerade die Anerkennung eines Herstellungsanspruchs einen rechtlichen Widerspruch begründet würde und deshalb ein allgemeiner Herstellungsanspruch gegen das Gesetz (*contra legem*) verstößt. Insofern lässt sich auch diese Einschätzung als Bestätigung der Einordnung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs als lückenschließendes Rechtsinstitut i.S.d. dritten Fallgruppe verstehen, wonach der Herstellungsanspruch nur zur Schließung einer planwidrigen Regelungslücke herangezogen werden dürfe. Einer Regelungslücke, die außerhalb des Sozialrechts nicht planwidrig sei. Die häufig verwandte Formulierung, dass außerhalb des Sozialrechts Fehlverhalten der Verwaltung allein durch zulässiges Verwaltungsverhalten ausgeglichen werden könne,¹⁶⁹⁷ setzt indes einen anderen Akzent. Im Umkehrschluss bedeutet sie nämlich, dass der Herstellungsanspruch auch innerhalb des Sozialrechts zu unzulässigem Verwaltungshandeln führt. Ob diese Formulierung tatsächlich ausdrücken soll, dass innerhalb des Sozialrechts über den Herstellungsanspruch gegen den Willen des Gesetzes/Gesetzgebers ein unzulässiges Amtshandeln i.S. eine „*Rechtsfortbildung contra legem*“ der ersten oder vierten Fallgruppe erfolge und dies ausnahmsweise für das Sozialrecht zu akzeptieren sei, soll noch ausführlich erläutert werden.¹⁶⁹⁸

richterrechtliche Rechtsfortbildung vor (vgl. *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 32 ff.). Ein solcher Anspruch sei insbesondere durch die Grundrechte gefordert. Weitergehende Ansprüche (bspw. auf Naturalrestitution) seien aus der Rechtsordnung nicht abzuleiten. Die Ergebnisse von *Schoch* lassen sich dabei – in den Begrifflichkeiten dieser Arbeit – so interpretieren, dass lediglich in dem Fehlen eines auf den *status quo ante* gerichteten Folgenbeseitigungsanspruch (insbesondere im Hinblick auf die Grundrechte) eine planwidrige Regelungslücke feststellbar sei. Das Fehlen weitergehender Ansprüche dürfe hingegen nicht als unbeabsichtigte Unvollkommenheit des Gesetzes begriffen werden.

¹⁶⁹⁶ *Bonk*, in: Sachs [Hg.], Art. 34 GG, Rn. 47.

¹⁶⁹⁷ Etwa: BVerwG, Urt. v. 24.3.1988 – 3 C 48/86 = BVerwGE 79, 192, 194; BVerwG, Urt. v. 14.7.2010 – 1 B 13/10; OVG Bremen, Urt. v. 5.4.2011 – 1 B 15/11.

¹⁶⁹⁸ Vgl. hierzu: Kap. 2 B.III.3.

I. Unterscheidung zwischen sozialrechtlichem und allgemeinem Herstellungsanspruch

Wenn ein Herstellungsanspruch ein richterrechtliches Rechtsinstitut zur Schließung von planwidrigen Gesetzeslücken darstellt, legt die Tatsache, dass sich ein Herstellungsanspruch bislang nur für das Sozialrecht durchsetzen konnte, die Vermutung nahe, dass rechtsdogmatische Unterschiede bzgl. der Begründung eines rein sozialrechtlichen oder eines allgemeinen Herstellungsanspruchs bestehen.¹⁶⁹⁹ Von dieser Annahme (zunächst) ausgehend sollen daher im Folgenden ein „sozialrechtlicher Herstellungsanspruch“ und ein „allgemeiner Herstellungsanspruch“ unterschieden werden.¹⁷⁰⁰

Bereits in der Vorstellung von einem besonderen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch und einem weiterreichenden allgemeinen Herstellungsanspruch wird ein wichtiger inhaltlicher Unterschied zwischen beiden Ansprüchen fassbar. Während sich ersterer als besondere Rechtsfortbildung des Sozialrechts lediglich rechtsdogmatisch widerspruchsfrei in dieses besondere Rechtsgebiet einzufügen hat, müsste ein allgemeiner Herstellungsanspruch sich allgemein rechtsdogmatisch widerspruchsfrei in die Gesamtrechtsordnung (auch außerhalb des Sozialrechts) einpassen lassen. Sozialrechtliche Besonderheiten können nicht ausreichen, um dort einen allgemeinen Anspruch rechtsdogmatisch zu begründen, wo diese Besonderheiten nicht existieren. Falls ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch begründet werden kann, bedeutet dies deshalb noch nicht, dass dann auch ein allgemeiner Herstellungsanspruch zulässig wäre. Ein derartiger Schluss von der Zulässigkeit eines Sonderfalls auf den allgemeinen Fall wäre nicht überzeugend. Ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch muss nicht zwingend zeitgleich der Sonderausdruck eines allgemein geltenden

¹⁶⁹⁹ Nur selten wird bereits die Zulässigkeit eines rein sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs ausdrücklich verneint (etwa: *Schoch*, *VerwArch.* 79 [1988], 1, 54 ff.).

¹⁷⁰⁰ Statt der Bezeichnung „allgemeiner Herstellungsanspruch“ wählt etwa *Olbertz* die Formulierung „öffentlich-rechtliche[n] Herstellungsanspruch“. Gemeint ist trotz der unterschiedlichen Begrifflichkeiten allerdings dieselbe Vorstellung von einem Anspruch, dessen Anwendungsbereich nicht auf das Sozialrecht beschränkt ist. Da auch das Sozialrecht dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist, soll diese Formulierung *Olbertz* wohl lediglich einen Ausschluss der Untersuchung zu einer Übertragung des Herstellungsanspruchs auf privatrechtliche Rechtsbeziehungen verdeutlichen; gemeint sind (allgemein) alle anderen öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisse außerhalb des (besonderen) öffentlich-rechtlichen Sozialrechts. Dasselbe ist mit der Bezeichnung als „verwaltungsrechtlicher Herstellungsanspruch“ (vgl. OVG NRW, *Beschl. v. 22.7.2010 – 12 A 758/09*; OLG Stuttgart, *Beschl. v. 4.3.2010 – 202 EnWG 22/08*; VG Düsseldorf, *Urt. v. 18.10.2006 – 20 K 4941/05*; *Wolff/Bachhof/Stober/Kluth*, *VerwR I*, § 52, Rn. 41) gemeint.

Rechtsanspruchs (eines allgemeinen Herstellungsanspruchs) sein. Falls sich hingegen ein allgemeiner Herstellungsanspruch rechtsdogmatisch begründen ließe, stellte ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch nur dessen sozialrechtliche Ausprägung dar. Insofern müsste überprüft werden, welche Ausgestaltungen des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs möglicherweise Abweichungen von der Grundform eines allgemeinen Herstellungsanspruchs darstellen, die sozialrechtlichen Besonderheiten geschuldet sind.¹⁷⁰¹ Keinesfalls darf unkritisch von der Existenz, Zulässigkeit oder Ausgestaltung des einen Anspruchs auf die Existenz, Zulässigkeit oder Ausgestaltung des anderen Anspruchs geschlossen werden.

II. Sozialrechtlicher Herstellungsanspruch?

1. *Kein Anerkenntnis seitens des Gesetzgebers durch das Unterlassen einer Neuregelung*

Der Umstand, dass die ab 1962 immer stärker praktizierte Rechtsprechung zum Herstellungsanspruch nicht gesetzlich unterbunden wurde, kann nicht als Anerkenntnis dieser richterrechtlichen Rechtsfortbildung durch den Gesetzgeber betrachtet werden. Wenn eine Rechtslage unverändert bleibt, muss daraus nicht folgen, dass auch die damit einhergehende Rechtsprechung einem gesetzgeberischen Konsens entspricht; vielmehr kann eine sogar ungewollte Rechtsprechung bestehen bleiben, weil der Gesetzgeber sich tatsächlich nicht auf einen (anderen) kleinsten gemeinsamen Nenner für eine Neuregelung einigen kann.

Die Existenz des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs ist dem Gesetzgeber grds. bekannt;¹⁷⁰² er berücksichtigt diesen Anspruch auch bei der Schaffung sozialrechtlicher Regelungen und hat bislang keine offensichtlichen Versuche

¹⁷⁰¹ Bspw. liegt es nahe, die Kausalitätsfeststellung beim sozialrechtlichen Herstellungsanspruch nach der Theorie der wesentlichen Bedingung als sozialrechtliche Besonderheit zu verstehen, weil diese Form der Kausalitätsfeststellung allgemein für das Sozialrecht vorherrschend ist. Wenig überzeugend wäre hingegen der Schluss, dass allein deshalb auch für einen allgemeinen Herstellungsanspruch davon ausgegangen werden müsste, dass allgemein die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und rechtlichen Nachteil (bspw. im Beamtenrecht) nach der Theorie der wesentlichen Bedingung ermittelt werden müsste und nicht nach anderen allgemeinen öffentlich-rechtlichen Kausalitätstheorien. Auch eine Anwendung der Rechtsnachfolgeregelungen nach §§ 56 ff. SGB I oder der Verjährungsvorschriften des § 45 SGB I auf einen Herstellungsanspruch erscheint nicht haltbar, sofern dieser über das Sozialrecht hinausgehen soll.

¹⁷⁰² Vgl. BT-Drs. 17/4325, S. 187; BT-Drs. 16/2500, S. 46.

unternommen, diese Rechtsprechung zu unterbinden.¹⁷⁰³ Mehr kann den Gesetzgebungsunterlagen zur Zulässigkeit des Herstellungsanspruchs aber nicht entnommen werden, weshalb der Herstellungsanspruch keineswegs allein deshalb bereits vom Willen des Gesetzgebers getragen wird.¹⁷⁰⁴ Der Gesetzgeber hat sich in dieser Frage weder ausdrücklich befürwortend noch ablehnend gezeigt. Keinesfalls bildet das bloße Unterlassen einer anderen Neuregelung eine ausreichende Grundlage für die Rechtfertigung einer lückenschließenden Rechtsfortbildung. Da die Rechtsfolgen des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs zudem weit über die Möglichkeiten einer reinen Korrektur redaktioneller Versäumnisse hinausgehen, muss sich dieser Anspruch an den strengeren rechtsdogmatischen Anforderungen richterlicher Rechtsfortbildung messen lassen.

2. *Planwidrige Regelungslücke*

Für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch müsste gerade in dem Fehlen eines auf sozialrechtliche Naturalrestitution gerichteten Reaktionsanspruchs für die sozialrechtliche Nachteile, die aus der Verletzung subjektiver Rechte durch öffentlich-rechtliches Fehlverhalten von Verwaltungsträgern hervorgegangen sind, eine – zumindest auf das Sozialrecht bezogene – planwidrige Regelungslücke bestehen. Dies ist nicht der Fall, falls die Annahme eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs selbst – bezogen auch auf die Gesamtrechtsordnung – zu einem rechtlichen Widerspruch führen würde.

a) Regelungslücke

Im Vergleich zu den gesetzlich kodifizierten Korrekturvorschriften des sozialrechtlichen Verfahrensrechts und den (nur bruchstückhaft gesetzlich kodifizierten) Teilen des Staatshaftungsrechts wurde bereits herausgearbeitet, dass durchaus Fälle denkbar sind, in denen eine Anwendung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs ein anderes Ergebnis bedingt als die wortlautgenaue Anwendung der gesetzlichen Vorschriften. Dies kann etwa der Fall sein, weil

¹⁷⁰³ Allenfalls in Regelungen wie § 27 SGB X oder § 13 III SGB V ließe sich ein (konkludenter) Versuch des Gesetzgebers sehen, den Anwendungsbereich des Herstellungsanspruchs einzuschränken. Dass diese Einschätzung – zumindest im Fall von § 27 SGB X – nicht überzeugend ist, wurde bereits dargelegt; vgl. Kap. 1 B.III.1.b.cc.

¹⁷⁰⁴ In diese Richtung gehend zum SGB I jedoch: BSG, Urt. v. 30.10.1985 – 5b RJ 86/84 = SozR 2200 § 1241a Nr. 9.

eine Korrekturvorschrift dieselbe Rechtsfolge unter anderen, engeren Voraussetzungen vorsieht (bspw. § 27 SGB X hinsichtlich versäumter Antragstellungen) oder die über einen Herstellungsanspruch beanspruchbare Rechtsfolge überhaupt nicht gesetzlich geregelt ist (bspw. weil ein sozialrechtlicher Nachteil nach dem Wortlaut einer Vorschrift unabhängig von der Möglichkeit eines vorangehenden Fehlverhaltens eintritt). Tatsächlich stellt sich die Frage, ob über einen Herstellungsanspruch die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften modifiziert werden muss, nur dort, wo sich das über den Herstellungsanspruch gefundene Ergebnis zumindest hinsichtlich des einzuhaltenden Weges (bspw. durch andere Voraussetzungen) von der gesetzlichen (Wortlaut-) Lösung unterscheidet. Anderenfalls bedarf es keines eigenen richterrechtlichen Herstellungsanspruchs.¹⁷⁰⁵ Ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch ist denknotwendig nur dort anwendbar, wo hinsichtlich seiner Regelung eine andere/keine Anordnung des Gesetzes getroffen wird.¹⁷⁰⁶ Bezüglich der rechtlichen Anordnungen des Herstellungsanspruchs liegt insofern immer eine gesetzliche Regelungslücke vor.

In seiner Wirkungsweise fügt der Herstellungsanspruch der Anwendung nachteiliger sozialrechtlicher Vorschriften eine einschränkende Ausnahme hinzu (falls die sozialrechtliche Verschlechterung kausal auf einer subjektiven Rechtsverletzung durch die Verwaltung beruht) und erweitert gegebenenfalls eine vorteilhafte Regelung über ihre gesetzlich geregelten Anwendungsfälle hinaus (falls aufgrund einer subjektiven Rechtsverletzung durch die Verwaltung der sozialrechtliche Vorteil ausgeblieben ist bzw. nicht genutzt wurde). Die durch den Herstellungsanspruch geschlossene Regelungslücke liegt somit in einer fehlenden Ausnahmeregelung bzgl. der (Nicht-) Anwendung sozialrechtlicher Vorschriften, falls deren (Nicht-) Anwendung zum Nachteil des Betroffenen aus einem Fehlverhalten der Verwaltung hervorgeht.¹⁷⁰⁷ Der Herstel-

¹⁷⁰⁵ Vgl.: BSG, Urt. v. 27.1.2000 – B 12 KR 10/99 R = SozR 3-2400 § 28h Nr. 11; *Krasney*, ZAP 1996 [Fach 18], 449, 461 m.w.N.; *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 29; *Bieback*, SGB 1990, 517, 517; *Schmidt-De Caluwe*, S. 149; *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 144; *Waßer*, JA 2001, 137, 140 f.; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 610.

¹⁷⁰⁶ Vgl. Kap. 1 B.III.1.

¹⁷⁰⁷ Ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch, der auf die Herstellung des sozialrechtlichen Zustandes gerichtet ist, der für den Betroffenen ohne das Fehlverhalten der Verwaltung heute bestünde, führt insofern – entgegen dem Wortlaut – zu einer Nichtanwendung sozialrechtlicher Vorschriften, wenn sich der sozialrechtliche Nachteil gerade aus ihrer Anwendung ergeben würde. *Brugger* spricht in diesem Zusammenhang zu Recht von einer teleologischen Reduktion (vgl. *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 403). Der sozialrechtlicher Herstellungsanspruch kann einen Verwaltungsträger aber auch dazu verpflichten, eine sozialrechtliche Vorschrift – entgegen ihrem Wortlaut – auf den Betroffenen anzuwenden, wenn sich ein sozialrechtlicher Nachteil gerade aus ihrer

lungsanspruch führt auf diese Weise bspw. auch dort zu einer Rentenleistung bzw. zu einem Befreiungsrecht von einer Versicherungspflicht, wo nach dem Gesetzeswortlaut kein Rentenleistungsanspruch bzw. Befreiungsrecht (mehr) besteht.

b) Planwidrigkeit der Regelungslücke

Allein die Feststellung, dass eine dem Herstellungsanspruch entsprechende Regelung durch das Gesetz nicht getroffen wird, berechtigt den Richter allerdings noch nicht, seinerseits die fehlende (Ausnahme-) Regelung zu ergänzen. Von einer derartige Befugnis (genauer sogar: richterlichen Pflicht¹⁷⁰⁸) kann allenfalls dann ausgegangen werden, wenn sich das Fehlen der durch den Herstellungsanspruch getroffenen rechtlichen Schlussfolgerungen als planwidrige Regelungslücke – als „*planwidrige Unvollständigkeit innerhalb des positiven Rechts [...] gemessen am Maßstab der gesamten geltenden Rechtsordnung*“¹⁷⁰⁹ – darstellen würde. Erst diese Feststellung begründet, von einem Vorrang des Gesetzesrechts ausgehend, die Möglichkeit einer zulässigen richterrechtlichen Rechtsfortbildung.¹⁷¹⁰

aa) Keine planwidrigen Regelungslücken wegen § 31 SGB I?

Aus dem einfach-gesetzlichen Gesetzesvorbehalt des § 31 SGB I könnte der Schluss gezogen werden, dass die Regelungen des Sozialrechts vom Gesetzgeber bewusst abschließend formuliert worden sind und insofern keine planwidrigen Regelungslücken zulassen.¹⁷¹¹ So hat auch das BSG Ansätze gezeigt, § 31 SGB I u.a. in Richtung eines Analogieverbotes zu interpretieren.¹⁷¹²

Nichtanwendung ergeben würde. In diesem Zusammenhang erinnert die Wirkungsweise des Herstellungsanspruchs an eine Analogie. Der Herstellungsanspruch modifiziert daher die Anwendung sozialrechtlicher Vorschriften für den Fall eines zurechenbaren Fehlverhaltens des Verwaltungsträgers.

¹⁷⁰⁸ Vgl. Kap. 2 A.III.1.a.

¹⁷⁰⁹ *Canaris*, Feststellung von Lücken, S. 39.

¹⁷¹⁰ Hierzu ausführlich: Kap. 2 A.III.2.b.aa.

¹⁷¹¹ Inhaltliche Überschneidungen der Regelung des § 31 SGB I bestehen mit der Spezialvorschrift des § 30 SGB IV für die Sozialversicherung, weshalb die nachfolgenden Ausführungen zu § 31 SGB I in dieser Fragestellung auch auf § 30 SGB IV übertragen werden können.

¹⁷¹² BSG, Urt. v. 14.3.2006 – B 4 RA 8/05 R = SozR 4-2600 § 225 Nr. 2 („*Der Gesetzesvorbehalt des § 31 SGB I [ein Analogieverbot] steht dieser Analogie nicht entgegen, weil subjektive Rechte der Klägerin weder begründet noch aufgehoben noch abgeändert und auch nicht festgestellt, also nicht ‚geregelt‘ werden.*“).

Andererseits spricht § 31 SGB I davon, dass sozialrechtliche Pflichten und Rechte nur begründet, festgestellt, geändert oder aufgehoben werden dürfen, wenn dies ein (förmliches) Gesetz „*vorschreibt*“ oder „*zulässt*“. Die Ausweitung, die mit der Formulierung „*zulässt*“ gegenüber der engeren Beschreibung „*vorschreibt*“ einhergeht, deutet bereits sprachlich darauf hin, dass die Anwendung sozialrechtlicher Vorschriften (anders als bspw. im Strafrecht) nicht auf den sprachlichen Wortlaut des Gesetzes begrenzt ist. Völlig frei vom Gesetz können jedoch keine neuen Rechte oder Pflichten des Bürgers geschaffen werden, da sich diese zumindest auf eine Zulassung durch förmliches Gesetz zurückführen lassen müssen.

Nach den Gesetzgebungsunterlagen soll durch die Formulierung „*zulässt*“ ein geringerer Anforderungsmaßstab kodifiziert werden, für den es ausreicht, dass „*das Gesetz oder die auf ihm beruhenden Rechtsvorschriften eine Begründung, Feststellung, Änderung oder Aufhebung von Rechten und Pflichten implizieren.*“¹⁷¹³ Darüber hinaus enthält die Entstehungsgeschichte des § 31 SGB I keinen Hinweis darauf, dass mit dieser Vorschrift Rechtsfortbildung im Bereich des Sozialrechts generell ausgeschlossen werden sollte. Dem Gesetzgeber ging es vielmehr darum, das hoheitliche Handeln der Sozialverwaltung insgesamt auf gesetzliche Grundlagen zu stellen¹⁷¹⁴ und somit auch den rechtswissenschaftlichen Streit um das Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage bei gewährender Verwaltung für das Sozialrecht zugunsten eines sozialrechtlichen Totalvorbehaltes zu entscheiden.¹⁷¹⁵ Bei § 31 SGB I geht es darum, dass „*die Unterscheidung zwischen Eingriff und Leistung aufgehoben wird, also auch für die Leistungsverwaltung vom Primat der Legislative auszugehen ist.*“¹⁷¹⁶ Systematisch folgt aus der Verortung des § 31 SGB I im allgemeinen Teil des Sozialgesetzbuches i.V.m. § 37 S. 2 SGB I, dass von einem für das gesamte Sozialrecht geltenden unabdingbaren Grundsatz auszugehen ist. Mittelbar ergibt sich aus § 31 SGB I i.V.m. den jeweiligen Anspruchsgrundlagen der besonderen Teile des Sozialgesetzbuches, dass diese Vorschriften die Rechte des Bürgers begründen sollen und damit keine beliebige Erweiterung der Rechte des Bürgers durch andere/umfangreichere Leistungen erfolgen kann. Dies bedeutet jedoch nicht, dass im Rahmen dieser gesetzlich formulierten Rechte und Pflich-

¹⁷¹³ BT-Drs. 7/868, S. 27.

¹⁷¹⁴ BT-Drs. 7/868, S. 27.

¹⁷¹⁵ *Mrozynski*, § 31 SGB I, Rn. 1 ff.; *Gutzler*, in: BeckOK, § 31 SGB I, Rn. 1 f.; *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 31 SGB I, Rn. 2 f., 6a; *Weselski*, in: Schlegel/Voelzke [Hg.], § 31 SGB I, Rn. 9 f.; *Baier*, in: Krauskopf, 83. EGL., § 31 SGB I, Rn. 2 f.; *Timme*, in: Krahmer [Hg.], § 31 SGB I, Rn. 5.

¹⁷¹⁶ *Schmidt-De Caluwe*, S. 307.

ten des Bürgers teleologisch entstehende Regelungslücken nicht durch Rechtsfortbildung geschlossen werden dürften.

Schließlich führt auch der Sinn und Zweck des § 31 SGB I nicht zu einem generellen Ausschluss von Richterrecht. Der einfach-gesetzliche Gesetzesvorbehalt des § 31 SGB I begründet ebenso wenig ein generelles Verbot von Richterrecht wie der verfassungsrechtliche Gesetzesvorbehalt des Art. 20 III GG. Insbesondere im Hinblick auf verfassungsrechtlich notwendige Rechtsfortbildung muss davon ausgegangen werden, dass Rechtsfortbildung, die das Grundgesetz fordert, auch als gesetzlich zugelassen i.S.d. § 31 SGB I zu interpretieren ist.¹⁷¹⁷ § 31 SGB I dient insofern der Rechtssicherheit sowie der Vermeidung willkürlicher Leistungsgewährungen und stärkt deshalb auch die Geltungskraft der Regelungen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers sowie den Staatshaushalt.¹⁷¹⁸ Diese Zwecke erfordern nicht, dass die Möglichkeit richterrechtlicher Rechtsfortbildung generell ausgeschlossen wird. Vielmehr genügt es im Hinblick auf die genannten Regelungsziele, dass § 31 SGB I der einschränkende Regelungszweck beigemessen wird (der bereits aus dem Wortlaut, der Entstehungsgeschichte und der Systematik gewonnen werden konnte), dass die Rechte des Bürgers nicht beliebig durch Rechtsfortbildung erweiterbar sind. Es bedarf vielmehr immer der Rückführbarkeit auf eine entsprechende gesetzliche Grundlage. Wenn man sich verdeutlicht, dass Rechtsanwendung nicht eine wortgenaue Abbildung der jeweiligen Gesetzesbestimmung ist, sondern den entsprechenden Regelungszielen verpflichtet ist, erscheint es unverändert notwendig, dass der Richter diese ggf. auch im Wege der Rechtsfortbildung zur Anwendung bringt. Der Richter kann vor dem Hintergrund des § 31 SGB I nicht – sofern er dies im Zuge richterrechtlicher Rechtsfortbildung überhaupt jemals kann – frei über die Begründung, Feststellung, Änderung oder Aufhebung von sozialrechtlichen Rechten und Pflichten im Wege richterrechtlicher Rechtsfortbildung entscheiden; er muss hierfür eine gesetzliche Grundlage vorweisen können. § 31 SGB I begründet daher kein generelles Verbot von richterrechtlicher Rechtsfortbildung (bzw. von Analogieschlüssen) im Sozialrecht;¹⁷¹⁹ die Vorschrift verbietet es jedoch, dass ohne entsprechende gesetzgeberische Wertentscheidung neuartige/andere sozialrechtliche Rechte oder Pflichten des Bürgers begründet werden.¹⁷²⁰

¹⁷¹⁷ Schmidt-De Caluwe, S. 309.

¹⁷¹⁸ Weselski, in: Schlegel/Voelzke [Hg.], § 31 SGB I, Rn. 10 ff. m.w.N.; Waltermann, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 7, Rn. 28; Henke, DÖV 1977, 41, 41 f.

¹⁷¹⁹ Köbl, in: Zacher [Hg.], FS zum 25jährigen Bestehen des BSG, Bd. II, S. 1005, 1081 ff.

¹⁷²⁰ Vgl. Schmidt-De Caluwe, S. 309.

§ 31 SGB I ermöglicht daher richterliche Rechtsfortbildung, die im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen erfolgt und dabei eine gesetzliche Entscheidung verwirklicht.¹⁷²¹ Grundsätzlich zulässig ist daher Richterrecht, das innerhalb der Einordnung dieser Arbeit der zweiten Fallgruppe (gesetzeskonkretisierendes Richterrecht) oder dritten Fallgruppe (lückenschließendes Richterrecht) zuzuordnen ist.¹⁷²² Ausgeschlossen wird durch § 31 SGB I insofern lediglich gesetzeskorrigierendes Richterrecht *contra legem*,¹⁷²³ das hier der 1. oder 4. Fallgruppe zugeordnet werden würde. Zu Recht geht das BSG deshalb davon aus, dass eine Rechtsfortbildung durch Analogieschluss anhand der bestehenden gesetzlichen Wertungen ggf. zulässig ist.¹⁷²⁴ Ein generelles Analogieverbot kann sich allenfalls aus den Besonderheiten des jeweiligen sozialrechtlichen Rechtsgebietes ergeben¹⁷²⁵ – nicht bereits aus § 31 SGB I. Trotz der Vorschrift des § 31 SGB I kann daher von sozialrechtlichen planwidrigen Regelungslücken ausgegangen werden, die eine Schließung durch Rechtsfortbildung erfordern.

Genau genommen ist der rechtliche Maßstab für die Zulässigkeit des Herstellungsanspruchs nicht § 31 SGB I. Sofern der sozialrechtliche Herstellungsanspruch tatsächlich eine entsprechende planwidrige Regelungslücke des Sozialrechts schließt,¹⁷²⁶ ist er nicht durch § 31 SGB I verboten; sofern er dieses Ziel nicht erreicht, ist der Anspruch hingegen vor § 31 SGB I rechtlich nicht haltbar. Die Frage nach der Zulässigkeit des Herstellungsanspruchs kann damit nicht aus § 31 SGB I vollständig beantwortet werden. Aus § 31 SGB I ergibt sich jedoch, dass der Herstellungsanspruch nicht bereits aufgrund seiner richterrechtlichen Rechtsnatur unzulässig ist.

¹⁷²¹ Etwa: *Schmidt-De Caluwe*, S. 306 ff.; *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 31 SGB I, Rn. 10; *Mrozynski*, § 31 SGB I, Rn. 7 („*Richterrecht ist als Gesetz i. S. d. § 31 anzusehen, soweit es das Ergebnis von Auslegung oder Rechtsfortbildung ist.*“); *Klose*, in: Jahn [Hg.], 250. EGL., § 31 SGB I, Rn. 6; *Weselski*, in: Schlegel/Voelzke [Hg.], § 31 SGB I, Rn. 38 ff.; *Rüfner*, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 31 SGB I, Rn. 3 m.w.N.

¹⁷²² Vgl. Kap. 2 A.III.3.b. – 3. Fallgruppe. Das BSG spricht hierbei vorrangig von „*Rechtsfortbildung intra legem*“ (BSG, Urt. v. 6.3.2003 – B 4 RA 38/02 R = BSGE 91, 1, 7; vgl. auch: *Schnapp*, in: Wertenbruch [Hg.], § 31 SGB I, Rn. 34) oder „*gesetzesimmanenter Rechtsfortbildung*“ (BSG, Urt. v. 7.10.2009 – B 11 AL 31/08 R = BSGE 104, 285, 289).

¹⁷²³ So auch: *Schnapp*, in: Wertenbruch [Hg.], § 31 SGB I, Rn. 34.

¹⁷²⁴ Vgl. BSG, Urt. v. 14.3.2006 – B 4 RA 8/05 R = SozR 4-2600 § 225 Nr. 2; BSG, Urt. v. 7.10.2009 – B 11 AL 31/08 R = BSGE 104, 285, 289 ff.

¹⁷²⁵ Etwa: BSG, Urt. v. 7.9.2006 – B 4 RA 41/05 R = SozR 4-8570 § 1 Nr. 11; BSG, Urt. v. 13.2.2008 – B 4 RS 133/07 B.

¹⁷²⁶ Diese Voraussetzung soll im Folgenden rechtsdogmatisch untersucht werden.

bb) Unterschiedliche rechtliche Ausgangssituationen je nach Einzelfall

Die Planwidrigkeit einer Regelungslücke kann nicht losgelöst vom Einzelfall ermittelt werden. Schließlich ist es bei richterlicher Rechtsfortbildung immer möglich, dass besondere spezialgesetzliche Regelungen für ihren Anwendungsbereich eine Planwidrigkeit ausschließen. Diese Einschätzung gilt auch für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch und wird insbesondere anhand des Ausschlussgrunds der Subsidiarität deutlich. Bestimmte Korrekturen können über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch nicht durchgeführt werden, da sie innerhalb gesetzlicher Vorschriften abschließend geregelt sind. Die Frage, ob eine bestimmte Korrektur über den Herstellungsanspruch ausgeschlossen ist, kann nur anhand des zu entscheidenden Einzelfalls überzeugend geklärt werden. Schließlich bedingen die Einzelumstände jedes Einzelfalls eine individuelle Korrektur durch eine jeweils andere Form der sozialrechtlichen Naturalrestitution, für die sich die Frage nach der Planwidrigkeit jeweils neu/anders stellt.

Ob eine konkrete Rechtsfolge des Herstellungsanspruchs bei Erfüllung seiner Tatbestandsvoraussetzungen gerade dem Plan des Gesetzes entspricht, ist dabei eine Auslegungsfrage der jeweils einschlägigen gesetzlichen Vorschriften. Daher muss der Rechtsanwender die Entscheidung treffen, ob diese Vorschriften das Fehlen eines derartigen Herstellungsanspruchs als planmäßige oder planwidrige Regelungslücke erscheinen lassen. Es besteht immer die Möglichkeit, dass besondere gesetzliche Regelungen im Einzelfall eine Planwidrigkeit ausschließen oder ggf. auch erst begründen. Was in der gesetzlichen Krankenversicherung (k)eine planwidrige Regelungslücke darstellt, muss nicht gleichzeitig auch innerhalb der gesetzlichen Rentenversicherung oder dem Sozialhilferecht (nicht) planwidrig sein; entscheidend ist vielmehr, ob dieselben rechtlichen Wertungen (unverändert) von derselben Planwidrigkeit ausgehen lassen.

Die Frage nach der allgemeinen sozialrechtlichen Zulässigkeit eines auf Fiktion eines früheren Leistungsantrags gerichteten Herstellungsanspruchs muss insofern die Wiedereinsetzungsregelungen in die Beantwortung der Frage nach der Planwidrigkeit der Regelungslücke miteinbeziehen. Für die allgemeine Wiedereinsetzungsregelung des § 27 SGB X verneint das BSG etwa einen abschließenden Charakter gegenüber einem Herstellungsanspruch.¹⁷²⁷ Bzgl. der besonderen Wiedereinsetzungsvorschrift des § 324 SGB III bzgl. der

¹⁷²⁷ BSG, Urt. v. 2.2.2006 – B 10 EG 9/05 R = BSGE 96, 44, 49 ff.; BSG, Urt. v. 6.5.2010 – B 13 R 44/09 R = NZS 2011, 342, 344; BSG, Urt. v. 8.2.2007 – B 7a AL 22/06 R = BSGE 98, 108, 111; BSG, Urt. v. 30.9.2009 – B 9 VG 3/08 R = BSGE 104, 245, 254;

Zulassung verspäteter Anträge geht das Gericht hingegen von einem abschließenden Charakter und einer Sperrwirkung gegenüber dem Herstellungsanspruch aus.¹⁷²⁸ Aufgrund von § 324 SGB III kann daher für eine Herstellung, die über die Verspätung eines Antrages hinweghelfen soll, nicht von einer planwidrigen Regelungslücke ausgegangen werden. Wenn derselbe Fall jedoch innerhalb der gesetzlichen Rentenversicherung zu entscheiden wäre, würde das BSG – mangels Anwendbarkeit der §§ 324 ff. SGB III – zu einer anderen rechtlichen Beurteilung gelangen. Bei nachträglichen Beitragszahlungen zur gesetzlichen Rentenversicherung muss ein Herstellungsanspruch die rechtlichen Anforderungen der §§ 191 ff. SGB VI beachten. Eine Herstellung, die materiell-rechtlich die Aufhebung eines Verwaltungsakts miteinschließen würde, muss sich hingegen an den Wertungen der §§ 44 ff. SGB X messen lassen.

cc) Allgemeine sozialrechtliche Regelungslücke für einen Herstellungsanspruch

Sofern jedoch von einem „sozialrechtlichen“ Herstellungsanspruch gesprochen werden soll, muss auch eine allgemeine „sozialrechtliche“ Regelungslücke bestehen. Selbst wenn die Frage nach der Planwidrigkeit einer Regelungslücke nicht getrennt vom jeweiligen Einzelfall diskutiert werden kann, lässt sich zumindest eine typische Regelungslücke näher konkretisieren, die bzgl. ihrer Planwidrigkeit untersucht werden soll. Die Möglichkeit einer sozialrechtlichen Naturalrestitution darf deshalb zumindest durch die allgemeinen Vorschriften des Sozialrechts nicht generell versperrt sein, falls die korrekturbedürftigen sozialrechtlichen Nachteile wesentlich aus einem rechtswidrigen Verwaltungshandeln hervorgehen. Derartige allgemeine sozialrechtliche Regelungen finden sich im SGB I und SGB X, die nach § 37 S. 1 SGB I für das gesamte (formelle) Sozialrecht i.S.d. § 68 SGB I anwendbar sind. Da für die Anwendbarkeit eines Herstellungsanspruchs zudem zwingend ein rechtswidriges Verwaltungshandeln erforderlich ist, bestehen auch Schnittstellen zum allgemeinen Staatshaftungsrecht – insbesondere zum Recht der Amtshaftung nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG. Ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch kann nur bestehen, soweit diese Regelungen nicht abschließend sind.¹⁷²⁹

BSG, Urt. v. 20.10.2010 – B 13 R 90/09 R; BSG, Urt. v. 18.1.2011 – B 4 AS 99/10 R; BSG, Urt. v. 18.1.2011 – B 4 AS 29/10 R.

¹⁷²⁸ BSG, Urt. v. 8.2.2007 – B 7a AL 22/06 R = BSGE 98, 108, 111.

¹⁷²⁹ Falls hingegen aus den allgemeinen Regelungen des Sozialrechts und Staatshaftungsrechts ein gegenüber dem Herstellungsanspruch abschließendes gesetzliches Regelungswerk abgeleitet werden kann, besteht keine allgemeine planwidrige sozialrechtliche Regelungslücke. Die Ausbildung eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs könnte in diesem Fall – entsprechend § 37 S. 1 Hs. 2 SGB I – allenfalls durch von diesen allgemeinen Grundsätzen abweichende Sonderregelungen für einzelne speziellere

Literatur und Rechtsprechung sind bei der Auslegung der staatshaftungs- und sozialverfahrensrechtlichen Vorschriften zu dem Ergebnis gelangt, dass ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch für die Fälle eine planwidrige Regelungslücke schließe, in denen aus einer subjektiven Rechtsverletzung hervorgegangene sozialrechtliche Nachteile nicht (mehr) durch die gesetzlich geregelten Korrekturvorschriften ausgeglichen werden können. In Betracht kommen für eine Korrektur regelmäßig: Widerspruch oder Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage (§§ 54, 83 ff. SGG), Aufhebung eines Verwaltungsaktes (§§ 44 ff. SGB X), Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 27 SGB X), wiederholte Antragstellung (§ 28 SGB X), Ausschluss der Verjährungseinrede (§ 45 SGB I) und der Amtshaftungsanspruch (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG).¹⁷³⁰ Unter Berücksichtigung eines abschließenden Charakters der jeweiligen Vorschriften wird davon ausgegangen, dass der Herstellungsanspruch anwendbar sei, wenn nicht über § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG durch Kompensation in Geld ausgleichbare sozialrechtliche Nachteile bestehen, die sich auch nicht im Erlass eines rechtswidrigen, angreifbaren Verwaltungsakt zusammenfassen lassen (hierfür alleiniger Anwendungsbereich der insofern abschließenden §§ 54, 83 ff. SGG, §§ 44 ff. SGB X), sondern die Verwaltung vielmehr nach dem Wortlaut der jeweiligen Vorschriften gesetzeskonform entscheidet, die tatsächli-

sozialrechtliche Sondermaterien gerechtfertigt sein; bspw. ein besonderer rentenversicherungsrechtlicher Herstellungsanspruch. Dies würde zugleich aber auch bedeuten, dass der Anwendungsbereich eines derartigen speziellen Herstellungsanspruchs mit der Reichweite einzelner sozialrechtlicher Sonderregelungen gleichzusetzen wäre, so dass ein (allgemeiner) sozialrechtlicher Herstellungsanspruch nicht existieren würde. Anders herum wird die generelle Zulässigkeit eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs nicht dadurch in Frage gestellt, dass ggf. abweichende Spezialvorschriften bestehen, die gegenüber einem Herstellungsanspruch abschließend sind. In diesem Fall wäre entsprechend dem allgemeinen Geltungsvorrang speziellerer Regelungen lediglich von einer im Umfang begrenzten Schließung der planwidrigen Regelungslücke durch eine Spezialvorschrift auszugehen (insofern deklaratorisch auch: § 37 S. 1 Hs. 2 SGB I), die die allgemeine, planwidrige Regelungslücke (und damit die Anwendbarkeit des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs) für andere Fälle unberührt lässt. Die Untersuchung wendet sich deshalb entsprechend der Aufgabenstellung vorwiegend der allgemeinen Frage zu, ob ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch besteht – und klammert die Frage danach weitgehend aus, ob/wo von diesen Grundsätzen ausgehend eventuell durch speziellere Sonderregelungen wiederum abgewichen wird. Die Unterscheidung zwischen allgemeinen planwidrigen Regelungslücken des Sozialrechts und besonderen planwidrigen Regelungslücken der besonderen Teile des Sozialrechts verdeutlicht abermals die Variabilität der Annahme einer Regelungslücke und ihrer Bezogenheit auf den jeweiligen Einzelfall.

¹⁷³⁰ Vgl. zu den folgenden Ausführungen insbesondere die zusammenfassenden Darstellungen bei: *Gagel/Bieback/Knickrehm*, in: *Gagel*, 52. EGL., vor § 323 SGB III, Rn. 99 f.; *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 389 f.; *Gagel*, SGB 2000, 517, 517; *Schmidt/Schmidt*, JURA 2005, 372, 372.

chen/rechtlichen Grundlagen dieser Entscheidung aber durch ihr eigenes rechtswidriges (Vor-) Verhalten erst selbst geschaffen hat.¹⁷³¹ In dieser Situation kommt es regelmäßig gar nicht erst zum Entstehen von Sozialleistungsansprüchen, die verjähren könnten, so dass auch der Anwendungsbereich des § 45 SGB I nicht eröffnet ist. Insbesondere sind diese Umstände für eine „*Fehlsteuerung des Betroffenen durch Verwaltungsfehler*“¹⁷³² typisch, weshalb der Herstellungsanspruch regelmäßig bei sog. mittelbaren sozialrechtlichen Nachteilen Anwendung findet. Dennoch kann diese Situation auch bei unmittelbaren sozialrechtlichen Nachteilen gegeben sein, die nicht in einer angreifbaren, fehlerhaften Sachentscheidung selbst liegen.¹⁷³³

Im Hinblick auf das SGB X wird angemerkt, dass dieses die Herstellungsfälle planwidrig nicht erfassen würden, weil das SGB X – wie auch das VwVfG – auf die rechtlichen Bedürfnisse im Zusammenhang mit dem Verwaltungsakt zugeschnitten sei.¹⁷³⁴ Dies zeigt sich auch an der aus § 8 SGB X/§ 9 VwVfG offensichtlichen Zielrichtung des SGB X/VwVfG, den Erlass eines Verwaltungsaktes näher zu regeln. Daher findet auch der Rechtsschutz gegen/die Korrektur von Verwaltungsfehlerverhalten, dass nicht in einem rechtswidrigen Verwaltungsakt besteht, kaum Erwähnung in diesen Verfahrensordnungen.

Teilweise wird die planwidrige Regelungslücke deshalb ausdrücklich innerhalb des allgemeinen Verfahrensrechts gesehen/verortet, das in seinen Korrekturvorschriften für Verwaltungsfehler keine dem Herstellungsanspruch entsprechende Regelung enthalte.¹⁷³⁵ Weniger überzeugend ist es hingegen die Regelungslücke des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs allein im Rahmen der §§ 14 ff. SGB I zu verorten,¹⁷³⁶ seit das BSG den Anspruch ausdrücklich auch bei subjektiven Rechtsverletzungen anwenden will, die keine Betreuungspflichtverletzungen sind.¹⁷³⁷

¹⁷³¹ So in wünschenswerter Deutlichkeit auch: *Gagel*, SGB 2000, 517, 517.

¹⁷³² *Gagel*, SGB 2000, 517, 517 (der allerdings zu Unrecht zugleich auch davon ausgeht, dass dies der einzige denkbare Fall sei).

¹⁷³³ Wenn bspw. eine Behörde selbst den Leistungsantrag eines Bürgers rechtswidrig nicht weiterleitet und dieser deshalb keine Leistungen erhält, ist auch die beschriebene Situation gegeben, dass die Behörde nun gesetzeskonform die Gewährung der Leistung verweigern kann. Diese rechtliche Situation wurde aber zuvor durch die rechtswidrige Zurückhaltung des Leistungsantrags erst begründet. Das BSG kommt daher auch für den Fall der Verletzung einer Weiterleitungspflicht zu einer Anwendung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs, obwohl kein Fall der Fehlsteuerung des Bürgers selbst gegeben ist (etwa: BSG, Urt. v. 26.1.2000 – B 13 RJ 37/98 R = SozR 3-5910 § 91a Nr. 7; BSG, Urt. v. 14.8.2003 – B 13 RJ 11/03 R = SozR 4-7610 § 362 Nr. 1).

¹⁷³⁴ Etwa: *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 161 f.; *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 401 ff.

¹⁷³⁵ Vgl. *Gagel/Bieback/Knickrehm*, in: *Gagel*, 52. EGL., vor § 323 SGB III, Rn. 98; *Ladage*, S. 123.

¹⁷³⁶ Vgl. *Diener*, Mitt LVA Oberfranken 1981, 439, 443.

¹⁷³⁷ Vgl. Kap. 1 B.I.1.

Im Zusammenhang mit einer Regelungslücke werden oftmals auch die richterrechtlich entwickelten Ansprüche des Staatshaftungsrechts erörtert.¹⁷³⁸ Dieser Ansatzpunkt ist jedoch inhaltlich irreführend. Die gesetzliche Regelungslücke, die der Herstellungsanspruch ggf. schließt, ist wesensverschieden gegenüber einer „Lücke“, die der Herstellungsanspruch ggf. im System der unregulierten Staatsansprüche schließen würde. Schließlich sind auch die anderen Ansprüche des Staatshaftungsrechts – wie auch der Herstellungsanspruch – bereits eine Reaktion auf das Vorliegen einer Regelungslücke und sollten nicht in der Weise interpretiert werden, dass sie die Annahme einer gesetzlichen Regelungslücke ausschließen könnten (anders als bspw. die gesetzlich geregelten Vorschriften des Verfahrens- oder Amtshaftungsrecht). Sofern der Herstellungsanspruch und die anderen richterrechtlich entwickelten Ansprüche des Staatshaftungsrechts der Schließung derselben Regelungslücke dienen sollten, vermag kein richterrechtliches Rechtsinstitut das andere zu verdrängen, wie es für das Verhältnis von Gesetzesrecht und Richterrecht typisch ist.¹⁷³⁹ Die unterschiedlichen richterlichen Rechtsinstitute haben grds. denselben Rechtsrang. Der Umfang einer planwidrigen Regelungslücke des Gesetzes ergibt sich aus den gesetzlichen Bestimmungen dieses Gesetzes, nicht aus den richterrechtlichen Reaktionen. Die rechtliche Zulässigkeit des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs wird unabhängig von der Existenz anderer richterrechtlicher Ansprüche für diesen Anspruch selbst ermittelt werden. Inhaltliche Grenzen werden der richterrechtlichen Rechtsfortbildungsmöglichkeit dabei nur durch die Gesamtrechtsordnung gesetzt – nicht unmittelbar durch andere unregelte, richterrechtliche Ansprüche.

Inhaltlich hiervon zu trennen ist die Frage, ob die richterrechtliche Ausbildung eines weiteren Anspruchs praktisch überhaupt sinnvoll ist, wenn bereits andere richterrechtliche Ansprüche des Staatshaftungsrechts ohnehin diese Fälle erfassen. Dies erscheint im Hinblick auf das rechtstaatliche Rechtssicherheitsgebot insbesondere dann fraglich, wenn verschiedene richterrechtliche Rechtsfortbildungen dieselben Fälle unter denselben Vo-

¹⁷³⁸ Etwa: *Schmidt-De Caluwe*, S. 251; *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 405 ff.; *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 164.

¹⁷³⁹ Eine gesetzliche Regelungslücke löst sich nicht dadurch auf, dass zur ihrer Schließung bereits auf (anderes) Richterrecht zurückgegriffen wird. Genauso wenig wird sie in ihrem Umfang geringer, weil zuerst ein anderes richterrechtliches Rechtsinstitut angewandt/entwickelt wurde. Der Herstellungsanspruch weist daher keine geringe rechtliche Berechtigung als bspw. der Folgenbeseitigungsanspruch auf, nur weil er über ein Jahrzehnt nach diesem entwickelt wurde. Überdies bildet der Folgenbeseitigungsanspruch keine inhaltlich verbindliche Ausgestaltungsgrenze für andere richterrechtliche Ansprüche in der Weise, dass diese nur die Fälle noch erfassen dürften, die (noch) nicht im Anwendungsbereich des Folgenbeseitigungsanspruchs liegen.

raussetzungen denselben Lösungen zuführen sollen. Im Vergleich zu den anderen Ansprüchen des Staatshaftungsrechts wurde aber bereits herausgearbeitet, dass der Herstellungsanspruch in Ausgestaltung und Rechtsfolge von den anderen richterrechtlichen Staatshaftungsansprüchen abweicht.¹⁷⁴⁰ Es besteht daher die Notwendigkeit der Ausbildung eines weiteren, eigenen richterrechtlichen Rechtsinstituts in Form des Herstellungsanspruchs, um bestimmte Fälle in diesem Sinne lösen zu können.

Zudem kann eine bestimmte Ausgestaltung eines richterrechtlichen Anspruchs auch die Grenzen zulässiger Lückenschließung markieren. So ist es bspw. denkbar, dass der Folgenbeseitigungsanspruch in dieser Form ausgestaltet worden ist, weil jede andere Ausgestaltung rechtlich unzulässig wäre, da keine weitergehende planwidrige Regelungslücke gegeben ist. Insofern gewinnen die anderen richterrechtlichen Ansprüche für den Herstellungsanspruch dadurch an Bedeutung, dass sie die einzigen rechtlich zulässigen Reaktionen auf staatliches Fehlverhalten darstellen könnten. Diese Argumentation, dass etwa für einen Folgenbeseitigungsanspruch (noch) von einer planwidrigen Regelungslücke ausgegangen werden könne, während eine solche bzgl. eines Herstellungsanspruchs nicht gegeben sei, ändert aber nichts daran, dass dann nicht etwa der Folgenbeseitigungsanspruch selbst einen Herstellungsanspruch ausschließt, sondern allenfalls die hinter der Ausgestaltung des Folgenbeseitigungsanspruchs stehenden rechtlichen Erwägungen. Ob der sozialrechtliche Herstellungsanspruch rechtsdogmatisch überzeugend abgeleitet werden kann, hängt damit nicht mit der Existenz von anderen richterrechtlichen Ansprüchen zusammen.

3. *Bisherige rechtsdogmatische Begründungsversuche*

Die rechtsdogmatischen Versuche, zu begründen, warum es gerade in den Herstellungsfällen rechtlich geboten sei, von dem Ergebnis abzuweichen, das sich aus der unveränderten Anwendung des Gesetzes ergeben würde, sind in der Vergangenheit zahlreich gewesen. Einigkeit besteht hierbei allerdings nur in der Einschätzung, dass sich eine einheitliche Begründungslinie bislang weder in der Rechtsprechung noch innerhalb der Literatur durchsetzen konnte.¹⁷⁴¹ Nahezu jeder Ableitungsversuch war scharfer rechtsdogmatischer Kritik ausgesetzt. Dennoch bestand im Ergebnis zumeist Einigkeit, dass ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch – ungeachtet seiner genauen rechtsdogmatischen Veranke-

¹⁷⁴⁰ Vgl. hierzu: Kap. 1 E.II.2.

¹⁷⁴¹ *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., vor §§ 38 SGB I, Rn. 121 ff.; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 395 f.; *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6 Rn. 66 ff.; *Waßer*, JA 2001, 137, 137 f.; *Gagel/Bieback/Knickrehm*, in: Gagel, 52. EGL., vor 323 SGB III, Rn. 97; *Olbertz*, S. 38 ff.; *Ladage*, S. 66 ff.; *Kemmler*, JA 2005, 908, 910; *Schmidt/Schmidt*, JURA 2005, 372, 373; *Höfling*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle [Hg.], GrdVwR, Bd. III, § 51, Rn. 42; *Diener*, Mitt LVA Oberfranken 1981, 439, 444.

– eine zulässige richterrechtliche Rechtsfortbildung darstelle.¹⁷⁴² Vereinzelt wird sogar gerade in dem Scheitern einer einseitigen Verortung der rechtlichen Grundlage des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs ausdrücklich ein Vorteil für seine Anwendung in derart unterschiedlichen Fallgestaltungen gesehen.¹⁷⁴³

Dieser Befund überrascht und kann auch nicht überzeugen; vielmehr ist die „Unbekümmertheit, mit der dieses Anspruchsinstitut argumentativ hergeleitet und dogmatisch ausgeformt wurde, irritierend.“¹⁷⁴⁴ Wenn keine rechtsdogmatische Ableitung für sich genommen einen Herstellungsanspruch rechtfertigen kann, vermag dieser Anspruch nur dadurch gerechtfertigt zu werden, dass die verschiedenen Ansätze in ihrer Gesamtheit als kumulative Begründung ihre Einzelschwächen überwinden können. Eine derartige sich ergänzende Wirkung wurde bislang jedoch nicht herausgearbeitet. Vielmehr wurden die einzelnen Ableitungsansätze überwiegend wie unvereinbare Alternativen diskutiert.¹⁷⁴⁵

Die deutliche Mehrzahl der rechtsdogmatischen Grundlegungsversuche will nicht auf Besonderheiten des Sozialrechts abstellen; sozialrechtsspezifische Begründungsversuche bilden vielmehr die absolute Ausnahme.¹⁷⁴⁶ Beschränkt nur auf die Rechtsprechung des BSG wurden folgende Ableitungsversuche für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch bislang – chronologisch geordnet¹⁷⁴⁷ – vertreten:¹⁷⁴⁸

- ❖ 1962: Ableitung aus einem allgemeinen Wiedergutmachungsanspruch,¹⁷⁴⁹
- ❖ ab 1970: Ableitung aus Treu und Glauben (§§ 242, 162 BGB analog),¹⁷⁵⁰

¹⁷⁴² Soweit ersichtlich hat lediglich *Schoch* die Zulässigkeit eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs als solchen rechtsdogmatisch bestritten (vgl. *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1 ff.). Andere kritische Stimmen zum sozialrechtlichen Herstellungsanspruch haben nicht dem Anspruch, ihm an sich die rechtliche Zulässigkeit abgesprochen, sondern lediglich einzelne (Fehl-) Entwicklungen des Anspruchs deutlich kritisiert (etwa: *Hase*, SGB 2001, 593 ff.).

¹⁷⁴³ *Ossenbühl*, DVBl. 1994, 977, 984; so wohl auch: *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., vor §§ 38 ff. SGB I, Rn. 123.

¹⁷⁴⁴ *Höfling*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle [Hg.], GrdVwR, Bd. III, § 51, Rn. 42.

¹⁷⁴⁵ Vereinzelt haben sich Rechtsprechung und Autoren aber auch um eine kumulative Grundlage bemüht (etwa: BSG, Urt. v. = BSGE 41, 126, 127; *Bieback*, SGB 1990, 317, 320). Mit jeweils weiteren Nachweisen, vgl.: *Waßer*, JA 2001, 137, 138; *Olbertz*, S. 38 f.; *Wallerath*, DÖV 1987, 505, 505.

¹⁷⁴⁶ Zu dieser Einschätzung gelangen u.a. auch: *Ossenbühl*, DVBl. 1994, 977, 983; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR I, § 52, Rn. 42; *Olbertz*, S. 54 f.

¹⁷⁴⁷ Zusammenfassend zu den Sachverhalten und inhaltlichen Äußerungen zahlreicher Entscheidungen: *Ladage*, S. 37 ff.; *Eisenreich/Ludwig*, SozVers 1995, 1, 1 ff.; *Diener*, Mitt LVA Oberfranken 1981, 439, 443 ff.

¹⁷⁴⁸ Vgl. zu einem Überblick über weitere Begründungsversuche: *Adolf*, Herstellungsanspruch, S. 58 ff.; *Olbertz*, S. 40 ff.

¹⁷⁴⁹ BSG, Urt. v. 14.6.1962 – 4 RJ 75/60 = SozR § 1233 RVO, Nr. 3 = MDR 1962, 1022 f.

¹⁷⁵⁰ BSG, Urt. v. 17.11.1970 – 1 RA 233/68 = BSGE 32, 60, 62 f.; BSG, Urt. v. 23.3.1972 – 5 RJ 63/70 = BSGE 34, 124, 127; BSG, Urt. v. 25.3.1976 – 12/7 RAr 135/74 = BSGE

- ❖ ab 1972: Bezugnahme auf die Haftung für die Verletzung von Nebenpflichten (§§ 280 ff. BGB analog),¹⁷⁵¹
- ❖ ab 1979: Ableitung aus einer Parallele/Weiterentwicklung des Folgenbeseitigungsanspruchs.¹⁷⁵²

Sofern es aber nicht gelingt, überzeugend darzulegen, woraus sich gerade bei Fehlen eines Herstellungsanspruchs eine planwidrige Unvollständigkeit des Sozialrechts ergibt, besteht keine richterliche Berechtigung, ein Gesetz zu ergänzen, das in diesem Sinne vollständig ist. Allein die Tatsache, dass man ggf. mit den Ergebnissen zufrieden ist, die über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch erreicht werden können, ist keine tragfähige rechtsdogmatische Begründung.¹⁷⁵³ Diese vielleicht wünschenswerten Ergebnisse könnten nichts an dem rechtspolitischen Gestaltungsmissbrauch der engen Befugnisse zur Setzung von Richterrecht ändern, der ihnen zu Grunde läge.

a) Ableitung aus dem Prinzip der Folgenbeseitigung

In der dogmatischen Begründung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs hat die Beschreibung als Sonderfall bzw. Parallele zum allgemeinen öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch eine besondere Bedeutung erlangt. Ohne frühere Grundlegungsversuche ausdrücklich zu verwerfen, hat das BSG ab 1979 verstärkt diesen Begründungsansatz vertreten.¹⁷⁵⁴ Während sich das Gericht lange Zeit unsicher zeigte, ob es sich bei dem Herstellungsanspruch materiell-rechtlich um einen besonderen Folgenbeseitigungsanspruch han-

41, 260, 262; BSG, Urt. v. 22.11.1979 – 8b RKg 3/79 = BSGE 49, 154, 156; BSG, Urt. v. 13.12.1984 – 11 RA 68/83 = BSGE 57, 288, 290; BSG, Urt. v. 28.10.1981 – 12 RK 61/80 = SozR 5070 § 10 Nr. 19; ablehnend: BSG, Urt. v. 25.10.1966 – 11 RA 166/66 = BSGE 25, 219, 220 f.; BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 80.

¹⁷⁵¹ BSG, Urt. v. 23.3.1972 – 5 RJ 63/70 = BSGE 34, 124, 127 f.; BSG, Urt. v. 18.12.1975 – 12 RJ 88/75 = BSGE 41, 126, 127; BSG, Urt. v. 30.11.1983 – 5a RKn 9/82 = BSGE 56, 61, 62; BSG, Urt. v. 12.11.1980 – 1 RA 45/79 = SozR 1200, § 14, Nr. 9; BSG, Urt. v. 26.10.1976 – 12/7 RAr 78/74 = SozR 4100 § 44 Nr. 9.

¹⁷⁵² BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 79 ff.; BSG, Urt. v. 11.10.1985 – 11a RA 39/84 = SozR 1200 § 14 Nr. 21; BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 94, 97; offengelassen noch: BSG, Urt. v. 23.3.1972 – 5 RJ 63/70 = BSGE 34, 124, 126.

¹⁷⁵³ Kritisch zu derartigen „Begründungs“-Versuchen auch: *Schmidt-De Caluwe*, S. 327.

¹⁷⁵⁴ Etwa: BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 79 f.; BSG, Urt. v. 28.11.1979 – 3 RK 64/77 = SozR 2200 § 182 Nr. 57; BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 94; BSG, Urt. v. 13.5.1982 – 8 RK 34/81 = BSGE 53, 273, 276; vgl. dazu auch: *Olbertz*, S. 38.

delt,¹⁷⁵⁵ ging es dazu über, den Herstellungsanspruch nach und nach als eigenständigen materiell-rechtlichen Restitutionsanspruch herauszuarbeiten, der neben¹⁷⁵⁶ den allgemeinen Folgenbeseitigungsanspruch tritt.¹⁷⁵⁷ In dieser Entwicklung wurde der Herstellungsanspruch zunächst als ein Unterfall des Folgenbeseitigungsanspruchs angesehen,¹⁷⁵⁸ bevor er zunehmend als „*Parallele zum Folgenbeseitigungsanspruch*“¹⁷⁵⁹ und dann als dessen „*Weiterentwicklung*“¹⁷⁶⁰ bezeichnet wurde. Inzwischen wird der Herstellungsanspruch überwiegend als weiterentwickelter Parallelanspruch für die Leistungsverwaltung verstanden, da der Folgenbeseitigungsanspruch in Tatbestand und Rechtsfolge nur auf die Bedürfnisse der Eingriffsverwaltung zugeschnitten sei.¹⁷⁶¹ Seine rechtsdogmatische Grundlage teile der Anspruch allerdings nach wie vor mit dem Folgenbeseitigungsanspruch.¹⁷⁶²

Der Rückgriff auf den Folgenbeseitigungsanspruch hat den größten Einfluss auf das Verständnis des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs durch andere Gerichtsbarkeiten gehabt. So übernimmt bspw. das Bundesarbeitsgericht die Vorstellung, dass der sozialrechtliche Herstellungsanspruch eine leistungsrechtliche Parallele des allgemeinen Folgenbeseitigungsanspruchs sei,¹⁷⁶³ während das BVerwG den Herstellungsanspruch als ein (besonderes) Beispiel für die allgemeine Geltung des Prinzips der Folgenbeseitigung anführt¹⁷⁶⁴. Auch in der

¹⁷⁵⁵ Etwa: BSG, Urt. v. 23.3.1972 – 5 RJ 63/70 = BSGE 34, 124, 126; BSG, Urt. v. 29.1.2002 – B 10/14 EG 8/99 R = SozR 3-7833 § 1 Nr. 27; BSG, Urt. v. 22.3.1984 – 11 RLw 1/83; BSG, Urt. v. 21.5.1980 – 7 RAr 31/79; BSG, Urt. v. 28.11.1979 – 3 RK 64/77 = SozR 2200 § 182 Nr. 57; vgl. hierzu auch: *Höfling*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle [Hg.], GrdVwR, Bd. III, § 51, Rn. 42.

¹⁷⁵⁶ Vgl. BSG, Urt. v. 18.3.1999 – B 3 P 8/98 R = SozR 3-3300 § 77 Nr. 1; BSG, Urt. v. 29.5.1996 – 3 RK 26/95 = BSGE 78, 243, 255; BSG, Urt. v. 27.11.1991 – 9a RV 1/90; BSG, Urt. v. 23.7.1986 – 1 RA 31/85 = BSGE 60, 158, 164 f.; BSG, Urt. v. 16.4.1985 – 12 RK 19/83 = SozR 2100 § 27 Nr. 3; BSG, Urt. v. 9.9.1981 – 3 RK 20/80; BSG, Urt. v. 23.9.1980 – 7 RAr 97/79.

¹⁷⁵⁷ Vgl. zu dieser Entwicklung: *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 166; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 395 f.; kritischer: *Höfling*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle [Hg.], GrdVwR, Bd. III, § 51, Rn. 42.

¹⁷⁵⁸ Vgl. BSG, Urt. v. 23.3.1972 – 5 RJ 63/70 = BSGE 34, 124, 126; *Kemmler*, JA 2005, 908, 910.

¹⁷⁵⁹ BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 79.

¹⁷⁶⁰ BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 80.

¹⁷⁶¹ Grundlegend: BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 79 f.

¹⁷⁶² BSG, Urt. v. 29.10.1992 – 10 RKg 24/91 = BSGE 71, 217, 221; BSG, Urt. v. 23.7.1992 – 7 RAr 38/91; BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 94; vgl. auch: BVerwG, Urt. v. 14.4.1989 – 4 C 34/88 = BVerwGE 82, 24, 28.

¹⁷⁶³ BAG, Urt. v. 14.12.1988 – 7 AZR 773/87 = BAGE 60, 305, 309.

¹⁷⁶⁴ BVerwG, Urt. v. 14.4.1989 – 4 C 34/88 = BVerwGE 82, 24, 28; so auch: *Haueisen*, DVBl. 1973, 739, 741; kritisch: *Pietzner*, in: Schulien [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 93, 94 („*Betrachtet man die richterrechtliche Entfaltung des Fol-*

Literatur wird der Herstellungsanspruch überwiegend unter Hinweis auf den Folgenbeseitigungsanspruch rechtsdogmatisch hergeleitet bzw. anerkannt.¹⁷⁶⁵

Das BSG übernimmt bei seiner Charakterisierung das Bild eines geradezu klassischen Folgenbeseitigungsanspruchs, der als Restitutionsanspruch bei der Beeinträchtigung eines Freiheitsrechts oder gleichgestellter Unterlassungspflichten Anwendung findet,¹⁷⁶⁶ obwohl der allgemeine Folgenbeseitigungsanspruch inzwischen wohl überwiegend weitergehend auch auf Leistungsansprüche angewandt wird.¹⁷⁶⁷ Das BSG jedenfalls will den Folgenbeseitigungsanspruch unverändert nicht auf Leistungsrechtsbeeinträchtigungen ausdehnen, sondern sieht hierin gerade den (parallelen/weiterentwickelten) Anwendungsbereich des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs.¹⁷⁶⁸ Der Folgenbeseitigungsanspruch bleibt damit – gegenüber der überwiegend vertretenen Ansicht einschränkend – auf die Korrektur von Grundrechtseingriffen oder einfach-gesetzlicher Unterlassungsansprüche begrenzt.¹⁷⁶⁹

Dieser Begründungsversuch unter Zuhilfenahme des allgemein anerkannten Folgenbeseitigungsanspruchs wirkt auf den ersten Blick erfolgsversprechend. Schließlich handelt es sich bei beiden Ansprüchen um Reaktionsansprüche für rechtswidriges Verhalten bzw. rechtswidrige Zustände, die über das gesetzlich geregelte Verfahrens- und Amtshaftungsrecht hinausgehend eine Restitution durch Amtshandeln gewähren. Auf den zweiten Blick erscheint dieser Ansatz jedoch fraglich, weil sich Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolge von Folgenbeseitigungs- und Herstellungsanspruch unterscheiden.¹⁷⁷⁰ Diese Unterschiede begründen schließlich die praktische Notwendigkeit eines eigenen so-

genbeseitigungs- und des Herstellungsanspruchs aus kritischer Distanz, ließe sich etwas überspitzt sagen, das einzig wirklich Gesicherte sei die Rechtsüberzeugung in der jeweiligen Fachgerichtsbarkeit, daß ein solcher Anspruch dem Grunde nach existiert.“).

¹⁷⁶⁵ Etwa: Rüfner, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 14 SGB I, Rn. 12; Ebsen, DVBl. 1987, 389, 392 ff.; Wallerath, DÖV 1987, 505, 515 ff.; ders., DÖV 1994, 757, 759 f.; Brugger, AöR 112 [1987], 389 ff.; Olbertz, S. 158 ff.; Kreßel, SGb 1987, 313, 313 f.; Hattstein, Betreuungspflichten, S. 239 f.

¹⁷⁶⁶ BSG, Urt. v. 18.12.1975 – 12 RJ 88/75 = BSGE 41, 126, 127.

¹⁷⁶⁷ Vgl. Kap. 1 E.II.2.b.aa. (1) (a).

¹⁷⁶⁸ A.A. wohl: Olbertz, S. 38 Fn. 227 (Olbertz geht zu Unrecht davon aus, dass die Begrenzung des Folgenbeseitigungsanspruchs auf Unterlassungspflichten vom BSG zwischenzeitlich aufgegeben worden sei – vgl. aber: BSG, Urt. v. 7.11.2001 – B 9 SB 3/01 R = BSGE 89, 79, 84).

¹⁷⁶⁹ BSG, Urt. v. 7.11.2001 – B 9 SB 3/01 R = BSGE 89, 79, 84; BSG, Urt. v. 28.5.1980 – 5 RKn 21/79 = BSGE 50, 129, 133; BSG, Urt. v. 21.2.1980 – 5 RKn 19/78 = BSGE 50, 12, 13; BSG, Urt. v. 18.12.1975 – 12 RJ 88/75 = BSGE 41, 126, 127; BSG, Urt. v. 25.11.1976 – 11 RLw 7/76 = SozR 5850 § 26 GAL Nr. 2.

¹⁷⁷⁰ Kritisch daher auch: Bieback, DVBl. 1983, 159, 166 m.w.N.; Kreßel, SGb 1987, 313, 314; Schmidt/Schmidt, JURA 2005, 372, 373; Ladage, S. 76, 78; vgl. zu den Unterschieden: Kap. 1 E.II.2.b.aa. (2).

zialrechtlichen Herstellungsanspruch abweichend vom allgemeinen öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch, der andere Fallkonstellationen erfassen (bzw. andere Lösungen hervorbringen) soll. Der Herstellungsanspruch ist kein – klassischer – Folgenbeseitigungsanspruch, so dass eine gemeinsame rechtliche Grundlage nicht selbstverständlich ist. Es handelt sich vielmehr um zwei unterschiedliche Ansprüche.

aa) Keine Ableitung unmittelbar aus dem Folgenbeseitigungsanspruch an sich

Mit aller Deutlichkeit muss darauf hingewiesen werden, dass Darstellungen sprachlich misslungen sind, die davon sprechen, dass der Herstellungsanspruch „seine Wurzel im Folgenbeseitigungsanspruch [hat], der auf Restitution gegenüber rechtswidrigem Verwaltungshandeln gerichtet ist.“¹⁷⁷¹ Der allgemeine öffentlich-rechtliche Folgenbeseitigungsanspruch ist seinerseits bereits ein Rechtsinstitut richterrechtlicher Rechtsfortbildung,¹⁷⁷² das einer überzeugenden rechtsdogmatischen Rückführung auf die Gesamtrechtsordnung bedarf. Der Folgenbeseitigungsanspruch selbst bietet daher für sich genommen keine ausreichende Grundlage, um von ihm ausgehend weitere richterrechtliche Ansprüche zu entwickeln, die sich ggf. weiter von der (geschriebenen) Rechtsordnung entfernen. Es kann daher nicht genügen, das nächste richterrechtliche Institut widerspruchsfrei aus einem anderen richterrechtlichen Rechtsinstitut zu entwickeln – und seine Zulässigkeit somit an diesem Richterrecht zu messen statt an der Rechtsordnung. „Deshalb sind richterliche ‚Rechtsfortbildung‘, ‚Richterrecht‘ oder nur ‚Rechtsfortbildung‘ keine Rechtsinstitute, die unmittelbar geeignet sind, eine Rechtsgewinnung methodisch zu rechtfertigen.“¹⁷⁷³

Allenfalls können dieselben rechtlichen Anhaltspunkte, die bereits die Entwicklung des Folgenbeseitigungsanspruchs bedingen, auch (noch) die Ableitung eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs rechtsdogmatisch tragen. Gemeint sein kann mit derartigen Formulierungen lediglich, dass sich der Herstellungsanspruch als leistungsrechtliche Fortentwicklung des Folgenbeseiti-

¹⁷⁷¹ BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 94; vgl. auch: BSG, Urt. v. 23.7.1992 – 7 RAr 38/91 („Die Revision verwechselt den aus dem Folgenbeseitigungsanspruch abgeleiteten Herstellungsanspruch mit dem Anspruch auf Schadensersatz, über den der Senat nicht zu entscheiden hat.“); Olbertz, S. 191 f.

¹⁷⁷² Sofern man § 113 I S. 2 VwGO als gesetzliche Grundlage des Folgenbeseitigungsanspruchs mit der herrschenden Meinung ablehnt, hat ein allgemeiner öffentlich-rechtlicher Folgenbeseitigungsanspruch seitdem keine weitreichende gesetzliche Normierung mehr erfahren. Allenfalls in Sondervorschriften sind besondere Folgenbeseitigungsansprüche geregelt (etwa: § 84 SGB X, §§ 14 II, 32, 46 PolG.NRW).

¹⁷⁷³ Schmalz, Methodenlehre, 3. Aufl., Rn. 354.

gungsanspruchs ggf. aus denselben Rechtsgrundsätzen ergibt, die bereits zur Ausbildung des Folgenbeseitigungsanspruchs geführt haben.¹⁷⁷⁴

bb) Ableitung aus den Rechtsgrundlagen des Folgenbeseitigungsanspruchs

Mit der Ableitung des Herstellungsanspruchs aus dem Folgenbeseitigungsanspruch kann daher nur die Ableitung aus den rechtlichen Hintergründen des Folgenbeseitigungsanspruchs gemeint sein. Dies wirft jedoch das Problem auf, dass die Ableitung eines Folgenbeseitigungsanspruchs nicht einheitlich beurteilt wird. Vielmehr ist weiterhin rechtsdogmatisch umstritten, ob der Folgenbeseitigungsanspruch u.a. aus der Gerechtigkeit, dem Rechtsstaatsprinzip, den Grundrechten, analog §§ 1004, 862, 12 BGB oder den §§ 113 I 2 VwGO, 131 I 1 SGG abzuleiten ist.¹⁷⁷⁵ Insofern muss überprüft werden, ob (zumindest) einer dieser Ableitungsversuche tatsächlich auch die Ausbildung eines Herstellungsanspruchs rechtsdogmatisch ermöglicht.

Zwischenzeitlich wurde auch in einer Analogie zu § 113 I 2 VwGO, die allenfalls den sog. Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch erfasst, eine Grundlage des öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruchs gesehen.¹⁷⁷⁶ Vereinzelt wird eine Entscheidungspassage des BSG¹⁷⁷⁷ ebenfalls als der Versuch interpretiert, in der parallelen sozialgerichtlichen Regelung (§ 131 I SGG) die Grundlage des sozialrechtlichen Herstellungsanspruch zu sehen.¹⁷⁷⁸ Sowohl für den öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch als auch für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch ist eine Ableitung aus den prozessrechtlichen Regelungen der §§ 113 I 2 VwGO, 131 I SGG allerdings zurückzuweisen.¹⁷⁷⁹ Diese prozessrechtlichen Regelungen begründen keinen materiellen Anspruch, sondern setzen dessen Existenz voraus.¹⁷⁸⁰ Ziel der Vorschriften ist daher allein die Regelung, wie diese Ansprüche prozess-

¹⁷⁷⁴ Vgl. BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 79 f.; *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 166 m.w.N.

¹⁷⁷⁵ Für einen Überblick über die verschiedenen Ableitungsversuche: *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 360 ff.

¹⁷⁷⁶ *Rupp*, JA 1979, 506, 508 f.; *Rüfner*, DVBl. 1967, 186, 189 f.

¹⁷⁷⁷ BSG, Urt. v. 13.5.1982 – 8 RK 34/81 = BSGE 53, 273, 276.

¹⁷⁷⁸ Vgl. *Olbertz*, S. 38, Fn. 227.

¹⁷⁷⁹ In Bezug auf § 131 I 1 SGG kann aus guten Gründen sogar bezweifelt werden, dass dieser unmittelbar die prozessuale Geltendmachung des Herstellungsanspruchs regeln soll. Auch wenn die Vorschrift nicht wortgleich mit § 113 I S. 2 VwGO übereinstimmt, ist sie nämlich nur auf einen Folgenbeseitigungsanspruch (Rückgängigmachung) abgestimmt (*Keller*, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer [Hg.], § 131 SGG, Rn. 4a; **a.A.** wohl: BSG, Urt. v. 31.10.2001 – B 3 KR 27/01 R = BSGE 89, 50, 54).

¹⁷⁸⁰ *Schenke*, in: Kopp/Schenke, § 113 VwGO, Rn. 81; *Schloer*, JA 1992, 39, 40; *Redeker*, DÖV 1987, 194, 200; *Maurer*, AllgVerwR, § 30, Rn. 4; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 135 f.; *Brugger*, JuS 1999, 625, 626; *Ahrens*, StHR, Rn. 297 m.w.N.; *Sproll*, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, StHR, § 12, Rn. 14.

rechtlich geltend gemacht werden können.¹⁷⁸¹ Aus den Vorschriften kann allenfalls abgeleitet werden, dass der Gesetzgeber von der rechtlichen Zulässigkeit derartiger Restitutionsansprüche ausgeht, die im Verwaltungsgerichtsweg geltend zu machen sind, nicht wie diese inhaltlich ausgestaltet sind.¹⁷⁸² Insofern besteht inzwischen allgemeine Einigkeit in der Frage, dass prozessuale Regelungen wie §§ 113 I 2 VwGO, 131 I SGG, § 100 I FGO, § 28 I EGGVG keine ausreichende Rechtsgrundlage für die Begründung eines eigenen materiellrechtlichen Folgenbeseitigungs- oder Herstellungsanspruchs bilden können.¹⁷⁸³

(1) *Ableitung aus der Gerechtigkeit*

In diesem Zusammenhang darf nicht der Versuchung nachgegeben werden, einen Folgenbeseitigungs- und Herstellungsanspruch allein im Hinblick auf Gerechtigkeitserwägungen abzuleiten (es sei schließlich ungerecht, wenn die Verwaltung bei Rechtsverletzungen nicht auch die entstandenen Folgen beseitigen müsse und der Betroffene dies nicht einfordern könne; genauso sei es ungerecht, wenn bspw. eine Rente wegen fehlerhaften Behördenverhaltens nicht gewährt werden solle).¹⁷⁸⁴ Das Grundgesetz erklärt nicht jede Form von Gerechtigkeit für rechtsverbindlich; auch das materielle Rechtsstaatsprinzip kann allenfalls als die Bezugnahme auf eine Gerechtigkeit i.S.d. Grundgesetzes verstanden werden.¹⁷⁸⁵ Es muss daher zumindest am Maßstab des Grundgesetzes nachgewiesen werden, warum ein gefundenes Ergebnis nicht der Gesamtrechtsordnung entsprechen soll.

Eine Berufung auf eine irgendwie geartete Gerechtigkeit ist daher kein rechtsdogmatisches Argument – sie ist vielmehr die Aufgabe jeder rechtswissenschaftlicher Diskussion, die die rechtlichen Schlussfolgerungen in das Belieben desjenigen stellt, der momentan über seine Vorstellung von Gerechtig-

¹⁷⁸¹ Schoch, VerwArch. 79 [1988], 1, 33; ders., JURA 1993, 478, 480.

¹⁷⁸² Vgl. Weyreuther, Gutachten, B 43 f., B 180; Ehlers, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner [Hg.], 24. EGL., § 40 VwGO, Rn. 521; Ossenbühl/Cornils, StHR, S. 360; Papier, DÖV 1972, 845, 847.

¹⁷⁸³ Etwa: Weyreuther, Gutachten, B 41 ff.; Redeker, DÖV 1987, 194, 200; Schloer, JA 1992, 39, 40; Maurer, AllgVerwR, § 30, Rn. 4; Ossenbühl/Cornils, StHR, S. 360; Grzeszick, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 18; Schenke, in: Kopp/Schenke, § 113 VwGO, Rn. 81; ders., JuS 1990, 370, 372; Papier, DÖV 1972, 845, 847; Schoch, VerwArch. 79 [1988], 1, 33; ders., JURA 1993, 478, 480; Brugger, JuS 1999, 625, 626; Keller, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer [Hg.], § 131 SGG, Rn. 4 ff.; Detterbeck, AllgVerwR, Rn. 1204; Sproll, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, StHR, § 12, Rn. 23 f.

¹⁷⁸⁴ Vgl. zu derartigen Ansätzen, etwa: Erichsen, VerwArch. 63 [1972], 221; Brugger, JuS 1999, 625, 628 m.w.N.; Ossenbühl, DVBl. 1994, 977, 980, 983 f.

¹⁷⁸⁵ Vgl. hierzu ausführlich: Kap. 2 A.III.2.a.bb.

keit spricht.¹⁷⁸⁶ Der Rückgriff auf eine vom Grundgesetz losgelöste Gerechtigkeit führt in der Ableitung eines konkreten Anspruchs nicht weiter – sie fördert ein Chaos. Ähnliches gilt für ein Abstellen auf eine mehrheitliche/überwiegende Zufriedenheit mit den Ergebnissen einer Rechtsfortbildung.¹⁷⁸⁷

Teilweise wird ausgeführt, dass die Entwicklung des Herstellungsanspruchs maßgeblich dem Umstand geschuldet sei, dass bestimmte Fallgruppen ohne den Herstellungsanspruch nicht befriedigend gelöst werden könnten.¹⁷⁸⁸ Diese Argumentation ist fatal. Denn sie bedeutet inhaltlich nichts anderes, als dass bestimmte Fälle ohne den Herstellungsanspruch nicht so gelöst werden könnten wie mit dem Herstellungsanspruch. Wenn dies zur Begründung eines richterrechtlichen Rechtsinstituts ausreichen sollte, steht die richterrechtliche Gesetzesbindung vollständig im Belieben eines rechtssetzenden Richters. Der gesetzgebundene Richter muss vielmehr deutlich machen, warum das gesetzlich gefundene Ergebnis – gemessen nur an den Maßstäben der Gesamtrechtsordnung (nicht an seiner eigenen Moral, einer allgemeinen Mehrheitsmeinung, etc.) – keine befriedigende Lösung i.S.v. „*rechtlich zutreffend*“ sein soll.

(2) *Ableitung aus einem rechtsstaatlich fundierten Folgenbeseitigungsanspruch*

Im Zusammenhang mit der Begründung von staatshaftungsrechtlichen Ansprüchen wird auf die materiellen Forderungen des Rechtsstaatsprinzips zurückgegriffen¹⁷⁸⁹ – genauer: auf die Gesetzesbindung der Verwaltung aus Art. 20 III

¹⁷⁸⁶ Bspw. mag es der eine für gerecht halten, wenn Mitverantwortlichkeit erst ab grober Fahrlässigkeit berücksichtigt wird, während ein anderer für eine Restitutionspflicht entscheidend darauf abstellt, ob die Verwaltung ihrerseits zumindest fahrlässig gehandelt hat, der nächste mag Geldersatz gegenüber Naturalrestitution für vollkommen ausreichend halten und wieder ein anderer könnte jedem rechtswidrig Geschädigten noch zusätzlich eine Entschädigung für seine durchlittenen Umstände zusprechen wollen. Diese Kritikpunkte erkennen auch *Brugger* (JuS 1999, 625, 628) und *Erichsen*. *Erichsen* versucht daher zu Recht, das „*Gebot der Gerechtigkeit*“ grundgesetzlich in Bezug auf den Folgenbeseitigungsanspruch nachzuweisen und möchte dieses schließlich in der Gesamtkonzeption des Grundgesetzes verorten (*Erichsen*, VerwArch. 63 [1972], 221 f.).

¹⁷⁸⁷ Vgl. *Larenz*, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen, S. 4 f.

¹⁷⁸⁸ Etwa: BSG, Urt. v. 13.12.1984 – 11 RA 68/83 = BSGE 57, 288, 290; *Bauer*, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 59, 60; kritisch hierzu auch: *Höfling*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle [Hg.], GrdVwR, Bd. III, § 51, Rn. 42.

¹⁷⁸⁹ Vgl. allgemein zur Unterscheidung zwischen formellem und materiellem Rechtsstaatsprinzip: *Maurer*, StaatsR, § 8, Rn. 7 f.; *Sachs*, in: Sachs [Hg.], Art. 20 GG, Rn. 74; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 20 GG, VII, Rn. 35 ff.; kritisch: *Schnapp*, in: von Münch/Kunig [Hg.], Art. 20 GG, Rn. 22.

GG und/oder Art. 34 GG bzw. Art. 19 IV GG.¹⁷⁹⁰ Der Folgenbeseitigungsanspruch wurde bereits frühzeitig von *Bachof* über das Rechtsstaatsprinzip begründet.¹⁷⁹¹ Diese Ableitung wurde in der Folge weiter ausgearbeitet.¹⁷⁹²

Dem Vorbehalt des Gesetzes wird hierbei entnommen, dass die Verwaltung grds. nicht ohne gesetzliche Grundlage handeln darf.¹⁷⁹³ Der sog. Vorrang des Gesetzes geht weiter und verbietet jegliches Handeln durch die Exekutive, das gegen das Gesetz (i.S.e. Anwendungsgebotes und Abweichungsverbotes) verstößt.¹⁷⁹⁴ Die Verfassung bindet insofern die Verwaltungsträger an das einfache Gesetz und verbietet ein Verhalten, das nicht im Einklang mit diesem (einfachen) Gesetz steht. Bis zu diesem Punkt herrscht allgemeine Einigkeit in Bezug auf die Forderungen des Rechtsstaatsprinzips.

¹⁷⁹⁰ Der Versuch, unter Rückgriff auf das allgemeine Rechtsstaatsprinzip fehlende Einzelregelungen zur Lückenschließung zu entwickeln, wird für möglich gehalten – aber bewusst zurückhaltend behandelt (vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.5.1981 – 2 BvR 215/81 = BVerfGE 57, 250, 276; BVerfG, Beschl. v. 22.2.1994 – 1 BvL 30/88 = BVerfGE 90, 60, 86; BVerfG, Beschl. v. 17.6.2004 – 2 BvR 383/03 = BVerfGE 111, 54, 82; *Maurer*, StaatsR, § 8, Rn. 3; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 20 GG, Rn. 29; *Stern*, Staatsrecht, Bd. I, S. 778 ff.; *Schmidt-Aßmann*, in: Isensee/Kirchhof [Hg.], HdStR, Bd. II, § 26, Rn. 7 ff.; *Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat, S. 399 ff.). Teilweise wird daher nur für besondere inhaltliche Ausprägungen des allgemeinen Rechtsstaatsprinzips eine ausreichende inhaltliche Bestimmbarkeit anerkannt, um daraus lückenschließende Rechtsfortbildung zu rechtfertigen (*Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, S. 109 f., 457 ff.; *Schnapp*, in: von Münch/Kunig [Hg.], Art. 20 GG, Rn. 22, 24). Für diese Arbeit kann dies allerdings dahingestellt bleiben, da mit der Gesetzesbindung der Verwaltung (Art. 20 III GG) und Art. 19 IV, 34 GG ohnehin besondere Ausprägungen des allgemeinen Rechtsstaatsprinzips betroffen sind.

¹⁷⁹¹ *Bachof*, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, S. 98 ff.; *ders.*, DÖV 1971, 859, 859 f.

¹⁷⁹² Etwa: BVerwG, Urt. v. 19.7.1984 – 3 C 81/82 = BVerwGE 69, 366, 370; BVerwG, Urt. v. 6.11.1959 – I C 189/57 = DVBl. 1960, 255, 256; BAG, Urt. v. 14.12.1988 – 7 AZR 773/87 = NJW 1989, 2909, 2909; Bayerischer VGH, Urt. v. 16.8.2011 – 3 ZB 10.2957; Bayerischer VGH, Urt. v. 8.2.2007 – 15 BV 04.1139; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 8.7.2010 – OVG 3 S 26.10; VG Arnberg, Urt. v. 5.12.2002 – 7 K 68/02; OVG NRW, Urt. v. 10.11.1998 – 19 A 1320/98 = NVwZ 2000, 217, 217 f.; *Haug*, DÖV 1967, 86, 91; *Köhler*, BayVBl. 1986, 712, 713; *Wallerath*, DÖV 1987, 505, 512; *Hoffmann*, Abwehrensanspruch gegen Realakte, S. 42 ff.; *Fiedler*, NVwZ 1986, 969, 970 f.; *Redeker*, DÖV 1987, 194, 195 f.; *Badura*, StaatsR, D, Rn. 63.

¹⁷⁹³ *Stern*, Staatsrecht, Bd. I, S. 805 ff.; *Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat, S. 107 ff.; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 20 GG, VI, Rn. 75 ff.; *Ehlers*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 2, Rn. 38, 40 ff.; *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2010, 116, 117 f.

¹⁷⁹⁴ *Stern*, Staatsrecht, Bd. I, S. 803 ff.; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 20 GG, VI, Rn. 72 ff.; *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, S. 316 ff.; *Ehlers*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 2, Rn. 38 f.; *Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat, S. 104 ff.; *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2010, 116, 117.

Unterschiedlich beurteilt werden hingegen die Folgen, die sich aus einer Verletzung der Gesetzesbindung des Art. 20 III GG ergeben. Wenn Art. 20 III GG die Verwaltung verpflichtet, sich an das (einfache) Gesetz zu halten, liegt es nahe, dass daraus im Falle eines Rechtsverstoßes auch eine Pflicht folgt, diesen Rechtsverstoß wieder zu beseitigen.¹⁷⁹⁵ Andernfalls könnte ein Verwaltungsträger sich seiner verfassungsrechtlichen Gesetzesbindung dadurch folgenlos entziehen, dass er sich nicht an das Gesetz hält. Art. 20 III GG kann seiner Zielsetzung, die staatliche Rechtsausübung gesetzlich zu binden, daher nur gerecht werden, falls die Gesetzesbindung auch über einen Rechtsverstoß hinaus in der Weise fortwirkt, dass sie die Verwaltung verpflichtet, (weitere) Rechtsverletzungen abzustellen und auf den Boden des Gesetzes zurückzukehren.¹⁷⁹⁶ Die Gesetzesbindung beschränkt sich nicht isoliert auf einen einzelnen, bestimmten Zeitpunkt, in dem ein Verbot/Gebot zu erfüllen wäre, sondern verändert sich entsprechend seiner Zielrichtung mit der Situation, die durch das rechtswidrige Verhalten der Verwaltung geschaffen wurde. Die Pflicht zum rechtmäßigen Handeln wandelt sich mit der Rechtsverletzung zu einer Pflicht zur staatlichen Reaktion auf das (eigene) rechtswidrige Handeln.¹⁷⁹⁷ In diesem Sinne enthält die Gesetzesbindung der Verwaltung (Art. 20 III GG) auch einen staatshaftungsrechtlicher Gehalt.¹⁷⁹⁸ Das

¹⁷⁹⁵ Etwa: BVerwG, Urt. v. 19.7.1984 – 3 C 81/82 = BVerwGE 69, 366, 370; BVerwG, Urt. v. 26.8.1993 – 4 C 24/91 = BVerwGE 94, 100, 103; *Stern*, Staatsrecht, Bd. I, S. 855; *Sachs*, in: Sachs [Hg.], Art. 20 GG, Rn. 111; *ders.*, in: *Stern*, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 675 m.w.N.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier [Hg.], Bd. II, Art. 20 GG (Rechtsstaat), Rn. 222; *Bonk*, in: Sachs [Hg.], Art. 34 GG, Rn. 5; *Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat, S. 217 ff.; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 20 GG, VII, Rn. 151; *ders.*, Rechte und Ansprüche, S. 63; *Schmidt-Aßmann*, in: Isensee/Kirchhof [Hg.], HdStR, Bd. II, § 26, Rn. 88; *Papier*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 34 GG, Rn. 12; *Sommermann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck [Hg.], Art. 20 GG, Rn. 271; *Maurer*, AllgVerwR, § 25, Rn. 9; *Fiedler*, NVwZ 1986, 969, 971; kritisch: *Schenke*, JuS 1990, 370, 372.

¹⁷⁹⁶ Der Zielsetzung des Rechtsstaatsprinzips (und insbesondere des Art. 20 III GG), eine Beschränkung staatlicher Machtausübung festzuschreiben (vgl. dazu: *Vofskuhle/Kaufhold*, JuS 2010, 116, 116 f.), widerspräche es jedenfalls, wenn die Verwaltung rechtswidrige Tatsachen schaffen kann und dann keine Verpflichtung zu ihrer Beseitigung bestünde. Eine machtintensivere Ausübung staatlicher Befugnisse als durch rechtswidriges Verhalten bestehende Nachteile für den Bürger zu schaffen, ist schließlich kaum denkbar.

¹⁷⁹⁷ Vgl. *Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat, S. 233.

¹⁷⁹⁸ Etwa: *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 20 GG, VII, Rn. 151 ff.; *Maurer*, StaatsR, § 8, Rn. 36; *Sachs*, in: Sachs [Hg.], Art. 20 GG, Rn. 77; *Stern*, Staatsrecht, Bd. I, S. 855 ff.; *Schmidt-Aßmann*, in: Isensee/Kirchhof [Hg.], HdStR, Bd. II, § 26, Rn. 88 m.w.N.; *Badura*, StaatsR, D, Rn. 63; *Sommermann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck [Hg.], Art. 20 GG, Rn. 325; *Lücke*, AöR 104 [1979], 225, 228 ff.

BVerwG hat insofern den Folgenbeseitigungsanspruch zeitweise aus Art. 20 III GG entwickelt.¹⁷⁹⁹

Hiervon ausgehend ist es nicht überraschend, dass auch der sozialrechtliche Herstellungsanspruch als eine rechtsstaatlich geforderte Rechtsfolge aus der Verletzung der Gesetzesbindung der Verwaltung (Art. 20 III GG) beschrieben wird.¹⁸⁰⁰ Schließlich führt gerade die Ableitung aus Art. 20 III GG dazu, dass jegliches rechtswidriges Verwaltungsverhalten (Handlung oder Unterlassen) eine entsprechende Folgenbeseitigungspflicht begründen würde, weil der Ausgangspunkt eines derartigen Anspruchs dann allein in der hoheitlichen Verletzung von Rechten aller Art liegt.¹⁸⁰¹ Die Ableitung selbst erfolgt dabei in der Weise, dass derjenige, der bei Beachtung des rechtsstaatlichen Gebotes durch die Verwaltungsträger keinen sozialrechtlichen Nachteil erlitten hätte, bei Missachtung dieses Gebotes zumindest einen Restitutionsanspruch erhält, der den Zustand herstellt, der für ihn ohnehin schon bestünde, wenn das Rechtsstaatsprinzip nicht missachtet worden wäre. Wenn das Rechtsstaatsprinzip gerade die Verwaltungsträger an das einfache Recht binden will und rechtswidriges Handeln ausschließt, könne es nicht sein, dass dieses Prinzip im Falle seiner Verletzung keine Restitution fordere. Diese Forderung verwirkliche dann der sozialrechtliche Herstellungsanspruch.

Anderenfalls wäre das Rechtsstaatsprinzip nicht viel mehr als ein wohlge-meintes Lippenbekenntnis, das Rechtsbeachtung und -verwirklichung tatsächlich unter einen „*Vorbehalt des behördlichen Wohlverhaltens*“¹⁸⁰² stellt. Insofern stellt auch gerade die Berufung der Verwaltung auf sozialrechtliche Vorschriften, die einen sozialrechtlichen Nachteil des Betroffenen begründen, eine über den Herstellungsanspruch grds. zu beseitigende Folge des rechtswidrigen

¹⁷⁹⁹ Etwa: BVerwG, Urt. v. 19.7.1984 – 3 C 81/82 = BVerwGE 69, 366, 370; BVerwG, Urt. v. 6.11.1959 – I C 189/57 = DVBl. 1960, 255, 256; BVerwG, Urt. v. 26.8.1993 – 4 C 24/91 = BVerwGE 94, 100, 103. In dieser Rechtsprechung sind Parallelen zur Rechtsprechung bzgl. der Rücknahmefähigkeit von rechtswidrigen Verwaltungsakten erkennbar, die das Gericht – vor Inkrafttreten der §§ 48 f. VwVfG – ebenfalls aus Art. 20 III GG entwickelt hat (vgl. hierzu: *Ule*, DVBl. 1963, 475, 478 f. m.w.N. aus der Rechtsprechung).

¹⁸⁰⁰ Etwa: BSG, Urt. v. 25.10.1985 – 12 RK 37/85 = SozR 5070 § 10 Nr. 30; *Schnapp*, SGB 1977, 307, 308; *Wallerath*, DÖV 1987, 505, 511, 513 ff.; *ders.*, DÖV 1994, 757, 759 f.; *Frohn*, JURA 1989, 523, 527 f.; *Bogs*, in: Zacher [Hg.], FS zum 25jährigen Bestehen des BSG, Bd. I, S. 170, 175; wohl auch: *Mrozynski*, § 14 SGB I, Rn. 24.

¹⁸⁰¹ *Pietzko*, FBA, S. 74 f.; *Weyreuther*, Gutachten, B 77, Fn. 313; *Hoffmann*, Abwehranspruch gegen Realakte, S. 52 f.; *Schenke*, JuS 1990, 370, 372; *Klein*, in: Soergel [Hg.], § 839 BGB, Anhang, Rn. 207, Fn. 581.

¹⁸⁰² *Wallerath*, DÖV 1994, 757, 760.

Verwaltungsverhaltens dar, weil es ohne das Fehlverhalten gar nicht erst zur Anwendung dieser Vorschriften gekommen wäre.

Die Ableitung eines Folgenbeseitigungsanspruchs allein aus dem Rechtsstaatsprinzip wird allerdings vielfach scharf kritisiert,¹⁸⁰³ wobei sich die rechtsdogmatischen Kritikpunkte auch auf eine entsprechenden Ableitung des Herstellungsanspruchs übertragen lassen.¹⁸⁰⁴ Zunächst wird eingewandt, dass das Rechtsstaatsprinzip ein objektiv-rechtliches Rechtsprinzip sei, aus dem sich für den Einzelnen keine subjektiven Rechte ergeben. Ein subjektiver Anspruch auf Folgenbeseitigung/Herstellung könne sich daher nicht aus der Verletzung des objektiven Rechtsstaatsprinzips ergeben.¹⁸⁰⁵ Allenfalls eine objektiv-rechtliche Folgenbeseitigungspflicht der Verwaltung wäre aus dem Rechtsstaatsprinzip ableitbar.¹⁸⁰⁶

Darüber hinaus sei das Rechtsstaatsprinzip inhaltlich zu unbestimmt, um daraus auch die Tatbestandsvoraussetzungen oder gar die Rechtsfolge von Reaktionspflichten zu entwickeln.¹⁸⁰⁷ Aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebe sich weder, dass eine Korrektur rechtswidrigen Verwaltungsverhaltens (nicht) von weiteren Tatbestandsmerkmalen abhängig gemacht werden könne, noch *welche* Rechtsfolgen (Klagemöglichkeit/Schadensersatz/Entschädigung/Restitution i.S.d. Wiederherstellung des status quo ante oder vollständige Naturalrestituti-

¹⁸⁰³ Etwa: *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 364 ff.; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 20 GG, VII, Rn. 151 ff.; *Weyreuther*, Gutachten, B 28; *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 33 ff.; *Schenke*, JuS 1990, 370, 372 f.; *ders.*, DVBl. 1990, 328, 330; *Brugger*, JuS 1999, 625, 628 ff.; *Bettermann*, DÖV 1955, 528, 531.

¹⁸⁰⁴ *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 55; *Schmidt-De Caluwe*, S. 333 ff.; *Olbertz*, S. 155 ff.; wohl auch: *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 167; *Kreßel*, S. 297.

¹⁸⁰⁵ *Pietzko*, FBA, S. 89 f.; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 20 GG, VII, Rn. 152; *Redeker*, DÖV 1987, 194, 196 („*Der FBA ist keine Oase in der Wüste des objektiven Rechts.*“); *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 34; *Faber*, NVwZ 2003, 159, 161; *Weyreuther*, Gutachten, B 29, Fn. 70; *Brugger*, JuS 1999, 625, 628; *Schenke*, in: Kopp/Schenke, § 113 VwGO, Rn. 81; *Schmidt-De Caluwe*, S. 334 f.; *Schenke*, DVBl. 1990, 328, 330; *Kreßel*, S. 297.

¹⁸⁰⁶ Vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier [Hg.], Bd. II, Art. 20 GG (Rechtsstaat), Rn. 222; *Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat, S. 233; *Kreßel*, S. 297; wohl auch: *Maurer*, AllgVerwR, § 25, Rn. 9. *Faber* will hingegen die rechtsstaatliche objektiv-rechtliche Folgenbeseitigungspflicht ggf. zur Auslegung eines grundrechtlich begründeten Folgenbeseitigungsanspruchs heranziehen (vgl. *Faber*, NVwZ 2003, 159, 161).

¹⁸⁰⁷ Etwa: *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 364 f.; *Weyreuther*, Gutachten, B 28 f.; *Pietzko*, FBA, S. 91; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 20 GG, VII, Rn. 152, 154; *ders.*, Rechte und Ansprüche, S. 63 f.; *Bettermann*, DÖV 1955, 528, 531; *Redeker*, DÖV 1987, 194, 196, 200; *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 33 f.; *Schmidt-De Caluwe*, S. 335; *Schwerdtfeger*, Öffentliches Recht, Rn. 288; *Brugger*, JuS 1999, 625, 628 ff.; *Schleeh*, AöR 92 [1967], 58, 75, Fn. 74; *Spanner*, DVBl. 1968, 618, 619 f.; *Hoffmann-Becking*, JuS 1972, 509, 510; *Erichsen*, VerwArch. 63 [1972], 217, 220; *Schenke*, DVBl. 1990, 328, 330.

on) oder Ausschlussgründe für eine derartige Pflicht bestünden. Das Rechtsstaatsprinzip verpflichte zwar zur staatlichen Reaktion,¹⁸⁰⁸ beschreibe diese inhaltlich aber nur unzureichend. Welche konkreten Rechtsfolgen daher aus der Verletzung des Gesetzmäßigkeitsgebotes erwachsen, würde durch Art. 20 III GG nicht mitbeantwortet.¹⁸⁰⁹ Da durchaus andere Ausgestaltungsmöglichkeit der Reaktion auf eine Pflichtverletzung möglich sind (als die bloße Verpflichtung, ihre Folgen rückgängig zu machen), kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine andere Ausgestaltung als ein Folgenbeseitigungs- bzw. Herstellungsanspruchs das Rechtsstaatsprinzip verletzen würde. Auch die Autoren, die aus Art. 20 III GG bei rechtswidrigen Verwaltungsverhalten eine rechtsstaatliche Restitutionspflicht ableiten, kommen deshalb überwiegend zu dem Ergebnis, dass hieraus noch kein Folgenbeseitigungsanspruch/Herstellungsanspruch in seiner konkreten Ausgestaltung folge.¹⁸¹⁰ *Bachof* selbst stützt die Ableitung seines (Vollzugs-) Folgenbeseitigungsanspruchs zusätzlich zum Rechtsstaatsprinzip auch auf die Freiheitsgrundrechte (insbesondere Art. 19 IV GG),¹⁸¹¹

¹⁸⁰⁸ Teilweise wird bereits dieser Gehalt des Rechtsstaatsprinzip bzw. der Gesetzesbindung der Verwaltung in diesem Zusammenhang bestritten (etwa: *Bettermann*, DÖV 1955, 528, 531; *Hoffmann-Becking*, JuS 1972, 509, 510; *Schenke*, JuS 1990, 370, 372).

¹⁸⁰⁹ *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 366; *Pietzko*, FBA, S. 91; *Schmidt-Aßmann*, in: Isensee/Kirchhof [Hg.], HdStR, Bd. II, § 26, Rn. 88; *Bettermann*, DÖV 1955, 528, 531.

¹⁸¹⁰ *Stern* spricht bspw. davon, dass aus dem Rechtsstaatsprinzip lediglich folge, dass „irgendwie“ *Restitution (Schadensersatz) oder Kompensation (Entschädigung)*“ geleistet werden muss (*Stern*, Staatsrecht, Bd. I, S. 855, 856 ff.). Von einer verfassungsrechtlichen Folgenbeseitigungspflicht, die erst durch den Gesetzgeber bzw. Richter hin zu einem Folgenbeseitigungsanspruch ausgestaltet werden müsse, gehen hingegen andere Autoren aus (*Sachs*, in: Sachs [Hg.], Art. 20 GG, Rn. 111). Vielfach wird angeführt, dass trotz rechtsstaatlicher Pflicht die konkreten Haftungsfolgen selber offen blieben (*Schmidt-Aßmann*, in: Isensee/Kirchhof [Hg.], HdStR, Bd. II, § 26, Rn. 88; vgl. auch: *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 20 GG, VI, Rn. 141; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 20 GG, VII, Rn. 152, 154; *ders.*, Rechte und Ansprüche, S. 63 f.; *Redeker*, DÖV 1987, 194, 196). „*Den Betroffenen in einem von der Verwaltung selbst bewirkten rechtswidrigen Zustand zu belassen, verstößt gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und damit zugleich gegen das Rechtsstaatsprinzip. Folglich kann es auch keine Schwierigkeiten bereiten, den Folgenbeseitigungsanspruch als Wiederherstellungsanspruch aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleiten, solange die verfassungsrechtliche ‚Anbindung‘ des Anspruchs nicht als Forderung des Grundgesetzes zugunsten einer bestimmten Ausgestaltung des Rechtsinstitutes im Einzelfall mißverstanden wird. Denn es macht [...] einen Unterschied, ob ein Anspruch lediglich mit dem Grundgesetz im Einklang steht oder ob behauptet wird, eine spezifische Ausgestaltung sei so und nicht anders vom Grundgesetz gefordert.*“ (*Fiedler*, NVwZ 1986, 969, 971). Teilweise werden hingegen auch sehr weitgehende Folgen unmittelbar aus Art. 20 III GG abgeleitet (vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier [Hg.], Bd. II, Art. 20 GG [Rechtsstaat], Rn. 222).

¹⁸¹¹ Die frühere alleinige Ableitung aus dem Rechtsstaatsprinzip, die noch in der ersten Auflage von 1951 vertreten wurde, wird dabei von *Bachof* nicht aufgegeben, sondern ledig-

denn die „*Reaktionen der Rechtsordnung auf geschehenes Unrecht sind viel subtiler und differenzierter, als daß sie stets in der einfachen Umkehrung des Unrechtsaktes bestünden.*“¹⁸¹²

Gerade gegen die Ableitung eines Herstellungsanspruchs aus Art. 20 III GG wird zusätzlich eingewandt, dass nicht erkennbar sei, warum der Restitutionspflicht „*gegenüber der Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz und die speziell die gesetzlich vorgesehen Fristen und Leistungsmodalitäten Vorrang gebühren soll.*“¹⁸¹³ Der Gedankengang geht dabei dahin, dass es widersprüchlich sei, wenn Art. 20 III GG einerseits eine Missachtung der Gesetzesbindung mit der Pflicht zur Restitution bewehren soll und gleichzeitig dieses Ziel mit einer (weiteren) Missachtung gerade des Gesetzes verwirklicht werde, welches eigentlich – ohne Herstellung – auf die zwischenzeitlich eingetretene Situation anzuwenden wäre.

Diese Argumente werden auch nicht entkräftet, wenn der Folgenbeseitigungs- oder Herstellungsanspruch aus Art. 19 IV 1 GG¹⁸¹⁴ oder Art. 34 GG¹⁸¹⁵ begründet wird, statt aus der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 III GG). Beide Begründungsansätze sehen sich vergleichbare Kritik ausgesetzt. So dient Art. 19 IV 1 GG der effektiven Durchsetzung bestehender Rechte – nicht der Schaffung neuer weiterführender Rechte.¹⁸¹⁶ Auch wenn Art. 19 IV 1 GG zumindest ein subjektives (Grund-) Recht darstellt, kann dieses Recht schwerlich zur Neubegründung eigenständiger, weitergehender Ansprüche des einzelnen in der Gestalt des Folgenbeseitigungs- oder Herstellungsanspruchs führen.¹⁸¹⁷

Art. 34 GG kann als eine „*institutionelle Garantie der Staatshaftung*“¹⁸¹⁸ interpretiert werden. Dennoch begründet diese Verfassungsbestimmung allein keinen verfassungsrecht-

lich um diese Elemente ergänzt (vgl. *Bachof*, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, S. XIV).

¹⁸¹² *Bachof*, Rechtsprechung des BVerwG, S. 261 f.

¹⁸¹³ *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 167.

¹⁸¹⁴ Vgl. *Köckerbauer*, JuS 1988, 782, 783; kritisch: *von Mangoldt*, DVBl. 1974, 825, 829 f.

¹⁸¹⁵ Vgl. *Haas*, Entschädigungspflichten, S. 60, 65 f.; *Papier*, Forderungsverletzung, S. 111 ff.

¹⁸¹⁶ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 5.2.1963 – 2 BvR 21/60 = BVerfGE 15, 275, 281; *Weyreuther*, Gutachten, B 45 f.; *Schenke*, in: Kopp/Schenke, § 113 VwGO, Rn. 81; *ders.*, JuS 1990, 370, 371 f.; *Hoffmann-Becking*, JuS 1972, 509, 511; *Pietzko*, FBA, S. 92 ff.

¹⁸¹⁷ Gestützt wird dieses Ergebnis auch dadurch, dass Art. 19 IV 1 GG in seinen Forderungen stark normgeprägt ist (vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 19 GG, Abs. 4, Rn. 5 ff.) und diesem Grundrecht nur vorsichtig originäre Rechtsforderungen entnommen werden können, was Rechtsschutz gegen die öffentliche Gewalt materiell-rechtlich beinhalten muss. Dass zu diesen zwingenden Gewährleistungen auch der Herstellungsanspruch/Folgenbeseitigungsanspruch in der konkreten Gestalt zähle, wie ihn Rechtsprechung und Literatur einhellig formulieren, kann Art. 19 IV 1 GG nicht entnommen werden.

¹⁸¹⁸ *Papier*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 34 GG, Rn. 13; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 34 GG, Rn. 2 (der allerdings terminologisch ungenau von einer „*Institutsgarantie der Staatshaftung*“ spricht).

lichen Anspruch auf verschuldensunabhängige unmittelbare Staatshaftung in Form der Naturalrestitution in der Form eines Folgenbeseitigungs- oder Herstellungsanspruchs.¹⁸¹⁹ Das BVerfG hat zu Recht entschieden, dass Art. 34 GG weder eine mittelbare noch eine unmittelbare Staatshaftung fordert, sondern in dieser Ausgestaltungsfrage wertungsneutral bleibt. Für Schadensersatzansprüche in Geld ist durch § 839 BGB diese Frage – *de lege lata* – nach der vorherrschenden Ansicht i.S.e. mittelbaren Staatshaftung entschieden, so dass Art. 34 GG in diesem Zusammenhang lediglich eine Überleitung der Beamtenhaftung auf den Staat bewirken kann. Dieses vorherrschende Konstruktionsverständnis der Amtshaftung über § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG ist dabei im Hinblick auf Art. 34 GG verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.¹⁸²⁰ Das bedeutet allerdings nicht, dass andere Reaktionen auf staatliches Fehlverhalten durch Art. 34 GG ausgeschlossen wären oder gar eine verfassungsrechtliche Vorentscheidung zugunsten einer mittelbaren Staatshaftung getroffen wäre. *„Art. 34 GG sieht auf der Rechtsfolgenseite eine Beschränkung auf einen bestimmten Schadensausgleich nicht ausdrücklich vor. Er spricht nur von der Verantwortlichkeit des Staates oder der zuständigen Körperschaft im Haftungsfall. Der Schadensausgleich kann daher aus der Sicht des Verfassungsrechts je nach den Verhältnissen im Einzelfall durch eine Entschädigung in Geld, aber auch auf andere Weise, durch Naturalrestitution oder durch sonstige Folgenbeseitigung, vorgenommen werden [...]. Auch wenn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Schadensersatzanspruch aus Amtspflichtverletzung grundsätzlich nur zu Geldersatz und nicht zur Naturalrestitution führt [...], sind andere Arten des Schadensausgleichs von Verfassungs wegen nicht schlechthin ausgeschlossen.“*¹⁸²¹ Im Hinblick auf Art. 34 GG ist daher eine Vielzahl staatlicher Rechtsfolgsmöglichkeiten (einschließlich Geldersatz und Folgenbeseitigung) denkbar und verfassungsrechtlich zulässig. Art. 34 GG steht damit der Einführung oder richterrechtlichen Ausbildung anderer Formen staatshaftungsrechtlicher Ansprüche weder entgegen¹⁸²² noch bestimmt er eindeutig, unter welchen konkreten Voraussetzungen/Ausschlussgründe welche Rechtsfolge zu gewähren ist. Die Verfassungsbestimmung spricht nur von einer staatlichen Verantwortung im Haftungsfall¹⁸²³ – ohne inhaltlich näher zu bestimmen, wann ein Staatshaftungsfall vorliegt und welchen Inhalt die Verantwortlichkeit hat. Die Entscheidung unter welchen Voraussetzungen welche Rechtsfolge zum Nachteilsausgleich anzuwenden ist, wird durch Art. 34 GG somit nicht getroffen. Allein unter Berufung auf Art. 34 GG kann damit noch kein konkreter Anspruch auf Folgenbeseitigung entwickelt werden. Weder für noch gegen einen Folgenbesei-

¹⁸¹⁹ BVerfG, Urt. v. 19.10.1982 – 2 BvF 1/81 = BVerfGE 61, 149, 198 f.; BVerfG, Beschl. v. 20.11.1997 – 1 BvR 2068/93 = NVwZ 1998, 271, 272; *Bryde*, in: von Münch/Kunig [Hg.], Art. 34 GG, Rn. 11 m.w.N.; **a.A.:** *Bonk*, in: Sachs [Hg.], Art. 34 GG, Rn. 2 f., 5, 53.

¹⁸²⁰ BVerfG, Urt. v. 19.10.1982 – 2 BvF 1/81 = BVerfGE 61, 149, 198; BVerfG, Beschl. v. 20.11.1997 – 1 BvR 2068/93 = NVwZ 1998, 271, 272; *Bryde*, in: von Münch/Kunig [Hg.], Art. 34 GG, Rn. 11 m.w.N.; **a.A.:** *Bonk*, in: Sachs [Hg.], Art. 34 GG, Rn. 2 f., 5, 53.

¹⁸²¹ BVerfG, Beschl. v. 27.12.2005 – 1 BvR 1359/05 = NJW 2006, 1580, 1581.

¹⁸²² BVerfG, Beschl. v. 27.12.2005 – 1 BvR 1359/05 = NJW 2006, 1580, 1581; BVerfG, Urt. v. 19.10.1982 – 2 BvF 1/81 = BVerfGE 61, 149, 198 f.; *Bonk*, in: Sachs [Hg.], Art. 34 GG, Rn. 3, 53, 104.

¹⁸²³ BVerfG, Beschl. v. 27.12.2005 – 1 BvR 1359/05 = NJW 2006, 1580, 1581.

tigungs- oder Herstellungsanspruch kann insofern aus Art. 34 GG ein weiteres Argument abgeleitet werden.¹⁸²⁴

Dies gilt auch, falls man entgegen der überwiegenden Ansicht in Art. 34 S. 1 GG eine Anspruchsgrundlage des Bürgers auf unmittelbare Staatshaftung sieht oder die institutionelle Staatshaftungsgarantie in den Mittelpunkt der Begründung eines Folgenbeseitigungsanspruchs stellt.¹⁸²⁵ Denn Art. 34 GG garantiert allenfalls, dass eine Einstandspflicht des Staates bzgl. des Ersatzes von Schäden, die ein Bürger durch öffentlich-rechtliche Amtsausübung erleidet, nicht ausgeschlossen werden darf. Dass dieser von Art. 34 GG geforderte Mindeststandard der Staatshaftung mit der Verknüpfung dieser Einstandspflicht mit den Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 839 BGB in verfassungswidriger Weise unterschritten wäre, ist nicht ersichtlich, da Art. 34 GG die Konstruktion einer mittelbaren Staatshaftung gerade nicht ausschließt. Vielmehr kann Art. 34 GG historisch nur als eine Mindestgarantie verstanden werden für „den Bestand einer in der persönlichen Haftung des Amtsträgers gründenden, verschuldensabhängigen mittelbaren Staatshaftung bei Amtspflichtverletzungen [...]“¹⁸²⁶. Art. 34 GG garantiert gerade „keine umfassende unmittelbare Staatshaftung“¹⁸²⁷. Dass Art. 34 GG einen allumfassenden Anspruch des Bürgers auf unmittelbare Staatshaftung (auch in Form der Naturalrestitutionspflicht) verfassungsrechtlich begründet, ohne den Begriff der Verantwortung näher zu bestimmen, ist nicht überzeugend.¹⁸²⁸ Ein anderes Sinnverständnis des Art. 34 GG findet weder im Wortlaut der Verfassungsvorschrift noch in der Geschichte oder ihrer systematischen Stellung ausreichenden Rückhalt.

Folgenbeseitigungs- und Herstellungsanspruch sind somit Ausgestaltungsmöglichkeiten einer rechtsstaatlichen Reaktionspflicht auf staatliches Fehlverhalten, ohne zugleich auch rechtsstaatlich gefordert zu sein.¹⁸²⁹ Die Notwendigkeit einer Begründung dieser Restitutionsansprüche (in ihrer konkreten Form) muss anhand anderer Wertungen gewonnen werden.

¹⁸²⁴ So im Ergebnis auch: *Schmidt-De Caluwe*, S. 323 ff.; *Hoffmann-Becking*, JuS 1972, 509, 511; *Pietzko*, FBA, S. 95 ff.

¹⁸²⁵ Vgl. *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 34 GG, Rn. 1 f.; *Pieper*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke* [Hg.], Art. 34 GG, Rn. 2; *Bonk*, in: *Sachs* [Hg.], Art. 34 GG, Rn. 2 f., 5, 53; *Bonk*, in: *Sachs* [Hg.], Art. 34 GG, Rn. 53; wohl auch: *Teichmann*, in: *Jauernig*, § 839 BGB, Rn. 3 f.

¹⁸²⁶ BVerfG, Beschl. v. 20.11.1997 – 1 BvR 2068/93 = NVwZ 1998, 271, 272.

¹⁸²⁷ BVerfG, Beschl. v. 20.11.1997 – 1 BvR 2068/93 = NVwZ 1998, 271, 272.

¹⁸²⁸ Vgl. *Bettermann*, DÖV 1955, 528, 530.

¹⁸²⁹ Nicht alles, was rechtsstaatlich möglich oder gar wünschenswert scheint, ist deshalb auch rechtsstaatlich notwendig. Schließlich ist es ein entscheidender Unterschied, ob etwas nur im Einklang mit der Verfassung steht oder darüber hinaus verfassungsrechtlich gefordert ist (*Fiedler*, NVwZ 1986, 969, 971; *Bettermann*, DÖV 1955, 528, 534 ff.).

(3) *Ableitung aus einem grundrechtlich fundierten Folgenbeseitigungsanspruch*

Aufgrund dieser Kritikpunkte an einer Ableitung des Folgenbeseitigungsanspruchs aus dem Rechtsstaatsprinzip wird vielfach eine grundrechtliche Begründung bevorzugt.¹⁸³⁰ Vereinzelt wird betont, dass hierdurch nicht mit einer rechtsstaatlichen Ableitung gebrochen werde, weil auch die Grundrechte zum materiellen Rechtsstaatsprinzip zählen.¹⁸³¹ Unter den grundrechtlichen Begründungsversuchen sind die Ansätze in der Minderheit, die beim allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG ansetzen, weil entweder der Rechtsverstoß die Gleichheitswidrigkeit kennzeichne bzw. es zumindest gegen das Gleichheitsverbot verstieße, falls eine Belastung für den Betroffenen aufrechterhalten bliebe.¹⁸³² Überwiegend wird dies abgelehnt, da allein rechtswidriges Verwaltungsverhalten (noch) nicht willkürlich sei und auch der Gleichheitssatz keinen konkreten Verpflichtungsinhalt erkennen lasse.¹⁸³³

Vielmehr steht die Verletzung von Freiheitsrechten im Zentrum der Diskussion. Dabei lassen sich wiederum Ableitungen des Folgenbeseitigungsanspruchs als Reaktionsanspruch aus der Verletzung des status negativus besonderer Freiheitsrechte von Versuchen unterscheiden, die bewusst eine Ableitung aus der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG) befürworten.¹⁸³⁴ Maßgeblich beeinflusst werden diese Ableitungsversuche durch ein Gutachten *Wey-*

¹⁸³⁰ Etwa: BVerwG, Urt. v. 23.5.1989 – 7 C 2/87 = BVerwGE 82, 76, 95; *Grzeszick*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 18 f.; *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 32 ff.; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 89, Rn. 1; *Durner*, JuS 2005, 900, 900; *ders.*, JURA 1993, 478, 480; *Redeker*, DÖV 1987, 194, 196 f.; *Schenke*, JuS 1990, 370, 372; *ders.*, DVBl. 1990, 328, 330; *Martens*, JR 1972, 257, 258; *Papier*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 34 GG, Rn. 62; *ders.*, JuS 1985, 184, 186, Fn. 15; *Maurer*, AllgVerwR, § 30, Rn. 5 f.; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 136; *Mazur*, ZJS 2011, 321, 322; kritisch: *Heintzen*, VerwArch. 81 [1990], 532, 535 f.; offengelassen: BVerwG, Urt. v. 25.8.1971 – IV C 23/69 = NJW 1972, 269, 269 f.

¹⁸³¹ BVerwG, Urt. v. 26.8.1993 – 4 C 24/91 = BVerwGE 94, 100, 103.

¹⁸³² Vgl. zu diesen Ansätzen: *Weyreuther*, Gutachten, B 28 ff. m.w.N.; *Pietzko*, FBA, S. 66; *Köckerbauer*, JuS 1988, 782, 783; *Schmidt*, JuS 1969, 166, 169 f., Fn. 45.

¹⁸³³ *Weyreuther*, Gutachten, B 31; *Köckerbauer*, JuS 1988, 782, 783; offener: *Schmidt*, JuS 1969, 166, 169 f., Fn. 45 („Nur in Freiheitsrechte kann mit der Wirkung eingegriffen werden, daß der ursprüngliche Rechtszustand verändert wird [...]. Gleichheitsrechte sind berührt, wenn eine den Bürger begünstigende Veränderung seiner Rechtsstellung abgelehnt wird.“).

¹⁸³⁴ Vgl. *Pietzko*, FBA, S. 69 ff. m.w.N., 102 ff.

reuthers,¹⁸³⁵ das den Versuch einer grundrechtlichen Fundierung des Folgenbeseitigungsanspruchs entscheidend geprägt hat. Obwohl teilweise in Einzelaspekten durchaus abweichende Unteransichten bzgl. der Ableitung des Folgenbeseitigungsanspruchs aus den Grundrechten bestehen,¹⁸³⁶ soll daher die Arbeit *Weyreuthers* als allgemeine Diskussionsgrundlage der grundrechtlichen Ableitung genutzt werden.¹⁸³⁷

Weyreuther sieht den Ausgangspunkt eines Folgenbeseitigungsanspruchs in den subjektiven Rechten des jeweils Betroffenen. Er unterscheidet hierbei zunächst zwischen dem subjektiven Recht und den Rechten, die – wie der Folgenbeseitigungsanspruch – aus der Verletzung dieses Rechts folgen sollen. Daran anschließend stellt sich *Weyreuther* die Frage, wie ein subjektives Recht im Einzelnen beschaffen sein müsste, um im Verletzungsfall einen Anspruch wie den Folgenbeseitigungsanspruch hervorrufen zu können. In Anlehnung an § 194 BGB unterscheidet er Ansprüche, deren Inhalt in einer Leistung besteht (Leistungsansprüche), von Ansprüchen, deren Inhalt auf ein Unterlassen hinausläuft (Unterlassungsansprüche). Die Verletzung von Leistungsansprüchen erfolgt dabei durch die Nichtgewährung einer Leistung (also ein Unterlassen), während Unterlassungsansprüche durch ein Tun beeinträchtigt werden. „*Wenn der Folgenbeseitigungsanspruch mit Fällen der Leistungsversagung nicht in Verbindung zu bringen sein sollte*“¹⁸³⁸, dürfe man seinen Ansatzpunkt nur in Unterlassungsansprüchen sehen. Da dem Bürger allerdings kein allgemeiner Unterlassungsanspruch hinsichtlich jeglicher rechtswidriger Ausübung von Hoheitsgewalt zustehe (dies liefe auf einen unzulässigen allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruch hinaus), greift *Weyreuther* auf die Unterlassungsan-

¹⁸³⁵ *Weyreuther*, Empfiehlt es sich, die Folgen rechtswidrigen Verwaltungshandelns gesetzlich zu regeln (Folgenbeseitigung, Folgenentschädigung), Gutachten für den 47. Deutschen Juristentag (1968).

¹⁸³⁶ Vgl. hierzu: *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 362 m.w.N.; *Pietzko*, FBA, S. 68 f. m.w.N.; *Hoffmann-Becking*, JuS 1972, 509, 511 m.w.N.; *Spanner*, DVBl. 1968, 618, 620 f. m.w.N.

¹⁸³⁷ Vgl. zu der folgenden zusammenfassenden Darstellung der Aussagen *Weyreuthers*: *Weyreuther*, Gutachten, B 78 ff. Die Sozial-, die Finanz- und die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit haben jedenfalls die Ableitungen *Weyreuthers* in ihr Verständnis des Folgenbeseitigungsanspruchs mitaufgenommen; vgl.: BVerwG, Urt. v. 19.7.1984 – 3 C 81/82 = BVerwGE 69, 366, 370 m.w.N.; BSG, Urt. v. 28.1.1970 – 4 RJ 63/67 = SozR Nr. 2 zu § 1407 RVO; BSG, Urt. v. 18.12.1975 – 12 RJ 88/75 = BSGE 41, 126, 127; BSG, Urt. v. 25.3.1976 – 12/7 RAr 135/74 = BSGE 41, 260, 261 f.; BFH, Urt. v. 10.2.1982 – II R 20/78; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 15.2.1990 – 2 S 1777/89 = NVwZ-RR 1991, 449, 451; OVG NRW, Urt. v. 30.11.1992 – 23 A 1471/90 = NVwZ 1994, 795, 796; OVG NRW, Urt. v. 8.9.1993 – 24 A 518/91 = NVwZ 1995, 188, 189.

¹⁸³⁸ *Weyreuther*, Gutachten, B 79.

sprüche zurück, die für den Einzelnen durch das öffentliche Recht begründet werden. Derartige Unterlassungsansprüche erkennt *Weyreuther* in den Freiheitsgrundrechten des Einzelnen, die den Staat dazu verpflichten, ungerechtfertigte Eingriffe in die Freiheitsräume des Bürgers zu unterlassen. Jedem Freiheitsrecht korrespondiere ein entsprechender Unterlassungsanspruch. Dieser Unterlassungsanspruch wandle sich dann auch in den Anspruch auf Beseitigung der rechtswidrigen Zustände um, wenn er bereits durch die Schaffung rechtswidriger Zustände missachtet worden ist, um zumindest auf diese Weise den Rechtsgehalt des Grundrechtes (seinen „wirtschaftlichen Wert“¹⁸³⁹) trotz erfolgten Eingriffs zu verwirklichen. „Im Kern der Dinge steht die Einsicht, daß der Folgenbeseitigungsanspruch (wie der Beseitigungsanspruch überhaupt) nichts anderes ist als ein umgewandelter, ein der geschehenen Rechtsverletzung angepaßter Unterlassungsanspruch.“¹⁸⁴⁰ Diese „Labilität“¹⁸⁴¹ hinsichtlich eines wandlungsfähigen Anspruchsinhaltes sei typisch für Unterlassungspflichten und finde sich nicht in vergleichbarer Form bei anderen Leistungsverpflichtungen, da diese nur durch eine rechtzeitige vollständige Leistung erfüllt werden können. Ein Folgenbeseitigungsanspruch könne deshalb nur aus einer Missachtung von Unterlassungsansprüchen entstehen, wie sie regelmäßig durch die absoluten Freiheitsgrundrechte in ihrer Funktion als Abwehrrechte (sog. *status negativus*) begründet werden.

Weyreuthers Ansicht von der Entstehung des Folgenbeseitigungsanspruchs liegt damit die Vorstellung zu Grunde, dass sich der (grundrechtliche) Unterlassungsanspruch im Fall seiner Missachtung in einen Folgenbeseitigungsanspruch umwandelt; ähnlich wie sich ein zivilrechtlicher Primäranspruch bei Störung der Rechtsbeziehungen in einen Sekundäranspruch wandelt.¹⁸⁴² Ein Folgenbeseitigungsanspruch dient in diesem Verständnis „nur als Mittel zur Erfüllung des ursprünglichen Unterlassungsanspruchs“¹⁸⁴³. Mit anderen Worten sehen *Weyreuther* und andere Vertreter den Gehalt der Folgenbeseitigung als bereits labil (für den Verletzungsfall) im Rechtsgehalt des Unterlassungsanspruchs mitenthalten an.¹⁸⁴⁴

¹⁸³⁹ *Weyreuther*, Gutachten, B 86.

¹⁸⁴⁰ *Weyreuther*, Gutachten, B 85.

¹⁸⁴¹ *Weyreuther*, Gutachten, B 86.

¹⁸⁴² In diesem Sinne zu *Weyreuthers* Verständnis des Folgenbeseitigungsanspruchs auch: *Papier*, DÖV 1972, 845, 849; *Sproll*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, StHR, § 12, Rn. 23.

¹⁸⁴³ *Schoch*, *VerwArch.* 79 [1988], 1, 42 f.

¹⁸⁴⁴ *Redeker* geht bspw. davon aus, dass keine Umwandlung des Unterlassungsanspruchs in einen Folgenbeseitigungsanspruch erfolge. Es sei nicht ersichtlich, welche Rechtsnorm die Umwandlung auslöse. Vielmehr gehe der Unterlassungsanspruch mit der Missach-

Diese untrennbare Verbindung eines Folgenbeseitigungsanspruchs mit (umgewandelten) grundrechtlichen Unterlassungsansprüchen soll Leistungspflichtverletzungen aus dem Anwendungsbereich der Folgenbeseitigung ausschließen.¹⁸⁴⁵ Dies mag erklären, warum bislang kaum ausdrückliche Versuche unternommen wurden, auch den Herstellungsanspruch als einen grundrechtlich geforderter Restitutionsanspruch aus der Verletzung von Freiheitsrechten zu beschreiben.¹⁸⁴⁶ Dennoch betont das BSG, dass es aufgrund eines gewandelten Verfassungsverständnisses und der Einbeziehung sozialrechtlicher Positionen in den Schutzbereich des Art. 14 I GG inzwischen gerechtfertigt sei, rechtswidrige „Beeinträchtigungen von Rechten im Rahmen der Leistungsverwaltung in ähnlicher Weise auszugleichen wie bei rechtswidrigen Eingriffen in Freiheitsrechte“¹⁸⁴⁷. Diese Ausführungen können als ein Versuch der grundrechtlichen Fundierung des Herstellungsanspruchs betrachtet werden.¹⁸⁴⁸ Ein solcher Herstellungsanspruch ist rechtsdogmatisch allerdings nur dann überzeugend, wenn die rechtlichen Umstände der Restitutionspflicht bei Freiheitsrechten eine Aus-

tung unter; es entstehe aus der Missachtung selbst jedoch ein neuer eigener grundrechtlicher Anspruch auf Folgenbeseitigung (*Redeker*, DÖV 1987, 194, 197). Auf den ersten Blick scheint diese Ableitung nur in unwesentlichen Nuancen von *Weyreuther* abzuweichen. Tatsächlich setzt sie aber gerade keinen grundrechtlichen Unterlassungsanspruch als Ausgangspunkt des Folgenbeseitigungsanspruchs voraus. Diese Ansicht wird wiederum kritisiert, weil sie übersehe, dass der Unterlassungsanspruch auch bei Beeinträchtigungen dauerhaft fortwirke und daher der Beseitigungsanspruch sehr wohl der umgewandelte Unterlassungsanspruch sein könne (vgl. *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 36). Für *Schenke* ist demgegenüber ein Erst-Recht-Schluss entscheidend. Wenn bereits einfach-gesetzliche zivilrechtliche Rechtspositionen analog §§ 1004, 862, 12 BGB Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche begründen sollen, müsse dies erst recht für die höherrangigen subjektiven Rechte auf Verfassungsebene – Grundrechte – gelten (*Schenke*, DVBl. 1990, 328, 330; *ders.*, DÖV 1986, 305, 313 f.). Auch wenn *Schenke* in seiner Argumentation keine Analogie zu den zivilrechtlichen Vorschriften ziehen möchte, nähert sich diese Begründung der Ableitung des Folgenbeseitigungsanspruchs aus einer Gesamtrechtsanalogie zu §§ 1004, 862, 12 BGB an. Teilweise werden hingegen nur einzelne Schlussfolgerungen der Ableitung *Weyreuthers* kritisiert. Bspw. wird darauf hingewiesen, dass auch ein Unterlassungsanspruch – gerade in Ansehung des § 194 BGB – kein aliud zu einem Leistungsanspruch sein kann, sondern vielmehr ein Unterfall (*Papier*, DÖV 1972, 845, 850).

¹⁸⁴⁵ Vgl. *Weyreuther*, Gutachten, B 86 ff.; *Schenke*, JuS 1990, 370, 372; kritisch: *Klein*, in: Soergel [Hg.], § 839 BGB, Anhang, Rn. 207.

¹⁸⁴⁶ Am weitesten in diese Richtung gehen wohl die Ausführungen von *Schmidt-De Caluwe*, der den Herstellungsanspruch zwar aus dem Vertrauensschutz ableiten möchte, aber zumindest der subjektiven Dimension des Vertrauensschutzes weitgehend ein grundrechtliches Fundament geben möchte (vgl. *Schmidt-De Caluwe*, S. 436 ff., 448 ff.).

¹⁸⁴⁷ BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 79.

¹⁸⁴⁸ Allgemein für eine grundrechtliche Fundierung des Herstellungsanspruchs – ohne nähere inhaltliche Auseinandersetzung – auch: *Hofmann*, in: Hofmann/Hoffmann [Hg.], § 82 AufenthG, Rn. 26 ff.; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR I, § 52, Rn. 41.

dehnung auf Restitutionspflichten der Leistungsverwaltung ermöglichen; wenn sich die Frage nach einer Restitutionsbedürftigkeit also grundrechtlich nicht in anderer Weise stellen sollte.

Zunächst ist die von *Weyreuther* angeregte Differenzierung zwischen subjektiven (Primär-) Rechten und subjektiven (Sekundär-) Rechten, die aus der Verletzung dieser Rechten folgen,¹⁸⁴⁹ überzeugend. Sowohl Folgenbeseitigungs- als auch Herstellungsanspruch sind der zweiten Gruppe der (Sekundär-) Rechte zuzuordnen,¹⁸⁵⁰ so dass entscheidend ist, wie ein Recht inhaltlich beschaffen sein muss, um derartige Restitutionsansprüche auszulösen. Der Ansatzpunkt der grundrechtlichen Ableitung des Folgenbeseitigungsanspruchs ist der subjektiv-rechtliche Abwehrgehalt der Grundrechte, der regelmäßig zu einem Abwehranspruch führen muss, wenn der subjektiv-rechtliche Gehalt des Grundrechtes verwirklicht werden soll.¹⁸⁵¹ Dieser Abwehranspruch wird als ein Bestandteil des grundrechtlichen *status negativus* verstanden¹⁸⁵² und bildet für den Folgenbeseitigungsanspruch den Ableitungsgrundstein; dem Folgenbeseitigungsanspruch geht insofern der grundrechtliche Unterlassungsanspruch voraus. Ob dieser Ansatzpunkt auch für eine Ableitung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs genutzt werden kann, erscheint hingegen fraglich.¹⁸⁵³

Regelmäßig läuft der Abwehrgehalt eines Freiheitsgrundrechtes nämlich auf einen Anspruch auf Unterlassung von Grundrechtsverletzungen hinaus.¹⁸⁵⁴ Der Bürger hat „einen Anspruch darauf, vom Staat in Ruhe gelassen zu werden.“¹⁸⁵⁵; m.a.W. geht es um „Freiheit vom Staat“¹⁸⁵⁶. Wenn sich der Staat rechtmäßig verhalten würde, wäre es deshalb überhaupt nicht zu einem Eingriff in das Grundrecht gekommen. Dass der Folgenbeseitigungsanspruch der Durchsetzung des rechtlichen Gehalts eines derartigen Unterlassungsanspruchs dient bzw. diese rechtlichen Wirkungen entsprechend ihrem „wirtschaftlichen

¹⁸⁴⁹ *Weyreuther*, Gutachten, B 78; vgl. auch: *Hoffmann-Becking*, JuS 1972, 509, 511.

¹⁸⁵⁰ Vgl. Kap. 1 E.I.

¹⁸⁵¹ Vgl. ausführlich zur Ableitung des grundrechtlichen Unterlassungsanspruchs jeweils m.w.N.: *Frotz*, Reichweite des grundrechtlichen Abwehranspruchs, S. 123 ff.; *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 34 ff.; *Brugger*, JuS 1999, 625, 629.

¹⁸⁵² *Pieroth/Schlink*, GR, Rn. 76.

¹⁸⁵³ Vgl. *Ladage*, S. 74 f. („Diejenigen Autoren, die den Folgenbeseitigungsanspruch aus den Freiheitsgrundrechten ableiten und ihn als reinen Abwehranspruch verstehen, müssen freilich eine entsprechende Zuordnung des Herstellungsanspruchs konsequenterweise verneinen.“).

¹⁸⁵⁴ *Sachs*, in: *Sachs* [Hg.], vor Art. 1 GG, Rn. 42 m.w.N.; *Hufen*, StaatsR II, § 5, Rn. 4.

¹⁸⁵⁵ *Hufen*, StaatsR II, § 5, Rn. 4; vgl. auch: BVerfG, Beschl. v. 16.7.1969 – 1 BvL 19/63 = BVerfGE 27, 1, 6.

¹⁸⁵⁶ *Jarass*, in: *Merten/Papier* [Hg.], HbdGR, Bd. II, § 38, Rn. 16.

*Wert*¹⁸⁵⁷ in sich aufnimmt, indem auch die Folgen eines solchen erfolgten Eingriffs wieder beseitigt werden, liegt nahe. Für den Herstellungsanspruch ist diese Feststellung weniger selbstverständlich, weil es über diesen Anspruch auch zu einer erstmaligen Leistungsgewährung kommen soll, die über das hinausgeht, was Inhalt eines Unterlassungsanspruchs des Bürgers gewesen sein kann. Der Bürger fordert vom Staat also erheblich mehr als nur die (Wieder-) Herstellung seiner „*Freiheit vor dem Staat*“; in Frage steht allenfalls die Verwirklichung einer „*Freiheit durch den Staat*“.¹⁸⁵⁸ Der Herstellungsanspruch setzt damit nicht den rechtlichen Gehalt eines Unterlassungsanspruchs um, sondern den rechtlichen Gehalt eines Leistungsanspruchs, der auf eine andere Leistung als ein Unterlassen gerichtet ist.¹⁸⁵⁹ Dass in den Herstellungsfällen gerade keine Beeinträchtigung von Unterlassungspflichten – sondern von Leistungsansprüchen – erfolgt, wird allgemein anerkannt.¹⁸⁶⁰ Ihm kann daher regelmäßig auch keine Umwandlung eines grundrechtlichen Unterlassungsanspruchs zugrunde liegen; denkbar wäre allenfalls die Umwandlung eines Leistungsanspruchs, der auf die im Wege der Herstellung zugesprochenen Leistungen gerichtet ist.¹⁸⁶¹

Da die Umwandlung in einen Herstellungsanspruch deshalb keinen Unterlassungs-, sondern einen Leistungsanspruch voraussetzen kann, überzeugt die Annahme des sozialrechtlichen Herstellungsanspruch als grundrechtlich notwendiger Reaktionsanspruch nur dort, wo auch dieser Leistungsanspruch grundrechtlich geschützt ist. Weil auch Leistungsansprüche grundrechtlich geschützt

¹⁸⁵⁷ *Weyreuther*, Gutachten, B 86.

¹⁸⁵⁸ Vgl. i.a.Z. zu der Unterscheidung der Freiheit vor dem Staat und Freiheit durch den Staat: *Hesse*, in: Benda/Maihofer/Vogel [Hg.], HbVerfR, § 5, Rn. 27; *Jarass*, in: Merten/Papier [Hg.], HbdGR, Bd. II, § 38, Rn. 16, 22; *Aulehner*, Grundrechte und Gesetzgebung, S. 129 m.w.N.; *Kloepfer*, VerfR II, § 48, Rn. 3 f., 13.

¹⁸⁵⁹ Auch eine Konstruktion von Unterlassungsansprüchen, die mit der jeweiligen Leistungspflicht korrespondieren (wenn die Verwaltung zu A verpflichtet ist, muss sie B unterlassen, so dass im Falle des Verhaltens B ein Unterlassungsanspruch betroffen wäre [so wohl: BSG, Urt. v. 31.3.1998 – B 1 KR 9/95 R = BSGE 82, 78, 80 – „*Wie bei jeder Handlungspflicht korrespondiert damit eine Pflicht zur Unterlassung von Tätigkeiten, die dem vorgegebenen Handlungsziel zuwiderlaufen.*“]), hilft nicht darüber hinweg, dass der Ansatzpunkt einer Herstellung gerade nicht die Umwandlung eines Unterlassungsanspruchs ist, sondern allenfalls der jeweilige Leistungsanspruch selbst. Kritisch zu derartigen Konstruktionen auch: *Weyreuther*, Gutachten, B 96.

¹⁸⁶⁰ Etwa: BSG, Urt. v. 28.5.1980 – 5 RKn 21/79 = BSGE 50, 129, 132 f.; BSG, Urt. v. 25.3.1976 – 12/7 RAR 135/74 = BSGE 41, 260, 261 f.; BSG, Urt. v. 25.11.1976 – 11 RLw 7/76 = SozR 5850 § 26 GAL Nr. 2; BSG, Urt. v. 21.2.1980 – 5 RKn 19/78 = BSGE 50, 12, 13 f.; *Kreßel*, SGB 1987, 313, 313 f. *Grzeszick*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 73 („*Anknüpfungspunkt ist also nicht der grundrechtliche Unterlassungs-, sondern der sozialrechtliche Leistungsanspruch.*“); *Ladage*, S. 75.

¹⁸⁶¹ Vgl. BSG, Urt. v. 17.7.1979 – 12 RAR 15/78 = BSGE 48, 269, 276.

sein können, ist die Vorstellung unzutreffend, dass allein aus der grundrechtlichen Fundierung des Folgenbeseitigungsanspruchs bereits ein Ausschluss einer Restitution von Leistungspflichten folge.¹⁸⁶² Der grundrechtliche Schutz von (sozialrechtlichen) Leistungsansprüchen ist allerdings – anders als bei grundrechtlichen Freiheitsrechten über Art. 2 I GG für Unterlassungsansprüche – uneinheitlich und nur lückenhaft gegeben.

(a) Grundrechte auf Leistung

Ein grundrechtlicher Leistungsinhalt, der zu einem hoheitlichen Verhalten verpflichtet, das über ein bloßes Unterlassen hinausgeht, wird in Anlehnung an die Statuslehre *Jellinecks*¹⁸⁶³ überwiegend als *status positivus* umschrieben und führt zu grundrechtlichen Schutz-, Leistungs- und Teilhaberechten.¹⁸⁶⁴ Derartige grundrechtliche Leistungs- und Teilhaberechte könnten einem grundrechtlich begründeten Herstellungsanspruch zugrunde liegen.

(aa) Originäre Leistungsrechte

Einzelne Grundrechte gewähren dem Bürger unmittelbar einen Anspruch auf Leistungen des Staates. Grundrechtliche Leistungsansprüche, die sich direkt aus dem jeweiligen Grundrecht selbst ergeben, werden sie überwiegend als *originär* bezeichnet.¹⁸⁶⁵ Auch wenn ggf. weitere (einfach-gesetzliche) Regelungen zur Ausgestaltung/Umsetzung des Anspruchs notwendig sind, liegt der eigentliche Verpflichtungsgrund bei originären Leistungsansprüchen in dem jeweiligen Grundrecht selbst. Solche originären Leistungsansprüche werden u.a. für die Schaffung von Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Maßnahmen der öffentlichen Gewalt (Art. 19 IV GG), die Ansprüche auf den gesetzlichen Richter und rechtliches Gehör (Art. 101 I, 103 I GG), sowie auf Bescheidung eigener Petitionen (Art. 17 GG) und den Schutz der Mutter (Art. 6 IV GG) oder die Gewährung eines menschenwürdigen Existenzminimums (Art. 1 I i.V.m. Art. 20 I

¹⁸⁶² So aber: *Schenke*, JuS 1990, 370, 372.

¹⁸⁶³ *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte; zusammenfassend hierzu aus der jüngeren Vergangenheit: *Danwerth*, JuS 2011, 406 ff.

¹⁸⁶⁴ *Hufen*, StaatsR II, § 5, Rn. 1; *Pierothe/Schlink*, GR, Rn. 78; *Murswiek*, in: Isensee/Kirchhof [Hg.], HdStR, Bd. V, § 112, Rn. 12.

¹⁸⁶⁵ Vgl. *Sachs*, in: Sachs [Hg.], vor Art. 1 GG, Rn. 49; *Pierothe/Schlink*, GR, Rn. 78; *Wild*, DÖV 2004, 366, 367.

GG) angenommen.¹⁸⁶⁶ Anteilig bilden originäre grundrechtliche Leistungsansprüche jedoch eine Ausnahme gegenüber grundrechtlichen Abwehrrechten (bzw. Unterlassungsansprüchen).¹⁸⁶⁷

Das BSG versucht diesen Umstand für den Herstellungsanspruch herunterzuspielen. So habe sich das Verfassungsverständnis „wesentlich dahingehend gewandelt [...], daß die Freiheitsrechte nicht mehr als bloße Abwehrrechte gegen den Staat begriffen werden, sondern erkannt ist, daß sie auch einen den Staat verpflichtenden, seine Tätigkeit steuernden Inhalt haben“¹⁸⁶⁸. Dem Gericht geht es hiermit um die Gleichstellung des grundrechtlichen status negativus mit dem status positivus,¹⁸⁶⁹ wonach schließlich auch eine Restitution von Leistungsansprüchen (inzwischen) ebenso durch die Grundrechte gefordert sei wie bei Unterlassungsansprüchen. Derartige Gleichsetzungsversuche müssen jedoch zurückgewiesen werden. „Daß der Staat [...] auch aktiv verpflichtet sein kann, die Freiheitsgrundrechte [...] zu schützen, ist nicht gleichzusetzen mit einem Gebot, die Verwirklichung sozialer Rechte zu gewährleisten.“¹⁸⁷⁰ Der (angebliche) Wandel des Verfassungsverständnisses reicht nämlich keinesfalls soweit, dass alle Grundrechte allgemein verfassungsrechtlich zu bestimmten staatlichen Leistungen verpflichten würden, die über den Gehalt eines Unterlassens hinausgehen.¹⁸⁷¹ Grundrechtliche Gewährleistungen müssen sich zwar nicht in der bloßen Abwehr von Eingriffen erschöpfen; aber über den Abwehrgehalt hinausgehende Inhalte bilden gerade nicht den Regelfall grundrechtlicher Gewährleistungen.¹⁸⁷² Schließlich wurde bei Schaffung und Ände-

¹⁸⁶⁶ Vgl. *Pieroth/Schlink*, GR, Rn. 79; *Kloepfer*, VerfR II, § 48, Rn. 23; *Rüfner*, in: Merten/Papier [Hg.], HbdGR, Bd. II, § 40, Rn. 3; *Dreier*, in: Dreier [Hg.], Bd. I, Vorb., Rn. 89 f.

¹⁸⁶⁷ *Pieroth/Schlink*, GR, Rn. 77, 79; *Sachs*, in: Sachs [Hg.], vor Art. 1 GG, Rn. 49; *ders.*, VerfR II, A4, Rn. 20; *Kloepfer*, VerfR II, § 48, Rn. 3 f., 7; *Rüfner*, in: Merten/Papier [Hg.], HbdGR, Bd. II, § 40, Rn. 2 ff.; *Manssen*, StaatsR II, § 3, Rn. 56; *Dreier*, in: Dreier [Hg.], Bd. I, Vorb., Rn. 83, 89; *Ossenbühl*, NJW 1976, 2100, 2105; *Wallerath*, DÖV 1994, 757, 759.

¹⁸⁶⁸ BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 79; so auch: *Diener*, Mitt LVA Oberfranken 1981, 439, 451.

¹⁸⁶⁹ *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 393.

¹⁸⁷⁰ *Ladage*, S. 78.

¹⁸⁷¹ *Kloepfer*, VerfR II, § 48, Rn. 16; *Hufen*, StaatsR II, § 5, Rn. 9 f.; *Rüfner*, in: Merten/Papier [Hg.], HbdGR, Bd. II, § 40, Rn. 42 ff.; *Dreier*, in: Dreier [Hg.], Bd. I, Vorb., Rn. 90; *Wild*, DÖV 2004, 366, 367; *Ossenbühl*, NJW 1976, 2100, 2105; *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 57 m.w.N.

¹⁸⁷² BVerfG, Beschl. v. 19.12.1951 – 1 BvR 220/51 = BVerfGE 1, 97, 104 („Die Grundrechte haben sich aus den im 18. Jahrhundert proklamierten Rechten der Freiheit und Gleichheit entwickelt. Ihr Grundgedanke war der Schutz des Einzelnen gegen den als allmächtig und willkürlich gedachten Staat, nicht aber die Verleihung von Ansprüchen des Einzelnen auf Fürsorge durch den Staat. Im Wandel der Zeiten ist der Gedanke der

rungen des Grundgesetzes bewusst davon abgesehen, sog. soziale Grundrechte zu formulieren,¹⁸⁷³ und originäre Leistungsansprüche sind nur punktuell den grundrechtlichen Bestimmungen zu entnehmen. Diese Entscheidungen können nicht dadurch unterlaufen werden, dass die bestehenden Grundrechte rechtspolitisch so uminterpretiert werden, dass weitgehende (subjektive) Leistungsansprüche unter unmittelbare Bezugnahme auf die Grundrechte entstehen.¹⁸⁷⁴ Anderenfalls wäre der Gesetzgeber nicht mehr Herr über die Entscheidung, *ob* eine Leistung gewährt wird, sondern allenfalls, *wie* die Leistung im Einzelnen ausgestaltet wird.¹⁸⁷⁵ Eine derartige Vorentscheidung zugunsten von allgemeinen verfassungsrechtlichen Leistungsansprüchen ist dem Grundgesetz nicht zu entnehmen. Originäre grundrechtliche Leistungsrechte bleiben eine grundrechtliche Ausnahme.¹⁸⁷⁶ Auch unter Rückgriff auf Art. 3 I GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 I GG) können keine weiteren originären Leistungsansprüche unmittelbar aus der Verfassung abgeleitet werden.¹⁸⁷⁷ Vor diesem Hintergrund ist auch die Schaffung einfach-rechtlicher sozialer Rechte (§§ 3 ff. SGB I) durch den Gesetzgeber zu verstehen; sie sind die einfach-rechtliche Kompensation fehlender Leistungsrechte in den liberalen Grundrechten des Grundgesetzes.¹⁸⁷⁸

Somit muss nicht unbedingt hinter jedem einfach-gesetzlichen Leistungsanspruch ein entsprechender originärer grundrechtlicher Leistungsanspruch des Bürgers stehen. Die sozialrechtlichen Leistungsansprüche, die ggf. den Ansatz-

Fürsorge des im Staat repräsentierten Volkes für den Einzelnen immer stärker und diese Fürsorge vor allem durch die Folgen des zweiten Weltkrieges zu einer elementaren staatlichen Notwendigkeit geworden. Aber dieser – vergleichsweise neue – Gedanke des Anspruchs auf positive Fürsorge durch den Staat hat in die Grundrechte nur in beschränktem Maße Eingang gefunden.“); Jarass, in: Merten/Papier [Hg.], HbdGR, Bd. II, § 38, Rn. 10, 26; Kloepfer, VerfR II, § 48, Rn. 7, 12, 16, 23 f.; Sachs, VerfR II, A4, Rn. 21 f.; Hufen, StaatsR II, § 5, Rn. 10; Wernsmann, JURA 2001, 106, 111 m.w.N.; Adolf, Herstellungsanspruch, S. 97 m.w.N.

¹⁸⁷³ Vgl. hierzu ausführlich: *Murawiek*, in: Isensee/Kirchhof [Hg.], HdStR, Bd. V, § 112, Rn. 40 ff.; *Jarass*, in: Merten/Papier [Hg.], HbdGR, Bd. II, § 38, Rn. 10; *Kloepfer*, VerfR II, § 48, Rn. 20; *Rüfner*, in: Merten/Papier [Hg.], HbdGR, Bd. II, § 40, Rn. 2, 8; *ders.*, in: FS für Georg Brunner, S. 101, 101 m.w.N.; *Igl/Welti*, SozR, § 5, Rn. 15.

¹⁸⁷⁴ *Murawiek*, in: Isensee/Kirchhof [Hg.], HdStR, Bd. V, § 112, Rn. 46; *Kloepfer*, VerfR II, § 48, Rn. 24.

¹⁸⁷⁵ Vgl. *Kloepfer*, VerfR II, § 48, Rn. 24; *Sachs*, VerfR II, A4, Rn. 23; *Manssen*, StaatsR II, § 3, Rn. 57.

¹⁸⁷⁶ *Rüfner*, in: Merten/Papier [Hg.], HbdGR, Bd. II, § 40, Rn. 29; *Dreier*, in: Dreier [Hg.], Bd. I, Vorb., Rn. 90; ausführlich hierzu: *Martens*, VVDStRL 30, 7 ff.; *Häberle*, VVDStRL 30, 43 ff.

¹⁸⁷⁷ *Osterloh*, in: Sachs [Hg.], Art. 3 GG, Rn. 55 m.w.N.; *Martens*, VVDStRL 30, 7, 31 f.

¹⁸⁷⁸ Vgl. ausführlich: *Rüfner*, in: FS für Georg Brunner, S. 101, 101 ff.; *Fastabend*, in: Hauck/Noftz [Hg.], 2. EGL. – 2014, § 2 SGB I, Rn. 10 ff.

punkt einer Umwandlung des Herstellungsanspruchs bilden könnten, sind in erster Linie einfach-gesetzliche Leistungsrechte, die nicht unmittelbar aus der Verfassung folgen; auch deren Restitution ist daher nicht grundrechtlich zwingend durch entsprechende originäre Leistungsansprüche gefordert. Es liegt daher nahe, auch die Antwort auf die Frage nach der Restitution dieser einfach-gesetzlichen Rechtsverletzungen auf der Ebene des einfachen Rechts zu suchen.¹⁸⁷⁹ Eine Berufung auf ein (vorgeblich) gewandeltes Verfassungsverständnis rechtfertigt es jedenfalls nicht, in jeder Beeinträchtigung eines (sozialrechtlichen) Leistungsanspruchs auch eine Beeinträchtigung eines Leistungs-/Freiheitsgrundrechtes zu sehen.¹⁸⁸⁰

Selbst wenn nicht hinter jedem Leistungsbegehren ein Grundrecht steht, schließt dies nicht aus, dass zumindest einzelne Leistungspflichten sehr wohl auf einem solchen originären grundrechtlichen Leistungsanspruch beruhen. Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch könnte als grundrechtlich gefordert anzusehen sein, falls er den originären Leistungsanspruch des Bürgers auf Gewährung des Existenzminimums umsetzt.¹⁸⁸¹ Überwiegend wird dem Gewährleistungsgehalt der Menschenwürde (Art. 1 I 1 und 2 Hs. 1 GG) i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 I GG) entnommen, dass der Bürger einen Anspruch gegen den Staat auf Gewährung eines menschenwürdigen Existenzminimums hat.¹⁸⁸² Ein menschenwürdiges Dasein soll durch den Staat insbesondere über die Leistungen des Sozialrechts verwirklicht werden (vgl. § 1 I SGB I oder § 1 S. 1 SGB XII). Insofern liegt es auf den ersten Blick nahe, dass auch der sozialrechtliche Herstellungsanspruch ein Ausfluss/eine Ableitung aus dem grund-

¹⁸⁷⁹ So auch: *Wallerath*, DÖV 1994, 757, 759.

¹⁸⁸⁰ Vgl. *Schmidt-De Caluwe*, S. 329 f.; *Wallerath*, DÖV 1987, 505, 512; *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 56; *Ladage*, S. 78; *Adolf*, Herstellungsanspruch, S. 96 ff.; *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 167; **a.A.** wohl: *Olbertz*, S. 162 ff.

¹⁸⁸¹ In diesem Sinne wohl: *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR I, § 52, Rn. 42 m.w.N.; *Olbertz*, S. 164.

¹⁸⁸² Vgl. BVerfG, Beschl. v. 9.2.2010 – 1 BvL 1/09 = BVerfGE 125, 175, 222 ff.; BVerfG, Beschl. v. 29.5.1990 – 1 BvL 20/84 = BVerfGE 82, 60, 80 ff.; BVerwG, Urt. v. 24.6.1954 – V C 78/54 = BVerwGE 1, 159, 162; BVerwG, Urt. v. 3.4.1957 – V C 94/56 = BVerwGE 5, 27, 31; BVerwG, Urt. v. 14.3.1985 – 5 C 145/83 = BVerwGE 71, 139, 141; BSG, Urt. v. 22.1.1986 – 10 RKg 24/84 = NJW 1987, 463; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 1 GG, Rn. 15; Art. 20 GG, Rn. 124; *Manssen*, StaatsR II, § 3, Rn. 57; *Rüfner*, in: *Merten/Papier* [Hg.], HbdGR, Bd. II, § 40, Rn. 19 ff.; *Neumann*, NVwZ 1995, 426, 427 ff.; *Höfling*, in: *Sachs* [Hg.], Art. 1 GG, Rn. 31 f.; *Starck*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck* [Hg.], Art. 1 GG, Rn. 41; *Herdegen*, in: *Maunz/Dürig*, 73. EGL., Art. 1 GG, Rn. 121; *Hofmann*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke* [Hg.], Art. 20 GG, Rn. 37; *Papier*, in: *von Maydell/Ruland/Becker* [Hg.], SRH, § 3, Rn. 9; *Schnath*, NZS 2010, 297 ff.; *Lenze*, NZS 2010, 534 ff.; *Ipsen*, StaatsR II, Rn. 239; **a.A.** noch: BVerfG, Beschl. v. 19.12.1951 – 1 BvR 220/51 = BVerfGE 1, 97, 104 f.

rechtlichen Anspruchs auf Existenzminimum ist, weil er regelmäßig zum Erhalt der Sozialleistungen führt.

Auf den zweiten Blick wird jedoch deutlich, warum dies nicht der Fall sein kann. Art. 1 I, 20 I GG gewähren dem Einzelnen das Recht auf die Sicherung eines „*menschenwürdigen Existenzminimums*“¹⁸⁸³. Bzgl. der Frage, wie dieses Recht in seinen Einzelheiten ausgestaltet wird, besteht jedoch ein weiterer Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers;¹⁸⁸⁴ garantiert ist jedenfalls nur der für ein menschenwürdiges Leben notwendige Mindeststandard.¹⁸⁸⁵ Ein unmittelbarer Anspruch auf eine bestimmte Leistung in einer bestimmten Form ist hingegen durch das Grundrecht nicht verbürgt.¹⁸⁸⁶ Wenn bspw. über den Herstellungsanspruch nachträglich eine bestimmte Rentenzahlung erreicht werden soll, heißt das nicht, dass ein menschenwürdiges Existenzminimum von genau *dieser* Rentenzahlung abhängig ist. Insbesondere dem Sozialversicherungsrecht ist eine „*eigentliche Bedürftigkeitsprüfung* [...] *fremd*.“¹⁸⁸⁷ Eine Rente kann über den Herstellungsanspruch auch derjenige erhalten, dessen Existenz nicht unbedingt durch den Staat gesichert werden muss (bspw. auch der freiwillig rentenversicherte Chefarzt, der zusätzlich ausreichend durch betriebliche und private Altersvorsorge versorgt ist).¹⁸⁸⁸ Weitergedacht erhält auch derjenige, der mangels Rentenzahlung von Altersarmut betroffen sein sollte, zumindest Leistungen der Grundsicherung im Alter (§§ 41 ff. SGB XII). Wenn auch diese Leistungen der Sozialhilfe per se ausreichend, sind ein menschenwürdiges Existenzminimum zu gewährleisten, steht die Gefährdung des Existenzminimums regelmäßig auch dann nicht in Frage, falls diese Leistungen anstelle anderer Sozialleistungen erbracht werden. Der grundrechtlich garantierte Mindeststan-

¹⁸⁸³ BVerfG, Beschl. v. 9.2.2010 – 1 BvL 1/09 = BVerfGE 125, 175, 222.

¹⁸⁸⁴ BVerfG, Beschl. v. 9.2.2010 – 1 BvL 1/09 = BVerfGE 125, 175, 223 f.; *Manssen*, StaatsR II, § 3, Rn. 57; *Epping*, GR, Rn. 15; *Höfling*, in: Sachs [Hg.], Art. 1 GG, Rn. 31; *Hufen*, StaatsR II, § 10, Rn. 39; *Papier*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 3, Rn. 8; *Ipsen*, StaatsR II, Rn. 239; *Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], Art. 20 GG, Rn. 37 f.

¹⁸⁸⁵ BVerfG, Beschl. v. 9.2.2010 – 1 BvL 1/09 = BVerfGE 125, 175, 223; *Rüfner*, in: Merten/Papier [Hg.], HbdGR, Bd. II, § 40, Rn. 20 f.; *Ipsen*, StaatsR II, Rn. 239; *Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], Art. 20 GG, Rn. 38; *Höfling*, in: Sachs [Hg.], Art. 1 GG, Rn. 31a.

¹⁸⁸⁶ Lediglich wenn nur eine einzige Leistung in der Lage wäre, ein menschenwürdiges Dasein zu verwirklichen, lässt sich darüber diskutieren, ob sich der Anspruch aus Art. 1 I, 20 III GG unmittelbar zu einem Anspruch auf diese Leistung verdichtet (vgl. *Epping*, GR, Rn. 15).

¹⁸⁸⁷ *Muckel*, SozR § 3, Rn. 4.

¹⁸⁸⁸ Dies verkennt *Olbertz*, wenn sie zu pauschal formuliert, dass der Herstellungsanspruch „*eine soziale Bedürftigkeit und Abhängigkeit des Bürgers voraussetzt*.“ (*Olbertz*, S. 164).

dard wird dadurch nicht unterschritten.¹⁸⁸⁹ Dem Herstellungsanspruch kann insofern auch nicht die Umwandlung eines grundrechtlichen, originären Leistungsanspruchs zugrunde liegen.

Sogar hinsichtlich der existenzsichernden Sozialhilfeleistungen selbst ist ein Herstellungsanspruch zur Wahrung des Existenzminimums fraglich, weil durch eine nachträgliche Leistungsgewährung über den Herstellungsanspruch nicht in der Vergangenheit ein Existenzminimum gesichert werden kann. Die Sicherung eines menschenwürdigen Lebens bezieht sich auf die Gegenwart (was momentan erforderlich ist, um ein menschenwürdiges Leben zu ermöglichen) und nicht auf die Vergangenheit (was einmal erforderlich gewesen wäre, um nachträglich ein menschenwürdiges Leben in der Vergangenheit zu gewährleisten). Insofern hat auch das BVerfG einen Gegenwartsbezug der Sozialhilfe nicht beanstandet.¹⁸⁹⁰ Sofern das gegenwärtige Existenzminimum gesichert ist, erscheint es daher fraglich, warum Art. 1 I, 20 I GG eine verfassungsrechtliche Verpflichtung auch hinsichtlich der Nachzahlung eines früheren Existenzminimums begründen sollen.¹⁸⁹¹

(bb) Derivative Leistungsrechte/Teilhaberechte

Auch abseits der seltenen originären Leistungsansprüche kann ein Leistungsanspruch des Bürgers ggf. grundrechtlich begründet werden. Insbesondere kann es notwendig sein, dass jemandem die Geltendmachung eines bestehenden Leistungsrechts ermöglicht wird, weil sein Ausschluss eine Grundrechtsverletzung bedeuten würde (bspw. muss eingedenk des Art. 3 I GG eine Personengruppe bei Schaffung des Gesetzes auch in dieses Gesetz miteinbezogen werden). Weil diese Leistungspflichten erst durch ein staatliches Verhalten vermittelt/begründet werden, werden sie in Abgrenzung zu den originären Leistungsrechten als *derivativ* bezeichnet. Anders als bei originären Leistungsansprüchen besteht ein Anspruch auf Einbeziehung in das bereits staatlich Geschaffene, nicht auf Neuschaffung von Nichtvorhandenem durch den Staat.¹⁸⁹² Derartige

¹⁸⁸⁹ Insbesondere ist kein gestufter Schutz der Menschenwürde in der Form denkbar, dass zwar für den Sozialhilfeempfänger ohne höheren Rentenanspruch die Gewährung des Existenzminimums keine Verletzung seiner Menschenwürde bedeute, während die gleiche Zahlung bei einem Menschen, der ohne das Fehlverhalten eine höhere Rentenzahlung erhalten hätte, dieselbe Leistung ein Verstoß gegen seine Menschenwürde wäre (nur weil er ohne Fehlverhalten vielleicht mehr erhalten hätte, ist dieses potentielle „Mehr“ nicht Inhalt einer besonderen Menschenwürde geworden).

¹⁸⁹⁰ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.6.2005 – 1 BvR 1508/96 = BVerfGE 113, 88, 104 ff.

¹⁸⁹¹ Vgl. ausführlich zur Frage einer Anwendbarkeit des Herstellungsanspruchs im Rahmen der Sozialhilfe: Kap. 3 A.II.3.

¹⁸⁹² *Pieroth/Schlink*, GR, Rn. 80; *Kloepfer*, VerfR II, § 48, Rn. 22.

derivative Leistungsrechte (häufig auch: Teilhaberechte¹⁸⁹³) ergeben sich insbesondere aus grundrechtlichen Gleichheitsrechten (bspw. Art. 3 GG, Art. 6 I und 5 GG oder Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 II WRV), was regelmäßig bedeutet, dass Einzelpersonen nicht willkürlich von vorhandenen staatlichen Leistungen ausgeschlossen werden dürfen.¹⁸⁹⁴

Dieser Ansatz wurde zur Begründung eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs bislang weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur genutzt. Der Hintergrund ist wohl darin zu sehen, dass der Betroffene ohne das Fehlverhalten in den Kreis der Berechtigten einbezogen worden wäre bzw. die Leistung erhalten hätte. Aus Sicht der überwiegenden Ansicht besteht daher wohl keine Notwendigkeit, aus Grundrechten ein (erneutes/) weiteres derivatives Leistungsrecht für den Betroffenen zu konstruieren, weil dieser bereits in die Leistungsgewährung miteinbezogen war; es geht daher nicht (mehr) um die Frage der Einbeziehung in die Gewährung staatlicher Leistungen. Dennoch kann m.E. dieser Gedanke nicht ohne weiteres verworfen werden. Wenn der Staat einzelne Personen ohne Verstoß gegen Art. 3 I GG nicht von der Einbeziehung in die Gewährung staatlicher Leistungen ausschließen dürfte, liegt es nahe, dass Art. 3 I GG für den Fall zumindest die Wiedereinbeziehung in die Empfängergruppe fordert, falls die Verwaltung für einzelne Bürger mit ihrem Fehlverhalten einen solchen Ausschluss bewirkt. Der Anspruch aus Art. 3 I GG auf ursprüngliche Einbeziehung könnte demnach den Ansatzpunkt für eine Umwandlung entsprechend Art. 3 I GG i.S.e. nachträglichen Einbeziehung über den Herstellungsanspruch bilden.

¹⁸⁹³ *Murswiek*, in: Isensee/Kirchhof [Hg.], HdStR, Bd. V, § 112, Rn. 5 ff.; *Sachs*, VerfR II, A4, Rn. 26.

¹⁸⁹⁴ Etwa: BVerfG, Beschl. v. 24.8.2005 – 1 BvR 309/03 = NVwZ 2005, 1416, 1417 (für Anrechnung von Studienzeiten auf BAföG-Leistungen); *Murswiek*, in: Isensee/Kirchhof [Hg.], HdStR, Bd. V, § 112, Rn. 68 ff.; *Wild*, DÖV 2004, 366, 367; *Sachs*, in: Sachs [Hg.], vor Art. 1 GG, Rn. 49; *Osterloh*, in: Sachs [Hg.], Art. 3 GG, Rn. 53 ff.; *Pieroth/Schlink*, GR, Rn. 79; *Hufen*, StaatsR II, § 5, Rn. 10; *Klein*, in: Soergel [Hg.], § 839 BGB, Anhang, Rn. 207; zurückhaltender und für Art. 3 I GG erst i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 I GG) oder den Freiheitsgrundrechten: BVerfG, Beschl. v. 18.7.1972 – 1 BvL 32/7 = BVerfGE 33, 303, 330 f.; *Jarass*, in: Merten/Papier [Hg.], HbdGR, Bd. II, § 38, Rn. 25 f., 39 f.; *ders.*, in: Jarass/Pieroth, vor Art. 1 GG, Rn. 5; *Kloepfer*, VerfR II, § 48, Rn. 27. Der Bürger hat bspw. aus Art. 12 I GG keinen originären Anspruch auf Schaffung eines (weiteren) Studienplatzes, aber er hat aus Art. 3 I GG i.V.m. den Regelungen zur Vergabe von Studienplätzen an staatlichen Hochschulen einen derivativen Anspruch auf gleichrangige Berücksichtigung bei der Vergabe der vorhandenen Studienplätze (*Hufen*, StaatsR II, § 5, Rn. 10; *Murswiek*, in: Isensee/Kirchhof [Hg.], HdStR, Bd. V, § 112, Rn. 80; *Ossenbühl*, NJW 1976, 2100, 2104; *Sachs*, VerfR II, A4, Rn. 26; zurückhaltender noch: BVerfG, Beschl. v. 18.7.1972 – 1 BvL 32/7 = BVerfGE 33, 303, 331 f.).

Die Besonderheit der Herstellungsfälle liegt allerdings darin, dass die Verwaltung ihre ablehnende Entscheidung zumindest auf den Wortlaut des Gesetzes stützen kann (bspw. erhält derjenige, der keinen früheren notwendigen Antrag gestellt hat, infolgedessen auch die entsprechende Antragsleistung für den fraglichen Zeitraum nicht). Man kann sich daher auf den Standpunkt stellen, dass die Verwaltung die Leistungsgewährung wegen dieses gesetzlichen Ausschlussgrundes und damit nicht willkürlich verweigert. Die für Art. 3 I GG erforderliche willkürliche Ungleichbehandlung wäre dann nicht gegeben. Allenfalls ließe sich der geltend gemachte gesetzliche Ausschlussgrund selbst im Hinblick auf Art. 3 I GG kritisieren.¹⁸⁹⁵ Wie bereits dargestellt soll der sozialrechtliche Herstellungsanspruch jedoch planwidrige Regelungslücken des Gesetzes schließen und nicht den Gesetzgeber selbst korrigieren; es handelt sich um lückenschließendes Richterrecht – nicht um gesetzekorrigierendes Richterrecht. Insbesondere wegen des Verwerfungsmonopols des BVerfG ist eine Entscheidung *contra legem sed pro constitutione* des jeweiligen Fachgerichts kaum möglich.¹⁸⁹⁶ Ohne Rückgriff auf das jeweilige Fachrecht (und insbesondere dessen Ausschlussgründe) ist ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch auch nicht als grundrechtlich gefordertes derivatives Leistungsrecht zu begründen.¹⁸⁹⁷

(cc) Leistungsanspruch als Rechtsfolge des Abwehrgehaltes eines Freiheitsrechtes

Ein Leistungsanspruch kann schließlich auch die unmittelbare Folge des Abwehrgehaltes eines Freiheitsgrundrechtes sein. Dies ist insbesondere dort relevant, wo der Staat ein bestimmtes grundrechtlich geschütztes Verhalten von

¹⁸⁹⁵ Ansatzpunkt der Kritik wäre dann, dass auch die nachträgliche Nichteinbeziehung des Bürgers (bzw. sein Ausschluss) nicht vor Art. 3 I GG zu rechtfertigen ist. Der Gesetzgeber dürfe den Ausschluss von der Leistungsgewährung nicht mit den Ausschlussgründen verbinden, die er gewählt hat – und auf die sich nun auch die Verwaltung berufen möchte.

¹⁸⁹⁶ Vgl. ausführlich: Kap. 2 A.III.3.b. – 4. Fallgruppe.

¹⁸⁹⁷ An dieser Stelle soll daher festgehalten werden, dass ein Herstellungsanspruch jedenfalls dann nicht durch Art. 3 I GG gefordert sein kann, wenn die Verwaltung sich bspw. bei einer Leistungsverweigerung auf einen gesetzlichen Ausschlussgrund berufen kann – die Leistungsverweigerung kann dann nicht als willkürlich verstanden werden. Dieses Zwischenergebnis bedeutet allerdings nicht, dass Art. 3 I GG insbesondere bei der Auslegung des einfachen Rechts (des Ausschlussgrundes) nicht zu berücksichtigen sei. Die verbleibende Bedeutung für die Ableitung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs soll im Zusammenhang mit der eigenen Ableitung des Anspruchs dargestellt werden; vgl.: Kap. 2 B.II.4.a.bb.

seiner Zustimmung/Genehmigung abhängig macht.¹⁸⁹⁸ Hierbei handelt es sich aber nicht um eine Rechtsfolge des *status positivus*, sondern um einen grundrechtlichen Abwehranspruch des *status negativus*. Der Staat hat durch den Genehmigungsvorbehalt die Ausübung eines grundrechtlich geschützten Verhaltens zumindest erschwert, was einen Eingriff in dieses Grundrecht darstellt. Sofern die Rechtfertigungsvoraussetzungen dieses Eingriffs im Einzelfall nicht vorliegen, kann dem Betroffenen die Ausübung seines Grundrechtes nicht verboten werden und ihm ist daher ggf. auch die Genehmigung zu erteilen, welche die Möglichkeit der Ausübung sicherstellt. Im Ergebnis ermöglicht auch dieser Ansatz keine Ableitung eines Herstellungsanspruchs, weil er letztlich die Fortsetzung eines grundrechtlichen Unterlassungsanspruchs bedeutet – nicht eines Leistungsanspruchs.

Dieser Ansatz könnte allenfalls dafür genutzt werden, einen Herstellungsanspruch zu begründen, der bspw. eine nachträgliche Befreiung von einer sozialversicherungsrechtlichen Versicherungspflicht ermöglicht. So wird die Begründung einer gesetzlichen Versicherungspflicht in der Sozialversicherung zumindest als rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 I GG angesehen; andere Autoren gehen von einem Eingriff in Art. 9 I GG aus (negative Vereinigungsfreiheit bei öffentlich-rechtlichen Zwangsmitgliedschaften).¹⁸⁹⁹ In diesem Sinne ließe sich die Möglichkeit einer Befreiung von der Versicherungspflicht als verfassungsrechtlich notwendige Rechtfertigungsvoraussetzung des damit verbundenen Eingriffs verstehen, die insbesondere auf das Gebot der Verhältnismäßigkeit zurückgeführt werden kann.¹⁹⁰⁰ Falls der Bürger durch ein Fehlverhalten der Verwaltung daran gehindert wurde, diese Befreiungsmöglichkeit wahrzunehmen, ließe sich i.S.d. obengenannten Begründung argumentieren, dass mangels ausreichender Rechtfertigung des Bestehens der Versicherungspflicht, ein Leistungsanspruch auf Befreiung von der Versicherungspflicht (in Form eines Herstellungsanspruchs) als grundrechtliche Folge entstünde. Ob es für diesen Fall aber überhaupt des Rückgriffs auf die grundrechtlichen Gewährleistungen des Art. 2 I GG bzw. Art. 9 I GG bedarf, wird noch zu klären sein.¹⁹⁰¹

¹⁸⁹⁸ So folgt bspw. die Ausübungsmöglichkeit eines staatlich geregelten Gewerbes unter Erlaubnisvorbehalt aus der Berufsfreiheit (Art. 12 I GG), falls die Voraussetzungen für eine Verweigerung nicht vorliegen (*Pieroth/Schlink*, GR, Rn. 80; *Waltermann*, SozR, Rn. 15; vgl. auch: *Wild*, DÖV 2004, 366, 370; *Maurer*, AllgVerwR, § 27, Rn. 92; *Schwabe*, NJW 1971, 1657, 1658; ausführlich zu weiteren Beispielen: *Olbertz*, S. 166 ff. m.w.N.).

¹⁸⁹⁹ Vgl. hierzu allgemein m.w.N. zu den verschiedenen Ansichten: BVerfG, Beschl. v. 14.10.1970 – 1 BvR 307/68 = BVerfGE 29, 221, 235 ff.; *Kaltenborn*, NZS 2001, 300 ff.; *Papier*, in: Merten/Papier [Hg.], HbdGR, Bd. II, § 30, Rn. 79; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 9 GG, Rn. 88 ff.; *Pieroth/Schlink*, GR, Rn. 790 ff.; *Muckel/Ogorek*, SozR, § 6, Rn. 16; *Waltermann*, SozR, Rn. 15; *Kannengießer*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], Art. 9 GG, Rn. 8.

¹⁹⁰⁰ Eine Versicherungspflicht mit Ausnahmen und Befreiungsmöglichkeiten stellt das mildere Mittel gegenüber einer unbedingten, allumfassenden Versicherungspflicht dar.

¹⁹⁰¹ Vgl. Kap. 2 B.II.1.a.

(b) Grundrechtlicher Schutz einfach-gesetzlicher Leistungsansprüche

Ein rechtsdogmatisch anderer Ansatz ergibt sich, wenn nicht unmittelbar aus Grundrechten ein verfassungsrechtlicher Leistungsanspruch begründet werden soll (der ggf. einfach-gesetzlich ausgestaltet ist), sondern umgekehrt nach dem grundrechtlichen Schutz einfach-gesetzlicher Leistungsansprüche gefragt wird. Sofern nämlich öffentlich-rechtliche Leistungsansprüche in den Schutzbereich eines Grundrechtes miteinbezogen werden, ließe sich ein Herstellungsanspruch ggf. als grundrechtlich notwendiger Reaktionsanspruch einer Beeinträchtigung dieser Leistungsrechte verstehen.

(aa) Schutz durch das Eigentumsrecht (Art. 14 I GG)

Das verfassungsrechtliche Eigentumsrecht des Art. 14 I GG ist ein in erheblichen Maße normgeprägtes Grundrecht,¹⁹⁰² das die vermögenswerten Rechtspositionen des Einzelnen schützt, die diesem nach dem einfachen Recht als Eigentum zuzuordnen sind.¹⁹⁰³ Nach anfänglichen Unsicherheiten bzgl. der Reichweite des Schutzbereiches¹⁹⁰⁴ ist inzwischen anerkannt, dass auch öffentlich-rechtliche Rechtspositionen des Bürgers (insbesondere öffentlich-rechtliche Leistungsansprüche) in diesem Sinne eigentumsfähig sein können.¹⁹⁰⁵ Einschränkung wird hierbei für einen Grundrechtsschutz allerdings eine Eigentumsähnlichkeit der öffentlich-rechtlichen Leistungsansprüche des Bürgers gefordert, welche dann gegeben ist, wenn ein Leistungsanspruch dem Bürger nach Art eines Ausschließlichkeitsrechts zugeordnet ist.¹⁹⁰⁶ Überwiegend wird zu-

¹⁹⁰² Vgl. zum historischen Hintergrund: *Hufen*, StaatsR II, § 38, Rn. 1 ff.

¹⁹⁰³ BVerfG, Beschl. v. 15.7.1981 – 1 BvL 77/78 = BVerfGE 58, 300, 336; *Pieroth/Schlink*, GR, Rn. 972, 977; *Papier*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 14 GG, Rn. 35 ff.; *Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], Art. 14 GG, Rn. 4; *Ipsen*, StaatsR II, Rn. 740; *Sachs*, VerfR II, B14, Rn. 4; kritisch: *Hufen*, StaatsR II, § 38, Rn. 7 f.

¹⁹⁰⁴ Vgl. hierzu: *Papier*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 14 GG, Rn. 123 ff. m.w.N.

¹⁹⁰⁵ *Sachs*, VerfR II, B14, Rn. 11; *Wendt*, in: *Sachs* [Hg.], Art. 14 GG, Rn. 28 ff.; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 14 GG, Rn. 11; *Pieroth/Schlink*, GR, Rn. 986; *Hofmann*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke* [Hg.], Art. 14 GG, Rn. 22 m.w.N.; *Papier*, in: *von Maydell/Ruland/Becker* [Hg.], SRH, § 3, Rn. 41 ff. m.w.N.; *Schmidt-De Caluwe*, JA 1992, 129, 130 m.w.N.; kritisch: *Schneider*, *Der verfassungsrechtliche Schutz von Renten der Sozialversicherung*, S. 25 f. („Bei dieser These wird von der gewünschten Folge zurückgeschlossen auf das, was Eigentum i.S. des Art. 14 GG ist. [...] Es ist nicht mehr der liberale Gedanke, dem die Eigentumsgarantie ihre Entstehung verdankt, sondern der soziale Impetus, der heute den Eigentumsschutz bestimmt.“).

¹⁹⁰⁶ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 18.2.1998 – 1 BvR 1318/86 = BVerfGE 97, 271, 284; BVerfG, Beschl. v. 13.5.1986 – 1 BvR 99/85 = BVerfGE 72, 175, 195; BVerfG, Beschl. v.

sätzlich gefordert, dass die öffentlich-rechtliche Position auf nicht unerheblichen Eigenleistungen des Bürgers beruht,¹⁹⁰⁷ weshalb sie ein Äquivalent eigener Leistungen des Bürgers darstellen muss.¹⁹⁰⁸ Hierbei besteht ein einheitlicher Schutz auch für die Leistungsansprüche, bei denen anteilig ein staatlicher Zuschuss erfolgt, wobei die jeweilige Schutzintensität allerdings abgestuft sein kann.¹⁹⁰⁹ Ein Eigentumsschutz soll hingegen ganz ausscheiden, falls ein Leistungsanspruch überhaupt nicht durch eigene Leistungen des Bürgers „erdiert“¹⁹¹⁰ wurde, sondern die Einräumung des Leistungsanspruchs allein auf einer staatlichen Fürsorgeentscheidung beruht.¹⁹¹¹ Weiter einschränkend wird teilweise als Zielrichtung der Rechtsposition eine Existenzsicherung gefordert, da nur dann der „freiheitssichernden Funktion der Eigentumsgarantie“¹⁹¹² entsprochen werde.¹⁹¹³

-
- 16.7.1985 – 1 BvL 5/80 = BVerfGE 69, 272, 300; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 14 GG, Rn. 11; *ders.*, NZS 1997, 545, 545; *Wendt*, in: Sachs [Hg.], Art. 14 GG, Rn. 29 ff.
- ¹⁹⁰⁷ BVerfG, Beschl. v. 18.2.1998 – 1 BvR 1318/86 = BVerfGE 97, 271, 284; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 14 GG, Rn. 11; *Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], Art. 14 GG, Rn. 22; *Muckel/Ogorek*, SozR, § 6, Rn. 12; **a.A.:** *Schmidt-De Caluwe*, S. 452 ff.; *ders.*, JA 1992, 129, 131 ff.; *Ipsen*, StaatsR II, Rn. 732, 735.
- ¹⁹⁰⁸ *Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], Art. 14 GG, Rn. 24; *Epping*, GR, Rn. 426 f.; *Wendt*, in: Sachs [Hg.], Art. 14 GG, Rn. 31; *Jarass*, NZS 1997, 545, 545.
- ¹⁹⁰⁹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 1.7.1981 – 1 BvR 874/77 = BVerfGE 58, 81, 109; *Papier*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 3 Rn. 41 ff.; *ders.*, in: Merten/Papier [Hg.], HbdGR, Bd. II, § 30, Rn. 24 ff.; vgl. auch: *Jarass*, NZS 1997, 545, 546.
- ¹⁹¹⁰ *Schmidt-De Caluwe*, S. 463; *ders.*, JA 1992, 129, 129.
- ¹⁹¹¹ BVerfG, Beschl. v. 28.2.1980 – 1 BvL 17/77 = BVerfGE 53, 257, 291 f.; BVerfG, Beschl. v. 16.7.1985 – 1 BvL 5/80 = BVerfGE 69, 272, 301 f.; *Pieroth/Schlink*, GR, Rn. 986; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 14 GG, Rn. 11; *ders.*, NZS 1997, 545, 545 f.; *Epping*, GR, Rn. 426; *Ipsen*, StaatsR II, Rn. 734; *Wendt*, in: Sachs [Hg.], Art. 14 GG, Rn. 33; *Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], Art. 14 GG, Rn. 24 m.w.N.; *Papier*, in: Merten/Papier [Hg.], HbdGR, Bd. II, § 30, Rn. 29; *ders.*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 3 Rn. 46.
- ¹⁹¹² BVerfG, Beschl. v. 16.7.1985 – 1 BvL 5/80 = BVerfGE 69, 272, 304.
- ¹⁹¹³ BVerfG, Beschl. v. 18.2.1998 – 1 BvR 1318/86 = BVerfGE 97, 271, 284 („Zu den von Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Rechtspositionen können grundsätzlich auch öffentlich-rechtliche Ansprüche und Anwartschaften auf Leistungen aus der gesetzlichen Rentenversicherung gehören [...]. Sie genießen Eigentumsschutz, wenn es sich um vermögenswerte Rechtspositionen handelt, die nach Art eines Ausschließlichkeitsrechts dem Rechtsträger als privatnützig zugeordnet sind, auf nicht unerheblichen Eigenleistungen des Versicherten beruhen und seiner Existenzsicherung dienen [...].“); BVerfG, Beschl. v. 16.7.1985 – 1 BvL 5/80 = BVerfGE 69, 272, 300 ff.; BVerfG, Beschl. v. 12.2.1986 – 1 BvL 39/83 = BVerfGE 72, 9, 18 ff.; *Pieroth/Schlink*, GR, Rn. 986, 988; *Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], Art. 14 GG, Rn. 27; *Muckel/Ogorek*, SozR, § 6, Rn. 12; *Papier*, in: Merten/Papier [Hg.], HbdGR, Bd. II, § 30, Rn. 31, 35; kritisch: *Sachs*, VerfR II, B14, Rn. 13; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 14 GG, Rn. 12

Diese Voraussetzungen werden von zahlreichen sozialversicherungsrechtlichen Positionen des Bürgers erfüllt. Eigentumsrechtlich geschützt durch Art. 14 I GG sind nach Ansicht des BVerfG u.a. Anwartschaften und Rentenansprüche der gesetzlichen Rentenversicherung,¹⁹¹⁴ Anwartschaften oder Ansprüche auf Arbeitslosengeld der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung (Arbeitsförderung)¹⁹¹⁵ sowie Unterhalts- und Übergangsgeld¹⁹¹⁶. Offengelassen wurde der Eigentumsschutz hingegen u.a. für Kranken- und Kurzarbeitergeld.¹⁹¹⁷

Das BSG hat zur Begründung des Herstellungsanspruchs aus dem Prinzip der Folgenbeseitigung auch auf Art. 14 I GG verwiesen.¹⁹¹⁸ Diese Ausführungen bedürfen weiterer Konkretisierung: Wenn wegen der Verletzung eines Beratungsanspruchs bspw. ein Hauptleistungsanspruch auf Rentenzahlung nicht geltend gemacht wird/werden kann, stellt allein die Verletzung des Beratungsanspruchs noch keine Beeinträchtigung des Art. 14 I GG dar. Dieser öffentlich-rechtliche Anspruch ist dem Bürger schließlich weder nach Art eines Ausschließlichkeitsrechts zugewiesen noch durch entsprechende Eigenleistungen erdient oder unmittelbar existenzsichernd. Insofern erscheint der Herstellungsanspruch als grundrechtlich geforderte Reaktion auf einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 I GG nur dann überzeugend, wenn man sich von der Verletzung des Beratungsanspruchs löst und auf den Rentenanspruch als grundrechtlich geschützte Rechtsposition abstellt. Da eine Beratungsanspruchsverletzung nachteilige Auswirkungen auf die Hauptleistungsansprüche des Bürgers haben kann, wird durch eine fehlerhafte Beratung seitens der Verwaltung dort in zurechenbarer Weise in den Schutzbereich des Grundrechtes eingegriffen, wo diese Hauptleistungsansprüche durch Art. 14 I GG geschützt sind. Sofern

m.w.N.; *ders.*, NZS 1997, 545, 546 m.w.N.; *Epping*, GR, Rn. 428; *Ipsen*, StaatsR II, Rn. 735; *Hufen*, StaatsR II, § 38, Rn. 5.

¹⁹¹⁴ BVerfG, Beschl. v. 20.3.1984 – 1 BvL 27/82 = BVerfGE 66, 234, 247; BVerfG, Beschl. v. 8.4.1987 – 1 BvR 564/84 = BVerfGE 75, 78, 97; BVerfG, Beschl. v. 27.2.2007 – 1 BvL 10/00 = BVerfGE 117, 272, 292 f.; BVerfG, Beschl. v. 18.2.1998 – 1 BvR 1318/86 = BVerfGE 97, 271, 284; BVerfG, Beschl. v. 1.7.1981 – 1 BvR 874/77 = BVerfGE 58, 81, 109; BVerfG, Beschl. v. 30.9.1987 – 2 BvR 933/82 = BVerfGE 76, 256, 293; *Pieroth/Schlink*, GR, Rn. 989; *Jarass*, NZS 1997, 545, 545 f.

¹⁹¹⁵ BVerfG, Beschl. v. 10.2.1987 – 1 BvL 15/83 = BVerfGE 74, 203, 213; BVerfG, Beschl. v. 23.3.1994 – 1 BvL 8/85 = BVerfGE 90, 226, 236; BVerfG, Beschl. v. 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 = BVerfGE 92, 365, 405; *Pieroth/Schlink*, GR, Rn. 989; *Papier*, DVBl. 1986, 577, 578 f.

¹⁹¹⁶ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 15.7.1987 – 1 BvR 488/86 = BVerfGE 76, 220, 235; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 14 GG, Rn. 12; *Wendt*, in: *Sachs* [Hg.], Art. 14 GG, Rn. 34.

¹⁹¹⁷ BVerfG, Beschl. v. 17.2.1997 – 1 BvR 1903/96 = NZS 1997, 226; BVerfG, Beschl. v. 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 = BVerfGE 92, 365, 405 f.; *Wendt*, in: *Sachs* [Hg.], Art. 14 GG, Rn. 34; *Papier*, DVBl. 1986, 577, 579.

¹⁹¹⁸ BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 79.

bereits ein grundrechtlich geschützter Leistungsanspruch entstanden sein sollte (bspw. ein Rentenanspruch), kann eine fehlerhafte Beratung der Verwaltung daher auch als mittelbarer Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 I GG angesehen werden.¹⁹¹⁹ Selbst für den Fall, dass noch kein sozialversicherungsrechtlicher Leistungsanspruch bestehen sollte, könnte man ggf. von einem Eingriff in eine sozialversicherungsrechtliche Anwartschaft ausgehen, die ebenfalls – auch hinsichtlich der Möglichkeit ihres Erstarkens zum Vollrecht – eigentumsrechtlich geschützt wird. Insofern erscheint es denkbar, dass Art. 14 I GG der Umwandlung des grundrechtlich geschützten Leistungsanspruchs in einen Herstellungsanspruch zugrunde liegt.

Erste Zweifel an der Richtigkeit dieser Einschätzung ergeben sich jedoch bereits daraus, dass der Herstellungsanspruch auch zur Korrektur sozialrechtlicher Positionen herangezogen wird, die nicht grundrechtlich durch Art. 14 I GG geschützt sind. Neben den sozialversicherungsrechtlichen Positionen, die überwiegend die Kriterien für einen Schutz durch Art. 14 I GG erfüllen,¹⁹²⁰ existieren nämlich zahlreiche sozialrechtliche Positionen, die dem Bereich der öffentlichen Fürsorge und Entschädigung zuzuordnen sind. Sie beruhen ausschließlich auf staatlicher Gewährung und nicht auf eigenen Leistungen des Bürgers, weshalb sie nicht in den Schutzbereich des Art. 14 I GG fallen. Nicht durch das Eigentumsrecht geschützt werden etwa Sozialhilfeansprüche des SGB II und SGB XII, Leistungen der Jugendhilfe, dem OEG oder der Kriegsopferversorge.¹⁹²¹ Auch Hinterbliebenenrenten werden nach überwiegender Ansicht nicht erfasst.¹⁹²² Dennoch wird der Herstellungsanspruch auch außerhalb der Sozialversicherung und insbesondere für das SGB II und im OEG anerkannt.¹⁹²³ Zudem haben die ersten Fälle des Herstellungsanspruchs im

¹⁹¹⁹ So auch: *Schmidt-De Caluwe*, S. 283 f.; *Ladage*, S. 75, 78 f.; offengelassen: BSG, Urt. v. 26.6.2007 – B 4 R 19/07 R = SozR 4-1300 § 44 Nr. 12 („*Es kommt in diesem Zusammenhang nicht darauf an, aus welcher Rechtsnorm diese Pflicht [Aufgabe] sich ergab, ob aus der eigentumsgrundrechtlichen Folgenbeseitigungspflicht oder aus dem einfachgesetzlichen Herstellungsrecht aufgrund des Abwehrgehalts des Rechts auf Erziehungsrente oder aus einem richterrechtlichen allgemeinen Herstellungsanspruch ohne benannte gesetzliche Grundlage.*“).

¹⁹¹⁹ Vgl. Kap. 2 B.II.3.a.bb. (3) (b) (aa).

¹⁹²⁰ *Gitter/Schmitt*, SozR, § 3, Rn. 33 m.w.N.; *Gitter*, NZA 1984, 137, 138 ff. m.w.N.

¹⁹²¹ Vgl. BSG, Urt. v. 22.1.1986 – 10 RKg 24/84 = NJW 1987, 463; *Papier*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 14 GG, Rn.159; *ders.*, in: Merten/Papier [Hg.], HbdGR, Bd. II, § 30, Rn. 29; *ders.*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 3 Rn.58; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 14 GG, Rn. 12; *ders.*, NZS 1997, 545, 545 f.; *Pieroth/Schlink*, GR, Rn. 987; *Epping*, GR, Rn. 426, Fn. 48.

¹⁹²² BVerfG, Beschl. v. 18.2.1998 – 1 BvR 1318/86 = BVerfGE 97, 271, 284 f.; BSG, Urt. v. 30.8.2000 – B 5 RJ 4/00 R = BSGE 87, 88, 94; *Pieroth/Schlink*, GR, Rn. 987; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 14 GG, Rn. 12; offengelassen: *Epping*, GR, Rn. 427; **a.A.:** *Papier*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 14 GG, Rn. 143; *ders.*, in: Merten/Papier [Hg.], HbdGR, Bd. II, § 30, Rn. 43 ff.

¹⁹²³ BSG, Urt. v. 30.9.2009 – B 9 VG 3/08 R = BSGE 104, 245, 254, 256 f.; BSG, Urt. v. 28.4.2005 – B 9a/9 VG 3/04 R = SozR 4-3800 § 1 Nr. 9; Vgl. BSG, Urt. v. 18.1.2011 –

Bereich der Hinterbliebenenrente gelegen¹⁹²⁴ und maßgeblich zur Entwicklung des Anspruchs beigetragen. Obwohl in diesen Fällen weder eine Verletzung des Anspruchs auf Beratung noch eine Beeinträchtigung des Hauptleistungsanspruchs in den Schutzbereich des Art. 14 I GG fallen, wird der Herstellungsanspruch unverändert angewandt.

Die Rechtsprechung der Sozialgerichtsbarkeit, die den Herstellungsanspruch auch außerhalb des Schutzbereiches von Art. 14 I GG anwenden will, spricht deshalb bereits dagegen, Art. 14 I GG für die Ableitung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs einen allzu hohen Stellenwert beizumessen.¹⁹²⁵ Allenfalls ließe sich diskutieren, ob die Rechtsprechung zu weit geht, wenn sie den Herstellungsanspruch über die Positionen hinausgehend anwenden möchte, die durch Art. 14 I GG eigentumsrechtlich geschützt sind.¹⁹²⁶ Diese Einschätzung wäre allerdings nur dann zu vertiefen, wenn jedenfalls für die Positionen, die durch Art. 14 I GG geschützt sind, ein grundrechtlicher Herstellungsanspruch über die Eigentumsfreiheit überzeugend zu begründen wäre. Dies ist nicht der Fall, wie die folgenden Ausführungen zeigen werden.

Zumindest für die bislang anerkannte Form des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs bildet auch Art. 14 I GG keinen ausreichenden Hintergrund. Denn allein ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 I GG erklärt nicht, warum hier bzgl. der Restitution über die Rechtsfolgen eines Folgenbeseitigungsanspruchs hinausgegangen werden darf.¹⁹²⁷ Sofern man dieses Überschreiten der Folgenbeseitigung mit den Besonderheiten des Eigentumsschutzes einfachgesetzlicher Leistungsansprüche rechtfertigen möchte, stößt man – gerade in den Herstellungsfällen – an die Grenzen einer Ableitung aus Art. 14 I GG.

Selbst wenn Art. 14 I GG sozialversicherungsrechtliche Leistungsansprüche schützt, schützt er diese Rechte nicht unabhängig von ihren einfachgesetzlichen Ausgestaltungen.¹⁹²⁸ Ein Leistungsanspruch wird daher nur einschließlich seiner gesetzlichen Ausschlussgründe und Einschränkungen geschützt. Der Bürger muss die einfach-gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen, wenn er den Eintritt der Rechtsfolge für sich in Anspruch nehmen können will;

B 4 AS 29/10 R = SozR 4-1200 § 14 Nr. 15; BSG, Urt. v. 31.10.2007 – B 14/11b AS 63/06 R = SozR 4-1200 § 14 Nr. 10; BSG, Urt. v. 19.10.2010 – B 14 AS 16/09 R.

¹⁹²⁴ Etwa: BSG, Urt. v. 17.11.1970 – 1 RA 233/68 = BSGE 32, 60.

¹⁹²⁵ So im Ergebnis auch: *Kreßel*, NZS 1994, 395, 395 f.; *Wallerath*, in: Schulin [Hg.], SDRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 67, 74 f. Auch das BVerfG scheint für die Anwendung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs gerade keine Eröffnung des Schutzbereiches des Art. 14 I GG zu fordern. So hat das BVerfG in einer Entscheidung die unterlassene Prüfung des Herstellungsanspruchs als möglichen Verstoß gegen die Rechtsbindung des Richters losgelöst von der Frage nach einer Schutzbereichseröffnung von Art. 14 I GG diskutiert (BVerfG, Beschl. v. 22.7.2009 – 1 BvL 9/07).

¹⁹²⁶ So wohl: *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 621.

¹⁹²⁷ *Ladage*, S. 78 f.; *Terwey*, DRV 1982, 191, 200.

¹⁹²⁸ Vgl. BSG, Urt. v. 30.3.1995 – 7 RAr 86/94 = NZS 1996, 31, 33; *Pieroth/Schlink*, GR, Rn. 977; *Schneider*, Der verfassungsrechtliche Schutz von Renten der Sozialversicherung, S. 31.

auch bei einem Rentenanspruch garantiert der Eigentumsschutz nicht unabhängig von seinen tatbestandlichen Voraussetzungen dessen Erfüllung. Dieser Gedanke wird bereits im Wortlaut des Art. 14 I 2 GG sehr deutlich, wonach sowohl Inhalt des Eigentums als auch dessen Schranken durch das einfache Gesetz bestimmt werden. Insofern begründet auch der Eigentumsschutz für sozialversicherungsrechtliche Ansprüche nur eine „*relativ schwache Rechtsposition*“¹⁹²⁹. In den Herstellungsfällen wird sich die Behörde, die eine Leistung verweigert, regelmäßig auf eine derartige gesetzliche Einschränkung des Leistungsanspruchs berufen (können), weil der Bürger eine notwendige Leistungsvoraussetzung nicht erfüllt bzw. eine ihm günstige Disposition unterlassen hat. Genau genommen stellt auch erst diese Weigerung der Leistungserfüllung den Eingriff bzgl. des geschützten Leistungsrechts dar, der über den Herstellungsanspruch ausgeglichen werden soll; nicht bereits eine Missachtung des Beratungsanspruchs, der nicht eigenständig durch Art. 14 I GG geschützt wird. Auch wenn diese Rechtslage maßgeblich durch ein staatliches Fehlverhalten mitbeeinflusst wurde, bleibt offen, warum die Verwaltung ohne entsprechende einfach-gesetzliche Leistungspflicht überhaupt wegen Art. 14 I GG zur Leistungsgewähr verpflichtet sein soll.¹⁹³⁰

¹⁹²⁹ Gitter/Schmitt, SozR, § 3, Rn. 34; vgl. auch: Schneider, Der verfassungsrechtliche Schutz von Renten der Sozialversicherung, S. 31; Muckel/Ogorek, SozR, § 6, Rn. 14; Igl/Welti, SozR, § 5, Rn. 22; Schneider, Der verfassungsrechtliche Schutz von Renten der Sozialversicherung, S. 31 („*Die Erstreckung der Eigentumsgarantie auf Renten und Anwartschaften besitzt mehr Symbolwert als rechtliche Wirksamkeit. Denn der Inhalt des Renten-Eigentums wird durch die Gesetze bestimmt, [...]*“).

¹⁹³⁰ Inhaltlich lässt sich bereits darüber streiten, ob sich bei einem grundrechtlichen Schutz durch Art. 14 I GG ein erfüllbarer Leistungsanspruch fortan – auch – aus Art. 14 I GG ergibt (und Art. 14 I GG dadurch in einer Funktion als *Leistungsrecht* betroffen ist) oder ob der konkrete Leistungsanspruch unverändert aus dem einfach-gesetzlichen Leistungsrecht folgt und Art. 14 I GG in seiner Funktion als *Abwehrrecht* lediglich garantiert, dass es nicht zu einer Beeinträchtigung des einfach-gesetzlichen Leistungsanspruchs (als grundrechtlicher Schutzgegenstand) kommt. Entgegen der herrschenden Ansicht ist die zweite Auffassung zutreffend. Insofern erscheint auch eine eigentumsrechtliche Ableitung des Herstellungsanspruchs noch aussichtsloser, weil gerade die Erfüllung eines einfach-gesetzlichen Leistungsanspruchs aus diesem Anspruch selbst folgt, ohne gleichzeitig ein eigenständiger Gehalt des Art. 14 I GG zu sein. Die überwiegende Ansicht kommt hingegen zu dem Schluss, dass Art. 14 I GG sich bei einer Einbeziehung von öffentlich-rechtlichen Leistungsansprüchen von einem Abwehrrecht in ein Leistungs- bzw. Teilhaberecht wandle (Papier, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 14 GG, Rn. 128; ders., in: Merten/Papier [Hg.], HbdGR, Bd. II, § 30, Rn. 33; ders., in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 3 Rn. 53; Badura, in: Zacher [Hg.], FS zum 25 jährigen Bestehen des BSG, Bd. II, 687 f.; Krause, Krause, Eigentum an subjektiven öffentlichen Rechten, S. 40 f.; Schneider, Der verfassungsrechtliche Schutz von Renten der Sozialversicherung, S. 25 ff.; Schmidt-De Caluwe, S. 284). Diese einmalige Wesensänderung des grundrechtlichen Gehaltes wird selbst von den Befürwortern dieser Ansicht für nicht unproblematisch gehalten (Papier, in: Merten/

Art. 14 I GG kann deshalb nur dann den Hintergrund der Umwandlung in einen Herstellungsanspruch bilden, wenn aus der Verfassung begründet werden kann, dass trotz einer ausschließenden Inhalts- und Schrankenbestimmung bzgl. des Primäranspruchs ein Leistungsrecht bestehen soll, das zu den gleichen Leistungen verpflichtet, die ohne das Fehlverhalten gewährt worden wären. Dies ist gerade bei einem derart (einfach-gesetzlich) normgeprägten Grundrecht wie Art. 14 I GG nicht möglich. Wenn die Verwaltung – neben dem Fehlverhalten, das dem Herstellungsanspruch zugrunde liegt – auch bei der Entscheidung über eine Leistungsgewährung rechtswidrig handeln sollte, ergibt sich der Anspruch auf die Leistung bereits unmittelbar aus dem einfachen Recht. Falls die Verwaltung

Papier [Hg.], HbdGR, Bd. II, § 30, Rn. 33 ff.; *ders.*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 3 Rn. 53; *Badura*, in: Zacher [Hg.], FS zum 25 jährigen Bestehen des BSG, Bd. II, 687; *Schneider*, Der verfassungsrechtliche Schutz von Renten der Sozialversicherung, S. 25 f.) ist m.E. auch nicht gegeben. Art. 14 I GG verpflichtet den Staat nicht (originär) dazu, überhaupt ein entsprechendes öffentlich-rechtliches Leistungsäquivalent zu schaffen (*Ipsen*, StaatsR II, Rn. 737 m.w.N.). Art. 14 I GG schützt lediglich einfach-gesetzlich begründete Leistungsansprüche, wenn diese dem einzelnen nach Art eines Ausschließlichkeitsrechts zuzuordnen sind und auf nicht unerheblichen Eigenleistungen des Bürgers beruhen (sowie ggf. existenzsichernde Wirkungen haben). Diese selbst erdienten Positionen sollen durch die Einbeziehung einen Bestandsschutz erfahren, der über den anderer einfach-gesetzlicher subjektiver Rechte hinausgeht (*Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], Art. 14 GG, Rn. 5 – „*Der rechtsstaatliche Grundsatz des Vertrauensschutzes hat für die vermögenswerten Güter im Eigentumsrecht eine eigene Ausprägung und verfassungsrechtliche Ordnung erfahren [...]*“). Das bedeutet, dass der Staat diese Positionen grds. nicht beeinträchtigen darf. Daraus folgt allerdings nicht, dass fortan auch der Erhalt der Leistung unmittelbar aus Art. 14 I GG beansprucht werden könnte – der Inhalt des Leistungsrechts somit in Art. 14 I GG aufgehe. Dies muss weiterhin über den einfach-gesetzlichen Leistungsanspruch unter Beachtung seiner jeweiligen Voraussetzungen und ggf. auch seiner Ausschlussgründe erfolgen. Ein Verwaltungsträger ist bereits einfach-rechtlich dem Rechtsgehalt eines einfach-rechtlichen Leistungsanspruchs verpflichtet; hierzu bedarf es nicht erst einer verfassungs-/grundrechtlichen Bindung. Die Zielrichtung des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes richtet sich vielmehr gegen den Gesetzgeber, der nicht durch Neuregelung Eigentumsrechte beliebig beseitigen können soll (*Krause*, Eigentum an subjektiven öffentlichen Rechten, S. 14 f.; *Schneider*, Der verfassungsrechtliche Schutz von Renten der Sozialversicherung, S. 1, 9 ff.); eine Beeinträchtigungsform, zu der ein Verwaltungsträger ohnehin nicht im Stande wäre. Der Verpflichtungsgehalt des Leistungsrechts geht nicht in Art. 14 I GG auf, sondern behält einen eigenen Regelungsgehalt. In Zusammenhang mit baurechtlichen Fragestellungen formuliert etwa *Wahl* zutreffend: „*Ansprüche aus Art. 14 I GG unmittelbar gibt es danach nicht; Ansprüche sind begründet allein durch das einfache (Bau-) Recht – dieses aber steht unter verfassungsrechtlichen Direktiven*“ (*Wahl*, in: FS für Redeker, 245, 255). Diese Feststellung kann m.E. auch auf den Eigentumsschutz öffentlich-rechtlicher Leistungsansprüche entsprechend übertragen werden. Art. 14 I GG schützt in seiner Funktion als Abwehrrecht, dass es nicht zu Beeinträchtigungen des grundrechtlichen Schutzgegenstandes kommt. Art. 14 I GG garantiert i.V.m. einfach-gesetzlichen Ansprüchen insbesondere den Bestand dieser Ansprüche vor gesetzgeberischen Maßnahmen (*Gitter/Schmitt*, SozR, § 3, Rn. 31).

im Zeitpunkt der Entscheidung über die Leistungsgewährung das einfache Recht hingegen richtig angewandt haben sollte (i.S.e. Leistungsausschlusses), liegt eine den Anspruch ausschließende Inhalts- und Schrankenbestimmung des sozialrechtlichen Leistungsanspruchs nach Art. 14 I 2 GG vor. Die Verwaltung setzt dann nur die Entscheidungen des Gesetzes um. Selbst wenn diese gesetzlichen Entscheidungen als Inhalts- und Schrankenbestimmungen ihrerseits gegen Art. 14 I 1 GG verstoßen sollten (bspw. weil sie unverhältnismäßig sind), berechtigt dieser Verfassungsverstoß den Richter nicht zu einer Gesetzeskorrektur durch lückenschließendes Richterrecht entgegen der eindeutigen (auch verfassungswidrigen) Anordnung des Gesetzgebers. Mangels Regelungslücke ist eine solche Entscheidung *contra legem sed pro constitutione* nicht möglich.¹⁹³¹ Für den Herstellungsanspruch als lückenschließendes Richterrecht kann daher nur dort Raum sein, wo das einfache Gesetz (zumindest) für den Herstellungsfall keinen sozialrechtlichen Nachteil begründen soll. Bei der Auslegung der einfach-gesetzlichen Vorschriften kann dann Art. 14 I GG wiederum eine bedeutende Rolle spielen. Schließlich kann im Lichte des Eigentumsschutzes eines öffentlich-rechtlichen Leistungsanspruchs durch Art. 14 I 1 GG eine einschränkende Vorschrift verfassungskonform so auszulegen sein, dass der Leistungsanspruch nicht beeinträchtigt wird, weil ansonsten von einem Verfassungsverstoß auszugehen wäre. Überzeugend ist es daher, den rechtlichen Hintergrund des Herstellungsanspruchs direkt auf der einfach-gesetzlichen Ebene zu suchen. Art. 14 I GG trägt eine selbstständige Ableitung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs nicht – auch wenn seine Anordnungen bei der Auslegung des (ggf. lückenhaften) einfachen Rechts zu berücksichtigen sind.

(bb) Schutz durch die Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG)?

Bzgl. des Folgenbeseitigungsanspruchs wird teilweise ausgeführt, dass letztlich jede beeinträchtigte Rechtsposition auf einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG hinausliefe und deshalb eine anschließende Restitution grundrechtlich gefordert sei.¹⁹³² Insofern gibt es Versuche, den Folgenbeseitigungsanspruch bewusst einheitlich aus der allgemeinen Handlungsfreiheit zu entwickeln, statt aus der Verletzung spezieller Freiheitsrechte.¹⁹³³ Für

¹⁹³¹ Vgl. hierzu ausführlich: Kap. 2 A.III.3.b. – 4. Fallgruppe.

¹⁹³² Redeker, DÖV 1987, 194, 196 („*Daß jeder rechtswidrige Eingriff in subjektive Rechte bis auf eine Grundrechtsverletzung zurückgeführt werden kann, bedarf keiner näheren Ausführung.*“).

¹⁹³³ Vgl. zu derartigen Ansätzen: Pietzko, FBA, S. 102 ff.

den Herstellungsanspruch wäre es daher denkbar, dass der Bürger durch die Beeinträchtigung seiner Leistungsrechte in Art. 2 I GG verletzt wird und der Herstellungsanspruch einheitlich aus Art. 2 I GG abzuleiten wäre.¹⁹³⁴

Dies setzt aber voraus, dass die öffentlich-rechtlichen Leistungsansprüche des Bürgers in den Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit fallen. Ein derartiger allgemeiner Grundrechtsschutz für einfach-rechtlich begründete öffentlich-rechtliche Leistungsansprüche wird jedoch zu Recht nicht anerkannt. Soweit ersichtlich geht lediglich *Papier* davon aus, dass einfach-gesetzlich begründete öffentlich-rechtliche Leistungsansprüche durch Art. 2 I GG geschützt werden (insbesondere, falls die speziellen Voraussetzungen des Art. 14 I GG nicht erfüllt sein sollten).¹⁹³⁵ Dieses Verständnis *Papiers* ist abzulehnen.¹⁹³⁶ Die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG schützt als allgemeines Auffangrecht der Freiheitsrechte „*jedes menschliche Verhalten*“¹⁹³⁷. Sie verpflichtet den Staat damit, unzulässige Eingriffe zu unterlassen, welche dem Bürger die Ausübung seines Verhaltens (Tun oder Unterlassen) zumindest erschweren; wobei es sich um Verhaltensweisen handelt, die diesem Bürger von sich aus ohne den Staat möglich wären. Art. 2 I GG schützt die Freiheitssphäre des Bürgers insofern als dem Staat vorgelagerte bürgerliche Freiräume, deren Beeinträchtigungen einer staatlichen Rechtfertigung bedürfen.¹⁹³⁸ Dieser Schutzzweck würde konterkariert werden, falls auch einfach-gesetzlich begründete

¹⁹³⁴ Dann fiel auch ein fehlender Eigentumsschutz einzelner Leistungsansprüche über Art. 14 I GG nicht ins Gewicht, weil der gemeinsame Ansatzpunkt der Herstellungsansprüche in der Betroffenheit in Art. 2 I GG läge.

¹⁹³⁵ *Papier*, in: Merten/*Papier* [Hg.], HbdGR, Bd. II, § 30, Rn. 81; *ders.*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 3 Rn. 121; unklar: *Frohn*, JURA 1989, 523, 528.

¹⁹³⁶ So auch: *Meysen*, Verwaltungsrechtsverhältnis, S. 152 m.w.N.; in diesem Sinne wohl: *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, S. 474, Fn. 14. In diese Richtung gehen auch die Ausführungen *Walleraths* zum Grundrechtsschutz einfach-gesetzlicher Positionen/Ansprüche über Art. 2 I GG: „*Er [der Anwendungsbereich, Anmerkung des Verfassers] ließe sich auch kaum über die Grundrechtsgarantie der freien Entfaltung der Persönlichkeit entscheidend ausweiten. Eine solche Ausweitung müßte sich – ohne Bezug zu einer autonomen, staatsfernen Handlung des Grundrechtssubjekts – ausschließlich auf eine Sicht des Art. 2 Abs. 1 GG als Freiheit vor rechtswidrigen Belastungen stützen. Sie würde damit letztlich doch ausschließlich aus dem einfachen Recht aufgefüllt. Ein derartiger Umweg bliebe nicht nur hinter dem unmittelbaren Rückgriff auf den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zurück, sondern stellte kaum mehr als einen fruchtlosen dogmatischen Taschenspielertrick dar.*“ (*Wallerath*, DÖV 1987, 505, 512).

¹⁹³⁷ BVerfG, Beschl. v. 12.4.2005 – 2 BvR 1027/02 = BVerfGE 113, 29, 45; vgl. auch: *di Fabio*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 2 GG, Rn. 18; *Murswiek*, in: Sachs [Hg.], Art. 2 GG, Rn. 12; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 2 GG, Rn. 3.

¹⁹³⁸ BVerfG, Beschl. v. 15.12.1970 – 1 BvR 559/70 BVerfGE 29, 402, 408; *Pieroth/Schlink*, GR, Rn. 386; *Murswiek*, in: Sachs [Hg.], Art. 2 GG, Rn. 10.

Leistungsansprüche fortan mit grundrechtlichem Schutz ausgestattet wären, da hiermit inhaltlich mehr verlangt wird als eine Freiheit vor dem Staat. Art. 2 I GG ist ein subsidiäres Auffangrecht für Freiheitsbeschränkungen des Bürgers – und kein subsidiäres Auffangrecht allgemein für die Beeinträchtigung vorteilhafter Rechtsstellungen des Bürgers. Art. 2 I GG garantiert dem Bürger keinesfalls, dass eine für ihn vorteilhafte einfach-gesetzliche Rechtsstellung bestehen bleibt oder er an einfach-gesetzlich begründeten Leistungen partizipieren kann.¹⁹³⁹ Nur für besondere öffentlich-rechtliche Leistungsansprüche besteht ausnahmsweise durch Art. 14 I GG Grundrechtsschutz, weil der Bürger sich diese selbst durch seine Eigenleistungen miterarbeitet hat und sie ihm deshalb – auch durch den Gesetzgeber – nicht mehr einseitig entzogen werden können. Die Ansprüche, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen, werden nicht etwa auffangweise durch Art. 2 I GG geschützt, sondern unterliegen keinem unmittelbaren Grundrechtsschutz. *Papier* missachtet dieses Ergebnis mit einer Einbeziehung der einfach-gesetzlichen Leistungsansprüche in den Schutzbereich des Art. 2 I GG, was zu einer unzulässigen Vermischung der Verfassungsebene mit der Ebene des einfachen Rechts führt.¹⁹⁴⁰ Eine Pflicht des Gesetzgebers, an

¹⁹³⁹ Die typischen Beispiele, für die subsidiärer Grundrechtsschutz über Art. 2 I GG anerkannt wird, sind daher auch: Vertragsfreiheit, die Auferlegung von Geldleistungspflichten, Reiten im Walde, Autofahren, Ausreisefreiheit, eigenverantwortliche Selbstgefährdungen, die Umsetzung eigener Rechtschreibvorstellungen, etc. (vgl. *di Fabio*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 2 GG, Rn. 19 m.w.N.; *Pieroth/Schlink*, GR, Rn. 388; *Murswiek*, in: Sachs [Hg.], Art. 2 GG, Rn. 54).

¹⁹⁴⁰ Dass einfach-gesetzliche Leistungsansprüche nicht über Art. 2 I GG grundrechtlich geschützt werden, lässt sich aus dem Wortlaut, der Entstehungsgeschichte, der Systematik und dem Sinn und Zweck des Art. 2 I GG ableiten. Art. 2 I GG gewährt nach seinem Wortlaut dem Bürger lediglich die „freie Entfaltung seiner Persönlichkeit“, ohne einen Hinweis darauf zu enthalten, dass dies gerade über öffentlich-rechtliche Leistungsansprüche zu geschehen habe. Aus der Entstehungsgeschichte des Art. 2 I GG folgt daran anschließend, dass mit dieser Formulierung nichts anderes verbunden war als die Vorstellung, dass der Bürger alles tun kann, was ihm beliebt. Über den Schutz einfach-gesetzlicher Leistungsansprüche wurde hingegen in den Beratungen über das Grundgesetz nicht gesprochen. Art. 2 I GG wurde vielmehr für die Abwehrkonstellation diskutiert, dass der Staat möglicherweise durch Beschränkungen für dem Bürger mögliche menschliche Verhaltensweisen das Grundrecht gefährde. Vgl. zusammenfassend zur Entstehungsgeschichte des Art. 2 I GG: JÖR 1 (1951), S. 54 ff. Lediglich aus der Systematik als Auffanggrundrecht ließe sich ableiten, dass Art. 2 I GG die Leistungsansprüche schützen müsse, die die besonderen Voraussetzungen des Art. 14 I GG nicht erfüllen; so ist wohl auch der Gedankengang *Papiers* zu verstehen (vgl. *Papier*, in: Merten/Papier [Hg.], HbdGR, Bd. II, § 30, Rn. 81; *ders.*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 3 Rn. 121). Diese Interpretation verkennt jedoch, dass Art. 14 I GG hierbei eine Ausnahmestellung zukommt, wonach der Staat die öffentlich-rechtlichen Ansprüche, die heutzutage im Wesentlichen der Sicherung der Existenz des Bürgers dienen, einen erhöhten Bestandschutz gegenüber dem Staat erhalten sollen, weil der Bürger gerade durch Eigenleistun-

einer bestimmten einfach-gesetzlichen Leistungspflicht festzuhalten, kann sich nicht aus Art. 2 I GG ergeben, sondern allenfalls aus anderen Verfassungsbestimmungen (bspw. dem rechtsstaatlichen Vertrauensgrundsatz¹⁹⁴¹).

gen/eigene Opfer diese Positionen mitgeschaffen hat. Da über Art. 20 III GG jedoch Verwaltungsträger und Richter ohnehin auch an das geltende einfache Recht gebunden sind, bedarf es zu ihrer Bindung keiner Einbeziehung der einfachen Leistungsansprüche in den grundrechtlichen Schutzbereich des Art. 2 I GG. Der entscheidende Mehrwert bei einer Einbeziehung entstünde hinsichtlich einer Bindung des Gesetzgebers über Art. 1 III, 2 I GG. Dass eine solche Bindung des Gesetzgebers jedoch zu erheblichen Widersprüchen innerhalb der Rechtsordnung führen würde, ergibt sich aus den Folgen einer solchen Einbeziehung. Sofern einfach-gesetzliche Leistungsansprüche grundrechtlich geschützt werden sollten, können sie nicht vor Inkrafttreten der gesetzlichen Vorschriften geschützt sein, die sie begründen; schließlich ist der Gesetzgeber gerade nicht (originär) grundrechtlich verpflichtet, diese Leistungen überhaupt zu eröffnen. Der Gesetzgeber wäre also niemals verpflichtet gewesen, eine bestimmte Leistung durch einfaches Gesetz zu schaffen; insofern leuchtet nicht ein, warum er dann nach Schaffung durch Art. 2 I GG dieser Leistungspflicht grundrechtlich verpflichtet sein soll. Der einfache Gesetzgeber wäre damit an das einfache Recht gebunden. Er unterläge plötzlich einer grundrechtlichen Rechtfertigungspflicht, wenn er die einfach-gesetzlich begründeten Ansprüche ändern oder gar aufheben würde. Eine derartige Fesselung des Gesetzgebers durch seine eigenen Gesetze ist Art. 2 I GG nicht zu entnehmen. Tatsächlich wäre es auch rechtspolitisch fatal, von einem unmittelbaren grundrechtlichen Schutz einfach-gesetzlich begründeter Leistungsansprüche auszugehen, weil der Gesetzgeber, der sich mit jedem weiteren Recht letztlich auch eine weitere grundrechtliche Bindung schaffen würde, im Hinblick auf den Erhalt seiner zukünftigen Handlungsfähigkeit nahezu keine Leistungsansprüche mehr durch einfaches Gesetz schaffen dürfte, wenn diese fortan seinen Handlungsspielrahmen derart empfindlich verkürzen sollten. Zur Überprüfung der Fortgeltung bestehender Rechtslagen hat sich stattdessen der rechtsstaatliche Grundsatz des Vertrauensschutzes etabliert und bewährt. Über die Anwendung der Grundsätze der echten und unechten Rückwirkung (bzw. der Rückbewirkung von Rechtsfolgen und tatbestandlichen Rückanknüpfung) lässt sich ein angemessener Schutz einfach-gesetzlicher Leistungsrechte erreichen, ohne dass diese Rechte selbst in den Schutzbereich des Art. 2 I GG erhoben werden. Letztlich wäre der Gesetzgeber i.S.d. Ansicht *Papiers* sogar inhaltlich in der Lage, auch über den grundrechtlich geschützten Inhalt von Freiheitsrechten durch eigene gesetzliche Regelungen zu disponieren. Wenn einfach-gesetzliche Leistungsansprüche grundrechtlich geschützt werden, können sie allenfalls in ihrer einfach-rechtlichen Form erfasst werden; der Form, die ihnen der einfache Gesetzgeber gegeben hat. Eine solche Beeinflussung/Ausgestaltung der verfassungsrechtlichen Ebene durch das einfache Recht ist – abseits des ohnehin normgeprägten Art. 14 I GG – abzulehnen. Die mit *Papiers* Ansicht verbundene Überhöhung des einfachen Rechts als Verfassungsrecht ist daher nicht überzeugend. Schließlich müsste derjenige, der wie *Papier* den Grundrechtsschutz jeglicher öffentlich-rechtlicher Leistungsansprüche durch Art. 2 I GG anerkennt, in letzter Konsequenz auch in der verwaltungsprozessualen Situation einer Verpflichtungsklage bei der Möglichkeit der Missachtung eines einfach-gesetzlichen Leistungsanspruchs die Möglichkeit einer Verletzung des – diesen Anspruch schützenden – Art. 2 I GG anerkennen. Anders als für die Situation einer Anfechtungsklage wird dies allgemein für unzulässig gehalten. Die Verletzung eines einfach-rechtlichen Leistungsanspruchs ist eine Verletzung dieses subjektiven Rechts und nicht zeitgleich mit einem Eingriff in Art. 2 I GG verbunden.

¹⁹⁴¹ Vgl. hierzu auch: *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 20 GG, Rn. 125 m.w.N.

Auch Art. 2 I GG kann demnach nicht den Rechtsgrund für die Umwandlung in einen Herstellungsanspruch bilden, weil einfach-gesetzliche Leistungsansprüche nicht durch Art. 2 I GG geschützt werden. Nicht jede nachteilhafte Verhaltensweise des Staates führt im Ergebnis zu einer Beeinträchtigung des Schutzbereiches von Art. 2 I GG.¹⁹⁴² Die Beeinträchtigung einfach-gesetzlich begründeter Leistungsansprüche ist demnach eine bloße Beeinträchtigung dieser einfach-gesetzlichen Rechte des Bürgers und – mangels Eröffnung des Schutzbereiches – nicht zwingend über Art. 2 I GG (auch) ein verfassungsrechtlich zu rechtfertigender Eingriff in ein Freiheitsrecht.¹⁹⁴³

(c) Zwischenergebnis und allgemeine Kritik

Eine grundrechtliche Herleitung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs gelingt weder im Hinblick auf verfassungsrechtliche Leistungsansprüche (sog. Leistungsgrundrechte) noch über einen grundrechtlichen Schutz einfach-gesetzlich begründeter Leistungsrechte. Für zahlreiche einfach-gesetzliche Leistungsansprüche besteht bereits kein Grundrechtsschutz, da diese nicht in den Schutzbereich des Art. 2 I GG einbezogen sind. Lediglich für einzelne sozialrechtliche Leistungsansprüche kann über Art. 14 I GG ein Eigentumsschutz festgestellt werden. Dies führt in der Ableitung des Herstellungsanspruchs allerdings auch nicht weiter, da die eintretenden sozialrechtlichen Nachteile regelmäßig als Inhalts- und Schrankenbestimmung interpretiert werden können, was die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke des einfachen Rechts ausschließt. Die Möglichkeit eines Herstellungsanspruchs steht und fällt insofern mit der Interpretation dieser einfach-rechtlichen Rechtsbestimmungen. Der Herstellungsanspruch ist demnach kein grundrechtlich geforderter Restitutionsanspruch.

Überdies ließen sich gegen eine grundrechtliche Begründung des Herstellungsanspruchs dieselben Kritikpunkte anführen, die bereits gegen die grundrechtliche Fundierung des Folgenbeseitigungsanspruchs erhoben werden. Als Vorteil der grundrechtlichen Ableitung des Folgenbeseitigungsanspruchs gegenüber dem Rechtsstaatsprinzip wird vielfach der subjektiv-rechtliche Charak-

¹⁹⁴² Die Formulierung *Redekers*, dass „*jeder rechtswidrige Eingriff in subjektive Rechte bis auf eine Grundrechtsverletzung zurückgeführt werden kann*“ (*Redeker*, DÖV 1987, 194, 196), überzeugt daher nur, wenn man mit einem Teil der Literatur den Begriff des „*Eingriffs*“ rechtstechnisch nur für die Beeinträchtigung von Unterlassungsansprüchen verwenden möchte (vgl. Kap. 1 E.II.2.b.aa. (1) (a)).

¹⁹⁴³ So im Ergebnis auch: *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, S. 474, Fn. 14.

ter der Freiheitsgrundrechte herausgestellt.¹⁹⁴⁴ Über die fehlende Aussagekraft bzgl. der materiell-rechtlichen Rechtsfolgen einer Rechtsverletzung (als zweiter wesentlicher Einwand gegen eine Ableitung aus dem Rechtsstaatsprinzip) kann dies jedoch kaum hinweghelfen. Hinsichtlich Tatbestandsvoraussetzungen, Rechtsfolge und Ausschlussgründen wird keine nennenswerte weitere Konkretisierung erreicht.¹⁹⁴⁵

Weiterhin treten bei einer alleinigen Ableitung aus den Grundrechten rechtsdogmatische Folgeprobleme hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung auf. Wenn der Unterlassungsanspruch aus dem Grundrecht folgt, ist dieser Anspruch ebenfalls der Verfassungsebene zuzurechnen. Wenn sich nun der Unterlassungsanspruch in einen Folgenbeseitigungsanspruch umwandelt, wird nicht deutlich, an welcher Stelle der Verfassungsrang verloren gehen soll. Dass der Folgenbeseitigungsanspruch aber nicht vollumfänglich der Verfassung zugeordnet wird, zeigt die Ausgestaltung als subsidiär gegenüber einfachgesetzlichen Normen und der in Abstimmung auf § 839 BGB eingeschränkten Rechtsfolgen sowie insbesondere seiner Ausschlussgründe. Es ist nicht ersichtlich, warum § 254 BGB in analoger Anwendung dazu fähig sein sollte, einen Verfassungsanspruch einzuschränken¹⁹⁴⁶ oder warum Ansprüche des Verfassungsrechts den Verjährungsfristen der §§ 194 ff. BGB unterliegen sollen. Von einem grundrechtlichen Anspruch ausgehend müssten diese Ausschlussgründe als rechtfertigungsbedürftige Eingriffe betrachtet werden.¹⁹⁴⁷ Dies ist insbesondere im Hinblick auf die Frage, ob staatliche Eingriffe auf Analogien gestützt werden können, nicht unproblematisch.¹⁹⁴⁸ Zudem wirft der Versuch einer rein grundrechtlichen Ableitung die Frage auf, warum keine vollständige Wiedergutmachung der Folgen grundrechtlicher Eingriffe erfolgen soll;¹⁹⁴⁹ schließlich ist eine Differenzierung zwischen den Folgen von Grundrechtseingriffen auf Verfassungsebene kaum möglich. Insofern werden aus einer grundrechtlichen

¹⁹⁴⁴ Statt vieler: *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 34; *Redeker*, DÖV 1987, 194, 196.

¹⁹⁴⁵ Vgl. *Pietzko*, FBA, S. 116 ff.; *Baumeister*, Folgenbeseitigungsanspruch, S. 80 f.; *Hoffmann-Becking*, JuS 1972, 509, 511; *Spanner*, DVBl. 1968, 618, 620; *Rupp*, JA 1979, 506, 509; *Fiedler*, NVwZ 1986, 969, 971 f.; *Heintzen*, VerwArch. 81 [1990], 532, 535 f.; *Brugger*, JuS 1999, 625, 628, 630; vgl. zu diesem Argument auch: *Redeker*, DÖV 1987, 194, 196.

¹⁹⁴⁶ Diese Schwierigkeiten räumt auch *Schenke* – als einer der Befürworter einer rein grundrechtlichen Ableitung – offen ein: *Schenke*, JuS 1990, 370, 373 ff.

¹⁹⁴⁷ *Redeker*, DÖV 1987, 194, 198.

¹⁹⁴⁸ *Schenke*, JuS 1990, 370, 373 ff.

¹⁹⁴⁹ *Redeker*, DÖV 1987, 194, 198 m.w.N. („Aus der Ableitung des FBA aus den Grundrechten folgt ein umfassender Wiedergutmachungsanspruch des Bürgers.“).

Fundierung die unterschiedlichsten Ergebnisse abgeleitet.¹⁹⁵⁰ Der Versuch, allein unmittelbar aus der Verfassung jede Voraussetzung und Einschränkung der Folgenbeseitigungspflicht zu rechtfertigen, kann nicht überzeugend gelingen. Dies spricht dagegen, die Ableitung der *anerkannten* Form des Folgenbeseitigungsanspruchs vollständig aus den Grundrechten zu rechtfertigen.¹⁹⁵¹ Wer glaubt, allein in den Grundrechten bereits alle Konturen des Folgenbeseitigungsanspruchs erkennen zu können, hat entweder einen bemerkenswert scharfen Blick oder liest die Einzelheiten in diese Verfassungsbestimmungen – ausgehend von seinem eigenen Vorverständnis – bloß hinein.

Zudem liefert die Argumentation selbst keine rechtsdogmatische Begründung für eine Beschränkung des Folgenbeseitigungsanspruchs auf Grundrechtseingriffe. Auch einfach-gesetzliche Rechte könnten daher nicht von vorneherein aus dem Anwendungsbereich der Folgenbeseitigungspflicht ausgeschlossen werden.¹⁹⁵² Falls jedoch einfach-gesetzliche Rechte wiederhergestellt werden handelt es sich beim Folgenbeseitigungsanspruch nicht unbedingt um einen grundrechtlich geforderten Reaktionsanspruch. Der eigentliche Rechtsgrund der Folgenbeseitigung muss dann in anderen Erwägungen liegen als in einer grundrechtlichen Fundierung eines subjektiven Rechts.¹⁹⁵³ Darüber hinaus bleibt auch der eigentliche Rechtsgrund der Transformation des einen (Unterlassungs-) Anspruchs in den anderen (Folgenbeseitigungs-) Anspruch offen.¹⁹⁵⁴ Wenn rechtlich eine Transformation erfolgen soll, wird dies üblicherweise in entsprechenden Vorschriften zum Ausdruck gebracht (bspw. §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB für die Modifizierung des primären Erfüllungsanspruch auf eine mangelfreie Kaufsache in einen Nacherfüllungsanspruch). Auch für die Umwandlung des Unterlassungs- in einen Folgenbeseitigungsanspruch könne daher letztlich lediglich das „*Gebot der Gerechtigkeit*“ herangezogen werden,¹⁹⁵⁵ mit dem bereits das Reichsgericht die Umwandlungsmöglichkeit der zivilrechtli-

¹⁹⁵⁰ Vgl. m.w.N. zu den verschiedenen Ansichten: *Pietzko*, FBA, S. 116, 391 ff.

¹⁹⁵¹ So im Ergebnis auch: *Pietzko*, FBA, S. 116 ff.

¹⁹⁵² *Hoffmann-Becking*, JuS 1972, 509, 512.

¹⁹⁵³ So räumt auch *Weyreuther* selbst ein, dass sich seine Argumentation nicht ausschließlich auf grundrechtliche Freiheitsrechte beschränkt und erwähnt, dass auch die Missachtung anderer Positionen grds. einen Folgenbeseitigungsanspruch begründen könne; erforderlich sei jedoch, dass diese Positionen (zunächst) einen umwandlungsfähigen Unterlassungsanspruch begründen, wie es für die Freiheitsrechte typisch sei. Welche Positionen dies im Einzelnen sein sollen, lässt er ausdrücklich offen (*Weyreuther*, Gutachten, B 95).

¹⁹⁵⁴ *Erichsen*, VerwArch. 63 [1972], 217, 220 f.; *Rupp*, JA 1979, 506, 509; *Hoffmann-Becking*, JuS 1972, 509, 511; *Redeker*, DÖV 1987, 194, 197; *Spanner*, DVBl. 1968, 618, 620.

¹⁹⁵⁵ *Erichsen*, VerwArch. 63 [1972], 221.

chen Unterlassungsansprüche in zivilrechtliche (Folgen-) Beseitigungsansprüche gerechtfertigt hat.¹⁹⁵⁶ Die Frage nach dem Anspruchsgrund des Folgenbeseitigungsanspruchs wird insofern nur von der – ähnlich unergiebigem – Frage nach dem Umwandlungsgrund des Unterlassungsanspruchs abgelöst.¹⁹⁵⁷ Solange der eigentliche Umwandlungsgrund nicht geklärt ist, ist auch nicht ausgeschlossen, dass auch bei anderen Ansprüchen eine entsprechende Umwandlung erfolgen könnte.

(4) *Ableitung analog §§ 1004, 862, 12 BGB*

Eine andere Begründung stützt den Folgenbeseitigungsanspruch auf eine Gesamtanalogie zu den zivilrechtlichen Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen aus §§ 1004, 862, 12 BGB.¹⁹⁵⁸ Historisch begründet wurde diese Ansicht durch *Bettermann*.¹⁹⁵⁹ Danach sei es planwidrig, dass absolute öffentliche Rechte nicht in dem Umfang durch Unterlassungs-, Beseitigungs- und Wiederherstellungsansprüche geschützt seien, wie dies für absolute zivilrechtliche Positionen kodifiziert sei.¹⁹⁶⁰ Zum Schutz dieser öffentlich-rechtlichen Rechtspositionen (insbesondere Grundrechte) müsse daher analog §§ 1004, 862, 12 BGB ein entsprechender öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch anerkannt werden.¹⁹⁶¹ Dieser Unterlassungsanspruch könne sich im Fall seiner Missachtung in einen Anspruch auf Folgenbeseitigung umwandeln.¹⁹⁶² Nur so könne ein umfassender Schutz absoluter Rechtspositionen erreicht werden. Die ausgedehnte Anwendung und Umwandlung selbst gebiete – wie bereits das Reichsgericht für die zivilrechtlichen Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche formuliert hat¹⁹⁶³ – das „*Gebot der Gerechtigkeit*“.¹⁹⁶⁴ Tatbestand und Rechtsfolgen der öffentlich-rechtlichen Ansprüche auf Unterlas-

¹⁹⁵⁶ RG, Urt. v. 5.6.1935 – II 332/34 = RGZ 148, 123; RG, Urt. v. 6.3.1940 – VI 176/39 = RGZ 163, 210.

¹⁹⁵⁷ *Rupp*, JA 1979, 506, 509.

¹⁹⁵⁸ Etwa: OVG NRW, Urt. v. 21.7.1976 – XIII A 1320/75 = NJW 1977, 597; Bayerischer VGH, Urt. v. 15.5.1990 – 8 B 86.558 = NVwZ-RR 1991, 57, 58; *Schleeh*, AöR 92 [1967], 58, 67, 75 Fn. 73, 76 ff.; *Groß*, DVBl. 1981, 247, 248; *Ule/Fittschen*, JZ 1965, 315, 315; *Haug*, DÖV 1967, 86, 90 f.; wohl auch: *Broß*, VerwArch. 76 [1985], 217, 227 ff.; differenzierend: *Hoffmann-Becking*, JuS 1972, 509, 512 f.

¹⁹⁵⁹ *Bettermann*, DÖV 1955, 528, 534 ff.

¹⁹⁶⁰ *Bettermann*, DÖV 1955, 528, 534 f.

¹⁹⁶¹ Vgl. *Bettermann*, DÖV 1955, 528, 535; *Ule/Fittschen*, JZ 1965, 315, 315.

¹⁹⁶² *Bettermann*, DÖV 1955, 528, 535.

¹⁹⁶³ Vgl. RG, Urt. v. 5.6.1935 – II 332/34 = RGZ 148, 123; RG, Urt. v. 6.3.1940 – VI 176/39 = RGZ 163, 210.

¹⁹⁶⁴ *Bettermann*, DÖV 1955, 528, 535; vgl. auch: *Erichsen*, VerwArch. 63 [1972], 221, 221 f.

sung/Folgenbeseitigung orientieren sich nach dieser Ansicht ebenfalls an Ansprüchen der §§ 1004, 862, 12 BGB.¹⁹⁶⁵

Auch dieser Ableitung ist inhaltlich widersprochen worden.¹⁹⁶⁶ Inwiefern diese Kritik gegen die Ableitung eines Folgenbeseitigungsanspruchs analog §§ 1004, 862, 12 BGB überzeugend ist, soll an dieser Stelle dahingestellt bleiben.¹⁹⁶⁷ Die Ableitung eines Herstellungsanspruchs kann nämlich keinesfalls aus einer Analogie zu §§ 1004, 862, 12 BGB begründet werden. Neben der bereits aufgeworfenen Frage, ob in den Herstellungsfällen überhaupt ein Eingriff in absolutes öffentliches Recht (insbesondere ein Grundrecht) gegeben ist, weil der Herstellungsanspruch überwiegend die Beeinträchtigung von einfachgesetzlichen Gestaltungs- und Leistungsrechten ausgleichen soll, bietet insbesondere die auf reine Wiederherstellung (des status quo ante) gerichtete Rechtsfolge eines analog §§ 1004, 862, 12 BGB begründeten Anspruchs keinen ausreichenden rechtlichen Ansatzpunkt, um eine auf (sozialrechtliche) Naturalrestitution ausgerichtete Rechtsfolge des Herstellungsanspruchs überzeugend herzuleiten. Schließlich soll der Herstellungsanspruch insbesondere auch zu der erstmaligen Einräumung einer vorteilhaften Rechtsposition führen können. Eine Ableitung analog §§ 1004, 862, 12 BGB stellt insofern *die* Ableitung eines Folgenbeseitigungsanspruchs dar, die eine Ableitung des Herstellungsanspruchs vollständig aus dem Prinzip der Folgenbeseitigung ausschließen würde.

(5) *Kombinationen aus verschiedenen Ansätzen*

Während anfangs in der Entwicklung des Folgenbeseitigungsanspruchs die einzelnen Ableitungsversuche wie unversöhnliche Alternativen diskutiert wurden, befürworten inzwischen andere Stimmen eine kumulative Begründung des Folgenbeseitigungsanspruchs, nach der die jeweiligen Schwächen der einzelnen

¹⁹⁶⁵ Die §§ 1004, 862, 12 BGB erfordern übereinstimmend die widerrechtliche Störung eines (bestimmten) absoluten Rechts durch zurechenbares Verhalten des Störers. Die Störung muss dabei nicht verschuldet sein. Geschuldet sei nur die Wiederherstellung des status quo ante (*Bettermann*, DÖV 1955, 528, 535; *Schleeh*, AöR 92 [1967], 58, 79 f.), die nach allen Ansichten ein Minus gegenüber der zivilrechtlichen Naturalrestitutionspflicht des § 249 I BGB darstellt (vgl. *Katzenstein*, AcP 211 [2011], 58, 62 f., 70 ff.; *Gursky*, in: Staudinger, § 1004 BGB, Rn. 137 ff.; *Baldus*, in: MüKo BGB, § 1004 BGB, Rn. 103 ff.; *Baur/Stürner*, SachenR, § 12, Rn. 20 f. jeweils m.w.N. zu den verschiedenen Ansichten).

¹⁹⁶⁶ Kritisch etwa: *Schoch*, JURA 1993, 478, 480; *Schenke*, JuS 1990, 370, 372; *Schloer*, JA 1992, 39, 41; *Schneider*, Folgenbeseitigung, S. 40 f.

¹⁹⁶⁷ Vgl. zu diesen Kritikpunkten: *Pietzko*, FBA, S. 120 ff.

Ansätze durch die Stärken der anderen Ansätze ausgeglichen werden sollen.¹⁹⁶⁸ Die Grundlage des Folgenbeseitigungsanspruchs wird vielfach in einer Zusammenschau von Rechtsstaatsprinzip (insbesondere Art. 20 III, 34 GG) und den Freiheitsgrundrechten des Bürgers gesehen.¹⁹⁶⁹ Beide Ansätze würden sich inhaltlich nicht erheblich unterscheiden, sondern gleichermaßen ein Verbot rechtswidriger Belastungen des Bürgers durch Verwaltungsverhalten und daraus hervorgehender Beseitigungspflichten der Verwaltung begründen.¹⁹⁷⁰ So könnte der grundrechtliche Gesetzesvorbehalt bspw. als eine Subjektivierung des rechtsstaatlichen Gesetzesvorbehaltes verstanden werden.¹⁹⁷¹ Teilweise wird auch ein gestuftes Verhältnis der unterschiedlichen Ableitungen befürwortet, wonach auf Art. 20 III GG nur dann ergänzend zurückzugreifen sei, falls ein Folgenbeseitigungsanspruch nicht bereits aus den Grundrechten abgeleitet werden könne¹⁹⁷² – andere Autoren sehen das Verhältnis genau anders herum¹⁹⁷³.

Da jede Ableitung unmittelbar aus der Verfassung allerdings dem Vorwurf einer inhaltlichen Unbestimmtheit des Folgenbeseitigungsanspruchs ausgesetzt bleibt,¹⁹⁷⁴ wollen andere Stimmen dem Folgenbeseitigungsanspruch unter Rückgriff auf das einfache Recht weitere Konturen verleihen. In diesem Zusammenhang wird wiederholt die Einschätzung vertreten, dass ein Anspruch auf Folgenbeseitigung zwar aus dem Rechtsstaatsprinzip oder den Grundrech-

¹⁹⁶⁸ Die rechtsdogmatische Zulässigkeit einer derart kombinierten Argumentation mit verschiedenen Begründungselementen ist nicht zu bezweifeln. Falls jeweils allein weder aus Norm A noch aus Norm B der Rückschluss C gezogen werden kann, bedeutet dies nicht, dass sich der Rückschluss C nicht aus der Zusammenschau der Normen A und B ergeben kann. Schließlich werden keine Einzelnormen isoliert voneinander auf den zu entscheidenden Einzelfall angewandt, sondern die vollständige Gesamtrechtsordnung – also auch gleichermaßen die Normen A und B.

¹⁹⁶⁹ Etwa: Bayerischer VGH, Urt. v. 8.5.2008 – 22 B 06.3184; VG München, Urt. v. 12.5.2009 – M 2 K 08.1141; OVG Niedersachsen, Urt. v. 13.11.1991 – 2 OVG A 148/88; VG Düsseldorf, Urt. v. 15.11.2004 – 4 K 3384/02; *Schloer*, JA 1992, 39, 40; *Maaß*, BayVBl. 1987, 520, 524; *Bachof*, DÖV 1971, 859, 859 f.; *Sommermann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck [Hg.], Art. 20 GG, Rn. 271, 325; *Sproll*, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, StHR, § 12, Rn. 23 f.; *Enders*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle [Hg.], GrdVwR, Bd. III, § 53, Rn. 82 f.

¹⁹⁷⁰ Vgl. BVerwG, Urt. v. 25.8.1971 – IV C 23/69 = NJW 1972, 269, 269 f.; *Sproll*, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, StHR, § 12, Rn. 24.

¹⁹⁷¹ *Bachof*, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Vorwort, S. XIV; *Maaß*, BayVBl. 1987, 520, 524.

¹⁹⁷² *Sproll*, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, StHR, § 12, Rn. 23 f.

¹⁹⁷³ Vgl. *Fiedler*, NVwZ 1986, 969, 971.

¹⁹⁷⁴ Vgl. *Spanner*, DVBl. 1968, 618, 620; *Brugger*, JuS 1999, 625, 628 ff.

ten folge, aber die konkrete Ausgestaltung dieses Anspruchs auf der Ebene des einfachen Rechts liege.¹⁹⁷⁵

Im Sinne dieser Ableitung stehen die Grundlegungsversuche *Pietzkos* und *Bruggers*. Sie sehen eine Reaktionspflicht des Staates bzgl. rechtswidrigen Verwaltungsverhaltens als grds. in den grundrechtlichen Gewährleistungen mitenthalten an; allerdings sind diese Vorschriften zu allgemein/unbestimmt, um aus ihnen allein bereits einen konkreten Folgenbeseitigungsanspruch abzuleiten.¹⁹⁷⁶ Dessen Tatbestandsvoraussetzungen, Rechtsfolgen und Ausschlussgründe sollen daher erst anhand der einfach-gesetzlichen Normierungen des Gesetzgebers entwickelt werden, um auf diese Weise eine nach der Gesamtrechtsordnung zulässige/geforderte widerspruchsfreie Ausgestaltung des richterrechtlichen Rechtsinstituts zu erreichen. Hierbei werden vergleichbare gesetzliche Regelungen zu Beseitigungsansprüchen (bspw. §§ 1004, 862, 12 BGB) zur näheren Ausgestaltung des Folgenbeseitigungsanspruchs analog herangezogen bzw. entsprechend der Besonderheiten des öffentlichen Rechts modifiziert. Grundlage des Folgenbeseitigungsanspruchs sind somit das Rechtsstaatsprinzip bzw. die Freiheitsrechte i.V.m. einer Analogie zu §§ 1004, 862, 12 BGB.¹⁹⁷⁷

Sofern das subjektive Recht, in das i.S.d. Folgenbeseitigungsanspruch eingegriffen wird, kein Grundrecht sein sollte, kann allerdings die allgemeine staatliche Reaktionspflicht nicht aus den Grundrechten abgeleitet werden. Bei einfach-gesetzlichen subjektiven Rechten soll dann ersatzweise bereits die Restitutionspflicht – nicht erst ihre Ausgestaltung – aus den §§ 1004, 862, 12 BGB hergeleitet werden.¹⁹⁷⁸

Für die Ableitung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs ergeben sich aus diesen Kombinationen unmittelbar keine neuen/weitergehenden Argumente, da sie Wertungswidersprüche im Hinblick auf einen Folgenbeseitigungsanspruch ausgleichen wollen und nicht auf die Begründung eines Herstellungsanspruchs abzielen. Diese Begründungsversuche sind ihrerseits dadurch geprägt, dass in Anschauung der (Gesamt-) Rechtsordnung die in dieser Ableitungsfrage richtigen Wertungen herangezogen werden. Sofern daher für einen auf Wiederherstellung des status quo ante gerichteten verschuldensunabhängigen Folgenbeseitigungsanspruch die §§ 1004, 862, 12 BGB genutzt werden, schließt dies nicht aus, dass ein Herstellungsanspruch durch andere gesetzliche Wertungen

¹⁹⁷⁵ Vgl. *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 366; *Ossenbühl*, DVBl. 1994, 977, 977 f.; *Wallerath*, DÖV 1987, 505, 513 ff.; *Schneider*, Folgenbeseitigung, S. 79 f.; *Fiedler*, NVwZ 1986, 969, 971 ff.; *Papier*, JuS 1975, 184, 186; *Ipsen*, AllgVerwR, Rn. 1340; *Brugger*, JuS 1999, 625, 630; *Müller-Grune*, Treu und Glauben im VerwR, S. 166; in Ansätzen auch: BVerfG, Beschl. v. 19.10.1982 – 2 BvF 1/81 = BVerfGE 61, 149, 202 f.; BVerwG, Urt. v. 19.7.1984 – 3 C 81/82 = BVerwGE 69, 366, 370; *Haas*, Entschädigungspflichten, S. 63 f.

¹⁹⁷⁶ *Pietzko*, FBA, S. 119 ff.; *Brugger*, JuS 1999, 625, 630.

¹⁹⁷⁷ *Pietzko*, FBA, S. 119 ff.; *Brugger*, JuS 1999, 625, 630 ff.

¹⁹⁷⁸ *Pietzko*, FBA, S. 145 f.; unklar hingegen, woraus der Anspruch im Einzelnen dann folgen soll: *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 374 f.

(insbesondere sozialrechtliche Wertungen) gerechtfertigt werden kann. Genau genommen bestärkt dieser Umstand eine solche Annahme sogar. Die §§ 1004, 862, 12 BGB sind so betrachtet nämlich lediglich ein Ergebnis der erfolgreichen Suche nach passenden rechtlichen Wertungen für den Folgenbeseitigungsanspruch.

Die kombinierten Ableitungsversuche legen zudem eine Unterscheidung zwischen einem einfach-gesetzlichen allgemeinen Folgenbeseitigungsanspruch und einem verfassungsrechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch nahe,¹⁹⁷⁹ die für die weitere Ableitung eines Herstellungsanspruchs mitbedacht werden kann. So wird allgemein davon ausgegangen, dass die Grundrechte i.S.e. status negativus neben dem Unterlassen verfassungswidriger Eingriffe auch zur Beseitigung der Folgen verfassungswidriger Eingriffe verpflichten.¹⁹⁸⁰ Wenn eine Beseitigung verfassungsrechtlich gefordert sein sollte, muss sich auch dieser Beseitigungsanspruch unmittelbar aus den Grundrechten ergeben (grundrechtlicher Folgenbeseitigungsanspruch). Schließlich kann kaum davon ausgegangen werden, dass die Grundrechte einen Eingriff zwar als verfassungswidrig kennzeichnen, aber dem Betroffenen nicht auch die Berechtigung verfassungsrechtlich zugestehen sollen, dessen Beseitigung durchzusetzen. Dieser Anspruch steht dem Betroffenen im Falle einer Grundrechtsverletzung also verfassungsrechtlich zu. Ggf. muss dieser Anspruch – wie die anderen grundrechtlichen Gewährleistungen – auch mit der Verfassungsbeschwerde beim BVerfG einklagbar sein. Ein solcher Anspruch darf allerdings nicht mit dem allgemeinen öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch gleichgesetzt werden, der bereits auf einfach-gesetzlicher Ebene eine Folgenbeseitigungspflicht bei der Beeinträchtigung subjektiver Rechte des Bürgers begründet; und der nur unmittelbare Nachteile i.S.e. status quo ante ausgleicht, analog §§ 194 ff. BGB verjährt, gegenüber §§ 48, 49 VwVfG subsidiär ist und auch durch Eingriffe in reine einfach-gesetzlich begründete subjektive Rechte des Bürgers – oder ggf. sogar eines Hoheitsträgers¹⁹⁸¹ – ausgelöst wird. Anders als ein grundrechtlicher Beseitigungsanspruch ist dieser einfach-gesetzliche Folgenbeseitigungsanspruch im Sinne eines lückenschließenden richterrechtlichen Rechtsinstituts unmittelbar den Wertentscheidungen des einfachen Rechts unterworfen, das er ergänzt. Er ist nur vor den jeweils zuständigen Fachgerichten einklagbar; nicht mit der Verfassungsbeschwerde beim BVerfG. Die Tatsache, dass dieser einfach-gesetzliche Anspruch auch (vorrangig) Grundrechte schützt, erhebt diesen Anspruch nicht unmittelbar zu einem verfassungs-

¹⁹⁷⁹ Vgl. zu dieser Unterscheidung: *Fiedler*, NVwZ 1986, 969, 971 ff.; wohl auch: *Sachs*, VerfR II, A4, Rn. 15; *Schneider*, Folgenbeseitigung, S. 81 f. („*Der Folgenbeseitigungsanspruch ist – wie auch der Unterlassungsanspruch – nicht mit dem verletzten Recht identisch, kann also nicht unmittelbar aus den Freiheitsgrundrechten abgeleitet werden.*“); *Heintzen*, VerwArch. 81 [1990], 532, 535 f.; unklar: *Bleckmann*, StaatsR II, § 11, Rn. 23.

¹⁹⁸⁰ Etwa: BVerfG, Beschl. v. 12.11.1974 – 1 BvR 32/68 = BVerfGE 38, 175, 179 ff.; *Sachs*, VerfR II, A4, Rn. 15; *Bleckmann*, StaatsR II, § 11, Rn. 21 ff.; *Jarass*, in: Merten/Papier [Hg.], HbdGR, Bd. II, § 38, Rn. 16; *Hufen*, StaatsR II, § 5, Rn. 4; *Pieroth/Schlink*, GR, Rn. 76.

¹⁹⁸¹ So: *Sproll*, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, StHR, § 12, Rn. 65; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 146.

rechtlichen Anspruch.¹⁹⁸² Denn es kann verfassungsrechtlich geboten sein, dass ein entsprechendes einfaches Gesetz oder eine Rechtsfortbildung geschaffen wird, ohne dass dies dazu führt, dass allein deshalb diese Regelung selbst in der Normenhierarchie schon der Verfassungsebene zugerechnet wird.¹⁹⁸³

Das Verhältnis von einfach-gesetzlichem und verfassungsrechtlichem Folgenbeseitigungsanspruch ist nicht abschließend geklärt. Oftmals wird in der (grundrechtlichen) Argumentation die Existenz des einfach-gesetzlichen Folgenbeseitigungsanspruchs mit der eines grundrechtlichen Folgenbeseitigungsanspruchs gleichgesetzt bzw. dieser aus der verfassungsrechtlichen Folgenbeseitigungspflicht gefolgert. Tatsächlich ist jedoch auch ein eigenständiger Gehalt beider Ansprüche denkbar. Verfassungsrechtlich garantiert ist nur eine relativ unbestimmte Folgenbeseitigungspflicht, die dem einfachen Gesetzgeber einen weiten Spielraum lässt. Einfach-gesetzlich kann eine Folgenbeseitigungspflicht diesen Mindeststandard überschreiten/ausgestalten, damit sie stimmig im Hinblick auf die Gesamtrechtsordnung erfolgt – diese einfach-gesetzliche Ausgestaltung der Folgenbeseitigung darf jedoch nicht selbst als verfassungsrechtlich garantiert betrachtet werden. Der einfach-gesetzliche Folgenbeseitigungsanspruch ist also i.S.d. einfachen Rechts wandelbar und dem Zugriff des Gesetzgebers ausgesetzt. Der verfassungsrechtliche Folgenbeseitigungsanspruch ist dies nicht; er steht allenfalls zur Disposition des Verfassungsgesetzgebers. Vollumfängliche Schlüsse von einer Restitutionspflicht der Verfassungsebene auf eine Ausgestaltung der einfach-gesetzlichen Ebene sind nicht rechtlich logisch zwingend, sondern eine „*Verwechslung der verschiedenen Diskussionsebenen*“¹⁹⁸⁴. Bei dem Folgenbeseitigungsanspruch handelt es sich allenfalls um eine einfach-gesetzliche Rechtsfortbildung unter Rückgriff auf den grundrechtlichen/verfassungsrechtlichen Restitutionsanspruch.

(6) Zwischenergebnis

Allein mit dem Hinweis auf den Folgenbeseitigungsanspruch ist damit noch keine Begründung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs erbracht. Zwar

¹⁹⁸² Insbesondere im öffentlichen Recht kann eine einfach-gesetzliche Vorschrift verfassungsrechtlich/grundrechtlich gefordert sein, ohne dass sie deshalb bereits in den Verfassungsrang erhoben werden würde. Diese Feststellung gilt auch für die Ausbildung von Richterrecht des Staatshaftungsrechts – auch dieses ist nicht wegen eines verfassungsrechtlichen Bezugspunktes bereits dem Verfassungsrecht zuzuordnen, sondern bleibt einfaches Recht; vgl. *Ipsen*, AllgVerwR, Rn. 1340, Fn. 9 („*Die Parallele zur Parlamentsgesetzgebung liegt auf der Hand. Auch wenn das Parlament ein verfassungsrechtlich notwendiges Gesetz erlässt, hat dieses nicht Verfassungsrang.*“); *Papier*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 34 GG, Rn. 40. Dieses Ergebnis gilt über das öffentliche Recht hinaus. Bspw. wird im Hinblick auf Art. 1 I, 2 I GG auch ein deliktischer Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts über § 823 I BGB (sonstiges Recht) anerkannt, ohne dass die einfach-gesetzliche Regelung des § 823 I BGB dadurch in ihrer konkreten Form in Verfassungsrecht wandeln würde.

¹⁹⁸³ *Ipsen*, AllgVerwR, Rn. 1340; *Papier*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 34 GG, Rn. 40.

¹⁹⁸⁴ *Fiedler*, NVwZ 1986, 969, 971.

zeigen die Ableitungsgrundlagen des Folgenbeseitigungsanspruchs wichtige Elemente auf, die auch für die Ableitung eines Herstellungsanspruchs ausbaufähig erscheinen, aber bei einer genaueren kritischen Betrachtung rechtfertigen diese vergleichsweise allgemeinen/offenen Wertungen nicht die rechtsdogmatische Notwendigkeit der Begründung eines konkreten Anspruchs auf Herstellung. Aus ihnen ist – zumindest allein – nicht erklärbar, warum es rechtlich zwingend notwendig sein soll, dass insbesondere bei der Verletzung eines Betreuungsanspruchs ein Anspruch gerade auf Herstellung des Zustandes entstehen soll, der heute ohne die Fehlbetreuung bestehen soll. Die Begründung eines solchen Anspruchs erscheint im Hinblick auf diese Wertungen zwar oftmals möglich, aber eben nicht rechtlich notwendig, wie es für eine richterliche Rechtsfortbildung erforderlich wäre.

Allerdings ist festzuhalten, dass dieselbe Kritik, die gegen eine Ableitung des Herstellungsanspruchs vorgebracht wird, bei unvoreingenommener Betrachtung nahezu unverändert auch auf den Folgenbeseitigungsanspruch selbst übertragen werden könnte. Auch die Begründung dieses Restitutionsanspruchs in seiner konkreten Form erscheint allein aus der Gerechtigkeit, dem Rechtsstaatsprinzip oder den Grundrechten kaum möglich. So bleibt etwa bei einer grundrechtlichen Ableitung der eigentliche Rechtsgrund für die Transformation des grundrechtlichen Unterlassungsanspruchs in diesen konkreten (einfachrechtlichen) Leistungsanspruch auf Beseitigung nicht vollständig logisch nachweisbar.¹⁹⁸⁵ Sofern für diese Begründung letztlich allein auf die zugrunde liegenden Wertungen abgestellt werden muss,¹⁹⁸⁶ schließt dies keineswegs aus, dass andere Wertungen existieren, die ggf. auch die Ableitung eines Herstellungsanspruchs rechtfertigen könnten.

b) Ableitung aus dem Sozialstaatsprinzip

Das BSG hat bislang keine Ableitungsversuche aus dem Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes (Art. 20 I, 28 I 1 GG) unternommen. Nach Ansicht des BVerfG diene der verfassungsrechtlich nicht zu beanstandende sozialrechtliche Herstellungsanspruch jedoch „*der Wahrung des Sozialstaatsprinzips*.“¹⁹⁸⁷ Das

¹⁹⁸⁵ Erichsen, VerwArch. 63 [1972], 217, 220 f.; Rupp, JA 1979, 506, 509; Hoffmann-Becking, JuS 1972, 509, 511; Redeker, DÖV 1987, 194, 197; Spanner, DVBl. 1968, 618, 620.

¹⁹⁸⁶ Statt vieler: Schoch, VerwArch. 79 [1988], 1, 35 f.

¹⁹⁸⁷ BVerfG, Beschl. v. 10.5.1988 – BvL 8/82 = BVerfGE 78, 165, 178; vgl. auch: BVerfG, Beschl. v. 22.7.2009 – 1 BvL 9/07; VG Bremen, Urt. v. 29.6.1995 – 2 A 463/93 = NVwZ-RR 1996, 272, 272 f.

BVerfG spricht den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch allerdings nur im Rahmen einer unzulässigen willkürlichen einfachen Rechtsanwendung durch die (Sozial-) Gerichte an; ohne diesen Anspruch damit über andere einfachgesetzliche Bindungen dieser Gerichte in einen Verfassungsrang zu erheben.¹⁹⁸⁸ Es geht daher nicht um die Begründung eines Herstellungsanspruchs als unmittelbarem Inhalt des verfassungsrechtlichen Sozialstaatsprinzips, sondern um die Frage, ob eine entsprechende Bindung im Wege der Rechtsfortbildung unter Rückgriff auf den Verpflichtungsgehalt des Sozialstaatsprinzips entwickelt werden kann. Dies scheint bei einem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch so nahezuliegen, dass in der Literatur teilweise mit Unverständnis darauf reagiert wird, dass das BSG diese Ableitungsmöglichkeit bislang nicht genutzt hat.¹⁹⁸⁹ Soweit ersichtlich hat lediglich *Bogs* für die Ableitung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs ausdrücklich auch auf das Sozialstaatsprinzip Bezug genommen, ohne hieraus allein schon den Herstellungsanspruch abzuleiten.¹⁹⁹⁰

Tatsächlich ist es rechtsdogmatisch sogar begrüßenswert, dass das BSG und der überwiegende Anteil der Literaturmeinungen den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch nicht aus dem Sozialstaatsprinzip ableiten. Inhaltlich können nämlich dieselben Einwände erhoben werden, die bereits gegen eine Ableitung aus dem Rechtsstaatsprinzip angeführt wurden:¹⁹⁹¹ Das Sozialstaatsprinzip begründet lediglich eine objektiv-rechtliche Verpflichtung¹⁹⁹² und bleibt inhaltlich zu unbestimmt,¹⁹⁹³ um daraus konkrete rechtliche Schlussfolgerungen oder einen konkreten Anspruchsinhalt abzuleiten. Das Sozialstaatsprinzip verpflichtet den Staat zur Schaffung sozialer Gerechtigkeit; wie diese im Einzelnen ausgestaltet wird, steht jedoch zu großen Teilen im Spielraum des einfachen Gesetzgebers.¹⁹⁹⁴ Das Sozialstaatsprinzip lässt es deshalb zu, dass das einfache Recht

¹⁹⁸⁸ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.5.1988 – BvL 8/82 = BVerfGE 78, 165, 178; BVerfG, Beschl. v. 22.7.2009 – 1 BvL 9/07.

¹⁹⁸⁹ Vgl. *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR I, § 52, Rn. 42.

¹⁹⁹⁰ *Bogs*, in: Zacher [Hg.], FS zum 25jährigen Bestehen des BSG, Bd. I, S. 149, 161 f.; vorsichtiger in diese Richtung gehend auch: *Olbertz*, S. 164.

¹⁹⁹¹ Vgl. Kap. 2 B.II.3.a.bb. (2).

¹⁹⁹² *Maurer*, StaatsR, § 8, Rn. 71; *Sachs*, in: Sachs [Hg.], Art. 20 GG, Rn. 50; *Papier*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 3 Rn. 8; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 20 GG, VIII, Rn. 28.

¹⁹⁹³ *Olbertz*, S. 155; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 20 GG, Rn. 113; *Sachs*, in: Sachs [Hg.], Art. 20 GG, Rn. 46 f.

¹⁹⁹⁴ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 9.2.1977 – 1 BvL 11/74 = BVerfGE 44, 70, 89; BVerfG, Beschl. v. 3.4.1979 – 1 BvL 30/76 = BVerfGE 51, 115, 125; BVerfG, Beschl. v. 13.1.1982 – 1 BvR 848/77 = BVerfGE 59, 231, 262 f. („*Das Sozialstaatsprinzip stellt also dem Staat eine Aufgabe, sagt aber nichts darüber, wie diese Aufgabe im einzelnen zu verwirklichen ist – wäre es anders, dann würde das Prinzip mit dem Prinzip der Demokra-*

zu weiten Teilen seine eigenen sozialpolitischen Entscheidungen trifft und verwirklicht.¹⁹⁹⁵ Insofern ist es grds. nicht als Verstoß gegen das Sozialstaatsprinzip zu sehen, wenn der Gesetzgeber den Eintritt sozialrechtlicher Vorteile mit bestimmten Tatbestandsvoraussetzungen verbindet bzw. auch sozialrechtliche Nachteile formuliert. Sofern sich die Verwaltung in den Herstellungsfällen auf eine entsprechende gesetzliche Vorschrift berufen kann, die einen sozialrechtlichen Nachteil für den Bürger begründet, ist darin regelmäßig keine Verletzung des Sozialstaatsprinzips zu sehen.¹⁹⁹⁶ Das Sozialstaatsprinzip ist auch dann nicht korrigierend heranzuziehen, falls eine gesetzgeberische Entscheidung den Einzelnen besonders hart und unbillig treffen sollte.¹⁹⁹⁷ Sofern die Verwaltung hingegen die Begründung eines sozialrechtlichen Nachteils nicht auf eine entsprechende gesetzliche Entscheidung stützen kann, wendet sie bereits das einfache Recht fehlerhaft an – ohne dass es eines Rückgriffs auf das Sozialstaatsprinzip bedarf. Nicht für den einfachen Gesetzgeber disponibel ist die sozialstaatliche Pflicht, dem Bürger zumindest das Existenzminimum zu

tie in Widerspruch geraten: Die demokratische Ordnung des Grundgesetzes würde als Ordnung eines freien politischen Prozesses entscheidend eingeschränkt und verkürzt, wenn der politischen Willensbildung eine so und nicht anders einzulösende verfassungsrechtliche Verpflichtung vorgegeben wäre.“); BVerfG, Beschl. v. 19.10.1983 – 2 BvR 485/80 = BVerfGE 65, 182, 193; BVerfG, Beschl. v. 16.7.1985 – 1 BvL 5/80 = BVerfGE 69, 272, 314; BVerfG, Beschl. v. 8.10.1985 – 1 BvL 17/83 = BVerfGE 70, 278, 288; BVerfG, Beschl. v. 22.10.1985 – 1 BvL 2/82 = BVerfGE 71, 66, 80; BVerfG, Beschl. v. 27.1.1998 – 1 BvL 15/87 = BVerfGE 97, 169, 185; BVerfG, Beschl. v. 3.4.2001 – 1 BvR 1681/94 = BVerfGE 103, 271, 288; BVerfG, Beschl. v. 8.6.2004 – 2 BvL 5/00 = BVerfGE 110, 412, 445; Maurer, StaatsR, § 8, Rn. 68 f., 72 ff., 76; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 20 GG, Rn. 113, 119, 125; Grzeszick, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 20 GG, VIII, Rn. 22 f.; Kokemoor, SozR, Rn. 25; Waltermann, SozR, Rn. 13; Igl/Welti, SozR, § 5, Rn. 7 ff.; Sachs, in: Sachs [Hg.], Art. 20 GG, Rn. 46 ff.; Papier, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 3 Rn. 8; Gitter/Schmitt, SozR, § 3, Rn. 19.

¹⁹⁹⁵ Vgl. zu den historischen Hintergründen dieser inhaltlichen Zurückhaltung des Grundgesetzes: Maurer, StaatsR, § 8, Rn. 63 ff.; Igl/Welti, SozR, § 5, Rn. 1 ff.

¹⁹⁹⁶ Wenn das Sozialstaatsprinzip insofern noch nicht einmal den Bestand der gesetzlichen Rentenversicherung i.S.d. SGB VI garantiert (BVerfG, Beschl. v. 28.4.1999 – 1 BvL 32/95 = BVerfGE 100, 1, 39; Igl/Welti, SozR, § 5, Rn. 7, 28; Kokemoor, SozR, Rn. 25 m.w.N.), ist nicht ersichtlich, warum es bspw. gerade den Erhalt einer Rente aus diesem System konkret garantieren soll, welcher ggf. über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch verwirklicht wird. „Das Sozialstaatsprinzip wirkt nicht als Bestandsgarantie für individuelle Leistungsansprüche.“ (Waltermann, SozR, Rn. 13).

¹⁹⁹⁷ Etwa: BVerfG, Beschl. v. 11.6.1980 – 1 PBvU 1/79 = BVerfGE 54, 277, 296; BVerfG, Beschl. v. 27.1.1982 – 1 BvR 562/78 = BVerfGE 59, 287, 301; BVerfG, Beschl. v. 17.7.1984 – 1 BvL 24/83 = BVerfGE 67, 231, 239; BVerfG, Beschl. v. 16.7.1985 – 1 BvL 5/80 = BVerfGE 69, 272, 315; BVerfG, Beschl. v. 16.7.1985 – 1 BvL 5/80 = BVerfGE 69, 272, 315; BSG, Urt. v. 20.8.1986 – 8 RK 69/84 = BSGE 60, 189, 193; Maurer, StaatsR, § 8, Rn. 70; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 20 GG, Rn. 119, 126.

gewähren, wobei diese Pflicht i.V.m. Art. 1 I GG einen originären Leistungsanspruch des Einzelnen gegen den Staat auf Gewährung eines menschenwürdigen Existenzminimums begründet.¹⁹⁹⁸ Da in den Herstellungsfällen regelmäßig jedoch auch das Existenzminimum nicht allein über den Herstellungsanspruch verwirklicht werden kann, reicht auch dieser Anspruch – wie bereits dargestellt¹⁹⁹⁹ – rechtsdogmatisch nicht aus.

Vor diesem Hintergrund sind auch die eingangs zitierten Ausführungen des BVerfG zu interpretieren. Der Herstellungsanspruch entspricht sicherlich dem Sozialstaatsprinzip, wenn er sozialstaatliche Leistungen für den Bürger beanspruchbar macht/erhält, die ihrerseits das Sozialstaatsprinzip konkretisieren. Das bedeutet allerdings nicht, dass der Herstellungsanspruch auch sozialstaatlich gefordert ist, weil ohne diesen Anspruch das durch Art. 20 I, 28 I 1 GG geforderte Maß an sozialem Schutz unterschritten wäre. Vielmehr ist auch vor dem Sozialstaatsprinzip nicht zu beanstanden, dass dem Bürger seitens des Gesetzgebers keine/andere Sozialleistungen eingeräumt werden, solange dessen Existenzminimum gesichert ist. Missachtet werden allenfalls ggf. die einfachgesetzlichen Konkretisierungen des Sozialstaatsprinzips. Deshalb ist vorrangig auf einfach-gesetzlicher Ebene die Frage zu stellen, ob es mit dem Gesetz übereinstimmt bzw. diesem widerspricht, falls dem Bürger *dieselben* Leistungen über den Herstellungsanspruch erhalten bleiben.

Adolf hat diese Gedanken folgendermaßen formuliert: „Ist das Staatshaftungsrecht ‚ultima ratio des Rechtsstaats‘, so ist der Herstellungsanspruch ultima ratio des durch das Sozialgesetzbuch insoweit konkretisierten Sozialstaatsprinzips.“²⁰⁰⁰ Entgegen anders lautenden Interpretationen²⁰⁰¹ geht es ihm nicht darum, den Herstellungsanspruch unmittelbar aus dem Sozialstaatsprinzip zu rechtfertigen. Vielmehr bezieht er sich ausdrücklich auf die einfach-gesetzlichen Konkretisierungen des Sozialgesetzbuches – und damit auf

¹⁹⁹⁸ BVerfG, Beschl. v. 9.2.2010 – 1 BvL 1/09 = BVerfGE 125, 175, 222 ff.; BVerfG, Beschl. v. 29.5.1990 – 1 BvL 20/84 = BVerfGE 82, 60, 80 ff.; BVerwG, Urt. v. 24.6.1954 – V C 78/54 = BVerwGE 1, 159, 162; BVerwG, Urt. v. 3.4.1957 – V C 94/56 = BVerwGE 5, 27, 31; BVerwG, Urt. v. 14.3.1985 – 5 C 145/83 = BVerwGE 71, 139, 141; BSG, Urt. v. 22.1.1986 – 10 RKg 24/84 = NJW 1987, 463; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 1 GG, Rn. 15; Art. 20 GG, Rn. 124; *Manssen*, StaatsR II, § 3, Rn. 57; *Rüfner*, in: *Merten/Papier* [Hg.], HbdGR, Bd. II, § 40, Rn. 19 ff.; *Neumann*, NVwZ 1995, 426, 427 ff.; *Höfling*, in: *Sachs* [Hg.], Art. 1 GG, Rn. 31 f.; *Starck*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck* [Hg.], Art. 1 GG, Rn. 41; *Herdegen*, in: *Maunz/Dürig*, 73. EGL., Art. 1 GG, Rn. 121; *Hofmann*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke* [Hg.], Art. 20 GG, Rn. 29, 37; *Papier*, in: *von Maydell/Ruland/Becker* [Hg.], SRH, § 3, Rn. 9; *Schnath*, NZS 2010, 297 ff.; *Lenze*, NZS 2010, 534 ff.; *Ipsen*, StaatsR II, Rn. 239; *Waltermann*, SozR, Rn. 13; **a.A.** noch: BVerfG, Beschl. v. 19.12.1951 – 1 BvR 220/51 = BVerfGE 1, 97, 104 f.

¹⁹⁹⁹ Vgl. ausführlich hierzu: Kap. 2 B.II.3.a.bb. (3) (aa).

²⁰⁰⁰ *Adolf*, Herstellungsanspruch, S. 216.

²⁰⁰¹ Vgl. *Olbertz*, S. 40.

das einfache Recht. Der Herstellungsanspruch verwirkliche allenfalls „*die Erreichung des Gesetzeszweckes*“²⁰⁰², den der Gesetzgeber mit dem einfachen Recht verfolgt und festlegt. Der Herstellungsanspruch setzt insofern nicht zur Restitution des allgemeinen verfassungsrechtlichen Sozialstaatsprinzips an (das dem Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum lässt), sondern restituiert das einfach-gesetzliche (konkretisierte) „*Sozialstaatsprinzip*“ des Sozialgesetzbuches.

c) Ableitung aus dem Verbot des *venire factum proprium* (§§ 242, 162 BGB analog) und Vertrauensschutz

Der Rückgriff auf §§ 242, 162 BGB analog (insbesondere i.S.e. *venire contra factum proprium*) hat sich als zweite Grundlinie in der Begründung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs etablieren können.²⁰⁰³ Selbst wenn diese Begründung vereinzelt als unergiebig kritisiert wurde,²⁰⁰⁴ wird sie nach wie vor aufrechterhalten.²⁰⁰⁵ Wie bereits herausgearbeitet wurde, können für einen Herstellungsfall mit beiden Instituten – unter vergleichbaren Voraussetzungen und Ausschlussgründen – vergleichbare Ergebnisse erzielt werden.²⁰⁰⁶ Insbesondere bei Betreuungspflichtverletzungen erzielen auch die Verwaltungsgerichte ana-

²⁰⁰² *Adolf*, Herstellungsanspruch, S. 216; in diesem Sinne auch: *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 164.

²⁰⁰³ BSG, Urt. v. 17.11.1970 – 1 RA 233/68 = BSGE 32, 60, 62 f.; BSG, Urt. v. 23.3.1972 – 5 RJ 63/70 = BSGE 34, 124, 127; BSG, Urt. v. 25.3.1976 – 12/7 RAr 135/74 = BSGE 41, 260, 262.

²⁰⁰⁴ BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 80.

²⁰⁰⁵ Etwa: BSG, Urt. v. 22.11.1979 – 8b RKg 3/79 = BSGE 49, 154, 156; BSG, Urt. v. 13.12.1984 – 11 RA 68/83 = BSGE 57, 288, 290; BSG, Urt. v. 28.10.1981 – 12 RK 61/80 = SozR 5070 § 10 Nr. 19; *Rüfner*, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 13 SGB I, Rn. 12; *Hertwig*, Verwaltungsrechtsverhältnis der Mitgliedschaft, S. 214 ff.; *ders.*, JA 1986, 388, 389.

²⁰⁰⁶ Vgl. hierzu ausführlich: Kap. 1 E.II.2.d. Bereits widerlegt wurde dabei die Vorstellung, dass lediglich der Teil der Herstellungsansprüche genauso analog §§ 242, 162 BGB gelöst werden könnte, in dem einem Verwaltungsträger zur sozialrechtlichen Naturalrestitution des Bürgers eine Einwendung/Einrede abgeschnitten werden muss (in diesem Sinne: *Bieback*, SGB 1990, 517, 520; wohl auch: *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6, Rn. 70; unklar hingegen: *Schmidt-De Caluwe*, S. 241 ff., 411). Tatsächlich wirkt auch der Einwand analog §§ 242, 162 BGB anspruchsbegründend (zumindest) hinsichtlich der treuwidrig vereitelten Primärrechte, so dass der Einwand analog §§ 242, 162 BGB nicht nur destruktiv Einwendungen oder Einreden des Verwaltungsträgers gegen Primärrechte ausschließen kann. Auch die vielfach vertretene Vorstellung, dass der Herstellungsanspruch in seiner Rechtsfolge weiter reiche und damit Rechtsfolgen begründen könne, die über §§ 242, 162 BGB nicht beanspruchbar wären (etwa: *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 163 f.; *ders.*, SGB 1990, 517, 520; *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6, Rn. 70; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 621; *Wallerath*, DÖV 1987, 505, 509), konnte einer eingehenden Überprüfung nicht standhalten.

log den §§ 242, 162 BGB vergleichbare Ergebnisse, ohne auf einen eigenen Herstellungsanspruch zurückzugreifen.²⁰⁰⁷ Die sozialgerichtliche Rechtsprechung zu dem Herstellungsanspruch hat sich erst ab 1970 zunehmend von dieser Lösung hin zu einem eigenständigen Rechtsinstitut etablieren können; die Rechtsprechung zu dem Einwand analog §§ 242, 162 BGB ist (rechtshistorisch betrachtet) die ältere Rechtsprechung.²⁰⁰⁸ Deswegen wird auch der Herstellungsanspruch teilweise als Sonderfall des Einwandes analog §§ 242, 162 BGB charakterisiert.²⁰⁰⁹

Im Allgemeinen kann dieser Einschätzung aufgrund des schwer fassbaren rechtlichen Gehaltes der §§ 242, 162 BGB weder zugestimmt noch widersprochen werden. Entscheidender ist die Frage, ob sich der Herstellungsanspruch aus denselben rechtlichen Erwägungen ergibt wie ein Einwand analog §§ 242, 162 BGB.

aa) Ableitung aus dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben (§§ 242, 162 BGB analog)?

Da insbesondere auch der aus § 162 BGB folgende Rechtsgedanke im öffentlichen Recht Anwendung findet, dass derjenige sich nicht auf Vorteile berufen kann, der durch sein treuwidriges Verhalten die entsprechende Sach- und Rechtslage hervorgebracht hat,²⁰¹⁰ liegt eine Ableitung des Herstellungsan-

²⁰⁰⁷ Für einen Überblick: *Pietzner/Müller*, *VerwArch.* 85 [1994], 603, 617 ff. m.w.N.; *Schmidt-De Caluwe*, S. 80 ff.

²⁰⁰⁸ Vgl. Kap. 1 E.II.2.d.bb.

²⁰⁰⁹ Etwa: *de Wall*, *Anwendbarkeit im Verwaltungsrecht*, S. 267 ff.

²⁰¹⁰ BVerfG, *Beschl. v. 13.11.1990 – 1 BvR 275/90 = BVerfGE 83, 82, 86*; BVerwG, *Urt. v. 15.7.1959 – V C 80/57 = BVerwGE 9, 89, 92 f.*; BVerwG, *Urt. v. 25.1.1961 – VI C 3/59 = BVerwGE 11, 350, 352*; BVerwG, *Urt. v. 26.10.1966 – V C 2/65 = BVerwGE 25, 183, 184*; BVerwG, *Urt. v. 1.3.1968 – VII C 76/66 = BVerwGE 29, 159, 165 f.*; BVerwG, *Urt. v. 20.1.1969 – VI C 46/66 = BVerwGE 31, 197, 200*; BVerwG, *Urt. v. 18.9.1970 – VII C 26/70 = DVBl. 1970, 928*; BVerwG, *Urt. v. 28.10.1983 – 8 C 39/82 = BVerwGE 68, 156, 159*; BVerwG, *Urt. v. 29.6.1990 – 8 C 22/89 = BVerwGE 85, 213, 215 f.*; BVerwG, *Urt. v. 18.5.1993 – 4 B 65/93 = NVwZ 1993, 1101, 1101*; BVerwG, *Urt. v. 17.6.1994 – 8 C 22/92 = NVwZ 1995, 1213, 1215*; BVerwG, *Urt. v. 18.4.1997 – 8 C 38/95 = NJW 1997, 2966, 2969*; BVerwG, *Urt. v. 9.12.1998 – 3 C 1/98 = BVerwGE 108, 93, 96*; BVerwG, *Urt. v. 26.3.2003 – 6 C 24/02 = BVerwGE 118, 84, 89*; BVerwG, *Urt. v. 22.4.2004 – 6 B 8/04*; BVerwG, *Urt. v. 17.8.2011 – 3 B 36/11*; OVG Rheinland-Pfalz, *Urt. v. 17.5.1988 – 7 A 2/87 = NVwZ 1988, 945, 946 ff.*; OVG Niedersachsen, *Urt. v. 30.6.1961 – I A 122/60 = DVBl. 1962, 63, 65*; *Bork*, in: *Staudinger*, § 162 BGB, Rn. 19; *Westermann*, in: *MüKo BGB*, § 162 BGB, Rn. 8; *Weyreuther*, *Gutachten*, B 129, Fn. 548.

spruchs aus dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben nahe.²⁰¹¹ Bis 1979 hat zumindest das BSG die Begründung mit diesem Grundsatz verbunden.²⁰¹² Von diesen Ableitungsversuchen hat sich der 12. Senat schließlich deutlich distanziert; der Grundsatz von Treu und Glauben sei eine „*Blankettnorm*“²⁰¹³, aus der sich erst dann konkrete Rechtsschlüsse ergeben könnten, wenn sie entsprechend den Besonderheiten des Sozialrecht konkretisiert werden würde. Dieser Beobachtung des Senates kann nicht ernsthaft widersprochen werden,²⁰¹⁴ denn „*tatsächlich ist der eigene normative Gehalt von § 242 [BGB] minimal.*“²⁰¹⁵ Schließlich handelt es sich um eine rechtliche Wertungsformel, die im hohen Maße ausfüllungsbedürftig ist, bevor sie überhaupt rechtlich anwendbar wird. Wichtig ist dabei, dass der Rechtsanwender deutlich machen kann, woraus er seine Wertungen im Rahmen der §§ 242, 162 BGB gewinnt.²⁰¹⁶ Sofern man daher zur Konkretisierung dessen, was treumäßig oder treuwidrig ist, ohnehin auf die sozialrechtlichen Rechtsverhältnisse (bzw. auf sozialrechtliche Besonderheiten) zurückgreifen muss, erscheint der Umweg über §§ 242, 162 BGB für die Rechtfertigung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruch unnötig, da sich dieser Anspruch dann auch unmittelbar aus diesen Besonderheiten der sozialrechtlichen Rechtsverhältnisse ergeben kann. Der Herstellungsanspruch ist dann keine besondere Ableitung aus Treu und Glauben, sondern genau genommen eine Ableitung aus den sozialrechtlichen Rechtsverhältnissen.²⁰¹⁷

²⁰¹¹ Vgl. statt vieler: *Rüfner*, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 14 SGB I, Rn. 12; *Frohn*, JURA 1989, 523, 527.

²⁰¹² Etwa: BSG, Urt. v. 17.11.1970 – 1 RA 233/68 = BSGE 32, 60, 62 f.; BSG, Urt. v. 23.3.1972 – 5 RJ 63/70 = BSGE 34, 124, 127; BSG, Urt. v. 25.3.1976 – 12/7 RAR 135/74 = BSGE 41, 260, 262.

²⁰¹³ BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 80 („*Nicht gefolgt werden kann aus diesen Gründen auch dem Versuch, den Herstellungsanspruch aus § 242 BGB abzuleiten. Überdies handelt es sich bei § 242 BGB nur um eine Blankettnorm, die ohnehin erst aus den besonderen Strukturen der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsverhältnisse ausgefüllt werden müsste* [...]“).

²⁰¹⁴ Zustimmung auch: *Gagel*, SGB 2000, 517, 519; *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 163; *Olbertz*, S. 152; *Lüdtke*, AuB 1976, 376, 377; *Meyer*, SGB 1985, 57, 60 f.; *Schmidt-De Caluwe*, S. 321; *ders.*, SGB 1992, 487, 496; *Hattstein*, Betreuungspflichten, S. 244; vgl. für das Steuerrecht in ähnlicher Weise: BFH, Urt. v. 4.10.1983 – VII R 82/80 = BFHE 139, 325, 331.

²⁰¹⁵ *Schmidt-Kessel*, in: Prütting/Wegen/Weinreich [Hg.], § 242 BGB, Rn. 12.

²⁰¹⁶ Vgl. *Schmidt-Kessel*, in: Prütting/Wegen/Weinreich [Hg.], § 242 BGB, Rn. 12 ff.; *Roth/Schubert*, in: MüKo BGB, § 242 BGB, Rn. 33 ff.; *Schulze*, in: Schulze [Hg.], § 242 BGB, Rn. 1; *Grüneberg*, in: Palandt, § 242 BGB, Rn. 2; ausführlich: *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger, § 242 BGB, Rn. 110 ff.

²⁰¹⁷ *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 163; *Lüdtke*, AuB 1976, 376, 377.

Dass jedoch in der Begründung des Herstellungsanspruchs auch nicht vollständig auf den Rückgriff auf den Grundsatz von Treu und Glauben verzichtet werden kann, zeigen spätere Entscheidungen des BSG, die wieder auf die §§ 242, 162 BGB zurückgreifen.²⁰¹⁸ Letztendlich könnte man schließlich jede Form der Ergebnisfindung über Treu und Glauben als unnötig betrachten und unmittelbar auf die einschlägigen dahinterstehenden rechtlichen Wertungen abstellen. Die Möglichkeit, diese rechtlichen Wertungen überhaupt zur Anwendung zu bringen, wird durch das Gebot einer Rechtsanwendung nach Treu und Glauben gestützt, weil dem Rechtsanwender hierdurch das Hinzuziehen allgemeiner rechtlicher Grundsätze ermöglicht wird. Der Umweg über die §§ 242, 162 BGB macht damit deutlich, dass sich ein Ergebnis zwar nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt – aber nach dem Sinngehalt dieses Gesetzes bei wertender Betrachtung i.S.e. treumäßigen Rechtsanwendung gefordert ist.

Überzeugend ist daher ein Mittelweg. Über den Grundsatz von Treu und Glauben sind die Gerichte und Verwaltungsträger verpflichtet, treuwidriges Verhalten zu unterlassen und dieses analog §§ 242, 162 BGB ggf. auch zu korrigieren. Was in diesem Zusammenhang jedoch überhaupt als treuwidrig anzusehen ist, kann nicht allgemein und losgelöst von dem jeweiligen Rechtsgebiet betrachtet werden. Für die Begründung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs reicht daher auch der allgemeine Hinweis auf den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben nicht aus. Vielmehr kann erst anhand der rechtlichen Wertungen des Rechtsgebietes nachgewiesen werden, dass/warum eine Rechtsfortbildung i.S.d. Herstellungsanspruchs durch Treu und Glauben geboten ist.²⁰¹⁹ Der Hinweis auf den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben kann deshalb ggf. als eine zusätzlich unterstützende Erwägung hinzugezogen werden, aber nicht im Zentrum der Ableitung stehen.²⁰²⁰

²⁰¹⁸ BSG, Urt. v. 22.11.1979 – 8b RKg 3/79 = BSGE 49, 154, 156; BSG, Urt. v. 13.12.1984 – 11 RA 68/83 = BSGE 57, 288, 290; BSG, Urt. v. 28.10.1981 – 12 RK 61/80 = SozR 5070 § 10 Nr. 19; vgl. auch: *Rüfner*, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 14 SGB I, Rn. 12; *Frohn*, JURA 1989, 523, 527.

²⁰¹⁹ Für den Folgenbeseitigungsanspruch formuliert etwa *Weyreuther*, dass es dem Grundsatz von Treu und Glauben entspreche, dem Bürger einen Restitutionsanspruch einzuräumen, und es sei „*sicherlich [...] nicht anständig, ihn zurückzuweisen*“ (*Weyreuther*, Gutachten, B 34). Nur führe allein diese Erkenntnis noch nicht direkt zu einem Anspruch auf Folgenbeseitigung; dieser könne erst durch weitere Rechtsgrundlagen/rechtliche Wertungen begründet werden (*Weyreuther*, Gutachten, B 34).

²⁰²⁰ So auch: *Meyer*, SGB 1985, 57, 60 f.; *Olbertz*, S. 152.

bb) Ableitung aus den zivilrechtlichen Fallgruppen (insbesondere venire contra factum proprium)?

Eine insofern notwendige Konkretisierung der §§ 242, 162 BGB könnte aus den Fallgruppen des Zivilrechts gewonnen werden. Mit dem Herstellungsanspruch wird insbesondere die Fallgruppe des venire contra factum proprium verbunden. Wenn es einem Bürger bei widersprüchlichem Verhalten verwehrt sei, sich gegenüber einem anderen Bürger auf eine treuwidrig geschaffene Sach- und Rechtslage zu berufen, müsste dies analog §§ 242, 162 BGB auch für einen Verwaltungsträger gelten.²⁰²¹ Tatsächlich ist diese Vorstellung aber wenig überzeugend, da sie die Besonderheiten der öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisse nicht ausreichend berücksichtigt. Von einer bestimmten Lösung für gleichgeordnete Privatrechtssubjekte ausgehend darf nicht geschlossen werden, dass diese Rechtsfrage auch innerhalb hoheitlicher Rechtsverhältnisse auf dieselbe Weise zu entscheiden wäre.²⁰²² Vielmehr muss geprüft werden, ob die besonderen Wertungen des öffentlichen Rechts diese Lösung ebenfalls zulassen/fordern – oder ob eine Übertragung der Rechtsfolgen öffentlich-rechtliche Widersprüche begründen würde. Die privatrechtlichen Rechtsverhältnisse müssten mit den öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen in dieser Frage wertungsmäßig übereinstimmen.

Dies ist hier nicht der Fall. Bzgl. der Herstellungsfälle wird insbesondere die Gesetzesbindung des Verwaltungsträgers nach Art. 20 III GG bei einer schlichten Übertragung der zivilrechtlichen Lösungsansätze nicht ausreichend berücksichtigt. Die Gesetzesbindung der Verwaltung ist eine öffentlich-rechtliche Wertung, die eine – für den Analogieschluss erforderliche – Vergleichbarkeit der privatrechtlichen mit den öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen ausschließt.²⁰²³ Wenn ein Verwaltungsträger durch Art. 20 III GG nur rechtmäßig handeln kann, darf er auch nicht analog §§ 242, 162 BGB zu rechtswidrigem Handeln verpflichtet werden. Der Verwaltungsträger darf damit keine anderen Interessen verfolgen als die rechtmäßige Anwendung des Gesetzes.²⁰²⁴ Wo das Gesetz daher die Beachtung der Fiktion ausschließt, kann nicht analog §§ 242, 162 BGB eine gegen das Gesetz verstoßende Rechtspflicht begründet werden. In den Herstellungsfällen ist dieses Merkmal problematisch, weil die Verwal-

²⁰²¹ So: *Hertwig*, Verwaltungsrechtsverhältnis der Mitgliedschaft, S. 214 ff., 221 f.; *ders.*, JA 1986, 388, 389; in Ansätzen wohl auch: *Ladage*, S. 84.

²⁰²² *Gagel*, SGB 2000, 517, 519; *Lüdtker*, AuB 1976, 376, 377.

²⁰²³ So im Ergebnis wohl auch: *Schmidt-De Caluwe*, S. 249 f., 406 f., 411.

²⁰²⁴ *Gagel*, SGB 2000, 517, 519 f.; vgl. auch: *Lüdtker*, AuB 1976, 376, 377.

tung bspw. eine Leistungsablehnung auf die Nichtverwirklichung gesetzlich notwendiger Anspruchsvoraussetzungen stützt. In diesen Fällen beruht der Eintritt eines sozialrechtlichen Nachteils regelmäßig auf einer gesetzlich gebundenen Entscheidung.²⁰²⁵ Innerhalb des Zivilrechts bestehen keine vergleichbaren Fälle, mit denen erklärbar wäre, warum gerade hier „*die strikte Bindung der Verwaltung an das Gesetz gelockert werden kann*.“²⁰²⁶ Diese Rechtsfolge muss vielmehr originär aus dem öffentlichen Recht erst entwickelt werden. Die Vorstellung, dass der Herstellungsanspruch bereits aus dem Gedankengut der zivilrechtlichen Anwendungsfälle der §§ 242, 162 BGB heraus auch auf öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehungen (unverändert) übertragbar wäre, ist daher abzulehnen.

Verallgemeinernd formuliert kann sich damit nur derjenige i.S.e. zivilrechtlichen venire contra factum proprium „*widersprüchlich*“ verhalten, für den zumindest zwei unterschiedliche Handlungsalternativen bestehen (eine treumäßige Handlung und eine treuwidrige Handlung).²⁰²⁷ Während es für zivilrechtliche Rechtssubjekte regelmäßig gleichermaßen tatsächlich und rechtlich möglich ist zu fingieren (dass bspw. eine Bedingung eingetreten ist oder auch nicht), ist dies für einen Verwaltungsträger wegen Art. 20 III GG nicht ohne weiteres zulässig.²⁰²⁸ Auch in der treuwidrig geschaffenen Situation ist der Verwaltungsträger nicht analog §§ 242, 162 BGB berechtigt, sich über einschlägige gesetzliche Bindungen hinwegzusetzen. Da der Gesetzgeber mit einer gesetzlichen Regelung auch den Fall eines treuwidrigen/rechtswidrigen Vorverhaltens mitgeregelt haben kann, gilt der Einwand der §§ 242, 162 BGB nur im Rahmen des anwendbaren Rechts und berechtigt den Verwaltungsträger nicht etwa, losgelöst von der Sach- und Rechtslage, die durch sein treuwidriges Verhalten tatsächlich herbeigeführt wurde, frei sämtliche Korrekturen durchzuführen. Es ist nicht ersichtlich, warum es im Sinne der §§ 242, 162 BGB treuwidrig sein soll, wenn die an das Gesetz gebundene Verwaltung lediglich eine entsprechende gesetzliche Entscheidung durchsetzt.

Auch eine unbesehene Übertragung des aus § 162 BGB folgenden allgemeinen Rechtsgedankens, dass niemand sich zu seinem Vorteil auf eine treuwidrig geschaffene Sach- und Rechtslage berufen darf,²⁰²⁹ ist nicht überzeugend. Aufgrund der Bindung der Verwaltungsträger an das Gesetz (Art. 20 III GG) dürfen diese Sach- und Rechtslagen ohnehin nicht lediglich zu ihrem eigenen Vorteil berücksichtigen. Maßgeblich ist – unab-

²⁰²⁵ *Schmidt-De Caluwe*, S. 249 f., 406 f., 411.

²⁰²⁶ *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 163.

²⁰²⁷ *Bieback* spricht in diesem Zusammenhang davon, dass eine Ableitung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs aus §§ 242, 162 BGB suggeriere, dass der sozialrechtliche Nachteil „*zur Disposition der Verwaltung*“ stünde (*Bieback*, DVBl. 1983, 159, 163).

²⁰²⁸ So auch: *Hattstein*, Betreuungspflichten, S. 238.

²⁰²⁹ BGH, Urt. v. 31.3.1993 – XII ZR 198/91 = BGHZ 122, 168 f.; BGH, Urt. v. 21.3.1985 – VII ZR 148/83 = NJW 1985, 1826; *Bork*, in: Staudinger, § 162 BGB, Rn. 2, 15 f.; *Ellenberger*, in: Palandt, § 162 BGB, Rn. 6; *Schulze*, in: Schulze [Hg.], § 242 BGB, Rn. 26.

hängig von eventuellen Beweggründen der Sachbearbeiter – allein die rechtmäßige Verwirklichung der gesetzgeberischen Entscheidungen. Sofern ein Verwaltungsträger daher in Übereinstimmung mit den gesetzlichen Wertungen aus der rechtmäßigen Rechtsanwendung auch einen eigenen Vorteil zieht, ist die Rechtsanwendung nicht allein deshalb zu korrigieren. Sofern ein Verwaltungsträger hingegen rechtswidrig eigene Vorteile mit einer Rechtsanwendung verbindet, ist diese Rechtsanwendung regelmäßig bereits wegen der fehlerhaften Rechtsanwendung selbst unzulässig. Rechtswissenschaftliche Ableitungen, die nur darauf abstellen, dass der Verwaltungsträger nicht aus seinem eigenem Fehlverhalten gegenüber dem Bürger Vorteile ziehen darf, missverstehen daher diese rechtliche Ausgangssituation. Der Verwaltungsträger kann regelmäßig nicht frei über die Begründung des Vor- oder Nachteils für den Bürger entscheiden – er ist seinerseits über Art. 20 III GG rechtlich an die Wertentscheidungen des Gesetzgebers gebunden.

Wenn demnach eine Korrektur analog §§ 242, 162 BGB zumindest zwei unterschiedliche Handlungsalternativen voraussetzt, erscheint eine analoge Anwendung der §§ 242, 162 BGB im öffentlichen Recht insbesondere dort möglich, wo das Gesetz auch einem Verwaltungsträger Handlungsspielräume einräumt – vorrangig bei Ermessensentscheidungen.²⁰³⁰ So hat auch das BSG der aus §§ 242, 162 BGB folgenden Folgenbeseitigungslast dort den Vorrang gegenüber einem Herstellungsanspruch eingeräumt, wo im Rahmen einer Ermessensentscheidung bereits die sozialrechtliche Naturalrestitution durchgeführt werden kann.²⁰³¹ Mit der Folgenbeseitigungslast besteht allerdings ein öffentlich-rechtliches Rechtsinstitut, das bereits den Besonderheiten des öffentlichen Rechts angepasst worden ist und sich damit von einer bloßen Übertragung der zivilrechtlichen Fallgruppen zu den §§ 242, 162 BGB unterscheidet.

cc) Ableitung vor dem Hintergrund eines allgemeinen Vertrauensschutzes?

Einen stärker öffentlich-rechtlich geprägten Erklärungsversuch formuliert *Schmidt-De Caluwe*, der den rechtlichen Hintergrund des Herstellungsanspruchs in dem allgemeinen Vertrauensgrundsatz verortet.²⁰³² Dieser Ansatz steht im Zusammenhang mit einer Ableitung des Herstellungsanspruchs aus §§ 242, 162 BGB, wenn man rechtswissenschaftliche Versuche berücksichtigt, die den Aussagegehalt von Treu und Glauben u.a. anhand des besonderen öffentlich-rechtlichen Rechtsinstituts des Vertrauensschutzes näher konkretisieren wollen. Da der verfassungsrechtliche Hintergrund des Vertrauensschutzes im Rechtsstaatsprinzip liegt, wird teilweise auch dem Grundsatz von Treu und

²⁰³⁰ So wohl auch: *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 163.

²⁰³¹ BSG, Urt. v. 22.10.1996 – 13 RJ 17/96 = BSGE 79, 177, 179 f.; BSG, Urt. v. 12.12.2007 – B 12 AL 1/06 R = BSGE 99, 271, 274; vgl. ausführlich: Kap. 1 E.II.2.b.bb.

²⁰³² *Schmidt-De Caluwe*, S. 421 ff.; vgl. auch: *Hase*, SGB 2001, 593, 598; *Özfiat-Skubinn*, Beamtenernennungen, S. 343 ff.; in diese Richtung auch: Bayerischer VGH, Urt. v. 6.5.2011 – 19 ZB 09.1045.

Glauben Verfassungsrang zugestanden.²⁰³³ Wenn der Vertrauensschutz letztlich rechtlich hinter dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben stünde, könne auch die Entwicklung des Herstellungsanspruchs ausgehend von diesen Wertungen erfolgen.²⁰³⁴ Eine Ableitung über den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben lehnt *Schmidt-De Caluwe* hingegen ausdrücklich als nicht weiterführend ab, da dieser Grundsatz zu unkonkret sei.²⁰³⁵

Dieser Ableitungsansatz scheint damit eine Erklärungsmöglichkeit dafür zu bieten, dass das einfache öffentliche Recht im Hinblick auf den Vertrauensschutzes i.S.d. Gesamtrechtsordnung planwidrig unvollständig erscheint und entsprechend durch den Herstellungsanspruch ergänzt werden müsse. Anders als bei der bloßen Übertragung der zivilrechtlichen Fallgruppen ließe sich dann im Hinblick auf Art. 20 III GG ggf. von einer zulässigen lückenschließenden Rechtsfortbildung ausgehen. Denn der Verwaltungsträger käme dann seiner Gesetzes-/Verfassungsbindung nach Art. 20 III GG gerade dadurch nach, dass er seine strikte Bindung an den Wortlaut des Gesetzes i.S.e. gebundenen Entscheidung zugunsten einer rechtlich notwendigen Ausnahme i.S.d. Herstellungsanspruchs lockert.

In diesem Sinne versucht auch *Schmidt-De Caluwe* den rechtsdogmatischen Hintergrund unmittelbar im Vertrauensgrundsatz zu verorten.²⁰³⁶ Ausgangspunkt seiner Erwägungen ist der Verweis auf eine Vergleichbarkeit des Herstellungsanspruchs mit dem Vertrauensgrundsatz für die gemeinsamen Fälle, in denen ein Bürger aufgrund seines Vertrauens in die Gültigkeit des staatlichen Verhaltens eigene Dispositionen getätigt hat, die sich für ihn als nachteilig erweisen.²⁰³⁷ Mit den folgenden Ausführungen versucht *Schmidt-De Caluwe* dann nachzuweisen, dass (1.) in den Herstellungsfällen ein verfassungsrechtlich geschützter Vertrauenstatbestand des Bürgers betroffen ist,²⁰³⁸ (2.) dieser Vertrauenstatbestand in verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigender Weise verletzt wird²⁰³⁹ und (3.) der Herstellungsanspruch die deshalb notwendige Reak-

²⁰³³ Vgl. hierzu insgesamt: BVerfG, Beschl. v. 16.12.1981 – 1 BvR 898/79 = BVerfGE 59, 128, 167; *Roth/Schubert*, in: MüKo BGB, § 242 BGB, Rn. 109 m.w.N.; *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger, § 242 BGB, Rn. 1099 m.w.N.; *Maurer*, in: Isensee/Kirchhof [Hg.], HdStR, Bd. IV, § 79, Rn. 11 ff.; überzeugend differenzierend hingegen: BFH, Urt. v. 4.10.1983 – VII R 82/80 = BFHE 139, 325, 330 f.

²⁰³⁴ *Schmidt-De Caluwe*, S. 246 ff., 407.

²⁰³⁵ *Schmidt-De Caluwe*, S. 321; *ders.*, SGB 1992, 487, 496 („*Leerformel ohne spezifische Substanz*“).

²⁰³⁶ *Schmidt-De Caluwe*, S. 421 ff.

²⁰³⁷ *Schmidt-De Caluwe*, S. 425.

²⁰³⁸ *Schmidt-De Caluwe*, S. 426 ff.

²⁰³⁹ *Schmidt-De Caluwe*, S. 493 ff.

tion auf die Verletzung des Vertrauenstatbestandes darstellt.²⁰⁴⁰ Aus den Freiheitsgrundrechten (insbesondere Art. 14 I GG) leitet *Schmidt-De Caluwe* dabei die subjektiv-rechtlichen Komponenten des Vertrauensschutzes ab.²⁰⁴¹ Er gewinnt als Ergebnis seiner Überlegungen ein Herstellungs-Recht des Bürgers, das ähnlich einer Einwendung analog §§ 242, 162 BGB die ursprünglichen Primärrechte aufrechterhält, weil eine ausnahmslose Anwendung des einfachen Rechts in diesen Fällen verfassungswidrig sei.²⁰⁴² „In den bisher so genannten Herstellungsfällen, in denen ein nachteiliges Dispositionsverhalten des Berechtigten in bezug auf seine Sozialrechtsstellung auf einem Betreuungsfehlverhalten der Sozialverwaltung beruht, sind die unmittelbar die Nachteile verursachenden Ausschußfrist- und Leistungsbeginnregelungen nicht anwendbar, weil sie insoweit wegen Verfassungsverstoßes nichtig sind.“²⁰⁴³

Hierbei wird bereits ein Einwand gegenüber dieser Ableitung deutlich, die bewusst unmittelbar auf den verfassungsrechtlichen Vertrauensgrundsatz abstellt. Wenn die Begründung eines sozialrechtlichen Nachteils durch eine einfach-gesetzliche Vorschrift tatsächlich gegen den verfassungsrechtlichen Vertrauensgrundsatz verstoßen sollte, ist sie sicherlich nichtig. Auch die partielle Verfassungswidrigkeit einer ausnahmslos anzuwendenden Vorschrift führt grds. zur Verfassungswidrigkeit der Gesamtvorschrift. Ein solcher Ausspruch der Nichtigkeit bleibt jedoch dem BVerfG vorbehalten.²⁰⁴⁴ Keineswegs darf der Rechtsanwender infolge von Rechtsfortbildung von einer partiellen Nichtigkeit des Gesetzes ausgehen und dieses deshalb eigenmächtig – auch nur in bestimmten Fallkonstellationen – nicht anwenden. Eine solche Rechtsfortbildung *contra legem sed pro constitutione* ist unzulässig und stellt kein lückenschließendes Richterrecht dar.²⁰⁴⁵ Dem Versuch *Schmidt-De Caluwes*, das rechtliche Paradoxon des Herstellungsanspruchs (die Frage nach dem „an sich zulässigen“ Amtshandeln) dadurch zu umgehen, dass das entgegenstehende einfache

²⁰⁴⁰ *Schmidt-De Caluwe*, S. 509 ff.

²⁰⁴¹ *Schmidt-De Caluwe*, S. 448 ff., 493.

²⁰⁴² *Schmidt-De Caluwe*, S. 503 f.

²⁰⁴³ *Schmidt-De Caluwe*, S. 504.

²⁰⁴⁴ Etwa: BVerfG, Beschl. v. 12.6.2011 – 1 BvR 2035/07 = NVwZ 2011, 1316, 1319; vgl. hierzu ausführlich: *Ipsen*, Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, S. 98 ff.

²⁰⁴⁵ Diese Problemstelle sieht auch *Schmidt-De Caluwe* in seiner Begründung, der allerdings die Fragen nach einer Überschreitung der Rechtsfortbildungskompetenzen und einer Vorlagepflicht nach Art. 100 I 1 GG im Ergebnis verneint, weil er die zuvor ausdrücklich als Nichtigkeit beschriebenen Rechtsfolgen in der Folge plötzlich ausschließlich als verfassungskonforme Auslegung der Vorschrift durch die Gerichte beschreibt (vgl. *Schmidt-De Caluwe*, S. 505 ff.). Zudem sieht *Schmidt-De Caluwe* hierin – zu Unrecht – kein rechtsdogmatisches Problem seiner Ableitung, sondern allenfalls eine praktische Problematik für die Spruchpraxis der Sozialgerichte (*Schmidt-De Caluwe*, S. 505, 508).

Recht wegen Verfassungsverstößes ohnehin nichtig und damit unanwendbar sei, kann daher nicht zugestimmt werden. Allenfalls möglich wäre es, durch (ggf. verfassungskonforme) Auslegung des einfachen Rechts zu ermitteln, ob diese Anwendung vom Gesetzgeber tatsächlich auch in den Herstellungsfällen erfolgen soll (insbesondere auch in den Fällen, die ggf. einen Verfassungsverstoß begründen würden).²⁰⁴⁶ Dadurch werden die Vorschriften aber nicht „nichtig“, sondern allenfalls (nicht) auf Einzelfälle angewandt, die nach der Auslegung (nicht) mitgeregelt werden sollen. Voraussetzung einer verfassungskonformen Auslegung ist allerdings immer, dass die entsprechende Vorschrift eine derartige (korrigierende) verfassungskonforme Auslegung unter ihren Auslegungsmöglichkeiten überhaupt zulässt.²⁰⁴⁷

Darüber hinaus ist bereits die unmittelbare Verbindung der Ableitung des Herstellungsanspruchs mit dem Vertrauensschutz an sich nicht überzeugend, sofern man von der bisherigen Entscheidungspraxis der Sozialgerichte ausgeht.²⁰⁴⁸ Der Herstellungsanspruch soll bspw. keinen optimalen Versicherungsverlauf herstellen, sondern lediglich die konkreten Fehlentwicklungen korrigieren, die kausal auf einem staatlichen Fehlverhalten beruhen.²⁰⁴⁹ Falls es hingegen um eine Korrektur nach dem Vertrauensschutz ginge, müsste oftmals der optimale Versicherungsverlauf hergestellt werden, weil der Bürger regelmäßig auf dessen Eintritt (schutzwürdig) vertrauen wird. Dass es beim Herstellungsanspruch allein um die Verwirklichung des Gesetzeszweckes bzw. der Korrektur von Rechtsanwendungsfehlern geht, zeigt sich u.a. auch daran, dass der Verwaltungsträger auch dann nicht an einer unzutreffenden Auskunft festgehalten wird, die bspw. fälschlicherweise einen gesetzlich nicht bestehenden Vorteil in Aussicht gestellt hatte, falls sich der Bürger hierauf schutzwürdig eingestellt hat.²⁰⁵⁰ Überdies soll auch in den Fällen eines sog. unmittelbaren Nachteils ein Herstellungsanspruch entstehen, obwohl hier regelmäßig ein sozialrechtlicher Nachteil nicht durch eine Vertrauensverletzung begründet werden

²⁰⁴⁶ Auf diese Weise möchte wohl auch *Schmidt-De Caluwe* seine Ableitungen im Ergebnis verstanden wissen (vgl. *Schmidt-De Caluwe*, S. 505 ff.).

²⁰⁴⁷ Etwa: BVerfG, Beschl. v. 30.6.1964 – 1 BvL 16/62 = BVerfGE 18, 97, 111 m.w.N.; BVerfG, Beschl. v. 19.6.1973 – 1 BvL 39/69 = BVerfGE 35, 263, 280; *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 763 ff.; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, S. 456; *Larenz/Canaris*, MRW, S. 159 ff.; *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7, Rn. 22.

²⁰⁴⁸ Ohne ausdrückliche Bezugnahme auf den Herstellungsanspruch geht am weitesten in diese Richtung wohl noch: BSG, Urt. v. 28.10.1981 – 3 RK 59/80 = BSGE 52, 254, 259 ff.

²⁰⁴⁹ Vgl. Kap. 1 B.I.3.

²⁰⁵⁰ BSG, Urt. v. 23.6.1977 – 8 RU 36/77 = BSGE 44, 114, 121 f.

kann.²⁰⁵¹ Ferner würde eine Ableitung aus dem Vertrauensschutz insbesondere auch die Fälle eines rechtswidrigen Unterlassens oftmals nicht erfassen.²⁰⁵² Schließlich kann ein schutzwürdiges Vertrauen des Bürgers schwerlich dadurch begründet werden, dass die Verwaltung diesen gerade nicht informiert hat.²⁰⁵³ Diese Beispiele verdeutlichen, dass der Herstellungsanspruchs der Korrektur fehlerhaften Verwaltungsverhaltens dient und nicht der Durchsetzung schutzwürdigen Vertrauens. Im Zusammenhang mit dem Herstellungsanspruch geht es allein um die Verwirklichung eines dem Gesetz entsprechenden (Rechts-) Zustandes. Dass es nicht auf ein Vertrauen des Betroffenen ankommt, zeigt bereits, dass kein entsprechendes Tatbestandsmerkmal vorgesehen ist – ausreichend ist allein die objektive Pflichtverletzung. Allenfalls im Rahmen der Kausalitätsprüfung kann ggf. die fehlende Schutzwürdigkeit eines Vertrauens dazu führen, dass bspw. die Nichtaufklärung eines Fehlers als die wesentliche Ursache des Eintritts eines sozialrechtlichen Nachteils anzusehen ist. Hierbei erfolgt die Berücksichtigung der Schutzwürdigkeit eines Vertrauens jedoch bereits aus einer völlig unterschiedlichen Blickrichtung. Insofern ist ein Herstellungsanspruch bspw. nicht nur dann mangels Kausalität nicht einschlägig, wenn der Bürger vertraut hat, aber in diesem Vertrauen nicht schutzwürdig war, sondern auch, wenn der Bürger sich überhaupt keine Gedanken über die Richtigkeit einer Auskunft gemacht haben sollte. Beim Herstellungsanspruch geht es nicht um den Vertrauensschutz eines Bürgers und eine Korrektur anhand der Wertungen des Vertrauensschutzes, sondern allein um die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsverhaltens und die Korrektur der sich daraus ergebenden Folgen. Zu Recht hat sich daher eine Verbindung mit der Ableitung des Herstellungsanspruchs nicht durchgesetzt.

²⁰⁵¹ *Schmidt-De Caluwe* äußert sich nicht zu diesem Widerspruch, da er ohnehin den Anwendungsbereich des Herstellungsanspruchs in Vorbereitung seiner Ableitung auf sog. mittelbare sozialrechtliche Nachteile beschränkt (*Schmidt-De Caluwe*, S. 421 f.).

²⁰⁵² So auch ausführlich: *Hase*, SGB 2001, 593, 598 f.

²⁰⁵³ Wenn die Rechtsverletzung des Herstellungsanspruchs bspw. darin liegt, dass die Behörde mit einer Gruppe von Berechtigten gleichheitswidrig nicht – wieder – in Kontakt getreten ist (vgl. BSG, Urt. v. 14.2.2001 – B 9 V 9/00 R = BSGE 87, 280, 285) kann schwerlich davon ausgegangen werden, dass der nichtkontaktierte Bürger hier seine Disposition gerade unterlassen hat, weil er schutzwürdig auf ein Verhalten der Verwaltung vertraut hätte. Auch eine rechtsdogmatische Hilfskonstruktion etwa in der Weise, dass der Bürger darauf vertraut habe, dass sich die Verwaltung schon bei ihm melden würde, wenn es für seine Rechtswahrung erforderlich ist, gerät zur reinen Fiktion, die dem Bürger im Ergebnis ein grenzenloses andauerndes Vertrauen in die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns unterstellt. So extensiv ausgeweitet bedeutet der Vertrauensschutz dann aber wieder nichts anderes als die Verpflichtung zu rechtmäßigem Handeln (Art. 20 III GG).

Schließlich lässt sich insbesondere gegen diesen Ableitungsversuch ebenfalls anführen, dass der Vertrauensschutz in vergleichbaren Maße unbestimmt ist und damit zur alleinigen Ableitung des Herstellungsanspruchs genauso viel oder wenig Konkretes beitragen kann wie eine Ableitung aus dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben (§§ 242, 162 BGB).²⁰⁵⁴

dd) Zwischenergebnis

Eine Ableitung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs unter Rückgriff auf Treu und Glauben (§§ 242, 162 BGB analog) zeigt auf, dass durchaus Parallelen zur Rechtsprechung der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit in vergleichbaren Fällen bestehen. Aufgrund der Offenheit des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben trägt dies allein aber kaum etwas zur inhaltlichen Begründung bei. Eine Konturierung unter Rückgriff auf zivilrechtlichen Fallgruppen ist wenig hilfreich, weil dieser Grundsatz gerade anhand öffentlich-rechtlicher Besonderheiten zu konturieren ist. Der Versuch von *Schmidt-De Caluwe*, unter Rückgriff auf den Vertrauensgrundsatz schärfere öffentlich-rechtliche Konturen herauszuarbeiten, erscheint ebenfalls wenig geeignet. Denn bezogen auf den Herstellungsanspruch geht es weniger um den Schutz von Vertrauen, sondern um den Umgang mit Rechtswidrigkeiten – also zwei unterschiedlichen Ausprägungen des allgemeinen Rechtsstaatsprinzips.

d) Ableitung aus der Haftung aus öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen

1972 hat das BSG erstmals einen rechtsdogmatischen Versuch unternommen, den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch als eine Sonderform der Haftung aus Sozialrechtsverhältnissen zu begründen.²⁰⁵⁵ In der Literatur hat eine Ablei-

²⁰⁵⁴ *Olbertz*, S. 153, Fn. 858.

²⁰⁵⁵ BSG, Urt. v. 23.3.1972 – 5 RJ 63/70 = BSGE 34, 124, 127 f. Bei genauerer Betrachtung der Rechtsprechung fällt auf, dass das BSG zunächst lediglich davon sprach, dass die Verletzung einer Nebenpflicht, die zu einem sozialrechtlichen Nachteil führe, eine Haftung (i.S.d. Herstellung) begründe (BSG, Urt. v. 23.3.1972 – 5 RJ 63/70 = BSGE 34, 124, 127 f.; BSG, Urt. v. 18.12.1975 – 12 RJ 88/75 = BSGE 41, 126, 127). Da das Entstehen einer derartigen Haftungspflicht jedoch keine Selbstverständlichkeit ist, hat das BSG später ausdrücklich auf die Gedanken zur positiven Forderungsverletzung (Haftung aus öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen analog §§ 280 ff. BGB) hingewiesen, die bei der Verletzung von Nebenpflichten zu einer Haftung i.S.d. Herstellungsanspruchs führen sollen (BSG, Urt. v. 29.10.1992 – 10 RKg 24/91 = BSGE 71, 217, 221). Hierbei schließt das BSG die frühere – begründungslose – Rechtsprechung mit ein. Tatsächlich weisen bereits die früheren Formulierungen wie „*sozialrechtlichen Schadensersatzanspruch*“ (BSG, Urt. v. 25.4.1978 – 5 RJ 18/77 = BSGE 46, 124, 126; BSG, Urt.

tung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs aus der Haftung in öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen sowohl Befürworter gefunden²⁰⁵⁶ als auch Kritik hervorgerufen²⁰⁵⁷. Hierbei fällt auf, dass die Diskussion bzgl. der Ableitung eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs aus der Haftung aus öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen bislang an einem entscheidenden Punkt vorbeiläuft: Wie nahezu sämtliche Ansprüche des allgemeinen Staatshaftungsrechts ist auch ein Schadensersatzanspruch bei hoheitlichen Pflichtverletzungen ein ungeschriebenes Ergebnis richterrechtlicher Rechtsfortbildung. Für sich genommen ist dieser richterrechtliche Anspruch deshalb gar nicht dazu in der Lage, die Ableitung eines weiteren richterrechtlichen (Herstellungs-) Anspruchs zu rechtfertigen.²⁰⁵⁸ Entscheidend ist vielmehr, ob die rechtlichen Hintergründe der Haftung analog §§ 280 ff. BGB auch die Ableitung eines Herstellungsanspruchs tragen.

Ob die Haftung aus Verwaltungsrechtsverhältnissen unmittelbar aus einem allgemeinen Rechtsgedanken²⁰⁵⁹ oder einer Analogie zu den §§ 280 ff. BGB²⁰⁶⁰ zu begründen ist, muss im Rahmen dieser Fragestellung nicht vertieft werden, weil zumindest zur Konturierung dieser Haftung auf eine Analogie zu den §§ 280 ff., §§ 249 ff. BGB zurückgegriffen wird.²⁰⁶¹ Wenn daher ein Rückgriff auf

v. 26.10.1976 – 12/7 RAr 78/74 = SozR 4100 § 44 Nr. 9) oder „sozialversicherungsrechtlicher Schadensausgleich“ (BSG, Urt. v. 20.6.1979 – 5 RKn 16/78 = BSGE 48, 211, 213) darauf hin, dass diese Vorstellung der früheren Rechtsprechung (i.S.e. Orientierung an den zivilrechtlichen Haftungsvorschriften der §§ 275 ff. BGB a.F.) tatsächlich auch zugrunde gelegt wurde; in diesem Sinne auch: *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 389 f.; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 396.

²⁰⁵⁶ Etwa: *Terwey*, Rechtliche Betreuung nach dem SGB, S. 175 ff.; *ders.*, DRV 1982, 191, 201; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 396 m.w.N.; *Maier*, SGB 1982, 133, 135; wohl auch: *Rüfner*, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 13 SGB I, Rn. 11 f.; *Kemmler*, JA 2005, 908, 910.

²⁰⁵⁷ *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 163 f.; *Kreßel*, SGB 1987, 313, 313; *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 418 ff.; *Wallerath*, DÖV 1987, 505, 509 f.; *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 390 f.; *Schmidt-De Caluwe*, S. 380 ff.; *Olbertz*, S. 55 f., 152; *Bühler*, Mitt LVA Württemberg 1984, 201, 202; *Eisenreich/Ludwig*, SozVers 1995, 1, 5, Fn. 66.

²⁰⁵⁸ Vgl. *Schmalz*, Methodenlehre, 3. Aufl., Rn. 354.

²⁰⁵⁹ Etwa: *Simons*, Leistungsstörungen, S. 112 ff.; in diese Richtung auch: *Meysen*, Verwaltungsrechtsverhältnis, S. 299 ff., 384.

²⁰⁶⁰ Etwa: *Wienhues*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 225; *Detterbeck*, Allg-VerwR, Rn. 1264 f.; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 82; ausführlich: *de Wall*, Anwendbarkeit im Verwaltungsrecht, S. 218 ff.; offengelassen: *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 435.

²⁰⁶¹ Vgl. *Simons*, Leistungsstörungen, S. 112 ff.; *Meysen*, Verwaltungsrechtsverhältnis, S. 351, 385. Diejenigen, die eine Haftung aus Verwaltungsrechtsverhältnis über allgemeine Rechtsgedanken begründen, stehen vor den gleichen Problemen, diesen Rechtsgedanken rechtlich nachzuweisen, wie sie im Zusammenhang mit der Ableitung des Folgebeseitigungsanspruchs/Herstellungsanspruchs auftreten. So stützt bspw. *Meysen* sei-

die Bestimmungen der §§ 280 ff., 249 BGB im Ergebnis unentbehrlich ist, ergeben sich rechtsdogmatische Schwierigkeiten. So unterscheiden sich sozialrechtlicher Herstellungsanspruch und die Haftung aus Verwaltungsrechtsverhältnissen erheblich, obwohl auf den ersten Blick durchaus Ähnlichkeiten nahe liegen.²⁰⁶² Insbesondere bildet der Herstellungsanspruch nicht die Ausgestaltung ab, die er in Anlehnung an die §§ 280 ff., 249 ff. BGB hätte finden müssen.

Den auffälligsten Unterschied auf Tatbestandsebene bildet wohl das fehlende Verschuldenserfordernis des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs gegenüber einer Haftung analog §§ 280 ff. BGB, die ein entsprechendes Verschulden des Staates bei der Pflichtverletzung als eigene Tatbestandsvoraussetzung voraussetzt.²⁰⁶³ Selbst wenn ein Schadensersatzanspruch (aufgrund des objektivierten Verschuldensmaßstabes und § 280 I 2 BGB) regelmäßig nicht an fehlendem Verschulden scheitern wird, weist das grundsätzliche Verschuldenserfordernis bereits einen unterschiedlichen Rechtscharakter der Ansprüche hin. Zu Recht wird deshalb eine Ableitung des verschuldensunabhängigen Herstellungsanspruchs aus einer Analogie zu §§ 280 ff. BGB als rechtsdogmatisch überholt betrachtet,²⁰⁶⁴ seit sich das BSG 1979 von einem Verschuldenserfordernis des Herstellungsanspruchs distanziert hat.²⁰⁶⁵ Hierin wird vielfach auch der Ausgangspunkt der stärkeren rechtsdogmatischen Hinwendung des BSG zur Ableitung aus dem Prinzip der Folgenbeseitigung gesehen,²⁰⁶⁶ die ab 1979 an praktischer Bedeutung gewonnen hat.²⁰⁶⁷ Tatsächlich erscheint es inkonse-

ne gesamten rechtlichen Schlussfolgerungen auf einen ungeschriebenen Rechtsgrundsatz, der „die gesamte Rechtsordnung“ umfasst und nach dem „jede nicht ordnungsgemäße Erfüllung einer relativen Pflicht bzw. die Verletzung eines relativen Rechts einen Schadensersatzanspruch auslöst“ (Meysen, Verwaltungsrechtsverhältnis, S. 351, 384). Gegen diese Vorstellung einer allgemeinen Haftungsgrundnorm können im Ergebnis teilweise dieselben Einwände vorgebracht werden, die gegen eine Ableitung einer umfassenden Haftungspflicht aus dem Rechtsstaatsprinzip oder einen allgemeinen Wiedergutmachungsanspruch bestehen.

²⁰⁶² Vgl. ausführlich zu den bestehenden Gemeinsamkeiten und Unterschieden: Kap. 1 E.II.2.c.bb.

²⁰⁶³ Adolf, Herstellungsanspruch, S. 144; Riefner, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 13 SGB I, Rn. 12; Wallerath, DÖV 1987, 505, 509 f.; Ebsen, DVBl. 1987, 389, 390 ff.; Olbertz, S. 55 f.; Bühler, Mitt LVA Württemberg 1984, 201, 202; Eisenreich/Ludwig, SozVers 1995, 1, 5.

²⁰⁶⁴ Vgl. Wallerath, DÖV 1987, 505, 509 f.; Ebsen, DVBl. 1987, 389, 390 f.; Kreßel, SGB 1987, 313, 313.

²⁰⁶⁵ Hierzu ausführlich: Kap. 1 B.I.1.c.

²⁰⁶⁶ Vgl. Ebsen, DVBl. 1987, 389, 390 f.; Maier, SGB 1982, 133, 135 f.

²⁰⁶⁷ Vgl. BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76 ff.; BSG, Urt. v. 11.10.1985 – 11a RA 39/84 = SozR 1200 § 14 Nr. 21; BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 94, 97.

quent, zur Begründung/Ausgestaltung dieses Rechtsinstitutes zwar auf die §§ 280 ff. BGB abzustellen, aber gleichzeitig auf das Verschuldenserfordernis des § 280 I BGB zu verzichten.²⁰⁶⁸ Unter den verbleibenden Befürwortern einer Ableitung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs analog §§ 280 ff. BGB besteht deshalb Uneinigkeit hinsichtlich der Auflösung dieses Widerspruchs. In Ablehnung der überwiegenden Ausgestaltung des Herstellungsanspruchs gehen einzelne Stimmen davon aus, dass der Herstellungsanspruch verschuldensabhängig ist bzw. sein sollte.²⁰⁶⁹ Andere Stimmen (einschließlich des BSG) wollen aus dem Widerspruch nicht schon die generelle Unzulässigkeit einer Ableitung aus §§ 280 ff. BGB folgern, sondern halten eine Umgestaltung dieser Haftung zu einer verschuldensunabhängigen Haftung speziell für das Sozialrecht für denkbar.²⁰⁷⁰ Die zweite Ansicht versucht damit eine Übertragbarkeit des Verschuldenserfordernisses auf das Sozialrecht auszuschließen. Da bislang kein entsprechender Begründungsversuch vorliegt, sollen die nachfolgenden Ausführungen die Möglichkeit der Ableitung eines verschuldensunabhängigen Herstellungsanspruchs in Analogie zu den §§ 280 ff. BGB kritisch würdigen.

Bei einem Analogieschluss muss davon ausgegangen werden, dass eine Rechtsfolge grds. durch die Erfüllung der Tatbestandsmerkmale des geregelten Falles ausgelöst wird. Deshalb bedarf es der Prüfung, ob der gesetzlich ungeregelte Fall dem gesetzlich geregelten Fall in der Weise vergleichbar ist, dass – von einem einheitlichen gesetzgeberischen Plan ausgehend – eine gleichwertige Interessenlage vorliegt, die die Übertragung der Rechtsfolge auf den ungeregelten Fall rechtfertigt. Wer einzelne Merkmale des Tatbestandes für die Übertragung der Rechtsfolge unberücksichtigt lassen möchte, droht den gesetzgeberischen Willen zu unterlaufen, da nur noch aus einzelnen (unvollständigen) Tatbestandsmerkmalen die Vergleichbarkeit der Fälle auf Rechtsfolgenseite abgeleitet wird. Überspitzt formuliert droht dieses Vorgehen einer Beliebigkeit der Anwendung von Rechtsfolgen Tür und Tor zu öffnen, falls man es für die Übertragung von Rechtsfolgen ausreichen lässt, dass der ungeregelte Fall in einem einzigen tatbestandlichen Aspekt dem gesetzlich geregelten Fall vergleichbar ist – und in drei weiteren Merkmalen nicht, die allerdings selektiv bei

²⁰⁶⁸ *Kreßel*, SGB 1987, 313, 313; *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 392.

²⁰⁶⁹ *Maier*, SGB 1982, 133, 135 f.; *ders.*, SozVers 1985, 113, 117 f.; *Terwey*, Rechtliche Betreuung nach dem SGB, S. 172 ff., 201; im übertragenden Sinne auch: *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 60.

²⁰⁷⁰ Vgl. BSG, Urt. v. 29.10.1992 – 10 RKg 24/91 = BSGE 71, 217, 221; ohne Problembewusstsein: *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 396; ablehnend: *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 59 f. („*Daß dabei* [mit der Anlehnung an die §§ 280 ff. BGB, Anmerkung des Verfassers] *das Verschulden wiederum als Voraussetzung fungiert, ist rechtsdogmatisch nicht nur nicht zu beklagen, sondern als systemimmanent zu begrüßen.*“).

der Übertragung ausgeschlossen werden. Dies spricht grds. dagegen, bei der Begründung/Ausgestaltung lückenschließender Rechtsfortbildung durch Analogieschluss einzelne Tatbestandsmerkmale nicht (mit) zu übertragen. Andererseits muss der unregelmäßige Fall denkbare bei jeder Analogie tatbestandlich vom geregelten Fall abweichen; ansonsten wäre er bereits unmittelbar von der Norm erfasst. Ausgehend von den bestehenden Unterschieden muss eine Vergleichbarkeit der Fälle gerade im Hinblick auf das gesetzliche Regelungsziel bestehen. Insofern muss es möglich sein, dass bestimmte Tatbestandsmerkmale bei der Übertragung durch Analogieschluss anders interpretiert werden bzw. sogar aufgegeben werden (müssen), da sie ansonsten gesetzliche Wertungswidersprüche begründen würden.²⁰⁷¹ Wichtig ist jedoch, dass grundsätzliche Entscheidungen des Gesetzgebers nicht derart verformt werden, dass nicht mehr von einer Vergleichbarkeit (im Hinblick auf das Regelungsziel) ausgegangen werden kann.

Eine Ableitung des Herstellungsanspruchs aus einer Analogie zu den §§ 280 ff., 249 ff. BGB erfordert damit, dass eine Vergleichbarkeit der unverschuldeten Haftung bei sozialrechtlichen Pflichtverletzungen mit der verschuldensabhängigen Haftung bei zivilrechtlichen Pflichtverletzungen im Hinblick auf die gesetzgeberischen Regelungsziele besteht. In einem ersten Schritt lässt sich allgemein begründen, dass das Haftungsinteresse der Beteiligten öffentlich-rechtlicher Sonderbeziehungen mit dem Schadensersatzrechtlichen Haftungsinteresse der Beteiligten zivilrechtlicher Sonderbeziehungen (Schuldverhältnisse) unter dem Aspekt der besonderen Pflichtenstellung und gegenseitiger Einwirkungsmöglichkeiten vergleichbar ist. Wenn im Zivilrecht neben die deliktische Haftung aus den §§ 823 ff. BGB auch eine besondere vertragliche Haftung nach den §§ 280 ff. BGB für schon bestehende Schuldverhältnisse tritt, lässt sich begründen, warum auch im öffentlichen Recht neben der deliktischen Haftung aus § 839 BGB, Art. 34 GG eine weitere besondere Haftung für öffentlich-rechtliche Schuldverhältnisse in Analogie zu den §§ 280 ff. BGB bestehen soll.²⁰⁷²

Weniger überzeugend ist hingegen die weitergehende Annahme, dass die Haftung in sozialrechtlichen Schuldverhältnissen sogar ohne Verschulden eine vollumfängliche Schadensersatzpflicht i.S.d. §§ 249 ff. BGB auslösen soll (und

²⁰⁷¹ Bezogen auf den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch aus einer Analogie zu den §§ 280 ff. BGB könnte bspw. schwerlich kritisiert werden, dass für Kausalitätszurechnungen innerhalb der sozialrechtlichen Haftung nicht die zivilrechtlichen Zurechnungswertungen übernommen werden, sondern auf eine Kausalität nach der Theorie der wesentlichen Bedingung abgestellt wird.

²⁰⁷² Vgl. Kap. 1 E.II.2.c.aa.

damit von §§ 280 ff. BGB abweicht).²⁰⁷³ Schließlich bringt das zivilrechtliche Schadensersatzrecht gerade zum Ausdruck, dass eine solche Rechtsfolge nur bei Verschulden eintreten soll. Vollumfänglicher Schadensersatz i.S.d. §§ 249 ff. BGB, welcher nach § 249 I BGB eine Naturalrestitution als Rechtsfolge einschließt, setzt regelmäßig ein Verschulden des Schadensersatzpflichtigen voraus; unabhängig davon, ob es sich um eine deliktische Haftung nach §§ 823 ff. BGB oder eine vertragliche Haftung nach den §§ 280 ff. BGB handelt. Verschuldensunabhängige Schadensersatzansprüche (sog. Gefährdungshaftungen) stellen die gesetzliche Ausnahme dar (bspw. § 834 S. 1 BGB, §§ 7, 18 StVG, §§ 1, 2 HaftpflG, § 1 ProdHaftG, §§ 25 ff. AtomG). Auch wenn diese Gefährdungshaftungen regelmäßig für die Schäden, die keine Körperschäden sind, zur Naturalrestitution nach § 249 I BGB führen,²⁰⁷⁴ kann aufgrund ihrer Ausnahместellung nicht davon ausgegangen werden, dass ein allgemeiner Rechtsgedanke bestünde, nach dem auch jede unverschuldete Rechtsverletzung mit einer vollumfänglichen Naturalrestitutionspflicht verknüpft wäre.²⁰⁷⁵ Die zivilrechtlichen Abgrenzungsversuche der (unvollkommenen) Beseitigungspflichten analog § 1004 BGB gegenüber der (vollumfänglichen) Naturalrestitutionspflicht § 249 I BGB²⁰⁷⁶ legen davon ein eindrucksvolles Zeugnis ab. Das Verschuldenselement ist kein unwesentlicher Bestandteil des deutschen Schadensersatzrechtes, sondern verwirklicht vielmehr eine gesetzgeberische Grundentscheidung, auf die bei einer Übertragung nicht leichtfertig verzichtet werden darf.²⁰⁷⁷ Der Verzicht auf ein Verschuldenserfordernis beseitigt die Vergleichbarkeit des Herstellungsanspruchs zu den §§ 280 ff. BGB im Hinblick auf die in diesen Vorschriften zum Ausdruck gebrachte gesetzgeberische Entscheidung, dass (nur) derjenige schadensersatzberechtigt nach §§ 249 ff. BGB sein soll, der durch fremdes Verschulden in seinen Rechten verletzt wurde.

Diese Ausführungen bedeuten jedoch nur, dass eine den §§ 249 ff. BGB vergleichbare Rechtsfolge nicht ohne Verschuldenselement eingeführt werden kann, wie es für die Schadensersatzansprüche der §§ 280 ff., 823 ff. BGB typisch ist. Wie bereits mehrfach dargestellt wurde, unterscheiden sich sozialrechtliche Naturalrestitution und zivilrechtliche Naturalrestitution i.S.d. § 249 I BGB jedoch sowohl im Bezugspunkt als auch im Umfang von-

²⁰⁷³ Pietzner, in: SchulIn [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 93, 95.

²⁰⁷⁴ Bei Körperschäden besteht regelmäßig eine gesetzliche Begrenzung der Schadensersatzpflicht auf Geldersatz (vgl. §§ 10 ff. StVG, §§ 5 f. HaftpflG, § 7 ff. ProdHaftG).

²⁰⁷⁵ So im Ergebnis auch: Terwey, Rechtliche Betreuung nach dem SGB, S. 172.

²⁰⁷⁶ Vgl. hierzu jeweils m.w.N. zu den verschiedenen Ansichten: Katzenstein, AcP 211 [2011], 58, 62 f., 70 ff.; Gursky, in: Staudinger, § 1004 BGB, Rn. 137 ff.; Baldus, in: MüKo BGB, § 1004 BGB, Rn. 103 ff.; Baur/Stürner, SachenR, § 12, Rn. 20 f.

²⁰⁷⁷ Vgl. Maier, SGB 1982, 133, 135 f.

einander.²⁰⁷⁸ Eine Abweichungsmöglichkeit vom Verschuldenserfordernis gewinnt damit an Plausibilität, wenn man den Herstellungsanspruch eben nicht als „*echten Schadensersatzanspruch*“²⁰⁷⁹ begreift.²⁰⁸⁰ Auf diese Möglichkeit²⁰⁸¹ wird im Rahmen der eigenen Ableitung des Herstellungsanspruchs eingegangen. An dieser Stelle sei jedoch bereits der Hinweis gestattet, dass eine Übertragung der (neuen) Rechtsfolge des §§ 249 ff. BGB auf das Sozialrecht u.a. auch wegen § 31 SGB I nicht unproblematisch wäre.²⁰⁸² Insofern liegt der Schluss nahe, dass der Herstellungsanspruch keine Schadensersatzpflicht i.S.d. §§ 249 ff. BGB begründet.

Bei der Anwendung der §§ 280 ff., 249 ff. BGB auf öffentlich-rechtliche Schuldverhältnisse wird daher zu Recht auch von einer Übertragung der Verschuldensvoraussetzung ausgegangen.²⁰⁸³ Worin dann bei Sozialrechtsverhältnissen eine haftungsrechtliche Besonderheit gegenüber allen anderen öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen liegen soll, die es rechtfertigt, ausgerechnet hier von der Unübertragbarkeit des Verschuldenselementes auszugehen, ist nicht ersichtlich. Der sozialrechtlichen Herstellungsanspruch kann nicht überzeugend aus den Hintergründen der Haftung aus Verwaltungsrechtsverhältnissen begründet werden.

²⁰⁷⁸ Vgl. Kap. 1 B.I.2; II.1.

²⁰⁷⁹ BSG, Urt. v. 12.12.1984 – 7 RAr 74/83 = SozR 4100 § 56 Nr. 18.

²⁰⁸⁰ Dies räumt sogar *Schoch* – als vielleicht schärfster Kritiker des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs – indirekt ein. Er lehnt jedoch derartige Versuche einer Abgrenzung des BSG zwischen „*echten*“ und „*unechten*“ Schadensersatz (BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 78; BSG, Urt. v. 18.8.1983 – 11 RA 60/82 = BSGE 55, 261, 263; BSG, Urt. v. 12.12.1984 – 7 RAr 74/83 = SozR 4100 § 56 Nr. 18; *Adolf*, Herstellungsanspruch, S. 144; *Olbertz*, S. 55 ff., 152; *Gagel*, SGB 2000, 517, 520) als unzulässige – rein vom Ergebnis geleitete – Rechtspolitik des Gerichts ab (*Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 60, Fn. 368).

²⁰⁸¹ Kritisch hierzu: *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 60, Fn. 368; *Bender*, StHR, Rn. 452 ff.

²⁰⁸² Vgl. Kap. 2 B.II.2.b.aa.

²⁰⁸³ Etwa: *Simons*, Leistungsstörungen, S. 147 ff., 168 ff.; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 440; *Wienhues*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 232; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 87; *Maurer*, AllgVerwR, § 29, Rn. 6; *Durner*, JuS 2005, 900, 904; *Papier*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 34 GG, Rn. 71; *Laubinger*, VerwArch. 99 [2008], 278, 296 m.w.N. Offengelassen in der Frage, ob beim beamtenrechtlichen Schadensersatz auf ein Verschuldenserfordernis des Dienstherrn verzichtet werden kann: OVG Niedersachsen, Urt. v. 18.3.1981 – 13 A 56/80 = ZBR 1982, 91, 92.

e) Ableitung als allgemeiner Wiedergutmachungs-/Bestandsschutzanspruch

aa) Allgemeiner Wiedergutmachungsanspruch nach Menger und Haas

In der ersten Entscheidung zum sozialrechtlichen Herstellungsanspruch hat das BSG diesen Anspruch unter Rückgriff auf *Menger* beschrieben.²⁰⁸⁴ Damit nahm das Gericht Bezug auf eine damals aktuell diskutierte Vorstellung von *Menger* und *Haas*, die einen sog. allgemeinen Wiedergutmachungsanspruch des Bürgers etablieren wollten.²⁰⁸⁵ Hiernach sollte der Staat verpflichtet sein, dem Bürger ausnahmslos alle eingetretenen Schäden auszugleichen bzw. in Geld zu ersetzen, die dieser durch ein rechtswidriges hoheitliches Verhalten erlitten hat, indem der Zustand hergestellt wird, der ohne das Fehlverhalten heute für den Bürger bestehen würde.²⁰⁸⁶ Ein entsprechender ungeschriebener, allgemeiner (öffentlich-rechtlicher) Haftungsgedanke habe u.a. in § 839 BGB, Art. 34 GG und den prozessrechtlichen Regelungen zur Beseitigung hoheitlichen Unrechts einen fragmentarischen Ausdruck gefunden; er könne zur verschuldensunabhängigen, staatlichen Wiedergutmachung verallgemeinert werden.²⁰⁸⁷ Eine vollständige Wiedergutmachung sei letztlich von einem Rechtsstaat gefordert, denn aus „*dem Untertan ist der Bürger geworden.*“²⁰⁸⁸ Hieraus erklärt sich auch die Attraktivität, die das BSG damals wohl in diesem Lösungsansatz für die Ableitung des Herstellungsanspruchs gesehen hat. Ein Herstellungsanspruch als Naturalrestitutionspflicht wäre dann eine notwendige Umsetzung der allgemeinen Wiedergutmachungsverpflichtung des Staates, die gerade nicht beim (unvollständigen) Folgenbeseitigungsanspruch stehenbleiben

²⁰⁸⁴ BSG, Urt. v. 14.6.1962 – 4 RJ 75/60 = SozR § 1233 RVO, Nr. 3 = MDR 1962, 1022 f.

²⁰⁸⁵ *Menger*, in: FS für Jellinek, S. 347, 350 ff.; *Haas*, Entschädigungspflichten, S. 59 ff.

²⁰⁸⁶ *Menger* beschreibt diese Grundnorm der Staatshaftung folgendermaßen: [1.] „*Wenn der Staat oder ein anderer Hoheitsträger durch einen Organwalter in Ausübung öffentlicher Amtstätigkeit jemanden in seiner Rechtsstellung widerrechtlich beeinträchtigt, hat er den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn die Beeinträchtigung nicht eingetreten wäre.*“ [2.] „*Ist wegen Beeinträchtigung durch den Erlaß oder die Unterlassung eines Verwaltungsaktes (Wieder-)Herstellung zu leisten, so kann der Berechtigte die Aufhebung bzw. die Vornahme des Verwaltungsaktes verlangen. Über diesen Anspruch entscheiden die Verwaltungsgerichte nach den bestehenden Vorschriften.*“ [3.] „*Soweit die Aufhebung oder die Vornahme des Verwaltungsaktes nicht möglich ist oder zum Ersatz eines dem Betroffenen entstandenen Schadens nicht genügt, hat der Ersatzpflichtige Schadensersatz in Geld oder gleicher Sache zu leisten. Über diesen Anspruch entscheiden die Zivilgerichte nach den bestehenden Vorschriften.*“ (*Menger*, in: FS für Jellinek, S. 347, 358 f.).

²⁰⁸⁷ *Menger*, in: FS für Jellinek, S. 347, 350 f.; *Haas*, Entschädigungspflichten, S. 64.

²⁰⁸⁸ *Haas*, Entschädigungspflichten, S. 59 f.

darf, der mit einer Wiederherstellung des status quo ante nur einen Teilbereich gewährt.²⁰⁸⁹

Rechtswissenschaftlich werden die Ausführungen *Mengers* und *Haas* nahezu einstimmig abgelehnt und ein allgemeiner Wiedergutmachungsanspruch zurückgewiesen,²⁰⁹⁰ weil lediglich auf der Grundlage der „*Erkenntnis*“ einer allgemeinen Wiedergutmachungspflicht ihre Folgerungen erläutert werden, während der Gedanke selbst rechtlich nicht fassbar wird.²⁰⁹¹ Dieser Nachweis ist insbesondere nicht durch den von *Menger* vollzogenen Schluss von den Besonderheiten des einfachen Rechts (Amtshaftungsanspruch und Anfechtungsklage) auf das verfassungsrechtliche Allgemeine in einer bestimmten Form (ein allgemeiner Wiedergutmachungsanspruch) erbracht – wobei die Besonderheit dann wiederum vom entdeckten Grundsatz abweichen könne, weil es ja eine Besonderheit ist. Letztendlich muss ein solcher allgemeiner Anspruch überhaupt nicht existieren, weil vielleicht nur Besonderheiten bestehen, nicht jedoch ein allgemeines verbindendes Prinzip.

Wenn hingegen eine Ableitung aus dem Rechtsstaatsprinzips erfolgen soll, kann auf die bereits im Zusammenhang mit dem Folgenbeseitigungsanspruch erhobenen Argumente verwiesen werden.²⁰⁹² So ergibt sich auch aus einer rechtsstaatlichen Fundierung nicht zwingend eine derart allumfassende Wiedergutmachungspflicht, da das materielle Rechtsstaatsprinzip diesen Haftungsumfang nicht einfordert.²⁰⁹³ Dem Bürger steht bereits kein allgemeiner Anspruch auf rechtmäßiges Verwaltungsverhalten zu, so dass ein allumfänglicher Abwehranspruch im Verletzungsfall wenig überzeugend erscheint.²⁰⁹⁴ Vielmehr wird das tatsächlich Geregelter mit dem rechtspolitisch möglicherweise Wünschenswerten verwechselt.²⁰⁹⁵

Selbst wenn man dennoch die fragliche Einschätzung teilen sollte, dass nur eine vollumfängliche Wiedergutmachung dem „*Ideal des Rechtsstaats*“²⁰⁹⁶ entspricht, bedeutet

²⁰⁸⁹ *Haas*, Entschädigungspflichten, S. 64; vgl. auch: *Ladage*, S. 75. *Olbertz* geht sogar davon aus, dass der allgemeine Wiedergutmachungsanspruch die rechtshistorische Grundlage des Folgenbeseitigungsanspruchs bilden würde (*Olbertz*, S. 158 f.) – dies ist rechtshistorisch jedoch nicht haltbar (vgl. Kap. 1 E.II.2.b.aa. (1)).

²⁰⁹⁰ Etwa: *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, S. 192 m.w.N.; *Bettermann*, DÖV 1955, 528, 536; *Weyreuther*, Gutachten, B 34 ff. m.w.N.; *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 19; *ders.*, JURA 1993, 478, 480; *Schenke*, NJW 1991, 1777, 1777 f.; *ders.*, DVBl. 1975, 121, 123; *Schneider*, Folgenbeseitigung, S. 37 ff.; *Pietzko*, FBA, S. 397 ff.

²⁰⁹¹ *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 19; *ders.*, JURA 1993, 478, 480; *Schenke*, NJW 1991, 1777, 1778; *ders.*, DVBl. 1975, 121, 123.

²⁰⁹² Vgl. hierzu: *Bettermann*, DÖV 1955, 528, 536; *Weyreuther*, Gutachten, B 35; *Schenke*, DVBl. 1975, 121, 123.

²⁰⁹³ *Redeker*, DÖV 1987, 194, 195.

²⁰⁹⁴ Statt vieler: *Frotz*, Reichweite des grundrechtlichen Abwehranspruchs, S. 127; *Grzeszick*, in: *Erichsen/Ehlers* [Hg.], AllgVerwR, § 45, Rn. 117.

²⁰⁹⁵ *Weyreuther*, Gutachten, B 35 f.; *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 19.

²⁰⁹⁶ *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 64.

auch dies nicht, dass gegenteilige rechtliche Anordnungen des Gesetzgebers missachtet werden dürften.²⁰⁹⁷ Zwar wäre ein Großteil der einfach-gesetzlichen Anordnungen verfassungswidrig, die einer verfassungsrechtlich geforderten, vollumfänglichen Wiedergutmachung entgegenstünden; unmittelbar durch Richterrecht korrigierbar sind sie deshalb jedoch nicht. Wie bereits mehrfach angemerkt wurde, ist dem Fachrichter eine Rechtsfortbildung *contra legem sed pro constitutione* nicht möglich.²⁰⁹⁸ Diese Gründe sprechen eindeutig gegen die Annahme einer allgemeinen (verfassungsrechtlichen) Wiedergutmachungspflicht hinsichtlich ausnahmslos aller eingetretenen Schäden, die ein Bürger durch ein rechtswidriges hoheitliches Verhalten erlitten hat.²⁰⁹⁹

Das Misstrauen, das dem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch nach wie vor entgegengebracht wird, hängt m.E. auch mit dieser allgemeinen Ablehnung zusammen. Da sich das BSG gerade in der ersten Entscheidung zum Herstellungsanspruch auf dieses Verständnis berufen hat,²¹⁰⁰ wird scheinbar davon ausgegangen, dass die Vorstellung eines allgemeinen Wiedergutmachungsanspruchs mit dem Herstellungsanspruch verbunden ist,²¹⁰¹ dass also derjenige, der einen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch anerkennt, (bewusst oder unbewusst) einen Wiedergutmachungsanspruch einführe. Diese Befürchtungen sind nicht unbegründet, müssen bei genauerer Betrachtung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs jedoch bislang zurückgewiesen werden.

Das BSG hat eine Begründung nach *Menger* lediglich in der ersten Entscheidung zum Herstellungsanspruch aufgegriffen. Anders als bei den wechselnden Begründungssträngen muss zudem davon ausgegangen werden, dass das Gericht die Begründung mithilfe eines Wiedergutmachungsanspruchs inzwischen auch verworfen hat.²¹⁰² Ein deutliches Zeugnis dieses Sinneswandels legen die nachfolgenden Begründungsversuche ab (bspw. Treu und Glauben, Parallele

²⁰⁹⁷ So im Ergebnis auch: *Schenke*, NJW 1991, 1777, 1778.

²⁰⁹⁸ Vgl. Kap. 2 A.III.3.b. – 4. Fallgruppe.

²⁰⁹⁹ Zwar werden auch heute noch Versuche unternommen, insbesondere den Folgenbeseitigungsanspruch zu einem allgemeinen Anspruch auf Wiedergutmachung auszubauen, jedoch wird eine Bezugnahme auf die Vorstellungen von *Menger* und *Haas* vermieden und eine rein grundrechtliche Fundierung bevorzugt (vgl. *Redeker*, DÖV 1987, 194, 198; *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 45, Rn. 116 ff., 118 m.w.N.). Mangels der Möglichkeit, den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch überzeugend aus den Grundrechten – insbesondere als Reaktionsanspruch auf einen Eingriff in ein Freiheitsrecht – zu entwickeln, kann dieser Ansatz nicht für eine Ableitung des Herstellungsanspruchs nutzbar gemacht werden. Die Überzeugungskraft dieser Ansätze für den Folgenbeseitigungsanspruch braucht im Rahmen dieser Fragestellung nicht erörtert zu werden.

²¹⁰⁰ BSG, Urt. v. 14.6.1962 – 4 RJ 75/60 = SozR § 1233 RVO, Nr. 3 = MDR 1962, 1022 f.

²¹⁰¹ Vgl. die Aussagen u.a. von: *Schoch*, JURA 1993, 478, 479 f.; *ders.*, VerwArch. 79 [1988], 1, 19.

²¹⁰² Zu dieser Einschätzung der Rechtsprechung gelangt u.a. auch: *Ossenbühl*, DVBl. 1994, 977, 983.

zum Folgenbeseitigungsanspruch oder die Haftung aus Verwaltungsschuldverhältnissen), die zu keinem Zeitpunkt mehr auf die Gedanken eines Wiedergutmachungsanspruchs zurückgreifen. Auch Befürworter des Herstellungsanspruchs sprechen sich offen gegen die Folgerungen von *Menger* und *Haas* aus.²¹⁰³

Zudem bleibt der ebenfalls verschuldensunabhängige sozialrechtliche Herstellungsanspruch auch tatsächlich deutlich hinter den Forderungen eines allgemeinen Wiedergutmachungsanspruchs zurück.²¹⁰⁴ So ist der sozialrechtliche Herstellungsanspruch zwar auf Herstellung des Zustandes ausgerichtet, der ohne das behördliche Fehlverhalten bestehen würde; aber diese sozialrechtliche Naturalrestitution ist kein vollumfänglicher Schadensersatz, wie er über den allgemeinen Wiedergutmachungsanspruch erreicht werden könnte.²¹⁰⁵ Immaterielle Schäden, entgangener Gewinn oder Schadensersatz in Geld können über den Herstellungsanspruch nicht beansprucht werden, womit die Naturalrestitution im Wesentlichen auf die Korrektur rechtlicher Fehlentwicklungen beschränkt wird. Des Weiteren erfordert der Herstellungsanspruch (anders als der weitergehende Wiedergutmachungsanspruch), dass der sozialrechtliche Nachteil nicht lediglich aus einer objektiv-rechtlichen Rechtsverletzung hervorgegangen ist. Eine Herstellung unterliegt weiteren einschränkenden Voraussetzungen (Kausalität nach der Theorie der wesentlichen Bedingung) und zahlreichen Ausschlussgründen. Zu diesen Einschränkungen zählen – neben dem Verbot einer Besserstellung – insbesondere die Kriterien des „*an sich (un)zulässigen*“ Amtshandelns und des zeitlichen Ausschlusses, die eine Anwendbarkeit des Herstellungsanspruchs empfindlich begrenzen. In der Subsidiarität des Herstellungsanspruchs gegenüber gesetzlichen Korrekturvorschriften und wirksamen Verwaltungsakten findet die enge Rechtsbindung des Herstellungsanspruchs deutlichen Ausdruck. Diese Einschränkungen verhindern, dass aus dem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch ein allgemeiner Wiedergutmachungsanspruch wird.²¹⁰⁶ Die gegen den allgemeinen Wiedergutmachungsanspruch vorgebrachten Argumente können insofern nicht ohne weiteres unverändert auch gegen den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch vorgebracht werden.

²¹⁰³ *Wallerath*, DÖV 1994, 757, 759.

²¹⁰⁴ *Löwer*, NVwZ 1986, 793, 798; *Schmitz*, ZfSH/SGb 2006, 393, 396 f.

²¹⁰⁵ Vgl. dazu ausführlich: Kap. 1 B.I.2; II.1.

²¹⁰⁶ *Bieback*, SGB 1990, 517, 519.

bb) Bestandsschutzanspruch nach Kreßel

Kreßel versucht keinen allgemeinen Wiedergutmachungsanspruch zu etablieren, sondern führt Folgenbeseitigungs- und Herstellungsanspruch auf einen gemeinsamen Grundtatbestand der Staatshaftung zurück, den er als „*Bestandsschutzanspruch*“ bezeichnet.²¹⁰⁷ Der Herstellungsanspruch sei eine sozialrechtliche Besonderheit dieses allgemeinen Bestandsschutzanspruchs,²¹⁰⁸ der inhaltlich mit dem Folgenbeseitigungs- und Herstellungsanspruch weitestgehend identisch sei.²¹⁰⁹ Der Rechtsgrund einer eventuellen Staatshaftung liege dabei in dem jeweils verletzten subjektiven Recht.²¹¹⁰ Wie auch *Weyreuther*²¹¹¹ unterscheidet *Kreßel* das subjektive Recht und die sekundären Rechte, die bei dessen Verletzung entstehen, wobei der Bestandsschutzanspruch zur zweiten Gruppe zähle.²¹¹² Allen subjektiven Rechten (Grundrechte und einfach-gesetzliche Rechte – auch des Zivilrechts) würde eine Bestandskraft innewohnen, die sie gegenüber rechtswidrigen Beeinträchtigungen schütze und sich im Verletzungsfall in einen Anspruch auf Restitution i.S. unmittelbarer Staatshaftung wandle.²¹¹³ Denn andernfalls liefe das jeweilige subjektive Recht leer.²¹¹⁴ Bezogen auf den typischen Herstellungsfall folge der Herstellungsanspruch aus dem jeweiligen Betreuungsrecht (bspw. der Beratungsanspruch nach § 14 SGB I), das verletzt worden ist.²¹¹⁵ In die Restitution seien dann allerdings auch die Primärrechte einzubeziehen, die bereits in den Betreuungsrechten angelegt seien (insbesondere Leistungsansprüche).²¹¹⁶

²¹⁰⁷ Die Überzeugung von einer allgemeinen Grundnorm der Staatshaftung zeigt allerdings eine gewisse Nähe zum allgemeinen Wiedergutmachungsanspruch; zu dieser Einschätzung gelangt u.a. auch: *Schmidt-De Caluwe*, S. 349.

²¹⁰⁸ *Kreßel*, SGB 1987, 313, 314.

²¹⁰⁹ *Kreßel*, S. 297 f., 301, 387.

²¹¹⁰ *Kreßel*, SGB 1987, 313, 314.

²¹¹¹ Vgl. Kap. 1 B.II.3.a.bb. (3).

²¹¹² Vgl. *Kreßel*, S. 12 ff.

²¹¹³ *Kreßel*, SGB 1987, 313, 314; *Kreßel*, NZS 1994, 395, 396.

²¹¹⁴ *Kreßel*, S. 14, 23 f., 297 f.

²¹¹⁵ *Kreßel*, NZS 1994, 395, 396.

²¹¹⁶ *Kreßel*, S. 300 („*Handelt es sich bei der verletzten Berechtigung, wie häufig im Sozialrecht, um ein Betreuungsrecht, so ist dessen Ziel in den Bestandsschutz- beziehungsweise Herstellungsanspruch einzubeziehen. Die Betreuungspflicht besteht nicht isoliert, sondern sie ist final auf die Verwirklichung eines bestimmten Ziels gerichtet. Eine Verletzung des Betreuungsrechts kann daher auch zur Vereitelung des darin projektierten Rechts führen. Dies hat aber zwangsläufig Auswirkungen auf den Bestandsschutzanspruch, der nicht nur das Betreuungsrecht, sondern in gleicher Weise die darin projektierte Leistungsverpflichtung wiederherstellen muß.*“); vgl. auch: *Kreßel*, SGB 1987, 313, 314 f.

Im Unterschied zum sog. allgemeinen Wiedergutmachungsanspruch ist der Bestandsschutzanspruch in seinem Umfang beschränkt. Der Bestandsschutzanspruch folgt nach dieser Ansicht aus dem subjektiven Recht, das verletzt wurde, und soll daher auch seine Grenzen in der rechtlichen Herstellung dieses Rechtes finden.²¹¹⁷ Es ist daher keine umfassende Naturalrestitution i.S.d. § 249 I BGB (Wiedergutmachung) geschuldet, sondern nur eine sozialrechtliche Naturalrestitution, wie sie auch über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch verwirklicht werden soll.²¹¹⁸ Insbesondere ist es nicht möglich, dass im Wege des Bestandsschutzes neue (Leistungs-) Rechte begründet werden.²¹¹⁹ Geschützt wird das jeweilige subjektive Recht in dem Umfang, den die Rechtsordnung dem Betroffenen zugewiesen hat.²¹²⁰ Wenn in einem Recht eine dynamische Weiterentwicklung angelegt sein sollte, muss der Zustand hergestellt werden, der ohne das Fehlverhalten heute bestünde; falls hingegen das subjektive Recht (nur) vor der Verschlechterung des gegenwärtigen Zustandes schützen sollte, genügt die Wiederherstellung des status quo ante.²¹²¹

Obwohl *Kreßel* die Einwände vermeidet, die gegen einen allgemeinen Wiedergutmachungsanspruch erhoben werden, hat sich seine Vorstellung bislang zu Recht nicht durchsetzen können.²¹²² Bereits die Vorstellung einer einheitlichen Haftungsgrundlage aller sekundären Rechte im sog. Bestandsschutzanspruch hat Kritik hervorgerufen, weil dadurch notwendige Differenzierungen verloren

²¹¹⁷ *Kreßel*, NZS 1994, 395, 396 („Dies bedeutet, daß die generelle Grenze für den Herstellungsanspruch darin liegt, nicht neue Rechte schaffen zu dürfen, sondern lediglich bestehende Rechte im Sinne des Gesetzeszweckes zu verwirklichen; das Rechtsstaatsprinzip ist damit allgemeiner Hintergrund und zugleich Grenze für den Herstellungsanspruch im Sozialversicherungsrecht. [...] Sieht man den Herstellungsanspruch im jeweiligen Betreuungsrecht selbst begründet, so sind auch konkrete Grenzen für den Umfang der Haftung gefunden, weil die Restitution durch den Inhalt des verletzten Rechts begrenzt ist. Die Herstellung kann nicht weiter reichen als die Betreuung nach ihrem objektiven Inhalt im Einzelfall.“).

²¹¹⁸ *Kreßel*, S. 298; *ders.*, NZS 1994, 395, 396; zu der Einschätzung, dass sich deshalb der Anspruchsumfang von Herstellungs- und Bestandsschutzanspruch decken, gelangen auch: *Olbertz*, S. 43; *Schmidt-De Caluwe*, S. 342.

²¹¹⁹ *Kreßel*, NZS 1994, 395, 396; vgl. für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch in diesem Sinne auch: *Gagel*, SGB 2000, 517, 518 („Der Herstellungsanspruch will und kann grundsätzlich nicht materielle Ansprüche verändern.“).

²¹²⁰ *Kreßel*, S. 298.

²¹²¹ *Kreßel*, S. 86, 176.

²¹²² *Olbertz*, S. 157. Unzutreffend ist dagegen der Vorwurf, dass *Kreßel* inkonsequent argumentiere, weil er trotz der Ableitung aus einem allgemeinen Bestandsschutzanspruch keine Ausweitung des Herstellungsanspruchs über das Sozialrecht hinaus vornehmen wolle (*Ebsen*, VSSR 1992, 149, 152). An der zum Beleg angeführten Stelle in der Arbeit (*Kreßel*, S. 301) spricht sich dieser keineswegs ausdrücklich für eine Begrenzung seiner Konstruktion nur auf das Sozialrecht aus. Vgl. zu teilweise übereinstimmenden Gedankengängen (insbesondere bzgl. der Maßgeblichkeit des missachteten subjektiven Rechts): *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 167 ff.; *ders.*, SGB 1990, 517, 520; *von Koch*, NZS 1998, 167, 169.

gehen, die sich in langer Rechtstradition bewährt haben.²¹²³ *Schmidt-De Caluwe* führt aus, dass die Vorstellung von der Ableitung eines Sekundäranspruches aus dem jeweiligen subjektiven Recht lediglich für die Grundrechte überzeugend wäre; eine vergleichbare Argumentation bei einfach-gesetzlichen Positionen und Leistungsrechten sei demgegenüber keineswegs selbstverständlich.²¹²⁴ Anders als *Kreßel*, der in Bezug auf die Ableitung des Abwehrrechtes aus dem subjektiven (Grund-) Recht von einem Schluss spricht, der „*rechtslogisch notwendig*“²¹²⁵ sei, damit das jeweilige Recht nicht leerläuft, macht *Schmidt-De Caluwe* deutlich, dass bereits dieser Schluss eine teleologische Wertentscheidung ist.²¹²⁶ Aufgrund der umfassenden Schutzrichtung der Grundrechte (als dem Staat vorgelagerten subjektiven Rechten des Bürgers) liegt es nahe, dass sie auch eine umfassende Beseitigung von Eingriffen/Eingriffsfolgen in ihren Schutzbereich fordern. Verallgemeinert ist es für die Begründung eines sekundären Abwehrenspruchs aus einem subjektiven Recht deshalb entscheidend, ob dieses Recht – seinem Sinn und Zweck nach – einen vergleichbaren rechtlichen Schutz gewährleistet.²¹²⁷ *Kreßel* stellt diese Frage hingegen nicht, wenn er auf jegliche subjektive Rechtsverletzung (ohne nähere Ansehung des jeweiligen Einzelrechtes) bereits die Antwort vorgibt, dass dem Bürger dieser rechtliche Gehalt des einfachen Rechts (wieder-) eingeräumt werden müsste. Dies legt den eigentlichen Schwachpunkt der Argumentation *Kreßels* offen: die mangelnde Berücksichtigung abweichender Anordnungen des einfachen Gesetzgebers.²¹²⁸

Bereits der Ansatzpunkt des Bestandsschutzanspruchs ist angreifbar. *Kreßel* sieht das jeweils verletzte subjektive Recht (bspw. auf Betreuung) als Fixpunkt eines Bestandsschutzes, der dessen rechtlichen Gehalt herstellt. Regelmäßig soll in den Herstellungsfällen jedoch nicht nur der rechtliche Gehalt eines Betreuungsrechts restituiert werden (bspw. durch ordnungsgemäße Beratung), sondern ein anderes Hauptleistungs- oder Gestaltungsrecht, das in seinen rechtlichen Wirkungen über den Herstellungsanspruch nachträglich verwirklicht wird. Das einzige subjektive Recht, das durch das behördliche Fehlverhalten beeinträchtigt wird, ist regelmäßig jedoch das Recht auf Betreuung; ein Leistungsanspruch wäre oftmals erst durch eine entsprechende Disposition des Bürgers entstanden. Der rechtlich hergestellte Gehalt stimmt damit nicht mit

²¹²³ Vgl. *Ebsen*, VSSR 1992, 149, 150 f.

²¹²⁴ *Schmidt-De Caluwe*, S. 349 f.

²¹²⁵ *Kreßel*, S. 14.

²¹²⁶ *Schmidt-De Caluwe*, S. 350 m.w.N.

²¹²⁷ *Schmidt-De Caluwe*, S. 350.

²¹²⁸ *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, S. 476; so wohl auch: *Ebsen*, VSSR 1992, 149, 152.

dem rechtlichen Gehalt des verletzten Rechts überein, obwohl *Kreßel* dessen Inhalt als Ziel des Bestandsschutzes formuliert. Diese Unstimmigkeit versucht *Kreßel* dadurch auszuräumen, dass er den rechtlichen Gehalt des Leistungs- bzw. Gestaltungsrecht bereits im jeweils verletzten Betreuungsrecht enthalten ansieht – und dessen Restitution deshalb in die Wiederherstellung miteinbezieht.²¹²⁹ Letztlich soll also eine fehlerhafte Beratung über Rentenbezugsmöglichkeiten durch die Auszahlung einer Altersrente korrigiert werden, weil die Auszahlung einer Altersrente bereits in einer richtigen Beratung mitenthalten sein soll. Dies leuchtet nicht ein, da die Beratung dem Bürger regelmäßig nur die Entscheidung über eine Rentenantragstellung erleichtern soll. Sie ersetzt keine notwendige Antragstellung oder Auszahlung der Rente, die sich ggf. an eine richtige Beratung anschließen können (nicht: müssen). Wenn der Gesetzgeber dem Bürger eine Leistung oder Gestaltungsmöglichkeit einräumt, kann er dies mit der Erfüllung besonderer Tatbestandsvoraussetzungen verbinden. Der rechtliche Gehalt eines Leistungsrechts ist nicht bereits in einem Beratungsrecht mitenthalten,²¹³⁰ sondern hängt ggf. von anderen Umständen ab. Es handelt sich um zwei materiell-rechtlich unterschiedliche Ansprüche. So kann dem Bürger ein Anspruch auf Beratung auch dann zustehen, wenn keine anderen Rechte bestehen. Allenfalls lässt sich die fehlende Antragstellung/Auszahlung der Rente als Folge einer auf sie bezogenen fehlerhaften Beratung betrachten. Ihre Korrektur wird jedoch nicht durch die Restitution eines Beratungsanspruchs sichergestellt, sondern allenfalls durch die Restitution eines Gestaltungs-/Leistungsrechts. Wann und warum aus dem Beratungsanspruch ein Rentenanspruch wird, kann *Kreßel* nicht überzeugend darlegen, wenn er lediglich auf einen Bestandsschutz verweist. Der *Bestandsschutzanspruch* wird damit nämlich zum *Entstehensschutzanspruch*, der nicht mehr überzeugend daraus begründet werden kann, dass dem Betroffenen ein anderes Recht von der Rechtsordnung (einschließlich eines Beachtungs- und Abwehrgehaltes) bereits zugeordnet wurde.²¹³¹ *Kreßel* kann daher vorgehalten werden, dass er im Ergebnis „die Unterscheidung zwischen Forderung und Erfüllung beiseite“²¹³² schiebt; wobei die missachtete Forderung sogar auf eine andere Leistung gerichtet ist (bspw. richtige Beratung), als die über den Bestands-/Herstellungsanspruch beanspruchbare Erfüllungsleistung (bspw. Rentenge-

²¹²⁹ Vgl. *Kreßel*, S. 185 f., 300; *ders.*, SGB 1987, 313, 314.

²¹³⁰ Vgl. *Schmidt-De Caluwe*, S. 359.

²¹³¹ Bislang stand dem Bürger allein ein Betreuungsrecht zu, das verletzt worden ist. Die Auszahlung einer Rente hat ihm hingegen deshalb rechtlich noch nicht zugestanden; vielmehr hätte sie dem Betroffenen bei richtiger Beratung wohl eines Tages zugestanden.

²¹³² *Schmidt-De Caluwe*, S. 356.

währung). Die Vorstellung eines derart weitreichenden, allgemeinen Bestandsschutzanspruchs überzeugt nicht.

Da ein Leistungsanspruch unabhängig von der Einräumung eines Betreuungsrechtes besteht, liegt es nahe, dass auch die Restitution beider Rechte voneinander unabhängig erfolgen muss; abhängig von den jeweils maßgeblichen Wertungen des Gesetzes. Es muss also gefragt werden, ob dem Betroffenen eine Leistung nach Sinn und Zweck des Gesetzes auch dann (erstmalig) über den Bestandsschutz-/Herstellungsanspruch nachträglich gewährt werden kann, falls die eigentlich erforderlichen Leistungsvoraussetzungen nicht erfüllt worden sind. Der Gesetzgeber kann diese Situation anders bewerten, als die Situation, die vor dem Fehlverhalten der Verwaltung für den Betroffenen gesetzlich vorgesehen war.²¹³³ Entgegen dem Bestandsschutzanspruch muss nicht davon ausgegangen werden, dass auch für die tatsächliche Situation mit Fehlverhalten dieselben Rechtsfolgen noch gesetzlich gefordert sind, wie sie in der fiktiven Situation ohne Fehlverhalten eingetreten wären. Der Gesetzgeber ist in der Lage, beide Situationen ggf. unterschiedlich zu bewerten. Unabhängig vom Fehlverhalten tatsächlich entstandene Leistungs- oder Gestaltungsrechte – bzw. Rechte, die aller Voraussicht nach ohne das Fehlverhalten entstanden wären – können rechtlich untergehen und dem Bürger durch das Gesetz auch wieder entzogen werden.²¹³⁴

Zudem führt die Vorstellung eines allgemeinen Bestandsschutzanspruches zu rechtlichen Widersprüchen zu vorhandenen Korrekturvorschriften (bspw. §§ 27, 44 ff. SGB X, § 26 II SGB IV, § 13 III SGB V, § 197 III SGB VI oder § 210 SGB VI). Falls in jedem subjektiven Recht tatsächlich bereits ein entsprechender Abwehrgehalt mitgeregelt worden ist, ergibt die Einräumung von gesetzlichen Korrekturvorschriften für den Verletzungsfall keinen Sinn. Statt einer Verbesserung der Rechtsstellung des Bürgers könnte eine Korrekturvorschrift allenfalls eine Verschlechterung der Rechtsstellung des Bürgers gegenüber

²¹³³ Wenn bspw. vor dem Fehlverhalten eine bestimmte gesetzliche Gestaltungsmöglichkeit bestand, die durch das Fehlverhalten verfristet ist, kann der Gesetzgeber mit dem Fristablauf den absoluten Ausschluss/Verlust dieser Gestaltungsmöglichkeit verbunden haben (etwa aus Gründen der Rechtssicherheit); unabhängig davon, warum das Gestaltungsrecht im Einzelfall nicht fristgemäß genutzt wurde.

²¹³⁴ *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, S. 476. In gewissem Maße will wohl auch *Kreßel* die Möglichkeit eines gesetzlichen Ausschlusses anerkennen, wenn er versucht, Einschränkungen des Bestandsschutzanspruches aus dem subjektiven Recht heraus zu begründen, dessen Verletzung dem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch bzw. Bestandsschutz jeweils zu Grunde liegt. So soll bspw. ein Sozialhilfeanspruch nicht nachträglich wiederhergestellt werden können, weil er seinem Inhalt nach auf die Korrektur einer gegenwärtigen Notlage beschränkt ist, die nicht nachträglich wiederhergestellt werden könnte; der Anspruch auf Sozialhilfe sei rechtlich unmöglich geworden (vgl. *Kreßel*, S. 301).

dem ansonsten bestehenden allgemeinen Bestandsschutzanspruch bedeuten. Da bspw. eine Wiedereinsetzung nach § 27 SGB X an engere Voraussetzungen gebunden ist als der Bestandsschutz- oder Herstellungsanspruch, müsste diese Vorschrift (von einem allgemeinen Prinzip des Bestandsschutzes ausgehend) als Schwächung der Rechtsstellung des Bürgers verstanden werden, statt als vom Gesetzgeber beabsichtigten Verbesserung. Umso mehr Regelungen der Gesetzgeber somit zur Verbesserung der Rechtsstellung des Bürgers treffen sollte, umso stärker würde er tatsächlich dessen Rechte beschneiden. Da der Gesetzgeber mit den Korrekturvorschriften gerade das Gegenteil verbindet, geht er nicht davon aus, dass ohne Normierung ein vorteilhafter Bestandsschutz der subjektiven Rechte gegeben ist. Überzeugender wäre es gerade anhand dieser Korrekturvorschriften (falls sie für den Fall einer Pflichtverletzung nicht abschließend sein sollten), einen – unvollständig kodifizierten – Willen des Gesetzgebers herauszuarbeiten, dass dem Bürger seine subjektiven Rechte auch erhalten bleiben sollen; anstatt allgemein bereits aus der Existenz eines subjektiven Rechts ohnehin seinen weiteren Bestand zu folgern, unabhängig davon, ob der Gesetzgeber diesem Gedanken bspw. in Korrekturvorschriften hinreichend Ausdruck verliehen hat.

f) Ableitung als Anspruch sui generis

Zunehmend wird der sozialrechtliche Herstellungsanspruch als *Restitutionsanspruch sui generis* bezeichnet. Sofern damit lediglich eine Emanzipation des Herstellungsanspruchs zum eigenständigen Haftungsinstitut verbunden sein soll,²¹³⁵ bleibt die eigentliche Frage nach der rechtsdogmatischen Ableitung offen. Allein die Bezeichnung als *sui generis* legt den Rechtsgrund einer Rechtsfortbildung nicht offen, sondern wirft diese Frage (verstärkt) auf.²¹³⁶ Die Bezeichnung „*sui generis*“ hat deshalb nur eine „*deskriptive Funktion, um zu verdeutlichen, daß dieses Haftungsinstitut nicht in das tradierte System der Staatshaftung eingeordnet werden kann.*“²¹³⁷ In dieser Arbeit sollen mit der Bezeichnung die Ableitungsversuche zusammengefasst werden, die eine eigenständige Grundlegung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs formulieren, wie sie für keinen anderen Anspruch des Staatshaftungsrechts vertreten wird. Es geht also um Ableitungen, die ausschließlich für den Herstellungsanspruch diskutiert werden. Ihnen weitestgehend gemeinsam ist der Versuch, den Hintergrund des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs auf der Ebene des einfachen Sozialrechts in sozialrechtlichen Besonderheiten zu suchen.

²¹³⁵ Etwa: *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 396; *Maurer*, AllgVerwR, § 30, Rn. 23; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 605; *Ladage*, S. 76.

²¹³⁶ Kritisch zu dieser Nichtbegründung auch: *Schmidt-De Caluwe*, S. 359 f.; *Olbertz*, S. 43 f.; *Wallerath*, DÖV 1987, 505, 508.

²¹³⁷ *Eisenreich/Ludwig*, SozVers 1995, 1, 6, Fn. 91.

Entschieden zurückgewiesen werden muss jedenfalls eine Ableitung des Herstellungsanspruchs als Anspruch sui generis aus den Motiven des nichtigen StHG von 1982.²¹³⁸ Da dieses Gesetz vom BVerfG für nichtig erklärt wurde,²¹³⁹ existieren keine entsprechenden bundesrechtlich verbindlichen Rechtssätze. Die Argumentation kann daher nur ausgehend von Gesetzgebungsunterlagen und gesetzgeberischen Wünschen von 1982 erfolgen, denen – auch indirekt – nicht derselbe Rechtsgehalt zugestanden werden darf, wie einem wirksamen Gesetz. Die Vorstellungen des Gesetzgebers von 1982, die keine Gesetzeskraft erlangt haben, tragen – sofern man sie überhaupt als unverändert maßgeblich ansehen kann²¹⁴⁰ – keine Rechtsfortbildung innerhalb der bestehenden Gesamtrechtsordnung.

aa) Notwendiger Ausgleichsanspruch für die Kompliziertheit des (Sozial-) Rechts?

Teilweise wird die Ableitung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs mit dem Hinweis verbunden, dass es sich beim Sozialrecht um eine komplizierte Rechtsmaterie handle, innerhalb derer vor allem dieser Anspruch sicherstelle, dass ein Bürger trotz Betreuungsfehlern der Verwaltungsträger, die wegen der Komplexität des Sozialrechts kaum zu vermeiden wären, noch Sozialleistungen erhalte.²¹⁴¹ Wie die Betreuungspflichten der §§ 13 ff. SGB I sei auch der Herstellungsanspruch notwendig, damit die Komplexität des Sozialrechts nicht auf Kosten des Bürgers verwirklicht werde.²¹⁴²

Dass diese Begründung keine Ableitung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs trägt, liegt auf der Hand. Ein Hinweis auf die Kompliziertheit des Rechts lässt keine konkreten Schlussfolgerungen für Tatbestand, Rechtsfolge und Ausschlussgründe zu. Zudem sollen mögliche Wissensdefizite des Bürgers in erster Linie durch die §§ 13 ff. SGB I ausgeglichen werden. Warum die Verletzung dieser Pflichten weitergehend – reflexartig – auch eine Restitutionspflicht auslösen soll, nur weil das Sozialrecht vorgeblich so komplex ist, er-

²¹³⁸ In diese Richtung gehen aber: *Maier*, SozVers 1985, 113, 115 f.; *Krasney*, ZAP 1996 [Fach 18], 449, 456.

²¹³⁹ BVerfG, Urt. v. 19.10.1982 – 2 BvF 1/81 = BVerfGE 61, 149, 151.

²¹⁴⁰ Das Scheitern des Vorstoßes der FDP-Fraktion von 2004 und 2008 (BT-Drs. 15/3859; BT-Drs. 16/11465) könnte ggf. als Wechsel der Einstellung zu einem StHG interpretiert werden. Jedenfalls muss ein StHG der Gegenwart nicht so aussehen wie das StHG von 1982.

²¹⁴¹ *Plagemann*, NJW 1986, 2082, 2086; vgl. auch: *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 393 f.; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR I, § 52, Rn. 41; *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 167.

²¹⁴² *Plagemann*, NJW 1986, 2082, 2086 („Gerade weil aber das Sozialversicherungsrecht so kompliziert geworden ist, vielleicht werden mußte, ist es erforderlich, dem Bürger mit Hilfe des Herstellungsanspruchs einen Ausgleich für eine unterbliebene oder falsch erteilte Auskunft zu geben.“); vorsichtiger in diese Richtung gehend: *Wallerath*, in: *Schulin* [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 67, 67 f.

schließt sich nicht. Dies würde bedeuten, dass der möglichst unkundige Bürger auf eine denkbar schlechte Betreuung bei möglichst verworrenen Regelungen hoffen sollte, weil dann ein Herstellungsanspruch entstünde, der bei eindeutiger Gesetzeslage nicht entstanden wäre. Dass folgerichtig ein Herstellungsanspruch auch dann ausscheidet, falls ein Fehler in keinem Zusammenhang mit der Komplexität des Sozialrechts steht,²¹⁴³ ist ebenfalls nicht nachvollziehbar.

Des Weiteren ist nicht ersichtlich, wann eine Rechtsmaterie komplex/undurchschaubar genug sein soll, um durch mangelhafte Betreuung einen Herstellungsanspruch auszulösen. Zwar mag sich das Sozialrecht gerade dem Laien nicht auf den ersten Blick erschließen; aber welche Rechtsmaterie könnte unter diesem Gesichtspunkt dann noch als unkompliziert gelten? Jeder Rechtsstreit, der wegen eines rechtswidrigen Verwaltungsverhaltens gewonnen wird, belegt, dass auch dem fachlich geschulten Verwaltungspersonal in anderen – vermeintlich überschaubaren – Rechtsgebieten Rechtsfehler unterlaufen. Dies ist kein Sonderproblem der Komplexität des Sozialrechts.²¹⁴⁴ Wo sollte auch eine Grenze zwischen komplexen und einfachen Rechtsgebieten verlaufen? Es gibt zahlreiche öffentlich-rechtliche Rechtsbereiche, die keinen Herstellungsanspruch ausgebildet haben, obwohl sie zumindest eine ähnliche Stufe an rechtlicher Komplexität aufweisen wie das Sozialrecht (bspw. das Steuer-, Bau- oder Atomrecht). Damit die Annahme überzeugen könnte, dass die Ausbildung eines Herstellungspruchs von der Komplexität einer Rechtsmaterie abhängt, müsste es in Deutschland eigentlich schwieriger sein, die Berechtigung einer Altersrente zu überprüfen als die Genehmigungsfähigkeit eines Atomkraftwerkes.

bb) Notwendiges Pendant zu den Betreuungspflichten der §§ 13 ff. SGB I und sozialrechtliche Sonderfallthese?

Andere Stimmen wollen die Betreuungspflichten der §§ 13 ff. SGB I auch zur Ableitung des sozialrechtlichen Herstellungspruchs nutzen, statt sich undifferenziert auf die Komplexität des Sozialrechts zu berufen.²¹⁴⁵ Insbesondere *Bieback* versucht, diese Vorstellung zu etablieren.²¹⁴⁶ Der Bürger sei existenziell abhängig vom Erhalt der Sozialleistungen und werde dazu in enge Sozialrechtsverhältnisse eingebunden, innerhalb derer die Verwaltung durch rechtmäßige Betreuung dafür Sorge trage, dass der Bürger seine Leistungs-/Gestaltungsrechte

²¹⁴³ Bspw. informiert der Sachbearbeiter den Bürger vollständig darüber, dass sein Leistungsantrag rechtswidrig nicht mehr rechtzeitig an die zuständige Stelle weitergeleitet wurde, weil er unbemerkt – oder auch absichtlich – den Antrag nicht weitergeleitet hat, sondern im Computer gelöscht hat.

²¹⁴⁴ So auch: *Hattstein*, Betreuungspflichten, S. 241.

²¹⁴⁵ *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 167 ff.; *ders.*, SGB 1990, 517, 520; *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 426 ff.; *von Koch*, NZS 1998, 167, 169; in diese Richtung wohl auch: *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6, Rn. 71.

²¹⁴⁶ *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 167 ff.; *ders.*, SGB 1990, 517, 520.

optimal verwirklichen könne.²¹⁴⁷ *Brugger* spricht in diesem Zusammenhang von einer sozialrechtlichen „*Sonderfallthese*“²¹⁴⁸. Diese besondere Betreuungssituation wäre ohne ein besonderes Haftungsregime planwidrig unvollständig geregelt.²¹⁴⁹ Den §§ 13 ff. SGB müsse insofern – auch im Hinblick auf rechtsstaatliche und sozialstaatliche Erwägungen – ein entsprechender Restitutionsanspruch bzgl. der Hauptleistungsrechte beiseite gestellt werden, da dem gesetzgeberischen Willen nur auf diese Weise entsprochen werden könne.²¹⁵⁰ „*Die für solche Pflichten allein angemessene Sanktion ist deshalb, den gesetzlich gewollten Rechtszustand in einer dem ursprünglichen Anspruch möglichst weitgehend angeglichenen Art und Weise herzustellen.*“²¹⁵¹ Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch sei ein notwendiges (Haftungs-) Pendant zu den sozialrechtlichen Betreuungspflichten, wie sie zumindest teilweise in den §§ 13 ff. SGB I kodifiziert sind.²¹⁵²

Bieback erörtert auch die Übertragbarkeit des Herstellungsanspruchs auf nichtsozialrechtliche Rechtsbereiche.²¹⁵³ Während er – in seiner Ableitung konsequent – meint, dass die Rechtsbereiche, in denen nur die allgemeine Beratungspflicht des § 25 VwVfG Anwendung findet, keine Anwendung geboten sei (kein allgemeiner Herstellungsanspruch), fordert er aufgrund der erhöhten Betreuungspflichten der Verwaltung im Sozialrechtsverhältnis (insbesondere den §§ 13 ff. SGB I) eine einheitliche Anwendung eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs auch für die sozialrechtlichen Rechtsgebiete, die der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit zugeordnet sind.²¹⁵⁴

²¹⁴⁷ *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 167.

²¹⁴⁸ *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 426 („*Die [...] sozialrechtliche Sonderfallthese besteht aus den folgenden Elementen: Bei Sozialrechtsverhältnissen im allgemeinen und Sozialversicherungsverhältnissen im besonderen handelt es sich in der Regel (1) um förderungsfähige und förderungsbedürftige Dauerrechtsverhältnisse in einer (2) komplexen und unübersichtlichen Rechtsmaterie, die (3) der Sozialleistungsempfänger nicht durchschaut. Da der Bürger aber, (4) oft von staatlicher Seite erzwungen, (5) eigene Leistungen (Beiträge, Sonderopfer) eingebracht hat und da (6) die Sozialverwaltung einen weitreichenden Informationsvorsprung hat und es sich weiterhin um (7), existentiell wichtige Leistungen handelt, ist es angebracht, von einer über die allgemeinen informationellen Betreuungspflichten der Verwaltung hinausgehenden besonderen Förderungsverpflichtung der Sozialverwaltung auszugehen, der im Fall der Verletzung eine besonders strenge Haftung entspricht.*“).

²¹⁴⁹ *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 169.

²¹⁵⁰ *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 167, 169; *ders.*, SGB 1986, 36, 37 f.; nach *Brugger* sei diese Haftungsform aufgrund der sozialrechtlichen Sonderfallthese „*angebracht*“ (*Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 426), was inhaltlich nichts anderes bedeutet.

²¹⁵¹ *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 169.

²¹⁵² *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 169.

²¹⁵³ *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 169 f.

²¹⁵⁴ *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 170.

Selbst wenn die Annahme einer sozialrechtlichen „*Sonderfallthese*“ nicht zurückgewiesen werden kann, muss im Ergebnis dennoch der Vorstellung widersprochen werden, dass der sozialrechtliche Herstellungsanspruch bereits in den Regelungen der Betreuungspflichten der §§ 13 ff. SGB I (unausgesprochen) mitangelegt wäre.²¹⁵⁵ Die §§ 13 ff. SGB I lassen ein Bestreben des Gesetzgebers erkennen, dass der Bürger in die Lage versetzt werden soll, selbstbestimmt über die Wahrnehmung seiner sozialen Rechte zu entscheiden, weil er die Rechtslage überblickt. Darüber hinausgehend kann den §§ 13 ff. SGB I unmittelbar kein entsprechender Regelungswille entnommen werden, welche Rechtsfolgen eine Verletzung der §§ 13 ff. SGB I auslöst.²¹⁵⁶ Auch in der Gesetzesbegründung heißt es zur Verletzung der Pflichten lediglich, dass sich eine Haftung nach den allgemeinen Grundsätzen richte.²¹⁵⁷

Zudem kann gegen diese Begründung dieselbe Kritik geltend gemacht werden, die bereits gegen die Ableitung eines Herstellungsanspruchs aus der Verletzung der §§ 13 ff. SGB I i.S.e. allgemeinen Bestandsschutzanspruchs laut wurde: die mangelnde Berücksichtigung abweichender gesetzlicher Regelungen.²¹⁵⁸ Da über den Herstellungsanspruch nicht das verletzte Betreuungsrecht hergestellt werden soll, sondern das jeweilige Leistungsrecht, darf die Antwort nach der Herstellbarkeit nicht allein im Betreuungsrecht gesucht werden, sondern es muss ausgehend von dem jeweiligen Leistungsrecht untersucht werden, ob der Gesetzgeber dieses Recht dem Bürger in seiner Situation gewähren oder entziehen möchte. So steht regelmäßig ein sozialrechtlicher Ausschlussgrund dem Erhalt der Leistung (i.S.e. sozialrechtlichen Nachteils) entgegen. Da auch dieser Ausschluss mit einer gesetzgeberischen Intention verbunden ist, kann regelmäßig nicht nur darauf verwiesen werden, dass der Erhalt der Leistung dennoch der „*gesetzlich gewollte Rechtszustand*“²¹⁵⁹ ist.²¹⁶⁰ Die für das Leistungsrecht maßgeblichen gesetzlichen Wertungen müssen vielmehr erst herausgearbeitet werden.

²¹⁵⁵ So auch: *Schmidt-De Caluwe*, S. 365 f.

²¹⁵⁶ Sofern man hingegen nicht unmittelbar die einzelnen Betreuungspflichten zur Ableitung heranziehen möchte, sondern ihre verfassungsrechtlichen Hintergründe (u.a. das allgemeine Rechtsstaatsprinzip, das Sozialstaatsprinzip und/oder die Grundrechte des Bürgers; vgl. *Hattstein*, Betreuungspflichten, S. 63 ff.), führt auch dieser Gedanke nicht weiter. Schließlich konnte der sozialrechtliche Herstellungsanspruch – wie bereits dargestellt – aus diesen Rechtsvorschriften nicht überzeugend entwickelt werden.

²¹⁵⁷ BT-Drs. 7/868, S. 25.

²¹⁵⁸ Vgl. Kap. 2 B.II.3.e.bb.

²¹⁵⁹ *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 169.

²¹⁶⁰ Vgl. *Schmidt-De Caluwe*, S. 367.

cc) Analogie zu den Wiedereinsetzungsvorschriften?

Einen anderen Ansatz verfolgt *Ladage*, der den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch aus einer Analogie zu der Wiedereinsetzungsvorschriften der §§ 27, 28 SGB X begründet.²¹⁶¹ Der Gesetzgeber habe in §§ 27, 28 SGB X einen vergleichbaren Fall geregelt, bei dem es zugunsten des Bürgers zur Überwindung von unverschuldeten (materiell-rechtlichen) Fristversäumnissen kommen soll. Bspw. sei die in § 27 V SGB X geregelte absolute Ausschlussfrist dem „*an sich unzulässigen*“ Amtshandeln vergleichbar. Obwohl auch über den Herstellungsanspruch materiell-rechtlich regelmäßig eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erfolge, habe der Gesetzgeber diese vergleichbaren Konstellationen – trotz eines allgemeinen Regelungsgedankens – bei der Kodifizierung übersehen; folglich läge eine entsprechende planwidrige Regelungslücke des SGB X vor, die durch Rechtsfortbildung i.S.d. Herstellungsanspruchs geschlossen werden könne.²¹⁶²

Trotz vereinzelter Zustimmung²¹⁶³ hat sich die Begründung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs aus einem Analogieschluss zu §§ 27, 28 SGB X nicht durchsetzen können.²¹⁶⁴ Nicht jeder Herstellungsfall muss auf eine materielle Wiedereinsetzung in soziale Rechte hinauslaufen, die den §§ 27, 28 SGB X vergleichbar wäre.²¹⁶⁵ Diese Problematik sieht auch *Ladage* und verkürzt den Anwendungsbereich ausdrücklich auf die Fälle, die einer materiellen Wiedereinsetzung tatsächlich vergleichbar sind.²¹⁶⁶ In den anderen Fällen ginge es „*dagegen um Folgenbeseitigungsansprüche, um schlichte Erstattungsansprüche, um Schadensersatzansprüche oder gar um Erstattungsansprüche unter Leistungsträgern, die wegen dieser abweichenden Rechtsnatur auch nicht als Herstellungsanspruch bezeichnet werden sollten, um Begriffsverwirrungen und Konturverlusten vorzubeugen.*“²¹⁶⁷ Zugestanden werden muss dieser Einschät-

²¹⁶¹ *Ladage*, S. 88 ff., 121.

²¹⁶² *Ladage*, S. 121.

²¹⁶³ Etwa: *Bühler*, RV 1993, 8, 8.

²¹⁶⁴ Gegen die Ausführungen *Ladages* kann allerdings nicht eingewandt werden, dass die §§ 27, 28 SGB X nicht verallgemeinerungsfähige Ausnahmenvorschriften seien. Auch Ausnahmenvorschriften sind grds. durch Analogieschluss verallgemeinerungsfähig, sofern sie einen entsprechenden allgemeinen Rechtsgedanken nicht abschließend zum Ausdruck bringen; vgl. BFH, Urt. v. 24.1.1974 – IV R 76/70 = BFHE 111, 329, 334 f.; *Kramer*, JML, S. 205 ff.; *Würdinger/Bergmeister*, JURA 2007, 15, 16; *Beaucamp/Treder*, Methoden, Rn. 273, 276; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 69.

²¹⁶⁵ *Ebsen*, VSSR 1992, 149, 153; *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6 Rn. 72; *Olbertz*, S. 153 f.

²¹⁶⁶ *Ladage*, S. 93 ff., 108 f., 121.

²¹⁶⁷ *Ladage*, S. 121.

zung, dass zumindest der typische Herstellungsfall eine inhaltliche Nähe zu den Wiedereinsetzungsvorschriften der §§ 27, 28 SGB X aufweist, so dass die Vorstellung einer Überschreitung des rechtlich Zulässigen durch andere Entscheidungen lediglich als kritische Korrektur der Entscheidungspraxis der Sozialgerichtsbarkeit zum Herstellungsanspruch verstanden werden kann.²¹⁶⁸ Auch die Ablehnung eines eigenständigen Anspruchs auf Herstellung zugunsten eines „Herstellungsrechts“²¹⁶⁹ fügt sich noch in die übliche Meinungsbandbreite zum Rechtscharakter einer Herstellung ein.²¹⁷⁰

Der entscheidende Schwachpunkt dieser Ableitung liegt vielmehr in einer mangelnden rechtlichen Vergleichbarkeit des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs mit den §§ 27, 28 SGB X, so dass eine für den Analogieschluss erforderliche Vergleichbarkeit nicht gegeben ist.²¹⁷¹ Für den Herstellungsanspruch ist die subjektive Rechtsverletzung der entscheidende Ausgangspunkt der Entwicklung dieser Rechtsfortbildung, während die §§ 27, 28 SGB X gerade kein Fehlverhalten der Verwaltung voraussetzen.²¹⁷² Wie bereits dargestellt, geht es dem Gesetzgeber mit den §§ 27, 28 SGB X nicht darum, eine Rechtsfolge für rechtswidriges Fehlverhalten zu regeln,²¹⁷³ was das BSG dazu bewogen hat, sogar von einem Nebeneinander des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs und den §§ 27, 28 SGB X auszugehen.²¹⁷⁴

Ladage kann daher den Vorwurf nicht rechtsdogmatisch entkräften, dass er lediglich ausgehend von den für passend erachteten Rechtsfolgen auf die Mög-

²¹⁶⁸ In der Bewertung der Ausführungen *Ladages* bereits an dieser Stelle kritischer: *Ebsen*, VSSR 1992, 149, 153; *Olbertz*, S. 153 f.

²¹⁶⁹ *Ladage*, S. 123.

²¹⁷⁰ Bei genauerer Untersuchung fällt auf, dass die Vorstellung *Ladages* nicht ungewöhnlich ist. Insbesondere die Vertreter einer „Leistung mittelbar aufgrund des Herstellungsanspruchs“ sehen den Anspruch als rechtliches Mittel zur Verwirklichung/Aufrechterhaltung des jeweiligen Primäranspruches (vgl. Kap. 1 B.II.2.a.bb. (1) (a) (aa)), so dass inhaltlich kein Unterschied zur Vorstellung eines Herstellungsrechts besteht, das vergleichbar den §§ 27, 28 SGB X die jeweiligen sozialrechtlichen Rechte für den Bürger verwirklicht bzw. aufrechterhält.

²¹⁷¹ So auch: *Schmidt-De Caluwe*, S. 408 ff.; *Ebsen*, VSSR 1992, 149, 153; *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6 Rn. 72; *Olbertz*, S. 155.

²¹⁷² *Ebsen*, VSSR 1992, 149, 153; *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6 Rn. 72; *Olbertz*, S. 155.

²¹⁷³ Diesen Umstand räumt auch *Ladage* ein: „Aus §§ 27 SGB X, 67 SGG lässt sich auf den ersten Blick freilich nicht viel herleiten, da die hier entscheidende Frage der Bedeutung eines Fehlverhaltens der Verwaltung gerade nicht angesprochen wird.“ (*Ladage*, S. 111). Der Versuch, über § 41 III SGB X beide Aspekte dennoch zueinander in Bezug zu setzen (vgl. *Ladage*, S. 112 f.), gelingt nicht überzeugend, weil sich § 41 III SGB X nur isoliert auf das Verschulden als Voraussetzung der Wiedereinsetzung bezieht (vgl. hierzu: *Schmidt-De Caluwe*, S. 409 f.).

²¹⁷⁴ BSG, Urt. v. 2.2.2006 – B 10 EG 9/05 R = BSGE 96, 44, 48 ff.

lichkeit weiterer Anwendungsfälle geschlossen hat.²¹⁷⁵ Warum gerade der Tatbestand der §§ 27, 28 SGB X den Herstellungsfällen in der Weise vergleichbar sein soll, dass auch der Herstellungsanspruch aus diesen Vorschriften entwickelt werden könnte, bleibt letztlich offen. Das Nebeneinander von Herstellungsanspruch und § 27 SGB X zeugt vielmehr von einer Wesensverschiedenheit.²¹⁷⁶ Wenn hingegen die maßgeblichen Wertungen für den Herstellungsanspruch sich bereits aus den §§ 27, 28 SGB X ergeben würden (insbesondere, weil diese Vorschriften auch die Folgen eines hoheitlichen Fehlverhaltens regeln sollen), ließe sich die weitergehende Ausbildung eines ungeschriebenen Herstellungsanspruchs hingegen kaum noch rechtfertigen. Überzeugender ist daher die Einschätzung, dass die §§ 27, 28 SGB X nicht die maßgeblichen rechtlichen Wertungen für einen auf die Korrektur rechtswidrigen Verwaltungsvorgangs abzielenden Herstellungsanspruch beinhalten.

dd) Reaktionsanspruch für Verletzungen des Sozialrechtsstatus der §§ 1 ff. SGB I?

Einen eigenen Ableitungsansatz vertritt auch *Ebsen*.²¹⁷⁷ Er sieht eine Parallele zum Folgenbeseitigungsanspruch als grds. tragfähige Begründung, löst sich gleichzeitig aber von einer verfassungsrechtlichen Fundierung. Eine Vergleichbarkeit zum Folgenbeseitigungsanspruch erfordere vielmehr einen Status, der im Verletzungsfall einen rechtswidrigen Zustand begründet und dem grundrechtlichen status negativus vergleichbar ist.²¹⁷⁸ *Ebsen* geht es dabei um „die Gleichstellung des status positivus als Inbegriff staatsgerichteter Leistungsrechte mit den auf Eingriffsabwehr gerichteten Freiheitsrechten, dem status negativus.“²¹⁷⁹ Da eine solche Gleichstellung im Umfang des Herstellungsanspruchs auf Verfassungsebene nicht überzeugend hergeleitet werden kann,²¹⁸⁰ wird auf einfach-gesetzlicher Ebene aus den §§ 1 ff. SGB I ein „sozialrechtliche[r] status positivus“²¹⁸¹ formuliert. Mit diesen Vorschriften habe der Gesetzgeber einen Rechtsstatus der sozialrechtlichen Rechte und Anwartschaften hervorgehoben, der auch eine besondere Restitutionspflicht begründe. Insbesondere § 2 II SGB I bewirke eine Gleichsetzung des sozialrechtlichen status

²¹⁷⁵ *Schmidt-De Caluwe*, S. 408; *Olbertz*, S. 155.

²¹⁷⁶ Vgl. ausführlich: Kap. 1 B.III.1.b.cc.

²¹⁷⁷ *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 392 ff.

²¹⁷⁸ *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 393.

²¹⁷⁹ *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 393.

²¹⁸⁰ Vgl. Kap. 2 B.II.3.a.bb. (3) (a) (aa).

²¹⁸¹ *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 393.

positivus mit dem grundrechtlichen status negativus im Hinblick auf Restitutionspflichten.²¹⁸² Der Gedanke einer besonders weitreichenden Korrekturpflicht komme auch in der gebundenen Entscheidung über die Rücknahme von Verwaltungsakten nach § 44 I SGB X zum Ausdruck.²¹⁸³

Die Ausführungen *Ebsens* haben rechtswissenschaftliche Kritik hervorgerufen. Der Ebenenwechsel von der Verfassungsebene auf die einfach-gesetzliche Ebene wird dabei als die rechtsdogmatische Schwachstelle namhaft gemacht. Mit ihm ginge die Plausibilität einer Gleichsetzung verloren. Die Argumentation vollziehe einen Bruch, der „*die Parallele des sog. ‚sozialrechtlichen status positivus‘ mit grundrechtlichen status negativus verbietet.*“²¹⁸⁴ Die §§ 1 ff. SGB I erwiesen sich zudem aufgrund ihrer objektiv-rechtlichen Rechtsqualität als ungeeignet, ein subjektives Recht wie den Herstellungsanspruch zu begründen; subjektive Rechte würden erst durch die besonderen Vorschriften des Sozialgesetzbuches begründet werden.²¹⁸⁵ Da in *Ebsens* Argumentation der Schluss auf die Zulässigkeit des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs entscheidend mit der Möglichkeit dieser Gleichsetzung verbunden wird, muss der Kritik in dem Punkt zugestimmt werden, dass nicht selbstverständlich ist, warum das einfache Recht dieselben Rechtsfolgen auslösen soll wie ein höherrangiges Grundrecht. Auch der einfache Gesetzgeber kann über die §§ 1 ff. SGB I keine entsprechende Gleichsetzung mit Grundrechten anordnen. Beschreibungen wie „*soziale (Grund-) Rechte*“²¹⁸⁶ können daher nicht hinwegdefinieren, dass es sich bei den Rechten des Sozialgesetzbuches eben nicht um verfassungsrechtliche Grundrechte, sondern lediglich um einfach-gesetzliche Rechte handelt, denen ein anderer Verpflichtungsgehalt zukommt.²¹⁸⁷ Durch die bewusst unkonkrete Formulierung der §§ 1 ff. SGB I fehlt diesen Vorschriften der gerade für Grundrechte typische prägende subjektiv-rechtliche Verpflichtungsgehalt.²¹⁸⁸

²¹⁸² *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 393.

²¹⁸³ *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 393 f.

²¹⁸⁴ *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 57; vgl. auch: *Schmidt-De Caluwe*, S. 331.

²¹⁸⁵ *Schmidt-De Caluwe*, S. 332 f.; *Bieback*, SGB 1990, 517, 520; allgemein zurückhaltender: *Rüfner*, in: FS für Georg Brunner, S. 101, 104.

²¹⁸⁶ BSG, Urt. v. 22.9.1988 – 12 RK 55/86 = SozR 1200 § 14 Nr. 29; vgl. auch: *Rüfner*, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 2 SGB I, Rn. 5.

²¹⁸⁷ Vgl. *Igl/Welti*, SozR, § 76, Rn. 1; *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 2 SGB I, Rn. 22 ff.; *von Maydell*, DVBl. 1976, 1, 4; *Eichenhofer*, SGB 2011, 301, 302; *Rüfner*, in: FS für Georg Brunner, S. 101, 103 f.

²¹⁸⁸ BT-Drs. 7/868, S. 23 („*Anders als Freiheitsrechte können sie [die sozialen Rechte, Anmerkung des Verfassers] nicht so gefasst werden, daß sich ihr Inhalt aus ihnen selbst in allen Einzelheiten ergibt. Vielmehr sind sie auf Teilhabe und damit auf ein Tätigwerden des Verpflichteten – d. h. des Staates und der von ihm geschaffenen Institutionen –*

Die §§ 1 ff. SGB I allein bieten daher keine ausreichende Grundlage für die Begründung des Herstellungsanspruchs.

g) Zwischenergebnis

Die bisher dargestellten Ableitungsansätze sind nicht in der Lage, den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch, wie er im ersten Kapitel herausgearbeitet wurde, überzeugend rechtsdogmatisch zu rechtfertigen. Vielfach setzen die Ableitungsansätze derart allgemein und abstrakt an (bspw. die Ableitung aus der Gerechtigkeit, dem Rechts- oder Sozialstaatsprinzip sowie dem Grundsatz von Treu und Glauben), dass der konkrete Herstellungsanspruch keineswegs als die – einzige – zulässige Reaktion auf das staatliche Fehlverhalten erscheint. Andere Ansätze (bspw. Ableitung aus den Freiheitsgrundrechten oder der Haftung aus Verwaltungsrechtsverhältnissen) könnten allenfalls einen Teilbereich der Herstellungsfälle befriedigend erklären; daneben müsste der Herstellungsanspruch dann auch anders ausgestaltet sein. Dass nur der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, wie er gegenwärtig angewandt wird, sonst auftretende rechtliche Widersprüche vermeiden würde, ist deshalb nicht erkennbar.

Dass Begründungsversuche „*sui generis*“ inzwischen stärker auf die konkreteren einfach-rechtlichen Besonderheiten des Sozialrechts abheben bzw. sich an den konkret betroffenen (einfach-rechtlichen) Rechten des Bürgers orientieren, ist deshalb grds. zu begrüßen. Diese Begründungen sind jedoch jeweils anderen Kritikpunkten ausgesetzt. Insbesondere bieten die Ableitungsversuche vielfach keine Erklärung dafür an, warum ein Verwaltungsträger zu dem Amtshandeln verpflichtet sein soll, dass heute (fiktiv) ohne sein Fehlverhalten anstünde, statt die nachteilhaften Gesetzesregelung umzusetzen, die ihrem Wortlaut nach die tatsächlich vorliegende Situation des Bürgers umfasst.

4. Eigener Ableitungsversuch: Stärkere Fortentwicklung der sozialrechtlichen Wertungen

Jede der bisher dargestellten Ableitungen ist berechtigter rechtswissenschaftliche Kritik ausgesetzt worden, weshalb im Folgenden ein eigener Ableitungsversuch auf der Grundlage dieser Kritik unternommen werden soll. Hierfür erscheint es sinnvoll, sich vorab noch einmal die konkrete Rechtsfortbildung zu

gerichtet.“); Riefner, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 2 SGB I, Rn. 5; ders., in: FS für Georg Brunner, S. 101, 103 f.

verdeutlichen, die rechtsdogmatisch gerechtfertigt werden soll. Schließlich erlauben die charakteristischen Züge des Herstellungsanspruchs bereits erste Schlüsse auf die notwendigen Begründungsschritte einer Rechtfertigung.

Das Ziel des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs ist die Korrektur sozialrechtlicher Nachteile, die infolge eines hoheitlichen Fehlverhaltens eingetreten sind. Allgemein liegt ein sozialrechtlicher Nachteil sowohl in jeder Verschlechterung der gegenwärtigen Rechtslage des Bürgers als auch in jedem Ausbleiben einer zukünftigen rechtlichen Verbesserung.²¹⁸⁹ Der Eintritt oder Nichteintritt von Rechtsfolgen steht dabei regelmäßig nicht zur selbstständigen Disposition des Verwaltungsträgers; diesem ist vielmehr seinerseits nach Art. 20 III GG, § 31 SGB I, § 30 SGB IV allein die rechtmäßige Anwendung des geltenden Rechts möglich. Insbesondere im Sozialrecht beruht der Eintritt/Nichteintritt von Rechtsfolgen dabei grds. nicht auf einer Ermessensentscheidung, sondern ist die Folge einer gebundenen Entscheidung, sofern der Bürger die entsprechenden Tatbestandsvoraussetzungen (nicht) erfüllt. Der Verwaltungsträger dürfte den Bürger daher selbst dann nicht von der Anwendung einer für ihn nachteilhaften Regelung ausnehmen, wenn er dies gerne möchte. Sofern ausnahmsweise die Begründung/Korrektur eines sozialrechtlichen Nachteils im Ermessen des Verwaltungsträgers stehen sollte, wird der Herstellungsanspruch zugunsten der Folgenbeseitigungslast ohnehin nicht angewandt.²¹⁹⁰

Die nachteilhafte Rechtsfolge der gebundenen Entscheidung tritt nach dem Wortlaut des Gesetzes für alle Fälle ein, in denen die entsprechenden Tatbestandsvoraussetzungen (nicht) erfüllt sind.²¹⁹¹ Abweichend von diesem Ergebnis soll nun über den Herstellungsanspruch ausnahmsweise die rechtliche Behandlung der Fälle verändert werden, in denen die Anwendung der für den Bürger nachteilsbegründenden Rechtsnormen wesentlich auf einem staatlichen Fehlverhalten beruht. Im Ergebnis bleibt es infolge der Herstellung nicht bei einer Anwendung der nachteilhaften Regelung, die für jeden anderen Bürger (unverändert) Anwendung finden würde, da dieser Bürger im Zuge der Korrek-

²¹⁸⁹ Vgl. *Krasney*, ZAP 1996 [Fach 18], 449, 459; *ders.*, in: Martinek [Hg.], FS für Walter Schwarz, S. 383, 394 f.; *Rixen*, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 15; *Mönch-Kalina*, in: Schlegel/Voelzke, § 14 SGB I, Rn. 43; *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., vor §§ 38 ff. SGB I, Rn. 168; *Fichte*, in: Erlenkämper/Fichte [Hg.], SozR, II 7 Rn. 5; *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6 Rn. 81; *Kokemoor*, SozR, Rn. 56; ausführlich: Kap. 1 B.II.

²¹⁹⁰ Vgl. Kap. 1 E.II.2.b.bb.

²¹⁹¹ Bspw. erhält niemand eine Rentenleistung der – warum auch immer – nicht den materiell-rechtlich erforderlichen Antrag gestellt hat; derjenige, der seinen Austritt aus einer Versicherung erklärt hat, bleibt außerhalb des Versicherungsverhältnisses.

tur sozialrechtlicher Nachteile rechtlich so beurteilt wird, wie er zu beurteilen wäre, wenn er nicht in seinen Rechten verletzt worden wäre. Die anzuwendenden Rechtsnormen werden zugunsten einer Anwendung der Regelung modifiziert, die heute ohne das Fehlverhalten anzuwenden wäre.²¹⁹² Regelmäßig führt die Herstellung also dazu, dass der Verwaltungsträger verpflichtet wird, die gleichen Amtshandlungen vorzunehmen, die er ohne das Fehlverhalten ohnehin vorgenommen hätte (bspw. die Berücksichtigung einer Beitragszahlung oder die Auszahlung einer Leistung); es wird die rechtliche Behandlung erreicht, die ohne das Fehlverhalten angestanden hätte.

Da bei einem kausal auf der Pflichtverletzung beruhenden sozialrechtlichen Nachteil regelmäßig andere primäre Hauptleistungspflichten bestehen würden, bedeutet die sozialrechtliche Naturalrestitution, dass die ursprünglichen Rechtswirkungen eintreten. Rechtlich hergestellt werden kann also nur das jeweilige Primärrecht, dessen Beeinträchtigung den sozialrechtlichen Nachteil begründet (bspw. das Leistungs- oder Gestaltungsrecht), nicht das jeweils verletzte subjektive Recht (bspw. ein Beratungsanspruch).²¹⁹³ Lediglich in den umstrittenen Fällen der Verletzung einer Hauptleistungspflicht, die (wieder) hergestellt werden soll,²¹⁹⁴ stimmt das restituierte Recht mit dem verletzten Recht überein. Ausgangspunkt der Restitutionspflicht ist damit die subjektive Rechtsverletzung, während ihr Umfang über die bestehenden Beeinträchtigungen der Primärpflichten festgelegt wird. Wenn demnach die Beeinträchtigung von Hauptleistungspflichten korrigiert wird, ist eine sozialrechtliche Naturalrestitution erreicht, sobald das Sozialrechtsverhältnis in seinen Rechtsfolgen hergestellt/fingiert ist, das ohne die Pflichtverletzung heute bestehen würde. Ziel der Rechtsrestitution ist damit letztlich die Verpflichtung des Verwaltungsträgers zu dem Amtshandeln, zu dem er bei Anwendung der Rechtsvorschriften gem. Art. 20 III GG, § 31 SGB I, § 30 SGB IV ohnehin verpflichtet wäre, wenn er nicht durch sein Fehlverhalten (erst) eine andere Situation geschaffen hätte, bei deren rechtlicher Würdigung (nun) auch andere Ergebnisse erreicht werden.

²¹⁹² BSG, Urt. v. 18.8.1983 – 11 RA 60/82 = BSGE 55, 261, 264 m.w.N.

²¹⁹³ Vgl. BSG, Urt. v. 17.7.1979 – 12 RAr 15/78 = BSGE 48, 269, 276; BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 78; *Ladage*, S. 83; *Terwey*, Rechtliche Betreuung nach dem SGB, S. 125; *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, S. 115; **a.A.**: *Plagemann*, SGB 1984, 208, 208 (der zu Unrecht davon ausgeht, dass eine rechtmäßige Betreuung fingiert werde, statt bspw. das Bestehen eines Leistungsrechts, wie es bei fehlerfreier Betreuung entstanden wäre).

²¹⁹⁴ Vgl. Kap. 1 B.I.1.; 2.

Wer das – nach dem Wortlaut feststehende – für den Bürger nachteilhafte gesetzliche Ergebnis ausnahmsweise in den Herstellungsfällen zugunsten eines anderen Ergebnisses verändern möchte, muss demnach begründen können, warum dieser Fall nicht durch die nachteilhafte gesetzliche Regelung geregelt wird und stattdessen die vorteilhafte Rechtsfolge eintritt. Er muss insofern feststellen, dass das Ergebnis, das sich aus einer Wortlautanwendung des Gesetzes ergibt, in den Herstellungsfällen tatsächlich nicht das gesetzlich geforderte Ergebnis ist, welches vielmehr erst mit dem Herstellungsanspruch erreicht wird. Jeder Befürworter eines lückenschließenden Herstellungsanspruchs muss daher zwangsläufig so argumentieren, dass das geschriebene Recht zumindest für die Herstellungsfälle planwidrig Personen von der Einbeziehung in einen sozialrechtlichen Vorteil ausnimmt bzw. Personen planwidrig im Anwendungsbereich seines sozialrechtlichen Nachteils lässt – und damit in Bezug auf diese Personen planwidrig lückenhafte Regelungen trifft.

Maßstab dieser planwidrigen Regelungslücke sind insofern die jeweiligen Hauptleistungspflichten, deren Anwendung durch den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch modifiziert werden würde. Dieses Urteil kann dabei nur aus einer Auslegung der einschlägigen Regelungen gewonnen werden.

Hiermit wird ein wichtiger Unterschied zu den anderen Ansprüchen des Staatshaftungsrechts bspw. zum allgemeinen öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch aufgezeigt. Innerhalb des jeweils einschlägigen öffentlich-rechtlichen Fachrechts besteht regelmäßig keine Rechtsfolge, die den Rechtswirkungen des Folgenbeseitigungsanspruchs vergleichbar wäre (bspw. die Verpflichtung, eine Mauer wieder aufzubauen oder einen eingewiesenen Obdachlosen der Wohnung zu verweisen), weshalb die besondere staatshaftungsrechtliche Rechtsfolge erst anhand rechtlicher Wertungen entwickelt werden muss; die Rechtsfolgen des Herstellungsanspruchs sind hingegen rechtlich geregelt.

Das Problem besteht „*lediglich*“ darin, dass diese Rechtswirkungen nach dem Wortlaut des Gesetzes nur für einen anderen Fall vorgesehen sind (den fiktiven Fall, der ohne das Fehlverhalten heute von dem Verwaltungsträger positiv zu bewerten wäre). Für den auf rechtliche Restitution abzielenden Herstellungsanspruch muss daher die maßgebliche Rechtsfolge selbst nicht erst wertungsmäßig entwickelt werden, sondern vielmehr begründet werden, warum der Verwaltungsträger entgegen dem Wortlaut der gesetzlichen Vorschriften den Betroffenen wertungsmäßig in den Anwendungsbereich einer vorteilhaften Regelung einbeziehen muss bzw. vom Anwendungsbereich einer nachteilhaften Regelung ausnehmen soll.

Wichtig ist zudem die in diesem Zusammenhang weiterführende Erkenntnis, dass der sozialrechtliche Nachteil, der korrigiert werden soll, aus der Anwendung des einfachen Rechts hervorgeht. Einer Gesetzesanwendung, die maßgeblich auf dem rechtswidrigen Verhalten eines Verwaltungsträgers beruht,

der die rechtsrelevanten Umstände (anhand derer er nun den Einzelfall des Bürgers misst) selbst rechtswidrig mitgestaltet hat. Regelmäßig ist sowohl das jeweils verletzte subjektive Recht (bspw. § 14 SGB I) dem einfachen Recht zuzuordnen als auch die herzustellenden Primärrechte. Wenn bspw. *Grzeszick* den Herstellungsanspruch ausdrücklich nicht als Reaktionsanspruch für Grundrechtsverletzungen beschreibt, sondern darauf hinweist, dass dieser Anspruch allein aus einer Verletzung originär einfach-rechtlich begründeter Rechte hervorgeht,²¹⁹⁵ ist ihm deshalb zuzustimmen. Tatsächlich erfolgt jedoch nicht nur die Rechtsverletzung auf der Ebene des einfachen Rechts, sondern auch die Korrektur der dadurch beeinträchtigten einfachen Rechte. Unmittelbar über den Herstellungsanspruch (wieder-) hergestellt wird damit nicht etwa der Schutzbereich von Art. 14 I GG, sondern allenfalls das einfach-rechtliche Rentenrecht, wie es sich aus dem einfachen Recht (insbesondere dem SGB VI) ergibt.²¹⁹⁶

Diese Unterscheidung mag auf den ersten Blick kleinlich erscheinen, bereitet aber dennoch die weitere Diskussion vor. Denn wenn sowohl Rechtsverletzung als auch die Rechtsrestitution der Ebene des einfachen Rechts zuzuordnen sind, liegt es nahe, auch den Rechtsgrund der Restitution bei Rechtsverletzungen auf dieser Ebene zu suchen.

Diese Suche nach der Begründung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs ist letztlich die Suche nach einer Begründung, den tatsächlich vorliegenden Fall (mit sozialrechtlichem Nachteil) rechtlich so zu behandeln wie den fiktiven Fall, der ohne Pflichtverletzung entstanden wäre. Notwendigerweise wird dabei der Herstellungsfall abweichend von den anderen Anwendungsfällen der nachteilsbegründenden Norm behandelt, weil ausnahmsweise für diesen Fall kein sozialrechtlicher Nachteil eintreten soll. Da nicht der Eintritt des sozialrechtlichen Nachteils allgemein abgelehnt wird, sondern nur, dass dieser Nachteil wesentlich auf einer subjektiven Rechtsverletzung beruht, liegt es nahe, den Rechtsgrund der unterschiedlichen Behandlung beider Fälle in unterschiedlichen rechtlichen Wertungen ausgelöst durch eine Pflichtverletzung zu sehen; dass also der Fall eines sozialrechtlichen Nachteils aufgrund hoheitlichen Fehlverhaltens rechtlich gerade nicht dem Fall des Eintritts eines sozialrechtlichen Nachteils ohne Fehlverhalten gleichgestellt werden kann.

Die Überprüfung dieser Annahme soll im Folgenden anhand von verschiedenen Prämissen bzw. Arbeitshypothesen erfolgen:

²¹⁹⁵ Vgl. *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, S. 474 f.

²¹⁹⁶ So auch: *Wallerath*, DÖV 1994, 757, 759.

- Es existiert kein allgemeiner verfassungsrechtlicher Anspruch des Bürgers, rechtlich so behandelt zu werden, wie er heute ohne Pflichtverletzung stehen würde. Ein solcher Anspruch ergibt sich erst durch das einfache (Sozial-) Recht.
- Die einfach-gesetzlichen Regelungen des Sozialrechts rechtfertigen dort die Begründung eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs, wo anhand ihrer Wertungen der Fall, der tatsächlich durch die Pflichtverletzung begründet wurde, (unverändert) so zu bewerten ist wie der fiktive Fall, der ohne die Pflichtverletzung bestehen würde. Dies rechtfertigt eine normative Gleichsetzung des tatsächlichen Falls (mit Fehlverhalten) mit dem fiktiven Fall (ohne Fehlverhalten), ohne dass hierfür sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen eingehalten worden sein müssten, die ansonsten für eine Abwendung des sozialrechtlichen Nachteils erforderlich wären.
- Diese wertungsmäßige Gleichstellung beinhaltet dabei zugleich die Feststellung, dass der Herstellungsfall nicht durch die einfach-gesetzliche Regelung (mit-) geregelt ist, deren unmodifizierte Anwendung einen sozialrechtlichen Nachteil begründen würde. Insofern ist es gerechtfertigt, die Herstellungsfälle aus dem wortlautgemäßen Anwendungsbereich der nachteilhaften Regelung auszunehmen.
- Der Unterscheidungsgrund gegenüber allen anderen (Regel-) Fällen, für die es unverändert bei der Begründung des sozialrechtlichen Nachteils entsprechend des Wortlautes der Norm bleibt, liegt in dem Eintritt dieses Nachteils infolge des staatlichen Fehlverhaltens. Denn mit der subjektiven Rechtsverletzung sind andere (Verfassungs-) Wertungen verbunden, die diese Unterscheidung rechtfertigen.

a) Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Rechtsanwendung in Folge von Rechtsverletzungen

Insbesondere durch verfassungsrechtliche Wertungen könnte ein Verwaltungsträger verpflichtet sein, einen Bürger, der durch sein rechtswidriges Verhalten inzwischen rechtlich benachteiligt ist, anhand der Sach- und/oder Rechtslage zu behandeln, die für diesen ohne das Fehlverhalten heute (fiktiv) bestünde. Hierbei geht es um eine Rückbesinnung auf die verfassungsrechtlichen Folgen, die sich aus der einfach-gesetzlichen Rechtsverletzung eines Verwaltungsträgers für die weitere Rechtsanwendung ergeben.

aa) Rechtsstaatliche Einbeziehungspflicht?

Die Ausführungen zur entsprechenden Begründung des Herstellungsanspruchs haben gezeigt, dass dem materiellen Rechtsstaatsprinzip eine staatshaftungsrechtliche Komponente zu entnehmen ist. Die Pflicht zu einem rechtmäßigen Verhalten setzt sich bei einer hoheitlichen Pflichtverletzung in einer Pflicht zur Korrektur rechtswidrig herbeigeführter Folgen fort.²¹⁹⁷ Allerdings überdehnt die Ableitung eines konkreten (Herstellungs-) Anspruchs den Aussagegehalt des weithin offengehaltenen Rechtsstaatsprinzips.²¹⁹⁸ Unmittelbar lässt sich Art. 20 III GG nur eine Bindung der Verwaltung an das bestehende Recht entnehmen, ohne dass Art. 20 III GG auch eindeutige inhaltliche Vorgaben für den Verletzungsfall enthalten würde.²¹⁹⁹

Dem einfachen Gesetzgeber steht daher hinsichtlich der Verwirklichung der rechtsstaatlichen Restitutionspflicht bei hoheitlichen Pflichtverletzungen ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu; er kann in weitem Umfang frei entscheiden, ob/wann es bei einer Rechtsverletzung – nicht – zu Klagerechten, (verschuldensabhängige oder -unabhängige) Schadensersatz-, Entschädigungs- und/oder Restitutionsansprüchen i.S.d. Wiederherstellung des status quo ante oder vollständiger Naturalrestitution kommt.²²⁰⁰ Eine rechtliche Naturalrestitu-

²¹⁹⁷ Vgl. hierzu insgesamt: *Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat, S. 104 ff., 233; *Fiedler*, NVwZ 1986, 969, 971. Ein anderes Verständnis stellt letztlich die rechtsstaatliche Gesetzesbindung der Verwaltung (Art. 20 III GG) zu ihrer eigenen Disposition – und degradiert das Verfassungsgebot zu der Interpretation eines reinen formgefälligen Lippenbekenntnis des Grundgesetzes. Jede Rechtsfortbildung des Staatshaftungsrecht wegen rechtswidrigen Verwaltungsverhaltens/rechtswidriger Zustände hat daher in ihren Wertungen auch mehr oder minder große Berührungspunkte mit Art. 20 III GG; vgl.: *Morlok*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle [Hg.], GrdVwR, Bd. III, § 52, Rn. 22 ff.

²¹⁹⁸ Etwa: BVerfG, Beschl. v. 27.12.2005 – 1 BvR 1359/05 = NJW 2006, 1580, 1580; BVerfG, Urt. v. 19.10.1982 – 2 BvF 1/81 = BVerfGE 61, 149, 198 f., 203; BVerfG, Beschl. v. 20.11.1997 – 1 BvR 2068/93 = NVwZ 1998, 271, 272; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 364 f.; *Weyreuther*, Gutachten, B 28 f.; *Pietzko*, FBA, S. 91; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 20 GG, VI, Rn. 141; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 20 GG, VII, Rn. 152, 154; *ders.*, Rechte und Ansprüche, S. 63 f.; *Bettermann*, DÖV 1955, 528, 531; *Redeker*, DÖV 1987, 194, 196, 200; *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 33 f.; *Schmidt-De Caluwe*, S. 335; *Schwerdtfeger*, Öffentliches Recht, Rn. 288; *Brugger*, JuS 1999, 625, 628 ff.; *Schleeh*, AÖR 92 [1967], 58, 75, Fn. 74; *Spanner*, DVBl. 1968, 618, 619 f.; *Hoffmann-Becking*, JuS 1972, 509, 510; *Erichsen*, VerwArch. 63 [1972], 217, 220; *Schenke*, DVBl. 1990, 328, 330; *Schmidt-Aßmann*, in: Isensee/Kirchhof [Hg.], HdStR, Bd. II, § 26, Rn. 88.

²¹⁹⁹ *Schneider*, Folgenbeseitigung, S. 34 m.w.N.

²²⁰⁰ Etwa: *Sachs*, in: Sachs [Hg.], Art. 20 GG, Rn. 111; *Schmidt-Aßmann*, in: Isensee/Kirchhof [Hg.], HdStR, Bd. II, § 26, Rn. 88; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 20 GG, VI, Rn. 141; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 20 GG, VII,

tion i.S.d. Herstellungsanspruchs ist demnach keineswegs bereits rechtsstaatlich determiniert. Nicht jede Veränderung/Verringerung des Anspruchsumfangs durch eine gesetzliche Regelung (oder ihre entsprechende Anwendung) rückt diese bereits in die Nähe eines Verfassungsverstößes. Rechtsstaatlich ist es nicht notwendig, dass der Bürger anhand der Sach- und/oder Rechtslage behandelt wird, die für diesen ohne das Fehlverhalten heute (fiktiv) bestünde. Diese Rechtsfolge kann aber innerhalb des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums begründet werden. Art. 20 III GG muss damit letztlich als Verweis auf die Fehlerfolgenregelungen des einfachen Rechts verstanden werden.²²⁰¹

Bedeutung erlangt Art. 20 III GG dennoch bei der Auslegung (und ggf. Ergänzung) des einfachen Rechts. Denn wenn grds. nur der Gesetzgeber berechtigt sein soll, einfach-gesetzliche Rechte und Pflichten des Bürgers zu begründen, zu beseitigen und ggf. auch im Falle der Rechtsverletzung (wieder) entfallen zu lassen, schließt dies den Verwaltungsträger aus, der nach Art. 20 III GG unmittelbar an Recht und Gesetz gebundenen ist. Sofern ein Verwaltungsträger daher argumentiert, dass eine (vorteilhafte oder nachteilhafte) Regelung (nicht) auf den einzelnen Bürger Anwendung findet, ist diese Argumentation nur dort zutreffend, wo er mit der angewandten Regelung eine Entscheidung des Gesetzgebers für diesen Fall umsetzt.

Dies ist in den Herstellungsfällen, in denen die momentane Rechtsanwendung maßgeblich durch rechtswidriges Vorverhalten ermöglicht wurde, nicht selbstverständlich. Denn ein Gesetzgeber, der im Hinblick auf Art. 20 III GG grds. von einer rechtmäßigen Anwendung des Gesetzes ausgehen darf/muss, wird durch seine Gesetzesvorschriften regelmäßig keine Möglichkeit für den Verwaltungsträger schaffen wollen, die Verwirklichung eines subjektiven Rechts deshalb abzulehnen, weil er selbst zuvor rechtswidrig dafür gesorgt hat, dass es nicht zur Verwirklichung kommt. Schließlich soll nicht der Verwaltungsträger durch ein rechtswidriges – tatsächliches – Verhalten über das weiter anzuwendende Recht entscheiden, sondern der Gesetzgeber mit seinen jeweils einschlägigen Gesetzesregelungen. Insofern ist es auch denkbar, dass die (nachteiligen) Gesetzesregelungen, die ihrem Wortlaut nach einen Sachverhalt erfassen, nur in dieser Weise gesetzlich gefasst sind, weil der Gesetzgeber davon ausgeht, dass er damit rechtmäßig behandelte Sachverhalte regeln würde. Sofern infolge einer Pflichtverletzung vom (fiktiven) rechtmäßigen Verlauf abge-

Rn. 152, 154; *ders.*, Rechte und Ansprüche, S. 63 f.; *Redeker*, DÖV 1987, 194, 196; *Schneider*, Folgenbeseitigung, S. 36 f.

²²⁰¹ *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, S. 62 ff., 130.

wichen wurde, stellt sich die Frage, wie auf diese Situation nach dem Willen des Gesetzgebers zu reagieren ist.

Im Hinblick auf die unmittelbare Bindung des Verwaltungsträgers durch Art. 20 III GG kann – und muss – der Gesetzgeber davon ausgehen, dass eine rechtmäßige Rechtsanwendung erfolgt und damit für den Einzelfall auch die Regelungen umgesetzt werden, die er diesem Fall generell-abstrakt rechtlich zugedacht hat. Sobald der Verwaltungsträger jedoch rechtswidrig handelt und damit gegen Art. 20 III GG verstößt, weicht er eigenmächtig von dem Verlauf einer rechtmäßigen Rechtsanwendung ab (wie der Gesetzgeber sie geregelt hat) und setzt sich damit in Widerspruch zu einer Entwicklung, wie sie bei rechtmäßigem Verhalten entstanden wäre. Auch wenn dieser rechtmäßige Verlauf noch nicht subjektiv-rechtlicher Bestandteil der vorhandenen Rechtsstellung des Einzelnen geworden sein mag, wäre es bei der bloßen Beachtung der Pflicht zu rechtmäßigem Handeln zu einem anderen Ergebnis der Rechtsanwendung gekommen (insbesondere auch, weil dann eine andere Sachlage bestanden hätte). Die durch rechtswidriges Verhalten geschaffene Situation ist nicht die Situation, die das Gesetz ursprünglich verwirklichen sollte – in der der ursprüngliche gesetzliche Regelungszweck besteht. Jede andere Beurteilung läuft im Ergebnis darauf hinaus, dass es dem Gesetzgeber bei der Schaffung von gesetzlichen Regelungen nicht auch um ihre Einhaltung ging, sondern er zumindest teilweise eine willkürliche Missachtung der unbedingten Gesetzesbindung des Art. 20 III GG begrüßen würde.

Vereinfachend kann man den Verwaltungsträger auch als „*Mittler bei der Durchsetzung der sozialen Rechte*“²²⁰² bezeichnen. Der Herstellungsanspruch versucht dann eine Antwort auf die Frage zu geben, welche Rechtsfolgen gelten sollen, wenn ein Verwaltungsträger durch seine Abweichung vom Recht von einem „*Mittler*“ zum eigentlichen Problem bei der Durchsetzung von Rechten wird.

Der Gesetzgeber kann bspw. die Maßgeblichkeit der rechtswidrig geschaffenen Rechtslage anordnen, die nur im Wege der Klage bzw. Aufhebung korrigiert werden kann/muss oder auch unveränderlich fortbestehen soll (und ggf. lediglich finanzielle Entschädigungspflichten der Verwaltung begründet); er kann allerdings auch die vollumfängliche Herstellung der ursprünglichen Rechtsbeziehungen und/oder Schadensersatzpflichten anordnen; wenn er wollte, könnte er sogar den rechtswidrig Behandelten besser stellen als dieser ohne das Fehlverhalten gestanden hätte.²²⁰³ Falls die Fülle der rechtsstaatlich zulässigen Reaktionsmöglichkeiten (die u.a. auch die Möglichkeit einer Herstellung der ursprünglichen Rechte beinhaltet) allerdings nicht ausgeschöpft worden ist, tritt die Frage auf, ob der Gesetzgeber eine Regelung planwidrig nicht getroffen hat. Eine solche Planwidrigkeit muss bzgl. der Folgen einer Pflichtverletzung eine

²²⁰² Mrozynski, SGB 1987, 404, 404.

²²⁰³ Tatsächlich knüpft der Gesetzgeber in zahlreichen Regelungen auch an ein rechtswidriges Verwaltungsverhalten an und bestimmt dessen Rechtsfolgen (bspw. §§ 43 ff., 48 VwVfG, §§ 42, 113 VwGO, § 39 I b) OBG.NRW, §§ 39 ff., 44, 45 SGB X, § 26 II SGB IV, § 13 III SGB V, § 54 SGG).

„planwidrige Unvollständigkeit innerhalb des positiven Rechts [...] gemessen am Maßstab der gesamten geltenden Rechtsordnung“²²⁰⁴ darstellen, so dass eine Ergänzung zur Erreichung des gesetzlichen Regelungsziels notwendig erscheint. Eine gesetzespositivistische Sichtweise, nach der von vorneherein nur die Folgen einer Pflichtverletzung eintreten können, die auch gesetzlich normiert sind (also insbesondere unregelte weitergehende Korrekturpflichten auch nicht existieren), ist als unzureichendes Gesetzesverständnis²²⁰⁵ zurückzuweisen.²²⁰⁶

Vielmehr ist im Zusammenhang mit gesetzlichen Regelungen zu berücksichtigen, ob die bestehenden Regelungen zur Pflichtverletzung die Begründung weiterer Rechtsfolgen der Pflichtverletzung ausschließen. Sofern dies der Fall sein sollte, kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine Begründung weitergehender Rechtsfolgen der Pflichtverletzung noch dem Willen des Gesetzgebers entsprechen würde. Diesen Gedanken hat der sozialrechtliche Herstellungsanspruch in dem Ausschlusskriterium der Subsidiarität aufgenommen.²²⁰⁷ Hierbei stellt das BSG entscheidend darauf ab, inwieweit die Folgen einer Pflichtverletzung in einer Regelung konzeptionell mitbedacht und geregelt worden sind.²²⁰⁸

Daran anschließend ist für eine Herstellung die Frage zu beantworten, ob die sonst anzuwendenden Rechtsfolgen zugunsten einer Anwendung der Regelungen modifiziert werden dürfen/müssen, die ohne das Fehlverhalten bestehen würden. Da auch infolge einer Pflichtverletzung für den Bürger gerade kein „Rechtstvakuüm“ mit der Folge entsteht, dass auf ihn überhaupt keine Regelungen mehr Anwendung finden würden, muss untersucht werden, ob die Ergebnisse, die eine unmodifizierte Rechtsanwendung erzielen würde, von dem Regelungszweck des Gesetzes getragen sind. Sofern dies der Fall ist, kann diese

²²⁰⁴ *Canaris*, Feststellung von Lücken, S. 39; vgl. ausführlich: Kap. 2 A III 2 b) aa).

²²⁰⁵ Vgl. hierzu: Kap. 2 A.III.1.a.

²²⁰⁶ Unstreitig gilt bspw. für die Eingriffsverwaltung der ungeschriebene Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch dort, wo einfach-gesetzliche Normierungen fehlen. In diesem Zusammenhang wird auch aus den einfach-gesetzlichen Kodifikationen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (etwa in § 62 StGB, § 17 II BImSchG oder § 15 OBG.NRW, § 58 VwVG.NRW) keineswegs der Umkehrschluss gezogen, dass der allgemeine Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in anderen Bereichen nicht gelten solle. Wenn der Gesetzgeber die Folgen von einzelnen Pflichtverletzungen spezialgesetzlich regelt/ausgestaltet, spricht dies genauso wenig gegen die Annahme/Geltung weiterer Restitutionspflichten.

²²⁰⁷ Vgl. Kap. 1 B.III.1.

²²⁰⁸ Etwa: BSG, Urt. v. 15.12.1994 – 4 RA 64/93 = SozR 3-2600 § 58 Nr. 2; BSG, Urt. v. 31.8.2000 – B 4 RA 28/00 R; BSG, Urt. v. 30.10.1997 – 13 RJ 3/97.

gesetzgeberische Entscheidung nicht modifiziert werden.²²⁰⁹ Falls eine Gesetzesbestimmung hingegen nur nach ihrem Wortlaut eine rechtzeitige Tatbestandserfüllung anordnet, kann sie nicht für den Fall gelten, in dem die Erfüllung der Voraussetzungen durch die Verwaltung vereitelt wurde, sofern ihr Regelungszweck erkennbar nicht den Fall der Pflichtverletzung umfasst. Der Bürger ist dann ggf. in den Regelungsbereich der Regelung einzubeziehen, die ohne den Rechtsverstoß auf ihn Anwendung finden würde, da unverändert von einem entsprechenden gesetzgeberischen Regelungswillen auszugehen ist. Insofern ist ein Bürger unverändert in eine andere Rechtsanwendung einzubeziehen, falls dies durch den gesetzlichen Regelungsplan gefordert sein sollte. Dass planwidrig keine Ausnahmevorschrift für seinen Fall getroffen wurde, kann darauf beruhen, dass vor dem Hintergrund des Art. 20 III GG nur der rechtmäßige Regelfall kodifiziert wurde. Bei einer Rechtsanwendung infolge rechtswidrigen Verwaltungsverhaltens bleibt immer zu bedenken, dass es sich um die Rechtsanwendung in einem vor dem Hintergrund des Art. 20 III GG atypischen Fall handelt, der nicht zwingend der Regelung gleichzusetzen ist, die unproblematisch und unstreitig bei rechtmäßigem Verwaltungsverhalten anzuwenden wäre.²²¹⁰ Unzulässig wäre daher der leichtfertige Schluss, dass eine Nichteinbeziehung des Betroffenen immer dann schon dem Willen des Gesetzgebers entspräche, sobald der Betroffene die Tatbestandsvoraussetzungen nicht erfüllt hat. Das Wesen jeder richterrechtlichen Rechtsfortbildung ist schließlich ein Abweichen vom Wortlautergebnis einer Vorschrift. Es kommt deshalb auf die

²²⁰⁹ Bspw. weil eine Leistungsgewährung mit der rechtzeitigen, tatsächlichen Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals auch dann stehen oder fallen soll, auch wenn der Grund der Nichtverwirklichung ggf. auf einem Fehlverhalten der Verwaltung beruht.

²²¹⁰ Wenn ein Bürger bspw. ohne rechtswidriges Verwaltungsverhalten keinen Antrag auf Befreiung von einer Versicherungspflicht gestellt hat (weil er die Antragsfristen versäumt oder sich erst später zu einer anderen Entscheidung durchringt, die inzwischen für ihn günstiger ist) treten unbestritten die Rechtsfolgen der Befreiung nicht ein, weil der Gesetzgeber diese Rechtsfolgen mit der Regelung verbunden hat. Wenn hingegen dieselbe Befreiung wegen eines Behördenfehlers nicht beantragt wird, erscheint die Aussage, dass der Gesetzgeber mit derselben Vorschrift auch diesen Fall nachteilig für den Betroffenen regeln wollte, weitaus schwieriger. Schließlich muss der Gesetzgeber wegen Art. 20 III GG nicht mit jeder Missachtung des Gesetzes durch den Verwaltungsträger rechnen und eine entsprechende Regelung des Fehlverhaltens erlassen – er darf dies aber unbestritten tun. Dass ein Eintritt der Rechtsfolge allerdings allein deshalb nicht mehr zulässig sei soll, weil keine Norm ausdrücklich die Einbeziehung des Bürgers in die vorteilhafte(re) Rechtsanwendung bestimmt, ist gesetzessystematisch und wenig überzeugend. Ob der Gesetzgeber in derselben Vorschrift auch den Fall eines hoheitlichen Fehlverhaltens geregelt hat, die eine Rechtsfolge jedenfalls für den Fall rechtmäßigen Verwaltungsverhaltens gewährt, ist durch Auslegung dieser Vorschrift zu ermitteln.

Bedeutung des jeweils fehlerbedingt (nicht) verwirklichten Tatbestandsmerkmals im jeweiligen Regelungskontext an. Diesen Gedanken versucht das BSG beim sozialrechtlichen Herstellungsanspruch insbesondere mit dem Kriterium des „*an sich (un)zulässigen*“ Amtshandelns gerecht zu werden.²²¹¹

Welches Ergebnis die Rechtsanwendung konkret fordert, kann nur aus der Auslegung des jeweiligen Fachrechts gewonnen werden. Der Gesetzgeber kann (grds. ohne weitere verfassungsrechtliche Rechtfertigungsnot) bestimmte Fälle aus dem Anwendungsbereich der Regelung ausnehmen, die bei rechtmäßigem Verwaltungsverhalten Anwendung gefunden hätte.²²¹² Sofern sich dem Gesetz jedoch der Regelungszweck entnehmen lassen sollte, dass für den Bürger unverändert die ursprünglich zugedachte Regelung eintreten soll, ist es gesetzlich und rechtsstaatlich gefordert, durch die ergänzende Ausgestaltung der Reaktionspflichten den Bürger so zu behandeln, wie er ohne die Abweichungen vom rechtmäßigen Zustand seitens des Verwaltungsträgers heute zu beurteilen wäre. Denn nur dann wird die Verwaltung ihrer Bindung an den jeweiligen fachrechtlichen Regelungszweck (Art. 20 III GG) gerecht.²²¹³

²²¹¹ Ausführlich hierzu: Kap. 1 B.II.2.b.bb..

²²¹² Ausnahmen zu dieser grundsätzlichen gesetzgeberischen Freiheit können sich im Einzelfall ggf. aus einer Grundverletzung oder dem rechtsstaatlichen Vertrauensgrundsatz ergeben, die diese allgemeine gesetzgeberische Freiheit begrenzen.

²²¹³ Jegliche Rechtsanwendung ist der Verwirklichung des Regelungszwecks verpflichtet und nicht der Anwendung des gesetzlichen Wortlautes (vgl. Kap. 2 A.III.1.a.). Sofern eine Rechtsanwendung nicht vom Regelungszweck, sondern allein vom Wortlaut des Gesetzes gedeckt sein sollte, ist eine Geltendmachung dieser Rechtsfolgen letztlich eine Form des Rechtsmissbrauches. Dass rechtsmissbräuchliches Verhalten nicht hinzunehmen ist, ist unbestritten. Die grundsätzliche Möglichkeit, eine andere Rechts- oder Sachlage der rechtlichen Beurteilung eines Einzelfalls zugrunde zu legen, wird deshalb gleichermaßen von den allgemeinen Verwaltungs-, Finanz- und Sozialgerichten anerkannt; oftmals wird diese Modifikation dabei über den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben (§§ 242, 162 BGB analog) begründet – und nicht über Art. 20 III GG i.V.m. den jeweiligen Regelungen des Fachrechts. Ob die Notwendigkeit einer Rechtsfortbildung in diesen Fälle unmittelbar auf Art. 20 III GG gestützt wird oder ergänzend ein allgemeiner Grundsatz von Treu und Glauben (§§ 242, 162 BGB analog) herangezogen wird, ist im Ergebnis weniger eine Frage der inhaltlichen Folgen, sondern des rechtsdogmatischen Geschmacks. Denn wenn eine Rechtsfolge analog §§ 242, 162 BGB für das öffentliche Recht entwickelt werden soll, ist die Gesetzesbindung nach Art. 20 III GG jedenfalls als öffentlich-rechtliche Besonderheit zu berücksichtigen, weshalb eine Fiktion nur im Einklang mit dem jeweiligen Fachrecht erfolgen kann und nicht zur Überwindung gesetzlicher Wertungen beiträgt. Da es sich bei dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben (§§ 242, 162 BGB analog) ohnehin um eine konkretisierungs-/ausfüllungsbedürftige „*Blankettnorm*“ handelt (BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 80; vgl. ausführlich: Kap. 1 E.II.2.d.), können die Ausführungen zu Art. 20 III GG auch zur entsprechenden Konkretisierung dieses Grundsatzes herangezogen werden. Wenn sich ein Staat als Rechtsstaat definiert, kann ein Rechts-

Entscheidend ist stets, ob das jeweilige Fachrecht wertungsmäßig die Gleichsetzung des tatsächlich vorliegenden Falls, der durch rechtswidriges Verhalten geschaffen wurde, mit dem (fiktiven) Fall verlangt, der bei rechtmäßigen Verhalten bestehen würde. Unterstellt, dass der sozialrechtliche Herstellungsanspruch im Einzelfall tatsächlich dem Gesetzeszweck entspricht, wird deshalb nicht etwa eine besondere Belastung des Verwaltungsträgers (mit Sanktionswirkung) begründet, sondern die – auch vom Verwaltungsträger zu begrüßende – Lösung eröffnet, trotz des gesetzlichen Wortlautes noch dem Regelungszweck und der nach Art. 20 III GG geforderten Gesetzesbindung nachzukommen.

bb) Rechtsanwendungsgleichheit (Art. 3 I GG)

Eine Pflicht, den Bürger so zu stellen, wie er heute ohne das Fehlverhalten des Verwaltungsträgers stünde, könnte sich aus dem Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit (Art. 3 I GG) ergeben. Dieser Gedanke gewinnt an Überzeugungskraft, wenn man sich verdeutlicht, dass der Bürger letztlich nur aufgrund des rechtswidrigen Verwaltungsverhaltens einen sozialrechtlichen Nachteil erlitten hat, der für keinen anderen Bürger eingetreten ist, welcher in einer vergleichbaren Situation von dem Verwaltungsträger rechtmäßig behandelt worden ist. Als sachliche Gleichheit verpflichtet Art. 3 I GG den Staat materiell-rechtlich dazu, nicht willkürlich bei der Rechtsanwendung zu differenzieren, sondern Gleiches gleich und Ungleiches unterschiedlich zu behandeln.²²¹⁴ Inso-

missbrauch bereits allein aus Art. 20 III GG – ohne materiell-rechtlichen Rückgriff auf §§ 242, 162 BGB – als unzulässig gekennzeichnet und ggf. auch korrigiert werden.

²²¹⁴ Das Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit nach Art. 3 I GG wird zu Recht inzwischen nicht nur im Sinne einer personalen Gleichheit verstanden (gleiche Rechtsanwendung unabhängig von dem gesellschaftlichen Status der Einzelperson), sondern auch als Verpflichtung zur sachlichen Gleichheit interpretiert (vgl. *Rennert*, NJW 1991, 12, 12 m.w.N.). Dieser Gedanke findet sich bereits in den ersten Formulierungsversuchen des Art. 3 I GG, die noch einen Abs. 2 enthielten („*Der Gesetzgeber muß Gleiches gleich, Verschiedenes nach seiner Eigenart behandeln.*“). Dieser Absatz wurde zwar nicht für die Endfassung des Art. 3 GG übernommen (vgl. zur Entstehungsgeschichte: JÖR 1 [1951], S. 68 ff.), aber sein Gedankengut ist nach wie vor in Art. 3 GG enthalten (vgl. *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 3 GG, Rn. 6 ff.; *Pieroth/Schlink*, GR, Rn. 463 ff., 468; *Kannengießer*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke* [Hg.], Art. 3 GG, Rn. 14 m.w.N.). Dem Staat ist durch Art. 3 I GG nicht jede Differenzierung verboten, sondern nur grundlose Benachteiligungen von Personen, die unter einem Aspekt vergleichbar sind. Die Erkenntnis, dass es dem Staat verboten ist, willkürlich Unterscheidungen zwischen wesentlich vergleichbaren Sachverhalten vorzunehmen, hat sich als zentrales Element jeglicher Rechtsanwendung etablieren können und wird vom BVerfG in ständiger Rechtsprechung als Kernelement der Werteordnung des Grundgesetzes verstan-

fern könnte die sozialrechtliche Naturalrestitution die verfassungsrechtlich notwendige Folge sein, um eine im Hinblick auf Art. 3 I GG unzulässige Ungleichbehandlung des rechtswidrig behandelten Bürgers gegenüber dem rechtmäßig behandelten Bürger zu korrigieren. Erforderlich ist hierfür, dass tatsächlich eine verfassungsrechtlich unzulässige, willkürliche Ungleichbehandlung des rechtswidrig behandelten Bürgers und des rechtmäßig behandelten Bürgers vorliegt. Ob jedes rechtswidrige Verhalten bereits eine durch Art. 3 I GG verbotene willkürliche Ungleichbehandlung bedeutet (und welche Rechtsfolgen ggf. daraus folgen), ist umstritten.

Nicht bestritten werden kann jedenfalls der Umstand, dass der Betroffene bei jeder rechtswidrigen Behandlung durch einen Hoheitsträger anders behandelt wird als derjenige, bei dem in einer vergleichbaren Situation rechtmäßig verfahren wird.²²¹⁵ Auch die Tatsache, dass ggf. tatsächlich kein anderer Bürger in einer vergleichbaren Situation anders behandelt wurde (weil bspw. nur derjenige überhaupt nach einer Befreiungsmöglichkeit gefragt hat, der dann die rechtswidrige Auskunft erhalten hat), steht einer Anwendung des Art. 3 I GG nicht entgegen. Schließlich kann für Art. 3 I GG auch der Vergleich mit einer fiktiven Vergleichsperson in der Lage des Bürgers ausreichen. Besonders deutlich wird dies am Beispiel einer sog. antizipierten Verwaltungspraxis/Selbstbindung der Verwaltung. Für diese Fallgruppe ist anerkannt, dass sich ein Bürger auch im allerersten Fall, der tatsächlich entschieden wird, über Art. 3 I GG auf eine tatsächlich noch ausstehende Selbstbindung der Verwaltung berufen kann (die bspw. in internen Verwaltungsvorschriften bereits festgelegt ist), wenn man davon ausgehen kann/muss, dass der Verwaltungsträger vergleichbare Fälle in Zukunft anders behandeln wird und von dieser zukünftigen – noch fiktiven – Verwaltungspraxis für den Fall des Bürgers abgewichen wurde.²²¹⁶ Auch in den Herstellungsfällen muss davon ausgegangen werden, dass derselbe Verwaltungsträger bereits wegen seiner Verpflichtung zum gesetzeskonformen Handeln einen anderen Bürger, der sich in einer vergleichbaren Situation befindet, in Zukunft anders – nämlich rechtmäßig – behandeln wird.

(1) *Überwiegende Ansicht: Gleichheitsverstöße nur bei verwaltungsbehördlichen Entscheidungsspielräumen möglich*

Nach der wohl herrschenden Ansicht kommt ein Verstoß gegen Art. 3 I GG insbesondere bei der Verletzung von behördlichen Handlungs- und Entscheidungsspielräumen (Rechtsverordnungs- und Satzungserlass, Beurteilungsspiel-

den; vgl.: BVerfG, Beschl. v. 11.6.1980 – 1 PBvU 1/79 = BVerfGE 54, 277, 296; *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 970 m.w.N.

²²¹⁵ *Pieroth/Schlink*, GR, Rn. 529; *Sachs*, VerfR II, B3, Rn. 58.

²²¹⁶ Vgl. BVerwG, Urt. v. 24.3.1977 – II C 14/75 = BVerwGE 52, 193, 199; *Ehlers*, in: *Erichsen/Ehlers* [Hg.], AllgVerwR, § 2, Rn. 67 m.w.N.; *Maurer*, AllgVerwR, § 24, Rn. 21 f.

räumen und Ermessensentscheidungen) in Betracht.²²¹⁷ Soweit der Verwaltung kein Entscheidungsspielraum beim Normvollzug zusteht (sog. Gesetzesakzessorische Verwaltung), sei unmittelbar die Norm selbst an Art. 3 I GG zu messen und nicht die aus ihr hervorgehende Entscheidungspraxis.²²¹⁸ Allein durch die Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns (Art. 20 III GG) werde dann eine Rechtsanwendungsgleichheit sichergestellt.²²¹⁹ Diese Einschätzungen sind für den typischen Regelfall eines rechtmäßigen Verwaltungsverhaltens sicherlich überzeugend.

Problematischer zu beurteilen ist jedoch der atypische Fall, in dem der Rechtsanwendungsgleichheit gerade nicht durch Gesetzesvollzug Genüge getan wird, weil die Verwaltung rechtswidrig handelt. Soll Art. 3 I GG i.S.d. Rechtsanwendungsgleichheit für diese Fälle (wieder) einen eigenständigen Verpflichtungsgehalt gewinnen, weil die im Gesetz angelegte (verfassungsrechtlich gerechtfertigte) Gleichbehandlung nicht erreicht wurde? Überwiegend wird dies verneint. Auch wenn sich ein Verwaltungsträger mit seiner rechtswidrigen Entscheidungspraxis von einer Gesetzesbindung löse, bedeute dies nicht, dass Art. 3 I GG anzuwenden sei. Denn bei einem solchen schlicht rechtswidrigem Verhalten werde nicht Art. 3 I GG verletzt, sondern nur das jeweilige einfache Recht, dessen Verletzung vor den jeweiligen Fachgerichten gerügt werden müsse.²²²⁰ Für einfach-gesetzliche Rechtsverstöße, die nicht im Zusammenhang mit behördlichen Entscheidungsspielräumen stehen, sei allein das vorrangige Rechtsstaatsprinzip (insbesondere Art. 20 III GG) einschlägig und nicht Art. 3 I GG.²²²¹

Willkürliches Verhalten i.S.d. Art. 3 I GG erfordere, dass „*die Rechtslage in krasser Weise verkannt wird*“²²²², was mehr bedeute als nur rechtswidriges

²²¹⁷ Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 3 GG, Rn. 34; Pieroth/Schlink, GR, Rn. 515 ff., 529 f.; Gubelt, in: von Münch/Kunig [Hg.], Art. 3 GG, Rn. 37 f.; Pieper, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], Art. 3 GG, Rn. 45; Starck, in: von Mangoldt/Klein/Starck [Hg.], Art. 3 GG, Rn. 264; offener: Sachs, in: Sachs [Hg.], Art. 3 GG, Rn. 116.

²²¹⁸ Rechenbach, NVwZ 1987, 383, 384 f.; Gubelt, in: von Münch/Kunig [Hg.], Art. 3 GG, Rn. 37; wohl auch: BVerwG, Urt. v. 10.12.1969 – VIII C 104/69 = BVerwGE 34, 278, 281 f.

²²¹⁹ BVerwG, Urt. v. 10.12.1969 – VIII C 104/69 = BVerwGE 34, 278, 281 f.; Starck, in: von Mangoldt/Klein/Starck [Hg.], Art. 3 GG, Rn. 2, 264 m.w.N.

²²²⁰ Vgl. BVerwG, Urt. v. 23.3.1982 – 1 C 157/79 = BVerwGE 65, 167, 173 f.; Rechenbach, NVwZ 1987, 383, 384 f.; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 3 GG, Rn. 34; Pieroth/Schlink, GR, Rn. 529; Gubelt, in: von Münch/Kunig [Hg.], Art. 3 GG, Rn. 37.

²²²¹ Rechenbach, NVwZ 1987, 383, 384 f.; Gubelt, in: von Münch/Kunig [Hg.], Art. 3 GG, Rn. 37.

²²²² BVerfG, Beschl. v. 26.5.1993 – 1 BvR 208/93 = BVerfGE 89, 1, 14; vgl. auch: BVerfG, Beschl. v. 30.6.2011 – 1 BvR 367/11 = NJW 2011, 3217 („*In der Rechtsprechung des*

Verhalten.²²²³ Nur dann solle Art. 3 I GG einen eigenständigen Verpflichtungsgehalt gegenüber Art. 20 III GG entfalten. Sofern ein Verwaltungsträger daher trotz der Tatbestandsvoraussetzungen lediglich rechtswidrig nicht die durch das Gesetz vorgegebene Entscheidung trifft, sei Art. 3 I GG nicht betroffen. Wenn das BVerfG davon spricht, dass jede gesetzeswidrige Differenzierung bei der Rechtsanwendung ausgeschlossen ist,²²²⁴ sei dies so zu interpretieren, dass damit nicht Art. 3 I GG gemeint sei, sondern Art. 20 III GG.²²²⁵

Sofern ausnahmsweise dennoch einmal ein (krasser) Gleichheitsverstoß durch ein rechtswidriges Verwaltungsverhalten vorliegen sollte, enthält auch das Gleichheitsrecht i.S.d. *status negativus* eine Beseitigungspflicht.²²²⁶ Der Verwaltungsträger muss die Ungleichbehandlung durch die Beseitigung des Gleichheitsverstoßes korrigieren; er kann nicht an seiner ungerechtfertigten Ungleichbehandlung festhalten.

Allgemein kann ein Gleichheitsverstoß gleichermaßen dadurch korrigiert werden, dass beide Vergleichsgruppen auf die eine oder auf die andere – oder auch eine dritte – Weise gleich behandelt werden (bspw. eine Leistung allen gewährt wird oder beide Vergleichsgruppen gleichermaßen von einer Leistung ausgeschlossen werden).²²²⁷ Art. 3 I GG fordert schließlich nur die Beseitigung der Ungleichbehandlung ohne inhaltliche Vorgaben darüber zu machen, mit welchem Ergebnis die Ungleichbehandlung beseitigt werden muss.²²²⁸ Allerdings kann der Verwaltung regelmäßig nicht der Wille unterstellt werden, die Gruppe derer, die keinen Nachteil erlitten haben, ihrerseits der Situation des Benachteiligten anzupassen, falls der relevante Gleichheitsverstoß gerade darin liegt, dass dieser eine von einer Leistungsgewährung ausgeschlossen wurde.²²²⁹

Bundesverfassungsgerichts ist geklärt, dass ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG in seiner Bedeutung als Willkürverbot nicht schon dann vorliegt, wenn die Rechtsanwendung oder das eingeschlagene Verfahren Fehler enthalten. Hinzukommen muss vielmehr, dass Rechtsanwendung oder Verfahren unter keinem denkbaren Aspekt mehr rechtlich vertretbar sind und sich daher der Schluss aufdrängt, dass die Entscheidung auf sachfremden und damit willkürlichen Erwägungen beruht [...].“).

²²²³ BVerwG, Urt. v. 23.3.1982 – 1 C 157/79 = BVerwGE 65, 167, 173 f.; Jarass, in: Jarass/Pierothen, Art. 3 GG, Rn. 34, 38.

²²²⁴ BVerfG, Beschl. v. 23.6.1981 – 2 BvR 1067/80 = BVerfGE 58, 68, 79; BVerfG, Beschl. v. 26.2.1985 – 2 BvL 17/83 = BVerfGE 69, 150, 160.

²²²⁵ Gubelt, in: von Münch/Kunig [Hg.], Art. 3 GG, Rn. 37.

²²²⁶ Ausführlich: Grzeszick, Rechte und Ansprüche, S. 421 ff.

²²²⁷ Vgl. BVerwG, Urt. v. 24.10.1979 – 2 B 13/78 = Buchholz 235 § 20 BBesG Nr. 3; Grzeszick, Rechte und Ansprüche, S. 422 m.w.N.; Jarass, in: Jarass/Pierothen, Art. 3 GG, Rn. 40, 43; Pierothen/Schlink, GR, Rn. 515.

²²²⁸ Osterloh, in: Sachs [Hg.], Art. 3 GG, Rn. 4.

²²²⁹ Vgl. Jarass, in: Jarass/Pierothen, Art. 3 GG, Rn. 43 („Insbesondere verlangt der Gleichheitssatz die Ausweitung von Begünstigungen, sofern in einem Einzelfall von der Regel

Insofern verengt sich der zulässige Spielraum zur Beseitigung der Ungleichbehandlung für den Verwaltungsträger regelmäßig auf die Möglichkeit einer Einbeziehung auch des bislang gleichheitswidrig Ausgeschlossenen. Die Beseitigungspflicht führt bei gleichheitswidrigen Differenzierungen des Verwaltungsträgers grds. dazu, dass der Bürger verlangen kann, dass gleichheitswidrige Belastungen nicht aufrechterhalten bleiben bzw. ihm gleichheitswidrig vorenthaltene Begünstigungen gewährt werden.²²³⁰

Auf die Herstellungsfälle übertragen kommt diese Ansicht zu dem Ergebnis, dass bspw. eine fehlerhafte Beratung allein § 14 SGB I verletzt. Eine gleichzeitige Verletzung von Art. 3 I GG ist nach dieser Ansicht nur dort gegeben, wo gleichzeitig eine „*krasse Fehlentscheidung*“²²³¹ der Verwaltung vorläge. Für den „Normalfall“ einer nur fehlerhaften Rechtsanwendung geht diese Ansicht hingegen lediglich von einer Verletzung des § 14 SGB I und Art. 20 III GG aus. Nur wo ausnahmsweise einmal Art. 3 I GG betroffen ist (bspw. bei gleichheitswidriger Anwendung eines Handlungsspielraums oder einer krassen Fehlentscheidung), käme diese Ansicht überhaupt zu der Möglichkeit, einer Korrektur der Ungleichbehandlung nach Art. 3 I GG. Falls eine Leistung bspw. im Ermessen des Verwaltungsträgers steht (z.B. § 18 I 1 SGB V) und der Verwaltungsträger dieses Ermessen gleichheitswidrig ausgeübt haben sollte, könnte diese Rechtsanwendung so zu korrigieren sein, dass der Betroffene die Leistung erhält, die andere Personen in seiner Situation – ohne fehlerhafte Ermessensentscheidung – erhalten haben.

abgewichen wurde, da hier nicht anzunehmen ist, dass die Verwaltung lieber in allen Fällen auf die Begünstigung verzichtet [...].“). Zumindest in den Fällen, in denen eine allgemeine Begünstigung rechtlich gefordert ist, würde eine Gleichstellung der begünstigten Gruppe mit dem Ausgeschlossenen sogar dort eine Gleichstellung im Unrecht bedeuten. Die Möglichkeit einer solchen Gleichbehandlung im Unrecht wird zu Recht allgemein abgelehnt (etwa: BVerfG, Beschl. v. 17.1.1979 – 1 BvL 25/77 = BVerfGE 50, 142, 166; BVerwG, Urt. v. 26.2.1993 – 8 C 20/92 = BVerwGE 92, 153, 157; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 3 GG, Rn. 36; Pieroth/Schlink, GR, Rn. 533; Rechenbach, NVwZ 1987, 383 ff.; Pieper, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], Art. 3 GG, Rn. 46); wobei oftmals allerdings nur der umgekehrte Fall betrachtet wird, dass auch der Ausgeschlossene an einer rechtswidrigen Begünstigung partizipieren möchte.

²²³⁰ Vgl. BVerwG, Urt. v. 11.10.1996 – 3 C 29/96 = BVerwGE 102, 113, 118 f; BVerwG, Urt. v. 28.4.1978 – IV C 49/76 = BVerwGE 55, 349, 351 ff.; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 9.3.1983 – 6 S 59/83 = NVwZ 1983, 427; Pieroth/Schlink, GR, Rn. 531; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 3 GG, Rn. 43; vgl. auch: BVerwG, Urt. v. 10.12.1969 – VIII C 104/69 = BVerwGE 34, 278, 281 f.

²²³¹ Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 3 GG, Rn. 38.

(2) *Andere Ansicht: Gleichheitsverstöße bei jedem rechtswidrigem
Verwaltungsverhalten*

Für andere Autoren begründet jede Abweichung vom geltenden Recht bereits einen willkürlichen Gleichheitsverstoß.²²³² Insbesondere verstößt auch der Verwaltungsträger gegen Art. 3 I GG, der bei einer gebundenen Entscheidung rechtswidrig handelt.²²³³ Jede rechtswidrige Behandlung des einen Bürgers begründet in diesem Verständnis eine zu korrigierende Ungleichbehandlung gegenüber allen Bürgern, die rechtmäßig behandelt werden.

Die Rechtsfolge des Gleichheitsverstößes sei die Verpflichtung des Verwaltungsträgers zur „*Beseitigung des gesetzten Verwaltungsakts oder zur Verpflichtung, einen solchen zu setzen, um damit die Gleichheit wieder herzustellen.*“²²³⁴ *Sachs* äußert sich konkretisierend dahingehend, dass nur der durch rechtswidriges Verhalten begründete Gleichheitsverstoß beseitigt werden müsse.²²³⁵ Wenn schon nicht der Eintritt der Ungleichbehandlung vermieden werden konnte, müsse eine eingetretene Ungleichbehandlung i.S.e. Rechtsanwendungsgleichheit wieder rückgängig gemacht werden.²²³⁶ Auch wenn Art. 3 I GG unmittelbar keine Vorgaben dafür enthalte, wie der Gleichheitsverstoß beseitigt werden müsse, sei der Spielraum des Verwaltungsträgers auf die gesetzlich geforderte Rechtsfolge beschränkt, weshalb nur „*einheitlich gesetzmäßige Entscheidungen*“²²³⁷ erfolgen könnten.

Auf die Herstellungsfälle bezogen kommt diese Ansicht zu dem Ergebnis, dass bspw. auch die Verletzung eines Beratungsanspruchs nicht nur gegen § 14 SGB I und Art. 20 III GG verstößt, sondern auch gegen Art. 3 I GG.²²³⁸ Aus Art. 3 I GG soll der Verwaltungsträger dann auch verpflichtet sein, den Gleichheitsverstoß zu beseitigen. Der Betroffene könnte daher verlangen, dass bspw. eine Rente so bewilligt wird, wie sie bei jedem rechtmäßig Behandelten bewilligt worden wäre.

²²³² *Dürig/Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, 73. EGL., Art. 3 GG, Rn. 423 („*Das rechtswidrige Abweichen vom Gesetz ist der Gleichheitsverstoß, auch wenn es nicht so gekennzeichnet wird.*“); *Englisch*, in: *Stern/Becker* [Hg.], Art. 3 GG, Rn. 45; *Kloepfer*, *VerfR* II, § 59, Rn. 48; *Sachs*, *VerfR* II, B3, Rn. 57 f.; weniger eindeutig: *Rennert*, *NJW* 1991, 12, 12; *Krause*, *Eigentum an subjektiven öffentlichen Rechten*, S. 14.

²²³³ *VG*H Hessen, *Beschl. v. 12.7.1985 – 4 TH 530/85 = NVwZ* 1986, 683; *Sachs*, *VerfR* II, B3, Rn. 57 ff.

²²³⁴ *Dürig/Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, 73. EGL., Art. 3 GG, Rn. 423.

²²³⁵ *Sachs*, *VerfR* II, B3, Rn. 59.

²²³⁶ *Sachs*, *VerfR* II, B3, Rn. 59.

²²³⁷ *Sachs*, *VerfR* II, B3, Rn. 59; in diesem Sinne auch: *Grzeszick*, *Rechte und Ansprüche*, S. 423.

²²³⁸ Vgl. allgemein: *Englisch*, in: *Stern/Becker* [Hg.], Art. 3 GG, Rn. 45.

(3) Stellungnahme

Die Versuche der überwiegenden Ansicht, den Anwendungsbereich des Art. 3 I GG in Bezug auf Rechtsverletzungen einzuschränken, sind nicht gerechtfertigt. Wenn man Rechtsanwendungsgleichheit nach Art. 3 I GG auch als Verpflichtung zu materiell-sachlicher Gleichheit versteht, kann nicht mehr überzeugend begründet werden, warum eine unbestrittene Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem durch rechtswidriges Verhalten nur teilweise an Art. 3 I GG zu messen sein soll. Die Vorstellung, dass Art. 3 I GG nur bei Handlungsspielräumen der Verwaltung eingreife, findet weder in Wortlaut, Systematik noch Geschichte der Norm ausreichenden Rückhalt und deckt sich auch nicht mit ihrem Regelungsziel.

Art. 3 I GG ist bei gebundenen Entscheidungen zwar bereits im Rahmen einer verfassungsgemäßen gesetzlichen Grundlage berücksichtigt worden, weshalb in diesem Fall die Beachtung der Gesetzmäßigkeit auch die Beachtung des Art. 3 I GG miteinschließt und eine eigenständige Prüfung dann nicht notwendig ist. Dies bedeutet allerdings nicht, dass die Verwaltung nicht weiterhin ihrerseits bei der Rechtsanwendung nach Art. 1 III GG einer Rechtsanwendungsgleichheit verpflichtet ist und daher willkürliche Entscheidungen unterlassen muss. Das Verbot einer willkürlichen Rechtsanwendung im konkreten Einzelfall kann nicht dadurch ersetzt werden, dass abstrakt-generell eine gleichheitskonforme einfach-gesetzliche Bindung geschaffen wird (die dann aber nicht umgesetzt wird, sondern von dem Verwaltungsträger missachtet wird). Vielmehr erfüllt ein Verwaltungsträger mit der rechtmäßigen Anwendung eines verfassungskonformen Gesetzes zugleich auch seine fortbestehende Pflicht zur gleichmäßigen Rechtsanwendung. Überhaupt kann es gerade für den Fall, dass der Verwaltungsträger von einer Norm abweicht – die bei rechtmäßiger Rechtsanwendung vor Art. 3 I GG Bestand hat – keine Rolle spielen, dass Art. 3 I GG wohl entsprochen worden wäre, wenn der Verwaltungsträger rechtmäßig gehandelt hätte; dies hat er nämlich tatsächlich nicht getan. Wenn Art. 3 I GG auch vor willkürlicher Rechtsanwendung durch die Verwaltung schützen soll, erscheint es unverständlich, gerade den Fall der Missachtung einer engen Gesetzesbindung ohne Handlungsspielraum vom Anwendungsbereich des Art. 3 I GG auszunehmen. Weitergedacht würde dies nämlich bedeuten, dass ein Verwaltungsträger gerade durch die Missachtung enger Bindungen einzelne Bürger willkürlich nach seinen Vorstellungen behandeln könnte, ohne dass diese willkürliche Behandlung grundrechtlich erfasst wäre; bei Handlungsspielräumen wäre der Verwaltungsträger demgegenüber einer gleichmäßigen

Rechtsanwendung verpflichtet. Grundrechtlich geschützt wäre der Betroffene vor willkürlicher Rechtsanwendung daher nur, solange der Verwaltungsträger freier handeln darf. Dass die Grundrechte nur bei Entscheidungsspielräumen der Verwaltung Schutz vor willkürlicher Rechtsanwendung gewähren müssten, weil der Bürger bei gebundenen Entscheidungen bereits einfach-gesetzlich ausreichend geschützt sei, ist jedoch zu kurz gedacht. Denn wo sich die Verwaltung nicht an das einfache Gesetz hält, kann dieses Gesetz auch keine einfach-rechtlichen Schutzwirkungen für den Bürger entfalten.

Durch die Anwendung des Art. 3 I GG auf jede Rechtsanwendung wird auch kein überwiegend abgelehnter allgemeiner Gesetzesvollziehungsanspruch begründet,²²³⁹ weil der Bürger nur eine willkürliche benachteiligende Rechtsanwendung bzgl. seiner eigenen Rechte/Pflichten abwehren kann. Er erlangt keinen allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruch, aber einen Anspruch auf Beachtung seiner eigenen subjektiven Rechte. Eine rechtmäßige Gesetzesanwendung erfüllt daher auch die Vorgaben des Art. 3 I GG, wobei bei einem rechtmäßig angewandten verfassungsgemäßen Gesetzes ohne Entscheidungsspielraum eine eigenständige Prüfung des Art. 3 I GG neben Art. 20 III GG nicht erforderlich ist. Für den Fall der Rechtsverletzung gilt dies nicht.

Dass Art. 3 I GG eigentlich selbst nach der überwiegenden Ansicht bei jeder Rechtsanwendung zu berücksichtigen ist, belegt auch die Annahme, dass zumindest willkürliche krasse Fehlentscheidungen bei einem Gesetzesvollzug ohne Entscheidungsspielraum gegen Art. 3 I GG verstoßen sollen.²²⁴⁰ Art. 3 I GG muss bei jeder Rechtsanwendung mitberücksichtigt werden; auch wenn nur besonders krasse Fehlentscheidungen letztlich einen Verstoß gegen Art. 3 I GG begründen sollen. Da auch eine Abgrenzung von lediglich falscher Rechtsanwendung zu besonders krassen Fehlentscheidungen nach kaum fassbaren Kriterien erfolgt,²²⁴¹ ist es überzeugender, Art. 3 I GG allgemein bei jeder Rechtsanwendung zu berücksichtigen. Sowohl die Verwaltungsträger als auch die Fachgerichte sind zudem nicht auf eine Überprüfung bzgl. der Verletzung spezifischen Verfassungsrechts beschränkt, weshalb Art. 3 I GG folglich auch (prozess-) verfahrensrechtlich durchgängig zu beachten ist – nicht erst dann, wenn der Rechtsanwender einmal glaubt sich mit einer besonders „krassen Fehlentscheidung“ konfrontiert zu sehen.

Fraglich ist allerdings, ob Art. 3 I GG bei der Missachtung von Gesetzen ohne Handlungsspielraum von Art. 20 III GG überlagert wird und nur ausnahmsweise bei willkürlicher Rechtsanwendung i.S. besonders krasser Fehlentscheidun-

²²³⁹ Vgl. hierzu: *Hoffmann*, Abwehranspruch gegen Realakte, S. 53 m.w.N.

²²⁴⁰ So ausdrücklich: *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 3 GG, Rn. 34, 38.

²²⁴¹ Vgl. etwa i.a.Z. (zur kaum möglichen Unterscheidung des BVerfG zwischen lediglich falschen und krass fehlerhaften Gerichtsentscheidungen): *Pieroth/Schlink*, GR, Rn. 535 m.w.N.

gen selbstständig zu berücksichtigen bleibt. Üblicherweise wird eine willkürliche Ungleichbehandlung i.S.d. Art. 3 I GG bereits dann angenommen, wenn wesentlich Gleiches ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandelt wird.²²⁴² Folgerichtig erscheint es daher im Rahmen des Vollzuges von Gesetzen mit Handlungsspielraum auch jegliche Ungleichbehandlungen zu unterlassen, für die kein rechtfertigender Grund besteht.²²⁴³ Sofern ein Gesetz daher keinen Handlungsspielraum eröffnet, bedeutet das Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit nach Art. 3 I GG richtig verstanden „*nichts anderes als das Gebot, das Gesetz eben anzuwenden.*“²²⁴⁴

Dass ausgerechnet für Rechtsverletzungen ohne Handlungsspielräume ein „*Mehr*“ für unzulässiges willkürliches Handeln verlangt werden soll als gerade diese Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem ohne sachlichen Grund, kann jedenfalls nicht aus der Rechtsprechung des BVerfG zu einfach-rechtlich fehlerhaften Gerichtsentscheidungen abgeleitet werden, die gerade eine fehlerhafte Gesetzesanwendung fordert, welche „*unter Berücksichtigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich ist und sich daher der Schluß aufdrängt, daß sie auf sachfremden Erwägungen beruht.*“²²⁴⁵ Denn dieser einschränkende Maßstab – der teilweise ebenfalls missverständlich als Willkürverbot bezeichnet wird – ist lediglich eine Folge der verfassungsprozessualen Beschränkung des BVerfG auf die Verletzung spezifischen Ver-

²²⁴² BVerfG, Beschl. v. 23.10.1951 – 2 BvG 1/51 = BVerfGE 1, 14, 52 („*Der Gleichheitssatz ist verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden läßt, kurzum, wenn die Bestimmung als willkürlich bezeichnet werden muß.*“); BVerfG, Beschl. v. 19.10.1982 – 1 BvL 39/80 = BVerfGE 61, 138, 147; BVerfG, Beschl. v. 6.11.1984 – 2 BvL 16/83 = BVerfGE 68, 237, 250; BVerfG, Beschl. v. 17.10.1990 – 1 BvR 283/85 = BVerfGE 83, 1, 23; BVerfG, Beschl. v. 5.10.1993 – 1 BvL 34/81 = BVerfGE 89, 132, 141; *Pieroth/Schlink*, GR, Rn. 471; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 3 GG, Rn. 15, 17, 26; *Osterloh*, in: *Sachs* [Hg.], Art. 3 GG, Rn. 8 ff.; *Kannengießler*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke* [Hg.], Art. 3 GG, Rn. 15 f.

²²⁴³ Bspw. darf die Verwaltung nicht ohne sachlichen Grund bspw. von einer bestehenden Verwaltungspraxis für den Einzelfall abweichen (Art. 3 I GG verbietet in diesem Zusammenhang nicht etwa nur die krasse Fehlentscheidung, während „*normale*“ unbegründbare Differenzierungen innerhalb der Handlungsspielräume hinzunehmen wären); vgl.: *Ehlers*, in: *Erichsen/Ehlers* [Hg.], *AllgVerwR*, § 2, Rn. 67 m.w.N.; *Jestaedt*, in: *Erichsen/Ehlers* [Hg.], *AllgVerwR*, § 11, Rn. 65; *Maurer*, *AllgVerwR*, § 24, Rn. 21, 24; *Papier*, in: *MüKo BGB*, § 839 BGB, Rn. 222.

²²⁴⁴ *Rennert*, *NJW* 1991, 12, 12.

²²⁴⁵ BVerfG, Beschl. v. 04.06.1985 - 1 BvR 1222 / 82 = BVerfGE 70, 93, 97; vgl. auch: BVerfG, Beschl. v. 07.04.1992 - 1 BvR 1772 / 91 = BVerfGE 86, 59, 62 f.; BVerfG, Beschl. v. 30.06.2011 – 1 BvR 367 / 11 = *NJW* 2011, 3217; *Muckel*, *JA* 2011, 873 ff.

fassungsrechts.²²⁴⁶ Mit der eigentlichen Frage nach der materiell-rechtlichen Reichweite des Grundrechtes aus Art. 3 I GG hat dieser verfassungsprozessuale Maßstab nichts zu tun. Dass das BVerfG nicht zu jeder grundlosen Ungleichbehandlung bei der Rechtsanwendung auch eine Verletzung des Art. 3 I GG feststellt, ist insofern weniger der materiellen Reichweite des Art. 3 I GG geschuldet als seinem besonderen (eingeschränkten) prozessualen Prüfungsmaßstab,²²⁴⁷ obwohl jede falsche Rechtsanwendung auch materiell-rechtliche Pflichten der Verfassung verletzt (so jedenfalls unbestritten für Art. 20 III GG).

Einfach-gesetzliche Rechtsverstöße sind schließlich auch nicht mit Rücksicht auf Art. 20 III GG – teilweise – aus dem Anwendungsbereich des Art. 3 I GG herauszunehmen. Beide Pflichten verdrängen einander nicht, sondern ergänzen sich, wie es für das Verhältnis von Art. 20 III GG und den Freiheitsgrundrechten anerkannt ist.²²⁴⁸ Wenn eine rechtswidrige Gesetzesanwendung erfolgt ist, ist deshalb auch gleichermaßen von einer Missachtung des einfachen Rechts, des Art. 20 III GG und der Forderungen des Art. 3 I GG auszugehen. Insbesondere ist eine rechtmisbräuchliche Rechtsanwendung i.S.d. Art. 3 I GG unmittelbar als subjektive Rechtsverletzung anzusehen, während Art. 20 III GG lediglich eine objektive Rechtsbindung der Verwaltung begründet; in Art. 3 I GG ist eine Subjektivierung der Gesetzesbindung der Verwaltung zu sehen, sofern es um den Vollzug von Gesetzen ohne Entscheidungsspielräume geht.²²⁴⁹ Sofern man nicht bereit ist dem Rechtsstaatsprinzip auch subjektiv-rechtliche Elemente einzuräumen,²²⁵⁰ liefert dieser subjektiv-rechtliche Charakter des Art. 3 I GG eine notwendige Ergänzung zu den Reaktionspflichten des Grundgesetzes auf hoheitliche Pflichtverletzungen.²²⁵¹ Zu Recht wird Art. 3 I GG daher

²²⁴⁶ Rennert, NJW 1991, 12, 12.

²²⁴⁶ Etwa: *Pieroth/Schlink*, GR, Rn. 1277 ff.; *Benda/Klein*, VerfProzessR, Rn. 651 ff.; *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge [Hg.], 39. EGL., § 90 BVerfGG, Rn. 316 ff.

²²⁴⁷ *Englisch*, in: Stern/Becker [Hg.], Art. 3 GG, Rn. 45; *Rennert*, NJW 1991, 12, 12 f.; in diese Richtung auch: *Osterloh*, in: Sachs [Hg.], Art. 3 GG, Rn. 124 ff.

²²⁴⁸ So wird bspw. bei der rechtswidrigen Verweigerung einer Gewerbeerlaubnis gleichermaßen unproblematisch von einer Betroffenheit von Art. 12 I GG (i.V.m. Art. 14 I GG) neben Art. 20 III GG und § 1 GewO ausgegangen. Insbesondere soll erst aus der Verbindung mit Art. 12 I GG ein Anspruch auf Erteilung einer notwendigen Gewerbeerlaubnis folgen, falls keine Versagungsgründe bestehen (vgl. *Pieroth/Schlink*, GR, Rn. 81).

²²⁴⁹ Etwa: *Michael/Morlok*, GR, Rn. 753; *Kloepfer*, VerfR II, § 59, Rn. 48.

²²⁵⁰ Vgl. hierzu: Kap. 2 B.II.3.a.bb. (2).

²²⁵¹ Die teilweise gegen Art. 3 I GG vorgebrachte Kritik, dass dieses Grundrecht zu unbestimmt sei, um die Begründung eigenständiger Reaktionsansprüche zu rechtfertigen (*Weyreuther*, Gutachten, B 31; *Köckerbauer*, JuS 1988, 782, 783), soll hier nicht näher untersucht werden, weil Art. 3 I GG jedenfalls in seinem Aussagegehalt nicht konkreter

teilweise auch ein eigenständiger staatshaftungsrechtlicher Gehalt zugesprochen.²²⁵²

Dennoch überzeugt es zumindest für die Herstellungsfälle grds. nicht, dass der durch die Pflichtverletzung Benachteiligte bereits wegen Art. 3 I GG so gestellt wird, wie er heute ohne Pflichtverletzung stünde. Dies ergibt sich aus zwei Erwägungen. Zunächst hat das BVerwG Art. 20 III GG zu Recht als eine Grenze möglicher Ansprüche aus Art. 3 I GG gekennzeichnet.²²⁵³ Art. 3 I GG begründet weder einen Anspruch auf Gleichheit im Unrecht noch einen Anspruch darauf, dass überhaupt entgegen dem Gesetz eine Gleichstellung verwirklicht wird. Wenn der Gesetzgeber eine Gleichstellung rechtlich ausgeschlossen haben sollte, kann der Verwaltungsträger sich nicht zugunsten der Verwirklichung von Art. 3 I GG über eine Gesetzesbindung hinwegsetzen. Art. 3 I, 20 III GG sind widerspruchsfrei systematisch so verstehen, dass eine Gleichheit nur mit rechtmäßigen Mitteln erreicht werden kann.²²⁵⁴ Eine Gleichstellung steht also immer unter dem Vorbehalt ihrer (einfach-rechtlichen) Zulässigkeit. Wie bereits mehrfach betont, besteht die Gesetzesbindung jedoch im Hinblick auf die jeweiligen gesetzlichen Regelungsziele und nicht im Hinblick auf den Gesetzeswortlaut; Art. 20 III GG schränkt deshalb nur dort Art. 3 I GG ein, wo das Ziel einer Regelung durch die Gleichstellung unterlaufen werden würde.

Eine weitere Begrenzung folgt aus der Relativität der Rechtsfolge des Art. 3 I GG. Über Art. 3 I GG kann allenfalls eine Gleichbehandlung mit anders behandelten Personen erreicht werden. Die Personengruppe, mit der über den Herstellungsanspruch letztendlich eine Gleichbehandlung erreicht werden soll, sind jedoch nicht diejenigen, die bspw. rechtmäßig beraten worden sind. Diese Gleichstellung wäre schon durch eine richtige Beratung erreicht. Hergestellt werden soll vielmehr eine Gleichstellung mit den Personen, die nicht den Folgen der Pflichtverletzung ausgesetzt sind; die bspw. ein Gestaltungsrecht günstig(er) ausüben konnten oder eine Leistung erhalten haben. Wenn eine Gleichstellung daher zur Korrektur eines sozialrechtlichen Nachteils führen soll, ist ein Vergleich mit den Personen notwendig, die diesem Nachteil nicht ausge-

oder unkonkreter ist als jedes andere (Freiheits-) Grundrecht, woraus vielfach eigenständige Reaktionsansprüche hergeleitet werden sollen (kritisch daher auch: *Köckerbauer*, JuS 1988, 782, 783). Der Einwand kann daher gleichermaßen gegen jegliche verfassungsrechtliche Fundierung erhoben werden.

²²⁵² *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, S. 421 ff.

²²⁵³ BVerwG, Urt. v. 10.12.1969 – VIII C 104/69 = BVerwGE 34, 278, 281 ff.; vgl. auch: *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, S. 423.

²²⁵⁴ So im Ergebnis auch: *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, S. 423.

setzt sind.²²⁵⁵ Für eine sozialrechtliche Restitution muss die ggf. gleichheitswidrige fehlerhafte Rechtsanwendung also in Bezug auf das Bestehen des sozialrechtlichen Nachteils überprüft werden. Der Gesetzgeber – nicht der Verwaltungsträger – kann in diesem Zusammenhang eine Differenzierung zwischen beiden Gruppen (den rechtswidrig behandelten Personen mit sozialrechtlichem Nachteil und den rechtmäßig behandelten Personen, bei denen kein sozialrechtlicher Nachteil eingetreten ist) vornehmen, die durch irgendeine sachliche Erwägung gerechtfertigt ist. Er kann deshalb grds. auch Personen einer anderen rechtlichen Beurteilung zuordnen. Art. 3 I GG garantiert nicht, dass es für denjenigen, der rechtswidrig behandelt wurde, bei einer Anwendung der günstigen Rechtslage bleibt. Art. 3 I GG garantiert allenfalls, dass der Verwaltungsträger bei einer (gegenwärtig anstehenden) Rechtsanwendung nicht willkürlich vom Gesetz abweichen darf. Da in den Herstellungsfällen die nachteilbegründende Rechtsanwendung zumindest nach dem gesetzlichen Wortlaut damit gerechtfertigt werden kann, dass der Bürger für ihn nachteilige Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt (bzw. vorteilhafte Tatbestandsvoraussetzungen nicht erfüllt), muss dargelegt werden, dass die (Nicht-) Erfüllung dieser Tatbestandsvoraussetzungen – nach dem Willen des Gesetzgebers – keinen sachlichen Grund für eine naheliegende Ungleichbehandlung beider Vergleichsgruppen im Hinblick auf den sozialrechtlichen Nachteil bildet. Nur dann kann über Art. 3 I GG eine Abwendung des sozialrechtlichen Nachteils erreicht werden, indem der Bürger den Personen gleichgestellt wird, die rechtmäßig behandelt wurden. Sofern die beiden Vergleichsgruppen ausgehend von den Wertungen des Gesetzes durch den Verwaltungsträger willkürlich ungleich behandelt werden, ist der rechtsanwendende Verwaltungsträger durch Art. 3 I GG gehalten, die Ungleichbehandlung zu beseitigen.²²⁵⁶ Da es für den Verwaltungsträger bzgl. der rechtmäßig behandelten Personen nicht möglich ist, diese zur Auflösung der Ungleichbehandlung entgegen dem Gesetz zu behandeln (ihnen bspw. eine rechtmäßig ausgeübte Gestaltung abzuerkennen), kann die Korrektur einer willkürlichen Ungleichbehandlung dann nur durch eine Einbeziehung des bislang Benachtei-

²²⁵⁵ So betont bspw. auch *Weyreuther* zur Frage einer Ableitung des Folgenbeseitigungsanspruchs aus Art. 3 I GG, dass es für die Begründung einer Korrekturpflicht nicht entscheidend sein kann, ob eine Person im Vergleich zu einer anderen rechtmäßig oder rechtswidrig behandelt wurde, sondern ob die belastete Person im Vergleich zu anderen Personen diese Belastungen gleichheitswidrig trägt (*Weyreuther*, Gutachten, B 30 ff. m.w.N.).

²²⁵⁶ Da ein nach Art. 20 III GG an Recht und Gesetz gebundene Verwaltungsträger selbst keine sachlichen Gründe „erfinden“ kann, um eine Ungleichbehandlung aufrechtzuerhalten, hat er gerade bei gebundenen Entscheidungen keinerlei eigenen Entscheidungsspielraum. Insofern bleibt er auf die sachlichen Gründe des Gesetzes beschränkt.

ligten erfolgen. Da Art. 3 I GG nur „*einheitlich gesetzmäßige Entscheidungen*“²²⁵⁷ ermöglicht, muss die Begründung des sozialrechtlichen Nachteils für den Bürger im Ergebnis rechtswidrig sein, dem eine Begünstigung eingeräumt werden soll.

Sofern dem einfachen Recht demnach ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung entnommen werden kann, darf eine abweichende Behandlung der Herstellungsfälle nicht über Art. 3 I GG erreicht werden. Andersherum verpflichtet Art. 3 I GG den Verwaltungsträger dort zur Gleichbehandlung, wo das einfache Recht materiell-rechtlich keinen solchen sachlichen Unterscheidungsgrund beinhaltet. Auch für den Fall, dass ein infolge der Pflichtverletzung Benachteiligter den Bevorteilten wesentlich vergleichbar ist (bzw. er wesentlich ungleich den Personen ist, die demselben Nachteil ohne vorangehende Pflichtverletzung ausgesetzt sind) und ausgehend von den Wertungen des Fachrechts kein sachlicher Grund für die Aufrechterhaltung der Ungleichbehandlung gegenüber den Bevorteilten besteht (bzw. für die Gleichbehandlung mit den Benachteiligten), zwingt Art. 3 I GG, diese gleichheitswidrige Rechtswendung zu unterbinden. Welcher dieser Fälle tatsächlich vorliegt, kann jedoch nicht abstrakt – losgelöst vom Fachrecht – anhand des Art. 3 I GG entschieden werden.

cc) Zwischenergebnis

Weder aus Art. 20 III GG noch aus Art. 3 I GG folgt, dass ein Verwaltungsträger verfassungsrechtlich dazu verpflichtet ist, den Bürger bei einer subjektiven Rechtsverletzung so zu stellen, wie er heute ohne die Rechtsverletzung stünde. Die Gebote der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 III GG) und der Rechtsanwendungsgleichheit (Art. 3 I GG) schließen es aber sehr wohl aus, dass ein Verwaltungsträger durch rechtswidrige Manipulation des rechtmäßigen Verlaufes der Dinge sich seinerseits rechtswidrig eine Sach- oder Rechtslage selbst schafft, anhand derer er den Bürger fortan beurteilt. Die Begründung eines sozialrechtlichen Nachteils infolge einer Rechtsanwendung ist verfassungsrechtlich nur dort zulässig, wo die Begründung dieses sozialrechtlichen Nachteils aus dem Gesetz folgt (richtig verstanden als Regelungsziel und nicht Gesetzeswortlaut).

Sofern das Gesetz – und nicht der Verwaltungsträger – daher für einen Bürger den sozialrechtlichen Nachteil begründet/aufrechterhält, kann dieses Ergeb-

²²⁵⁷ *Sachs*, VerfR II, B3, Rn. 59.

nis nicht durch einen lückenschließenden Herstellungsanspruch verändert werden. Wo ein sozialrechtlicher Nachteil hingegen nicht durch das Gesetz begründet wird, sondern vielmehr abweichend durch den Verwaltungsträger selbst, ist auch eine Korrektur hin zu einem rechtmäßigen Ergebnis verfassungsrechtlich durch Art. 20 III, 3 I GG gefordert. Andernfalls wird der Wortlaut des Gesetzes in unzulässiger Weise – gleich einem grammatikalischen Feigenblatt – zur Aufrechterhaltung seines eigenen Fehlverhaltens bemüht.²²⁵⁸

b) Ausgestaltung zum Herstellungsanspruch erfolgt auf einfach-gesetzlicher Ebene

Wenn die Begründung einer Pflicht, den Bürger anhand der Sach- und/oder Rechtslage zu behandeln, die für diesen ohne ein staatliches Fehlverhalten heute (fiktiv) bestünde, letztlich von den einschlägigen einfach-rechtlichen Wertungen abhängt, wirft dies die Frage auf, ob und warum gerade das einfache Sozialrecht eine solche Pflicht begründen soll. Aus dem Sozialrecht muss nachweisbar sein, dass der Bürger abweichend vom Gesetzeswortlaut nicht sozialrechtlichen Nachteilen ausgesetzt ist, sondern stattdessen vom Verwaltungsträger die (ursprünglichen) Amtshandlungen vorzunehmen sind, die heute ohne das zurechenbare Fehlverhalten gefordert wären. Trotz der angeführten Einwände bieten dabei insbesondere die dargestellten Ableitungsversuche des Herstellungsanspruchs als sozialrechtlichem Anspruch sui generis wichtige Orientierungspunkte, da sie auf das einfache Sozialrecht abstellen.²²⁵⁹

Anschließend soll folgende Arbeitshypothese verifiziert werden: Die Regelungen des sozialrechtlichen Leistungsrechts sollen eine Begründung/Aufrechterhaltung der sozialrechtlichen Nachteile regelmäßig nicht legitimieren, die aus einer subjektiven Rechtsverletzung hervorgehen, weshalb diese Regelungen im Hinblick auf ihren Regelungszweck planwidrig lückenhaft gefasst sind. Das Wortlautergebnis des Gesetzes ist deshalb nicht maßgeblich, wo das Gesetz in diesem Sinne planwidrige Regelungslücken aufweist. Die für

²²⁵⁸ Vgl. i.a.Z. zur Sicherungsübereignung: *Larenz*, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen, S. 6 („*Seit den Arbeiten von Philipp Heck zweifelt kaum jemand ernstlich daran, daß eine Entscheidung, die zwar nicht mit dem Wortlaut des Gesetzes, wohl aber mit den ihm zugrundeliegenden Wertungen im Einklang steht, nicht gegen das Gesetz verstößt. Dann müssen wir aber konsequenterweise auch zugeben, daß umgekehrt eine Entscheidung, die zwar nicht dem Wortlaut, wohl aber den erkennbaren Wertungen des Gesetzes widerspricht, ‚contra legem‘ ist.*“).

²²⁵⁹ Vgl. zu diesen Ableitungsversuchen und den bestehenden Kritikpunkten: Kap. 2 B.II.3.f.

eine lückenschließende Rechtsfortbildung notwendige Umsetzung des gesetzlichen Regelungszweckes erfolgt durch den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch i.S.d. dritten Fallgruppe richterrechtlicher Rechtsfortbildung.²²⁶⁰

aa) Konkret betroffene subjektive Rechte des Betroffenen in ihrer einfachen rechtlichen Ausprägung als Ausgangspunkt des Herstellungsanspruchs

Wenn eine Restitutionspflicht (nur) hinsichtlich der sozialrechtlichen Nachteile besteht, die kausal durch eine subjektive Rechtsverletzung begründet wurden, scheint diese Restitutionspflicht auch mit dem subjektiv-rechtlichen Gehalt des verletzten Rechts verbunden zu sein.²²⁶¹ Der Gedanke, dass die Beeinträchtigung subjektiver Primärrechte nicht folgenlos bleiben muss, findet sich vielfach in der deutschen Rechtsordnung.²²⁶² Allerdings ergibt sich aus einem subjektiven Recht oftmals nur, welches Verhalten (nicht) rechtmäßig ist – nicht, welche Rechtsfolgen entstehen, falls das subjektive Recht nicht beachtet wird. Die Ermittlung, ob/welche Rechtsfolgen im Verletzungsfall begründet werden, wird so zur Auslegungsfrage des jeweiligen subjektiven Rechts.²²⁶³

Insbesondere *Grzeszick* überträgt diesen allgemeinen Gedanken auf die Verletzung subjektiver öffentlich-rechtlicher Rechte offen. Nach ihm sind auch die Folgen einer öffentlich-rechtlichen Rechtsverletzung durch Auslegung des Rechts zu ermitteln.²²⁶⁴ Auch originär einfach-gesetzlich begründete subjektive Rechte seien in diesem Sinne auslegungsfähig.²²⁶⁵ Eine gesetzliche Vorent-

²²⁶⁰ Vgl. ausführlich hierzu: Kap. 2 A.III.3.b. – 3. Fallgruppe.

²²⁶¹ Vgl. *Hattstein*, Betreuungspflichten, S. 240 („*Richtigerweise ist der Herstellungsanspruch als Fortentwicklung des Folgenbeseitigungsanspruchs zu sehen, der seinen dogmatischen Ursprung in den durch die Verwaltung rechtswidrig verletzten Rechten des Bürgers gegenüber dem Staat findet.*“).

²²⁶² Vgl. etwa: §§ 280 ff., 823 ff. BGB, § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG, Art. 19 IV GG.

²²⁶³ Wenn bspw. ein Eigentümer in seinem subjektiven Eigentumsrecht verletzt wird, ist für den Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln, ob bzw. welche Rechtsfolgen z.B. nach §§ 280 ff., §§ 535 ff., §§ 812 ff., §§ 823 ff. oder §§ 985 ff. BGB (nebeneinander) eintreten sollen. Hierbei können sich für die Anwendung der Vorschriften entscheidende Unterschiede u.a. daraus ergeben, ob derjenige, der das Eigentum verletzt hat (un)redlicher (un)berechtigter Besitzer i.S.d. §§ 985 ff. BGB ist (insbesondere sogar Mieter), §§ 992, 993 BGB – oder in keinem näheren Verhältnis zur Sache gestanden hat. Selbst bei Pflichtverletzungen im allgemeinen Schuldrecht ist eine Abgrenzung der Anwendungsbereiche von § 280 I BGB, § 280 I, II i.V.m. § 286 BGB, § 280 I, III i.V.m. §§ 281 ff. BGB und § 311a II BGB jeweils anhand der vorliegenden Pflichtverletzung vorzunehmen; vgl. zu einem Überblick bzgl. der Abgrenzungsfragen in diesem Zusammenhang: *Gerhardt*, JURA 2012, 251 ff.

²²⁶⁴ *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, S. 131 ff., 143 ff., 474 f.

²²⁶⁵ *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, S. 474 f.

scheidung in der Weise, dass bei jeder Verletzung einfach-gesetzlich begründeter subjektiver Rechte bspw. immer Naturalrestitution oder immer Wiederherstellung des status quo ante geschuldet sei, gebe es nicht.²²⁶⁶ Bei einer Verletzung einfach-gesetzlicher subjektiver Rechte folge erst durch Auslegung des jeweiligen Rechts, was dieses konkret für seinen Verletzungsfall fordere.²²⁶⁷ Ausgangspunkt subjektiv-rechtlicher Sekundäransprüche des Betroffenen ist für *Grzeszick* daher der subjektiv-rechtliche Gehalt der jeweils betroffenen (einfach-gesetzlichen) Rechte.²²⁶⁸ Dabei teilt er im Grundsatz die Vorstellung, die auch dem Bestandsschutzanspruch von *Kreßel* oder der Begründung des Folgenbeseitigungsanspruchs nach *Weyreuther* zugrunde liegt; nämlich, dass der Rechtsgrund des Sekundärrechts bereits im jeweiligen Primärrecht inhaltlich angelegt ist.²²⁶⁹ Abweichend von *Kreßel* schließt *Grzeszick* allerdings nicht von der bloßen Existenz eines einfach-gesetzlichen subjektiven Rechts bereits auf einen entsprechenden einfach-rechtliche Bestandsanspruch. Denn anders als bei dem Staat vorgelagerten Grundrechten bestimme schließlich der Gesetzgeber den Bestand/Umfang subjektiv-rechtlicher Berechtigungen.²²⁷⁰ *Grzeszick* will daher ausgehend vom jeweiligen subjektiven Recht ergründen, ob überhaupt eine Restitution gefordert ist – und welche Rechtsfolgen im Restitutionsfall einfach-gesetzlich notwendig sind. Konkret für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch sieht er die weitgehende Rechtsfolge bereits dadurch gerechtfertigt, dass es sich bei den Leistungen des Sozialrechts um umfassende Leistungen für den Bürger handele, die diesem deshalb auch möglichst umfassend erhalten bleiben müssten.²²⁷¹

Für eine überzeugende Begründung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs sind diese Aussagen noch zu ungenau gehalten. Bereits der genaue sub-

²²⁶⁶ *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, S. 475.

²²⁶⁷ *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, S. 475.

²²⁶⁸ *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, S. 62 f., 171 ff., 475 f.

²²⁶⁹ *Kreßel*, NZS 1994, 395, 396 („Für den Herstellungsanspruch im Sozialversicherungsrecht ist daher mit der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zutreffend auf die Verletzung der Betreuungs- oder Beratungspflicht abzustellen. Diese Aussage muß aber noch weiter konkretisiert werden: Der Rechtsgrund des Herstellungsanspruchs liegt in der jeweiligen Rechtsverletzung, nämlich in der Verletzung des Beratungsanspruchs selbst, der unmittelbar zu einem materiell-rechtlichen Restitutionsanspruch führt.“); vgl. zum Bestandsschutzanspruch von *Kreßel* ausführlich: Kap. 2 B.II.3.e.bb. Vgl. zur Begründung des Folgenbeseitigungsanspruchs nach *Weyreuther*: Kap. 2 B.II.3.a.bb. (3).

²²⁷⁰ *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, S. 171 („Die Qualität der Normen als subjektive öffentliche Rechte ist dafür [für die Begründung von staatshaftungsrechtlichen Ansprüchen, Anmerkung des Verfassers] zwar notwendige Bedingung, aber nicht hinreichend.“), S. 476 Fn. 20.

²²⁷¹ *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, S. 476 f.

subjektiv-rechtliche Bezugspunkt (bspw. subjektiver Beratungsanspruch oder subjektives Rentenrecht) der weiteren Ausführungen zum sozialrechtlichen Herstellungsanspruch bleibt in den Ausführungen *Grzeszicks* unklar. Sofern er auf das jeweils verletzte subjektive Recht abstellen möchte, muss er begründen, warum/wo bspw. aus einem missachteten Beratungsanspruch ein Anspruch auf die Gewährung der Rente wird, die bei einer richtigen Beratung gewährt worden wäre. Gegen solche Versuche bestehen dieselben Einwände, die bereits im Zusammenhang mit der Vorstellung von *Bieback* dargestellt wurden, dass der Herstellungsanspruch bereits in den Betreuungsansprüchen notwendig mitenthalten sei.²²⁷² Sozialleistungen werden schließlich nicht auf Beratungsansprüche, sondern auf Leistungsansprüche des Bürgers hin gewährt; Leistungsansprüche, die wegen des Fehlverhaltens regelmäßig nicht bestehen bzw. bestanden haben. Über diesen Umstand hilft auch nicht die lapidare Formulierung hinweg, dass Sozialleistungen umfassende Leistungen seien, die umfassend restituiert werden müssten. Verletzt wird schließlich selten der primäre Leistungsanspruch (der oftmals noch nicht existiert), sondern eine Nebenleistungspflicht.

Die Grundannahme *Grzeszicks*, dass Sekundäransprüche im Zusammenhang mit den subjektiven Primärrechten des Bürgers stehen, ist allerdings überzeugend. Besonders deutlich wird dies dort, wo eine grundrechtliche Ableitung des Folgenbeseitigungsanspruchs der Begründung aus dem objektiv-rechtlichen Art. 20 III GG vorgezogen wird.²²⁷³ Überhaupt fordern zahlreiche Ansprüche des Staatshaftungsrechts auch die vorangehende Betroffenheit/Verletzung subjektiver Rechte.²²⁷⁴ Da auch das BSG für die Begründung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs – zumindest regelmäßig²²⁷⁵ – eine subjektive Rechtsverletzung fordert, scheint dieser Gedanke auch diesem Sekundäranspruch zugrunde zu liegen.

Auch die Vorstellung, dass bereits die Missachtung einfach-gesetzlich begründeter subjektiver Rechte sekundäre Restitutionspflichten im Rahmen des einfachen Rechts begründen kann, ist überzeugend. Inhaltlich wendet sich

²²⁷² *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 167 ff.; *ders.*, SGB 1990, 517, 520; vgl. ausführlich: Kap. 2 B.II.3.f.bb.

²²⁷³ Vgl. statt vieler die zusammenfassende Darstellung bei: *Brugger*, JuS 1999, 625, 629 f. m.w.N.; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 361 ff.

²²⁷⁴ Dies gilt gleichermaßen für den Folgenbeseitigungsanspruch (Eingriff in subjektives Recht), die Aufopferungsansprüche i.w.S. (Betroffenheit in Art. 14 I GG bzw. Art. 2 II 1 GG) oder den Amtshaftungsanspruch nach § 839 BGB, Art. 34 GG (Verletzung einer drittgerichteten Amtspflicht). Ausführlich hierzu: *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, S. 145 ff. m.w.N.

²²⁷⁵ Vgl. zu Ausnahmen: Kap. 1 B.I.1.b.

Grzeszick damit zu Recht gegen eine Interpretation, die nur für Grundrechte eine Restitutionspflicht anerkennen will.²²⁷⁶ Eine allgemeine Begrenzung der Restitutionspflicht auf die Verletzung von subjektiven Rechten mit Verfassungsrang kann nicht überzeugend begründet werden. Denn es ist nicht ersichtlich, warum der Gesetzgeber im einfachen Recht nicht auch umfassende subjektive Rechte schaffen kann, die in Bezug auf den unmittelbar an dieses Gesetz gebundenen Verwaltungsträger (Art. 20 III GG) ähnlich umfassende Pflichten begründen, wie die Grundrechte auf Verfassungsebene (an die der Verwaltungsträger durch Art. 1 III, 20 III GG gebunden ist). Für den Bindungscharakter gegenüber der Verwaltung ist es nämlich – anders als bspw. für die Bindung des Gesetzgebers – grds. unerheblich, ob ein verbindliches subjektives Recht aus der Verfassung oder dem einfachen Recht folgt. Entscheidend für die Restitution ist der subjektiv-rechtliche Charakter eines Rechts, nicht sein Verfassungsrang. Insofern wird auch die Möglichkeit der Restitution einfach-rechtlich begründeter subjektiver Rechte grds. für möglich gehalten,²²⁷⁷ teilweise sogar bei nur durch Verwaltungsakt begründeten subjektiven Rechten.²²⁷⁸ Bei einem einfach-rechtlich begründeten Recht muss dann folgerichtig auch ein aus dieser Rechtsverletzung folgende Sekundäranspruch dem einfachen Recht zugeordnet werden. Versuche, jede Form einfach-rechtlicher Fortbildung des öffentlichen Rechts aus der Verfassung bzw. den Grundrechten abzuleiten, sind weder zielführend noch notwendig.

Schließlich überzeugt auch die vorgetragene Abgrenzung *Grzeszicks* zu den Ausführungen *Kreßels*. Denn wenn der Entstehensgrund eines Sekundärrechts aus dem jeweiligen Rechtsgehalt des einfach-rechtlichen Primärrechts folgt, wird dieser Rechtsgehalt durch das Gesetz begründet. Eine Restitutionspflicht ist daher nicht bereits in jedem subjektiven Recht grds. angelegt; sie kann sich allerdings aus der Auslegung des subjektiven Rechts ergeben. Eine allgemeine Vorentscheidung bzgl. eines Restitutionsgehaltes besteht nicht.²²⁷⁹

²²⁷⁶ *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 57 (weiteres Verständnis hingegen zu einem späteren Zeitpunkt: *Schoch*, JURA 1993, 478, 482 – „Jede subjektive Rechtsposition genügt der Anforderung.“).

²²⁷⁷ Etwa: *Weyreuther*, Gutachten, B 93; *Pietzko*, FBA, S. 145 ff.; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 374 f.; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 140; *Schneider*, Folgenbeseitigung, S. 81 f.; wohl auch: *Bettermann*, DÖV 1955, 528, 534 f.; *Maurer*, AllgVerwR, § 30, Rn. 7, 9.

²²⁷⁸ *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 375 m.w.N.; *Pietzko*, FBA, S. 147 ff.

²²⁷⁹ So betrachtet gewinnt auch die Vorstellung eines einfach-rechtlichen sozialrechtlichen *status positivus* nach §§ 1 ff. SGB I, wie ihn *Ebsen* formuliert (ein Status, der den Verwaltungsträger aufgrund seines besonderen einfach-rechtlichen Gehaltes zur umfassenden sozialrechtlichen Naturalrestitution verpflichtet) an Überzeugungskraft (*Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 393; vgl. ausführlich: Kap. 2 B.II.3.f.dd.). Für die Begründung einer

Somit beschreiben diese Gedanken in ihrer Gesamtheit den rechtsdogmatischen Grundstein für eine überzeugende Begründung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs als Sekundäranspruch aus der subjektiven Rechtsverletzung. Verletzt wird im Zusammenhang mit dem Herstellungsanspruch regelmäßig jedoch nicht der Anspruch auf eine Leistung oder ein subjektives Gestaltungsrecht, sondern ein subjektives Betreuungsrecht. Hergestellt werden jedoch regelmäßig die Rechtswirkungen eines Leistungs- oder Gestaltungsrechts. Wenn der Herstellungsanspruch deshalb auch den sozialrechtlichen Nachteil korrigieren soll, der in dem Nichterhalt einer Leistung bzw. einer nachteiligen Gestaltung liegt, muss begründet werden, warum das subjektive Recht so vor dem Eintritt dieser Nachteile schützen soll, dass auch sie im Verletzungsfall korrigiert werden müssen. Die Reichweite dieser Korrekturpflicht ist demnach durch Auslegung des jeweils betroffenen Rechts (bspw. auf Betreuung) zu ermitteln.

Die Auslegung des Betreuungsrechts darf dabei nicht als isolierte Einzelauslegung dieses subjektiven Rechts missverstanden werden. Vielmehr muss der Gehalt eines Rechts immer auch systematisch bezogen auf seinen Regelungszusammenhang bestimmt werden.²²⁸⁰ Bezogen auf das Sozialrecht bedeutet dies, dass der sozialrechtliche Regelungszusammenhang des jeweiligen subjektiven Rechts mit anderen sozialrechtlichen Regelungen betrachtet werden muss, um für den Verletzungsfall des subjektiven Rechts die Reichweite eventueller Korrekturpflichten zutreffend zu bestimmen. Ansatzpunkt einer Ableitung des Herstellungsanspruchs ist daher der Bedeutungsgehalt, der dem jeweiligen subjektiven Recht im Zusammenhang mit anderen sozialrechtlichen Regelungen zukommt.

Auch wenn dies selten ausdrücklich so benannt wird, hat im Staatshaftungsrecht eine systematische Auslegung subjektiver Rechte und Pflichten oftmals den Ansatzpunkt der Rechtsfortbildung bedeutet. Wenn bspw. für den Folgenbeseitigungsanspruch herausgearbeitet wird, dass die Beseitigung eines rechtswidrigen Zustandes dort grundrechtlich ge-

Restitutionspflicht genügt allerdings bereits die Auslegung des einfachen Rechts – ohne dass zwingend eine Gleichstellung des einfachen Rechts mit Grundrechten erforderlich wäre. Zudem fehlt den §§ 1 ff. SGB I als objektives Recht (kritisch deshalb zu *Ebsen* auch: *Schmidt-De Caluwe*, S. 332 f.; *Bieback*, SGB 1990, 517, 520) der von *Grzeszick* vorausgesetzte subjektiv-rechtliche Rechtscharakter (*Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, S. 171).

²²⁸⁰ Dies ist der Hintergrund der systematischen Auslegung, die bei jeder Rechtsauslegung mitberücksichtigt werden muss, da eine Auslegung – auch bei scheinbar sprachlich klar gefassten Normen – in keinem Fall bei einer reinen Wortlautauslegung stehen bleiben kann (vgl. *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 731 ff., 744 ff.).

fordert sei, wo ein Bürger in seinem Grundrecht betroffen ist,²²⁸¹ ist dies ein Ergebnis der Auslegung des jeweils betroffenen Grundrechtes. Denn nach der Vorstellung dieser Ansicht wäre die umfassende Abwehrfunktion des Grundrechtes nur unvollkommen interpretiert, wenn sie allein das Unterlassen zukünftiger Eingriffe fordern würde, nicht aber auch die Beseitigung bereits erfolgter (ungerechtfertigter) Eingriffe. Die Vertreter dieser Ansicht schließen daher aus der Bedeutung des Grundgesetzes in der Systematik der Gesamtrechtsordnung, dass eine Restitution wegen der Bedeutung dieser Rechte gefordert ist und auch der Gesetzgeber dieser grundrechtlichen Folgenbeseitigungspflicht nicht grds. ablehnend gegenüber steht. Daher nehmen sie an, dass das einfache Recht im Hinblick auf die Grundrechte durch den Folgenbeseitigungsanspruch bei Eingriffen in subjektive (Grund-) Rechte grds. ergänzt werden könne.

Wenn angenommen wird, dass in sog. öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen – abweichend von § 839 BGB, Art. 34 GG – eine besondere Haftungsform analog §§ 280 ff. BGB anzuwenden sei,²²⁸² geht diese Erkenntnis auf ein entsprechendes Verständnis der besonderen Rechte und Pflichten dieses besonderen Rechtsverhältnisses zurück, was eine von der allgemeinen Amtshaftung abweichende Rechtsfolge auslöse (wie sie für andere, unpersönlichere Verwaltungsrechtsverhältnisse für angemessen gehalten wird).

Sofern bspw. *Pietzner* und *Müller* versuchen, über Treu und Glauben (§§ 242, 162 BGB analog) fehlende Tatbestandsmerkmale zu fingieren,²²⁸³ gehen sie indirekt davon aus, dass diese Fiktion im Einklang mit den Forderungen der Rechtsordnung steht; dass es also systematisch (zumindest im Hinblick auf die §§ 242, 162 BGB) notwendig sei, die Fiktionen vorzunehmen.

Die Aufzählung ließe sich weiter fortführen und zeigt, dass gerade im Staatshaftungsrecht durch systematische Auslegung der Schluss gewonnen wird, dass nicht beim (oftmals fehlendem) Wortlaut eines Gesetzes stehengeblieben werden kann.

bb) Sozialrechtlicher Regelungszusammenhang der subjektiven Rechte (insbes. § 2 II SGB I, § 17 I SGB I, § 44 SGB X)

Bezogen auf das Sozialrecht kann der Regelungsgehalt eines subjektiven Rechts nur in Ansehung der sozialrechtlichen Bestimmungen richtig verstanden werden, die inhaltlich (auch) die Rechtsanwendung für diesen Fall beeinflussen. Welche Regelungen dies konkret sind, bestimmt der Einzelfall. Da der sozialrechtliche Herstellungsanspruch jedoch zumindest innerhalb des Sozialrechts grds. allgemein gelten soll,²²⁸⁴ liegt es nahe, auch an allgemeine sozialrechtliche Wertungen anzuknüpfen. Derartige allgemeine sozialrechtliche Wertungen finden sich nach § 37 S. 1 SGB I insbesondere innerhalb des SGB I und

²²⁸¹ Etwa: *Weyreuther*, Gutachten, B 85 f.; *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 42 f.

²²⁸² Ausführlich zu der Entwicklung dieser rechtswissenschaftlichen Einschätzung: *Simons*, Leistungsstörungen, S. 19 ff., 43 ff.

²²⁸³ *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 618 ff.

²²⁸⁴ Vgl. Kap. 1 FII.

des SGB X. Insbesondere *Gagel* versucht, durch derartige allgemeine systematische Hintergründe des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs herauszustellen, warum im Sozialrecht subjektive Rechte allgemein so zu interpretieren sind, dass sie im Verletzungsfall den Verwaltungsträger grds. dazu verpflichten, durch zulässiges Amtshandeln den Zustand herzustellen, der ohne die Pflichtverletzung bestehen würde.²²⁸⁵ Ansatzpunkt ist die Vorstellung, dass das sozialrechtliche Verfahrensrecht durch zwei allgemeine Grundprinzipien geprägt ist: das sozialrechtliche Kooperationsprinzip und das sozialrechtliche Erfüllungsprinzip (§§ 2 II, 17 I SGB I).²²⁸⁶ Wenn man bedenke, dass einerseits die dem Bürger zugedachten Leistungen nach dem Erfüllungsprinzip (§ 2 II Hs. 2 SGB I) gerade nicht „an Reibungsverlusten im Verwaltungsverfahren scheitern“²²⁸⁷ sollen, sondern dem Bürger möglichst weitgehend erreichen sollen (§ 2 II SGB I), und andererseits auch besonders weitreichende Korrekturregelungen in Form der Rücknahme von rechtswidrigen Verwaltungsakten vorhanden sind (§§ 44, 48 SGB X), lasse es dieses Regelungsumfeld „als widersprüchlich erscheinen, dass im Gesetz Korrekturmöglichkeiten für die Fälle fehlen, in denen der Bürger Rechte verliert, weil er durch ein Verhalten der Behörden fehlgeleitet wurde.“²²⁸⁸ Aus diesem sonst begründeten Wertungswiderspruch zu §§ 2 II, 17 I Nr. 1 SGB I begründet *Gagel* daher die Notwendigkeit der teleologischen Fortbildung/Ergänzung des (Sozial-) Rechts hin zu einem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch. Die weitergehenden Ableitungsversuche (Folgenbeseitigungsanspruch; Haftung aus Verwaltungsschuldverhältnissen oder §§ 242, 162 BGB) seien lediglich Hilfskonstruktionen zur weiteren rechtsdogmatischen Absicherung des Anspruchs.²²⁸⁹

Das BSG und Teile der Literatur haben zumindest punktuell ebenfalls wiederholt § 2 II SGB I mit der Rechtfertigung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs in Verbindung gebracht.²²⁹⁰ So fasst etwa das BSG die Entwicklung

²²⁸⁵ *Gagel*, SGB 2000, 517, 519 f.; die Ausführungen *Gagels* ausdrücklich übernehmend auch: *Schmitz*, ZfSH/SGB 2006, 393, 394.

²²⁸⁶ *Gagel*, SGB 2000, 517, 519; *Schmitz*, ZfSH/SGB 2006, 393, 394.

²²⁸⁷ *Gagel*, SGB 2000, 517, 519.

²²⁸⁸ *Gagel*, SGB 2000, 517, 519.

²²⁸⁹ *Gagel*, SGB 2000, 517, 519 f.

²²⁹⁰ Etwa: BSG, Urt. v. 17.2.1998 – B 13 RJ 79/95 R = BSGE 82, 1, 11; BSG, Urt. v. 6.3.2003 – B 4 RA 38/02 R = BSGE 91, 1, 3; BSG, Urt. v. 2.2.2006 – B 10 EG 9/05 R = BSGE 96, 44, 50; BSG, Urt. v. 27.3.2007 – B 13 R 58/06 R = BSGE 98, 162, 167 f.; BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 94 f.; BSG, Urt. v. 25.10.1985 – 12 RK 37/85 = SozR 5070 § 10 Nr. 30; *Löwer*, NVwZ 1986, 793, 798; *Krause/Sattler*, in: Gitter/Wannagat [Hg.], JbSR 2004, S. 45, 47 f.; *Schmitz*, ZfSH/SGB 2006, 393, 394; *Gagel/Bieback/Knickrehm*, in: *Gagel*, 52. EGL., vor § 323 SGB III, Rn. 97; *Fichte*, in: *Erlenkämper/Fichte* [Hg.], SozR, II 7 Rn. 17; *Plagemann*, in: *Plagemann* [Hg.], Mün-

des Herstellungsanspruchs so zusammen, dass dieses Rechtsinstitut „zur Sicherung des Rechtsstaatsprinzips in der Verwaltung und des in § 2 Abs. 2 SGB I zum Ausdruck gebrachten Erfüllungsprinzips entwickelt worden“²²⁹¹ sei. Schließlich kann auch die Vorstellung von einem sozialrechtlichen status positivus nach §§ 1 ff. SGB I, wie sie *Ebsen* geäußert hat, als ein Ableitungsversuch aus § 2 II SGB I betrachtet werden.²²⁹² Scheinbar erkennt selbst das BVerwG diesen Ableitungszusammenhang an. So formuliert das Gericht bzgl. der Ablehnung eines allgemeinen verwaltungsrechtlichen Herstellungsanspruchs: „Dieser speziell dem Sozialrecht (vgl. §§ 2 Abs. 2, 13, 14, 15 SGB-AT) entnommene Rechtsgedanke kann nicht verallgemeinert werden.“²²⁹³

(1) *Exkurs: Bedeutung des § 2 II SGB I für Auslegung und Fortbildung des Rechts*

Bevor aus § 2 II SGB I unmittelbare Schlussfolgerungen für die Begründung des Herstellungsanspruchs gezogen werden können, ist vorab der allgemeine Regelungsgehalt dieser – nicht unproblematischen – Vorschrift für Auslegung und Fortbildung des Rechts zu klären. § 2 II Hs. 2 SGB I verpflichtet die rechtsanwendenden Verwaltungsträger bei der Anwendung sozialrechtlicher Vorschriften, die möglichst weitgehende Verwirklichung der sozialen Rechte (§§ 3 bis 10 SGB I) sicherzustellen. § 2 II SGB I ist dabei nicht nur bei Ermessensentscheidungen zu berücksichtigen (§ 2 II Hs. 1 SGB I spricht schließlich eindeutig von Auslegung der Vorschriften *und* Ermessensausübung), sondern

chener AnwHB SozR, § 35, Rn. 20; wohl auch: *Eichenhofer*, SGB 2011, 301, 303; *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 2 SGB I, Rn. 9, 12; *Krahmer*, in: Krahmer [Hg.], § 2 SGB I, Rn. 14; *Mroczynski*, § 2 SGB I, Rn. 19; wohl auch: BVerwG, Urt. v. 24.3.1988 – 3 C 48/86 = BVerwGE 79, 192, 194; kritisch: *Klose*, in: Jahn [Hg.], 250. EGL., § 2 SGB I, Rn. 12; *Fastabend*, in: Hauck/Noftz [Hg.], 2. EGL. – 2014, § 2 SGB I, Rn. 41; vgl. zur wertungsmäßigen Übereinstimmung zwischen Herstellungsanspruch und § 2 II SGB I auch: BSG, Urt. v. 30.10.1985 – 5b RJ 86/84 = SozR 2200 § 1241a Nr. 9.

²²⁹¹ BSG, Urt. v. 17.2.1998 – B 13 RJ 79/95 R = BSGE 82, 1, 11; vgl. auch: BSG, Urt. v. 2.2.2006 – B 10 EG 9/05 R = BSGE 96, 44, 50 („Nach § 2 Abs. 2 SGB I ist das Sozialgesetzbuch so auszulegen, dass die sozialen Rechte möglichst weitgehend verwirklicht werden. Eben diesem Ziel dient auch der sozialrechtliche Herstellungsanspruch.“).

²²⁹² *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 393 f.; vgl. ausführlich hierzu und zur Kritik: Kap. 2 B.II.3.f.dd.

²²⁹³ BVerwG, Urt. v. 24.3.1988 – 3 C 48/86 = BVerwGE 79, 192, 194; vgl. auch: OVG NRW, Urt. v. 7.10.1996 – 25 A 2430/94.

stellt das gesamte formelle Sozialrecht²²⁹⁴ – geregelt im Sozialgesetzbuch und dessen besonderen Teilen nach § 68 SGB I – unter die Auslegungsmaxime, dass Schwierigkeiten des Bürgers bei der Rechtsverwirklichung soweit wie möglich durch Auslegung ausgeräumt werden sollen.²²⁹⁵

Die rechtliche Bedeutung und praktische Relevanz der §§ 2 ff. SGB I (und insbesondere von § 2 II SGB I) für die Anwendung des Sozialrechts ist dennoch umstritten. Aufgrund der sprachlichen Abstraktionshöhe der Vorschriften und der gesetzlichen Hinweise auf ihre mangelnde Anspruchsqualität (§ 2 I 2 SGB I) werden die sozialen Rechte (§§ 3 ff. SGB I) teilweise als materiellrechtlich letztlich bedeutungslose „*juristische Lyrik*“ verstanden.²²⁹⁶ Wenn § 2 II SGB I nur auf die sozialen Rechte verweise, die wiederum ihrerseits erst durch die besonderen Einzelvorschriften hin zu subjektiven Rechten/Ansprüchen konkretisiert werden, sei ein soziales Recht nicht mehr als ein Recht, „*das man hat, wenn das sonstige Recht dieses Recht irgendwo als Recht formuliert hat.*“²²⁹⁷ Die Reichweite der subjektiven sozialrechtlichen Rechte müsse anhand der jeweiligen Einzelvorschriften mit den üblichen Auslegungsmethoden ermittelt werden; § 2 II SGB I könne und solle von diesen Auslegungsergebnissen keine besondere sozialrechtliche Dogmatik ermöglichen.²²⁹⁸ Besondere Auslegungsvorgaben stünden dem Gesetzgeber nicht einmal zu.²²⁹⁹

Dieses Verständnis wird jedoch den §§ 2 ff. SGB I nicht gerecht. § 2 II SGB I soll nach Gesetzgebungsunterlagen, Wortlaut und Systematik nämlich sehr wohl eine besondere Auslegung des Sozialrechts im Lichte der §§ 3 bis 10 SGB I sicherstellen.²³⁰⁰ Die Entstehungsgeschichte des § 2 SGB I ergibt, dass Abs. 2 im ersten Gesetzesentwurf der Bundesregierung zunächst nicht enthalten

²²⁹⁴ Voelzke, in: Schlegel/Voelzke [Hg.], § 2 SGB I, Rn. 21 m.w.N.; offener und ggf. für eine analoge Anwendung der §§ 2 ff. SGB I auf nicht sozialrechtliche Bereiche: Rüfner, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 2 SGB I, Rn. 8.

²²⁹⁵ BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 94 f.

²²⁹⁶ Etwa: Arndt, SGB 1979, 406, 407 f.; von Maydell, DVBl. 1976, 1, 6; Schnapp/Meyer, DRV 1973, 66, 78 ff.

²²⁹⁷ Rode, SGB 1977, 268, 268.

²²⁹⁸ Arndt, SGB 1979, 406, 408; vgl. auch: Rothkegel, ZfSH/SGB 2002, 8, 10 i.a.Z.

²²⁹⁹ Arndt, SGB 1979, 406, 407 f.

²³⁰⁰ Etwa: BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 94 f.; BSG, Urt. v. 22.9.1988 – 2/9b RU 36/87 = BSGE 64, 89, 92 f.; BSG, Urt. v. 30.3.2000 – B 3 KR 23/99 R = BSGE 86, 101, 105; Gagel, SGB 2000, 517, 519; Wertenbruch, in: Wertenbruch [Hg.], SGB, § 2, Rn. 12 ff.; Igl/Welti, SozR, § 76, Rn. 2; Seewald, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 2 SGB I, Rn. 9; Fastabend, in: Hauck/Noftz [Hg.], 2. EGL. – 2014, § 2 SGB I, Rn. 19 ff., 22; Rüfner, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 2 SGB I, Rn. 8; Voelzke, in: Schlegel/Voelzke [Hg.], § 2 SGB I, Rn. 23; Eichenhofer, SGB 2011, 301, 301.

war.²³⁰¹ Trotzdem sollten die sozialen Rechte allgemeine Leitideen/Leitlinien des Sozialrechts bilden, die die allgemeinen Ziele des § 1 SGB I näher konkretisieren.²³⁰² Im Ausschuss für Arbeit und Soziales wurde schließlich die Ergänzung der Vorschrift um Abs. 2 (in seiner heutigen Form) für nötig befunden.²³⁰³ „Durch die auf Antrag der Koalitionsfraktionen vorgenommene Anfügung eines Absatzes 2 soll sichergestellt werden, daß Verwaltung und Rechtsprechung bei der Auslegung und Fortbildung des Sozialrechts sowie bei der Ausübung von Ermessen nach einheitlichen Grundsätzen handeln und im Rahmen ihres Handlungs- oder Beurteilungsspielraums anstreben die sozialen Rechte nach §§ 3 bis 10 möglichst weitgehend zu verwirklichen.“²³⁰⁴ Die mit dieser Zielrichtung vorgenommene Fassung des § 2 II SGB I hat schließlich unverändert das Gesetzgebungsverfahren durchlaufen und wurde bis heute nicht abgeändert. 1994 wurde die Vorschrift durch die Neufassung des § 37 S. 1 SGB I weiter aufgewertet, weil seitdem u.a. die sozialen Rechte (einschließlich § 2 II SGB I) zu den besonderen/ausgewählten Regelungen des SGB I zählen, deren Regelungsgehalt auch durch speziellere Vorschriften nicht modifiziert wird.²³⁰⁵ Gesetzgeberisches Ziel der Neufassung des § 37 S. 1 SGB I war es, die allgemeine Bedeutung der Vorschriften auch sprachlich zu veranschaulichen.²³⁰⁶ § 2 II SGB I zählt also – spätestens seit 1994 – zu den prägenden Grundsätzen des Sozialrechts. Eine solche Aufwertung wäre unsinnig, wenn § 2 II SGB I keinen eigenständigen Regelungscharakter für die Auslegung sozialrechtlicher Vorschriften enthalten würde. Dass der Gesetzgeber besondere Leitlinien gerade für eine Gesetzesauslegung vorgibt, ist sicherlich ungewöhnlich. Verwehrt werden kann ihm dies jedoch nicht, wenn er sogar den Inhalt einer Regelung – vollumfänglich – bestimmen kann.²³⁰⁷ Auch die Abstraktheit der sozialen Rechte steht einem Regelungsgehalt nicht entgegen;²³⁰⁸ ansonsten ließe sich dies allgemein bspw. bei Generalklauseln oder den Grundrechten des Grundgesetzes einwenden. Eine mangelnde rechtliche Relevanz kann auch nicht aus § 2 I 2 SGB I abgeleitet werden, weil die Mehrzahl der Gesetzesvorschriften keine

²³⁰¹ BT-Drs. 7/868, S. 4.

²³⁰² BT-Drs. 7/868, S. 23.

²³⁰³ BT-Drs. 7/3738, S. 5; BT-Drs. 7/3786, S. 2.

²³⁰⁴ BT-Drs. 7/3786, S. 2.

²³⁰⁵ BGBl. 1994 I, S. 1229, 1230.

²³⁰⁶ BT-Drs. 12/5187, S. 29.

²³⁰⁷ *Fastabend*, in: Hauck/Noftz [Hg.], 2. EGL. – 2014, § 2 SGB I, Rn. 22.

²³⁰⁸ So auch: *Wertenbruch*, in: *Wertenbruch* [Hg.], SGB, § 2, Rn. 13; *Rüfner*, in: *Wannagat* [Hg.], 112. EGL., § 2 SGB I, Rn. 8; *ders.*, in: *FS für Georg Brunner*, S. 101, 105.

subjektiven Rechte (des Bürgers) begründen; sie sind ungeachtet dessen jedenfalls als objektives Recht verbindlich.²³⁰⁹

Im Hinblick auf den fehlenden subjektiv-rechtlichen Gehalt der §§ 3 ff. SGB I (§ 2 I 2 SGB I) und den sozialrechtlichen Totalvorbehalt des Gesetzes bzgl. Leistungsrechten (§ 31 SGB I) ist die Grundannahme aber sicherlich überzeugend, dass die sozialen Rechte keine neuen Leistungsansprüche der Bürgers begründen können; die durch § 2 II SGB I geforderte, weitest mögliche Verwirklichung der §§ 3 ff. SGB I ist nur im Rahmen des Leistungsrechtes der besonderen Teile des Sozialgesetzbuches zulässig.²³¹⁰ Dies bedeutet allerdings nicht, dass § 2 II SGB I i.V.m. §§ 3 ff. SGB I überflüssig wäre bzw. keinen inhaltlichen Mehrwert für die Auslegung beinhalten würde.²³¹¹

Die §§ 3 ff. SGB I beschreiben allgemeine sozialrechtliche Grundentscheidungen zugunsten der sozialen Rechte des Bürgers. Wenn diese nach § 2 II SGB I bei der Auslegung möglichst weitgehend verwirklicht werden müssen, bedeutet dies, dass das Gesetz im Zweifel die Auslegungsmöglichkeit fordert, die zu einer weiten Verwirklichung der sozialen Rechte des Bürgers führt.²³¹² Dabei sind die eigentlichen Bezugspunkte der §§ 3 ff. SGB I die Sozialleistungen des Bürgers (§ 11 S. 1 SGB I), auf die wiederum im Zweifel nach § 38 SGB I ein Leistungsanspruch des Bürgers besteht. Wenn sich die §§ 3 ff. SGB I nach § 11 S. 1 SGB I auf die Vorschriften beziehen, die Sozialleistungen für den Bürger begründen (können), und sich § 2 II SGB I wiederum auf die Auslegung der §§ 3 ff. SGB I bezieht, bedeutet dies im Ergebnis, dass die sozialrechtlichen Leistungsrechte des Bürgers nach § 2 II SGB I so auszulegen sind, dass sie möglichst weitgehend verwirklicht werden.²³¹³ Die systematische Auslegung der einzelnen Leistungsansprüche im Hinblick auf die §§ 2 II, 3 ff. SGB I führt deshalb dazu, dass der Bürger dort in den Kreis der Berechtigten mitein-

²³⁰⁹ *Eichenhofer*, SGB 2011, 301, 301.

²³¹⁰ Vgl. BT-Drs. 7/868, S. 23; *Rüfner*, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 2 SGB I, Rn. 8; *Klose*, in: Jahn [Hg.], 250. EGL., § 2 SGB I, Rn. 8, 11; *Krahmer*, in: Krahmer [Hg.], § 2 SGB I, Rn. 5; *Eichenhofer*, SGB 2011, 301, 302 f.; *Rüfner*, in: FS für Georg Brunner, S. 101, 105; wohl auch: *Wertenbruch*, in: Wertenbruch [Hg.], SGB, § 2, Rn. 17 f.; *Mrozynski*, § 2 SGB I, Rn. 14.

²³¹¹ So auch: *Fastabend*, in: Hauck/Noftz [Hg.], 2. EGL. – 2014, § 2 SGB I, Rn. 19 ff., 23 m.w.N.; *Wertenbruch*, in: Wertenbruch [Hg.], SGB, vor § 2, Rn. 12 ff.; *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 2 SGB I, Rn. 9; *Krahmer*, in: Krahmer [Hg.], § 2 SGB I, Rn. 6.

²³¹² *Mrozynski*, § 2 SGB I, Rn. 16, 24.

²³¹³ BSG, Urt. v. 30.3.2000 – B 3 KR 23/99 R = BSGE 86, 101, 105; BSG, Urt. v. 21.11.2002 – B 3 KR 13/02 R = BSGE 90, 143, 147; unklar: *Wertenbruch*, in: Wertenbruch [Hg.], SGB, § 2, Rn. 33.

zubeziehen ist, wo unklar bleibt, ob auch er zu den Berechtigten zählt.²³¹⁴ Falls eine Gesetzesauslegung hingegen ergibt, dass eine Leistung nicht diesem Bürger zustehen soll, kann nicht entgegen einem eindeutigen Auslegungsergebnis eine abweichende Rechtsanwendung über die §§ 2 II, 3 ff. SGB I hergeleitet werden.²³¹⁵

§ 2 II SGB I erlangt daher große Bedeutung, falls mehrere Auslegungsmöglichkeiten einer Vorschrift denkbar sind. Denn dann sind die Auslegungsmöglichkeiten ausgeschlossen, die einer weitgehenden Verwirklichung der Leistungsrechte entgegenstehen.²³¹⁶ § 2 II SGB I normiert somit eine „*Pflicht zur teleologischen, bürgerfreundlichen Interpretation sämtlicher Normen des SGB*“²³¹⁷. § 2 II SGB I verdeutlicht gerade für schwierige Auslegungen, dass der eigentliche allgemeine Regelungszweck des Sozialrechts die Verwirklichung der sozialen Rechte (§§ 3 ff. SGB I) bzw. die Verwirklichung von Sozialleistungen (§ 11 S. 1 SGB I) zugunsten des Bürgers ist.²³¹⁸ Diese Vorschriften

²³¹⁴ Entgegen einer teilweise vorgebrachten Ansicht (vgl. *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 2 SGB I, Rn. 10; unklar: *Krahmer*, in: Krahmer [Hg.], § 2 SGB I, Rn. 10, 12; *Heinz*, ZfSH/SGB 2012, 9, 9) beschränkt sich die Wirkung des § 2 II SGB I nicht auf eine Anwendung bei gesetzlichen Gestaltungsspielräume der Verwaltung (Beurteilungs- und Ermessensspielräume). Vielmehr kann § 2 II SGB I auch unter mehreren vertretbaren Auslegungsergebnissen einer Vorschrift (ohne ausdrückliche behördliche Gestaltungsspielräume) den Ausschlag zu dem Auslegungsergebnis geben, durch das die sozialen Rechte des Bürgers möglichst weitgehend verwirklicht werden können (so auch: BSG, Urt. v. 21.11.2002 – B 3 KR 13/02 R = BSGE 90, 143, 147; *Klose*, in: Jahn [Hg.], 250. EGL., § 2 SGB I, Rn. 11; *Rüfner*, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 2 SGB I, Rn. 8).

²³¹⁵ *Rüfner*, in: FS für Georg Brunner, S. 101, 106; *Klose*, in: Jahn [Hg.], 250. EGL., § 2 SGB I, Rn. 11; *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 2 SGB I, Rn. 20; *Mrozynski*, § 2 SGB I, Rn. 24 f.; *Voelzke*, in: Schlegel/Voelzke [Hg.], § 2 SGB I, Rn. 25; wohl auch: *Fastabend*, in: Hauck/Noftz [Hg.], 2. EGL. – 2014, § 2 SGB I, Rn. 25 m.w.N.

²³¹⁶ *Rüfner*, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 2 SGB I, Rn. 8; *Voelzke*, in: Schlegel/Voelzke [Hg.], § 2 SGB I, Rn. 23 f.

²³¹⁷ *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 2 SGB I, Rn. 10; vgl. auch: BSG, Urt. v. 21.11.2002 – B 3 KR 13/02 R = BSGE 90, 143, 147 („*Die erweiternde Auslegung des § 37 Abs. 2 Satz 1 SGB V ist nach seinem Wortlaut nicht nur möglich, sondern nach Sinn und Zweck der Bestimmung sowie nach dem Gebot ‚versichertenfreundlicher‘ Auslegung, wie es aus § 2 Abs. 2 Sozialgesetzbuch – Allgemeiner Teil – [SGB I] zu entnehmen ist, auch geboten.*“); *Neumann*, SGB 1983, 507, 511; *Krauskopf*, in: Krauskopf, 83. EGL., § 2 SGB I, Rn. 5; zurückhaltender: *Krahmer*, in: Krahmer [Hg.], § 2 SGB I, Rn. 12; unklar: *Fastabend*, in: Hauck/Noftz [Hg.], 2. EGL. – 2014, § 2 SGB I, Rn. 25 ff.

²³¹⁸ BSG, Urt. v. 21.11.2002 – B 3 KR 13/02 R = BSGE 90, 143, 147; *Eichenhofer*, SGB 2011, 301, 303 f.; *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 2 SGB I, Rn. 10; *Krauskopf*, in: Krauskopf, 83. EGL., § 2 SGB I, Rn. 5; wohl auch: *Wertenbruch*, in: Wertenbruch [Hg.], SGB, vor § 2, Rn. 2.

prägen damit das allgemeine teleologische Verständnis der sozialrechtlichen Regelungen.²³¹⁹

Zumindest bzgl. des rechtsmethodischen Vorgehens²³²⁰ kann der konkrete Einfluss des § 2 II SGB I (i.V.m. §§ 3 ff. SGB I) auf die Auslegung der Leistungsrechte mit einer verfassungskonformen Auslegung verglichen werden.²³²¹ Eine Vorschrift ist dann im Lichte des § 2 II SGB I auszulegen, wenn eine solche Auslegung nach dem üblichen Auslegungskanon der Gesetzesvorschrift (Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Systematik und Teleologie) möglich ist. Wo eine Gesetzesvorschrift hingegen zu einem eindeutigen Auslegungsergebnis führt, ist dieses die i.S.d. § 2 II SGB I weitgehendste Verwirklichungsmöglichkeit.²³²² Eine Korrektur/Erweiterung dieses Ergebnisses anhand der §§ 2 II, 3 ff. SGB I ist auch dann nicht möglich, wenn diese gleichrangige Regelung im

²³¹⁹ *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 2 SGB I, Rn. 4, 10; wohl auch: *Voelzke*, in: Schlegel/Voelzke [Hg.], § 2 SGB I, Rn. 23.

²³²⁰ Ein Vergleich zur verfassungskonformen Auslegung mit der Berücksichtigung der §§ 2 ff. SGB I bei der Rechtsanwendung ist bzgl. des methodischen Vorgehens möglich – nicht bzgl. der Rechtsfolgen (*Mrozynski*, § 2 SGB I, Rn. 24 f.; *Eichenhofer*, SGB 2011, 301, 303; im Ergebnis wohl auch: *Rüfner*, in: FS für Georg Brunner, S. 101, 104 f.; *ders.*, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 2 SGB I, Rn. 8). So ist eine verfassungskonforme Auslegung nur dort möglich, wo mehrere Auslegungsmöglichkeiten des einfachen Recht denkbar sind und zumindest eine dieser Möglichkeiten in Übereinstimmung mit der Verfassung steht; die zulässigen Auslegungsergebnisse beschränken sich dann auf diese verfassungskonformen Ergebnisse (vgl. allgemein zur verfassungskonformen Auslegung: *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 763 ff.; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, S. 456; *Larenz/Canaris*, MRW, S. 159 ff.; *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7, Rn. 22). Wo das Gesetz hingegen nur verfassungswidrige Auslegungsvarianten zulässt, kann der Vorschrift nicht über eine verfassungskonforme Auslegung ein anderer Inhalt verliehen werden – sie ist dann schlicht verfassungswidrig (BVerfG, Beschl. v. 30.6.1964 – 1 BvL 16/62 = BVerfGE 18, 97, 111; BVerfG, Beschl. v. 19.6.1973 – 1 BvL 39/69 = BVerfGE 35, 263, 280; *Rüfner*, in: FS für Georg Brunner, S. 101, 105). Auch eine Auslegung i.S.e. möglichst weitgehenden Verwirklichung sozialer Rechte nach §§ 2 ff. SGB I erfordert, dass mehrere Auslegungsmöglichkeiten einer Vorschrift denkbar sind, von denen zumindest eine weitgehende Verwirklichung sicherstellt. Für diesen Fall bindet § 2 II SGB I den Rechtsanwender an diese weitestmögliche Interpretationsmöglichkeit. Wo das Gesetz hingegen nur Auslegungsvarianten zulässt, die eine weitergehende Verwirklichung verhindern, kann der Vorschrift nicht über §§ 2 ff. SGB I ein anderer Inhalt verliehen werden.

²³²¹ *Mrozynski*, § 2 SGB I, Rn. 24 f.; *Eichenhofer*, SGB 2011, 301, 303; wohl auch (allerdings von Drittwirkung sprechend): *Fastabend*, in: Hauck/Noftz [Hg.], 2. EGL. – 2014, § 2 SGB I, Rn. 24; kritisch (allerdings inhaltlich nur bzgl. des Vergleichs der Rechtsfolgen): *Rüfner*, in: FS für Georg Brunner, S. 101, 104 f.; *ders.*, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 2 SGB I, Rn. 8.

²³²² So auch: *Mrozynski*, § 2 SGB I, Rn. 16, 24 f.; *Rüfner*, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 2 SGB I, Rn. 8; *Neumann*, SGB 1983, 507, 511.

Hinblick auf die allgemeinen Ziele/Wertungen der §§ 1 ff. SGB I verfehlt erscheint.²³²³

Eine nicht im Lichte des § 2 II SGB I weitergehend auslegbare Vorschrift ist – anders als bei einer mangelnden Möglichkeit zur verfassungskonformen Auslegung – nicht nichtig. Wenn überhaupt, ist sie rechtspolitisch im Hinblick auf die Ziele der §§ 1, 2 II, 3 ff. SGB I verfehlt. Eine solche Verfehlung kann der rechtlich gebundene Fachrichter aber nicht korrigieren – die Möglichkeit einer Änderung einer rechtspolitisch unzweckmäßigen Vorschrift steht allein dem Gesetzgeber zu.

Ausweislich der Gesetzesbegründung wird § 2 II SGB I nicht auf eine bloße Gesetzesauslegung begrenzt. Vielmehr gibt § 2 II SGB I auch für Rechtsfortbildungen vor, dass sie zu einer möglichst weitgehenden Verwirklichung von sozialen Rechten beitragen sollen.²³²⁴ Auch eine Fortbildung des Sozialrechts ist über § 2 II SGB I den sozialen Rechten (§§ 3 ff. SGB I) verpflichtet. Bei einer notwendigerweise ungeschriebenen Rechtsfortbildung kann eine weitgehende Verwirklichung der sozialen Rechte nicht mehr innerhalb der Auslegungsmöglichkeiten des Gesetzeswortlautes erfolgen, sondern muss die – über den Wortlaut hinausgehende – noch weitergehende Verwirklichung bedeuten, die im Rahmen des Regelungszweckes der jeweils fortgebildeten Vorschriften möglich ist. Dass der sozialrechtliche Herstellungsanspruch im Ergebnis zu einer solchen weitergehenden Verwirklichung der sozialen Rechte beiträgt, wenn er dem Bürger einen Erhalt von Sozialleistungen ermöglicht, wo dieser sonst keine Sozialleistungen erhalten würde, wurde bereits vom BSG (beiläufig) festgestellt.²³²⁵

Auch eine auf § 2 II SGB I gestützte Rechtsfortbildung darf nicht die durch §§ 2 I S. 2, 31 SGB I zum Ausdruck gebrachten Einschränkungen überwinden; insbesondere dürfen richterrechtlich keine neue Leistungsansprüche des Bürgers begründet werden.²³²⁶ Der mögliche Rechtsfortbildungsgehalt des § 2 II

²³²³ Klose, in: Jahn [Hg.], 250. EGL., § 2 SGB I, Rn. 11; Rüfner, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 2 SGB I, Rn. 8.

²³²⁴ BT-Drs. 7/3786, S. 2; vgl. auch: Seewald, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 2 SGB I, Rn. 26; Wannagat, RdA 1973, 209, 212.

²³²⁵ BSG, Urt. v. 2.2.2006 – B 10 EG 9/05 R = BSGE 96, 44, 50.

²³²⁶ Rüfner, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 2 SGB I, Rn. 8. *Fastabend* sieht deshalb § 2 II SGB I nicht als taugliche Grundlage des Herstellungsanspruchs an, weil so entgegen §§ 2 I S. 2, 31 SGB I neue subjektive Leistungsansprüche begründet werden würden (*Fastabend*, in: Hauck/Noftz [Hg.], 2. EGL. – 2014, § 2 SGB I, Rn. 41). Diese Ausführungen sind jedoch jedenfalls zu § 31 SGB I nicht treffsicher, weil diese Problematik erstens dann immer bei einem Herstellungsanspruch auftreten muss (unabhängig von der Bedeutung des § 2 II SGB I) und zweitens die Vorstellung – zumindest für den Re-

SGB I ist daher auf Rechtsfortbildungen mit „*anspruchssichernder Wirkung*“²³²⁷ beschränkt. Der Rechtsgrund des Herstellungsanspruchs muss daher im materiellen (Leistungs-) Recht bereits soweit angelegt sein, dass seine Ausbildung lediglich als weitestgehende Verwirklichung der vorhandenen Rechte in Übereinstimmung mit deren Regelungszweck verstanden werden kann.²³²⁸ Da auch eine Rechtsfortbildung i.S.d. § 2 II SGB I nicht entgegen eindeutiger Gesetzesbestimmungen erfolgen darf, hängt die Zulässigkeit dieser Rechtsfortbildung davon ab, ob das materielle Leistungsrecht den Bürger in einem Herstellungsfall überhaupt noch miteinschließen soll. Keinesfalls darf die Rechtsfortbildungskomponente des § 2 II SGB I in der Weise missverstanden werden, dass jede sozialrechtliche Rechtsfortbildung isoliert aus § 2 II SGB I gerechtfertigt werden könnte. Vielmehr gibt § 2 II SGB I verbindlich eine Zielrichtung für die Rechtsfortbildungsmöglichkeiten vor, die durch das speziellere Recht eröffnet werden.

- (2) *Begründung der allgemeinen Planwidrigkeit des Sozialrechts in Bezug auf die Fortbildung durch den Herstellungsanspruch*
- (a) Allgemeiner Regelungszweck des Sozialrechts sowie Forderungen der §§ 2 II, 17 I SGB I, § 44 SGB X und Abwägung der betroffenen Wertungen des Einzelfalls

Das allgemeine Ziel des Sozialrechts ist nach § 1 I 1 SGB I die Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit und sozialer Sicherheit durch Sozialleistungen. Bereits der Wortlaut des § 1 I 1 SGB I stellt durch den Begriff „*Verwirklichung*“ einen Realitätsbezug her, weshalb nicht davon ausgegangen werden kann, dass der sozialen Gerechtigkeit und Sicherheit bereits entsprochen ist, wenn diese Sozialleistung gesetzlich ausgestaltet sind – und dann im Gesetz verbleiben. Vielmehr gibt die Forderung nach einer „*Verwirklichung*“ dieser Ziele klar zu erkennen, dass die Sozialleistungen den Bürger auch tatsächlich erreichen sollen. Der Begriff der Sozialleistungen wird schließlich in § 11 S. 1 SGB I legaldefiniert als die im SGB vorgesehenen Dienst-, Sach- und Geldleistungen. Ziel des Sozialrechts ist nach § 1 I 1 SGB I also eine Verwirklichung des materiellen

gelfall – widerlegt werden kann, dass der Herstellungsanspruch neue Rechte/Ansprüche begründe. Dies wird sogleich ausführlich dargestellt werden.

²³²⁷ Seewald, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 2 SGB I, Rn. 26.

²³²⁸ So wohl auch: Klose, in: Jahn [Hg.], 250. EGL., § 2 SGB I, Rn. 11; Rüfner, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 2 SGB I, Rn. 8.

Leistungsrechts. Es besteht insofern auch ein öffentliches Interesse daran, dass die gesetzlich geregelten Sozialleistungsrechte tatsächlich verwirklicht werden.²³²⁹ Diese Zielsetzung wird in § 2 I 1 SGB I wieder aufgegriffen und weiter konkretisiert, wonach die Verwirklichung der sozialen Gerechtigkeit und Sicherheit durch Sozialleistungen ihrerseits durch die sozialen Rechte (§§ 3 ff. SGB I) unterstützt werden soll. Dabei gehen die sozialen Rechte der §§ 3 ff. SGB I allerdings selbst nicht soweit, dass sie dem Bürger subjektiv-rechtliche Leistungsansprüche auf konkrete Sozialleistungen vermitteln würden. Die Begründung von Voraussetzungen und Inhalt der Ansprüche bleibt vielmehr dem jeweiligen Fachrecht der besonderen Teile vorbehalten (§ 2 I 2 SGB I). Die §§ 3 ff. SGB I werden also ihrerseits auch durch das materielle Leistungsrecht der sozialrechtlichen Rechtsgebiete weiter konkretisiert. Dies wird in § 11 S. 1 SGB I verdeutlicht, der die Sozialleistungen als Gegenstand der sozialen Rechte bestimmt. Wenn § 2 II SGB I bei der Anwendung des Sozialrechts eine weitestgehende Verwirklichung der sozialen Rechte nach §§ 3 ff. SGB I fordert, bezieht sich § 2 II SGB I auch auf die jeweiligen Sozialleistungsrechte des Fachrechts der besonderen Teile, die insofern möglichst weitgehend verwirklicht werden sollen. § 2 II SGB I präzisiert daher im Ergebnis die §§ 1 I, 2 I 1 SGB I dahingehend, dass sich der Staat nicht nur zu einem Mindestteil an Sozialleistungen für den Bürger bekennt, sondern die weitestgehend mögliche Verwirklichung der Sozialleistungen angestrebt wird, die sich für den Bürger aus dem materiellen Leistungsrecht ergeben.

Verantwortlich dafür, dass dem Bürger die Leistungen rechtzeitig und umfassend gewährt werden, ist nach § 17 I Nr. 1 SGB I der Verwaltungsträger. Das BSG qualifiziert dabei die aus § 2 II SGB I i.V.m. § 17 I Nr. 1 SGB I folgende Hinwirkungs-/Obhutspflicht des Verwaltungsträgers bzgl. einer rechtzeitigen und umfassenden Leistungsverwirklichung als Nebenleistungspflicht des Sozialrechtsverhältnisses.²³³⁰ *Gagel* bezeichnet die Rechtsfolgen, die sich u.a. aus § 17 I SGB I ergeben und inhaltlich das Sozialrechtsverhältnis maßgeblich prägen, als sog. *Kooperationsprinzip*.²³³¹ Leitbild dieses Kooperationsprinzips ist ein besonderes sozialrechtliches Verwaltungsrechtsverhältnis zwischen Bürger und Verwaltungsträger, bei dem der Gesetzgeber den überlegenen Verwaltungsträger seinerseits in die Pflicht der Rechtsverwirklichung zugunsten des Bürgers genommen hat, da er von einer besonderen Schutzbedürftigkeit des

²³²⁹ *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6, Rn. 19.

²³³⁰ BSG, Urt. v. 22.2.1995 – 4 RA 44/94 = BSGE 76, 16, 22.

²³³¹ Hierzu: *Gagel*, SGB 2000, 517, 519; *Gagel/Bieback/Knickrehm*, in: *Gagel*, 52. EGL., vor § 323 SGB III, Rn. 77 ff.

Bürgers ausgeht.²³³² Diese gesetzliche Wertung kommt allgemein u.a. in §§ 13 ff., § 16 II und 3, § 17 I SGB I deutlich zum Ausdruck und wird durch Spezialvorschriften (bspw. § 115 VI SGB VI) weiter ausgeformt. Eine „*sozialrechtliche Sonderfallthese*“²³³³ wird insofern nicht erst durch eine existenzsichernde Bedeutung, eine Bezugsdauer oder eine Unübersichtlichkeit von Sozialleistungen begründet,²³³⁴ sondern liegt jedem Sozialrechtsverhältnis aufgrund dieser allgemeinen gesetzlichen Wertungen bereits zugrunde. Diese sozialrechtliche Wertung ist für den Gesetzgeber so wesentlich, dass von ihr nach § 37 2 SGB I sogar durch Sonderregelungen nicht abgerückt wird. Der Wille des Gesetzgebers ging bei Schaffung des § 17 SGB I so weit, dass eine Pflicht des Verwaltungsträgers begründet werden sollte, von sich aus die Initiative zu ergreifen, um eine weitest gehende Verwirklichung der jeweiligen Leistungsrechte des Bürgers sicherzustellen.²³³⁵ Im Sozialrecht trägt der Verwaltungsträger deshalb eine besondere Verantwortung für die Rechtsstellung des Bürgers, die über seine allgemeinen Pflichten sonstiger Verwaltungsrechtsverhältnisse hinausgeht.²³³⁶

Zusammengefasst fordern die §§ 2 II, 17 I Nr. 1 SGB I, dass ein Verwaltungsträger im Rahmen seiner Pflichten dafür sorgt, dass ein Bürger die gesetzlich für ihn vorgesehenen Sozialleistungen in vollem Umfang erhält.²³³⁷ Wel-

²³³² Vgl. BT-Drs. 7/868, S. 19; *Gagel*, SGB 2000, 517, 519; *Gagel/Bieback/Knickrehm*, in: *Gagel*, 52. EGL., vor § 323 SGB III, Rn. 77 ff.; vgl. auch: *Mönch-Kalina*, in: *Schlegel/Voelzke* [Hg.], § 17 SGB I, Rn. 11.

²³³³ *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 426; vgl. hierzu bereits: Kap. 1 B.II.3.f.bb.

²³³⁴ So aber: *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 426 „*Die [...] sozialrechtliche Sonderfallthese besteht aus den folgenden Elementen: Bei Sozialrechtsverhältnissen im allgemeinen und Sozialversicherungsverhältnissen im besonderen handelt es sich in der Regel (1) um förderungsfähige und förderungsbedürftige Dauerrechtsverhältnisse in einer (2) komplexen und unübersichtlichen Rechtsmaterie, die (3) der Sozialleistungsempfänger nicht durchschaut. Da der Bürger aber, (4) oft von staatlicher Seite erzwungen, (5) eigene Leistungen (Beiträge, Sonderopfer) eingebracht hat und da (6) die Sozialverwaltung einen weitreichenden Informationsvorsprung hat und es sich weiterhin um (7), existentiell wichtige Leistungen handelt, ist es angebracht, von einer über die allgemeinen informatorischen Betreuungspflichten der Verwaltung hinausgehenden besonderen Förderungsverpflichtung der Sozialverwaltung auszugehen, der im Fall der Verletzung eine besonders strenge Haftung entspricht.*“).

²³³⁵ BT-Drs. 7/868, S. 26.

²³³⁶ Vgl. BSG, Urt. v. 22.2.1980 – 12 RK 12/79 = BSGE 50, 16, 18; BSG, Urt. v. 27.3.1980 – 12 RK 61/79; BSG 29.1.1981 – 12 RK 19/80 = SozR 1200 § 14 Nr. 11; BSG, Urt. v. 4.4.2006 – B 1 KR 5/05 R = BSGE 96, 161, 163; BSG, Urt. v. 5.10.2005 – B 5 RJ 6/05 R = SozR 4–2600 § 43 Nr. 5; *Gagel/Bieback/Knickrehm*, in: *Gagel*, 52. EGL., vor § 323 SGB III, Rn. 78; *Knecht*, in: *Hauck/Noftz* [Hg.], 2. EGL. – 2014, § 17 SGB I, Rn. 2; *Mönch-Kalina*, in: *Schlegel/Voelzke* [Hg.], § 17 SGB I, Rn. 11.

²³³⁷ So auch: BSG, Urt. v. 22.2.1995 – 4 RA 44/94 = BSGE 76, 16, 22; BSG, Urt. v. 25.1.2001 – B 4 RA 48/99 R = BSGE 87, 239, 245; *Gagel*, SGB 2000, 517, 519;

che Leistungen dies für den Einzelnen sind, ergibt sich nicht unmittelbar aus § 2 II SGB I i.V.m. § 17 I Nr. 1 SGB I (i.V.m. den sozialen Rechten der §§ 3 bis 10 SGB I), sondern muss anhand der besonderen Leistungsvoraussetzungen der besonderen Teile des Sozialgesetzbuches ermittelt werden (§§ 2 I S. 2, 31 SGB I). Die jeweiligen Leistungsansprüche der besonderen Teile bestimmen dabei Inhalt und Voraussetzungen der Sozialleistungen, die dem Bürger zur weitestgehenden Verwirklichung von soziale Gerechtigkeit und soziale Sicherheit i.S.d. §§ 1 I, 2 I, II, 17 I Nr. 1 SGB I zustehen. Bei ihrer Auslegung/Fortbildung sind allerdings die Wertungen der §§ 1 ff. SGB I zu berücksichtigen.

Dieser allgemeinen umfassenden Verwirklichungspflicht wird der Verwaltungsträger nur dann gerecht, wenn er seinerseits jede negative Beeinflussung der Rechte des Bürgers unterlässt. Vielmehr ist er dazu verpflichtet, sowohl die Beeinträchtigung schon bestehender Ansprüche zu unterlassen als auch eine Vereitelung potentieller Rechte zu verhindern; noch nicht bestehende Leistungsrechte muss er zur Entstehung bringen, falls das Gesetz diese Leistung einem Bürger in seiner Situation zugeordnet hat.²³³⁸ Richtig verstanden sind auch die Betreuungspflichten der §§ 13 ff. SGB I ein besonderer Ausdruck des umfassenden Erfüllungsprinzips aus § 2 II SGB I.²³³⁹ Die möglichst weitgehende Verwirklichung von Leistungsrechten i.S.d. § 2 II SGB I soll durch zutreffende Aufklärungen, Beratungen und Auskünfte seitens der Verwaltungsträger unterstützt werden, weshalb typische Fälle dazu notwendiger Betreuung in den (nicht abschließenden²³⁴⁰) §§ 13 ff. SGB I zusammengefasst wurden.²³⁴¹ Auch diese Betreuungsrechte bestehen daher nicht isoliert, sondern zielen auf den Erhalt der zustehenden Sozialleistungen ab.

Sofern die Pflicht dennoch missachtet wurde und es deshalb zur Beeinträchtigung von Leistungsrechten gekommen ist, stellt sich die Frage, ob nun der sozialrechtliche Nachteil tatsächlich eintreten soll, der nach dem Wortlaut des Leistungsrechts vorgezeichnet ist. Insbesondere *Seewald* meint, dass für diesen

Mrozynski, § 17 SGB I, Rn. 1; *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 2 SGB I, Rn. 13.

²³³⁸ *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 2 SGB I, Rn. 12, 15.

²³³⁹ So auch: BSG, Urt. v. 25.10.1985 – 12 RK 37/85 = SozR 5070 § 10 Nr. 30; vgl. auch: *Krause/Sattler*, in: Udsching/Rolfs [Hg.], JbSR 2010, S. 71, 71.

²³⁴⁰ Etwa: BSG, Urt. v. 9.5.1979 – 9 RV 20/78 = SozR 3100 § 44 Nr. 11; BSG, Urt. 21.2.1980 – 5 RKn 19/78 = BSGE 50, 12, 14; Urt. v. 22.10.1996 – 13 RJ 23/95 = BSGE 79, 168, 173 = SozR 3-2600 § 115 Nr. 1; BSG, Urt. v. 19.10.1983 – 3 RK 29/82 = BSGE 56, 13, 14; *von Koch*, NZS 1998, 167, 168; *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 167 m.w.N.; **a.A.**: *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 426 f.

²³⁴¹ Etwa: BSG, Urt. v. 25.10.1985 – 12 RK 37/85 = SozR 5070 § 10 Nr. 30; *Krause/Sattler*, in: Udsching/Rolfs [Hg.], JbSR 2010, S. 71, 71; *Niedermeyer*, in: BeckOK, § 2 SGB I, Rn. 9 f.

Fall aus § 2 II SGB I auch die Pflicht erwachse, die jeweiligen Leistungsrechte der Besonderen Teile wiederherzustellen.²³⁴² Dieser Schluss erscheint jedoch vorschnell aus § 2 II SGB I gezogen. Bei einer Auslegung des Fachrechts nach § 2 II SGB I kann für den Herstellungsfall schließlich nicht unberücksichtigt bleiben, dass der Verwaltungsträger scheinbar erst einen Rechtsverstoß begehen müsste, um zu dieser Rechtsanwendung (entgegen einem sozialrechtlichen Nachteil) zu gelangen.

Die nachteilhafte Bestimmung könnte insofern die Grenze der nach dem Leistungsrecht weitestgehend möglichen Verwirklichung der sozialen Rechte aufzeigen, die auf Grundlage der durch die Pflichtverletzung geschaffenen Umstände noch möglich ist. So überwindet § 2 II SGB I bei rechtmäßigem (Vor-) Verhalten unbestritten nicht die Begründung eines sozialrechtlichen Nachteils für den Bürger, da dies dann die weitestgehende Verwirklichung der sozialen Rechte darstellt. Für den Fall einer vorausgehenden Rechtsverletzung durch den Verwaltungsrechtsträger ist dieser Schluss jedoch weniger selbstverständlich. Gerade im Sozialrecht besteht eine weitreichende gesetzliche Entscheidung zugunsten einer Verwirklichung der Rechte des Bürgers, wobei die Verwaltung auch der späteren Verwirklichung noch nicht bestehender Leistungsrechte verpflichtet ist (sog. potentieller Leistungsrechte). Dass der Gesetzgeber einerseits umfangreiche Pflichten der Verwaltungsträger schafft, die auch eine Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen unterstützen sollen – um so eine möglichst weitgehende Verwirklichung der (potentiellen) Leistungsrechte des Bürgers sicherzustellen –, und überdies eine besondere staatliche Verantwortung für die Verwirklichung dieser Rechte begründet, lässt die Annahme widersprüchlich erscheinen, dass derselbe Gesetzgeber andererseits das Interesse am Leistungserhalt des Bürgers verloren haben soll, sobald dieser die Tatbestandsvoraussetzungen nicht erfüllt, weil alle ihn unterstützenden staatlichen Schutzpflichten seitens des Verwaltungsträgers missachtet wurden. Einfacher ausgedrückt: Es ist wenig überzeugend, dass ein Gesetzgeber, der soziale Gerechtigkeit gerade durch den Erhalt von Sozialleistungen gestalten will und besondere staatliche Schutzpflichten normiert, damit diese Rechte zugunsten des Bürgers tatsächlich verwirklicht werden, dort von seinem ursprünglichen und immer wieder betonten Ziel (Gewährung dieser Sozialleistungen) abgerückt sein soll, wo die Verfehlung dieses Ziels deshalb droht, weil die unterstützenden Schutzpflichten missachtet worden sind. Der Bürger wäre doppelt bestraft, weil er zunächst nicht den gesetzlich als notwendig intendierten Schutz (bspw. in Form

²³⁴² Seewald, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 2 SGB I, Rn. 12; vgl. auch: Ebsen, DVBl. 1987, 389, 393.

von Betreuung) erhalten hat und daran anschließend auch noch den Nachteil unveränderlich hinnehmen soll, vor dem er nach Ansicht des Gesetzgebers ursprünglich eigentlich geschützt werden sollte. Dies droht den gesetzlich angestrebten Schutz des Bürgers tatsächlich unter einen „*Vorbehalt des behördlichen Wohlverhaltens*“²³⁴³ zu stellen. Insofern könnte sich die durch § 2 II SGB I geforderte weitestgehende Verwirklichung doch auch auf die Verwirklichung der vereitelten potentiellen Leistungsrechte erstrecken.

Sofern das jeweilige Leistungsrecht daher eine weitergehende Verwirklichung der (potentiellen) Leistungsrechte zulässt, ist dies die durch § 2 II SGB I gebotene weitestgehende Verwirklichung. Falls das Leistungsrecht hingegen eine über diesen Nachteil hinweggehende Verwirklichung ausschließen sollte, ist dies die nach § 2 II SGB I maßgebliche weitestgehende Verwirklichungsmöglichkeit.

Allgemein belegen andere Regelungen, dass der Gesetzgeber im Sozialrecht rechtswidrig begründete Situationen gerade nicht zu Lasten des Bürgers bestehen lassen möchte. Selbst wenn §§ 27, 28 SGB X nicht auf eine Regelung von Pflichtverletzungen abzielen, bringen diese Vorschriften bspw. zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber bei durch den Bürger unverschuldeten Fristversäumnissen nicht unbedingt an allen materiellen Ausschlussfristen des Leistungsrechts festhält. Potentielle Leistungsrechte können auf diese Weise ggf. noch durchgesetzt werden.

Ein erster Rückschluss auf den Willen des Gesetzgebers zum Umgang mit Pflichtverletzungen lässt sich § 44 SGB X entnehmen. Sofern sich der sozialrechtliche Nachteil in einem bereits erlassenen fehlerhaften Verwaltungsakt manifestiert, ist der Herstellungsanspruch gegenüber der Rücknahmevorschrift des § 44 SGB X subsidiär. Dies bedeutet allerdings nicht, dass *nur* der Rechtsverstoß zu korrigieren wäre, der in Form eines fehlerhaften Verwaltungsaktes erfolgt. Schließlich hat der Gesetzgeber mit § 44 SGB X in bewusster Abweichung zu der Vorschrift des § 48 VwVfG – die bei Schaffung des § 44 SGB X Pate stand²³⁴⁴ –, eine besonders weitreichende Rücknahmepflicht normiert.²³⁴⁵ Abweichend von § 48 VwVfG wird einem Verwaltungsträger im Sozialrecht kein Ermessen bzgl. der Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte eingeräumt. § 44 I SGB X bringt dadurch einen besonders weitgehenden Willen zur Korrektur von Verwaltungsfehlern zum Ausdruck und normiert zugleich einen An-

²³⁴³ Wallerath, DÖV 1994, 757, 760.

²³⁴⁴ Vgl. BT-Drs. 8/2034, S. 33 ff., 49.

²³⁴⁵ Ebsen, DVBl. 1987, 389, 393 f.

spruch des Bürgers auf Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte.²³⁴⁶ Es ist wenig überzeugend, dass ein Verwaltungsträger nur dann zur Korrektur unbedingt verpflichtet sein soll, wenn er falsch durch Verwaltungsakt entschieden hat (dem grds. sogar eine erhöhte Bestandskraft zukommt), aber keiner Korrekturpflicht ausgesetzt sein soll, falls er bereits durch rechtswidriges Verhalten im Vorfeld die Herbeiführung der rechtmäßigen Entscheidung verhindert. Tatsächlich sind diese Fehler im Vorfeld eines Verwaltungsaktes sogar aus Sicht des Bürgers oftmals sogar gefährlicher als eine fehlerhafte Sachentscheidung, weil sie beiläufig und oftmals unbemerkt erfolgen; wenn ein Bürger bspw. die Fehlinformation erhält, dass es aussichtslos wäre, überhaupt einen Leistungsantrag zu stellen und er daraufhin bereits eine Antragstellung unterlässt, erscheint diese Situation für ihn gefährlicher als die Situation, dass sein Antrag durch einen Bescheid abgelehnt worden ist, gegen den er ggf. vorgehen kann.²³⁴⁷ Dass derselbe Gesetzgeber, der mit § 44 SGB X einen derart weitgehenden Korrekturananspruch normiert, einen Bürger in dieser noch schutzbedürftigeren Situation unkorrigierbar den Folgen rechtswidrigen Verwaltungshandelns aussetzen möchte, ist nicht ersichtlich. Naheliegender ist die Annahme, dass er – erst recht – von der Korrektur der Verwaltungsfehler ausgeht, die nicht in Gestalt eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes erfolgen.²³⁴⁸ Dass die Regelungen des SGB X die Korrektur anderer Fehlerfolgen ausschließen sollen, ist bereits deshalb nicht überzeugend, weil sich das Verwaltungsverfahrensrecht des SGB X nach § 8 SGB X überhaupt nur auf Verwaltungsakte und Verwaltungsverträge konzentriert.²³⁴⁹ Die Fehlerfolgen des SGB X können schon allein aus diesem Grund nicht abschließend sein, wenn es nicht um diese Handlungsformen geht.

Darüber hinaus bedeutet auch § 44 SGB X nur eine Ausprägung des Effektivitätsgebotes aus § 2 II SGB I, die sich auf fehlerhafte Verwaltungsakte bezieht und dieses Hindernis einer möglichst weitgehenden Rechtsverwirklichung korrigiert.²³⁵⁰ Wenn aber ein Anspruch auf die Korrektur fehlerhafter Verwal-

²³⁴⁶ Vgl. hierzu: *Rüfner*, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 44 SGB X, Rn. 13; *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 393; *Steinwedel*, in: FS 50 Jahre BSG, S. 783 ff.; *Schütze*, in: von Wulffen [Hg.], § 44 SGB X, Rn. 4.

²³⁴⁷ Vgl. zu diesem Gedanken: BSG, Urt. v. 26.6.2007 – B 4 R 19/07 R = SozR 4-1300 § 44 Nr. 12.

²³⁴⁸ So im Ergebnis wohl auch: *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 393 f.; *Pietzner*, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 93, 97.

²³⁴⁹ So im Ergebnis auch: *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 161 f.; *Schmidt-De Caluwe*, S. 163, 198; *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 403.

²³⁵⁰ BSG, Urt. v. 31.5.1988 – 2/9b RU 8/87 = BSGE 63, 214, 218; *Mrozynski*, § 2 SGB I, Rn. 19; a.A.: *Pietzner*, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung,

tungsakte ein besonderer Ausdruck des allgemeinen Prinzips des § 2 II SGB X ist, liegt es nahe, dass dieses Prinzip auch durch andere Korrekturansprüche (für andere besondere Situationen) verwirklicht wird. Die Annahme *Seewalds*, dass § 2 II SGB I auch die Pflicht begründe, die jeweiligen Leistungsrechte der besonderen Teile wiederherzustellen,²³⁵¹ gewinnt im Hinblick auf den Zusammenhang von § 2 II SGB I mit den – nicht abschließenden²³⁵² – allgemeinen Korrekturvorschriften des SGB X an Überzeugungskraft.

Eine Ableitung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs setzt deshalb an dem allgemeinen Prinzip (§ 2 II SGB I) an, dessen Ausdruck auch § 44 SGB X ist– und nicht unmittelbar an § 44 SGB X selbst. § 44 SGB X lässt allerdings den Willen des Gesetzgebers zu einer weiten sozialrechtlichen Rechtsverwirklichung auch bei hindernder Rechtswidrigkeit erkennen, die auch einer Ableitung des Herstellungsanspruchs zugutekommt.²³⁵³

Diese Erkenntnis erklärt für sich genommen allerdings noch nicht, dass/warum von dem (nachteilhaften) Wortlautergebnis einer Vorschrift zugunsten eines Anspruchs abzuweichen ist, nach dem der Verwaltungsträger gerade dieselben Amtshandlungen vorzunehmen hat, die ohne das Fehlverhalten erfolgt wären. Dazu müsste die Begründung eines sozialrechtlichen Nachteils letztlich (nur) für einen anderen Fall gesetzlich gewollt sein und der Betroffene stattdessen (unverändert) in den Kreis der sozialrechtlich Bevorteilten einbezogen sein. Ein solches Ergebnis ließe sich allenfalls im Zusammenhang mit den (nach- oder vorteilhaften) Einzelvorschriften des sozialrechtlichen Leistungsrechts gewinnen.

Dass zumindest die Begründung eines sozialrechtlichen Nachteils regelmäßig vom Gesetzgeber gerade für den Herstellungsfall leistungsrechtlich nicht beabsichtigt ist (und damit planwidrig erfolgt), soll an einem Beispiel verdeutlicht werden: Oftmals wird der Erhalt bestimmter Sozialleistungen von bestimmten sozialrechtlichen Gestaltungen durch den Bürger abhängig gemacht (bspw. Beitritt zur Sozialversicherung, freiwillige Beitragszahlungen oder Antragstellungen). Damit respektiert der Gesetzgeber die Möglichkeit, dass der Bürger auch eine Gestaltung vornimmt, die keine Sozialleistungsansprüche ent-

S. 93, 97 (der versucht, bereits § 44 SGB X zum übergreifenden sozialrechtlichen Rechtsprinzip zu erheben).

²³⁵¹ *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 2 SGB I, Rn. 12.

²³⁵² So ausdrücklich zu den Korrekturvorschriften des SGB X auch: *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 161 f.; *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 401 ff.; *Schmidt-De Caluwe*, S. 163 ff., 198 ff.; *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., vor §§ 38 ff. SGB I, Rn. 126; *Olbertz*, S. 9.

²³⁵³ So im Ergebnis auch: *Ladage*, S. 113; *Schmidt-De Caluwe*, S. 504; *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 393 f.; wohl auch: *Gagel*, SGB 2000, 517, 519.

stehen lässt bzw. ausschließt. Allerdings soll zugleich sichergestellt sein, dass bspw. nur derjenige aus einem Versicherungsverhältnis ausscheidet – und damit ggf. Leistungsansprüche verliert –, der diese Rechtsfolgen überblickt. Insofern werden dem Bürger umfassende Betreuungsrechte eingeräumt,²³⁵⁴ damit dieser die für ihn richtige Gestaltungsmöglichkeit willentlich ergreifen kann. Eine willentliche Entscheidung gegen Versicherungsschutz rechtfertigt aus Sicht des Gesetzesgebers, dass das Gesetz dem Bürger dann in der Folge keine Versicherungsleistungen mehr einräumt. Der Bürger hat sich (bspw. um eigene Beitragszahlungen zu sparen) gegen den Schutz eines sozialen Sicherungssystems entschieden und soll deshalb auch den Folgen seiner Entscheidung ausgesetzt werden – selbst wenn er sich ggf. verkalkuliert haben sollte. Dieser innerliche gesetzliche Rechtfertigungszusammenhang²³⁵⁵ stellt sich allerdings nicht ein, wenn gar keine willentliche Entscheidung vorliegt; also insbesondere dann, wenn der Bürger rechtswidrig über die Folgen seiner Gestaltung im Unklaren belassen wurde. Ein so begründeter sozialrechtliche Nachteil fügt sich nicht in das Regelungssystem des Gesetzgebers ein, weil das zentrale Element einer eigenverantwortlichen und bewussten Gestaltung des Bürgers fehlt. Bezogen auf den angesprochenen Beispielsfall liegt der Zweck des § 14 SGB I darin, dass sichergestellt wird, dass der Gestaltungsberechtigte (nach zutreffender Beratung) überhaupt eine bewusste Gestaltung vornehmen kann. Er soll somit durch § 14 SGB I zwar nicht vor dem Eintritt dieser sozialrechtlichen Nachteile im Allgemeinen geschützt werden, aber sehr wohl vor den nachteiligen Rechtsfolgen einer anderen (nachteiligen) Gestaltung, die er in Unkenntnis vornimmt. Mit § 14 SGB I will der Gesetzgeber daher die möglichst weitgehende Verwirklichung von (potentiellen) Sozialleistungen nach § 2 II SGB I sicherstellen, indem unbewusste/unnötige Nachteilsgestaltungen vermieden werden; § 14

²³⁵⁴ Vgl. BT-Drs. 7/868, S. 25.

²³⁵⁵ Dieser gesetzliche Rechtfertigungszusammenhang darf nicht mit einer allgemeinen verfassungsrechtlichen Rechtfertigungspflicht des Gesetzgebers verwechselt werden. Vielmehr trifft der Gesetzgeber selbst Regelungen, weil er bestimmte Vorstellungen verwirklichen möchte. Ein Gesetz bedeutet daher immer auch die verbindliche Umsetzung von Wertentscheidungen. Dem Gesetzgeber wird dabei ein einheitlicher Gestaltungswille unterstellt, nach dem er den Willen hat, das, was vor seiner Regulationsintention gleich erscheint, gleich zu regeln – und für das, was unterschiedlich erscheint, zu differenzieren. Insofern wird unterstellt, dass gesetzliche Differenzierungen einen Grund haben. Auch der Gesetzgeber selbst rechtfertigt seine Unterscheidungen mit verschiedensten Wertungen und Erwägungen (warum er gerade diese Gruppen bildet). Möglicherweise stimmen die durch das behördliche Fehlverhalten geschaffenen Gruppen jedoch nicht länger mit der gesetzgeberischen Gruppenbildung – und dem dahinter stehenden gesetzgeberischen Erwägungen – überein.

SGB I ist insofern nur eine Konkretisierung des § 2 II SGB I.²³⁵⁶ Ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch, der diese Gestaltung korrigiert, indem er den Zustand (bzw. diese Gestaltung) herstellt, der bei einer richtigen Beratung und bewussten Entscheidung des Bürgers eingetreten wäre, übernimmt damit die Zielsetzung des ursprünglichen Beratungsanspruchs aus § 14 SGB I. Er schützt vor denselben (inzwischen eingetretenen) Nachteilen, vor denen bereits § 14 SGB I hätte schützen sollen, wenn er beachtet worden wäre. Es wird insofern dieselbe Schutzrichtung aufrechterhalten, die dem ursprünglichen (verletzten) subjektiven Recht innewohnt. Anders formuliert übernimmt der Herstellungsanspruch – für den Verletzungsfall – die Funktion, die der Gesetzgeber eigentlich dem verletzten subjektiven Recht (ursprünglich) zugedacht hat. Wenn der Herstellungsanspruch an die Stelle einer Konkretisierung des § 2 II SGB I tritt und deren Funktion übernimmt, ist es nur folgerichtig, auch diesen Anspruch als eine Konkretisierung des § 2 II SGB I zu betrachten. Bezogen auf § 2 II SGB I tritt der Herstellungsanspruch an die Stelle des verletzten subjektiven Rechts, das den Bürger auf seinem Weg zu einer möglichst weitgehenden Verwirklichung seiner Sozialleistungen eigentlich unterstützen sollte.²³⁵⁷

Angepasst an den Verletzungsfall übernimmt der Herstellungsanspruch damit die unterstützende Funktion, die dem (verletzten) subjektiven Recht ursprünglich innewohnte. Über den Herstellungsanspruch wird somit der rechtliche Gehalt des subjektiven Rechts fortgebildet – angepasst an den Verletzungsfall; im Hinblick auf die zugrundeliegende Forderung nach einer möglichst weitgehenden Verwirklichung sozialer Rechte i.S.d. § 2 II SGB I. Dass der Herstellungsanspruch dabei auch den Schutz vor denselben sozialrechtlichen Nachteilen übernimmt, vor denen ursprünglich das verletzte subjektive Recht schützen sollte, ist dabei genauso – wenig – überzeugend, wie das von den Befürwortern eines Folgenbeseitigungsanspruchs oftmals betonte Aufrechterhalten des ursprünglichen Unterlassungsanspruchs in seinem „*wirtschaftlichen*

²³⁵⁶ So auch: BSG, Urt. v. 25.10.1985 – 12 RK 37/85 = SozR 5070 § 10 Nr. 30; Krause/Sattler, in: Udsching/Rolfs [Hg.], JbSR 2010, S. 71, 71.

²³⁵⁷ Trotz dieses Bezuges zur Schutzwirkung des subjektiven Rechts darf nicht davon ausgegangen werden, dass ein Herstellungsanspruch bereits im Regelungsgehalt der Betreuungsrechte mitgeregelt ist bzw. ein notwendiges Pendant darstellt (in diesem Sinne aber: Bieback, DVBl. 1983, 159, 167, 169; ders., SGB 1986, 36, 37 f.; Brugger, AöR 112 [1987], 389, 426). Erst § 2 II SGB I rechtfertigt in Anknüpfung an die Regelungsziele der Betreuungsrechte eine solche Rechtsfortbildung für ihren Verletzungsfall. Denn wenn die Betreuungsrechte ihrerseits nur Ausprägungen des allgemeinen Erfüllungsprinzips (§ 2 II SGB I) sind, lässt sich dort im Hinblick auf das allgemeine Rechtsprinzip die Notwendigkeit dieser Rechtsfortbildung rechtfertigen, wo der Verwaltungsträger den gesetzgeberisch intendierten Schutz der subjektiven Rechte vereitelt hat.

*Wert*²³⁵⁸ durch den Folgenbeseitigungsanspruch. Da auch der sekundäre Folgenbeseitigungsanspruch nicht identisch mit dem verletzten Primärrecht ist,²³⁵⁹ erscheint es allgemein bei Restitutionsansprüchen nicht notwendig, dass der Sekundäranspruch vollumfänglich dem Primäranspruch entspricht; in diesen Unterschieden liegt vielmehr überhaupt erst die Notwendigkeit einer Transformation des primärrechtlichen Gehaltes in einen Sekundäranspruch begründet. Diese Ableitung deckt sich mit der Erkenntnis,²³⁶⁰ dass der verschuldensunabhängige Herstellungsanspruch „*lediglich ein Instrument zur Erreichung und Sicherung des Gesetzeszwecks*“²³⁶¹ ist, dem es nicht um ein individuelles Fehlverhalten des Verwaltungsmitarbeiters oder eine Sanktion für die Pflichtverletzung geht.

Hiervon ausgehend ist zudem erklärbar, warum sich bspw. der (verletzte) Betreuungsanspruch in ein (restituiertes) Leistungs- oder Gestaltungsrecht umwandeln soll. Schließlich sollen die sozialrechtlichen Betreuungspflichten im Wesentlichen die weitestgehend mögliche Leistungsgewährung i.S.d. § 2 II SGB I sicherstellen.²³⁶² Selbst wenn es sich bei Beratungs- und Auskunftsansprüchen nach §§ 14, 15 SGB I um eigenständig einklagbare Hauptleistungspflichten handelt, dienen diese stets nur unterstützend der Verwirklichung anderer subjektiver Rechte auf Leistung oder Gestaltung; in diesem Zusammenhang müssen sie weiterhin als unterstützende Nebenleistungspflichten der Hauptleistungspflichten/Gestaltungsrechte verstanden werden, deren Verwirklichung das eigentliche gesetzliche Ziel ist.²³⁶³ Selbst wenn (gegenwärtig) kein

²³⁵⁸ *Weyreuther*, Gutachten, B 86; vgl. ausführlich hierzu: Kap. 2 B.II.3.a.bb. (3).

²³⁵⁹ *Schneider*, Folgenbeseitigung, S. 81 f. m.w.N.

²³⁶⁰ Etwa: *Krefel*, S. 299; *Olbertz*, S. 25 f.; *Bieback*, SGB 1986, 36, 37; *Adolf*, Herstellungsanspruch, S. 221 f.; *Gagel*, SGB 2000, 517, 520; *Rixen*, in: *Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann* [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 12; *Fichte*, in: *Erlenkämper/Fichte* [Hg.], SozR, II 7 Rn. 17.

²³⁶¹ BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 94; vgl. auch: *Adolf*, Herstellungsanspruch, S. 216; *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 164; *Schmitz*, ZfSH/SGB 2006, 393, 395.

²³⁶² Vgl. BSG, Urt. v. 26.10.1976 – 12/7 RAr 78/74 = SozR 4100 § 44 Nr. 9 m.w.N. („*Es gehört zu den Pflichten der Sozialleistungsträger, den von ihnen zu betreuenden Bürgern zu den Rechten, insbesondere zu den Leistungen, zu verhelfen, die ihnen das Gesetz zugeordnet hat [...].*“); BSG, Urt. v. 18.8.1983 – 11 RA 40/82 = BSGE 55, 257, 260; *Gagel/Bieback/Knickrehm*, in: *Gagel*, 52. EGL., vor § 323 SGB III, Rn. 85; *Krause/Sattler*, in: *Udsching/Rolfs* [Hg.], JbSR 2010, S. 71, 71; wohl auch: *Mönch-Kalina*, in: *Schlegel/Voelzke* [Hg.], § 17 SGB I, Rn. 11.

²³⁶³ Falls bspw. eine Witwe nach § 14 S. 1 SGB I einen Anspruch auf zutreffende Information über das Bestehen eines Rentenversicherungskonto ihres verstorbenen Ehemannes hat, dient diese Pflicht nicht – i.S. eines Selbstzweckes – dazu, dass die Witwe nun weiß, dass ihr Mann gut versichert war. Diese Information dient vielmehr der Prüfung, ob die Voraussetzungen für eine Witwenrente (als Leistungsanspruch) möglicherweise

Leistungsanspruch bestehen sollte, ist eine Beratung nach § 14 S. 1 SGB I zumindest in der Weise leistungsbezogen, dass sie auf das (gegenwärtige) Nichtbestehen von Leistungsansprüchen gerichtet ist. Bis zur Grenze einer Aufklärung über rechtsmissbräuchliche Gestaltungsmöglichkeiten²³⁶⁴ hat die Beratung zudem Gestaltungsmöglichkeiten bzgl. der Sach- oder Rechtslage auch im Hinblick auf (noch) nicht bestehende Leistungsansprüche zu erläutern. Der Regelungszweck jedes Betreuungsrechts ist also unmittelbar leistungsbezogen.²³⁶⁵ Dieser Zusammenhang muss auch in der Korrektur der Verletzungen von subjektiven Rechten berücksichtigt werden, wenn ihr Regelungszweck gerade diese Leistungsrechte umfasst.²³⁶⁶ Ein subjektives Recht, das eine potentielle Weiterentwicklung schützen soll, wäre nur unzureichend restituiert, falls diese potentielle Weiterentwicklung nicht auch mit in die Restitution miteinbezogen wird; dies ist ein Unterschied gegenüber der Restitution bloßer Unterlassungspflichten, die bereits dadurch restituiert werden können, dass eine dennoch erfolgte Weiterentwicklung rückgängig gemacht wird.²³⁶⁷ Der Regelungszweck der subjektiven Rechte (auf Betreuung) beinhaltet insofern bereits einen Schutz vor – zukünftigen – sozialrechtlichen Nachteilen in Bezug auf Leistungs- und Gestaltungsrechte, der mit dem Herstellungsanspruch aufgegriffen wird.

Der gegen *Kreßel* u.a. erhobene Einwand, dass sein Bestandsschutzanspruch darauf hinausläuft, dass eine fehlerhafte Beratung bspw. über Rentenbezugsmöglichkeiten durch die Auszahlung einer Altersrente korrigiert wird, obwohl die Auszahlung einer Altersrente nicht bereits in einer richtigen Beratung mit-

erfüllt sind. Sie ist auch dementsprechend brauchbar zu erteilen. Die Pflicht, bspw. gestellte Anträge rechtzeitig zu bearbeiten/weiterzuleiten hat den Hintergrund, dass so eine zügige Leistungsgewährung erfolgen kann; nicht, dass der Antrag bearbeitet oder weitergeleitet wurde. Die Betreuungspflichten stehen – auch in ihrem Inhalt – immer im Zusammenhang mit den jeweiligen Leistungsrechten des Betreuten.

²³⁶⁴ BSG, Urt. v. 18.8.1983 – 11 RA 40/82 = BSGE 55, 257, 260 („Sinn der Beratungspflicht ist es, dem Versicherten in der Erlangung der ihm vom Gesetz zugedachten Rechte beizustehen. Deshalb liegt es auf der Hand, daß der Versicherungsträger auf Möglichkeiten eines Rechtsmißbrauchs keineswegs hinweisen muß.“); Funk, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 51, 56.

²³⁶⁵ Diese Zielrichtung wird in den Gesetzgebungsmaterialien zu § 14 SGB I so umschrieben: „In einem differenzierten Sozialleistungssystem genügt die Übersichtlichkeit und Verständlichkeit der gesetzlichen Regelungen allein nicht, um dem einzelnen aufzuzeigen, welche Rechte und Pflichten sich für ihn ergeben, insbesondere welche Ansprüche auf Sozialleistungen er hat. [...] Die Beratungspflicht erstreckt sich auf alle sozialrechtlichen Fragen, die für den Bürger zur Beurteilung seiner Rechte und Pflichten von Bedeutung sind oder in Zukunft von Bedeutung sein können, soweit er hieran an berechtigtes Interesse hat“ (BT-Drs. 7/868, S. 25).

²³⁶⁶ So auch: Schmitz, ZfSH/SGB 2006, 393, 397.

²³⁶⁷ Brugger, AöR 112 [1987], 389, 410 ff.

enthalten ist,²³⁶⁸ kann nicht für den hier gewählten Ansatz wiederholt werden. Denn wenn der Herstellungsanspruch im Hinblick auf das Gebot einer möglichst weitgehenden Verwirklichung der sozialen (Leistungs-) Rechte nach § 2 II SGB I die Schutzwirkung des verletzten subjektiven Rechts übernimmt, schützt er – angepasst an die Situation der Rechtsverletzung – vor denselben sozialrechtlichen Nachteilen, vor denen auch das subjektive Recht schützen sollte. Da dieser Schutz bereits im (verletzten) Betreuungsrecht auf die (restituierten) Gestaltungs- und Leistungsrechte des Bürgers bezogen war, greift der Herstellungsanspruch genau diese Schutzwirkungen auf. Folglich wird eine fehlerhafte Rentenbezugsberatung nicht über die Auszahlung einer Altersrente korrigiert, sondern die Auszahlung einer Rente erfolgt, weil die Betreuungspflicht i.S.d. § 2 II SGB I die Nichtauszahlung einer Rente wegen Fehlinformation verhindern soll und über den Herstellungsanspruch das Ziel des § 2 II SGB I noch erreicht werden kann. Als Folge dieser Korrektur kommt es dann zur Gewährung der Leistung bzw. Gestaltung. Der Eintritt eines sozialrechtlichen Nachteils wird durch den Herstellungsanspruch korrigiert, indem die Amtshandlungen so vorzunehmen sind, wie sie bei rechtmäßigem Verwaltungsverhalten ohnehin vorgenommen worden wären; es wird folglich vor dem Eintritt derselben Nachteile geschützt. Bezogen auf den Schutz vor denselben sozialrechtlichen Nachteilen sind das (missachtete) subjektive Recht und der Herstellungsanspruch zwei Seiten derselben Medaille im Lichte des § 2 II SGB I.

Fraglich bleibt lediglich, ob im Zusammenhang mit dem Herstellungsanspruch eine Sozialleistung auf den ursprünglichen Sozialleistungsanspruch hin gewährt wird, der hergestellt wurde, oder ob der Herstellungsanspruch dieselben Rechtswirkungen neu begründet, während der ursprüngliche Leistungsanspruch nicht verwirklicht werden kann. Obwohl sich dieselbe Frage in vergleichbarer Weise auch bei (Um-) Gestaltungen des Sozialrechtsverhältnisses bzgl. (hergestellter) Gestaltungsrechte stellt ist sie nicht entscheidend. Inhaltlich führt sie auf die Problematik einer mittelbaren oder unmittelbaren Wirkungsweise zurück, die sich im Ergebnis nicht voneinander unterscheiden.²³⁶⁹ Kaum möglich erscheint hingegen die Begründung einer sog. originären Wirkungsweise, wonach ein Herstellungsanspruch gerade tatsächliche oder wirtschaftliche Nachteile/Schäden ausgleichen soll, die infolge einer Pflichtverletzung entstanden sind. § 2 II SGB I und die (verletzten) subjektiven Rechte be-

²³⁶⁸ Vgl. zur Kritik: Kap. 2 B.II.3.e.bb.. *Kreßel*, S. 300; vgl. auch: *Kreßel*, SGB 1987, 313, 314 f.

²³⁶⁹ Vgl. ausführlich zur Wirkungsweise des Herstellungsanspruchs: Kap. 1 B.II.2.a.bb. (1) (a) (aa).

ziehen sich auf Sozialleistungen i.S.d. § 11 S. 1 SGB I und die Leistungs- und Gestaltungsrechte, die mit ihnen in Zusammenhang stehen; nicht aber auf entgangene wirtschaftliche oder tatsächliche Vorteile. Diese Begrenzung des Herstellungsanspruchs ist jedoch gerade im Hinblick auf die Einschränkungen der Rechtsfortbildungsmöglichkeiten durch § 2 I 2 SGB I und § 31 SGB I nicht bedauerenswert, sondern vielmehr zu begrüßen.²³⁷⁰

Dass der Herstellungsanspruch gerade nur die sozialrechtlichen Nachteile korrigiert bzw. vor den sozialrechtlichen Nachteilen schützt, vor denen auch das verletzte subjektive Recht schützen sollte – also eine Art „*Nachteilskongruenz*“ besteht –, soll noch einmal verdeutlicht werden. Die Pflichtverletzung muss kausal für einen sozialrechtlichen Nachteil sein, damit dieser Nachteil über den Herstellungsanspruch korrigiert werden kann. Dass BSG bezieht deshalb in die Kausalitätsprüfung zu Recht auch die Frage ein, ob die verletzte Pflicht gerade vor diesem (eingetretenen) Nachteil schützen sollte.²³⁷¹ Es fordert ausdrücklich einen „*Schutzzweckzusammenhang*“²³⁷². Wo also ein sozialrechtlicher Nachteil entstanden ist, vor dem das verletzte Recht den Betroffenen nicht schützen sollte, kann dieser Nachteil auch nicht über den Herstellungsanspruch korrigiert werden, der aus der Verletzung des subjektiven Rechts hervorgeht. Dieser kann nicht weiter reichen als das verletzte subjektive Recht selbst.²³⁷³

Der Ableitung eines Anspruchs, nach dem der Eintritt sozialrechtlicher Nachteile gerade durch Herstellung des Zustandes korrigiert werden muss, der ohne das Fehlverhalten bestehen würde, (nur) weil der Bürger zuvor einmal ein entsprechendes Schutzrecht innehatte, scheint entgegengehalten werden zu kön-

²³⁷⁰ Vgl. hierzu noch ausführlich: Kap. 2 B.II.4.c.aa. (2); III.3.b.aa. (5).

²³⁷¹ BSG, Urt. v. 15.12.1994 – 4 RA 64/93 = SozR 3-2600 § 58 Nr. 2; BSG, Urt. v. 11.5.2000 – B 13 RJ 19/99 R; BSG, Urt. v. 22.10.1996 – 13 RJ 23/95 = BSGE 79, 168, 172; BSG, Urt. v. 25.1.1996 – 7 RAr 60/94 = SozR 3-3200 § 86a Nr. 2; BSG, Urt. v. 1.9.1999 – B 13 RJ 73/98 R = SozR 3-2600 § 115 Nr. 5; *Fichte*, in: Erlenkämper/Fichte [Hg.], SozR, II 7 Rn. 5.

²³⁷² BSG, Urt. v. 1.9.1999 – B 13 RJ 73/98 R = SozR 3-2600 § 115 Nr. 5.

²³⁷³ Falls ein Bürger bspw. infolge der Fehlberatung aus Frustration über das vermeintliche Nichtbestehen eines Rentenkontos sein Vertrauen in den deutschen Sozialstaat verliert und deshalb seinen Wohnsitz in Deutschland zur Nachteilsfolge der §§ 110 ff. SGB VI aufgibt oder in Zukunft keinen Beratungsbedarf mehr geltend macht oder sich auf Antrag von der Versicherungspflicht eines anderen Sozialversicherungssystems befreien lässt, ist dies nicht über den Herstellungsanspruch zu korrigieren. Vor all diesen Nachteilen soll ihn das Recht auf richtige Beratung über das Bestehen des Versicherungskontos seines verstorbenen Ehepartners nicht schützen. Ebenso wenig soll die Pflicht zur richtigen Beratung dem Berechtigten eine zügige Rentenauszahlung ermöglichen, damit dieser sich davon eine günstige Eigentumswohnung kauft. Die sozialrechtliche Betreuungspflicht schützt keineswegs die Möglichkeit, dieses günstige Privatgeschäft zu tätigen – weshalb das Andenken eines Herstellungsanspruchs in diesem Zusammenhang durch das BSG (vgl. BSG, Urt. v. 9.9.1979 – 7 RAr 115/78 = BSGE 49, 30, 33) – nicht nachvollziehbar ist.

nen, dass ein solches Verständnis die Rechtsfolge eines Leistungs- oder Gestaltungsrechts abweichend von ihren Tatbestandsvoraussetzungen beanspruchbar macht. Diese Argumentation läuft letztlich darauf hinaus, dass die rechtliche Zulässigkeit einer solchen Rechtsfolgenübertragung für den vorliegenden Fall bestritten wird. Tatsächlich ist diese Problematik jedem Herstellungsanspruch immanent, weil dieser Anspruch erst dann Bedeutung erlangt, wenn eine bestimmte Rechtsfolge eintreten soll, obwohl die gesetzlich geregelten Tatbestandsvoraussetzungen dieser Rechtsfolge nicht erfüllt sind.²³⁷⁴ Da denknöwendig immer einzelne Voraussetzungen des Leistungsrechts übersprungen werden, wird eine Unterscheidung zwischen im Wege der Herstellung disponiblen und nicht disponiblen Voraussetzungen notwendig.²³⁷⁵ Diese Aufgabe kommt dem Ausschlusskriterium des „*an sich (un)zulässigen*“ Amtshandelns zu. Dabei wird zu Recht betont, dass der eigentliche Bezugspunkt dieser „*Zulässigkeit*“ nicht das Amtshandeln selbst ist, sondern der Zustand, der im Wege der Herstellung durch dieses Amtshandeln geschaffen wird.²³⁷⁶ Eine Herstellung kommt nur dann in Betracht, wenn der herzustellende Zustand dem gesetzlichen Regelungszweck entspricht.²³⁷⁷ Dem Gesetzeszweck kann der herzustellende Zustand wiederum nur entsprechen, falls die gesetzlichen Voraussetzungen, die ohne Herstellungsanspruch zu einer anderen Rechtsfolge führen würden, in diesem Sinne disponibel sind und stattdessen – trotz abweichenden Voraussetzungen – die Rechtsfolgen der vorteilhaften Regelung auf den Herstellungsfall anzuwenden sind.²³⁷⁸

²³⁷⁴ BSG, Urt. v. 27.1.2000 – B 12 KR 10/99 R = SozR 3-2400 § 28h Nr. 11; *Krasney*, ZAP 1996 [Fach 18], 449, 461 m.w.N.; *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 29; *Bieback*, SGB 1990, 517, 517; *Schmidt-De Caluwe*, S. 149; *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 144; *Waßer*, JA 2001, 137, 140 f.; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 610.

²³⁷⁵ Vgl. *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 391; *Fichte*, in: Erlenkämper/Fichte [Hg.], SozR, II 7 Rn. 22; *Olbertz*, S. 30. *Marschner* spricht in diesem Zusammenhang von Gesetzesregelungen, die durch den Herstellungsanspruch ersetzbar oder nicht ersetzbar sind (*Marschner*, ZfSH/SGB 1997, 599, 599 f.); *May* von ersetzbaren und nicht ersetzbaren Voraussetzungen (*May*, RV 2010, 218, 219 f.).

²³⁷⁶ Vgl. BSG, Urt. v. 28.9.2010 – B 1 KR 31/09 R; BSG, Urt. v. 8.3.1990 – 3 RK 9/89 = SozR 3-2200 § 183 Nr. 1.

²³⁷⁷ BSG, Urt. v. 16.12.2008 – B 4 AS 77/08 B.

²³⁷⁸ Auch die weitestgehend mögliche Verwirklichung von Leistungsrechten nach § 2 II SGB I vollzieht sich nur innerhalb des einschlägigen Leistungsrechts – und nicht außerhalb. Diese Einschränkung gilt gleichermaßen für Auslegung und Fortbildung des Rechts. Jede Rechtsfortbildung unter Rückgriff auf (einfach-rechtliche) Rechtsprinzipien – zu denen auch § 2 II SGB I und die sozialen Rechte zählen – steht ihrerseits unter dem Vorbehalt, dass keine abweichende speziellere Wertung getroffen wurde (*Canaris*, Feststellung von Lücken, S. 95 f.). Ohne Einbeziehung der Wertungen des jeweiligen Leistungsrechts kann deshalb nicht überprüft werden, ob eine Rechtsfortbildung i.S.d. Herstellungsanspruchs an dieser Stelle dem Regelungszweck des Gesetzes entspricht.

Üblicherweise erfolgt eine solche Übertragung der Rechtsfolge auf Tatbestände, die vom gesetzlich normierten Tatbestand einer Vorschrift nicht mehr erfasst sind, aber nach ihrem Regelungszweck eigentlich erfasst sein sollten, durch Analogieschluss.²³⁷⁹ Sofern daher bspw. abweichend von den Wortlautvoraussetzungen eines Rentenanspruchs die Rentenleistung auf der Grundlage eines Herstellungsanspruchs zugesprochen werden soll, lässt sich diese Rechtsfortbildung als Analogie zu dem gesetzlich kodifizierten Rentenanspruch verstehen. Bestätigt wird diese Annahme dadurch, dass der Herstellungsanspruch der umgewandelte (ursprüngliche) Anspruch auf Sozialleistungen sein soll.²³⁸⁰ Falls hingegen die wortlautgetreue Anwendung einer Regelung für einen Fall eingeschränkt wird, weil diese Regelung hier nicht dem Regelungszweck entspricht, beschreibt dies für gewöhnlich eine teleologische Reduktion.²³⁸¹ Als eine solche teleologische Reduktion lässt sich bspw. der Fall begreifen, wenn infolge einer Herstellung keine höheren sozialversicherungsrechtlichen Beitragspflichten begründet werden, obwohl ein entsprechendes Gestaltungsrecht früher fehlbetreuungsbedingt in dieser Weise nachteilig ausgeübt wurde. Tatsächlich ist eine trennscharfe Abgrenzung zwischen beiden Rechtsfortbildungsmethoden weder möglich noch erforderlich, weil das fortzubildende

Die Anspruchsvoraussetzungen einer Sozialleistung dürfen deshalb nicht als störende Faktoren bei der Anspruchserfüllung verstanden werden – die es durch § 2 II SGB I zu überwinden gilt, sobald ein Bürger sie nicht erfüllt –, sondern beschreiben überhaupt erst die Situation, in der ein Leistungsrecht für den Bürger (nicht) bestehen soll. Es darf über § 2 I SGB I nur dem Bürger ein Leistungs- bzw. Gestaltungsrecht zustehen/eingeräumt werden, der die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, bei deren Verwirklichung der Gesetzgeber dieses Recht einräumen will.

²³⁷⁹ Larenz, NJW 1965, 1, 4; vgl. hierzu ausführlich: Kap. 2 A.III.2.b.bb. (1).

²³⁸⁰ BSG, Urt. v. 17.7.1979 – 12 RAr 15/78 = BSGE 48, 269, 276 m.w.N. („*Es handelt sich nämlich bei der Leistung aufgrund des Herstellungsanspruchs nicht um eine neben oder anstelle der begehrten sozialrechtlichen Leistung zu gewährende Ersatzleistung. Vielmehr richtet sich der Herstellungsanspruch ebenfalls auf die zunächst aufgrund des Gesetzes begehrte sozialrechtliche Leistung, nur nunmehr aufgrund einer anderen rechtlichen Begründung.*“); BSG, Urt. v. 26.6.2007 – B 4 R 19/07 R = SozR 4-1300 § 44 Nr. 12 („*Insbesondere folgt aus dem Herstellungsrecht kein Anspruch auf Sozialleistungen. Im materiellen Sozialrecht ist er grundsätzlich nur auf die Fiktion des rechtzeitigen Vorliegens von Anspruchsvoraussetzungen gerichtet, die im Wesentlichen nur wegen der Pflichtverletzung des Trägers nicht rechtzeitig erfüllt waren. Wollte man, wie manche sagen, die Ausschlussfrist auf den Herstellungsanspruch selbst anwenden, ginge dies schon deshalb nicht, weil er keine Zahlungsansprüche gibt, sondern nur die nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalles erforderliche Herstellung von Voraussetzungen des Zahlungsanspruchs. Diese hängen nicht von den abstrakten Voraussetzungen des richterrechtlichen Instituts ab, sondern von der konkreten Pflichtverletzung und der jeweiligen Beeinträchtigung eines bestimmten sozialen Rechts.*“); Brugger, AöR 112 [1987], 389, 396 m.w.N.

²³⁸¹ Vgl. hierzu ausführlich: Kap. 2 A.III.2.b.bb. (2).

Recht in Bezug auf eine Erweiterungs- oder Ausnahmeregelung gleichermaßen planwidrige Regelungslücken aufweisen muss.²³⁸² Dass gerade erst eine planwidrige Regelungslücke im Hinblick auf die zu erweiternden oder einzuschränkenden Regelungen des Leistungsrechts eine Anwendung des Herstellungsanspruchs ermöglicht, kommt in den ähnlichen Kriterien zum Ausdruck, die zur Bestimmung der Planwidrigkeit und des „*an sich (un)zulässigen*“ Amtshandeln herangezogen werden. So sieht bspw. *Canaris* eine lückenschließende Rechtsfortbildung nur dann als möglich an, wenn durch Rechtsfortbildung entstehende Ansprüche, Gestaltungsrechte oder Einwendungen zumindest teilweise eine Grundlage im geltenden Recht finden.²³⁸³ Ein ähnlicher Gedankengang findet sich in den Bestimmungsversuchen des BSG, die für ein „*an sich zulässiges*“ Amtshandeln darauf abstellen, ob die begehrte Amtshandlung strukturell im Gesetz angelegt ist.²³⁸⁴

Abweichend von ihren Einzelvoraussetzungen kann eine Regelung nicht auf einen anderen Fall übertragen werden, falls ersichtlich ist, dass der Eintritt einer Rechtsfolge für den Gesetzgeber mit der tatsächlichen und rechtzeitigen Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals stehen oder fallen soll. Sofern ein sozialrechtlicher Nachteil wegen der (Nicht-) Erfüllung solcher Tatbestandsvoraussetzungen eintritt, kann nicht von einer Planwidrigkeit bzgl. einer Nichtübertragung der vorteilhaften Rechtsfolge ausgegangen werden. Das Fehlen/Vorliegen der fraglichen Voraussetzung schließt dann eine wertungsmäßige Vergleichbarkeit der Fälle aus; in einer Anwendung läge insofern „*an sich unzulässiges*“ Amtshandeln. Derjenige, der sich für eine leistungsrechtliche Unzulässigkeit der Rechtsfolgenübertragung auf den Herstellungsfall ausspricht, muss belegen können, dass mit ihr eine gesetzlich unzulässige Gleichbehandlung einherginge, obwohl das zu überwindende Tatbestandsmerkmal

²³⁸² *Canaris*, Feststellung von Lücken, S. 87 f. So lässt sich bspw. kaum begründen, ob eine Verringerung von Beitragszahlungen infolge einer betreuungsfehlerbedingten Fehlgestaltung den Bürger vom Anwendungsbereich der höheren Beitragsregelungen ausnahmsweise ausnimmt – oder ob der Bürger nicht vielmehr in den Anwendungsbereich der günstigeren Beitragsregelungen einbezogen wird. Im Zusammenhang mit dem Herstellungsanspruch ist dies jedoch nicht von besonderer Bedeutung, weil hinter beiden Rechtsfortbildungsmethoden Art. 3 I GG steht, die gleichermaßen eine planwidrige Regelungslücke voraussetzen; vgl. allgemein hierzu: *Canaris*, Feststellung von Lücken, S. 25, 81 ff.

²³⁸³ *Canaris*, Feststellung von Lücken, S. 50.

²³⁸⁴ Etwa: BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 80; BSG, Urt. v. 25.10.1985 – 12 RK 42/85 = BSGE 59, 60, 65; BSG, Urt. v. 18.8.1983 – 11 RA 60/82 = BSGE 55, 261, 263; BSG, Urt. v. 15.10.1985 – 11a RA 39/84 = SozR 1200 § 14 Nr. 21; BSG, Urt. v. 1.2.1995 – 13 RJ 5/94 = SozR 3–2600 § 58 Nr. 3; *Schmidt-De Caluwe*, S. 149 m.w.N.

einen sachlichen Unterscheidungsgrund bildet. Keinesfalls darf er dabei aber bei einem rein gesetzpositivistischen Gesetzesverständnis stehenbleiben, nach dem eine Leistung/Gestaltung nur dann zulässig ist, falls alle im Gesetzeswortlaut aufgeführten Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind. Eine Leistung/Gestaltung ist vielmehr erst dann ausgeschlossen, wenn dies der Regelungszweck des Gesetzes vorgibt, der insbesondere anhand der Tatbestandsvoraussetzungen einer Vorschrift zu ermitteln ist. Ausgehend vom jeweiligen Regelungszweck des Leistungs- bzw. Gestaltungsrechts ist daher stets die Frage zu stellen, welche Funktion dem Einzelmerkmal zukommt, dessen (Nicht-) Verwirklichung in Folge der Herstellung überwunden werden soll.²³⁸⁵ Sofern dem Regelungszweck eines Tatbestandsmerkmals auch durch eine nachgeholtete Erfüllung der fehlenden Anspruchsvoraussetzung bzw. ihrer Fiktion Genüge getan ist, spricht nichts gegen die (leistungsrechtliche) Zulässigkeit einer Herstellung. Denn wenn sich aus dem fachrechtlichen Regelungszweck kein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung des rechtswidrig Behandelten gegenüber denjenigen ergibt, die keinen sozialrechtlichen Nachteil erlitten haben, ist die Begründung eines sozialrechtlichen Nachteils allein für den rechtswidrig Behandelten nicht haltbar. Sofern der rechtswidrig Behandelte – ggf. durch Nachholung der fehlenden Voraussetzungen – wertungsmäßig den Personen gleichsteht, die den Folgen der Pflichtverletzung nicht ausgesetzt sind (die z.B. ein Gestaltungsrecht günstig ausüben konnten oder eine Leistung erhalten haben), ist vielmehr eine angleichende Rechtsfortbildung auch durch Art. 3 I GG gefordert. Wo der gleiche Regelungszweck noch erreicht wird, muss deshalb die jeweilige Voraussetzung im Wege der Herstellung disponibel sein. Sofern feststehen sollte, dass der Bürger einen Anspruch hatte, bei dessen Beachtung es zur Verwirklichung eines Leistungs- bzw. Gestaltungsrechts gekommen wäre, und die begehrte Rechtsfolge aus dem Leistungsrecht nicht mit der tatsächlichen und rechtzeitigen Erfüllung einer Voraussetzung stehen oder fallen soll (also eine Ausdehnung nach dem Regelungszweck möglich bleibt), erscheint auch die Begründung des Zustandes rechtlich möglich, der heute ohne die Pflichtverletzung bestehen würde, indem die Rechtsfolge der wertungsmäßig vergleichbaren Fälle auf den Herstellungsfall übertragen wird.

Im Ergebnis geht es daher um eine Abwägung der Schutzwirkungen des verletzten Rechts, das ursprünglich vor diesem Nachteil schützen sollte, mit den Wertungen des Leistungsrechts, aus dem sich gegenwärtig ein Grund für den Bestand des sozialrechtlichen (Leistungs-) Nachteils ergeben könnte. Sofern

²³⁸⁵ Vgl. hierzu sinngemäß im allgemeinen Zusammenhang mit einer Analogie: *Larenz*, NJW 1965, 1, 4 f.

sich kein sachlicher Grund dafür finden lässt, dass eine fehlende Leistungsvoraussetzung nicht noch fingiert oder nachgeholt werden kann, ist es leistungrechtlich möglich, weiterhin den Forderungen des verletzten Rechts nachzukommen und Leistungs- oder Gestaltungsrechte abweichend von ihren Tatbestandsvoraussetzungen für beanspruchbar zu halten.

In Abgrenzung zur unzulässigen richterlichen Rechtspolitik kann die reine *Möglichkeit* der Begründung einer Rechtsfolge jedoch noch nicht für eine Rechtsfortbildung ausreichen; hinzutreten muss vielmehr noch eine gesetzliche Wertung zugunsten einer sozialrechtlichen Naturalrestitutionspflicht. Sie gibt den Ausschlag dafür, dass es gerade im Regelungszweck des Gesetzes liegt, die sozialrechtlichen Nachteile dadurch zu korrigieren, dass der Zustand hergestellt wird, der ohne das Fehlverhalten bestehen würde. Im Sozialrecht folgt diese Wertung zugunsten einer Naturalrestitution – wie bereits dargestellt – allgemein aus § 2 II SGB I, der im Zweifel eine möglichst weitgehende Verwirklichung der sozialen Rechte des Bürgers fordert. Sofern sich daher kein sachlicher Grund dafür finden lässt, dass eine fehlende Leistungsvoraussetzung nicht noch fingiert oder nachgeholt werden kann, zwingt insbesondere § 2 II SGB I dort zu einer nachträglichen Verwirklichung der beeinträchtigten Rechte des Bürgers, wo ein subjektives Recht missachtet worden ist, das gerade auch vor dem Eintritt dieser Beeinträchtigungen schützen sollte. Die dogmatische Grundlage eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs bildet demnach das (verletzte) subjektive Recht i.V.m. § 2 II SGB I und den Regelungen des Leistungsrechts, nach denen die Vornahme der Amtshandlungen (unverändert) möglich ist, die ohne das Fehlverhalten erfolgt wären.

Diese bisher sehr abstrakt gehaltene Ableitung soll an einem üblichen Beispielsfall veranschaulicht werden, dass eine Witwe 1952 rechtswidrig von dem Rentenversicherungsträger nicht auf das Bestehen eines Versicherungskontos ihres verstorbenen Ehemannes hingewiesen wurde, woraufhin sie einen Antrag auf Hinterbliebenenrente erst 1964 stellte.²³⁸⁶ Übertragen auch die heutige Rechtslage ist ihr Anspruch auf große Witwenrente aus § 46 II SGB VI (sog. große Witwenrente) schon 1952 entstanden, weil zu diesem Zeitpunkt die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt worden sind (§ 40 SGB I).

Für das Entstehen des Anspruchs kommt dem allgemeinen Antragserfordernis des § 19 S. 1 SGB IV keine materielle Bedeutung zu,²³⁸⁷ weshalb der Rentenanspruch als materiel-

²³⁸⁶ Vgl. zu Sachverhalt und Lösung: BSG, Urt. v. 17.11.1970 – 1 RA 233/68 = BSGE 32, 60.

²³⁸⁷ Zur Bedeutung von § 19 SGB IV: *Wippermann-Kempf*, Die Bedeutung des Leistungsantrags im Sozialrecht, S. 30 f. m.w.N. Vgl. allgemein zur Unterscheidung zwischen formeller und materieller Bedeutung von Leistungsanträgen: *Wippermann-Kempf*, a.a.O., S. 24 ff. m.w.N.; *Stelkens*, NuR 1985, 213, 214; *Gusy*, BayVBl. 1985, 484, 486 ff.; *Plagemann*, NJW 1983, 2172, 2173.

ler Rechtsgrund der Leistungsgewähr unabhängig davon besteht, dass der zuständige Rentenversicherungsträger wegen § 19 S. 1 SGB IV ohne den Antrag keine Leistungen gewähren darf.²³⁸⁸ Sobald ein fälliger Anspruch entstanden ist, läuft allerdings auch die vierjährige Verjährungsfrist (§§ 45 I, 41 SGB I), so dass ein entstandener Anspruch ohne Geltendmachung verjähren kann.²³⁸⁹ Sofern die Primärrechte vollumfänglich entstanden sind und lediglich der Eintritt einer Verjährung korrigiert werden soll, liegt diese Fallkonstellation (inzwischen) nicht mehr im Anwendungsbereich des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs. Denn die Korrektur dieses sozialrechtlichen Nachteils wird zu Recht dem Anwendungsbereich der Folgenbeseitigungslast bei der Ermessensentscheidung über die Erhebung der Verjährungseinrede zugeordnet.²³⁹⁰

Anders verhält es sich jedoch in den Fällen, in denen einem Antragserfordernis auch eine materiell-rechtliche Bedeutung zukommen soll. Denn dann sind die Sozialleistungsansprüche des Bürgers nicht etwa dauerhaft durch Verjährungseintritt gehemmt, sondern entstehen mangels Antragstellung überhaupt nicht. Ohne Überwindung des fehlenden Antragserfordernisses durch den Herstellungsanspruch bleibt es dann bei dem Nichtentstehen der Ansprüche als sozialrechtlichem Nachteil. Diese Situation ist auch in Bezug auf eine Witwenrente gegeben. Denn nach § 99 II 3 SGB VI wird eine Witwenrente nachträglich längstens für zwölf Kalendermonate vor dem Monat einer Antragstellung erbracht. Bei § 99 SGB I handelt es sich um einen „*einzelanspruchsvernichtende[n] Einwand*“²³⁹¹ bzgl. der Ansprüche, die nach § 40 SGB I schon entstanden sind, so dass ein Rentenantrag über § 99 SGB VI auch eine materiell-rechtliche Bedeutung erlangt.²³⁹² Falls feststeht, dass bei zutreffender Information durch den Verwaltungsträger bereits 1952 ein Antrag auf Witwenrente gestellt worden wäre, wären Rentenzahlungen auf ihre monatlich entstandenen Einzelrentenansprüche seit Januar 1952 erfolgt (sofern ihr Mann im Januar 1952 verstorben ist). Der im April 1964 tatsächlich gestellte Antrag führt nach § 99 II 3 SGB VI demgegenüber allenfalls dazu, dass nachträgliche Zahlungen nur seit März 1963 erfolgen. Die zwischen Januar 1952 und März 1963 entstandenen 134 Einzelansprüche

²³⁸⁸ Auch ein begünstigender Verwaltungsakt, der ohne notwendige Antragstellung erlassen wird, ist rechtswidrig (vgl. *Ipsen*, AllgVerwR, Rn. 420; *Pünder*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], § 13, Rn. 17) – aber nach § 41 I Nr. 1 SGB X, § 45 I Nr. 1 VwVfG ggf. heilungsfähig.

²³⁸⁹ Über diese Möglichkeit des Verjährungseintritts – der bei Antragstellung gehemmt wäre (§ 45 III SGB I) – erlangt auch eine nach § 19 S. 1 SGB I geforderte Antragstellung eine gewisse materiell-rechtliche Bedeutung für die Leistungen, die materiell rechtlich keiner Antragstellung bedürfen; vgl.: *Felix*, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 19 SGB IV, Rn. 13.

²³⁹⁰ Etwa: BSG, Urt. v. 22.10.1996 – 13 RJ 17/96 = BSGE 79, 177, 179 ff.; BSG, Urt. v. 12.12.2007 – B 12 AL 1/06 R = BSGE 99, 271, 273 f.; vgl.: Kap. 1 E.II.2.b.bb.

²³⁹¹ BSG, Urt. v. 6.3.2003 – B 4 RA 38/02 R = BSGE 91, 1, 16; LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 26.6.2007 – L 13 VH 7/94 W04-11; *Jörg*, in: Kreikebohm [Hg.], § 99 SGB VI, Rn. 6; vgl. ausführlich m.w.N. zu den gängigen Interpretationsmöglichkeiten des § 99 SGB VI: *Wippermann-Kempf*, Die Bedeutung des Leistungsantrags im Sozialrecht, S. 33 ff.

²³⁹² *Marschner*, in: Kreikebohm [Hg.], § 19 SGB IV, Rn. 5; *Waschull*, in: Diering/Timme/Waschull [Hg.], § 41 SGB X, Rn. 7.

sind hingegen durch den einzelanspruchsvernichtenden Einwand des § 99 II SGB VI untergegangen.

Um im April 1964 eine Nachzahlung von Rentenleistungen vor März 1963 zu begründen, dürfen die Rentenansprüche ab 1952 nicht nach § 99 II SGB VI untergegangen sein. Eine nachträgliche Rentenzahlung müsste „*an sich zulässiges*“ Amtshandeln sein; die Einwendung des § 99 II SGB VI muss im Wege der Herstellung disponibel sein.²³⁹³ Diese Modifikation des Ergebnisses, das nach dem Wortlaut des § 99 II SGB VI feststeht, ist inhaltlich das gleiche Problem, vor dem das BSG bereits 1970 bei der Begründung eines Herstellungsanspruchs stand, mit dem das Ergebnis der Vorgängervorschriften (§§ 41 AVG a.F., 1286 RVO a.F.²³⁹⁴) modifiziert werden sollte.

Sofern man der hier vorgeschlagenen Ableitung folgt, entsteht der sekundäre Herstellungsanspruch aus der Verletzung eines subjektiven Rechts. Hier hat die Witwe durch §§ 14, 15 SGB I ein subjektives Recht darauf – jedenfalls auf Nachfrage – zutreffend über das Bestehen eines Versicherungskontos ihres verstorbenen Ehemannes informiert zu werden. Ergänzend verpflichtet § 115 VI 1 SGB VI den Rentenversicherungsträger sogar dazu, einen Bürger in geeigneten Fällen darauf hinzuweisen, dass er eine Leistung erhalten kann, wenn er diese beantragt. Diese subjektiven Rechte wurden im Einzelfall missachtet, da die Witwe rechtswidrig weder auf das Versicherungskonto ihres Ehemannes hingewiesen wurde, noch über die Möglichkeit eines Leistungsbezuges von Witwenrente durch Antragstellung informiert wurde.

Ein subjektives Recht geht allerdings nicht zwangsläufig mit seiner Missachtung unter. Vielmehr ist durch Auslegung des subjektiven Rechts zu ermitteln, was dieses für seinen Verletzungsfall fordert. Die Betreuungsansprüche aus §§ 14, 15 SGB I, § 115 VI S. 1 SGB VI dienen nicht isoliert der Information der Witwe über die Versicherungsinformation ihres verstorbenen Mannes, sondern sollen die Geltendmachung möglicher Witwenrentenansprüche nach § 46 II SGB VI sicherstellen. Der Leistungsrechtsbezug dieser Nebenpflichten wird bereits durch §§ 2 II, 17 I, 11 S. 1 SGB I deutlich, nach denen das Ziel sozialrechtlicher Regelungen in einer möglichst weitgehenden Verwirklichung der Leistungsrechte des Bürgers liegt. Zusätzlich stehen § 115 VI 1 SGB VI und § 99 SGB VI in einem engen Regelungszusammenhang, weshalb der Regelungszweck des § 115 VI SGB VI in einem Schutz des Bürgers vor Nachteilen liegt, die aus einer nach § 99 SGB VI

²³⁹³ Das BSG spricht davon, dass es möglich sei die Wertungen des § 99 SGB VI durch den Herstellungsanspruch „*herstellungsrechtlich*‘ zu verdrängen“ (BSG, Urt. v. 6.3.2003 – B 4 RA 38/02 R = BSGE 91, 1, 15).

²³⁹⁴ Jeweils in der vom BSG angewandten Fassung:
§ 1286 RVO a.F. – (1) Die Rente beginnt mit dem Ablauf des Kalendermonats, in dem ihre Voraussetzungen erfüllt sind; wird sie jedoch nach dem Ende des folgenden Kalendermonats beantragt, so beginnt sie erst mit dem Ablauf des Antragsmonats. (2) Wird Krankengeld über den Zeitpunkt hinaus gewährt, von dem ab die Rente nach Abs. 1 zu zahlen wäre, beginnt sie erst mit dem auf den Wegfall des Krankengeldes folgenden Tage.
§ 41 AVG a.F. – (1) Für den Beginn und Wegfall der Renten gelten die §§ 1286 bis 1292 der Reichsversicherungsordnung. (2) [...].

notwendigen Antragstellung entstehen können.²³⁹⁵ Den verletzten subjektiven Rechten ist daher hier gemeinsam, dass ein Untergang von Rentenansprüchen der Witwe nach § 99 II SGB VI durch mangelnde Kenntnis von der Möglichkeit einer Antragstellung verhindert werden soll. Tatsächlich ist allerdings genau dieser Fall eingetreten. Die Witwe hat eine anspruchserhaltende Antragstellung unterlassen, weil sie von dieser Möglichkeit keine Kenntnis hatte; eine Kenntnis, die ihr seitens des Verwaltungsträgers hätte vermittelt werden müssen. Ein Schutzzweckzusammenhang zwischen subjektivem Recht und sozialrechtlichem Nachteil (in Form des Einwandes aus § 99 II SGB VI) ist somit gegeben. Ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch, der die Wirkungen des § 99 II SGB VI überwindet, indem die Antragstellung nachgeholt werden kann, übernimmt demnach die Schutzrichtung der verletzten subjektiven Rechte und passt deren Regelungszweck auf den Verletzungsfall an.

Allerdings ist die Rechtsfortbildung i.S.d. Herstellungsanspruchs nur dann überzeugend, wenn das Gesetz für den Betroffenen keine Regelung entgegen der Verwirklichung dieser Schutzwirkung treffen will. Eine solche andere Bewertung könnte sich aus den Regelungszielen des § 99 II SGB VI ergeben, der den §§ 14, 15 SGB I, § 115 VI SGB VI gleichrangig ist. Aus § 99 II SGB VI könnte sich ergeben, dass eine nachträgliche Leistungsgewährung „*an sich unzulässiges*“ Amtshandeln ist – d.h. die früher einmal mögliche Leistungsgewährung inzwischen wegen § 99 II SGB VI rechtlich unmöglich geworden ist. Umgekehrt wäre eine Modifikation der Anwendung des § 99 II SGB VI in einem Herstellungsfall erforderlich, falls die auf einem Rechtsbruch beruhende Anwendung des § 99 SGB VI einen (weiteren) Rechtsbruch bedeutet, weil eine so „*erkaufte*“ Rechtsanwendung nicht mehr durch den gesetzlichen Regelungszweck gedeckt ist. Wer behauptet, dass § 99 II SGB VI auch auf den Herstellungsfall Anwendung findet, muss daher nachweisen können, dass § 99 II SGB VI auch den Fall einer unterlassenen Antragstellung wegen Pflichtverletzung erfassen soll. Wer hingegen behauptet, dass § 99 II SGB VI i.S.d. Herstellungsanspruch disponibel ist, muss hingegen nachweisen können, dass § 99 II SGB VI nur für unterlassene Antragstellungen anwendbar sein soll, die nicht infolge einer subjektiven Rechtsverletzung unterlassen wurden.

Der Wortlaut des § 99 II SGB VI ist ausnahmslos gefasst und spricht dafür, dass die Vorschrift nicht im Wege des Herstellungsanspruchs disponibel ist. Die Feststellung eines abschließenden Gesetzeswortlautes ist bei lückenfüllender richterrechtlicher Rechtsfortbildung allerdings nicht ungewöhnlich.

Die Entstehungsgeschichte des § 99 II SGB VI²³⁹⁶ enthält keine Aussagen, die unmittelbar auf diese Fragestellung übertragbar wären. Der Gesetzgeber begnügt sich mit der Feststellung, dass die traditionell übernommene Antragsfrist in § 99 SGB VI im Vergleich zu ihren Vorgängerregelungen (u.a. § 1286 RVO a.F.) nun für Hinterbliebene auf zwölf Monate ausgeweitet wurde, um „*den Verlust von Rentenansprüchen in den Fällen [zu] vermeiden, in denen Hinterbliebene wegen Unkenntnis über den Tod des Versicherten oder über das Bestehen eines Rentenanspruchs erst innerhalb der verlängerten Frist*

²³⁹⁵ Vgl. BT-Drs. 11/5530, S. 46; BSG, Urt. v. 22.10. 1996 – 13 RJ 23/95 = BSGE 79, 168, 173; Kreikebohm, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann [Hg.], § 99 SGB VI, Rn. 9; Schmidt, in: Kreikebohm [Hg.], § 115 SGB VI, Rn. 34.

²³⁹⁶ BT-Drs. 11/5530, S. 45.

einen Rentenantrag stellen können.“²³⁹⁷ Dies scheint auf den ersten Blick zu belegen, dass der Gesetzgeber mit § 99 II 3 SGB VI auch den Fall einer Unkenntnis über das Bestehen eines Anspruchs regeln möchte. Tatsächlich steht damit jedoch noch nicht fest, dass der Gesetzgeber gerade den Fall einer Unkenntnis infolge einer Pflichtverletzung regeln möchte. Schließlich gibt es zahlreiche andere Gründe für eine Unkenntnis, ohne dass diese aus einer Pflichtverletzung hervorgegangen ist (insbesondere dann, wenn sich der Hinterbliebene gar nicht informiert). Darüber hinaus ist der Begründung des gleichzeitig erlassenen § 115 VI 1 SGB VI zu entnehmen, dass eine ergänzende Informationspflicht notwendig sei, obwohl sich das rentenrechtliche Antragsprinzip für den grundsätzlichen Fall bewährt habe.²³⁹⁸ Wenn man davon ausgeht, dass der Gesetzgeber mit dem grundsätzlichen Fall insbesondere einen rechtmäßig verlaufenden Fall meint, wird deutlich, dass er verhindern möchte, dass nach § 99 SGB VI erforderliche Anträge in Unkenntnis nicht gestellt werden. Wenn der intendierte Schutz des § 115 VI SGB VI durch rechtswidriges Dazwischentreten der Verwaltung vereitelt wurde, ist nicht anzunehmen, dass der historische Gesetzgeber dann genau diesen Fall doch wieder mit § 99 SGB VI erfassen wollte. Dennoch ist der Gesetzesbegründung auch kein Argument unmittelbar für die Begründung eines Herstellungsanspruchs zu entnehmen. Die Unterlagen sind in dieser Frage vielmehr offen.

Die Systematik des § 99 SGB VI spricht hingegen eindeutig für eine Dispositivität im Herstellungsfall bzw. für eine planwidrige Regelungslücke bei subjektiven Rechtsverletzungen. Wie bereits dargestellt liegt der Schutzzweck der §§ 14, 15 SGB I, § 115 VI 1 SGB VI gerade darin zu verhindern, dass eine nach § 99 SGB VI rechtzeitig notwendige Antragstellung aus Unkenntnis unterlassen wird. Ein Gesetzgeber, der wegen Art. 20 III GG von der Beachtung seiner Regelungen durch die Verwaltungsträger ausgehen kann, darf annehmen, dass die Verwaltung ihren Betreuungspflichten entspricht, und deshalb vorrangig Regelungen kodifizieren, die ihrerseits davon ausgehen, dass rechtmäßig gehandelt wurde. Sofern daher keine Regelung (auch) erkennbar für den Fall einer Pflichtverletzung getroffen wird, liegt es nahe, dass der Gesetzgeber diese Regelung für den rechtmäßigen Regelfall getroffen hat. Für denjenigen, der seine subjektiven (Betreuungs-) Rechte aus §§ 14, 15 SGB I, § 115 VI 1 SGB VI geltend macht, will der Gesetzgeber also nicht den Nachteil aus § 99 SGB VI begründen, weil er – im Einzelfall zu Unrecht – davon ausgeht, dass den §§ 14, 15 SGB I, § 115 VI 1 SGB VI entsprochen wurde. Wenn die Verwaltung nicht über den mit §§ 14, 15 SGB I, § 115 VI 1 SGB VI verbundenen Schutz durch Missachtung der Regelungen dispositionieren können soll (und damit den Nachteil des § 99 SGB I herbeiführt), liegt es nahe, dass der Gesetzgeber denselben Schutzzumfang für den Betroffenen auch im Verletzungsfall aufrechterhalten möchte. Im Hinblick auf die Wertungen der §§ 14, 15 SGB I, § 115 VI 1 SGB VI ist es daher möglich, die Regelung des § 99 SGB VI als nicht abschließende Regelung bei einer solchen Pflichtverletzung zu verstehen. Dass aus dieser *Möglichkeit*, den durch § 99 SGB VI begründeten Nachteil nicht auf den Herstellungsfall zu erstrecken, die *Pflicht* wird, § 99 SGB VI restriktiv zugunsten der Schutzwirkungen der subjektiven Rechte anzuwenden, ergibt sich aus § 2 II

²³⁹⁷ BT-Drs. 11/5530, S. 45; vgl. zum restriktiveren früheren Gesetzesentwurf der Bundesregierung: BT-Drs. 11/5490, S. 72.

²³⁹⁸ BT-Drs. 11/5530, S. 46 (damals noch § 116).

SGB I. Eine Neubewertung der tatsächlich herbeigeführten Konstellation, die vom ursprünglich normierten Bürgerschutz abweicht, müsste nämlich vor dem Hintergrund des § 2 II SGB I deutlicher in § 99 SGB I zum Ausdruck kommen. Aufgrund der allgemeinen Wertung des § 2 II SGB I ist im Sozialrecht vielmehr davon auszugehen, dass das Leistungsrecht so auszulegen ist, dass die Leistungsrechte des Bürgers möglichst weitgehend verwirklicht werden. Ähnlich einer verfassungskonformen Auslegung bewirkt § 2 II SGB I, dass § 99 SGB VI, der im Fall einer Pflichtverletzung nicht eindeutig für einen weiten Ausschluss spricht, so auszulegen ist, dass keine umfassende Leistungsrechtsbeschränkung bezweckt wird. Die Systematik des § 99 SGB VI spricht insofern gegen eine Regelungsabsicht bzgl. einer Antragstellung, die gerade wegen einer subjektiven Rechtsverletzung unterlassen wurde.

Eine andere Interpretation des § 99 SGB VI wäre allenfalls dann möglich, falls eine Herstellung den Regelungszweck dieser Vorschrift erkennbar verfehlen würde. Dann würde § 2 II SGB I nicht länger eine der zulässigen Auslegungsmöglichkeiten des § 99 SGB VI für verbindlich erklären, sondern unzulässig eine Grundwertung korrigieren. Wenn über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch eine Antragstellung nachgeholt wird, sind die Voraussetzungen für eine Witwenrente nach § 46 II SGB VI vollständig erfüllt – bis auf die nach § 99 II 3 SGB VI notwendige Rechtzeitigkeit der Antragstellung. Eine Herstellung bewirkt insofern lediglich die „*Fiktion der Rechtzeitigkeit*“ einer nachträglichen Antragstellung. Wer meint, dass dies dem Regelungszweck des § 99 SGB VI widerspreche, muss insofern begründen können, warum nur eine tatsächliche frühere Antragstellung zur Erreichung des Regelungszwecks notwendig sein soll. Leitfrage ist hierbei, warum der Gesetzgeber den Untergang von Rentenansprüchen überhaupt mit einer unterlassenen Antragstellung verbunden hat. Da dies aus der Gesetzesbegründung nicht eindeutig hervorgeht,²³⁹⁹ muss die Zielrichtung allgemein anhand des konkreten Merkmals ermittelt werden. Mit einem Antragerfordernis können verschiedene Ziele verfolgt werden; üblicherweise sind dies: (1.) Einleitung eines Verfahrens und (2.) Ausrichtung der Rechtsanwendung am Willen des Bürgers (sog. Verfügungs- oder Dispositionsmaxime).²⁴⁰⁰ Da bei § 99 I SGB VI der Rentenanspruch erst mit der Antragstellung beginnen soll, kommt dem Rentenanspruch schließlich eine weitere Funktion zu: Ein Bürger, der seine Rechte geltend machen möchte, soll angehalten werden, dies zügig zu tun und wird mit dem Anspruchsuntergang sanktioniert, falls er dies unterlässt. Wie in der Gesetzesbegründung offen ausgesprochen wird,²⁴⁰¹ hat das Antragerfordernis bei § 99 SGB VI inhaltlich deshalb zusätzlich eine Fristfunktion (3.).²⁴⁰²

Unzweifelhaft kann die verfahrenseinleitende Funktion eines Antrages auch durch einen nachträglichen Antrag noch erreicht werden. Die Verwaltung kann das reine Verwaltungsverfahren bzgl. der Gewährung von Witwenrente 1964 noch genauso gut einleiten

²³⁹⁹ Es wird lediglich auf die Rechtstradition verwiesen; BT-Drs. 11/5530, S. 45; BT-Drs. 11/4124, S. 175 f.

²⁴⁰⁰ Vgl. *Ipsen*, AllgVerwR, Rn. 416 ff.; *Pünder*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 14, Rn. 17 f.; *Maurer*, AllgVerwR, § 19, Rn. 16; *Stelkens*, NuR 1985, 213, 214, 218 f.; *Gusy*, BayVBl. 1985, 484, 489; *Wippermann-Kempf*, Die Bedeutung des Leistungsantrags im Sozialrecht, S. 1 ff.

²⁴⁰¹ BT-Drs. 11/5530, S. 45; BT-Drs. 11/4124, S. 175 f.

²⁴⁰² Vgl. auch: BSG, Urt. v. 6.5.2010 – B 13 R 44/09 R = SozR 4-1200 § 14 Nr. 13.

wie 1952. Dass die Nachholbarkeit eines fehlenden Antrags grds. sogar dem Willen des Gesetzgebers entspricht, lässt sich mit §§ 41 I Nr. 1 SGB X, 45 I Nr. 1 VwVfG belegen, wonach ein nachträglich gestellter Antrag die darauf beruhende Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes heilt. Da die Heilungsmöglichkeit durch Nachholung des fehlenden Antrages auch nicht der Ausschlussfrist aus § 41 II SGB X, § 45 II VwVfG unterliegt, ist sie zeitlich unbegrenzt möglich.²⁴⁰³ Umstritten ist lediglich, ob der weite Wortlaut der Heilungsvorschriften teleologisch auf nur verfahrensrechtlich notwendige Anträge zu reduzieren ist.²⁴⁰⁴ Diese Frage verliert jedoch an Bedeutung, da jedenfalls eine Verfristung materiell-rechtlich notwendiger Anträge nicht nach §§ 41 I Nr. 1 SGB X, 45 I Nr. 1 VwVfG geheilt werden kann (dazu sogleich).²⁴⁰⁵ Sofern keine Fristbestimmung überwunden werden muss, führt die Nachholung eines verfahrensrechtlichen Antrages regelmäßig auch zum Vorliegen eines materiell-rechtlichen Antrags.²⁴⁰⁶ Weitergedacht wäre es nicht überzeugend, dass ein Verwaltungsakt, der wegen fehlender Antragstellung rechtswidrig ist, zwar jederzeit durch Antragstellung geheilt werden kann, um so die Rechtsgrundlage für eine Leistungsgewährung zu schaffen,²⁴⁰⁷ aber gleichzeitig die Nachholung einer Antragstellung abzulehnen sein soll, falls ein Verwaltungsakt wegen dieser fehlenden Antragstellung gar nicht erst erlassen wurde. Die in § 41 I Nr. 1 SGB X, § 45 I Nr. 1 VwVfG zum Ausdruck gebrachte gesetzliche Wertung passt daher grds. auch für den Herstellungsfall.

Hintergrund der sog. Dispositionsfunktion eines Antrages ist die Erkenntnis, dass der Staat einem Bürger auch eine Leistung nicht unabhängig von dessen Willen zukommen lassen kann.²⁴⁰⁸ Als öffentlich-rechtliche Willenserklärung²⁴⁰⁹ soll der Antrag daher die Übereinstimmung des staatlichen Handelns mit dem subjektiven Willen des Bürgers sicherstellen und seine Stellung als Rechtssubjekt stärken.²⁴¹⁰ Bei hoheitlichen Eingriffsakten dient eine Zustimmung der Rechtfertigung von Eingriffsfolgen (*volenti non fit iniuria*), weshalb ein Antrag als Zustimmung analog §§ 182 ff. BGB vor dem Eingriff (Ein-

²⁴⁰³ Vgl. VGH Hessen, Urt. v. 27.2.1985 – I OE 50/81 = NVwZ 1985, 498; *Schütze*, in: von Wulffen [Hg.], § 41 SGB X, Rn. 10; *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, § 45 VwVfG, Rn. 15.

²⁴⁰⁴ Etwa: *Waschull*, in: Diering/Timme/Waschull [Hg.], § 41 SGB X, Rn. 7 f.; *Schütze*, in: von Wulffen [Hg.], § 41 SGB X, Rn. 9; *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs [Hg.], § 45 VwVfG, Rn. 29.

²⁴⁰⁵ BT-Drs. 7/910, S. 65; BT-Drs. 8/2034, S. 33; *Schütze*, in: von Wulffen [Hg.], § 41 SGB X, Rn. 9; *Rüfner*, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 41 SGB X, Rn. 14 m.w.N.; *Meyer*, in: Knack/Hennecke [Hg.], § 45 VwVfG, Rn. 22; *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs [Hg.], § 45 VwVfG, Rn. 32.

²⁴⁰⁶ *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs [Hg.], § 45 VwVfG, Rn. 29; wohl auch: BVerwG, Urt. v. 30.6.2011 – 3 C 36/10 = BVerwGE 140, 103, 106 f.

²⁴⁰⁷ Vgl. BT-Drs. 7/910, S. 65; BT-Drs. 8/2034, S. 33.

²⁴⁰⁸ *Stelkens*, NuR 1985, 213, 218 f. m.w.N.; *Gusy*, BayVBl. 1985, 484, 489; *Ipsen*, Allg-VerwR, Rn. 420.

²⁴⁰⁹ *Stelkens*, NuR 1985, 213, 214 m.w.N.; *Gusy*, BayVBl. 1985, 484, 485; *Wippermann-Kempf*, Die Bedeutung des Leistungsantrags im Sozialrecht, S. 11.

²⁴¹⁰ *Stelkens*, NuR 1985, 213, 215; *Wippermann-Kempf*, Die Bedeutung des Leistungsantrags im Sozialrecht, S. 1.

willigung) oder nach erfolgten Eingriff (Genehmigung) gestellt werden kann.²⁴¹¹ Bei hoheitlichen Begünstigungen dient die Zustimmung des Bürgers ebenfalls der Rechtfertigung staatlichen Handelns; schließlich wird so sichergestellt, dass dem Bürger keine unerwünschte staatliche Leistung aufgedrängt wird.²⁴¹² Die rechtswissenschaftliche Diskussion beschränkt sich hierbei oftmals auf die Fallgestaltung, dass der Staat ohne materiell-rechtlich notwendigen Antrag eine Begünstigung erbracht hat; für diesen Fall wird auch eine nachträgliche Genehmigung für möglich gehalten.²⁴¹³ Kaum beachtet wird in diesem Zusammenhang hingegen die hier relevante – umgekehrte – Situation, dass ein Bürger nachträglich eine ausgebliebene Begünstigung beantragt. Das mangelnde wissenschaftliche Interesse an dieser Fallkonstellation ist verständlich, da sie im Hinblick auf die Dispositionsmaxime unproblematisch ist. Ein Bürger begehrt mit seinem Antrag eine ausstehende Leistung; es ist daher irrelevant, ob ein schon erfolgtes staatliches Verhalten entgegen dem Willen des Betroffenen zu rechtfertigen ist. Durch sein bisheriges Schweigen in dieser Frage hat der Bürger ein Unterlassen der Begünstigungsgewährung in der Vergangenheit weder begrüßt noch abgelehnt.²⁴¹⁴ Sein Wille bzgl. einer Disposition wird vielmehr erstmals ausgeübt. Solange eine Frist läuft ist ein nachgeholtter Antrag deshalb ausreichend.²⁴¹⁵ Wenn eine Antragstellung hingegen bestimmte Dispositionswirkungen inzwischen nicht mehr hervorbringen soll, ist dies keine Frage der Dispositionsmaxime, sondern der jeweiligen Fristbestimmungen. Richtig verstanden geht es daher auch bei der Frage der Nachholbarkeit einer verfristeten Zustimmung allein um ein Fristproblem.²⁴¹⁶

Damit steht fest, dass ein Antrag in Bezug auf seine verfahrensrechtliche Bedeutung und die bürgerliche Dispositionsfunktion nachholbar ist. Allein die Fristfunktion des § 99 SGB VI könnte bei nachträglicher Antragstellung noch einer Fiktion der Rechtzeitigkeit entgegenstehen. „*Ob insoweit auch in den Herstellungsfällen ein unlösbares Junktum zwischen Zeitpunkt der Antragstellung und Leistungsbeginn vorgegeben ist, ist jeweils durch Auslegung zu ermitteln.*“²⁴¹⁷ Fristen können ihrerseits verschiedene Bedeutungen haben; sie dienen allgemein sowohl der Rechtssicherheit als auch der Verfahrensbeschleunigung.²⁴¹⁸ Wenn die Frist des § 99 SGB VI diesen Zielrichtungen den Vorrang gegenüber dem Schutz des Bürgers bzw. der Verwirklichung materieller Gerechtigkeit einräumen sollte, könnte sich eine Herstellung nicht darüber hinwegsetzen. Diese Grundannahme entspricht der Rechtsprechung der allgemeinen Verwaltungsgerichte, die nur dann analog

²⁴¹¹ *Sachs*, VerwArch. 76 [1985], 398 ff.; *Stelkens*, NuR 1985, 213, 214.

²⁴¹² *Stelkens*, NuR 1985, 213, 218 f. m.w.N.; *Gusy*, BayVBl. 1985, 484, 489; *Ipsen*, Allg-VerwR, Rn. 420.

²⁴¹³ *Stelkens*, NuR 1985, 213, 214 m.w.N.

²⁴¹⁴ Die Regelung des § 99 SGB VI ist schließlich auch kein seltener Fall, in dem aus dem Schweigen kraft Gesetzes eine Willenserklärung (bzgl. der Ablehnung dieser Leistung) wird. Denn § 99 SGB VI unterstellt keine besondere subjektive Willenshaltung des Antragstellers, sondern knüpft den Anspruchsuntergang schlicht an das objektive Fehlen einer Antragstellung zum fraglichen Zeitpunkt.

²⁴¹⁵ Vgl. *Meyer*, in: Knack/Hennecke [Hg.], § 45 VwVfG, Rn. 22; *Haueisen*, NJW 1966, 1433, 1435.

²⁴¹⁶ So wohl auch: *Plagemann*, NJW 1983, 2172, 2172 f.

²⁴¹⁷ *Wallerath*, in: Schuln [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 67, 87.

²⁴¹⁸ Vgl. *Plagemann*, NJW 1983, 2172, 2174.

§§ 242, 162 BGB Fristversäumnisse überwinden,²⁴¹⁹ wenn dies nicht den Zweck der einzelnen materiellen Ausschlussfrist unterläuft.²⁴²⁰ Bzgl. fristgebundener sozialrechtlicher Gestaltungsrechte stehen vielfach die Rechtssicherheit und die Vermeidung nachträglicher Manipulation von Versicherungsverhältnissen im Vordergrund,²⁴²¹ während eine Antragsfrist bei Leistungsanträgen (u.a. § 99 SGB VI) regelmäßig der Vermeidung von Beweisproblemen für den Bürger dient, der Sicherstellung einer zeitnahen und angemessenen (Folge-) Beratung und/oder der Vermittlung eines Überblicks für den Verwaltungsträger bzgl. des Umfangs von Leistungspflichten.²⁴²² Aus diesen Regelungszwecken ergibt sich, dass sozialrechtliche Fristen keine zusätzliche Belastung des Bürgers bezwecken oder seine Rechte einschränken sollen, sondern den Bürger – vergleichbar einer Obliegenheit – zur Verwirklichung seiner eigenen Rechte anhalten.²⁴²³ Ausgehend von dieser allgemeinen Zielrichtung sozialrechtlicher Antragsfristen für materiell-rechtlich notwendige Anträge erscheint auch eine Überwindung materieller Ausschlussfristen grds. möglich. In der Frage, ob der Herstellungsanspruch sich über die Frist des § 99 SGB VI hinwegsetzen kann, bietet sich ein Vergleich mit den Wiedereinsetzungsvorschriften (§§ 27 f. SGB X) an. Schließlich enthalten die §§ 27, 28 SGB X Vorgaben für die Überwindung von Fristversäumnissen, welche bei einer Rechtsfortbildung nicht unberücksichtigt bleiben können, die ebenfalls Fristversäumnisse korrigieren soll.²⁴²⁴ Selbst wenn die Wiedereinsetzungsvorschriften gerade keine Regelungen für die Folgen von Pflichtverletzungen darstellen,²⁴²⁵ zeigen sie deutlich, dass nicht mit jeder gesetzlichen Fristbestim-

²⁴¹⁹ Vgl. zu dieser Rechtsprechung: BVerwG, Urt. v. 19.6.1963 – IV C 146/62 = BVerwGE 16, 156, 159; BVerwG, Urt. v. 26.10.1966 – V C 10/65 = BVerwGE 25, 191, 191 f.; BVerwG, Urt. v. 16.2.1967 – III C 4/66 = BVerwGE 26, 201, 201 f.; BVerwG, Urt. v. 19.6.1968 – V C 23/62 = BVerwGE 30, 46, 46 f.; BVerwG, Urt. v. 19.6.1968 – V C 23/62 = BVerwGE 32, 68, 68 f.; BVerwG, Urt. v. 16.10.1969 – III C 24/69 = BVerwGE 34, 93, 93 f.; BVerwG, Urt. v. 28.11.1974 – V C 16/73 = BVerwGE 47, 225, 227; BVerwG, Urt. v. 27.11.1995 – 7 B 290/95; BVerwG, Urt. v. 28.3.1996 – 7 C 28/95 = BVerwGE 101, 39, 45; BVerwG, Urt. v. 22.10.1993 – 6 C 10/92 = NVwZ 1994, 575, 576 f.; BVerwG, Urt. v. 21.9.2006 – 2 C 7/06 = NVwZ 2007, 342, 343; VG Oldenburg, Urt. v. 19.11.2010 – 11 B 2917/10; *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 163 m.w.N.; differenzierter: BVerwG, Urt. v. 18.4.1997 – 8 C 38/95 = NJW 1997, 2966, 2969 m.w.N.

²⁴²⁰ So auch: *Plagemann*, NJW 1983, 2172, 2174 m.w.N.

²⁴²¹ BSG, Urt. v. 8.3.1979 – 12 RK 27/77 = SozR 2200 § 1227 Nr. 25; BSG, Urt. v. 25.10.1976 – 12/3 RK 50/75 = SozR 5486 Art. 4 § 2 Nr. 2; BSG, Urt. v. 8.3.1979 – 12 RK 27/77 = SozR 2200 § 1227 Nr. 25; BSG, Urt. v. 28.10.1981 – 12 RK 61/80 = SozR 5070 § 10 Nr. 19; *Plagemann*, NJW 1983, 2172, 2174 f.

²⁴²² Vgl. BSG, Urt. v. 23.6.1964 – 11/1 RA 316/62 = BSGE 21, 129, 131; BSG, Urt. v. 10.12.1980 – 7 RAr 76/79; BSG, Urt. v. 9.6.1961 – GS 2/60 = BSGE 14, 246, 250; BSG, Urt. v. 23.2.1967 – 5 RKn 112/64 = BSGE 26, 111, 112; BSG, Urt. v. 17.2.1965 – 7 RAr 21/64 = BSGE 22, 257, 259; BSG, Urt. v. 28.10.1981 – 3 RK 59/80 = NJW 1982, 715, 716; BSG, Urt. v. 24.6.1969 – 3 RK 64/66 = NJW 1969, 2255; BSG, Urt. v. 15.11.1979 – 7 RAr 6/79 = SGB 1981, 117; *Plagemann*, NJW 1983, 2172, 2174.

²⁴²³ *Plagemann*, NJW 1983, 2172, 2175.

²⁴²⁴ *Ladage* geht in seiner Ableitung des Herstellungsanspruchs sogar so weit, den Herstellungsanspruch unmittelbar aus einer Analogie zu den §§ 27, 28 SGB X zu entwickeln. Vgl. hierzu ausführlich: Kap. 2 B.II.3.f.cc.

²⁴²⁵ Vgl. Kap. 1 B.III.1.b.cc.

mung der Rechtssicherheit ein absoluter Vorrang eingeräumt werden soll. Vielmehr bleibt eine rechtswahrende Nachholung von Handlungen regelmäßig möglich (§ 27 I, II SGB X); dies gilt jedoch nicht für den Fall einer sog. absoluten Ausschlussfrist i.S.d. § 27 V SGB X. Sofern daher § 99 SGB X die Voraussetzungen einer absoluten Ausschlussfrist i.S.d. § 27 V SGB X erfüllen sollte, erscheint auch eine Überwindung mittels des Herstellungsanspruchs kaum denkbar. Überwiegend wird davon ausgegangen, dass nur besondere materielle Ausschlussfristen auch absolute Ausschlussfristen i.S.d. § 27 V SGB X sind.²⁴²⁶ Eine materielle Ausschlussfrist ist daher für die Anwendung des § 27 V SGB X eine notwendige Bedingung, aber keine hinreichende.²⁴²⁷ Falls eine Wiedereinsetzung nicht eindeutig gesetzlich ausgeschlossen ist, soll eine absolute Ausschlussfrist nur dann vorliegen, wenn sich die Unzulässigkeit der Wiedereinsetzung aus einer Interessenabwägung ergibt.²⁴²⁸ Sofern bei § 27 V SGB X darauf abgestellt wird, ob das gesetzliche Regelungsziel mit der Fristbeachtung „steht und fällt“²⁴²⁹, entspricht dies beim Herstellungsanspruch – nach dem hier vertretenen Verständnis – wertungsmäßig dem „an sich (un)zulässigen“ Amtshandeln. § 99 SGB VI kann lediglich dazu dienen, einem Rentenversicherungsträger einerseits eine zeitnahe Beurteilung und Entscheidung über einen Rentenanspruch zu ermöglichen und andererseits dadurch dessen Interessen an einer zügigen Verfahrensabwicklung und ordnungsgemäßen Haushaltsplanung Rechnung zu tragen. Diese Interessen rechtfertigen nach ständiger Rechtsprechung allerdings nicht die Annahme einer absoluten Ausschlussfrist i.S.d. § 27 V SGB X, wenn ein Bürger die Frist – wie im Fall der Fehlbetreuung – unverschuldet nicht eingehalten hat.²⁴³⁰ Bei einer Interessenabwägung auf Seiten der Witwe ist das Interesse gegeben, ihre – für die vergangenen Zeiträume entstandenen – Ansprüche nachträglich noch geltend machen zu können. Da ein Eigeninteresse des Verwaltungsträgers, das nicht in der rechtmäßigen

²⁴²⁶ BSG, Urt. v. 25.10.1988 – 12 RK 22/87 = BSGE 64, 153, 156 ff.; BSG, Urt. v. 16.12.1993 – 4 RA 16/93 = SozR 3-5765 § 10 Nr. 2; *Plagemann*, NJW 1983, 2172, 2175 f.; *Ritgen*, in: Knack/Hennecke [Hg.], § 32 VwVfG, Rn. 42; *von Wulffen*, in: von Wulffen [Hg.], § 27 SGB X, Rn. 4; *Mutschler*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 27 SGB X, Rn. 5; *Michler*, in: BeckOK, § 32 VwVfG, Rn. 48.

²⁴²⁷ Nach anderer Ansicht können gleichermaßen verfahrensrechtliche und materiellrechtliche Fristen absolute Ausschlussfristen i.S.d. § 27 V SGB X/§ 32 V VwVfG sein (vgl. *Ritgen*, in: Knack/Hennecke [Hg.], § 32 VwVfG, Rn. 42 f.; *Michler*, in: BeckOK, § 32 VwVfG, Rn. 48). Wenn man jedoch bei § 27 V SGB X/§ 32 V VwVfG entscheidend darauf abstellen möchte, ob mit dem Fristablauf ein materielles Recht untergeht (a.a.O.), ist nicht denkbar, dass diese Frist dann keine materielle Bedeutung haben soll.

²⁴²⁸ BSG, Urt. v. 25.10.1988 – 12 RK 22/87 = BSGE 64, 153, 156 ff.; BSG, Urt. v. 16.12.1999 – B 14 EG 3/98 R = Breith 2000, 749; *Rüfner*, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 27 SGB X, Rn. 14; *von Wulffen*, in: von Wulffen [Hg.], § 27 SGB X, Rn. 4; *Mutschler*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 27 SGB X, Rn. 5; noch weitergehender (gefordert wäre ein ausdrücklicher Ausschluss): *Plagemann*, NJW 1983, 2172, 2175 f.

²⁴²⁹ BSG, Urt. v. 16.12.1993 – 4 RA 16/93 = SozR 3-5765 § 10 Nr. 2; vgl. auch: *Mutschler*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 27 SGB X, Rn. 5; *Kugele*, in: jurionOK, § 32 VwVfG, Rn. 22.

²⁴³⁰ BSG, Urt. v. 16.12.1993 – 4 RA 16/93 = SozR 3-5765 § 10 Nr. 2 m.w.N.; BSG, Urt. v. 25.10.1976 – 12/3 RK 50/75 = SozR 5486 Art. 4 § 2 Nr. 2; *Wallerath*, in: Schuln [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 67, 87.

Vollziehung des Gesetzes besteht, nicht zu berücksichtigen ist, muss dieser für einen Leistungsausschluss gesetzliche Wertungen und/oder die Interessen der Versichertengemeinschaft geltend machen können.²⁴³¹ Die Interessen der Versichertengemeinschaft sind allerdings dadurch gewahrt, dass der verstorbene Ehemann der Witwe zuvor sämtliche Beiträge/Eigenleistungen erbracht hat, die für eine Versicherungsleistung auch an seine Hinterbliebenen notwendig waren. Insbesondere ist auch eine nachträgliche Manipulation des Versicherungsverhältnisses ausgeschlossen, wenn feststeht, dass die Witwe ihren Antrag damals ohne Fehlinformation rechtzeitig gestellt hätte. Dass bei § 99 SGB VI irgendeinem anderen berechtigten Interesse der Vorrang gegenüber dem Interesse der Witwe einzuräumen wäre, ist nicht ersichtlich. Insbesondere besteht auch kein berechtigtes Interesse des Rentenversicherungsträgers daran, Leistungen gegenüber einem Bürger zurückzuhalten, um dadurch mittelbar die Versicherungsgemeinschaft zu stärken. § 99 SGB VI dient nicht dazu, dass der Rentenversicherungsträger die nicht beantragten Leistungen dauerhaft ansparen kann. Es muss bei § 99 SGB VI deshalb davon ausgegangen werden, dass sein Regelungszweck nicht mit einer rechtzeitigen Antragstellung steht und fällt; die Antragstellung kann somit grds. nachgeholt werden. Eine 1964 nachgeholte Antragstellung ist daher in der Lage, sämtliche Funktionen des § 99 SGB VI noch genauso gut zu erfüllen, wie es eine 1952 erfolgte Antragstellung getan hätte.

Ausgehend von diesen sozialrechtlichen Wertungen steht die Person, die nur aufgrund der Missachtung ihrer Betreuungsrechte in Unkenntnis einen Rentenantrag nicht rechtzeitig i.S.d. § 99 SGB VI gestellt hat, den Personen wertungsmäßig näher, die richtig beraten einen Rentenantrag gestellt haben – als bspw. den Personen, die demselben Nachteil ausgesetzt sind, aber erst gar nicht um Auskunft ersucht haben. Da § 99 SGB VI kein entgegenstehender gesetzgeberischer Wille zu entnehmen ist, ist bei Nachholung des Rentenantrages i.S.d. Art. 3 I GG eine Gleichbehandlung mit den Personen herzustellen, die wegen einer richtigen Beratung nicht durch den Verwaltungsträger von einer früheren Antragstellung abgehalten wurden – dies beinhaltet die Fiktion einer früheren Antragstellung über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch. Daran anschließend stellt sich dann allerdings die Frage, ob/wie eine nachträgliche Leistungsgewährung über den Herstellungsanspruch zeitlich zu begrenzen ist (§ 44 IV SGB X analog oder § 45 SGB I).²⁴³² Sofern man mit der überwiegenden Ansicht § 44 IV SGB X analog anwendet, sind die Ansprüche auf Witwenrente aus § 46 II SGB VI nur vom 1. Januar 1960 bis zum März 1964 (also für 51 Kalendermonate) nachträglich zu erfüllen.

Zu Recht gehen daher Rechtsprechung und Literatur gleichermaßen davon aus, dass § 99 II 3 SGB VI im Wege des Herstellungsanspruch disponibel ist²⁴³³ und eine nachträgli-

²⁴³¹ Vgl. *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 421 ff.; *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 165, Fn. 54 i.a.Z.

²⁴³² Vgl. ausführlich zum zeitlichen Ausschluss eines Herstellungsanspruchs: Kap. 1 B.III.3.

²⁴³³ Etwa: BSG, Urt. v. 22.10.1996 – 13 RJ 23/95 = BSGE 79, 168, 171 ff.; BSG, Urt. v. 14.2.2001 – B 9 V 9/00 R = BSGE 87, 280, 287; BSG, Urt. v. 27.3.2007 – B 13 R 58/06 R = BSGE 98, 162, 167; BSG, Urt. v. 6.3.2003 – B 4 RA 38/02 R = BSGE 91, 1, 15; SG Freiburg, Urt. v. 4.11.2009 – S 19 R 4538/08; *Kater*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 99 SGB VI, Rn. 25; *Kreikebohm*, in: *Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann* [Hg.], § 99 SGB VI, Rn. 9 f.; *Jörg*, in: *Kreikebohm* [Hg.], § 99 SGB VI, Rn. 10, 12; *Hase*, in: *Wannagat* [Hg.], 112. EGL., § 99 SGB VI, Rn. 8.

che Leistungsgewährung im Beispielsfall auch dann „*an sich zulässiges*“ Amtshandeln darstellt, wenn sie für Zeiträume vor März 1963 erfolgen soll. Ein fehlender Antrag, der gerade aufgrund eines Fehlverhaltens nicht gestellt worden ist, kann schließlich mit denselben Funktionen noch nachgeholt werden, die ihm ursprünglich auch zugekommen wären. Es kann daher nicht Ziel des § 99 SGB VI sein, eine gesetzliche Rechtfertigung für einen Anspruchsuntergang infolge kausaler Rechtsverletzungen zu begründen. Ein Verwaltungsträger, der durch die Rechtsverletzung vom rechtmäßigen Verlauf abgewichen ist, gelangt mit der Berufung auf § 99 SGB VI nicht – wie durch Art. 20 III GG gefordert – auf den Boden des Gesetzes zurück, sondern verbleibt im rechtswidrigen Raum, weil seine Weigerung nicht durch § 99 SGB VI gedeckt ist.

(b) Ggf. Verstärkung durch im Einzelfall einschlägige grundrechtliche Wertungen im Wege verfassungskonformer Auslegung

Bereits aus der Normenhierarchie folgt, dass § 2 II SGB I einen Rückgriff auf verfassungsrechtliche Wertungen (insbesondere Grundrechte) nicht ausschließt,²⁴³⁴ weshalb eine verfassungskonforme Auslegung des einfachrechtlichen Sozialrechts möglich bleibt.²⁴³⁵ Auch für die hier gewählte Begründung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs kann dies relevant werden. Der Herstellungsanspruch dient der Schließung planwidriger Regelungslücken, die sich daraus ergeben, dass eine sozialrechtliche Nachteilsregelung planwidrig auch den Herstellungsfall mitumfasst. Insbesondere aus der allgemeinen einfachrechtlichen Wertung des § 2 II SGB I ergibt sich, dass dieses Fachrecht ohne eine Rechtsfortbildung i.S.d. sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs regelmäßig planwidrige Regelungslücken aufweisen würde, wenn ein sozialrechtlicher Nachteil aus einer subjektiven Rechtsverletzung hervorgeht und dem Leistungsrecht nicht eindeutig zu entnehmen ist, dass dieser Nachteil auch den Herstellungsfall umfassen soll. § 2 II SGB I zeigt dabei, dass das einfache Fachrecht regelmäßig nicht so verstanden werden kann, dass hier die Begründung eines sozialrechtlichen Nachteils im Herstellungsfall dem gesetzlichen Regelungszweck entspricht. Im Einzelfall kann sich dieses Auslegungsergebnis auch aus einer entsprechenden verfassungskonformen Auslegung des einfachen Rechts ergeben. Denn wo die Begründung eines sozialrechtlichen Nachteils

²⁴³⁴ Vgl.: *Krauskopf*, in: *Krauskopf*, 83. EGL., § 2 SGB I, Rn. 6; *Mrozynski*, § 2 SGB I, Rn. 24 f. m.w.N.; wohl auch: *Rüfner*, in: *Wannagat* [Hg.], 112. EGL., § 2 SGB I, Rn. 13.

²⁴³⁵ Vgl. allgemein zur verfassungskonformen Auslegung: BVerfG, *Beschl. v. 30.6.1964 – 1 BvL 16/62 = BVerfGE 18, 97, 111 m.w.N.*; BVerfG, *Beschl. v. 19.6.1973 – 1 BvL 39/69 = BVerfGE 35, 263, 280*; *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 763 ff.; *Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre*, S. 456; *Larenz/Canaris*, MRW, S. 159 ff.; *Muthorst*, *Grundlagen der Rechtswissenschaft*, § 7, Rn. 22.

durch das einfache Recht für den Herstellungsfall einen Verfassungsverstoß bedeuten würde, ist unter mehreren Anwendungsmöglichkeiten des einfachen Recht die Auslegungsmöglichkeit maßgeblich, die keinen sozialrechtlichen Nachteil begründet, weil – im Zweifel – davon ausgegangen werden kann, dass der Gesetzgeber eine verfassungskonforme Regelung treffen wollte.

Dies wird insbesondere für den Fall relevant, dass der Gesetzgeber verfassungsrechtlich dazu verpflichtet wäre, auch die Personen von einem sozialrechtlichen Nachteil auszunehmen, für die inzwischen die ausnahmslos formulierte nachteilige Gesetzesbestimmung Anwendung findet, weil andernfalls ein Verfassungsverstoß vorläge.²⁴³⁶ Oftmals ist die Begründung eines sozialrechtlichen Nachteils – als ggf. rechtfertigungsbedürftiger Grundrechtseingriff²⁴³⁷ – hierbei mit einer verfassungsrechtlich notwendigen Rechtfertigung verbunden. Sofern man davon ausgeht, dass diese jedenfalls für den Fall rechtmäßigen Verwaltungsverhalten besteht, bedeutet dies nicht, dass dieselbe Rechtfertigung auch für rechtswidriges Verwaltungsverhaltens noch überzeugen muss. Schließlich kann der innere Rechtfertigungszusammenhang eines Gesetzes durch das rechtswidrige Dazwischentreten des Verwaltungsträgers durchbrochen werden. Falls durch das rechtswidrige Verhalten bei der Begründung des sozialrechtlichen Nachteils derselbe Verfassungsverstoß tatsächlich vollzogen wird, der dem Gesetzgeber verboten war, kann hierfür keine gesetzliche Grundlage bestehen. Denn ein Gesetzgeber, dem die Begründung eines sozialrechtlichen Nachteils durch Gesetz verfassungsrechtlich untersagt ist (wenn die Verwaltung gesetzeskonform handeln würde), kann mit seinen gesetzlichen Regelungen dasselbe verfassungswidrige Ergebnis auch dann nicht rechtfertigen, wenn ein Verwaltungsträger dieses Ergebnis faktisch herbeiführt. Für das Vorliegen eines Verfassungsverstoßes kann es da-

²⁴³⁶ Unbestritten ist, dass der einfache Gesetzgeber – insbesondere aus Art. 3 I GG – grundrechtlich dazu verpflichtet sein kann, (auch) bestimmte Personengruppen in die Möglichkeit eines Sozialleistungsbezuges einzubeziehen (etwa: *Osterloh*, in: Sachs [Hg.], Art. 3 GG, Rn. 176 ff; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 3 GG, Rn. 54 ff.; *Kannengießer*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], Art. 3 GG, Rn. 41; vgl. allgemein zum Einfluss des Verfassungsrechts auf die Ausgestaltung des einfach-rechtlichen Sozialrechts: *Papier*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 3). Gerade bei sog. derivativen Leistungsrechten folgt der konkrete Leistungsanspruch aus dem einfachen Recht, während das Grundrecht selbst nur zu einer Einbeziehungspflicht des Gesetzgebers bei der Schaffung dieses Gesetzes führt. Falls das einfache Recht eine Leistungsbeziehung begründet und andere Personen dabei grundrechtswidrig ausgeschlossen bleiben, folgt daraus die Verfassungswidrigkeit und Nichtigkeit des einfachen Rechts – nicht zwingend auch eine Pflicht zur Leistungsgewährung. Eine Verfassungswidrigkeit des einfachen Gesetzes ist allerdings dann nicht gegeben, wenn dieses Gesetz verfassungs-/grundrechtskonform in der Weise ausgelegt werden kann, dass die nichtberücksichtigten Personen doch unter den Anwendungsbereich einer Begünstigung fallen sollen (BSG, Urt. v. 17.3.2005 – B 3 KR 9/04 R = BSGE 94, 192, 202 ff.; *Mrozynski*, § 2 SGB I, Rn. 25).

²⁴³⁷ Derartige Grundrechtseingriffe durch einfach-gesetzliche (Nicht-) Regelungen sind in Bezug auf das Sozialrecht zahlreich denkbar; vgl. überblicksweise jeweils m.w.N. zu Literatur und Rechtsprechung: *Papier*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 3, Rn. 41 ff.

bei nicht entscheidend sein, ob ein Gesetzgeber unmittelbar durch seine verfassungswidrige Regelung den Verfassungsverstoß anordnet oder ob ein Verwaltungsträger trotz rechtmäßiger Grundlage denselben Verfassungsverstoß tatsächlich vollzieht; bspw. muss eine Leistung nach einer Regelung gleichheitsgemäß einer gesamten Personengruppe eingeräumt werden, aber die Verwaltung wendet diese Leistung bei der tatsächlichen Anwendung dieser Regelung nur einem Teil der Personengruppe zu.

Ein Unterschied zwischen beiden Fällen besteht lediglich bzgl. der Verfassungswidrigkeit und ihrer Folgen. Während ein Verfassungsverstoß bei rechtmäßigem Gesetzesvollzug nur innerhalb des Gesetzes angelegt sein kann (und somit zur Nichtigkeit des Gesetzes führt), kann eine fehlerhafte Rechtsanwendung bei mehreren Deutungsvarianten eines Gesetzes auch nur der verfassungswidrige Gesetzesvollzug eines an sich rechtmäßigen und gültigen Gesetzes anderen Inhaltes sein. In diesen Fällen wäre dann mittels verfassungskonformer Auslegung eine andere zulässige Auslegung des einfachen Rechts verbindlich, sofern nicht ersichtlich ist, dass der einfache Gesetzgeber selbst einen Verfassungsverstoß anordnen will. Die Begründung des verfassungsrechtlich unzulässigen Nachteils entspricht dann auch nicht den einfach-gesetzlichen Forderungen, die mittels verfassungskonformer Auslegung ermittelt wurden. Diese Unstimmigkeit würde über den Herstellungsanspruch korrigiert werden.

Der Herstellungsanspruch wird dadurch kein unmittelbar verfassungsrechtlich geforderter Sekundäranspruch, sondern bleibt ein einfach-rechtlicher Sekundäranspruch, der sich aus dem Regelungszweck des einfachen Rechts ergibt, welcher über eine verfassungskonforme Auslegung ermittelt wurde. Eine verfassungskonforme Auslegung, die ein Unterfall der systematischen Auslegung des einfachen Rechts ist,²⁴³⁸ gibt innerhalb der Ableitung dabei in vergleichbarer Weise eine bestimmte Interpretation des gesetzlichen Regelungszweckes vor, wie dies auch die einfach-rechtliche Wertung des § 2 II SGB I vermag. Auch eine verfassungskonforme Auslegung ist nur dann möglich, wenn sich kein entgegenstehender Wille des Gesetzgebers eindeutig ermitteln lässt.²⁴³⁹ Dies wirft die Frage nach inhaltlichen Unterschieden zwischen einer Begründung des Herstellungsanspruchs i.V.m. § 2 II SGB I und/oder einer verfassungskonformen Auslegung auf. Neben den unterschiedlichen Rechtsfolgen²⁴⁴⁰ ergeben sich insbesondere zwei wesentliche inhaltliche Unterschiede zwischen einer Auslegung im Hinblick auf § 2 II SGB I oder Verfassungsbestimmungen.

§ 2 II SGB I hat gegenüber verfassungsrechtlichen Bestimmungen einen eingeschränkten Wirkungsbereich. Selbst wenn das einfache Recht weitestgehend nach § 2 II SGB I ausgelegt wurde, kann sein Regelungsgehalt immer noch zu

²⁴³⁸ Vgl. nur: *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 763.

²⁴³⁹ BVerfG, Beschl. v. 30.6.1964 – 1 BvL 16/62 = BVerfGE 18, 97, 111 m.w.N.; BVerfG, Beschl. v. 19.6.1973 – 1 BvL 39/69 = BVerfGE 35, 263, 280; *Rüthers/Fischer/Birk*, RML, Rn. 763 f.; *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, § 7, Rn. 22.

²⁴⁴⁰ Vgl. hierzu: Kap. 2 B.II.4.b.bb. (1).

kurz greifen und einen Verfassungsverstoß bedeuten.²⁴⁴¹ Im Zusammenhang mit dem Herstellungsanspruch ist es sogar denkbar, dass gerade die Auslegung einer Norm verfassungswidrig erscheint, die unter Berufung auf § 2 II SGB I gewonnen wird und der Rechtsanwender daher eine andere mögliche Interpretation zugrunde legen muss; bspw. weil bei diesem Gesetzesverständnis zugunsten des Verletzten unzulässig in eine Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 87 II GG²⁴⁴² oder die Grundrechte anderer Versicherter eingegriffen werden würde.

Der Regelungsgehalt des § 2 II SGB I kann aber auch weiter reichen als die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung. Sofern nämlich die Begründung eines sozialrechtlichen Nachteils im Hinblick auf die allgemeinen Verfassungswertungen weder ausgeschlossen noch notwendig erscheint – dies dürfte der Regelfall sein –, führt eine verfassungskonforme Auslegung nicht zu einem eindeutigen Ergebnis; die einfach-rechtliche Wertung des § 2 II SGB I hingegen schon. Da insbesondere eine Begründung sozialrechtlicher Nachteile – auch infolge von subjektiven Rechtsverletzungen – nicht allgemein verfassungsrechtlich ausgeschlossen ist,²⁴⁴³ kann eine verfassungskonforme Auslegung nur in dem Bruchteil der Fälle zur Begründung eines Herstellungsanspruchs beitragen, in dem die Begründung eines sozialrechtlichen Nachteils tatsächlich verfassungsrechtlich ausgeschlossen ist. Während eine Fortbildung des Rechts durch verfassungskonforme Auslegung nur in solchen geeigneten Ausnahmefällen erfolgen kann, darf für die Fortbildung des Sozialrechts allgemein auf die Wertung des § 2 II SGB I zurückgegriffen werden.

Falls in einem Einzelfall daher nicht eindeutig feststeht, ob eine sozialrechtliche Regelung für einen Bürger einen sozialrechtlichen Nachteil auch in einem Herstellungsfall begründen soll, folgt die rechtewahrende Auslegung dieser Vorschrift jedenfalls aus § 2 II SGB I – ggf. wird diese Interpretation durch eine verfassungskonforme Auslegung verstärkt, wenn die Begründung des sozial-

²⁴⁴¹ Vgl. zu solchen Fällen: BVerfG, Beschl. v. 6.12.2005 – 1 BvR 347/98 = BVerfGE 115, 25, 41 ff.; BSG, Urt. v. 17.3.2005 – B 3 KR 9/04 R = BSGE 94, 192, 202 ff.; *Mrozynski*, § 2 SGB I, Rn. 25.

²⁴⁴² Für das Verständnis des Art. 82 II GG zumindest als verfassungsrechtliche Mindestgarantie an Selbstverwaltung, etwa: *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Art. 87 GG, Rn. 10 m.w.N.; *Burgi*, in: von Mangoldt/Klein/Starck [Hg.], Art. 87 GG, Rn. 77; *Boecken*, DRV 1999, 714, 732 f.; *von Wulffen*, DRV 2003, 662, 671. Gegen das Verständnis des Art. 82 II GG überhaupt als verfassungsrechtliche Garantie von Selbstverwaltung, etwa: *Sachs*, in: Sachs [Hg.], Art. 87 GG, Rn. 55; *Papier*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 3, Rn. 26, 28. Offengelassen: BVerfG, Beschl. v. 9.4.1975 – 2 BvR 879/73 = BVerfGE 39, 302, 314.

²⁴⁴³ Vgl. Kap. 2 B.II.3.a., b.

rechtlichen Nachteils auch einen Verfassungsverstoß begründen sollte. Trotz dieser Ergebnismensamkeiten bestehen zwischen beiden Vorgaben für die Auslegung des einfachen Sozialrechts die erwähnten Unterschiede.

Auch aus einer verfassungskonformen Auslegung des Fachrechts kann damit der Schluss gewonnen werden, dass dieses Recht nicht so verstanden werden darf, dass ein Bürger in den Anwendungsbereich einer nachteilhaften Regelung des Sozialrechts einbezogen werden soll (wenn daraus im Einzelfall ein Verfassungsverstoß entstünde). Damit kann eine Vorschrift ggf. als disponibel im Wege der Herstellung gekennzeichnet werden, weil sie bei anderem Verständnis einen Verfassungsverstoß begründen würde. Bspw. trägt Art. 14 I GG nicht unmittelbar die Begründung eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs,²⁴⁴⁴ aber ggf. eine entsprechende Auslegung des einfachen Rechts zugunsten des Bestehens eines Rentenanspruchs.²⁴⁴⁵ Der Grundrechtseingriff, der mit Eigenleistungs- und Versicherungspflicht des Bürgers verbunden ist,²⁴⁴⁶ wird oftmals damit gerechtfertigt, dass diesem Bürger im Gegenzug sozialrechtlicher Versicherungsschutz eingeräumt wird.²⁴⁴⁷ Es kann daher unverhältnismäßig sein, das einfache Recht so zu interpretieren, dass dem Bürger eine Versicherungsleistung vorenthalten wird, obwohl dieser alle anderen Leistungsvoraussetzungen erfüllt und nur wegen einer Fehlberatung bspw. einen materiell-rechtlich notwendigen Leistungsantrag nicht gestellt hat, obwohl auch dessen Funktion noch nachträglich erreicht werden kann. Im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung ist daher das einfache Recht im Einzelfall so zu interpretieren, dass es diesem Bürger Leistungen gewähren soll.

Gegenüber der allgemeinen sozialrechtlichen Wertung des § 2 II SGB I muss für die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung des einfachen

²⁴⁴⁴ Vgl. hierzu: Kap. 2 B.II.3.a.bb. (3) (b) (aa).

²⁴⁴⁵ Vgl. zu diesem Gedanken i.a.Z. auch: *Wild*, DÖV 2004, 366, 371 f. Hierbei soll sich aus Art. 14 I GG nicht unmittelbar ein Anspruch auf eine Baugenehmigung ergeben; allerdings kann das einfache Baurecht ggf. im Lichte des Art. 14 I GG so auszulegen sein, dass sich aus ihm ein Anspruch auf Baugenehmigung ergibt.

²⁴⁴⁶ Überwiegend darin wird ein Eingriff in Art. 2 I GG gesehen; vgl.: BVerfG, Beschl. v. 14.10.1970 – 1 BvR 307/68 = BVerfGE 29, 221, 235 ff.; *Kaltenborn*, NZS 2001, 300 ff.; *Papier*, in: Merten/Papier [Hg.], HbdGR, Bd. II, § 30, Rn. 79; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 9 GG, Rn. 88 ff.; *Pieroth/Schlink*, GR, Rn. 790 ff.; *Muckel/Ogorek*, SozR, § 6, Rn. 16; *Waltermann*, SozR, Rn. 15; *Kannengießner*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], Art. 9 GG, Rn. 8.

²⁴⁴⁷ Im Sinne dieser Argumentationslinie etwa: BVerfG, Beschl. v. 6.12.2005 – 1 BvR 347/98 = BVerfGE 115, 25, 43 f.; *Papier*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 2 Rn. 120 f.; *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 413; explizit für den Herstellungsanspruch: *Schnapp*, DAngVers. 1978, 538, 543; *ders.*, SGB 1977, 307, 308; vorsichtiger in Bezug auf den Herstellungsanspruch: *Wallerath*, DÖV 1987, 505, 510 f.

Rechts allerdings feststehen, dass bei anderer Interpretation ein Verfassungsverstoß gegeben wäre. Im Herstellungsfall muss sich daher ermitteln lassen, dass die nachteilsbegründende Vorschrift bei einer unmodifizierten Anwendung auf die Bürger, die nicht in ihren subjektiven Rechten verletzt worden sind, verfassungsgemäß ist – aber bei einer Anwendung auf den Bürger, der in seinen subjektiven Rechten verletzt wurde, einen Verfassungsverstoß begründet. Diese hohen Anforderungen werden nur in wenigen geeigneten Ausnahmefällen zutreffen, weil der Verfassung kein allgemeines Verbot bzgl. einer Nachteilsbegründung entnommen werden kann.²⁴⁴⁸

cc) Zwischenergebnis

Eine Begründung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs zur Lückenschließung kann nur durch eine Abwägung der jeweils betroffenen gesetzlichen Wertungen erfolgen. Sie erfolgt dort aus einer Rechtsfortbildung des verletzten subjektiven Rechts für den Verletzungsfall, wo die gesetzlichen Regelungen nicht erkennbar auch die Folgen einer Pflichtverletzung mitregeln sollen und dem Bürger planwidrig eine Begünstigung vorenthalten wird, vor deren Verlust er bereits durch die Beachtung des subjektiven Rechts geschützt werden sollte. Die Vorstellung, dass ein bspw. subjektives Leistungs-/Gestaltungsrecht nach dem Gesetz nicht bestehen könne, sobald einzelne Voraussetzungen nicht erfüllt sind, ist dabei zu kurz gedacht, wenn gleichzeitig unterstützende gesetzli-

²⁴⁴⁸ Bzgl. der Bezugnahme auf verfassungsrechtliche Wertungen für die Ableitung eines Herstellungsanspruchs kann im Wesentlichen den Ausführungen *Walleraths* zugestimmt werden (*Wallerath*, DÖV 1987, 505, 510 f.): „*Gleichsam zwischen beiden verfassungsrechtlichen Koordinaten bewegt sich die Überlegung, den Herstellungsanspruch unter der Perspektive eines vorangegangenen Grundrechtseingriffs zu entwickeln und hieraus eine Pflicht des Sozialversicherungsträgers zur Verwirklichung des legislatorischen Ziels abzuleiten. Der Gedanke den Herstellungsanspruch als grundrechtlich geforderte Reaktion auf ein – an der gesetzlichen Ausgangslage gemessen – zweckerschwerendes oder gar -vereitelndes behördliches Verhalten zu verstehen, klingt auf den ersten Blick ebenso einfach wie einnehmend. [...] Nicht zu verkennen ist allerdings, daß ein derartiger Lösungsversuch einen Umweg darstellt, maßgeblich auf einen zurückliegenden Grundrechtseingriff abhebt, obwohl es doch in erster Linie um ein rechtswidriges Folgeverhalten geht. Vor allem aber ist er auf Fälle einer vorangegangenen, zwangsweisen Einbindung des Betroffenen in das Sozialleistungssystem beschränkt, versagt also in den Fällen, in denen die behördliche Fehlsteuerung zu Nachteilen eines Betroffenen führt, der freiwillig der Sozialversicherung beigetreten ist oder Leistungen außerhalb des Versicherungssystems in Anspruch nimmt. Erfolgsversprechender ist es deshalb auf die Beeinträchtigung der [einfach-rechtlichen] Dispositionsfreiheit des Berechtigten oder die Vereitelung der [einfach-rechtlichen] Rechtsverwirklichung als solche abzuheben, [...].“*

che Ansprüche missachtet werden, die sicherstellen sollen, dass genau diese Voraussetzungen erfüllt werden. Eine durch Rechtsbruch ermöglichte Rechtsanwendung muss daher – gerade im Hinblick auf Art. 20 III GG – keine vom Regelungszweck des Gesetzes gedeckte Rechtsanwendung darstellen.²⁴⁴⁹ Andererseits kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass das Gesetz unverändert immer die Behandlung fordern würde, die ohne das rechtswidrige Handeln anstünde. Auch wenn der Gesetzgeber ursprünglich diese Behandlung nicht wollte, kann er – aus beliebigen sachlichen Gründen – inzwischen dennoch eine abweichende Regelung (von der ursprünglich vorgezeichneten fiktiven Rechtslage) in der tatsächlichen Situation für angebracht halten, die auch für den Betroffenen einen Nachteil begründet. Vereinfacht dargestellt lässt sich diese Ergebnisfindung auf die Abwägung reduzieren, ob dem Gesetz eher entsprochen ist, wenn der Bürger keinen (sozialrechtlichen) Nachteilen ausgesetzt wird, zu deren Abwendung er ein subjektives Recht hatte, das dann missachtet wurde – oder wenn dieser Bürger nun (wie alle anderen vergleichbaren Personen in dieser Situation) den sozialrechtlichen Nachteilen ausgesetzt wird, obwohl er (anders als diese Personen) ein missachtetes subjektives Recht darauf hatte, um gerade diese Situation zu vermeiden.

Sofern kein sachlicher Grund für die Begründung eines sozialrechtlichen Nachteils erkennbar ist, erscheint es jedoch im Hinblick auf den allgemeinen gesetzlichen Willen bzgl. einer möglichst weitreichenden Sozialrechtsverwirklichung nach § 2 II SGB I notwendig, den verletzten subjektiven Rechten einen weitergehenden Schutzwillen zugunsten der Rechte des Bürgers anzuerkennen. Dies folgt insbesondere auch daraus, dass sowohl zahlreiche verletzte Betreuungsrechte ihrerseits bereits nur eine Ausprägung des § 2 II SGB I darstellen als auch die im SGB X vorhandenen Korrekturvorschriften (insbesondere § 44 SGB X) als ein Teilbereich des weiterreichenden § 2 II SGB I verstanden werden. Insofern bildet § 2 II SGB I als allgemeines, verbindendes Prinzip des So-

²⁴⁴⁹ Eine durch Art. 20 III GG geforderte rechtmäßige Rechtsanwendung ist niemals die isolierte Anwendung einer Einzelvorschrift, die aus ihrem Regelungszusammenhang gerissen wird. Isoliert vom Standpunkt des einzelnen Leistungs- oder Gestaltungsrechts aus betrachtet kann zwar sehr leicht die Erkenntnis gewonnen werden, dass die geforderte Leistung oder Gestaltung nicht beansprucht werden kann, weil ihre Voraussetzungen nicht erfüllt worden sind. Diese verkürzte Sichtweise ignoriert allerdings sämtliche rechtliche Wertungen, die in einem Herstellungsfall missachtet werden mussten, um der Verwaltung überhaupt diese Rechtsanwendung im Einzelfall zu ermöglichen. Pointiert formuliert muss jede Ansicht, die zu einer unmodifizierten Anwendung des Leistungs- oder Gestaltungsrechts gelangt, unterstellen, dass jede erlittene Rechtsverletzung bedeutungslos war und vom Betroffenen hinzunehmen ist, da am Ende die aus der Rechtswidrigkeit ermöglichte Rechtswendung doch das rechtmäßige Verwaltungsverhalten i.S.d. Art. 20 III GG darstellen soll.

zialrechts eine taugliche Ableitungsbasis zur Begründung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs. Durch § 2 II SGB I ergibt sich bereits auf der Ebene des einfachen Rechts die Pflicht, soweit wie möglich zu einer bürgerfreundlichen, rechtewahrenden Auslegung der subjektiven Rechte des Bürgers zu gelangen. Insofern ist auch die einsetzende Entwicklung zu begrüßen,²⁴⁵⁰ die rechtsdogmatische Begründung des Herstellungsanspruchs stärker auf die Ebene des Fachrechts zu verlagern und insbesondere auch die Wertungen des § 2 II SGB I zu verbinden.

Da § 2 II SGB I jedoch nicht abschließend für eine wertungsgeleitete Auslegung des Sozialrechts ist, sind ggf. einschlägige grundrechtliche Wertungen ebenfalls in die Auslegung des einfach-rechtlichen Sozialrechts miteinzubeziehen. Eine verfassungskonforme Auslegung des einfachen Rechts in der Weise, dass trotz des eindeutigen Gesetzeswortlautes für den Bürger kein sozialrechtlicher Nachteil begründet werden soll, wird allerdings nur in seltenen Ausnahmefällen möglich sein, in denen die Begründung des sozialrechtlichen Nachteils für diesen Betroffenen gleichzeitig einen Verfassungsverstoß darstellt.

Wenn nicht eindeutig festgestellt werden kann, ob auch eine Gesetzesbestimmung einen Nachteil für den Herstellungsfall begründen soll und es zeitgleich rechtlich möglich ist, den Bürger so zu behandeln wie dieser heute ohne Pflichtverletzung stünde, kann erst das Vorliegen einer rechtlichen Wertung, die den Rechtsanwender dazu zwingt, das einfache Recht tatsächlich auch in diesem Sinne einer sozialrechtlichen Naturalrestitution anzuwenden, den Ausschlag dafür geben, einen Herstellungsanspruch für diesen Einzelfall zu begründen. Diese gesetzliche Wertentscheidung zugunsten der weitgehenden Rechtsverwirklichung ist im sozialrechtlichen Regelungsbereich allgemein insbesondere in § 2 II SGB I zu erkennen – sie kann sich in Sonderkonstellationen aber auch aus anderen Wertungen (bspw. Grundrechten) ergeben.

²⁴⁵⁰ Etwa: BSG, Urt. v. 17.2.1998 – B 13 RJ 79/95 R = BSGE 82, 1, 11; BSG, Urt. v. 6.3.2003 – B 4 RA 38/02 R = BSGE 91, 1, 3; BSG, Urt. v. 2.2.2006 – B 10 EG 9/05 R = BSGE 96, 44, 50; BSG, Urt. v. 27.3.2007 – B 13 R 58/06 R = BSGE 98, 162, 167 f.; BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 94 f.; BSG, Urt. v. 25.10.1985 – 12 RK 37/85 = SozR 5070 § 10 Nr. 30; *Löwer*, NVwZ 1986, 793, 798; *Krause/Sattler*, in: Gitter/Wannagat [Hg.], JbSR 2004, S. 45, 47 f.; *Gagel*, SGB 2000, 517, 519 f.; *Gagel/Bieback/Knickrehm*, in: Gagel, 52. EGL., vor § 323 SGB III, Rn. 97; *Fichte*, in: Erlenkämper/Fichte [Hg.], SozR, II 7 Rn. 17; *Plagemann*, in: Plagemann [Hg.], Münchener AnwHB SozR, § 35, Rn. 20; wohl auch: *Eichenhofer*, SGB 2011, 301, 303; *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 2 SGB I, Rn. 9, 12; *Krahmer*, in: Krahmer [Hg.], § 2 SGB I, Rn. 14; *Mrozynski*, § 2 SGB I, Rn. 19.

c) Ausgestaltungskonsequenzen und Einwände

aa) Konsequenzen dieser Ableitung für den Herstellungsanspruch

Da richterliche Rechtsfortbildung anders als gesetzgeberische Rechtspolitik begründungsbedürftig ist und sich grds. nur widerspruchsfrei in die Gesamtrechtsordnung einfügen darf,²⁴⁵¹ bestimmt die Reichweite des rechtsdogmatischen Argumentes denotwendig auch die Ausgestaltung richterrechtlicher Rechtsinstitute. Im Folgenden sollen daher die Ausgestaltungskonsequenzen der hier gewählten Ableitung erörtert werden.

(1) Bedeutung einer subjektiven Rechtsverletzung, Verschuldenserfordernis und Zurechnung von Pflichtverletzungen

Für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch fordert das BSG ausdrücklich eine subjektive Rechtsverletzung, obwohl ein Herstellungsanspruch nach der Entscheidungspraxis teilweise auch aus rein objektiv-rechtlichen Pflichtverletzungen hervorgegangen sein muss.²⁴⁵² Nach der hier vertretenen Ableitung bildet der subjektive Rechtscharakter eines (Primär-) Rechts den Ausgangspunkt der Begründung eines subjektiv-rechtlichen Sekundäranspruchs für seinen Verletzungsfall. Als subjektiv-rechtlicher Anspruch ist der Herstellungsanspruch davon abhängig, dass eine subjektiv-rechtliche Berechtigung des Bürgers besteht, die im Verletzungsfall ggf. fortentwickelt werden kann. Dass rein objektiv-rechtliche Regelungen nicht um subjektiv-rechtliche Ansprüche ergänzt werden können, steht außer Frage und hat u.a. für die Entwicklung des Folgenbeseitigungsanspruchs große Bedeutung erlangt.²⁴⁵³ Auch ein Herstellungsanspruch fordert daher die Betroffenheit einer subjektiv-rechtlichen Rechtsposition, wenn sein Rechtsgrund in der – durch Auslegung ermittelten – Reichweite der Schutzwirkung eines subjektiven Rechts liegen soll.

Damit soll allerdings keine abschließende Aussage darüber getroffen werden, ob darüber hinaus die Verletzung objektiver Rechtsnormen ggf. eine objektiv-rechtliche Herstellungspflicht – bspw. unter Bezugnahme auf § 2 II SGB I – durch sozialrechtliche Wertungen gefordert ist.²⁴⁵⁴ Von vorneherein ausgeschlossen erscheint dies jedenfalls nicht,

²⁴⁵¹ Larenz, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen, S. 7, 13.

²⁴⁵² Vgl. ausführlich: Kap. 1 B.I.1.b.

²⁴⁵³ Vgl. Kap. 2 B.II.3.a.bb. (2), (3).

²⁴⁵⁴ Im Zusammenhang mit dem Folgenbeseitigungsanspruch wird in diesem Sinne teilweise unter Berufung auf einen objektiv-rechtlichen Charakter des Rechtsstaatsprinzips die

wenn man bedenkt, dass ein Verwaltungsträger durch die §§ 17 I Nr. 1, 2 II SGB I objektiv-rechtlich verpflichtet ist, eine möglichst weitgehende Verwirklichung von Sozialleistungen sicherzustellen. So erscheint eine Ergänzung der objektiven Pflicht, Beeinträchtigungen von Sozialleistungsansprüchen zu unterlassen, durch eine objektive Pflicht, die Sozialleistungsansprüche im Beeinträchtigungsfall herzustellen, denkbar. Diese Ausarbeitung beschränkt sich allerdings bewusst auf subjektiv-rechtliche Herstellungsansprüche, so dass die Frage dahingestellt bleiben kann.

Aus der Überlegung, dass ein solcher Herstellungsanspruch „*lediglich ein Instrument zur Erreichung und Sicherung des Gesetzeszwecks*“²⁴⁵⁵ ist, lässt sich auch begründen, warum der Eintritt der Rechtsfolge nicht von einem Verschulden abhängen kann.²⁴⁵⁶ Da eine Gesetzesgeltung nicht davon abhängt, welche subjektiven Umstände beim Gesetzesvollzug vorlagen, ist es unerheblich, ob ein gesetzlich nicht gedeckter Zustand schuldhaft herbeigeführt wurde oder nicht. Maßgeblich ist allein, dass die Wortlautanwendung nicht mit dem Gesetzeszweck im Einklang steht und damit eine Korrektur der sozialrechtlichen Nachteile gesetzlich gefordert ist. Wenn bereits aus dem Gesetz folgt, dass diese restituierende Rechtsfolge notwendig ist, ist nicht erkennbar, warum diese Restitution zusätzlich von einem Verschulden abhängen soll. Es geht beim sozialrechtlichen Herstellungsanspruch schließlich weder um die Begründung einer neuartigen Sanktion²⁴⁵⁷ noch um Schadensersatz i.S.d. §§ 249 ff. BGB²⁴⁵⁸.

Die Grundsätze zur Zurechnung von Fremdverhalten beim sozialrechtlichen Herstellungsanspruch können auf dieser Grundlage aufrechterhalten bleiben. Schließlich muss bei der Ermittlung des Schutzzweckes eines subjektiven Rechts auch der jeweilige Regelungszusammenhang beachtet werden. Wenn ein sozialrechtlicher Nachteil – vor dem das Recht schützen soll – erst bei der Rechtsanwendung eines anderen Verwaltungsträgers relevant werden sollte, führt dies nicht zu einer Teilung des bezweckten Schutzes. Vielmehr ist ausgehend von der Korrekturbefugnis der Verwaltungsträger für die einzelnen sozial-

Begründung eines subjektiv-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruchs abgelehnt, aber gleichzeitig die Ausbildung einer objektiv-rechtlichen rechtsstaatlichen Folgenbeseitigungspflicht für möglich gehalten; vgl. *Faber*, NVwZ 2003, 159, 161; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier [Hg.], Bd. II, Art. 20 GG (Rechtsstaat), Rn. 222; *Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat, S. 233; *Kreßel*, S. 297; wohl auch: *Maurer*, AllgVerwR, § 25, Rn. 9.

²⁴⁵⁵ BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 94; vgl. auch: *Adolf*, Herstellungsanspruch, S. 216; *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 164.

²⁴⁵⁶ So auch: *Schmitz*, ZfSH/SGB 2006, 393, 395.

²⁴⁵⁷ *Kreßel*, S. 299; *Olbertz*, S. 25 f.; *Bieback*, SGB 1986, 36, 37; *Adolf*, Herstellungsanspruch, S. 221 f.; *Gagel*, SGB 2000, 517, 520; *Rixen*, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 12; *Fichte*, in: Erlenkämper/Fichte [Hg.], SozR, II 7 Rn. 17.

²⁴⁵⁸ Vgl. hierzu noch ausführlich: Kap. 1 B.I.2; II.1.

rechtlichen Nachteile zu fragen, ob eine unmodifizierte Rechtsanwendung mit dem Gesetzeszweck übereinstimmt. Dies erscheint fraglich, wenn das verletzte subjektive Recht auch diese Rechtsanwendung umfasst, wenn also das Fehlverhalten eines anderen Verwaltungsträger in Bezug auf die anstehende Rechtsanwendung genauso zu missbilligen ist wie eigenes Fehlverhalten.

Dass das Handeln bestimmter Verwaltungsträger dabei einander grds. zugeordnet werden kann bzw. diese als Einheit verstanden werden, ist nicht zu beanstanden. Vielmehr finden sich vergleichbare Erwägungen auch beim allgemeinen öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch.²⁴⁵⁹ Wegen der besonderen sozialrechtlichen Wertungen der §§ 16, 2 SGB I erscheint eine weitgehende Zurechnung im Sozialrecht zudem begründbar.²⁴⁶⁰

(2) *Umfang der Herstellungspflicht folgt aus dem Schutzzweck des jeweils verletzten subjektiven Rechts*

Über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch werden nur die Nachteile korrigiert, die kausal aus der Rechtsverletzung hervorgegangen sind, wobei die Rechtsfortbildung nach der hier vertretenen Begründung ausgehend vom Regelungszweck des verletzten subjektiven Rechts erfolgt.²⁴⁶¹ Sinnvoll wäre es daher, die Ansätze zur Begrenzung aus dem Schutzzweck des verletzten Rechts weiter auszubauen, die bereits vorhanden sind.²⁴⁶² Denn der Schutzzweck des subjektiven Rechts kennzeichnet maßgeblich, bis zu welchem Punkt eine aus dieser Rechtsverletzung hervorgehende (unmodifizierte) Rechtsanwendung problematisch werden kann. Schließlich kann der Umfang einer Korrektur sozialrechtlicher Nachteile nur soweit reichen, wie auch das missachtete subjektivi-

²⁴⁵⁹ Kap. 1 E.II.2.b.aa. (2) (a) (bb).

²⁴⁶⁰ So im Ergebnis wohl auch: BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 95 m.w.N.; *Waßer*, JA 2001, 137, 139 f. m.w.N.

²⁴⁶¹ Um den Umfang einer Herstellungspflicht zu bestimmen, müssen die Nachteile, die aus der Rechtsverletzung entstanden sind, hinreichend konkretisierbar sein (*Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 411, 421; unklar: *Wallerath*, DÖV 1994, 757, 759). Dies setzt voraus, dass die beeinträchtigten Folgepositionen feststellbar sind. Wo nicht feststeht, welche Entwicklung wegen der Pflichtverletzung eingesetzt hat oder ausgeblieben ist, kann keine zielgerichtete Herstellung erfolgen. Hierbei handelt es sich jedoch um Fragen der tatsächlichen Beweisbarkeit.

²⁴⁶² Vgl. BSG, Urt. v. 1.9.1999 – B 13 RJ 73/98 R = SozR 3-2600 § 115 Nr. 5; BSG, Urt. v. 15.12.1994 – 4 RA 64/93 = SozR 3-2600 § 58 Nr. 2; BSG, Urt. v. 11.5.2000 – B 13 RJ 19/99 R; BSG, Urt. v. 22.10.1996 – 13 RJ 23/95 = BSGE 79, 168, 172; BSG, Urt. v. 25.1.1996 – 7 RAr 60/94 = SozR 3-3200 § 86a Nr. 2; *Schmitz*, ZfSH/SGB 2006, 393, 397.

ve Recht vor einfach-rechtlichen Nachteilen schützen soll.²⁴⁶³ Infolge einer rechtsgehaltswahrenden Umwandlung des Primär- zum Sekundärrecht kann kein „*Mehr an Rechtsgehalt*“ für den Bürger entstehen.²⁴⁶⁴ Derjenige, der keinen subjektiven Anspruch hatte, um die eingetretenen Nachteile abzuwenden, kann bei ihrem Eintritt schwerlich einen subjektiven Anspruch auf Korrektur dieser Nachteile erhalten.

Unerheblich ist dagegen, ob die verletzte Pflicht eine Neben- oder Hauptleistungspflicht darstellt. Auch die Frage, ob über den Herstellungsanspruch nur mittelbare oder auch unmittelbare sozialrechtliche Nachteile korrigiert werden, ist in dem Sinne zu beantworten, dass beide Nachteilsformen grds. korrigierbar sind, weil es allein darauf ankommt, ob das verletzte subjektive Recht gerade vor diesen eingetretenen Nachteilen schützen sollte. Insofern ist eine nachteilige Gestaltung infolge einer Fehlberatung ebenso korrigierbar wie bspw. die verzögerte Bearbeitung/Weiterleitung eines notwendigen Leistungsantrages. Eine zwingende Verbindung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs mit sog. mittelbaren Nachteilen (insbesondere Dispositionsfehlern)²⁴⁶⁵ ist demnach abzulehnen, da dieser Nachteil zwar typisch, aber nicht wesensnotwendig für den Herstellungsanspruch ist.²⁴⁶⁶

Aus der hier gewählten Begründung ergeben sich allerdings auch wichtige Grenzen der Herstellungspflicht, die über den Schutzzweck der Norm entscheidet mitbestimmt werden. Das Verbot einer Besserstellung fügt sich jedenfalls bruchlos in die hier gewählte Ableitung ein. Denn selbst wenn der Regelungszweck eines subjektiven Rechts bereits in der Verhinderung bestimmter sozialrechtlicher Nachteile liegt, bedeutet dies nicht, dass damit allein bereits der Schutz vor diesen Nachteilen gesichert ist. Vielmehr muss der Bürger für die

²⁴⁶³ Schmitz, ZfSH/SGB 2006, 393, 397 f.

²⁴⁶⁴ Vgl. Krefel, NZS 1994, 395, 396 („*Sieht man den Herstellungsanspruch im jeweiligen Betreuungsrecht selbst begründet, so sind auch konkrete Grenzen für den Umfang der Haftung gefunden, weil die Restitution durch den Inhalt des verletzten Rechts begrenzt ist. Die Herstellung kann nicht weiter reichen als die Betreuung nach ihrem objektiven Inhalt im Einzelfall.*“).

²⁴⁶⁵ Goertz, Herstellungsanspruch, S. 9; Löcher, SozVers 2001, 85, 90 f. in diese Richtung gehend auch: Brugger, AöR 112 [1987], 389, 393; Kemmler, JA 2005, 908, 910; Muckel/Ogorek, SozR, § 16 Rn. 29; Ossenbühl/Cornils, StHR, S. 394; Hase, in: BeckOK, § 14 SGB I, Rn. 11.

²⁴⁶⁶ So im Ergebnis auch: BSG, Urt. v. 17.7.1979 – 12 Rar 15/78 = BSGE 48, 269, 275 f.; BSG, Urt. v. 8.10.1998 – B 8 KN 1/97 U R = BSGE 83, 30, 34 f.; BSG, Urt. v. 15.12.1999 – B 9 V 12/99 R = SozR 3-1200 § 14 Nr. 28; BSG, Urt. v. 27.1.2005 – B 7a/7 AL 20/04 R = SozR 4-4300 § 77 Nr. 2; Pietzner/Müller, VerwArch. 85 [1994], 603, 608; Schmidt-De Caluwe, S. 142 f. m.w.N.; Olbertz, S. 22 f.; Waßer, JA 2001, 137, 140; wohl auch: Adolf, Herstellungsanspruch, S. 51.

Geltendmachung eines Gestaltungs- oder Leistungsrechts noch die dafür erforderlichen Voraussetzungen grds. selbst erfüllen (z.B. Beiträge nachzahlen, einen Renten- oder einen Befreiungsantrag von einer Versicherungspflicht stellen, hilfebedürftig sein, krank i.S.d. §§ 27 ff. SGB V werden, eine Regelaltersgrenze oder Wartezeit erreichen). Der Bürger muss sich auch bei einer Herstellung noch die Handlungen vorhalten lassen, vor denen ihn auch das verletzte Recht nicht schützen sollte. Nur das Nichtnachholbare wird ggf. über eine Herstellung übersprungen.

Aus dem Schutzzweck des verletzten Rechts lassen sich auch die Positionen näher bestimmen, die im Wege der Herstellung ggf. zu korrigieren sind. Bei der Darstellung des Anspruchsumfangs wurde zwischen sozialrechtlichen Rechtsnachteilen und tatsächlichen Nachteilen differenziert. Zu den Rechtsnachteilen, die allgemein durch die Fiktion fehlender Tatbestandsvoraussetzungen, das Außerachtlassen verwirklichter Nachteilsvoraussetzungen oder die Nachholung von ungenutzten Gestaltungsmöglichkeiten korrigiert werden, zählen ein Anspruchsverlust, die Verringerung der Anspruchshöhe, die Verspätung einer Anspruchsgewährung, die Versagung einer rechtlich vorteilhaften Gestaltungsmöglichkeit oder das Auferlegen von Pflichten.²⁴⁶⁷ Dass der Herstellungsanspruch vorrangig auf den Ausgleich solcher Rechtspositionen gerichtet sein muss, lässt sich anhand des Schutzzweckes der verletzten Rechte belegen. Denn falls das verletzte subjektive Recht keine Hauptleistungspflicht darstellt, schützt es nicht unmittelbar vor tatsächlichen Nachteilen/Verschlechterungen, sondern ist auf die Leistungs- bzw. Gestaltungsrechte des Bürgers bezogen. Sie sollen den Schutz dieser Rechte sicherstellen, die dazu im Verletzungsfall (wieder-) hergestellt werden müssen. Wenn hingegen eine Hauptleistungspflicht verletzt worden sein sollte, kann ggf. der Schutzzweck dieses Rechts auch auf diese (tatsächliche) Hauptleistung ausgedehnt werden, so dass ausnahmsweise auch die tatsächlichen Positionen in die Herstellungspflicht miteinzubeziehen sind. Da es sich dafür allerdings um dieselben Positionen handeln muss, auf die auch der Hauptleistungsanspruch selbst gerichtet ist,²⁴⁶⁸ ist

²⁴⁶⁷ Vgl. jeweils mit weiteren Nachweisen: *Rixen*, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 15; *Mönch-Kalina*, in: Schlegel/Voelzke, § 14 SGB I, Rn. 43; *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., vor §§ 38 ff. SGB I, Rn. 168; *Fichte*, in: Erlenkämper/Fichte [Hg.], SozR, II 7 Rn. 5; *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6 Rn. 81; *Kokemoor*, SozR, Rn. 56; *Krasney*, in: FS für Walter Schwarz, S. 383, 394 f.

²⁴⁶⁸ Das hier beschriebene Verständnis des Herstellungsanspruchs für die Verletzung von Hauptleistungspflichten bedeutet, dass bspw. bei der Verletzung des Hauptleistungsanspruchs auf Krankenbehandlung der Herstellungsanspruch nur auf dieselbe Leistung Krankenbehandlung als Sachleistung gerichtet sein kann. Wenn der Kranke hingegen

der Ausschluss des Anspruchs infolge einer Subsidiarität gegenüber einem unverändert bestehenden Primäranspruch zu beachten. Der Herstellungsanspruch wird daher in diesen Fällen oftmals nicht durchgreifen können. Nur wenn die Verletzung eines zunächst bestehenden Hauptleistungsanspruchs kausal zu einer Beeinträchtigung des Hauptleistungsanspruchs geführt haben sollte, kann ggf. ein Herstellungsanspruch auf dieselbe tatsächliche Leistung bestehen. Dass dies regelmäßig nicht der Fall sein wird, liegt auf der Hand.

Eine rechtliche Restitution schließt – auch für den Fall einer Nebenleistungspflichtverletzung – keinesfalls aus, dass es über den Herstellungsanspruch zu einer (nachträglichen) Gewährung der tatsächlichen Leistung kommt. Denn ein hergestelltes Leistungsrecht beinhaltet auch, die Herstellung der Berechtigung diese Leistung zu fordern; andernfalls wäre die Herstellung des Rechts sinnlos. Wie in diesem Zusammenhang bereits herausgearbeitet wurde, ist die Herstellung zahlreicher tatsächlicher Positionen in Wirklichkeit (auch) eine rechtliche Restitution.²⁴⁶⁹ Bzgl. der Frage, wie genau der Herstellungsanspruch bspw. eine nachträgliche Leistungsgewährung hervorbringt, lassen sich regelmäßig mittelbare und unmittelbare Herstellung unterscheiden. Bei einer sog. mittelbaren Wirkungsweise werden die beeinträchtigten primären Leistungsrechte hergestellt, die dann zum Bezug der Leistung berechtigen. Demgegenüber werden bei einer sog. unmittelbaren Wirkungsweise die rechtlichen Wirkungen des beeinträchtigten Leistungsrechtes ersetzt, weshalb dieselbe Leistung fortan unmittelbar auf der Grundlage des eigenständigen Herstellungsanspruchs beansprucht werden kann.²⁴⁷⁰ Ob der Herstellungsanspruch beim Leistungsbezug eine mittelbare oder unmittelbare Wirkungsweise entfaltet, wird uneinheitlich beurteilt. Sofern man sich für eine Wirkungsweise entscheiden will, erscheint eine unmittelbare Wirkungsweise im Ergebnis rechtsdogmatisch sauberer. Denn dadurch wird deutlicher, dass der Herstellungsanspruch ein umgewandelter Sekundäranspruch ist, der an die Stelle des beeinträchtigten Leistungsrechts tritt, welches gerade nicht verwirklicht werden kann. Da sich ein Herstellungsanspruch bei einer mittelbaren Wirkungsweise zudem kaum

für eine Krankenbehandlung finanzielle Aufwendungen macht, die er nun erstattet haben möchte, handelt es sich um eine andere Position. Diese Erstattung ist nicht mehr unmittelbar vom Schutzzweck des Behandlungsanspruchs erfasst, so dass sie als neuer sog. originärer Leistungsanspruch zu betrachten ist. Zu diesen originären Leistungen sogleich.

²⁴⁶⁹ Vgl. Kap. 1 B.II.2.a.bb.

²⁴⁷⁰ Vgl. m.w.N. zu den unterschiedlichen Wirkungsweisen des Herstellungsanspruchs: Kap. 1 B.II.2.a.bb. (a) (aa).

von einer Einrede analog §§ 242, 162 BGB unterscheidet,²⁴⁷¹ lässt sich die eigene Anspruchsqualität des Herstellungsanspruchs nach einer unmittelbaren Wirkungsweise zudem überzeugender begründen. Ähnlich wie bei §§ 242, 162 BGB analog erspart dieses Verständnis die – kaum durchführbare – Unterscheidung, wann eine Leistung noch auf den hergestellten primären Leistungsanspruch hin gewährt wird und ab welchem Grad der Herstellung von einem anderen Leistungsgrund (dem Herstellungsanspruch) auszugehen ist.²⁴⁷² Der ursprüngliche Leistungsanspruch besteht wegen des Fehlverhaltens nicht (vollständig), weshalb die Herstellung diese Beeinträchtigungen korrigieren soll. Dies bedeutet allerdings nicht, dass eine (wieder-) hergestellte Leistungsbeziehung noch dieselbe Rechtsgrundlage hat, die ohne das Fehlverhalten bestehen würde. Vielmehr handelt es sich um eine richterliche Rechtsfortbildung zum planwidrig unvollständigen Leistungsrecht, die eine Leistung beanspruchbar macht, welche aufgrund der gesetzlich geregelten Leistungsrechte gerade nicht (mehr) beanspruchbar ist. Dies wird bei einer unmittelbaren Wirkungsweise deutlicher. Die Verbindung des Herstellungsanspruchs mit den gesetzlich geregelten Leistungsvoraussetzungen wird über das Verbot der Besserstellung und das Erfordernis eines „*an sich zulässigen*“ Amtshandelns ausreichend sichergestellt. Eine Inzidentprüfung des Herstellungsanspruchs im Rahmen des jeweiligen Leistungsrechts ist hierfür nicht notwendig.

Dieses unmittelbare Verständnis der Herstellung ist vor dem Hintergrund der hier gewählten Ableitung nicht zu beanstanden. Denn der Schutzzweck des verletzten subjektiven Rechts besteht regelmäßig darin, eine rechtliche Beeinträchtigung der Leistungsrechte auszuschließen. Ein Sekundäranspruch, der die Schutzwirkung dieser Primärrechte aufnehmen soll, wäre demnach unvollständig, wenn er die Leistungsebene – auf die der Schutz bezogen ist – außer Acht lassen würde. Wo eine Erweiterung der gesetzlich geregelten Leistungsrechte gefordert ist, übernimmt der Herstellungsanspruch also diese Funktion, indem die leistungsrechtliche Erweiterung durch Rechtsfortbildung geschaffen wird. Wo hingegen die Einschränkung eines sozialrechtlichen Nachteils notwendig ist, schafft der Herstellungsanspruch durch Rechtsfortbildung die leistungsrechtlich notwendige Ausnahme. Diese Rechtsfortbildung tritt neben die gesetzlich geregelten Fälle und ergänzt diese – auch dies spricht für eine unmittelbare Wirkungsweise.

²⁴⁷¹ Einige Autoren haben vereinzelt deshalb allgemein auch eine Anspruchsqualität des Herstellungsanspruchs bestritten (vgl. *Hertwig*, Verwaltungsrechtsverhältnis der Mitgliedschaft, S. 222 f.; *ders.*, JA 1986, 388, 389; wohl auch: *Schmidt-De Caluwe*, S. 504; offengelassen: *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., vor §§ 38 ff. SGB I, Rn. 190).

²⁴⁷² *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 164 i.a.Z.

Problematisch bleiben hingegen die Fälle abseits der Möglichkeit einer mittelbaren oder unmittelbaren Wirkungsweise, in denen rein tatsächliche Nachteile ausgeglichen werden sollen. Da für sie kein entsprechendes Recht gegeben ist, reicht es für ihre Korrektur nicht aus, dass lediglich die Rechte hergestellt werden, die ohne das Fehlverhalten heute bestehen würden. Da diese Fälle sich nicht bruchlos in die übliche Rechtsprechung zum Herstellungsanspruch einfügen, werden teilweise eigene Sonderfallgruppen für diese Fälle formuliert.²⁴⁷³ Da die beanspruchte Rechtsfolge selbstständig über den Herstellungsanspruch neu geschaffen werden muss, wurde der Ausgleich solcher Nachteile in dieser Arbeit als „*originäre Wirkungsweise*“ bezeichnet.²⁴⁷⁴ Fälle, in denen allenfalls rein tatsächliche Nachteile den Ausgangspunkt einer Herstellung bilden können, sind zahlreich denkbar. Obwohl sie gegenüber der rechtlichen Restitution einen Ausnahmefall bilden und oftmals auch als „*an sich unzulässiges*“ Amtshandeln von einer Herstellung ausgeschlossen werden (bspw. entgangener Gewinn, Kauf einer Eigentumswohnung²⁴⁷⁵ – inzwischen auch: Kostenerstattung bei selbstbeschafften Sachleistungen der gesetzlichen Krankenversicherung²⁴⁷⁶), existieren dennoch Entscheidungen, die von einer solchen originären Wirkungsweise des Herstellungsanspruchs ausgehen (Rückzahlung von unrentablen Beiträgen, die allerdings rechtmäßig entrichtet wurden²⁴⁷⁷ – früher auch: Kostenerstattung bei selbstbeschafften Sachleistungen der gesetzlichen Krankenversicherung²⁴⁷⁸). Nach der hier vertretenen Ableitung des Herstellungsanspruchs ist eine derartige originäre Wirkungsweise vollständig abzu-

²⁴⁷³ Bspw. wird von „*Herstellung bei Leistungsverweigerung*“ (Kreßel, NZS 1994, 395, 396 ff.) oder „*Herstellung bei unrentablen Beiträgen*“ (Bogs, in: Zacher [Hg.], FS zum 25jährigen Bestehen des BSG, Bd. I, S. 149, 172) oder zusammenfassend allgemein von einem „*einstufigen Modell der Herstellung*“ (Goertz, Herstellungsanspruch, S. 16 ff.) gesprochen.

²⁴⁷⁴ Vgl. hierzu: S. Kap. 1 B.II.2.a.bb. (a) (bb).

²⁴⁷⁵ BSG, Urt. v. 9.9.1979 – 7 RAr 115/78 = BSGE 49, 30, 33.

²⁴⁷⁶ Etwa: BSG, Urt. v. 2.11.2007 – B 1 KR 14/07 R = BSGE 99, 180, 184 f. m.w.N.; Krause/Sattler, in: Udsching/Rolfs [Hg.], JbSR 2007, S. 65, 66; Kingreen, in: Becker/Kingreen [Hg.], § 13 SGB V, Rn. 20; Brandts, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 13 SGB V, Rn. 48; Wagner, in: Krauskopf, 83. EGL., § 13 SGB V, Rn. 33; Mrozynski, § 14 SGB I, Rn. 26; Rixen, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 13; Adolf, Herstellungsanspruch, S. 53 Fn. 188; Kreßel, NZS 1994, 395, 398; im Ergebnis auch: Schmidt-De Caluwe, S. 207 f.

²⁴⁷⁷ BSG, Urt. v. 19.2.1987 – 12 RK 55/84 = BSGE 61, 175, 178; diese Rechtsprechung wird nach wie vor aufrechterhalten (vgl. BSG, Urt. v. 27.8.2009 – B 13 R 14/09 R = BSGE 104, 108, 116).

²⁴⁷⁸ BSG, Urt. 20.10.1972 – 3 RK 93/71 = BSGE 35, 10, 14 f.; BSG, Urt. v. 23.3.1988 – 3/8 RK 5/87 = BSGE 63, 102, 103; BSG, Urt. v. 14.12.1982 – 8 RK 23/81 = SozR 2200 § 182 Nr. 86; BSG, Urt. v. 13.5.1982 – 8 RK 34/81 = BSGE 53, 273, 277.

lehnen. Dass der sozialrechtliche Herstellungsanspruch im Ergebnis auf rechtliche Korrekturen zu beschränken ist, ergibt sich im Wesentlichen aus drei Erwägungen.

Oftmals sind die tatsächlichen Nachteile bereits vom Schutzzweck des verletzten Rechts nicht umfasst. Die verletzten subjektiven Betreuungsrechte bezwecken allenfalls den Schutz vor rechtlichen Beeinträchtigungen, die im Hinblick auf die Leistungsrechte des Bürgers ggf. eintreten können. Ein Schutz der tatsächlichen Stellung des Bürgers ist hingegen nicht unmittelbar bezweckt, selbst wenn eine rechtmäßige Betreuung im Ergebnis auch der tatsächlichen Stellung des Bürgers zu Gute kommt. Eine Betreuung erfolgt nicht, damit sich der Bürger bspw. mittels seiner Sozialleistungen in Geld weitergehende Gewinne erwirtschaften kann oder sich von der Auszahlung tatsächlich eine günstige Eigentumswohnung kaufen kann; sie dient nur einer Verwirklichung seiner Sozialleistungsrechte. Zu korrigieren ist allenfalls der Leistungsanspruchsverlust und nicht der wirtschaftliche Verlust, der infolge des Ausbleibens der Geldzahlung entsteht. Die tatsächlichen Folgepositionen müssen daher nicht über das schwer handhabbare Kriterium des „*an sich (un)zulässigen*“ Amtshandelns aus dem Anwendungsbereich der Herstellung herausgenommen werden, sondern sind bereits aufgrund des fehlenden Schutzzweckzusammenhangs nicht zu restituieren. Schwieriger erscheint eine Grenzziehung hingegen, wenn das verletzte Recht (bspw. eine Hauptleistungspflicht) seinerseits den Bürger so vor bestimmten tatsächlichen Nachteilen schützen soll, dass der Eintritt eines tatsächlichen Nachteils denotwendig mit einer Rechtsverletzung zusammenfällt. Beispielhaft hierfür sind die Fälle, in denen rechtswidrig eine Krankenbehandlung im System der gesetzlichen Krankenversicherung verweigert wurde und der Kranke sich diese Behandlung auf seine Kosten selbst beschafft hat, eine unterhaltsnotwendige Sozialleistung nicht gewährt wird und der Bürger deshalb zum Abschluss eines Darlehensvertrages gedrängt ist, der seinen Unterhalt sichert, oder ein Bürger wegen eines fehlenden Hinweises auf die Möglichkeit günstigerer Beitragsklassen unrentabel hohe Beiträge zahlt. In diesen Fällen soll genau dieser tatsächliche Nachteil (Selbstbeschaffung der Krankenbehandlung; Abschluss eines Darlehensvertrages oder Überzahlung durch unrentable Beiträge) durch ein rechtmäßiges staatliches Verhalten verhindert werden. Insofern ließe sich hier sehr wohl begründen, dass der Schutzzweck des verletzten Rechts auch den Schutz vor genau diesen tatsächlichen Nachteilen umfassen muss.

Dass es dennoch nicht zu einer Herstellungspflicht bzgl. der tatsächlichen Positionen kommen darf, folgt daraus, dass für diese Fälle gemessen an der Ge-

samtrechtsordnung nicht länger von einer planwidrigen Regelungslücke ausgegangen werden kann. Bzgl. einer rechtlichen Restitution kann anhand der fachrechtlichen Wertungen des Einzelfalls nachgewiesen werden, dass ein sozialrechtlicher Nachteil nicht durch das Gesetz ausgeglichen werden soll und stattdessen die Regelungen anzuwenden sind, die ohne die Pflichtverletzung anzuwenden wären. Abseits des Rechtsnachteils lässt sich allenfalls nachweisen, dass die Begründung des tatsächlichen Nachteils nicht durch das Gesetz gedeckt ist. Weitgehend offen bleibt hingegen, welche Rechtsfolgen sich nun hieraus für die Korrektur des Einzelfalles ergeben sollen. Wie im Zusammenhang mit der Ableitung des Herstellungsanspruchs dargestellt wurde muss nämlich keineswegs davon ausgegangen werden, dass jeder rechtswidrig herbeigeführte Nachteil verschuldensunabhängig durch Herstellung des Zustandes zu beseitigen wäre, der ohne die hoheitliche Pflichtverletzung heute bestehen würde. Da die Korrektur eines rein tatsächlichen Nachteils über den Herstellungsanspruch zudem nur die Herstellung eines tatsächlichen Zustandes bedeutet, der ohne das Fehlverhalten bestehen würde, ist nicht ersichtlich, worin das für den Herstellungsanspruch notwendige Amtshandeln liegen soll; bzw. warum ein solcher Anspruch gerade kein Schadensersatzanspruch i.S.d. §§ 249 ff. BGB ist.²⁴⁷⁹ Überhaupt geht es bei einer originären Wirkungsweise im Ergebnis nicht um die Korrektur sozialrechtlicher Nachteile, sondern nur um die nachträgliche Kompensation wirtschaftlicher Einbußen; angestrebt wird schlicht ein Schadensersatz in Geld, der für den Bürger möglichst einfach erreichbar sein soll. Für diese Rechtsfolge besteht jedoch mit dem Amtshaftungsanspruch nach § 839 BGB, Art. 34 GG eine sicherlich unbequeme – aber nicht deshalb zugunsten gefälligerer Ergebnisse durch den Richter korrigierbare – gesetzliche An-

²⁴⁷⁹ Die Amtshandlungsqualität des Handelns eines Verwaltungsträgers bestimmt sich maßgeblich nach der Rechtsgrundlage des Handelns. Wenn bspw. die Zahlung auf einen Rentenanspruch des Bürgers erfolgt, ergibt sich der hoheitliche Charakter dieser Zahlung unstreitig daraus, dass auf den öffentlich-rechtlichen Leistungsanspruch hin gezahlt wurde. Wenn dieselbe Rentenleistung auf einen Herstellungsanspruch hin ausgezahlt werden soll, lässt sich der Amtshandlungscharakter daraus begründen, dass der Herstellungsanspruch an die Stelle des beeinträchtigten öffentlich-rechtlichen Rentenanspruchs tritt und damit auch seine Zuordnung zum öffentlichen Recht teilt. Wenn hingegen lediglich eine Kostenerstattung in Geld verlangt wird, ohne dass eine öffentlich-rechtliche Norm diese Erstattung zuvor als öffentlich-rechtlich ausweist, erscheint ein öffentlich-rechtlicher Charakter der Kostenerstattung fraglich. Dass allein aus dem Zusammenhang mit einer öffentlich-rechtlichen Pflichtverletzung nämlich jede denkbare Reaktionsfolge ihrerseits auch Amtshandlungsqualität haben soll, kann schwerlich näher bewiesen werden – wenn überhaupt kann man dies glauben.

spruchsgrundlage,²⁴⁸⁰ die hinsichtlich tatsächlicher Einbußen durch Schadensersatzansprüche aus Verwaltungsrechtsverhältnissen (§§ 280 ff. BGB analog) und auch durch den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch weiter ergänzt wird. Die Begründung eines zusätzlichen Herstellungsanspruchs, der auf die Korrektur derselben tatsächlichen Nachteile gerichtet wäre, erscheint nicht notwendig. Das Alleinstellungsmerkmal des Herstellungsanspruchs gegenüber den anderen Ansprüchen des Staatshaftungsrechts liegt schließlich in der Möglichkeit einer rechtlichen Restitution. Dass insbesondere bei Restitutionsansprüchen eine zu weite Ausdehnung unzulässig in den Anwendungsbereich der Schadensersatzansprüche hineinreicht, zeigt sich deutlich in der Diskussion der Begrenzung des Folgenbeseitigungsanspruchs auf die Beseitigung unmittelbarer Folgen.²⁴⁸¹ Eine vergleichbare Eingrenzung der Herstellung steht bislang aus, obwohl die vergleichsweise seltene Rechtsprechung zur sog. originären Wirkungsweise zeigt, dass sie auch hier überfällig ist. Mit der hier vertretenen Begründung des Herstellungsanspruchs ist eine originäre Wirkungsweise jedenfalls nicht vereinbar.

Darüber hinaus sind der Reichweite eines lückenschließenden sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs, der unter Bezugnahme auf § 2 II SGB I begründet wird, durch §§ 2 I S. 2, 31 SGB I Grenzen gesetzt. Wenn gem. §§ 2 I S. 2, 31 SGB I auch im Wege der Rechtsfortbildung keine neuen Leistungsrechte geschaffen werden dürfen,²⁴⁸² kann eine originäre Wirkungsweise nicht möglich sein. Denn eine Rechtsfolge, die erst vollständig neu geschaffen werden muss, ist inhaltlich nichts anderes als ein unzulässiger neuer Leistungsanspruch. Für dieses Verständnis der Rechtsfolgen eines Herstellungsanspruchs kann nicht behauptet werden, dass lediglich Rechte aufrecht erhalten bleiben bzw. hergestellt werden, die im Gesetz verankert sind.²⁴⁸³

Der Ausschluss einer Herstellungspflicht hinsichtlich einer Herstellung originärer Nachteile/Schäden, die tatsächlich aufgrund der Rechtsverletzung eingetreten sind, ohne zugleich auch rechtliche Nachteile zu sein, erscheint hart und vielleicht sogar unbillig. Bei genauerer Betrachtung fällt jedoch auf, dass dies keineswegs der Fall ist. Denn ein Ausschluss von tatsächlichen Nachteilen im Rahmen des Herstellungsanspruchs bedeutet

²⁴⁸⁰ So im Ergebnis wohl auch: *Ladage*, S. 122; *Hase*, in: BeckOK, § 14 SGB I, Rn. 14; *ders.*, SGB 2001, 593, 599.

²⁴⁸¹ Vgl. ausführlich: Kap. 1 E.II.2.b.aa. (1) (d).

²⁴⁸² *Rüfner*, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 2 SGB I, Rn. 8; *ders.*, in: FS für Georg Brunner, S. 101, 105; *Klose*, in: Jahn [Hg.], 250. EGL., § 2 SGB I, Rn. 8, 11; *Krahmer*, in: *Krahmer* [Hg.], § 2 SGB I, Rn. 5; *Eichenhofer*, SGB 2011, 301, 302 f.

²⁴⁸³ Vgl. ausführlich zur Grenze richterrechtlicher Rechtsfortbildung durch §§ 2 I S. 2, 31 SGB I bzgl. des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs: Kap. 2 B.II.3.c.bb. (4).

nicht, dass der Bürger diese Nachteile hinnehmen muss. Vielmehr bleiben andere – hierfür treffendere – Ansprüche des Staatshaftungsrechts bestehen.

Bspw. erscheint eine Anwendung des Herstellungsanspruchs zur Kostenerstattung bei selbstfinanzierten Sachleistungen über den Herstellungsanspruch auch dann unzulässig, wenn die Sachleistung rechtswidrig durch die Krankenkasse verweigert wurde.²⁴⁸⁴ Ein solcher über den Herstellungsanspruch originär geschaffener Kostenerstattungsanspruch des Bürgers widerspricht nämlich den Erwägungen, die ursprünglich einmal zur Entwicklung des Herstellungsanspruchs geführt haben. Ausgangspunkt der Entwicklung des Herstellungsanspruchs war die Annahme, dass dem Bürger mit unregelter Naturalrestitution durch Amtshandeln geholfen werden müsse, weil geregelter Geldersatz nicht ausreichend sei.²⁴⁸⁵ Hierum geht es nicht mehr, wenn ein weiterer, unregelter Geldersatzanspruch geschaffen wird. Dies stellt die ergänzende Grundlegung des Herstellungsanspruchs bzgl. Naturalrestitution durch Amtshandeln in Frage. Schon vor Inkrafttreten des § 13 III SGB V war die im Wege der Herstellung originär geschaffene Kostenerstattungspflicht daher nicht haltbar. Die Erkenntnis der Unpassendheit des Herstellungsanspruchs in diesen Fällen führt dazu, dass inzwischen – rechtsdogmatisch fragwürdige – Versuche unternommen werden, einen weiteren eigenständigen Sekundäranspruch zu schaffen, der allgemein jedem Bürger die tatsächlich entstandenen Kosten ersetzt, die diesem durch eine notwendige Selbstbeschaffung der (Sach-) Leistung entstanden sind, welche infolge eines hoheitlichen Fehlverhaltens rechtswidrig verweigert wurde (sog. Kostenerstattungsanspruch).²⁴⁸⁶ Dieser Kostenerstattungsanspruch bei selbstbeschafften Sozialleistungen liegt inhaltlich deutlich näher an einem Aufwendungsersatzanspruch aus öffentlich-rechtlicher Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff., 683 i.V.m. § 670 BGB analog)²⁴⁸⁷ als an einem restituierenden Herstellungsanspruch.

Daneben ergibt sich auch keine Notwendigkeit, eine Übersicherung/-zahlung durch unrentable Beitragsleistungen in den Anwendungsbereich des Herstellungsanspruchs mit einzubeziehen. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass einem Bürger über den Herstellungsanspruch freiwillige Beiträge zurückzuerstatten sind, wenn aufgrund einer Fehlberatung freiwillige Beiträge zwar rechtmäßig gezahlt wurden, aber diese Beitragszahlungen für den Betroffenen wirtschaftlich sinnlos bleiben.²⁴⁸⁸ Da kein allgemeiner sozialrechtlicher Anspruch besteht, der die Verwaltung zur Erstattung von rechtmäßigen, aber unwirt-

²⁴⁸⁴ Vgl. zu dieser früheren Rechtsprechung: BSG, Urt. 20.10.1972 – 3 RK 93/71 = BSGE 35, 10, 14 f.; BSG, Urt. v. 23.3.1988 – 3/8 RK 5/87 = BSGE 63, 102, 103; BSG, Urt. v. 14.12.1982 – 8 RK 23/81 = SozR 2200 § 182 Nr. 86; BSG, Urt. v. 13.5.1982 – 8 RK 34/81 = BSGE 53, 273, 277.

²⁴⁸⁵ Vgl. statt vieler die kritische zusammenfassende Darstellung bei: *Hase*, SGB 2001, 593, 599 m.w.N.

²⁴⁸⁶ Vgl. zum Kostenerstattungsanspruch: LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 20.5.2010 – L 23 SO 157/07 m.w.N.; *Mroczynski*, SGB 1987, 404 ff.; *Grube*, NVwZ 2002, 1458, 1460 ff.; *Riehle*, ZfSH/SGB 2004, 527 ff.; *Münder*, SGB 2006, 186, 192; kritisch: *Schmitz*, ZfSH/SGB 2006, 393, 400.

²⁴⁸⁷ *Riehle*, ZfSH/SGB 2004, 527, 530 f.

²⁴⁸⁸ BSG, Urt. v. 19.2.1987 – 12 RK 55/84 = BSGE 61, 175, 178; diese Rechtsprechung wird nach wie vor aufrechterhalten (vgl. BSG, Urt. v. 27.8.2009 – B 13 R 14/09 R = BSGE 104, 108, 116).

schaftlichen Beiträgen verpflichten würde,²⁴⁸⁹ soll hier originär über den Herstellungsanspruch eine neue Erstattungspflicht begründet werden. Aber auch in diesem Zusammenhang handelt es sich nur um eine finanzielle Belastung durch die Beitragszahlungen – für die der Bürger kein wirtschaftliches Äquivalent erhält –, die korrigiert werden soll. Für diese Fälle genügt es, über den Herstellungsanspruch die Rechtmäßigkeit der Beitragszahlung zu beanstanden und für die tatsächliche Rückerstattung der Beitragsteile den allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch heranzuziehen. Sofern es nämlich lediglich noch um die tatsächliche Rückerstattung von Geldzahlungen geht, ist ein zusätzlicher Herstellungsanspruch nichts anderes als ein Erstattungsanspruch.²⁴⁹⁰ Der eigene Anwendungsbereich des Herstellungsanspruchs ist auf die rechtliche Restitution zu beschränken. Inwiefern diese Restitution rechtlich zulässig ist, richtet sich dann nach den Kriterien des „*an sich (un)zulässigen*“ Amtshandelns.

(3) *Verständnis des Ausschlusskriteriums des „an sich (un)zulässigen“ Amtshandelns als Ausschlussgrund im Einzelfall nach dem materiellen Leistungsrecht*

Das Kriterium des „*an sich zulässigen*“ Amtshandelns dient dazu, im Einzelfall die Übereinstimmung der Herstellung mit dem materiellen Fachrecht sicherzustellen. Da der Herstellungsanspruch eine Rechtsfortbildung des einfachen Rechts darstellt, die durch den Schutzzweck einfacher Rechte begründet wird, kann die Rechtsfortbildung auch durch gleichrangige einfach-rechtliche Wertungen ausgeschlossen sein. Deshalb kann sich aus einfach-rechtlichen Bestimmungen (insbesondere des Leistungsrechts) ergeben, dass eine Herstellung unzulässig ist, weil sie gegen das Gesetz – richtig verstanden als gesetzlicher Regelungszweck – verstoßen würde. Wo es zu einer Anwendung des Herstellungsanspruchs kommen soll muss daher feststehen, dass diese Rechtsfolge nicht zu einem „*an sich unzulässigen*“ Amtshandeln führt und keinen Zustand begründet,²⁴⁹¹ der nach dem jeweiligen Leistungsrecht unzulässig ist.²⁴⁹²

²⁴⁸⁹ Mrozynski, § 14 SGB I, Rn. 37; Frohn, JURA 1989, 523, 524 f.; Goertz, Herstellungsanspruch, S. 29.

²⁴⁹⁰ So im Ergebnis wohl auch: Ladage, S. 93 ff., 108 f., 121.

²⁴⁹¹ Vgl. BSG, Urt. v. 28.9.2010 – B 1 KR 31/09 R; BSG, Urt. v. 8.3.1990 – 3 RK 9/89 = SozR 3-2200 § 183 Nr. 1.

²⁴⁹² Von diesem Grundverständnis ausgehend muss die Ansicht abgelehnt werden, die glaubt, gänzlich auf das Kriterium des „*an sich zulässigen*“ Amtshandelns verzichten zu können (Adolf, Herstellungsanspruch, S. 223). Dies führt sicherlich wie beabsichtigt zu eindeutigen Entscheidungen (Adolf, Herstellungsanspruch, S. 223). Allerdings handelt es sich im Zweifel um eindeutig unzulässige Entscheidungen, weil verkannt wird, dass die rechtliche Zulässigkeit des Herstellungsanspruchs als Rechtsfortbildung von der rechtlichen Zulässigkeit ihres Ergebnisses abhängt.

Ob durch eine Herstellung ein rechtlich zulässiger oder unzulässiger Zustand begründet wird, hängt davon ab, ob die Voraussetzungen, die im Einzelfall durch die Herstellung übersprungen werden, gegenüber dem Herstellungsanspruch disponibel sind oder nicht. Mit anderen Worten geht es darum, ob der Eintritt einer Rechtsfolge mit der rechtzeitigen (Nicht-) Erfüllung der zu überwindenden Voraussetzungen stehen oder fallen soll. Wie die Trennlinie in diesem Zusammenhang zu ermitteln ist, wird sehr unterschiedlich beurteilt.²⁴⁹³

Zustimmung verdient dabei die Ansicht, die auf den Gesetzeszweck des jeweils herzustellenden Leistungsrechts abstellt.²⁴⁹⁴ So hat insbesondere *Wallerath* überzeugend herausgearbeitet, dass nicht die Frage aufzuwerfen ist, „*ob Tatbestandselemente fingiert werden, deren Verwirklichung ausschließlich in den Händen des Berechtigten oder der leistungspflichtigen Behörde liegt. Entscheidend ist vielmehr, ob es sich um Tatsachen handelt, deren Fiktion nach Sinn und Zweck des Gesetzes auch bei einer der Behörde zurechenbaren Fehlentwicklung ausgeschlossen sein soll.*“²⁴⁹⁵ Es geht also darum, ob das „*gesetzgeberische Leistungsziel noch nachträglich [insbesondere durch Herstellung] erreichbar ist.*“²⁴⁹⁶ Dies trifft nicht für die Tatbestandsvoraussetzungen zu, bei denen „*der Verzicht auf ihr reales Vorliegen den legislatorischen Grund für die jeweilige Sozialleistung verfehlen würde.*“²⁴⁹⁷ Hierzu wird eine Gesamtschau bzgl. der Herstellbarkeit des Sozialrechtsverhältnisses durchgeführt und nicht bei einer isolierten Betrachtung der jeweiligen Einzelvorschrift stehengeblieben.²⁴⁹⁸ In diesem Verständnis muss also berücksichtigt werden, ob mit einer Vorschrift auch für den Herstellungsfall ein sozialrechtlicher Nachteil begründet werden soll – oder ob nicht vielmehr aus dem fachrechtlichen Regelungskomplex der Schluss zu ziehen ist, dass der Gesetzgeber bei der Regelung eines sozialrechtlichen Nachteils andere Fälle im Blick hatte. Gefordert ist eine gegenüberstellende Abwägung zwischen dem Schutzzweck des verletzten subjektiven Rechts und dem Regelungszweck der Vorschrift, die nun ggf. einen sozialrechtlichen Nachteil begründet.²⁴⁹⁹ Nach dem BSG geht es darum, „*wel-*

²⁴⁹³ Ausführlich zu den einzelnen (Unter-) Ansichten: Kap. 1 B.II.2.b.bb. (3).

²⁴⁹⁴ BSG, Urt. v. 16.12.2008 – B 4 AS 77/08 B; BSG, Urt. v. 27.1.2005 – B 7a/7 AL 20/04 R = SozR 4-4300 § 77 Nr. 2 = NZS 2006, 104, 107; BSG, Urt. v. 29.1.2008 – B 7/7a AL 68/06 R = BSGE 100, 6, 11; *Wallerath*, DÖV 1994, 757, 762 f.; *Waßer*, JA 2001, 137, 140 f.; *Schmitz*, ZfSH/SGB 2006, 393, 397 f.; wohl auch: *Kreßel*, NZS 1994, 395, 396.

²⁴⁹⁵ *Wallerath*, DÖV 1994, 757, 762.

²⁴⁹⁶ *Wallerath*, DÖV 1994, 757, 763.

²⁴⁹⁷ *Wallerath*, DÖV 1994, 757, 763.

²⁴⁹⁸ *Waßer*, JA 2001, 137, 141.

²⁴⁹⁹ *Wallerath*, DÖV 1994, 757, 760; *Waßer*, JA 2001, 137, 141.

che Funktion der zu ersetzenden Handlung im Rahmen des Gesetzeszwecks zukommt.²⁵⁰⁰

Dieses Vorgehen entspricht dem hier befürworteten Verständnis des „*an sich zulässigen*“ Amtshandelns. Da eine Herstellung nur dann dem Gesetzeszweck entsprechen kann, falls sie keinen (fach-) rechtlichen Widerspruch begründet, kann sie dort durchgreifen, wo eine Herstellung (fach-) rechtlich zulässig ist. Bei dieser Untersuchung wird entscheidend auf die Funktion einer Tatbestandsvoraussetzung abgestellt. Die Möglichkeit der Begründung eines Herstellungsanspruchs hängt damit von den gesetzlichen Wertungen des jeweiligen Einzelfalls ab, was eine erhebliche „*Fragilität*“²⁵⁰¹ des Anspruchs bedingt.²⁵⁰²

Insbesondere *Goertz* tritt diesem teleologischen Verständnis des „*an sich zulässigen*“ Amtshandelns entgegen, weil es dem Rechtsanwender einen zu weiten eigenen Spielraum eröffne.²⁵⁰³ Ferner fordere das Gebot der Rechtssicherheit einheitliche Kriterien, die eine Kasuistik vermeiden, wie sie bei der Bezugnahme auf die jeweiligen Einzelwertungen entstände.²⁵⁰⁴ Schließlich meint *Goertz*, dass überhaupt eine Differenzierung zwischen ersetzbaren und nichtersetzbaren Tatbestandsvoraussetzungen einer Norm nicht möglich sei, weil der Eintritt einer Rechtsfolge vom Gesetzgeber gerade einheitlich mit der Erfüllung aller Voraussetzungen verbunden werde.²⁵⁰⁵ Diese allgemeine Kritik ist allerdings ihrerseits unberechtigt und kann zurückgewiesen werden.

Zunächst wird durch die Einbeziehung des gesetzlichen Regelungszwecks kein eigener Spielraum des Rechtsanwenders eröffnet, sondern vielmehr das Spielfeld zulässiger Rechtsanwendung überhaupt erst abgesteckt. Denn derjenige, der den Regelungszweck einer Vorschrift nicht – richtig – erkennt, kann das Recht nur falsch anwenden. Bei jeder Rechtsanwendung muss daher der Regelungszweck des Gesetzes ermittelt werden, um der Gesetzesbindung aus Art. 20 III GG überhaupt gerecht werden zu können. Die Gesetzesbindung wird deshalb nicht gelockert, sondern überhaupt erst berücksichtigt, wenn der Regelungszweck ermittelt und umgesetzt wird. Gerade das Verständnis von *Goertz* setzt

²⁵⁰⁰ BSG, Urt. v. 27.1.2005 – B 7a/7 AL 20/04 R = SozR 4-4300 § 77 Nr. 2 = NZS 2006, 104, 107.

²⁵⁰¹ *Wallerath*, DÖV 1994, 757, 763.

²⁵⁰² Ohne tiefergehende Bedeutung ist es dabei, ob das Kriterium des „*an sich (un)zulässigen*“ Amtshandelns als eigene Tatbestandsvoraussetzung oder als Ausschlussgrund verstanden wird. Die Fragilität des Anspruchs bleibt dieselbe. Wie bereits dargestellt, ist es ausgehend von der Funktion des Kriteriums überzeugender, dieses als rechtshindernde/rechtsvernichtende Einwendung zu verstehen, die die Rechtsfolge des Herstellungsanspruchs dann einschränkt, wenn „*an sich unzulässiges*“ Amtshandeln vorliegt (Kap. 1 B.II.2.b.bb. (2) (e)). Sofern kein „*an sich unzulässiges*“ Amtshandeln festgestellt werden kann, kann im Umkehrschluss von „*an sich zulässigem*“ Amtshandeln ausgegangen werden.

²⁵⁰³ *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 157 ff., 161 f.

²⁵⁰⁴ Vgl. *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 158 f.

²⁵⁰⁵ *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 158 f.

den Herstellungsanspruch erst der Gefahr aus, sich von zulässigem lückenschließenden Richterrecht zu unzulässigem Gesetzesersetzendem Richterrecht zu wandeln.²⁵⁰⁶

Zudem ist der zweite Einwand nicht haltbar. Sicherlich bedingt die Orientierung am jeweiligen Gesetzeszweck eine umfangreichere Kasuistik als bei einer allgemein gültigen Abgrenzungsregelung, die allerdings auch *Goertz* nicht formulieren kann.²⁵⁰⁷ Eine allgemein gültige Abgrenzungsregelung muss zu Ende gedacht sogar denknötwendig ausscheiden, damit das Ausschlusskriterium des „*an sich unzulässigen*“ Amtshandelns als rechtliches Korrektivkriterium überhaupt Sinn ergibt. Dies ist eine Folge der Reichweite des Anwendungsbereiches des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs. Nur auf das Sozialversicherungsrecht bezogen, beinhaltet bereits das Krankenversicherungsrecht andere Wertungen als Renten- oder Arbeitslosenversicherungsrecht; warum diese Unterschiedlichkeit bei einer Restitution generell unbeachtet bleiben soll, will nicht einleuchten. Die Forderung nach Vereinheitlichung unabhängig von den Wertungen des jeweiligen Einzelfalles stellt im Ergebnis keineswegs eine allgemeine Rechtmäßigkeit sicher, sondern begründet eine allgemeine Ignoranz gegenüber gesetzlichen Wertungen, die anders liegen können. Diese Forderung entzieht der rechtlichen Zulässigkeitsprüfung mit dem Regelungszweck des Gesetzes den einzigen Prüfungsmaßstab in der Frage, ob eine Rechtsfortbildung zulässig ist oder nicht. Da es den „*einen*“ gesetzlichen Regelungszweck nicht gibt, ist die Flexibilität/„*Fragilität*“²⁵⁰⁸ des Ausschlusskriteriums nicht abzulehnen, sondern für die Regelungen des Einzelfalles und ihre divergierenden Wertungen zu begrüßen. Eine allgemeine/abstrakte Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Amtshandelns würde letztlich auch dem Gesetzgeber den Zugriff auf die Regelung des Einzelfalles entziehen, wenn einschlägige Gesetzeswertungen zugunsten einer falsch verstandenen Rechtssicherheit bei der Rechtsfortbildung unbeachtet bleiben. Die Rechtsfortbildung würde über die „*Köpfe der gesetzlichen Wertungen*“ hinweg erfolgen. Das Gebot der Rechtssicherheit verlangt

²⁵⁰⁶ Diese Einschätzung ist ggf. aus dem eigenem Verständnis des Herstellungsanspruchs als „*gesetzesvertretendes Richterrecht*“ (*Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 47 ff.) zu erklären, wenn *Goertz* fälschlicherweise glauben sollte, dass der Richter hier ohnehin weitestgehend frei von rechtlichen Bindungen entscheiden könne. Dass dies nicht der Fall ist, belegt nicht zuletzt gerade das Ausschlusskriterium des „*an sich unzulässigen*“ Amtshandelns.

²⁵⁰⁷ Tatsächlich will *Goertz* entscheidend darauf abstellen, ob „*der Gesetzgeber auf primärrechtlicher Basis Korrekturoptionen für die konkrete Fehldisposition bereithält*“ (*Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 189). Wenn der Herstellungsanspruch nicht als subsidiär hinter diese Gesetzesbestimmungen zurücktreten soll, muss dies bedeuten, dass der Herstellungsanspruch andere/zusätzliche Fälle erfasst, die nicht bereits gesetzlich geregelt sind. Dann will aber auch *Goertz* im Ergebnis darauf abstellen, ob das einfache Recht die Herstellung zulässt (Korrekturoptionen geregelt) oder ausschließt (keine Korrekturoptionen geregelt). Wie dies ohne den Rückgriff auf den Regelungszweck der jeweiligen Korrekturbestimmungen – die im Wege der systematischen Auslegung auch das Verständnis des jeweiligen Leistungsrechts mitbestimmen – zutreffend ermittelt werden soll, bleibt unklar. So gibt es in diesem Konzept keine Möglichkeit, bspw. den abschließenden Charakter dieser Korrekturvorschriften i.S.e. Ausschlusses des Herstellungsanspruchs ausreichend zu berücksichtigen.

²⁵⁰⁸ *Wallerath*, DÖV 1994, 757, 763.

keineswegs, dass zu Gunsten der Verständlichkeit des Rechts derart rechtswidrige Entscheidungen getroffen werden sollen, nur weil sie einfach handhabbar sind.²⁵⁰⁹

Schließlich überzeugt auch der dritte Einwand nicht, da er letztlich zu der überholten Vorstellung einer lückenlosen Rechtsordnung zurückführt. Vielmehr trifft jede lückenschließende Rechtsfortbildung ausgehend vom gesetzlichen Regelungszweck eine Unterscheidung zwischen im Einzelfall disponiblen und nichtdisponiblen Voraussetzungen. Wenn eine Rechtsfolge bspw. über einen Analogieschluss auf Fälle erweitert werden soll, die nicht vom Wortlaut des geschriebenen Rechts erfasst sind, unterscheiden sich diese Fälle im Tatbestand von den geregelten Fällen (denn sonst wären sie bereits vom Wortlaut erfasst). Sie sind allerdings unter anderen Gesichtspunkten wertungsmäßig den geregelten Fällen noch ausreichend vergleichbar, um diese ausgehend von einem einheitlichen Plan des Gesetzes gleich zu behandeln. Abweichend vom geschriebenen Recht werden diese Fälle dann auch in den Anwendungsbereich der Regelung miteinbezogen, weil davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber diese Fälle nur planwidrig nicht erfasst hat. Nach der hier gewählten Ableitung modifiziert der Herstellungsanspruch eine gesetzliche Regelung ebenfalls abweichend für den Fall einer Pflichtverletzung, weil der Gesetzgeber diesen Fall nicht mit der nachteilhaften Regelung erfassen will; es wurde nur planwidrig versäumt, eine entsprechende Ausnahmeregelung für diesen atypischen Einzelfall zu schaffen, der rechtswidrig behandelt wurde. Ausgehend davon, dass dieser Bürger von der Anwendung eines sozialrechtlichen Nachteils ausgenommen werden sollte, korrigiert der Herstellungsanspruch die wortlautgetreue Rechtsanwendung im Sinne des Gesetzes. Anders ist ein lückenschließender Herstellungsanspruch auch nicht denkbar. Denn wenn der Gesetzgeber einen Nachteil ausnahmslos für jeden Bürger begründen möchte, kann dieser Bürger nicht vom Fachrichter unter Missachtung der Regelung von der Begründung des Nachteils wieder ausgenommen werden; das Recht ist dann nicht planwidrig lückenhaft.²⁵¹⁰ Diese Unterscheidung zwischen lückenhaften und vollständigen Regelungen wird für den Herstellungsanspruch anhand des Kriteriums des „*an sich (un)zulässigen*“ Amtshandelns vorgenommen und beinhaltet dabei die Unterscheidung zwischen im Wege der Herstellung disponiblen und nichtdisponiblen Voraussetzungen, die in vergleichbarer Weise bei jeder lückenschließenden Rechtsfortbildung auftritt.

Unstreitig sollte sein, dass eine Herstellung nicht entgegen einem erkannten Gesetzeszweck möglich ist. Demgegenüber kann darüber gestritten werden, ob ein Gesetzeszweck zutreffend festgestellt wurde und die einzelne Herstellung zu (Un-) Recht erfolgt ist. Hiervon ausgehend wird auch die umfangreiche Kasuistik verständlich, die sich in der Beschreibung des „*an sich (un)zulässigen*“ Amtshandelns entwickelt hat; sie ist geradezu das notwendige Übel dieser

²⁵⁰⁹ Vgl. allgemein zur Beachtung des Rechtssicherheitsgebotes beim Herstellungsanspruch: Kap. 2 B.II.4.c.bb. (5) (d).

²⁵¹⁰ Wer daher bspw. zu dem Auslegungsergebnis kommt, dass der Gesetzgeber mit § 99 SGB VI eine Ausschlussfrist gerade auch für die Fälle einer rechtswidrigen Herbeiführung treffen wollte, darf nicht mehr zur Anwendung eines Herstellungsanspruchs gelangen, mit dem die unmodifizierte Anwendung des § 99 SGB VI auf diesen Fall ausgeschlossen werden würde.

Rechtsfortbildung. Schließlich können bereits in derselben Anspruchsgrundlage neben Voraussetzungen, die im Wege der Herstellung disponibel sind, auch andere Voraussetzungen normiert sein, die nicht disponibel sind. Sofern das jeweilige Gesetzesverständnis zutreffend ist, handelt es sich daher bei den Entscheidungen, in denen die Unzulässigkeit eines Amtshandelns festgestellt wurde, um Voraussetzungen, die für die Einräumung des jeweiligen Leistungs-/Gestaltungsrechts so entscheidend sind, dass sie nicht in Übereinstimmung mit dem gesetzlichen Regelungszweck fingiert bzw. außer Acht gelassen werden dürfen.²⁵¹¹

Die bereits dargestellten Schwierigkeiten, die Zulässigkeit einer Amtshandlung unter Bezugnahme auf den Gesetzeszweck zu bestimmen,²⁵¹² sind deshalb keine herstellungsspezifischen Probleme, sondern folgen vielmehr aus der schwierigen Ermittlung des genauen Aussagegehaltes von rechtlichen Regelungen. Diese Unsicherheiten der Ermittlung des maßgeblichen Regelungszweckes sind jeder Rechtsanwendung immanent.

Bspw. geht das BSG davon aus, dass bei einem Anspruch auf Arbeitslosengeld nach §§ 117 ff. SGB III über den Herstellungsanspruch zwar die rechtzeitige Antragstellung fingiert werden kann,²⁵¹³ nicht aber eine fehlende tatsächliche Verfügbarkeit²⁵¹⁴ oder eine versäumte Meldung der Arbeitslosigkeit²⁵¹⁵. Eine rechtzeitige Arbeitslosmeldung soll demnach auch im Herstellungsfall eine notwendige Bedingung der Zahlung von Arbeitslosengeld sein, während eine Antragstellung hier überwindbar sei. Davon ausgehend müsste die rechtzeitige Arbeitslosmeldung im Regelungskomplex des SGB III eine andere Bedeutung für die Gewährung von Arbeitslosengeld haben als eine rechtzeitige Antragstellung. Derartige Unterscheidungen lassen sich sicherlich kritisieren.²⁵¹⁶ An dem Grundsatz, dass es auf das Verständnis des jeweiligen Regelungszwecks ankommt, ändert diese Kritik allerdings nichts. Schließlich offenbart sie lediglich ein anderes Verständnis der §§ 117 ff. SGB III, nach dem (auch) die rechtzeitige Arbeitslosmeldung im Herstellungsfall keine notwendige Bedingung für die Gewährung von Arbeitslosengeld ist, weshalb die rechtzeitige Arbeitslosmeldung und die Gewährung von Arbeitslosengeld für den Herstellungsfall nicht untrennbar miteinander verbunden sind. Welches Verständnis zu-

²⁵¹¹ Vgl. für einen Überblick zu diesen Einzelfallentscheidungen: Kap. 1 B.II.2.b.bb. (3) (a).

²⁵¹² Kap. 1 B.II.2.b.bb. (3) (b) (bb).

²⁵¹³ BSG, Urt. v. 29.9.1987 – 7 RAr 23/86 = BSGE 62, 179, 183.

²⁵¹⁴ BSG, Urt. v. 15.5.1985 – 7 RAr 103/83 = BSGE 58, 104, 109 f.; BSG, Urt. v. 11.11.1982 – 7 RAr 24/80 = AuB 1984, 58, 59; BSG, Urt. v. 7.5.2009 – B 11 AL 72/08 B.

²⁵¹⁵ BSG, Urt. v. 19.3.1986 – 7 RAr 48/84 = BSGE 60, 43, 48; BSG, Urt. v. 11.6.1987 – 7 RAr 29/86 = BSGE 62, 43, 48; BSG, Urt. v. 11.3.2004 – B 13 RJ 16/03 R = BSGE 92, 241, 244 f.

²⁵¹⁶ Etwa: *Krasney*, ZAP 1996 [Fach 18], 449, 463; *Bieback*, SGb 1990, 517, 522, 524 f.; *Fichte*, in: Erlenkämper/Fichte [Hg.], SozR, II 7 Rn. 22; vgl. auch: BSG, Urt. v. 9.8.1990 – 11 RAr 141/88 = SozR 3-4100 § 105a Nr. 2; **a.A.:** *Waßer*, JA 2001, 137, 141; *Kreßel*, NZS 1994, 395, 399 f.; differenzierend hingegen: *Gagel*, SGb 2000, 517, 518.

treffend ist, kann im Ergebnis nur anhand des Regelungszwecks der Arbeitslosmeldung bestimmt werden.²⁵¹⁷ Diese Einzelfrage soll hier nicht vertieft werden, da jedenfalls der Grundsatz der Abhängigkeit von den jeweiligen Wertungen des Einzelfalles ausreichend klargeworden sein sollte.²⁵¹⁸

Einigkeit besteht jedenfalls darin, dass im Zusammenhang mit Arbeitslosengeld über den Herstellungsanspruch keinesfalls eine tatsächlich fehlende Arbeitslosigkeit oder eine Bedürftigkeit des Bürgers ersetzt werden.²⁵¹⁹ Der Gedanke, dass nur derjenige Arbeitslosengeld erhalten soll, der auch tatsächlich im fraglichen Zeitpunkt arbeitslos und bedürftig war, ist eine derart bestimmende Grundentscheidung des SGB III – mit der eine Auszahlung erkennbar stehen oder fallen soll –, dass diese Voraussetzungen auch nicht im Wege einer Herstellung disponibel sind. Das hat zur Folge, dass ein Bürger, der auf seine Nachfrage die unzutreffende Auskunft erhält, dass er bei Eigenkündigung keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld hätte, nicht im Nachhinein über den Herstellungsanspruch Ansprüche auf Arbeitslosengeld einfordern kann, weil er bei rechtmäßiger Beratung sein damals bestehendes Arbeitsverhältnis gekündigt hätte und dann auch bedürftig geworden wäre.

Obwohl die (Un-) Zulässigkeit eines Amtshandelns nach dem hier vertretenen Verständnis anhand des Gesetzeszwecks zu ermitteln ist, sind die anderen Unterscheidungskriterien nicht bedeutungslos, die daneben entwickelt wurden. Neben dem Gesetzeszweck wird für die Unterscheidung zwischen über den Herstellungsanspruch ersetzbaren und nicht ersetzbaren Voraussetzungen²⁵²⁰ einerseits darauf abgestellt, ob das Fachrecht für die Rechtsfolge eine ausreichende Grundlage bietet²⁵²¹ und andererseits, ob die Voraussetzung innerhalb

²⁵¹⁷ Es geht um die Fragen, was die vorherige Meldung der Arbeitslosigkeit und die tatsächliche Verfügbarkeit des Arbeitslosen bezwecken sollen – und, ob diesem Ziel bei einer Herstellung ausreichend entsprochen wird.

²⁵¹⁸ Hingewiesen sei in diesem Zusammenhang jedenfalls noch auf die Beurteilung einer Sonderkonstellation durch das LSG Rheinland-Pfalz. Ein Bürger, der sich wegen eines Beratungsfehlers nur „arbeitsuchend“ und nicht auch „arbeitslos“ gemeldet hat, soll nach dem Gericht über einen Herstellungsanspruch Arbeitslosengeld verlangen können, obwohl die Meldung der Arbeitslosigkeit ausblieb (LSG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 28.2.2008 – L 1 AL 59/07; *Schafhausen*, ASR 2011, 126, 126 f.). Mit der erfolgten Meldung als Arbeitsuchend sei nämlich dem gleichen gesetzlichen Zweck Genüge getan, der auch hinter der Arbeitslosmeldung stünde (LSG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 28.2.2008 – L 1 AL 59/07). Diese Begründungslinie deckt sich mit dem hier vertretenen Verständnis des „an sich zulässigen“ Amtshandelns, wenn man davon ausgeht, dass bei einer Herstellung die Meldung als „arbeitsuchend“ dieselben Funktionen übernehmen kann wie eine Meldung als „arbeitslos“.

²⁵¹⁹ Vgl. BSG, Urt. v. 7.5.2009 – B 11 AL 72/08 B.

²⁵²⁰ BSG, Urt. v. 1.4.2004 – B 7 AL 52/03 R = BSGE 92, 267, 279; BSG, Urt. v. 30.3.1995 – 7 RAr 22/94 = BSGE 76, 84, 91; BSG, Urt. v. 25.1.1994 – 7 RAr 50/93 = SozR 3-4100 § 249e Nr. 4; *Marschner*, ZfSH/SGB 1997, 599, 599 f.; *May*, RV 2010, 218, 219 f.

²⁵²¹ Etwa: BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 80; BSG, Urt. v. 15.12.1994 – 4 RA 64/93 = SozR 3–2600 § 58 Nr. 2; BSG, Urt. v. 20.9.2001 – B 11 AL 35/01 R = BSGE 89, 13, 17; BSG, Urt. v. 18.8.1983 – 11 RA 60/82 = BSGE 55, 261, 263; BSG, Urt. v. 15.10.1985 – 11a RA 39/84 = SozR 1200 § 14 Nr. 21; BSG, Urt. v.

oder außerhalb des Sozialrechtsverhältnisses liegt²⁵²². Richtig verstanden lassen sich diese Abgrenzungsformeln weitestgehend miteinander vereinbaren, da sie wichtige Gedankenschritte bei der übergeordneten Ermittlung des gesetzlichen Regelungszwecks konkretisieren.

Selbst wenn in den Einzelheiten Uneinigkeit besteht,²⁵²³ kann eine „*an sich zulässige*“ Amtshandlung, die im Gesetz im Grundsatz ausreichend angelegt ist, nicht bedeuten, dass sämtliche Voraussetzungen einer Rechtsfolge erfüllt sein müssen, denn dann bedarf es keines Herstellungsanspruchs.²⁵²⁴ Mit dem Erfordernis einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage wird also der Fall beschrieben, dass eine Rechtsfolge eintreten soll, obwohl andere Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen. Diese Übertragungsnotwendigkeit einer (geregelten) Rechtsfolge auf andere (ungeregelte) Tatbestände, die im Hinblick auf die gesetzliche Wertung als stimmig erkannt wurden, ist in der Ableitung bereits angesprochen worden. Üblicherweise wird dieses Vorgehen als Analogie bezeichnet, bei der bestimmte (nicht-) erfüllte Merkmale zugunsten des Regelungszweckes übersprungen werden, sofern die unterschiedlichen Fälle wertungsmäßig gleichzusetzen sind. Ausgehend von den jeweiligen Gesetzeswertungen ist zu untersuchen, ob Regelungen bestehen, aus denen der Schluss gewonnen werden kann, dass dieses Amtshandeln dem Gesetz entspricht oder nicht. Das Erfordernis einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage trennt insofern die Merkmale, die für eine analoge Anwendung der Rechtsfolge tatsächlich erfüllt sein müssen (weil ansonsten eine Vergleichbarkeit der Fälle auszuschließen ist), von den Merkmalen, die mittels einer analogen Anwendung der Rechtsfolge übersprungen werden können. Inhaltlich ist dies die Suche nach einem gesetzlich geregelten vergleichbaren Fall, dessen Regelung auf den Herstellungsfall ausgeweitet werden soll, wobei die Rechtsfolge des Herstellungs-

1.2.1995 – 13 RJ 5/94 = SozR 3–2600 § 58 Nr. 3; BSG, Urt. v. 25.10.1985 – 12 RK 42/85 = BSGE 59, 60, 65.

²⁵²² Etwa: BSG, Urt. v. 11.11.1982 – 7 RAr 24/80 = AuB 1984, 58, 59; BSG, Urt. v. 11.11.1982 – 7 RAr 16/82 = AuB 1984, 91; BSG, Urt. v. 12.12.1984 – 7 RAr 74/83 = SozR 4100 § 56 Nr. 18; BSG, Urt. v. 12.7.1989 – 7 RAr 62/88 = NZA 1990, 76, 77; BSG, Urt. v. 26.9.1989 – 11 RAr 79/89 = BSGE 65, 293, 299; BSG, Urt. v. 21.3.1990 – 7 RAr 36/88 = BSGE 66, 258, 265 f.; BSG, Urt. v. 31.1.2006 – B 11a AL 15/05 R m.w.N.

²⁵²³ Vgl. für ein enges Verständnis: BSG, Urt. v. 18.8.1983 – 11 RA 60/82 = BSGE 55, 261, 263; BSG, Urt. v. 15.10.1985 – 11a RA 39/84 = SozR 1200 § 14 Nr. 21; BSG, Urt. v. 1.2.1995 – 13 RJ 5/94 = SozR 3–2600 § 58 Nr. 3; vgl. hingegen für ein weites Verständnis: BSG, Urt. v. 25.10.1985 – 12 RK 42/85 = BSGE 59, 60, 65; *Schmidt-De Caluwe*, S. 149 m.w.N.

²⁵²⁴ BSG, Urt. v. 27.1.2000 – B 12 KR 10/99 R = SozR 3-2400 § 28h Nr. 11; *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 160.

anspruchs nach den Forderungen der §§ 2 I S. 2, 31 SGB I ausgehend von dieser gesetzlichen Grundlage zu entwickeln ist.²⁵²⁵

Die Frage, ob der Umstand, der ggf. über den Herstellungsanspruch ausgeglichen werden soll, innerhalb oder außerhalb des Sozialrechtsverhältnisses liegt,²⁵²⁶ zielt auf etwas anderes ab. Eine Herstellungspflicht gelte von vorneherein „*nicht für außerhalb des Sozialrechtsverhältnisses liegende Tatbestände, die nach materiellem Recht für das Entstehen des Sozialrechtsanspruchs erforderlich sind.*“²⁵²⁷ Es geht also um den Versuch, keinen anderen – rein fiktiven – Lebenssachverhalt zu würdigen als den Lebenssachverhalt, der tatsächlich vorliegt.²⁵²⁸ Diese Bestrebungen sind verständlich. Selbst wenn jede Herstellung Voraussetzungen fingiert, die tatsächlich (nicht) erfüllt worden sind, dürfen bestimmte tatsächliche Umstände nicht leichtfertig unterstellt werden, falls die rechtliche Würdigung eines Sachverhaltes überhaupt möglich bleiben soll. Richtig verstanden verdeutlicht diese Umschreibung nur, dass jedenfalls die Fallgestaltungen ausgeschlossen werden sollen, in denen eine Amtshandlung trotz einer Fiktion über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch immer noch an anderen, tatsächlichen Gründen scheitert.²⁵²⁹ Hintergrund ist, dass der Herstellungsanspruch keine Veränderung der materiell-rechtlichen Ansprüche des Bürgers hervorbringen kann und soll.²⁵³⁰ Schließlich dürfen die Tatbe-

²⁵²⁵ Lediglich wenn es um die Begründung einer sog. originären Wirkungsweise des Herstellungsanspruchs geht, lässt sich keine Nähe mehr zum Analogieschluss erkennen. Unabhängig davon, dass gerade diese Fälle im Hinblick auf das Erfordernis einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage kritisiert werden können, wird die Begründung einer solchen Rechtsfolge der Herstellung hier ohnehin abgelehnt.

²⁵²⁶ BSG, Urt. v. 12.7.1989 – 7 RAr 62/88 = NZA 1990, 76, 77; BSG, Urt. v. 11.11.1982 – 7 RAr 24/80 = AuB 1984, 58, 59; BSG, Urt. v. 12.12.1984 – 7 RAr 74/83 = SozR 4100 § 56 Nr. 18; BSG, Urt. v. 21.3.1990 – 7 RAr 36/88 = BSGE 66, 258, 265 f.

²⁵²⁷ BSG, Urt. v. 26.9.1989 – 11 Rar 79/89 = BSGE 65, 293, 299; dieselbe Formulierung bei: BSG, Urt. v. 21.3.1990 – 7 RAr 36/88 = BSGE 66, 258, 265 f.

²⁵²⁸ BSG, Urt. v. 26.9.1989 – 11 Rar 79/89 = BSGE 65, 293, 299; BSG, Urt. v. 31.1.2006 – B 11a AL 15/05 R m.w.N.; BSG, Urt. v. 11.11.1982 – 7 RAr 16/82 = AuB 1984, 91.

²⁵²⁹ So wohl auch: *Mrozynski*, § 14 SGB I, Rn. 38.

²⁵³⁰ Vgl. *Gagel*, SGB 2000, 517, 518 („*Der Herstellungsanspruch will und kann grundsätzlich nicht materielle Ansprüche verändern. Deshalb können Veränderungen in der Lebens- oder Verhaltenssituation des Betroffenen, die Voraussetzung des Anspruchs sind, durch den Herstellungsanspruch grundsätzlich weder negiert noch geschaffen werden. Wurde z.B. ein Arbeitsverhältnis gekündigt, kann von da an nicht mehr von dem Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses ausgegangen werden; wurde eine Arbeit aufgenommen, so bestand von diesem Zeitpunkt an auch keine Arbeitslosigkeit mehr. Hierin wird sehr deutlich, dass im Wege dieser Lückenfüllung im Korrektursystem des Sozialrechts eben nur sozialrechtliche Veränderungen herbeigeführt werden können, das heißt nur Voraussetzungen wiederhergestellt werden können, die sich aus sozialrechtlichen Bestimmungen ergeben.*“).

standsvoraussetzungen einer Rechtsfolge nicht als – über § 2 II SGB I – zu überwindende Einschränkungen der Leistungsrechte missverstanden werden; sie beschreiben vielmehr überhaupt erst die Situation, in der diese Rechtsfolge eintreten soll. Sobald die tatsächlichen Umstände leichtfertig fingiert werden, kann es zu der Situation kommen, dass ausgehend von der fiktiven Situation eine Leistung zu gewähren ist, obwohl aus der Ansehung der tatsächlichen Umstände der Schluss folgt, dass eine Leistungsgewährung ausgeschlossen sein soll. Die Prüfung der Zulässigkeit einer Amtshandlung muss deshalb immer ausgehend von den tatsächlichen Umständen des Einzelfalls die Frage stellen, ob die tatsächliche (Nicht-) Verwirklichung dieser Voraussetzungen einen Grund darstellt, warum der Gesetzgeber eine Leistung oder ein Gestaltungsrecht einräumt oder ausschließt. Sofern bei dieser Prüfung feststeht, dass der Eintritt dieser Rechtsfolge mit dem tatsächlichen Vorliegen dieser Voraussetzung stehen oder fallen soll, können sie nicht im Wege der Herstellung fingiert werden; sie liegen außerhalb des herstellbaren Sozialrechtsverhältnisses. Die drohende rechtliche Beurteilung eines Gesamtlebensentwurfes in der reinen Fiktion, der keinerlei Berührungspunkte mehr mit der Lebenswirklichkeit hat, muss vermieden werden. „*Mangelt es an dem zu fördernden Verhalten des Berechtigten, so kann auch ein vorausgegangener Rechtsverstoß des Trägers die fehlende Leistungsvoraussetzung nicht überspielen*“²⁵³¹.

Ein Bürger, der wegen einer Fehlberatung bspw. 2012 keinen Hauptschulabschluss nach § 53 SGB III nachgeholt hat, kann deshalb nicht über den Herstellungsanspruch geltend machen, fortan bspw. kranken-, renten- und arbeitslosenversicherungsrechtlich so behandelt zu werden, als ob er den Abschluss erworben hätte, daraufhin einen gutbezahlten Beruf gefunden hätte, diesen bei durchschnittlicher Bezahlung bis zum Erreichen der Regelaltersrente ausgeübt hätte, währenddessen für 352 Tage arbeitsunfähigkeitsbedingtes Krankengeld bezogen und ein Jahr auch noch einmal Arbeitslosengeld I bezogen hätte, wenn er tatsächlich ab 2012 bis in das Rentenalter durchgehend beschäftigungslos war.

Ein Großteil solcher Problemlagen lässt sich bereits durch die Begrenzung des Herstellungsumfangs anhand des Schutzzweckes der verletzten Norm sachgerecht lösen. Für die verbleibenden Fälle ist es wichtig, dass eine wertungsmäßige Vergleichbarkeit des Herstellungsfalles mit dem Fall ohne Pflichtverletzung immer ausgehend von den tatsächlichen Umständen des Einzelfalles erfolgt und nicht bereits von der Fiktion. Sofern eine Gleichstellung vor den Wertungen des Gesetzes nicht zu rechtfertigen ist, muss von einem „*an sich unzulässigen*“ Amtshandeln ausgegangen werden. Sofern man daher im angeführten Beispielfall nicht bereits beim Schutzzweck der Norm bzgl. der kranken-, renten- und arbeitslosenversicherungsrechtlichen Nachteile aussteigen sollte, muss zumindest festgehalten werden, dass derjenige, der tatsächlich ab 2007 keinen Beruf mehr ausgeübt hat, demjenigen kranken-, renten- und arbeitslosenversicherungsrechtlich nicht

²⁵³¹ Wallerath, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 67, 85.

vergleichbar ist, der tatsächlich einen Beruf ausgeübt und Beiträge entrichtet hat. Diese tatsächlichen Umstände können daher nicht im Sinne des Gesetzes über den Herstellungsanspruch als unbeachtlich übersprungen werden, da sie wesentlich für die Anwendung dieser Rechtsfolgen sind.

Die Literaturansicht, die sich dafür einsetzt, das Ausschlusskriterium so großzügig auszulegen, dass jede Amtshandlung zulässig ist, solange der Gesetzgeber sie nicht erkennbar ausgeschlossen hat,²⁵³² ist hingegen in ihrer Allgemeinheit abzulehnen. Denn der Gesetzgeber unterliegt keinem Begründungszwang, wenn er eine Rechtsanwendung bei dem Ergebnis belassen möchte, das der Wortlaut nahelegt. Vielmehr muss jede Rechtsfortbildung ihrerseits anhand rechtlicher Wertungen begründbar sein. Jeder Herstellungsanspruch trägt daher eine zu rechtfertigende Begründungslast, nicht ein Ausschluss der Herstellung.

Sofern man diese Ansicht jedoch allein auf das Sozialrecht bezieht und den Herstellungsanspruch bereits als allgemein sozialrechtlich zulässig anerkennt, gewinnt die Ansicht an Überzeugungskraft. Denn wenn im Grundsatz eine Herstellung sozialrechtlich gefordert ist, bildet der Ausschluss einer Herstellung eine Ausnahme. Aufgrund der allgemeinen Wertung des § 2 II SGB I liegt tatsächlich die Annahme nahe, dass Sozialleistungsansprüche im Herstellungsfall grds. auch nachträglich verwirklicht werden können. Sofern der Gesetzgeber von dieser allgemeinen Wertung abweichen möchte, müsste sich dies hinreichend deutlich aus dem Gesetz ergeben. Es handelt sich dann bei dieser Literaturansicht aber nicht um ein anderes Verständnis des Herstellungsanspruchs. Vielmehr ist die Feststellung der allgemeinen Zulässigkeit einer Amtshandlung zur Herstellung bereits ein allgemeines, sozialrechtliches Auslegungsergebnis, das im Einzelfall ggf. zu revidieren ist.

(4) Reichweite der Ausschlussgründe

Die beschriebenen Ausschlussgründe eines Herstellungsanspruchs (Subsidiarität, entgegenstehende Verwaltungsakte, Rechtsmissbrauch, tatsächliche oder rechtliche Unmöglichkeit) können auch auf der Grundlage dieser Ableitung übernommen werden. Ein lückenschließender Herstellungsanspruch, der in Übereinstimmung mit dem einfach-rechtlichen Fachrecht stehen soll, darf sich nicht über abschließende Regelungen einer Pflichtverletzung oder einen (bestandskräftigen) Verwaltungsakt hinwegsetzen. Ebenso wenig gestattet der Herstellungsanspruch eine rechtsmissbräuchliche Geltendmachung oder die

²⁵³² Mrozyński, § 14 SGB I, Rn. 38; wohl auch noch: Wallerath, DÖV 1987, 505, 514.

Missachtung tatsächlicher oder rechtlicher Unmöglichkeit. Sofern für die rechtliche Unmöglichkeit neben dem Erfordernis eines „*an sich zulässigen*“ Amtshandelns überhaupt ein Anwendungsbereich bleibt, ist dies nach der hier gewählten Ableitung unproblematisch, weil der Anspruch überhaupt nur dort anwendbar sein soll, wo das Fachrecht die Herstellung fordert.

Die zeitliche Begrenzung der Herstellung erscheint allerdings auch bei dieser Ableitung klärungsbedürftig. Schließlich bleiben sowohl eine Begrenzung analog § 44 IV SGB X als auch analog § 45 SGB I grds. möglich – einschließlich der verschiedenen Unteransichten.²⁵³³ Wie bereits dargestellt ist die Lösung dieser Streitfrage entscheidend, weil eine zeitlich weit zurückreichende Leistungsgewährung in Folge der Herstellung möglich bleibt, falls auf die Ermessensvorschrift des § 45 SGB I zurückzugreifen ist; demgegenüber ist jede nachträgliche Leistungsgewährung ausgeschlossen, die über die 4-Jahresfrist hinausreicht, falls die Ausschlussfrist des § 44 IV SGB X heranzuziehen ist.²⁵³⁴ Mit der überwiegenden Ansicht, der sich inzwischen auch das BVerwG ausdrücklich angeschlossen hat,²⁵³⁵ ist für das Sozialrecht auf § 44 IV SGB X abzustellen.²⁵³⁶

Da die Begründung des Herstellungsanspruchs entscheidend von seiner fachrechtlichen Wertungsübereinstimmung abhängt, muss untersucht werden, welche Wertungen für eine nachträgliche Leistungserbringung maßgeblich sind. Zunächst erscheint es überzeugend, dass auch hergestellte Leistungsansprüche analog § 45 SGB I so verjähren, wie sie verjährt wären, wenn sie ursprünglich

²⁵³³ Vgl. ausführlich zu den einzelnen (Unter-) Ansichten: Kap. 1 B.III.3.a.bb.

²⁵³⁴ Vgl. Kap. 1 B.III.3.a.cc.

²⁵³⁵ BVerwG, Urt. 30.6.2011 – 3 C 36/10 = BVerwGE 140, 103, 112 f.

²⁵³⁶ Etwa: BSG, Urt. v. 9.9.1986 – 11a RA 28/85 = BSGE 60, 245, 247 f.; BSG, Urt. v. 21.1.1987 – 1 RA 27/86 = SozR 1300 § 44 Nr. 25; BSG, Urt. v. 4.2.1987 – 5a RKn 8/86 = BSGE 61, 154, 157 f.; BSG, Urt. v. 27.4.1989 – 11 RAr 21/88 = SozR 4100 § 134 Nr. 36; BSG, Urt. v. 28.1.1999 – B 14 EG 6/98 B = SozR 3-1300 § 44 Nr. 25; BSG, Urt. v. 14.2.2001 – B 9 V 9/00 R = BSGE 87, 280, 288 f.; BSG, Urt. v. 27.3.2007 – B 13 R 58/06 R = BSGE 98, 162, 163 ff.; BSG, Urt. v. 25.8.2009 – B 3 KS 1/09 B = SozR 4-5425 § 8 Nr. 1; *Krause/Sattler*, in: Udsching/Rolfs [Hg.], JbSR 2008, S. 65, 66 ff. m.w.N.; *Heidemann*, DRV 2004, 532 ff.; *Steinwedel*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 44 SGB X, Rn. 54; *Olbertz*, S. 236 f.; *Schmidt-De Caluwe*, S. 524 ff.; *Wallerath*, DÖV 1987, 505, 515; *von Einem*, SozVers 1982, 1, 2; *Rüfner*, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 44 SGB X, Rn. 62; *Krasney*, ZAP 1996 [Fach 18], 449, 455, 463; *Marschner*, MDR 1999, 341 343; *Waßer*, JA 2001, 137, 140; *Fichte*, in: Erlenkämper/Fichte [Hg.], SozR, II 7 Rn. 20; *Ladage*, S. 118 f.; *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6 Rn. 120 f.; *Axler*, AuB 1992, 193, 195; *Rixen*, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 19; kritisch: *Schütze*, in: von Wulffen [Hg.], § 44 SGB X, Rn. 33; differenzierend: *Bühler*, Mitt LVA Württemberg 1984, 201, 206.

entstanden wären.²⁵³⁷ Schließlich sollen die Leistungen aufgrund eines Herstellungsanspruchs dieselben Leistungen sein, die auch auf die ursprünglichen Leistungsansprüche gewährt worden wären.²⁵³⁸ Tatsächlich wird der Herstellungsfall aber von der spezielleren Wertung des § 44 IV SGB X für rechtswidriges Verwaltungsverhalten mitumfasst. Auch wenn die Vorstellung nur bedingt überzeugend ist, dass Nebenleistungspflichtverletzungen allgemein nicht weiter reichen dürfen als die Verletzung von Hauptleistungspflichten,²⁵³⁹ darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass nicht nachvollziehbar wäre, warum einem Bürger bei der unregelmäßigten Korrektur anderer Verwaltungsfehler weitergehendere Leistungsansprüche einzuräumen sein sollen als bei der Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes nach § 44 IV SGB X. Obwohl § 44 SGB X gerade im Vergleich zu § 48 VwVfG eine sehr weitreichende Korrekturpflicht begründet, ist der Gesetzgeber nicht so weit gegangen, dass der rechtswidrig beschiedene Bürger unbegrenzt Leistungen geltend machen könnte bzw. nur den Grenzen des § 45 SGB I ausgesetzt wäre. Stattdessen wird die nachträgliche Korrektur staatlichen Fehlverhaltens durch Leistungsgewährungen durch § 44 IV SGB X ausgeschlossen, die über die Vierjahresfrist hinausgehen würde. In Bezug auf Leistungsgewährungen, die wegen hoheitlichen Fehlverhaltens noch ausstehen, erscheinen dabei diejenigen, die wegen eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes nachträglich noch ausstehende Leistungen begehren, denjenigen vergleichbar, die Leistungen begehren, welche wegen anderer hoheitlicher Rechtsverletzungen noch ausstehen.²⁵⁴⁰ Die einschränkende Wertung des § 44 IV SGB X gerade für Pflichtverletzungen passt auch für die Herstellungsfälle und darf bei der sozialrechtlichen Rechtsfortbildung nicht übergangen werden. Diese Einschätzung wird weiter dadurch gestützt, dass auch keine über § 44 IV SGB X hinausreichende Leistungspflicht begründet werden kann, wenn die Missachtung eines Herstellungsanspruchs selbst die Rechtswidrigkeit des

²⁵³⁷ Vgl. *Schmidt/Schmidt*, JURA 2005, 372, 376.

²⁵³⁸ So: BSG, Urt. v. 17.7.1979 – 12 RAr 15/78 = BSGE 48, 269, 276 m.w.N.; BSG, Urt. v. 26.6.2007 – B 4 R 19/07 R = SozR 4-1300 § 44 Nr. 12; *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 396 m.w.N.

²⁵³⁹ Vgl. hierzu: BSG, Urt. v. 26.6.2007 – B 4 R 19/07 R = SozR 4-1300 § 44 Nr. 12; **a.A.:** BSG, Urt. v. 14.2.2001 – B 9 V 9/00 R = BSGE 87, 280, 288; *Fichte*, in: Erlenkämper/Fichte [Hg.], SozR, II 7 Rn. 20; *Mönch-Kalina*, in: Schlegel/Voelzke [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 51; *Waschull*, in: Diering/Timme/Waschull [Hg.], § 44 SGB X, Rn. 56.

²⁵⁴⁰ So im Ergebnis auch: BSG, Urt. v. 9.9.1986 – 11a RA 28/85 = BSGE 60, 245, 247 f.; *Heidemann*, DRV 2004, 532, 543 f.; *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6 Rn. 121; *Gregarek*, in: Jahn [Hg.], 250. EGL., § 44 SGB X, Rn. 36; kritisch zu diesem Argument: *Schütze*, in: von Wulffen [Hg.], § 44 SGB X, Rn. 33; *Gagel*, SGB 2000, 517, 522 (es verstoße sogar gegen den Gleichheitssatz, diese unterschiedlichen Vergleichsgruppen i.S.e. zeitlichen Ausschlusses gleich zu behandeln).

nach § 44 SGB X zurückzunehmenden Verwaltungsaktes begründet.²⁵⁴¹ Darüber hinaus wurde § 44 IV SGB X ausdrücklich mit dem Ziel geschaffen, dass sichergestellt ist, dass Leistungen nachträglich grds. nicht über vier Jahre erbracht werden.²⁵⁴² Selbst wenn es kein allgemeines Verbot der nachträglichen Erbringung von Sozialleistungen über vier Jahre hinaus gibt,²⁵⁴³ enthält § 44 IV SGB X für nachträgliche Leistungsgewährungen im Zusammenhang mit Verwaltungsfehlern die speziellere gesetzliche Wertung gegenüber § 45 SGB I. Man kann dieses Ergebnis für sozialpolitisch korrekturbedürftig halten – richterrechtlich besteht jedoch keine Abweichungsmöglichkeit.

Insbesondere der 4. Senat des BSG scheint hingegen in eine andere Richtung zu argumentieren: § 44 IV SGB X enthalte keine allgemeine Wertung für nachträgliche Leistungsgewährungen im Zusammenhang mit Verwaltungsfehlern, sondern sei eine besondere – nicht erweiterbare – Vorschrift, die speziell auf die Umstände eines Leistungsausschlusses durch rechtswidrigen Verwaltungsakt zugeschnitten sei.²⁵⁴⁴ Die – vergleichsweise harte – gebundene Entscheidung des § 44 IV SGB X ließe sich damit rechtfertigen, dass der Bürger gegen den Verwaltungsakt innerhalb der Klagefrist vorgehen soll und der anteilige Leistungsverlust deshalb die nicht genutzten Anfechtungsmöglichkeiten „sanktioniere“.

Diese Annahme ist wenig überzeugend, weil der Gesetzgeber durch § 44 IV SGB X vielmehr jeglichen Fall rechtswidrig herbeigeführten Leistungsverlustes mitumfassen möchte. Besonders deutlich wird dies in § 48 II, IV 1 SGB X, wonach die zeitliche Grenze des § 44 IV SGB X sogar für den Fall gelten soll, dass sich die höchstrichterliche Rechtsprechung in einer Frage geändert hat – also in einem Fall, in dem auch eine rechtzeitige Anfechtung nicht zum Erhalt der Leistung geführt hätte.

(5) *Grds. einfach-gesetzliche Disponibilität des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs*

Aus der Begründung als einfach-rechtlich gefordertem Sekundäranspruch, der sich aus der Beeinträchtigung einfach-rechtlicher Primärrechte ergibt, folgt auch, dass dem Herstellungsanspruch nicht die Bestandskraft eines verfas-

²⁵⁴¹ *Olbertz*, S. 237.

²⁵⁴² BT-Drs. 8/2034, S. 35.

²⁵⁴³ So auch: BSG, Urt. v. 2.10.2008 – B 9 VH 1/07 R = SozR 4-3100 § 60 Nr. 4; BSG, Urt. v. 26.5.1987 – 4a RJ 49/86 = BSGE 62, 10, 13; BSG, Urt. v. 6.3.2003 – B 4 RA 38/02 R = BSGE 91, 1, 17 f.; BSG, Urt. v. 26.6.2007 – B 4 R 19/07 R = SozR 4-1300 § 44 Nr. 12; BSG, Urt. v. 2.10.2008 – B 9 VH 1/07 R = SozR 4-3100 § 60 Nr. 4; *Steinwedel*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 44 SGB X, Rn. 52; *Schütze*, in: von Wulffen [Hg.], § 44 SGB X, Rn. 30; **a.A.:** BSG, Urt. v. 9.9.1986 – 11a RA 28/85 = BSGE 60, 245, 246 f.

²⁵⁴⁴ Vgl. BSG, Urt. v. 2.8.2000 – B 4 RA 54/99 R = SozR 3-2600 § 99 Nr. 5; BSG, Urt. v. 6.3.2003 – B 4 RA 38/02 R = BSGE 91, 1, 17 f.; BSG, Urt. v. 26.6.2007 – B 4 R 19/07 R = SozR 4-1300 § 44 Nr. 12.

sungsrechtlich garantierten Anspruchs zukommt. Der Gesetzgeber begründet erst durch seine einfach-rechtlichen Wertungen diesen Anspruch; er kann ihn auch durch entsprechende einfach-gesetzliche Bestimmungen ausschließen. Der Gesetzgeber wäre grds. nicht gehindert, die Anwendung eines Herstellungsanspruchs durch eine entsprechende Ausschlussregelung (bspw. im SGB I oder SGB X) für unzulässig zu erklären.

Hingewiesen sei in diesem Zusammenhang jedoch darauf, dass sich die Notwendigkeit einer Herstellung in bestimmten Einzelfällen auch aus verfassungsrechtlichen Wertungen ergeben kann (bspw. weil ein Verfassungsgut durch ein einfach-gesetzliches Recht umgesetzt wird, das bei der Missachtung verletzt werden würde),²⁵⁴⁵ so dass ein absoluter Ausschluss jeder Herstellung zumindest nicht unproblematisch erscheint. Dann wäre allerdings „*nur*“ diese Regelung verfassungswidrig und vom BVerfG zu verwerfen – ein lückenschließender Herstellungsanspruch *contra legem sed pro constitutione* würde bis zu dieser Entscheidung dadurch nicht (wieder) möglich werden.

(6) *Zwischenergebnis*

Die übliche Ausgestaltung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs in Tatbestand, Rechtsfolge und Ausschlussgründe ist ausgehend von der hier gewählten Ableitung begründbar – und kann im Wesentlichen aufrechterhalten bleiben. Allerdings trägt die Ableitung zu einer weiteren/schärferen Konturierung sowohl des Anspruchsumfanges als auch des Ausschlussgrundes des „*an sich (un)zulässigen*“ Amtshandelns bei. Insbesondere bei der Anspruchsreichweite bzgl. der Korrektur tatsächlicher Nachteile ergeben sich einschränkende Abweichungen zur bisherigen Rechtsprechung der Sozialgerichte. Eine sog. originäre Wirkungsweise des Herstellungsanspruchs ist nicht begründbar. Diese Einschränkungen sind allerdings auch überfällig, wenn der Herstellungsanspruch – wie in ständiger Rechtsprechung betont – weder einen „*irgendwie gearteten Ersatzanspruch*“²⁵⁴⁶ darstellt noch eine „*verkappte Verurteilung von Schadensersatz in Geld*“²⁵⁴⁷ ermöglichen soll.

²⁵⁴⁵ Vgl. Kap. 2 B.II.4.b.bb. (2) (b).

²⁵⁴⁶ Wallerath, DÖV 1994, 757, 762.

²⁵⁴⁷ BSG, Urt. v. 18.8.1983 – 11 RA 60/82 = BSGE 55, 261, 263.

bb) Mögliche Einwände gegen einen so begründeten sozialrechtlichen
Herstellungsanspruch auf Grundlage dieser Ableitung

(1) *Herstellungsanspruch ist älter als § 2 II SGB I*

Gegen eine Verbindung von Herstellungsanspruch und § 2 II SGB I wird teilweise eingewandt, dass der Anspruch schon vor Inkrafttreten der Vorschrift zum 1. Januar 1976 von der Rechtsprechung bereits angewandt wurde, so dass diese für die Begründung des älteren Herstellungsanspruchs keine besondere Bedeutung haben könne.²⁵⁴⁸ Dieser Einwand überzeugt allerdings nicht. Einerseits fordert Rechtsfortbildung, dass die Zulässigkeit von Richterrecht fortlaufend anhand neuer Rechtsvorschriften kritisch überprüft wird, und andererseits ist ein späterer Begründungswechsel zu einer ggf. treffenderen Begründung nicht verschlossen. Zu Recht wurde etwa die Möglichkeit nachträglicher Leistungsgewährungen über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch, die zunächst zeitlich unbegrenzt möglich war, nach dem Inkrafttreten des § 44 IV SGB X erneut kritisch gewürdigt und diesen Wertungen angepasst.²⁵⁴⁹ Wenn eine Rechtsprechung durch eine neue gesetzliche Wertung (bspw. § 2 II SGB I) weiter bestätigt wird, bleibt ihre Begründung nicht dadurch überzeugend, dass diese Entwicklung außen vor gelassen wird. Das Gegenteil ist der Fall, weshalb die neue Wertung fortan in die Begründung miteinzubeziehen ist, sofern sie die bisher praktizierte Rechtsfortbildung bestärkt. Sollte sie hingegen der bisherigen Rechtsfortbildung widersprechen, ist diese zu korrigieren. Falls die neue Wertung hingegen sogar weiter reicht als das bisher praktizierte Richterrecht, ist dieses ggf. auszuweiten. Eine neue Wertung hat lediglich dann keine Bedeutung für bestehendes Richterrecht, wenn es keine Berührungspunkte gibt. Die Kritik übersieht insofern, dass die Entwicklung eines richterrechtlichen Rechtsinstitutes kein zu einem bestimmten Zeitpunkt abgeschlossener statischer Vorgang ist, sondern immer eine Einbeziehung der bestehenden gesetzlichen Wertungen fordert, die sich in einem dynamischen Fluss befinden.

²⁵⁴⁸ Vgl. *Klose*, in: Jahn [Hg.], 250. EGL., § 2 SGB I, Rn. 12; *Fastabend*, in: Hauck/Noftz [Hg.], 2. EGL. – 2014, § 2 SGB I, Rn. 41.

²⁵⁴⁹ Vgl. zusammenfassend hierzu: BSG, Urt. v. 27.3.2007 – B 13 R 58/06 R = BSGE 98, 162, 163 ff.

(2) § 2 II SGB I kann als objektives Recht keine Ansprüche begründen

Daneben könnte kritisiert werden, dass aus § 2 II SGB I kein subjektiv-rechtlicher Herstellungsanspruch hervorgehen dürfe. An der Begründung *Ebsens*, der in den §§ 3 ff. SGB I i.V.m. § 2 II SGB I einen einfach-rechtlichen sozialrechtlichen status positivus sieht,²⁵⁵⁰ wurde – auch in dieser Arbeit – kritisiert, dass die §§ 3 ff. SGB I i.V.m. § 2 II SGB I als objektives Recht keine subjektiv-rechtlichen Ansprüche begründen können.²⁵⁵¹ Während den §§ 3 ff. SGB I vereinzelt ein subjektiv-rechtlicher Charakter eingeräumt wird – ohne das daraus Einzelansprüche ableitbar wären (§ 2 I 2 SGB I) –, geht die überwiegende Ansicht davon aus, dass die §§ 3 ff. SGB I wegen § 2 I 2 SGB I rein objektiv-rechtliche Verpflichtungen für die Verwaltungsträger begründen.²⁵⁵²

Selbst wenn man der überwiegenden Ansicht zustimmt, widerspricht dies nicht der hier vertretenen Ableitung des Herstellungsanspruchs. Der Herstellungsanspruch soll nicht unmittelbar aus § 2 II SGB I begründet werden, sondern durch eine Auslegung der betroffenen subjektiven Rechte im Lichte des § 2 II SGB I. Sofern lediglich die betroffenen subjektiven Rechte nach § 2 II SGB I so ausgelegt werden, dass sie im Verletzungsfall einen Herstellungsanspruch begründen müssen, greift der Vorwand einer unzulässigen Begründung eines Anspruchs aus den rein objektiv-rechtlichen Vorschriften nicht durch. Abweichend von *Ebsen* soll nicht aus den §§ 3 ff. SGB I i.V.m. § 2 II SGB I ein Rechtsstatus des Betroffenen konstruiert werden, den es durch den Herstellungsanspruch zu schützen gilt, sondern die subjektive Rechtsverletzung bildet im Zusammenhang mit dem beeinträchtigten subjektiven Leistungs- oder Gestaltungsrechten die (subjektiv-rechtliche) Begründungsgrundlage, weil diesen im Hinblick auf § 2 II SGB I dieser Regelungszweck zuzusprechen ist. Wenn § 2 II SGB I zur Auslegung sozialer Rechte heranzuziehen ist, kann es nicht überzeugen, die subjektiven Rechte, die die sozialen Rechte maßgeblich ausfüllen (§ 11 S. 1 SGB I), von einer Auslegung i.S.d. § 2 II SGB I auszunehmen. Auch die Forderungen des § 2 II SGB I werden damit für den Bürger durch die Geltendmachung seiner Rechte subjektiv beanspruchbar.

²⁵⁵⁰ *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 393 f.

²⁵⁵¹ *Schmidt-De Caluwe*, S. 332 f.; *Bieback*, SGB 1990, 517, 520; vgl. ausführlich: Kap. 2 B.II.3.f.dd.

²⁵⁵² Vgl. statt vieler: *Mrozynski*, § 2 SGB I, Rn. 11 f. m.w.N.; *Rode*, SGB 1977, 268, 268 f.

(3) *Argumentation über § 2 II SGB I begründet einen Zirkelschluss?*

Teilweise wird jeder Ergebnisfindung über § 2 II SGB I vorgeworfen, dass sie einen Zirkelschluss vollziehe; die weitestgehende Auslegung des Fachrechts ergäbe sich aus dem Fachrecht.²⁵⁵³ Sofern ein Ergebnis mittels § 2 II SGB I über die Auslegungsmöglichkeiten des Fachrechts hinausgehen soll, ist dieser Einwand zutreffend. Wenn es allerdings um die Frage geht, welches Auslegungsergebnis unter mehreren nicht eindeutigen Auslegungsmöglichkeiten einer Norm für die Rechtsanwendung maßgeblich ist, ist dieser Vorwurf verfehlt. In diesem Fall gibt § 2 II SGB I die Richtung der Auslegung (zugunsten der sozialen Rechte des Bürgers) verbindlich vor.²⁵⁵⁴

Die hier gewählte Ableitung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs zählt zu dieser zweiten Gruppe. Ein Herstellungsanspruch kommt nur in Betracht, wo eine sozialrechtliche Norm nicht eindeutig auch für den Herstellungsfall einen sozialrechtlichen Nachteil begründen soll (das beanspruchte Amtshandeln also nicht rechtlich unmöglich geworden ist) und daher im Ergebnis fraglich ist, ob der Bürger entsprechend dem Wortlaut der nachteilhaften Regelung oder dem ursprünglichen Schutzzweck des verletzten subjektiven Rechts behandelt werden soll, da sein Einzelfall normativ dem (fiktiven) Fall entspricht, der ohne das staatliche Fehlverhalten heute bestünde. Unter diesen Auslegungsmöglichkeiten gibt § 2 II SGB I den Ausschlag zugunsten der sozialen Rechte des Bürgers.

(4) *Überschreitung der durch § 2 I 2 SGB I und § 31 SGB I normierten Grenzen?*

Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch könnte den durch §§ 2 I S. 2, 31 SGB I beschriebenen Bereich zulässiger Rechtsfortbildung überschreiten. § 2 I 2 SGB I steht in engem Zusammenhang mit dem sozialrechtlichen Totalvorbehalt des § 31 SGB I und bestimmt, dass auch unter Bezugnahme auf die §§ 3 ff. SGB I keine neuen Leistungsansprüche entstehen können.²⁵⁵⁵ Der ungeschriebene Herstellungsanspruch, der einen Verwaltungsträger zur Herstellung des Zustandes verpflichtet, der ohne das Fehlverhalten heute bestehen würde, könn-

²⁵⁵³ Etwa: Rothkegel, ZfSH/SGB 2002, 8, 10; Arndt, SGB 1979, 406, 408.

²⁵⁵⁴ Vgl. hierzu: Kap. 2 B.II.4.b.bb. (1).

²⁵⁵⁵ Etwa: Rüfner, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 2 SGB I, Rn. 8; ders., in: FS für Georg Brunner, S. 101, 105; Klose, in: Jahn [Hg.], 250. EGL., § 2 SGB I, Rn. 8, 11; Krahmer, in: Krahmer [Hg.], § 2 SGB I, Rn. 5; Eichenhofer, SGB 2011, 301, 302 f.

te ein solcher neuer Leistungsanspruch sein. Schließlich werden dadurch Sozialleistungen abweichend von den kodifizierten Anspruchsvoraussetzungen beanspruchbar.

Sofern man der hier gewählten Ableitung folgt, greift dieser Einwand aber nicht durch. Zu § 31 SGB I wurde bereits herausgearbeitet, dass diese Vorschrift einer Rechtsfortbildung bei planwidrigen Regelungslücken nicht entgegensteht.²⁵⁵⁶ Da ein Herstellungsanspruch nach der hier vertretenen Begründung lediglich dort zum Entstehen/Aufrechterhalten der Sozialleistungsansprüche beiträgt, wo diese gemessen am gesetzlichen Regelungszweck infolge des Fehlverhaltens planwidrig ausgeschlossen wurden, werden keine neuen Rechte begründet.²⁵⁵⁷ Die beanspruchbaren Rechtsfolgen sind demnach wie durch § 31 SGB I gefordert in den jeweiligen Gesetzesbestimmungen „*vorgeschrieben*“ bzw. „*zugelassen*“. Ein anderes Ergebnis mag sich für eine sog. originäre Wirkungsweise des Herstellungsanspruchs ergeben, die in dieser Arbeit aber abgelehnt wird.²⁵⁵⁸ Nach dem hier vertretenen Verständnis kann der Herstellungsanspruch nicht zu anderen/neuen Sozialleistungen führen,²⁵⁵⁹ die – insbesondere auch im Hinblick auf die mit ihnen verbundenen Kosten für den Staatshaushalt – eine Entscheidung des Parlamentsgesetzgebers benötigen. Vielmehr führt er zur Durchsetzung der Leistungen, über die der Parlamentsgesetzgeber bereits i.S.e. Bewilligung entschieden hat und deren Erhalt lediglich durch das rechtswidrig dazwischentretende Verwaltungsverhalten unterlaufen wurde.²⁵⁶⁰ Wo der Herstellungsanspruch nur eine solche Inanspruchnahme der ursprünglichen Leistungen ermöglicht, die gesetzlich gefordert ist, ist dies weder im Hinblick auf § 2 I 2 SGB I noch § 31 SGB I zu beanstanden.²⁵⁶¹ Insbesondere das Erfordernis des „*an sich zulässigen*“ Amtshandelns zeigt die Verwurzelung der Rechtsfolgen des Herstellungsanspruchs im jeweiligen Leistungsrecht.²⁵⁶² Deshalb

²⁵⁵⁶ Vgl. Kap. 2 B.II.2.b.aa.

²⁵⁵⁷ Brugger, AöR 112 [1987], 389, 411 („*Bei einer [Wieder-]Herstellung [...] geht es also nicht um eine richterrechtliche und verfassungsinterpretatorische Neuschöpfung von materiellen Rechten und Pflichten. Die einschlägigen Hauptleistungspflichten in den Sozialversicherungsverhältnissen liegen der Art und der Entwicklungsfähigkeit im wesentlichen fest.*“).

²⁵⁵⁸ Kritisch aus diesem Verständnis des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs heraus wohl auch: Schoch, VerwArch. 79 [1988], 1, 58 ff.

²⁵⁵⁹ Brugger, AöR 112 [1987], 389, 411.

²⁵⁶⁰ So auch: Brugger, AöR 112 [1987], 389, 411.

²⁵⁶¹ So auch: BSG, Urt. v. 6.3.2003 – B 4 RA 38/02 R = BSGE 91, 1, 3; Schmidt-De Caluwe, S. 306 ff.; Seewald, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 2 SGB I, Rn. 9, § 31 SGB I, Rn. 10; Klose, in: Jahn [Hg.], 250. EGL., § 31 SGB I, Rn. 6.

²⁵⁶² Vgl. BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 80; Klose, in: Jahn [Hg.], 250. EGL., § 31 SGB I, Rn. 6.

wird gerade in dem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch überwiegend auch ein Beispiel für richterliche Rechtsfortbildung gesehen, die nicht durch § 31 SGB I ausgeschlossen ist.²⁵⁶³

(5) *Beachtung der allgemeinen Grenzen des Richterrechts*

(a) Gesamtrechtsordnung

Auch wenn das Grundgesetz keine Naturalrestitutionspflicht als Folge von Rechtsverletzungen fordert, ist die Begründung dieser Rechtsfolge auf der Ebene des einfachen Rechts nicht verfassungsrechtlich versperrt. Die Begründung einer Rechtsfolge, die zu den Amtshandlungen verpflichtet, die ohne das Fehlverhalten vorzunehmen wären, ist mit dem Grundgesetz vereinbar. Durch die hier für den Herstellungsanspruch geforderte Übereinstimmung der einzelnen Rechtsfolge mit den betroffenen fachrechtlichen Wertungen des Einzelfalles wird zudem die einfach-rechtliche Vereinbarkeit der Rechtsfortbildung gewährleistet. Die zahlreichen Streitigkeiten im Bereich des „*an sich (un)zulässigen*“ Amtshandelns²⁵⁶⁴ legen ein deutliches Zeugnis vom Konfliktpotenzial der Frage ab, ob eine Rechtsfolge des Herstellungsanspruchs im Einzelfall dem Fachrecht (nicht) entspricht. Unstreitig sollte hingegen die Grundannahme sein, dass der Herstellungsanspruch dem Fachrecht entspricht, falls dieses eine Korrektur von Rechtsverletzungen i.S.d. Herstellung des Zustandes fordern sollte, der heute ohne Fehlverletzungen bestehen würde. Nur für diesen Fall soll nach der hier vertretenen Ansicht ein Herstellungsanspruch begründet werden.

(b) Verwerfungsmonopol des BVerfG

Auch die (partielle) Nichtanwendung einer Norm kann eine Form der Verwerfung dieser Norm darstellen. Das Verwerfungsmonopol, das dem BVerfG gegenüber dem Fachrichter bzgl. formeller Gesetze zukommt (Art. 93 I Nr. 2, 100 I 1 GG), wird durch den Herstellungsanspruch dennoch nicht unterlaufen. Zunächst kommt es nur dann zu einer Modifikation des Leistungsrechts, wenn ein sozialrechtlicher Nachteil infolge einer subjektiven Rechtsverletzung begründet

²⁵⁶³ Etwa: BSG, Urt. v. 6.3.2003 – B 4 RA 38/02 R = BSGE 91, 1, 3; *Schmidt-De Caluwe*, S. 306 ff.; *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 31 SGB I, Rn. 10; *Klose*, in: Jahn [Hg.], 250. EGL., § 31 SGB I, Rn. 6; unklar: *Timme*, in: Krahrmer [Hg.], § 31 SGB I, Rn. 7; *Gutzler*, in: BeckOK, § 31 SGB I, Rn. 22.

²⁵⁶⁴ Vgl. Kap. 1 B.II.2.B.bb. (3).

wird. Für sämtliche anderen Fälle bleibt der Anwendungsbereich der Norm ohnehin unmodifiziert. Ferner kann ein Herstellungsanspruch auf der hier vertretenen Grundlage nur dann abweichend vom Wortlaut eines Gesetzes eine andere Rechtsfolge begründen, wenn dies mit dem gesetzlichen Regelungszweck übereinstimmt. Eine Korrektur entgegen dem gesetzlichen Regelungszweck wird so vermieden. In diesem Sinne führt der Herstellungsanspruch auch nicht zu einer (partiellen) Verwerfung von formellen Gesetzen. Vielmehr ermöglicht erst die Herstellung die gesetzlich geforderte vollständige Rechtsanwendung, wie sie die Vorschrift eigentlich regeln soll. Denn der Anspruch trifft die nach dem Regelungszweck planwidrig nicht geschaffene Ausnahmeregelung für hoheitliches Fehlverhalten. Sofern eine Herstellung mit dem Regelungszweck der Norm übereinstimmt, droht deshalb nicht der Herstellungsanspruch eine unzulässige Verwerfung der Norm herbeizuführen, sondern eine unmodifizierte Wortlautanwendung der Vorschrift.

(c) Wesentlichkeitslehre

Dass die Wesentlichkeitslehre bei einem so verstandenen Herstellungsanspruch nicht missachtet wird, liegt auf der Hand. Aufgrund der für den Bürger begünstigenden Rechtsfolge ist mit dieser Rechtsfortbildung kein Kompetenzzuwachs der öffentlichen Hand verbunden, so dass kein Grundrechtseingriff erfolgt. Ferner wird auch die Haushaltsprärogative des Parlamentes nicht unterlaufen, weil dem Bürger über den Herstellungsanspruch nur die Leistungen eingeräumt werden, die sich für ihn ohnehin aus dem Gesetz ergeben hätten, wenn die Verwaltung nicht rechtswidrig dazwischengetreten wäre. Es werden keine Zusatzkosten des Staates begründet, über die das Parlament nicht bereits entschieden hätte.²⁵⁶⁵

²⁵⁶⁵ Die Begründung der richterrechtlichen Aufopferungsansprüche, die dem Verletzten eine Entschädigung in Geld zusprechen, über die kein Parlament jemals entschieden hat, sind unter diesem Blickwinkel weitaus problematischer. Tatsächlich führt selbst der Folgebeseitigungsanspruch zu einer größeren Mehrbelastung (*Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 393); schließlich werden dem Verwaltungsträger durch die tatsächliche Wiederherstellung des *status quo ante* Kosten entstehen (bspw. für einen Werkunternehmer, der eine Mauer beim Bürger für die Verwaltung wiederaufbaut), die so nicht aufgrund eines Parlamentsbeschlusses vorgesehen sind. Beim Herstellungsanspruch werden hingegen die finanziellen Mittel, die dem Versicherungsträger zur Erfüllung einer Aufgabe übertragen werden, der Aufgabenerfüllung in dem Umfang zugeführt, wie es das Parlament ursprünglich geplant hatte. Die ohne Herstellungsanspruch anstehende vollständige Kompensation jeglichen sozialrechtlichen Nachteils über das Amtshaftungsrecht wäre jedenfalls kostenintensiver für den Staatshaushalt (vgl. *Olbertz*, S. 218 f.).

(d) Rechtssicherheit und Vertrauensschutz

Schwierigkeiten bereitet die Frage, ob die Rechtsfortbildungsmöglichkeit i.S.e. Herstellungsanspruchs wegen der Rechtssicherheit oder des Vertrauensschutzes zu begrenzen ist. Da durch den Herstellungsanspruch allenfalls eine Begünstigung des Bürgers erreicht werden kann, steht dieser Rechtsfortbildung ein Vertrauensschutz des Bürgers nicht entgegen. Allerdings fordert Rechtssicherheit allgemein – losgelöst von den schützenswerten Vertrauenstatbeständen eines Einzelnen –, dass richterrechtliche Rechtsfortbildung in ihrer Reichweite absehbar und nachvollziehbar bleibt. Hierzu ist es insbesondere notwendig, dass sich die Rechtsfortbildung durch Beschreibung ihres Tatbestandes und ihrer Rechtsfolge inhaltlich von anderen Konstellationen erkennbar abgrenzt.²⁵⁶⁶ Es muss ersichtlich sein, für welche Fälle das Recht wie (nicht) fortgebildet werden soll.

Vordergründig scheint dies beim sozialrechtlichen Herstellungsanspruch der Fall zu sein. Bei subjektiven Rechtsverletzungen sollen die deshalb entstandenen sozialrechtlichen Nachteile mittels einer „*an sich zulässigen*“ Amtshandlung so korrigiert werden, dass im Ergebnis der Zustand hergestellt wird, der ohne die Rechtsverletzung heute bestünde. Genauer betrachtet ist das Einzelverständnis dieser Merkmale jedoch sehr umstritten. Insbesondere das Erfordernis des „*an sich zulässigen*“ Amtshandeln hat zu einer kasuistischen Rechtsprechung geführt, so dass nicht immer auf den ersten Blick feststellbar ist, welches Amtshandeln zulässig oder unzulässig sein soll. Diese allgemeinen Schwierigkeiten bzgl. des „*an sich (un)zulässigen*“ Amtshandelns bleiben auch nach der Ableitung grds. bestehen, die hier vertreten wird. Denn gerade nach dieser Ableitung rechtfertigen erst die jeweils einschlägigen Gesetzeswertungen im Einzelfall die Ausbildung eines Herstellungsanspruchs. Daher kann diese Problematik bei der Anspruchsbegründung nicht im Sinne einer allgemeingültigen Antwort ausgeräumt werden. Es muss immer für den Einzelfall festgestellt werden, dass eine begehrte Amtshandlung „*an sich zulässig*“ ist. Sowohl Verwaltungsträger als auch Bürger stehen im Umgang mit dem Herstellungsanspruch also oftmals vor einer Frage, die Unsicherheiten aufwirft. Insofern überrascht es nicht, dass ein teleologisches Verständnis nach Einzelfall unter Bezugnahme auf das Gebot der Rechtssicherheit kritisiert wird.²⁵⁶⁷

²⁵⁶⁶ Vgl. Larenz, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen, S. 13; Ebsen, DVBl. 1987, 389, 389; Höpfner, NZA-Beil. 2011, 97, 98 f.

²⁵⁶⁷ Goertz, Herstellungsanspruch, S. 158 f.; vgl. dazu schon: Kap. 1 B.II.2.b.bb. (3) (b) (bb).

Andererseits überspannt derjenige die Reichweite berechtigter Rechtssicherheit, der erwartet, gerade dieses Kriterium überhaupt abstrakt einer allgemeinen Klärung zuführen zu können. Denn dieses Kriterium soll einzelfallbezogen die Zulässigkeit eines Herstellungsanspruchs feststellen. Die Antwort auf die Frage nach einer Zulässigkeit muss daher zwangsläufig ebenso komplex ausfallen wie das gesetzliche Regelwerk. Es handelt sich um eine Art richterrechtlich geschaffene Generalklausel, die allgemein eine Vielzahl von Fällen entsprechend der einschlägigen gesetzlichen Vorgaben lösen soll. Für das vergleichbare Abschlusskriterium der rechtlichen Unmöglichkeit beim Folgenbeseitigungsanspruch wird zu Recht auch keine allgemeine Klärung gefordert. Der Forderung nach Rechtssicherheit ist in diesem Zusammenhang Genüge getan, weil feststeht, dass eine Herstellung erfolgt, wenn das dafür notwendige Handeln rechtlich zulässig ist, und eine Herstellung ausscheidet, wenn das dafür notwendige Handeln einen Rechtsverstoß bedeutet. Das Bedürfnis nach Rechtssicherheit reicht nicht soweit, dass durch den Richter im Sinne einfacher, übersichtlicher Lösungen eine materiell-rechtlich falsche Entscheidung getroffen werden dürfte. Die Rechtsprechung zum „*an sich (un)zulässigen*“ Amtshandeln ist damit so komplex wie notwendig, um dort eine Korrektur zu ermöglichen, wo diese gesetzlich gefordert ist – und gleichzeitig dort eine Korrektur auszuschließen, wo diese gegen ein Gesetz verstoßen müsste. Allein wegen der Komplexität der Ermittlung eines Regelungszweckes kann eine rechtlich notwendige Rechtsfortbildung jedenfalls nicht verweigert werden.²⁵⁶⁸

²⁵⁶⁸ Die Schwierigkeit, zugunsten der Rechtssicherheit eine trennscharfe Unterscheidung zwischen den Fällen zu formulieren, in denen das Gesetz fortgebildet werden soll, und solchen, in denen es bei der bloßen Anwendung des geschriebenen Rechts bleibt, ist keine Besonderheit des Herstellungsanspruchs. Vielmehr steht jede richterrechtliche Rechtsfortbildung vor dieser Schwierigkeit, ohne dass daraus der allgemeine Schluss gezogen werden würde, dass eine Rechtsfortbildung allgemein wegen der Rechtssicherheit unterbleiben müsste. Wo bspw. beim Folgenbeseitigungsanspruch zwischen mittelbaren und unmittelbaren Folgen des rechtswidrigen Zustandes differenziert wird (vgl. Kap. 1 E.II.2.b.aa. (1) (d)), wird dieses Problem anschaulich. Bei der Anwendung des geschriebenen Rechts stehenzubleiben ist daher sicherlich die Lösung, die mit der Rechtssicherheit am einfachsten zu vereinbaren ist. Sie ist aber nicht deshalb die rechtlich geforderte zutreffende Lösung. Zudem zeigt bereits die Existenz von Rücknahmenvorschriften (§ 48 VwVfG; § 44 SGB X), dass gerade bei rechtswidrigem Verhalten eine nachträgliche Korrektur nicht wegen des Gebotes der Rechtssicherheit unterbleiben muss.

(6) *Zwischenergebnis*

Die hier angesprochenen Einwände, die gegen die dargestellte Ableitung eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs möglicherweise erhoben werden könnten, überzeugen im Ergebnis nicht. Die Ableitung des Herstellungsanspruchs aus den jeweiligen Wertungen des Fachrechts kann – zumindest auf der Grundlage der bislang ersichtlichen rechtsdogmatischen Argumente – nicht widerlegt werden.

5. *Ergebnis*

Die rechtsdogmatischen Begründungsversuche des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs haben gezeigt, dass bisher kein Ableitungsversuch vollumfänglich überzeugen konnte. Dies lag daran, dass diese Ableitungen zu allgemein angelegt waren und die jeweiligen fachrechtlichen Besonderheiten nicht ausreichend berücksichtigt. Gerade von diesen einfach-rechtlichen Besonderheiten ausgehend ist der Herstellungsanspruch aber als einfach-rechtlicher Sekundäranspruch aus der subjektiven Rechtsverletzung begründbar. Dabei wurde herausgearbeitet, dass das einfache Recht dort eine sozialrechtliche Naturalrestitution fordert, wo der einfach-rechtliche Regelungszweck mit der Begründung eines sozialrechtlichen Nachteils für den Herstellungsfall nicht übereinstimmt und entsprechend dem Schutzzweck des verletzten Rechts unverändert die Beseitigung der Nachteile gefordert ist. Insbesondere aus § 2 II SGB I ergibt sich in diesem Zusammenhang eine allgemeine sozialrechtliche Wertentscheidung zugunsten der weitestgehend möglichen Rechtsverwirklichung des Bürgers. Das einfache Sozialrecht erscheint infolgedessen ohne Herstellungsanspruch planwidrig unvollständig, falls eine Herstellung nicht rechtlich unmöglich geworden ist.²⁵⁶⁹ Ob eine Herstellung rechtlich unmöglich geworden ist oder nicht, ist in jedem Einzelfall anhand der betroffenen rechtlichen Wertungen zu beurteilen.

²⁵⁶⁹ Sofern man den Standort der planwidrigen Regelungslücke konkret bestimmen möchte, liegt diese weder im Regelungssystem der §§ 13 ff. SGB I noch der Korrekturregelungen des SGB X noch innerhalb des Staatshaftungsrechts. Vielmehr ergibt sie sich aus dem jeweiligen Fachrecht, das planwidrig auch für den Herstellungsfall einen sozialrechtlichen Nachteil begründet. Diese Feststellung impliziert allerdings zeitgleich, dass die Korrekturvorschriften des SGB X und des Staatshaftungsrechts sowie die §§ 13 ff. SGB I lückenhaft sind und keine abschließenden Regelungen bzgl. des Herstellungsanspruchs enthalten können, da sonst nicht von einer Planwidrigkeit der fachrechtlichen Regelungslücke im Herstellungsfall ausgegangen werden könnte.

Aus dieser Begründung ergibt sich für die Ausgestaltung des Anspruchs insbesondere, dass die Begründung neuer Rechte des Bürgers – eine sog. originäre Wirkungsweise – unzulässig ist. Zudem muss bei der Ermittlung des Herstellungsumfangs und des „*an sich zulässigen*“ Amtshandelns stärker als bisher auf den Schutzzweck des verletzten Rechts und die berührten Wertungen des Leistungsrechts abgestellt werden.

III. Allgemeiner Herstellungsanspruch?

Nachdem eine rechtsdogmatische Begründung für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch gefunden wurde, soll nun die Ableitung eines allgemeinen Herstellungsanspruchs untersucht werden. Da diese beiden Ansprüche inhaltlich voneinander zu unterscheiden sind,²⁵⁷⁰ darf nicht allein von der Begründung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs bereits auf die Zulässigkeit eines allgemeinen Herstellungsanspruchs geschlossen werden. Die hier herausgearbeitete Ableitung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs²⁵⁷¹ dient allerdings als rechtsdogmatische Grundlage der folgenden Untersuchungen.

Dabei ist die Bezeichnung „*allgemeiner Herstellungsanspruch*“ bewusst so weit gewählt, dass der Anwendungsbereich möglichst umfassend untersucht werden kann. Zunächst wird daher die Möglichkeit eines zivilrechtlichen Herstellungsanspruchs (außerhalb öffentlich-rechtlicher Rechtsbeziehungen) angesprochen, bevor die Möglichkeit eines allgemeinen „*verwaltungsrechtlichen Herstellungsanspruchs*“²⁵⁷² in allen Rechtsgebieten des öffentlichen Rechts (teilweise auch als „*öffentlich-rechtlicher Herstellungsanspruch*“²⁵⁷³ bezeichnet) kritisch betrachtet wird.

Der Untersuchungsgegenstand beschränkt sich bewusst auf Herstellungsansprüche des Bürgers gegen den Staat. Ob ein Herstellungsanspruch bspw. unter mehreren Verwaltungsträgern bei Pflichtverletzungen Anwendung findet, bleibt daher als ein atypischer Sonderfall ausgeklammert. Im Sozialrecht wird diese Frage für verschiedene Sozialleistungsträger jedenfalls kontrovers diskutiert.²⁵⁷⁴

²⁵⁷⁰ Vgl. Kap. 2 B.I.

²⁵⁷¹ Kap. 2 B.II.4.

²⁵⁷² OVG NRW, Beschl. v. 22.7.2010 – 12 A 758/09; OLG Stuttgart, Beschl. v. 4.3.2010 – 202 EnWG 22/08; VG Düsseldorf, Urt. v. 18.10.2006 – 20 K 4941/05; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR I, § 52, Rn. 41.

²⁵⁷³ *Olbertz*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch im Verwaltungsrecht. Vom sozialrechtlichen zum öffentlich-rechtlichen Herstellungsanspruch? (1995).

²⁵⁷⁴ Gegen eine Anwendung des Herstellungsanspruchs: *Igl/Welti*, SozR, § 76 Rn. 10; *Muckel/Ogorek*, SozR, § 16, Rn. 31. Für eine Anwendung des Herstellungsanspruchs:

1. *Kein zivilrechtlicher Herstellungsanspruch*

Die weiteste Ausdehnung des Herstellungsanspruchs läge in einer Anwendung (auch) auf zivilrechtliche Rechtsverhältnisse. Eine derartige allgemeine Ausweitung scheidet jedoch jedenfalls deshalb aus, weil für mehrere zivilrechtliche Rechtssubjekte die Leistungsstörungsregelungen des Schuldrechts für enge schuldrechtliche Sonderbeziehungen (§§ 280 ff., 320 ff., 346 ff. BGB) und die Regelungen des Deliktsrechts für Beziehungen ohne qualifizierten Kontakt (§§ 823 ff. BGB) die Folgen etwaiger Pflichtverletzungen abschließend regeln; diese Regelungen werden zusätzlich durch Sonderregelungen für bestimmte Situationen ergänzt (bspw. §§ 812 ff., 987 ff. BGB, ProdHaftG, §§ 7, 18 StVG). Es kann daher für das Zivilrecht nicht davon ausgegangen werden, dass die Rechtsfolgen der §§ 249 ff. BGB unter anderen Tatbestandsvoraussetzungen – den Voraussetzungen des Herstellungsanspruchs – eintreten sollen.²⁵⁷⁵

Sofern man jedoch darauf abstellt, dass sich eine zivilrechtliche Naturalrestitution (§ 249 I BGB) von der Rechtsfolge des Herstellungsanspruchs unterscheidet (insbesondere einen anderen Ansatzpunkt hat und ggf. deshalb weiterreicht) und insofern eine entsprechende Regelungslücke verbliebe, bedeutet dies nicht, dass deshalb ein weiterer richterrechtlicher Sekundäranspruch für jede unverschuldete Verletzung relativer und absoluter Rechte geschaffen werden könnte. Die Planwidrigkeit einer solchen Regelungslücke ist bzgl. der Folgen zivilrechtlicher Pflichtverletzungen nicht ersichtlich. Insbesondere wird das Verschuldenserfordernis zunehmend auch als Rechtfertigungsvoraussetzung dafür gesehen, ein grundrechtsberechtigtes Privatrechtssubjekt für den Verletzungsfall mit einer verhältnismäßigen gesetzlichen Sekundärpflicht zu bele-

Seewald, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., vor §§ 38 ff. SGB I, Rn. 164; § 86 SGB X, Rn. 116; *ders.*, SGB 1986, 133, 136. Für die Anwendung eines Herstellungsanspruchs, der aber kein Herstellungsanspruch sei, wie er dem Bürger zustünde: *Krause/Sattler*, in: Gitter/Wannagat [Hg.], JbSR 2001, S. 125, 130; *Krause/Sattler*, in: Udsching/Rolfs [Hg.], JbSR 2008, S.65, 69 f.; *Lühmann*, in: Jahn [Hg.], 250. EGL., § 86 SGB X, Rn. 22. Offengelassen: BSG, Urt. v. 30.11.1978 – 12 RK 6/76 = BSGE 47, 194, 200; BSG, Urt. v. 22.5.1985 – 1 RA 7/84 = SozR 7290 § 72 Nr. 11; BSG, Urt. v. 10.5.2007 – B 10 KR 1/05 R = BSGE 98, 238, 242; BSG, Urt. v. 28.3.2000 – B 8 KN 3/98 U R = BSGE 86, 78, 85.

²⁵⁷⁵ Insbesondere Schadensersatz nach §§ 249 ff. BGB erfordert ein Verschulden des zivilrechtlichen Rechtssubjektes (§§ 280 ff., 823 ff. BGB). Diese Grundentscheidung des deutschen Schadensersatzrechts wird nur ausnahmsweise in den wenigen Fällen der sog. Gefährdungshaftung durchbrochen (bspw. § 834 S. 1 BGB, §§ 7, 18 StVG, §§ 1, 2 HaftpflG, § 1 ProdHaftG, §§ 25 ff. AtomG). Insofern kann nicht argumentiert werden, dass bspw. das Verschuldenserfordernis der §§ 280 ff. BGB eine planwidrige Regelung sei, die nach dem Willen des Gesetzgebers durch den verschuldensunabhängigen Herstellungsanspruch ergänzt werden müsste.

gen.²⁵⁷⁶ Diese auf das Zivilrecht abgestimmte (und in der Rechtspraxis bewährte) Dogmatik würde durch einen verschuldensunabhängigen Herstellungsanspruch unterlaufen und missachtet werden. Für die zivilrechtlichen Rechte ergibt die Auslegung für den Verletzungsfall daher grds., dass die zivilrechtlichen Schadensersatzregelungen für Pflichtverletzungen abschließend gefasst sind.

Falls man hingegen versucht, über Treu und Glauben (§§ 242, 162 BGB) einen allgemeinen zivilrechtlichen Grundsatz herauszuarbeiten, in dem der Herstellungsanspruch für das Zivilrecht inhaltlich bereits aufgegangen ist,²⁵⁷⁷ beruht dies nicht auf einer Anwendung desselben Gedankengutes. Vielmehr wird diese Rechtsfolge originär aus dem Zivilrecht anhand einschlägiger zivilrechtlicher Wertungen entwickelt, die weder unmittelbar auf die Wertungen der Art. 20 III, 3 I GG zurückgreifen können, noch vor denselben Schwierigkeiten stehen, die sich bei der Begründung der Rechtsfolge im öffentlich-rechtlichen Sozialrecht ergeben. So kann sich die Problematik des „*an sich (un)zulässigen*“ Amtshandelns im Zivilrecht regelmäßig nicht in vergleichbarer Form stellen, weil dem zuvor treuwidrig Handelnden eine andere rechtliche Behandlung – zumindest im Innenverhältnis – möglich sein wird. Das zivilrechtliche Problem ist vielmehr, dass der treuwidrig Handelnde mangels entsprechenden Willens dieses mögliche Handeln ohne die Bindung der §§ 242, 162 BGB nicht vornehmen wird. Wie im Zusammenhang mit einer Ableitung des Herstellungsanspruchs aus §§ 242, 162 BGB erwähnt wurde, muss deshalb die Rechtsfolge, die für ein Rechtsgebiet anzuwenden ist, erst anhand der einschlägigen rechtlichen Wertungen entwickelt werden. Die Entwicklung der zivilrechtlichen Einrede des *venire contra factum proprium* geht dabei auf andere – zivilrechtliche – Erwägungen zurück.

Ein Herstellungsanspruch ist daher nicht anwendbar, falls bspw. ein Arbeitgeber rechtswidrig einen Auszubildenden nicht in ein festes dauerhaftes Arbeitsverhältnis übernimmt, obwohl er hierzu durch Tarifvertrag rechtlich verpflichtet wäre. In diesem Fall kann der Auszubildende nicht über einen ungeschriebenen zivilrechtlichen Herstellungsanspruch verlangen, nachträglich in das Arbeitsverhältnis übernommen zu werden oder nachträglich entfallende Lohnzahlungen einfordern. Ihm bleiben hierfür nur die Rechtsschutz- bzw. Haftungsansprüche des Zivilrechts (insbes. §§ 280 ff., 249 I, 252 BGB).

²⁵⁷⁶ *Looschelders*, SchuldR BT, Rn. 1168.

²⁵⁷⁷ Bspw. kann einem Bürger gegenüber einem anderen Bürger nach §§ 242, 162 BGB die Berufung auf einen Formfehler verwehrt sein, wenn er selbst diesen zuvor treuwidrig herbeigeführt hat. Vgl. m.w.N. auch zu anderen Beispielen: *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger, § 242 BGB, Rn. 234 ff.; *Roth/Schubert*, in: MüKo BGB, § 242 BGB, Rn. 235 ff.; *Pfeiffer*, in: Herberger [Hg.], § 242 BGB, Rn. 56 ff.

Wenn man weitergedacht unterstellt, dass dem Auszubildenden durch dieses rechtswidrige Verhalten Ansprüche der betrieblichen Altersversorgung bei diesem Arbeitgeber verloren gegangen sind, führt auch dies nicht dazu, dass er über einen eigenständigen „*altersversorgungsrechtlichen Herstellungsanspruch*“ verlangen könnte, so gestellt zu werden, wie er heute ohne das Fehlverhalten altersversorgerechtlich stünde. Selbst wenn man nach §§ 242, 162 BGB zu dem Ergebnis gelangen sollte, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist diesen Auszubildenden bei der betrieblichen Altersvorsorge entsprechend zu behandeln, folgt dieses Ergebnis allein aus arbeitsrechtlichen/zivilrechtlichen Erwägungen – nicht aus einem Herstellungsanspruch.

Dieses Ergebnis leuchtet für typische zivilrechtliche Rechtsverhältnisse zwischen mehreren Privatrechtssubjekten unbestritten ein; es gilt allerdings allgemein für jedes zivilrechtliche Rechtsverhältnis. Mit der Zuordnung zum Zivilrecht findet auch das zivilrechtliche Haftungsregime Anwendung. Die Ergänzung des zivilrechtlichen Haftungsrechts durch weitere richterrechtliche Sekundäransprüche ist damit zwar nicht von vorneherein ausgeschlossen;²⁵⁷⁸ eine Rechtsfortbildung muss dann allerdings von den zivilrechtlichen Wertungen ausgehend erfolgen. Dem durch öffentlich-rechtliche Wertungen geprägten Herstellungsanspruch kommt für derartige Fortbildungen nicht ohne weiteres ein rechtsdogmatischer Vorbildcharakter zu. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn der Staat selbst an einem zivilrechtlichen Rechtsverhältnis als Privatrechtssubjekt beteiligt ist und sich privatrechtlicher Handlungsformen zur Aufgabenerfüllung bedienen darf.²⁵⁷⁹ Die Zuordnung des Rechtsverhältnisses zum Zivilrecht führt auch zur Anwendung des zivilrechtlichen Haftungsregimes.

Auch wenn der Staat soziale Sicherungsbedürfnisse durch privatrechtliche Sicherungsverträge zwischen Privatrechtssubjekten erfüllen möchte (bspw. durch die Förderung bestimmter Altersversorgungen mittels sog. Riester-/Rürup-Renten oder eine Pflegevertragsförderung nach dem sog. Pflege-Bahr), führt diese Verlagerung einer ehemals öffentlich-rechtlich dominierten Sicherungsaufgabe nicht dazu, dass deshalb ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch mitüberginge. Wenn ein Bürger bspw. von einer Bank nur unzureichend über seine Riester-Möglichkeiten informiert wird, entsteht hieraus kein Herstellungsanspruch gegen die Bank (oder den Staat). Der geschädigte Bürger ist vielmehr aufgrund des zivilrechtlichen Charakters dieses Rechtsverhältnisses auch auf die zivil-

²⁵⁷⁸ Letztlich sind bspw. auch die zivilrechtlichen Ansprüche analog § 1004 BGB solche ergänzenden richterrechtlichen Ansprüche. Vgl. zum analogen Anwendungsbereich von § 1004 BGB: *Vieweg/Werner*, SachenR, § 9, Rn. 7 m.w.N.; *Gursky*, in: Staudinger, § 1004 BGB, Rn. 15 f.; *Schulte-Nölke*, in: Schulze [Hg.], § 1004 BGB, Rn. 1; *Berger*, in: Jauernig, § 1004 BGB, Rn. 2; *Baur/Stürner*, SachenR, § 12, Rn. 3.

²⁵⁷⁹ Wenn der Staat bspw. fiskalische Hilfsgeschäfte mit einer Privatperson tätigt, kann diese bei etwaigen Pflichtverletzungen des privat-rechtlich agierenden Hoheitsträgers keinen (zivilrechtlichen) Herstellungsanspruch geltend machen.

rechtlichen Korrekturmöglichkeiten gegen die Bank beschränkt, die für einen Herstellungsanspruch keine planwidrige Regelungslücke erkennen lassen.

Allein der historische Zusammenhang von privatrechtlichen Versicherungsverträgen mit einer staatlichen Sicherungsaufgabe reicht nicht aus, um den Herstellungsanspruch auf privatrechtliche Rechtsbeziehungen zu übertragen – auch wenn der Herstellungsanspruch aller Voraussicht nach auf dieselben Versicherungsleistungen Anwendung finden würde, wenn diese öffentlich-rechtlich organisiert wären. Es handelt sich dabei seitens des Staates auch nicht um eine unzulässige „*Flucht in das Privatrecht*“²⁵⁸⁰, der versuchen würde, bspw. der öffentlich-rechtlichen Staatshaftung zu entkommen, sondern um eine konsequente Folge einer zivilrechtlichen Qualifikation der Rechtsverhältnisse der Beteiligten.

2. *Allgemeiner verwaltungsrechtlicher Herstellungsanspruch?*

Die Begründung eines allgemeinen verwaltungsrechtlichen Herstellungsanspruchs erscheint allerdings möglich, wenn es um die Korrektur öffentlich-rechtlicher Nachteile durch Herstellung des (Rechts-) Zustandes geht, der heute ohne ein staatliches Fehlverhalten bestünde. Sofern die Anwendung dieses Anspruchs über das Sozialrecht hinaus nicht von vorneherein abgelehnt wird,²⁵⁸¹ wird oftmals losgelöst vom jeweiligen Fachrecht ohne weitere Differenzierungen eine uneingeschränkte allgemeine Übertragung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs gefordert – zumindest für typische Fallkonstellationen (häu-

²⁵⁸⁰ *Fleiner*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 326.

²⁵⁸¹ Etwa: BVerwG, Urt. v. 24.3.1988 – 3 C 48/86 = BVerwGE 79, 192, 194; BVerwG, 14.7.2010 – 1 B 13/10; Bayerischer VGH, Urt. v. 6.5.2011 – 19 ZB 09.1045; Bayerischer VGH, Urt. v. 2.3.2011 – 19 B 10.2815; Bayerischer VGH, Urt. v. 31.5.2010 – 19 ZB 08.1698; Bayerischer VGH, Urt. v. 17.10.2008 – 19 ZB 08.2000; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 24.3.1987 – 3 S 2989/86 = VBIBW 1987, 468, 469; OVG Hamburg, Urt. v. 26.10.1990 – Bs I 67/90 = NJW 1991, 1076, 1077; OVG Bremen, Beschl. v. 5.4.2011 – 1 B 15/11; VG Minden, Urt. 12.9.2011 – 11 K 1281/11; VG Bremen, Urt. v. 3.8.2011 – 1 V 638/11; VG Würzburg, Urt. v. 18.3.2010 – W 3 K 09.525; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 605; *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6 Rn. 99; *Bonk*, in: Sachs [Hg.], Art. 34 GG, Rn. 47; *Kallerhoff*, in: Stelkens/Bonk/Sachs [Hg.], § 25 VwVfG, Rn. 19 ff.; *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, § 25 VwVfG, Rn. 25; *Ritgen*, in: Knack/Hennecke [Hg.], § 25 VwVfG, Rn. 23; *Ziekow*, § 25 VwVfG, Rn. 13; *Hermann*, in: Bader/Ronellenfitsch [Hg.] § 25 VwVfG, Rn. 23. Offener: BVerwG, Urt. v. 9.3.1990 – 7 C 94/88 = NWVBl 1990, 373, 374; BVerwG, Urt. v. 8.12.1995 – 8 C 37/93 = BVerwGE 100, 83, 101; BVerwG, Urt. v. 30.10.1997 – 3 C 35/96 = BVerwGE 105, 288, 298; OVG Niedersachsen, Beschl. v. 9.7.2007 – 2 ME 444/07 = NVwZ-RR 2007, 766; *Neumann*, NVwZ 2000, 1244, 1245; *Engelhardt*, in: Obermayer, § 25 VwVfG, Rn. 76 ff. Für einen gesamt-sozialrechtlichen Herstellungsanspruch eintretend, der nicht über die sozialrechtlichen Rechtsgebiete hinausreicht: *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 395; *Bieback* DVBl. 1983, 159, 169 f.

fig für Beratungsfehler entgegen § 25 VwVfG).²⁵⁸² Da es sich auch bei einem allgemeinen verwaltungsrechtlichen Herstellungsanspruch um Rechtsfortbildung handelt, muss sich ein solcher Anspruch für das allgemeine Verwaltungsrecht rechtsdogmatisch überzeugend begründen lassen.

- a) Keine rechtsdogmatische Ableitung unmittelbar aus dem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch

Genauso wenig wie der richterrechtliche Folgenbeseitigungsanspruch für sich genommen einen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch rechtfertigen kann,²⁵⁸³ kann eine allgemeine Ableitung unmittelbar aus dem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch gelingen. Die in diesem Zusammenhang häufig verwandten Formulierungen, die sprachlich auf eine Form der Analogie zum sozialrechtlichen Herstellungsanspruch hindeuten,²⁵⁸⁴ sind daher dogmatisch unhaltbar.²⁵⁸⁵ Möglich ist die rechtsdogmatische Begründung eines allgemeinen verwaltungsrechtlichen Herstellungsanspruchs nur dann, wenn die hinter dem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch stehenden rechtlichen Wertungen gleichermaßen (auch) die Begründung eines allgemeinen Herstellungsanspruchs rechtfertigen. Überzeugend ist es, in dieser Frage bewusst von einem „*originären*“ Herstellungsanspruch für das Verwaltungsrecht zu sprechen.²⁵⁸⁶

²⁵⁸² Wolff/Bachof/Stober/Kluth, VerwR I, § 52, Rn. 41; Olbertz, S. 218 f.; Hattstein, Betreuungspflichten, S. 240 ff.; Pünder, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 14, Rn. 42; offengelassen: Maurer, AllgVerwR, § 30, Rn. 24 f.; Ule/Laubinger, § 26 VwVfG, Rn. 28 ff., 31; Erbguth, AllgVerwR, § 41, Rn. 23; unklar: Sproll, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, StHR, § 12, Rn. 63. Im Ergebnis übereinstimmend, wenn auch für eine inhaltliche Umgestaltung des öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruchs nach dem Vorbild des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs eintretend: Wallerath, DÖV 1987, 505, 515; Brugger, AöR 112 [1987], 389, 434 ff.

²⁵⁸³ Vgl. Kap. 2 B.II.3.a.aa.

²⁵⁸⁴ BVerwG, Urt. v. 30.10.1997 – 3 C 35/96 = BVerwGE 105, 288, 298 („Das Berufungsgericht hat auch das Bestehen eines Herstellungsanspruchs der Klägerin in Analogie zu dem von den Sozialgerichten entwickelten Anspruch verneint, weil für eine Übernahme dieses Rechtsinstituts in das allgemeine Verwaltungsrecht keine Grundlage gegeben sei.“); OVG NRW, Urt. v. 4.5.1999 – 5 A 5684/97; OVG Niedersachsen, Beschl. v. 9.7.2007 – 2 ME 444/07 = NVwZ-RR 2007, 766; VG Düsseldorf, Urt. v. 18.10.2006 – 20 K 4941/05; FG Hamburg, Urt. v. 6.12.2006 – 5 K 228/05.

²⁵⁸⁵ Zudem würde ein solcher Schluss vom Besonderen (Sozialrecht) auf das Allgemeine (Verwaltungsrecht) ohnehin wenig überzeugenden. Nur weil im Sozialrecht ein Herstellungsanspruch besteht, kann nicht davon ausgegangen werden, dass dies im allgemeinen Verwaltungsrecht auch der Fall ist.

²⁵⁸⁶ Vgl. VG Hamburg, Urt. v. 11.3.2010 – 5 E 2266/09; Hofmann, in: Hofmann/Hoffmann [Hg.], § 82 AufenthG, Rn. 28.

b) Sozialrechtliche Wertungen nicht ohne weiteres verallgemeinerungsfähig

Die Ausgangssituation, dass es aufgrund einer subjektiven Rechtsverletzung für den Bürger zu einem rechtlichen Nachteil kommen kann, betrifft nicht nur das Sozialrecht. Es handelt sich vielmehr um eine Fallkonstellation, die in vielfältiger Weise auch in nichtsozialrechtlichen Verwaltungsrechtsbereichen auftreten kann.²⁵⁸⁷ Auch im allgemeinen Verwaltungsrecht können Nachteile begründet werden, die sich daraus ergeben, dass ein Verwaltungsträger inzwischen nach dem Wortlaut der einschlägigen Vorschriften gesetzeskonform entscheidet, die tatsächlichen/rechtlichen Grundlagen dieser Entscheidung aber durch sein rechtswidriges (Vor-) Verhalten selbst herbeigeführt hat. Da auch im allgemeinen Verwaltungsrecht keine Regelung besteht, die eine verwaltungsrechtliche Naturalrestitution herbeiführen könnte, wenn sich diese Nachteile weder im Erlass eines rechtswidrigen, angreifbaren Verwaltungsaktes zusammenfassen lassen noch durch Kompensation in Geld ausgleichbar sind, kann im Ergebnis auch von einer vergleichbaren Regelungslücke ausgegangen werden.

Dieselben Wertungen, die für das Sozialrecht die Planwidrigkeit dieser Regelungslücke begründet haben (insbesondere § 2 II SGB I),²⁵⁸⁸ können hingegen nicht ohne weiteres verallgemeinert werden.²⁵⁸⁹ Es handelt sich um sozialrechtsspezifische Wertungen des SGB I und SGB X, die keine allgemeine Entsprechung im übrigen Verwaltungsrecht finden. Aus den Wertungen, die für die anderen Verwaltungsrechtsgebiete übereinstimmend Anwendung finden – insbesondere verfassungsrechtliche Wertungen und überwiegend das VwVfG –, lässt sich kein allgemeiner Naturalrestitutionsanspruch bei subjektiven Rechtsverletzungen begründen. Derartige allgemeine Ableitungsversuche des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs – insbesondere aus der Verfassung – konnten unabhängig vom einfach-rechtlichen Sozialrecht nicht überzeugen.²⁵⁹⁰ Der

²⁵⁸⁷ Für einen Überblick zu möglichen Anwendungsfällen jeweils m.w.N. vgl.: *Pietzner/Müller*, *VerwArch.* 85 [1994], 603, 611 ff., 617 ff.; *Olbertz*, S. 77 ff.; *Hattstein*, *Betreuungspflichten*, S. 235 ff.

²⁵⁸⁸ Vgl. Kap. 2 B.II.4.b.

²⁵⁸⁹ *Voelzke*, in: *Schlegel/Voelzke* [Hg.], § 2 SGB I, Rn. 21 m.w.N.; offener und ggf. für eine analoge Anwendung der §§ 2 ff. SGB I auf nicht sozialrechtliche Bereiche (aber auch nicht auf alle Verwaltungsrechtsverhältnisse): *Rüfner*, in: *Wannagat* [Hg.], 112. EGL., § 2 SGB I, Rn. 8.

²⁵⁹⁰ Die fehlende Möglichkeit, einen Herstellungsanspruch losgelöst vom einfachrechtlichen Fachrecht zu begründen, bedingt eine stärkere Hinwendung zu einfachrechtlichen (sozialrechtlichen) Wertungen. Welche Rechtsfolgen sich aus der Verletzung eines subjektiven Rechts ergeben (insbesondere auch für eine Restitution), muss anhand der Auslegung dieses Rechts in seinem jeweiligen fachrechtlichen Regelungszu-

Herstellungsanspruch musste deshalb als Sekundäranspruch aus der Verletzung eines einfach-rechtlichen subjektiven Rechts konstruiert werden, der das Sozialrecht um einen entsprechenden Anspruch auf sozialrechtliche Naturalrestitution ergänzt, weil dieses Rechtsgebiet ohne einen solchen Anspruch planwidrige Regelungslücken aufweisen würde. Da sich die Planwidrigkeit erst aus der Auslegung des verletzten subjektiven Rechts in seinem sozialrechtlichen Regelungszusammenhang ergibt, kann nach dieser Ableitung nicht losgelöst vom jeweiligen fachrechtlichen Regelungszusammenhang festgestellt werden, ob bspw. eine umfassende Restitution für den Verletzungsfall gefordert ist oder nicht.²⁵⁹¹ Selbst wenn im Einzelfall festgestellt werden kann, dass in der Korrektur eines bestimmten (rechtlichen) Nachteils kein „*an sich unzulässiges*“ Amtshandeln läge – eine Korrektur also rechtlich zulässig wäre –,²⁵⁹² reicht dies allein nicht aus, um aus dieser Korrekturmöglichkeit bereits eine Korrekturpflicht abzuleiten. Es muss sich vielmehr eine rechtliche Wertung dafür nachweisen lassen, dass die Korrektur vom Gesetzgeber gewollt ist und das Gesetzeswerk ohne diese Korrekturpflicht bei subjektiven Rechtsverletzungen planwidrig unvollständig erscheint. Für das Sozialrecht wird diese Wertentscheidung insbesondere in § 2 II SGB I ersichtlich, während eine vergleichbare Allgemeinwertung für das gesamte öffentliche Recht nicht besteht.²⁵⁹³ Dem BVerwG ist daher grds. zuzustimmen, wenn es für den Herstellungsanspruch formuliert, dass der „*speziell dem Sozialrecht (vgl. §§ 2 Abs. 2, 13, 14, 15 SGB-AT) entnommene Rechtsgedanke [...] nicht verallgemeinert werden*“²⁵⁹⁴ kann.

sammenhang ermittelt werden. Vgl. ausführlich zu den einzelnen Ableitungsversuchen und ihrem Scheitern: Kap. 2 B.II.3.

²⁵⁹¹ In diesem Sinne auch: *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, S. 475.

²⁵⁹² Bereits diese Entscheidung ist ohne die Berücksichtigung der jeweils einschlägigen Regelungen des Fachrechts nicht abstrakt für das gesamte Verwaltungsrecht möglich.

²⁵⁹³ In der Ableitung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs wurde zwar angesprochen, dass sich die Wertungen zugunsten einer sozialrechtlichen Naturalrestitution ggf. auch aus verfassungsrechtlichen Wertungen im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung des einfachen Rechts ergeben können (vgl. Kap. 2 B.II.4.b.bb. (2) (b)). Diese Wertungen variieren allerdings abhängig vom Einzelfall und bieten daher kein gleichbleibendes allgemeines Schutzniveau, aus dem immer eine Restitution im Sinne der Herstellung ableitbar wäre. Insbesondere existieren Fällen, in denen eine Restitution verfassungsrechtlich möglich, aber nicht gefordert ist. Ein allgemeiner verwaltungsrechtlicher Herstellungsanspruch ist daher aus diesen Erwägungen nicht begründbar.

²⁵⁹⁴ BVerwG, Urt. v. 24.3.1988 – 3 C 48/86 = BVerwGE 79, 192, 194; vgl. auch: *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 395.

c) Zwischenergebnis

Auch wenn die Befürworter eines allgemeinen Herstellungsanspruch oftmals losgelöst vom jeweiligen Fachrecht zu einer allgemeinen Herstellungspflicht bei subjektiven Rechtsverletzungen (insbesondere bei Verletzungen des § 25 VwVfG) gelangen wollen,²⁵⁹⁵ kann die Entscheidung über eine Zulässigkeit des Herstellungsanspruchs auf dieser Ebene nicht getroffen werden. Erst in den „Niederungen“ des einfachen (Fach-) Rechts lassen sich ggf. die offengebliebenen Begründungsschritte für einen lückenschließenden Herstellungsanspruch finden. Ohne die Einbeziehung des jeweiligen Fachrechts, das nicht zwingend für eine Herstellungspflicht sprechen muss, kann die Planwidrigkeit der Regelungslücke nicht überzeugend begründet werden. Ein allgemeiner verwaltungsrechtlicher Herstellungsanspruch besteht demnach nicht.

3. *Allgemeiner Ausschluss eines verwaltungsrechtlichen Herstellungsanspruchs?*

Nachdem herausgearbeitet wurde, dass ein allgemeiner Herstellungsanspruch nicht (verfassungs-) rechtlich gefordert ist, stellt sich umgekehrt die Frage, ob denn die Begründung eines nicht-sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs allgemein ausgeschlossen ist. Die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit ist für die nicht-sozialrechtlichen Bereiche zu einem solchen allgemeinen Ausschluss gelangt.²⁵⁹⁶ Anders als im Sozialrecht könne der § 2 II SGB I entnommene Rechtsgedanke zugunsten eines Herstellungsanspruchs nicht nur nicht verallgemeinert werden, sondern auf *„dem Gebiet des allgemeinen Verwaltungsrechts kann unrechtmäßiges Verwaltungshandeln oder Unterlassen nur im Rahmen zulässigen Verwaltungshandelns ausgeglichen werden.“*²⁵⁹⁷ Obwohl die Ausdehnungsfrage später teilweise auch ausdrücklich offengelassen wur-

²⁵⁹⁵ Etwa: *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR I, § 52, Rn. 41; *Olbertz*, S. 218 f.; *Hattstein*, Betreuungspflichten, S. 240 ff.; *Pünder*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 14, Rn. 42; *Wallerath*, DÖV 1987, 505, 515; *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 434 ff.

²⁵⁹⁶ BVerwG, Urt. v. 24.3.1988 – 3 C 48/86 = BVerwGE 79, 192, 194; BVerwG, 14.7.2010 – 1 B 13/10; Bayerischer VGH, Urt. v. 6.5.2011 – 19 ZB 09.1045; Bayerischer VGH, Urt. v. 2.3.2011 – 19 B 10.2815; Bayerischer VGH, Urt. v. 31.5.2010 – 19 ZB 08.1698; Bayerischer VGH, Urt. v. 17.10.2008 – 19 ZB 08.2000; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 24.3.1987 – 3 S 2989/86 = VBIBW 1987, 468, 469; OVG Hamburg, Urt. v. 26.10.1990 – Bs I 67/90 = NJW 1991, 1076, 1077; OVG Bremen, Beschl. v. 5.4.2011 – 1 B 15/11; VG Minden, Urt. 12.9.2011 – 11 K 1281/11; VG Bremen, Urt. v. 3.8.2011 – 1 V 638/11; VG Würzburg, Urt. v. 18.3.2010 – W 3 K 09.525.

²⁵⁹⁷ BVerwG, Urt. v. 24.3.1988 – 3 C 48/86 = BVerwGE 79, 192, 194.

de,²⁵⁹⁸ wurde gerade dieses Argument in Rechtsprechung und Schrifttum immer wieder (dankbar) für einen absoluten Ausschluss des Herstellungsanspruchs aufgegriffen.²⁵⁹⁹ Teilweise wird es anstelle jeder inhaltlichen Auseinandersetzung als verwaltungsrechtliche Selbstverständlichkeit – einem verwaltungsrechtlichen Dogma vergleichbar – gegen jeden verwaltungsrechtlichen Herstellungsanspruch vorgetragen.²⁶⁰⁰

Auch wenn das BVerwG sich inzwischen dazu durchgerungen hat, zumindest für die Sozialrechtsgebiete, die den Verwaltungsgerichten zur Entscheidung gesetzlich zugewiesen sind, einen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch grds. anzuerkennen, wird eine Ausdehnung auf nicht-sozialrechtliche Bereiche in derselben Entscheidung weiterhin abgelehnt.²⁶⁰¹

In Abgrenzung zu den früheren Entscheidungen, die ohne Ansehung des jeweiligen Fachrechts für einen absoluten Ausschluss eines Herstellungsanspruchs in nichtsozialrechtlichen Bereichen eingetreten sind, heißt es in dieser Entscheidung allerdings abgeschwächt, dass der Herstellungsanspruch jedenfalls „*nicht unbesehen [sic] auf die Gebiete des allgemeinen Verwaltungsrechts übertragen werden*“²⁶⁰² dürfe. Ob das Gericht mit dieser Formulierung auch der Sache nach von seiner früheren Vorstellung eines absoluten

²⁵⁹⁸ BVerwG, Urt. v. 9.3.1990 – 7 C 94/88 = NWVBl 1990, 373, 374 („Eine verallgemeinernde Anwendung des Herstellungsanspruchs wird in Ermangelung entsprechender Rechtsvorschriften abgelehnt [...]: Es wird darauf verwiesen, daß auf dem Gebiet des allgemeinen Verwaltungsrechts das in der Verletzung von Betreuungspflichten liegende unrechtmäßige Verwaltungshandeln nur im Rahmen zulässigen Verwaltungshandelns ausgeglichen werden kann [...]. Der vorliegende Streitfall nötigt nicht zu der Entscheidung, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Herstellungsanspruch in dem von der sozialgerichtlichen Rechtsprechung erarbeiteten Sinne als ‚Baustein im System des öffentlich-rechtlichen Nachteilsausgleichs‘ [...] auch außerhalb von Sozialrechtsverhältnissen in Betracht zu ziehen ist.“); BVerwG, Urt. v. 8.12.1995 – 8 C 37/93 = BVerwGE 100, 83, 101 („In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts wird jedoch eine verallgemeinernde Anwendung des Herstellungsanspruchs auf die Haftung aus verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnissen außerhalb des Sozialrechts wegen des Fehlens einer entsprechenden Rechtsgrundlage abgelehnt [...]. Ob und unter welchen Voraussetzungen ein Herstellungsanspruch außerhalb eines Sozialrechtsverhältnisses in Betracht kommt, bedarf im vorliegenden Streitfall keiner Erörterung und Entscheidung.“); zusammenfassend: BVerwG, Urt. v. 30.10.1997 – 3 C 35/96 = BVerwGE 105, 288, 298 f.

²⁵⁹⁹ BVerwG, 14.7.2010 – 1 B 13/10; OVG Bremen, Beschl. v. 5.4.2011 – 1 B 15/11; VG Würzburg, Urt. v. 18.3.2010 – W 3 K 09.525; Ziekow, § 25 VwVfG, Rn. 13; wohl auch: Ritgen, in: Knack/Hennecke [Hg.], § 25 VwVfG, Rn. 23; kritischer: Pietzner/Müller, VerwArch. 85 [1994], 603, 611 f.; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, VerwR I, § 52, Rn. 41.

²⁶⁰⁰ Etwa: OVG Bremen, Beschl. v. 5.4.2011 – 1 B 15/11; VG Würzburg, Urt. v. 18.3.2010 – W 3 K 09.525; VG Cottbus, Urt. v. 27.6.2013 – 1 K 951/10.

²⁶⁰¹ BVerwG, Urt. v. 30.6.2011 – 3 C 36/10 = BVerwGE 140, 103, 107.

²⁶⁰² BVerwG, Urt. v. 30.6.2011 – 3 C 36/10 = BVerwGE 140, 103, 107.

Ausschlusses abgerückt ist, bleibt leider mangels weiterer inhaltlicher Erläuterungen unklar.²⁶⁰³

Die nur selten näher definierte Formel, dass auf „*dem Gebiet des allgemeinen Verwaltungsrechts [...] unrechtmäßiges Verwaltungshandeln oder Unterlassen nur im Rahmen zulässigen Verwaltungshandelns ausgeglichen werden*“²⁶⁰⁴ kann, ist in vielfacher Weise deutbar. Jedenfalls unterstellt sie, dass (nur) im Sozialrecht eine Korrektur mittels „*nicht zulässigen Verwaltungshandelns*“ möglich wäre. Wenn man „*nicht zulässig*“ dabei als „*rechtswidrig*“ interpretiert, ist diese Vorstellung nicht haltbar. Denn einerseits ist keine sozialrechtliche Lockerung der Gesetzesbindung aus Art. 20 III GG ersichtlich und andererseits stellt gerade das Kriterium des „*an sich (un)zulässigen*“ Amtshandelns die Rechtmäßigkeit einer Herstellung sicher. Wie der gesetzliche Totalvorbehalt des § 31 SGB I eindrucksvoll belegt, kommt den Sozialgesetzen keineswegs nur der Rang einer unverbindlichen Orientierungshilfe zu, über die sich ein Richter im Zuge seiner eigenen Billigkeitsvorstellungen hinwegsetzen kann, darf oder soll. Eine rechtswidrige richterrechtliche Rechtsfortbildung ist im Sozialrecht ebenso ausgeschlossen wie sie es auch in den anderen Bereichen des Verwaltungsrechts ist.²⁶⁰⁵ Damit die Formulierung einen Sinn behält, muss sie anders gedeutet werden.

Eine andere Deutungsmöglichkeit wäre, dass in der Rechtsfortbildung gerade für das allgemeine Verwaltungsrecht ein Gesetzesverstoß liegt, weil außerhalb des Sozialrechts abschließende gesetzliche Regelungen existieren würden. Die mangelnde Überzeugungskraft dieser Interpretation zeigt sich bereits daran, dass sie inhaltlich darauf hinauslaufen würde, dass derselbe Gesetzgeber, der im Sozialrecht lückenhafte Regelungen schafft, immer dann lückenlos handeln

²⁶⁰³ Für diese Annahme spricht, dass das BVerwG in dieser abgeschwächten Formulierung eine inhaltliche Fortführung der scharfen Rechtsprechung aus BVerwGE 79, 192, 194 zu sehen scheint (BVerwG, Urt. v. 30.6.2011 – 3 C 36/10 = BVerwGE 140, 103, 107). Dies reicht jedoch noch nicht aus, um im Ergebnis eine willentliche Änderung des Verständnisses anzunehmen.

²⁶⁰⁴ BVerwG, Urt. v. 24.3.1988 – 3 C 48/86 = BVerwGE 79, 192, 194.

²⁶⁰⁵ Dies auch ausdrücklich anerkennend: BVerwG, Urt. v. 8.12.1995 – 8 C 37/93 = BVerwGE 100, 83, 101 („*Auch auf dem Gebiet des Sozialrechts kann mit dem Herstellungsanspruch nur etwas verlangt werden, das nach dem jeweiligen Fachrecht zulässig ist, nicht dagegen eine Handlung oder Gestaltung, die das Gesetz ausschließt oder nicht gestattet [...]. Die Behörde darf mittels des Herstellungsanspruchs keinesfalls zu einer gesetzwidrigen Handlung verpflichtet werden [...]. Der Herstellungsanspruch ist insofern wie der Folgenbeseitigungsanspruch als Sanktionsrecht an das jeweilige Fachrecht gebunden. [...] Vielmehr darf namentlich auch eine Verletzung von behördlichen Betreuungs- und Beratungspflichten stets nur im Rahmen rechtmäßigen Verwaltungshandelns ausgeglichen werden [...].*“).

würde, wenn er keine sozialrechtlichen Materien regelt. Dieses Verständnis nähert sich zudem der rechtsdogmatisch überholten gesetzpositivistischen Vorstellung an. Dass grds. auch in Verwaltungsrechtsgebieten davon ausgegangen wird, dass gesetzlicher Wortlaut und Regelungszweck nicht übereinstimmen müssen und infolgedessen auch korrigiert werden dürfen, zeigt sich an der grundsätzlichen Zulässigkeit von Analogieschlüssen und teleologischen Reduktionen.²⁶⁰⁶ Das gesamte unregelte Staatshaftungsrecht belegt, dass „*zulässiges Verwaltungshandeln*“ nicht mit kodifiziertem Verwaltungshandeln gleichgesetzt werden kann. Ob eine Rechtsfortbildung (un-)zulässig ist, kann nur jeweils gemessen an den einschlägigen fachrechtlichen Wertungen des Einzelfalls überprüft werden. Lückenschließende Rechtsfortbildung ist im Verwaltungsrecht keineswegs per se „*nicht zulässig*“.

Eine terminologisch näherliegende Deutungsmöglichkeit wäre es, dass in dem Außerachtlassen gesetzlicher Voraussetzungen i.S.e. „*an sich zulässigen*“ Amtshandelns bezogen auf das allgemeine Verwaltungsrecht stets ein Rechtsbruch als „*nicht zulässiges Verwaltungshandeln*“ verbunden wäre. So wurde dieses Wesensmerkmal des Herstellungsanspruchs u.a. auch als die „*rechtsstaatlich bedenkliche ‚Achillesferse‘ eines derartigen Anspruchs*“²⁶⁰⁷ bezeichnet. Allerdings kann es sich nur dort um eine solche „*Achillesferse*“ handeln, wo die Entscheidung im Einzelfall fehlerhaft vorgenommen wird und sich der Richter über eine gegenteilige Entscheidung des Gesetzgebers unzulässig hinwegsetzt. Diese Argumentation übersieht, dass die Alternative zum Herstellungsanspruch (keine Modifikation der Regelung bei unbedingtem richterlichem Wortlautgehorsam) nicht weniger rechtsstaatlich bedenklich ist. Denn wenn eine Restitution abweichend vom Wortlaut nach dem gesetzlichen Regelungszweck gefordert sein sollte, verletzt gerade das Verweigern dieser Restitution die rechtsstaatliche Gesetzesbindung. Mit dem (Ausschluss-) Kriterium des „*an sich (un)zulässigen*“ Amtshandelns soll diese Fragestellung zugunsten einer Verwirklichung des jeweiligen Regelungszwecks aufgelöst werden. Sofern man bei gesetzlichen Bestimmungen ein Auseinanderfallen von Regelungszweck und Wortlaut für möglich hält, kann bei einem „*an sich zulässigen*“ Amtshandeln kein Rechtsbruch vorliegen.

²⁶⁰⁶ Etwa: BVerwG, Urt. v. 27.10.2010 – 6 C 12/09 = NJW 2011, 946, 949 m.w.N.; BVerwG, Urt. v. 30.6.2011 – 3 C 30/10 = DVBl. 2011, 1224, 1227; BVerwG, Urt. v. 11.3.2011 – 6 PB 19/10; BVerwG, Urt. v. 31.5.2012 – 8 B 6/12; BVerwG, Urt. v. 19.10.2011 – 8 B 37/11; BVerwG, Urt. v. 24.5.2011 – 7 C 6/10 = NVwZ 2011, 1012, 1015.

²⁶⁰⁷ OVG NRW, Urt. v. 14.12.2009 – 12 A 3325/08.

Die Formulierung „*zulässiges Verwaltungshandeln*“ kann daher nur als Umschreibung dafür gedeutet werden, dass innerhalb des allgemeinen Verwaltungsrechts keine entsprechende planwidrige Regelungslücke gegeben sei, während dieselbe Regelungslücke erst bezogen auf das speziellere Sozialrecht planwidrig werde.²⁶⁰⁸ Dies würde erklären, warum ein Herstellungsanspruch im Sozialrecht zulässig ist, gleichzeitig aber im allgemeinen Verwaltungsrecht nicht angewandt werden darf. Zunächst spricht für diese Einschätzung, dass keine verwaltungsrechtlichen Wertungen bestehen, die einen allgemeinen verwaltungsrechtlichen Herstellungsanspruch rechtfertigen könnten.

Allerdings zeigt die erfolgreiche Begründung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs, dass auch kein absolutes Verbot der Begründung eines solchen Anspruchs bestehen kann. Insbesondere ist ein Herstellungsanspruch nicht verfassungsrechtlich unzulässig. Ohne nähere Bezugnahme auf die besonderen Regelungen bspw. des Steuer-, Ausländer- oder Kirchenrechts kann daher nicht mit letzter Sicherheit festgestellt werden, ob nicht auch ein bereichsspezifischer „*finanzrechtlicher Herstellungsanspruch*“²⁶⁰⁹, „*ausländerrechtlicher Herstellungsanspruch*“²⁶¹⁰ oder „*kirchenrechtlicher Herstellungsanspruch*“ anzuwenden ist. Sofern man mit der überwiegenden Ansicht für sämtliche verwaltungsrechtlichen Rechtsmaterien zu einem absoluten Ausschluss eines verwaltungsrechtlichen Herstellungsanspruchs gelangen möchte, müsste sich bereits anhand der übergreifenden allgemeinen verwaltungsrechtlichen Wertungen eindeutig ergeben, dass die Regelungslücke im nichtsozialrechtlichen Verwaltungsrecht niemals planwidrig sein kann.

a) Bereits keine planwidrige Regelungslücke im Verwaltungsrecht?

Wenn das BVerwG zu dem Schluss gelangt, dass ein Herstellungsanspruch zumindest „*auf dem Gebiet des allgemeinen Verwaltungsrechts*“²⁶¹¹ immer ausscheiden soll, liegt es nahe, eine entsprechende Wertung im allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts zu suchen.²⁶¹² Bis auf einige Ausnahmen (§ 2 VwVfG) regelt dieses Recht schließlich übereinstimmend die öffentlich-

²⁶⁰⁸ So wohl auch: OVG NRW, Urt. v. 14.12.2009 – 12 A 3325/08.

²⁶⁰⁹ BFH, Urt. v. 24.2.2010 – III R 82/07 = BFH/NV 2010, 1495; FG Hamburg, Urt. v. 6.12.2006 – 5 K 228/05.

²⁶¹⁰ VG Hamburg, Beschl. v. 12.10.2006 – 10 E 2519/06.

²⁶¹¹ BVerwG, Urt. v. 24.3.1988 – 3 C 48/86 = BVerwGE 79, 192, 194.

²⁶¹² Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich zunächst nur auf das Verfahrensrecht des Bundes, da das über Bundesrecht urteilende BVerwG sich regelmäßig nicht auf landesrechtliche Verfahrensvorschriften beziehen kann (§ 137 VwGO).

rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden (§ 1 VwVfG). Insbesondere könnten die Korrekturregelungen des VwVfG – anders als die Regelungen des SGB X – eine abschließende Regelung bzgl. der Folgen von Rechtsverletzungen enthalten.

aa) Widerspruch zur Wiedereinsetzungsregelung des § 32 VwVfG?

Das BVerwG versteht § 27 SGB X als abschließende Regelung gegenüber dem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch bei Fristversäumnissen,²⁶¹³ weshalb davon ausgegangen werden kann, dass dies – erst recht – für die wortgleiche²⁶¹⁴ Wiedereinsetzungsregelung des § 32 VwVfG gelten soll. Hierfür spricht jedenfalls, dass das Gericht auch einen Einwand analog §§ 242, 162 BGB, der als das verwaltungsrechtliche Gegenstück zum Herstellungsanspruch betrachtet werden kann, im Anwendungsbereich des § 27 SGB X/§ 32 VwVfG tendenziell ablehnt.²⁶¹⁵

Die Überzeugungskraft dieser Ansicht beruht allerdings auf der Annahme, dass § 32 VwVfG tatsächlich eine abschließende Regelung auch für Fristversäumnisse treffen soll, die infolge einer subjektiven Rechtsverletzung eintreten. § 32 VwVfG müsste dazu auch ein Ausschluss anderer Formen der Überwindung von Fristversäumnissen entnommen werden können. Ein solches Vorschriftenverständnis ist aus vergleichbaren Gründen zurückzuweisen, die bereits gegen die Fehlvorstellung von § 27 SGB X als abschließende Regelung vorgebracht worden sind. Für § 27 SGB X ist die Einschätzung des BVerwG nicht überzeugend und auch für § 32 VwVfG wäre sie fehlerhaft. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür,²⁶¹⁶ dass der Gesetzgeber mit der Regelung des § 32 VwVfG, die wie § 27 SGB X nicht auf rechtmäßiges oder rechtswidriges Verhalten Bezug nimmt, eine abschließende Regelung hinsichtlich der Folgen

²⁶¹³ BVerwG, Urt. v. 18.4.1997 – 8 C 38/95 = NJW 1997, 2966, 2968 f.; ausführlich hierzu: Kap. 1 B.III.1.b.cc. (1).

²⁶¹⁴ Der Wortlautunterschied der zusätzlichen Erwähnung des Wortes „so“ in § 32 I S. 1, II 4 VwVfG ist lediglich unbedeutender, sprachlicher Art.

²⁶¹⁵ Restriktiv: BVerwG, Urt. v. 18.4.1997 – 8 C 38/95 = NJW 1997, 2966, 2969; noch restriktiver: *Müller-Grune*, *Treu und Glauben im VerwR*, S. 101 f.; *Ramsauer*, in: *Kopp/Ramsauer*, § 25 VwVfG, Rn. 25. Offener: BVerwG, Urt. v. 27.11.1995 – 7 B 290/95; BVerwG, Urt. v. 28.3.1996 – 7 C 28/95 = BVerwGE 101, 39, 45; BVerwG, Urt. v. 22.10.1993 – 6 C 10/92 = NVwZ 1994, 575, 576 f.; BVerwG, Urt. v. 21.9.2006 – 2 C 7/06 = NVwZ 2007, 342, 343; OVG Niedersachsen, Urt. v. 18.1.2011 – 10 LB 70/09; VG Oldenburg, Urt. v. 19.11.2010 – 11 B 2917/10.

²⁶¹⁶ In der Entstehungsgeschichte des § 32 VwVfG (BT-Drs. 7/910, S. 55), auf die die Unterlagen zu § 27 SGB X (BT-Drs. 8/2034, S. 32) verweisen, enthält keinen entsprechenden Hinweis; vgl. Kap. 1 B.III.1.b.cc. (2).

von hoheitlichen Pflichtverletzungen treffen will. Sofern sich aus anderen Erwägungen eine Pflicht zur Fehlerkorrektur die Überwindung von gesetzlichen Fristen miteinschließen sollte, steht § 32 VwVfG dieser Rechtsfortbildung nicht entgegen.

Anders liegt der Fall hingegen, wenn die Rechtsfortbildung auf denselben Erwägungen beruht, die auch zur Schaffung des § 32 VwVfG beigetragen haben. So kann § 32 VwVfG sehr wohl als grds. abschließende Regelung gegenüber einer richterrechtlichen Nachsichtgewährung (§§ 242, 162 BGB analog) angesehen werden,²⁶¹⁷ weil dieses Rechtsinstitut nicht wie § 32 VwVfG allein an das bloße Verstreichen einer Frist anknüpft.²⁶¹⁸

Problematisch erscheint in diesem Zusammenhang hingegen, dass das BVerwG an der Vorstellung festhält, dass eine richterrechtliche Nachsichtgewährung tatbestandlich ein staatliches Fehlverhalten voraussetze.²⁶¹⁹ Damit nähert sich dieses Rechtsinstitut nämlich wieder stärker dem Herstellungsanspruch an. Sofern man diese Rechtsprechung hingegen so versteht, dass eine richterrechtliche Nachsichtgewährung nur bei Fehlverhalten nicht durch § 32 VwVfG verdrängt wird, kommt dieses Verständnis dem hier befürworteten Verhältnis von Herstellungsanspruch und § 27 SGB X/§ 32 VwVfG bereits sehr nahe.

bb) Widerspruch zu § 48 VwVfG?

Bonk hält der Begründung eines verwaltungsrechtlichen Herstellungsanspruchs entgegen, dass dieser Anspruch die Grenzen zwischen Staatshaftungsrecht und den verfahrensrechtlichen Aufhebungsregelungen (§§ 48, 49 VwVfG) unzulässig verwische.²⁶²⁰ Diese Einschätzung beruht allerdings auf einem Missverständnis des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs. Im Sozialrecht ist der Herstellungsanspruch gegenüber den Aufhebungsregelungen der §§ 44 ff. SGB X subsidiär, so dass ein Herstellungsanspruch keine weitere Korrekturmöglichkeit für bestandskräftige, rechtswidrige Verwaltungsakte darstellt.²⁶²¹ Falls der sozialrechtliche Nachteil in einem existierenden, aufhebbaaren Verwaltungsakt zusammengefasst werden kann, ist der Herstellungsanspruch – zugunsten der

²⁶¹⁷ In diesem Sinne: BVerwG, Urt. v. 18.4.1997 – 8 C 38/95 = NJW 1997, 2966, 2968 f.

²⁶¹⁸ So im Ergebnis auch zum Verhältnis von § 27 SGB X und richterrechtlicher Nachsichtgewährung: BSG, Urt. v. 24.11.1994 – 7 RA 54/93; BSG, Urt. v. 21.5.1996 – 12 RK 43/95 = SozR 3-5070 § 21 Nr. 3; *Plagemann*, NJW 1983, 2172, 2174; *Timme*, in: *Diering/Timme/Waschull* [Hg.], § 27 SGB X, Rn. 22.

²⁶¹⁹ Vgl. BVerwG, Urt. v. 25.3.2010 – 5 C 15/09 m.w.N.; BVerwG, Urt. v. 17.3.2000 – 8 B 287/99 = NVwZ 2000, 1298, 1299; offener: *Michler*, in: BeckOK, § 32 VwVfG, Rn. 50 ff.

²⁶²⁰ *Bonk*, in: *Sachs* [Hg.], Art. 34 GG, Rn. 47.

²⁶²¹ Etwa: BSG, Urt. v. 30.10.1997 – 13 RJ 71/96 = SozR 3-2600 § 300 Nr. 12; BSG, Urt. v. 8.11.1995 – 13 RJ 5/95 = SozR 3-2600 § 300 Nr. 5; BSG, Urt. v. 12.11.1980 – 1 RA 45/79 = SozR 1500 § 54 Nr. 45; *von Koch*, NZS 1998, 167, 169; ausführlich hierzu: Kap. 1 B.III.2.

verfahrensrechtlichen Aufhebungsregelungen – nicht anwendbar. Sofern man dem Staatshaftungsrecht überhaupt klare Grenzen einräumt,²⁶²² droht die von *Bonk* befürchtete Verwischung dieser Grenzen nicht.

Da das Verwaltungsverfahren in der Eingriffsverwaltung regelmäßig mit dem Erlass eines belastenden Verwaltungsaktes abschließt, der in die Rechte des Bürgers eingreift, bleibt daher regelmäßig kein großer Anwendungsbereich für einen Herstellungsanspruch. Denn dann ist der Verwaltungsakt selbst der Nachteil, der mit den dafür vorgesehenen Mitteln angegriffen werden muss. Die Bedeutung des Herstellungsanspruchs ergibt sich vielmehr für die Bereiche der Leistungsverwaltung,²⁶²³ wenn weder der begünstigende Verwaltungsakt noch der Ablehnungsbescheid erlassen wird. Insbesondere in den Fällen, in denen (noch) kein Verwaltungsverfahren i.S.d. § 9 VwVfG durchgeführt wird, ist ein Herstellungsanspruch denkbar.²⁶²⁴

Im Zusammenhang mit den Aufhebungsregelungen des VwVfG ist jedoch ein anderer bedeutenderer Widerspruch bei der Übertragung des Herstellungsanspruchs herausgearbeitet worden. Im Sozialrecht lässt sich aus der unbedingten Rücknahmepflicht des § 44 SGB X, die ihrerseits nur ein besonderer Ausdruck des allgemeinen § 2 II SGB I ist,²⁶²⁵ ein Argument zugunsten der allgemeinen Zulässigkeit des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs ziehen.²⁶²⁶ Denn es wäre „*nicht mehr plausibel* [...], *Bürger, die es nicht zu einem Verwaltungsakt haben kommen lassen, weil ihnen von einer Antragstellung abgeraten oder ihnen ihre Leistungsberechtigung nicht mitgeteilt worden ist, schlechterzustellen als solche, deren berechtigte Anträge abgelehnt worden sind.*“²⁶²⁷ Für das Sozialrecht erschiene es daher widersprüchlich, dass ein Verwaltungsträger nach § 44 SGB X unbedingt zur Korrektur verpflichtet sein soll, wenn er falsch durch Verwaltungsakt entschieden hat (dem grds. eine erhöhte Bestandskraft zukommt), aber keiner Korrekturpflicht ausgesetzt sein soll, falls er bereits im Vorfeld rechtswidrig die Herbeiführung einer Entscheidung verhindert. Anders als § 44 I SGB X enthält die Rücknahmevorschrift des § 48 I 1 VwVfG aber gerade keine gebundene Entscheidung über die Aufhe-

²⁶²² Kritisch zu dieser Vorstellung wohl auch: *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 2 f.; *Höfling*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle [Hg.], GrdVwR, Bd. III, § 51, Rn. 2.

²⁶²³ So auch: *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR I, § 52, Rn. 41.

²⁶²⁴ Vgl. entsprechend zum Sozialrecht und § 8 SGB X: *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 161 f.; *Schmidt-De Caluwe*, S. 163, 198; *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 403.

²⁶²⁵ BSG, Urt. v. 31.5.1988 – 2/9b RU 8/87 = BSGE 63, 214, 218; *Mrozynski*, § 2 SGB I, Rn. 19.

²⁶²⁶ *Ladage*, S. 113; *Schmidt-De Caluwe*, S. 504; *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 393 f.; wohl auch: *Gagel*, SGB 2000, 517, 519.

²⁶²⁷ *Ladage*, S. 113.

bung des rechtswidrigen Verwaltungsaktes, sondern stellt die Rücknahme in das pflichtgemäße Ermessen des Verwaltungsträgers. Wie *Ladage* anmerkt, erscheint es bei einer Übertragung des Herstellungsanspruchs in das allgemeine Verwaltungsrecht auf den ersten Blick tatsächlich widersprüchlich, „*demjenigen, der einen rechtswidrigen Verwaltungsakt bestandskräftig werden läßt, weniger Rechte einzuräumen als dem, der infolge falscher Beratung bereits von der Antragstellung absieht.*“²⁶²⁸ Für das allgemeine Verwaltungsrecht scheint daher der Bürger bei einer Anwendung des Herstellungsanspruchs ungerechtfertigt besser zu stehen, der erst gar keinen rechtswidrigen Verwaltungsakt beantragt, weil er dann bei Erlass eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes keinen Naturalrestitutionsanspruch hätte, sondern wegen § 48 I 1 VwVfG – nur noch – einen Anspruch auf eine Ermessensentscheidung.

Dennoch steht die Ermessensvorschrift des § 48 VwVfG einer Übertragung des Herstellungsanspruchs in das allgemeine Verwaltungsrecht nicht unvereinbar entgegen. Da ein Herstellungsanspruch nicht in den Anwendungsbereich des § 48 I 1 VwVfG hineinreicht, geht es genau genommen um die Frage, ob es generell ungerechtfertigt ist, demjenigen, der sich in einer anderen Ausgangssituation befindet, andere bzw. weitergehende Korrekturrechte einzuräumen. Diese Zulässigkeit kann im Grundsatz nicht bestritten werden. Schließlich können Fehler im Vorfeld eines Verwaltungsaktes bzgl. der Rechtsstellung des Bürgers verheerendere Folgen haben als eine fehlerhafte Sachentscheidung in Form eines Verwaltungsaktes, weil sie beiläufig und oftmals unbemerkt erfolgen.²⁶²⁹ Wenn ein Bürger weiß, dass sein Antrag durch einen Bescheid abgelehnt worden ist, gegen den er ggf. vorgehen kann, erscheint es nachvollziehbar, ein verspätetes Rücknahmebegehren mit dem Verlust des Aufhebungsanspruchs zu sanktionieren und nur noch eine Ermessensentscheidung über die Rücknahme zu eröffnen (§ 48 I 1 VwVfG). Diese Wertungen passen aber nicht für den Fall, dass der Bürger bspw. die falsche Information erhält, dass es aussichtslos wäre, überhaupt einen Leistungsantrag zu stellen und er daraufhin bereits eine Antragstellung unterlässt; der Bürger müsste nämlich ansonsten bei jeder Auskunft der Verwaltung – die nicht zu einem konkreten Verwaltungsakt geführt hat – sämtliche Vorteile vorsorglich auch einklagen, um nicht ggf. einen Anspruch auf einen Vorteil zu verlieren. Dieses Verhalten ist durch § 48 I 1 VwVfG nicht bezweckt. Die Rücknahmenvorschrift ist nicht als abschließende Regelung der Folgen rechtswidrigen Verwaltungshandelns zu verstehen.

²⁶²⁸ *Ladage*, S. 66.

²⁶²⁹ Vgl. zu diesem Gedanken: BSG, Urt. v. 26.6.2007 – B 4 R 19/07 R = SozR 4-1300 § 44 Nr. 12.

Dieses Gegenargument erklärt allerdings nicht, warum ein Herstellungsanspruch auf Rechtsfolgenseite gerade dann eine unbedingte Verpflichtung zur Korrektur i.S.d. Naturalrestitution eröffnen soll und nicht etwa wie § 48 VwVfG bei Rechtswidrigkeit „nur“ einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Naturalrestitution begründet.²⁶³⁰ Hierzu muss näher untersucht werden, warum ein behördliches Ermessen über die Rücknahmemöglichkeit des § 48 I 1 VwVfG besteht. Ziel der Ermessenseröffnung bei § 48 VwVfG ist es keineswegs, dem rechtswidrig handelnden Verwaltungsträger eine Möglichkeit zu geben, nach seiner eigenen Einstellung/Gefühlslage die im Verwaltungsakt liegende Rechtsverletzung zu legitimieren bzw. aufrechtzuerhalten. Auch bei einer Ermessensausübung nach § 48 I 1 VwVfG handelt es sich um pflichtgemäß auszuübendes Ermessen, das nach § 40 VwVfG entsprechend dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung ausgeübt wird. In den Gesetzesunterlagen heißt es sogar weitergehend: „Die Aufrechterhaltung rechtswidriger Verwaltungsakte soll mithin die Ausnahme bleiben.“²⁶³¹ Dass überhaupt eine Möglichkeit besteht, rechtswidrige Verwaltungsakte aufrechterhalten zu können, liegt daran, dass einem öffentlichen Interesse am Bestand der rechtswidrigen Lage im Einzelfall ggf. der Vorrang gegenüber dem Individualinteresse an der Rücknahme einzuräumen ist.²⁶³² Regelmäßig besteht kein schützenswertes Allgemeininteresse am Fortbestand eines Verwaltungsaktes, der einen Bürger rechtswidrig belastet.²⁶³³ Die Aspekte, die in diese Ermessensentscheidung einfließen, sind aus dem jeweiligen Fachrecht des ggf. aufzuhebenden Verwaltungsaktes zu gewinnen; weshalb das jeweilige Fachrecht den Maßstab der Ermessensentscheidung über die Rücknahme bildet.²⁶³⁴ Nur wenn sich aus dem einschlägigen Fachrecht im Einzelfall Argumente gegen die Rücknahme eines rechtswidrigen belastenden Verwaltungsaktes ergeben, ist eine Rücknahme ausgeschlossen. Sofern ein Verwaltungsträger bei § 48 I 1 VwVfG rechtmäßig von der Aufhebung eines rechtswidrigen belastenden Verwaltungsaktes

²⁶³⁰ Offen bleibt demnach, warum über den Herstellungsanspruch bspw. eine entgangene Subvention beanspruchbar sein soll, während über § 48 I 1 VwVfG nur eine Ermessensentscheidung in der Frage erwirkt werden kann, ob die rechtswidrige Verweigerung dieser Subvention zurückgenommen wird.

²⁶³¹ BT-Drs. 7/910, S. 68.

²⁶³² Ruffert, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 24, Rn. 15; Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, § 48 VwVfG, Rn. 77; Kugele, in: Kugele [Hg.], § 48 VwVfG, Rn. 17; Krausnick, JuS 2010, 778, 778; ausführlich hierzu: Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs [Hg.], § 48 VwVfG, Rn. 28 ff. m.w.N.

²⁶³³ Müller, in: BeckOK, § 48 VwVfG, Rn. 22.

²⁶³⁴ Müller, in: BeckOK, § 48 VwVfG, Rn. 38, 40; Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs [Hg.], § 48 VwVfG, Rn. 83 m.w.N., 86; vgl. zum Sonderfall, dass ein entsprechendes Fachrecht fehlt: BVerwG, Urt. v. 16.1.2007 – 6 C 15/06 = NJW 2007, 1478, 1483.

absieht, handelt es sich daher um eine Entscheidung, für die ein fachrechtlicher Grund gegeben ist.

Innerhalb der Systematik des § 48 VwVfG ist ein Herstellungsanspruch einer solchen Rücknahme eines belastenden rechtswidrigen Verwaltungsaktes nach § 48 I 1 VwVfG vergleichbar.²⁶³⁵ Nach dem hier vertretenen Verständnis wird der Herstellungsanspruch durch die Wertungen des jeweiligen Fachrechts begründet, sofern dessen Auslegung ergibt, dass im Einzelfall statt der Begründung eines Nachteils planwidrig eine Einbeziehung dieses Bürgers in die vorteilhafte(re) Regelung unterblieben ist. In diesen Fällen kann der befürchtete Wertungswiderspruch zu § 48 I 1 VwVfG nicht auftreten. Denn dann kann davon ausgegangen werden, dass auch eine am Fachrecht orientierte Ermessensentscheidung zugunsten einer Rücknahme ausfallen wird. Eine Situation, in der das Fachrecht gleichzeitig gegen eine Rücknahme des Verwaltungsaktes, aber für einen Herstellungsanspruch spricht, ist kaum denkbar. Im Ergebnis kann deshalb davon ausgegangen werden, dass ein verwaltungsrechtlicher Herstellungsanspruch auch neben der Regelung des § 48 VwVfG (bzw. einer aus dieser Vorschrift entnommenen Wertung) denkbar ist.

Ein Gleichklang wird sich zwischen Herstellungsanspruch und § 48 I 1 VwVfG regelmäßig auch dann einstellen, wenn man in einem Herstellungsfall bzgl. der Ermessensentscheidung über die Rücknahme des belastenden Verwaltungsaktes von einer Ermessensreduzierung auf Null ausgeht. Eine solche Ermessensreduzierung soll nämlich insbesondere aus treuwidrigem Berufen auf die Bestandskraft des Verwaltungsaktes folgen.²⁶³⁶ Das regelmäßig zeitgleiche Zusammentreffen von Treuwidrigkeit (§§ 242, 162 BGB analog) und Herstellungsfall wurde bereits dargelegt und gilt umso mehr, wenn man den Herstellungsanspruch gerade als einen öffentlich-rechtlichen Ausdruck von Treu und Glauben interpretiert.²⁶³⁷

cc) Zwischenergebnis

Ebensowenig wie der sozialrechtliche Herstellungsanspruch durch das SGB X verdrängt wird, ist ein solcher Anspruch allgemein durch das VwVfG ausge-

²⁶³⁵ Es wird schließlich nicht die Korrektur erfolgter Begünstigungen verlangt, sondern mit Hilfe der Herstellung sollen erst die jeweiligen Begünstigungen erreicht werden.

²⁶³⁶ Etwa: BVerwG, Urt. v. 30.1.1974 – VIII C 20/72 = BVerwGE 44, 333, 336 m.w.N.; BVerwG, Urt. v. 22.10.1984 – 8 B 56/84 = NVwZ 1985, 265; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 31.1.1989 – 9 S 1141/88 = NVwZ 1989, 882, 884; Ruffert, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 24, Rn. 16; Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, § 48 VwVfG, Rn. 79.

²⁶³⁷ Vgl. zum Verhältnis von Herstellungsanspruch und Treuwidrigkeit: Kap. 1 E.II.2.d.bb. (1); Kap. 2 B.II.3.c.

geschlossen. Zwar enthält das VwVfG keine Wertungen, die – anders als das SGB X (etwa § 44 SGB X) – bereits einen allgemeinen Willen des Gesetzgebers bzgl. einer möglichst umfassenden Restitution bei Rechtsfehlern erkennen lassen, aber im VwVfG sind auch keine Wertungen enthalten, die bereits allgemein jede Übertragung in Gebiete des allgemeinen Verwaltungsrechts ausschließen. Aus dem VwVfG kann nicht abgeleitet werden, dass die für den Herstellungsanspruch beschriebene Lücke im allgemeinen Verwaltungsrecht niemals planwidrig sein kann.

b) Abschließende Lösungen der verwaltungsrechtlichen Rechtsfortbildungen zum Staatshaftungsrecht?

Dass die allgemeinen Verwaltungsgerichte bislang keinen Herstellungsanspruch ausgebildet haben, könnte aus dem Zusammenspiel der unregulierten staatshaftungsrechtlichen Ansprüche folgen, die die Verwaltungsgerichte tatsächlich anwenden.²⁶³⁸ Anders als gesetzliche Regelungen kann die bloße Existenz einer richterrechtlichen Rechtsfortbildung allerdings eine andere Rechtsfortbildung nicht ausschließen. Es geht hierbei vielmehr um die Frage, ob aus der Ableitung des einen Anspruchs der Umkehrschluss einer Unzulässigkeit des anderen Anspruchs gezogen werden muss. Bislang wurde der eigenständige Regelungsgehalt des Herstellungsanspruchs gegenüber den anderen Ansprüchen des Staatshaftungsrechts herausgearbeitet sowie untersucht, ob sich aus den rechtlichen Hintergründen dieser Ansprüche Argumente für eine Ableitung ergeben. Demgegenüber soll nun der Frage nachgegangen werden, ob die rechtlichen Hintergründe der staatshaftungsrechtlichen Ansprüche gegen eine Übertragung des Herstellungsanspruchs sprechen.

In der nachfolgenden Untersuchung bleiben die auf Entschädigung gerichteten Aufopferrungsansprüche i.w.S., die sich erheblich vom Herstellungsanspruch unterscheiden, bewusst außer Betracht, weil sie (bislang) nicht von den allgemeinen Verwaltungsgerichten angewandt werden – und daher soweit ersichtlich auch nicht den Grund für eine Nichtanwendung des Herstellungsanspruchs bilden.

²⁶³⁸ In diese Richtung gehend wohl: OVG NRW, Urt. v. 14.12.2009 – 12 A 3324/08.

aa) Ausgestaltung eines Restitutionsanspruchs nur in Form des Folgenbeseitigungsanspruchs?

Der Folgenbeseitigungsanspruch wird teilweise als „*verwaltungsrechtliches Gegenstück*“²⁶³⁹ des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs bezeichnet, der eine „*Parallele*“²⁶⁴⁰ oder „*Weiterentwicklung*“²⁶⁴¹ darstelle, welche auf die Bedürfnisse der Leistungsverwaltung (statt auf die Eingriffsverwaltung) zugeschnitten ist.²⁶⁴² Obwohl dies bisher nicht der Fall ist,²⁶⁴³ legen derartige Beschreibungen den Schluss nahe, dass der Herstellungsanspruch den Folgenbeseitigungsanspruch im Sozialrecht abgelöst habe. Insofern begünstigt diese Darstellung die Annahme eines „*Entweder-Oder*“-Verhältnisses von Folgenbeseitigung und Herstellung für einzelne Rechtsgebiete. Zahlreiche Darstellungen beschränken sich deshalb darauf, dass der Folgenbeseitigungsanspruch mit der Wiederherstellung des status quo ante eine eingeschränkte Rechtsfolge beinhalte, die (nur) im Sozialrecht zugunsten einer Naturalrestitution überschritten werden könne.²⁶⁴⁴ Letztlich läuft dies auf ein Bild hinaus, in dem der sozialrechtliche Herstellungsanspruch nicht nur die Folgenbeseitigung umfasst, sondern dieser noch ein – sozialrechtliches – „*Mehr*“ hinzufügt. Sofern der zu entscheidende Fall nicht dem Sozialrecht zuzuordnen sei, bleibe die Restitution auf Folgenbeseitigung beschränkt.

Insbesondere *Schoch* hat versucht, den allgemeinen Folgenbeseitigungsanspruch als zulässigen verwaltungsrechtlichen Gegenentwurf eines unzulässigen sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs zu etablieren.²⁶⁴⁵ Soweit ersichtlich ist

²⁶³⁹ *Pietzner/Müller*, *VerwArch.* 85 [1994], 603, 603.

²⁶⁴⁰ BSG, *Urt. v.* 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 79.

²⁶⁴¹ BSG, *Urt. v.* 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 80.

²⁶⁴² Grundlegend: BSG, *Urt. v.* 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 79 f.

²⁶⁴³ Etwa: BSG, *Urt. v.* 18.3.1999 – B 3 P 8/98 R = *SozR* 3-3300 § 77 Nr. 1; BSG, *Urt. v.* 29.5.1996 – 3 RK 26/95 = BSGE 78, 243, 255; BSG, *Urt. v.* 27.11.1991 – 9a RV 1/90; BSG, *Urt. v.* 23.7.1986 – 1 RA 31/85 = BSGE 60, 158, 164 f.; BSG, *Urt. v.* 16.4.1985-12 RK 19/83 = *SozR* 2100 § 27 Nr. 3; BSG, *Urt. v.* 9.9.1981 – 3 RK 20/80; BSG, *Urt. v.* 23.9.1980 – 7 RAr 97/79.

²⁶⁴⁴ Vgl. die Darstellungen bei: *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, *VerwR I*, § 52, Rn. 43; *Olbertz*, S. 8 f.; *Diener*, *Mitt LVA Oberfranken* 1981, 439, 442 f.; *Funk*, *SGb* 1978, 45, 48; *Schoch*, *VerwArch.* 79 [1988], 1, 55; *Schulze*, *Ersatzleistungen*, S. 147; *Schnapp*, *SGb* 1977, 307, 308; *Diener*, *Mitt LVA Oberfranken* 1981, 439, 442 f.; *Bogs*, in: *Zacher* [Hg.], *FS zum 25jährigen Bestehen des BSG*, Bd. I, S. 149, 152, 170 f.; *Frohn*, *JURA* 1989, 523, 526; *Maurer*, *AllgVerwR*, § 30, Rn. 20, 22; *Mazur*, *ZJS* 2011, 321, 323; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, *VerwR I*, § 52, Rn. 43; *Goertz*, *Herstellungsanspruch*, S. 48; *Bieback*, *DVBl.* 1983, 159, 164; *Schmidt/Schmidt*, *JURA* 2005, 372, 373; *Hattstein*, *Betreuungspflichten*, S. 235.

²⁶⁴⁵ *Schoch*, *VerwArch.* 79 [1988], 1, 54 ff.

Schoch in dieser Frage allein beim Bayerischen VGH auf ausdrückliche Zustimmung gestoßen.²⁶⁴⁶ Bezogen auf das allgemeine Verwaltungsrecht stimmen zahlreiche Autoren dieser Ansicht aber zumindest indirekt zu. Denn durch eine restriktive Begründung des Folgenbeseitigungsanspruchs erheben sie diese Anspruchsform zum abschließenden richterrechtlichen Restitutionsanspruch für das allgemeine Verwaltungsrecht. Wenn eine Restitution für den Herstellungsfall (und i.S.d. Herstellung) etwa als unzulässiger „*Folgenbeseitigungsanspruch contra legem*“²⁶⁴⁷ beschrieben wird, wird dies auch ohne ausdrückliche Bezugnahme auf den Herstellungsanspruch deutlich. Im Folgenden soll daher anhand möglicher Einwände untersucht werden, ob aus der Ableitung des Folgenbeseitigungsanspruchs zugleich die Unzulässigkeit eines verwaltungsrechtlichen Herstellungsanspruchs folgt.

(1) *Möglicher Einwand 1: Nur Freiheitsgrundrechte bzw. nur Unterlassungsansprüche sind restitutionsfähig*

Die Diskussion, ob auch die Beeinträchtigung von (einfach-rechtlichen) Leistungsrechten eine Folgenbeseitigungspflicht auslösen kann, wird vielfach unter dem Aspekt des Eingriffs durch Unterlassen geführt.²⁶⁴⁸ Sofern bereits die Einbeziehung einfach-rechtlicher Leistungsansprüche in eine Restitutionspflicht allgemein unzulässig sein sollte, kann nicht begründet werden, warum sich dort aus einer Betreuungspflichtverletzung eine Restitutionspflicht ergeben sollte, wo es um kausale Beeinträchtigungen nichtgeschützter Leistungsansprüche geht. Die Antwort auf die Frage nach der Restitutionsfähigkeit einfach-rechtlich begründeter subjektiver Rechte gibt dabei die jeweilige Ableitung des Folgenbeseitigungsanspruchs vor.²⁶⁴⁹ Eine Ansicht, die einfach-rechtlich be-

²⁶⁴⁶ Bayerischer VGH, Urt. v. 30.12.1992 – 12 B 90.700; ausdrücklich ablehnend hingegen: *Krasney*, in: FS für Walter Schwarz, S. 383, 389 („*Daß er [der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, Anmerkung des Verfassers] dogmatisch begründbar ist, bezweifelt außer Schoch niemand.*“); *ders.*, ZAP 1996 [Fach 18], 449, 456; bereits allgemein ablehnend gegenüber zuvor geäußerte Kritik am Herstellungsanspruch: *Schnapp*, DOK 1977, 889, 895.

²⁶⁴⁷ *Pietzko*, FBA, S. 191.

²⁶⁴⁸ Etwa: BVerwG, Urt. v. 26.10.1967 – II C 22/65 = BVerwGE 28, 155, 165; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 24.5.1984 – 9 S 1235/84 = JZ 1984, 999; *Schmidt*, JuS 1969, 166, 167; *Pietzko*, FBA, S. 161 ff., 175 ff.; *Maurer*, AllgVerwR, § 30, Rn. 8 f.; *Bumke*, JuS 2005, 22, 22; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 138 f.; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR I, § 52, Rn. 28; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 377 f.; *Grzeszick*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 44 ff.; *Papier*, DÖV 1972, 845 ff.; *Schneider*, Folgenbeseitigung, S. 114; zu dieser Diskussion ausführlich: Kap. 1 E.II.2.b.aa. (1) (a).

²⁶⁴⁹ *Olbertz*, S. 161.

gründete subjektive Rechte vollumfänglich aus dem Bereich der Folgenbeseitigung ausschließen möchte, wird nicht (mehr) vertreten.²⁶⁵⁰ Sie wäre auch rechtsdogmatisch nicht haltbar, weil nicht ersichtlich ist, warum der verfassungsrechtliche Rang einer Rechtsposition darüber entscheiden soll, ob ein Verwaltungsträger zur Restitution verpflichtet sein soll, obwohl dieser auch an das einfache Recht gebunden ist. Entscheidend ist der subjektiv-rechtliche Rechtscharakter, nicht ein Verfassungsrang. Schließlich soll kein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Folgenbeseitigung begründet werden, an den bspw. auch der Gesetzgeber gebunden wird. Der einfach-rechtliche Folgenbeseitigungsanspruch ist nicht mit einem grundrechtlichen Beseitigungsanspruch gleichzusetzen, sondern ggf. tritt neben einen solchen verfassungsrechtlichen Anspruch.²⁶⁵¹

Umstritten ist jedoch, wie die subjektiven Rechte, die keine grundrechtlichen Abwehrrechte sind, beschaffen sein müssen, um ggf. im Verletzungsfall eine Restitutionspflicht auszulösen. Hierzu wird die Auffassung vertreten, dass nur die Verletzung eines Freiheitsgrundrechtes oder eines vergleichbaren einfachrechtlichen Anspruchs auf Unterlassen einen Folgenbeseitigungsanspruch begründen könne.²⁶⁵² Zu diesem Ergebnis gelangen allerdings nur die Vertreter einer grundrechtlichen Fundierung des Folgenbeseitigungsanspruch, einer Ableitung in Analogie zu den §§ 1004, 862, 12 BGB oder einer Kombination aus beidem. Sofern man die Rechtsgrundlage des Folgenbeseitigungsanspruch im Rechtsstaatsprinzip sieht, ist eine solche Beschränkung der Anwendungsfälle nicht möglich.²⁶⁵³

²⁶⁵⁰ Weyreuther, Gutachten, B 93; Klein, in: Soergel [Hg.], § 839 BGB, Anhang, Rn. 202 f., 205, 207 ff.; Pietzko, FBA, S. 145 ff.; 151 ff., 161 ff., 177; Schoch, VerwArch. 79 [1988], 1, 36 f. (weiter hingegen zu einem späteren Zeitpunkt: Schoch, JURA 1993, 478, 482 – „Jede subjektive Rechtsposition genügt der Anforderung.“); wohl auch: Maurer, AllgVerwR, § 30, Rn. 7, 9; Bettermann, DÖV 1955, 528, 534 f.

²⁶⁵¹ Vgl. Fiedler, NVwZ 1986, 969, 971 ff.; wohl auch: Sachs, VerfR II, A4, Rn. 15; Schneider, Folgenbeseitigung, S. 81 f. („Der Folgenbeseitigungsanspruch ist – wie auch der Unterlassungsanspruch – nicht mit dem verletzten Recht identisch, kann also nicht unmittelbar aus den Freiheitsgrundrechten abgeleitet werden.“); Heintzen, VerwArch. 81 [1990], 532, 535 f.; unklar: Bleckmann, StaatsR II, § 11, Rn. 23.

²⁶⁵² Vgl. Weyreuther, Gutachten, B 93; Pietzko, FBA, S. 145 ff.; 151 ff., 161 ff., 177; Schoch, VerwArch. 79 [1988], 1, 36 f. (weiter hingegen zu einem späteren Zeitpunkt: Schoch, JURA 1993, 478, 482 – „Jede subjektive Rechtsposition genügt der Anforderung.“);

²⁶⁵³ Etwa: Pietzko, FBA, S. 74 f.; Weyreuther, Gutachten, B 77, Fn. 313; Hoffmann, Abwehranspruch gegen Realakte, S. 52 f.; Schenke, JuS 1990, 370, 372; Klein, in: Soergel [Hg.], § 839 BGB, Anhang, Rn. 207, Fn. 581; Ladage, S. 75; Olbertz, S. 161; Schoch, VerwArch. 79 [1988], 1, 54; Adolf, Herstellungsanspruch, S. 96.

Für *Weyreuther* ist der Rechtscharakter eines Unterlassungsanspruchs eine notwendige Voraussetzung für die Einbeziehung einfach-rechtlicher Positionen in die Folgenbeseitigungspflicht, weil die Grundlage der Folgenbeseitigungspflicht in einer „*Labilität*“²⁶⁵⁴ läge, wie sie nur Unterlassungsansprüche aufwiesen. Bei der Unterscheidung zwischen Ansprüchen auf Leistung und Unterlassen, die in Anlehnung an § 194 BGB vorgenommen wird, kommt er zu dem Ergebnis, dass Leistungsansprüche nur durch ein Unterlassen der Leistung verletzt werden könnten.²⁶⁵⁵ Da die unterlassene Handlung aber noch über den primären Leistungsanspruch eingefordert werden könnte, bedürfe es hier keines Sekundäranspruchs. Sofern der gesetzliche Leistungsanspruch hingegen nicht (vollumfänglich) entstanden sei, verstoße eine Leistungsgewährung inzwischen gegen das geltende Recht und müsse deshalb ausscheiden.²⁶⁵⁶ Anders sei die Situation bei Unterlassungsansprüchen, die durch die Beeinträchtigung mittels Tun nicht untergingen, weshalb eine Umwandlung hin zu einem Folgenbeseitigungsanspruch notwendig sei, um ihren „*wirtschaftlichen Wert*“²⁶⁵⁷ – angepasst an die neugeschaffene Situation eines bereits erfolgten Eingriffs – zu erhalten.²⁶⁵⁸ Inhaltlich folgt insbesondere auch *Schoch* dieser Ansicht, die den Rechtsgrund des Folgenbeseitigungsanspruchs in der Umwandlung des grundrechtlichen Unterlassungsanspruchs sieht – angepasst an den Verletzungsfall.²⁶⁵⁹ Restitutionsfähig sind nach *Weyreuther* daher nur die einfachrechtlichen Positionen, die (zunächst) einen umwandlungsfähigen Unterlassungsanspruch begründen, wie er für die Freiheitsrechte typisch sei.²⁶⁶⁰ Welche einfachrechtlichen Positionen dies im Einzelnen sein sollen, lässt er ausdrücklich offen.

Im Ergebnis ist dieser generelle Ausschluss von Leistungsrechten aus dem Anwendungsbereich jeglicher Restitution nicht haltbar. Da letztlich auch in der Ableitung *Weyreuthers* der eigentlich Rechtsgrund der Umwandlung des Unterlassungs- in einen Folgenbeseitigungsanspruch offenbleibt,²⁶⁶¹ wird die Frage

²⁶⁵⁴ *Weyreuther*, Gutachten, B 86.

²⁶⁵⁵ *Weyreuther*, Gutachten, B 79.

²⁶⁵⁶ *Weyreuther*, Gutachten, B 79, 88 f., 93 ff.

²⁶⁵⁷ *Weyreuther*, Gutachten, B 95.

²⁶⁵⁸ *Weyreuther*, Gutachten, B 85 („*Im Kern der Dinge steht die Einsicht, daß der Folgenbeseitigungsanspruch [wie der Beseitigungsanspruch überhaupt] nichts anderes ist als ein umgewandelter, ein der geschehenen Rechtsverletzung angepaßter Unterlassungsanspruch.*“)

²⁶⁵⁹ *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 42 f.

²⁶⁶⁰ *Weyreuther*, Gutachten, B 93.

²⁶⁶¹ *Ericksen*, VerwArch. 63 [1972], 217, 220 f.; *Hoffmann-Becking*, JuS 1972, 509, 511; *Redeker*, DÖV 1987, 194, 197; *Spanner*, DVBl. 1968, 618, 620.

nach dem Anspruchsgrund des Folgenbeseitigungsanspruchs insofern nur von der – ähnlich unergiebigem – Frage nach dem Umwandlungsgrund des Unterlassungsanspruchs abgelöst.²⁶⁶² Sofern man hierfür nicht auf Floskeln wie das „*Gebot der Gerechtigkeit*“²⁶⁶³ ausweichen will, kann der Rechtsgrund der Umwandlung nur mit dem Inhalt des subjektiven Rechts verbunden werden. Aus diesem Recht muss dann anhand rechtlicher Wertungen²⁶⁶⁴ der normative Schluss gewonnen werden, ob dieses Recht so verstanden werden darf, dass es mit der Beeinträchtigung (nicht) untergeht, sondern (in umgewandelter Form) bestehen bleiben soll.²⁶⁶⁵ So überzeugt für die umfassenden Berechtigungen der Grundrechte, die dem Bürger abwehrrechtlich vorgelagerte Freiheitsphären gegenüber dem Staat garantieren, sicherlich das Auslegungsergebnis, dass ihre Beeinträchtigung nicht restitutionslos bleiben kann; dieses Ergebnis folgt jedoch erst aus der normativen Auslegung dieser Rechte.²⁶⁶⁶ Die Grundannahme *Weyreuthers* von einer höheren Beständigkeit eines einfach-rechtlichen Unterlassungsanspruchs gegenüber einem einfach-rechtlichen Leistungsanspruch erweist sich hierbei als bloße Projektion.²⁶⁶⁷ Bereits aus §§ 194, 241 I 2 BGB ergibt sich, dass ein Unterlassen inhaltlich nur ein Unterfall der Leistung ist; auch ein Unterlassungsanspruch ist damit ein Leistungsanspruch. Worin die Privilegierung ausgerechnet eines Anspruchs auf Unterlassen gegenüber anderen Leistungsansprüchen folgen soll, wenn es um Folgenbeseitigungspflichten geht, bleibt unklar. Die Vorstellung, dass eine Leistung rechtlich unmöglich ist, sobald die Wortlautvoraussetzungen eines Leistungsanspruchs nicht erfüllt sind, übersieht, dass dieser Wortlaut nicht mit dem Regelungszweck des Gesetzes übereinstimmen muss. Schließlich ließe sich – allein am Wortlaut des (Grund-) Gesetzes verharrend – auch argumentieren, dass ein Unterlassungsanspruch (wie für andere Leistungsansprüche behauptet) mit der Beeinträchtigung untergegangen ist, und eine normative Anpassung auf die Verletzungssituation rechtlich unzulässig sei.²⁶⁶⁸ Wie bereits bei der Ableitung des Herstellungsan-

²⁶⁶² Rupp, JA 1979, 506, 509.

²⁶⁶³ Erichsen, VerwArch. 63 [1972], 221.

²⁶⁶⁴ Schoch, VerwArch. 79 [1988], 1, 34 ff.; vgl. auch: Ladage, S. 75.

²⁶⁶⁵ Grzeszick, Rechte und Ansprüche, S. 63 („*Inhaltlicher Maßstab für die Reichweite der Ersatzleistungsansprüche ist die jeweilige Verletzung eines subjektiven Rechts des Bürgers, denn diese ist zu unterlassen, zu beseitigen, zu restituieren bzw. zu kompensieren.*“).

²⁶⁶⁶ Schoch, VerwArch. 79 [1988], 1, 34 m.w.N. („*Teleologische Überlegungen, beim Zweck des rechtlichen Freiheitsraumes ansetzend, sind es, die zeigen, daß dieser nur gesichert ist, wenn er mit Abwehrrechten bewehrt wird.*“).

²⁶⁶⁷ Olbertz, S. 165 f.

²⁶⁶⁸ Kritisch unter diesem Gesichtspunkt auch: Redeker, DÖV 1987, 194, 197.

spruchs erläutert, kann sich durch Auslegung ergeben, dass die Schutzwirkung eines subjektiven Rechts dem Bürger – angepasst an die entstandene Verletzungssituation – erhalten bleiben soll.²⁶⁶⁹ Wenn der Rechtsinhalt eines Unterlassungsanspruchs normativ so fortentwickelt werden kann, dass dieser einen Zustand auch über den Fall einer Beeinträchtigung hinaus durch Folgenbeseitigung schützt, kann nicht ausgeschlossen werden, dass bspw. der Rechtsinhalt eines Anspruchs auf richtige Beratung, der Leistungs- oder Gestaltungsrechte des Bürgers vor Beeinträchtigungen aus Unwissenheit schützt, für den Verletzungsfall ebenfalls so fortentwickelt werden kann, dass er diesen Schutz auch nach eingetretener Rechtsverletzung noch verwirklicht. Der Herstellungsanspruch dient dann der Aufrechterhaltung dieser subjektiv-rechtlichen Forderungen.

Weyreuther unterläuft daher der Fehler, die rechtliche (Un-) Möglichkeit einer Leistung vorschnell mit der Erfüllung der Wortlautvoraussetzungen des Leistungsanspruchs zu verbinden, statt auch im Zusammenhang mit Leistungsansprüchen stärker auf den jeweiligen gesetzlichen Regelungszweck abzustellen.²⁶⁷⁰ Es ist denkbar, dass auch andere Ansprüche als Unterlassungsansprüche ihren „wirtschaftlichen Wert“²⁶⁷¹ in umgewandelter Form für den Fall einer hoheitlichen Beeinträchtigung behalten sollen. Wenn der Folgenbeseitigungsanspruch als umgewandelter Unterlassungsanspruch anzusehen ist, kann ein Herstellungsanspruch in der gleichen Logik als umgewandelter Anspruch auf andere Leistungen (bzw. umgewandelter Beratungsanspruch hinsichtlich derselben Schutzwirkungen bzgl. des Leistungsrechts) betrachtet werden.²⁶⁷² Dass auch die Möglichkeit einer Folgenbeseitigung durch Erfüllung eines Leistungsbegehrens mit dem primärrechtlichen Leistungsanspruch rechtlich unmöglich geworden ist, kann schließlich nur dann angenommen werden, wenn feststeht, dass das Leistungsrecht tatsächlich so untergegangen ist, dass eine Leistungsgewährung einen Rechtsverstoß bedeuten würde. Wenn hingegen feststeht, dass diese Leistungsgewährung rechtlich zulässig ist und dem Fachrecht zu entnehmen ist, dass dem Bürger diese Leistungsberechtigung für diesen Fall erhalten bleiben soll, bedeutet gerade der Ausschluss einer Restitution einen Rechtsverstoß.

²⁶⁶⁹ Vgl. ausführlich: Kap. 2 B.II.4.b.

²⁶⁷⁰ So wohl auch: *Olbertz*, S. 186 f. i.a.Z.

²⁶⁷¹ *Weyreuther*, Gutachten, B 95.

²⁶⁷² So im Ergebnis wohl auch: *Olbertz*, S. 165 m.w.N.

Darüber hinaus kann bereits die Unterscheidung zwischen Eingriff durch Tun oder Unterlassen kritisiert werden.²⁶⁷³ So stellt bspw. die Versagung einer Gewerbe genehmigung genau genommen ein Unterlassen der Verwaltung dar (nämlich das Unterlassen der Erteilung dieser Genehmigung);²⁶⁷⁴ dennoch wird diese unbestritten als aktiver Eingriff in die Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) betrachtet.²⁶⁷⁵ Eine klare Trennung zwischen Unterlassen und Tun erscheint daher kaum haltbar. So lässt sich darüber streiten, ob bspw. der rechtswidrige Zustand als Anknüpfungspunkt des Folgenbeseitigungsanspruchs durch das hoheitliche Einweisen eines Obdachlosen in die eigene Wohnung begründet wird oder erst durch das spätere Unterlassen der hoheitlichen Verweisung/Entfernung desselben, nachdem die Einweisungsvoraussetzungen weggefallen sind.

Einen anderen Ansatzpunkt wählt *Pietzko*. Bei Freiheitsgrundrechten folge die Folgenbeseitigungspflicht bereits aus diesen umfassenden grundrechtlichen Gewährleistungen, während eine Folgenbeseitigungspflicht bei lediglich einfach-rechtlich begründeten Rechten erst aus einer Analogie zu den §§ 1004, 862, 12 BGB gewonnen werden könne.²⁶⁷⁶ Der Schutz einfach-rechtlich begründeter relativer Leistungsansprüche müsse deshalb ausscheiden. Denn einerseits bestünde die Vergleichbarkeit mit den §§ 1004, 862, 12 BGB nur hinsichtlich absoluter Rechte des Bürgers und andererseits sei die Restitution des Leistungsrechts mit dem Nichtentstehen/Untergang des Leistungsrechts rechtlich unmöglich geworden.²⁶⁷⁷

Bzgl. dieser Ausführungen zur rechtlichen Unmöglichkeit bestehen dieselben Einwände, die bereits gegen die Ansicht *Weyreuthers* vorgetragen wurden. Hinsichtlich der Begründung der Folgenbeseitigungspflicht für einfach-rechtliche Positionen analog §§ 1004, 862, 12 BGB ist hingegen festzuhalten, dass *Pietzko* versucht, mit dem Folgenbeseitigungsanspruch eine neue Rechtsfolge zu begründen, die so im öffentlichen Recht für keinen Fall geregelt ist. Bei der Suche nach vergleichbaren Rechtsfolgen wird sie (erst) in diesen zivilrechtlichen Regelungen fündig. Dies schließt aber nicht aus, dass ggf. eine andere Rechtsfolge anhand anderer (öffentlich-rechtlicher) Wertungen begründet werden kann, die für den Einzelfall wertungsmäßig näherliegen. Bzgl. der Rechtsfolge eines Herstellungsanspruchs liegt es näher, auf die jeweiligen fachrechtlichen Wertungen des Leistungsrechts abzustellen, weil seine Rechtsfolge im öffentlichen Recht zumindest gesetzlich geregelt ist – wenn auch nur für

²⁶⁷³ *Schwabe*, NJW 1971, 1657, 1658; *Wild*, DÖV 2004, 366, 370; *Maurer*, AllgVerwR, § 27, Rn. 92.

²⁶⁷⁴ Vgl. für den strittigen Fall einer Baugenehmigung: *Schwabe*, NJW 1971, 1657, 1658; *Maurer*, AllgVerwR, § 27, Rn. 92.

²⁶⁷⁵ *Pieroth/Schlink*, GR, Rn. 80; vgl. ausführlich: *Olbertz*, S. 166 ff.

²⁶⁷⁶ *Pietzko*, FBA, S. 119 ff., 145.

²⁶⁷⁷ *Pietzko*, FBA, S. 145 ff.; 151 ff., 161 ff., 177.

einen anderen Fall; der Fall, der heute ohne Fehlverhalten bestünde. Es ist daher überzeugender, eine Vergleichbarkeit mit dem öffentlich-rechtlich geregelten Anwendungsfall des Gesetzes zu überprüfen, statt die Vergleichbarkeit im Hinblick auf zivilrechtliche Vorschriften (ablehnend) zu ermitteln, die eine andere Rechtsfolge hervorbringen sollen. Eine Orientierung an den §§ 1004, 862, 12 BGB mag überzeugen, wenn eine neue Rechtsfolge i.S.e. Beseitigungspflicht für die unverschuldete Verursachung von tatsächlichen Zuständen begründet werden soll, für die keine Duldungspflicht besteht – wenn hingegen eine öffentlich-rechtlich geregelte Rechtsfolge „nur“ auf einen anderen Fall übertragen werden soll, muss sich dies an Ausgestaltung und Gehalt dieser Vorschrift orientieren.

Die Frage, ob ein einfach-rechtlich begründetes Recht im Verletzungsfall eine Restitution fordert, kann nicht allgemein – losgelöst von diesem Recht – ablehnend beantwortet werden, nur weil es sich nicht um einen Unterlassungsanspruch handelt. Die Vorstellung, dass ein Unterlassungsanspruch auch im Verletzungsfall seinen rechtlichen Gehalt behält (und sich daher in einen Folgenbeseitigungsanspruch umwandle), während der Rechtsgehalt eines Leistungsrechts im Verletzung untergeht, ist zu pauschal. Die Annahme *Weyreuthers*, dass die Grenze der „*Labilität*“²⁶⁷⁸ des Rechtsgehaltes von Ansprüchen trennscharf zwischen Unterlassungs- und Leistungsansprüchen verlaufe, ist eine unzulässig vereinfachende Fehlvorstellung. Der Restitutionsgehalt eines subjektiven Rechtes folgt aus dem Umfang der subjektiven Berechtigung selbst, welche durch Auslegung dieses konkreten Rechtes zu ermitteln ist. Unverändert zutreffend ist die Beschreibung zum Meinungsstand des Folgenbeseitigungsanspruchs, die *Luhmann* bereits 1965 vorgetragen hat: „*Die wohl herrschende Meinung begrenzt den (Folgen-) Beseitigungsanspruch auf Eingriffsfälle, obwohl sie zur Begründung nichts weiter als ihre Angst vor Ausdehnung [...] anführen kann.*“²⁶⁷⁹ Überzeugender ist es, die allgemeine Restitutionsfähigkeit jedes subjektiven Rechtes grds. bereits aufgrund seines subjektiven Rechtsgehaltes anzunehmen; unabhängig davon, ob es sich um einen Anspruch auf Unterlassung, Leistung oder Beratung handelt. Nicht entscheidend bzgl. einer grundsätzlichen Restitutionsmöglichkeit ist auch, ob das subjektive Recht einfach-rechtlich oder verfassungsrechtlich begründet ist.²⁶⁸⁰

²⁶⁷⁸ *Weyreuther*, Gutachten, B 86.

²⁶⁷⁹ *Luhmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, S. 100.

²⁶⁸⁰ Dies hat – wenn überhaupt – nur Bedeutung für den Rang eines aus der Rechtsverletzung folgenden sekundären Restitutionsanspruchs. Keinesfalls begründbar ist es bspw., eine aus der Verletzung eines originär einfach-rechtlich begründeten subjektiven Rechtes folgende Restitutionspflicht in den Rang des Verfassungsrechts zu erheben.

(2) *Möglicher Einwand 2: Möglichkeit der Restitution erlischt mit dem Leistungsanspruch*

Überwiegend werden die Fälle des „qualifizierten Unterlassens“ zwar grds. in den Anwendungsbereich der Folgenbeseitigung einbezogen, aber dennoch soll es regelmäßig nicht zur Folgenbeseitigung kommen, falls es um Leistungsrechtsverletzungen geht.²⁶⁸¹ Die Ausschlussgründe fasst *Papier* anschaulich zusammen: „Solange dem Gläubiger der (primäre) Erfüllungsanspruch zusteht, bedarf es einerseits keines Folgenbeseitigungsanspruchs, um die Beseitigung der in der Vorenthaltung der Leistung liegende Rechtsbeeinträchtigung zu verlangen. Er begehrt einfach Erfüllung. Andererseits findet mit dem Untergang des primären Leistungsanspruchs die in der Erfüllungsverweigerung liegende Rechtsbeeinträchtigung ihr Ende.“²⁶⁸²

Dieser Verbindung der Restitutionsmöglichkeit mit dem Rechtsgehalt des verletzten subjektiven Rechts kann nicht widersprochen werden. Schließlich muss der Rechtsgehalt eines Anspruchs für den Verletzungsfall gerade bei originär einfach-rechtlich begründeten Leistungsansprüchen anhand des einfachen Rechts bestimmt werden. Dennoch ist die geradezu alttestamentarisch anmutende Schlussfolgerung, dass das, was der Gesetzgeber einem Bürger einmal eingeräumt hat, diesem auch wieder vom Gesetzgeber wirksam entzogen werden kann,²⁶⁸³ in dem von *Papier* beschriebenen Verständnis gefährlich. Es droht nämlich die Wiederholung des – in der Ableitung *Weyreuthers* bereits offenbarten – Missverständnisses, dass eine Leistungsberechtigung mit der unbedingten Verwirklichung der Wortlautvoraussetzungen eines Leistungsanspruchs verwechselt wird. Dass es bei unverändertem Bestand des Primäranspruchs keines zusätzlichen richterrechtlichen Sekundäranspruchs auf dieselbe Leistung bedarf, ist unbestritten und wird in der Subsidiarität des Herstellungsanspruchs aufgegriffen.²⁶⁸⁴ Eine Leistungsberechtigung ist jedoch nicht bereits

²⁶⁸¹ BVerwG, Urt. v. 26.10.1967 – II C 22/65 = BVerwGE 28, 155, 165; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 377; *Klein*, in: Soergel [Hg.], § 839 BGB, Anhang, Rn. 207; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 137 f.; *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 41; *Rüfner*, DVBl. 1967, 186, 188 f.; *Papier*, DÖV 1972, 845, 845 f.; *Baumeister*, Folgenbeseitigungsanspruch, S. 73 f. 131 ff.; *Weyreuther*, Gutachten, B 51, B 76 ff., B 93 ff.; *Sproll*, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, StHR, § 12, Rn. 31; *Grzeszick*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 45; *Klein*, in: Soergel [Hg.], § 839 BGB, Anhang, Rn. 207; *Schneider*, Folgenbeseitigung, S. 100 f.; *Bender*, StHR, Rn. 455.

²⁶⁸² *Papier*, DÖV 1972, 845, 850.

²⁶⁸³ Hiob 1, 21: „Der Herr hat's gegeben, der Herr hat's genommen; der Name des Herrn sei gelobt.“

²⁶⁸⁴ Vgl. Kap. 1 B.III.1.b.aa.

dann abzulehnen, wenn die gesetzlichen Wortlautvoraussetzungen nicht erfüllt sind. Das Urteil über die rechtliche Zulässigkeit einer Erfüllungsverweigerung muss vielmehr anhand des gesetzlichen Regelungszweckes ermittelt werden. Sofern dabei der Regelungszweck eine normative Anpassung gebietet, die die Wortlautgrenze überschreitet, ist eine entsprechende richterliche Rechtsfortbildung gefordert.²⁶⁸⁵ Diese Erkenntnis findet etwa in der Beschreibung *Papiers* bislang nur unzureichende Berücksichtigung.

(3) *Möglicher Einwand 3: Nur rechtswidrige Zustände sind restitutionstüchtig – diese existieren im Herstellungsfall nicht*

Für den Herstellungsanspruch wird teilweise herausgestellt, dass dieser Anspruch gerade keinen rechtswidrigen Zustand voraussetze, sondern allein die objektive Rechtswidrigkeit der hoheitlichen Pflichtverletzung den Anspruch begründe.²⁶⁸⁶ Da erst die andauernde Rechtswidrigkeit des geschaffenen Zustandes (sog. Erfolgsunrecht) eine Folgenbeseitigungspflicht auslösen soll, während die bloße Rechtswidrigkeit des Eingriffsaktes (sog. Handlungsunrecht) nicht ausreicht,²⁶⁸⁷ könnte daraus ein Argument gegen die Übertragung des Herstellungsanspruchs abgeleitet werden. Tatsächlich wird dem Herstellungsanspruch vorgehalten, dass er auf diese Weise eine (unzulässige) Korrektur rechtmäßiger Folgen bewirke.²⁶⁸⁸

Andererseits hat die Darstellung der Unterschiede zwischen Herstellungs- und Folgenbeseitigungsanspruch gezeigt, dass aus dem Merkmal des rechtswidrigen Zustandes im Ergebnis keine unterschiedliche Behandlung folgt. Denn in den Fällen, in denen für den Folgenbeseitigungsanspruch trotz Handlungsunrechts einmal nicht auf ein Erfolgsunrecht geschlossen wird, kommt es – aus denselben Erwägungen – auch nicht zu einer Herstellung.²⁶⁸⁹ Wenn man

²⁶⁸⁵ Es kann für diesen Fall nicht auf die von *Papier* zunächst beschriebene erste Fallvariante ausgewichen werden (Bestehen des gesetzlichen Leistungsanspruchs), weil der Leistungsanspruch nicht in den Grenzen des gesetzlichen Wortlautes verwirklicht werden kann.

²⁶⁸⁶ *Adolf*, Herstellungsanspruch, S. 50; *Krasney*, ZAP 1996 [Fach 18], 449, 460; *Schmidt/Schmidt*, JURA 2005, 372, 374; anders: *von Koch*, NZS 1998, 167, 170, der formuliert, dass ein rechtswidriger Zustand vorliegen müsse, der allerdings durch die Verletzung des subjektiven Rechts gegeben sei.

²⁶⁸⁷ BVerwG, Urt. v. 23.5.1989 – 7 C 2/87 = BVerwGE 82, 76, 95; *Ipsen*, AllgVerwR, Rn. 1342; *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1209; *Schloer*, JA 1992, 39, 42; *Grzeszick*, in: *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, StHR, Rn. 53. Vgl. m.w.N. zu den verschiedenen Ansichten: *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 42; *Schneider*, Folgenbeseitigung, S. 82 f.

²⁶⁸⁸ Bayerischer VGH, Urt. v. 30.12.1992 – 12 B 90.700.

²⁶⁸⁹ Vgl. hierzu: Kap. 1 E.II.2.B.aa. (2) (aa).

sich darüber hinaus bewusst macht, dass ein rechtswidriger Zustand lediglich das Bestehen eines Zustandes beschreibt, der nicht mit dem geltenden Recht vereinbar ist, handelt es sich lediglich um einen terminologischen Unterschied. Denn auch für den Herstellungsanspruch wird davon ausgegangen, dass die Begründung des sozialrechtlichen Nachteils, der nun korrigiert werden soll, nicht durch das Sozialrecht gedeckt ist und für den Bürger daher keine Duldungspflicht besteht. Sofern bei der Prüfung des „an sich (un)zulässigen“ Amtshandelns die Rechtmäßigkeit des Zustandes (bspw. ein Leistungsauschluss) als übereinstimmend mit den Wertungen des Leistungsrechts festgestellt werden kann, darf dieser nicht korrigiert werden. Falls sich hingegen aus dem Regelungszweck die Unzulässigkeit einer Nachteilsbegründung ergibt, stimmt der gegenwärtig bestehende Zustand nur mit dem Wortlaut des Gesetzes überein; es handelt sich dann nicht um einen materiell-rechtlich rechtmäßigen Zustand. Über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch wird also keineswegs ein rechtmäßiger Zustand – als ein durch das Gesetz tatsächlich für diesen Fall so gewollter Zustand – einer abweichenden Behandlung zugeführt, so dass bei rechtswissenschaftlichen Darstellungen in Zukunft darauf verzichtet werden sollte, zu betonen, dass der Herstellungsanspruch keinen rechtswidrigen Zustand erfordere.

Nicht zutreffend ist auch die Annahme *Maurers*, dass es in der Folge der Beeinträchtigungen von Leistungsrechten „*nichts gibt, was wiederherzustellen wäre.*“²⁶⁹⁰ Die Herstellungsfälle zeigen deutlich, dass auch die Missachtung von Leistungsansprüchen bzw. eine pflichtwidrige Unterlassung sehr wohl nachteilige Auswirkungen haben kann. Überhaupt kann eine Leistungsverweigerung für den Bürger stärkere Nachteile begründen als ein Eingriff durch aktives Tun.²⁶⁹¹ Wie *Maurer* selbst in einem anderen Zusammenhang einräumt, kann bspw. der Entzug oder die Nichtgewährung einer notwendigen Subvention für einen Unternehmer erhebliche Nachteile bedeuten (bspw. die Aufgabe des Unternehmens).²⁶⁹² Für einen Studenten kann die Ablehnung von BAföG-Leistungen ausschlaggebend für den Abbruch bzw. die Nichtaufnahme eines Studiums sein, während die Auswirkungen eines Bußgeldes für Falschparken für seine weitere Lebensführung überschaubar sind.²⁶⁹³

²⁶⁹⁰ *Maurer*, AllgVerwR, § 30, Rn. 8; vgl. auch: BVerwG, Urt. v. 26.10.1967 – II C 22/65 = BVerwGE 28, 155, 165; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 24.5.1984 – 9 S 1235/84 = JZ 1984, 999; *Schmidt*, JuS 1969, 166, 167.

²⁶⁹¹ *Olbertz*, S. 164; vgl. auch: BVerfG, Beschl. v. 28.10.1975 – 2 BvR 883/7 = BVerfGE 40, 237, 249 („*Staatliches Handeln, durch das dem Einzelnen Leistungen und Chancen gewährt und angeboten werden, ist für eine Existenz in Freiheit oft nicht weniger bedeutungsvoll als das Unterbleiben eines ‚Eingriffs‘.*“).

²⁶⁹² *Maurer*, AllgVerwR, § 6, Rn. 21.

²⁶⁹³ *Maurer*, AllgVerwR, § 6, Rn. 21.

Diese Beobachtung unterstützt die hier vertretene Annahme, dass im Grundsatz auch die Verletzung von Leistungsansprüchen durch Unterlassen eine Folgenbeseitigungspflicht auslösen können soll. Dass es rechtlich gefordert sein soll, das Amtshaftungsrecht (§ 839 BGB, Art. 34 GG) für jeden Grundrechtseingriff, der durch ein rechtswidriges Bußgeld in Höhe von 5 € entsteht, mit einer zusätzlichen Folgenbeseitigungspflicht zu ergänzen, erscheint denkbar. Dass dann aber eine vergleichbare Ergänzung des Rechts sogar allgemein ausgeschlossen sein soll, wenn ein Bürger bei der rechtswidrigen Ablehnung einer langjährigen Subventionsleistung in der Höhe von mehreren Tausend Euro auf das Recht der Amtshaftung verwiesen ist (ohne die Möglichkeit der Begründung dieses Verwaltungsrechtsverhältnisses), würde zu einer praktisch kaum noch nachvollziehbaren Auslegung der Gesamtrechtsordnung führen.

(4) *Möglicher Einwand 4: Restitution kann nur Wiederherstellung des status quo ante bedeuten*

Auf der Rechtsfolgenseite bestehen erhebliche Unterschiede zwischen beiden Ansprüchen. Während der Folgenbeseitigungsanspruch nur die Wiederherstellung eines früher bereits bestandenen Zustandes ermöglicht (sog. status quo ante), verpflichtet der Herstellungsanspruch zur – ggf. erstmaligen – Herstellung des rechtlichen Zustandes, der heute ohne das Fehlverhalten bestünde (sog. sozialrechtliche Naturalrestitution).²⁶⁹⁴ Für eine Beschränkung der Restitution auf den status quo ante – im allgemeinen Verwaltungsrecht – wird vorgebracht, dass ansonsten ein unzulässiger allgemeiner Wiedergutmachungsanspruch drohe,²⁶⁹⁵ wie ihn *Menger* und *Haas* formuliert haben.²⁶⁹⁶ Insbesondere mit dem Herstellungsanspruch sei ein solcher allgemeiner Wiedergutmachungsanspruch verbunden.²⁶⁹⁷

Nachteilig wirkt sich in diesem Zusammenhang sicherlich aus, dass sich das BSG in der ersten Entscheidung zum Herstellungsanspruch gerade auf *Menger*

²⁶⁹⁴ Vgl. BSG, Urt. v. 29.5.1996 – 3 RK 26/95 = BSGE 78, 243, 255; BSG, Urt. v. 27.4.1978 – 11 RA 69/77 = BSGE 46, 175, 177; *Funk*, SGB 1978, 45, 48; *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 55; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 147; *Schnapp*, SGB 1977, 307, 308; *Diener*, Mitt LVA Oberfranken 1981, 439, 442 f.; *Bogs*, in: Zacher [Hg.], FS zum 25jährigen Bestehen des BSG, Bd. I, S. 149, 152, 170 f.; *Frohn*, JURA 1989, 523, 526; *Maurer*, AllgVerwR, § 30, Rn. 20, 22; *Mazur*, ZJS 2011, 321, 323; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR I, § 52, Rn. 43; *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 48; *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 164; *Schmidt/Schmidt*, JURA 2005, 372, 373; *Hattstein*, Betreuungspflichten, S. 235.

²⁶⁹⁵ *Sproll*, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, StHR, § 12, Rn. 30, 54; vgl. auch: *Bumke*, JuS 2005, 22, 24 f.; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 141.

²⁶⁹⁶ *Menger*, in: FS für Jellinek, S. 347, 350 ff.; *Haas*, Entschädigungspflichten, S. 59 ff.; ausführlich zum allgemeinen Wiedergutmachungsanspruch: Kap. 2 B.II.3.e.aa.

²⁶⁹⁷ Vgl. die Aussagen u.a. von: *Schoch*, JURA 1993, 478, 479 f.; *ders.*, VerwArch. 79 [1988], 1, 19.

beruft.²⁶⁹⁸ Dieser rechtsdogmatische „Geburtsfehler“ des Herstellungsanspruchs wurde allerdings nicht wiederholt und zeitnah so durch andere Erwägungen ersetzt, dass davon ausgegangen werden kann, dass diese Ableitung aufgegeben wurde.²⁶⁹⁹ Tatsächlich bleibt der Herstellungsanspruch auch in Tatbestand und Rechtsfolgen hinter einem Wiedergutmachungsanspruch zurück; so sollen bspw. immaterielle Einbußen, entgangener Gewinn oder andere wirtschaftliche Schäden überhaupt nicht über den Herstellungsanspruch ausgeglichen werden und die verbliebenen Anwendungsfälle der Herstellung unterliegen zahlreichen Ausschlussgründen.²⁷⁰⁰ Ausgehend vom gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung und Literatur zum (sozialrechtlichen) Herstellungsanspruch erscheint dieser nicht als allgemeiner Wiedergutmachungsanspruch.

Tatsächlich liegen sozialrechtliche Naturalrestitution und Wiederherstellung des status quo ante näher beieinander als bisher allgemein angenommen. Sofern man nämlich eine Folgenbeseitigung mit der überwiegenden Ansicht auf die Herstellung eines gleichwertigen Zustandes ausdehnt,²⁷⁰¹ kann eine sozialrechtliche Naturalrestitution nicht mehr überzeugend zurückgewiesen werden. Eine Restitutionspflicht i.S.e. gleichwertigen Zustandes erkennt an, dass derselbe frühere Zustand allein wegen des Zeitablaufes nicht mehr (wieder-) hergestellt werden kann.²⁷⁰² Ausgehend von den rechtlich geschützten Interessen des Bürgers soll deshalb ein Zustand geschaffen werden, der dem früheren Zustand

²⁶⁹⁸ BSG, Urt. v. 14.6.1962 – 4 RJ 75/60 = SozR § 1233 RVO, Nr. 3 = MDR 1962, 1022 f.

²⁶⁹⁹ *Ossenbühl*, DVBl. 1994, 977, 983; *Wallerath*, DÖV 1994, 757, 759.

²⁷⁰⁰ *Bieback*, SGB 1990, 517, 519; vgl. Kap. 2 B.II.3.e.aa.

²⁷⁰¹ Etwa: OVG Hamburg, Urt. v. 27.9.1977 – Bf II 83/76 = NJW 1978, 658, 659; OVG Niedersachsen, Urt. v. 30.5.1990 – 12 L 177/89 = UPR 1991, 78, 78; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 2.9.1982 – 5 S 418/82 = VBIBW 1983, 141, 142; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 29.2.1984 – 5 S 2643/83 = NJW 1985, 1482; *Schoch*, JURA 1993, 478, 484; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs öffentliches Recht, § 89, Rn. 7; *Ahrens*, StHR, Rn. 323; *Stein/Itzel/Schwall*, Praxishandbuch StHR, Rn. 403; *Bumke*, JuS 2005, 22, 24; *Sproll*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, StHR, § 12, Rn. 52; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR I, § 52, Rn. 27; *Mazur*, ZJS 2011, 321, 322 f.; *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1201; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 368, Fn. 123; *Bender*, VBIBW 1990, 223 ff.; *Papier*, in: *Isensee/Kirchhof* [Hg.], HdStR, Bd. VIII, § 180, Rn. 79 f.; *Klein*, in: *Soergel* [Hg.], § 839 BGB, Anhang, Rn. 217; *Schneider*, Folgenbeseitigung, S. 120 ff.; **a.A.** für eine strikte Begrenzung auf denselben Zustand: Bayerischer VGH, Urt. v. 16.5.1991 – 4 B 90.2483 = BayVBl. 1992, 147, 147; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 17.8.1989 – 5 S 1517/89 = NVwZ-RR 1990, 449; *Kemmler*, JA 2005, 908, 909; wohl auch: *Fiedler*, NVwZ 1986, 969, 976; **a.A.** für eine Erweiterung hinsichtlich allgemeiner Wiedergutmachung: *Menger*, in: FS für Jellinek, S. 347, 350 ff.; *Redeker*, DÖV 1987, 194, 198; *Haas*, Entschädigungspflichten, S. 59 ff.; *Grzeszick*, in: *Erichsen/Ehlers* [Hg.], AllgVerwR, § 45, Rn. 116 ff.

²⁷⁰² *Schoch*, JURA 1993, 478, 484; *Bumke*, JuS 2005, 22, 24; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs öffentliches Recht, § 89, Rn. 7.

möglichst nahe kommt.²⁷⁰³ So gesehen wird dieser vergleichbare Zustand für den Betroffenen auch erstmalig geschaffen – er orientiert sich lediglich am bereits früher einmal Bestehenden.²⁷⁰⁴

Falls die subjektiven Rechte des Bürgers aber auf eine dynamische Fortentwicklung ausgerichtet sind (und nicht lediglich einen Bestand unveränderlich garantieren/schützen sollen), kann auch die Restitution diese Zielrichtung nicht ignorieren.²⁷⁰⁵ Die Herstellung eines gleichwertigen Zustandes ist erst dann erreicht, wenn auch dieser dynamische Bezug restituiert wurde; d.h. der Zustand geschaffen wurde, auf den es ohne Pflichtverletzung hinausgelaufen wäre.²⁷⁰⁶ Insbesondere bei Leistungs- und Gestaltungsrechten kann eine Beeinträchtigung nämlich nur darin liegen, dass der *status quo ante* nicht entsprechend des Leistungs-/Gestaltungsrechts verändert wurde.²⁷⁰⁷

Richtig verstanden schützt ein Restitutionsanspruch daher *vor* den Folgen einer Beeinträchtigung – nicht zeitlich den Zustand *vor* der Beeinträchtigung, die zu Folgen führen wird. Wenn ein gleichwertiger Zustand das Ziel einer Restitution ist, ist nicht die Wiederherstellung des ursprünglichen *tatsächlichen* Zustandes der Maßstab der Reaktion, sondern die des *rechtlich zulässigen* Zustandes (dazu sogleich). Sofern es nicht um reine Unterlassungsansprüche geht,

²⁷⁰³ Vgl. *Bumke*, JuS 2005, 22, 24.

²⁷⁰⁴ *Schoch*, JURA 1993, 478, 484; *Bumke*, JuS 2005, 22, 24, Fn. 19.

²⁷⁰⁵ *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 412 ff.

²⁷⁰⁶ Vgl. für den Folgenbeseitigungsanspruch: *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 414 f. („Wenn das Postulat der effektiven Wiederherstellung des *status quo ante* nicht seinen Zweck verfehlen soll, so muß der ‚frühere Zustand‘ grundsätzlich den gesamten Bereich der durch staatliche Eingriffe gestörten, gesetzlich anerkannten oder verfassungsrechtlich anzuerkennenden Rechtszustände umfassen. Die statische und isolationistische Sicht des *status quo ante* ist demgegenüber eine derivative und nur für Verwaltungsvollzugsfolgendgestaltungen angemessene dogmatische Konstruktion, [...]. Ist Schutzgut demgemäß ein kontinuierliches, gesetzlich auf ein konturiertes Ziel zulaufendes Sozialversicherungsverhältnis, so umfaßt der *status quo ante* die Wiederherstellung des dynamischen Zustandes, in dem sich das Sozialrechtsverhältnis bei korrekter Information des Versicherten befinden würde: [...]“).

²⁷⁰⁷ Wenn ein Bürger 1994 rechtswidrig nicht über die Möglichkeit eines dauerhaften Rentenbezuges *ex nunc* informiert wurde, könnte ihm 2006 die Möglichkeit einer Antragsstellung *ex nunc* wieder so eingeräumt werden, wie sie 1994 schon bestanden hat (Wiederherstellung des *status quo ante*). Allerdings stünde er mit diesem Rentenrecht *ex nunc* 2006 nicht mehr so, wie er mit einem Rentenrecht *ex nunc* 1994 gestanden hätte, weil in diesem Rentenrecht nicht mehr die Möglichkeit eines fortlaufenden Rentenbezugs ab 1994 enthalten wäre. Er stünde im Ergebnis deutlich schlechter. Aufgrund der dynamischen Fortentwicklung dieser Rechte wird durch die (Wieder-) Einräumung eines Antragsrechts mit zukünftiger Rentenbezugsmöglichkeit 2006 kein gleichwertiger Zustand geschaffen wie 1994 einmal bzgl. des Antragsrechts für die Zukunft bestanden hat. Die (Wieder-) Herstellung eines gleichwertigen Zustandes 2006 mit der Situation 1994 muss daher auch die entgangenen 12 Jahre Rentenzahlung berücksichtigen.

schließt dies grds. auch die Berücksichtigung möglicher Fortentwicklungen innerhalb der Restitution ein.

(5) *Möglicher Einwand 5: Restitution darf nur tatsächliche Folgen verändern – nicht rechtliche Einbußen korrigieren*

Aus dem Umstand, dass ein Herstellungsanspruch – zumindest vorrangig – Rechtsnachteile korrigiert, während der Folgenbeseitigungsanspruch auf eine tatsächliche Restitution abzielt,²⁷⁰⁸ könnte geschlossen werden, dass im allgemeinen Verwaltungsrecht nur eine Restitution tatsächlicher Umstände zulässig wäre. Die rechtliche Restitutionspflicht bedeutet zwar nicht, dass es infolge der Herstellung nicht auch zu tatsächlichen Veränderungen in der Lebenswirklichkeit des Bürgers käme (dieser erhält bspw. eine Sozialleistung ausgezahlt, die ohne Herstellungsanspruch nicht gewährt worden wäre); diese Veränderungen sind aber eine Folge der Durchsetzung der Rechtsverhältnisse in der Form, wie sie durch die Herstellung gestaltet worden sind. Eine Herstellung setzt nicht unmittelbar an einer Korrektur der tatsächlichen Verhältnisse an. Die Fragestellung ist daher, ob eine Restitution/Folgenbeseitigung zwingend unmittelbar an tatsächliche Folgen der Rechtswidrigkeit anknüpfen muss.

Zunächst darf allerdings bezweifelt werden, ob der Herstellungsanspruch gerade dadurch an rechtsdogmatischer Überzeugungskraft gewinnen würde, wenn er bspw. nicht den Verlust eines Leistungs- oder Gestaltungsrechts korrigiert, sondern anknüpfend an die tatsächliche Fortentwicklung schlicht die tatsächlich ausgebliebenen Rentenzahlungen ersetzt. Schließlich ist eine „*originäre Wirkungsweise*“ des Herstellungsanspruchs insbesondere u.a. deshalb abzulehnen, weil sich die Herstellungspflicht von Schadensersatz- und Entschädigungsan-

²⁷⁰⁸ Etwa: BSG, Urt. v. 28.5.1980 – 5 RKn 21/79 = BSGE 50, 129, 133 („*Schließlich kommt ein Folgenbeseitigungsanspruch als Grundlage [...] nicht in Betracht, weil es sich dabei um ein Rechtsinstitut zur Beseitigung der – hier fehlenden – fortdauernden faktischen [sic] Beeinträchtigung nach hoheitlichen Eingriffen in Freiheitsgrundrechte oder einer Verletzung gleichgestellter Ansprüche auf Unterlassen handelt [...]*“); Bonk, in: Sachs [Hg.], Art. 34 GG, Rn. 47; Özfirat-Skubinn, Beamtenernennungen, S. 297; Bogs, in: Zacher [Hg.], FS zum 25jährigen Bestehen des BSG, Bd. I, S. 149, 171; Funk, DAngVers 1981, 26, 34; Maurer, AllgVerwR, § 30, Rn. 20, 22; Bieback, DVBl. 1983, 159, 164; Rüfner, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 14 SGB I, Rn. 11; Pietzner, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrrtagung, S. 93, 95 („*Nun geht es allerdings bei der Herstellungsproblematik nicht in erster Linie um die Herstellung eines Zustandes in der Welt der Tatsachen, sondern um eine Restitution in der Welt des Rechts.*“); Grzeszick, Rechte und Ansprüche, S. 115; unklar: Hattstein, Betreuungspflichten, S. 236.

sprüchen unterscheiden soll.²⁷⁰⁹ Wo bei einem Herstellungsanspruch noch die Abgrenzung zur schadensersatzrechtlichen Naturalrestitutionspflicht nach § 249 I BGB oder zu einer bloßen Entschädigungsleistung verlaufen soll, ist nicht ersichtlich, wenn dieser originär an tatsächliche Nachteile anknüpft und letztlich nur noch die Funktion hat, später entgangene wirtschaftliche Vorteile des Bürgers abzufangen. Insbesondere erfolgt eine Restitution von Leistungsrechten nicht durch die bloße tatsächliche Gewährung des Begehrten; diese ist erst dann erreicht, wenn eine Gewährung im Hinblick auf das (restituierte) Recht erfolgt. Erst dann liegt nämlich bspw. wieder eine „*Rentenleistung*“ vor und nicht nur eine gleichhohe Geldzahlung für den Verlust einer Rente.

Unabhängig davon, dass die Restitution rein tatsächlicher Positionen in der notwendigen Abgrenzung zum Schadensersatz problematisch erscheint, handelt es sich genauer betrachtet bereits um einen Trugschluss, dass der Folgenbeseitigungsanspruch ausschließlich eine tatsächliche Restitution anstrebe. In diesem Zusammenhang bietet es sich an, die Entstehung der Folgenbeseitigungspflicht bzgl. der tatsächlichen Folgen für den unbestrittenen Fall der Verletzung eines (grundrechtlichen) Unterlassungsanspruchs näher zu betrachten. Eine rechtliche Restitution des subjektiven Unterlassungsrechts erscheint über den Folgenbeseitigungsanspruch zunächst nicht notwendig, weil dieses trotz des Eingriffs unbeeinträchtigt fortbesteht.²⁷¹⁰ Der (beeinträchtigte) Unterlassungsanspruch ist vielmehr der Ausgangspunkt sämtlicher weiterer Korrekturbestrebungen des Bürgers hinsichtlich einer Beseitigung des Eingriffs bzw. seiner Folgen. Dabei kennzeichnet der bestehende Unterlassungsanspruch den Zustand, der durch seine Verletzung entstanden ist, fortan als rechtswidrig. Aus dem jeweiligen Abwehrgehalt des subjektiven Rechts wird nun gefolgert, dass dieses subjektive Recht sich für die Folgen, die nicht mehr mit dem Unterlassungsanspruch selbst angegriffen werden können (also insbesondere tatsächliche Folgen), in einen Anspruch auf Beseitigung dieser Folgen wandelt. Der Ausgangspunkt

²⁷⁰⁹ Vgl. Kap. 2 B.II.4.c.aa. (2).

²⁷¹⁰ Dies ergibt sich deutlich aus der parallelen Argumentation zum Eingriff durch Unterlassen, der nicht zu einer Leistungsgewähr führen könne, weil der primäre Leistungsanspruch, der durch das Fehlverhalten nicht untergegangen ist, noch selbstständig durchgesetzt werden soll. Vgl. hierzu: BVerwG, Urt. v. 26.10.1967 – II C 22/65 = BVerwGE 28, 155, 165; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 377; *Klein*, in: Soergel [Hg.], § 839 BGB, Anhang, Rn. 207; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 137 f.; *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 41; *Rüfner*, DVBl. 1967, 186, 188 f.; *Papier*, DÖV 1972, 845, 845 f.; *Baumeister*, Folgenbeseitigungsanspruch, S. 73 f. 131 ff.; *Weyreuther*, Gutachten, B 51, B 76 ff., B 93 ff.; *Sproll*, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, StHR, § 12, Rn. 31; *Grzeszick*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 45; *Klein*, in: Soergel [Hg.], § 839 BGB, Anhang, Rn. 207; *Schneider*, Folgenbeseitigung, S. 100 f.

des Restitutionsanspruchs ist also der Unterlassungsanspruch des Bürgers, der diesem ohne Umwandlung bzgl. der bereits eingetretenen tatsächlichen Folgen nicht mehr weiterhelfen kann. Mit anderen Worten folgt die Pflicht zur tatsächlichen Folgenbeseitigung aus demselben subjektiven Recht, das bereits ursprünglich vor dem Eintritt dieser tatsächlichen Folgen schützen sollte und diesen Regelungszweck (zumindest nachträglich) noch erreichen soll. Daher orientiert sich auch der Umfang einer Folgenbeseitigung an dem Gehalt des beeinträchtigten subjektiven Rechts, weil das Ziel der Folgenbeseitigung die „Herstellung (grund)rechtlicher Integrität“²⁷¹¹ ist.²⁷¹² Die rechtliche Integrität des subjektiven Rechts, in das eingegriffen wurde, bildet insofern den Bezugspunkt der tatsächlichen Folgenbeseitigung. Nicht der „frühere tatsächliche, sondern der frühere rechtmäßige Zustand“²⁷¹³ soll wiederhergestellt werden. Auch bei der Folgenbeseitigung geht es um die Wahrung einer „Rechtsintegrität“²⁷¹⁴. Letztlich dient damit auch die tatsächliche Folgenbeseitigungspflicht einer rechtlichen Restitution des subjektiven Rechtes.²⁷¹⁵

²⁷¹¹ Schoch, VerwArch. 79 [1988], 1, 46.

²⁷¹² Vgl. BVerwG, Urt. v. 26.8.1993 – 4 C 24/91 = BVerwGE 94, 100, 119 („Als Ziel des Anspruchs gilt zwar die Wiederherstellung rechtmäßiger Zustände, gleichwohl ist sein Inhalt darauf begrenzt, den Eingriff in die subjektive Rechtsstellung zu beseitigen.“); Klein, in: Soergel [Hg.], § 839 BGB, Anhang, Rn. 221 („Inhalt und Umfang des Folgenbeseitigungsanspruchs ergeben sich aus seiner Grundlage, nämlich aus dem beeinträchtigten grundrechtlichen Status, der wiederherzustellen ist. Zu beseitigen sind daher die statusbeeinträchtigenden Folgen. Dabei ist auf das jeweils verletzte Grundrecht zurückzugreifen.“); Ossenbühl/Cornils, StHR, S. 372 („Die geschützte Rechtsposition begrenzt ihrerseits den Anspruch auf Folgenbeseitigung. Die Folgenbeseitigung kann danach nur soweit gehen, wie die rechtlich geschützte Position des Betroffenen reicht. Zu beseitigen sind alle Folgen, die ihn in seiner Rechtsposition stören.“); Köckerbauer, JuS 1988, 782, 786 („Die Folgenbeseitigung kann danach nur soweit gehen, wie die rechtlich geschützte Position des Betroffenen reicht.“); Mazur, ZJS 2011, 321, 325 f.; Grzeszick, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 35; unklar: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, VwR I, § 52 Rn. 30.

²⁷¹³ Olbertz, S. 175.

²⁷¹⁴ Schoch, VerwArch. 79 [1988], 1, 38

²⁷¹⁵ Bspw. ist es zur Wiederherstellung nicht notwendig, dass ein nahegelegener öffentlicher Sportplatz geschlossen wird, wenn die störenden Geräuschmissionen durch Lärmschutzwälle ausgeschlossen werden können (Grzeszick, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 36; Ahrens, StHR, Rn. 325). Da diese Geräuschmissionen die Störung im Grundrecht bedeuten, das den Ausgangspunkt des Folgenbeseitigungsanspruchs bildet, ist dem grundrechtlichen Integritätsinteresse mit der Beseitigung des Lärms Genüge getan, so dass aufgrund des Folgenbeseitigungsanspruchs nicht mehr verlangt werden kann. Das subjektive Recht begründet und begrenzt inhaltlich damit die tatsächliche Folgenbeseitigungspflicht (BVerwG, Urt. v. 26.8.1993 – 4 C 24/91 = BVerwGE 94, 100, 104 ff., 119; Ossenbühl/Cornils, StHR, S. 372; Köckerbauer, JuS 1988, 782, 786).

Dass auch der Folgenbeseitigungsanspruch nicht immer auf eine Korrektur durch tatsächliches Handeln abzielen muss, zeigt sich daran, dass im Wege der Folgenbeseitigung ggf. auch der bloße Erlass eines möglichen Verwaltungsaktes – insbesondere gegenüber einem Dritten – beanspruchbar sein soll.²⁷¹⁶

Anders als bei einem nicht auf tatsächliche Veränderung abzielenden Unterlassungsanspruch, der durch tatsächliche Veränderungen verletzt wird, muss ein subjektives Recht, das den Bürger vor rechtlichen Nachteilen bewahren soll, auch bei seiner Restitution in erster Linie auf der rechtlichen Ebene ansetzen. Dies ist aber kein Wesensunterschied zwischen beiden Ansprüchen, der eine Übertragung generell ausschließen würde. Denn gleichermaßen wird das übergeordnete Ziel der Restitution des jeweils beeinträchtigten subjektiven Rechts verfolgt.

(6) *Möglicher Einwand 6: Restitution darf keine mittelbaren Folgen ausgleichen*

Ob die sog. mittelbaren Nachteile, die erst aus einer nachteilhaften eigenen Disposition des Bürgers entstanden sind, noch als unmittelbare Folge einer Rechtsverletzung angesehen werden können, mag auch dann bezweifelt werden, falls diese aus einer fehlerhaften Beratung hervorgehen. Wenn das BVerwG betont, dass eine Folgenbeseitigung nur unmittelbare Folgen erfasse und daher insbesondere die Folgen ausscheiden müssten, die auf einer eigenen Willensentscheidung des Betroffenen beruhen,²⁷¹⁷ erscheint dies fraglich. Schließlich ist es für das Gericht unerheblich, ob der Bürger durch den unzulässigen Rechtseingriff überhaupt erst in die Situation gebracht worden ist, eine solche Willensentscheidung zu treffen.²⁷¹⁸ Auch bei einer fehlgeleiteten Ent-

²⁷¹⁶ Vgl. Ipsen, AllgVerwR, Rn. 1350, 1359; Schulze, Ersatzleistungen, S. 147; Sodan/Ziekow, Grundkurs öffentliches Recht, § 89, Rn. 11; Sproll, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, StHR, § 12, Rn. 68.

²⁷¹⁷ BVerwG, Urt. v. 19.7.1984 – 3 C 81/82 = BVerwGE 69, 366, 372 f.; BVerwG, Urt. v. 21.12.2000 – 2 C 39/99; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 25.5.1992 – A 12 S 1167/91 = VBIBW 1993, 26, 28; Schulze, Ersatzleistungen, S. 141; Sodan/Ziekow, Grundkurs öffentliches Recht, § 89, Rn. 10; Grzeszick, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 31 f.; Kraft, BayVBl. 1992, 456, 459.

²⁷¹⁸ Vgl. zu dem Fall, dass der Bürger gezwungen war einen verzinnten Darlehensvertrag abzuschließen: BVerwG, Urt. v. 19.7.1984 – 3 C 81/82 = BVerwGE 69, 366, 373 f. („Dagegen waren die Bardepotbescheide [...] nicht unmittelbar auf die Aufnahme eines Kredits gerichtet, auch wenn diese Aufnahme [...] erforderlich gewesen sein mag, um den Bescheiden nachkommen zu können. Die Beklagte hatte es der eigenen Entschließung der Klagerin überlassen, auf welche Weise diese sich die Mittel beschafft, um den Bardepotbescheiden nachkommen zu können. Daraus folgt, daß die Kreditaufnahme

scheidung wird noch von einer eigenen Entscheidung des Bürgers ausgegangen.²⁷¹⁹

Nach der hier vertretenen Ableitung kommt es für die Reichweite der Herstellungspflicht hingegen maßgeblich darauf an, ob die Verhinderung des konkreten sozialrechtlichen Nachteils vom Schutzzweck des verletzten subjektiven Rechts erfasst ist.²⁷²⁰ Sofern man den nichtssagenden Begriff der „*Unmittelbarkeit*“ ebenfalls anhand des Schutzzweckes des jeweils im Einzelfall beeinträchtigten subjektiven Rechts präzisiert,²⁷²¹ ergeben sich damit keine Unterschiede mehr zur Beschränkung einer Folgenbeseitigung auf unmittelbare Folgen.²⁷²² Deshalb unterbricht zumindest eine fehlgeleitete Willensentscheidung des Bürgers auch nicht einen unmittelbaren Folgenzusammenhang, falls ein subjektives Recht verletzt worden ist, dass genau vor dieser Fehlentscheidung schützen sollte. Denn dann handelt es sich bei dieser konkreten Willensbestätigung um die Folge, deren Verhinderung der (einzige) Regelungszweck des verletzten Rechts ist. Eine andere unmittelbare Folge, die mit der Pflichtverletzung zusammenhängt, ist dann gar nicht denkbar.

(7) *Möglicher Einwand 7: Unverständliche Überschneidungen/Abgrenzungen von Folgenbeseitigungs- und Herstellungsanspruch drohen*

Die Übertragung des Herstellungsanspruchs in Bereiche des allgemeinen Verwaltungsrechts droht entweder den Folgenbeseitigungsanspruch zu ersetzen oder zu unverständlichen Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen beiden (Restitutions-) Ansprüchen zu führen. Dieser Befürchtung kann dadurch begegnet werden, dass die im Sozialrecht entwickelte Abgrenzung der Ansprüche eben-

sowie die dadurch eingetretenen Zinsschäden erst durch das auf ihrer eigenen Entschließung beruhende Verhalten der Klägerin herbeigeführt worden sind. Aus diesem Grunde können diese weiteren Folgen der Bardepotbescheide der Beklagten nicht zugerechnet werden.“).

²⁷¹⁹ In diesem Sinne wohl auch: *Olbertz*, S. 183 f.

²⁷²⁰ Vgl. Kap. 2 B.II.4.c.aa. (1).

²⁷²¹ Hierfür eintretend, u.a.: *Schoch*, JURA 1993, 478, 484; *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1208; *Bethge/Detterbeck*, JURA 1991, 550, 555; wohl auch: *Schmidt-De Caluwe*, S. 276 f., 282.

²⁷²² Ob ein Verwaltungsträger die Einzelfolge seinerseits final bezweckt hat (*Schulze*, Ersatzleistungen, S. 141; *Grzeszick*, in: *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, StHR, Rn. 31; *Klein*, in: *Soergel* [Hg.], § 839 BGB, Anhang, Rn. 224; *Kraft*, BayVBl. 1992, 456, 459), kann hingegen nicht entscheidend sein. Denn wenn die Folgenbeseitigung aus dem jeweiligen subjektiven Recht folgt, entsteht keine Folgenbeseitigungspflicht daraus, dass der Verwaltungsträger den Eintritt einer Einzelfolge bezweckte, sofern dieses Recht nicht vor der Beeinträchtigung schützt.

falls in das allgemeine Verwaltungsrecht übertragen wird. Hiernach soll der Folgenbeseitigungsanspruch nur „nach hoheitlichen Eingriffen in Freiheitsgrundrechte oder einer Verletzung gleichgestellter Ansprüche auf Unterlassen“²⁷²³ Anwendung finden.²⁷²⁴ Dieser Vorschlag überrascht auf den ersten Blick, wenn die grundsätzliche Restitutionsfähigkeit anderer Rechte als Unterlassungsansprüche – auch in dieser Arbeit – betont und für eine Erweiterung des Kreises der restitutionsfähigen subjektiven Rechte (zumindest in den Fällen des sog. qualifizierten Unterlassens) plädiert wird.

Auf den zweiten Blick ist dieses Ergebnis jedoch nur die logische Konsequenz aus einer Ansicht, die Restitutionsansprüche nicht – mehr – abschließend mit einem Anspruch auf Folgenbeseitigung gleichsetzt. Die generelle Restitutionsfähigkeit eines subjektiven Rechts hängt dann nicht mehr von der Einbeziehung in den Folgenbeseitigungsanspruch ab. Es kann vielmehr untersucht werden, für welche Fallgestaltung der Folgenbeseitigungsanspruch sinnvoll aufrechterhalten werden soll. Dies ist der Bereich der Restitution von Unterlassungsansprüchen. Da Erweiterungen des Folgenbeseitigungsanspruchs in Tatbestand und Rechtsfolge von jeher kritisiert wurden, behält der Anspruch so seine Bedeutung bzw. anerkannte Form für einen Bereich, in dem er sich bewährt hat und die erforderliche Rechtssicherheit vermittelt. Der Bereich subjektiver Rechte, der hingegen nur unter Umgestaltung des Folgenbeseitigungsanspruchs sinnvoll in die Folgenbeseitigungspflicht einbezogen werden könnte, wird fortan von einem Restitutionsanspruch – dem Herstellungsanspruch – erfasst, der besser auf die Bedürfnisse außerhalb der Eingriffsverwaltung zugeschnitten ist.²⁷²⁵ Die Beschränkung des Folgenbeseitigungsanspruchs auf Un-

²⁷²³ BSG, Urt. v. 28.5.1980 – 5 RKn 21/79 = BSGE 50, 129, 133.

²⁷²⁴ Etwa: BSG, Urt. v. 21.2.1980 – 5 RKn 19/78 = BSGE 50, 12, 13 f.; BSG, Urt. v. 18.12.1975 – 12 RJ 88/75 = BSGE 41, 126, 127; BSG, Urt. v. 12.10.1979- 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 79; BSG, Urt. v. 25.11.1976 – 11 RLw 7/76 = SozR 5850 § 26 GAL Nr. 2; Keller, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer [Hg.], § 131 SGG, Rn. 4; Schnapp, DAngVers 1978, 538, 542; Funk, SGB 1978, 45, 48; Krefßel, SGB 1987, 313, 313 f.; wohl auch: Grzeszick, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 73; Schmidt/Schmidt, JURA 2005, 372, 373.

²⁷²⁵ Für die Beeinträchtigung eines Unterlassungsanspruchs ist bspw. die Beschränkung der Restitution auf die Wiederherstellung des *status quo ante* nicht zu beanstanden, weil ohne den rechtswidrigen Eingriff noch der Zustand (fort-) bestehen würde, der bei Beachtung des Unterlassungsanspruchs nicht nachteilig verändert worden wäre. Wie bereits dargestellt wurde, wird aber die umstrittene Einbeziehung von Leistungsrechten in den Anwendungsbereich des Folgenbeseitigungsanspruchs dem Betroffenen oftmals nicht weiterhelfen, falls die Rechtsfolge auf eine bloße Wiederherstellung des *status quo ante* beschränkt ist. Dennoch wurden Versuche einer unterschiedlichen Rechtsfolge der Folgenbeseitigungspflicht für die Verletzung von Unterlassungs- und Leistungsansprüchen bislang durch die überwiegend restriktive Rechtsprechung und Literatur abgelehnt

terlassungsansprüche ist der längst überfällige Schritt, den Rechtsprechung und Literatur bisher nicht in dieser Absolutheit vollzogen haben, der aber nach Tatbestand und Rechtsfolge inhaltlich eigentlich überfällig erscheint.²⁷²⁶

Widersprüchlich erscheint zunächst das Abgrenzungsergebnis, dass die Beeinträchtigung eines höherrangigen grundrechtlichen Unterlassungsanspruchs nur eine Wiederherstellung des status quo ante hervorbringen soll, während die Verletzung einfach-rechtlicher Leistungsrechte zur Herstellung des Zustandes führen kann, der heute ohne das Fehlverhalten bestehen würde. Dennoch wird gerade die bloße Wiederherstellung des früheren status quo ante den rechtlichen Verbürgungen von Freiheitsgrundrechten gerecht. Dem Rechtsgehalt der Abwehrgrundrechte, die gerade keine sozialen Grundrechte sind,²⁷²⁷ ist nämlich kein Leistungsanspruch gegen den Staat auf eine bestimmte Verbesserung der eigenen Stellung zu entnehmen. Da die Freiheitsrechte des Grundgesetzes durch liberale Grundrechtstheorien geprägt sind, die dem Einzelnen i.S.d. status negativus einen besonderen Schutzbereich als „*Freiheit vom Staat*“²⁷²⁸ einräumen, schützen sie vielmehr den Erhalt der gegenwärtigen Rechtsstellung. Diese Rechte können nicht in konkrete Leistungsansprüche des Bürgers uminterpretiert werden, durch die eine Verbesserung seiner Rechtsstellung geschützt bzw. garantiert werden würde.

Anders als die auf einfach-rechtlicher Ebene begründeten Leistungsansprüche sind die Freiheitsgrundrechte daher nicht auf die Veränderung hin zu einer zukünftigen Rechtsstellung durch den Staat ausgerichtet. Ihr liberaler Rechtscharakter schlägt sich auch in der Reichweite ihrer Restitution nieder. Ein anderes Ergebnis ist nur in den Fällen denkbar, in denen dem Grundrecht ein Rechtsgehalt zugesprochen wird, der über die Einräumung eines bloßen Anspruchs auf Unterlassen hinausgeht.

(etwa: BVerwG, Urt. v. 18.4.2002 – 2 C 19/01 = NVwZ-RR 2002, 620, 620 f. – „*Als Grundlage für das mit der Klage verfolgte Begehren kommt ein verschuldensunabhängiger Folgenbeseitigungsanspruch [...] nicht in Betracht [...]. Ein solcher Anspruch ist auf die Wiederherstellung des durch einen rechtswidrigen hoheitlichen Eingriff veränderten rechtmäßigen Zustandes gerichtet, der im Zeitpunkt des Eingriffs bestanden hat. Zu einem darüber hinausgehenden Erfolg kann er nicht führen [...]. Das Unterlassen der Beförderung ist kein staatlicher Eingriff, und mit dem geltend gemachten Anspruch soll nicht der frühere Status quo wiederhergestellt, sondern eine Veränderung herbeigeführt werden.*“; BVerwG, Urt. v. 26.10.1967 – II C 22/65 = DVBl. 1968, 641, 644; Schmidt-De Caluwe, S. 276; offengelassen: Papier, DÖV 1972, 845, 847, 851; a.A.: VGH Hessen, Urt. v. 9.9.1971 – V OE 1/71 = ZfSH 1972, 90; Haueisen, DVBl. 1973, 739, 741; Olbertz, S. 174). Durch eine Begrenzung der Folgenbeseitigungspflicht auf die Beeinträchtigung von Unterlassungsansprüchen könnte der Folgenbeseitigungsanspruch in den Fällen unverändert anwendbar bleiben, in denen seine Ausgestaltung auf die Problemlage passt und als gesichert gilt.

²⁷²⁶ Vgl. dazu auch: Schmidt-De Caluwe, S. 276 ff.

²⁷²⁷ Vgl. ausführlich hierzu: Kap. 2 B.II.3.a.bb. (3) (aa).

²⁷²⁸ Jarass, in: Merten/Papier [Hg.], HbdGR, Bd. II, § 38, Rn. 16; vgl. allgemein zu der Unterscheidung der Freiheit vor dem Staat und Freiheit durch den Staat: Hesse, in: Benda/Maihofer/Vogel [Hg.], HbVerfR, § 5, Rn. 27; Aulehner, Grundrechte und Gesetzgebung, S. 129 m.w.N.; Kloepfer, VerfR II, § 48, Rn. 3 f., 13.

Deshalb muss in Bezug auf den Herstellungs- und Folgenbeseitigungsanspruch von zwei Restitutionsansprüchen ausgegangen werden, die sich materiellrechtlich unterscheiden. Die Ansprüche verbindet die Grundannahme, dass aus der Beeinträchtigung eines subjektiven Primärrechts ein sekundärrechtlicher Restitutionsanspruch entstehen kann, der den Rechtsgehalt dieses subjektiven Rechts auf den Verletzungsfall anpasst und eine Korrektur bewirkt, wenn diese Korrektur nicht (rechtlich) ausgeschlossen ist. Es handelt sich jedoch nicht um Einzelausprägungen eines einheitlichen Grundrestitutionsanspruchs (unter verschiedenen Bezeichnungen), sondern um zwei eigenständige Ansprüche auf Restitution, deren Einschlägigkeit jeweils anhand ihrer eigenen Voraussetzungen zu überprüfen ist. Herstellungs- und Folgenbeseitigungsanspruch sind nicht derselbe Anspruch, der aus derselben Begründung folgt (wobei dieselbe Wertung von den Befürwortern des anderen Anspruchs fehlerhaft zu extensiv oder restriktiv interpretiert wird), sondern zwei verschiedene Ansprüche, die unterschiedlichen normativen Wertungen geschuldet sind.

Eine Folgenbeseitigung ist daher keineswegs bereits als „*Minus*“ in einer Herstellung mitenthalten; ein Bürger, der keine Herstellung verlangen kann, kann nicht bereits im Umkehrschluss zumindest Folgenbeseitigung geltend machen. Derjenige, der einen Anspruch auf Folgenbeseitigung hat, muss für einen Herstellungsanspruch nicht nur ein „*Mehr*“ an Belastung geltend machen. Eine Berechtigung zur Folgenbeseitigung oder Herstellung ist eigens anhand der jeweils entwickelten Voraussetzungen zu überprüfen.

(8) *Zwischenergebnis*

Aus der Ableitung des Folgenbeseitigungsanspruchs ergibt sich kein überzeugendes Argument für den allgemeinen Ausschluss eines verwaltungsrechtlichen Herstellungsanspruchs. Die Feststellung, welche Restitution rechtlich zulässig/ausgeschlossen ist, kann nicht losgelöst vom jeweiligen Fachrecht gewonnen werden. Eine absolute Vorentscheidung zugunsten einer bloßen Wiederherstellung des status quo ante – die zudem im Ergebnis seltener von einer Herstellung abweicht als allgemein angenommen – existiert nicht.²⁷²⁹

Wer den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch daher mit dem Hinweis auf die „*rechtsdogmatische Anklagebank*“ setzt, dass eine Reaktion auf staatliches Fehlverhalten nur im Sinne eines Folgenbeseitigungsanspruchs als Wiederherstellung des status quo ante möglich sei, übersieht, dass auch dieser Anspruch

²⁷²⁹ Vgl. Grzeszick, Rechte und Ansprüche, S. 475.

auf einem – zurückhaltend formuliert – zumindest ähnlich wackeligen rechtsdogmatischem Fundament beruht. Man könnte sogar weitergehend die Behauptung aufstellen, dass ein Anspruch, der tatsächlich gesetzlich kodifizierten subjektiven Rechten noch zur ihrer Durchsetzung verhilft (bzw. diese in ihren rechtlichen Wirkungen herstellt) mehr rechtliche Ansatzpunkte im geltenden Recht vorweisen kann als die Konstruktion eines neuen Anspruchs auf Folgenbeseitigung, der als eigenständiger Anspruch (auch in seinen Einzelfragen) aus den inhaltlich sehr weit gefassten Prinzipien abgeleitet werden soll. Ob ein solcher Vorwurf gegen den Folgenbeseitigungsanspruch seinerseits im Ergebnis zutreffend ist, soll im Rahmen dieser Darstellung nicht weiter vertieft werden. Fest steht allerdings, dass die Ausgestaltung eines Restitutionsanspruchs für staatliches Fehlverhalten nicht zwingend in der restriktivsten Form eines Folgenbeseitigungsanspruchs erfolgen muss. Abschließend kann der Einschätzung *Ladages* zugestimmt werden, dass der Herstellungsanspruch als „*Reaktion auf die Verletzung der Betreuungspflicht genauso oder genauso wenig zwingend logisch ist wie die Ableitung des Folgenbeseitigungsanspruchs als Instrument zur Sicherung der Freiheitsgrundrechte vor rechtswidrigen staatlichen Eingriffen.*“²⁷³⁰

bb) Die Gedanken zur Folgenbeseitigungslast schließen einen Herstellungsanspruch aus?

Die maßgeblich von *Weyreuther* entwickelte Folgenbeseitigungslast bezieht sich u.a. auf hoheitliche Leistungsrechtsverletzungen. Die Möglichkeit der Erfüllung eines Leistungsbegehrens sei dabei mit dem Leistungsanspruch (restitutionsunfähig) untergegangen, weshalb es nur dann zu einer eigenen Form der Folgenbeseitigung komme, falls eine andere Vorschrift der Verwaltung durch Ermessen die Möglichkeit der Restitution (neu) eröffne.²⁷³¹

Wenn die Folgenbeseitigungslast zunächst voraussetzt, dass eine Leistungsgewährung unmöglich geworden ist, darf diese rechtliche Unmöglichkeit aber nicht mit einer Nichterfüllung der gesetzlichen Wortlautvoraussetzungen gleichgesetzt werden. Falls die Auslegung des Fachrechts ergibt, dass eine Erfüllung weiterhin rechtlich gefordert ist, ergibt sich die Leistungsberechtigung

²⁷³⁰ *Ladage*, S. 75; vgl. auch: *Spanner*, DVBl. 1968, 618, 620; *Ericksen*, VerwArch. 63 [1972], 221 f.

²⁷³¹ Etwa: *Weyreuther*, Gutachten, B 106 ff.; *Grzeszick*, in: *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, StHR, Rn. 49; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 148 f.; *Wallerath*, DÖV 1987, 505, 511; *Olbertz*, S. 188 f.; ausführlich zur Folgenbeseitigungslast: *Ivo*, Folgenbeseitigungslast.

nicht erst in Verbindung mit einer Ermessensvorschrift. Eine solche fachrechtliche Zulässigkeit der Leistung ist insbesondere über das Kriterium des „*an sich zulässigen*“ Amtshandelns eine Voraussetzung jedes Herstellungsanspruchs. Der Herstellungsanspruch, der von der Möglichkeit einer Restitution ausgeht, beruht deshalb auf anderen Erwägungen als die Folgenbeseitigungslast, die von einer fachrechtlichen Unmöglichkeit der Restitution ausgeht. Lediglich für den Fall, dass bereits der Eintritt eines sozialrechtlichen Nachteils im Ermessen eines Verwaltungsträgers steht, ist übereinstimmend mit der Rechtsprechung ein Vorrang der sog. Folgenbeseitigungslast anzunehmen, weil dann das vorausgegangene hoheitliche Fehlverhalten bereits ausreichend in der Ermessensentscheidung berücksichtigt werden kann.²⁷³²

cc) Naturalrestitutionspflicht nur bei Verschulden im Rahmen von verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen?

Teilweise wird eine verwaltungsrechtliche Verallgemeinerung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs abgelehnt, weil dessen Rechtsfolge (Naturalrestitution) nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen der Haftung aus verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen zulässig sei.²⁷³³ Insbesondere die hieraus folgende Beschränkung der Haftung auf verschuldete Pflichtverletzungen²⁷³⁴ sei nicht überwindbar, sondern „*als systemimmanent zu begrüßen*.“²⁷³⁵ Dies wirft die Frage auf, welches System genau ein zusätzliches Verschuldens Erfordernis für den Eintritt der Rechtsfolge des Herstellungsanspruchs notwendig erscheinen lässt.

Das allgemeine System des Staatshaftungsrechts an sich kann jedenfalls nicht gemeint sein. Dieses historisch gewachsene Nebeneinander verschiedener Ansprüche, die zudem teilweise von den Verwaltungsgerichten und Zivilgerichten zu unterschiedlichen Zeiten entwickelt wurden, ist kaum trennscharf aufeinander abgestimmt und nur noch aus seinen geschichtlichen Hintergründen zu erklären.²⁷³⁶ Statt eines geschlossenen, in sich stimmigen Systems muss

²⁷³² Vgl. BSG, Urt. v. 22.10.1996 – 13 RJ 17/96 = BSGE 79, 177, 179 ff.; BSG, Urt. v. 12.12.2007 – B 12 AL 1/06 R = BSGE 99, 271, 274.

²⁷³³ So wohl: *Kemmler*, JA 2005, 908, 910.

²⁷³⁴ Etwa: *Simons*, Leistungsstörungen, S. 147 ff., 168 ff.; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 440; *Wienhues*, in: *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, StHR, Rn. 232; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 87; *Maurer*, AllgVerwR, § 29, Rn. 6; *Durner*, JuS 2005, 900, 904; *Papier*, in: *Maunz/Dürig*, 73. EGL., Art. 34 GG, Rn. 71.

²⁷³⁵ *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 59 f.

²⁷³⁶ Vgl. *Dürig*, in: *Maunz/Dürig*, 73. EGL., Art. 3 GG, Rn. 60; *Grzeszick*, in: *Erichsen/Ehlers* [Hg.], AllgVerwR, § 43, Rn. 3 f.; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 2 f.; *Höfling*, in:

vielmehr von einem „*Chaos des Staatshaftungsrechts*“²⁷³⁷ ausgegangen werden, das lediglich verschiedene rechtswissenschaftliche Systematisierungsversuche erfahren hat. Diese bisherigen rechtswissenschaftlichen Gruppenbildungen verschiedener Ansprüche (bspw. Schadensersatz-, Entschädigungs-, Restitutions- und Erstattungsansprüche), in die sich der Herstellungsanspruch ggf. nicht mehr bruchlos einfügen lässt, sind allerdings kein eigenständiges rechtsdogmatisches Argument.

Dass gerade dem Verschuldenserfordernis bzgl. der Korrektur staatlichen Fehlverhaltens eine besondere allgemeine Bedeutung zukommen soll, wird zudem durch die tatsächliche Ausgestaltung zahlreicher Einzelansprüche widerlegt. Auf der Ebene des Grundgesetzes ist keine Vorentscheidung bzgl. verschuldensabhängiger oder -unabhängiger Staatshaftung erkennbar;²⁷³⁸ Art. 34 GG garantiert nur den rechtsstaatlichen Mindeststandard einer Staatshaftung für verschuldete Amtspflichtverletzungen eines Staatsdieners.²⁷³⁹ Auf europarechtlicher Ebene erfordern die gemeinschaftsrechtlichen Haftungsansprüche kein Verschulden für die Begründung einer staatlichen Einstandspflicht für bestimmte Formen des Fehlverhaltens mit Bezug zum Europarecht.²⁷⁴⁰ Unter den unregulierten Ansprüchen des deutschen Staatshaftungsrechts, die das Recht der Amtshaftung (§ 839 BGB, Art. 34 GG) – und ggf. landesrechtliche Staatshaftungsgesetze²⁷⁴¹ – ergänzen, setzt kein anderer Anspruch staatliches Verschulden voraus. Unter den unregulierten Ansprüchen des Staatshaftungsrechts stellt vielmehr die verschuldensabhängige Haftung aus verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen den absoluten Ausnahmefall dar. Schließlich sei sogar für das amtshaftungsrechtliche Verschuldenserfordernis aus § 839 BGB eine sehr restriktive Handhabung notwendig, weil eine unmodifizierte Verschuldenshaf-

Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle [Hg.], GrdVwR, Bd. III, § 51, Rn. 2; offengelassen: *Meysen*, Verwaltungsrechtsverhältnis, S. 47 f.; a.A. wohl: *Haas*, Entschädigungspflichten, S. 19 ff., 68.

²⁷³⁷ *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 2 f.

²⁷³⁸ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 27.12.2005 – 1 BvR 1359/05 = NJW 2006, 1580, 1580; BVerfG, Urt. v. 19.10.1982 – 2 BvF 1/81 = BVerfGE 61, 149, 198 f.; BVerfG, Beschl. v. 20.11.1997 – 1 BvR 2068/93 = NVwZ 1998, 271, 272.

²⁷³⁹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 20.11.1997 – 1 BvR 2068/93 = NVwZ 1998, 271, 272.

²⁷⁴⁰ Vgl. ausführlich zu diesen europarechtlichen Ansprüchen allgemein und Verschulden: *Grzeszick/Baldus*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 278 ff., 573 ff. (584); *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 47, Rn. 1 ff.; *Frenz/Götzkes*, EuR 2009, 622 ff.

²⁷⁴¹ Selbst die landesrechtlichen Staatshaftungsgesetze in Mecklenburg-Vorpommern, Brandenburg und Thüringen regeln verschuldensunabhängige Schadensersatzansprüche des Bürgers gegen den Staat.

tung den Staat unbillig privilegieren.²⁷⁴² Durch die Einschränkungen des Verschuldenserfordernisses (objektivierte Fahrlässigkeitsbegriff, Organisationsverschulden und „prima facie“-Beweis) nähert sich sogar der Amtshaftungsanspruch immer mehr einer verschuldensunabhängigen Haftung an.²⁷⁴³ Ob dieser Umstand damit zusammenhängt, dass erst ein Verschuldenserfordernis die umfassende Schadensersatzpflicht eines Privatrechtssubjektes verhältnismäßig rechtfertigt (und daher nicht auf staatliche Haftungspflichten passt),²⁷⁴⁴ braucht hier nicht näher untersucht zu werden. Deutlich ist, dass staatliche Korrekturpflichten für hoheitliches Fehlverhalten allgemein nicht durch Verschuldenserfordernisse geprägt sind.

Möglich erscheint es hingegen, dass aber zumindest hinsichtlich der besonderen Rechtsfolge einer Naturalrestitutionspflicht eine einfach-rechtliche Grundentscheidung zugunsten einer ausschließlich verschuldensabhängigen Haftung besteht. Eine solche Grundentscheidung könnte dann durch einen verschuldensunabhängigen Herstellungsanspruch unterlaufen werden, wenn dieser Anspruch ebenfalls eine Naturalrestitutionspflicht begründet. In diesem Sinne könnte ein Ausschluss des Herstellungsanspruchs „*systemimmanent*“ sein.²⁷⁴⁵ Tatsächlich wurde bereits für die Haftung aus verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen herausgearbeitet, dass das deutsche Recht eine solche Grundentscheidung in der Gestalt trifft, dass zumindest Schadensersatz i.S.d. §§ 249 ff. BGB – einschließlich der Naturalrestitutionspflicht aus § 249 I BGB – eine verschuldete Pflichtverletzung voraussetzt.²⁷⁴⁶ Diese Grundentscheidung kann nicht zugunsten der Anwendung der §§ 249 ff. BGB auf öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse leichtfertig übersprungen werden, weil dann die wertungs-

²⁷⁴² *Bonk*, in: Sachs [Hg.], Art. 34 GG, Rn. 83.

²⁷⁴³ Vgl. *Papier*, in: MüKo BGB, § 839 BGB, Rn. 283 m.w.N.; *Bonk*, in: Sachs [Hg.], Art. 34 GG, Rn. 84; *Durner*, JuS 2005, 793, 796; *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], Allg-VerwR, § 44, Rn. 28 f.; *Schmidt-De Caluwe*, S. 256 f., 261; *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 404 f.; *von Koch*, NZS 1998, 167, 170; für die Bedeutung des Verschuldenserfordernisses zwischen pflichtwidrigen Unterlassen und Handlungen differenzierend: *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 390 f.

²⁷⁴⁴ In diese Richtung gehend: *Looschelders*, SchuldR BT, Rn. 1168.

²⁷⁴⁵ Insbesondere *Schleeh* geht von einer untrennbaren Verbindung von Verschulden und Naturalrestitution aus. So zerfalle der Folgenbeseitigungsanspruch in zwei Unterfälle: den negatorischen verschuldensunabhängigen Beseitigungsanspruch, der nur eine Wiederherstellung des *status quo ante* ermögliche, und den verschuldensabhängigen deliktischen Beseitigungsanspruch, der eine vollständige Naturalrestitution gewähre (vgl. *Schleeh*, AöR 92 [1967], 58, 94). Auch wenn sich diese Einzelvorstellung so nicht durchgesetzt hat, illustriert sie die Grundannahme, dass im deutschen Recht eine Wertentscheidung bestünde, dass Naturalrestitution nur bei verschuldeten Pflichtverletzungen geschuldet sei.

²⁷⁴⁶ Vgl. Kap. 1 E.II.2.c.bb.

mäßige Vergleichbarkeit beider Fälle nicht länger gegeben ist. Vielmehr wird dann lediglich eine als passend erachtete Rechtsfolge losgelöst von ihrer Regelung auf andere Fälle übertragen, die der Rechtsanwender auch in diesem Sinne gelöst sehen möchte. *Schochs* Vorwurf, dass beim Herstellungsanspruch „*das (rechts)politische Gewünschte mit dem rechtlich Machbaren*“²⁷⁴⁷ verwechselt werde, wäre dann nicht zu entkräften.²⁷⁴⁸

Eine solche Argumentation setzt allerdings voraus, dass die Rechtsfolge des Herstellungsanspruchs tatsächlich Schadensersatz i.S.d. §§ 249 ff. BGB darstellt.²⁷⁴⁹ Trotz der teilweisen Bezugnahme auf § 249 I BGB,²⁷⁵⁰ handelt es sich

²⁷⁴⁷ *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 64.

²⁷⁴⁸ Ein Versuch, die wertungsmäßige Vergleichbarkeit des Herstellungsanspruchs mit den zivilrechtlichen Fällen der Gefährdungshaftung (bspw. § 834 S. 1 BGB, §§ 7, 18 StVG, §§ 1, 2 HaftpflG, § 1 ProdHaftG, §§ 25 ff. AtomG) herauszuarbeiten, die ausnahmsweise für unverschuldete Verletzungen den Anwendungsbereich der §§ 249 ff. BGB eröffnen, ist bislang weder unternommen worden, noch erscheint ein solches Vorhaben sonderlich erfolgsversprechend. Literarisch oder philosophisch lässt der Staat ohne weiteres mit einem Tier (§ 834 S. 1 BGB), einem fehlerhaften Produkt (§ 1 ProdHaftG) oder einem Unfallwagen (§§ 7, 18 StVG) vergleichen – ausgehend von rechtlichen Wertungen erscheint ein solcher Vergleich bzgl. konkreter rechtlicher Schlussfolgerungen jedoch wenig weiterführend.

²⁷⁴⁹ Die zahlreichen Einlassungen des BSG dazu, dass der Herstellungsanspruch kein Schadensersatzanspruch sei, weil er auf ein Amtshandeln gerichtet ist und nicht auf Geldersatz (BSG, Urt. v. 18.12.1975 – 12 RJ 88/75 = BSGE 41, 126, 127 f.; BSG, Urt. v. 25.3.1976 – 12/7 Rar 145/74 = BSGE 41, 260, 262; BSG, Urt. v. 23.9.1980 – 7 RAR 97/79; BSG, Urt. v. 22.2.1980 – 12 RK 34/79 = BSGE 50, 25, 29; BSG, Urt. v. 18.8.1983 – 11 RA 60/82 = BSGE 55, 261, 262 ff.; BSG, Urt. v. 11.8.1994 – 3 BS 1/93 = SozR 3-1500 § 51 Nr. 13; BSG, Urt. v. 27.1.2000 – B 12 KR 10/99 R = SozR 3-2400 § 28h Nr. 11), führen im Zusammenhang mit der Haftung aus verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen nicht weiter. Anders als für den Amtshaftungsanspruch (§ 839 BGB, Art. 34 GG), für den diese Abgrenzungsformeln entwickelt worden sind, ist ein Schadensersatzanspruch aus verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen nämlich nicht von vorneherein auf Geldersatz beschränkt. Eine Naturalrestitution durch Amtshandeln analog § 249 I BGB ist möglich (BVerwG, Urt. v. 24.8.1961 – II C 165/59 = BVerwGE 13, 17, 23 f.; BVerwG, Urt. v. 11.4.1975 – I WB 3/74 = BVerwGE 53, 12, 21; Bayerischer VGH, Urt. v. 19.12.1960 – 104 III 59 = BayVBl. 1961, 90, 91; VGH Hessen, Urt. v. 22.10.1959 – OS V 210/57 = DVBl. 1960, 328, 329; VGH Hessen, Urt. v. 27.2.1974 – I OE 128/72 = ZBR 1974, 261, 263; *Meysen*, Verwaltungsrechtsverhältnis, S. 243 f.; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 405; *ders.*, NJW 2000, 2945, 2952; *Maurer*, AllgVerwR, § 29, Rn. 8; *Grzeszick*, in: *Erichsen/Ehlers* [Hg.], AllgVerwR, § 46, Rn. 18; *Papier*, in: *Maunz/Dürig*, 73. EGL., Art. 34 GG, Rn. 71; *ders.*, Forderungsverletzung, S. 116; *Durner*, JuS 2005, 900, 904; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 94 f.), so dass sich die Abgrenzungsfrage in diesem Zusammenhang anders stellt. Dabei zählt eine Naturalrestitutionsverpflichtung unbestritten zum Schadensersatz; sie ist sogar nach § 249 I BGB der Grundfall und Ausgangspunkt jedes (zivilrechtlichen) Schadensersatzverlangens.

²⁷⁵⁰ Etwa: *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 390; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 609.

bei einer Herstellung nicht um Schadensersatz i.S.d. § 249 I BGB.²⁷⁵¹ Ein Herstellungsanspruch dient nämlich nicht einer vollumfänglichen Korrektur weiterer rechtlicher oder tatsächlicher Schäden analog §§ 280 ff., 249 I BGB als Sanktion einer vorwerfbaren Pflichtverletzung, sondern der eingeschränkten Korrektur ungerechtfertigter Rechtsnachteile und damit der Durchsetzung eines rechtlich (noch) geforderten Rechtszustandes.²⁷⁵² Ein Sanktionscharakter ist dem Herstellungsanspruch fremd, der allein auf das (nachträgliche) Erreichen des gesetzlichen Regelungszweckes abzielt.²⁷⁵³ Nur weil dieser rechtlich geforderte Zustand oftmals einen dynamischen Zukunftsbezug aufweist,²⁷⁵⁴ erfolgt die Korrektur ausgehend von dem Zustand, der heute ohne das Fehlverhalten bestünde. Der Anwendungsbereich einer sozialrechtlichen Naturalrestitution überschneidet sich deshalb allenfalls – wie auch beim Folgenbeseitigungsanspruch²⁷⁵⁵ in noch geringem Maße – mit einer zivilrechtlichen Naturalrestitution nach § 249 I BGB und beruht auf anderen normativen Erwägungen. Der Herstellungsanspruch bezieht sich „*allein auf die Korrektur eines fehlerhaften Verwaltungshandelns, mit der die Erfüllung des ursprünglichen, lediglich auf der Zeitachse verschobenen Leistungsziels ermöglicht werden soll.*“²⁷⁵⁶ Der Anwendungsbereich des Herstellungsanspruchs ist damit bewusst enger als der eines auf vollständigen Ersatz gerichteten verwaltungsrechtlichen Schadensersatzanspruchs. „*Den geringeren Anspruchsvoraussetzungen korrespondiert idealtypisch ein geringerer Anspruchsinhalt.*“²⁷⁵⁷ Der Umstand, dass das BSG diese Grenze in der Vergangenheit vereinzelt auch in unzulässiger Weise für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch überschritten haben mag, ändert nichts daran, dass im Grundsatz ein zulässiger eingeschränkter Anwendungsbereich für einen Herstellungsanspruch neben der vollumfänglichen Korrektur durch Schadensersatz analog §§ 249 ff. BGB verbleibt.²⁷⁵⁸

²⁷⁵¹ Kritisch zu einer Bezugnahme auf § 249 I BGB daher auch: *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 11.

²⁷⁵² *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 11; *Pietzner*, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 93, 95.

²⁷⁵³ Vgl. BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 94; *Kreßel*, S. 299; *Olbertz*, S. 25 f.; *Bieback*, SGB 1986, 36, 37; *Adolf*, Herstellungsanspruch, S. 221 f.; *Gagel*, SGB 2000, 517, 520; *Rixen*, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 12; *Fichte*, in: Erlenkämper/Fichte [Hg.], SozR, II 7 Rn. 17.

²⁷⁵⁴ Vgl. *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 411 f.

²⁷⁵⁵ Vgl. *Weyreuther*, Gutachten, B 20; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VwR I, § 52 Rn. 28.

²⁷⁵⁶ *Schmitz*, ZfSH/SGB 2006, 393, 395.

²⁷⁵⁷ *Pietzner*, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 93, 95.

²⁷⁵⁸ Als Abgrenzungsformel mag das Bild dienen, dass der Bürger über einen eingeschränkteren Herstellungsanspruch nur den nachträglichen Erhalt derselben Leistung erreichen kann (bspw. eine Rentenzahlung), über den Schadensersatzanspruch allerdings – be-

Ein Verschuldenserfordernis ist daher auch nicht einer Vergleichbarkeit zu den zivilrechtlichen/öffentlich-rechtlichen Schadensersatzpflichten als „systemimmanent“ geschuldet. Die insbesondere von *Schoch* abgelehnte²⁷⁵⁹ Unterscheidung von „*echtem*“ und „*unechtem Schadensersatz*“²⁷⁶⁰ ist für den Herstellungsanspruch materiell-rechtlich tatsächlich zutreffend.

Insofern sind die Rechtsfolgen des Herstellungsanspruchs eher einem Einwand analog §§ 242, 162 BGB vergleichbar (je nach Verständnis geht er sogar in diesem auf) als einem Schadensersatzanspruch nach §§ 280 ff., 249 ff. BGB. Für eine materiell-rechtliche Unterscheidung und ein Nebeneinander beider Rechtsinstitute spricht dabei auch die Tatsache, dass der Einwand analog §§ 242, 162 BGB nicht nur im Verwaltungsrecht *nicht* durch die Haftung aus verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen ausgeschlossen ist, sondern selbst im Zivilrecht eine Begründung/das Aufrechterhalten von treuwidrig vereitelten Leistungsansprüchen nicht dem Schadensersatzrecht zugeordnet wird. So sollen bei einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten die Rechte/Ansprüche für das Rechtssubjekt über §§ 242, 162 BGB entstehen (bzw. fehlende Voraussetzungen ersetzt werden), die ohne das treuwidrige Verhalten entstanden wären,²⁷⁶¹ obwohl die §§ 242, 162 BGB nach herrschender Ansicht gerade keine Schadensersatz-, Beseitigungs- oder Unterlassungsansprüche begründen können.²⁷⁶² Ein Herstellungsanspruch geht – nach dem hier vertretenen Verständnis – über diese Wirkungen nicht hinaus; er verpflichtet nicht zu einer Naturalrestitution i.S.d. § 249 I BGB.²⁷⁶³

Eine rechtliche allgemeine Grundentscheidung, nach der die Rechtsfolge des Herstellungsanspruchs nur bei verschuldeten Pflichtverletzungen bzw. nach den Grundsätzen der Haftung aus verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen widerspruchsfrei für das allgemeine Verwaltungsrecht begründbar wäre, ist nicht gegeben. Aufgrund der unterschiedlichen Rechtsfolgen des (engeren) Herstellungsanspruchs und einer (weitergehenden) Haftung analog §§ 280 ff., 249 ff.

schränkt durch den Schutzzweck des verletzten Rechts – grds. (auch) sämtliche nachteilige Folgepositionen hin zu einer vollumfänglichen Restitution (z.B. der Verlust von Einnahmen aus dem Weiterverkauf eines Hauses, dass sich der Bürger von den Rentenzahlungen erst gekauft hätte).

²⁷⁵⁹ *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 60, Fn. 368; vgl. auch: *Bender*, StHR, Rn. 452 ff.

²⁷⁶⁰ Etwa: BSG, Urt. v. 12.12.1984 – 7 RAr 74/83 = SozR 4100 § 56 Nr. 18 („*Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch ist kein echter Schadensersatzanspruch. Er kann somit nicht dazu führen, daß ein eingetretener Schaden durch Zusprechung von besonderen Vergünstigungen kompensiert wird. Vielmehr erschöpft er sich in der Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes.*“); BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 78; BSG, Urt. v. 18.8.1983 – 11 RA 60/82 = BSGE 55, 261, 263; *Adolf*, Herstellungsanspruch, S. 144; *Olbertz*, S. 55 ff., 152; *Gagel*, SGB 2000, 517, 520.

²⁷⁶¹ *Sutschet*, in: BeckOK, § 242 BGB, Rn. 52.

²⁷⁶² Vgl. *Schmidt-Kessel*, in: Prütting/Wegen/Weinreich [Hg.], § 242 BGB, Rn. 35; *Sutschet*, in: BeckOK, § 242 BGB, Rn. 53; *Schmidt-De Caluwe*, S. 244 m.w.N.

²⁷⁶³ So auch: *Goertz*, Herstellungsanspruch, S. 11; wohl auch: *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 609.

BGB bleibt für den Herstellungsanspruch ein zulässiger Anwendungsbereich neben einer Haftung aus verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen.

dd) Einrede analog §§ 242, 162 BGB ist ausreichend?

Teilweise wird auch die Auffassung vertreten, dass es keiner Übertragung des Herstellungsanspruchs in das allgemeine Verwaltungsrecht bedürfe, weil der Einwand des *venire contra factum proprium* analog §§ 242, 162 BGB dessen Funktion dort (besser) übernehme.²⁷⁶⁴ Da bereits herausgearbeitet wurde, dass dieselben Ergebnisse, die über den Herstellungsanspruch zulässigerweise erreichbar sind, auch über eine Analogie zu §§ 242, 162 BGB erreicht werden könnten,²⁷⁶⁵ erscheint dieser Einwand auf den ersten Blick tatsächlich als verwaltungsrechtliche Lösungsalternative zum Herstellungsanspruch.

Dass ein Einwand analog §§ 242, 162 BGB keineswegs eine echte Alternative zum Herstellungsanspruchs darstellen kann, liegt jedoch auf der Hand. Diese Generalklausel enthält schließlich keine konkreten Handlungsvorgaben; vielmehr muss anhand der öffentlich-rechtlichen Wertungen herausgearbeitet werden, welche Handlungsweisen treuemäßig bzw. treuwidrig sind. Sofern dabei dieselben Lösungen unter vergleichbaren Voraussetzungen erzielt werden, handelt es sich bei §§ 242, 162 BGB nicht um eine Alternative, sondern lediglich um ein anderes Etikett für dieselbe Sache.²⁷⁶⁶ Die Verbindungen zum Herstel-

²⁷⁶⁴ Etwa: OVG NRW, Urt. v. 14.12.2009 – 12 A 3325/08; VG München, Urt. v. 15.7.2003 – M 5 K 02.4327; *Pietzner/Müller*, *VerwArch.* 85 [1994], 603, 617 ff.; *Grzeszick*, in: *Erichsen/Ehlers* [Hg.], *AllgVerwR.*, § 45, Rn. 139; *Schoch*, *VerwArch.* 79 [1988], 1, 59 ff.; offengelassen: *Krasney*, *ZAP* 1996 [Fach 18], 449, 464; kritisch: *Hattstein*, *Betreuungspflichten*, S. 243 f.

²⁷⁶⁵ Ausführlich hierzu: Kap. 1 E.II.2.d. (2).

²⁷⁶⁶ Vgl. VG Bremen, Urt. v. 29.6.1995 – 2 A 463/93 = *NVwZ-RR* 1996, 272, 273 („*Im Ergebnis führt auch die entsprechende Anwendung der §§ 242, 162 BGB zu der Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn der – durch behördliches Fehlverhalten vereitelte – Sozialleistungsanspruch bei richtiger Auskunft entstanden wäre [...]. § 162 BGB stellt lediglich eine spezielle Ausprägung dieses Grundsatzes dar. [...] Übertragen auf das öffentlichrechtliche Sozialleistungsrecht bedeutet die Anwendung dieses Grundsatzes, daß der Sozialleistungsträger sich nicht auf den Wegfall des Sozialleistungsanspruchs berufen kann, wenn er selber die Entstehung dieses Anspruchs wegen pflichtwidriger Auskunft verhindert hat, hier konkret, wenn die Wohngeldbehörde die von der Stellung eines Antrags abhängigen Wohngeldansprüche dadurch verhindert hat, daß der Wohngeldberechtigte aufgrund einer falschen Auskunft der Wohngeldbehörde von der Stellung des Wohngeldantrags von vornherein abgehalten wurde. Im Ergebnis führt auch die entsprechende Anwendung der §§ 242, 162 BGB zur Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn die falsche Auskunft nicht gegeben, sondern der Wohngeldantrag gestellt und bearbeitet worden wäre.*“).

lungsanspruch haben zumindest die Sozialgerichtsbarkeit dazu gebracht, den Herstellungsanspruch als Weiterentwicklung/Ausformung eines konturlosen Einwandes aus Treu und Glauben zu verstehen.²⁷⁶⁷ Diese Weiterentwicklung lässt den Herstellungsanspruch als die bereits konturiertere und praktisch handhabbarere Rechtsfortbildung erscheinen, als die bloße Berufung auf einen allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben, der diesen Konturierungsprozess erst noch durchlaufen müsste.²⁷⁶⁸ Der Herstellungsanspruch bietet u.a. mit dem Kriterium des „*an sich zulässigen*“ Amtshandeln in erfreulicher Offenheit die Diskussionsmöglichkeit einer Problemstelle, welche bei einer Modifikation des Wortlautergebnisses analog §§ 242, 162 BGB zwar in gleicher Weise auftritt, aber oftmals als Problem stillschweigend übergangen wird.²⁷⁶⁹ Dass der Konkretisierungsprozess für die Bereiche des allgemeinen Verwaltungsrechts noch nicht eine dem Herstellungsanspruch vergleichbare Stufe erreicht hat, mag insbesondere damit zusammenhängen, dass dort die Herstellungsfälle praktisch seltener auftreten.²⁷⁷⁰ Die bereits erreichten Konkretisierungsschritte zurückzuweisen und stattdessen wieder auf die allgemeine Generalklausel zurückzugreifen, ist keine begrüßenswerte Konsequenz, sondern ein engstirniger Rückschritt.²⁷⁷¹

Da die Übernahme eines weiter ausgeformten Rechtsinstitutes in anderen Fällen auch nicht mit dem bloßen Hinweis auf die allgemeine Generalklausel von „*Treu und Glauben*“ abgelehnt haben, erscheint auch eine grds. Übernahme des Herstellungsanspruchs wünschenswert. So konnte sich bspw. der Folgenbeseitigungsanspruch als eigenständiger Sekundäranspruch in Rechtsprechung und Literatur zur Lösung einer bestimmten Problemlage etablieren, obwohl man mit der gleichen Überzeugungskraft behaupten könnte, dass Treu und Glauben in dieser Situation eine Wiederherstellung des status quo ante fordern würden.²⁷⁷²

²⁷⁶⁷ Statt vieler: BSG, Urt. v. 12.10.1979 – 12 RK 47/77 = BSGE 49, 76, 80.

²⁷⁶⁸ So im Ergebnis auch: *Hattstein*, Betreuungspflichten, S. 243 f.

²⁷⁶⁹ Vgl. Kap. 1 E.II.2.d.bb. (3).

²⁷⁷⁰ Zu dieser Einschätzung gelangt auch: *Ladage*, S. 63, 65 f.

²⁷⁷¹ Das in diesem Zusammenhang teilweise gegen eine Übertragung des Herstellungsanspruchs vorgebrachte Argument, dass der Einwand analog §§ 242, 162 BGB dem Herstellungsanspruch sogar überlegen sei, weil er keinen Sekundäranspruch begründe, sondern den ursprünglichen Primäranspruch aufrechterhalte (*Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 621; wohl auch: *Wallerath*, DÖV 1987, 505, 509), ist in der Gegenüberstellung beider Rechtsinstitute bereits als vorschnelle Schlussfolgerung zurückgewiesen worden; vgl. Kap. 1 E.II.2.d. (2).

²⁷⁷² Vgl. historisch m.w.N. zu solchen Ansätzen: *Weyreuther*, Gutachten, B 34.

ee) Zwischenergebnis

Auch den Ableitungen der ungeschriebenen Korrekturmöglichkeiten des Staatshaftungsrechts kann kein generelles Begründungsverbot bzgl. verwaltungsrechtlicher Herstellungsansprüche entnommen werden. Bei einer Übertragung des Herstellungsanspruchs in nichtsozialrechtliche Bereiche des Verwaltungsrechts bietet es sich dabei an, das Verhältnis zu den anderen unregulierten Ansprüchen des Staatshaftungsrechts im Grundsatz so zu bestimmen, wie es im Sozialrecht bereits herausgearbeitet wurde.²⁷⁷³

c) Zwischenergebnis zum allgemeinen Ausschluss eines Herstellungsanspruchs

Die Vorstellung eines generellen verwaltungsrechtlichen Verbotes der Übertragung des Herstellungsgedankens auf nicht-sozialrechtliche Gebiete findet keine Grundlage in den verbindenden Elementen des Verwaltungsrechts. Sofern das BVerwG gegen eine Anwendung eines Herstellungsanspruchs vorbringt, dass *„auf dem Gebiet des allgemeinen Verwaltungsrechts [...] unrechtmäßiges Verwaltungshandeln oder Unterlassen nur im Rahmen zulässigen Verwaltungshandelns ausgeglichen werden“*²⁷⁷⁴ kann, ist diese Vorstellung in ihrer Allgemeinheit unzutreffend. Falls mit dieser Formulierung lediglich – sprachlich unglücklich – gemeint sein sollte, dass zumindest im allgemeinen Verwaltungsrecht nicht von einem allgemeinen Grundsatz zugunsten der Herstellung ausgegangen werden kann,²⁷⁷⁵ ist dieser Vorstellung hingegen zuzustimmen. Auch wenn nicht ersichtlich ist, dass ein allgemeiner verwaltungsrechtlich Herstellungsanspruch rechtlich gefordert wäre, bleibt die Ausbildung einzelner fachrechtsspezifischer Herstellungsansprüche für einzelne Gebiete des (auch nicht-sozialrechtlichen) Verwaltungsrechts möglich.

²⁷⁷³ Vgl. ausführlich zum jeweiligen Verhältnis zu anderen staatshaftungsrechtlichen Ansprüchen: Kap. 1 E.II.2.

²⁷⁷⁴ BVerwG, Urt. v. 24.3.1988 – 3 C 48/86 = BVerwGE 79, 192, 194.

²⁷⁷⁵ Deutlich in diese Richtung gehend: BVerwG, Urt. v. 30.6.2011 – 3 C 36/10 = BVerwGE 140, 103, 107.

4. *Ergebnis: Planwidrigkeit ist abhängig von den Wertungen des jeweiligen Fachrechts*

Es gibt keinen allgemeinen Herstellungsanspruch. Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch ist kein spezieller Ausdruck eines allgemeingültigen Haftungsanspruchs, sondern ein speziell durch das Sozialrecht begründeter Sekundäranspruch. Das Fehlen eines allgemeinen (Grund-) Herstellungsanspruchs bedeutet dabei nicht, dass andere spezielle Rechtsgebiete keinen vergleichbaren Herstellungsanspruch fachrechtlich ausbilden könnten. Es bedeutet lediglich, dass sich für nichtsozialrechtliche Bereiche keine allgemeine Vorentscheidung zugunsten einer Herstellung feststellbar ist. Dem öffentlichen Recht (insbesondere der Verfassung oder dem VwVfG) lässt sich nämlich – entgegen der überwiegenden Ansicht – auch kein allgemeines Verbot/die Unzulässigkeit eines Herstellungsanspruchs entnehmen. Die Unzulässigkeit eines Herstellungsanspruchs folgt auch nicht aus einem Umkehrschluss zu den verwaltungsgerichtlichen Rechtsinstituten des allgemeinen Staatshaftungsrechts.

Die Möglichkeit einer Rechtsfortbildung i.S.d. Herstellungsanspruch hängt demnach mit dem jeweiligen materiellen Fachrecht zusammen und wird auch nur durch dessen Wertungen eröffnet oder verschlossen. Statt eines allgemeinen Herstellungsanspruchs beschreitet die Rechtspraxis mit der Suche nach einem „*finanzrechtlichen Herstellungsanspruch*“²⁷⁷⁶ oder einem „*ausländerrechtlichen Herstellungsanspruch*“²⁷⁷⁷ neben dem „*sozialrechtlichen Herstellungsanspruch*“ den zutreffenden rechtsdogmatischen Weg.²⁷⁷⁸

²⁷⁷⁶ BFH, Urt. v. 24.2.2010 – III R 82/07 = BFH/NV 2010, 1495; FG Hamburg, Urt. v. 6.12.2006 – 5 K 228/05.

²⁷⁷⁷ VG Hamburg, Beschl. v. 12.10.2006 – 10 E 2519/06.

²⁷⁷⁸ So im Ergebnis wohl auch: *Özfirat-Skubinn*, *Beamtenernennungen*, S. 307 f. („*Wie bereits angedeutet verdient der sozialrechtliche Herstellungsanspruch nach mancher Ansicht über das Sozialrecht hinaus Beachtung. Dies soll nach hier vertretener Ansicht in keine generelle Übertragung genau der im Sozialrecht entwickelten Anspruchsstruktur auf alle Gebiete des Verwaltungsverfahrensrechts münden; [...]. Es muss aber möglich sein, in anderen Rechtsgebieten ein vergleichbares eigenständiges Rechtsinstitut zu entwickeln [...]. Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch ist eine rechtsgebietsspezifische Konkretisierung der ihn bedingenden Grundsätze neben anderen möglichen richterrechtlichen Instituten. Er sollte vorstehend als Rechtsfortbildung dieser Art lediglich Modell stehen.*“).

C. Kapitelergebnis

Abseits aller terminologischen Unterschiede stellt der sozialrechtliche Herstellungsanspruch eine richterliche Rechtsfortbildung zur Schließung planwidriger Regelungslücken dar. Die normative Notwendigkeit, die in den Herstellungsfällen offenbar werdende Regelungslücke – zumindest im Wesentlichen – durch die Nachholung des Amtshandelns zu korrigieren, zu dem es ohne das Verwaltungshandeln gekommen wäre, ist bislang nur unbefriedigend beantwortet worden. Zahlreiche Ableitungsversuche setzen zu allgemein oder zu abstrakt an. Insbesondere ist allein aus der Verfassungsebene heraus nicht begründbar, dass eine Korrektur gerade durch dieselben Amtshandlungen geboten wäre. Andere denkbare Lösungsalternativen (sogar ein Vorteilsausschluss) sind verfassungsrechtlich oftmals ebenso zulässig. Richtig verstanden lässt die Verfassung damit die Ableitung eines Herstellungsanspruchs offen.

Dies bedeutet allerdings nicht, dass eine Herstellung nicht einfach-rechtlich notwendig sein kann, um sozialrechtliche Widersprüchlichkeiten zu vermeiden. Es stellt sich insofern die Frage, ob der einfache Gesetzgeber die Herstellungsfrage (inzident) zugunsten eines Herstellungsanspruchs beantwortet hat, die durch die Verfassung offengelassen wurde. Hierbei wird der allgemeine Rahmen wiederum durch verfassungsrechtliche Wertungen abgesteckt. So folgt aus der verwaltungsrechtlichen Gesetzbindung (Art. 20 III GG), dass es einem Verwaltungsträger nicht möglich sein kann, durch die eigenständige rechtswidrige Manipulation von äußeren Umständen eine Regelung zu bestimmen, die in der Folge auf den Bürger anzuwenden ist. Sofern eine nachteilhafte Regelung auf den Bürger angewandt werden soll, muss daher feststehen, dass der Gesetzgeber mit ihr auch den Fall eines rechtswidrigen Verwaltungsverhaltens erfassen will; erst dadurch findet die (nachteilhafte) Rechtsanwendung durch die Verwaltung eine gesetzliche Grundlage. Aus dem allgemeinen Gleichheitsgebot (Art. 3 I GG) ergibt sich weitergehend, dass auch der Gesetzgeber verpflichtet ist, wesentlich Gleiches ohne sachlichen Unterscheidungsgrund gleich zu behandeln. Sofern der rechtswidrig Behandelte daher im Hinblick auf das einfach-gesetzlich Regelungsziel denjenigen vergleichbar erscheint, die in seiner Situation rechtmäßig behandelt wurden, ist eine entsprechende Angleichung geboten.

Für das Sozialrecht kann aus den allgemeinen Wertungen (insbesondere § 2 II SGB I, § 44 SGB X) das Bestreben des Gesetzgebers abgeleitet werden, eine ungewöhnlich weitgehende Korrektur fehlerhaften Verwaltungshandelns zuzulassen, die auf den Erhalt derselben Leistungen abzielt, die den Bürger ur-

sprünglich erreichen sollten. Sofern ein subjektives (Sozial-) Recht vor dem Eintritt bestimmter sozialrechtlicher Nachteile schützen soll, wäre dieses Recht nur unvollständig interpretiert, wenn es für den Verletzungsfall nicht auch die Beseitigung derselben Nachteile umfassen würde, sofern dies rechtlich zulässig ist. Die Frage nach der Zulässigkeit einer Herstellung bestimmt sich anhand des Kriteriums des „*an sich zulässigen*“ Amtshandelns. Richtig verstanden geht es bei diesem umstrittenen Merkmal um die Frage, ob eine Voraussetzung, die dem ursprünglichen vorteilhaften Amtshandeln mittlerweile entgegensteht, nach dem jeweiligen Regelungszweck im Wege der Herstellung disponibel ist. Davon kann ausgegangen werden, soweit der rechtswidrig Behandelte den Personen (im Hinblick auf die gesetzlichen Regelungsziele) unverändert vergleichbar ist, die nicht fehlerhaft behandelt worden sind und daher direkt die ursprünglichen Amtshandlungen erhalten haben. Ist hingegen der eigentliche Grund entfallen, weswegen der Gesetzgeber den Vorteil gewähren will, ist bei einer Herstellung entgegen dieses Ziels von einem „*an sich unzulässigen*“ Amtshandeln auszugehen. Im Hinblick auf § 2 II SGB I muss sich eine solche Wertung allerdings deutlich aus dem Gesetz hervorgehen. Eine sog. originäre Wirkungsweise der Herstellung überschreitet hingegen die Grenzen zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung.

Für nichtsozialrechtliche Rechtsbereiche können die sozialrechtlichen Wertungen, die den Herstellungsanspruch begründen, nicht allgemein übertragen werden. Vielmehr fehlt es außerhalb des Sozialrechts an einer allgemeinen Wertung zugunsten der normativen Gebotenheit einer Herstellung. Ein allgemeiner Herstellungsanspruch ist nicht begründbar.

Andererseits belegt die Ableitung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs auch die Maßgeblichkeit des jeweiligen (einfach-rechtlichen) Fachrechts. Insofern sind weitere fachrechtliche Herstellungsansprüche neben dem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch grds. denkbar. Den verbindenden allgemeinen Elementen des nichtsozialrechtlichen Verwaltungsrechts kann – entgegen der wohl vorherrschenden Ansicht – keine absolute Unzulässigkeit jedes Herstellungsanspruchs entnommen werden. Weder dem Verfassungsrecht, noch dem Verwaltungsverfahrenrecht oder den anderen Ansprüchen des Staatshaftungsrechts ist ein unbedingtes Verbot der Herstellung zu entnehmen. Die Möglichkeit der Anwendung eines Herstellungsanspruchs wird insofern erst durch das einschlägige Fachrecht letztverbindlich eröffnet oder verschlossen.

3. Kapitel:

Mögliche Anwendungsbereiche eines Herstellungsanspruchs

Aus der rechtsdogmatischen Ableitung des Herstellungsanspruchs ergeben sich wichtige Rückschlüsse zu seinem zulässigen Anwendungsbereich. Dabei wurde herausgearbeitet, dass keine allgemeine rechtliche Vorentscheidung existiert, nach der jede Pflichtverletzung eines Verwaltungsträgers durch Herstellung des Zustandes zu korrigieren wäre, der heute ohne die Rechtsverletzung bestehen würde. Insofern konnte weder ein zivilrechtlicher noch ein allgemeiner verwaltungsrechtlicher Herstellungsanspruch bestätigt werden. Der Herstellungsanspruch ist deshalb keine allgemeine Rechtsfigur des Staatshaftungsrechts.

Gleichzeitig lässt sich aber auch kein allgemeines Verbot der Begründung besonderer, bereichsspezifischer Herstellungsansprüche für nichtsozialrechtliche Bereiche feststellen. Die Entscheidung über die rechtliche Notwendigkeit/Zulässigkeit eines Herstellungsanspruchs muss durch Auslegung des jeweiligen Fachrechts für den Einzelfall ermittelt werden. Für das Sozialrecht konnte festgestellt werden, dass die allgemeinen sozialrechtlichen Wertungen des SGB I und SGB X die Annahme eines allgemeinen *sozialrechtlichen* Herstellungsanspruchs rechtfertigen. Dieser Anspruch ist ein eigenständiges Ergebnis sozialrechtlicher Rechtsfortbildung und keine Sonderform eines entsprechenden allgemeinen – verwaltungsrechtlichen – Anspruchs auf Herstellung.

Da dieses Ergebnis allerdings nicht ausschließt, dass andere/vergleichbare fachrechtliche Sonderformen existieren können (bspw. ein beamten-, schul-, studien-, finanz- oder ausländerrechtlicher Herstellungsanspruch, etc.), soll die Untersuchung nicht bei dem unbefriedigenden Ergebnis stehenbleiben, dass ein allgemeiner Anspruch auf Herstellung nicht besteht, während spezielle Herstellungsansprüche möglich bleiben, zu deren Anwendungsbereichen keine Äußerung erfolgt. Im Folgenden werden daher mögliche Anwendungsbereiche des Herstellungsanspruchs untersucht. Da die Begründung eines Herstellungsanspruchs immer abhängig von den jeweiligen Regelungen des Fachrechts ist, die ggf. im Einzelfall modifiziert werden sollen, muss sich eine solche Untersuchung auf einen allgemeinen und exemplarischen Überblick beschränken, durch den grundsätzliche Leitlinien für die Anwendung eines Herstellungsanspruchs deutlich werden sollen.

A. Anwendungsbereiche im sog. formellen Sozialrecht (§ 68 SGB I)

Zunächst soll der Anwendungsbereich für das Sozialrecht weiter untersucht werden. Wie bereits dargestellt wurde, handelt es sich bei der Bezeichnung als „sozialrechtlicher“ Herstellungsanspruch im Hinblick auf die Rechtsprechungspraxis bisher um einen Euphemismus.²⁷⁷⁹ Da die allgemeinen Verwaltungsgerichte eine Anwendung des Herstellungsanspruchs auch für die Sozialrechtsgebiete überwiegend ablehnen, die ihnen zur Entscheidung zugewiesen sind, wäre die Bezeichnung „sozialgerichtlicher“ Herstellungsanspruch treffender.²⁷⁸⁰ Das BVerwG scheint in dieser Frage allerdings einen Sinneswandel zu vollziehen. 2011 wurde eine Falllösung erstmals ausdrücklich (nur) auf den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch gestützt.²⁷⁸¹ Obwohl die frühere Rechtsprechung des Gerichts zum Herstellungsanspruch ausnahmslos im Sinne der Ablehnung eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs interpretiert wurde,²⁷⁸² besteht das Gericht inzwischen darauf, dass der Herstellungsanspruch bei einer Anwendung auf Sozialleistungsansprüche keinen „prinzipiellen Einwänden“²⁷⁸³ ausgesetzt sei. Der Herstellungsanspruch sei vielmehr immer „schon dort zumindest in Betracht gezogen worden, wo Pflichtverletzungen in einem sozialrechtlich geprägten Verwaltungsverfahren durch Naturalrestitution auszugleichen sind und keine Spezialregelungen bestehen“²⁷⁸⁴.

Wegen dieser grundsätzlichen Billigung durch das BVerwG ist zumindest für das Sozialrecht langfristig von einer Aufgabe der ablehnenden Haltung der allgemeinen Verwaltungsgerichte bzgl. des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs auszugehen. Ob diese Einschätzung der sozialrechtlichen Rechtslage durch das BVerwG allerdings überhaupt rechtlich zutreffend ist, sollen die folgenden Ausführungen klären.

²⁷⁷⁹ Krasney, in: FS für Walter Schwarz, S. 383, 387.

²⁷⁸⁰ Vgl. Kreikebohm/von Koch, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6 Rn. 99; Ossenbühl/Cornils, StHR, S. 393; Ebsen, DVBl. 1987, 389, 395; Pietzner/Müller, VerwArch. 85 [1994], 603, 605; Schmidt-De Caluwe, S. 142.

²⁷⁸¹ BVerwG, Urt. v. 30.6.2011 – 3 C 36/10 = BVerwGE 140, 103, 107 ff.

²⁷⁸² Etwa: Bieback DVBl. 1983, 159, 169 f.; Ebsen, DVBl. 1987, 389, 395; Kreikebohm/von Koch, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6 Rn. 99; Ossenbühl/Cornils, StHR, S. 393; Pietzner/Müller, VerwArch. 85 [1994], 603, 605; Schmidt-De Caluwe, S. 142; Ladage, S. 63 ff.; Olbertz, S. 65 ff.

²⁷⁸³ BVerwG, Urt. v. 30.6.2011 – 3 C 36/10 = BVerwGE 140, 103, 107.

²⁷⁸⁴ BVerwG, Urt. v. 30.6.2011 – 3 C 36/10 = BVerwGE 140, 103, 107.

Wenn von der Anwendung im *Sozialrecht* gesprochen wird, muss darauf hingewiesen werden, dass dieser Begriff nicht unproblematisch ist. Bspw. kann einem zivilrechtlichen Kündigungsschutz oder privaten Suppenküchen eine soziale Zielsetzung nicht von vorneherein abgesprochen werden.²⁷⁸⁵ Üblicherweise werden unter Sozialrecht materiell-rechtlich nur öffentlich-rechtliche Regelungen verstanden, die sich durch einen gesteigerten sozialpolitischen Gehalt auszeichnen und primär die Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit und Sicherheit anstreben.²⁷⁸⁶ Da diese Definition keine überzeugende Abgrenzung des Sozialrechts ermöglicht,²⁷⁸⁷ beschränkt sich die Untersuchung im Wesentlichen auf die Bereiche des sog. formellen Sozialrechts, die in § 68 SGB I genannt werden. Die hier gewählte Ableitung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs aus den einfach-rechtlichen Wertungen des SGB I und SGB X kann darüber hinaus nur für diesen Bereich allgemeine Geltung beanspruchen, da sich ihr Anwendungsbereich nach § 37 S. 1 SGB I auf das formelle Sozialrecht bezieht. Entscheidend für die Begründung des allgemeinen sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs sind die konkreten Wertungen aus SGB I und SGB X, nicht der Umstand, dass allgemein eine vielfach deutbare Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit und Sicherheit angestrebt wird.

Dies bedeutet nicht, dass Bereiche, die allein materiell-rechtlich dem Sozialrecht zugeordnet werden könnten, nicht aus anderen Wertungen im Ergebnis ebenfalls die Ausbildung eines Herstellungsanspruchs fordern können. Ohne eine Anwendbarkeit der Wertungen des SGB I und SGB X kann jedoch nicht auf dieselben rechtlichen Wertungen – insbesondere § 2 II SGB I – Bezug genommen werden, die hier zur Ableitung genutzt worden sind. Der hier beschriebene allgemeine „*sozialrechtliche Herstellungsanspruch*“ ist im Ergebnis daher für das formelle Sozialrecht begründet worden. Es handelt sich genau genommen um einen allgemeinen „*formellen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch*“.

Über die Anwendung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs nach einem materiellen Begriff des Sozialrechts zu entscheiden, erscheint hingegen weder sinnvoll noch möglich. Schließlich steht letztlich auch hinter schulrechtlichen Vorschriften zum sozialpädagogischen Sonderbedarf (bspw. § 19 SchulG.NRW) ein gesteigerter sozialpolitischer Gehalt. Dass dieser Bereich allein deshalb aber über denselben Anspruch zu lösen wäre, der in ei-

²⁷⁸⁵ Statt vieler: *Kokemoor*, SozR, Rn. 3.

²⁷⁸⁶ So von *Maydell*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 1, Rn. 7; *Kokemoor*, SozR, Rn. 3.

²⁷⁸⁷ Etwa: *Igl/Welti*, SozR, § 1 Rn. 3; *Kokemoor*, SozR, Rn. 3 ff.; *Muckel/Ogorek*, SozR, § 3, Rn. 3 ff.; von *Maydell*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 1, Rn. 7 m.w.N.

ner bestimmten Ausgestaltung im Rentenversicherungsrecht besteht, liefe auf ein Ausklammern der rechtlichen Bestimmungen – und auch der verschiedenen sozialpolitischen Ziele – hinaus. Verkürzt zusammengefasst ist der sozialrechtliche Herstellungsanspruch der formelle sozialrechtliche Herstellungsanspruch des SGB.

Ausgehend von diesem formellen Begriff des Sozialrechts erfolgt die Untersuchung anhand der üblichen – wenn auch nicht unumstrittenen – inhaltlichen Dreiteilung des Sozialrechts in: „*Soziale Vorsorge*“, „*Soziale Entschädigung*“ und „*Soziale Hilfen und Förderung*“.²⁷⁸⁸

I. Grundsätzlich unproblematische sozialrechtliche Anwendungsbereiche

1. Soziale Vorsorge im Rahmen der Sozialversicherung

Im formellen Sozialrecht wird die soziale Vorsorge durch die Sozialversicherungssysteme der gesetzlichen Arbeitslosen-, Kranken-, Renten-, Unfall- und Pflegeversicherung verwirklicht.²⁷⁸⁹ Die Sozialversicherung ist überwiegend²⁷⁹⁰ im SGB III, IV, V, VI, VII und XI geregelt. Für die Sozialversicherung ist übereinstimmend der Rechtsweg zu den Sozialgerichten eröffnet (§ 51 I Nr. 1 bis 4, 5 SGG), weshalb es nicht überrascht, dass der sozialrechtliche Herstellungsanspruch hier die größte Zustimmung erfahren hat.²⁷⁹¹ Für die Anwendung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs ist es dabei ohne Bedeutung, ob der Teilbereich der Sozialversicherung im Sozialgesetzbuch geregelt ist oder ein Spezialgesetz darstellt. Vereinzelt wird von einem „*sozialversicherungsrechtlichen Herstellungsanspruch*“²⁷⁹² ausgegangen. Die allgemeinen Verwaltungsgerichte versuchen sogar einen Ausschluss des Herstellungsanspruchs

²⁷⁸⁸ Vgl. für einen Überblick zu den gängigen Einteilungsmöglichkeiten: *Muckel*, SozR § 4, Rn. 2 ff. m.w.N.

²⁷⁸⁹ Vgl. zu der Beamtenversorgung und berufsständischen Versorgung als Sonderfälle der „*Sozialen Vorsorge*“ (*Igl/Welti*, SozR, § 2 Rn. 3): Kap. 1 F.II.1.

²⁷⁹⁰ Für Sonderfälle werden diese allgemeinen Vorschriften ggf. durch speziellere Vorschriften ergänzt (bspw. die Gesetze über die Alterssicherung und Krankenversicherung der Landwirte oder die Künstlersozialversicherung).

²⁷⁹¹ Vgl.: *Kreßel*, NZS 1994, 395; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 605; *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 160 f.; *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 392; *Wallerath*, DÖV 1994, 757, 757; *Krasney*, ZAP 1996 [Fach 18], 449, 455; *Schmitz*, ZfSH/SGB 2006, 393, 397; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 393.

²⁷⁹² Etwa: LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 12.2.2003 – L 9 KR 302/00; LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 25.9.1996 – L 9 Kr 92/94; LSG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 30.9.1982 – L 5 A 32/82; *Plagemann*, NJW 1986, 2082, 2086; vgl. auch: *Kemmler*, JA 2005, 908, 910.

damit zu begründen, dass sich andere Sozialrechtsbereiche wesentlich vom Sozialversicherungsrecht unterscheiden.²⁷⁹³

Entwickelt wurde der Herstellungsanspruch ursprünglich anhand der gesetzlichen Rentenversicherung (inzwischen: SGB VI), ohne dass das BSG hierbei auf eine rentenspezifische Begründung zurückgegriffen hätte.²⁷⁹⁴ Die Anwendung des Anspruchs auch in den anderen Sozialversicherungszweigen des SGB (SGB V,²⁷⁹⁵ SGB XI,²⁷⁹⁶ SGB VII²⁷⁹⁷ und SGB III²⁷⁹⁸) erscheint insofern ebenso konsequent wie die Ausdehnung auf die speziellen Bereiche der Alterssicherung von Landwirten,²⁷⁹⁹ die Krankenversicherung der Landwirte²⁸⁰⁰ oder die Künstlersozialversicherung²⁸⁰¹.

Der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Herstellungsanspruchs auf das Sozialversicherungsrecht ist nach der hier vertretenen Ableitung zuzustimmen. Wichtig ist in diesem Zusammenhang jedoch die Erkenntnis, dass der Herstellungsanspruch bereits durch allgemeine *sozialrechtliche* Wertungen vorgegeben wird (insbesondere das Erfüllungsprinzip des § 2 II SGB I),²⁸⁰² nicht erst durch *sozialversicherungsrechtliche* Wertungen. Aufgrund dieser allgemeinen sozialrechtlichen Wertungen kann grds. von einer allgemeinen sozialrechtlichen Zulässigkeit der Herstellung ausgegangen werden, die (nur) im Einzelfall bei „*an sich unzulässigem*“ Amtshandeln durch speziellere sozialrechtliche Wertungen ausgeschlossen werden kann. Die speziellen sozialversicherungsrechtlichen Wertungen verbieten allgemein die Anwendung des Herstellungsanspruchs in der Sozialversicherung nicht. Allgemeine sozialversicherungsrechtliche Wertungen i.S.e. „*unechten Subsidiarität*“ – wonach ein übergreifender Grundge-

²⁷⁹³ Etwa: OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21.2.1985 – 12 A 94/84 = NVwZ 1985, 509; kritisch zu dieser Entscheidung: *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 30 m.w.N.; ausführlich zu dieser Rechtsprechung sogleich: Kap. 3 A.II.1.

²⁷⁹⁴ BSG, Urt. v. 14.6.1962 – 4 RJ 75/60 = SozR § 1233 RVO, Nr. 3; BSG, Urt. v. 17.11.1970 – 1 RA 233/68 = BSGE 32, 60, 61 ff.

²⁷⁹⁵ Vgl. BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89; BSG, Urt. v. 21.12.2011 – B 12 KR 21/10 R; BSG, Urt. v. 21.2.1980 – 5 RKn 19/78 = BSGE 50, 12, 13 ff.

²⁷⁹⁶ BSG, Urt. v. 18.3.1999 – B 3 P 8/98 R = SozR 3-3300 § 77 Nr. 1; LSG Hessen, Urt. v. 13.9.2007 – L 8 P 29/06; LSG NRW, Urt. v. 6.3.2008 – L 2 KN 235/07 P.

²⁷⁹⁷ BSG, Urt. v. 23.6.1977 – 8 RU 36/77 = BSGE 44, 114, 120 ff.; BSG, Urt. v. 2.5.2001 – B 2 U 19/00 R.

²⁷⁹⁸ Vgl. BSG, Urt. v. 11.3.1976 – 7 RAr 152/74; BSG, Urt. v. 29.9.1987 – 7 RAr 23/86 = BSGE 62, 179, 183; BSG, Urt. v. 19.3.1986 – 7 RAr 48/84 = BSGE 60, 43, 48; BSG, Urt. v. 11.6.1987 – 7 RAr 29/86 = BSGE 62, 43, 48; BSG, Urt. v. 11.3.2004 – B 13 RJ 16/03 R = BSGE 92, 241, 243 f.

²⁷⁹⁹ BSG, Urt. v. 24.4.2003 – B 10 LW 2/02 R = SozR 4-5868 § 117 Nr. 1 BSG, Urt. v. 25.5.2000 – B 10 LW 16/99 R = SozR 3-5868 § 44 Nr. 1.

²⁸⁰⁰ BSG, Urt. v. 9.11.2011 – B 12 KR 21/09 R.

²⁸⁰¹ Vgl. BSG, Urt. v. 25.8.2009 – B 3 KS 1/09 B = SozR 4-5425 § 8 Nr. 1; LSG NRW, Urt. v. 12.3.2009 – L 16 KR 150/07; Bayerisches LSG, Urt. v. 15.1.2008 – L 5 KR 111/07.

²⁸⁰² Vgl. Kap. 2 B.II.4.b.bb.

danke eines rechtlichen Teilbereiches die Herstellung grds. rechtlich ausschließt²⁸⁰³ – sind (insbesondere im SGB IV) nicht erkennbar.

Die allgemeine Ableitung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs wird hier vielmehr durch sozialversicherungsrechtliche Argumente ergänzt. Da zahlreiche sozialversicherungsrechtliche Positionen grundrechtlich geschützt bzw. zumindest grundrechtsrelevant sind,²⁸⁰⁴ liegt die Annahme nahe, dass das Sozialversicherungsrecht grds. auch nachträglich die (rechtzeitige) Fiktion von Tatbestandsvoraussetzungen im Herstellungsfall fordert. Wenn der Versicherte in einer Zwangsmitgliedschaft zu eigenen Beitragsleitungen verpflichtet ist, kann es – insbesondere im Hinblick auf Art. 2 I, 14 I GG – verfassungsrechtlich notwendig sein, das einfache Recht so auszulegen, dass diesem Bürger Leistungen nicht wegen eines unverhältnismäßigen Versäumnisses verschlossen bleiben sollen, das (zudem) durch staatliches Fehlverhalten hervorgebracht wurde.²⁸⁰⁵ Diese Argumentation, die auch auf dem Gebiet der Sozialversicherung nicht in jedem Herstellungsfall anwendbar ist (mangels immer drohenden Verfassungsverstoßes), ergänzt jedoch nur die ohnehin bereits durch einfachgesetzliche sozialrechtliche Wertungen geforderte Anwendung des Herstellungsanspruchs. Sie ist nicht konstitutiv für die Anwendung eines Herstellungsanspruchs. Stattdessen stützt sie die Annahme, dass der Gesetzgeber das Sozialversicherungsrecht dort, wo die Leistungsansprüche durch Eigenleistungen „erkauft“²⁸⁰⁶ bzw. „erdient“²⁸⁰⁷ worden sind, im Zweifel nicht so ausgestaltet hat, dass diese durch Eigenleistungen begründeten Leistungsansprüche untergehen, falls ihre Geltungsmachung durch ein hoheitliches Fehlverhalten vereitelt wurde.

2. *Zwischenergebnis*

Für die Sozialversicherung ist von der grundsätzlichen Anwendbarkeit des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs auszugehen. Demgegenüber ist die Vorstellung eines bereichsspezifischen „sozialversicherungsrechtlichen Herstellungsanspruchs“²⁸⁰⁸ zurückzuweisen. Die allgemeine sozialrechtliche Zuläs-

²⁸⁰³ Vgl. zum Begriff der „*unechten Subsidiarität*“: Kap. 1 B.II.2.b.bb. (2) (d).

²⁸⁰⁴ Hierzu ausführlich: *Krause*, Eigentum an subjektiven öffentlichen Rechten, S. 21 ff.; *Papier*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 3, Rn. 42 ff.

²⁸⁰⁵ Vgl. hierzu ausführlich: Kap. 2 B.II.4.b.bb. (2) (b).

²⁸⁰⁶ *Hattstein*, Betreuungspflichten, S. 242.

²⁸⁰⁷ *Schmidt-De Caluwe*, S. 463; *ders.*, JA 1992, 129, 129.

²⁸⁰⁸ Etwa: LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 12.2.2003 – L 9 KR 302/00; LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 25.9.1996 – L 9 Kr 92/94; LSG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 30.9.1982 –

sigkeit des Herstellungsanspruchs wird nicht durch die speziellen Regelungen der Sozialversicherung überlagert/verdrängt.

II. Umstrittene sozialrechtliche Anwendungsbereiche

Abseits des Sozialversicherungsrechts besteht eine geteilte Rechtswegeröffnung für die Materien des formellen Sozialrechts. Hier beginnt auch der umstrittene Anwendungsbereich des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs. Während die Sozialgerichte gleichermaßen im Recht der „*Sozialen Entschädigung*“ und der „*Sozialen Hilfen und Förderung*“ keinen generellen, allgemeinen Ausschlussgrund für eine Anwendung des Herstellungsanspruchs sehen,²⁸⁰⁹ haben die allgemeinen Verwaltungsgerichte in der Vergangenheit versucht, diese Bereiche als einer Herstellung grds. unzugänglich zu charakterisieren²⁸¹⁰.

1. *Beschränkung der Anwendbarkeit auf das Sozialversicherungsrecht?*

a) Mögliche Beschränkungsgründe

Das OVG Rheinland-Pfalz hat in einer Grundsatzentscheidung betont, dass der Herstellungsanspruch im Sozialhilferecht aus zwei Gründen nicht anwendbar sei: die Sozialhilfe unterscheide sich materiell-rechtlich wesentlich vom Sozialversicherungsrecht,²⁸¹¹ und die Herstellung verstoße gegen ein sozialhilfe-

L 5 A 32/82; *Plagemann*, NJW 1986, 2082, 2086; vgl. auch: *Kemmler*, JA 2005, 908, 910.

²⁸⁰⁹ Etwa: BSG, Urt. v. 14.2.2001 – B 9 V 9/00 R = BSGE 87, 280, 283 f.; BSG, Urt. v. 30.9.2009 – B 9 VG 3/08 R = BSGE 104, 245, 254, 256 f.; BSG, Urt. v. 28.4.2005 – B 9a/9 VG 3/04 R = SozR 4-3800 § 1 Nr. 9; BSG, Urt. v. 9.5.1979 – 9 RV 20/78 = SozR 3100 § 44 Nr. 11; BSG, Urt. v. 29.10.1992 – 10 RKg 24/91 = BSGE 71, 217, 219 ff.; BSG, Urt. v. 30.9.1996 – 10 RKg 24/95; BSG, Urt. v. 2.2.2006 – B 10 EG 9/05 R = BSGE 96, 44, 48; LSG Saarland, Urt. v. 30.3.2004 – L 5 V 1/01; *Wallerath*, DÖV 1994, 757, 757 f.; zurückhaltender noch: Bayerisches LSG, Urt. v. 5.4.2000 – L 18 V 1/00.

²⁸¹⁰ Etwa: BVerwG, Urt. v. 29.7.1982 – 5 B 27/82; BVerwG, Urt. v. 6.8.1982 – 5 B 137/81; OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21.2.1985 – 12 A 94/84 = NVwZ 1985, 509, 510; VG Hamburg, Urt. v. 12.2.2001 – 13 VG 1030/2000; VG Würzburg, Urt. v. 31.5.2011 – W 3 K 11.282; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 612 m.w.N.; offengelassen: BVerwG, Urt. 23.2.2010 – 5 C 13/09 = NVwZ-RR 2010, 570; BVerwG, Urt. v. 15.11.1994 – 11 C 19/94 = FamRZ 1995, 765, 767; Bayerischer VGH, Urt. v. 13.12.2011 – 12 ZB 10.2203.

²⁸¹¹ OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21.2.1985 – 12 A 94/84 = NVwZ 1985, 509, 510 („*Eine Übertragung dieser Rechtsprechung des BSG [zum Herstellungsanspruch, Anmerkung des Verfassers] ist für den auf das BSHG gestützten Anspruch der Kl. weder rechtlich angebracht noch geboten. Das Sozialhilferecht ist von dem übrigen Sozialleistungsrecht*“).

rechtliches Strukturprinzip²⁸¹². Die Überzeugungskraft des zweiten Arguments soll zunächst ausgeklammert bleiben, da sie erst im konkreten Zusammenhang mit der Sozialhilfe näher überprüft werden kann.²⁸¹³

Unabhängig davon, dass die Ausführungen bereits zum Entscheidungszeitpunkt die weitergehendere Rechtsprechung des BSG falsch wiedergeben,²⁸¹⁴ soll das erste Argument über die Wesensverschiedenheit vorab gewürdigt werden. Die Vorstellung, dass eine Anwendung des Herstellungsanspruchs allgemein mit den materiell-rechtlichen Besonderheiten des Sozialversicherungsrechts verbunden sei, ist weit verbreitet.²⁸¹⁵ Da das Gericht inhaltlich nicht näher ausführt, warum gerade das Sozialversicherungsrecht einen Herstellungsanspruch begründen soll,²⁸¹⁶ sind im Wesentlichen *drei* sozialversicherungsrechtliche Sonderargumente denkbar, die in dieser Form für andere Bereiche des Sozialrechts nicht gelten:²⁸¹⁷

wesensverschieden [...]. Das Sozialhilferechtsverhältnis erreicht in der Regel nicht die Intensität und die Abhängigkeit des Bürgers von Nebenpflichten des Sozialhilfeträgers wie das für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch typische Sozialversicherungsverhältnis.“); vgl. auch: VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 21.2.1994 – 7 S 758/93.

²⁸¹² OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21.2.1985 – 12 A 94/84 = NVwZ 1985, 509, 510 („Darüber hinaus dient die Sozialhilfe regelmäßig nur dazu, eine gegenwärtige Notlage zu beheben. Eine Übertragung des vom BSG entwickelten sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs auf das Sozialhilferecht ist mit diesen Grundprinzipien nicht zu vereinbaren.“).

²⁸¹³ Vgl. Kap. 3 A.II.3.a.

²⁸¹⁴ Kritisch zu dieser Entscheidung daher auch: *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 30; *Martens*, NVwZ 1986, 533, 535; *Olbertz*, S. 66 f.; *Ladage*, S. 65.

²⁸¹⁵ Diese Frage nach einem rein sozialversicherungsrechtlichen Herstellungsanspruch ausdrücklich stellend auch: *Pietzner*, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 93, 99.

²⁸¹⁶ So auch: *Martens*, NVwZ 1986, 533, 535.

²⁸¹⁷ Daneben wird vereinzelt versucht, eine Begründung des Herstellungsanspruchs mit der Existenz besonders enger Betreuungspflichten als intensive Nebenpflichten zu verbinden, wie sie nur im Sozialversicherungsrecht zu finden seien (VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 21.2.1994 – 7 S 758/93; OVG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 24.3.2009 – 3 L 260/07; VG Magdeburg, Urt. v. 22.2.2012 – 4 A 125/11). Dies offenbart allerdings ein Missverständnis der Systematik des Sozialrechts. Die Betreuungspflichten, deren Verletzung einen Herstellungsanspruch im Sozialversicherungsrecht begründet, sind regelmäßig die allgemeinen Betreuungspflichten der §§ 14, 15 SGB I, die in allen Bereichen des Sozialrechts Anwendung finden. Der Rechtsgehalt dieser Vorschriften wird durch weitergehende Beratungspflichten nicht abgeschwächt, sondern ergänzt (vgl. § 11 SGB XII, § 41 III BAföG). Gerade wenn man in den allgemeinen sozialrechtlichen Betreuungspflichten den Hintergrund des Herstellungsanspruchs sieht, muss man folgerichtig zu einer allgemeinen sozialrechtlichen Anwendbarkeit gelangen; vgl. zu einem derartigen allgemeinen Ansatz: *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 169 f.

- die Zwangsmitgliedschaft,
- die beitragsfinanzierten Leistungen, und
- die Dauerhaftigkeit sozialversicherungsrechtlicher Versicherungsverhältnisse.

Obwohl auch einige Befürworter des Herstellungsanspruchs seine Ableitung mit einer Zwangsmitgliedschaft verknüpfen,²⁸¹⁸ ist diese Vorstellung bei genauerer Betrachtung zurückzuweisen.²⁸¹⁹ Durch die Rückorientierung auf den mit der Zwangsmitgliedschaft verbundenen Grundrechtseingriff wird der eigentliche Auslöser der Herstellungspflicht übersehen: die einfach-rechtliche subjektive Rechtsverletzung, die zu einfach-rechtlichen Nachteilen geführt hat.²⁸²⁰ Mit dem Herstellungsanspruch sollen diese einfach-rechtlichen Nachteile korrigiert werden, soweit dies zulässig ist – nicht der frühere Grundrechtseingriff der Zwangsmitgliedschaft abgemildert werden, indem Leistungen – doch noch – gewährt werden. Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch ist ein einfach-rechtlicher Sekundäranspruch, der einfach-rechtliche Rechtsverletzungen restituiert. Einer Rückbesinnung auf einen Grundrechtseingriff bedarf es dafür nicht. Dass ein Grundrechtseingriff vorliegt, der insbesondere durch die Möglichkeit des Erhalts von Gegenleistungen gerechtfertigt werden soll, kann deshalb ggf. die entsprechende Auslegung des einfachen Rechts bestimmen (bspw. zugunsten des nachträglichen Bestehens eines Leistungsrechts) und ein zusätzliches Argument für die Anwendung des Herstellungsanspruchs bieten.²⁸²¹ Eine notwendige Bedingung für die Begründung des Herstellungsanspruchs ist eine Zwangsmitgliedschaft deshalb aber noch nicht. Zudem ist der Rechtsgehalt der Grundrechte (oder der Zwangsmitgliedschaft) zu abstrakt, um aus ihnen den konkreten Herstellungsanspruch abzuleiten.

²⁸¹⁸ Schnapp, DAngVers. 1978, 538, 543; ders., SGB 1977, 307, 308.

²⁸¹⁹ So auch: Brugger, AöR 112 [1987], 389, 439 ff.; Wallerath, DÖV 1987, 505, 510 f.; Hattstein, Betreuungspflichten, S. 242; vgl. auch: Kap. 3 A.II.1.

²⁸²⁰ Wallerath, DÖV 1987, 505, 510 f. („Nicht zu verkennen ist allerdings, daß ein derartiger Lösungsversuch einen Umweg darstellt, maßgeblich auf einen zurückliegenden Grundrechtseingriff abhebt, obwohl es doch in erster Linie um ein rechtswidriges Folgerverhalten geht. Vor allem aber ist er auf Fälle einer vorangegangenen, zwangsweisen Einbindung des Betroffenen in das Sozialleistungssystem beschränkt, versagt also in den Fällen, in denen die behördliche Fehlsteuerung zu Nachteilen eines Betroffenen führt, der freiwillig der Sozialversicherung beigetreten ist oder Leistungen außerhalb des Versicherungssystems in Anspruch nimmt. Erfolgsversprechender ist es deshalb auf die Beeinträchtigung der [einfach-rechtlichen, Anmerkung des Verfassers] Dispositionsfreiheit des Berechtigten oder die Vereitelung der [einfach-rechtlichen, Anmerkung des Verfassers] Rechtsverwirklichung als solche abzuheben, [...]“); Hattstein, Betreuungspflichten, S. 242.

²⁸²¹ Vgl. Kap. 2 B.II.4.b.bb. (2) (b).

Dass das Element einer Zwangsgliedschaft für den Herstellungsanspruch nicht entscheidend sein kann, zeigt sich auch daran, dass der Herstellungsanspruch im Sozialversicherungsrecht selbst dann angewandt wird, wenn keine Zwangsgliedschaft vorliegt (bspw. wenn ein freiwillig Versicherter falsch beraten wurde oder der sozialrechtliche Nachteil gerade in einer Beendigung des Versicherungspflichtverhältnisses liegt).²⁸²²

Wenn die zwangsweise Begründung des Rechtsverhältnisses für den Herstellungsanspruch entscheidend wäre, müsste dieser Anspruch schließlich erst recht in jedem Bereich der Eingriffsverwaltung Anwendung finden.²⁸²³

Teilweise wird bzgl. des Herstellungsanspruchs nicht auf eine Zwangsgliedschaft abgestellt, sondern darauf, dass die sozialversicherungsrechtliche Leistungsberechtigung oftmals durch Eigenleistungen des versicherten Bürgers erworben worden ist. Für steuerfinanzierte Leistungen – die das Bild der sozialen Entschädigung sowie Hilfe und Fürsorge prägen – sei die Anwendung des Herstellungsanspruchs daher anders zu beurteilen; hier könne eine Herstellung nur die Ausnahme sein.²⁸²⁴ Da der Herstellungsanspruch allerdings dem Rechtsgehalt eines subjektiven Rechtes – angepasst an den Verletzungsfall – entspringt, liegt der Grund der Herstellung in der betroffenen subjektiven Rechtsposition selbst und nicht darin, wie diese ursprünglich einmal erworben wurde.²⁸²⁵ Dass an bestimmten Leistungsansprüchen u.a. durch Eigenleistungen des Bürgers ein Eigentumsrecht i.S.d. Art. 14 I GG entstehen kann, ist für die Anwendbarkeit des Herstellungsanspruchs nicht entscheidend, weil dieser Schutz regelmäßig vom einfach-rechtlichen Anspruchsgehalt abhängig ist. Wenn aber ohnehin der einfach-rechtliche Gehalt entscheidend ist, erscheint der Umweg über den grundrechtlichen Schutz dieses Gehaltes sogar unsinnig; überzeugender ist es, unmittelbar auf den Rechtsgehalt des einfachen Rechts Bezug zu nehmen.²⁸²⁶ Hiervon ausgehend ist nicht ersichtlich, dass sozialversicherungsrechtliche Ansprüche einfach-rechtlich eine höhere Beständigkeit

²⁸²² *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 439 f.; *Wallerath*, DÖV 1987, 505, 510 f.

²⁸²³ *Hattstein*, Betreuungspflichten, S. 242.

²⁸²⁴ Vgl. VG Würzburg, Urt. v. 31.5.2011 – W 3 K 11.282; OVG Berlin, Urt. v. 9.12.1991 – 6 B 26.90; offengelassen: OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 14.3.2006 – OVG 6 M 6.06.

²⁸²⁵ So im Ergebnis wohl auch: *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 440 („*Das Moment der Eigenleistung ist entscheidend nur für die Frage der materiellen Rechtsgewähr, nicht für die Anforderungen an die Rechtswahrnehmung: [...] Das Moment der Eigenleistung ist [...] nicht entscheidend für die Frage, ob und inwieweit der Gesetzgeber für die Wahrnehmung von sozialen Rechten, seien sie verfassungsrechtlich geboten oder in das Ermessen des Parlaments gestellt, Hilfestellungen anzubieten hat.*“); unklar: *Hattstein*, Betreuungspflichten, S. 242.

²⁸²⁶ Vgl. hierzu ausführlich: Kap. 2 B.II.4.b.aa.

aufweisen sollen als andere Sozialleistungsansprüche i.S.d. § 11 SGB I – das sozialrechtliche Erfüllungsprinzip des § 2 II SGB I gilt jedenfalls gleichermaßen für sämtliche Sozialleistungsansprüche.

Zudem übersieht die gegenteilige Ansicht, dass die Anwendung des Herstellungsanspruchs auch im Sozialversicherungsrecht nicht zwingend mit einer Eigenleistung des Bürgers zusammenfällt; bspw. werden Hinterbliebenenrenten mangels Eigenleistung der Hinterbliebenen selbst überwiegend nicht in den Schutzbereich des Art. 14 I GG einbezogen,²⁸²⁷ aber ggf. über den Herstellungsanspruch korrigiert²⁸²⁸. Schließlich lehnt auch das BVerwG diese unterinstanzliche Differenzierung nach beitrags- oder steuerfinanzierten Leistungen ab. So wurde die Anwendbarkeit des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs auf das BerRehaG sogar ausdrücklich damit begründet, dass es sich bei § 8 BerRehaG um eine steuerfinanzierte Sozialleistung i.S.d. § 11 SGB I handelt.²⁸²⁹ Zusammenfassend formuliert wird die rechtliche Zulässigkeit eines Herstellungsanspruchs nicht erst durch Eigenleistungen des Bürgers erkaufte.²⁸³⁰

Obwohl die Verbindung des Herstellungsanspruchs mit der besonderen Korrekturnotwendigkeit bei langlebigen Rechtsverhältnissen – wie Sozialversicherungsverhältnissen – auf Zustimmung stößt,²⁸³¹ kann auch die Dauer für eine Herstellung nicht entscheidend sein. Dem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch kann bereits über allgemeine sozialrechtliche Wertungen – insbesondere das sozialrechtliche Erfüllungsprinzip (§ 2 II SGB I) –, die gleichermaßen für lang- und kurzfristige Sozialrechtsverhältnisse gelten,²⁸³² ein überzeugendes allgemeines rechtsdogmatisches Fundament gegeben werden.²⁸³³

Zudem ist es bereits eine Fehlvorstellung, dass die Leistungen der Sozialversicherung per se auf dauerhaften Bezug angelegt wären. So wird bspw. Arbeitslosengeld höchstens für zwei Jahre gewährt (§ 127 II SGB III), weil es kurzfristig die mit dem Arbeitsverlust einhergehende Umorientierung des Arbeitslosen begleiten soll. Die Versicherungsleistungen des SGB V (Krankenbehandlung und Krankengeld) zeigen ebenfalls deutlich, dass sie nur bei akuter und vo-

²⁸²⁷ BVerfG, Beschl. v. 18.2.1998 – 1 BvR 1318/86 = BVerfGE 97, 271, 284 f.; BSG, Urt. v. 30.8.2000 – B 5 RJ 4/00 R = BSGE 87, 88, 94; *Pieroth/Schlink*, GR, Rn. 987; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 14 GG, Rn. 12; offengelassen: *Epping*, GR, Rn. 427; **a.A.:** *Papier*, in: *Maunz/Dürig*, 73. EGL., Art. 14 GG, Rn. 143; *ders.*, in: *Merten/Papier* [Hg.], HbdGR, Bd. II, § 30, Rn. 43 ff.

²⁸²⁸ Etwa: BSG, Urt. v. 17.11.1970 – 1 RA 233/68 = BSGE 32, 60, 61 ff.

²⁸²⁹ BVerwG, Urt. v. 30.6.2011 – 3 C 36/10 = BVerwGE 140, 103, 108.

²⁸³⁰ Vgl. *Hattstein*, Betreuungspflichten, S. 242.

²⁸³¹ OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21.2.1985 – 12 A 94/84 = NVwZ 1985, 509, 510.

²⁸³² *Schmitz*, ZfSH/SGB 2006, 393, 399.

²⁸³³ Vgl. Kap. 2 B.II.4.b.bb.

rübergehender Notlage gewährt werden dürfen; sie sind sogar gar nicht anders denkbar. Ferner erscheint ein Kriterium der Dauerhaftigkeit kaum geeignet, um den Anwendungsbereich des Herstellungsanspruchs näher zu bestimmen. Unabhängig davon, dass die dafür notwendige Zeitspanne der Dauerhaftigkeit einer Rechtsbeziehung kaum konkret beziffert werden kann, werden auch Sozialhilfe oder Grundsicherung für Arbeitslose in der Terminologie des Gesetzes durch einen „*Verwaltungsakt mit Dauerwirkung*“ (§§ 45 III, 48 SGB X) gewährt. Wenn die Verwaltungsgerichte daher gerade nicht auf eine tatsächliche Dauer des faktischen Bezuges abstellen wollen,²⁸³⁴ sondern sich auf eine Art rechtliches Ziel der Dauerhaftigkeit einigen,²⁸³⁵ findet diese Differenzierung im Recht keine Grundlage.

Sofern man hingegen auf eine gesteigerte Vertrauensbeziehung durch die Dauerhaftigkeit des Rechtsverhältnisses abstellen möchte, führt dies nicht weiter, da in einem Rechtsstaat „*auch der Bürger, der mit ihr [der Verwaltung, Erg. des Verfassers] erstmalig in Kontakt tritt, in gleichem Maße Vertrauen entgegenbringen*“²⁸³⁶ darf. Falls die Dauerhaftigkeit eines Rechtsverhältnisses tatsächlich ausschlaggebend für die Anwendung des Herstellungsanspruchs wäre, müssten zudem andere langfristige Verwaltungsrechtsverhältnisse ebenfalls einen Herstellungsanspruch kennen (bspw. öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse, langjährige staatliche Subvention oder öffentlich-rechtliche Verträge).²⁸³⁷ Da sich die allgemeinen Verwaltungsgerichte hierzu bislang nicht durchgerungen haben, erscheint dieses Beharren auf einer „*Dauerhaftigkeit*“ gerade bei den Sozialleistungsansprüchen vorgeschoben.

Eine Begründung des Herstellungsanspruchs ist nicht mit sozialversicherungsrechtlichen Besonderheiten verbunden. Eine Beschränkung des Anspruchs auf die Sozialversicherung ist daher nicht haltbar.

²⁸³⁴ Wenn es um den faktischen Bezug von Sozialhilfeleistungen ginge, müsste das Gericht eine Anwendung des Herstellungsanspruchs befürworten, weil die Sozialhilfe zu den dauerhaft ausgezahlten Sozialleistungen überhaupt zählen kann (vgl. statt vieler: *Martens*, NVwZ 1986, 533, 535).

²⁸³⁵ OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21.2.1985 – 12 A 94/84 = NVwZ 1985, 509, 510 („*Sozialhilfe ist insbesondere keine rentenähnliche Dauerleistung, auch wenn sie langfristig erbracht wird* [...]“).

²⁸³⁶ *Hattstein*, Betreuungspflichten, S. 241; vgl. auch: *Schmitz*, ZfSH/SGB 2006, 393, 399.

²⁸³⁷ *Hattstein*, Betreuungspflichten, S. 240.

b) Zwischenergebnis

Nach der hier vertretenen Begründung folgt ein Herstellungsanspruch nicht erst aus sozialversicherungsrechtlichen Besonderheiten, sondern aus allgemeinen sozialrechtlichen Wertungen (insbesondere § 2 II SGB I), die grds. jedem Sozialrechtsverhältnis zugrunde liegen. Daraus ergibt sich allerdings einschränkend, dass der Anspruch in diesem Sinne nur dort begründbar ist, wo diese Wertungen überhaupt Anwendung finden. Nach § 37 SGB I sind dies die Bücher des SGB einschließlich der in § 68 SGB I genannten Sondergesetze (§ 37 S. 2 SGB I). Die hier vertretene Ableitung gilt demnach unmittelbar „nur“ für den Bereich des formellen Sozialrechts,²⁸³⁸ das Sozialversicherungsrecht ist hiervon nur ein (prominenter) Anwendungsfall.

Wenn deshalb innerhalb des formellen Sozialrechts von einer grundsätzlichen Anwendbarkeit des Herstellungsanspruchs ausgegangen werden kann, bedeutet dies nicht, dass nicht aus den rechtlichen Besonderheiten eines sozialrechtlichen Teilgebietes die rechtliche Unzulässigkeit einer Herstellung folgen kann. Diese besteht, falls eine Herstellung allgemein im Widerspruch zu (mindestens) einem Grundgedanken dieses Rechtsgebietes stehen würde. Die allgemeine Unzulässigkeit jeder Herstellung infolge spezialgesetzlicher Besonderheiten eines Sozialrechtsgebietes wird hier als „*unechte*“ Subsidiarität bezeichnet.²⁸³⁹ Die folgenden Ausführungen untersuchen daher, ob innerhalb des formellen Sozialrechts eine allgemeine gebietspezifische Unanwendbarkeit des Herstellungsanspruchs vorliegt.²⁸⁴⁰

²⁸³⁸ Dies bedeutet aber nicht, dass Rechtsbereiche, die nur materiell-rechtlich dem Sozialrecht zugeordnet werden können, nicht aus anderen Wertungen im Ergebnis ebenfalls die Ausbildung eines Herstellungsanspruchs rechtfertigen können.

²⁸³⁹ Vgl. Kap. 1 B.II.2.b.bb. (2) (d).

²⁸⁴⁰ Es folgt daher keine abschließende Untersuchung zu der Frage, in welchem Einzelfall bzgl. eines Herstellungsanspruchs ggf. ein „*an sich unzulässiges*“ Amtshandeln vorliegt. Selbst wenn der Herstellungsanspruch bspw. innerhalb des SGB III allgemein Anwendung findet, bedeutet dies schließlich auch nicht, dass im Einzelfall eine fehlende tatsächliche Verfügbarkeit des Arbeitslosen fingiert werden kann (BSG, Urt. v. 15.5.1985 – 7 RAr 103/83 = BSGE 58, 104, 109 f.; BSG, Urt. v. 11.11.1982 – 7 RAr 24/80 = AuB 1984, 58, 59; BSG, Urt. v. 7.5.2009 – B 11 AL 72/08 B); falls der Herstellungsanspruch daher bspw. im BAföG allgemein anwendbar sein sollte, bedeutet dies nicht zwangsläufig, dass deshalb auch im Einzelfall nachträglich noch die Aufnahme eines förderungsfähigen Studiums oder das Bestehen von Bedürftigkeit des Auszubildenden fingiert werden kann. Die Möglichkeit der Rechtsfortbildung i.S.d. Herstellungsanspruchs für den konkreten Einzelfall bleibt nach der hier vertretenen Ableitung mit den einschlägigen rechtlichen Wertungen untrennbar verbunden. Die erste Frage nach

Die Anwendbarkeit des Herstellungsanspruchs wird dabei anhand der „strukturellen Besonderheiten“ der jeweiligen Leistungsart“ bestimmt, und nicht nach einer „systemtheoretische[n] Zuordnung zu einem bestimmten Subsystem sozialer Sicherung, das seinerseits wiederum unterschiedlichen Strukturprinzipien folgen kann.“²⁸⁴¹ Die nachfolgende Untersuchung ausgehend von einer dreistufigen Gliederung des Sozialrechts dient deshalb nur der besseren Übersicht über die einzelnen Fälle und der Möglichkeit einer zusammenfassenden Betrachtung ähnlicher, gebietspezifischer Rechtsgedanken. Keineswegs soll damit der Eindruck entstehen, dass eine Anwendung des Herstellungsanspruchs bspw. im SGB II zeitgleich eine Anwendbarkeit im BAföG bedinge, nur weil beide Rechtsgebiete dem Bereich der „Sozialen Hilfe und Förderung“ zuzuordnen sind. Vielmehr ist zu untersuchen, ob die allgemeine, sozialrechtliche Wertung zugunsten eines Herstellungsanspruchs durch spezielle(re) Strukturprinzipien des SGB II oder des BAföG überlagert ist – wobei für beide Rechtsgebiete inhaltlich ggf. auch der gleiche Ausschlussgrund bestehen kann.

2. Soziale Entschädigung

Innerhalb ihrer Zuständigkeit nach § 51 I Nr. 6 SGG gehen die Sozialgerichte von einer Anwendbarkeit des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs im Recht der sozialen Entschädigung aus.²⁸⁴² Bzgl. der verbleibenden Zuständigkeiten haben die allgemeinen Verwaltungsgerichte die Anwendbarkeitsfrage hingegen überwiegend offengelassen oder ablehnend beantwortet.²⁸⁴³ Das BVerwG hat den Herstellungsanspruch jedoch inzwischen auch im Recht der beruflichen Rehabilitation von politisch in der DDR Verfolgten (BerRehaG) ausdrücklich angewandt.²⁸⁴⁴ In dieser Entscheidung sind keine allgemeinen Bedenken des Gerichts gegen eine Anwendung ersichtlich, die im Zusammenhang mit der Zuordnung des BerRehaG zum Recht der sozialen Entschädigung stünden.²⁸⁴⁵ Auch in der Literatur setzt sich diese Uneinheitlichkeit fort.²⁸⁴⁶

der allgemeinen Anwendungsmöglichkeit ist der zweiten Frage nach ihrer einzelfallabhängigen rechtlichen Zulässigkeit inhaltlich lediglich vorgelagert.

²⁸⁴¹ Wallerath, in: Schuln [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 67, 74.

²⁸⁴² BSG, Urt. v. 14.2.2001 – B 9 V 9/00 R = BSGE 87, 280, 283 ff.; BSG, Urt. v. 30.9.2009 – B 9 VG 3/08 R = BSGE 104, 245, 254, 256 f.; BSG, Urt. v. 28.4.2005 – B 9a/9 VG 3/04 R = SozR 4-3800 § 1 Nr. 9; BSG, Urt. v. 9.5.1979 – 9 RV 20/78 = SozR 3100 § 44 Nr. 11; LSG Saarland, Urt. v. 30.3.2004 – L 5 V 1/01; Wallerath, DÖV 1994, 757, 757 f.; zurückhaltend noch: Bayerisches LSG, Urt. v. 5.4.2000 – L 18 V 1/00.

²⁸⁴³ BVerwG, Urt. v. 6.8.1982 – 5 B 137/81; Pietzner/Müller, VerwArch. 85 [1994], 603, 612 m.w.N.; offengelassen: Bayerischer VGH, Urt. v. 13.12.2011 – 12 ZB 10.2203.

²⁸⁴⁴ BVerwG, Urt. 30.6.2011 – 3 C 36/10 = BVerwGE 140, 103, 108.

²⁸⁴⁵ Vgl. zu der Frage, ob das BerRehaG zum Entschädigungsrecht zählt: Kap. 1 F.II.2.

²⁸⁴⁶ Allgemein gegen eine Anwendung des Herstellungsanspruchs: Pietzner, in: Schuln [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 93, 99 f.; Pietzner/Müller,

Anerkannt wurde der Herstellungsanspruch bislang u.a. im Bereich des OEG,²⁸⁴⁷ § 51 BSeuchG a.F. i.V.m. §§ 30 ff. BVG²⁸⁴⁸, der *Kriegsopferversorgung*²⁸⁴⁹ und des BerRehaG²⁸⁵⁰. Uneinheitlich beurteilt wird hingegen die Anwendbarkeit des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs für die *Kriegsopferfürsorge* nach §§ 25 ff. BVG.²⁸⁵¹ Sofern ein im staatlichen Interesse liegendes Sonderopfer vorliegt halten einige Verwaltungsgerichte eine Herstellung nicht für per se ausgeschlossen.²⁸⁵²

Diejenigen, die den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch für die *Kriegsopferfürsorge* ablehnen, lösen die Herstellungsfälle teilweise über §§ 242, 162 BGB.²⁸⁵³ Ähnliches gilt für das Lastenausgleichsgesetz (LAG), das allgemein Entschädigungsleistungen für Schäden infolge von Krieg und Vertreibung vorsieht.²⁸⁵⁴

Im Grundsatz ist der Meinung zuzustimmen, die für eine allgemeine Anwendbarkeit im Entschädigungsrecht eintritt. Zumindest dort, wo für das soziale Entschädigungsrecht von einer Anwendung des SGB I und SGB X ausgegangen werden kann (bspw. § 68 Nr. 7 und 8 SGB I, § 25 IV BerRehaG), umfasst dies auch die grundsätzliche sozialrechtliche Zulässigkeit des Herstellungsanspruchs (insbesondere § 2 II SGB I). Davon ausgehend ist für das Recht der sozialen Entschädigung nicht ersichtlich, wodurch der Gesetzgeber von den sozialrechtlichen Grundentscheidungen zugunsten einer Herstellung wieder allgemein abgerückt sein soll. Das Recht der sozialen Entschädigung gewährt – als weitest-

VerwArch. 85 [1994], 603, 612. Allgemein für eine Anwendung: *Böhm*, *VersorB* 1985, 39, 51 ff.; *Krasney*, *ZAP* 1996 [Fach 18], 449, 455. Differenzierend: *Wallerath*, in: *Schulin* [Hg.], *SDSRV*, Bd. 39, S. 67, 74 ff.

²⁸⁴⁷ BSG, Urt. v. 30.9.2009 – B 9 VG 3/08 R = BSGE 104, 245, 254, 256 f.; BSG, Urt. v. 28.4.2005 – B 9a/9 VG 3/04 R = SozR 4-3800 § 1 Nr. 9.

²⁸⁴⁸ BSG, Urt. v. 16.12.2004 – B 9 VJ 2/03 R.

²⁸⁴⁹ BSG, Urt. v. 9.5.1979 – 9 RV 20/78 = SozR 3100 § 44 Nr. 11.

²⁸⁵⁰ BVerwG, Urt. 30.6.2011 – 3 C 36/10 = BVerwGE 140, 103, 108; **a.A.** noch: VG Würzburg, Urt. v. 31.05.2011 – W 3 K 11.282.

²⁸⁵¹ Gegen eine Anwendung des Herstellungsanspruchs: BVerwG, Urt. v. 6.8.1982 – 5 B 137/81; BVerwG, Urt. v. 12.11.1990 – 5 B 92/90; *Pietzner/Müller*, *VerwArch.* 85 [1994], 603, 612 m.w.N.; vgl. auch: BVerwG, Urt. v. 17.7.1973 – V C 4/73 = *ZfS* 1974, 27, 28. Für eine Anwendung des Herstellungsanspruchs wohl: VG Würzburg, Urt. v. 19.7.2010 – W 3 K 10.204. Offengelassen: Bayerischer VGH, Urt. v. 13.12.2011 – 12 ZB 10.2203. Unklar: BVerwG, Urt. v. 11.11.1970 – V C 32/70 = BVerwGE 36, 256, 260 ff.

²⁸⁵² Vgl. OVG Berlin, Urt. v. 9.12.1991 – 6 B 26.90.

²⁸⁵³ Vgl. BVerwG, Urt. v. 9.6.1961 – IV C 371/59; *Pietzner*, in: *Schulin* [Hg.], *SDSRV*, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 93, 96 ff.; *Pietzner/Müller*, *VerwArch.* 85 [1994], 603, 612 ff.

²⁸⁵⁴ BVerwG, Urt. v. 13.1.1965 – V C 74/63 = BVerwGE 20, 136, 138; BVerwG, Urt. v. 26.10.1966 – V C 2/65 = BVerwGE 25, 183, 189 f.; BVerwG, Urt. v. 19.6.1968 – V C 23/62 = BVerwGE 30, 46, 48. BVerwG, Urt. v. 30.4.1969 – V C 84/67 = BVerwGE 32, 68, 70.

gehende Kodifizierung des Aufopferungsgedankens²⁸⁵⁵ – schließlich demjenigen steuerfinanzierte Entschädigungsleistungen, der einen Schaden erlitten hat, für den die Allgemeinheit eine besondere Verantwortung trägt.²⁸⁵⁶ An dem Erleiden des Opfers durch/zugunsten der Allgemeinheit als materiellem Entschädigungsgrund ändert sich durch die Anwendung des Herstellungsanspruchs nichts. Da auch die aus Sicht des Gesetzes entschädigungswürdige Situation in der Vergangenheit fortbestand und sich nicht etwa durch Zeitablauf erledigte, erscheint auch eine nachträgliche Gewährung von Entschädigungsleistungen grds. zulässig. Der Zweck einer Entschädigungsleistung – als finanzielle Kompensation des Sonderopfers – kann damit grds. auch nachträglich noch erreicht werden.

Tatsächlich droht gerade durch die nachträgliche Nichtgewährung der Entschädigungsleistung wegen eines hoheitlichen Fehlverhaltens endgültig die Verfehlung der Zweckrichtung des Entschädigungsrechts. Denn wenn das soziale Entschädigungsrecht allgemein nicht nur das Opfer des Bürgers anerkennen und kompensieren soll, sondern diesen dadurch auch teilweise (wieder) mit dem Staat versöhnen bzw. Genugtuung ermöglichen soll,²⁸⁵⁷ würde dieser Sinn geradezu ad absurdum geführt, wenn seine Entschädigung nur deshalb nicht gewährt wird, weil der Staat (erneut) fehlerhaft gehandelt hat und der Bürger dadurch ein weiteres Mal von Seiten des Staates geschädigt wurde. Das soziale Entschädigungsrecht steht damit der Anwendung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs grds. offen.

Wenn ein Bürger nur einen Antrag auf Entschädigungsleistungen nicht rechtzeitig stellt, steht der nachträglichen Leistungsgewährung regelmäßig allein die Vorschrift des § 60 BVG entgegen. Diese Regelung über den Leistungsbeginn ist jedoch im Wege des Herstellungsanspruchs disponibel,²⁸⁵⁸ was üblicherweise reicht, um eine nachträgliche Ge-

²⁸⁵⁵ Igl/Welti, SozR, § 67, Rn. 1; Plagemann, in: Plagemann [Hg.], Münchener AnwHB SozR, § 35, Rn. 1.

²⁸⁵⁶ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 30.5.1978 – 1 BvL 26/76 = BVerfGE 48, 281, 288 f.; BSG, Urt. v. 8.12.1982 – 9a RV 18/82 = BSGE 54, 206, 208; Hase, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 26, Rn. 1; Waltermann, SozR, Rn. 64; Igl/Welti, SozR, § 2 Rn. 3.

²⁸⁵⁷ Vgl. zur sog. Genugtuungsfunktion von sozialen Entschädigungsleistungen: BVerfG, Beschl. v. 14.3.2000 – 1 BvR 284/96 = BVerfGE 102, 41, 60 f. m.w.N.; BSG, Urt. v. 12.6.2003 – B 9 V 5/02 R = SozR 4-3100 § 84a Nr. 2; LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 7.4.2000 – L 4 KR 1298/98 („Der Gesetzgeber hat nicht nur auf die Abgeltung des Mehraufwandes abgestellt, sondern in der Grundrente einen Ausdruck des Rechtsanspruchs der Kriegsoffer auf eine angemessene und würdige Entschädigung, eine Genugtuungsfunktion gesehen [...]“); OVG Sachsen, Beschl. v. 2.3.2012 – 2 A 270/10; Fehl, VersR 1983, 1008 ff.; zurückhaltend zu § 30 BVG noch: BSG, Urt. v. 31.3.1998 – B 4 RA 49/96 R = BSGE 82, 83, 100 f.

²⁸⁵⁸ BSG, Urt. v. 30.9.2009 – B 9 VG 3/08 R = BSGE 104, 245, 254 m.w.N.

währung von Entschädigungsleistungen zu ermöglichen. Ob auch andere Versagungsgründe des Entschädigungsrechts mittels „*an sich zulässigen*“ Amtshandelns überwunden werden können, ist eine Frage des Einzelfalls, die hier nicht abschließend geklärt werden kann.

Problematischer erscheint eine Anwendbarkeit des Herstellungsanspruchs hingegen in den Bereichen des sozialen Entschädigungsrechts, die nicht dem formellen Sozialrecht zuzuordnen sind. Da dann auch die allgemeinen Regelungen des Sozialrechts (SGB I und SGB X) nicht gelten, kann nicht von einem sozialrechtlichen Grundsatz der Herstellung ausgegangen werden. Es muss vielmehr eigens für diese Rechtsbereiche untersucht werden, ob/wann die Begründung eines Herstellungsanspruchs rechtlich gefordert ist; welche Wertungen – wenn nicht § 2 II SGB I – es also als planwidrig erscheinen lassen, dass für den Fall eines hoheitlichen Fehlverhaltens für den Betroffenen ein rechtlicher Nachteil begründet wird, statt der Begründung eines Vorteils, der bei rechtmäßigen Verwaltungsverhalten eingetreten wäre.

Sofern die allgemeinen Verwaltungsgerichte bspw. für das Recht des Lastenausgleichsgesetzes (LAG) davon ausgehen, dass sich ein Verwaltungsträger bei Fehlberatung analog §§ 242, 162 BGB nicht auf das Versäumnis einer Ausschlussfrist berufen kann,²⁸⁵⁹ legen die Gerichte dieses Fachrecht allerdings im Sinne einer rechtlichen Pflicht zur nachträglichen Leistungsgewährung aus – und damit zugunsten einer Zulässigkeit der Herstellung. Statt der allgemeinen Berufung auf §§ 242, 162 BGB wäre hier eine Anwendung des Herstellungsanspruchs als konkreter ausgestalteter Rechtsfortbildung zu begrüßen.

3. Soziale Hilfe und Förderung

Die Anwendbarkeit des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs im Bereich der „*Sozialen Hilfe und Förderung*“ ist heftig umstritten. Dies hängt auch damit zusammen, dass für diesen Bereich des Sozialrechts die weitestgehende Aufspaltung der Rechtswegzuständigkeit zwischen Sozial- und Verwaltungsgerichten besteht. Während die Sozialgerichte inzwischen nach § 51 I Nr. 4a, 6a SGG für die Gebiete der Sozialhilfe im weiteren Sinne (SGB II und SGB XII) zuständig sind, bleibt es für andere Rechtsgebiete bei der allgemeinen Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte nach §§ 40 I, 188 VwGO. Zu den praktisch be-

²⁸⁵⁹ Etwa: BVerwG, Urt. v. 13.1.1965 – V C 74/63 = BVerwGE 20, 136, 138; BVerwG, Urt. v. 26.10.1966 – V C 2/65 = BVerwGE 25, 183, 189 f.; BVerwG, Urt. v. 19.6.1968 – V C 23/62 = BVerwGE 30, 46, 48. BVerwG, Urt. v. 30.4.1969 – V C 84/67 = BVerwGE 32, 68, 70.

deutsamsten Kompetenzen zählen hierbei das Recht der Ausbildungsförderung (BAföG), das Wohngeld (WoGG), die Kinder- und Jugendhilfe (SGB VIII) sowie das Unterhaltsvorschussrecht (UVG).

Die Ableitung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs aus den allgemeinen sozialrechtlichen Wertungen des SGB I und SGB X – insbesondere § 2 II SGB I – bedeutet allerdings, dass auch bei nichtsozialversicherungsrechtlichen Bereichen des formellen Sozialrechts eine nachträgliche Herstellung grds. normativ gefordert ist. Überzeugend kann daher nur dort gegen eine allgemeine Anwendbarkeit des Herstellungsanspruchs argumentiert werden, wo eine Herstellung aufgrund speziellerer bereichsspezifischer Wertungen allgemein rechtlich unzulässig ist. Eine solche „*unechte Subsidiarität*“ liegt vor, falls die gesetzlichen Strukturprinzipien auch für den Herstellungsfall eine nachträgliche Gewährung der Leistung ausschließen müssen.²⁸⁶⁰ Dazu müssen bereichsspezifische Sonderwertungen die allgemeinen Wertungen des SGB I und SGB X überlagern, aus denen der sozialrechtliche Herstellungsanspruch ableitbar ist. Von dieser Annahme ausgehend haben die allgemeinen Verwaltungsgerichte in der Vergangenheit versucht, verschiedene bereichsspezifische Strukturprinzipien zu entwickeln, die einer Anwendung des Herstellungsanspruchs entgegenstehen sollen.

a) Sozialhilfe i.w.S. (SGB XII und SGB II)

Ein solches der Herstellung entgegenstehendes Strukturprinzip hat das BVerwG für die Sozialhilfe nach dem BSHG formuliert.²⁸⁶¹ Ein Herstellungsanspruch, der dem Bürger nachträglich eine Leistung für bereits vergangene Zeiträume zuspricht, sei im Sozialhilferecht ausgeschlossen, weil ein „*Grundsatz* [bestehe], *daß Hilfe für die Vergangenheit nicht begehrt werden kann.*“²⁸⁶² Diesem grundsätzlichen Ausschluss unterfielen auch die Herstellungsfälle.²⁸⁶³ In der Folgezeit wurde dieses Argument in Rechtsprechung und Literatur weiter ausgeformt.²⁸⁶⁴ Die überwiegende Meinung für das Verhältnis von Herstel-

²⁸⁶⁰ Schmitz, ZfSH/SGB 2006, 393, 398.

²⁸⁶¹ BVerwG, Urt. v. 29.7.1982 – 5 B 27/82.

²⁸⁶² BVerwG, Urt. v. 29.7.1982 – 5 B 27/82.

²⁸⁶³ BVerwG, Urt. v. 29.7.1982 – 5 B 27/82; vgl. m.w.N. zu weiteren unveröffentlichten Entscheidungen, in denen das BVerwG einen Herstellungsanspruch im Sozialhilferecht abgelehnt hat: Wallerath, NDV 1998, 65, 65 ff.

²⁸⁶⁴ Vgl. OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21.2.1985 – 12 A 94/84 = NVwZ 1985, 509, 510; OVG Saarland, Urt. v. 22.9.2000 – 3 R 42/99; Pietzner/Müller, VerwArch. 85 [1994], 603, 611 ff.; Pietzner, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 93, 99 ff.; Krefel, S. 301; Wallerath, DÖV 1987, 505, 514; einschränkend hingegen:

lungsanspruch und Sozialhilfe nach dem BSHG kann wie folgt zusammengefasst werden:²⁸⁶⁵ das Sozialhilferecht sei auf die Hilfe bei gegenwärtig bestehender Bedürftigkeit ausgerichtet, indem es Leistungen gewähre, die dem Bürger seinen akuten Lebensunterhalt sichern sollen. Aus dem Bedarfsdeckung- und dem Gegenwärtigkeitsprinzip der Sozialhilfe (insbesondere in § 5 BSHG a.F., aber auch in den §§ 2, 3, 84, 121 BSHG a.F. erkennbar) folge als sozialhilferechtliches Grundprinzip ein Verbot von Hilfen für die Vergangenheit.²⁸⁶⁶ Mit nachträglichen Sozialhilfeleistungen könne das Ziel der akuten Sicherung des laufenden Lebensunterhaltes eines Bürgers nicht mehr erreicht werden – die gesetzliche Zielvorstellung sei nachträglich nicht länger durchsetzbar.²⁸⁶⁷ Allein die Tatsache, dass der nun die Leistung nachfordernde Bürger noch lebe, belege, dass es diesem gelungen sei, seinen Bedarf in anderer Weise zu decken – „im schlimmsten Fall auch ‚durch Hunger‘“²⁸⁶⁸. Entsprechend ihrer gesetzge-

ders., DÖV 1994, 757, 765; ders., in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 67, 88 ff.; Kreikebohm/von Koch, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6 Rn. 100; Igl/Welti, SozR, § 76, Rn. 11; offengelassen: VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 24.7.1996 – 6 S 2522/95.

²⁸⁶⁵ Vgl. zusammenfassend zum Verhältnis von Sozialhilfe und Herstellungsanspruch unter Geltung des BSHG die Darstellungen bei: OVG Saarland, Urt. v. 22.9.2000 – 3 R 42/99 („Der Herstellungsanspruch kann unabhängig von seiner Ableitung von Sinn und Zweck her nie weitergehen als der jeweilige materiell-rechtliche Anspruch, den er ‚herstellen‘ will. Wie oben eingehend ausgeführt, unterscheidet sich der Sozialhilfeanspruch strukturell von sonstigen sozialrechtlichen Ansprüchen, indem er sich zeitbezogen auf die jeweils aktuelle Bedarfslage bezieht, also gleichsam durch die Zeit hindurch entstehend und vergehend fortschreitet. Dieser Anspruch, der von den wenigen -- hier nicht eingreifenden Ausnahmen abgesehen -- einerseits Hilfe für die Vergangenheit ausschließt, ist andererseits aber gegenüber einem fehlerhaften Verwaltungshandeln insofern von vornherein unempfindlich, als er hierdurch als ein sich immer wieder neu entsprechend dem Bedarf aktualisierender Anspruch nicht verloren gehen kann. Der im Sozialhilferecht geltende Bedarfsdeckungsgrundsatz steht deshalb der Anwendbarkeit des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs entgegen, weil er bereits das leistet, was der Herstellungsanspruch leisten will und dieser das materielle Sozialhilferecht nicht erweitern könnte. Werden also die Folgen möglicherweise fehlerhaften Verwaltungshandelns durch den Grundsatz aktueller Bedarfsdeckung selbst beseitigt, so bleibt für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch mangels Regelungslücke [...] kein Raum.“); Wallerath, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 67, 72 f.; Pietzner/Müller, VerwArch. 85 [1994], 603, 614 f.; Olbertz, S. 68 ff.

²⁸⁶⁶ Etwa: BVerwG, Urt. v. 15.12.1983 – 5 C 65/82 = BVerwGE 68, 285, 289; BVerwG, Urt. v. 9.2.1984 – 5 C 22/83 = BVerwGE 69, 5, 7 f.; BVerwG, Urt. v. 30.4.1992 – 5 C 12/87 = BVerwGE 90, 154, 156 m.w.N.; Igl/Welti, SozR, § 57, Rn. 12; Pietzner, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 93, 99 ff.; ausführlich zur Herleitung dieses Grundsatzes: Grube, in: Grube/Wahrendorf [Hg.], Einl., Rn. 58 ff., 71 ff., 139 ff. m.w.N.

²⁸⁶⁷ Vgl. Kreikebohm/von Koch, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6 Rn. 100; Wallerath, DÖV 1987, 505, 514.

²⁸⁶⁸ Pietzner, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 93, 99.

berischen Zielsetzung könne die Sozialhilfe also nicht mehr nachträglich in zulässiger Weise gewährt werden. Allenfalls könne für die Zukunft sichergestellt werden, dass der Bürger fortan nicht mehr „*durch Hunger*“ seinen laufenden Bedarf decken muss.²⁸⁶⁹ „*Es ist das Bild vom ‚täglichen Brot‘, nicht das der ‚7 fetten und der 7 mageren Jahre‘, das diesem Grundsatz entspricht.*“²⁸⁷⁰ Für die Herstellungsfälle bestehe keine Notwendigkeit, von diesem allgemeinen Grundsatz eine Ausnahme zuzulassen.²⁸⁷¹

Der Herstellungsanspruch ist nicht die einzige Korrekturmöglichkeit, die infolge dieses restriktiven Verständnisses abgelehnt wurde. Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das BVerwG bspw. auch eine nachträgliche Gewährung von Sozialhilfe im Zusammenhang mit der Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes abgelehnt (§ 44 IV SGB X).²⁸⁷²

Seit dem 1. Januar 2005 richten sich die Sozialhilfeleistungen nach den neu geschaffenen Vorschriften des SGB XII (Sozialhilfe)²⁸⁷³ und SGB II (Grundsicherung für Arbeitsuchende);²⁸⁷⁴ entscheidungsbefugt sind seitdem die Sozialgerichte (§ 54 I Nr. 4a, 6a SGG). Die Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II) dient der besseren sozialen Absicherung eines menschenwürdigen Lebens von Erwerbsfähigen und ihren Familien unter besonderer Berücksichtigung ihrer Eigenverantwortlichkeit (§ 1 SGB II). Innerhalb des BSHG fielen diese Fälle noch unter die allgemeinen Hilfen zum Lebensunterhalt (§§ 11 ff. BSHG a.F.); ergänzt wurde dieses System durch die bedürftigkeitsabhängige Arbeitslosenhilfe (§§ 190 ff. SGB III a.F.).²⁸⁷⁵ Auch wenn diese Hilfen nun vollständig aus dem Regelungsbereich des SGB XII in das SGB II „*umgesiedelt worden*“²⁸⁷⁶ sind, handelt es sich materiell-rechtlich weiterhin um Sozialhilfe.²⁸⁷⁷

²⁸⁶⁹ BVerwG, Urt. v. 3.4.1957 – V C 94/56 = BVerwGE 5, 27, 30; *Pietzner*, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 93, 99.

²⁸⁷⁰ *Wallerath*, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 67, 88 f.

²⁸⁷¹ *Pietzner*, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 93, 102 ff.; *Wallerath*, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 67, 85 („*Ist der jeweilige Primärzweck verfehlt, so ist auch für die sekundär zu erbringende Ausgleichsleistung kein Raum.*“).

²⁸⁷² BVerwG, Urt. v. 15.12.1983 – 5 C 65/82 = BVerwGE 68, 285, 289; *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6 Rn. 99; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 614.

²⁸⁷³ BGBl I (2003), S. 3022 ff.; BGBl I (2003), S. 3070.

²⁸⁷⁴ BGBl I (2003), S. 2954 ff.

²⁸⁷⁵ Vgl. zum sozialhilferechtlichen Charakter der früheren Arbeitslosenhilfe: *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 160.

²⁸⁷⁶ *Münder*, SGB 2006, 186, 187.

²⁸⁷⁷ Vgl. zum materiellen Begriff der Sozialhilfe: *Münder*, SGB 2006, 186, 187; *Igl/Welti*, SozR, § 57, Rn. 1; *Schmitz*, ZfSH/SGB 2006, 393, 393 m.w.N.

Unter Bezugnahme auf die Gesetzeswerke des SGB II und SGB XII lässt sich deshalb zusammenfassend von „*Sozialhilfe i.w.S.*“²⁸⁷⁸ sprechen.

Bereits unter der Geltung des BSHG wurde das verwaltungsgerichtliche Verständnis des Sozialhilferechts und des Herstellungsanspruchs als fehlerhaft kritisiert.²⁸⁷⁹ Seit das Sozialrecht unter die Entscheidungskompetenzen der Sozialgerichte fällt, hat diese Streitfrage wieder erheblich an Aktualität gewonnen, weil die Anzahl der Stimmen deutlich zunimmt, die eine Anwendbarkeit nun befürworten.²⁸⁸⁰ Ohne weitere Begründung gehen einige Darstellungen davon – wohl allein aufgrund der sozialgerichtlichen Entscheidungskompetenz – bereits aus.²⁸⁸¹ Da für die Sozialhilfe i.w.S. allgemein von der Fortgeltung derselben Strukturprinzipien ausgegangen wird, die bereits das BSHG geprägt haben,²⁸⁸² besteht allerdings keine dahingehende Selbstverständlichkeit.²⁸⁸³ Die Sozialgerichte haben davon unbeeindruckt den Herstellungsanspruch in den Bereichen der Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II) angewandt, ohne näher auf entgegenstehende Argumente einzugehen.²⁸⁸⁴ Die Rechtsprechung setzt damit

²⁸⁷⁸ Greger, Haftungsrecht des Straßenverkehrs, § 33, Rn. 5.

²⁸⁷⁹ Etwa: Martens, NVwZ 1986, 533, 535; Bieback, DVBl. 1983, 159, 170; Brugger, AöR 112 [1987], 389, 440 f.; Olbertz, S. 50 ff.; 66 ff. m.w.N.; Möhle, ZfSH/SGB 1990, 522, 525.

²⁸⁸⁰ Etwa: Mrozynski, § 14 SGB I, Rn. 51 m.w.N.; ders., ZfSH/SGB 2007, 463, 465; Schmitz, ZfSH/SGB 2006, 393, 401 f.; Schellhorn, in: Schellhorn/Schellhorn/Hohm/Schneider [Hg.], § 11 SGB XII, Rn. 25; Loos, NVwZ 2009, 1267, 1272 m.w.N.; Groth/Hohm, NJW 2011, 2335, 2339; Greiser, in: Eicher [Hg.], § 4 SGB II, Rn. 9 f.; Link, in: Eicher [Hg.], § 37 SGB II, Rn. 23; Spellbrink/Becker, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann [Hg.], § 37 SGB II, Sammelkommentierung §§ 36 ff. SGB II, Rn. 4c; wohl auch: Grube, in: Grube/Wahrendorf [Hg.], Einl., Rn. 152 ff.; Streichsbier, in: Grube/Wahrendorf [Hg.], § 10 SGB XII, Rn. 21.

²⁸⁸¹ Vgl.: Crome, Hartz IV, S. 27 ff.; Zimmermann, Das Hartz IV Mandat, § 1, Rn. 50 f.

²⁸⁸² Grube, in: Grube/Wahrendorf [Hg.], Einl., Rn. 49; Bieback, in: Gagel, 52. EGL., vor §§ 1 ff. SGB II, Rn. 15 ff.; Schmitz, ZfSH/SGB 2006, 393, 399; deutlich zurückhaltender und kritischer überhaupt noch zu der Vorstellung derartiger Strukturprinzipien: Spellbrink, in: Eicher/Spellbrink [Hg.], 2. Aufl., vor § 1 SGB II, Rn. 4 ff.

²⁸⁸³ Zweifelnd, ob eine Anwendbarkeit des Herstellungsanspruchs im Sozialhilferecht von den Sozialgerichten vollzogen werden kann/wird: Goertz, Herstellungsanspruch, S. 2, Fn. 9; Münder, SGB 2006, 186, 190, 192; Heinz, Zeitschrift für das Fürsorgewesen 2009, 12, 19.

²⁸⁸⁴ Vgl. BSG, Urt. v. 18.1.2011 – B 4 AS 29/10 R = SozR 4-1200 § 14 Nr. 15; BSG, Urt. v. 31.10.2007 – B 14/11b AS 63/06 R = SozR 4-1200 § 14 Nr. 10; BSG, Urt. v. 19.10.2010 – B 14 AS 16/09 R; Spellbrink/Becker, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann [Hg.], § 37 SGB II, Sammelkommentierung §§ 36 ff. SGB II, Rn. 4c; vgl. auch: LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 12.4.2006 – L 10 B 134/06 AS ER; LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 29.7.2008 – L 14 B 818/08 AS ER; Bayerisches LSG, Urt. v. 18.8.2006 – L 7 AS 141/06; LSG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 18.3.2008 – L 3 AS 49/07; LSG Sachsen, Urt. v. 31.7.2008 – L 3 AS 139/07; kritisch: VG Würzburg, Urt. v. 31.5.2011 – W 3 K 11.282.

die Entscheidungen fort, die zuvor bereits im Recht der Arbeitslosenhilfe (§§ 190 ff. SGB III a.F.) von einer Anwendbarkeit des Herstellungsanspruchs ausgingen.²⁸⁸⁵ Auch für die eigentliche Sozialhilfe (SGB XII) kann wohl von einer zukünftigen Anwendung ausgegangen werden, sobald ein geeigneter Grundsatzzfall höchstrichterlich entschieden werden muss.²⁸⁸⁶

aa) Sozialhilfe i.e.S. (SGB XII)

Nach §§ 1, 9, 18 SGB XII setzt die Sozialhilfe grds. mit der Kenntnis des Verwaltungsträger von der individuellen Hilfebedürftigkeit eines Bürgers ein und geht nicht über das hinaus, was dieser in seiner Situation zur Sicherung eines menschenwürdigen Lebens bedarf. Sozialhilferechte bestehen nur, soweit der Bürger dieses menschenwürdigen Lebens nicht auf andere Weise sicherstellen kann (§ 2 SGB XII). Da die sozialhilferechtlichen Grundsätze der Bedarfsdeckung und der Gegenwärtigkeit somit auch das SGB XII prägen,²⁸⁸⁷ erscheint ein Ausschluss des Herstellungsanspruchs wie unter der Geltung des BSHG naheliegend.²⁸⁸⁸ Das Gegenwärtigkeitsprinzip wird von der Sozialgerichtsbarkeit inzwischen als sog. Aktualitätsgrundsatz beschrieben²⁸⁸⁹ – ohne dass hiermit inhaltliche Änderungen verbunden wären.

Bevor jedoch überprüft werden soll, ob der Herstellungsanspruch tatsächlich allgemein durch den Aktualitätsgrundsatz bzw. „*Keine Sozialhilfe für die Vergangenheit*“²⁸⁹⁰ ausgeschlossen ist, soll sein überhaupt möglicher Anwen-

²⁸⁸⁵ BSG, Urt. v. 27.4.1989 – 11 RAr 21/88 = SozR 4100 § 134 Nr. 36; BSG, Urt. v. 4.9.1979 – 7 RAr 115/78 = BSGE 49, 30, 33; BSG, Urt. v. 15.5.1985 – 7 RAr 103/83 = BSGE 58, 104, 109 f.; *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 160.

²⁸⁸⁶ Vgl. zu dieser Einschätzung: LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 11.7.2012 – L 2 SO 4215/10; LSG Schleswig-Holstein, Urt. v. 19.12.2007 – L 11 AS 9/07; *Mrozynski*, § 14 SGB I, Rn. 55 m.w.N.; *Streichsbier*, in: Grube/Wahrendorf [Hg.], § 10 SGB XII, Rn. 21 m.w.N.; *Niewald*, in: Münder [Hg.], § 41 SGB XII, Rn. 17; *Dillmann*, DVP 2011, 90, 94 m.w.N.

²⁸⁸⁷ *Grube*, in: Grube/Wahrendorf [Hg.], Einl., Rn. 49, 58 ff., 71 ff.; *Igl/Welti*, SozR, § 57, Rn. 5; *Waltermann*, SozR, Rn. 467; *Trenk-Hinterberger*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 23, Rn. 36, 38; *Schmitz*, ZfSH/SGB 2006, 393, 399.

²⁸⁸⁸ Für einen entsprechenden allgemeinen Ausschluss des Herstellungsanspruchs auch im SGB XII, etwa: *Igl/Welti*, SozR, § 57, Rn. 12; *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6 Rn. 100.

²⁸⁸⁹ BSG, Urt. v. 17.6.2008 – B 8/9b AY 1/07 R = BSGE 101, 49, 69; BSG, Urt. v. 26.8.2008 – B 8 SO 26/07 R = SozR 4-1300 § 44 Nr. 15; LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 20.5.2010 – L 23 SO 157/07; *Grube*, in: Grube/Wahrendorf [Hg.], Einl., Rn. 75.

²⁸⁹⁰ BVerwG, Urt. v. 31.8.1995 – 5 C 9/94 = BVerwGE 99, 149, 156; *Riehle*, ZfSH/SGB 2004, 527, 527.

dungsbereich bzgl. nachträglicher Sozialhilfegewährungen über diesen Anspruch abgesteckt werden.

Zunächst ist der Herstellungsanspruch von einem sog. Kostenerstattungsanspruch bei Selbstbeschaffung zu unterscheiden. Teilweise wird für eine Selbstbeschaffung ein eigenständiges ungeschriebenes Rechtsinstitut angenommen, das einem Bürger die Kosten ersetzt, die diesem infolge des – rechtswidrigen – Ausfalls einer Sozialleistung entstanden sind.²⁸⁹¹ Begründet wird dies über einen allgemeinen (sozialrechtlichen) Rechtsgedanken aus § 13 III SGB V, § 15 I 3 und 4 SGB IX und § 36a III SGB VIII, nach denen ein Verwaltungsträger die tatsächlich entstandenen Kosten zu erstatten hat, die einem Bürger durch das rechtswidrige Vorenthalten seiner Leistung entstanden sind.²⁸⁹² Nach anderer Ansicht ist ein Kostenerstattungsanspruch vielmehr aus einer Gesamtrechtsanalogie zu §§ 679, 683 BGB i.V.m. § 121 BSGH a.F. (nun: § 25 SGB XII) zu entwickeln.²⁸⁹³ Unabhängig davon, ob jede nachträgliche Gewährung von Sozialhilfe überhaupt eine sekundäre Kostenerstattung darstellt,²⁸⁹⁴ handelt es sich bei jedem Kostenerstattungsanspruch um einen Entschädigungsanspruch, der auf Kompensation in Geld gerichtet ist,²⁸⁹⁵ und nicht um einen Restitutionsanspruch. Auch die Befürworter eines Anspruchs aus Selbstbeschaffung unterscheiden diesen Anspruch daher vom Herstellungsanspruch.²⁸⁹⁶

Des Weiteren setzen die Leistungen des SGB XII übereinstimmend eine individuelle Bedürftigkeit des Bürgers i.S.d. gesetzlich beschriebenen Situation voraus.²⁸⁹⁷ Von dieser sozialhilferechtlichen Grundentscheidung darf auch im Wege des Herstellungsanspruchs nicht abgewichen werden. Eine tatsächlich fehlende Bedürftigkeit kann nicht über den Herstellungsanspruch nachträglich fingiert werden. Die Unzulässigkeit der Fiktion einer (früheren) Bedürftigkeit hat das BSG bereits im Recht der bedürftigkeitsabhängigen Arbeitslosenhilfe

²⁸⁹¹ Vgl. hierzu: LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 20.5.2010 – L 23 SO 157/07 m.w.N.; *Mrozynski*, SGB 1987, 404 ff.; *Grube*, NVwZ 2002, 1458, 1460 ff.; *Münder*, SGB 2006, 186, 192; *Riehle*, ZfSH/SGB 2004, 527 ff.; kritisch: *Schmitz*, ZfSH/SGB 2006, 393, 400.

²⁸⁹² Vgl. *Münder*, SGB 2006, 186, 192 (mit Bezug auf: BSG, Urt. v. 30.10.2001 – B 3 KR 27/01 R = BSGE 89, 50, 53 f.; BSG, Urt. v. 24.9.2002 – B 3 P 15/01 R = Die Leistungen Beilage 2004, 298); *Grube*, NVwZ 2002, 1458, 1460 f., 1465 f.; *Riehle*, ZfSH/SGB 2004, 527, 528 m.w.N., 530 f.

²⁸⁹³ *Riehle*, ZfSH/SGB 2004, 527, 530 m.w.N.

²⁸⁹⁴ Zu Recht ablehnend: *Schmitz*, ZfSH/SGB 2006, 393, 400 f.

²⁸⁹⁵ LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 20.5.2010 – L 23 SO 157/07; *Schmitz*, ZfSH/SGB 2006, 393, 400 f.; *Grube*, NVwZ 2002, 1458, 1460 f.

²⁸⁹⁶ Vgl. VG Hamburg, Urt. v. 12.2.2001 – 13 VG 1030/2000; *Münder*, SGB 2006, 186, 192; *Mrozynski*, SGB 1987, 404, 406 f.

²⁸⁹⁷ Statt vieler: *Kokemoor*, SozR, Rn. 395.

nach §§ 190 ff. SGB III a.F. ausdrücklich herausgearbeitet.²⁸⁹⁸ Es gibt keine Anzeichen dafür, dass die Rechtsprechung für das SGB XII von dieser Entscheidungslinie abweichen wird. Die Sozialhilfeleistung wird dem Bürger vom Gesetzgeber nur wegen seiner (besonderen) Bedürftigkeit eingeräumt und ist insofern untrennbar mit dem tatsächlichen Vorliegen von Bedürftigkeit verbunden. Insofern ist bspw. kein Herstellungsanspruch denkbar, der nachträglich auf Mehraufwendungen durch eine Klassenfahrt (§ 34 II Nr. 1 SGB XII) gerichtet ist, wenn der leistungspflichtauslösende Umstand „Klassenfahrt“ tatsächlich nicht unternommen wurde. Genauso wenig können über den Herstellungsanspruch bspw. Hilfen zur Weiterführung des Haushaltes (§§ 70 ff. SGB XII) nachträglich verlangt werden, wenn der Bürger tatsächlich in ein Altenheim umgezogen ist. Dies muss auch für den Fall gelten, dass ein Haushalt gerade infolge der Fehlinformation über die Unmöglichkeit von Weiterführungshilfe aufgegeben worden sein sollte.²⁸⁹⁹

Von vorneherein abzulehnen sind daher auch Versuche, den Herstellungsanspruch bspw. auf die Wiederaufstockung eines sozialhilferechtlichen Schonvermögens i.S.d. § 90 II SGB XII auszudehnen, wenn der Bürger Eigenmittel zur Deckung seines Unterhaltes eingesetzt hat, die er ohne das Fehlverhalten nicht hätte einsetzen müssen (vgl. § 90 II Nr. 4, 9 SGB XII).²⁹⁰⁰ Hier scheint aufgrund eines Schutzbedürfnisses für die fehlbetreuten und finanziell geschädigten Personen, die kaum eigenes Vermögen besitzen, die Versuchung besonders groß, das für angemessen befundene Ergebnis über den Herstellungsanspruch tatsächlich zu erreichen. Dieses Bestreben verwandelt den Herstellungsanspruch aber von einem Restitutionsanspruch, der auf dieselbe Leistung mit einer anderen Begründung gerichtet ist,²⁹⁰¹ in einen „irgendwie gearteten Ersatzanspruch“²⁹⁰² in Geld. Der Herstellungsanspruch ist nicht geeignet, eine Kompensation aller ideellen/wirtschaftlichen Einbußen eines hoheitlichen Fehlverhaltens darzustellen.²⁹⁰³ Wenn der Bürger daher aufgrund einer Fehlinformation zu Unrecht sein Haus durch Verkauf verwertet hat (entgegen

²⁸⁹⁸ BSG, Urt. v. 22.3.1989 – 7 RAr 80/87 = BSGE 65, 21, 26; vgl. zur Unzulässigkeit der nachträglichen Bedürfnisfiktion auch: *Wallerath*, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 67, 86; *Reinhardt*, in: Kraher [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 16; *Dillmann*, DVP 2011, 90, 94 m.w.N.

²⁸⁹⁹ Für den Ausgleich dieser Fälle ist der Betroffene auf eventuelle Schadensersatzansprüche beschränkt. Das BSG hat bzgl. einer nachträglichen Gewährung von Sozialhilfe im Zusammenhang mit § 44 SGB X bereits festgestellt, dass jeder geltend gemachte Bedarf tatsächlich angefallen sein muss (BSG, Urt. v. 29.9.2009 – B 8 SO 16/08 R = BSGE 104, 213, 217; vgl. dazu ausführlich: *Grube*, in: Grube/Wahrendorf [Hg.], Einl., Rn. 155 ff.). Diese Grundsätze sind auch auf den Herstellungsanspruch entsprechend übertragbar.

²⁹⁰⁰ So aber: *Mrozynski*, ZfSH/SGB 2007, 463, 465.

²⁹⁰¹ BSG, Urt. v. 17.7.1979 – 12 RAr 15/78 = BSGE 48, 269, 276 m.w.N.

²⁹⁰² *Wallerath*, DÖV 1994, 757, 762.

²⁹⁰³ Dies betont auch *Mrozynski* an anderer Stelle (*Mrozynski*, § 14 SGB I, Rn. 54).

§ 90 II Nr. 8 SGB XII), kann die Verwaltung nicht über den Herstellungsanspruch verpflichtet werden, ihm das Haus zurückzukaufen bzw. ein neues Haus zu erwerben.

Der zu korrigierende Nachteil liegt daher auch nicht in der Eingehung von wirtschaftlichen Verbindlichkeiten. Wenn der Bürger infolge des Fehlverhaltens keine Sozialhilfe erhält und dadurch gezwungen ist, seinen Lebensunterhalt durch Schulden bei Kreditinstituten oder Angehörigen zu decken, geht der Herstellungsanspruch nicht auf Übernahme dieser Schulden bzw. Freistellung. Die Sozialhilfe dient bereits primärrechtlich nicht der Schuldentilgung,²⁹⁰⁴ an dieser mangelnden Zweckrichtung ändert sich auch nichts, wenn dieselbe Sozialhilfeleistung aufgrund eines Sekundäranspruchs gewährt wird. Sofern Angehörige Aufwendungen anstelle des Sozialleistungsträgers für den Hilfebedürftigen übernommen haben, ist insbesondere der Erstattungsanspruch des § 25 SGB XII einschlägig.

Dadurch ist es dem Bürger allerdings nicht verwehrt, eine ggf. nachträglich gezahlte Sozialhilfe zur Aufstockung seines Schonvermögens oder zur Schuldentilgung einzusetzen. Wichtig ist allein die Erkenntnis, dass der Herstellungsanspruch selbst nicht auf Aufstockung oder Schuldentilgung gerichtet ist, sondern nur auf die entgangene Sozialhilfeleistung.

Eine nachträgliche Herstellung muss sich insofern auf andere Voraussetzungen als eine Bedürftigkeit beziehen, die nachträglich fingiert werden können. Hierbei treten insbesondere die Fälle einer fehlerbedingt unterlassenen Antragstellung bei sozialhilferechtlichen Antragsleistungen und eine fehlerdingte Unkenntnis des Verwaltungsträgers bei sozialhilferechtlichen Kenntnisleistungen in den Blickpunkt. Der mögliche Anwendungsbereich des Herstellungsanspruchs beginnt und endet dort, wo der Bürger – bei tatsächlicher Bedürftigkeit – nachträglich dieselbe Sozialhilfeleistung begehrt, die ihm aufgrund einer fehlenden Antragstellung oder Unkenntnis der Verwaltung nicht gewährt worden ist und die mangelnde Antragstellung/Unkenntnis auf einem hoheitlichen Fehlverhalten beruht. Möglicherweise ist diese Gewährung derselben Sozialleistung durch den sozialhilferechtlichen Aktualitätsgrundsatz jedoch für die Zeiträume allgemein ausgeschlossen, die vor der tatsächlichen Antragstellung oder Kenntnisnahme liegen.

(1) Antragsabhängige Sozialhilfeleistungen

Neben einzelnen Sonderleistungen (z.B.: § 37 I SGB XII) zählt insbesondere die Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung zu den Antragsleistungen des SGB XII (§§ 41 I S. 1, 18 I SGB XII), die als Antragsleistungen im Hinblick auf § 18 I SGB XII eigentlich sozialhilferechtliche Sonderfälle dar-

²⁹⁰⁴ BVerwG, Urt. v. 24.4.1975 – V C 61/73 = BVerwGE 48, 182, 185; *Igl/Welti*, SozR, § 56, Rn. 5.

stellen. Durch das SGB II handelt es sich bei diesen Leistungen allerdings um den praktischen Regelfall, in dem (noch) Sozialhilfe nach dem SGB XII verlangt wird.²⁹⁰⁵ Im Zusammenhang mit Antragsleistungen sind bzgl. der Herstellung zwei Konstellationen grds. zu unterscheiden.

Zunächst kann ein Antragserfordernis nur verfahrensrechtliche Bedeutung haben. Durch die vollständige Erfüllung der materiellen Voraussetzungen ist der Sozialhilfeanspruch dann vollumfänglich entstanden (§ 40 SGB I). In dieser Konstellation ist der sekundäre Herstellungsanspruch aufgrund seiner Subsidiarität gegenüber dem ursprünglichen Leistungsanspruch auf Sozialhilfe nicht anwendbar; es handelt sich bei der „*Nachzahlung ausstehender Leistungen nicht um Leistungen für die Vergangenheit, sondern um die Abwicklung eines noch offenen Verfahrens.*“²⁹⁰⁶ Ein Rechtsnachteil droht dann nur über den zwischenzeitlichen Eintritt der Verjährung (§ 45 SGB I), weil die Verjährungsfrist mit dem Entstehen des Anspruchs zu laufen beginnt (§ 45 I SGB I). Die Frage, ob der Verwaltungsträger dann die Einrede der Verjährung ermessensfehlerfrei erheben kann (§ 45 I, II SGB I i.V.m. §§ 194 ff., 214 BGB), ist ein Anwendungsfall der hierfür vorrangigen Folgenbeseitigungslast²⁹⁰⁷ und braucht hier nicht weiter vertieft zu werden. Im Rahmen dieser Ermessensentscheidung können jedenfalls sowohl der sozialhilferechtliche Aktualitätsgrundsatz als auch der Umstand, dass der Bürger ggf. nur durch das hoheitliche Fehlverhalten von einer Geltendmachung abgehalten worden ist, ausreichend berücksichtigt werden.

Für das Antragserfordernis der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung (§§ 41 I S. 1, 18 I SGB XII) ist jedoch – auch – von einer materiellrechtlichen Bedeutung auszugehen.²⁹⁰⁸ Denn ohne die Willensbekundung, fort-

²⁹⁰⁵ Da die Leistungen des SGB II für erwerbsfähige Personen die Regelungen des SGB XII verdrängen (vgl. §§ 5 II, 7 SGB II i.V.m. § 21 SGB XII), beschränkt sich die praktische Bedeutung der „*Sozialhilfe i.e.S.*“ (SGB XII) regelmäßig auf die Grundsicherung im Alter (§§ 41 ff. SGB XII) und die früheren Hilfen in besonderen Lebenslagen (§§ 47 ff. SGB XII), während die allgemeinen Hilfen zum Lebensunterhalt (§§ 27 ff. SGB XII) nur noch in Sonderfällen praktisch relevant werden. Vgl. zum jeweiligen Anteil an der Sozialhilfe: *Münder*, SGB 2006, 186, 187; *Spellbrink*, in: *Eicher/Spellbrink* [Hg.], 2. Aufl., vor § 1 SGB II, Rn. 2.

²⁹⁰⁶ *Reinhardt*, in: *Krahmer* [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 16; vgl. auch: OVG Saarland, Urt. v. 22.9.2000 – 3 R 42/99; *Mrozynski*, § 14 SGB I, Rn. 51.

²⁹⁰⁷ Diesen Umstand übersieht etwa: OVG Saarland, Urt. v. 22.9.2000 – 3 R 42/99.

²⁹⁰⁸ BSG, Urt. v. 29.9.2009 – B 8 SO 13/08 R = BSGE 104, 207, 210; *Münder*, SGB 2006, 186, 189 m.w.N.; *W. Schellhorn*, in: *Schellhorn/Schellhorn/Hohm/Schneider* [Hg.], § 41 SGB XII, Rn. 20; **a.A.** und für eine ausschließlich verfahrensrechtliche Funktion des Antrages bei § 41 SGB XII: *Mrozynski*, *ZfSH/SGB* 2007, 463, 464; *Wahrendorf*, in: *Grube/Wahrendorf* [Hg.], § 41 SGB XII, Rn. 25.

an Grundsicherungsleistungen erhalten zu wollen, die mit der Antragstellung materiell-rechtlich verknüpft sind, darf keinem Bedürftigen eine Grundsicherung aufgedrängt werden.²⁹⁰⁹ Folgerichtig entsteht ohne die Fiktion einer rechtzeitigen Antragstellung materiell-rechtlich auch kein Anspruch auf Grundsicherung. Dies sind die Fälle, für die möglicherweise der Anwendungsbereich des Herstellungsanspruchs eröffnet ist, der sich auf die Fiktion einer wegen des Fehlverhaltens unterlassenen Antragstellung bezieht. Wenn der Bürger nach § 11 SGB XII über die Möglichkeit einer sozialhilferechtlichen Grundsicherungsleistung zu beraten ist, dient der besondere Beratungsanspruch des § 11 I SGB XII insbesondere auch dazu, dass eine notwendige Antragstellung nach §§ 41 I S. 1, 18 I SGB XII nicht versäumt wird (vgl. §§ 2 II, 9, 17 I Nr. 1 SGB I); m.a.W. will der Gesetzgeber nicht, dass die Geltendmachung eines Grundsicherungsanspruchs bei Personen, die sich beraten lassen, an einer unterlassenen Antragstellung aus Unwissenheit/Fehlinformation scheitert. Bildlich gesprochen soll die Beratung dem bedürftigen Bürger den Weg zur Grundsicherung ebnen und nicht Hindernisse/Abwege eröffnen. Ein Herstellungsanspruch, der die rechtzeitige Antragstellung fingiert, würde diese Schutzrichtung aufgreifen. Dem Sinn des Antrages als Willensbekundung zur Grundsicherung wäre hiermit – auch nachträglich noch – entsprochen. Da weder den §§ 41 I S. 1, 18 I SGB XII noch der Gesetzesbegründung²⁹¹⁰ ausdrücklich zu entnehmen ist, dass jede Nachholbarkeit der materiellen Antragstellung den Sinn einer Grundsicherungsgewährung unterlaufen würde, könnte sich ein allgemeiner Ausschluss allenfalls aus dem Aktualitätsgrundsatz der Sozialhilfe ergeben.²⁹¹¹

Allein die Tatsache, dass der materiell-rechtlich notwendige Antrag tatsächlich zum fraglichen Zeitpunkt fehlt, reicht nicht aus, um bereits einen Ausschluss des Herstellungsanspruchs zu begründen, weil dieser Anspruch gerade für diese Situation entwickelt worden ist.²⁹¹² Die Frage kann daher nur dahingehen, ob die fehlende Antragstellung im Wege der

²⁹⁰⁹ Für eine materiell-rechtliche Bedeutung des Antrages spricht auch seine ausdrückliche Erwähnung als Tatbestandsvoraussetzung des § 41 SGB XII neben den anderen Voraussetzungen der Grundsicherung (Alter oder Erwerbsminderung, Bedürftigkeit und gewöhnlicher Aufenthalt im Inland). Diese Bedeutung geht über § 18 SGB XII hinaus, der ggf. nur das – verfahrensrechtliche – Einsetzen der Sozialhilfe regelt (dazu sogleich). Insofern ging das BSG zu Recht bereits für die Vorgängerregelung des § 1 GSIG von einem materiell-rechtlichen Gehalt der Antragstellung aus (vgl. BSG, Urt. v. 29.9.2009 – B 8 SO 13/08 R = BSGE 104, 207, 210).

²⁹¹⁰ BT-Drs. 14/5150, S. 49.

²⁹¹¹ Vgl. noch zum Recht des BSHG: *Olbertz*, S. 73 („*Auffällig an allen verwaltungsgewärtlichen Entscheidungen, die eine Anwendung des Herstellungsanspruchs unter Bezug auf das Bedarfsdeckungsprinzip ablehnen, ist, daß es sich beim Rückwirkungsverbot um das einzige jeweils in Betracht kommende Leistungshindernis handelte.*“).

²⁹¹² Sinngemäß: *Schmitz*, ZfSH/SGB 2006, 393, 399; *Olbertz*, S. 73 m.w.N.

Herstellung disponibel sein kann. Dies ist nicht der Fall, wenn der Herstellungsanspruch vom Verbot der Leistungen für die Vergangenheit erfasst werden würde.

Möglicherweise ist eine Herstellung, die eine Sozialhilfeleistung vor (tatsächlicher) Antragstellung ermöglicht, rechtlich unzulässig, weil das Gesetz die Gewährung von Sozialhilfe für die Vergangenheit ausschließt. Auf den ersten Blick scheint der Aktualitätsgrundsatz der Sozialhilfe tatsächlich für einen entsprechenden Ausschluss des Herstellungsanspruchs zu sprechen. Denn wenn die Sozialhilfe des SGB XII eine bedarfsdeckende Leistung ist, die den gegenwärtigen Bedarf eines Bedürftigen abdecken soll, kann dieser Bedarf für die Vergangenheit nicht mehr nachträglich gedeckt werden.²⁹¹³ Die Zielsetzung der Sozialhilfe hat sich dann durch Zeitablauf erledigt. Diese Ablehnung einer nachträglichen Gewährung von Leistungen, die dem laufenden Unterhalt des Bedürftigen dienen, ist dabei auch keine sozial- oder verwaltungsgerichtliche (Neu-) Entdeckung. Auch im zivilrechtlichen Unterhaltsrecht findet sich ein grundsätzlicher Ausschluss der Nachforderung von Unterhaltsleistungen für die Vergangenheit (§ 1613 I BGB), welcher auf einen traditionellen deutschen Rechtsgrundsatz zurückgeführt wird („*in praeteritum non vivitur*“ – übersetzt: in der Vergangenheit lebt man nicht).²⁹¹⁴ Dieser Rechtsgrundsatz hat Einfluss auf die Rechtsprechung zum öffentlich-rechtlichen Sozialhilferecht genommen.²⁹¹⁵

Insofern erscheint auch der allgemeine Ausschluss eines auf dieselbe Sozialleistung gerichteten Herstellungsanspruchs zunächst überzeugend, denn von einer nachträglich gewährten Sozialhilfe kann der Bürger nicht (mehr) in der Vergangenheit leben. Wenn man jedoch berücksichtigt, dass die Rechtsprechung – bereits unter der Geltung des BSHG – nicht ausnahmslos jede nachträgliche Zahlung von Sozialhilfe mit dem Hinweis auf das Verbot von Hilfen für die Vergangenheit zurückgewiesen hat,²⁹¹⁶ nimmt diese Überzeugungskraft ab. „*Keine Sozialhilfe für die Vergangenheit*“²⁹¹⁷ wurde zu keinem Zeitpunkt als ein unüberwindlicher absoluter Rechtsgrundsatz verstanden. So wurde das Verbot z.B. durchbrochen, wenn in der Vergangenheit die Zahlung der Sozial-

²⁹¹³ Wallerath, DÖV 1994, 757, 758, 764 f.

²⁹¹⁴ Vgl. hierzu: Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR, S. 695; Engler, in: Staudinger, § 1615 BGB, Rn. 2; Born, in: MüKo BGB, § 1615 BGB, Rn. 1; Schlüter, FamR, § 23, Rn. 316.

²⁹¹⁵ Rothkegel, ZfSH/SGB 2002, 8, 8 m.w.N.; allgemein für öffentlich-rechtliche Unterhaltsleistungen: BVerwG, Urt. v. 15.12.1980 – 6 C 58/78.

²⁹¹⁶ BVerwG, Urt. v. 30.4.1992 – 5 C 12/87 = BVerwGE 90, 154, 156; Wallerath, DÖV 1994, 757, 765; diese Ausnahmen grds. in das SGB XII übertragend: BSG, Urt. v. 29.9.2009 – B 8 SO 16/08 R = BSGE 104, 213, 217.

²⁹¹⁷ BVerwG, Urt. v. 31.8.1995 – 5 C 9/94 = BVerwGE 99, 149, 156; Riehle, ZfSH/SGB 2004, 527, 527.

hilfe gerichtlich erstritten wurde oder der Leistungsträger seinerseits das Begehren säumig bearbeitet hat.²⁹¹⁸ Obwohl auch diese Personen nicht mehr in der Vergangenheit von einer Nachzahlung ihrer Sozialhilfe leben konnten, wurde die Sozialhilfe nachträglich gewährt.

Die Annahme, dass jede Nachzahlung von Sozialhilfe nicht mehr dieselbe Leistung sei, auf die auch der primäre Sozialhilfeanspruch gerichtet war/ist, sondern eine bloße Entschädigungsleistung in Geld darstellt,²⁹¹⁹ kann nicht überzeugen.²⁹²⁰ Besonders deutlich wird dies in dem Ausnahmefall, in dem der Bürger seinen Sozialhilfeanspruch erst im Rechtsweg durchsetzen muss.²⁹²¹ Wenn er – zu Unrecht – während der Dauer des Rechtsstreites keine Sozialhilfeleistung erhält, kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Primäranspruch als Klagegrund allein durch den Zeitablauf untergegangen ist und der Kläger fortan nur noch einen sekundären Entschädigungsanspruch geltend macht, der – zufällig – in identischer Geldhöhe besteht. Überzeugender ist es, davon auszugehen, dass die gerichtlich zugesprochene Geldleistung dieselbe Sozialhilfeleistung ist, die im Hinblick auf den sozialhilferechtlichen Primäranspruch gewährt wird. Schließlich ist die Möglichkeit einer – notfalls auch gerichtlichen – Geltendmachung gerade im Hinblick auf Art. 19 IV GG der Inhalt jedes wehrhaften subjektiven öffentlichen Rechts.²⁹²²

Aber auch in den anderen Ausnahmefällen werden grds. nicht variabel die tatsächlich entstandenen Kosten des Bürgers durch eine Entschädigung abgegolten (bspw. für die tatsächlich eingekauften Lebensmittel), sondern pauschal dieselbe Sozialhilfeleistung noch nachträglich gewährt, die zu gewähren gewesen wäre.²⁹²³ Allenfalls in den sog. Eilfällen werden die tatsächlich entstandenen Kosten für den Anteil der Sozialhilfeleistungen erstat-

²⁹¹⁸ Vgl. BVerwG, Urt. v. 30.4.1992 – 5 C 12/87 = BVerwGE 90, 154, 156; BVerwG, Urt. v. 3.4.1957 – V C 94/56 = BVerwGE 5, 27, 31; BVerwG, Urt. v. 10.5.1979 – V C 79/77 = BVerwGE 58, 68, 70; BVerwG, Urt. v. 30.4.1992 – 5 C 26/88 = BVerwGE 90, 160, 162 m.w.N.; BVerwG, Urt. v. 15.12.1983 – 5 C 65/82 = BVerwGE 68, 285, 289; BVerwG, Urt. v. 30.6.1965 – V C 29/64 = BVerwGE 21, 274, 281; BVerwG, Urt. v. 31.3.1977 – V C 22/76 = BVerwGE 52, 214, 226; OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 9.4.1973 – VIII A 701/72 = FEVS 21, 418, 419; *Wallerath*, DÖV 1994, 757, 765; *Schmitz*, ZfSH/SGB 2006, 393, 399.

²⁹¹⁹ Statt vieler: LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 20.5.2010 – L 23 SO 157/07; *Grube*, NVwZ 2002, 1458, 1460 („*Der Anspruch auf Kostenerstattung für eine in der Vergangenheit liegende Bedarfsdeckung ist nicht mehr der eigentliche Sozialhilfeanspruch, denn es geht nicht mehr um Notlagehilfe – die Notlage ist längst überwunden –, sondern um eine Entlastung von Schulden bzw. Aufwendungen.*“).

²⁹²⁰ So im Ergebnis auch: *Schmitz*, ZfSH/SGB 2006, 393, 400 f.

²⁹²¹ BVerwG, Urt. v. 3.4.1957 – V C 94/56 = BVerwGE 5, 27, 31; BVerwG, Urt. v. 10.5.1979 – V C 79/77 = BVerwGE 58, 68, 70; BVerwG, Urt. v. 30.4.1992 – 5 C 26/88 = BVerwGE 90, 160, 162 m.w.N.

²⁹²² BVerwG, Urt. v. 3.4.1957 – V C 94/56 = BVerwGE 5, 27, 31; *Pietzner*, in: Schulien [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 93, 101 („*Der Hilfebedürftige hat [...] ein subjektives Recht auf Unterstützung, das, wenn es erst einmal geltend gemacht worden ist, nicht mangels Anerkennung der Behörde sogleich wieder untergehen kann.*“).

²⁹²³ Unklar allerdings: BVerwG, Urt. v. 2.9.1993 – 5 C 50/91 = BVerwGE 94, 127, 133.

tet, der selbstbeschafft werden musste. Die Frage, ob ggf. ein sog. Kostenerstattungsanspruch bei der Selbstbeschaffung einer Sozialhilfeleistung anwendbar ist, ist richtig verstanden von der Fällen der nachträglichen Gewährung von Sozialhilfe zu unterscheiden.²⁹²⁴

Der Herstellungsanspruch könnte eine weitere notwendige Ausnahme zum Verbot von nachträglichen Sozialhilfen für die Vergangenheit darstellen.²⁹²⁵

Entsprechend der hier vertretenen Ableitung des Herstellungsanspruchs folgt die Antwort auf die Frage nach der Anwendbarkeit aus der (richtigen) Auslegung des jeweiligen Fachrechts. Soll das Sozialhilferecht des SGB XII also auch in den Herstellungsfällen eine nachträgliche Gewährung der Sozialhilfe ausschließen? Der bloße Hinweis auf das Verbot einer nachträglichen Leistungsgewährung reicht jedenfalls nicht aus, um ein absolutes Verbot der Anwendung des Herstellungsanspruchs im Recht der Sozialhilfe zu begründen.

Die bisher entwickelten Ausnahmen zum sozialhilferechtlichen Grundsatz „Keine Hilfe für die Vergangenheit“ lassen sich in drei Grundkonstellationen untergliedern.²⁹²⁶

- ❖ Situation 1 (sog. Effektivität des Rechtsschutzes): Nachträglich wird einem Bürger Sozialhilfe gewährt, wenn dieser seinen Sozialhilfeanspruch gegen eine Ablehnung der Bewilligung gerichtlich durchsetzbar hat.²⁹²⁷ Begründet wird dies mit dem Gebot eines effektiven Rechtsschutzes gem. Art. 19 IV GG.²⁹²⁸

²⁹²⁴ Zwar beziehen sich auch die entsprechenden Ausführungen *Grubes* vordergründig nur auf den Kostenerstattungsanspruch (*Grube*, NVwZ 2002, 1458, 1460 ff.), für ihn ist aber auch jede Nachzahlung von Sozialhilfe eine reine Kostenerstattung.

²⁹²⁵ Unklar in der Begründung: *Möhle*, ZfSH/SGB 1990, 522, 524 f.

²⁹²⁶ Vgl. zusammenfassend zu den einzelnen Fallgruppen die Darstellungen bei: *Pietzner*, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 93, 99 ff.; *Möhle*, ZfSH/SGB 1990, 522, 524 f.; *Wallerath*, DÖV 1994, 757, 764 f.; *Olbertz*, S. 66 ff.; *Rothkegel*, ZfSH/SGB 2002, 8, 9 ff.

²⁹²⁷ BVerwG, Urt. v. 3.4.1957 – V C 94/56 = BVerwGE 5, 27, 31 („*Der Hilfsbedürftige hat [...] ein subjektives öffentliches Recht auf Unterstützung, das, wenn es erst einmal geltend gemacht worden ist, nicht mangels Anerkennung durch die Behörde sogleich wieder untergehen kann. Andernfalls wäre es der Behörde möglich, durch Bestreiten ihrer Unterhaltungspflichten den Beginn der Zahlung auf Jahre hinauszuschieben [...].*“); BVerwG, Urt. v. 10.5.1979 – V C 79/77 = BVerwGE 58, 68, 70; BVerwG, Urt. v. 30.4.1992 – 5 C 26/88 = BVerwGE 90, 160, 162 m.w.N.

²⁹²⁸ Vgl. BVerwG, Urt. v. 10.5.1979 – V C 79/77 = BVerwGE 58, 68, 70; BVerwG, Urt. v. 15.12.1983 – 5 C 65/82 = BVerwGE 68, 285, 289; BVerwG, Urt. v. 14.9.1972 – V C 62/72 = BVerwGE 40, 343, 346; BVerwG, Urt. v. 30.4.1992 – 5 C 26/88 = BVerwGE 90, 160, 162; BVerwG, Urt. v. 2.9.1993 – 5 C 50/91 = BVerwGE 94, 127, 133; OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 9.4.1973 – VIII A 701/72 = FEVS 21, 418, 419; zurückhalten-

- ❖ Situation 2 (sog. Säumigkeitsrechtsprechung): Wenn dem Bürger in der Vergangenheit aufgrund einer zögerlichen Sachentscheidung Sozialhilfeleistungen nicht erhalten hat, werden diese nachträglich gewährt.²⁹²⁹ Begründet wird dies damit, dass es der Verwaltung nicht zustehe, durch ihr säumiges Verhalten eine Anspruchsverwirklichung zu vereiteln.²⁹³⁰ Hintergrund ist eine Effektivierung der Sozialhilfeleistung.²⁹³¹
- ❖ Situation 3 (sog. Unzumutbarkeit in Eilfällen): Wenn einem Bürger – insbesondere aus Zeitgründen – die rechtzeitige Geltendmachung eines tatsächlich angefallenen Sozialhilfebegehrens bei der Behörde nicht zumutbar war, wird diesem die hierfür vorgesehene Sozialhilfeleistung noch nachträglich gewährt.²⁹³²

Gemeinsam ist diesen Fallgruppen die Überzeugung, dass Hilfe für die Vergangenheit dort (sozialhilfe-) rechtlich gefordert ist, wo die Ursache für einen Anspruchsverlust in der Verantwortungssphäre des Verwaltungsträgers liegt bzw. es dem Bürger nicht vorgeworfen werden kann, dass er die Leistung nicht erhalten hat. Diese Ausnahmewertung findet ihre Entsprechung im zivilrechtlichen Unterhaltsrecht, in dem nach § 1613 II Nr. 2 BGB Unterhaltsansprüche ausnahmsweise – entgegen dem Grundsatz „*in praeteritum non vivitur*“ –

der: Pietzner, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrrertragung, S. 93, 101 (der Gedanke des effektiven Rechtsschutzes träte nur verstärkend hinzu).

²⁹²⁹ BVerwG, Urt. v. 15.12.1983 – 5 C 65/82 = BVerwGE 68, 285, 289; BVerwG, Urt. v. 30.6.1965 – V C 29/64 = BVerwGE 21, 274, 281; BVerwG, Urt. v. 31.3.1977 – V C 22/76 = BVerwGE 52, 214, 226; OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 9.4.1973 – VIII A 701/72 = FEVS 21, 418, 419; Pietzner, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrrertragung, S. 93, 100 („Dort [BVerwG, Urt. v. 15.12.1983 – 5 C 65/82 = BVerwGE 68, 285, 289, Anmerkung des Verfassers] wird beiläufig aus einem nicht veröffentlichten Prozeßkostenhilfebeschluß zitiert, säumig sei die Behörde erst dann, wenn sie einen gerichtlich zuerkannten Anspruch nicht befriedige. [...] Freilich war dies im 68. Band so nicht gemeint. Die mißverständliche Sentenz [...] hätte besser unterbleiben sollen. Ihr vorausgestellt ist die Aussage, die der ständigen Rechtsprechung des Senats entspricht: Der Fall des sogenannten Säumigen Verhalten ist ,dadurch gekennzeichnet, daß der Träger der Sozialhilfe, der [...] Veranlassung gehabt hätte, Hilfe zu gewähren untätig geblieben ist.“); Wallerath, DÖV 1994, 757, 758.

²⁹³⁰ BVerwG, Urt. v. 22.2.1967 – V C 131/66 = BVerwGE 26, 217, 219 f.; Pietzner, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrrertragung, S. 93, 101; vgl. auch: BVerwG, Urt. v. 3.4.1957 – V C 94/56 = BVerwGE 5, 27, 31.

²⁹³¹ BVerwG, Urt. v. 30.4.1992 – 5 C 12/87 = BVerwGE 90, 154, 156; Olbertz, S. 71.

²⁹³² BVerwG, Urt. v. 30.4.1992 – 5 C 12/87 = BVerwGE 90, 154, 156 m.w.N.; BVerwG, Urt. v. 30.4.1992 – 5 C 26/88 = BVerwGE 90, 160, 162; OVG NRW, Urt. v. 6.3.1989 – 8 A 450/87 = FEVS 39, 452, 454; a.A.: VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 18.10.1977 – VI 478/77 = FEVS 26, 118, 121.

nachträglich noch geltend gemacht werden können, wenn der Grund der Nichtgeltendmachung nicht innerhalb der Einflussphäre des Unterhaltsberechtigten gelegen hat. Die gesamte Rechtsprechung zur Ausnahme bei säumigen Verwaltungsverhalten dient allein dazu, „den Sozialhilfeanspruch des Hilfsbedürftigen vor anspruchsvereitelndem Behördenverhalten [...] in Schutz zu nehmen“²⁹³³. Ein Herstellungsanspruch zielt auf nichts anderes ab. Auch dieser Anspruch schützt das Recht eines tatsächlich Hilfebedürftigen vor einer Anspruchsvereitelung seitens der Verwaltung. Dieser Schutz sollte ursprünglich bereits durch den Beratungsanspruch (§ 11 SGB XII) erreicht werden, was nicht bedeutet, dass dieselbe Zielrichtung nicht noch über den Herstellungsanspruch angestrebt werden darf.²⁹³⁴ Wenn der Rechtsgrund für die Ausnahme bei säumigen Verwaltungsverhalten in der Effektivierung des Sozialhilfeanspruchs liegt, lässt sich nicht begründen, warum im Herstellungsfall keine solche Effektivierung des Rechts auf Sozialhilfe eintreten kann.²⁹³⁵ Die inhaltliche Nähe zum Herstellungsanspruch wird auch dadurch deutlich, dass im Allgemeinen auch der Fall eines rechtswidrig verzögerten/säumigen Verwaltungshandelns einen Herstellungsanspruch auslösen kann.²⁹³⁶ Ob eine Anspruchsvereitelung wegen der Missachtung eines subjektiven Rechts auf Betreuung oder auf zügige Sachbearbeitung droht, kann für die Rechtfertigung einer Ausnahme nicht entscheidend sein. Im Hinblick auf die Ausnahmen zu dem Grundsatz „Keine Hilfe für die Vergangenheit“ ist es nicht haltbar, gerade für den Herstellungsfall keine weitere Ausnahme zuzulassen.²⁹³⁷

Schließlich erscheint der Bürger, der eine behördliche Auskunft erhält, dass er keine Sozialhilfe erhalten könne, sogar schützenswerter als derjenige, der weiß, dass er eine Sozialhilfeleistung erhalten kann, aber auf eine Geltendmachung wegen der Eile seines Bedarfs verzichtet. Wenn eine Ausnahme auch in Eilfällen insbesondere über die Effektivität des Rechtsschutzes begründet wird (und die Nichteinlegung von Rechtsschutz i.S.e. Kehrseite mit dem Anspruchsverlust sanktioniert wird),²⁹³⁸ steht dies der Anwendung des Herstellungsanspruchs nicht entgegen, da der Schutz vor fehlerhaften Beratung schwerlich überhaupt im Rechtsweg geltend gemacht werden kann. Die Alternative zum

²⁹³³ Pietzner, in: Schuln [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrrtagung, S. 93, 101.

²⁹³⁴ In diesem Sinne wohl auch: Möhle, ZfSH/SGB 1990, 522, 524 f.

²⁹³⁵ So auch: Olbertz, S. 73 f.

²⁹³⁶ Vgl. BSG, Urt. v. 26.10.1982 – 3 RK 55/81; BSG, Urt. v. 30.10.1985 – 5b RJ 86/84 = SozR 2200 § 1241 a Nr. 9; BSG, Urt. v. 14.1.1986 – 5a RKn 4/84 = SozR 2200 § 1241d Nr. 9; BSG, Urt. v. 26.1.2000 – B 13 RJ 37/98 R = SozR 3-5910 § 91a Nr. 7.

²⁹³⁷ Olbertz, S. 73 f.; Schmitz, ZfSH/SGB 2006, 393, 400.

²⁹³⁸ Vgl. BVerwG, Urt. v. 30.4.1992 – 5 C 12/87 = BVerwGE 90, 154, 156.

Herstellungsanspruch innerhalb des SGB XII wäre letztendlich, dass ein Bürger, der irgendeine Auskunft der Verwaltung erhält, gezwungen wäre, dennoch „*ins Blaue hinein*“ zu klagen, weil er ansonsten seine denkbaren Rechte für die Vergangenheit verliert, die ansonsten wegen der Effektivität des Rechtsschutzes (Art. 19 IV GG) nachträglich noch erfüllt worden wären. Das Recht auf Beratung (§ 11 SGB XII) wäre dann nicht mehr als eine lästige Formalität auf dem unvermeidlichen Weg zu den Sozialgerichten. Dass dieses Verständnis wenig überzeugend ist, liegt auf der Hand.

Darüber hinaus werden die Ausnahmeentscheidungen teilweise auch über eine Analogie zu den §§ 242, 162 BGB gerechtfertigt; wobei der in der Vergangenheit liegende Bedarf „*als materielle Leistungsvoraussetzung der Sozialhilfe [...] als [gegenwärtig] (fort)bestehend fingiert*“²⁹³⁹ wird. Auch diese Bezugnahme auf Treu und Glauben spricht dafür, den Herstellungsanspruch als weitere Ausnahme grds. anzuerkennen, da auch dieser eine (konkretisiertere) Ausprägung von Treu und Glauben darstellt.²⁹⁴⁰ Die Vorstellung, dass Treu und Glauben im Sozialhilferecht in dieser Fragestellung anders konkretisiert werden müsse als in den anderen Bereichen des Sozialrechts (bspw. wegen des Verbots von Hilfen für die Vergangenheit), ist zwar nicht von vorneherein zurückzuweisen. Dennoch ist diese Annahme wenig überzeugend, wenn gerade über Treu und Glauben – entgegen dem Verbot von Hilfen für die Vergangenheit – eine nachträgliche Gewährung von Sozialhilfe zugelassen werden kann und nichts anderes als dieses Verbot gegen eine Anwendung spricht. Was die Herstellungsfälle im Hinblick auf Treu und Glauben von den anderen Fällen wertungsmäßig unterscheiden soll, in denen eine Durchbrechung des Grundsatzes „*Keine Hilfen für die Vergangenheit*“ angenommen wird, bleibt offen.

Wichtige normative Rückschlüsse lassen sich für diese Konstellation auch aus der Rechtsprechung zur nachträglichen Gewährung von Sozialhilfe im Zusammenhang mit § 44 SGB X ziehen. Auch wenn nicht leichtfertig von der Anwendbarkeit des § 44 SGB X auf den Herstellungsanspruch geschlossen werden darf,²⁹⁴¹ wird der enge normative Zusammenhang zwischen beiden In-

²⁹³⁹ Pietzner, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 93, 100; vgl. auch: BVerwG, Urt. v. 15.12.1983 – 5 C 65/82 = BVerwGE 68, 285, 287 f.; OVG NRW, Urt. v. 6.3.1989 – 8 A 450/87 = FEVS 39, 452, 455; Rothkegel, ZfSH/SGB 2002, 8, 9; Münder, SGB 2006, 186, 192 m.w.N.; Krasney, ZAP 1996 [Fach 18], 449, 464; Olbertz, S. 72; vorsichtiger: BVerwG, Beschl. v. 6.8.1982 – 5 B 137/81; BVerwG, Urt. v. 10.5.1979 – V C 79/77 = BVerwGE 58, 68, 75.

²⁹⁴⁰ Vgl. Kap. 1 E.II.2.d.; Kap. 2 B.II.3.c.

²⁹⁴¹ Mroczynski, § 14 SGB I, Rn. 52.

stituten²⁹⁴² in der Diskussion über die Anwendbarkeit des Herstellungsanspruchs im Sozialhilferecht oftmals übersehen. Das BVerwG hat zum BSHG entschieden, dass die Anwendbarkeit des § 44 SGB X (einschließlich der vierjährigen Nachzahlungspflicht aus § 44 IV SGB X) auf das Sozialhilferecht wegen des vorrangigen Grundsatzes „*Keine Hilfe für die Vergangenheit*“ ausgeschlossen sei.²⁹⁴³ Da § 44 IV SGB X nicht als reine Rechtsfolgenverweisung verstanden wird, die originär bei jeder Rücknahme des Verwaltungsaktes eine vierjährige Nachzahlungspflicht begründet, sondern vielmehr voraussetzt, dass materiell-rechtlich noch – über die vier Jahre hinweg – ein entsprechender Leistungsanspruch bestand,²⁹⁴⁴ erfolgt die Begründung letztlich über § 37 S. 1 SGB I als materiell-rechtliche Besonderheit des Sozialhilferechts.²⁹⁴⁵ Von diesem Verständnis des Sozialhilferechts ausgehend erscheint auch die Begründung eines Herstellungsanspruchs problematisch. Denn wenn eine Leistung auch dann nicht rückwirkend erbracht werden kann, falls dem entstandenen Anspruch nur ein fehlerhafter, bestandskräftiger Verwaltungsakt entgegensteht, spricht einiges dafür, dass nachträglich erst recht keine Leistung erbracht werden kann, deren Leistungsvoraussetzungen wegen eines Verwaltungsfehlers noch nicht einmal vollständig erfüllt worden sind. Das BSG hat die grundsätzliche Ablehnung des § 44 SGB X für das Sozialhilferecht unter der Geltung des SGB XII jedoch nicht aufrechterhalten.²⁹⁴⁶ Wenn demnach die weitreichende Korrekturpflicht des § 44 I SGB X im Sozialhilferecht herangezogen werden kann, lässt sich dies wiederum als Argument für die Anwendbarkeit des Herstellungsanspruchs anführen. Denn wenn nach § 44 I SGB X ein rechtswidriger Verwaltungsakt unbedingt zurückzunehmen ist und dann auch eine Nachzahlungspflicht bestehen kann, kann es nicht überzeugen, eine Nachzahlung allgemein auszuschließen, falls es wegen des Fehlverhaltens nicht einmal zum Erlass des rechtswidrigen Verwaltungsaktes gekommen ist, der dann nach § 44 I SGB X aufzuheben wäre.

²⁹⁴² Vgl. hierzu: Kap. 2 B.II.4.b.bb.

²⁹⁴³ BVerwG, Urt. v. 15.12.1983 – 5 C 65/82 = BVerwGE 68, 285, 289; vgl. auch: *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6 Rn. 99; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 614; kritischer zu dieser Rechtsprechung: *Rothkegel*, ZfSH/SGB 2002, 8, 9 ff.

²⁹⁴⁴ Vgl. BSG, Urt. v. 23.7.1986 – 1 RA 31/85 = BSGE 60, 158, 166; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 614 m.w.N.

²⁹⁴⁵ Vgl. die zusammenfassende Darstellung bei: *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 614 f.; *Rothkegel*, ZfSH/SGB 2002, 8, 8.

²⁹⁴⁶ BSG, Urt. v. 29.9.2009 – B 8 SO 16/08 R = BSGE 104, 213, 214 ff.; vgl. auch: LSG NRW, Urt. v. 25.2.2008 – L 20 SO 31/07; *Riehle*, ZfSH/SGB 2004, 527, 531 m.w.N.; *Conradis*, ASR 2010, 249, 253 f.; *Mrozynski*, § 14 SGB I, Rn. 52, 55; ausführlich zur Änderung der Rechtsprechung: *Grube*, in: Grube/Wahrendorf [Hg.], Einl., Rn. 155 ff.

Seit dem 1. April 2012 ist diese Frage durch § 116a SGB XII endgültig zugunsten einer sozialhilferechtlichen Anwendbarkeit des § 44 SGB X entschieden worden.²⁹⁴⁷ Im Sozialhilferecht ist daher im Zusammenhang mit einer Fehlerkorrektur die nachträgliche Gewährung von Sozialhilfe grds. möglich (§ 116a SGB XII i.V.m. § 44 I, IV SGB X). Dies spricht weiterhin für eine Anwendung auch des Herstellungsanspruchs. Allerdings ergibt sich aus § 116a SGB XII zugleich auch eine wichtige Einschränkung hinsichtlich des Umfangs der Herstellungspflicht. Abweichend von der Vier-Jahresfrist des § 44 IV SGB X werden Sozialhilfeleistungen nämlich nach der Sonderregelung des § 116a SGB XII nur rückwirkend für ein Jahr gewährt. Wenn eine nachträgliche Gewährung von Sozialleistungen über den Herstellungsanspruch daher im Allgemeinen analog § 44 IV SGB X auf vier Jahre zu begrenzen ist, muss auch die nachträgliche Gewährung von Sozialhilfe über den Herstellungsanspruch analog § 116a SGB XII auf ein Jahr beschränkt werden.²⁹⁴⁸

Allgemein sind daher auch für die Herstellungsfälle Ausnahmen vom Grundsatz „*Keine Hilfe für die Vergangenheit*“ anzunehmen, wenn eine materiell-rechtlich notwendige Antragstellung wegen eines Fehlverhaltens des Verwaltungsträgers unterlassen wurde.²⁹⁴⁹ Ob im Einzelfall speziellere Wertungen einer Antragsleistung mit einer Herstellung unterlaufen werden würden, ist gesondert für diesen Einzelfall zu überprüfen. Der Herstellungsanspruch ist innerhalb des SGB XII bzgl. einer Fiktion der rechtzeitigen Antragstellung im Bereich der Grundsicherung (§§ 41 ff. SGB XII) jedenfalls grds. anwendbar.²⁹⁵⁰

(2) Antragsunabhängige Sozialhilfeleistungen

Teilweise wird für eine Anwendung des Herstellungsanspruchs im Sozialhilferecht eine Differenzierung zwischen antragsabhängigen und -unabhängigen

²⁹⁴⁷ BGBl. 2011 I, S. 453; zu dieser Einschätzung der Neuregelung gelangt auch: *Conradis*, ASR 2010, 249, 254.

²⁹⁴⁸ So auch: *Grube*, in: Grube/Wahrendorf [Hg.], § 116a SGB XII, Rn. 1.

²⁹⁴⁹ So im Ergebnis auch: *Mrozynski*, § 14 SGB I, Rn. 51 m.w.N.; *ders.*, ZfSH/SGB 2007, 463, 465; *Schellhorn*, in: Schellhorn/Schellhorn/Hohm/Schneider [Hg.], § 11 SGB XII, Rn. 25; *Schmitz*, ZfSH/SGB 2006, 393 ff.; *Streichsbier*, in: Grube/Wahrendorf [Hg.], § 10 SGB XII, Rn. 21 m.w.N.; wohl auch: *Grube*, in: Grube/Wahrendorf [Hg.], Einl., Rn. 152 ff.; *Berlit*, in: Münder [Hg.], § 11 SGB XII, Rn. 5 m.w.N.; vgl. auch: Bayerisches LSG, Urte. v. 17.7.2008 – L 11 B 166/08 SO PKH.

²⁹⁵⁰ *Streichsbier*, in: Grube/Wahrendorf [Hg.], § 10 SGB XII, Rn. 21 m.w.N.

Leistungen vorgeschlagen.²⁹⁵¹ Sofern nicht ausnahmsweise eine Antragstellung erforderlich ist, setzt nach § 18 I SGB XII (als Nachfolgeregelung zu § 5 BSHG a.F.) die Sozialhilfe – bereits – mit der Kenntnis des Leistungsträgers von der Verwirklichung der Leistungsvoraussetzungen ein. Daraus wird teilweise abgeleitet, dass der Herstellungsanspruch hier regelmäßig überflüssig sei, weil in einem Herstellungsfall von einer Kenntnis des Verwaltungsträgers ausgegangen werden könne (insbesondere, weil ansonsten kaum ein Beratungsfehler in Bezug auf die Sozialhilfeberechtigung vorliegen könne); insofern bestünde auch der vorrangige Primäranspruch auf Sozialhilfe.²⁹⁵² Der Bürger verlange insofern auch keine Leistungen für die Vergangenheit, weil die fraglichen Zeiträume nicht vor der Kenntnisnahme (i.S.d. Fehlberatung) liegen.²⁹⁵³ In Wirklichkeit ist die Anwendbarkeitsfrage im Zusammenhang mit Sozialhilfeleistungen, die eine Kenntnisnahme des Verwaltungsträgers voraussetzen, allerdings weitaus komplexer.

Da die Kenntniserlangung im Sozialhilferecht an die Stelle der sonst sozialrechtlich üblichen Antragstellung tritt, lassen sich auch bei der Kenntnis verfahrensrechtliche und materiell-rechtliche Bedeutung unterscheiden.²⁹⁵⁴ Sofern einer Kenntnis allein verfahrensrechtliche Bedeutung zukommt,²⁹⁵⁵ ist der Primäranspruch auf die Sozialhilfeleistung entstanden (§ 40 SGB I) und schließt einen Herstellungsanspruch infolge der Subsidiarität aus. Für diese Fälle kommt ein Herstellungsanspruch demnach tatsächlich nicht in Betracht. Sofern der zwischenzeitliche Eintritt der Verjährung korrigiert werden soll, fällt dies in den Anwendungsbereich der Folgenbeseitigungslast.

Sobald einer Kenntnis hingegen auch eine materiell-rechtliche Bedeutung zukommt,²⁹⁵⁶ beginnt bei fehlender Kenntnis der Anwendungsbereich des Her-

²⁹⁵¹ Etwa: *Niewald*, in: Münder [Hg.], § 41 SGB XII, Rn. 17; wohl auch: *Streichsbier*, in: Grube/Wahrendorf [Hg.], § 10 SGB XII, Rn. 21 m.w.N.; unklar: *Schmitz*, *ZfSH/SGB* 2006, 393, 401.

²⁹⁵² *Reinhardt*, in: Krahmer [Hg.], § 14 SGB I, Rn. 16; *Mrozynski*, § 14 SGB I, Rn. 51 ff.; *Heinz*, *Zeitschrift für das Fürsorgewesen* 2009, 12, 19.

²⁹⁵³ *Mrozynski*, § 14 SGB I, Rn. 51 ff.

²⁹⁵⁴ Vgl. *Mrozynski*, *ZfSH/SGB* 2007, 463, 463 f.

²⁹⁵⁵ Vgl. *Mrozynski*, *ZfSH/SGB* 2007, 463, 467 f.

²⁹⁵⁶ Die allgemeinen Verwaltungsgerichte scheinen sogar jeder Kenntnis i.S.d. § 5 BSHG a.F. auch eine materiell-rechtliche Bedeutung zugesprochen zu haben; vgl.: BVerwG, Urt. v. 8.7.1982 – 5 C 96/81 = BVerwGE 66, 90, 93; VGH Hessen, Urt. v. 15.12.1992-9 UE 1694/87 = FEVS 44, 247, 249 („Denn sobald der Träger der Sozialhilfe von der Notlage Kenntnis erhält, entsteht nach § 5 BSHG der Anspruch des Bedürftigen.“); *Mrozynski*, *ZfSH/SGB* 2007, 463, 468. Kritisch hierzu (und ausschließlich von einer rein verfahrensrechtlichen Bedeutung der Kenntnisnahme nach § 18 I SGB XII ausge-

stellungsanspruchs. Sofern Sozialhilfe nachträglich für Zeiträume erbracht werden soll, die vor der Kenntnisnahme liegen, stellt sich die Frage nach der Disponibilität der Kenntniserlangung im Wege der Herstellung. Bei fehlender materiell-rechtlich notwendiger Kenntnisnahme sind in diesem Zusammenhang m.E. drei wesensverschiedene Fallkonstellationen auseinanderzuhalten.

Zunächst kann eine behördliche Unkenntnis bestehen, die nicht auf ein rechtswidriges Verhalten zurückgeführt werden kann. Bspw. erfährt der Sachbearbeiter nicht von wichtigen Umständen, ohne dass eine Veranlassung bestanden hätte, hiernach zu fragen oder von sich aus in diese Richtung zu ermitteln. In diesen Fällen ist der Herstellungsanspruch bereits mangels einer hoheitlichen Pflichtverletzung tatbestandlich nicht einschlägig.

Daneben ist weiterhin der Fall denkbar, dass die Unkenntnis von dem Vorliegen der Leistungsvoraussetzungen darauf beruht, dass der Verwaltungsträger rechtswidrig nicht zu der Schlussfolgerung gelangt, dass hier die Leistungsvoraussetzungen erfüllt sind (bspw. geht er fehlerhaft davon aus, dass keine Hilfebedürftigkeit vorliege). Auch für diesen Fall ist kein Herstellungsanspruch denkbar. Allein das Bekanntsein der tatsächlichen Umstände reicht für die Kenntnis der Notlage aus – eine zutreffende rechtliche Bewertung oder subjektive Gewissheit der Erfüllung ist für eine Kenntnis i.S.d. § 18 SGB XII nicht erforderlich.²⁹⁵⁷ Wenn ein Sachbearbeiter daher den ihm bekannten Lebenssachverhalt falsch oder gar nicht subsumiert, ändert dies nichts an dem Vorliegen von Kenntnis.²⁹⁵⁸ Der vorrangige Primäranspruch ist dann aufgrund der vollständigen Erfüllung seiner Anspruchsvoraussetzungen entstanden.

Schließlich ist auch der Fall denkbar, dass einem Verwaltungsträger gerade aufgrund eines hoheitlichen Fehlverhaltens ein tatsächlicher Umstand unbekannt bleibt. Bspw. fragt ein Sachbearbeiter rechtswidrig nicht nach einem Umstand (bzw. ermittelt diesen nicht von Amts wegen), dessen Vorliegen die Hilfebedürftigkeit aufgezeigt hätte. Mangels Kenntnis des Vorliegens der Leistungsvoraussetzungen entsteht in diesem Fall kein vorrangiger Primäranspruch. Nur hier ist deshalb ein Herstellungsanspruch denkbar.

Für diesen einzig verbleibenden zulässigen Anwendungsfall eines Herstellungsanspruchs kann aufgrund derselben Erwägungen wie bei antragsbedürftigen Leistungen nicht von einem allgemeinen Ausschluss durch das Verbot der Hilfeleistungen für die Vergangenheit ausgegangen werden. Die Begründung

hend): *Grube*, in: *Grube/Wahrendorf* [Hg.], § 18 SGB XII, Rn. 16 (die Vorschrift bestimme nur, wann die Erfüllung eines bereits entstandenen Anspruch „einsetze“).

²⁹⁵⁷ *Groth*, in: *BeckOK*, § 18 SGB XII, Rn. 4.

²⁹⁵⁸ Andernfalls wäre auch ein Rechtsschutz gegen rechtswidriges Verwaltungsverhalten – das immer auch eine falsche Subsumtion beinhaltet – nicht denkbar.

einer weiteren Ausnahme für die Herstellungsfälle hat nichts damit zu tun, ob Leistungen für Zeiträume vor einer notwendigen Kenntnisnahme oder einer Antragstellung begehrt werden.²⁹⁵⁹ Die Voraussetzung der Kenntnisnahme selbst bezweckt, dass der Staat nur verpflichtet ist, in den Notlagen Sozialhilfe zu gewähren, in denen ihm die Notlage bekannt, nachprüfbar und noch korrigierbar ist; der Staat soll vor „*unüberschaubaren Leistungen bewahrt werden*“²⁹⁶⁰. Da die Kenntnisnahme nicht dazu dient, „*rechtswidriges Behördenhandeln zu honorieren*“²⁹⁶¹ (genauer: sich allein hierdurch Leistungsfreiheit zu erkaufen), schließt der Regelungszweck des § 18 I SGB XII eine Fiktion der Kenntnis nicht aus, falls die Unkenntnis auf einem hoheitlichen Fehlverhalten beruht.²⁹⁶²

Auch bei der Überwindung einer fehlenden Kenntnis mittels Herstellungsanspruchs ist aber die zeitliche Grenze des § 116a SGB XII zu beachten.

(3) *Zwischenergebnis*

Die Anwendbarkeit des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs im Sozialhilferecht des SGB XII ist nicht absolut durch das sozialhilferechtliche Strukturprinzip „*Keine Hilfe für die Vergangenheit*“ ausgeschlossen. Allerdings verbleibt überhaupt nur ein enger Bereich zulässiger Anwendung, da insbesondere eine fehlende Bedürftigkeit nicht nachträglich fingiert werden kann. In den verbleibenden Situationen (fehlende Antragstellung/Kenntnis) wird der sekundäre Herstellungsanspruch oftmals durch den ebenfalls entstandenen primären Sozialhilfeanspruch auf dieselbe Sozialhilfeleistung verdrängt.

Sofern ein Herstellungsanspruch zu einem nachträglichen Bezug von Sozialhilfe führt, ist in Analogie zu § 116a SGB XII zudem von einem engen zeitlichen Ausschluss auszugehen.

bb) Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II)

Da es sich auch bei der Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II) materiellrechtlich um Sozialhilfe handelt, gelten grds. dieselben Strukturprinzipien.²⁹⁶³

²⁹⁵⁹ Schmitz, ZfSH/SGB 2006, 393, 401.

²⁹⁶⁰ Schmitz, ZfSH/SGB 2006, 393, 399 f.; Olbertz, S. 74.

²⁹⁶¹ Olbertz, S. 74.

²⁹⁶² Schmitz, ZfSH/SGB 2006, 393, 400.

²⁹⁶³ Grube, in: Grube/Wahrendorf [Hg.], Einl., Rn. 49; Bieback, in: Gagel, 52. EGL., vor §§ 1 ff. SGB II, Rn. 15 ff.; Schmitz, ZfSH/SGB 2006, 393, 399; deutlich zurückhaltender

Inbesondere ist auch ein Verbot von Hilfen für die Vergangenheit in den Regelungen des SGB II erkennbar (vgl. § 37 II 1 SGB II). Da es sich bei den Leistungen des SGB II nach § 37 I SGB II um Antragsleistungen handelt, bezieht sich dieses Verbot auf Zeiträume, die vor der Antragstellung liegen. Für die Anwendbarkeit des Herstellungsanspruchs kann daher im Wesentlichen auf die Ausführungen zu den antragsbedürftigen Sozialhilfeleistungen des SGB XII verwiesen werden.

Die praktische Bedeutung des Herstellungsanspruchs innerhalb des SGB II sollte nicht unterschätzt werden, weil die wohl überwiegende Ansicht in § 37 SGB II keine Fristbestimmung sieht.²⁹⁶⁴ Wegen der daraus folgenden Unanwendbarkeit der Wiedereinsetzungsregelung des § 27 SGB X,²⁹⁶⁵ ist der Herstellungsanspruch – ggf. neben § 28 SGB X – die einzig verbleibende Möglichkeit, nachträglich noch fehlende Antragstellungen nachzuholen.

Insofern scheidet eine Fiktion anderer Anspruchsvoraussetzungen als der Antragstellung, die insbesondere eine Bedürftigkeit des jeweiligen Bürgers begründen, als „*an sich unzulässiges*“ Amtshandeln aus. Für den verbleibenden Fall der Fiktion einer (früheren) Antragstellung kommt beim Herstellungsanspruch nur das Versäumnis materiell-rechtlich notwendiger Anträge in Betracht – bei rein verfahrensrechtlichen Anträgen ist der vorrangige Primäranspruch bereits entstanden. Für das Antragserfordernis des § 37 I SGB II ist von einer derartigen materiell-rechtlichen Bedeutung auszugehen.²⁹⁶⁶

Zunächst ist bei materiell-rechtlich notwendigen Antragstellungen im SGB II aufgrund derselben Erwägungen, die bereits für das SGB XII erarbeitet worden sind, eine weitere Ausnahme zum allgemeinen Verbot bzgl. Hilfeleistungen für die Vergangenheit für den Herstellungsanspruch anzunehmen.²⁹⁶⁷ Des Weiteren stehen auch die besonderen Wertungen des § 37 II 1 SGB II einem Herstel-

und kritischer überhaupt zu der Vorstellung derartiger Strukturprinzipien noch: *Spellbrink*, in: Eicher/Spellbrink [Hg.], 2. Aufl., vor § 1 SGB II, Rn. 4 ff.

²⁹⁶⁴ BSG, Ur. v. 18.1.2011 – B 4 AS 99/10 R = SozR 4-4200 § 37 Nr. 5 m.w.N. („*Dem folgt der Senat, denn § 37 SGB II setzt keine Frist fest, sondern regelt lediglich das Verhältnis zwischen Leistungsbeginn und Antragstellung. Die Antragstellung selbst ist nicht an eine Frist gebunden und der Ausschluss der Leistungsgewährung vor dem Tag der Antragstellung stellt keine materiell-rechtliche Ausschlussfrist dar [...].*“); von Wulffen, in: von Wulffen [Hg.], § 27 SGB X, Rn. 4.

²⁹⁶⁵ BSG, Ur. v. 18.1.2011 – B 4 AS 99/10 R = SozR 4-4200 § 37 Nr. 5; von Wulffen, in: von Wulffen [Hg.], § 27 SGB X, Rn. 4.

²⁹⁶⁶ Vgl. BT-Drs. 15/1516, S. 62 („*Der Antrag auf Leistungen hat konstitutive Wirkung, so dass Leistungen erst ab Antragstellung zustehen.*“); unklar: *Schmitz*, ZfSH/SGB 2006, 393, 401.

²⁹⁶⁷ Vgl. Kap. 3 A.II.3.a.aa.

lungsanspruch nicht entgegen.²⁹⁶⁸ Obwohl das SGB XII keine § 37 II 1 SGB II vergleichbare ausdrückliche Regelung enthält, ist mit § 37 SGB II keine inhaltliche Verschärfung gegenüber den allgemeinen sozialhilferechtlichen Grundsätzen für Antragsleistungen bezweckt; es handelt sich vielmehr um eine deutliche „gesetzliche Klarstellung gerade dieses einschränkenden Prinzips“²⁹⁶⁹. Ein anderes Verständnis des § 37 II 1 SGB II stünde im Widerspruch zu den weitreichenden Betreuungspflichten innerhalb des SGB II,²⁹⁷⁰ die nach § 2 II SGB I auf den tatsächlichen Erhalt der Leistung ausgerichtet sind.²⁹⁷¹ Aufgrund dessen überzeugt es nicht, in § 37 II 1 SGB II gerade eine Regelung der Situation zusehen, dass eine frühere Antragstellung aufgrund eines hoheitlichen Fehlverhaltens unterlassen wurde.²⁹⁷²

Eine besondere zeitliche Begrenzung des Herstellungsanspruchs ergibt sich analog § 40 I 2 SGB II, der – wie § 116a SGB XII – zum 1. April 2012 in Kraft getreten ist.²⁹⁷³ Abweichend von § 44 IV SGB X ist eine nachträgliche Leistungserbringung nur bis zu einem Jahr rückwirkend möglich.

Besonders erwähnenswert im Zusammenhang mit der Anwendung des Herstellungsanspruchs im Recht der Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II) erscheint, dass für diesen Bereich weder die Rechtsprechung noch die Literatur ernsthafte Zweifel erhoben haben.²⁹⁷⁴ Das einhellige Bekenntnis zum Herstellungsanspruch steht im Gegensatz zum Sozialhilferecht des SGB XII und ist m.E. vorrangig historisch zu erklären. Bereits im Recht der Arbeitslosenhilfe (§§ 190 ff. SGB a.F.) handelte es sich um Antragsleistungen,

²⁹⁶⁸ Etwa: *Striebinger*, in: Gagel, 52. EGL., § 37 SGB II, Rn. 67 ff.; *Spellbrink/Becker*, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann [Hg.], § 37 SGB II, Sammelkommentierung §§ 36 ff. SGB II, Rn. 4c; *Link*, in: Eicher [Hg.], § 37 SGB II, Rn. 23 f., 22; *Schmitz*, *ZfSH/SGB* 2006, 393, 401 f.

²⁹⁶⁹ *Schmitz*, *ZfSH/SGB* 2006, 393, 401; vgl. auch: *Schoch*, in: Münder [Hg.], § 37 SGB II, Rn. 17 („*Sie* [die Regelung des § 37 II 1 SGB II, Anmerkung des Verfassers] *hat lediglich deklaratorische Bedeutung und dient als Anknüpfungspunkt zu Satz 2.*“).

²⁹⁷⁰ Vgl. hierzu: *Greiser*, in: Eicher [Hg.], § 4 SGB II, Rn. 8.

²⁹⁷¹ *Schmitz*, *ZfSH/SGB* 2006, 393, 401 f.

²⁹⁷² Der Gesetzesbegründung ist jedenfalls kein Beleg für diese Ansicht zu entnehmen (vgl. BT-Drs. 15/1516, S. 62).

²⁹⁷³ BGBl. 2011 I, S. 453, 473.

²⁹⁷⁴ BSG, Urt. v. 18.1.2011 – B 4 AS 29/10 R = SozR 4-1200 § 14 Nr. 15; BSG, Urt. v. 31.10.2007 – B 14/11b AS 63/06 R = SozR 4-1200 § 14 Nr. 10; BSG, Urt. v. 19.10.2010 – B 14 AS 16/09 R; *Loos*, NVwZ 2009, 1267, 1272 m.w.N.; *Groth/Hohm*, NJW 2011, 2335, 2339; *Schmitz*, *ZfSH/SGB* 2006, 393, 401 f.; *Greiser*, in: Eicher [Hg.], § 4 SGB II, Rn. 8 f.; *Link*, in: Eicher [Hg.], § 37 SGB II, Rn. 23 f., 30; *Bieback*, in: Gagel, 52. EGL., § 4 SGB II, Rn. 22; vgl. auch: LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 12.4.2006 – L 10 B 134/06 AS ER; LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 29.7.2008 – L 14 B 818/08 AS ER; Bayerisches LSG, Urt. v. 18.8.2006 – L 7 AS 141/06; LSG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 18.3.2008 – L 3 AS 49/07; LSG Sachsen, Urt. v. 31.7.2008 – L 3 AS 139/07; kritisch: VG Würzburg, Urt. v. 31.5.2011 – W 3 K 11.282.

auf die die Rechtsprechung den Herstellungsanspruch frühzeitig angewandt hat.²⁹⁷⁵ Da die Arbeitslosenhilfe im Zuge der Schaffung der Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II) aufgehoben wurde, wird die Rechtsprechung zum Herstellungsanspruch wohl überwiegend in einer bruchlosen Fortführung dieser früheren Rechtsprechung gesehen.

Mangels bereichsspezifischer Ausschlussgründe bleibt der allgemeine sozialrechtliche Herstellungsanspruch daher auch für das SGB II grds. anwendbar. Hierbei kommt ein Herstellungsanspruch bspw. in Betracht, wenn ein Sachbearbeiter dem hilfsbedürftigen Antragssteller eine (Folge-) Antragstellung rechtswidrig ausredet oder diesen zur Rücknahme des Antrags überredet.²⁹⁷⁶ Ein anderer Anwendungsfall liegt vor, falls ein Sachbearbeiter vor einer Klassenfahrt die fehlerhafte Auskunft erteilt, dass eine Antragstellung für den Mehrbedarf § 28 II 1 SGB II nur nachträglich erfolgen könne. Sofern die Klassenfahrt tatsächlich durchgeführt wurde (der Hilfsbedürftigkeit auslösende Bedarf also tatsächlich entstanden ist), kann eine frühere Antragstellung über den Herstellungsanspruch fingiert werden.²⁹⁷⁷

b) Kinder- und Jugendhilferecht (SGB VIII)

Im Kinder- und Jugendhilferecht des SGB VIII kommt ein Herstellungsanspruch insbesondere dort in Betracht, wo es nicht um Eingriffsbefugnisse i.S. anderer Aufgaben (§ 2 I Alt. 2, III i.V.m. §§ 42 ff. SGB VIII) geht, sondern um Leistungen (§ 2 I Alt. 1, II i.V.m. §§ 11 ff. SGB VIII). Das SGB VIII gewährt hierbei nur wenige Geldleistungen, sondern ist auf unterstützende Entwicklungshilfe in Form von staatlichen Sach- und Dienstleistungen ausgerichtet (vgl. § 2 II SGB VIII).²⁹⁷⁸ Während sich das BVerwG bislang nicht positioniert hat, äußern die unterinstanzlichen Verwaltungsgerichte überwiegend Vorbehalte gegen eine Anwendung des Herstellungsanspruchs.²⁹⁷⁹ Wie bereits darge-

²⁹⁷⁵ BSG, Urt. v. 27.4.1989 – 11 RAr 21/88 = SozR 4100 § 134 Nr. 36; BSG, Urt. v. 4.9.1979 – 7 RAr 115/78 = BSGE 49, 30, 33; BSG, Urt. v. 15.5.1985 – 7 RAr 103/83 = BSGE 58, 104, 109 f.; *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 160; vgl. zusammenfassend zu dieser Rechtsprechung: *Wallerath*, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrtagung, S. 67, 70 f., 86.

²⁹⁷⁶ Vgl. *Striebinger*, in: Gagel, 52. EGL., § 37 SGB II, Rn. 68.

²⁹⁷⁷ Beispiel nach: *Zimmermann*, Das Hartz IV Mandat, § 1, Rn. 51.

²⁹⁷⁸ Vgl. für einen Überblick: *Kokemoor*, SozR, Rn. 416.

²⁹⁷⁹ VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 11.5.1994 – 7 S 2632/93; OVG NRW, Urt. v. 24.10.2007 – 12 B 1520/07; OVG NRW, Beschl. v. 13.12.2007 – 12 E 1227/07; OVG NRW, Beschl. v. 10.3.2011 – 12 A 2722/10; VG Würzburg, Urt. v. 18.3.2010 – W 3 K 09.525 (wobei das Gericht fälschlicherweise glaubt, dass das SGB VIII inhaltlich zum allgemeinen Verwaltungs- und nicht zum besonderen Sozialrecht zählt); VG Hamburg, Urt. v. 12.2.2001 – 13 VG 1030/2000; offengelassen: OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v.

stellt wurde, reichen die hierfür vorgebrachten Argumente (Wesensverschiedenheit zum Sozialversicherungsrecht, mangelnde Dauerhaftigkeit der Leistung)²⁹⁸⁰ allerdings nicht aus, um ein besonderes kinder- und jugendhilferechtliches Strukturprinzip zu begründen, das in der Lage wäre, einen allgemeinen Ausschluss des sozialrechtlichen Herstellungsanspruch im SGB VIII zu rechtfertigen.²⁹⁸¹ Insofern ist von der Anwendbarkeit des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs grds. auszugehen.²⁹⁸²

Allerdings verbleibt auch dann nur ein enger potentieller Anwendungsbereich des Herstellungsanspruchs. Schließlich sind die Leistungserbringer des SGB VIII – bei deren Tätigkeit zahlreiche (Beratungs-) Fehler entstehen können – regelmäßig Privatrechtssubjekte, für deren Tätigkeit der Herstellungsanspruch nicht einschlägig ist; hier bleibt es bei der Anwendung des zivilrechtlichen Haftungssystems.²⁹⁸³ Aber selbst wenn das fehlerhafte Verhalten eines Verwaltungsträgers festgestellt werden kann, bedeutet dies nicht immer, dass ein Herstellungsanspruch zur Fehlerkorrektur zulässig wäre.

Die seltenen Geldleistungsansprüche des SGB VIII sind regelmäßig Kostenübernahmeansprüche gegenüber dem Leistungsträger (vgl. §§ 21 S. 2, 23 II Nr. 1 und 3, 39 I 2 SGB VIII). Sofern die Kosten tatsächlich nicht entstanden sind, fehlt es an einem leistungspflichtauslösenden Umstand, der nicht im Wege des „*an sich zulässigen*“ Amtshandelns fingiert werden kann. Schließlich kann davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber als Hilfeleistung nur etwas erstatten möchte, für das auch tatsächlich Kosten angefallen sind. Falls die Kos-

14.3.2006 – OVG 6 M 6.06; VG Frankfurt, Urt. v. 2.2.2011 – 7 K 2761/09.F; **a.A.:** VG Frankfurt, Urt. v. 29.11.2007 – 7 E 5822/06 = ASR 2009, 122, 122 f.; unklar: OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 25.10.2012 – 7 A 10671/12.

²⁹⁸⁰ VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 11.5.1994 – 7 S 2632/93.

²⁹⁸¹ Sofern die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung auch innerhalb des SGB VIII die Gegenwärtigkeit und die Notwendigkeit einer vorherigen Bedarfskenntnis des Verwaltungsträgers betont (etwa: BVerwG, Urt. v. 28.9.2000 – 5 C 29/99 = BVerwGE 112, 98, 101, 104; OVG NRW, Urt. v. 8.11.1982 – 8 A 56/81 = FEVS 32, 416 [noch zum Recht des JWG]; *Wiesner*, in: Wiesner [Hg.], vor §§ 11 ff. SGB VIII, Rn. 29, 32 f.; kritisch hierzu: *Wallerath*, DÖV 1994, 757, 765), können die entsprechenden Ausführungen zum Sozialhilferecht sinngemäß übertragen werden; vgl. Kap. 3 A.II.3.a.aa.

²⁹⁸² So auch: VG Frankfurt, Urt. v. 29.11.2007 – 7 E 5822/06 = ASR 2009, 122, 122 f.; *Münder*, in: Münder/Meysen/Trenczek [Hg.], § 1 SGB VIII, Rn. 34 m.w.N.; *Wabnitz*, Rechtsansprüche gegenüber Trägern der öffentlichen Kinder- und Jugendhilfe, S. 77 f.; vorsichtig: OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 25.10.2012 – 7 A 10671/12 (das seine Lösung zumindest nicht ausdrücklich auf den allgemeinen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch stützen möchte); *Wallerath*, DÖV 1994, 757, 765.

²⁹⁸³ *Münder*, in: Münder/Meysen/Trenczek [Hg.], § 1 SGB VIII, Rn. 36; vgl. ausführlich zum Ausschluss des Herstellungsanspruchs bei zivilrechtlichen Rechtsverhältnissen: Kap. 2 B.III.1.

ten tatsächlich entstanden sind, entsteht materiell-rechtlich regelmäßig auch der vorrangige primäre Erstattungsanspruch; eine vorherige Antragstellung ist hierfür nicht erforderlich.²⁹⁸⁴ Allein in den verbleibenden Fällen ist ein Herstellungsanspruch denkbar. Sofern es um Kosten i.S.d. § 36a I oder II SGB VIII geht, steht dem Herstellungsanspruchs schließlich noch der besondere Kostenersatzanspruch des § 36a III SGB VIII als abschließende Regelung entgegen.²⁹⁸⁵

Die Sach- und Dienstleistungen des SGB VIII sind nach § 1 SGB VIII auf den besonderen Förderungsbedarf junger Menschen (§ 7 I Nr. 1 bis 4 SGB VIII) und die Bedürfnisse der Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten (§ 7 I Nr. 5 und 6 SGB VIII) zugeschnitten. Wegen dieser gesetzlichen Grundentscheidung kann das tatsächliche förderungsfähige Alter grds. nicht im Wege der Herstellung disponibel sein. Da die Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe auf den typischen Entwicklungsstand des Kindes in einem bestimmten Alter abgestimmt sind, kann eine Leistung nicht mehr nachträglich in zulässiger Weise erbracht werden, falls tatsächlich eine Altersgrenze für diese Sach- oder Dienstleistung des SGB VIII bereits überschritten worden ist. Der Hilfebedürftige muss die seinem gegenwärtigen Alter entsprechenden (sozialrechtlichen) Leistungsangebote nutzen. Insofern kann bspw. ein mittlerweile neunjähriges Kind nicht nachträglich noch in eine Kindertagesstätte aufgenommen werden, nur weil seine Eltern früher rechtswidrig nicht über den Anspruch auf einen Förderungsplatz (§ 24 I SGB VIII) beraten worden sind und diesen Platz deshalb nicht eingefordert haben.²⁹⁸⁶

Auch wenn daher kein allgemeiner Ausschluss des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs im SGB VIII erkennbar ist, ist im Einzelfall genau zu betrachten, für welche Situation eine Leistung mittels Herstellung überhaupt noch nachträglich im Sinne des SGB VIII erbracht werden kann.²⁹⁸⁷

²⁹⁸⁴ *Wiesner*, in: *Wiesner* [Hg.], vor §§ 11 ff. SGB VIII, Rn. 29; *Münder*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 23, Rn. 96; *Kunkel*, in: *Kunkel* [Hg.], Anh 5, Rn. 15.

²⁹⁸⁵ § 36a SGB VIII kann in diesen Fällen ebenso wie § 13 III SGB V (vgl. hierzu: Kap. 1 B.III.1.b.bb.) als eine den Herstellungsanspruch ausschließende Regelung verstanden werden (wohl auch: *Kunkel*, in: *Kunkel* [Hg.], § 36a SGB VIII, Rn. 10)

²⁹⁸⁶ In diesem Sinne auch: *Rixen*, NJW 2012, 2839, 2843. Der altersbezogene Förderanspruch sei ein „*verwaltungsrechtliches ‚Fixgeschäft‘*“ (NJW 2012, 2839, 2841).

²⁹⁸⁷ So auch: *Wallerath*, DÖV 1994, 757, 765.

c) Ausbildungsförderung (BAföG)

Die bundesrechtliche Ausbildungsförderung unterfällt in die berufliche Ausbildung (§§ 59 ff., 77 ff. SGB III) und die Ausbildung in Schulen und Hochschulen (§ 2 I 1 BAföG).²⁹⁸⁸ Während die Anwendbarkeit des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs im Recht der beruflichen Ausbildung unbestritten ist,²⁹⁸⁹ wird dies für die Ausbildungsförderung in Schulen und Hochschulen nach dem BAföG von den zuständigen allgemeinen Verwaltungsgerichten (§ 54 I BAföG) unterschiedlich beurteilt. Obwohl das BAföG nach § 68 Nr. 1 SGB I zum sog. formellen Sozialrecht zählt – und damit die Wertungen des SGB I und SGB X grds. anwendbar sind –, gehen die Entscheidungen mehrheitlich von einer Unanwendbarkeit des Herstellungsanspruchs aus.²⁹⁹⁰ Das BVerwG hat die Frage nach der Anwendbarkeit des Herstellungsanspruchs hingegen ausdrücklich unbeantwortet gelassen.²⁹⁹¹ In der Literatur wird ein Herstellungsanspruch gerade im Recht des BAföG überwiegend für zulässig gehalten.²⁹⁹²

Für das BAföG kann dieser befürwortenden Ansicht grds. zugestimmt werden. Es sind im BAföG keine Anzeichen für eine Sonderwertung erkennbar, mit der der Gesetzgeber von den allgemeinen Wertungen des SGB I und SGB X grds. abgerückt wäre. Dieselben auch hier für eine Unanwendbarkeit vorge-

²⁹⁸⁸ Vgl. *Igl/Welti*, SozR, § 64, Rn. 1; *Waltermann*, SozR, Rn. 504.

²⁹⁸⁹ Etwa: BSG, Urt. v. 29.1.2008 – B 7/7a AL 68/06 R = BSGE 100, 6, 11 f.; LSG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 24.5.2012 – L 2 AL 82/09.

²⁹⁹⁰ Etwa: OVG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 24.3.2009 – 3 L 260/07; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 21.2.1994 – 7 S 758/93; OVG Niedersachsen, Urt. v. 12.11.1993 – 10 O 4994/93; VG Magdeburg, Urt. v. 22.2.2012 – 4 A 125/11; *Wallerath*, in: *Schulin* [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 67, 72 f. m.w.N.; offengelassen: Bayerischer VGH, Urt. v. 24.9.2008 – 12 BV 07.1939; OVG Hamburg, Urt. v. 24.6.1996 – Bs IV 8/96; VG Gelsenkirchen, Urt. v. 20.1.2006 – 15 K 3699/03; VG Ansbach, Urt. v. 14.1.2010 – AN 2 K 09.00569; VG Ansbach, Urt. v. 19.4.2007 – AN 2 K 04.01246; VG München, Urt. v. 23.4.2009 – M 15 K 07.2468; VG Frankfurt, Urt. v. 18.12.2008 – 3 K 913/08.F; **a.A.:** OVG NRW, Urt. v. 5.4.1984 – 16 A 2521/82 = KMK-HSchR 1984, 890, 894; VG Sigmaringen, Urt. v. 25.6.1979 – III 368/79 = KMK-HSchR 1980, 42; VG Ansbach, Urt. v. 22.6.2006 – AN 2 K 05.02448; wohl auch: OVG NRW, Urt. v. 6.8.2010 – 12 A 1189/09; OVG NRW, Urt. v. 9.5.1995 – 16 A 1830/93; OVG NRW, Urt. v. 4.12.1996 – 16 A 6772/95 (wobei ausdrücklich nur auf den unkonkretisierten Grundsatz von Treu und Glauben analog §§ 242, 162 BGB Bezug genommen wird); unklar: OVG Hamburg, Urt. v. 28.11.1997 – Bf IV 35/95.

²⁹⁹¹ BVerwG, Urt. 23.2.2010 – 5 C 13/09 = NVwZ-RR 2010, 570; BVerwG, Urt. v. 15.11.1994 – 11 C 19/94 = FamRZ 1995, 765, 767.

²⁹⁹² Etwa: *Pietzner*, in: *Schulin* [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 93, 98 m.w.N.; *Pietzner/Müller*, *VerwArch.* 85 [1994], 603, 615 ff.; *Olbertz*, S. 76; *Ramsauer*, in: *Ramsauer/Stallbaum/Sternal* [Hg.], § 41 BAföG, Rn. 9; *Kreuz*, in: *Rothe/Blanke* [Hg.], 36. EGL., § 41 BAföG, Rn 19.1 m.w.N.; offengelassen: *Schepers*, § 41 BAföG, Rn. 1; *Wallerath*, *DÖV* 1994, 757, 764.

brachten Argumente (kein Sozialversicherungsrecht, keine Dauerleistung, mangelnde Intensität der Beratungspflichten)²⁹⁹³ überzeugen nicht.²⁹⁹⁴ Dass – anders als im Sozialhilferecht – zudem nicht eine Hilfebedürftigkeit der eigentliche Leistungsgrund ist, zeigt sich bereits an der Ausgestaltung des BAföG, wonach jeder Auszubildende unter den Voraussetzungen der §§ 1 ff. BAföG einen Anspruch auf Ausbildungsförderung hat; vielmehr entfällt dieser Anspruch, falls der Auszubildende nicht bedürftig ist (§ 11 II bis IV BAföG).²⁹⁹⁵ Ziel des Gesetzes ist nicht, eine reine wirtschaftliche Bedarfsdeckung in der Gegenwart sicherzustellen, sondern eine Chancengleichheit hinsichtlich des Fortganges der Ausbildung zu erreichen.²⁹⁹⁶ Das BVerwG beschreibt den Rechtscharakter des BAföG deshalb ausdrücklich dahingehend, dass diesem anders als dem Sozialhilferecht kein allgemeines Verbot von Hilfen für die Vergangenheit zu entnehmen ist, weil das Ausbildungsförderungsrecht „*nicht auf die Beseitigung einer aktuellen Notlage, sondern darauf gerichtet [ist], die Chancengleichheit durch die finanzielle Sicherstellung einer der Neigung, Eignung und Leistung entsprechenden Ausbildung zu verwirklichen.*“²⁹⁹⁷ Bei einer solchen Charakterisierung muss das Rechtsgebiet so verstanden werden, dass es auch einer Herstellung grds. zugänglich bleibt.²⁹⁹⁸

Dass dem BAföG kein allgemeines Verbot von Ausbildungsförderung für die Vergangenheit entnommen werden kann, zeigt sich bereits daran, dass das BVerwG – anders als im Sozialhilferecht – zu einer Anwendung des § 44 IV SGB X im BAföG gelangt.²⁹⁹⁹ Diese Entscheidungspraxis zugunsten der weiterreichenden Korrekturpflicht des § 44 SGB X legt die ergänzende Anwendung des Herstellungsanspruchs nahe.

Dennoch ist der zulässige Anwendungsbereich des Herstellungsanspruchs im BAföG nicht unbegrenzt. Da die Ausbildungsförderung an dem durch die Ausbildung entstehenden Bedarf von Lebensunterhalt *und* Ausbildung ausgerichtet ist (§ 11 I BAföG), kann der Beginn oder die Fortführung einer förderungsfähigen Ausbildung nicht nachträglich fingiert werden. Diese gesetzliche Grundentscheidung kann bzgl. einer Herstellung nicht disponibel sein. Wenn ein

²⁹⁹³ VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 21.2.1994 – 7 S 758/93; OVG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 24.3.2009 – 3 L 260/07; VG Magdeburg, Urt. v. 22.2.2012 – 4 A 125/11.

²⁹⁹⁴ Vgl. hierzu: Kap. 3 A.II.1.a.

²⁹⁹⁵ *Kokemoor*, SozR, Rn. 422.

²⁹⁹⁶ *Richter*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 31, Rn. 2; *Igl/Welti*, SozR, § 64, Rn. 2; *Wallerath*, DÖV 1994, 757, 764.

²⁹⁹⁷ BVerwG, Urt. v. 25.4.1985 – 5 C 123/83 = BVerwGE 71, 220, 223.

²⁹⁹⁸ *Pietzner*, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 93, 98; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 616.

²⁹⁹⁹ Statt vieler: BVerwG, Urt. v. 25.4.1985 – 5 C 123/83 = BVerwGE 71, 220, 223 ff.; VG Frankfurt, Urt. v. 23.3.2009 – 3 K 3803/08.F.

Student bspw. aufgrund einer Fehlberatung sein Studium aufgibt, weil er zu Unrecht glaubt, keine Ausbildungsförderung mehr erhalten zu können, kann die fehlende Fortführung des Studiums nicht nachträglich als erfolgt fingiert werden.³⁰⁰⁰ Falls ein potentiell Berechtigter aufgrund einer Fehlberatung erst gar kein förderungsfähiges Studium aufnimmt, kann die Aufnahme des Studiums nicht nachträglich fingiert werden. Die tatsächlichen Umstände, wegen derer der Gesetzgeber eine Ausbildung überhaupt fördern will, müssen eingetreten sein, um nachträglich überhaupt noch Ausbildungsförderung erhalten zu können.

Da es sich bei den Leistungen des BAföG nach § 46 I BAföG um Antragsleistungen handelt, beschränkt sich der zulässige Anwendungsbereich des Herstellungsanspruchs im Wesentlichen auf die Fälle, in denen (allein) die materiell-rechtlich erforderliche schriftliche Antragstellung³⁰⁰¹ unterblieben ist. Die materiell-rechtliche Bedeutung der Antragstellung ergibt sich aus den Wirkungen des Antrags nach § 15 I BAföG,³⁰⁰² wonach Ausbildungsförderung nicht für Zeiträume vor der Antragstellung geleistet wird. Selbst wenn keine allgemeinen Ausschlussgründe gegen eine Anwendung im BAföG sprechen, könnte ein Herstellungsanspruch durch die speziellen Wertungen des § 15 I BAföG ausgeschlossen sein, falls es um die nachträgliche Fiktion einer rechtzeitigen Antragstellung geht. Es wäre jedoch nicht überzeugend, in § 15 I BAföG eine Regelung zu sehen, mit der gerade auch für den Herstellungsfall eine abschließende Regelung getroffen werden soll. Durch die weitreichende Beratungspflicht des § 41 III BAföG bringt der Gesetzgeber schließlich eine besondere Verantwortlichkeit der Verwaltungsträger zum Ausdruck, wonach der Bürger auf dem Weg zum Erhalt der ihm zustehenden BAföG-Leistungen behördlich unterstützt werden soll. Zu der Beratungspflicht zählt insbesondere die

³⁰⁰⁰ Insofern ist auch dem OVG Hamburg im Ergebnis zuzustimmen, wenn das Gericht die Herstellung für einen Fall verneint, in dem der Antragssteller sein Studium im Ausland fortgesetzt hat und damit die Voraussetzung des inländischen Studiums nach § 4 BAföG nicht länger erfüllt (vgl. OVG Hamburg, Urt. v. 28.11.1997 – Bf IV 35/95). Gleiches gilt für den Fall, dass eine tatsächliche Hilfebedürftigkeit i.S.d. §§ 1, 11 BAföG nicht feststellbar ist (VG Gelsenkirchen, Urt. v. 20.1.2006 – 15 K 3699/03). Wenig überzeugend ist es hingegen, einen Herstellungsanspruch nur deshalb als rechtlich unzulässig anzusehen, weil § 5 BAföG eine gebundene Entscheidung vorsehe (so aber: VG Augsburg, Urt. v. 27.3.2012 – Au 3 K 11.782). Der Anspruch wurde schließlich gerade für diese Situation entwickelt.

³⁰⁰¹ *Ramsauer*, in: *Ramsauer/Stallbaum/Sternal* [Hg.], § 46 BAföG, Rn. 2.

³⁰⁰² BVerwG, Urt. v. 23.6.1993 – 11 C 16/92 = NVwZ 1995, 75, 75 m.w.N.; *Pietzner*, in: *Schulin* [Hg.], SDRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 93, 98.

individuelle Information über Antragsmöglichkeiten.³⁰⁰³ § 41 III BAföG soll also vermeiden, dass es für den Bürger zum Eintritt der Wirkungen des § 15 I BAföG kommt, der sich beraten lässt. Dass der Gesetzgeber – vor dem Hintergrund des § 2 II SGB I – hiervon mit § 15 I BAföG wieder abgerückt wäre, ist nicht ersichtlich. Für § 15 I BAföG ist darüber hinaus kein schützenswertes Interesse erkennbar, das einer nachträglichen Gewährung von Ausbildungsförderung entgegenstehen würde, wenn der ansonsten leistungsberechtigte Bürger nur aufgrund einer hoheitlichen Fehlberatung keinen Antrag gestellt hat. Auch der besondere Regelungszweck des § 15 I BAföG steht einem Herstellungsanspruch somit nicht entgegen.³⁰⁰⁴

Dass § 15 BAföG einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 27 SGB X hingegen nicht zugänglich ist, liegt nicht daran, dass eine absolute Ausschlussfrist i.S.d. § 27 V SGB X vorläge.³⁰⁰⁵ Vielmehr bestimmt § 15 I BAföG überhaupt keine Frist für die Antragstellung, so dass § 27 SGB X bereits mangels Frist nicht anwendbar sein soll.³⁰⁰⁶ Die Fiktion der Antragstellung kann daher nur über den Herstellungsanspruch erfolgen.

d) Wohngeldrecht (WoGG)

Das Wohngeldrecht nach dem WoGG zählt zum formellem Sozialrecht (§ 68 Nr. 10 SGB I), auch wenn für diesen Bereich allein die allgemeinen Verwaltungsgerichte nach § 40 I VwGO zuständig sind. Ob ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch damit auch im WoGG anwendbar ist oder durch wohngeldrechtliche Besonderheiten verdrängt wird, ist umstritten.³⁰⁰⁷ Die teilweise hier-

³⁰⁰³ Vgl. *Ramsauer*, in: Ramsauer/Stallbaum/Sternal [Hg.], § 41 BAföG, Rn. 8; *Winkler*, in: BeckOK, § 41 BAföG, Rn. 9.

³⁰⁰⁴ So auch: *Pietzner*, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 93, 98; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 616 f.; *Fischer*, in: Rothe/Blanke [Hg.], 36. EGL., § 15 BAföG, Rn. 4; offengelassen: OVG NRW, Urt. v. 20.9.2010 – 12 E 637/10; OVG NRW, Urt. v. 17.1.2011 – 12 E 970/10.

³⁰⁰⁵ **A.A.** wohl: *Pietzner*, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 93, 99.

³⁰⁰⁶ BVerwG, Urt. v. 23.6.1993 – 11 C 16/92 = NVwZ 1995, 75, 75; *Ramsauer*, in: Ramsauer/Stallbaum/Sternal [Hg.], § 15 BAföG, Rn. 2; *Pietzner*, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39, S. 93, 99; **a.A.**: OVG NRW, Urt. v. 30.5.1989 – 16 A 1671/87.

³⁰⁰⁷ Gegen eine Anwendung des Herstellungsanspruchs im WoGG: BVerwG, Urt. v. 18.4.1997 – 8 C 38/95 = NJW 1997, 2966 ff.; Bayerischer VGH, Urt. v. 30.12.1992 – 12 B 90.700; VG Düsseldorf, Urt. v. 30.3.2007 – 21 K 5192/05; *Schwerz*, in: Schwerz [Hg.], § 27 WoGG, Rn. 8. Offengelassen: BSG, Urt. v. 2.2.2006 – B 10 EG 9/05 R = BSGE 96, 44, 53. Für eine Anwendung auch im WoGG hingegen: VG Bremen, Urt. v. 29.6.1995 – 2 A 463/93 = NVwZ-RR 1996, 272; *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 395; wohl auch: *Wallerath*, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 67, 87 f.

zu vorgetragene rechtsdogmatische Allgemeinkritik an der Figur des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs³⁰⁰⁸ ist jedenfalls ihrerseits rechtsdogmatisch nicht haltbar.³⁰⁰⁹ Näher anhand der rechtlichen Besonderheiten des WoGG argumentiert das BVerwG. In einem Fall, in dem mit dem Herstellungsanspruch die Fiktion einer nach § 25 II 1 WoGG (§ 27 II 1 WoGG a.F.) fristgemäßen Antragstellung bewirkt worden wäre, wurde herausgearbeitet, dass die gesetzliche Frist des § 25 II 1 WoGG nicht im Wege einer Herstellung disponibel sei.³⁰¹⁰ Entscheidungsleitend war dabei aber nicht der Rechtscharakter des WoGG, sondern die allgemeine Überzeugung, dass der richterrechtliche Herstellungsanspruch für gesetzliche Fristversäumnisse – auch im WoGG – von § 27 SGB X verdrängt werde.³⁰¹¹

Das BSG hat diese Begründung später zu Recht zurückgewiesen; der Herstellungsanspruch wird nicht allgemein durch § 27 SGB X verdrängt.³⁰¹² Das wohngeldrechtliche Ergebnis selbst wurde vom BSG hingegen – entsprechend seiner fehlenden Entscheidungsbefugnis – nicht beanstandet. Vielmehr lässt das Gericht ausdrücklich offen, ob dem WoGG ein spezielles Strukturprinzip inneohnt, welches die Annahme rechtfertigt, dass der Gesetzgeber hier von der allgemeinen sozialrechtlichen Zulässigkeit des Herstellungsanspruchs abgewichen wäre (und damit nur § 27 SGB X anwendbar ist).³⁰¹³

Die Begründung eines solchen allgemeinen Ausschluss für das WoGG ergibt sich jedenfalls nicht bereits aus einer mangelnden Vergleichbarkeit mit dem Sozialversicherungsrecht.³⁰¹⁴ Sofern man – die Nähe zum Sozialhilferecht der Sozialhilfe in besonderen Lebenslagen betonend³⁰¹⁵ – für das WoGG ein allgemeines Verbot von Hilfe für die Vergangenheit annimmt, muss auch hier für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch eine weitere Ausnahme zugelassen

³⁰⁰⁸ Bayerischer VGH, Urt. v. 30.12.1992 – 12 B 90.700.

³⁰⁰⁹ Vgl. Kap. 2 B.III.3.

³⁰¹⁰ BVerwG, Urt. v. 18.4.1997 – 8 C 38/95 = NJW 1997, 2966, 2969.

³⁰¹¹ BVerwG, Urt. v. 18.4.1997 – 8 C 38/95 = NJW 1997, 2966, 2969; in diesem Sinne auch: VG Düsseldorf, Urt. v. 30.3.2007 – 21 K 4996/05; *Schwerz*, in *Schwerz* [Hg.], § 27 WoGG, Rn. 8.

³⁰¹² BSG, Urt. v. 2.2.2006 – B 10 EG 9/05 R = BSGE 96, 44, 44 ff.; vgl. hierzu ausführlich: Kap. 1 B.III.1.b.cc. (2).

³⁰¹³ BSG, Urt. v. 2.2.2006 – B 10 EG 9/05 R = BSGE 96, 44, 53. In einer späteren Entscheidung umging wiederum das BVerwG diese Problematik, indem es § 8 V Ber-RehaG überhaupt nicht als Fristbestimmung ansah (weshalb § 27 SGB X ohnehin nicht anwendbar war) und § 25 II 1 WoGG zu einem wohngeldrechtlichen Sonderfall erklärte (BVerwG, Urt. v. 30.6.2011 – 3 C 36/10 = BVerwGE 140, 103, 106 f.).

³⁰¹⁴ Vgl. Kap. 3 A.II.1.a.

³⁰¹⁵ Vgl. *Igl/Welti*, *SozR*, § 65, Rn. 1.

werden.³⁰¹⁶ Überhaupt lässt sich die Übertragbarkeit des Grundsatzes „*Keine Hilfe für die Vergangenheit*“ auf das WoGG bezweifeln (vgl. § 27 I 2 WoGG).³⁰¹⁷ Denn nach § 1 I WoGG soll das WoGG dem Bürger nicht nur das gegenwärtige Bedarfsminimum einer menschenwürdigen Existenz hinsichtlich seines laufenden Unterhaltes sichern, sondern bezweckt allgemein die wirtschaftlichen Sicherung angemessener und familiengerechter Wohnmöglichkeiten; die Zielrichtung des WoGG erschöpft sich nicht in einer bloßen Hilfe zum Überleben. Wenn der Bürger die Kosten für eine entsprechende Wohnung in der Vergangenheit getragen hat, scheint gerade das Ziel der wirtschaftlichen Sicherung grds. noch nachträglich mit dem Erhalt der entsprechenden Geldleistungen (als Miet- oder Lastenzuschuss, § 1 II, § 3 WoGG) erreichbar. Mit der Grundintention des § 1 I WoGG ist es daher nicht unvereinbar, auch nachträglich noch Wohngeld zu erhalten.

Ein weiteres Argument für die Möglichkeit einer nachträglichen Wohngeldgewährung ist die wohnrechtliche Anwendbarkeit des § 44 SGB X nach § 31 S. 2 WoGG. Wenn Wohngeld bei der Korrektur rechtswidriger Verwaltungsakte nachträglich zu gewähren ist, spricht dies allgemein dafür, dass eine nachträgliche Gewährung von Wohngeld auch im Zusammenhang mit der Korrektur anderer Formen hoheitlichen Fehlverhaltens möglich ist.³⁰¹⁸ Allerdings ist analog der speziellen Sonderregelung des § 31 S. 1 WoGG die nachträgliche Gewährung von Wohngeld über den Herstellungsanspruch – abweichend von der allgemeinen vierjährigen Frist analog § 44 IV SGB X – auf zwei Jahre zu begrenzen. Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch ist daher – mit einer besonderen zeitlichen Einschränkung analog § 31 S. 1 WoGG – grds. im Wohngeldrecht anwendbar.³⁰¹⁹

³⁰¹⁶ Vgl. ausführend die entsprechende Ausnahme-Begründung zum Sozialhilferecht: Kap. 3 A.II.3.a.aa.

³⁰¹⁷ Vgl. VG Bremen, Urt. v. 29.6.1995 – 2 A 463/93 = NVwZ-RR 1996, 272, 273.

³⁰¹⁸ VG Bremen, Urt. v. 29.6.1995 – 2 A 463/93 = NVwZ-RR 1996, 272, 273 („*Es macht [...] keinen Sinn, bei der nachträglichen Gewährung von Sozialleistungen zwischen Sozialleistungsberechtigten zu differenzieren, denen nach einem Antrag Sozialleistungen durch Bescheid zu Unrecht abgelehnt worden sind und die dagegen keinen Rechtsbehelf eingelegt haben, und solchen Personen, die aufgrund fehlerhafter Auskunft durch den Sozialleistungsträger gar nicht erst einen Antrag gestellt hatten.*“).

³⁰¹⁹ So im Ergebnis auch: VG Bremen, Urt. v. 29.6.1995 – 2 A 463/93 = NVwZ-RR 1996, 272, 272 f. Nach seiner eigenen Begründung muss eigentlich auch das BVerwG von der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Herstellungsanspruchs im WoGG ausgehen. Denn wenn das Gericht den Herstellungsanspruch mangels Regelungslücke durch die Anwendbarkeit des § 27 SGB X auf Fristversäumnisse des § 25 II 1 WoGG verdrängt sieht (BVerwG, Urt. v. 18.4.1997 – 8 C 38/95 = NJW 1997, 2966, 2967 f.), muss es davon ausgehen, dass der Herstellungsanspruch ohne die speziellere Regelung des § 27 SGB X

Diese grundsätzliche Anwendbarkeit des Herstellungsanspruchs im WoGG bedeutet allerdings auch hier nicht, dass damit über jede Nichtverwirklichung von Anspruchsvoraussetzungen nachträglich hinweg geholfen werden könnte. So muss davon ausgegangen werden, dass der Herstellungsanspruch nachträglich weder den Bezug einer förderungsfähigen Wohnung nach § 3 WoGG noch eine Bedürftigkeit i.S.d. §§ 7 f., 13 ff., 20 f. WoGG fingieren darf. Sein zulässiger Anwendungsbereich beschränkt sich regelmäßig auf die nachträgliche Überwindung nicht erfolgter Antragstellungen nach §§ 22 I, 25 II WoGG. Da das Antragerfordernis richtig verstanden zumindest materiell-rechtliche Bedeutung hat,³⁰²⁰ bleibt hier ein Anwendungsbereich für den Herstellungsanspruch.

Selbst wenn ein Ausschluss daher nicht bereits durch allgemeine wohnrechtliche Wertungen vorgegeben ist, könnten die besonderen Wertungen, die hinter §§ 22 I, 25 II WoGG stehen, einen Herstellungsanspruch ausschließen, der über die Fristversäumnisse hinwegginge. Nach § 25 II WoGG soll es erst ab dem Monat zur Gewährung von Wohngeld kommen, in dem ein entsprechender Antrag gestellt wurde. Insofern könnte aus § 25 II i.V.m. §§ 22 I, 1 I WoGG der Schluss gewonnen werden, dass eine wirtschaftliche Sicherung i.S.d. § 1 I WoGG nur zukunftsgerichtet ab der tatsächlichen Antragstellung gesetzlich gewollt ist. Für den rechtmäßig behandelten Regelfall ist dies auch unbestreitbar zutreffend. Fraglich ist allerdings, ob § 25 II WoGG auch für den atypischen Herstellungsfall eine nachträgliche Leistungsgewährung ausschließen soll. Der Gesetzesbegründung ist nicht zu entnehmen, dass § 25 II WoGG eine Regelung für den Fall einer rechtswidrig vereitelten Antragstellung darstellen soll.³⁰²¹ Da zudem kein gesetzgeberisches Regelungsziel in § 25 II WoGG erkennbar ist, vor dem es notwendig erscheint, auch denjenigen von der nachträglichen Gewährung von Wohngeld auszuschließen, der eine Antragstellung nur wegen eines rechtswidrigen Verwaltungsverhalten unterlassen hat – obwohl ihn das rechtmäßige Verhalten genau vor dieser Situation schützen sollte –,³⁰²² ist

im WoGG anwendbar wäre. Da § 27 SGB X den Herstellungsanspruch nicht verdrängt/ausschließt, besteht das vorgebrachte Anwendungshindernis tatsächlich nicht.

³⁰²⁰ Vgl. hierzu: *Winkler*, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann [Hg.], §§ 1 ff. WoGG, Rn. 29; *Martens*, NVwZ 1986, 533, 534. Sofern hingegen nur von einer verfahrensrechtlichen Bedeutung des Wohngeldantrags ausgegangen wird (*Bley/Kreikebohm/Marschner*, SozR, Rn. 1244), entsteht nach § 40 SGB I der vorrangige Primäranspruch und schließt den subsidiären Herstellungsanspruch aus.

³⁰²¹ Vgl. BT-Drs. 6/1116, S. 34.

³⁰²² Allein das Ziel, die finanzielle Belastung durch das steuerfinanzierte Wohngeld gering zu halten, spricht in diesem Zusammenhang nicht dafür, § 25 II WoGG auch auf den Fall der rechtswidrig vereitelten Antragstellung anzuwenden. Der Gesetzgeber hat für

die Frist des § 25 II WoGG im Wege der Herstellung dispositiv.³⁰²³ In diesem Zusammenhang ist keine wohnrechtliche Sonderwertung erkennbar, die eine besondere Unterscheidung gegenüber anderen sozialrechtlichen Fristenregelungen rechtfertigen würde.³⁰²⁴

e) Unterhaltsvorschussrecht (UVG)

Das Unterhaltsvorschussrecht nach dem UVG zählt zum formellen Sozialrecht (§ 68 Nr. 14 SGB I) und unterfällt der alleinigen Entscheidungskompetenz der allgemeinen Verwaltungsgerichte. Diese haben in der Vergangenheit eine Anwendung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs im UVG einheitlich abgelehnt.³⁰²⁵ In der Literatur wird diese gerichtliche Ablehnung geteilt.³⁰²⁶

In einem viel beachteten Urteil führt das OVG NRW ausführlich aus, dass *„der sozialrechtliche Herstellungsanspruch sowie die Regeln der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Unterhaltsvorschussrecht nicht anwendbar [sind]. Der Senat folgt der Auffassung [...], wonach die Begrenzung der Leistungsgewährung für Zeiträume vor der Antragstellung, wie sie in § 4 UVG angeordnet ist, einem (weitergehenden) Herstellungsanspruch entgegensteht, weil ansonsten ein gesetzwidriges Ergebnis erzielt würde, [...]. Ergänzend ist lediglich darauf zu verweisen, daß die Ermöglichung einer über den in § 4 UVG genannten Zeitrahmen hinausgehenden Rückwirkung von Leistungen, wie sie mit der Einräumung eines Herstellungsanspruchs [...] verbunden wäre, im Hinblick auf die Ausgestaltung der begehrten Leistungen als Vorschussgewährung unvereinbar wäre.*

denjenigen die Leistung bei Antragstellung (und die daraus folgende finanzielle Belastung) bereits haushaltsrechtlich einberechnet und dem Bürger ein Beratungsrecht – über die notwendige Antragstellung – gegeben, damit diesen die Leistungen auch tatsächlich vollumfänglich erreichen (vgl. §§ 2 II, 7, 14, 17 SGB I). Wenn nun angenommen wird, dass § 25 II WoGG die Fälle regelt, in denen die Leistungsfreiheit durch rechtswidriges Verhalten erkaufte worden ist, würde das zeitgleich bedeuten, dass dem Gesetzgeber der Wille unterstellt wird, dass es ihm gelegen komme, wenn die Verwaltung durch Pflichtwidrigkeit Leistungen vereitere; das gesetzgeberische Ziel würde also damit erreicht, dass sich der Verwaltungsträger nicht immer an seine gesetzlichen Pflichten zu halten braucht. Dies würde die Gesetzesbindung der Verwaltung tatsächlich unter einen willkürlichen „Vorbehalt des behördlichen Wohlverhaltens“ (Wallerath, DÖV 1994, 757, 760) stellen.

³⁰²³ So hat das BVerwG auch zu § 27 SGB X festgestellt, dass zumindest keine wohngeldrechtlichen Gründe ersichtlich sind, die für die Einhaltung der Frist des § 25 II WoGG so bedeutend wären, dass diese eine absolute Ausschlussfrist i.S.d. § 27 V SGB X wäre (BVerwG, Urte. v. 18.4.1997 – 8 C 38/95 = NJW 1997, 2966, 2968).

³⁰²⁴ Vgl. Ebsen, DVBl. 1987, 389, 395.

³⁰²⁵ OVG NRW, Urte. v. 23.9.1999 – 16 A 461/99 = NWVBl 2000, 99; VG Würzburg, Urte. v. 14.6.2011 – W 3 K 11.341; VG München, Urte. v. 9.6.2010 – M 18 K 09/678; unklar: Bayerischer VGH, Urte. v. 14.9.2009 – 12 C 09.1767.

³⁰²⁶ Grube, § 4 UVG, Rn. 4; Igl/Welti, SozR, § 76, Rn. 11.

Denn ein Vorschuß zielt auf die Bewältigung einer gegenwärtigen finanziellen Bedarfslage ab, während ein Vorschuß für die Vergangenheit einen Widerspruch in sich beinhaltet. Soweit § 4 UVG eine begrenzte Rückwirkung (dennoch) ermöglicht, wird offenkundig dem Umstand Rechnung getragen, daß [...] nicht sofort Leistungen nach dem Unterhaltsvorschußgesetz beantragt werden, so daß im Zeitpunkt der Antragstellung oftmals ein finanzieller Nachholbedarf besteht, der gleichfalls berücksichtigt werden soll; indem aber § 4 UVG gleichwohl eine zeitliche Grenze für die Anerkennung eines solchen nachwirkenden Bedarfs bestimmt, wird der Vorschußcharakter des Unterhaltsvorschusses letztlich nur noch einmal betont. Außerdem spricht auch die enge Verknüpfung zwischen der Leistungsgewährung und dem durch § 7 UVG ermöglichten ausgleichenden Rückgriff des vorschießenden Landes auf den ‚eigentlichen‘ Unterhaltsschuldner für eine strikte und damit auch einem Herstellungsanspruch [...] entgegenstehende Begrenzung von Leistungsansprüchen für die Vergangenheit. Diese Verknüpfung würde im Falle einer unbegrenzten Gewährung von Leistungen für die Vergangenheit mißachtet, weil nach § 7 Abs. 2 UVG eine Inanspruchnahme des anderen Elternteils für die Vergangenheit nur möglich ist, wenn diesem die Unterhalts(vorschuß-)leistung unverzüglich mitgeteilt worden ist; damit scheidet ein Rückgriff des Landes für Zeiten vor der Mitteilung an den anderen Elternteil von vornherein aus. Eine über den gesetzlichen Rahmen des § 4 UVG hinausreichende Rückwirkung würde daher die im Unterhaltsvorschußgesetz angelegte Lasten- und Risikoverteilung nachhaltig zu Lasten des öffentlichen Leistungsträgers verändern und damit zugleich den Regelungszweck einer gegenüber dem zivilrechtlichen Unterhaltsanspruch subsidiären Sozialleistung [...] unzulässig modifizieren. Denn der Zweck des Unterhaltsvorschußgesetzes ist ersichtlich (lediglich) darauf gerichtet, dem alleinerziehenden Elternteil die aktuelle Last der Durchsetzung von Ansprüchen auf Kindesunterhalt sowie das Risiko der Erfolglosigkeit einer solchen Anspruchsdurchsetzung gegen den anderen Elternteil abzunehmen, nicht aber darauf, den alleinerziehenden Elternteil bzw. das Kind umfassend für entgangenen Unterhalt zu entschädigen.“³⁰²⁷

Die Begründung eines allgemeinen Ausschlusses aufgrund der „*Rechtsnatur der Unterhaltsleistung als Vorschuss*“³⁰²⁸ ist überzeugend. Die staatlichen Vorschussleistungen sind schließlich keine Leistungen, die an die Stelle der eigentlichen Leistungen (zivilrechtlicher Unterhalt) treten, sondern gewähren lediglich vorübergehend ein Surrogat, mit dem ein zwischenzeitlicher Unterhaltszahlungsausfall überbrückt werden soll, bis es zur eigentlichen Leistung kommt. Ein Vorschuss ist damit zukunftsbezogen und kann für die Vergangenheit nicht mehr nachträglich gewährt werden. Bereits begrifflich wäre diese Leistung kein Vorschuss – sondern ein *Nachschuss*. Bei genauerer Betrachtung des UVG fällt allerdings auf, dass nicht jede staatliche Leistung nach dem *Unterhaltsvorschussgesetz* tatsächlich auch eine Vorschussleistung ist. Bereits in § 1 I UVG differenziert das Gesetz zwischen Unterhaltsvorschlussleistungen

³⁰²⁷ OVG NRW, Urt. v. 23.9.1999 – 16 A 461/99 = NWVBl 2000, 99, 100 f.

³⁰²⁸ Grube, § 4 UVG, Rn. 4.

(Alt. 1), die davon ausgehen, dass es zumindest zur Erstattung/Rückzahlung nach §§ 5, 7 UVG kommt, und Unterhaltsausfallleistungen (Alt. 2), bei denen sicher ist, dass kein leistungsfähiger Unterhaltsverpflichteter mehr vorhanden ist.³⁰²⁹ Im Falle der Unterhaltsausfallleistung ist die staatliche Sozialleistung daher kein Vorschuss auf eine (spätere) zivilrechtliche Unterhaltszahlung, sondern eine staatliche Zuwendung als Surrogat für deren dauerhaften Ausfall. Die Argumentation über die ausschließende Rechtsnatur eines Vorschusses passt damit nur in den Fällen, in denen es sich materiell-rechtlich um eine Vorschussleistung auf zukünftigen Unterhalt handelt (§ 1 I Alt. 1 UVG).

Bei Unterhaltsausfallleistungen (§ 1 I Alt. 2 UVG) muss daher stärker auf einen anderen Ausschlussgrund abgestellt werden: das in § 4 UVG enthaltene Verbot, Leistungen rückwirkend länger als für einen Monat vor dem Monat zu zahlen, in dem die Antragstellung erfolgt ist. In den Fällen, in denen staatliche Unterhaltsleistungen nachträglich noch über den Herstellungsanspruch für die Vergangenheit eingefordert werden sollen, kommt es regelmäßig auf die Frage an, ob § 4 UVG im Wege der Herstellung dispositiv ist. Da das Ziel des UVG einheitlich – auch bzgl. Unterhaltsausfallleistungen – darin liegt, dem Kind *„das Risiko der Erfolglosigkeit einer solchen Anspruchsdurchsetzung gegen den anderen Elternteil abzunehmen“* und sich gerade nicht darauf richtet, *„den alleinerziehenden Elternteil bzw. das Kind umfassend für entgangenen Unterhalt zu entschädigen“*³⁰³⁰, muss § 4 UVG als eng auszulegende Sondervorschrift für jegliche Form nachträglicher Leistungserbringung angesehen werden. Die hinter § 4 UVG stehende zeitliche Risikoverteilung für ausfallende Unterhaltsleistungen zwischen Berechtigtem und Staat schließt eine über die Ausnahmefrist des § 4 UVG hinausgehende Leistungserbringung für die Vergangenheit allgemein aus – unabhängig davon, ob das Unterlassen einer Antragstellung auf einem hoheitlichen Fehlverhalten oder auf anderen Gründen beruht.

4. Landesrechtliche Sozialleistungen

Die Fälle zum sozialrechtlichen Herstellungsanspruch beziehen sich zum Großteil auf die Verletzung einer bundesrechtlichen Pflicht (aus dem SGB), die andere bundesrechtliche Rechte (ebenfalls aus dem SGB) beeinträchtigt. Materi-

³⁰²⁹ Grube, Einl. UVG, Rn. 8.

³⁰³⁰ OVG NRW, Urt. v. 23.9.1999 – 16 A 461/99 = NWVBl 2000, 99, 101; vgl. auch: VG München, Urt. v. 9.6.2010 – M 18 K 09/678; VG Würzburg, Urt. v. 14.6.2011 – W 3 K 11.341.

ell-rechtlich beschränkt sich das Sozialrecht jedoch nicht auf Bundesrecht, sondern umfasst auch landesrechtliche Vorschriften,³⁰³¹ die primär auf die Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit und Sicherheit abzielen und denen ein gesteigerter sozialpolitischer Gehalt zukommt (z.B.: landesrechtliche Blindenhilfe,³⁰³² landesrechtliches Erziehungsgeld³⁰³³ oder landesrechtliche Ausbildungsförderung³⁰³⁴). Ob der sozialrechtliche Herstellungsanspruch im Zusammenhang mit landesrechtlichem Sozialrecht Anwendung findet, ist zwischen Sozial- und allgemeinen Verwaltungsgerichten umstritten. Während die Sozialgerichte scheinbar ohne Problembewusstsein den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch auch im Landesrecht anwenden,³⁰³⁵ bleiben die allgemeinen Verwaltungsgerichte in dieser Frage zurückhaltender.³⁰³⁶ Das rechtswissenschaftliche Schrifttum hat sich – soweit ersichtlich – bislang überhaupt nicht geäußert.

Da das landesrechtliche Sozialrecht nicht zum formellen Sozialrecht i.S.d. § 68 SGB I gehört, finden auch die Wertungen des SGB I und SGB X – insbesondere § 2 II SGB I – keine Anwendung. Insofern gehen die Sozialgerichte wohl davon aus, dass bereits die wenig trennscharfe Zuordnung zu einem Rechtsgebiet, das mit einem gesteigerten sozialpolitischem Gehalt verbunden ist und das sich der Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit und Sicherheit verpflichtet sieht, eine ausreichende rechtsdogmatische Begründungsgrundlage für einen Herstellungsanspruch bietet.

In dieser Allgemeinheit ist das allerdings eine sozialgerichtliche Fehleinschätzung, die die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung überschreitet. Denn aus dem vielschichtigen Gestaltungsspielraum, der dem Gesetzgeber bei der Schaffung sozialer Sicherheit und Gerechtigkeit zukommt, ergibt sich nicht, dass diesen Zielen allgemein nur dadurch entsprochen werden kann, dass jedem Bürger, der infolge eines behördlichen Fehlverhaltens eine Sozialleistung nicht erhalten hat, dieselbe Sozialleistung nachträglich noch eingeräumt wird. Eine Naturalrestitutionspflicht ist selbst dort nicht immer eine planmäßige notwen-

³⁰³¹ Vgl. hierzu allgemein: *Igl/Welti*, SozR, § 3, Rn. 14; *Kokemoor*, SozR, Rn. 28.

³⁰³² Etwa: GHBG (Nordrhein-Westfalen); LBlindenGG (Rheinland-Pfalz); BayBlindG (Bayern); BliHG (Baden-Württemberg); BliHiG SL (Saarland).

³⁰³³ Etwa: BayLerzGG (Bayern); LErzGG TH (Thüringen); SächsLerzGG (Sachsen).

³⁰³⁴ Etwa: BbgAföG (Brandenburg); BayAföG (Bayern); zusammenfassend hierzu: *Ramsauer*, in: *Ramsauer/Stallbaum/Sternal* [Hg.], Anhang nach § 2 BAföG, Rn. 1 ff.

³⁰³⁵ Etwa: BSG, Urt. v. 2.2.2006 – B 10 EG 9/05 R = BSGE 96, 44, 48; BSG, Urt. v. 27.5.2004 – B 10 EG 11/03 R; BSG, Urt. v. 18.2.2004 – B 10 EG 10/03 R = BSGE 92, 182, 189 f.; BSG, Urt. v. 27.7.2004 – B 7 SF 1/03 R = SozR 4-1200 § 14 Nr. 5; LSG Sachsen, Urt. v. 11.10.2001 – L 2 BL 2/99.

³⁰³⁶ Vgl. OVG Berlin, Urt. v. 9.12.1991 – 6 B 26.90; OVG NRW, Urt. v. 14.12.2009 – 12 A 3324/08; OVG Berlin, Urt. v. 21.11.1991 – 6 B 35.90; OVG NRW, Urt. v. 18.5.2009 – 12 A 655/09.

dige Fortentwicklung des (Landes-) Rechts, wo das entsprechende Amtshandeln nicht rechtlich ausgeschlossen ist. Denn allein die rechtliche Möglichkeit zu einer bestimmten Gestaltung begründet keine notwendige normative Pflicht, diese Gestaltung einem Gesetz hinzuzufügen, das ohne diese Regelung nicht planwidrig unvollständig erscheint. Dem Gesetz muss sich vielmehr entnehmen lassen, dass dem Erhalt einer Leistung, die durch das hoheitliche Fehlverhalten vereitelt wurde, auch nachträglich normativ noch der Vorrang gegenüber dem wortlautkonformen Leistungsverlust eingeräumt wird. Für das bundesrechtliche Sozialrecht lässt sich an dieser Stelle u.a. auf die allgemeine Wertung des § 2 II SGB I zurückgreifen; für die Bereiche des landesrechtlichen Sozialrechts muss eine solche Wertung erst noch herausgearbeitet werden.

Es ist nicht überzeugend, dass sich sechzehn Landesrechtsordnungen, die u.a. eigene Landesverfassungen, eigene Verfahrensgesetze, eigene Fachrechte und teilweise sogar eigene Staatshaftungsgesetze beinhalten, in der Behandlung des Herstellungsfalls in identischer Weise überschneiden, sobald sich ein Rechtsbereich nur (irgend-) einer sozialen Zielsetzung verschrieben hat.

Zu Recht machte deshalb etwa das OVG Berlin die Anwendung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs davon abhängig, ob der Gesetzgeber ein „*umfassendes System der sozialen Sicherung*“³⁰³⁷ schaffen möchte, das in seinen Wertungen an das SGB I und SGB X erinnert.³⁰³⁸ Dem Landesrecht muss sich demnach entnehmen lassen, dass es sich entweder unmittelbar die bundesrechtliche Rechtsfortbildung zum Herstellungsanspruch selbst „*zu eigen macht*“³⁰³⁹ – ein entsprechender Herstellungsanspruch also vom Landesgesetzgeber im Verletzungsfall erkennbar gewollt ist – oder vergleichbare Wertungen bestehen, die es als planwidrig kennzeichnen, falls es im Verletzungsfall nicht

³⁰³⁷ OVG Berlin, Urt. v. 9.12.1991 – 6 B 26.90.

³⁰³⁸ Vgl. zum ZPflG BE: OVG Berlin, Urt. v. 9.12.1991 – 6 B 26.90 („*Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ist dem gewichtigen Einwand ausgesetzt, daß das Institut des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs im geltenden Recht keine Grundlage finde und daß sie die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung überschreite [...]. Wenn es schon im Bundesrecht an einer klaren Regelung dieser Frage fehlt, müßte sich dem Landesrecht mindestens entnehmen lassen, daß es sich die Rechtsentwicklung im bundesrechtlichen Sozialrecht zu eigen macht. Das ist indessen nicht der Fall. [...] Weder die Verzinsung von Sozialleistungen gemäß § 44 SGB I noch die weitgehende Korrektur unanfechtbarer Verwaltungsakte für die Vergangenheit gemäß § 44 SGB X ist in das Landesrecht eingegangen. Damit wäre es nicht zu vereinbaren, die noch weitergehende Korrektur von Versäumnissen der Verwaltung im Wege eines Herstellungsanspruchs als Teil des Landesrechts anzusehen. Der Landesgesetzgeber hat anders als der Bundesgesetzgeber nicht die Absicht, ein umfassendes System der sozialen Sicherung zu schaffen. Er will lediglich eine Lücke füllen.*“).

³⁰³⁹ OVG Berlin, Urt. v. 9.12.1991 – 6 B 26.90.

nachträglich zur Vornahme des Amtshandelns kommt, das ohne hoheitliches Fehlverhalten erfolgt wäre.

Dem Herstellungsanspruch kommt – wie einem Folgenbeseitigungsanspruch³⁰⁴⁰ – derselbe Rang der Rechtsebene zu, deren Recht er ergänzt. Ein Herstellungsanspruch, der landesrechtliches Sozialrecht ergänzt, ist damit nicht derselbe Herstellungsanspruch, der für das bundesrechtliche Sozialrecht des SGB anerkannt wird. Über den Anwendungsbereich eines einfach-rechtlichen landesrechtlichen Herstellungsanspruchs bestimmt der jeweilige Landesgesetzgeber grds. ebenso frei wie der Bundesgesetzgeber, für den keine allgemeine (verfassungsrechtliche) Pflicht zur Schaffung/Beibehaltung eines Herstellungsanspruchs besteht.

a) Verletzung einer landesrechtlichen Pflicht i.Z.m. landesrechtlichen Sozialleistungen

Sofern ein landesrechtliches Beratungsrecht (bspw. § 25 VwVfG.NRW) im Zusammenhang mit einer landesrechtlichen Sozialleistung (bspw. GHBG.NRW) verletzt wird, muss die Frage nach der Notwendigkeit eines Herstellungsanspruchs originär aus dem Landesrecht heraus beantwortet werden. Auf die Rechtsprechung zum bundesrechtlichen SGB kann nicht unmittelbar zurückgegriffen werden. Insbesondere in den Bundesländern, in denen die Folgen rechtswidrigen Verwaltungsverhaltens in einem speziellen Staatshaftungsgesetz geregelt sind (Mecklenburg-Vorpommern, Brandenburg und Thüringen), stellt sich die Frage, ob der Herstellungsanspruch neben diesen Ansprüchen anwendbar ist. Der landesrechtliche Herstellungsanspruch kann in diesen Fällen keineswegs als gegeben vorausgesetzt werden, sondern muss eine planwidrig verbleibende Regelungslücke schließen. In den Ländern, in denen bereits ein verschuldensunabhängiger Anspruch existiert, der bei rechtswidrigem Behördenhandeln allein die tatsächliche Wiederherstellung des status quo ante vorsieht, macht dies eine intensive Auseinandersetzung mit der Frage erforderlich, ob diese Regelungen jeweils abschließend sind. Falls man hierbei zu dem Ergebnis gelangen sollte, dass die staatshaftungsrechtlichen Ansprüche einen Herstellungsanspruch nicht ausschließen, weil der Herstellungsanspruch eine Sonderrechtsfortbildung innerhalb eines beschränkten Sonderrechtsbereiches darstellt,³⁰⁴¹ muss sich nachweisen lassen; welche Sonderwertungen des landes-

³⁰⁴⁰ Vgl. Kap. 1 E.II.2.b.aa. (1) (e).

³⁰⁴¹ Dies wurde seinerzeit jedenfalls zum (gescheiterten) bundesrechtlichen StHG im Zusammenhang mit dem Herstellungsanspruch vertreten: *Bogs*, in: Zacher [Hg.], FS zum 25jährigen Bestehen des BSG, Bd. I, S. 149, 152; *Maier*, SGB 1982, 133, 137; *Terwey*, Rechtliche Betreuung nach dem SGB, S. 175 ff.; *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 446;

rechtlichen Rechtsgebietes dann tatsächlich den Herstellungsanspruch begründen sollen.

Allein die beliebig erscheinende Grenzziehung danach, ob ein Rechtsgebiet einen gesteigerten sozialen Gehalt aufweist oder nicht, trägt eine Begründung nicht. Auch die Zuweisung einer Sachmaterie zu den Sozialgerichten reicht allein nicht aus, wenn hierin nicht zugleich der gesetzgeberische Wille erkennbar wird, dass die Sachmaterie gerade den Sozialgerichten übertragen wird, weil u.a. eine Anwendung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs erfolgen soll.

Im Zusammenhang mit dem eingangs erwähnten GHBG.NRW lässt sich für eine Anwendung des Herstellungsanspruchs allerdings § 7 GHBG.NRW anführen, wonach im Übrigen die Vorschriften des SGB entsprechend gelten sollen. Damit macht sich der Landesgesetzgeber bewusst die besonderen Wertungen des SGB I und SGB X zu Eigen,³⁰⁴² die einen Herstellungsanspruch rechtfertigen. Da sich deshalb auch eine Beratung nicht nach § 25 VwVfG.NRW richtet, sondern nach § 14 SGB I i.V.m. § 7 GHBG.NRW,³⁰⁴³ liegt die Annahme nahe, dass der Landesgesetzgeber auch den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch entsprechend auf das Recht des GHBG.NRW übertragen will.

b) Verletzung einer bundesrechtlichen Pflicht i.Z.m. landesrechtlichen Sozialleistungen

Vereinzelt existieren bundesrechtliche Beratungspflichten über landesrechtliche Sozialleistungen (vgl. § 41 III BAföG bzgl. landesrechtlicher Ausbildungsförderung), so dass die Frage auftritt, ob der Herstellungsanspruch im Verletzungsfall Anwendung findet. Da eine Herstellung ausgehend von dem Rechtsträger erfolgt, der das erforderliche Amtshandeln vornehmen kann,³⁰⁴⁴ bestimmt sich auch die Zulässigkeit der Amtshandlung nach dem Recht, dem die begehrte Amtshandlung zuzuordnen ist. Wenn die Restitution einer bundesrechtlichen Pflichtverletzung auf den Erhalt einer landesrechtlichen Sozialleistung hinausläuft, sind die Wertungen der landesrechtlichen Vorschriften entscheidend. Der Bundesgesetzgeber, der kompetenzrechtlich nicht bestimmen kann, wann bei rechtmäßigen Verwaltungshandlungen eine landesrechtliche Sozialleistung zu gewähren ist, kann nicht – auch nicht ersatzweise durch den Sozi-

offengelassen: *Bieback*, DVBl. 1983, 159, 160. Bezogen auf eine Neuregelung eines bundesrechtlichen StHG: *Bonk*, in: Sachs [Hg.], Art. 34 GG, Rn. 47; **a.A.**: *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, 66 Fn. 406 m.w.N.

³⁰⁴² OVG NRW, Urt. v. 14.12.2009 – 12 A 3324/08.

³⁰⁴³ Vgl. OVG NRW, Urt. v. 14.12.2009 – 12 A 3324/08.

³⁰⁴⁴ *Schmidt-De Caluwe*, S. 150; *Waßer*, JA 2001, 137, 139; *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 394; *Seewald*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., vor §§ 38 ff. SGB I, Rn. 183; vgl. Kap. 1 C.II.

alrichter – anordnen, wann bei rechtswidrigen Verwaltungsverhalten eine landesrechtliche Sozialleistung (noch) zu gewähren ist. Für die Ermittlung der landesrechtlichen Zulässigkeit eines Herstellungsanspruchs kann auf die bisherigen Ausführungen verwiesen werden.

Da bspw. § 7 II BbgAföG eine entsprechende Anwendung des SGB I und SGB X – als die Wertungen, die den Herstellungsanspruch begründen – anordnet, spricht vieles dafür, auch im BbgAföG einen Herstellungsanspruch anzuerkennen, wenn eine landesrechtliche Ausbildungsförderung etwa wegen einer Verletzung der besonderen Beratungspflicht des § 41 III BAFöG nicht rechtzeitig beantragt wurde (§ 3 II BbgAföG). Die bundesrechtliche Beratungspflichtverletzung der Ausbildungsämter (§§ 39 f. BAFöG) muss dann dem zuständigen landesrechtlichen Verwaltungsträger für landesrechtliche Ausbildungsförderung (Landkreise und kreisfreie Städte, § 5 I BbgAföG) entsprechend der üblichen Zurechnungswertungen zugeordnet werden können. Im Bereich der Ausbildungsförderung des Landes Brandenburg ist von einer arbeitsteiligen Verwaltungstätigkeit zwischen den Landesbehörden auszugehen, die im Auftrag des Bundes das BAFöG ausführen (§§ 39 f. BAFöG) und gleichzeitig für das Landesausbildungsförderungsgesetz des Landes Brandenburg zuständig sind (§ 5 BbgAföG). Diesem engen Zusammenhang trägt auch die einheitliche Beratungspflicht des § 41 III BAFöG (i.V.m. § 7 I Nr. 2 BbgAföG) Rechnung. Insofern ist auch eine gegenseitige Zurechnung von Pflichtverletzungen grds. möglich.

c) Verletzung einer landesrechtlichen Pflicht i.Z.m. bundesrechtlichen Sozialleistungen

Daneben ist auch die umgekehrte Situation denkbar, dass eine landesrechtliche Beratungspflicht hinsichtlich einer bundesrechtlichen Sozialleistung verletzt wird (bspw. § 7 I Nr. 2 BbgAföG i.V.m. § 41 III BAFöG bzgl. bundesrechtlicher Ausbildungsförderung nach dem BAFöG). Sofern die bundesrechtliche Sozialleistung nachträglich noch gewährt werden soll, richtet sich die Zulässigkeit der Herstellung nach dem einschlägigen Bundesrecht. Falls dieses Rechtsgebiet zum formellen Sozialrecht zählt, können die Wertungen des SGB I und SGB X grds. für die Begründung eines Herstellungsanspruchs unmittelbar herangezogen werden. Oftmals wird im Zusammenhang mit der Verletzung einer landesrechtlichen Beratungspflicht über bundesrechtliche Sozialleistungen auch eine (ungeschriebene) bundesrechtliche Beratungspflicht bestehen bzw. verletzt werden – zwingend ist dies indes nicht. Sofern allein eine landesrechtliche Pflichtverletzung vorliegt, kommt der Frage nach ihrer Zurechenbarkeit zu dem Verwaltungsträger, der für die Gewährung der bundesrechtlichen Sozialleistung zuständig ist, entscheidende Bedeutung zu. Ob die notwendigen Voraussetzungen einer solchen Zurechnung beim Herstellungsanspruch erfüllt sind (arbeits-

teilige Funktionseinheit, Auftragung einer Drittbehörde oder Konkurrenzverhältnis zwischen den Leistungen),³⁰⁴⁵ ist eine Frage des Einzelfalls und kann nicht allgemein beantwortet werden.

d) Zwischenergebnis

Ein Herstellungsanspruch ist grds. auch bei landesrechtlichen Sozialleistungen denkbar. Allerdings muss sich der Rechtsanwender darüber im Klaren sein, dass in diesen Fällen nicht der bundesrechtliche Herstellungsanspruch aus dem SGB auf das Landesrecht angewandt wird bzw. lediglich überprüft wird, ob landesrechtliche Wertungen die grundsätzliche Anwendbarkeit ausschließen. Vielmehr muss durch Auslegung des Landesrechts der Schluss gewonnen werden, dass der (Landes-) Gesetzgeber eine Regelung geschaffen hat, die in Bezug auf einen Herstellungsanspruch vergleichsweise planwidrig unvollständig ist.

III. Ergebnis

Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch ist in den Bereichen des formellen Sozialrechts (§ 68 SGB I) aufgrund der allgemeinen Wertungen des SGB I und SGB X allgemein anwendbar. Dies gilt unabhängig davon, ob es um Bereiche der sozialen Vorsorge, Entschädigung oder Hilfen und Förderung handelt. Eine Trennung des Anwendungsbereichs allein nach der Eröffnung des Rechtsweges zu den besonderen Sozialgerichten (§ 51 SGG) und den allgemeinen Verwaltungsgerichten (§ 40 I VwGO) ist daher nicht haltbar.

Für das landesrechtliche Sozialrecht kann hingegen nicht von einer vergleichbaren allgemeinen Anwendbarkeit des Herstellungsanspruchs ausgegangen werden. Die bisherige Rechtspraxis der Sozialgerichte berücksichtigt in diesem Bereich die landesrechtlichen Besonderheiten unzureichend, wenn sie hier ebenfalls pauschal von einer allgemeinen rechtlichen Vorentscheidung zugunsten einer Herstellung ausgeht.

³⁰⁴⁵ Vgl. Kap. 1 C.II.

B. Anwendungsbereiche in anderen Verwaltungsrechtsbereichen

Während eine Anwendung des Herstellungsanspruchs für Sozialrechtsbereiche von den allgemeinen Verwaltungsgerichten oftmals zumindest erwogen wird, manifestiert sich für nichtsozialrechtliche Gebiete überwiegend Ablehnung. Obwohl auch in diesen Bereichen über Sachverhalte entschieden werden muss, in denen hoheitliches Fehlverhalten zu (Rechts-) Nachteilen geführt hat, hat sich weder ein allgemeiner verwaltungsrechtlicher Herstellungsanspruch durchsetzen können,³⁰⁴⁶ noch werden weitere vergleichbare, fachrechtliche Sonderformen anerkannt³⁰⁴⁷. In der Literatur hat es indes nicht an Versuchen gefehlt, den Herstellungsanspruch auf nichtsozialrechtliche Bereiche zu übertragen. Diese Versuche lassen sich wiederum in Ansätze unterteilen, die allgemein eine Anwendung des Herstellungsanspruchs befürworten,³⁰⁴⁸ und andere Ansätze, die den Herstellungsanspruch nur auf bestimmte Fallgruppen von Pflichtverlet-

³⁰⁴⁶ Etwa: BVerwG, Urt. v. 24.3.1988 – 3 C 48/86 = BVerwGE 79, 192, 194; BVerwG, 14.7.2010 – 1 B 13/10; Bayerischer VGH, Urt. v. 6.5.2011 – 19 ZB 09.1045; Bayerischer VGH, Urt. v. 2.3.2011 – 19 B 10.2815; Bayerischer VGH, Urt. v. 31.5.2010 – 19 ZB 08.1698; Bayerischer VGH, Urt. v. 17.10.2008 – 19 ZB 08.2000; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 24.3.1987 – 3 S 2989/86 = VBIBW 1987, 468, 469; OVG Hamburg, Urt. v. 26.10.1990 – Bs I 67/90 = NJW 1991, 1076, 1077; OVG Bremen, Beschl. v. 5.4.2011 – 1 B 15/11; VG Minden, Urt. 12.9.2011 – 11 K 1281/11; VG Bremen, Urt. v. 3.8.2011 – 1 V 638/11; VG Würzburg, Urt. v. 18.3.2010 – W 3 K 09.525; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 605; *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6 Rn. 99; *Bonk*, in: Sachs [Hg.], Art. 34 GG, Rn. 47; *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 395; *Bieback* DVBl. 1983, 159, 169 f.; wohl auch: BVerwG, Urt. v. 30.6.2011 – 3 C 36/10 = BVerwGE 140, 103, 107; BVerwG, Urt. v. 16.6.1986 – 2 B 67/86. Offengelassen: BVerwG, Urt. v. 9.3.1990 – 7 C 94/88 = NWVBl. 1990, 373, 374; BVerwG, Urt. v. 30.10.1997 – 3 C 35/96 = BVerwGE 105, 288, 298 f.; BVerwG, Urt. v. 8.12.1995 – 8 C 37/93 = BVerwGE 100, 83, 101; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 3.12.2013 – 4 S 221/13; VG Berlin, Urt. v. 22.3.2012 – 20 K 123.10; *Maurer*, AllgVerwR, § 30, Rn. 25; *Ule/Laubinger*, § 26 VwVfG, Rn. 28 ff., 31; *Erbguth*, AllgVerwR, § 41, Rn. 23; unklar: BSG, Urt. v. 16.12.1993 – 13 RJ 19/92 = SozR 3-1200 § 14 Nr. 12; *Sproll*, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, StHR, § 12, Rn. 63.

³⁰⁴⁷ Etwa: BFH, Urt. v. 24.2.2010 – III R 82/07 = BFH/NV 2010, 1495; VG Hamburg, Beschl. v. 12.10.2006 – 10 E 2519/06.

³⁰⁴⁸ *Wolff/Bachhof/Stober/Kluth*, VerwR I, § 52, Rn. 41. Hierzu zählen bspw. auch die Versuche einer inhaltlichen Umgestaltung des öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruchs nach dem Vorbild des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs (*Wallerath*, DÖV 1987, 505, 515; *Brugger*, AÖR 112 [1987], 389, 434 ff.) oder die Grundannahme eines allgemeinen öffentlich-rechtlichen Bestandsschutzanspruchs, der dem Herstellungsanspruch weitestgehend entspreche (vgl. *Kreßel*, S. 12 ff.; *ders.*, SGB 1987, 313, 314).

zungen übertragen wollen (insbesondere die Verletzung von Beratungspflichten nach § 25 VwVfG)³⁰⁴⁹.

Das BVerwG hat die vergleichsweise offene Formulierung gewählt, dass der Herstellungsanspruch jedenfalls „*nicht unbesehen auf die Gebiete des allgemeinen Verwaltungsrechts übertragen werden*“³⁰⁵⁰ dürfe. Sofern dieser Formel ein eigenständiger Bedeutungsgehalt zugemessen werden kann, scheint das BVerwG – in Ablehnung eines allgemeinen verwaltungsrechtlichen Herstellungsanspruchs – stärker auf die fachrechtlichen Besonderheiten der einzelnen verwaltungsrechtlichen Rechtsgebiete abstellen zu wollen. Allerdings bleibt offen, ob mit dieser Einlassung tatsächlich die Zulässigkeit weiterer fachrechtlicher Herstellungsansprüche grds. anerkannt wird. Ebenso wenig sind die Kriterien ersichtlich, nach denen ggf. eine solche „*besehene*“ Übertragung des Herstellungsanspruchs erfolgen soll.

I. Keine allgemeine Verpflichtung zur Herstellung, aber Begründungsmöglichkeit durch das jeweilige Fachrecht

Bei der Ableitung des Herstellungsanspruchs wurde herausgearbeitet, dass kein allgemeiner Anspruch besteht, nach dem derjenige Naturalrestitution verlangen kann, der durch hoheitliches Fehlverhalten Rechtsnachteile erlitten hat.³⁰⁵¹ Obwohl insofern die Vorstellung eines allgemeinen verwaltungsrechtlichen Herstellungsanspruchs zurückgewiesen werden muss, lässt sich dem allgemeinen Verwaltungsrecht dennoch kein generelles Verbot der Begründung eines Herstellungsanspruchs entnehmen.³⁰⁵² Die Frage nach der normativen Zulässigkeit einer Rechtsfortbildung i.S.d. Herstellungsanspruchs kann deshalb nur anhand der einschlägigen Wertungen des jeweiligen Fachrechts beantwortet werden.³⁰⁵³ Sofern das BVerwG mit einer „besehenen“ Übertragung des Herstellungsanspruchs auf andere Verwaltungsrechtsbereiche³⁰⁵⁴ eine Anwendung meint, die vom jeweiligen Fachrecht ausgeht, ist dem Gericht deshalb vollends zuzustimmen.

³⁰⁴⁹ Etwa: *Olbertz*, S. 218 f.; *Hattstein*, Betreuungspflichten, S. 240 ff.; *Pünder*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], *AllgVerwR*, § 14, Rn. 42; *Clausen*, in: Knack [Hg.], 8. Aufl. (2003), § 25 VwVfG, Rn. 13.

³⁰⁵⁰ BVerwG, Urt. v. 30.6.2011 – 3 C 36/10 = BVerwGE 140, 103, 107.

³⁰⁵¹ Vgl. ausführlich: Kap. 2 B.III.2.

³⁰⁵² Vgl. Kap. 2 B.III.3.

³⁰⁵³ Vgl. Kap. 2 B.III.4.

³⁰⁵⁴ BVerwG, Urt. v. 30.6.2011 – 3 C 36/10 = BVerwGE 140, 103, 107.

Bzgl. der Frage, wann ein Rechtsgebiet die Ausbildung eines Herstellungsanspruchs verlangt, kann auf dieselben Grundannahmen zurückgegriffen werden, die für die Begründung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs herausgearbeitet wurden. Die eigentliche Prüfung der planwidrigen Regelungslücke des Herstellungsanspruchs kann dabei im Wesentlichen in einem Dreischritt erfolgen, wobei die drei Einzelschritte sich teilweise inhaltlich überschneiden:

- Bei rechtswidrigem Verwaltungsverhalten steht nicht (immer) eindeutig fest, ob der Gesetzgeber mit Gesetzesvorschriften, die sprachlich nicht mehr zwischen rechtswidrigen und rechtmäßigen hoheitlichen Vorverhalten differenzieren, tatsächlich beide Fälle regeln möchte oder – von den Festsetzungen des Art. 20 III GG ausgehend – nur Regelungen für rechtmäßig Behandelte treffen will. Soweit der Schutzzweck eines verletzten Rechts gerade den Schutz vor den infrage stehenden Nachteilen bezweckt, erscheint eine – unreflektierte – Begründung dieser Nachteile fraglich. Vielmehr ist durch Auslegung der im Einzelfall einschlägigen Vorschriften zu ermitteln, ob dem gesetzlichen Regelungszweck entsprochen wird, wenn diese Nachteile (dem Gesetzeswortlaut entsprechend) für den Bürger eintreten – oder dadurch, dass der Schutzzweck des zuvor verletzten subjektiven Rechts (normativ auf den Verletzungsfall angepasst) zugunsten des Bürgers verwirklicht wird. Der Herstellungsanspruch versucht, einen normativen Ausgleich zwischen beiden Positionen im Sinne des Gesetzgebers anhand des gesetzlichen Regelungszweckes zu verwirklichen, der nur durch Auslegung ermittelt werden kann.
- Wenn der Herstellungsanspruch über eine nachteilhafte Regelung hinweghelfen soll, muss festgestellt werden, dass diese Situation nicht durch die Vorschrift (mit-) geregelt wird. Sofern die Regelung nämlich auch den Herstellungsfall umfasst, ist ein Amtshandeln rechtlich unmöglich geworden, das von dieser Regelung abweichen würde. Die rechtliche Möglichkeit eines anderen Amtshandelns setzt daher voraus, dass die nachteilsbegründende Vorschrift, gemessen am gesetzlichen Regelungsziel, keine Regelung für den Herstellungsfall trifft und ihr Regelungszweck deshalb bei einer Dispositivität im Herstellungsfall nicht in Frage gestellt wird (insbesondere kein schützenswertes Interesse unberücksichtigt bleibt). In diesen Fall ist die nachteilsbegründende Gesetzesvorschrift in ihrem Wortlaut bzgl. der Einbeziehung des Herstellungsfalls planwidrig zu weit gefasst. Rechtsdogmatisch wird der nachteilhaften

Vorschrift über den Herstellungsanspruch dann – einer teleologischen Reduktion vergleichbar – eine Ausnahme für den Herstellungsfall hinzugefügt. Bei dieser Prüfung sind die gesetzgeberischen Gründe, die hinter der Vorschrift stehen und ggf. für die Begründung eines Nachteils sprechen, im Hinblick darauf zu würdigen, ob sie ihrer eigenen Zielsetzung durch eine Erfassung des konkreten Herstellungsfalls gerecht werden. Sofern dies nicht der Fall ist, bleibt anderes Amtshandeln rechtlich möglich.

- Über die reine Feststellung der Nichtunmöglichkeit des begehrten Amtshandelns hinausgehend muss gerade das begehrte Amtshandeln im Herstellungsfall noch nachträglich fachrechtlich gefordert sein. Der Bürger muss dafür normativ noch in die vorteilhafte Regelung einzubeziehen sein. Dies setzt voraus, dass der Eintritt der angestrebten Rechtsfolge nicht untrennbar mit der tatsächlichen (und rechtzeitigen) Erfüllung eines Tatbestandsmerkmals verbunden ist, das wegen des rechtswidrigen Verwaltungsverhaltens nicht (rechtzeitig) erfüllt wurde. Die Zulässigkeit des Amtshandelns darf nicht mit einer (früheren) tatsächlichen Verwirklichung eines Merkmals stehen oder fallen. Da das begehrte Amtshandeln für einen anderen Fall tatsächlich gesetzlich geregelt ist (der Fall, der heute ohne das Fehlverhalten bestünde), muss überprüft werden, ob der Herstellungsfall normativ unverändert in den Regelungsbereich der begehrten Rechtsfolge einzubeziehen ist. Sofern der Herstellungsfall den anderen geregelten Fällen gemessen an der Regelungsabsicht des Gesetzes vergleichbar ist, muss es planwidrig erscheinen, dass gerade der Herstellungsfall nicht in den Regelungsbereich einbezogen wurde. Der vorteilhaften Vorschrift wird über den Herstellungsanspruch somit – einer Analogie vergleichbar – eine Erweiterung für den Herstellungsfall hinzugefügt.

Zusammenfassend kommt es darauf an, ob der rechtswidrig behandelte Bürger gemessen an dem fachrechtlichen Regelungszweck unverändert zu der Personengruppe zu zählen ist, die dieser Nachteil auch ohne rechtswidriges hoheitliches Vorverhalten trifft (und zu denen der Bürger heute wegen des hoheitlichen Fehlverhaltens ohne Rechtsfortbildung tatsächlich auch zählt), oder zu der anderen Personengruppe, die dieser Nachteil gerade nicht trifft, weil ihr subjektives Recht nicht verletzt worden ist (zu denen der Bürger heute – fiktiv – zählen würde, wenn das Recht nicht verletzt worden wäre). Es muss sich ein gesetzgeberischer Wille feststellen lassen, nachträglich noch eine Korrektur des hoheit-

lichen Fehlverhaltens gerade durch die nachträgliche Vornahme der fraglichen Amtshandlungen vorzunehmen, weil der tatsächlich vorliegende Fall mit Pflichtverletzung unverändert normativ dem fiktiven Fall entspricht, der heute bestünde, falls keine Pflichtverletzung erfolgt wäre.³⁰⁵⁵

Die Befürworter einer allgemeinen Anwendung des Herstellungsanspruchs im Verwaltungsrecht übersehen vielfach, dass die reine Nichtfeststellung der *rechtlichen Unmöglichkeit* eines nachträglichen Amtshandelns noch nicht zur rechtsdogmatischen Begründung ausreicht. Erforderlich ist vielmehr eine *rechtliche Notwendigkeit* gerade des nachträglichen Amtshandelns, um dem Gesetzeszweck gerecht zu werden.³⁰⁵⁶ Die oftmals daraus folgende argumentative Fixierung auf das Kriterium des „*an sich (un)zulässigen*“ Amtshandelns führt dazu, dass oftmals nur noch nach fachrechtlichen Besonderheiten als Ausschlussgründen eines Herstellungsanspruchs gesucht wird.³⁰⁵⁷ Dabei wird aber – außerhalb des formellen Sozialrechts – zu Unrecht davon ausgegangen, dass der Herstellungsanspruch überhaupt in allen fachrechtlichen Rechtsbereichen des Verwaltungsrechts grds. anwendbar ist und nur ausnahmsweise im Einzelfall nicht. Der erste Schritt, mit dem überhaupt erst die fachrechtliche Notwendigkeit eines Herstellungsanspruchs nachgewiesen werden muss, wird damit leichtfertig übersprungen, weil außerhalb des Sozialrechts keine allgemeine (Verfassungs-) Wertung eine Herstellung einfordert. Es kann nicht von einem – so nicht bestehenden – allgemeinen Grundsatz der Herstellung ausgehend untersucht werden, ob einzelne fachrechtliche Wertungen (einmal) für die Unzulässigkeit einer Herstellung sprechen. Da der Herstellungsanspruch nur für das formelle Sozialrecht unmittelbare Gültigkeit beanspruchen kann,³⁰⁵⁸ muss der Rechtsgrund einer Herstellung für andere Bereiche erst noch gefunden werden. Die Konzentration auf das „*an sich (un)zulässige*“ Amtshandeln droht die Suche auf die Wertungen zu beschränken, die eine Herstellung ggf. ausschließen, ohne die vorrangige Frage zu stellen, ob überhaupt Wertungen bestehen, die

³⁰⁵⁵ Wie dargestellt, kann die Planwidrigkeit der sozialrechtlichen Regelungen allgemein aus den Wertungen des SGB I und SGB X gewonnen werden (Kap. 2 B.II.4.b.). Insofern kann von dem sozialrechtlichen Grundsatz der Zulässigkeit der Herstellung ausgehend untersucht werden, ob besondere Wertungen (ausnahmsweise) den Herstellungsanspruch ausschließen. Außerhalb des Sozialrechts ist eine derart allgemeine rechtliche Vorentscheidung zugunsten des Herstellungsanspruchs nicht feststellbar. Insofern muss hier sorgfältig untersucht werden, warum ein Herstellungsanspruch (fach-) rechtlich geboten erscheint.

³⁰⁵⁶ Vgl. zu der Unterscheidung zwischen rechtlicher Möglichkeit und rechtlicher Gebotenheit auch: *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 448.

³⁰⁵⁷ Vgl. statt vieler: *Olbertz*, S. 222 f.; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR I, § 52, Rn. 41.

³⁰⁵⁸ Vgl. Kap. 3 A.

hier eine Herstellung fordern. Die argumentative Begründungslast wird damit schlichtweg demjenigen auferlegt, der (ausnahmsweise) gegen eine Herstellung argumentiert, obwohl auch die Befürworter selbst noch keine rechtsdogmatische Begründung für die grundsätzliche richterrechtliche Ergänzungsnotwendigkeit des Fachrechts erbracht haben.

II. Notwendige Modifikationen der verwaltungsrechtlichen Herstellungsansprüche

Wenn man berücksichtigt, dass nur das jeweilige Fachrecht einen Herstellungsanspruch begründen kann, ist der sozialrechtliche Herstellungsanspruch lediglich die sozialrechtliche Anspruchsform, die durch die speziellen sozialrechtlichen Wertungen in dieser Form begründet wird.³⁰⁵⁹ Soweit von einer Übertragung der Rechtsfortbildung auf andere Rechtsgebiete gesprochen wird, wird dabei oftmals übersehen, dass diese Übertragung den Anspruch aus dieser sozialrechtlichen Einkleidung herausreißt und notwendigerweise umgestaltet. Durch die Übertragung auf andere Rechtsbereiche fallen die Ausgestaltungsmerkmale weg, die sozialrechtlichen Besonderheiten geschuldet sind, welche sich in anderen Bereichen des Verwaltungsrechts so nicht finden. Während die Grundstrukturen des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs in Tatbestand (subjektive Rechtsverletzung, rechtlicher Nachteil und Kausalität), Rechtsfolge (rechtliche Naturalrestitution durch „*an sich zulässiges*“ Amtshandeln) und Ausschlussgründen (Subsidiarität, entgegenstehender Verwaltungsakt, zeitlicher Ausschluss und allgemeine Ausschlussgründe) grds. auch für andere verwaltungsrechtliche Herstellungsansprüche übernommen werden können, besteht in Einzelfragen durchaus ein allgemeiner Modifikationsbedarf.

1. Kausalitätsfeststellung

Beim sozialrechtlichen Herstellungsanspruch richtet sich die Kausalitätsfeststellung nach der sog. Theorie der wesentlichen Bedingung.³⁰⁶⁰ Dies gilt unabhängig von der Frage, ob man im Sozialrecht die Theorie der wesentlichen Bedingung als ohnehin allgemein anzuwendende Kausalitätsformel ansieht³⁰⁶¹ oder ihre Anwendbarkeit auf bestimmte Kausalbeziehungen beschränkt. Außer-

³⁰⁵⁹ *Özfiat-Skubinn*, Beamtenernennungen, S. 308.

³⁰⁶⁰ Vgl. hierzu ausführlich: Kap. 1 B.I.3.

³⁰⁶¹ BSG, Urt. v. 29.1.2002 – B 10 LW 36/00 R = SozR 3-5868 § 34 Nr. 5 m.w.N.; *Erlenkämper*, in: *Erlenkämper/Fichte* [Hg.], II 5 Rn. 14 ff.

halb des Sozialrechts wird diese Theorie üblicherweise nicht angewandt.³⁰⁶² Sofern in anderen Bereichen des Verwaltungsrechts eine Kausalbeziehung beurteilt werden soll, wird vielfach auf die allgemeinen Formeln der *conditio sine qua non*, die Adäquanztheorie und den Schutzzweck der Norm zurückgegriffen.³⁰⁶³ Eine allgemein gültige Theorie für die Ermittlung von öffentlich-rechtlichen Kausalitätszusammenhängen hat das BVerwG nicht anerkannt.³⁰⁶⁴ Für den Folgenbeseitigungsanspruch wird deshalb nicht etwa gefragt, ob der rechtswidrige Zustand eine „*wesentliche Bedingung*“ für den Eintritt der zu beseitigenden Folge ist, sondern vielmehr ob die zu beseitigende Folge „*unmittelbar*“ aus dem rechtswidrigen Zustand hervorgegangen ist, was dann der Fall sein soll, wenn sie vom Schutzzweck des verletzten subjektiven Rechts erfasst wird.³⁰⁶⁵

Von daher stellt sich die Frage, ob bei einer Ausdehnung des Herstellungsanspruchs in andere Bereiche des Verwaltungsrechts auch die Theorie der wesentlichen Bedingung zu erweitern ist oder ob die Kausalität dort nach anderen (allgemeinen) Kausalitätsformeln ermittelt werden muss.

Die Theorie der wesentlichen Bedingung wurde vom Reichsversicherungsamt zum Ende des 19. Jahrhunderts als Kausalitätsformel entwickelt, um innerhalb des Unfallversicherungsrechts Zusammenhänge zwischen Unfallereignissen im Betrieb und Arbeitertätigkeiten herzustellen und auf diese Weise bestimmen zu können, wann für ein betriebliches Unfallereignis eine sozialversicherungsrechtliche Leistungspflicht besteht.³⁰⁶⁶ Ein Unfallereignis soll(te) dabei kausal auf einer versicherten Arbeitstätigkeit beruhen, soweit diese „*wesentlich*“ zum Eintritt des Unfalls beigetragen hat. Dies zieht die entscheidende Frage nach sich, wann die versicherte Arbeitstätigkeit eine solche „*wesentliche*“ Ursache des Unfalls darstellt. Das Wort „*wesentlich*“ allein gibt hierüber keinen Aufschluss. Tatsächlich kann diese Frage nicht schematisch beantwortet

³⁰⁶² Vgl. zu einer Ausnahme im Dienstunfallrecht: BVerwG, Urt. v. 20.4.1967 – II C 118/64 = BVerwGE 26, 332, 337 ff.; BVerwG, Urt. v. 14.11.2011 – 2 B 71/11.

³⁰⁶³ Etwa: BVerwG, Urt. 7.12.1984 – 6 C 199/81 = BVerwGE 70, 296, 300; BVerwG, Besch. v. 11.6.1993 – 4 B 101/93; BVerwG, Urt. 9.5.2001 – 1 D 22/00 = BVerwGE 114, 240, 245 f.; BVerwG, Besch. v. 12.3.1999 – 4 BN 6/99; BVerwG, Besch. v. 14.2.1991 – 4 NB 25/89 = NVwZ 1991, 980, 981.

³⁰⁶⁴ BVerwG, Urt. v. 20.4.1967 – II C 118/64 = BVerwGE 26, 332, 336.

³⁰⁶⁵ Vgl. *Schoch*, JURA 1993, 478, 484; *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1208; *Bethge/Detterbeck*, JURA 1991, 550, 555; wohl auch: *Schmidt-De Caluwe*, S. 276 f., 282; vgl. auch: Kap. 1 E.II.2.b.aa. (1) (d).

³⁰⁶⁶ Vgl. ausführlich zur historischen Entwicklung: *Barta*, Kausalität im Sozialrecht, Bd. 1, S. 359 ff.

werden, sondern bedarf einer normativen Betrachtung im Einzelfall.³⁰⁶⁷ Es handelt sich inhaltlich also um eine Wertungsfrage. Das bedeutet wiederum, dass „wesentlich“ nur soweit gefasst werden darf, wie bspw. das Unfallversicherungsrecht das Geschehen überhaupt erfassen soll. Richtig in die moderne juristische Terminologie übersetzt, soll mit der Theorie der wesentlichen Bedingung also ein normatives Ergebnis gefunden werden – es wird ein sog. Schutzzweckzusammenhang hergestellt.³⁰⁶⁸ Wenn aber die besondere Theorie der wesentlichen Bedingung und die allgemeine Lehre vom Schutzzweck der Norm gleichermaßen auf die normative Überprüfung eines Ursachenzusammenhanges abzielen, erscheinen beide Formeln inhaltlich kongruent. Ob terminologisch danach gefragt wird, ob die Pflichtverletzung neben anderen Ursachen eine wesentliche Bedingung des Rechtsnachteils ist oder ob die Fragestellung dahingeht, ob der Schutzzweck der verletzten Pflicht die eingetretenen Rechtsnachteile umfasst, kann deshalb nicht entscheidend sein. Dieser Betrachtungsweise entsprechen auch neuere Tendenzen zum sozialrechtlichen Herstellungsanspruch nach denen der Zusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Nachteil teilweise ausdrücklich anhand des Schutzzwecks der verletzten Pflicht ermittelt wird.³⁰⁶⁹

Es ist daher nicht notwendig, auch die besondere sozialrechtliche Theorie der wesentlichen Bedingung überall dorthin zu übernehmen, wo ein Herstellungsanspruch angewandt werden soll.³⁰⁷⁰ Diese Theorie ist nicht untrennbar mit dem Wesen eines Herstellungsanspruchs verknüpft. Vielmehr bietet sich an, im allgemeinen Verwaltungsrecht für die Bestimmung der Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Rechtsnachteil auf die allgemeinen Kausalitätsformeln zurückzugreifen, die bereits im Zusammenhang mit dem Folgenbeseitigungsanspruch entwickelt worden sind (*conditio sine qua non* Formel, Adäquanztheorie und Schutzzweck der Norm).³⁰⁷¹ Das Hauptaugenmerk der Kausalitätsprüfung

³⁰⁶⁷ Ricke, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., § 8 SGB VII, Rn. 4 f., 15; Erlenkämper, in: Erlenkämper/Fichte [Hg.], S. 61 ff.; Igl/Welti, SozR, § 40 Rn. 19.

³⁰⁶⁸ Vgl.: Waltermann, SozR, Rn. 282; Igl/Welti, SozR, § 40 Rn. 19.

³⁰⁶⁹ Vgl.: BSG, Urt. v. 1.9.1999 – B 13 RJ 73/98 R = SozR 3-2600 § 115 Nr. 5; BSG, Urt. v. 15.12.1994 – 4 RA 64/93 = SozR 3-2600 § 58 Nr. 2; BSG, Urt. v. 11.5.2000 – B 13 RJ 19/99 R; BSG, Urt. v. 22.10.1996 – 13 RJ 23/95 = BSGE 79, 168, 172; BSG, Urt. v. 25.1.1996 – 7 RAr 60/94 = SozR 3-3200 § 86a Nr. 2; Schmitz, ZfSH/SGB 2006, 393, 397; Fichte, in: Erlenkämper/Fichte [Hg.], SozR, II 7 Rn. 5; Goertz, Herstellungsanspruch, S. 9 f.

³⁰⁷⁰ So im Ergebnis auch: Olbertz, S. 227 f.

³⁰⁷¹ Olbertz, S. 227 f.; vgl. zur Kausalität beim Folgenbeseitigungsanspruch: Kap. 1 E.II.2.b.aa. (1) (d).

sollte – wie im Sozialrecht auch – auf der Prüfung des Schutzzwecks der verletzten Norm liegen.

Derartige normative Betrachtungen von Ursachenzusammenhängen sind dem allgemeinen Verwaltungsrecht nicht fremd. Bspw. soll im Polizei- und Ordnungsrecht grds. nur ein unmittelbarer Störer der Adressat von polizeirechtlichen Verfügungen sein.³⁰⁷² Hierbei besteht Einigkeit, dass das Vorliegen dieser „Unmittelbarkeit“ wertend zu ermitteln ist und nicht zwingend mit der Person übereinstimmen muss, die die zeitlich letzte Handlung zum Gefahreneintritt vorgenommen hat.³⁰⁷³

Es kommt daher nicht darauf an, ob (sozialrechtlich) davon gesprochen wird, dass eine Pflichtverletzung „wesentliche“ Ursache eines Rechtsnachteils ist oder – in Übereinstimmung mit der wohl gängigen verwaltungsrechtlichen Terminologie – danach gefragt wird, ob ein Rechtsnachteil „unmittelbare“ Folge der Pflichtverletzung ist. Hinter beiden Formeln verbirgt sich dasselbe Bemühen um eine wertende Begrenzung.

Wenn beim Folgenbeseitigungsanspruch allgemein anerkannt wird, dass die Mitverantwortlichkeit eines Bürgers analog § 254 BGB berücksichtigt werden soll, spricht nichts dagegen diese Forderung auch auf den Herstellungsanspruch zu übertragen.³⁰⁷⁴ Bei „Alles-Oder-Nichts“-Entscheidungen über eine unteilbare Herstellung führt § 254 BGB dann regelmäßig dazu, dass auf den „Schwerpunkt der Verantwortung“³⁰⁷⁵ abzustellen ist. Eine daran anschließende Umwandlung des Herstellungsanspruchs in einen Entschädigungsanspruch ist jedenfalls abzulehnen.³⁰⁷⁶ Wenn es um die Ermittlung des Schwerpunkts der Vorwerfbarkeit geht, sollte immer entsprechend berücksichtigt werden, dass der Bürger (zumindest bei vorangegangenen staatlichen Fehlverhalten) ohne die behördliche Pflichtverletzung gar nicht in einer Situation wäre, in der er (nun auch) seinerseits einen Nachteil abwenden muss.

Abseits des Sozialrechts ist eine Mitverantwortlichkeit jedoch auch unterhalb der Grenze zur groben Fahrlässigkeit relevant. Eine Privilegierung des Bürgers, wonach auch bei einfacher Fahrlässigkeit noch davon ausgegangen wird, dass zwischen sozialrechtlichem Nachteil und behördlichem Fehlverhalten ein Ursa-

³⁰⁷² *Pieroth/Schlink/Kniesel*, POR, § 9, Rn. 11 m.w.N.

³⁰⁷³ *Schenke*, POR, § 4, Rn. 241 ff.; *Pieroth/Schlink/Kniesel*, POR, § 9, Rn. 13 ff.

³⁰⁷⁴ *Olbertz*, S. 228 f.; vgl. zum Folgenbeseitigungsanspruch: BVerwG, Urt. v. 14.4.1989 – 4 C 34/88 = BVerwGE 82, 24, 26; BVerwG, Urt. v. 21.9.1984 – 4 C 51/80 = NJW 1985, 1481, 1482; *Stein/Itzel/Schwall*, Praxishandbuch StHR, Rn. 409; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 389 f.; *Ahrens*, StHR, Rn. 321; *Mazur*, ZJS 2011, 321, 325; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 144; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs öffentliches Recht, § 89, Rn. 6, 10; *Sproll*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, StHR, § 12, Rn. 49 ff.; *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1219 f.; *Schloer*, JA 1992, 39, 44; kritisch: *Schoch*, JURA 1993, 478, 486; **a.A.:** *Kemmler*, JA 2005, 908, 909.

³⁰⁷⁵ *Olbertz*, S. 229.

³⁰⁷⁶ Vgl. Kap. 1 E.II.2.b.cc.

chenzusammenhang bestehen bleibt, ist dem Sozialrecht vorbehalten. Schließlich rechtfertigt sie sich aus einer älteren Rechtsprechung für sozialrechtliche Vertrauenstatbestände,³⁰⁷⁷ die auf den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch übertragen wurde, um Unstimmigkeiten innerhalb des Sozialrechts zu vermeiden.³⁰⁷⁸ Hierbei wird die Privilegierung des Bürgers bei einfacher Fahrlässigkeit damit gerechtfertigt, dass im Sozial(versicherungs)recht besondere Verhältnisse vorlägen, die „*es erforderlich machen, auch in den Fällen einfachen Verschuldens des Versicherten den Vertrauensschutz noch zu gewähren*“³⁰⁷⁹. Es bestehe eine besondere Abhängigkeit des Bürgers von dem richtigen Verhalten des Sozialleistungsträgers, die es verbiete bei behördlichem Fehlverhalten bereits einfache Fahrlässigkeit des Bürgers zu berücksichtigen.³⁰⁸⁰ Für das Sozialrecht lässt sich tatsächlich u.a. aus §§ 2 Abs. 2, 13 ff., 16, 17 SGB I eine gesteigerte Pflichtenstellung der Verwaltung ableiten, die ggf. auch dazu geeignet ist zugunsten des Bürgers großzügigere Freiräume zu begründen.³⁰⁸¹ Für das allgemeine Verwaltungsrecht gilt dies nicht. Vielmehr würde im Rahmen des allgemeinen Verwaltungsrechts – das einfache Fahrlässigkeit des Bürgers gerade nicht allgemein unberücksichtigt lässt – durch eine Privilegierung kein Widerspruch überwunden werden, sondern (umgekehrt) erst eine Unstimmigkeit geschaffen werden. So könnte es gerade nicht überzeugen, dass sämtliche Sekundäransprüche auch bei einfacher Fahrlässigkeit analog § 254 BGB (teilweise) ausgeschlossen wären, während allein eine Herstellung bis zur Grenze der groben Fahrlässigkeit zulässig bleiben soll.

2. *Zeitlicher Ausschluss*

Die zeitliche Begrenzung nachträglicher Sozialleistungsgewährungen beim Herstellungsanspruch wird in Analogie zu § 44 IV SGB X auf vier Jahre begrenzt. Diese Vorschrift ist als speziellere Regelung für rückwirkende Leistungsgewährungen infolge rechtswidrigen Verwaltungsverhaltens anzusehen als die allgemeine Verjährung (§ 45 SGB I).³⁰⁸² Für nichtsozialrechtliche Bereiche scheidet ein Rückgriff auf § 44 IV SGB X hingegen aus.³⁰⁸³ Eine zeitli-

³⁰⁷⁷ BSG, Urt. v. 23.3.1972 – 5 RJ 63/70 = BSGE 34, 124, 129 f.

³⁰⁷⁸ *Bieback*, SGB 1990, 517, 523; *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 396 f.; *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6 Rn. 84.

³⁰⁷⁹ BSG, Urt. v. 23.3.1972 – 5 RJ 63/70 = BSGE 34, 124, 129.

³⁰⁸⁰ BSG, Urt. v. 23.3.1972 – 5 RJ 63/70 = BSGE 34, 124, 129 f.

³⁰⁸¹ Vgl. Kap. 2 B.II.4.b.bb. (2) (a).

³⁰⁸² Vgl. Kap. 2 B.II.4.c.aa. (4).

³⁰⁸³ So auch: *Olbertz*, S. 236.

che Begrenzung des Herstellungsanspruchs muss über andere Regelungen erreicht werden. Hierbei bietet es sich in enger Anlehnung an den Folgenbeseitigungsanspruch an, auf eine Analogie zu den §§ 194 ff. BGB abzustellen.³⁰⁸⁴

Ohne die vorrangige Sonderregelung des § 44 IV SGB X wäre auch im Sozialrecht die Ansicht grds. überzeugend, die für eine Verjährung des Herstellungsanspruchs auf den Verjährungszeitpunkt der jeweiligen restituierten (Leistungs-) Rechte abstellt³⁰⁸⁵. Sofern daher keine § 44 IV SGB X vergleichbaren Sondervorschriften für die Begrenzung rückwirkender Leistungen erkennbar sind, kann allgemein auf diese Ansicht zurückgegriffen werden. Wenn sich die Verjährungsfrist beim Folgenbeseitigungsanspruch nach §§ 195, 199 BGB richtet,³⁰⁸⁶ lässt sich dies entsprechend auf den Herstellungsanspruch übertragen. Der Herstellungsanspruch auf eine Leistung verjährt also grds. innerhalb der allgemeinen Dreijahresfrist (§ 195 BGB analog); ausgehend von dem Schluss des Jahres, in dem ohne Pflichtverletzung ein fälliger Leistungsanspruch entstanden wäre – als ausgleichender rechtlicher Nachteil – und der Bürger ohne grobe Fahrlässigkeit von den Umständen Kenntnis erlangt, die den Anspruch begründet hätten (§ 199 I BGB analog).³⁰⁸⁷

3. Zurechnung der Pflichtverletzung

Beim Herstellungsanspruch hat sich eine eigene weitreichende Rechtsprechung zur Zurechenbarkeit von Pflichtverletzungen entwickelt.³⁰⁸⁸ Diese Rechtsprechung wird u.a. mit der Zurechnungswertung des § 16 II SGB I und § 2 II SGB I gerechtfertigt.³⁰⁸⁹ So liegt es nahe, aus § 16 II SGB I eine ungewöhnlich enge Verbundenheit verschiedener Verwaltungsträger in sozialrechtlichen Fragestellungen zu entwickeln. Außerhalb des Sozialrechts kann auf die Wertungen der

³⁰⁸⁴ Vgl. für den Folgenbeseitigungsanspruch: *Ahrens*, StHR, Rn. 322; *Grzeszick*, in: *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, StHR, Rn. 66; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 146 f.; *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1225; *Mazur*, ZJS 2011, 321, 325.

³⁰⁸⁵ Vgl. zu dieser Ansicht: *Schmidt/Schmidt*, JURA 2005, 372, 376; vgl. ausführlich: Kap. 1 B.III.3.a.bb. (3).

³⁰⁸⁶ *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 146 f.; *Mazur*, ZJS 2011, 321, 325.

³⁰⁸⁷ Ein Beginn der Verjährungsfrist kann abseits der Regelung des § 45 I SGB I, die als Besonderheit keine subjektiven Elemente voraussetzt, nicht analog § 199 I BGB eintreten, ohne dass auch auf die dort geregelten subjektiven Elemente zurückgegriffen werden müsste.

³⁰⁸⁸ BSG, Urt. v. 25.8.1993 – 13 RJ 27/92 = BSGE 73, 56, 59; BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 94 ff.; BSG, Urt. v. 28.9.2010 – B 1 KR 31/09 R; *Krasney*, in: FS für Walter Schwarz, S. 383, 392.

³⁰⁸⁹ BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 95 m.w.N.; *Waßer*, JA 2001, 137, 139 f. m.w.N.

§§ 2 II, 16 II SGB I allerdings nicht zurückgegriffen werden. Da aber auch im allgemeinen Verwaltungsrecht für den Folgenbeseitigungsanspruch die Zurechenbarkeit fremder Pflichtverletzungen grds. anerkannt ist,³⁰⁹⁰ kann für den Herstellungsanspruch auf die hierzu herausgearbeiteten Entscheidungsmuster verwiesen werden.³⁰⁹¹

4. *Zwischenergebnis*

Der Ausgestaltung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs kann – bis auf einige notwendige Modifikationen – ein Vorbildcharakter für andere verwaltungsrechtliche Herstellungsansprüche zugestanden werden.³⁰⁹² Modifikationsbedarf ist dort gegeben, wo eine bestimmte Ausgestaltung allein sozialrechtlichen Besonderheiten geschuldet ist.

III. Exemplarische Auswahl von möglichen Anwendungsfällen

Einerseits ist die dogmatische Grundlage des Herstellungsanspruchs sehr allgemein. Sie greift überall dort, wo dem Recht zu entnehmen ist, dass statt einer Nachteilsbegründung das ursprünglich vorteilhafte Amtshandeln – zu dem es ohne Pflichtverletzung gekommen wäre – noch nach dem Regelungsplan des Gesetzes (auch nachträglich noch) gefordert erscheint. Andererseits ist diese Grundlage sehr speziell, da die Ermittlung der planwidrigen Regelungslücke direkt auf die jeweils einschlägigen fachrechtlichen Regelungen und Wertungen Bezug nimmt. Eine umfassende, allgemeine und abschließende Antwort auf die Frage, wo eine Begründung des Herstellungsanspruchs rechtlich notwendig erscheint, kann daher in dieser Arbeit nicht geleistet werden.

³⁰⁹⁰ Vgl. BVerwG, Urt. v. 29.1.1987 – 2 C 34/85 = BVerwGE 75, 354, 354 f.; BVerwG, Urt. v. 21.9.1984 – 4 C 51/80 = NJW 1985, 1481; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 146; *Sproll*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, StHR, § 12, Rn. 66; *Mazur*, ZJS 2011, 321, 326; *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn. 1226; *Ahrens*, StHR, Rn. 327; vgl. Kap. 1 E.II.2.b.aa. (2) (a) (bb).

³⁰⁹¹ Die Möglichkeit einer Zurechnung fremder Pflichtverletzungen beim Herstellungsanspruch hat das BSG früher bereits ausdrücklich mit der Rechtsprechung zum Folgenbeseitigungsanspruch in Verbindung gebracht (BSG, Urt. v. 17.12.1980 – 12 RK 34/80 = BSGE 51, 89, 95 m.w.N.). So im Ergebnis auch: *Olbertz*, S. 230.

³⁰⁹² In diesem Sinne auch: *Özfiat-Skubinn*, Beamtenernennungen, S. 308 („*Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch ist eine rechtsgebietspezifische Konkretisierung der ihn bedingenden Grundsätze neben anderen möglichen richterrechtlichen Instituten. Er sollte vorstehend als Rechtsfortbildung dieser Art lediglich Modell stehen.*“).

Im Folgenden sollen daher bewusst naheliegende und häufig diskutierte Anwendungsbereiche eines nichtsozialrechtlichen Herstellungsanspruchs näher untersucht werden. Die folgenden Ausführungen erheben dabei keinen Anspruch auf Vollständigkeit, da gemäß der hier vertretenen Ableitung auch andere fachrechtliche Anwendungsbereiche denkbar sind. Die folgenden Anwendungsfälle sind bewusst exemplarisch ausgewählt.

1. Betreuungspflichtverletzungen (insbesondere nach § 25 VwVfG)?

Sofern über eine Übertragbarkeit des Herstellungsanspruchs auf andere Bereiche des Verwaltungsrechts gestritten wird, steht die Verletzung der allgemeinen hoheitlichen Beratungs- und Auskunftspflichten nach § 25 VwVfG im Mittelpunkt der Diskussion.³⁰⁹³ Diese Feststellung überrascht nicht, weil auch beim sozialrechtlichen Herstellungsanspruch regelmäßig die Folgen von Betreuungspflichtverletzungen (§§ 14, 15 SGB I) korrigiert werden sollen. § 25 VwVfG begründet subjektive Beratungs- und Auskunftsansprüche des Bürgers gegen einen Verwaltungsträger³⁰⁹⁴ und soll nach seinem Regelungszweck verhindern, dass Rechte des Bürgers infolge von Unkenntnis (ungenutzt) verloren gehen.³⁰⁹⁵ Insofern besteht bei § 25 VwVfG im Falle eines hoheitlichen Fehlverhaltens auch dasselbe Nachteilsrisiko wie bei den sozialrechtlichen Betreuungsrechten. Dennoch wird ein Herstellungsanspruch bei der Verletzung des § 25 VwVfG überwiegend abgelehnt.³⁰⁹⁶

³⁰⁹³ Für eine Anwendung des Herstellungsanspruchs, u.a.: *Olbertz*, S. 77 ff.; *Hattstein*, Betreuungspflichten, S. 240 ff.; *Pünder*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, § 14, Rn. 42; *Clausen*, in: Knack [Hg.], 8. Aufl. (2003), § 25 VwVfG, Rn. 13. Gegen eine Anwendung des Herstellungsanspruchs, u.a.: *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 605; *Kreikebohm/von Koch*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 6 Rn. 99; *Bonk*, in: Sachs [Hg.], Art. 34 GG, Rn. 47; *Kallerhoff*, in: Stelkens/Bonk/Sachs [Hg.], § 25 VwVfG, Rn. 19 f., 21; *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, § 25 VwVfG, Rn. 25; *Ritgen*, in: Knack/Hennecke [Hg.], § 25 VwVfG, Rn. 23; *Ziekow*, § 25 VwVfG, Rn. 13; *Hermann*, in: Bader/Ronellenfisch [Hg.] § 25 VwVfG, Rn. 23.

³⁰⁹⁴ VG Frankfurt, Urt. v. 4.3.2009 – 1 K 3876/08.F.

³⁰⁹⁵ BT- Drs. 7/910, S. 49 („*Im Rechtsstaat soll niemand aus Unkenntnis seiner Rechte verlustig gehen.*“); *Clausen*, in: Knack [Hg.], 8. Aufl. (2003), § 25 VwVfG, Rn. 2.

³⁰⁹⁶ Etwa: OVG Niedersachsen, Urt. v. 9.7.2007 – 2 ME 444/07 m.w.N.; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 24.3.1987 – 3 S 2989/86 = VBIBW 1987, 468, 469; Bayerischer VGH, Urt. v. 2.3.2011 – 19 B 10.2815; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, 605; *Kallerhoff*, in: Stelkens/Bonk/Sachs [Hg.], § 25 VwVfG, Rn. 19 f., 17; *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, § 25 VwVfG, Rn. 25; *Ritgen*, in: Knack/Hennecke [Hg.], § 25 VwVfG, Rn. 23; *Ziekow*, § 25 VwVfG, Rn. 13; *Hermann*, in: Bader/Ronellenfisch [Hg.] § 25 VwVfG, Rn. 23. Offengelassen: OVG NRW, Urt. v. 4.5.1999 – 5 A 5682/97; VG Freiburg, Urt. v. 25.1.2011 – 5 K 1000/10; *Neumann*, NVwZ 2000, 1244, 1245;

a) Bisherige Lösungen in Rechtsprechung und Literatur

Statt eines Herstellungsanspruchs soll eine Verletzung des § 25 VwVfG – neben dem Amtshaftungsanspruch (§ 839 BGB, Art. 34 GG) – nur zu einem allgemeinen Folgenbeseitigungsanspruch führen können;³⁰⁹⁷ weitergehende Folgen wären allenfalls über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 32 VwVfG) zu korrigieren.³⁰⁹⁸ Die Anwendung des Folgenbeseitigungsanspruchs unmittelbar wegen der Verletzung des § 25 VwVfG setzt zunächst voraus, dass sich der Anwendungsbereich des Folgenbeseitigungsanspruchs nicht auf Eingriffe in Freiheitsrechte und vergleichbare Unterlassungsansprüche beschränkt.³⁰⁹⁹ Über die Folgenbeseitigung kann allerdings auch dann nur eine Wiederherstellung des status quo ante erreicht werden. Eigentlich müsste sich die Restitution demnach auf die Wiederherstellung eines Zustandes beschränken, der dem Zustand gleichwertig ist, welcher bereits vor der Verletzung des § 25 VwVfG bestand.³¹⁰⁰ Ein Folgenbeseitigungsanspruch ist also denkbar, wenn sich der gegenwärtige Zustand durch die mangelhafte Auskunft verschlechtert hat und der Bürger bspw. rechtswidrig nicht über den Inhalt eines baurechtlichen Sachverständigengutachtens informiert wird und daher nicht gegen hoheitliche Baumaßnahmen vorgehen konnte, die auf seinem Grundstück inzwischen durchgeführt worden.³¹⁰¹

Diese Rechtsfolge – die dem Bürger regelmäßig nicht weiterhilft, wenn seine Belastung gerade im Ausbleiben von Vorteilen besteht³¹⁰² – hat im Sozialrecht

Engelhardt, in: Obermayer, § 25 VwVfG, Rn. 76 ff.; *Maurer*, AllgVerwR, § 30, Rn. 25; *Ule/Laubinger*, § 26 VwVfG, Rn. 28 ff., 31; *Erbguth*, AllgVerwR, § 41, Rn. 23; unklar: *Sproll*, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, StHR, § 12, Rn. 63; für einen gesamtsozialrechtlichen Herstellungsanspruch eintretend, der eben nicht über die sozialrechtlichen Rechtsgebiete hinausreicht auch: *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, 395; *Bieback* DVBl. 1983, 159, 169 f.

³⁰⁹⁷ Etwa: OVG Mecklenburg-Vorpommern, Urt. v. 28.5.2008 – 1 O 51/08; Bayerischer VGH, Urt. v. 17.2.2009 – 14 ZB 08.2919; VG Frankfurt, Urt. v. 4.3.2009 – 1 K 3876/08.F.; *Kamphausen*, Rechtsprobleme bei Auskünften, S. 157 ff.; *Ancker*, Auskünfte durch die Verwaltung, S. 101 ff.; *Hattstein*, Betreuungspflichten, S. 229 ff.; *Kallerhoff*, in: Stelkens/Bonk/Sachs [Hg.], § 25 VwVfG, Rn. 45; *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, § 25 VwVfG, Rn. 25 f.

³⁰⁹⁸ *Kallerhoff*, in: Stelkens/Bonk/Sachs [Hg.], § 25 VwVfG, Rn. 20; *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, § 25 VwVfG, Rn. 25; *Ritgen*, in: Knack/Hennecke [Hg.], § 25 VwVfG, Rn. 23.

³⁰⁹⁹ Vgl. hierzu: Kap. 1 E.II.2.B.aa. (1) (a).

³¹⁰⁰ Vgl. BVerwG, Urt. v. 16.9.1980 – I C 52/75 = BVerwGE 61, 15, 17 m.w.N.; *Kallerhoff*, in: Stelkens/Bonk/Sachs [Hg.], § 25 VwVfG, Rn. 20; *Kamphausen*, Rechtsprobleme bei Auskünften, S. 162.

³¹⁰¹ Beispiel nach: *Kamphausen*, Rechtsprobleme bei Auskünften, S. 163.

³¹⁰² Vgl. speziell zu § 25 VwVfG: *Hattstein*, Betreuungspflichten, S. 233 ff.

die Notwendigkeit eines eigenständigen Herstellungsanspruchs begründet und reicht auch einigen Befürwortern der Anwendung des Folgenbeseitigungsanspruchs bei § 25 VwVfG nicht aus. So soll der allgemeine Folgenbeseitigungsanspruch analog §§ 242, 162 BGB ggf. zu einem besonderen „*Folgenbeseitigungsanspruch i.w.S.*“ erweitert werden können, der in Ausnahmesituationen eine Naturalrestitutionspflicht begründe, falls hoheitliche Betreuungspflichten verletzt worden sind.³¹⁰³ Wann eine solche treuwidrige Ausnahmesituation bei der Verletzung des § 25 VwVfG vorliegen soll, bleibt allerdings weitestgehend offen. *Ramsauer*, der einen Herstellungsanspruch ablehnt, ist – soweit ersichtlich – der Begründer der Vorstellung eines „*Folgenbeseitigungsanspruch i.w.S.*“. Er nimmt Bezug auf die Ausführungen von *Ule/Laubinger*.³¹⁰⁴ Tatsächlich übersieht *Ramsauer* aber, dass *Ule/Laubinger* keineswegs von einem eigenständigen „*Folgenbeseitigungsanspruch i.w.S.*“ sprechen, sondern sich ausdrücklich auf den Herstellungsanspruch beziehen, dessen Anwendbarkeit sie offenlassen.³¹⁰⁵ Der „*Folgenbeseitigungsanspruch i.w.S.*“ ist damit inhaltlich nichts anderes als ein Herstellungsanspruch unter anderem Namen.³¹⁰⁶ Wer für einen „*Folgenbeseitigungsanspruch i.w.S.*“ eintritt, kann nicht mehr überzeugend gegen einen Herstellungsanspruch argumentieren. Konsequenter wäre es stattdessen, offen die Anwendung eines Herstellungsanspruchs einzuräumen.

Die Überzeugung, dass dem Bürger bei einer Verletzung des § 25 VwVfG mehr zustehen müsste als die Wiederherstellung des status quo ante, geht jedenfalls so weit, dass teilweise eine Naturalrestitution über den Folgenbeseitigungsanspruch gefordert wird, ohne dass dies als abweichende Besonderheit überhaupt noch bemerkt werden würde.³¹⁰⁷

³¹⁰³ *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, § 25 VwVfG, Rn. 25; *Hermann*, in: Bader/Ronellenfötsch [Hg.] § 25 VwVfG, Rn. 23; *Ziekow*, § 25 VwVfG, Rn. 13; *Müller-Grüne*, Treu und Glauben im VerwR, S. 105, Fn. 207; *Schmitz*, in: Schwarz [Hg.], § 89 AO, Rn. 32 m.w.N.; wohl auch: *Ritgen*, in: Knack/Hennecke [Hg.], § 25 VwVfG, Rn. 23.

³¹⁰⁴ *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, § 25 VwVfG, Rn. 25, Fn. 26.

³¹⁰⁵ *Ule/Laubinger*, § 26 VwVfG, Rn. 28 ff., 31.

³¹⁰⁶ Sogar die Bezugnahme auf §§ 242, 162 BGB entspricht einer gängigen Begründungslinie des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs; vgl. Kap. 2 B.II.3.c.

³¹⁰⁷ Etwa: BFH, Urt. v. 27.2.2007 – III B 158/06 = BFH/NV 2007, 1090 („*Nach zutreffender Auffassung [...] richtet sich der Folgenbeseitigungsanspruch nur auf die Wiederherstellung des ursprünglichen, vor der falschen Auskunft bestehenden Zustandes [...]. Ohne die angeblich falsche Auskunft des FA D wäre der von der Klägerin behauptete, ursprüngliche Antrag auf Investitionszulage abgegeben worden, in dem auch die Klägerin als Antragstellerin aufgeführt gewesen sei [was eine Naturalrestitution beinhaltet, Anmerkung des Verfassers].“); OVG Mecklenburg-Vorpommern, Urt. v. 28.5.2008 – 1 O 51/08 („*Hätte der Beklagte seine Hinweispflicht gemäß § 25 Satz 1 VwVfG M-V in diesem Sinne verletzt, könnte daraus möglicherweise ein Folgenbeseitigungsanspruch der Klägerin folgen, sie so zu stellen, als wenn dieses Fehlverhalten und damit die**

Andere Autoren erklären hingegen, dass die Rechtsfolgen, die über eine bloße Wiederherstellung des status quo ante hinausreichen, unmittelbar aus Treu und Glauben (§§ 162, 242 BGB analog) zu gewinnen wären.³¹⁰⁸ Es wird hiermit keine Umgestaltung des Folgenbeseitigungsanspruchs zum „*Folgenbeseitigungsanspruch i.w.S.*“ verbunden, sondern ein anderer Lösungsansatz, wie ihn die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung seit den fünfziger Jahren für die Folgen von Fehlberatungen vertritt.³¹⁰⁹ Zur Begründung der hoheitlichen Pflicht, bspw. Anträge fiktiv als zurückgenommen zu betrachten, wenn eine Antragsrücknahme tatsächlich wegen fehlerhafter Beratung unterblieben ist, greift die Rechtsprechung nicht auf einen Folgenbeseitigungsanspruch zurück; sie kann dieses Ergebnis unmittelbar aus §§ 242, 162 BGB ableiten.³¹¹⁰ Auf die Austauschbarkeit einer Ergebnisfindung über Treu und Glauben (§§ 242, 162 BGB analog) oder einen Herstellungsanspruch wurde bereits mehrfach hingewiesen.³¹¹¹

Im Zusammenhang mit der Verletzung von § 25 VwVfG kommt schließlich auch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 32 VwVfG) in Betracht, wenn wegen einer Fehlbetreuung eine Frist nicht eingehalten worden ist. Da § 32 VwVfG nicht zwischen rechtswidrig und rechtmäßig herbeigeführten Fristversäumnissen unterscheidet, kann § 32 VwVfG zur Korrektur des Fristversäumnisses unbestreitbar herangezogen werden. Sofern der Vorschrift hingegen auch die weitergehende Aussage entnommen werden soll, dass § 32 VwVfG bei rechtswidrig herbeigeführten Fristversäumnissen eine gegenüber einem Herstellungsanspruch abschließende Regelung darstellt,³¹¹² ist dies zurückzu-

Fristversäumung nicht erfolgt wäre [...]“); VG Frankfurt, Urt. v. 4.3.2009 – 1 K 3876/08.F; FG Köln, Urt. v. 27.6.2008 – 15 K 928/08; Kolter, KommJur 2008, 47, 51 („Vor allem folgt aus der Verletzung der Hinweispflicht ein Folgenbeseitigungsanspruch. Die Betroffenen haben danach einen Anspruch so gestellt zu werden, wie sie stünden, wenn der Fehler [...] nicht vorläge.“).

³¹⁰⁸ Olbertz, S. 93 ff.; Ancker, Auskünfte durch die Verwaltung, S. 131 ff.; wohl auch: Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs [Hg.], § 25 VwVfG, Rn. 20.

³¹⁰⁹ Vgl. BVerwG, Urt. v. 15.7.1959 – V C 80/57 = BVerwGE 9, 89, 92; BVerwG, Urt. v. 19.3.1964 – III C 4/61 = ZLA 1964, 236; BVerwG, Urt. v. 13.1.1965 – V C 74/63 = BVerwGE 20, 136, 136 f.; BVerwG, Urt. v. 26.10.1966 – V C 2/65 = BVerwGE 25, 183, 184; BVerwG, Urt. v. 9.6.1961 – IV C 371/59; BFH, Urt. v. 22.4.1966 – VI 264/65 = BFHE 86, 148, 151; Pietzner/Müller, VerwArch. 85 [1994], 603, 618 f.; de Wall, Anwendbarkeit im Verwaltungsrecht, S. 265 ff.; Weyreuther, Gutachten, B 126, Fn. 537.

³¹¹⁰ Vgl. BVerwG, Urt. v. 9.6.1961 – IV C 371/59.

³¹¹¹ Vgl. Kap. 1 E.II.2.d.bb; Kap. 2 B.II.3.c.

³¹¹² In diese Richtung gehen wohl die Ausführungen von: Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, § 25 VwVfG, Rn. 25; Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs [Hg.], § 25 VwVfG, Rn. 20 f.

weisen.³¹¹³ Die Anwendung des § 32 VwVfG auf Fristversäumnisse infolge der Verletzung des § 25 VwVfG ist genau genommen gar keine Lösung für die Betreuungsrechtsverletzung, sondern allein eine Lösung für das Fristversäumnis an sich.

b) Möglichkeit der Anwendung eines Herstellungsanspruchs?

Die bisherigen Lösungen, die im Umgang mit verwaltungsrechtlichen Betreuungspflichtverletzungen (insbesondere Verstößen gegen § 25 VwVfG) entwickelt worden sind, sind weder einheitlich noch praktisch oder rechtsdogmatisch weiterführend. Darüber hinaus lässt sich aus ihnen kein überzeugendes Argument gegen einen Herstellungsanspruch gewinnen. Insbesondere die Fixierung auf den Folgenbeseitigungsanspruch wird ad absurdum geführt, wenn ein „*Folgenbeseitigungsanspruch i.w.S.*“ teilweise als verwaltungsrechtlich zulässige Lösung anstelle eines Herstellungsanspruchs propagiert wird.³¹¹⁴ Da dieser weitergehende Anspruch, der analog §§ 242, 162 BGB begründet wird, nichts anders ist als der Herstellungsanspruch unter einem anderem – unsinnigen – Namen, läuft diese Ansicht darauf hinaus, dass man den Herstellungsanspruch auch bei der Verletzung des § 25 VwVfG anwenden darf – man darf ihn nur nicht offen so nennen.

Dennoch bedeuten allein die Widersprüche der bisherigen Lösungen nicht, dass für jede Verletzung des § 25 VwVfG ein Herstellungsanspruch entstünde.³¹¹⁵ Dies liegt an der rechtsdogmatischen Begründung der besonderen Rechtsfolge, die über den Herstellungsanspruch erreicht werden soll. Der Herstellungsanspruch berechtigt nachträglich noch zu denselben Amtshandlungen, zu denen es ohne das hoheitliche Fehlverhalten gekommen wäre; inhaltlich handelt es sich daher um einen „*Erfüllungsanspruch bei fehlerhafter behördlicher Beratung*“.³¹¹⁶ Zu Recht wird hierzu ausgeführt, dass ein (Erfüllungs-)

³¹¹³ Vgl. hierzu ausführlich: Kap. 2 B.III.3.a.aa.

³¹¹⁴ Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, § 25 VwVfG, Rn. 25; Hermann, in: Bader/Ronellenfötsch [Hg.] § 25 VwVfG, Rn. 23. Rechtsdogmatisch noch bedenklicher sind die Entscheidungen, in denen – ohne jede Begründung – die Rechtsfolge des Folgenbeseitigungsanspruchs von der Wiederherstellung des *status quo ante* auf Naturalrestitution in den Fällen der Verletzung des § 25 VwVfG ausgedehnt wird: OVG Mecklenburg-Vorpommern, Urt. v. 28.5.2008 – 1 O 51/08; VG Frankfurt, Urt. v. 4.3.2009 – 1 K 3876/08.F.

³¹¹⁵ In diesem Sinne aber wohl: Olbertz, S. 107, 142 ff.

³¹¹⁶ OVG NRW, Urt. v. 4.5.1999 – 5 A 5682/97; vgl. auch: OVG Niedersachsen, Urt. v. 9.7.2007 – 2 ME 444/07 („*Eine etwaige Verletzung der behördlichen Beratungspflicht kann sich als solche nicht anspruchsbegründend auswirken. Sie vermag keinen Anspruch herbeizuführen, der nach dem materiellen Fachrecht nicht gegeben ist, sondern*

Anspruch, der nach dem materiellen Fachrecht nicht gegeben ist, auch richterrechtlich nicht geschaffen werden kann.³¹¹⁷ Im Umkehrschluss bedeutet diese Begründung aber auch, dass die (Erfüllungs-) Ansprüche, die durch das materielle Fachrecht gefordert sind, bestehen bleiben. Die Frage, wann eine Erfüllung (noch) rechtlich notwendig ist, beantwortet insofern das jeweilige Fachrecht. Die Reichweite der Restitution ist bei verwaltungsrechtlichen Betreuungspflichten daher abhängig von den fachrechtlichen Besonderheiten. Übereinstimmend mit der Ableitung des Herstellungsanspruchs als ggf. fachrechtlich gebotener Anspruch kann ein Herstellungsanspruch bei der Verletzung verwaltungsrechtlicher Betreuungspflichten (auch § 25 VwVfG) nur dort zulässig sein, wo das Fachrecht ohne die Ergänzung des Herstellungsanspruchs hin zu einem Erfüllungsanspruch planwidrig unvollständig erscheint.

Das subjektive Betreuungsrecht an sich bildet dabei nur den Ansatzpunkt, um innerhalb seines jeweiligen fachrechtlichen Regelungszusammenhangs zu ermitteln, welche Reaktion im Verletzungsfall rechtlich geboten ist. Keineswegs ist in § 25 VwVfG – über alle Fachgebiete hinweg – eine allgemeine Vorentscheidung enthalten, dass bei jeder Verletzung dieser Pflichten grds. ein Herstellungsanspruch rechtlich notwendig ist, der ggf. im Einzelfall durch „*an sich unzulässiges*“ Amtshandeln ausgeschlossen wäre. Mit dem Rechtsgehalt einer Betreuungspflicht wird unmittelbar kein Anspruch auf eine andere Leistung als Betreuung begründet; dies ändert sich auch nicht im Fall der Verletzung dieser Betreuungspflicht. Allenfalls durch Auslegung des Fachrechts, das die begehrte andere Leistung begründet (und auf das sich die Betreuungspflicht systematisch bezieht), kann sich ergeben, dass eine Leistung gemessen am Regelungszweck des Gesetzes nicht für die Fälle ausgeschlossen werden soll, in denen es zuvor zu einer Fehlberatung gekommen ist. Auch die Ansicht, die den rechtsdogmatischen Hintergrund des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs allein im Rechtsgehalt der sozialrechtlichen Betreuungspflichten sieht,³¹¹⁸ ist daher als unvollständig zurückgewiesen worden.³¹¹⁹

rechtfertigt gegebenenfalls lediglich – im ordentlichen Rechtsweg zu verfolgende – Ansprüche auf Schadensersatz wegen Amtspflichtverletzung oder auf Entschädigung.“); Ziekow, § 25 VwVfG, Rn. 13.

³¹¹⁷ Vgl. BVerwG, Urt. v. 18.4.1997 – 8 C 38/95 = NJW 1997, 2966, 2969 ff.; Bayerischer VGH, Urt. v. 17.2.2009 – 14 ZB 08.2919; OVG Niedersachsen, Urt. v. 9.7.2007 – 2 ME 444/07 = NVwZ-RR 2007, 766; Kugele, in: Kugele [Hg.], § 35 VwVfG, Rn. 9; Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs [Hg.], § 25 VwVfG, Rn. 19.

³¹¹⁸ Vgl. Bieback, DVBl. 1983, 159, 167 ff.; ders., SGB 1990, 517, 520.

³¹¹⁹ Vgl. Kap. 2 B.II.3.f.bb.

Insofern darf nicht allein von einer verwaltungsrechtlichen Betreuungspflichtverletzung ausgehend der Schluss gezogen werden, dass für diejenigen, die fehlerbedingt eine Antragstellung bzgl. eine Steuerbegünstigung, Subvention, Baugenehmigung, Privatschulfinanzierung,³¹²⁰ Gewerbe genehmigung oder der Genehmigung zum Betrieb eines Atomkraftwerkes unterlassen haben, ein allgemeiner Grundsatz bestünde, dass der Zustand hergestellt werden müsse, der heute ohne das Fehlverhalten bestünde. Überzeugender ist es, ausgehend vom jeweiligen fachrechtlichen Zusammenhang zu ermitteln, wo die Fiktion einer rechtzeitigen Antragstellung anhand des gesetzlichen Regelungszieles fachrechtlich notwendig erscheint, wenn sie nur wegen eines behördlichen Fehlverhaltens unterlassen wurde.

c) Zwischenergebnis

Bzgl. der Frage, ob die Verletzung des § 25 VwVfG einen Herstellungsanspruch begründet, kann der jeweilige fachrechtliche Regelungszusammenhang des Betreuungsrechts nicht ausgeklammert werden. Dort wo das Fachrecht einen nachträglichen Erfüllungsanspruch ausschließt, kann dieser nicht allein aus der Verletzung eines Betreuungsrechts konstruiert werden. Dort wo das Fachrecht allerdings die Ergänzung um einen Erfüllungsanspruch im Herstellungsfall notwendig erscheinen lässt, ist ein Herstellungsanspruch als Folge der Verletzung des § 25 VwVfG zulässig.

2. *Nachteilhafte Änderungen der Sach- und Rechtslage?*

Rechtsnachteile infolge hoheitlicher Pflichtverletzungen entstehen für den Bürger insbesondere dann, wenn ein subjektives Recht wegen des hoheitlichen Fehlverhaltens nicht geltend gemacht wird – und das Recht zu einem späteren Zeitpunkt wegen einer zwischenzeitlichen Änderung der Sach- oder Rechtslage entfallen ist. In diesen Fällen helfen teilweise auch Rechtsbehelfe nicht weiter, weil bei der Verpflichtungsklage – mit der typischerweise Begünstigungen durchgesetzt werden – die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bzw. der gerichtlichen Entscheidung maßgeblich ist.³¹²¹ Teilweise wird vorgeschlagen, eine solche Verschlechterung der Rechts-

³¹²⁰ Offengelassen: OVG Hamburg, Urt. v. 21.2.2003 – 1 Bf 185/00.

³¹²¹ Etwa: BVerwG, Urt. v. 17.12.1954 – V C 97/54 = BVerwGE 1, 291, 294; BVerwG, Urt. v. 25.4.1968 – VI C 104/63 = BVerwGE 29, 304, 305 f.; BVerwG, Urt. v. 21.3.1986 – 7 C 71/83 = BVerwGE 74, 115, 118; *Hufen*, VerwPrR, § 24, Rn. 14 f.; *Schenke*, in: Kopp/Schenke, § 113 VwGO, Rn. 217 m.w.N.

stellung des Bürgers über den Herstellungsanspruch zu korrigieren.³¹²² Bei einer zwischenzeitlichen Änderung der Sachlage ist die Ähnlichkeit beider Fälle greifbar. Aber auch für eine (verfassungskonforme) Änderung der Rechtslage gibt die Rechtsprechung zu erkennen, dass über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch grds. die Geltung einer früheren Rechtslage für den Bürger fingiert werden könne.³¹²³ Die überwiegende Ansicht im Verwaltungsrecht greift in diesen Fällen hingegen auf andere Korrekturmöglichkeiten zurück.

Wenn bspw. ein Bauherr nach dem einschlägigen Bebauungsplan rechtswidrig keine Baugenehmigung für ein Flachdach erhält, droht sein bestehendes subjektives Baurecht unterzugehen, wenn während des Verfahrens ein neuer Bebauungsplan in Kraft tritt, der nun den Bau von Flachdächern mit sofortiger Wirkung ex nunc ausschließt (Änderung der Rechtslage). Eine vergleichbare Problematik kann sich trotz des unveränderten Fortbestehens der Rechtslage aus einer zwischenzeitlichen Änderung der Sachlage ergeben. Dies wird bspw. relevant, wenn eine Leistung mit einer Altersgrenze verbunden ist, der rechtzeitige Erhalt der Leistung durch das hoheitliche Fehlverhalten zunächst vereitelt wird und dann die Altersgrenze überschritten wird.

a) Bisherige Lösungen in Rechtsprechung und Literatur

Das BVerwG hat Ausnahmen zu dem Grundsatz formuliert, dass der maßgebliche Beurteilungszeitpunkt einer Verpflichtungsklage der Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung ist. So soll trotz einer zwischenzeitlichen Änderung der Sach- oder Rechtslage der frühere Zeitpunkt maßgeblich sein, wenn dies aus dem materiellen Recht folge.³¹²⁴ Unabhängig von etwaigen Änderungen wird daher grds. nach der ursprünglichen Sach- und Rechtslage entschieden, wenn es

³¹²² *Olbertz*, S. 118 ff.; *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 441 ff.; *Kreßel*, S. 367 ff. (zum Bestandsschutzanspruch).

³¹²³ Vgl. BSG, Urt. v. 14.6.1962 – 4 RJ 75/60 = SozR Nr. 3 zu § 1233 RVO 02; BSG, Urt. v. 12.12.1984 – 7 RA r 74/83 = SozR 4100 § 56 Nr. 18; BSG, Urt. v. 18.8.1983 – 11 RA 40/82 = BSGE 55, 257, 259; BSG, Urt. v. 30.9.1999 – B 8 KN 5/98 U R = BSGE 85, 24, 25; LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 26.2.1992 – L 5 Ar 926/90. Die folgenden Ausführungen beziehen sich nicht auf die Frage, ob die Gesetzesänderung an sich verfassungskonform ist. Vielmehr geht es um die Frage, wie sich eine verfassungskonforme Rechtsänderung (ohne entsprechende Übergangsbestimmungen) auf die Rechtstellung der Personen auswirkt, die durch ein hoheitliches Fehlverhalten von der Geltendmachung von Rechten abgehalten worden sind.

³¹²⁴ Vgl. bzgl. der Maßgeblichkeit des materiellen Rechts: BVerwG, Urt. v. 22.6.1973 – VII C 7/71 = BVerwGE 42, 296, 300; BVerwG, Urt. v. 8.2.1980 = BVerwGE 60, 25, 38; BVerwG, Urt. v. 18.5.1982 – 7 C 42/80 = BVerwGE 65, 313, 315; BVerwG, Urt. v. 27.1.1993 – 11 C 35/92 = NJW 1993, 1729, 1730; *Hufen*, VerwPrR, § 24, Rn. 16 f.

um eine Zulassung zum Hochschulstudium³¹²⁵ oder zum Beruf³¹²⁶ geht. Diese Abweichungen rechtfertigt das BVerwG aus „*rechtsstaatlichen Erwägungen*“.³¹²⁷ Für eine Zulassung zum Linienverkehr,³¹²⁸ die Erteilung einer Baugenehmigung,³¹²⁹ einen Asylantrag³¹³⁰ oder eine Namensänderung³¹³¹ halten die Verwaltungsgerichte hingegen an dem dargestellten Grundsatz fest.

Diese uneinheitliche Rechtsprechung hat Kritik hervorgerufen. So wird es als inkonsequent kritisiert, dass bspw. bei einer Baugenehmigung nachteilige Rechtsänderungen zu Ungunsten des Betroffenen maßgeblich sein sollen (weil auf den gegenwärtigen Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung abgestellt wird), während für eine Berufszulassung nachteilige Änderungen außer Acht bleiben würden (weil der frühere Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung entscheidend wäre).³¹³² Da mit der Eigentums- und der Berufsfreiheit (Art. 12 I, 14 I GG) gleichermaßen Grundrechte betroffen seien,³¹³³ könne eine unterschiedliche Behandlung nicht überzeugen.³¹³⁴ Diese Kritik lässt sich für die anderen Entscheidungen verallgemeinern. In der Rechtswissenschaft wurden andere Erklärungen für diese Differenzierungen gesucht.

Erklärungsversuche in der Weise, dass es sich allein um eine verfahrens- oder prozessrechtliche Verlagerung des eigentlichen gerichtlichen Entscheidungszeitpunktes handle, die nicht (auch) auf materiell-rechtlichen Erwägungen beruhe, überzeugen nicht. Da ein Richter Entscheidungen auf der Grundlage des geltenden Rechts trifft, muss mit der prozessrechtlichen Gewährung einer Leistung auch ein entsprechender materiell-rechtlicher Anspruch korrespondieren.³¹³⁵ Das BVerwG macht in seiner Rechtsprechung deshalb

³¹²⁵ BVerwG, Urt. v. 22.6.1973 – VII C 7/71 = BVerwGE 42, 296, 300; **a.A.:** *Hufen*, VerwPrR, § 24, Rn. 16 f.

³¹²⁶ Etwa: BVerwG, Urt. v. 14.3.1961 – I C 48/57 = DVBl. 1961, 447; BVerwG, Urt. v. 21.7.1959 – I C 101/54 = DVBl. 1959, 775; BVerwG, Urt. v. 24.5.1960 – I C 39/57 = DVBl. 1960, 778; BVerwG, Urt. v. 29.8.1961 – I C 167/59 = DVBl. 1962, 178, 179.

³¹²⁷ BVerwG, Urt. v. 14.3.1961 – I C 48/57 = DVBl. 1961, 447.

³¹²⁸ BVerwG, Urt. v. 28.7.1989 – 7 C 39/87 = NJW 1989, 3233.

³¹²⁹ BVerwG, Urt. v. 29.8.1961 – I C 167/59 = DVBl. 1962, 178, 179; *Olbertz*, S. 129 f. m.w.N.

³¹³⁰ BVerwG, Urt. v. 17.10.1989 – 9 C 58/88 = NVwZ 1990, 654.

³¹³¹ OVG NRW, Urt. v. 9.1.1990 – 10 A 1476/86 = NJW 1990, 2216.

³¹³² Vgl. *Olbertz*, S. 123 ff., 131 ff. m.w.N.; *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 441 ff.; *Weyreuther*, DVBl. 1964, 893, 894 f.; *Rüfner*, DVBl. 1967, 186, 188; *Ule*, DVBl. 1963, 475 ff.; *Schweiger*, NJW 1966, 1899, 1902; **a.A.:** *Heise*, DÖV 1972, 271, 272 f.

³¹³³ *Olbertz*, S. 123; vgl. auch: *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 442 f.

³¹³⁴ Wobei rechtswissenschaftlich sowohl gefordert wird, zukünftig auch die Baugenehmigung in den Bereich der Ausnahmefälle einzubeziehen (vgl. *Olbertz*, S. 131 ff. m.w.N.; offengelassen: *Weyreuther*, DVBl. 1964, 893, 894 f.) als auch für die Berufszulassung nicht länger eine Ausnahme zu begründen (vgl. *Schweiger*, NJW 1966, 1899, 1902).

³¹³⁵ Vgl. *Papier*, DÖV 1972, 845, 848; *Olbertz*, S. 127 („*Prozessuales und materielles Recht wirken also insofern zusammen, als das Prozeßrecht das Bestehen eines An-*

deutlich, dass Abweichungen vom prozessrechtlich eigentlich maßgeblichen Entscheidungszeitpunkt materiell-rechtlichen Besonderheiten des Fachrechts geschuldet seien.³¹³⁶ So ist bereits die Begründung dafür, dass bei der Verpflichtungsklage allgemein der Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung maßgeblich sein soll, genau genommen materiell-rechtlicher Natur.³¹³⁷

Eine materiell-rechtliche Erklärung wird über das Rechtsstaatsprinzip gegeben, das verbiete, dem – regelmäßig rechtswidrig behandelten – Bürger eine einmal entstandene Rechtsposition zu verwehren; daher müsse die frühere Rechtslage noch durchgesetzt werden können. Insbesondere das BVerwG begründet die Ausnahmen mit „*rechtsstaatlichen Erwägungen*“.³¹³⁸ Diese Begründung überzeugt indes nicht. Auf die begrenzte inhaltliche Aussagekraft des Rechtsstaatsprinzips hinsichtlich einer konkreten Ergebnisfindung wurde bereits hingewiesen.³¹³⁹ Zudem besteht kein allgemeiner Rechtsgrundsatz, dass eine Rechtslage, die irgendwann einmal bestanden hat, dem Bürger dauerhaft erhalten bleibt. Wenn die Ausnahmen tatsächlich rechtsstaatlichen Erwägungen geschuldet wären, kann zudem der Vorwurf der Inkonsequenz nicht entkräftet werden. Denn rechtsstaatlich gebunden sind Verwaltungsträger und Gericht in allen Fällen.

Andere Stimmen versuchen hingegen auf das allgemeine Gleichheitsrecht (Art. 3 I GG) abzustellen.³¹⁴⁰ Sofern kein Rechtfertigungsgrund für eine Ungleichbehandlung erkennbar sei, müsse der Bürger auch nachträglich noch nach der ursprünglichen Sach- und Rechtslage behandelt werden, die im Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung maßgeblich war.³¹⁴¹ Gegen diese Ansicht können sinngemäß dieselben Bedenken erhoben werden, die bereits gegen eine allgemeine Ableitung des Herstellungsanspruchs (allein) aus Art. 3 I GG vorgebracht worden sind.³¹⁴²

spruchs zum jetzigen Zeitpunkt verlangt, das materielle Recht jedoch bestimmt, ob der Anspruch zum jetzigen Zeitpunkt noch besteht.“); Hufen, VerwPrR, § 24, Rn. 7; Heise, DÖV 1972, 271, 272; Kreßel, S. 367 m.w.N.

³¹³⁶ Vgl. BVerwG, Urt. v. 22.6.1973 – VII C 7/71 = BVerwGE 42, 296, 300; BVerwG, Urt. v. 8.2.1980 = BVerwGE 60, 25, 38; BVerwG, Urt. v. 18.5.1982 – 7 C 42/80 = BVerwGE 65, 313, 315; BVerwG, Urt. v. 27.1.1993 – 11 C 35/92 = NJW 1993, 1729, 1730.

³¹³⁷ Denn dadurch soll verhindert werden, dass dem Bürger prozessrechtlich eine Leistung zugesprochen wird, die ihm materiell-rechtlich in dieser Form nicht (mehr) zusteht (vgl. *Schenke*, in: Kopp/Schenke, § 113 VwGO, Rn. 217; *Hufen*, VerwPrR, § 24, Rn. 14).

³¹³⁸ BVerwG, Urt. v. 14.3.1961 – I C 48/57 = DVBl. 1961, 447; vgl. auch: *Papier*, DÖV 1972, 845, 848 m.w.N.

³¹³⁹ Vgl. Kap. 2 B.II.3.a.bb. (2).

³¹⁴⁰ Etwa: *Ule*, DVBl. 1963, 475, 480 f.; **a.A.**: *Schenke*, in: Kopp/Schenke, § 113 VwGO, Rn. 227.

³¹⁴¹ Vgl. *Ule*, DVBl. 1963, 475, 480 f.

³¹⁴² Vgl. Kap. 2 B.II.3.a.bb. (3) (a) (bb); 4.a.bb. (3).

Daneben werden die Abweichungen aus den jeweils betroffenen Grundrechten begründet.³¹⁴³ In grundrechtskonformer Auslegung des geänderten Rechts sei davon auszugehen, dass dem Bürger Rechte nicht durch die Rechtsänderung entzogen werden sollen.³¹⁴⁴ Diese Rückbesinnung auf eventuelle Grundrechtseingriffe übergeht jedoch, dass auch die Neuregelung regelmäßig grundrechtskonform ist; die Lösung passt daher nur für die Fälle, in denen ausnahmsweise ein Verfassungsverstoß droht. Bevor daher überlegt wird, ob eine einfachrechtliche Rechtsänderung anhand der Verfassung so ausgelegt werden muss, dass sie – für Altfälle – keine Nachteile begründet, erscheint es sinnvoll, zunächst zu klären, ob nicht bereits das einfache Recht so auszulegen ist, dass es diese Fälle gar nicht erfassen soll. Der zu korrigierende Nachteil liegt ebenso auf der Ebene des einfachen Rechts wie die eigentliche Lösung durch die Auslegungsmöglichkeiten des einfachen Rechts. Eine Bezugnahme auf höherrangige Grundrechte ist daher nicht die eigentliche Lösung der Problematik, sondern nur ein Teilaspekt einer Lösung, die allgemein in der Auslegung des einfachen Rechts liegt.

Teilweise wird in der Zugrundelegung der früheren Sach- oder Rechtslage eine Anwendung des Folgenbeseitigungsanspruchs gesehen.³¹⁴⁵ Dass allerdings gerade der Folgenbeseitigungsanspruch hinter einer Aufrechterhaltung der früheren Sach- oder Rechtslage steht, ist wenig überzeugend. Da es regelmäßig um die Erfüllung von (früheren) Leistungspflichten geht,³¹⁴⁶ hilft dem Bürger die reine Wiederherstellung des früheren Zustandes nicht weiter. Darüber hinaus gelangen überwiegend auch diejenigen, die den Folgenbeseitigungsanspruch überhaupt auf Eingriffe durch Unterlassen erstrecken, zu einem Ausschluss des Restitutionsanspruchs, wenn der Primäranspruch wegen einer Änderung der Sach- oder Rechtslage untergegangen ist.³¹⁴⁷ Gerade für die Fälle, in

³¹⁴³ *Schenke*, in: Kopp/Schenke, § 113 VwGO, Rn. 226; zusammenfassende Darstellung bei: *Olbertz*, S. 138 f. m.w.N.

³¹⁴⁴ *Schenke*, in: Kopp/Schenke, § 113 VwGO, Rn. 226; *Olbertz*, S. 138.

³¹⁴⁵ Vgl. *Papier*, DÖV 1972, 845, 848; *Bachof*, JZ 1966, 642, 643; *Weyreuther*, DVBl. 1964, 893, 894 f.; *Rüfner*, DVBl. 1967, 186, 188; wohl auch: *Heise*, DÖV 1972, 271, 272.

³¹⁴⁶ *Rüfner*, DVBl. 1967, 186, 188.

³¹⁴⁷ Etwa: BVerwG, Urt. v. 12.3.1987 – 2 C 60/85 = DVBl. 1987, 1158; BVerwG, Urt. v. 29.8.1961 – I C 167/59 = DVBl. 1962, 178, 179; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 24.5.1984 – 9 S 1235/84 = JZ 1984, 999; Bayerischer VGH, Urt. v. 27.4.1981 – 7 B 80 A.1876 = DVBl. 1981, 1158, 1159; *Schoch*, JURA 1993, 478, 482; *ders.*, VerwArch. 79 [1988], 1, 41; *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S. 377, 386; *Pietzko*, FBA, S. 184 ff.; *Weyreuther*, Gutachten, B 96 f., B 116 f.; *Grzeszick*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 48; *Klein*, in: Soergel [Hg.], § 839 BGB, Anhang, Rn. 208; *Schneider*, Folgenbeseitigung, S. 101 ff.; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR I, § 52, Rn. 28.

denen ein Primäranspruch wegen einer Änderung der Sach- oder Rechtslage untergegangen ist, wurde die Folgenbeseitigungslast entwickelt.³¹⁴⁸ Dieses Rechtsinstitut kann zwar auf diese Fallgruppe angewandt werden;³¹⁴⁹ es erfordert aber eine Ermessensentscheidung der Verwaltung, die häufig nicht gegeben sein wird. Zudem soll es erst dann zur Anwendung der Folgenbeseitigungslast kommen, wenn durch Auslegung des Fachrechts ermittelt worden ist, dass der Einzelfall durch die Änderung der Rechtslage tatsächlich mitgeregelt worden ist.³¹⁵⁰

Schließlich wird der allgemeine Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben (§§ 242, 162 BGB analog) zur Erklärung herangezogen.³¹⁵¹ Diese Begründung stellt jedoch keinen qualitativen Unterschied zur Anwendung eines Herstellungsanspruchs dar.

b) Möglichkeit der Anwendung eines Herstellungsanspruchs?

Die bisher vertretenen Begründungen der Ausnahmefälle sind wenig ergiebig. Dabei gibt der – kleinste – gemeinsame Nenner der unterschiedlichen Erklärungsversuche die eigentliche Lösung vor. Aus der Auslegung des materiellen Fachrechts muss sich ergeben, dass die Änderung der Sach- oder Rechtslage den Einzelfall nicht (mit-) umfasst, wenn die frühere (günstigere) Sach- und Rechtslage angewandt werden soll. Sofern statt der Neuregelung die alte Sach- und Rechtslage angewandt werden soll, muss sich zudem durch Auslegung ergeben, dass der Einzelfall noch durch die frühere Regelung geregelt wird – auch wenn planwidrig keine entsprechende ausdrückliche (Übergangs-) Regelung geschaffen wurde. Gegen einen gesetzlichen Regelungszweck, der nicht erkennbar auf die Maßgeblichkeit der früheren Sach- und Rechtslage abstellt, kann diese nicht eigenmächtig durch den Richter zugrunde gelegt werden. Da dieses Vorgehen nur im Einklang mit dem Fachrecht möglich ist, gehen sämtliche Lösungsvarianten (inzident) von einer solchen fachrechtlichen Notwendigkeit aus.³¹⁵²

³¹⁴⁸ *Olbertz*, S. 136 ff.; *Weyreuther*, Gutachten, B 106 ff.; *Grzeszick*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn. 49; *Schulze*, Ersatzleistungen, S. 148 f.; *Wallerath*, DÖV 1987, 505, 511; *Ivo*, Folgenbeseitigungslast, S. 49 ff.

³¹⁴⁹ *Schenke*, in: Kopp/Schenke, § 113 VwGO, Rn. 229.

³¹⁵⁰ *Weyreuther*, Gutachten, B 121 ff.; *Olbertz*, S. 136.

³¹⁵¹ BFH, Urt. v. 22.3.1966 – VII 265/63 = BFHE 85, 239, 242 f.; VG Cottbus, Urt. v. 15.11.2006 – 1 K 41/02; *Schenke*, in: Kopp/Schenke, § 113 VwGO, Rn. 229.

³¹⁵² Vgl. *Rüfner*, DVBl. 1967, 186, 188 („*Gemeinsames Kennzeichen dieser Fallgruppe ist vielmehr, daß ein Anspruch des Bürgers zu Unrecht nicht erfüllt wurde. Der richtige Gesichtspunkt ist deshalb zu prüfen, ob und inwieweit eine Erfüllung noch möglich ist.*“)

Dieses Abstellen auf eine fachrechtliche Ergänzungsnotwendigkeit deckt sich mit der Begründung des Herstellungsanspruchs. Insbesondere die Ansicht, die auf Treu und Glauben (§§ 242, 162 BGB analog) abstellt, liegt inhaltlich ohnehin bereits nah an der Anerkennung eines Herstellungsanspruchs. Aber auch die anderen Lösungsmodelle weisen argumentative Parallelen zu dessen Begründung auf. Da dieselben Ergebnisse sich auch über eine Anwendung des Herstellungsanspruchs erreichen lassen, wenn die Fortgeltung der ursprünglichen Sach- oder Rechtslage für den Bürger fingiert wird, ist eine Anwendung dort möglich, wo auch die anderen Konstruktionen das Fachrecht i.S.e. Maßgeblichkeit der früheren Sach- und Rechtslage interpretieren. Die Lösung über den Herstellungsanspruch bietet sich insofern für nachteilhafte Änderungen der Sach- und Rechtslage an, die im Zusammenhang mit hoheitlichem Fehlverhalten stehen.³¹⁵³

Eine Differenzierung in der Anwendung des Herstellungsanspruchs danach, ob der Verwaltungsträger durch sein Fehlverhalten lediglich die Rechtslage nur „*verkannt*“ (dann kein Herstellungsanspruch) oder auch „*verbaut*“ (dann Herstellungsanspruch) hat, leuchtet nicht ein.³¹⁵⁴ Denn es kennzeichnet diese Fälle, dass die Rechtsstellung vor der nachteiligen Sach- oder Rechtslage wegen des Fehlverhaltens nicht genutzt werden konnte; die Verwaltung hat damit immer die Rechtsnutzung mit ihrem Fehlverhalten dauerhaft „*verbaut*“.

Diese Überlegungen bedeuten allerdings nicht, dass bei jeder rechtsnachteiligen Änderung grds. zugunsten einer Anwendung der früheren Sach- oder Rechtslage zu entscheiden wäre.³¹⁵⁵ Ob es zu einer Anwendung des Herstellungsanspruchs kommt, ist immer eine Auslegungsfrage des jeweils einschlägigen Fachrechts. Sofern dieses Recht für den rechtswidrig Behandelten nicht erkennbar die Maßgeblichkeit der früheren Sach- und Rechtslage aufrechterhält, kann kein Herstellungsanspruch begründet werden. So ist die Fiktion der früheren Sach- oder Rechtslage insbesondere dann ausgeschlossen, wenn eine Gesetzesänderung auch den Altfall mitumfassen muss, um ihrem Regelungszweck gerecht zu werden. Falls das begehrte Amtshandeln hingegen für den Bürger auch nach der Neuregelung möglich erscheint, muss darüber hinaus ein Rechtsgrund dafür erkennbar sein, dass dieser anhand der früheren Sach- und Rechtslage zu behandeln ist (bspw. weil der Gesetzgeber davon ausgeht, mit

[...] *Voraussetzung ist jedoch immer, daß die Erfüllung des ursprünglichen Anspruchs noch möglich und sinnvoll ist.*“).

³¹⁵³ So im Ergebnis auch: *Olbertz*, S. 118 ff.; *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 441 ff.

³¹⁵⁴ So aber: *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 444.

³¹⁵⁵ A.A. wohl: *Olbertz*, S. 118 ff.; vorsichtiger aber auch in diese Richtung: *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 443 f.

einer Neuregelung auch nur Neufälle zu erfassen oder bei anderer Auslegung ein Grundrechtsverstoß vorläge).

Damit ist allerdings auch eine uneinheitliche Rechtsprechung anhand der Besonderheiten des jeweiligen Fachrechts vorgezeichnet. Der praktische Vorteil des Herstellungsanspruchs liegt deshalb nicht in einer einheitlichen Lösung fernab des Fachrechts. Vielmehr macht er wichtige Diskussionsstellen deutlich(er) und verleiht der Diskussion über die jeweiligen fachrechtlichen Forderungen bei hoheitlichen Pflichtverletzungen und Änderungen der Sach-/Rechtsslage endlich ein einheitliches Fundament. So lässt sich bzgl. der unterschiedlichen Behandlung einer Baugenehmigung und einer Berufszulassung zwar tatsächlich bezweifeln, ob derart unterschiedliche fachrechtliche Regelungsziele bestehen, die eine Ungleichbehandlung beider Fälle rechtfertigen.³¹⁵⁶ Gleichzeitig ist aber auch kein fallübergreifender, baurechtlicher Rechtsgrund ersichtlich, der es allgemein als planwidrig kennzeichnen würde, bei Baugenehmigungen nicht auf eine frühere Sach- oder Rechtsslage abzustellen.³¹⁵⁷

Falls bspw. der Neubau eines Flachdaches nach dem Bebauungsplan i.V.m. der Baunutzungsordnung zunächst zulässig war und später ausgeschlossen wird, kann die Änderung der Rechtsslage jedenfalls dann nicht über den Herstellungsanspruch als unbeachtlich fingiert werden, wenn mit der Neuregelung der Gefahr des Einsturzes von Flachdächern durch Schneemaßen vorgebeugt werden soll – und nur deshalb für schon bestehende Flachdächer keine Umbaupflicht ausgesprochen wird, weil ein Rückbau hier unverhältnismäßig wäre. In diesem Fall ist der Neubau eines Flachdaches auch für denjenigen rechtlich unmöglich geworden, der wegen eines hoheitlichen Fehlverhaltens in der Vergangenheit rechtswidrig keine Baugenehmigung für ein Flachdach erhalten hat; eine andere Rechtsauslegung wäre mit den Regelungszielen des Gesetzes nicht vereinbar.³¹⁵⁸

Ebenfalls rechtlich ausgeschlossen ist bspw. die nachträgliche Erteilung einer Erlaubnis zum Betrieb einer Gaststätte, wenn die Erlaubnis dann sofort nach § 15 II GastG wegen Unzulässigkeit zu widerrufen wäre. Selbst wenn ein Bürger zunächst zuverlässig i.S.d. § 4 I Nr. 1 GastG gewesen sein sollte und rechtswidrig keine Erlaubnis erhalten hat, ist eine spätere Erlaubniserteilung ausgeschlossen, wenn er zwischenzeitlich tatsächlich unzuverlässig geworden ist (Änderung der Sachlage). Ob dieses Ergebnis dabei auf eine Unanwendbarkeit des Herstellungsanspruchs oder den Ausschlussgrund des Rechtsmissbrauches (§ 242 BGB i.S.d. *dolo agit*) gestützt wird, kann dahingestellt bleiben.

³¹⁵⁶ Als Unterscheidungsgrund führt bspw. *Heise* eine unterschiedliche fachrechtliche Gewichtung von Individual- und Allgemeininteressen im Baurecht und Berufszulassungsrecht an (vgl. *Heise*, DÖV 1972, 271, 272 f.). Das Baurecht sei stärker durch das öffentliche Interesse geprägt als das Berufszulassungsrecht, das in weitaus größerem Maße den Individualinteressen Rechnung trage. Daher sei eine Gleichbehandlung des Baurechts mit dem Berufszulassungsrecht in dieser Frage nicht geboten.

³¹⁵⁷ **A.A.** (unter Bezugnahme auf einen sog. Bestandsschutzanspruch): *Kreßel*, S. 367 f.

³¹⁵⁸ Vgl. auch restriktiv zu Änderungen der Sach- oder Rechtsslage im Prüfungsrecht: *Kreßel*, S. 370 ff.

c) Zwischenergebnis

Der Herstellungsanspruch ist bei nachteiligen Sach- oder Rechtsänderungen dann anwendbar, wenn ein Recht wegen eines hoheitlichen Fehlverhaltens (nun) nicht mehr genutzt werden kann, obwohl dem Fachrecht materiell-rechtlich zu entnehmen ist, dass die frühere Sach- und Rechtslage für den Betroffenen maßgeblich ist. Wie bei den Betreuungspflichtverletzungen kommt es daher auf die Feststellung der fachrechtlichen Planwidrigkeit im Einzelfall an.

3. *Öffentlich-rechtliche Vorsorgesysteme?*

Der Schwerpunkt der praktischen Anwendungsfälle des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs lag bisher auf dem Gebiet der „*Sozialen Vorsorge*“ i.S.d. Sozialversicherung. Soziale Vorsorge erfolgt jedoch auch in den eigenständigen Sicherungssystemen der Beamtenversorgung und der berufsständischen Körperschaften. Insofern liegt hier eine Übertragung des Herstellungsanspruchs besonders nahe. Dabei ist die tatsächliche Situation des Sozialleistungsempfängers in Bezug auf eine soziale Abhängigkeit und Bedeutung der staatlichen Leistungen für seine Lebensgestaltung unbestritten vergleichbar mit der Situation eines Beamten, der Ruhegeld bezieht, oder eines Leistungsberechtigten, der Leistungen der berufsständischen Versorgung erhält. Auf diese tatsächliche Vergleichbarkeit kommt es jedoch nicht an, da es für die rechtsdogmatische Übertragbarkeit allein um die rechtliche Vergleichbarkeit der Fälle geht. Dem Gesetzgeber steht es schließlich grds. frei, bspw. die Beamtenversorgung – auch in Bezug auf die Folgen von Pflichtverletzungen – anders auszugestalten als die gesetzliche Rentenversicherung. Nach der hier gewählten Begründung des Herstellungsanspruchs gilt dieses Ergebnis umso mehr, weil der Anspruch auf nachträgliche Leistungen nur dort begründbar ist, wo das einfache Fachrecht ohne diese nachträgliche Leistungsgewährungen bei Pflichtverletzungen planwidrig unvollständig erscheint.

a) Beamtenversorgung nach dem BeamtVG?

Für Bundesbeamte, die nach §§ 44 ff., 51 ff. BBG in den Ruhestand versetzt werden, entsteht gem. § 4 BeamtVG ein Anspruch auf Ruhegehalt, während die §§ 16 ff. BeamtVG eigene Leistungsansprüche für die Hinterbliebenen von Beamten vorsehen. Ein versorgungsrechtlicher Nachteil kann sich in diesen Situationen bspw. daraus ergeben, dass ein Ruhegehalt zu niedrig angesetzt wird,

weil rechtswidrig relevante Informationen nicht berücksichtigt worden sind oder ein falscher Ruhestandsgrund angenommen wird.³¹⁵⁹ Ein weiterer Anwendungsfall liegt nahe, wenn die Ausschlussfrist des § 56 III 2 BeamtVG wegen einer Fehlberatung nicht eingehalten wurde.³¹⁶⁰ Hierzu zählt grds. auch die Konstellation, dass ein Beamter rechtswidrig nicht befördert wurde und dadurch sein späterer Versorgungsanspruch geringer ausfällt.³¹⁶¹ Da es inhaltlich dabei jedoch (auch) um die Frage geht, ob das Beförderungsverhältnis fingiert werden kann, soll diese Konstellation erst im Zusammenhang mit der Restitution vereitelter Positionen des Beamtenrechts aufgelöst werden.³¹⁶²

Für den Bereich der Beamtenversorgung gehen die allgemeinen Verwaltungsgerichte (§ 126 I BBG) mehrheitlich von einer Unanwendbarkeit des Herstellungsanspruchs aus.³¹⁶³ Stattdessen greifen sie auf andere Rechtsinstitute zurück.

Kein versorgungsrechtlicher Nachteil besteht darin, dass ein Beamter ggf. – rechtswidrig – nicht in den Ruhestand versetzt worden ist und deshalb weiterarbeiten musste. In diesen Fällen liegt lediglich ein ideeller Nachteil vor (Verlust von entgangener Freizeit), der über den Herstellungsanspruch nicht korrigierbar ist. Falls ein Beamter rechtswidrig nicht auf die Möglichkeit des Ruhestandes auf Antrag (§ 52 BBG) hingewiesen worden ist, kann er daher nicht nachträglich zusätzlich zu/statt Dienstbezügen noch Ruhegehalt erhalten.³¹⁶⁴

³¹⁵⁹ Vgl. u.a. die Sachverhalte bei: VG Düsseldorf, Urt. v. 31.5.2010 – 23 K 485/08; VG München, Urt. v. 15.7.2003 – M 5 K 02.4327; VG Freiburg, Urt. v. 25.1.2011 – 5 K 1000/10.

³¹⁶⁰ Vgl. Sachverhalte bei: BVerwG, Urt. v. 29.10.1992 – 2 C 19/90; OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 23.8.1989 – 2 A 119/88 = DÖD 1990, 69 ff.

³¹⁶¹ Sachverhalt zu: BVerwG, Urt. v. 19.11.1964 – VIII C 13/63 = NJW 1965, 584.

³¹⁶² Vgl. ausführlich: Kap. 3 B.III.4.a.

³¹⁶³ Etwa: VG Düsseldorf, Urt. v. 31.5.2010 – 23 K 485/08 („Dem Kläger steht auch kein Anspruch auf Erhöhung seines Ruhegehaltssatzes aus einem sogenannten Herstellungsanspruch zu. [...] Ein derart richterrechtlich entwickelter Herstellungsanspruch ist mangels einer Regelungslücke jedoch dann nicht gegeben, wenn der Gesetzgeber selbst die Rechtsfolgen einer Verletzung von Nebenpflichten des Leistungsträgers in Richtung auf den Anspruch des Betroffenen geregelt hat. Dies ist für das Beamtenrecht der Fall.“); VG München, Urt. v. 15.7.2003 – M 5 K 02.4327; offengelassen: VG Freiburg, Urt. v. 25.1.2011 – 5 K 1000/10; VG Minden, Urt. v. 25.10.2011 – 10 K 2634/09.

³¹⁶⁴ Dies ergibt sich bereits aus dem Verbot der Besserstellung, nach dem der Bürger sich u.a. tatsächlich entstandene Vorteile auf die hypothetischen Vorteile anrechnen lassen muss (vgl. Kap. 1 B.II.2.b.aa.). Da die Dienstbezüge das Ruhegeld übersteigen (§§ 4 III, 14 BeamtVG), ist kein ausgleichender Mehrwert vorhanden.

aa) Bisherige Lösungen in Rechtsprechung und Literatur

Teilweise wird jegliche Anwendung eines Herstellungsanspruchs auf das Beamtenrecht ohne jede weitere Diskussion abgelehnt.³¹⁶⁵ Sofern diese Ablehnung ausnahmsweise näher begründet wird, ist die Ausschlussbegründung des VG München typisch: Der Herstellungsanspruch sei innerhalb der Beamtenversorgung unanwendbar, weil für die Herstellungsfälle der alleinige Rückgriff auf Treu und Glauben (§§ 242, 162 BGB analog) vorrangig sei.³¹⁶⁶ Auch wenn ein beamtenrechtlicher Versorgungsanspruch wegen eines hoheitlichen Fehlverhaltens nicht entstanden ist, bleibe wegen des Grundsatzes von Treu und Glauben (§§ 242, 162 BGB analog) bzw. der daraus abgeleiteten unzulässige Rechtsausübung als „speziellen Ausformung [...] für die subsidiäre Rechtsfigur des sozialrechtlichen Herstellungsanspruch [...] kein Raum.“³¹⁶⁷ Unabhängig von der Fehlvorstellung, dass die bloße Existenz eines richterrechtlichen Rechtsinstitutes andere Rechtsfortbildungen ausschließe, wird nur die allgemeine Kritik an der Anwendung des Herstellungsanspruchs wiederholt, weshalb hierzu auf die allgemeinen Gegenargumente verwiesen wird.³¹⁶⁸

Auch ein Folgenbeseitigungsanspruch hilft dem Betroffenen im Zusammenhang mit der Beamtenversorgung nicht weiter, weil dieser Anspruch nicht die Rechtsfolge beinhaltet, versorgungsrechtlich so gestellt zu werden, wie der Beamte heute ohne das hoheitliche Fehlverhalten stünde.³¹⁶⁹ Eine Folgenbeseitigungslast kommt hingegen nur bei Ermessensentscheidungen in Betracht,³¹⁷⁰ die in der Beamtenversorgung des BeamtenVG kaum vorgesehen sind.

Eine rechtsdogmatisch bemerkenswertere Argumentation, die stärker auf beamtenrechtliche Besonderheiten abstellt, formuliert das VG Düsseldorf. Der Herstellungsanspruch sei im beamtenrechtlichen Versorgungsrecht mangels einer planwidrigen Regelungslücke nicht anwendbar.³¹⁷¹ Für hoheitliche (Neben-)Pflichtverletzungen, die sich auf Rechte und Pflichten aus dem Beamtenverhältnis auswirken, habe der Gesetzgeber mit der allgemeinen Fürsorgepflicht des Dienstherrn (§ 78 BBG) eine abschließende gesetzliche Regelung getroffen.³¹⁷² „Bei Verletzung der Fürsorgepflicht steht dem Beamten nämlich nach

³¹⁶⁵ OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 29.5.2013 – 5 LA 46/13.

³¹⁶⁶ VG München, Urt. v. 15.7.2003 – M 5 K 02.4327.

³¹⁶⁷ VG München, Urt. v. 15.7.2003 – M 5 K 02.4327.

³¹⁶⁸ Vgl. Kap. 1 E.II.2.d.bb.

³¹⁶⁹ Vgl. Laubinger, VerwArch. 99 [2008], 278, 311 m.w.N. zur Rechtsprechung.

³¹⁷⁰ Laubinger, VerwArch. 99 [2008], 278, 311 f.

³¹⁷¹ VG Düsseldorf, Urt. v. 31.5.2010 – 23 K 485/08.

³¹⁷² VG Düsseldorf, Urt. v. 31.5.2010 – 23 K 485/08.

§ 85 LBG NRW a.F. (nunmehr § 45 des Gesetzes zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern *BeamtStG*) [identisch mit § 78 BBG, Anmerkung des Verfassers] ein Schadensersatzanspruch aus der Fürsorgepflichtrechtsbeziehung als (zweiter) Sekundäranspruch zu, sofern die Erfüllung der Fürsorgepflicht beziehungsweise die Wiederherstellung des früheren Zustandes (über einen Folgenbeseitigungsanspruch) nicht (mehr) möglich ist. Der Anspruch leitet sich aus einer in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis wurzelnden Verbindlichkeit her, auf die Normen über die Haftung aus Vertrag entsprechend angewandt werden.³¹⁷³ Im Ergebnis sieht das Gericht das Beamtenverhältnis, das auch im Ruhestand durch das Fortbestehen der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht geprägt ist (§ 78 S. 1 BBG), als öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis an, auf das die Haftungspflichten der §§ 280 ff. BGB analog anwendbar sind.³¹⁷⁴ Da davon ausgegangen werden kann, dass bei jeder Nebenpflichtverletzung auch eine Verletzung der allgemeinen Fürsorgepflicht (§ 78 BBG) bzw. besonderer Konkretisierungen vorliegt, geht das Gericht davon aus, dass diese Haftung den Herstellungsanspruch verdränge.

Dieser Schluss beruht allerdings auf einer Fehlvorstellung von den Inhalten der jeweiligen Ansprüche. Unabhängig davon, dass eine Haftung aus verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen mit anderen Voraussetzungen verknüpft ist als beim Herstellungsanspruch (z.B. Verschulden³¹⁷⁵), scheint das Gericht unausgesprochen für beide Sekundäransprüche von vergleichbaren Rechtsfolgen auszugehen. Die Haftung aus einem verwaltungsrechtlichem Schuldverhältnis und die Rechtsfolgen des Herstellungsanspruchs unterscheiden sich aber erheblich.³¹⁷⁶ Während die rechtliche Naturalrestitution des Herstellungsanspruchs lediglich dasselbe ursprüngliche Amtshandeln (noch) ermöglicht, ist eine schadensersatzrechtliche Naturalrestitution analog § 249 I BGB (echter) Schadensersatz, der nicht auf das ursprüngliche Amtshandeln abzielt.³¹⁷⁷ Das

³¹⁷³ VG Düsseldorf, Urt. v. 31.5.2010 – 23 K 485/08.

³¹⁷⁴ So auch zur Begründung des sog. beamtenrechtlichen Schadensersatzanspruchs (m.w.N. zu anderen Ansichten): *Laubinger*, *VerwArch.* 99 [2008], 278, 293 f.; *Battis*, § 78 BBG, Rn. 21; unklar: *Kirsch*, *JURA* 2010, 487, 492; *Kunig*, in: *Schmidt-Abmann/Schoch* [Hg.], *BesVerwR.*, 6. Kap., Rn. 156.

³¹⁷⁵ *BVerwG*, Urt. v. 21.12.2000 – 2 C 39/99 = *BVerwGE* 112, 308, 311; *Battis*, § 78 BBG, Rn. 21; *Kirsch*, *JURA* 2010, 487, 492.

³¹⁷⁶ Hierzu ausführlich: Kap. 1 E.II.2.c.bb.

³¹⁷⁷ Die eigenständige Bedeutung des Herstellungsanspruchs neben dem beamtenrechtlichen Schadensersatzanspruch zeigt sich auch daran, dass die Verwaltungsgerichte hier auch bei einer analogen Anwendung der §§ 280 I, 249 I BGB – inkonsequenterweise – nicht zu einem Amtshandeln zugunsten des Beamten kommen, sondern lediglich vielmehr bei einem Schadensersatzanspruch in Geld stehenbleiben; vgl. kritisch m.w.N. zur Rechtsprechung: *Laubinger*, *VerwArch.* 99 [2008], 278, 301 f.

Gericht erkennt selbst an, dass Restitutionsansprüche (wie der Folgenbeseitigungsanspruch) bei einer Verletzung der Fürsorgepflicht sogar vorrangig gegenüber einer Haftung sind. Der Folgenbeseitigungsanspruch, der bei Fürsorgepflichtverletzungen unstreitig anwendbar sein soll,³¹⁷⁸ weist erhebliche Schnittstellen mit dem Herstellungsanspruch auf, der ebenfalls den Restitutionsansprüchen zuzuordnen ist. Wenn die gegenüber der schadensersatzrechtlichen Naturalrestitution nach § 249 I BGB verkürzte Wiederherstellung des status quo ante zur Rechtsrestitution zulässig sein soll,³¹⁷⁹ überzeugt es nicht, die ebenfalls gegenüber § 249 I BGB verkürzte und auf (Leistungs-) Rechtsrestitution bezogene Herstellung ausnahmslos auszuschließen, nur weil – zusätzlich – die Möglichkeit einer schadensersatzrechtlichen Haftung aus dem Beamtenrechtsverhältnis gegeben ist. Da auch jedes Sozialrechtsverhältnis ein öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis darstellt,³¹⁸⁰ spricht zudem allein der Charakter des Beamtenverhältnisses als öffentliches Schuldverhältnis (oder die Anwendungsmöglichkeit der §§ 280 ff. BGB) nicht gegen eine Ergänzungsnotwendigkeit durch einen Herstellungsanspruch. Wie schon für das Sozialrecht festgestellt³¹⁸¹ ist vielmehr von Anspruchskonkurrenz auszugehen.

bb) Möglichkeit der Anwendung des Herstellungsanspruchs?

Für eine Anwendung des Herstellungsanspruchs im Beamtenversorgungsrecht müsste die dahingehende Rechtsfortbildung beamtenrechtlich notwendig sein. Für die Begründung eines Herstellungsanspruchs ist es bedeutungslos, dass die Beamtenversorgung zur „*Sozialen Vorsorge*“ gezählt werden kann. Auch ein § 2 II SGB I inhaltlich entsprechendes allgemeines beamtenrechtliches Erfüllungsprinzip ist weder im BeamtVG, noch im BBG oder BRRG ausdrücklich geregelt. Ebenso wenig findet sich eine § 44 SGB X entsprechende weitreichende unbedingte Korrekturpflicht bei staatlichem Fehlverhalten.

Dennoch ist es grds. beamtenrechtlich notwendig, dass einem Ruhestandsbeamten auch nachträglich noch das Ruhegehalt gewährt wird, welches dieser ohne ein hoheitliches Fehlverhalten erhalten hätte, weil das BeamtVG ansons-

³¹⁷⁸ Vgl. *Battis*, § 78 BBG, Rn. 20 m.w.N.; *Laubinger*, *VerwArch.* 99 [2008], 278, 311.

³¹⁷⁹ *Laubinger*, *VerwArch.* 99 [2008], 278, 311.

³¹⁸⁰ Vgl. Kap. 1 E.II.2.c.bb.

³¹⁸¹ Vgl. BSG, *Urt. v. 27.1.2000 – B 12 KR 10/99 R = SozR 3-2400 § 28h Nr. 11*; BSG, *Urt. v. 28.3.2000 – B 8 KN 3/98 U R = BSGE 86, 78, 83 ff.*; BSG, *Urt. v. 23.9.1980 – 7 RAr 97/79*; BSG, *Urt. v. 3.7.1998 – B 12 SF 1/98 R*; LSG Baden-Württemberg, *Urt. v. 7.5.1993 = L 4 Kr 1469/91 = Die Beiträge 1994, 215*; *Meysen*, *Verwaltungsrechtsverhältnis*, S. 378; **a.A.** wohl: *Schoch*, *VerwArch.* 79 [1988], 1, 59 f.

ten planwidrig lückenhaft bliebe. Entscheidender Ansatzpunkt der Begründung dieser Planwidrigkeit sind im Beamtenrecht die allgemeinen beamtenrechtlichen Grundsätze der Fürsorgepflicht des Dienstherrn (§ 78 BBG) und das Alimentationsprinzip.

Das Alimentationsprinzip verpflichtet den Dienstherrn zur lebenslangen Gewährung der Besoldung und Versorgung eines Beamten, die seinem statusrechtlichem Amt angemessen ist.³¹⁸² Dabei ist die Alimentation des Beamten kein synallagmatisches Entgelt für tatsächlich geleistete Arbeit, sondern eine Gegenleistung dafür, dass der Beamte seine Treue und Leistungsfähigkeit dem Dienstherrn zur Verfügung stellt bzw. gestellt hat.³¹⁸³ Die Pflicht zur amtsangemessenen Alimentation gilt im Ruhestand in Form der amtsangemessenen Versorgung fort³¹⁸⁴ und unterliegt einem Gesetzesvorbehalt (§ 3 BeamtVG)³¹⁸⁵. Die allgemeine Fürsorgepflicht (§ 78 BBG) verpflichtet den Dienstherrn, einen Beamten „entsprechend seiner Leistung und Eignung zu fördern“³¹⁸⁶ und seinen Interessen – auch über die Beendigung des Beamtenverhältnisses hinaus³¹⁸⁷ – ausreichend Rücksicht zu tragen,³¹⁸⁸ insbesondere muss er Schädigungen des Beamten unterlassen.³¹⁸⁹ Die bewusst weite beamtenrechtliche Generalklausel lässt verschiedene Amtshandlungen des Dienstherrn denkbar und notwendig erscheinen.³¹⁹⁰ Fallübergreifend soll die Fürsorgepflicht „als Auffangnorm die

³¹⁸² Etwa: BVerfG, Urt. v. 1.12.1954 – 2 BvG 1/54 = BVerfGE 4, 115, 135; BVerfG, Beschl. v. 4.2.1981 – 2 BvR 570/76 = BVerfGE 56, 146, 164; BVerfG, Beschl. v. 27.9.2005 – 2 BvR 1387/02 = BVerfGE 114, 258, 287; BVerwG, Urt. v. 12.7.1972 – VI C 11/70 = BVerwGE 40, 229, 229 f.; BVerwG, Urt. v. 8.3.1976 – VI B 56/75 = ZBR 76, 148; BVerwG, Urt. v. 24.10.1979 – 2 B 13/78 = Buchholz 235 § 20 BBesG Nr. 3; Schnellenbach, BeamtenR, § 9, Rn. 8; Kirsch, JURA 2010, 487, 488; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Art. 33 GG, Rn. 53, 59; Battis, in: Sachs [Hg.], Art. 33 GG, Rn. 73.

³¹⁸³ Kirsch, JURA 2010, 487, 488; vgl. auch: Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Art. 33 GG, Rn. 53.

³¹⁸⁴ Kirsch, JURA 2010, 487, 488.

³¹⁸⁵ Vgl. allgemein zur Gesetzesgebundenheit der Alimentation: BVerfG, Beschl. v. 11.6.1958 – 1 BvR 1/52 = BVerfGE 8, 1, 15; BVerfG, Beschl. v. 30.3.1977 – 2 BvR 1039/75 = BVerfGE 44, 249, 263; BVerwG, Urt. v. 14.5.1964 – II C 133/60 = BVerwGE 18, 293, 297; BVerwG, Urt. v. 25.6.1964 – VIII C 23/63 = BVerwGE 19, 48, 54 ff.; BVerwG, Urt. v. 7.4.2005 – 2 C 5/04 = BVerwGE 123, 175, 178 f.; Schnellenbach, BeamtenR, § 9, Rn. 8; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Art. 33 GG, Rn. 53; Battis, in: Sachs [Hg.], Art. 33 GG, Rn. 73.

³¹⁸⁶ Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Art. 33 GG, Rn. 61.

³¹⁸⁷ BVerfG, Beschl. v. 1.6.1965 – 2 BvR 616/63 = BVerfGE 19, 76, 85; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Art. 33 GG, Rn. 61.

³¹⁸⁸ Battis, § 78 BBG, Rn. 8; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Art. 33 GG, Rn. 61.

³¹⁸⁹ Kunig, in: Schmidt-Aßmann/Schoch [Hg.], BesVerwR, 6. Kap., Rn. 152; Özfirat-Skubinn, Beamtenernennungen, S. 252 m.w.N.

³¹⁹⁰ Battis, § 78 BBG, Rn. 6.

*formale und materiale Lückenlosigkeit des Systems der Rechte des Beamten gewährleisten.*³¹⁹¹ Sie dient insofern sowohl als beamtenrechtliche Auslegungsregelung³¹⁹² als auch als allgemeiner Maßstab für die Schließung von Gesetzeslücken³¹⁹³ und kann in diesen Grenzen auch Grundlage für selbstständige (Leistungs-) Ansprüche des Beamten sein³¹⁹⁴. Insbesondere können unter Rückgriff auf die Fürsorgepflicht ggf. auch Alimentationslücken geschlossen werden.³¹⁹⁵ Eine Ergebnisfindung bzgl. § 78 BBG erfordert stets eine Abwägung zwischen den einschlägigen (finanziellen) Interessen der Allgemeinheit, des Dienstherrn und des Beamten.³¹⁹⁶ Sowohl dem Alimentationsprinzip als auch der Fürsorgepflicht des Dienstherrn korrespondieren grundrechtsgleiche Rechte des Beamten aus Art. 33 V GG,³¹⁹⁷ die gegenüber Art. 14, 20 I GG vorrangig sind.³¹⁹⁸ Sie gehen zudem inhaltlich über Art. 14 GG hinaus, da sie ein verfassungsrechtlich geschütztes Recht auf amtsangemessene Alimentation verbürgen.

Im Rahmen seiner weiten verfassungsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten hat sich der einfache Gesetzgeber im BeamtVG dazu entschieden, dass eine amtsangemessene Alimentation grds. dann gegeben ist, wenn von den letzten Dienstbezügen ausgehend die Versorgung über einen Multiplikator von 1,79375 bzgl. der ruhegehaltsrelevanten Bezüge und Zeiten bestimmt wird (§§

³¹⁹¹ *Schnellenbach*, *BeamtenR*, § 9, Rn. 5 m.w.N.; *Özfirot-Skubinn*, *Beamtenernennungen*, S. 254.

³¹⁹² *Battis*, § 78 BBG, Rn. 8; *Kunig*, in: Schmidt-Aßmann/Schoch [Hg.], *BesVerwR*, 6. Kap., Rn. 148.

³¹⁹³ Statt vieler: *Schnellenbach*, *BeamtenR*, § 9, Rn. 5 f. m.w.N.; *Özfirot-Skubinn*, *Beamtenernennungen*, S. 254 m.w.N.

³¹⁹⁴ Vgl. BVerwG, Urt. v. 25.6.1964 – VIII C 23/63 = BVerwGE 19, 48, 55; BVerwG, Urt. v. 6.9.1989 – 6 A 5/88 = ZBR 1990, 208; BVerwG, Urt. v. 19.12.1967 – II C 125/64 = BVerwGE 28, 353, 358; *Battis*, § 78 BBG, Rn. 5, 7; *Schnellenbach*, *BeamtenR*, § 9, Rn. 7; *Özfirot-Skubinn*, *Beamtenernennungen*, S. 254 f. m.w.N.

³¹⁹⁵ *Schnellenbach*, *BeamtenR*, § 9, Rn. 8; *Battis*, § 78 BBG, Rn. 8.

³¹⁹⁶ *Schnellenbach*, *BeamtenR*, § 9, Rn. 6; *Kreßel*, S. 218.

³¹⁹⁷ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 1.12.1954 – 2 BvG 1/54 = BVerfGE 4, 115, 135; BVerfG, Beschl. v. = BVerfGE 8, 332, 342; BVerfG, Beschl. v. 11.6.1958 – 1 BvR 1/52 = BVerfGE 8, 1, 16; BVerfG, Beschl. v. 15.12.1976 – 2 BvR 841/73 = BVerfGE 43, 154, 167; BVerfG, Beschl. v. 5.7.1983 – 2 BvR 460/80 = BVerfGE 64, 367, 375; BVerfG, Beschl. v. 24.11.1998 – 2 BvL 26/91 = BVerfGE 99, 300, 314; BVerfG, Beschl. v. 12.2.2003 – 2 BvL 3/00 = BVerfGE 107, 218, 236 f.; *Battis*, in: Sachs [Hg.], Art. 33 GG, Rn. 66, 73; *ders.*, § 78 BBG, Rn. 2; *Özfirot-Skubinn*, *Beamtenernennungen*, S. 251; kritischer: *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Art. 33 GG, Rn. 44 m.w.N.

³¹⁹⁸ *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Art. 33 GG, Rn. 45; *Battis*, in: Sachs [Hg.], Art. 33 GG, Rn. 66; *ders.*, § 78 BBG, Rn. 4 m.w.N. („*Die verfassungsrechtliche Fürsorgepflicht macht einen Rückgriff auf das Sozialstaatsprinzip entbehrlich [...].*“).

4 III, 14 BeamtVG).³¹⁹⁹ Falls der Ruhestandsbeamte eine geringere Versorgungsleistung erhält, obwohl die ruhegehaltsrelevanten Bezüge und Zeiten tatsächlich vorliegen, ist diese Alimentation gemessen an den Maßstäben des einfachen Rechts nicht amtsangemessen, während nach Art. 33 V GG ein fortdauernder Leistungsanspruch auf die höhere amtsangemessene Versorgungsleistung besteht. Dass der Gesetzgeber hinter dieser amtsangemessenen Vergütung zurückbleibt, ist verfassungsrechtlich denkbar, bedarf aber eines entsprechenden Rechtfertigungsgrundes.³²⁰⁰ Ein solcher Rechtfertigungsgrund ist im BeamtVG nicht für den Fall ersichtlich, dass die Verringerung des Ruhegehaltsanspruchs auf einem hoheitlichen Fehlverhalten beruht. Der Gesetzgeber scheint vielmehr davon auszugehen, dass durch den gesetzestreuen Vollzug des BeamtVG jeder Beamte die Versorgung erhält, die seinem Amt angemessen ist. Die Regelungen des BeamtVG, die einen versorgungsrechtlichen Nachteil begründen, haben nicht (auch) den Fall im Blick, dass dieser Nachteil durch ein hoheitliches Fehlverhalten herbeigeführt wird. Diese Einschätzung unterstützt auch der Regelungsgehalt der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht. Mit § 78 BBG wird sichergestellt, dass es sogar innerhalb der zulässigen Rechtsanwendung des Beamtenrechts zu einer weitgehenden Wahrung der Rechte und Interessen des Beamten kommt, die über das übliche Bürger-Staat-Verhältnis hinausgeht.³²⁰¹ Dies muss erst recht für den Fall gelten, in dem die Grenzen der zulässigen Rechtsanwendung zu Lasten des Beamten überschritten werden,³²⁰² wobei jede Rechtsverletzung auch eine Fürsorgepflichtverletzung ist. Für den Fall der rechtswidrigen Herbeiführung eines versorgungsrechtlichen Nachteils ist davon auszugehen, dass gerade die beamtenrechtliche Fürsorgepflicht des § 78 BBG dafür spricht, dass das BeamtVG nicht zugunsten der Maßgeblichkeit eines rechtswidrig begründeten versorgungsrechtlichen Nachteils zu interpretieren ist. Bzgl. einer Abwägung der Interessen der Beteiligten ist schließlich kein Interesse erkennbar, das allgemein dagegen spricht, dem Ruhestandsbeamten

³¹⁹⁹ Die Maßgeblichkeit der letzten Dienstbezüge als Berechnungsgrundlage für die Versorgung erkennt das BVerfG sogar als durch Art. 33 V GG geschützt an (vgl. BVerfG, Beschl. v. 14.6.1960 – 2 BvL 7 7 60 = BVerfGE 11, 203, 210; BVerfG, Beschl. v. 7.7.1982 – 2 BvL 14/78 = BVerfGE 61, 43, 58; *Battis*, in: Sachs [Hg.], Art. 33 GG, Rn. 73).

³²⁰⁰ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.11.1992 – 1 BvL 17/89 = BVerfGE 87, 348, 356; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Art. 33 GG, Rn. 44, 59.

³²⁰¹ In diesem Sinne auch: *Olbertz*, S. 107 ff. m.w.N.

³²⁰² Der Gesetzgeber, der sogar im Rahmen zulässiger Rechtsanwendung und Einflussnahme die Verwaltung zu einer Berücksichtigung des Wohl des Beamten verpflichtet, würde sich widersprüchlich verhalten, wenn er nicht erst recht eine Pflicht zur Berücksichtigung der Interessen des Beamten regeln würde, falls es zu einer unzulässigen Einflussnahme der Verwaltung gekommen ist.

noch nachträglich dieselbe amtsangemessene Versorgung zu gewähren, zu der es ohne das hoheitliche Fehlverhalten bereits gekommen wäre. Hinsichtlich des Verhältnisses von § 78 BBG zum Gesetzesvorbehalt des § 3 BeamtVG kann auf die entsprechenden Ausführungen zu §§ 2 II, 31 SGB I verwiesen werden.³²⁰³

Wenn auch nicht in der Begründung, so weisen die verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen zumindest im Ergebnis in diese Richtung, die die Geltendmachung eines versorgungsrechtlichen Nachteils durch den Verwaltungsträger analog §§ 242, 162 BGB ausschließen, falls diese Rechtsanwendung maßgeblich durch rechtswidriges Verwaltungsverhalten bzw. eine Fürsorgepflichtverletzung ermöglicht wurde.³²⁰⁴ Das BVerwG hat in den Fällen, in denen die Möglichkeit einer Geltendmachung von Rechtspositionen auf ein hoheitliches Fehlverhalten zurückgeht, wiederholt auch die beamtenrechtliche Fürsorgepflicht als Prüfungsmaßstab herangezogen.³²⁰⁵

Rechtsdogmatisch ließe sich die Notwendigkeit eines eigenständigen Herstellungsanspruchs jedoch im Hinblick auf die allgemeine beamtenrechtliche Fürsorgepflicht (§ 78 BBG) selbst bezweifeln. Da § 78 BBG auch eigenständige lückenschließende Ansprüche hervorbringen kann,³²⁰⁶ könnte eine entsprechende Ergebnisfindung unmittelbar über § 78 BBG möglich sein.³²⁰⁷ § 78 BBG ist jedoch nur eine unbestimmte allgemeine Generalklausel des Beamtenrechts, für die noch herausgearbeitet werden muss, was konkret fürsorgepflichtig ist. Ein Herstellungsanspruch, der auf die Wertungen des § 78 BBG zurückgreift, beschreibt daher die Prüfungsschritte und Rechtsfolgen für die Lösung der Herstellungsfälle weitaus anschaulicher. Gegenüber einer unmittelbaren Ergebnisfindung aus § 78 BBG können daher dieselben Gründe vorgebracht werden, die allgemein gegen eine Ergebnisfindung aus der Generalklausel von Treu und Glauben (§§ 242, 162 BGB analog) vorgebracht wurden.³²⁰⁸

Die Anwendung des Herstellungsanspruchs steht zudem nicht im Widerspruch zu der Rechtsprechung, die eine Verpflichtung zum vollständigen Ersatz von Vermögensnachtei-

³²⁰³ Vgl. Kap. 2 B.II.4.c.bb. (4).

³²⁰⁴ Vgl. BVerwG, Urt. v. 29.10.1992 – 2 C 19/90; OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 23.8.1989 – 2 A 119/88 = DÖD 1990, 69 ff.; VG München, Urt. v. 15.7.2003 – M 5 K 02.4327; VG München, Urt. v. 18.9.2001 – M 12 K 00.2822; vgl. auch zu Ermessensentscheidungen: BVerwG, Urt. v. 25.11.1982 – 2 C 32/81 = BVerwGE 66, 256, 260 f.

³²⁰⁵ Vgl. BVerwG, Urt. v. 25.11.1982 – 2 C 32/81 = BVerwGE 66, 256, 260 f.; *Schnellenbach*, *BeamtenR.*, § 9, Rn. 6 f, Fn. 10.

³²⁰⁶ Vgl. BVerwG, Urt. v. 25.6.1964 – VIII C 23/63 = BVerwGE 19, 48, 55; BVerwG, Urt. v. 6.9.1989 – 6 A 5/88 = ZBR 1990, 208; BVerwG, Urt. v. 19.12.1967 – II C 125/64 = BVerwGE 28, 353, 358; *Battis*, § 78 BBG, Rn. 5, 7; *Schnellenbach*, *BeamtenR.*, § 9, Rn. 7.

³²⁰⁷ Vgl. ablehnend zum Verhältnis des Primäranspruchs auf Fürsorge (§ 78 BBG) und des Folgenbeseitigungsanspruchs: *Laubinger*, *VerwArch.* 99 [2008], 278, 310 m.w.N.

³²⁰⁸ Vgl. Kap. 1 E.II.2.d.; Kap. 2 B.II.3.c.

len allein wegen einer Fürsorgepflichtverletzung ablehnt.³²⁰⁹ Wie bereits mehrfach dargestellt handelt es sich bei dem Herstellungsanspruch nicht um einen Schadensersatzanspruch, der einen vollständigen Ersatz von Vermögensnachteilen anstrebt.

Eine wesentliche Verkürzung des potentiellen Anwendungsbereichs ergibt sich jedoch aus dem Umstand, dass Entscheidungen in der Beamtenversorgung des BeamtVG vielfach unmittelbar durch Verwaltungsakt erfolgen, ohne dass der Beamte durch eigene Gestaltungsmöglichkeiten großen Einfluss nehmen könnte. Versetzungen in den Ruhestand wegen Erreichen der Altersgrenze (§§ 51 ff. BBG) oder Dienstunfähigkeit (§§ 44 ff. BBG) verändern die persönliche Rechtsstellung des Beamten (das sog. Grundverhältnis) und haben damit aufgrund ihrer Außenwirkung auch Verwaltungsaktqualität nach § 35 S. 1 VwVfG.³²¹⁰ Das Gleiche gilt für eine daran anschließende Festsetzung eines Ruhegehaltsanspruchs, die keines Antrages bedarf. Die Aufhebung/Unbeachtlichkeit eines solchen Verwaltungsaktes kann über den Herstellungsanspruch von vorneherein nicht erreicht werden.³²¹¹

Das Ergebnis der angesprochenen Entscheidung des VG Düsseldorf ist daher nicht fehlerhaft, sondern lediglich in Bezug auf den Herstellungsanspruch unzureichend begründet. Dem Urteil lag der Sachverhalt zugrunde, dass der Beamten nach § 44 I BBG (§ 45 I BBG a.F.) in den Ruhestand versetzt wurde und keinen Widerspruch gegen den Bescheid erhoben hat. Später legte er dann gegen die Festsetzung des Ruhegehalmes Widerspruch ein, weil dieses nicht nach § 14 III BeamtVG gemindert worden wäre, wenn er selbst eine Versetzung in den Ruhestand beantragt hätte.³²¹² Da die Festsetzung des Ruhegehalmes tatsächlich und rechtlich an die Feststellungen der Versetzung in den Ruhestand gebunden ist,³²¹³ kann nicht die Nichtgeltung dieses Verwaltungsaktes im Wege der Herstellungsanspruch fingiert werden. Allenfalls wenn die Versetzung in den Ruhestand aufgehoben werden sollte (§§ 48 f. VwVfG) und damit keine Rechtswirkungen mehr entfaltet, käme ein Herstellungsanspruch als Grundlage für nachträgliche Leistungsgewährungen in Betracht.

³²⁰⁹ Vgl. BVerwG, Urt. v. 21.12.2000 – 2 C 39/99 = BVerwGE 112, 308, 309 („Die Fürsorgepflicht des Dienstherrn begründet weder einen Anspruch des Beamten auf Übernahme von Kosten [...] noch einen Anspruch auf Ausgleich von Vermögensnachteilen, die ihm aufgrund rechtswidriger Entscheidungen des Dienstherrn [...] entstanden sind. Ein Ausgleich derartiger Nachteile kann nur unter den Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs verlangt werden.“); Battis, § 78 BBG, Rn. 7.

³²¹⁰ VG Düsseldorf, Urt. v. 31.5.2010 – 23 K 485/08; vgl. allgemein zur Unterscheidung von beamtenrechtlichem Betriebs- und Grundverhältnis: Ipsen, AllgVerwR, Rn. 358; Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, § 35 VwGO, Rn. 83 m.w.N.; Kirsch, JURA 2010, 487, 489.

³²¹¹ Vgl. hierzu ausführlich: Kap. 1 B.III.2.

³²¹² VG Düsseldorf, Urt. v. 31.5.2010 – 23 K 485/08.

³²¹³ Vgl. VG Düsseldorf, Urt. v. 31.5.2010 – 23 K 485/08.

cc) Zwischenergebnis

Für die Beamtenversorgung ist von einer grundsätzlichen Anwendbarkeit des Herstellungsanspruchs auszugehen. Dies führt jedoch nicht dazu, dass die Wirksamkeit von (bestandskräftigen) Verwaltungsakten übergangen werden könnte, die regelmäßig im Zusammenhang mit der Beamtenversorgung erlassen werden.

b) Berufsständische Versorgung?

Die berufsständische Versorgung ist ein Rechtsbereich der freien Berufe, die durch ein Kammerwesen in Form von sich selbstverwaltenden Körperschaften des öffentlichen Rechts geprägt sind (bspw. Ärzte-, Rechtsanwälte-, Architekten- oder Handwerkerkammern).³²¹⁴ Die Versorgung ist dadurch gekennzeichnet, dass regelmäßig für die versicherungspflichtigen Berufsangehörigen mit eigenen Beitragspflichten die Risiken Arbeitsunfähigkeit, Alter und Tod abgesichert werden.³²¹⁵ Während der Grundrechtseingriff der Versicherungspflicht durch formelles Gesetz begründet wird, ist das Leistungsrecht der berufsständischen Versorgung weitestgehend innerhalb der Satzung des jeweils zuständigen Versorgungswerkes geregelt.³²¹⁶ Voraussetzungen, Einwendungen und Einreden, die einen Leistungsbezug aufweisen, ergeben sich aus der jeweiligen Satzung.³²¹⁷ Insofern kann es auch hier zu der Situation kommen, dass der Anspruch auf eine Satzungsleistung durch ein hoheitliches Fehlverhalten – bspw. eine Fehlberatung – beeinträchtigt wird. In diesen Fällen kommt eine Anwendung des Herstellungsanspruchs in Betracht, für die hier sogar eine ungewöhnlich große Offenheit der allgemeinen Verwaltungsgerichte erkennbar ist.³²¹⁸

³²¹⁴ Vgl. ausführlich hierzu: *Boecken*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 22, Rn. 1 ff.

³²¹⁵ *Igl/Welti*, SozR, § 35, Rn. 2; *Boecken*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 22, Rn. 1 f., 44 ff., 74 ff.

³²¹⁶ *Boecken*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 22, Rn. 20 f., 24 ff.

³²¹⁷ Teilweise sind die Leistungen/Gestaltungen der berufsständischen Versorgung bspw. antragsbedürftig (vgl. etwa die Rechtsanwaltsversorgung in NRW: § 8 I RAVG.NRW; § 15 I 1 der Satzung des Versorgungswerkes der Rechtsanwälte im Lande Nordrhein-Westfalen).

³²¹⁸ Für eine Anwendung: OVG NRW, Urt. v. 3.10.1985 – 13 A 2500/83; offengelassen: VG Potsdam, Urt. v. 20.3.2012 – 6 K 1184/10; vgl. auch: LSG Hessen, Urt. v. 27.6.2012 – L 4 KA 63/11 m.w.N.; allgemein zu einer Anwendbarkeit im VersAusglG: VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 3.12.2013 – 4 S 221/13.

Diese Offenheit scheint insbesondere darauf zurückzuführen zu sein, dass die Verwaltungsgerichte für die berufsständische Versorgung eine Nähe zum Sozialversicherungsrecht anerkennen, das sie oftmals als (zulässigen) Anwendungsbereich des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs verstehen.³²¹⁹ So wird betont, dass die berufsständische Versorgung inhaltlich einen „*Teil des Gesamtsystems der Sozialversicherung*“³²²⁰ darstelle, was – selbst wenn sie kein Teil der Sozialversicherung i.S.d. SGB IV oder § 51 I SGG ist³²²¹ – für eine Anwendbarkeit des (sozialrechtlichen) Herstellungsanspruchs spräche.³²²² Diese Begründung reicht indes nicht aus, weil bereits die Grundannahme eines „*sozialversicherungsrechtlichen Herstellungsanspruchs*“ nicht zutrifft. Da der Herstellungsanspruch keinen sozialversicherungsrechtlichen Besonderheiten geschuldet ist, kann es nicht entscheidend darauf ankommen, ob ein Rechtsgebiet sozialversicherungsähnlich ist. Der Herstellungsanspruch folgt für das Sozialrecht vielmehr aus allgemeinen Wertungen des SGB I und SGB X (insbesondere § 2 II SGB I),³²²³ deren Übertragung auf das Recht der berufsständischen Versorgung aber ausdrücklich abgelehnt wird.³²²⁴ Deshalb bleibt eine Ausdehnung des (sozialrechtlichen) Herstellungsanspruchs problematisch.³²²⁵

Dennoch bedeutet das nicht, dass ein „*berufsständischer*“ Herstellungsanspruch ausgeschlossen wäre. Für die Begründung eines Herstellungsanspruchs kommt es nicht darauf an, ob ein Rechtsgebiet dem formellen oder materiellen Sozial(versicherungs)recht zuzuordnen ist, sondern darauf, ob das jeweilige

³²¹⁹ Dies als den eigentlichen verwaltungsgerichtlichen Diskussionsgrund im Recht der berufsständischen Versorgung anführend auch: LSG Hessen, Urt. v. 27.6.2012 – L 4 KA 63/11.

³²²⁰ VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 15.6.1989 – 9 S 3268/87; VG Düsseldorf, Urt. v. 18.10.2006 – 20 K 4941/05; VG Potsdam, Urt. v. 20.3.2012 – 6 K 1184/10.

³²²¹ Ggf. handelt es sich um Sozialversicherung i.S.d. Art. 74 I Nr. 12 GG (dafür: *Boecken*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 22, Rn. 11, 96 ff.; dagegen: BVerfG, Beschl. v. 4.4.1989 – 1 BvR 685/88 = NJW 1990, 1653; *Igl/Welti*, SozR, § 35, Rn. 2 m.w.N.).

³²²² Vgl. OVG NRW, Urt. v. 3.10.1985 – 13 A 2500/83; VG Potsdam, Urt. v. 20.3.2012 – 6 K 1184/10.

³²²³ Vgl. Kap. 2 B.II.4.b.bb.

³²²⁴ VG Gießen, Urt. v. 18.7.1997 – 10 E 669/97 („*Soweit sich die Klägerin auf eine Verletzung von Pflichten aus den §§ 13, 14 SGB-I beruft, steht dem entgegen, daß die Vorschriften des SGB-I auf das beklagte Versorgungswerk keine Anwendung finden. [...] Daß die in diesen Normen statuierten Pflichten zuständigkeitsbezogen auf die Leistungsträger des SGB-I zu verstehen sind, ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der genannten Normen und aus § 1 I Nr. 3, II, 2 HVwVfG [...]*“); VG Potsdam, Urt. v. 20.3.2012 – 6 K 1184/10; *Voelzke*, in: Schlegel/Voelzke [Hg.], § 2 SGB I, Rn. 21 m.w.N.; offener: *Rüfner*, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., § 2 SGB I, Rn. 8.

³²²⁵ Vgl. VG Potsdam, Urt. v. 20.3.2012 – 6 K 1184/10.

Fachrecht seine Ergänzung fordert.³²²⁶ Die Anwendbarkeit des Herstellungsanspruchs hängt insofern davon ab, ob das Fachrecht – hier das jeweilige Recht des berufsständischen Versorgungswerkes – so zu verstehen ist, dass grds. statt der Begründung eines versorgungsrechtlichen Nachteils auch nachträglich noch eine Erfüllung der Hauptleistungspflichten erfolgen muss, wenn es dazu wegen eines hoheitlichen Fehlverhaltens nicht gekommen ist. Sofern dies der Fall ist, begründet das Fachrecht selbst einen Herstellungsanspruch.

Für das Recht der berufsständischen Versorgung kann allgemein von einer rechtlichen Ergänzungsnotwendigkeit durch einen Herstellungsanspruch ausgegangen werden. Denn in der berufsständischen Versorgung wurde die Möglichkeit des vollständigen Leistungsbezuges durch eigene Beitragszahlungen „erkauft“³²²⁷ bzw. „erdient“³²²⁸ und dient insbesondere der Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs, der in der Versicherungspflicht des Einzelnen liegt. Es ist daher wenig überzeugend, davon auszugehen, dass eine berufsständische Nachteilsregelung dem Bürger eine – u.a. durch Art. 14 I GG geschützte³²²⁹ – Leistung auch dann entziehen soll, wenn dies nur aus einem hoheitlichen Fehlverhalten hervorgeht, obwohl dem Bürger gerade eine (Gegen-) Leistung für seine Beitragszahlungen eingeräumt werden musste und auch das verletzte Beratungsrecht den Erhalt der Leistung sichern soll.³²³⁰ Überzeugender ist es – wie im Sozialversicherungsrecht –, davon auszugehen, dass die auch hier vorliegenden sozialversicherungsrechtlichen Besonderheiten (Zwangsmitgliedschaft, eigene Beitragszahlungen und Dauerhaftigkeit) die Rechtsfortbildungsnotwendigkeit des Versorgungsrechts in der Herstellungsfrage kennzeichnen. Anders als im Sozialversicherungsrecht treten diese Aspekte jedoch nicht nur ergänzend zu einer allgemein bereits gegebenen Ableitung des Herstellungsanspruchs (aus den Wertungen des SGB I und SGB X) hinzu, sondern begründen erst originär den Herstellungsanspruch im Recht der berufsständischen Versor-

³²²⁶ Das formelle Sozialrecht erfüllt als einschlägiges Fachrecht lediglich allgemein (§ 37 S. 1 SGB I) die Voraussetzungen für eine Begründung eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs wegen der Wertungen des SGB I und SGB X.

³²²⁷ *Hattstein*, Betreuungspflichten, S. 242.

³²²⁸ *Schmidt-De Caluwe*, S. 463; *ders.*, JA 1992, 129, 129.

³²²⁹ *Boecken*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, § 22, Rn. 150 ff.

³²³⁰ Ein anderes Verständnis des Versorgungsrechts liefe darauf hinaus, dass sich der Gesetz-/Satzungsgeber „durch die Hintertür“ der Rechtswidrigkeit doch noch Leistungsfreiheit erkaufen will, die er unmittelbar nicht hätte regeln können. Denn einerseits benötigt er die Möglichkeit des Leistungsbezuges, um den Grundrechtseingriff zu rechtfertigen, und andererseits ist er auch verfassungsrechtlich gezwungen, unterstützende leistungsgerichtete Betreuungspflichten zu regeln. Vgl. allgemein zu den verfassungsrechtlichen Hintergründen der Betreuungspflichten: *Hattstein*, Betreuungspflichten, S. 63 ff.

gung, indem sie aufzeigen, dass das Versorgungsrecht grds. zugunsten einer Herstellung auszulegen ist.³²³¹

Sofern mit der Nähe zum Sozialversicherungsrecht lediglich gemeint ist, dass diese Aspekte auch das Recht der berufsständischen Versorgung prägen und damit – wie im Sozialversicherungsrecht – mittelbar für eine Ergänzungsnotwendigkeit um einen Herstellungsanspruch sprechen, ist den allgemeinen Verwaltungsgerichten zuzustimmen. Die Zuordnung/Nähe zur Sozialversicherung ist aber kein *notwendiger* Bestandteil der Begründung des Herstellungsanspruchs, sondern spielt lediglich in die Auslegung des Fachrechts hinein, das dann ggf. eine Herstellung fordert. Der verwaltungsgerichtlichen Anwendung des Herstellungsanspruchs ist für den Bereich der berufsständischen Versorgung im Grundsatz zuzustimmen. Inhaltlich ist die Begründung allerdings noch weiter ausbaufähig.

Diese Ableitung bedingt, dass grds. nicht von demselben Herstellungsanspruch in den unterschiedlichen Bereichen der berufsständischen Versorgung auszugehen ist. Der Herstellungsanspruch ergänzt das jeweilige Versorgungsrecht und ist damit anhand dieses Regelungskomplexes zu beurteilen. Auch wenn in der Praxis oftmals Gemeinsamkeiten zwischen den (Grund-) Regelungen der unterschiedlichen Versorgungswerke bestehen, ist es theoretisch möglich, dass ein Herstellungsanspruch im Recht des „*Versorgungswerkes A*“ anzuwenden ist, weil deren (Satzungs-) Recht ansonsten planwidrig unvollständig bliebe, während für das Recht des „*Versorgungswerkes B*“ eine Planwidrigkeit der Regelungslücke nicht feststellbar ist. Diese denkbare Uneinheitlichkeit der berufsständischen Versorgungssysteme in Bezug auf den Herstellungsanspruch ist sogar zu begrüßen, da nur so den einzelnen Wertungen ausreichend Rechnung getragen werden kann; ansonsten würden vorschnell sämtliche Versorgungssysteme/-regelungen der Ärzte, Handwerker, Architekten und Rechtsanwälte unzulässig „*über einen Kamm geschoren*“.

4. Begründung öffentlich-rechtlicher Sonderrechtsverhältnisse?

Rechtliche Nachteile folgen regelmäßig aus ungünstig gestalteten Rechtsverhältnissen. Außerhalb des Sozialrechts kommt deshalb ein entsprechender Herstellungsanspruch in Betracht, wenn es um die (unterlassene) Begründung, Beendigung oder Änderung von (anderen) öffentlich-rechtlichen Sonderrechtsverhältnissen geht, die sich vom üblichen Staat-Bürger-Verhältnis unterscheiden.³²³² Insbesondere wenn öffentlich-rechtlich Sonderrechtsverhältnisse infol-

³²³¹ Vgl. ausführlich zur Bedeutung dieser Argumente im Zusammenhang mit der Anwendung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs im Sozialversicherungsrecht: Kap. 3 A.II.1.

³²³² So auch: *Olbertz*, S. 60 f., 107 ff.

ge einer staatlichen Pflichtverletzung (nicht) begründet werden, stellt sich die Frage, ob über einen Herstellungsanspruch als Naturalrestitution die Begründung, Beendigung oder Änderung des Rechtsverhältnisses begehrt werden kann.

Die folgende Darstellung beschränkt sich auf die praktisch wohl bedeutendsten Sonderrechtsverhältnisse – das Beamten- und das Schulverhältnis. Daneben existieren weitere Sonderrechtsverhältnisse (bspw. das Soldaten-, Strafgefangenen- oder Hochschulrechtsverhältnis) auf das die folgenden Ausführungen sinngemäß – zu den vergleichbaren Einzelfällen – übertragen werden können. Insbesondere bezogen auf das Hochschulrecht existieren vereinzelte Gerichtsentscheidungen,³²³³ die in ihrem Ergebnis über einen Herstellungsanspruch wohl überzeugender zu begründen wären.³²³⁴

a) Restitution vereitelter Positionen des Beamtenrechts?

Rechtswissenschaftlich wird diskutiert, ob demjenigen, der wegen eines rechtswidrigen Verwaltungsverhaltens nicht in ein bestimmtes Beamtenrechtsverhältnis eintreten konnte, über einen Herstellungsanspruch die Begründung des Beamtenverhältnisses bzw. der jeweiligen Beamtenrechte einzuräumen ist.³²³⁵ Dabei können die Ansichten, die allgemein für Sonderrechtsverhältnisse einen Herstellungsanspruch anerkennen,³²³⁶ von denjenigen unterschieden werden, die dies nur für die Begründung eines bestimmten Beamtenverhältnisses diskutieren (bspw. wenn ein Bürger rechtswidrig nicht zum Beamten auf Probe, sondern zum Beamten auf Widerruf ernannt wurde;³²³⁷ oder falls für einen Bewerber der Rechtsschutz im sog. Konkurrentenstreit vereitelt wurde³²³⁸). Von den zuständigen Verwaltungsgerichten wird eine Lösung über den Herstellungsanspruch – soweit ersichtlich – nicht erwogen.

Probleme der Ernennung und Beförderung werden nachfolgend zusammenfassend behandelt, da sie gleichermaßen ein neuartiges Beamtenverhältnis i.S.d. § 4 BBG begründen und die Beförderung somit nur einen Unterfall der Ernennung darstellt (§ 10 I Nr. 3

³²³³ Etwa: OVG NRW, Urt. v. 13.8.1987 – 13 B 598/87 = NVwZ 1988, 957, 958; OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 29.1.1988 – 1 O 228/87 = KMK-HSchR 1988, 489, 491; VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 24.5.1984 – 9 S 1235/84 = JZ 1984, 999; die Anwendbarkeit des Herstellungsanspruchs für das Hochschulrecht ausdrücklich offenlassend auch: BVerwG, Urt. v. 9.3.1990 – 7 C 94/88 = NWVBl 1990, 373, 374.

³²³⁴ *Olbertz*, S. 116 ff. m.w.N.

³²³⁵ Etwa: *Özfirat-Skubinn*, Beamtenernennungen, S. 296 ff.; *Olbertz*, S. 60 f., 107 ff.; *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 411 f.; vgl. auch: *Kreßel*, S. 218 ff.

³²³⁶ *Olbertz*, S. 60 f., 107 ff.

³²³⁷ *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 411 f.

³²³⁸ *Özfirat-Skubinn*, Beamtenernennungen, S. 296 ff.

BBG).³²³⁹ Auch die Ernennung bzw. der Wechsel zum Beamten auf Widerruf, Probe oder Lebenszeit (§ 6 BBG) sind jeweils nur Sonderformen einer Beamtenernennung (§ 10 I Nr. 2 BBG). Allgemein geht es daher um die Frage, ob mit dem Herstellungsanspruch eine Beamtenernennung – nachträglich – eingefordert werden kann, zu der es wegen eines rechtswidrigen Verwaltungsverhaltens nicht gekommen ist.

aa) Bisherige Lösungen in Rechtsprechung und Literatur

Bei der Begründung von Beamtenverhältnissen steht das grundrechtsgleiche Deutschenrecht aus Art. 33 II GG im Zentrum der materiell-rechtlichen Rechtslage, das für Bundesbeamte durch §§ 7 ff., 22 BBG weiter konkretisiert wird.³²⁴⁰ Art. 33 II GG gewährt dem Bürger keinen Anspruch darauf, dass der Staat öffentliche Ämter schafft,³²⁴¹ sondern verbürgt ein Gleichheitsrecht auf gleichen Zugang i.S.v. Einstellung und Beförderung zu freien öffentlichen Ämtern, zu denen insbesondere Beamtenverhältnisse zählen.³²⁴² Sofern ein öffentliches Amt zu besetzen ist, begründet Art. 33 II GG deshalb das Recht jedes deutschen Bewerbers, dass über den Zugang zu diesem Amt allein nach Eignung i.w.S. (Eignung, Befähigung und fachliche Leistung)³²⁴³ zu entscheiden ist.³²⁴⁴ Unter mehreren gleich geeigneten Bewerbern bewirkt Art. 33 II GG als sog. Bewerbungsverfahrensanspruch des Bewerbers eine „*ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über seine Bewerbung*“.³²⁴⁵ Sofern ein Bewerber hingegen der Bestgeeignete i.S.d. Art. 33 II GG ist – und jede andere Stellenvergabe an einen Mitbewerber rechtswidrig wäre – verdichtet sich das

³²³⁹ Vgl. hierzu allgemein: *Kirsch*, JURA 2010, 487, 490.

³²⁴⁰ *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 33 GG, Rn. 7; *Masing*, in: *Dreier* [Hg.], Bd. II, Art. 33 GG, Rn. 29.

³²⁴¹ *Özfirat-Skubinn*, *Beamtenernennungen*, S. 247 f. m.w.N.; *Jachmann*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck* [Hg.], Art. 33 GG, Rn. 12; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 33 GG, Rn. 17.

³²⁴² BVerwG, Urt. v. 11.7.1984 – 1 WB 176/82 = BVerwGE 76, 243, 251; BAG, Urt. v. 2.12.1997 – 9 AZR 445/96 = BAGE 87, 165, 169; BAG, Urt. v. 19.3.2003 – 7 AZR 334/02 = BAGE 105, 329, 333; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 33 GG, Rn. 9 f.; *Masing*, in: *Dreier* [Hg.], Bd. II, Art. 33 GG, Rn. 41.

³²⁴³ Vgl. BVerwG, Urt. v. 6.2.1975 – II C 68/73 = BVerwGE 47, 330, 336; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 33 GG, Rn. 14.

³²⁴⁴ *Battis*, in: *Sachs* [Hg.], Art. 33 GG, Rn. 27 ff.; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 33 GG, Rn. 12 ff.

³²⁴⁵ *Pieper*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke* [Hg.], Art. 33 GG, Rn. 61; vgl. auch: BVerwG, Urt. v. 21.8.2003 – 2 C 14/02 = BVerwGE 118, 370, 373, 376 f.; *Jachmann*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck* [Hg.], Art. 33 GG, Rn. 12; *Kirsch*, JURA 2010, 487, 491; *Munding*, DVBl. 2011, 1512, 1512.

Gleichheitsrecht des Art. 33 II GG zu einem Leistungsanspruch auf die freie Stelle.³²⁴⁶

Die (gerichtliche) Lösung der Fälle, in denen es wegen eines rechtswidrigen Verwaltungsverhaltens nicht zu der Begründung eines (anderen) Beamtenverhältnisses gekommen ist, lässt sich in Zeiträume vor und nach einer Grundsatzentscheidung des BVerwG vom 4. November 2010 einteilen,³²⁴⁷ die als rechtswissenschaftliche „*Sensation*“³²⁴⁸ angesehen wird.

Innerhalb seiner früheren Rechtsprechung ist das BVerwG davon ausgegangen, dass ein Bewerber nur solange die Ernennung in ein Beamtenverhältnis verlangen kann, bis ein anderer Bewerber vom Dienstherrn tatsächlich für die fragliche Stelle ernannt worden ist; sobald die Ernennung erfolgt ist, sei die Stelle wegen des Grundsatzes der Ämterstabilität unveränderlich besetzt.³²⁴⁹ Etwaige Schäden durch rechtswidriges Verhalten des Dienstherrn müsse der Beamte im Wege des beamtenrechtlichen Schadensersatzes geltend machen (§§ 280 ff. BGB analog)³²⁵⁰ bzw. bei der erstmaligen Einstellung mittels öffentlich-rechtlicher culpa in contrahendo (§§ 280 I i.V.m. 311 II, 241 II BGB analog).³²⁵¹ Der Problematik, dass der Dienstherr auf diese Weise in der Lage ist, selbstständig – auch durch vollumfänglich rechtswidrige Ernennungen – bestehende (Primär-) Rechte der Bewerber zum Erlöschen zu bringen, sind das BVerfG und die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung mit einer Stärkung der Informationspflichten und des einstweiligen Rechtsschutzes entgegengetreten. Im Hinblick auf Art. 33 II, 19 IV GG bestünde eine öffentlich-rechtliche

³²⁴⁶ BVerwG, Urt. v. 4.11.2010 – 2 C 16/09 = BVerwGE 138, 102, 107; BAG, Urt. v. 9.11.1994 – 7 AZR 19/94 = BAGE 78, 244, 247; BAG, Urt. v. 2.7.2003 – 7 AZR 529/02 = BAGE 107, 18, 26; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 33 GG, Rn. 19; *Masing*, in: Dreier [Hg.], Bd. II, Art. 33 GG, Rn. 36; *Jachmann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck [Hg.], Art. 33 GG, Rn. 12; *Schenke*, in: Kopp/Schenke, § 42 VwGO, Rn. 49 m.w.N.; *Battis*, in: Sachs [Hg.], Art. 33 GG, Rn. 41; *Wieland*, in: FS für Blümel, S. 647, 653; zu allgemein und daher missverständlich: BVerfG, Beschl. v. 22.5.1975 – 2 BvL 13/73 = BVerfGE 39, 334, 354; BVerfG, Urt. v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02 = BVerfGE 108, 282, 295; BVerwG, Urt. v. 20.10.1983 – 2 C 11/82 = BVerwGE 68, 109, 110.

³²⁴⁷ BVerwG, Urt. v. 4.11.2010 – 2 C 16/09 = BVerwGE 138, 102.

³²⁴⁸ *Özfirat-Skubinn*, Beamtenernennungen, Vorwort; vgl. auch: *Munding*, DVBl. 2011, 1512 ff.; *Muckel*, JA 2011, 479 ff.

³²⁴⁹ BVerwG, Urt. v. 25.8.1985 – 2 C 62/85 = BVerwGE 80, 127, 129 f. m.w.N.; *Pieper*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], Art. 33 GG, Rn. 61; *Badura*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art. 33 GG, Rn. 38. Vgl. auch die Nachweise bei: *Masing*, in: Dreier [Hg.], Bd. II, Art. 33 GG, Rn. 55; *Kirsch*, JURA 2010, 487, 491.

³²⁵⁰ BVerfG, Beschl. v. 22.3.2000 – 2 BvR 15/00 = NVwZ 2000, 1035, 1036; BVerwG, Urt. v. 25.8.1988 – 2 C 51/86 = BVerwGE 80, 123, 124 f.; *Laubinger*, VerwArch. 99 [2008], 278, 289 f., 294, 301 f.; *Jachmann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck [Hg.], Art. 33 GG, Rn. 23; *Roth*, ZBR 2001, 14, 14 f.

³²⁵¹ *Jachmann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck [Hg.], Art. 33 GG, Rn. 23.

Pflicht des Dienstherrn, den unterlegenen Bewerber rechtzeitig über die Ablehnung und die bevorstehende Ernennung des anderen Bewerbers zu informieren und ihm dadurch die Möglichkeit zu eröffnen, im einstweiligen Rechtsschutz dessen Ernennung – zumindest vorübergehend – zu unterbinden.³²⁵² Ohne die tatsächliche Ernennung des anderen Bewerbers bestünde dann die Möglichkeit, eine Überprüfung der Auswahlentscheidung des Dienstherrn herbeizuführen und ggf. statt des anderen Bewerbers ernannt zu werden.³²⁵³ Sofern der Dienstherr den unterlegenen Bewerber jedoch rechtswidrig zu spät oder gar nicht über sein Vorhaben informiert bzw. den anderen Bewerber während des laufenden (Eil-) Verfahrens – auch entgegen einer einstweiligen Anordnung des Gerichtes – ernennt, könne die in Frage stehende Stellenbesetzung wegen des Grundsatzes der Ämterstabilität nicht rückgängig gemacht werden.³²⁵⁴ Auch für diesen Fall wäre der unterlegene Bewerber auf Schadensersatzansprüche beschränkt (§ 839 BGB, Art. 34 GG sowie §§ 280 ff. BGB analog ggf. i.V.m. §§ 311 II, 241 II BGB).³²⁵⁵ Obwohl eigentlich zumindest für den beamtenrechtlichen Scha-

³²⁵² Etwa: BVerfG, Beschl. v. 19.9.1989 – 2 BvR 1576/88 = NJW 1990, 501; BVerfG, Beschl. v. 9.7.2007 – 2 BvR 206/07 = NVwZ 2007, 1178, 1179; BVerwG, Urt. v. 25.8.1985 – 2 C 62/85 = BVerwGE 80, 127, 129 f.; BVerwG, Urt. v. 21.8.2003 – 2 C 14/02 = BVerwGE 118, 370, 374 f.; BGH, Urt. v. 6.4.1995 – III ZR 183/94 = BGHZ 129, 226, 228; VG Frankfurt, Urt. v. 17.7.1991 – III/1 G 838/91 = NVwZ 1991, 1210; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 33 GG, Rn. 19; *Masing*, in: *Dreier* [Hg.], Bd. II, Art. 33 GG, Rn. 55; *Battis*, in: *Sachs* [Hg.], Art. 33 GG, Rn. 41; *Pieper*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke* [Hg.], Art. 33 GG, Rn. 61; *Jachmann*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck* [Hg.], Art. 33 GG, Rn. 23.

³²⁵³ *Battis*, in: *Sachs* [Hg.], Art. 33 GG, Rn. 41; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 33 GG, Rn. 19 f.

³²⁵⁴ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.9.2002 – 2 BvR 857/02 = NVwZ 2003, 200, 200; BVerwG, Urt. v. 25.8.1985 – 2 C 62/85 = BVerwGE 80, 127, 129 f.; BVerwG, Urt. v. 29.8.1996 – 2 C 23/95 = BVerwGE 102, 33, 35; BGH, Urt. v. 6.4.1995 – III ZR 183/94 = BGHZ 129, 226, 228; BAG, Urt. v. 2.7.2003 – 7 AZR 529/02 = BAGE 107, 18, 26; BAG, Urt. v. 2.12.1997 – 9 AZR 445/96 = BAGE 87, 165, 169 f.; wohl auch: BVerfG, Beschl. v. 20.4.2004 – 1 BvR 838/01 = BVerfGE 110, 304, 320; *Dollinger/Umbach*, in: *Umbach/Clemens* [Hg.], Art. 33 GG, Rn. 62; *Pieper*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke* [Hg.], Art. 33 GG, Rn. 61 f.; kritischer: BVerwG, Urt. v. 13.9.2001 – 2 C 39/00 = BVerwGE 115, 89, 91 f.; BVerwG, Urt. v. 21.8.2003 – 2 C 14/02 = BVerwGE 118, 370, 374 f.; *Battis*, in: *Sachs* [Hg.], Art. 33 GG, Rn. 41 m.w.N. **A.A.** und für Möglichkeit der Rückgängigmachung (zumindest wenn der einstweilige Rechtsschutz vereitelt wurde): *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 33 GG, Rn. 20 m.w.N.; *Schenke*, in: *Kopp/Schenke*, § 42 VwGO, Rn. 49; *Masing*, in: *Dreier* [Hg.], Bd. II, Art. 33 GG, Rn. 55.

³²⁵⁵ BVerfG, Beschl. v. 22.3.2000 – 2 BvR 15/00 = NVwZ 2000, 1035, 1036; BVerwG, Urt. v. 29.8.1996 – 2 C 23/95 = BVerwGE 102, 33, 35; BGH, Urt. v. 6.4.1995 – III ZR 183/94 = BGHZ 129, 226, 228; BAG, Urt. v. 2.7.2003 – 7 AZR 529/02 = BAGE 107, 18, 26; OVG Bremen, Urt. v. 22.3.1988 – 2 BA 39/87 = NVwZ-RR 1989, 31 f.; *Battis*, in: *Sachs* [Hg.], Art. 33 GG, Rn. 41; *Masing*, in: *Dreier* [Hg.], Bd. II, Art. 33 GG, Rn. 55; *Jachmann*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck* [Hg.], Art. 33 GG, Rn. 23.

denersatz eine Naturalrestitutionspflicht gilt,³²⁵⁶ soll entgegen § 249 I BGB die Begründung eines Beamtenverhältnisses nicht möglich sein.³²⁵⁷ Diese Beschränkung auf Geldersatz ließe sich allenfalls analog § 251 I Alt. 1 BGB wegen rechtlicher Unmöglichkeit der Begründung des Beamtenrechtsverhältnisses rechtfertigen.³²⁵⁸

Begründet wurde diese Rechtsprechung aus der Erwägung, dass im sog. beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit zwei Verwaltungsakte ergingen. Während die Mitteilung über die bevorstehende Stellenvergabe an einen Mitbewerber ein eigenständiger, belastender Verwaltungsakt gegenüber dem abgelehnten Bewerber ist, wurde die Ernennung des Konkurrenten als ein Verwaltungsakt ohne Drittwirkung angesehen, der die Mitbewerber gar nicht erst in ihren Rechten beträfe.³²⁵⁹ Infolgedessen könne die Ernennung nicht durch einen Mitbewerber angefochten werden,³²⁶⁰ dieser müsse stattdessen gegen die ablehnende Auswahlentscheidung vorgehen und im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes verhindern, dass durch die Ernennung seines Konkurrenten zwischenzeitlich vollendete Tatsachen geschaffen werden.³²⁶¹ Sobald der Konkurrent allerdings tatsächlich ernannt worden ist, erledige sich wegen des Grundsatzes der Ämterstabilität – dem teilweise über Art. 33 V GG Verfassungsrang eingeräumt wird³²⁶² – auch der Rechtsstreit bzgl. des ablehnenden Verwaltungsaktes; für den Mitbewerber blieben nur noch Schadensersatzansprüche in Geld.³²⁶³ Eine

³²⁵⁶ Vgl. BVerwG, Urt. v. 24.8.1961 – II C 165/59 = BVerwGE 13, 17 ff., 24.

³²⁵⁷ BVerwG, Urt. v. 30.8.1962 – II C 16/60 = BVerwGE 15, 3, 11; BVerwG, Urt. v. 20.11.1964 – VI C 118/61 = BVerwGE 20, 29, 35 ff.; ablehnend zu dieser nicht näher begründeten Beschränkung auf Geldersatz: *Laubinger*, VerwArch. 99 [2008], 278, 301 ff. m.w.N.

³²⁵⁸ Zweifelnd auch zu dieser Begründung: *Laubinger*, VerwArch. 99 [2008], 278, 302.

³²⁵⁹ BVerwG, Urt. v. 25.8.1985 – 2 C 62/85 = BVerwGE 80, 127, 129 f.; *Munding*, DVBl. 2011, 1512, 1513 m.w.N.

³²⁶⁰ BVerwG, Urt. v. 25.8.1985 – 2 C 62/85 = BVerwGE 80, 127, 129 f.

³²⁶¹ BVerwG, Urt. v. 25.8.1985 – 2 C 62/85 = BVerwGE 80, 127, 129.

³²⁶² Etwa: BVerwG, Urt. v. 4.11.2010 – 2 C 16/09 = BVerwGE 138, 102, 113; *Dollinger/Umbach*, in: *Umbach/Clemens* [Hg.], Art. 33 GG, Rn. 62; *Herrmann*, NJW 2011, 653, 654; *Munding*, DVBl. 2011, 1512, 1513; vgl. allgemein zu Herleitung und Inhalt des Grundsatzes der Ämterstabilität: *Özfirat-Skubinn*, *Beamtenernennungen*, S. 84 ff.

³²⁶³ BVerwG, Urt. v. 25.8.1985 – 2 C 62/85 = BVerwGE 80, 127, 129 f. („Nach der ständigen Rechtsprechung [...] wird mit der endgültigen anderweitigen Besetzung einer Stelle eine durch Ausschreibung eingeleitete Stellenbesetzung beendet. Der Verwaltungsakt, mit dem die Bewerbung eines nicht berücksichtigten Beamten abschlägig beschieden wird, ‚erledigt‘ sich [...]. Damit ist nicht gemeint, daß kein den bei der Auswahlentscheidung abgelehnten Bewerber belastender Verwaltungsakt mehr vorliegt, sondern daß wegen der bereits vollzogenen Ernennung des anderen seiner Bewerbung nicht mehr entsprochen werden kann. Für eine seiner Bewerbung entsprechende Entscheidung ist mangels verfügbarer Stelle kein Raum mehr. Der Dienstherr darf auf Grund

rechtswidrige Ernennung könne weder von den Gerichten noch von der Verwaltung aufgehoben werden.³²⁶⁴ Falls der Konkurrent hingegen noch nicht zum Beamten ernannt wurde, könne der Mitbewerber – sofern seine Ansprüche aus Art. 33 II GG tatsächlich bestehen – wegen § 12 II 2 BBG nur für die Zukunft zum Beamten ernannt werden; in der Vergangenheit entstandene Schäden (bspw. niedrigere Besoldung) wären allein über Schadensersatz ausgleichbar.³²⁶⁵

Innerhalb des Schrifttums wurde diese Rechtsprechung wiederholt kritisiert.³²⁶⁶ Zustimmung verdient insbesondere die Kritik *Wielands*.³²⁶⁷ Dieser widerlegt die Annahme, dass eine Ernennung den Mitbewerber nicht in seinen Rechten betreffen würde. Im Hinblick auf Art. 33 II GG müsse die Ernennung materiell-rechtlich vielmehr als Verwaltungsakt mit Drittwirkung verstanden werden, der unmittelbar von den Mitbewerbern prozessrechtlich angegriffen werden könne. Denn Art. 33 II GG gewähre im status positivus nicht nur einen Anspruch auf eine Auswahlentscheidung frei von Ermessens- und Beurteilungsfehlern, sondern wäre unvollständig interpretiert, wenn ihm nicht zugleich auch ein abwehrrechtlicher Gehalt i.S.d. status negativus zugeordnet werden würde, wonach ein Bewerber die Besetzung des Amtes mit ungeeigneteren Bewerbern verhindern könne.³²⁶⁸ Auch eine Beamtenernennung zur rechtswidrigen Besetzung des fraglichen Amtes greift damit in das Recht aus Art. 33 II GG ein – und stellt einen anfechtbaren Verwaltungsakt mit Drittwirkung dar.³²⁶⁹ Da die speziellen Rücknahmevorschriften über rechtswidrige Beamtenernennung (§ 14 BBG) keine Rücknahmemöglichkeit für Ernennungen vorse-

der Ausschreibung dieses statusrechtliche Amt mit der ihm zugeordneten Planstelle und dem Dienstposten nicht nochmals vergeben.“).

³²⁶⁴ Vgl. BVerwG, Urt. v. 25.8.1985 – 2 C 62/85 = BVerwGE 80, 127, 130; BVerwG, Urt. v. 21.8.2003 – 2 C 14/02 = BVerwGE 118, 370, 375; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 33 GG, Rn. 20 m.w.N.

³²⁶⁵ Vgl. BVerwG, Urt. v. 21.8.2003 – 2 C 14/02 = BVerwGE 118, 370, 375; BVerwG, Urt. v. 29.8.1996 – 2 C 23/95 = BVerwGE 102, 33, 35; *Özfirat-Skubinn*, *Beamtenernennungen*, S. 263 m.w.N.; *Kirsch*, JURA 2010, 487, 491 f.

³²⁶⁶ Vgl. nur: *Wernsmann*, DVBl. 2005, 276, 281; *Sollte*, NJW 1980, 1027, 1030; *Günther*, ZBR 1983, 45, 48; *Tegethoff*, ZBR 2004, 341, 343.

³²⁶⁷ *Wieland*, in: FS für Blümel, S. 647 ff.

³²⁶⁸ *Wieland*, in: FS für Blümel, S. 647, 653 f.

³²⁶⁹ *Wieland*, in: FS für Blümel, S. 647, 654 („Zwischen allen Bewerbern und dem Dienstherrn besteht ein mehrpoliges Rechtsverhältnis. Die Rechtspositionen der Beteiligten in diesem Verhältnis sind aufeinander bezogen und im Ergebnis voneinander abhängig: [...] Wenn es [...] heißt, die Ernennung des erfolgreichen Bewerbers sei ein Verwaltungsakt, der die erfolglosen Konkurrenten ‚nicht betreffe‘, beruht das auf einer völligen Verkennung der Interdependenz von Ernennung des einen und Nichtberücksichtigung des anderen.“).

hen, die unter Verstoß gegen Art. 33 II GG erfolgt sind – und ein subsidiärer Rückgriff auf § 48 VwVfG ausgeschlossen ist³²⁷⁰ –, sei eine Aufhebung der rechtswidrigen Ernennung im Verwaltungsverfahren nicht möglich.³²⁷¹ Dieses Unvermögen des Dienstherrn, das sowohl die Funktionalität der Verwaltung als auch die Rechtsstellung des einmal Ernannten schützt,³²⁷² bedeutet allerdings nicht, dass auch eine gerichtliche Aufhebung des rechtswidrigen Verwaltungsaktes auf Grundlage der prozessualen Aufhebungsvorschriften (§ 113 I 1 VwGO) ausgeschlossen wäre.³²⁷³ Eine andere Ansicht ließe sich kaum mit den grundrechtlichen Forderungen der Art. 19 IV, 33 II GG vereinbaren. Zudem können die berechtigten Interessen des (rechtswidrig) Ernannten in anderer Weise geschützt werden.³²⁷⁴ Auch der Grundsatz der Ämterstabilität dient nicht über Art. 33 V GG der Einschränkung des Art. 33 II GG zu einer außerordentlich starken Stabilisierung rechtswidriger Ergebnisse.³²⁷⁵ Insofern gelangt *Wieland* zu dem Ergebnis, dass die Ernennung eines Konkurrenten für die Mitbewerber ein unmittelbar angreifbarer Verwaltungsakt mit Drittwirkung ist, der von dem zuständigen Verwaltungsgericht aufgehoben werden kann; nach erfolgreicher Anfechtung der Ernennung könne dieser seinen Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 33 II GG durchsetzen.³²⁷⁶

Ab 2001 begann das BVerwG schließlich von seiner früheren Rechtsprechung abzurücken;³²⁷⁷ eine Entwicklung, die durch eine entsprechende Rechtsprechung des BVerfG maßgeblich begleitet wurde.³²⁷⁸ Zunächst entschied das Gericht, dass ein rechtswidrig in den einstweiligen Ruhestand versetzter Beamter die eigene Versetzung in den Ruhestand auch dann noch erfolgreich anfechten könne, wenn sein Amt zwischenzeitlich neu vergeben worden ist; eine Erledigung sei dadurch nicht eingetreten.³²⁷⁹ Die fehlende beamtenrechtliche

³²⁷⁰ *Kunig*, in: Schmidt-Aßmann/Schoch [Hg.], *BesVerwR*, 6. Kap., Rn. 98 m.w.N.; *Günther*, *DÖD* 1990, 281, 286.

³²⁷¹ *Wieland*, in: FS für Blümel, S. 647, 650 f.

³²⁷² Vgl. hierzu: BVerfG, *Beschl. v. 17.10.1957 – 1 BvL 1/57 = BVerfGE 7, 155, 163; Munding*, *DVBl.* 2011, 1512, 1512 f. m.w.N.

³²⁷³ *Wieland*, in: FS für Blümel, S. 647, 651 f.; vgl. auch: *Wernsmann*, *DVBl.* 2005, 276, 281.

³²⁷⁴ *Wieland*, in: FS für Blümel, S. 647, 657; vgl. auch: *Herrmann*, *NJW* 2011, 653, 655.

³²⁷⁵ *Wieland*, in: FS für Blümel, S. 647, 655 f.

³²⁷⁶ *Wieland*, in: FS für Blümel, S. 647, 658.

³²⁷⁷ Vgl. BVerwG, *Urt. v. 13.9.2001 – 2 C 39/00 = BVerwGE 115, 89, 91 f.*; BVerwG, *Urt. v. 21.8.2003 – 2 C 14/02 = BVerwGE 118, 370, 374 f.*

³²⁷⁸ Vgl. zusammenfassend zu den Wechselwirkungen von verwaltungsgerichtlicher und verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung in dieser Frage: *Munding*, *DVBl.* 2011, 1512, 1514 f.

³²⁷⁹ BVerwG, *Urt. v. 13.9.2001 – 2 C 39/00 = BVerwGE 115, 89, 91.*

Rücknahmemöglichkeit der Ernennung eines Konkurrenten schließe weder eine gerichtliche Anfechtungsmöglichkeit der eigenen Versetzung aus noch die Anfechtung der Ernennung des Konkurrenten; im konkreten Fall konnte das BVerwG allerdings die Frage nach der Anfechtungsmöglichkeit der Ernennung zur Neubesetzung der Stelle offenlassen, da diese nicht gerichtlich angegriffen wurde.³²⁸⁰ Auch der Grundsatz der Ämterstabilität oder das Haushaltsrecht verhindern nicht, dass ein zu Unrecht in den Ruhestand versetzter Beamter seine Versetzung in den Ruhestand anfechten kann.³²⁸¹ Da der Kläger jedoch inzwischen die Altersgrenze für die Versetzung in den Ruhestand erreicht hatte, musste das Gericht sich nicht mit den (praktischen) Folgen einer Rückkehr des Beamten in das aktive Beamtenverhältnis beschäftigen; insofern blieb offen, ob der Beamte dieselbe frühere Stelle wiederaufnehmen kann oder eine weitere vergleichbare Stelle geschaffen werden muss. Es ging in der Entscheidung vielmehr um die Ermittlung der höheren Besoldung/Versorgung, auf die ein Anspruch entstanden wäre, wenn der Beamte nicht zuvor rechtswidrig in den Ruhestand versetzt worden wäre.³²⁸² Ergebnis und Formulierungen erinnern dabei teilweise an das Prinzip der Folgenbeseitigung³²⁸³ und teilweise an eine Herstellung³²⁸⁴.

2003 schwächte das BVerwG in einem klassischen Konkurrentenstreit die Folgen seiner restriktiven Rechtsprechung auf andere Weise ab.³²⁸⁵ Zwar weist das Gericht zunächst darauf hin, dass die noch 2001 angesprochenen Zweifel an der Beschränkung der Anfechtbarkeit einer Konkurrentenernennung ausgeräumt seien und an der alten Rechtsprechung festgehalten werde, weshalb eine rechtswidrige Ernennung des Konkurrenten nicht anfechtbar sei.³²⁸⁶ Dieser

³²⁸⁰ BVerwG, Urt. v. 13.9.2001 – 2 C 39/00 = BVerwGE 115, 89, 91 f.

³²⁸¹ BVerwG, Urt. v. 13.9.2001 – 2 C 39/00 = BVerwGE 115, 89, 92 f.

³²⁸² BVerwG, Urt. v. 13.9.2001 – 2 C 39/00 = BVerwGE 115, 89, 92 f.

³²⁸³ BVerwG, Urt. v. 13.9.2001 – 2 C 39/00 = BVerwGE 115, 89, 92 („Der Kläger begehrt anders als ein an einem Stellenbesetzungsverfahren beteiligter Mitbewerber keine Rechtsstellung, die ihm bisher noch nicht zustand. Er begehrt vielmehr Rechtsschutz gegen die Entziehung einer Rechtsposition, die ihm zuvor rechtmäßig eingeräumt worden war.“).

³²⁸⁴ BVerwG, Urt. v. 13.9.2001 – 2 C 39/00 = BVerwGE 115, 89, 92 („Der Kläger wäre nach einer gerichtlichen Aufhebung der Versetzung in den einstweiligen Ruhestand Direktor bei der Bürgerschaft geblieben und hätte Anspruch auf Bezüge nach der Besoldungsgruppe B 7 der Bremischen Besoldungsordnung B sowie das Recht auf amtsgemäße Beschäftigung. Beide Ansprüche wären nach Aufhebung der Versetzung in den einstweiligen Ruhestand auch rechtlich erfüllbar. Die Erfüllung des Anspruchs auf amtsangemessene Beschäftigung wurde durch die Ernennung eines Amtsnachfolgers nicht rechtlich oder tatsächlich unmöglich.“).

³²⁸⁵ BVerwG, Urt. v. 21.8.2003 – 2 C 14/02 = BVerwGE 118, 370, 372 ff.

³²⁸⁶ BVerwG, Urt. v. 21.8.2003 – 2 C 14/02 = BVerwGE 118, 370, 372 f.

Umstand hindert das Gericht jedoch nicht daran, dem unterlegenen Mitbewerber stattdessen einen „Anspruch auf Wiederherstellung“³²⁸⁷ einzuräumen. Wenn der Dienstherr durch sein rechtswidriges Verhalten den einstweiligen Rechtsschutz gegen die Ernennung des Konkurrenten vereitelt hat (bspw. die Mitbewerber nicht rechtzeitig informiert hat oder die Ernennung entgegen einer gerichtlichen einstweiligen Anordnung erfolgt ist), wäre der Mitbewerber – sofern er im Hauptsacheverfahren obsiegt – analog §§ 162 II, 135, 136 BGB verfahrens- und materiell-rechtlich so zu stellen, wie er stünde, wenn der Rechtsschutz nicht vereitelt worden wäre.³²⁸⁸ Der Dienstherr, der die Ernennung des Konkurrenten nicht zurücknehmen könne, sei in Erfüllung des Anspruchs auf Wiederherstellung ggf. verpflichtet, eine weitere Stelle für Bewerber zu schaffen, die dem Amt entspricht, das dieser ohne Fehlverhalten heute inne hätte.³²⁸⁹ Da eine Ernennung jedoch nur für die Zukunft erfolgen könne (vgl. § 12 II 2 BBG), wären Schäden in der Vergangenheit über Schadensersatzansprüche auszugleichen.³²⁹⁰

Mit dem materiell-rechtlichen Rechtscharakter dieses „Anspruchs auf Wiederherstellung“ hat sich *Özfirat-Skubinn* ausführlich auseinandergesetzt.³²⁹¹ Ein Anspruch auf Schaffung einer neuen, weiteren Stelle ließe sich weder aus dem Primäranspruch des Art. 33 II GG noch aus der Fürsorgepflicht (§ 78 BBG) ableiten.³²⁹² Als Schadensersatz ist dieses Amtshandeln nur im Rahmen eines beamtenrechtlichen Schadensersatzanspruches (§§ 280 ff., 249 I BGB analog) denkbar. Es handle sich bei dem Anspruch auf Wiederherstellung jedoch auch nicht um Schadensersatz i.S.e. Naturalrestitution durch Amtshandeln (§ 249 I BGB analog), weil der Verpflichtungsgehalt eines Sekundäranspruchs nicht weiter reichen könne als der Verpflichtungsgehalt des primären Anspruchs auf Fürsorge (§ 78 BBG), der bereits keine Schaffung neuer Stellen ermögliche.³²⁹³ Auch ein Schadensersatzanspruch unmittelbar wegen der Verletzung des Bewerberverfahrensanspruchs (Art. 33 II GG) unterscheide sich durch die von der Rechtsprechung vorgenommene Beschränkung auf Gelder-

³²⁸⁷ BVerwG, Urt. v. 21.8.2003 – 2 C 14/02 = BVerwGE 118, 370, 374.

³²⁸⁸ BVerwG, Urt. v. 21.8.2003 – 2 C 14/02 = BVerwGE 118, 370, 375.

³²⁸⁹ BVerwG, Urt. v. 21.8.2003 – 2 C 14/02 = BVerwGE 118, 370, 375 f.

³²⁹⁰ BVerwG, Urt. v. 21.8.2003 – 2 C 14/02 = BVerwGE 118, 370, 375; *Özfirat-Skubinn*, Beamtenernennungen, S. 263 m.w.N.

³²⁹¹ *Özfirat-Skubinn*, Beamtenernennungen, S. 249 ff.

³²⁹² *Özfirat-Skubinn*, Beamtenernennungen, S. 249 ff.

³²⁹³ *Özfirat-Skubinn*, Beamtenernennungen, S. 261; vgl. zur inhaltlichen Überzeugungskraft dieser Einschätzung sogleich.

satz³²⁹⁴ von dem „Anspruch auf Wiederherstellung“.³²⁹⁵ Da die eingeschränkten Rechtsfolgen der Folgenbeseitigung keine Begründung neuer (Beamten-) Rechtsverhältnisse ermöglichen,³²⁹⁶ kann der „Anspruch auf Wiederherstellung“ auch nicht als Folgenbeseitigungsanspruch interpretiert werden.³²⁹⁷ In Tatbestand und Rechtsfolgen sei der beamtenrechtliche „Anspruch auf Wiederherstellung“ vielmehr dem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch vergleichbar,³²⁹⁸ wobei beide Ansprüche auf die allgemeinen Rechtsgedanken der §§ 242, 162, 135, 136 BGB analog zurückzuführen seien.³²⁹⁹

Mit dem eingangs angesprochenen Grundsatzurteil vom 4. November 2010 ist das BVerwG diesen Weg jedoch nicht weitergegangen. Inhaltlich verwirklicht das Urteil im Wesentlichen die Gedanken, die *Wieland* als Kritik an der früheren Rechtsprechung formuliert hat. Die Ernennung des Konkurrenten sei ein Verwaltungsakt mit Drittwirkung, der die Mitbewerber in ihren Rechten aus Art. 33 II GG betreffe.³³⁰⁰ Insofern könnten sie auch unmittelbar die Ernennung eines Konkurrenten zumindest dann anfechten, wenn der einstweilige Rechtsschutz gegen die Ernennung rechtswidrig vereitelt worden ist; für diesen Fall greife der Grundsatz der Ämterstabilität nicht ein.³³⁰¹ Die Gerichte seien berechtigt und verpflichtet, eine rechtswidrige Ernennung aufzuheben (§ 113 I VwGO) und ggf. der entsprechenden Verpflichtungsklage eines Mitbewerbers auf Ernennung (bzw. beurteilungs- und ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Ernennung) stattzugeben.³³⁰² Dem stünden weder der Grundsatz der Ämterstabilität noch das Haushaltsrecht oder die berechtigten Interessen des Ernannten entgegen.³³⁰³ Eine Ernennung des Mitbewerbers könne allerdings nur für die Zukunft erfolgen.³³⁰⁴

³²⁹⁴ Vgl. BVerwG, Urt. v. 30.8.1962 – II C 16/60 = BVerwGE 15, 3, 3 ff., 11; BVerwG, Urt. v. 20.11.1964 – VI C 118/61 = BVerwGE 20, 29, 35 ff.; *Laubinger*, VerwArch. 99 [2008], 278, 301 ff. m.w.N.

³²⁹⁵ *Özfirat-Skubinn*, Beamtenernennungen, S. 262; a.A. wohl: *Munding*, DVBl. 2011, 1512, 1516 („*schadensersatzähnlichen Anspruch*“).

³²⁹⁶ Etwa: BVerwG, Urt. v. 12.6.1979 – II C 19/75; *Laubinger*, VerwArch. 99 [2008], 278, 311 m.w.N.; *Klein*, in: Soergel [Hg.], § 839 BGB, Anhang, Rn. 220 m.w.N.

³²⁹⁷ *Özfirat-Skubinn*, Beamtenernennungen, S. 277 ff., 284.

³²⁹⁸ *Özfirat-Skubinn*, Beamtenernennungen, S. 300 ff., 304 ff.

³²⁹⁹ *Özfirat-Skubinn*, Beamtenernennungen, S. 308 ff.

³³⁰⁰ BVerwG, Urt. v. 4.11.2010 – 2 C 16/09 = BVerwGE 138, 102, 105 f.

³³⁰¹ BVerwG, Urt. v. 4.11.2010 – 2 C 16/09 = BVerwGE 138, 102, 108 f., 112 ff.

³³⁰² BVerwG, Urt. v. 4.11.2010 – 2 C 16/09 = BVerwGE 138, 102, 104 f.

³³⁰³ BVerwG, Urt. v. 4.11.2010 – 2 C 16/09 = BVerwGE 138, 102, 109 ff., 120 ff.; vgl. auch: *Herrmann*, NJW 2011, 653, 655.

³³⁰⁴ BVerwG, Urt. v. 4.11.2010 – 2 C 16/09 = BVerwGE 138, 102, 113 f. („*Die Aufhebung mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Vornahme scheidet aus, weil die mit der Ernennung verbundene Statusänderung jedenfalls ohne gesetzliche Grundlage nicht nach-*“).

Da ein Mitbewerber auf diese Weise seine Berücksichtigung in Bezug auf dieselbe Stelle geltend machen könne, erscheine ein zusätzlicher „*Anspruch auf Wiederherstellung*“, der eine weitere offene Stelle schaffen soll, rechtsgeschichtlich überholt.³³⁰⁵ Eine Beschränkung der neuen Rechtsprechung nur auf Fälle, in denen kein grds. vervielfältigungsfähiges Amt vorliege – während ansonsten der „*Anspruch auf Wiederherstellung*“ weiterhin eingreife –,³³⁰⁶ ist fraglich.³³⁰⁷

bb) Möglichkeit der Anwendung des Herstellungsanspruchs?

Für die Anwendung des Herstellungsanspruchs im Zusammenhang mit der Begründung, Änderung und Beendigung von Beamtenverhältnissen, sind – insbesondere im Hinblick auf die Rechtsprechung des BVerwG – drei Konstellationen zu unterscheiden: Ein Herstellungsanspruch unmittelbar auf Ernennung (1.), auf Schaffung vergleichbarer Stellen (2.) und auf Einräumung der beamtenrechtlichen Rechte, die sich aus der Fiktion des (anderen) Beamtenverhältnisses ergeben würden (3.).

Ein Herstellungsanspruch unmittelbar auf eine Beamtenernennung, die durch ein rechtswidriges Verwaltungsverhalten vereitelt worden ist, ist wegen des Verbotes der Besserstellung nur diskutabel, wenn sich das Gleichheitsrecht für den nachweislich geeignetsten Bestbewerber bereits zu einem Leistungsan-

träglich ungeschehen gemacht werden kann. Die [...] geltenden Beamtengesetze sehen die Aufhebung für die Vergangenheit nur in den Fällen vor, in denen ein Rücknahmestand erfüllt ist [vgl. § 15 I und Abs. 2 LBG RP; § 12 I und Abs. 2 BeamtStG]. Zudem erklären sie die Ernennung auf einen zurückliegenden Zeitpunkt für unzulässig und insoweit unwirksam [vgl. § 8 Abs. 4 Satz 2 LBG RP; nunmehr § 8 Abs. 4 BeamtStG]. Gleiches muss für die Aufhebung der Ernennung gelten, zumal diese zeitliche Beschränkung Rechte übergangener Bewerber nicht berührt.“).

³³⁰⁵ BVerwG, Urte. v. 4.11.2010 – 2 C 16/09 = BVerwGE 138, 102, 114 („Aus den dargelegten Gründen führt der Senat die Rechtsprechung nicht weiter, dass in den Fällen der Rechtsschutzverhinderung zwar die Ernennung rechtsbeständig sei, jedoch der Bewerbungsverfahrensanspruch des unterlegenen Bewerbers mit verändertem Inhalt fortbestehe [Urteil vom 21. August 2003 – BVerwG 2 C 14.02 – a.a.O.]. Aufgrund seiner Abhängigkeit von dem konkreten Auswahlverfahren ist dieser Anspruch nicht darauf gerichtet, eine weitere Planstelle zu schaffen. Deren Bereitstellung ergibt für funktionsgebundene Ämter keinen Sinn, weil es an der Möglichkeit einer amtsangemessenen Beschäftigung fehlt [...].“); vgl. auch: Munding, DVBl. 2011, 1512, 1516.

³³⁰⁶ Vorsichtig in diesem Sinne: Özfirat-Skubinn, Beamtenernennungen, Vorwort.

³³⁰⁷ Vgl. Lindner, DÖV 2012, 280, 281 („Die Lektüre der Entscheidung lässt vermuten, dass das Bundesverwaltungsgericht nicht nur die funktionsbezogenen Spitzenämter im Auge hatte, sondern grundsätzlich bei Ernennungen und Beförderungen dem Art. 33 Abs. 2 GG zu mehr Durchschlagskraft verhelfen wollte.“); Munding, DVBl. 2011, 1512, 1516.

spruch auf Ernennung verdichtet hat. Der sekundäre Herstellungsanspruch tritt dann aber aufgrund der Subsidiarität hinter dem unverändert bestehenden Primäranspruch aus Art. 33 II GG zurück. Der Anspruch aus Art. 33 II GG geht durch die Nichterfüllung nicht unter und kann – auch ohne Herstellung – weiterhin eingefordert werden. Dies ist seit der Grundsatzentscheidung des BVerwG vom 4. November 2010 grds. auch für den Fall anerkannt, dass ein Konkurrent bereits ernannt worden ist. Über die Ernennung eines Konkurrenten könnte dem Bestbewerber ein Herstellungsanspruch ohnehin nicht hinweghelfen. Dieser richterrechtliche Restitutionsanspruch schafft in mehrpoligen Rechtsverhältnissen keine eigene Ermächtigungsgrundlage der Verwaltung/des Dienstherrn gegenüber dem ernannten Konkurrenten.³³⁰⁸ Des Weiteren ist dieser Fall in den abschließenden beamtenrechtlichen Rücknahmevorschriften (§§ 14 f. BBG) für das Verwaltungsverfahren nicht vorgesehen. Der vorrangige Primäranspruch des Art. 33 II GG schließt demnach einen Herstellungsanspruch in seinem Anwendungsbereich aus. Sofern der Primäranspruch hingegen infolge der Beamtenernennung eines Konkurrenten wegen des Grundsatzes der Ämterstabilität ausscheidet, kann dem Bestbewerber auch ein Herstellungsanspruch nicht mehr weiterhelfen. Ein Herstellungsanspruch unmittelbar auf Beamtenernennung kommt nicht in Betracht.

Bzgl. der Frage, ob aus einem Herstellungsanspruch die Pflicht zur Schaffung vergleichbarer Stellen abgeleitet werden kann, wenn die Beamtenernennung für eine andere Stelle rechtswidrig vereitelt wurde, muss der materiellrechtliche Charakter des Herstellungsanspruchs genauer betrachtet werden. Wie bereits dargestellt rückt *Özfiat-Skubinn* den entsprechenden bundesverwaltungsgerichtlichen „Anspruch auf Wiederherstellung“³³⁰⁹ in die Nähe eines Herstellungsanspruchs, weil dieser – wie der sozialrechtliche Herstellungsanspruch – auf die allgemeinen Rechtsgedanken der §§ 242, 162 II, 135, 136 BGB zurückgeführt werden könne.³³¹⁰ Unabhängig von der Frage, ob das BVerwG überhaupt noch an diesem Anspruch festhält,³³¹¹ überzeugt jedenfalls eine Einordnung als Herstellungsanspruch nicht, da sich die Rechtsfolgen beider Ansprüche erheblich unterscheiden. Wie *Özfiat-Skubinn* selbst anmerkt,³³¹² ist ein (sozialrechtlicher) Herstellungsanspruch auf die ursprüngliche

³³⁰⁸ Vgl. für den Folgenbeseitigungsanspruch statt vieler: *Schneider*, Folgenbeseitigung, S. 150 ff.; *Weyreuther*, Gutachten, B 108; *Kraft*, BayVBl. 1992, 456, 457.

³³⁰⁹ BVerwG, Urt. v. 21.8.2003 – 2 C 14/02 = BVerwGE 118, 370, 374.

³³¹⁰ *Özfiat-Skubinn*, Beamtenernennungen, S. 296 ff.

³³¹¹ Vgl. BVerwG, Urt. v. 4.11.2010 – 2 C 16/09 = BVerwGE 138, 102, 109.

³³¹² *Özfiat-Skubinn*, Beamtenernennungen, S. 304 f.

Leistung – mit einer anderen rechtlichen Begründung – gerichtet.³³¹³ Eine Sozialleistung, die auf der Grundlage des Herstellungsanspruchs zugesprochen wird, ist damit dieselbe Sozialleistung, die – ohne das hoheitliche Fehlverhalten – auf der Grundlage des Sozialleistungsanspruchs beanspruchbar gewesen wäre; es handelt sich nicht um eine (Ersatz-) Leistung, die der Rentenleistung lediglich vergleichbar wäre. Die Verpflichtung des „*Anspruchs auf Wiederherstellung*“, eine weitere/zusätzliche Stelle B für den Bestbewerber zu schaffen, der rechtswidrig die ursprüngliche Stelle A nicht erhalten hat, ist jedoch eine derartige Ersatzleistung. Eine „*echte*“ Herstellung bezöge sich auf Stelle A. In seiner Rechtsfolge geht der Anspruch daher weiter als eine Herstellung und ähnelt eher einem auf Naturalrestitution gerichteten Schadensersatzanspruch (§ 249 I BGB analog).³³¹⁴

Schließlich ist auch die von *Özfiat-Skubinn* angeführte Überlegung angreifbar, dass es sich beim „*Anspruch auf Wiederherstellung*“ innerhalb bestehender Beamtenrechtsverhältnisse nicht um einen beamtenrechtlichen Schadensersatzanspruch wegen einer Fürsorgepflichtverletzung (§ 78 BBG) handeln könne, wenn sie darauf verweist, dass der Rechtsgehalt des Sekundärrechts nicht weiterreichen könne als das Primärrecht.³³¹⁵ Schließlich ist es typisch für Sekundäransprüche, dass sie einen anderen Verpflichtungsgehalt aufweisen als der jeweilige Primäranspruch; die schadensersatzrechtliche Einbeziehung des entgangenen Gewinns (§ 252 BGB) – der nicht Bestandteil der Primärpflicht war/ist – zeigt zudem, dass Sekundäransprüche ggf. auch weiterreichen können als das Primärrecht. Da die Rechtsprechung jedoch ohnehin beamtenrechtliche Schadensersatzansprüche (allein) aus der Verletzung des Art. 33 II GG ableitet,³³¹⁶ kann die Verpflichtung zur weiteren Stellenschaffung sehr wohl als schadensersatzrechtliche Naturalrestitutionspflicht gedeutet werden. Dieses Verständnis wird von *Özfiat-Skubinn* ebenfalls abgelehnt, weil der Schadensersatz auf Geldersatz begrenzt sei.³³¹⁷ Dass auch ein beamtenrechtlicher Schadensersatz (§§ 280 ff. BGB analog) auf Geldersatz beschränkt sein soll, leuchtet allerdings schon vom Grundsatz her nicht ein.³³¹⁸ Überzeugender wäre es

³³¹³ Vgl. BSG, Urt. v. 17.7.1979 – 12 RAr 15/78 = BSGE 48, 269, 276 m.w.N.; *Schmidt-De Caluwe*, S. 130.

³³¹⁴ Vgl. auch: *Munding*, DVBl. 2011, 1512, 1516.

³³¹⁵ *Özfiat-Skubinn*, *Beamtenernennungen*, S. 261.

³³¹⁶ Vgl. BVerwG, Urt. v. 25.8.1988 – 2 C 51/86 = BVerwGE 80, 123; *Laubinger*, *VerwArch.* 99 [2008], 278, 289 f.

³³¹⁷ *Özfiat-Skubinn*, *Beamtenernennungen*, S. 262; vgl. BVerwG, Urt. v. 30.8.1962 – II C 16/60 = BVerwGE 15, 3, 3 ff., 11; BVerwG, Urt. v. 20.11.1964 – VI C 118/61 = BVerwGE 20, 29, 35 ff.

³³¹⁸ So auch: *Laubinger*, *VerwArch.* 99 [2008], 278, 301 ff. m.w.N.; *Olbertz*, S. 113 f.

daher, diese Problematik zukünftig durch entsprechende Korrekturen im Bereich des beamtenrechtlichen Schadensersatzes zu lösen. Eine Naturalrestitution nach § 249 I BGB in der Form der Begründung des Beamtenverhältnisses kann jedenfalls nicht analog § 251 I Alt. 1 BGB rechtlich unmöglich sein, wenn für den Dienstherrn gleichzeitig analog §§ 242, 162, 135, 136 BGB sogar die entsprechende Rechtspflicht angenommen wird, eine entsprechende Stelle zusätzlich zu schaffen.

Abseits des Schadensersatzrechtes ließe sich der „*Anspruch auf Wiederherstellung*“ ggf. unmittelbar aus dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben (§§ 242, 162 BGB i.V.m. §§ 135 f. BGB) ableiten, der grds. auch weiterreichen kann als ein Herstellungsanspruch.³³¹⁹ Im Ergebnis würde es sich dann allerdings um einen eigenständigen Anspruch handeln, der neben einem Herstellungsanspruch stünde. So versucht *Özfirot-Skubinn* nicht, den (sozialrechtlichen) Herstellungsanspruch als solchen auf die Problematik zu übertragen. Vielmehr geht sie davon aus, dass der (sozialrechtliche) Herstellungsanspruch und der „*Anspruch auf Wiederherstellung*“ unterschiedliche Ausformungen desselben allgemeinen Rechtsgedankens der §§ 242, 162, 135, 136 BGB seien.³³²⁰ Die Begründung eines solchen Anspruchs unmittelbar aus den §§ 242, 162, 135, 136 BGB soll hier allerdings nicht weiter vertieft werden, da sich dieser spezielle Anspruch jedenfalls erheblich von einem Herstellungsanspruch unterscheidet.³³²¹

Im Zusammenhang mit der Restitution vereitelter Beamtenverhältnisse erscheint ein Herstellungsanspruch allenfalls dort denkbar, wo es weder um die Begründung des Beamtenverhältnisses selbst geht noch um die Ableitung einer Pflicht, weitere Stellen zu schaffen. Damit bleiben insbesondere die Fälle, in denen es um die rechtliche Restitution von (Folge-) Rechten geht, die sich aus einem Beamtenverhältnis ergeben, welches so wegen des hoheitlichen Fehlverhaltens nicht begründet worden ist – aber ohne das Fehlverhalten begründet

³³¹⁹ Vgl. Kap. 1 E.II.2.d.bb. (2).

³³²⁰ *Özfirot-Skubinn*, Beamtenernennungen, S. 307 ff.

³³²¹ Bspw. könnte ein Dienstherr, der unter Vereitelung des Rechtsschutzes die Ernennung eines Konkurrenten vollzogen hat, nach § 242 BGB treuwidrig handeln, wenn er im Verhältnis zum Mitbewerber diese Ernennung als Erledigungsgrund für den Rechtsstreit geltend macht. Er müsste sich dann analog § 162 BGB bei Obsiegen im Hauptverfahren so behandeln lassen, als ob die Ernennung nicht erfolgt wäre und hätte den Anspruch des Bewerbers aus Art. 33 II GG zu erfüllen, weil die Stelle zwischen Dienstherr und Bewerber – wegen der relativen Unwirksamkeit der Ernennung und Stellenbesetzung analog §§ 135, 136 BGB – als (fortbestehend) unbesetzt gilt. Dieses Verständnis, das teilweise auch bei *Özfirot-Skubinn* anklingt (*Beamtenernennungen*, S. 330 ff.), entfernt sich weit vom eigentlichen Herstellungsanspruch.

worden wäre. *Olbertz* hält eine Anwendung des Herstellungsanspruchs in diesen Fällen allgemein für zulässig.³³²² Schließlich ginge es dem Beamten „häufig nicht um eine verspätete Erfüllung, sondern nur darum, in den Genuß der Folgen zu kommen, die eine Erfüllung mit sich gebracht hätte.“³³²³ Insofern gehe es auch „nicht um Einräumung neuer Rechtspositionen [...], sondern lediglich um die Abwendung negativer Konsequenzen aus dem Fehlen dieser Rechtsposition.“³³²⁴ Diese Ansicht verschließt sich allerdings der eigentlichen rechtlichen Problematik. Einem Beamten, der sich gegen den Eintritt bestimmter Nachteile wendet, die sich aus seinem derzeitigen Rechtsverhältnis ergeben – und stattdessen die Behandlung einfordert, die zumindest dann anstünde, wenn das Beamtenrechtsverhältnis anders aussähe – geht es *immer* darum, so behandelt zu werden, als ob ihm die (vorteilhafte) Rechtsposition eingeräumt worden wäre. Wenn diese Rechte dem Beamten nun abweichend von seinem tatsächlichen beamtenrechtlichen Status eingeräumt werden, besteht kein Unterschied mehr zu der Situation, dass der Beamte tatsächlich entsprechend ernannt worden wäre. Die Abwendung (partieller) negativer Konsequenzen der einen Position ist damit die (partielle) Einräumung der anderen Rechtsposition. Konsequenz zu Ende gedacht stünde der Beamte, dem ein vorteilhaftes Beamtenverhältnis wegen eines hoheitlichen Fehlverhaltens nicht eingeräumt worden ist, bei einem Herstellungsanspruch, mithilfe dessen er jeglichen Rechtsnachteil ausschließen könnte, sogar besser, als er bei rechtmäßigem Verwaltungsverhalten heute stünde; ansonsten hätte er nämlich auch die Nachteile dieses Rechtsverhältnisses hinzunehmen. So könnte ein Beamter, der rechtswidrig nicht befördert wurde, fortan seine bisherige niederrangige Beamten Tätigkeit fortsetzen, aber gleichzeitig die höhere Besoldung beanspruchen, die der höherrangigen Beförderung amtsangemessen ist. Ein Beamter auf Widerruf könnte bspw. hinsichtlich der Entlassungsvoraussetzungen wie ein Beamter auf Probe zu behandeln sein,³³²⁵ obwohl er fortlaufend als Beamter auf Widerruf beschäftigt wird.³³²⁶ *Olbertz* übersieht daher, dass ein solch weites Anspruchsverständnis

³³²² *Olbertz*, S. 61, 107 ff.

³³²³ *Olbertz*, S. 109 f.

³³²⁴ *Olbertz*, S. 115.

³³²⁵ Dieses Beispiel anführend: *Olbertz*, S. 114 f.

³³²⁶ Die in diesem Zusammenhang viel beachtete Entscheidung des BVerwG (vgl. *Olbertz*, S. 114 f.; *Schmidt*, JuS 1969, 166 ff.; *Spanner*, DVBl. 1968, 618, 624; *Weyreuther*, Gutachten, B 124 f.), in der sich das Gericht – insbesondere unter dem Aspekt der Folgenbeseitigung – dagegen ausgesprochen hat, auf eine rechtswidrig und unanfechtbar zur Beamtin auf Widerruf ernannte Lehrerin die Entlassungsvoraussetzungen anzuwenden, die Anwendung finden würden, wenn sie zuvor rechtmäßig zur Beamtin auf Probe ernannt worden wäre, wäre darüber hinaus auch bei einer Anwendung des Herstellungs-

schon wegen des Verbotes der Besserstellung, das jedem Herstellungsanspruch immanent ist,³³²⁷ nicht überzeugen kann.³³²⁸

Gleichzeitig ist dem Verbot der Besserstellung auch ein erster Hinweis auf die Lösung dieser Problematik zu entnehmen. Die Herstellung beschränkt sich auf das zur Restitution Erforderliche, weshalb der noch mögliche Teil der Anspruchsvoraussetzungen vom Bürger selbst herbeigeführt werden muss und ggf. dessen vorzeitige Erfüllung fingiert wird. Sofern daher ein bestimmtes Beamtenverhältnis Voraussetzung für die Begründung eines beamtenrechtlichen Vorteils bzw. Abwendung eines beamtenrechtlichen Nachteils ist, muss der Beamte grds. noch die Begründung/Umgestaltung dieses Beamtenverhältnisses anstreben – notfalls auch auf dem Klageweg. Weil gem. § 12 II 2 BBG eine nachträgliche Beamtenernennung für zurückliegende Zeiträume nicht nur unzulässig, sondern sogar unwirksam ist, kann ein wirksames Beamtenrechtsverhältnis als Tatbestandsvoraussetzung allenfalls noch für die Zukunft herbeigeführt werden. Die Fiktion des Bestehens eines bestimmten Beamtenrechtsverhältnisses kommt insofern regelmäßig dann in Betracht, wenn es sich um Beamtenrechtsverhältnisse in der Vergangenheit handelt, die inzwischen nicht mehr zulässig begründet werden können. Hierzu zählt u.a. auch der Fall, dass ein rechtswidrig nicht beförderter Beamter inzwischen die Altersgrenze des § 51 BeamtVG erreicht hat und deshalb bereits in den Ruhestand versetzt wurde.³³²⁹ Ein Herstellungsanspruch ist dort denkbar, wo es planwidrig erscheint, gerade nicht das fiktive Beamtenverhältnis zugrunde zu legen. Nach der hier zugrunde gelegten Ableitung des Herstellungsanspruchs setzt diese Planwidrigkeit voraus, dass das jeweilige Beamtenrecht (bspw. innerhalb der Ansprü-

anspruchs nicht anders zu lösen. Denn der Herstellungsanspruch kann und darf sich über die durch unanfechtbaren Verwaltungsakt (Beamtenernennung zur Beamtin auf Widerruf) getroffenen tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen hinwegsetzen. Er ist nicht auf Aufhebung/Ignoranz der Wirkungen eines Verwaltungsaktes gerichtet (vgl. Kap. 1 B.III.2). Hiermit argumentiert auch das BVerwG entscheidend (BVerwG, Urt. v. 26.10.1967 – II C 22/65 = BVerwGE 28, 155, 165 – „*Ein weitergehender Folgenbeseitigungsanspruch, der auch die Folgen eines unanfechtbar gewordenen rechtswidrigen Verwaltungsakts erfassen würde, stände im Widerspruch zu den gesetzlichen Vorschriften über die Unanfechtbarkeit von Verwaltungsakten und ist deshalb nicht anerkannt.*“).

³³²⁷ Vgl. Kap. 1 B.II.2.b.aa.

³³²⁸ Wenn man zudem berücksichtigt, dass einem Beamten, der die Besoldung aus einem höherrangigen Amt beansprucht, ggf. nach § 242 BGB verwehrt werden könnte, sich gegen die Zuweisung der entsprechenden höherrangigen Aufgaben zu wehren, wäre das höherrangige Beamtenrechtsverhältnis inhaltlich – losgelöst von der entsprechenden formellen Einräumung – vollständig begründet.

³³²⁹ Vgl. etwa die Sachverhalte zu: BVerwG, Urt. v. 19.11.1964 – VIII C 13/63 = NJW 1965, 584; BVerwG, Urt. v. 13.9.2001 – 2 C 39/00 = BVerwGE 115, 89.

che auf Besoldung/Versorgung oder der Entlassungsvoraussetzungen) nach seinem Regelungszweck nicht mit dem tatsächlichen Vorliegen des entsprechend Beamtenverhältnisses stehen und fallen soll. Stattdessen muss trotz des Fehlens eines entsprechenden Beamtenverhältnisses noch eine ausreichende Vergleichbarkeit mit den Fällen besteht, die von der vorteilhaften Regelung unstreitig erfasst werden sollen, um diese Regelung teleologisch auch auf die Herstellungsfälle zu übertragen. Es kommt darauf an, ob das Beamtenverhältnis innerhalb des jeweiligen Regelungskontextes im Wege der Herstellung dispositiv ist. Sofern eine derartige Dispositivität feststellbar ist und das begehrte Amtshandeln zulässig erscheint, kann zur weiteren Begründung einer Restitutionspflicht des Dienstherrn auf die allgemeine beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht (§ 78 BBG) zurückgegriffen werden.³³³⁰ Wenn der Dienstherr allgemein beamtenrechtlich dazu verpflichtet ist, im Interesse des Beamten zu entscheiden, führt die Fürsorgepflicht des Dienstherrn (§ 78 BBG) dazu, dass das Beamtenverhältnis um eine Rechtspflicht zur Vornahme des Amtshandeln zu ergänzen ist, zu dem es wegen eines hoheitlichen Fehlverhaltens bisher nicht gekommen ist und das beamtenrechtlich weiterhin zulässig ist.³³³¹

In geeigneten Fällen wird die Maßgeblichkeit dieses Auslegungsergebnisses zusätzlich durch eine verfassungskonforme Auslegung des Beamtenrechts im Lichte der Art. 33 II, V, 19 I GG verstärkt. Denn wenn Art. 33 II GG fordert, dass der deutsche Bestbewerber für ein bestimmtes öffentliches Amt zum Beamten ernannt wird und dann nach Art. 33 V GG auch einen verfassungsrechtlich geschützten Anspruch auf amtsangemessene Besoldung und Versorgung erwirbt (Art. 33 V GG), wäre es im Hinblick auf das Gebot des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 IV GG unzulässig, planmäßig eine allgemeine Ausschlussregelung für die Rechte zu normieren, die der Dienstherr rechtswidrig vereitelt hat.³³³² Es liegt daher – mangels gegenteiliger Anhaltspunkte – nahe, dass der Gesetzgeber mit den einschlägigen Vorschriften des Beamtenrechts keine solche allgemeine Ausschlusswirkung für die Herstellungsfälle begründen wollte und diese nur planwidrig zu eng gefasst hat.

Dass eine solche verfassungsrechtliche Argumentation nur für einen Teil der Fälle nutzbar ist, zeigt sich bereits in der Abwandlung, dass der Beamte Ausländer ist (vgl. § 7 I Nr. 1, II BBG), für den das Deutschenrecht des Art. 33 II GG nicht gilt. In diesen Fällen bleibt

³³³⁰ Vgl. hierzu bereits die Ausführungen im Zusammenhang mit dem BeamtVG: Kap. 3 B.III.3.a.

³³³¹ Die beamtenrechtliche Fürsorgepflicht wohl auch als einen Grund für die Anwendung des Herstellungsanspruchs im Beamtenrecht ansehend: *Olbertz*, S. 107 f.; in Ansätzen wohl auch: *Kreßel*, S. 218 f.

³³³² Bspw. einen Beamten rechtswidrig nicht befördert und stattdessen in den einstweiligen Ruhestand versetzt, der bei erfolgreicher Anfechtung die allgemeine Altersgrenze bereits überschritten hat und deshalb trotz Obsiegens im Hauptverfahren nicht mehr befördert werden kann (vgl. BVerwG, Urt. v. 13.9.2001 – 2 C 39/00 = BVerwGE 115, 89, 92, 94).

allein die dargestellte einfach-rechtliche Begründungsmöglichkeit der Planwidrigkeit über die allgemeine Fürsorgepflicht (§ 78 BBG) i.V.m. den im Einzelfall einschlägigen Vorschriften.

Wenn man die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung näher untersucht, fällt auf, dass sich diese teilweise nur noch in der Begründung, nicht aber im Ergebnis von der Anwendung eines Herstellungsanspruchs unterscheidet. Insbesondere innerhalb des Beamtenbesoldungs- und Beamtenversorgungsrechts (BBesG und BeamtVG für Bundesbeamte) haben die Verwaltungsgerichte es mehrfach als rechtlich geboten gesehen, ein – tatsächlich so nicht bestehendes – Beamtenverhältnis zu fingieren und diese Fiktion der besoldungs- und versorgungsrechtlichen Beurteilung zugrunde zu legen.³³³³ So ging das BVerwG bspw. schon 1964 davon aus, dass ein Beamter und seine Hinterbliebenen besoldungs- und versorgungsrechtlich grds. so zu behandeln wären, wie sie (heute) mit einer Beförderung stünden, die tatsächlich wegen eines hoheitlichen Fehlverhaltens nicht erfolgt ist, weshalb auch der Besoldungs-/Versorgungsanspruch des Beamten geringer ausfällt.³³³⁴ Obwohl das BVerwG auch betonte, dass es für diese Rechtsfolge auf ein Verschulden des Dienstherrn nicht ankomme,³³³⁵ wurden derartige Fallgestaltung später zunehmend dem (alleinigen) Anwendungsbereich des beamtenrechtlichen Schadensersatzes zugeordnet.³³³⁶ Andere Stimmen gehen hingegen von einem „*modifizierten*“³³³⁷ Erfüllungsanspruch (auf Besoldung oder Versorgung) aus,³³³⁸ der inhaltlich einem Herstellungsanspruch entspricht. Ob die darin enthaltene Fiktion der Beförderung des Beamten innerhalb des Schadensersatzrechts erfolgen sollte, ist zu bezweifeln, da sich das BVerwG nicht zur Rechtsnatur des Anspruchs äußert³³³⁹ und die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung den beamtenrechtlichen Schadensersatz

³³³³ Vgl. zur beamtenrechtlichen Versorgung auch: Kap. 3 B.III.3.a.

³³³⁴ BVerwG, Urt. v. 19.11.1964 – VIII C 13/63 = NJW 1965, 984, 985.

³³³⁵ BVerwG, Urt. v. 19.11.1964 – VIII C 13/63 = NJW 1965, 984.

³³³⁶ BVerfG, Beschl. v. 22.3.2000 – 2 BvR 15/00 = NVwZ 2000, 1035, 1036; BVerwG, Urt. v. 12.6.1979 – 2 C 19/75 = ZBR 1979, 335, 336 f.; Wittkowski, NJW 1993, 817, 823.

³³³⁷ Olbertz, S. 110.

³³³⁸ Vgl. Rüfner, DVBl. 1967, 186, 188 m.w.N. („Auch kann einem Beamten die Zahlung des Gehalts dann nicht verweigert werden, wenn er einen Anspruch auf Ernennung oder Beförderung hatte. Zwar ist die Ernennung nicht rückwirkend und überhaupt nicht mehr nach Erreichen der Altersgrenze möglich. Das ist aber kein hinreichender Grund, dem Beamten Dienstbezüge und Ruhegehalt nach der Stellung, die ihm zustand, zu verweigern. [...] Mindestens bezüglich der Gehaltszahlung ist die Erfüllung des ursprünglichen Anspruchs noch möglich.“); Kreßel, S. 218 ff.; wohl auch: Olbertz, S. 110.

³³³⁹ BVerwG, Urt. v. 19.11.1964 – VIII C 13/63 = NJW 1965, 984; der verschuldensabhängige beamtenrechtliche Schadensersatzanspruch war zum Zeitpunkt der Entscheidung bereits bekannt; vgl.: Laubinger, VerwArch. 99 [2008], 278, 279 ff., 287 ff. m.w.N.

satz in diesen Fällen – wenn auch im Ergebnis zu Unrecht – bislang auf Geldersatz beschränkt. Auch das Gebot des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 IV GG) spricht dafür, dass bei erfolgreicher Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage die zugesprochene höhere Geldsumme keine schadensersatzrechtliche Ersatzleistung darstellt, sondern noch dieselbe ursprüngliche Geldleistung ist. Ebensowenig fügt sich die angesprochene Entscheidung des BVerwG vom 13. September 2001 in die Rechtsprechung zum beamtenrechtlichen Schadensersatz ein.³³⁴⁰ Ein Beamter wurde vor einer Beförderung rechtswidrig in den einstweiligen Ruhestand versetzt und erwarb dadurch geringere Besoldungs- und Versorgungsansprüche. Nach erfolgreicher Anfechtung der Ruhestandsversetzung hatte der Beamte allerdings bereits die allgemeine gesetzliche Altersgrenze erreicht und konnte – im aktiven Dienst – nicht mehr befördert werden. Das Gericht führte dennoch aus, dass fortan ein Anspruch auf die höhere Besoldung/Versorgung bestünde, da diese ohne das Fehlverhalten über die Beförderung erworben worden wäre – auch wenn der Beamte nicht entsprechend der Beförderung beschäftigt worden sei und inzwischen nicht mehr entsprechend beschäftigt werden könne.³³⁴¹ Wenn das Gericht dabei so entscheidet, als seien die entsprechenden Besoldungs-/Versorgungsansprüche entstanden, weil sie im niederrangigen Beamtenverhältnis bereits angelegt seien,³³⁴² übergeht es vornehmlich die Problematik, dass diese Primäransprüche wegen des Fehlverhaltens gerade nicht unbeeinträchtigt entstanden sind; sie wären vielmehr eine Folge des höherrangigen Beamtenverhältnisses nach der (nicht erfolgten) Beförderung.³³⁴³ Richtig verstanden fingiert das Gericht daher die Beförderung im Rahmen des Besoldungs-/Versorgungsanspruchs. Dies ähnelt der Fiktion einer fehlerbedingt unterlassenen Antragstellung innerhalb eines Sozialleistungsan-

³³⁴⁰ BVerwG, Urt. v. 13.9.2001 – 2 C 39/00 = BVerwGE 115, 89.

³³⁴¹ BVerwG, Urt. v. 13.9.2001 – 2 C 39/00 = BVerwGE 115, 89, 92 („Die Erfüllung des Anspruchs auf amtsangemessene Beschäftigung wurde durch die Ernennung eines Amtsnachfolgers nicht rechtlich oder tatsächlich unmöglich. [...] Die Frage einer amtsangemessenen Beschäftigung stellt sich daher nicht mehr. Die gerichtliche Aufhebung der Versetzung in den einstweiligen Ruhestand hätte jedoch Konsequenzen für den Besoldungsanspruch des Klägers bis zum Eintritt in den Altersruhestand. Die Aufhebung der Versetzung in den einstweiligen Ruhestand beseitigt diesen Verwaltungsakt rückwirkend. Die Besoldungsdifferenz wäre trotz der nicht erbrachten Dienstleistung nachzuzahlen, vorbehaltlich der Anrechnung eines etwa in Folge der unterbliebenen Dienstleistung erzielten anderen Einkommen. Dem Besoldungsanspruch stünde nicht entgegen, dass der Kläger die unterbliebene Dienstleistung nicht ausgleichen kann [...].“).

³³⁴² Vgl. BVerwG, Urt. v. 13.9.2001 – 2 C 39/00 = BVerwGE 115, 89, 92.

³³⁴³ Ausdrücklich derart differenzierend noch: BVerwG, Urt. v. 12.6.1979 – 2 C 19/75 = ZBR 1979, 335, 336.

spruchs, der eigentlich ebenso fest/vage im Sozialrechtsverhältnis bereits angelegt ist.

Diese Ergebnisse – denen weder § 12 II 2 BBG noch haushaltspolitische Erwägungen oder der Grundsatz der Ämterstabilität grds. entgegenstehen³³⁴⁴ – wären rechtsdogmatisch überzeugender über einen entsprechenden Herstellungsanspruch begründbar. In diesen Fällen war es übereinstimmend für die Anwendung der vorteilhaften Rechtsvorschriften nicht entscheidend, ob das Beamtenverhältnis tatsächlich bestanden hat oder nur fingiert wurde. Es kommt darauf an, welche Bedeutung dem Tatbestandsmerkmal „*Beamtenverhältnis*“ im jeweiligen Regelungszusammenhang zukommt.³³⁴⁵ Die Möglichkeit, insbesondere der Berechnung von Ruhegeldern und Hinterbliebenenleistungen nach dem BeamtVG auch ein fiktives Beamtenverhältnis zugrunde zu legen, ergibt sich daraus, dass innerhalb des BeamtVG niemals von einem aktuell bestehenden Beamtenverhältnis ausgegangen wird, sondern der Gegenwart eine Gestaltung in der Vergangenheit zugrunde gelegt wird. Wenn ohnehin nur eine Orientierung an den Folgen einer Entwicklung erfolgt, lässt sich für das BeamtVG auch an die (fiktive) Entwicklung anknüpfen, die bei rechtmäßigem Verhalten eingetreten wäre. Für die grundsätzliche Möglichkeit der Fiktion von Beamtenverhältnissen im Rahmen des BBesG und BeamtVG spricht auch, dass die Alimentation des Beamten (Besoldung und Versorgung) gerade kein synallagmatisches Entgelt für die tatsächlich geleistete Arbeit des Beamten darstellen soll, sondern eine Gegenleistung für die Verfügungsmacht des Dienstherrn darstellt.³³⁴⁶ Ob der Beamte die amtszugehörigen Tätigkeiten tatsächlich ausgeübt hat oder nicht, kann insofern nicht (immer) entscheidend sein. Es kann insbesondere bei fortbestehenden Ansprüchen auf amtsangemessene Beschäftigung und Alimentation aus Art. 33 II, V GG³³⁴⁷ nicht überzeugen, das Beamtenrecht dort, wo auch die Fiktion eines Beamtenverhältnisses möglich ist, im Sinne einer Verweigerungsgrundlage für den rechtswidrig handelnden Dienstherrn zu verstehen.

³³⁴⁴ Vgl. insbesondere zum Haushaltsrecht: BVerwG, Urt. v. 13.9.2001 – 2 C 39/00 = BVerwGE 115, 89, 93 f.

³³⁴⁵ So kommt einem Beamtenverhältnis allein aufgrund des Regelungszusammenhangs innerhalb des BBG (bspw. in Bezug auf §§ 12, 16 ff., 30 ff. BBG) ein anderer Regelungszweck zu als innerhalb des BeamtVG.

³³⁴⁶ *Kirsch*, JURA 2010, 487, 488; vgl. auch: *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Art. 33 GG, Rn. 53.

³³⁴⁷ Vgl. zum Alimentationsanspruch, der Beamtenbesoldung und -versorgung gleichermaßen umfasst: Kap. 3 B.III.3.a.

Die Bezugnahme auf den gesetzlichen Regelungszweck darf dabei nicht als Ermächtigung missverstanden werden, jede Form des (Rechts-) Nachteils auszuschließen. Nur dort, wo es ausgehend vom Regelungszweck keinen entscheidenden Unterschied macht, ob das Beamtenverhältnis tatsächlich in dieser Form besteht, bestanden hat oder fingiert wird, kann eine Herstellung i.S.d. „*an sich zulässigen*“ Amtshandelns erfolgen. Da für Beamte Beförderungen und Besoldungssteigerungen regelmäßig auch zeitgebunden sind, erscheint es zunächst denkbar, dass auch derjenige, der in fünf Jahren befördert worden wäre, über einen Herstellungsanspruch verlangen kann, nun in drei Jahren befördert zu werden, wenn er rechtswidrig vor zwei Jahren nicht in sein gegenwärtiges Amt befördert wurde. Da die Zeitspanne bis zur nächsten Beförderung jedoch auch der Erprobung, Überprüfung und Kenntniserlangung, innerhalb seines gegenwärtigen Amtes dient, kann der Beamte nicht eine beschleunigte Beförderung geltend machen bzw. verlangen, fortan so behandelt zu werden, als sei er schon vor zwei Jahren befördert worden. Die vorgegebenen fünf Jahre tatsächlicher Beschäftigung im gegenwärtigen Amt sind auch dann nicht drei Jahren tatsächlicher Beschäftigung vergleichbar, wenn diese Beschäftigung durch hoheitliches Fehlverhalten nicht bereits fünf Jahre ausgeübt wurde. Etwas anderes kann sich aber ggf. dann ergeben, wenn der Beamte tatsächlich schon fünf Jahre die Tätigkeit ausübt, aber rechtswidrig nicht entsprechend befördert wurde, obwohl er die laufbahnrechtlichen und persönlichen Voraussetzungen für die Beförderung durchgehend erfüllt hat.³³⁴⁸

cc) Zwischenergebnis

Die Anwendung eines Herstellungsanspruchs im Zusammenhang mit rechtswidrig vereitelten Beamtenverhältnissen ist denkbar, wo es um die Fiktion eines (anderen) Beamtenverhältnisses für die rechtliche Beurteilung von beamtenrechtlichen Folgerechten geht. Da das Beamtenverhältnis hierzu im Wege der Herstellung dispositiv sein muss, ist auf den fachrechtlichen Regelungszusammenhang im Einzelfall abzustellen. Eine erhebliche Einschränkung des praktischen Anwendungsbereiches ergibt sich allerdings aus dem Umstand, dass der Herstellungsanspruch nicht über die tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen von Verwaltungsakten hinweghelfen kann.

³³⁴⁸ Vgl. hierzu: VGH Hessen, Urt. v. 7.4.1993 – 1 UE 4510/88.

b) Restitution innerhalb von Schulverhältnissen?

Zu den öffentlich-rechtlichen Sonderrechtsverhältnissen zählt auch das Schulverhältnis (etwa §§ 42 ff. SchulG.NRW),³³⁴⁹ in dem eine subjektive Rechtsverletzung des Schülers durch den Lehrer/die Schule zu erheblichen Rechtsnachteilen führen kann. Dabei ist der Fall denkbar, dass ein Schulverhältnis wegen einer Rechtsverletzung der Schule nicht begründet wird. Bspw. werden bei Auswahlentscheidungen sachfremde Erwägungen berücksichtigt,³³⁵⁰ auf bestimmte Härtefallregelungen wird rechtswidrig nicht hingewiesen – weshalb diese Umstände nicht rechtzeitig vorgebracht werden – oder die Schule verweigert rechtsgrundlos die Aufnahme eines bestimmten Schulbewerbers. Ein Herstellungsanspruch auf (nachträgliche) Begründung des Schulverhältnisses, das ohne das Fehlverhalten begründet worden wäre, ist dennoch kaum denkbar. Denn die Entscheidung über die Aufnahme bzw. Ablehnung eines Schülers durch die Schule (etwa § 46 SchulG.NRW) ist ein Verwaltungsakt, der mit den dafür vorgesehenen Rechtsmitteln angegriffen werden muss. Materiellrechtliche Grundlagen dieses Begehrens sind dann die unverändert fortbestehenden Primärrechte des Schulbewerbers (bspw. Art. 12 I, 2 I, 3 I GG i.V.m. § 46 SchulG.NRW), die gegenüber einem Herstellungsanspruch vorrangig sind. Lediglich wenn diese Primärrechte infolge einer Änderung der Sach- oder Rechtslage während des Prozessverlaufes beeinträchtigt werden und die Schulaufnahme als Verpflichtungsbegehren nicht mehr ausgehend von der gegenwärtigen Sach- und Rechtslage zugesprochen werden kann, stellt sich die Frage, ob das Fortbestehen der früheren Umstände über einen Herstellungsanspruch fingiert werden kann. Wie bereits dargestellt, ist die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, die sich bei unbeachtlichen Änderungen der Sach- oder Rechtslage auf das Rechtsstaatsprinzip, Grundrechte, Treu und Glauben oder Folgenbeseitigung berufen, nicht überzeugend. Stattdessen ist allgemein auf die betroffenen Wertungen des jeweiligen Fachrechts abzustellen, weshalb ein sekundärer Herstellungsanspruch in den Einzelfällen als materielle Rechtsgrund-

³³⁴⁹ Ausführlich zum Sonderrechtscharakter des Schulverhältnisses: *Niehues/Rux*, SchulR, Rn. 5 ff. Im Folgenden wird zur Veranschaulichung vorrangig auf Vorschriften des SchulG.NRW eingegangen, die sich in vergleichbarer Form allerdings vielfach auch in anderen Landesgesetzen zum Schulrecht finden. Für das Schulverhältnis ist umstritten, ob es sich zugleich auch um ein öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis handelt; vgl. hierzu: *Meysen*, Verwaltungsrechtsverhältnis, S. 199 ff. m.w.N.; *Kreßel*, S. 231 f.

³³⁵⁰ Vgl. die Sachverhalte bei: OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 19.4.2000 – 2 B 10642/00 = NVwZ-RR 2000, 680 f.; OVG Berlin, Beschl. v. 22.2.2002 – 8 SN 164/01 = NVwZ-RR 2002, 577 f.

lage überzeugt, in denen die Fortgeltung einer früheren Sach- oder Rechtslage fingiert wird, nach der bislang fehlerhaft nicht entschieden wurde. Dass auch im Schulrecht eine frühere Sach- und Rechtslage maßgeblich sein kann, legt die Rechtsprechung zum Hochschul- und Berufszulassungsrecht nahe, die sich mit Art. 12 I GG auf ein Grundrecht stützt,³³⁵¹ welches – zumindest teilweise³³⁵² – auch im Schulrecht einschlägig ist.

Die Entscheidung darüber, ob das Fachrecht eine Einbeziehung des Bürgers in die frühere Sach- oder Rechtslage fordert oder diesem – auch bei rechtswidrigem Verwaltungsverhalten – frühere Rechte entziehen soll, kann nicht losgelöst vom Einzelfall erfolgen. Wenn bspw. § 46 III SchulG.NRW jedem Kind einen Anspruch auf Aufnahme in die seiner Wohnung nächstgelegene Grundschule der gewünschten Schulart (§ 26 SchulG.NRW) in seiner Gemeinde einräumt, kann das Kind mit einer Verpflichtungsklage grds. nicht länger die Aufnahme in die Schule der Gemeinde A verlangen, falls es zwischenzeitlich in die Gemeinde B umgezogen ist. Der ursprüngliche Primäranspruch aus § 46 III SchulG.NRW gegen Gemeinde A besteht nicht mehr, selbst wenn die Schule in Gemeinde A zuvor rechtswidrig die Aufnahme verweigert hat – und der Umzug nach einer Aufnahme nichts mehr am Bestehen des Schulverhältnisses in Gemeinde A geändert hätte.

Lediglich wenn über einen Herstellungsanspruch fachrechtlich unverändert auf die frühere Sachlage vor dem Umzug abgestellt werden müsste – also auf den Zeitpunkt, als der bestehende Aufnahmeanspruch verletzt wurde – könnte dem Begehren des Kindes noch entsprochen werden. Mit dem Umzug in Gemeinde B ist jedoch der Rechtsgrund des § 46 III SchulG.NRW für die Privilegierung des Kindes innerhalb der Gemeinde A entfallen, der nur eine räumliche Nähe zwischen Wohnung und Schule des Kindes sicherstellen soll.³³⁵³ Ziel des § 46 III SchulG.NRW ist hingegen nicht die fortlaufende Sicherung des Besuchs einer bestimmten Wunschschule. § 46 III SchulG.NRW ist nach seinem Regelungszweck nicht auf die Fälle auszudehnen, in denen die Verwirklichung eines zuvor bestandenen Anspruchs durch rechtswidriges Verhalten der Schule vereitelt wurde, wenn das Kind zwischenzeitlich in eine andere Gemeinde umgezogen ist. Ein entsprechender Herstellungsanspruch kommt nicht in Betracht.³³⁵⁴

³³⁵¹ Etwa: BVerwG, Urt. v. 14.3.1961 – I C 48/57 = DVBl. 1961, 447; BVerwG, Urt. v. 21.7.1959 – I C 101/54 = DVBl. 1959, 775; BVerwG, Urt. v. 24.5.1960 – I C 39/57 = DVBl. 1960, 778; BVerwG, Urt. v. 29.8.1961 – I C 167/59 = DVBl. 1962, 178, 179; BVerwG, Urt. v. 22.6.1973 – VII C 7/71 = BVerwGE 42, 296, 300.

³³⁵² Vgl. jeweils m.w.N.: VG Düsseldorf, Urt. v. 2.12.2009 – 18 K 3898/09; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 12 GG, Rn. 94 m.w.N.; *Tettinger/Mann*, in: *Sachs* [Hg.], Art. 12 GG, Rn. 67.

³³⁵³ Vgl. in diesem Sinne zu § 46 III SchulG.NRW auch: VG Aachen, Beschl. v. 22.12.2009 – 9 L 446/09; VG Aachen, Beschl. v. 14.8.2009 – 9 L 287/09; VG Arnsberg, Beschl. v. 8.4.2008 – 10 L 173/08.

³³⁵⁴ Zudem kann bei einer Ermessensentscheidung der Schule in Gemeinde A über eine Aufnahme des Kindes nach § 46 I und 2 SchulG.NRW dem rechtswidrigen Vorverhalten im Rahmen der Folgenbeseitigungslast ausreichend Rechnung getragen werden.

Weitaus relevanter in Bezug auf einen Herstellungsanspruch sind Fallkonstellationen, in denen die vorteilhafte Entwicklung eines Schulverhältnisses durch ein hoheitliches Fehlverhalten (insbesondere die Verletzung von Betreuungsrechten) „*verbaut*“³³⁵⁵ worden ist. Die Verwaltungsgerichte haben eine entsprechende Anwendung bislang abgelehnt.³³⁵⁶ Zur Begründung greifen sie allerdings nur auf die vermeidlichen allgemeinen Einwände gegen einen Herstellungsanspruch zurück,³³⁵⁷ die für sich genommen nicht überzeugen.³³⁵⁸

Der Frage, ob ein Herstellungsanspruch im Schulrecht gefordert ist, soll anhand eines Beispielfalles nachgegangen werden:³³⁵⁹ Ein Schüler erhält von der Schule die fehlerhafte Beratung (§ 5 I APO-GOSt.NRW), dass er ohne Nachteile innerhalb der Qualifikationsphase der gymnasialen Oberstufe auf die Belegung eines zusätzlichen Musikkurses verzichten könne, da er diesen ohnehin nicht anrechnen könne. Nachdem der Schüler mit 108 Punkten nicht die Punktzahl im Grundkursbereich von 110 Punkten erreicht hat, die für eine Zulassung zur Abiturprüfung erforderlich wären (§ 29 III Nr. 3 APO-GOSt.NRW), stellt sich heraus, dass er sich einen zusätzlichen Musikkurs hätte begünstigend anrechnen lassen können. Der Schüler begehrt daraufhin die Zulassung zur Abiturprüfung mit der Begründung, dass er bei rechtmäßiger Information und Wahl des Musikkurses dort die fehlenden Punkte erreicht hätte. Dieser Fall veranschaulicht die besondere Problematik der Anwendung eines Herstellungsanspruchs im Schulrecht. Denn ein Rechtsnachteil für das Schulverhältnis wird regelmäßig erst über einen nachteiligen Verwaltungsakt – regelmäßig die

³³⁵⁵ *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 444 i.a.Z.

³³⁵⁶ OVG Niedersachsen, Urt. v. 9.7.2007 – 2 ME 444/07 = NVwZ-RR 2007, 766; VG Bremen, Urt. v. 3.8.2011 – 1 V 638/11; VG Braunschweig, Urt. v. 10.6.1999 – 6 A 6383/98.

³³⁵⁷ OVG Niedersachsen, Urt. v. 9.7.2007 – 2 ME 444/07 = NVwZ-RR 2007, 766 („*Ob der Antragsteller ohne den etwaigen Verfahrensmangel sich im letzten Kurshalbjahr bessere Noten erarbeitet hätte, kann dahinstehen; denn eine Übertragung des [...] [sozialrechtlichen] Herstellungsanspruchs [...] auf das allgemeine Verwaltungsverfahren als Erfüllungsanspruch bei fehlerhafter behördlicher Beratung ist bislang in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung allgemein nicht anerkannt worden [...]. Denn eine schadenverursachende Verletzung öffentlich-rechtlicher Nebenpflichten – wie der Beratungs- und Betreuungspflicht – kann nicht beseitigt, sondern nur ausgeglichen werden [...].“*); VG Braunschweig, Urt. v. 10.6.1999 – 6 A 6383/98 („*Einen sog. Herstellungsanspruch, der die Schule aus der Verletzung von Informations-, Betreuungs- oder Beratungspflichten gegenüber Schülern oder ihren Erziehungsberechtigten verpflichtet, eine nach materiellem Recht objektiv rechtswidrige Entscheidung zu treffen, ist dem Verwaltungsrecht fremd.*“).

³³⁵⁸ Vgl. hierzu ausführlich: Kap. 2 B.III.3.

³³⁵⁹ Vgl. zum Sachverhalt eine Kombination aus: BVerwG, Urt. v. 3.1.1992 – 6 B 20/91; OVG Niedersachsen, Urt. v. 9.7.2007 – 2 ME 444/07 = NVwZ-RR 2007, 766.

Nichtversetzung oder Nichtzulassung zur Abiturprüfung – begründet, der als solcher allein mit den dafür vorgesehenen Rechtsmitteln angegriffen werden kann. Wie der Beispielsfall zeigt, hilft dem Betroffenen die Anfechtung dieses Versagungsaktes bzw. eine Verpflichtungsklage auf Gewährung des Vorteils aber nicht weiter, wenn nicht zeitgleich auch zugunsten des Schülers ein anderer Sachverhalt der Bewertung des Verwaltungsaktes zugrunde gelegt wird. Denn wenn nicht auch zu unterstellen ist, dass ein zusätzlicher Musikkurs (fiktiv) erfolgreich absolviert worden ist, ist der Nichtzulassungsakt inhaltlich nicht zu beanstanden, sofern die tatsächlich absolvierten Kurse fehlerfrei zusammengerechnet und berücksichtigt wurden.³³⁶⁰ Dass dieser Verwaltungsakt wegen des Beratungsfehlers ggf. Verfahrensfehler aufweist, hilft einem Schüler in seinem Bestreben, statt der Nichtzulassung eine Zulassung zur Abiturprüfung zu erreichen, auch nicht weiter.³³⁶¹ Die Auswirkungen des Beratungsfehlers manifestieren sich insofern bereits vor Erlass des Verwaltungsaktes (nämlich bei der Kurswahl und -belegung), so dass auf der Grundlage dieser Umstände nur noch dieser Verwaltungsakt ergeben kann. Da die Schule durch ihre Fehlberatung die späteren Rechte des Schülers nachteilig beeinflusst hat, erscheint ein Herstellungsanspruch zunächst diskutabel, der darauf gerichtet ist, den Schüler bei der Abiturzulassung so zu behandeln, als hätte er erfolgreich den zusätzlichen Musikkurs absolviert. Nicht überzeugend ausgeschlossen werden kann ein solcher Anspruch mit der schlichten Begründung, dass die vorteilhaften Auswahlentscheidungen bzw. Kenntnisse der damit verbundenen Rechte „in den Verantwortungsbereich des Schülers und – bei Minderjährigen – seiner Eltern fallen“.³³⁶² Denn die entsprechenden Beratungspflichten der Schule (bspw. § 5 I APO-GOST.NRW) zeigen, dass die Schule in der Pflicht steht, durch eine zutreffende Beratung die Grundlage einer eigenverantwortlichen Auswahlentscheidung des Schülers zu schaffen; der Schutzzweck der Beratungspflicht umfasst deshalb auch die Auswahlentscheidungen, die aufgrund dessen getroffen

³³⁶⁰ Vgl. hierzu auch: *Niehues/Rux*, SchulR, Rn. 430.

³³⁶¹ Vgl. OVG Niedersachsen, Beschl. v. 9.7.2007 – 2 ME 444/07 = NVwZ-RR 2007, 766 („Für derartige Vorschriften über Hinweis- und Beratungspflichten ist anerkannt, dass ihre Verletzung einen Verfahrensfehler darstellt, der jedoch nur dann zur Folge hat, dass der Verwaltungsakt rechtswidrig ist, wenn sich der Hinweismangel auf ihn ausgewirkt haben kann und eine andere Entscheidung in der Sache gemäß § 46 VwVfG in Verbindung mit § 1 NdsVwVfG hätte getroffen werden können [...]. Für das Schulrecht und [...] die Frage der Zulassung zu den Abiturprüfungen gilt nichts anderes. Da vorliegend die Frage der Zulassung des Antragstellers zur Abiturprüfung unstreitig rechnerisch korrekt auf der Grundlage der von dem Antragsteller erbrachten Leistungen von der Antragsgegnerin verneint wurde, kann ein Einfluss eines etwaigen Verstoßes auf die konkrete Zulassungsentscheidung zum Abitur ausgeschlossen werden.“).

³³⁶² VG Braunschweig, Urt. v. 10.6.1999 – 6 A 6383/98.

werden. Der eigenverantwortliche Verantwortungsbereich der Schüler und Eltern beginnt vielmehr erst dort, wo sie eine Auswahlentscheidung auf Grundlage einer richtigen Beratung treffen bzw. nicht mehr auf die Richtigkeit einer Beratung vertrauen dürfen.

Tatsächlich sind diese Fälle aber auch über einen Herstellungsanspruch nicht korrigierbar. Sofern kein Musikkurs zustande gekommen ist, an dem der Schüler hätte teilnehmen können, scheidet ein Anspruch bereits mangels Kausalität zwischen Fehlberatung und Nachteil des Schülers aus. Falls hingegen feststeht, dass der Schüler wegen der Fehlberatung den Musikkurs nicht besucht hat, greift ein Herstellungsanspruch aufgrund seiner Rechtsfolge nicht ein. Über den Herstellungsanspruch sollen schließlich nicht tatsächliche Umstände, die außerhalb des Rechtsverhältnisses liegen, geändert bzw. fingiert werden. Vielmehr soll eine andere rechtliche Bewertung der bestehenden tatsächlichen Umstände erreicht werden. Diese Aussage wirft Zweifelsfälle auf und wurde dahingehend präzisiert, dass bei der Geltendmachung der Anwendung einer vorteilhaften Regelung nur die Umstände fingiert werden können, deren Fehlen im Hinblick auf den gesetzlichen Regelungszweck – einer Analogie vergleichbar – nicht die Vergleichbarkeit mit den Fällen ausschließt, die von der vorteilhaften Regelung erfasst werden.³³⁶³ Dies ist bei der Fiktion der erfolgreichen Belegung eines Musikkurses nicht gegeben; es handelt sich nicht um „*an sich zulässiges*“ Amtshandeln. Denn mit der Fiktion würde man sich u.a. darüber hinwegsetzen, dass der Schüler keine Minute des entsprechenden Musikunterrichts besucht hat und dort keine Kenntnisse erworben oder Leistungen erbracht hat, anhand derer er bewertet worden ist. Zudem kann nicht festgestellt werden, ob nicht die Noten in anderen Grundkursen des (leistungsschwächeren) Schülers unter der Teilnahme am Musikunterricht gelitten hätten. Welche Auswirkungen der Besuch des Musikkurses gehabt hätte, lässt sich im Nachhinein nicht mehr mit letzter Sicherheit feststellen.³³⁶⁴ Deshalb kann auch für die Abiturzulassung nicht davon ausgegangen, dass der Schüler bei einem Besuch des Musikkurses die erforderliche Gesamtpunktzahl erreicht hätte. Es käme zur unzulässigen rechtlichen Beurteilung eines Schulverhältnisses, das letztlich nur in

³³⁶³ Vgl. Kap. 2 B.II.4.b.bb. (2) (a).

³³⁶⁴ In diesem Sinne bzgl. des Folgenbeseitigungsanspruchs: BVerwG, Urt. v. 3.1.1992 – 6 B 20/91 („*Es kann nämlich keineswegs davon ausgegangen werden, daß der Kläger im Falle der Belegung von zwei weiteren Deutschkursen in den beiden verbliebenen Kurs halbjahren des 13. Jahrgangs dann auch die aus diesen Kursen noch benötigten Punkte zur Auffüllung der erforderlichen Gesamtpunktzahl erreicht hätte, und zwar ohne zugleich in den anderen Kursen notwendige Punkte einzubüßen.*“); allgemein: Niehues/Rux, SchulR, Rn. 430.

der Fiktion existiert und keinerlei Berührungspunkte mehr mit dem Schulverhältnis hat, wie es wirklich verlaufen ist. Einer Herstellung, die den Nichtkurs Teilnehmer wegen eines Beratungsfehlers im Nachhinein wie einen erfolgreichen Kursteilnehmer behandelt, steht neben dem Verbot der Besserstellung insbesondere der schul- bzw. prüfungsrechtliche Grundsatz der Chancengleichheit unter den Schülern³³⁶⁵ entgegen. Es ist daher schulrechtlich nicht geboten, einen Schüler, der beraterfehlerbedingt einen Musikkurs nicht besucht hat, im Wege der Fiktion einem Schüler gleichzustellen, der den Musikkurs tatsächlich besucht und erfolgreich abgeschlossen hat.³³⁶⁶

Diese Wertung findet sich auch in § 50 IV SchulG.NRW. Selbst wenn die Eltern eines minderjährigen Schülers frühzeitig durch die Schule über eine drohende Nichtversetzung schriftlich zu informieren sind (§ 50 IV 1 und 2 SchulG.NRW), kann allein aus der Verletzung dieser besonderen Informationspflicht kein Anspruch auf Versetzung abgeleitet werden (§ 50 IV 3 SchulG.NRW). Unabhängig von der Frage, ob § 50 IV 3 SchulG.NRW eine gegenüber dem Herstellungsanspruch abschließende Sonderregelung der Verletzungsfolgen dieser besonderen Informationspflicht darstellt, sollen für die Versetzung eines Schülers allein seine tatsächlich erbrachten Leistungen maßgeblich sein.

Anders liegt der Fall aber, wenn eine (bewertungsrelevante) Einzelleistung des Schülers wegen eines rechtswidrigen Verwaltungsverhaltens nicht erbracht werden konnte und der Schüler infolgedessen nicht versetzt bzw. zugelassen wird. In diesem Fall kann sich der Schüler wegen § 44a VwGO regelmäßig erst gegen die Endnote wenden, was ihm nicht weiterhelfen wird, wenn nicht auch die ausgebliebene Leistung in die bewertungsrelevanten Aspekte (fiktiv) miteinbezogen wird. Da die einschlägigen Landesgesetze (bspw. § 48 IV SchulG.NRW i.V.m. § 36 I 1 Alt. 2 APO-SI, § 23 II 2 APO-GOSt.NRW) von einer Nachholbarkeit der Einzelleistungen ausgehen, wenn der Schüler die Leistung aus Gründen nicht erbracht hat, die er nicht zu vertreten hat (was auch bei einem ursächlichem Fehlverhalten des Lehrers der Fall ist), ist die Nachholbarkeit von Einzelleistungen grds. schulrechtlich gefordert. Die rechtliche Möglichkeit erlischt – im Hinblick auf § 44a VwGO i.V.m. Art. 19 IV GG – nicht mit dem Ende des Schuljahres bzw. der Zeugnisausgabe. Der Schüler hat

³³⁶⁵ Vgl. hierzu: VG Braunschweig, Urt. v. 10.6.1999 – 6 A 6383/98.

³³⁶⁶ Dieses Ergebnis gilt auch für den Fall, dass ein Grundschüler mit der Begründung die Aufnahme auf ein Gymnasium begehrt, dass er die erforderlichen Leistungen über dem Regelstandard erreicht hätte, wenn die Grundschule ihn rechtmäßig gefördert hätte (vgl. VG Bremen, Urt. v. 3.8.2011 – 1 V 638/11). Die Aufnahme auf das Gymnasium kann nicht um der fiktiven Fähigkeiten des Schulbewerbers willen erfolgen, sondern muss sich an den tatsächlich erreichten Qualifikationen orientieren. Insofern kann das Erreichen besserer Durchschnittsnoten für die Aufnahme am Gymnasium nicht in zulässiger Weise fingiert werden.

das Recht, die Einzelleistung nachzuholen und die Berücksichtigung ihrer Bewertung in seiner Gesamtleistungsbewertung zu verlangen.³³⁶⁷ Dabei handelt sich nicht um einen Fall der Nachprüfung (bspw. § 22 APO-SI.NRW oder § 10 APO-GOST.NRW), weil mit der Nachholung der Einzelleistung erst die Note des Schülers ermittelt wird. Die Nachholung begründet – entsprechend dem Verbot der Besserstellung – noch kein Recht auf Versetzung/Zulassung, da dieses vom Prüfungserfolg abhängt; orientiert am Schutzzweck der Norm kann nur das Recht, eine Einzelleistung (noch) bewertungsrelevant zu erbringen, hergestellt werden. Da § 48 IV SchulG.NRW lediglich die rechtliche Zulässigkeit der Nachholung betrifft, lässt sich in einem Herstellungsanspruch die materiell-rechtliche Anspruchsgrundlage eines Bestrebens des Schülers sehen, der begehrt, dass seine (nachgeholte) Einzelleistung im Rahmen der Gesamtleistungsbewertung so berücksichtigt wird, wie sie ohne das hoheitliche Fehlverhalten (bei früherer rechtmäßiger Prüfung) berücksichtigt worden wäre.

Erst recht muss derjenige eine materiell-rechtliche Grundlage richterrechtlich zulassen, der auch ohne eine schulgesetzliche Grundlage eine Pflicht zur Versetzung auf Probe bei Informationspflichtverletzungen der Schule anerkennt.³³⁶⁸ Da die Pflicht aus der Verletzung einer Informationspflicht hervorgehen soll und den Schüler so stellt, wie dieser wohl ohne Pflichtverletzung stehen würde, wäre hier die Anwendung eines Herstellungsanspruchs zu begrüßen. Inhaltlich wird hierbei sogar das Erreichen der versetzungsnotwendigen Leistungsvoraussetzungen (ohne Nachholung der Prüfung) fingiert.

Wenig überzeugend sind jedoch Bestrebungen, einen Herstellungsanspruch so auf den Fall eines zunächst rechtswidrig nichtversetzten Schülers anzuwenden, dass in dessen Bewertung nach Versetzung in die höhere Klasse vorteilhaft berücksichtigt wird, dass er zunächst Schwächen im Umgang mit dem neuen Stoff hat, in dem er fehlerbedingt (noch) nicht unterrichtet wurde.³³⁶⁹ Diese Fallgestaltung lässt sich weitaus überzeugender im Rahmen einer vorrangigen Folgenbeseitigungslast im Zusammenhang mit der Ermessensentscheidung über die Notenvergabe (etwa § 48 III SchulG.NRW – „soll“) lösen.³³⁷⁰

³³⁶⁷ Die Vorschrift des § 48 IV SchulG.NRW eröffnet der Schule kein Ermessen hinsichtlich der Zulässigkeit einer Nachholung von Leistungen, sondern betrifft die rechtliche Zulässigkeit der Nachholung von Leistungen (vgl. OVG Mecklenburg-Vorpommern, Beschl. v. 17.8.2010 – 2 L 129/09 i.a.Z.). Sofern daher ein Verwaltungsfehlverhalten die Prüfungsanforderungen verletzt hat, wird allgemein von einem Anspruch auf Nach-/Wiederholung der Prüfung ausgegangen (vgl. Bayerischer VGH, Urt. v. 27.4.1981 – 7 B 80 A. 1876 = NJW 1982, 2627, 2627 f.; *Niehues/Rux*, SchulR, Rn. 427; *Kreßel*, S. 370 f.).

³³⁶⁸ Allgemein für diese Lösung eintretend: *Niehues/Rux*, SchulR, Rn. 430.

³³⁶⁹ A.A. wohl: *Olbertz*, S. 61, 118.

³³⁷⁰ So auch: *Weyreuther*, Gutachten, B 125.

Die Ausführungen haben gezeigt, dass ein Herstellungsanspruch im Schulrecht zwar grds. denkbar bleibt, aber bei der Anwendung Zurückhaltung geboten ist, um den Wertungen der einschlägigen Einzelvorschriften und der fehlenden Aufhebungsmöglichkeit von Verwaltungsakten gerecht zu werden. Ein Herstellungsanspruch kann nur dort zum Zuge kommen, wo die schulrechtlichen Regelungsziele die Korrektur des rechtswidrig geschaffenen Zustandes nicht nur zulassen, sondern sogar fordern.

5. Steuerrecht?

Die Finanzgerichte zeigen sich überwiegend restriktiv gegenüber einem Herstellungsanspruch. So verweigert die Rechtsprechung sowohl die Begründung eines eigenständigen „*finanzrechtlichen Herstellungsanspruchs*“³³⁷¹ bei Fehlberatungen durch Steuerbehörden als auch nur die steuerrechtliche Berücksichtigung eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs.³³⁷² Hinter beiden Fallgruppen steht der Grundgedanke, dass sich steuerrechtliche Nach-/Vorteile allein nach steuerrechtlichen Erwägungen richten und das Steuerrecht keinen Herstellungsanspruch zulasse. Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch sei als einer der „*Grundsätze des Sozialrechts*“³³⁷³ nur innerhalb des (formellen) Sozialrechts zu berücksichtigen.³³⁷⁴ Dieser Einschätzung kann nach der hier vertre-

³³⁷¹ BFH, Urt. v. 24.2.2010 – III R 82/07 = BFH/NV 2010, 1495; vgl. auch: FG München, Urt. v. 5.12.2001 – 9 K 5403/99; FG Hamburg, Urt. v. 7.8.1998 – I 1195/97; FG Hamburg, Urt. v. 6.12.2006 – 5 K 228/05; offengelassen: FG Hamburg, Urt. v. 21.8.2003 – III 115/03; *Nöcker*, AO-StB 2010, 305, 306; **a.A.** wohl: FG Köln, Urt. v. 21.4.1992 – 3 K 6630.91; *Hattstein*, Betreuungspflichten, S. 192 ff., 235 ff.; *Olbertz*, S. 100 ff.

³³⁷² Vgl. BFH, Beschl. v. 28.2.2012 – III B 158/11; BFH, Urt. v. 9.2.2012 – III R 68/10 = BFHE 236, 421, 423 f.; BFH, Beschl. v. 21.4.2010 – III B 182/09 = BFH/NV 2010, 1435; BFH, Beschl. v. 16.10.2008 – III B 126/08; BFH, Beschl. v. 18.7.2008 – BFH/NV 2008, 1843; FG Münster, Urt. v. 9.8.2013 – 14 K 4138/10 Kg, AO; kritisch hierzu: *Krause/Sattler*, in: Udsching/Rolfs [Hg.], JbSR 2008, S. 65, 66 m.w.N.; *dies.*, in: Udsching/Rolfs [Hg.], JbSR 2009, S. 71, 74 m.w.N.

³³⁷³ Sächsisches FG, Beschl. v. 12.10.2009 – 4 K 1034/06.

³³⁷⁴ Vgl. BFH, Beschl. v. 31.1.2007 – III B 167/06 („Für die Festsetzung des Kindergeldes als Steuervergütung gelten allein die Vorschriften der AO [§ 155 Abs. 4 AO, § 31 Satz 3 EStG] und des EStG, soweit das Gesetz nicht -- wie z.B. in § 74 Abs. 2 EStG -- ausdrücklich auf Vorschriften des Sozialrechts verweist [...]“); BFH, Beschl. v. 11.2.2004 – VIII B 310/03 („Vielmehr [...] ist durch die bereits vorliegende Rechtsprechung des BFH geklärt, dass sich die Überprüfung von Bescheiden über die Festsetzung von Kindergeld i.S. der §§ 62 ff. des Einkommensteuergesetzes [EStG] nach den Vorschriften der AO 1977 und nicht --wie der Kläger erstrebt-- nach den Vorschriften des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch [SGB X] richtet. [...] Soweit der Gesetzgeber eine entsprechende Anwendung von Vorschriften des SGB X für geboten erachtet hat, hat er dies

tenen Begründung des Herstellungsanspruchs nicht grds. widersprochen werden. Denn bei Rechtsfortbildungen trifft die rechtsdogmatische Argumentationslast denjenigen, der behauptet, dass ein Rechtsgebiet ohne eine Rechtsfortbildung in sich widersprüchlich wäre. Dies ist für das Steuerrecht nicht ohne weiteres erkennbar.

Unbestritten werden mit dem Steuerrecht über andere Regelungen andere Regelungsziele verfolgt als im Sozialrecht, so dass für einen finanzrechtlichen Herstellungsanspruch auch allein die steuerrechtlichen Wertungen entscheidend sein können.³³⁷⁵ Anders als in §§ 1, 2 II SGB I ist das Steuerrecht teleologisch nicht auf eine vollständige Erfüllung von Leitungsansprüche des Bürgers ausgerichtet, sondern verfolgt allgemein andere Zwecke. So ist das Steuerrecht insgesamt stärker an den öffentlichen Interessen des Staates bzgl. einer staatliche Teilhabe am wirtschaftlichen Erfolg seiner Bürger ausgerichtet als an den jeweiligen Individualinteressen des Bürgers, die allenfalls im Rahmen des staatlichen Steueranspruchs (§ 3 AO) Berücksichtigung finden.³³⁷⁶ Für Auslegung und Rechtsfortbildung des Steuerrechts ist das teleologische Grundprinzip der wirtschaftlichen Betrachtungsweise zu berücksichtigen (vgl. historisch bereits: § 1 StAnpG a.F.; § 4 RAO a.F.),³³⁷⁷ welches allgemein nicht für die Zulässigkeit modifizierender Fiktionen entgegen der tatsächlichen Wirtschaftslage spricht. Überdies finden sich in den Billigkeits-Generalklauseln der §§ 163 S. 1, 227 AO allgemeine steuerrechtliche Sonderregelungen, die grds. auch die Herstellungsfälle umfassen können und tatbestandlich für den Bürger günstiger ausgestaltet sind.³³⁷⁸ Die Ermessensentscheidungen der §§ 163 S. 1, 227 AO ließen sich dabei nach den Grundsätzen der Folgenbeseitigungslast einschrän-

ausdrücklich bestimmt [vgl. § 74 Abs. 2 EStG].“); FG Hamburg, Urt. v. 7.8.1998 – I 1195/97.

³³⁷⁵ So kann es bspw. sozialrechtlich für den Bezug anderer Sozialleistungen unbedeutend sein, ob eine frühere Sozialleistung – an deren Bezug angeknüpft wird – tatsächlich ausgezahlt worden ist und daher der Bezug über den Herstellungsanspruch fingiert werden kann (vgl. BSG, Urt. v. 27.4.1989 – 11 RAr 21/88 = SozR 4100 § 134 Nr. 36). Steuerrechtlich bleibt es hingegen entscheidend, ob das Geld dem Bürger tatsächlich zugeflossen ist (vgl. allgemein zum steuerrechtlichen Zuflussprinzip: *Birk*, SteuerR, Rn. 934).

³³⁷⁶ Vgl. *Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof [Hg.], HdStR, Bd. V, § 118, Rn. 1 ff.; *Birk*, SteuerR, Rn. 45, 48 m.w.N.

³³⁷⁷ Vgl. *Birk*, SteuerR, Rn. 325; *Fetzer/Arndt*, Einführung in das SteuerR, S. 23 ff.; ausführlich hierzu: *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, S. 116 ff. m.w.N.

³³⁷⁸ Vgl. BFH, Urt. v. 18.12.1985 – I R 82/85 = NV 1986, 506; FG Hamburg, Urt. v. 7.8.1998 – I 1195/97; *Schmitz*, in: Schwarz [Hg.], § 89 AO, Rn. 34 m.w.N.; *Lippross*, 80. EGL., § 89 AO, Rn. 4; *Wünsch*, in: Pahlke/Koenig [Hg.], § 89 AO, Rn. 19; *Nöcker*, AO-StB 2010, 305, 306; für § 227 AO gesehen aber ohne weitere Begründung übergangen: *Olbertz*, S. 100.

ken.³³⁷⁹ Die Begründung eines allgemeinen finanzrechtlichen Herstellungsanspruchs zugunsten des Bürgers erscheint daher steuerrechtlich nicht gefordert.

Darüber hinaus wird der steuerrechtliche Nachteil in der Praxis regelmäßig mit dem Steuerbescheid (§ 155 AO) bzw. Festsetzungsbescheid (§ 179 AO) zusammenfallen – bspw. weil bestimmte Vorteile wegen des Fehlverhaltens nicht begünstigend berücksichtigt worden sind –, so dass ein angreifbarer Verwaltungsakt i.S.d. § 118 AO vorliegt (§ 40 FGO, §§ 129 ff., 164 f., 172 ff. AO), der über den Herstellungsanspruch ohnehin nicht korrigiert werden könnte. Hieran zeigt sich die begrenzte Bedeutung des Herstellungsanspruchs für die Eingriffsverwaltung deutlich, zu der auch das Steuerrecht zählt.³³⁸⁰

Der Herstellungsanspruch erscheint insofern nur dann erfolgsversprechend, wenn es um die Fiktion tatsächlicher Umstände geht, die sich verringernd auf die Steuerlast ausgewirkt hätten und tatsächlich wegen des Fehlverhaltens gegenwärtig nicht vorliegen. Bspw. führt der Bürger nach einer fehlerhaften Beratung ein Geschäft tatsächlich (nicht) fort, weil er nun glaubt, dass dieses dann zu seinen Gunsten steuerrechtlich (nicht) berücksichtigt werden würde. Die Anwendung des Herstellungsanspruchs, der keinen anderen Lebenssachverhalt fingieren soll, scheidet jedoch regelmäßig bei der Herstellung solcher tatsächlichen Umstände aus, die außerhalb des Rechtsverhältnisses liegen, bzw. ist wegen des Verbots der Besserstellung ausgeschlossen. Dem Bürger verbleiben deshalb nur Schadensersatzansprüche, falls es nicht ausnahmsweise „nur“ um Umstände wie etwa die Fiktion einer (anderen) Antragstellung oder die rechtzeitige Angabe von relevanten Informationen geht, die ggf. im Wege der Herstellung disponibel sind. So hält selbst das Bundessozialgericht u.a. die Fiktion einer anderen Lohnsteuerklasse im Wege der Herstellung für unzulässig.³³⁸¹

Zweifel an der allgemeinen Ablehnung eines Herstellungsanspruchs im Steuerrecht ergeben sich allerdings aus der tatsächlichen Rechtsprechungspraxis der Finanzgerichte. Die allgemeine Ablehnung legt nahe, dass das einschlägige Fachrecht „*Steuerrecht*“ ausnahmslos so zu verstehen sei, dass eine steuerrechtliche Begünstigung nicht noch nachträglich zu gewähren wäre, selbst wenn sie aufgrund eines hoheitlichen Fehlverhaltens vereitelt worden ist. Tatsächlich fingieren die Finanzgerichte aber analog §§ 242, 162 BGB oftmals das Steuerrechtsverhältnis,³³⁸² das heute gegeben wäre, wenn die Verletzung einer Beratungspflicht aus § 89 I AO dazu geführt hat, dass dem Bürger steuerrecht-

³³⁷⁹ Vgl. allgemein zur öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungslast: Kap. 1 E.II.2.b.cc.

³³⁸⁰ Vgl. FG Hamburg, Urt. v. 7.8.1998 – I 1195/97; *Birk*, SteuerR, Rn. 372; vgl. ausführlich: *Ipsen*, AllgVerwR, Rn. 184 f.

³³⁸¹ BSG, Urt. v. 10.12.1980 – 7 RAr 14/78; BSG, Urt. v. 30.5.1990 – 11 RAr 95/89; BSG, Urt. v. 6.4.2006 – B 7a AL 82/05 R; a.A.: BSG, Urt. v. 1.4.2004 – B 7 AL 52/03 R = BSGE 92, 267, 280 ff.; kritisch zu dieser Entscheidung: *Krause/Sattler*, in: *Udsching/Rolfs* [Hg.], *JbSR 2005/2006*, S. 139, 144 ff.

³³⁸² Vgl. BFH, Urt. v. 7.7.2004 – X R 24/03 = BFHE 206, 292, 301 f.; *Birk*, SteuerR, Rn. 350.

liche Nachteile entstanden sind.³³⁸³ Diese Rechtsprechung erinnert in ihrer Begründung, ihren Fallgestaltungen und Ergebnissen nicht nur an den Herstellungsanspruch,³³⁸⁴ sondern liest sich oftmals sogar „wie eine Formulierung des BSG zum Herstellungsanspruch“.³³⁸⁵ Sie beansprucht unverändert Gültigkeit³³⁸⁶ und wird auch im steuerrechtlichen Schrifttum zustimmend aufgegriffen.³³⁸⁷ Da analog §§ 242, 162 BGB kein Rechtsverstoß geschuldet sein kann, gehen auch die Befürworter dieser Lösung – unausgesprochen – davon aus, dass die im Einzelfall einschlägigen Steuergesetze für den Bürger keinen Nachteil begründen sollen und die Ergänzung des Steuerrechts hin zum ursprünglichen Amtshandeln rechtlich geboten ist. Da beide Rechtsinstitute für den Herstellungsfall insofern inhaltlich austauschbar sind, hat das Finanzgericht Köln in einer Entscheidung offengelassen, ob sein Ergebnis auf §§ 242, 162 BGB oder einen Herstellungsanspruch gestützt wird.³³⁸⁸

³³⁸³ Etwa: BFH, Urt. v. 20.1.1955 – V 187/54 U = BFHE 60, 214, 215; BFH, Urt. v. 22.3.1966 – VII 265/63 = BFHE 85, 239, 242 f.; BFH, Urt. v. 22.4.1966 – VI 264/65 = BFHE 86, 148, 151; BFH, Urt. v. 5.4.1977 – VII R 12/74 = BFHE 122, 197; vgl. auch: BFH, Urt. v. 18.12.1985 – 1 R 82/85 = NV 1986, 506, 507 („Die Nachprüfung des unanfechtbar gewordenen Steuerbescheids folgt in diesem Fall aus dem Grundsatz von Treu und Glauben [...]; der Bürger soll so gestellt werden, als wäre der Verstoß der Behörde gegen bestehende ‚Fürsorge- und Betreuungspflichten‘ [...] nicht passiert.“); a.A. wohl noch: FG Berlin, Urt. v. 5.4.1978 – VI 433/77 = EFG 1978 (Nr. 623), S. 580 f.

³³⁸⁴ Bspw. stützt *Söhn* seine Ausführungen zu Treu und Glauben bei Verletzung des § 89 I AO teilweise auf Nachweise, die sich direkt auf den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch beziehen (*Söhn*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler [Hg.], 225. EGL., § 89 AO, Rn. 161, Fn. 2).

³³⁸⁵ *Olbertz*, S. 101.

³³⁸⁶ Etwa: BFH, Urt. v. 1.7.2008 – VII R 37/07 = ZfZ 2008, 334, 336; BFH, Urt. v. 27.2.2007 – III B 158/06 = BFH/NV 2007, 1090; Sächsisches FG, Urt. v. 13.4.2011 – 7 K 413/08; FG Köln, Urt. v. 27.6.2008 – 15 K 928/08 („Dies wäre hier grundsätzlich der Fall, doch schließt der den Beklagten treffende Folgenbeseitigungsanspruch aus einer Verletzung seiner Anregungspflicht nach § 89 Satz 1 AO die Vorwerfbarkeit verspäteter Geltendmachung ausnahmsweise aus. Denn bei Verletzung dieser Hinweispflicht steht dem Steuerpflichtigen ein Anspruch darauf zu, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn der gebotene Hinweis erteilt worden wäre [...].“).

³³⁸⁷ Etwa: *Söhn*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler [Hg.], 225. EGL., § 89 AO, Rn. 161; *Schmitz*, in: Schwarz [Hg.], § 89 AO, Rn. 32 m.w.N.; *Wünsch*, in: Pahlke/Koenig [Hg.], § 89 AO, Rn. 19; a.A.: *Nöcker*, AO-StB 2010, 305, 306.

³³⁸⁸ FG Köln, Urt. v. 21.4.1992 – 3 K 6630.91 („Bei Verletzung der Hinweispflicht steht dem Kläger ein Anspruch darauf zu, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn der gebotene Hinweis erteilt worden wäre. Als Anspruchsgrundlage wird dabei in der Literatur auf den Grundsatz von Treu und Glauben [entsprechend §§ 162 Abs. 2, 242 BGB] und auf den verwaltungsrechtlichen Folgenbeseitigungs- bzw. Herstellungsanspruch verwiesen [...] so daß es – anders als in den Fällen der §§ 173 AO, 839 BGB – weder auf eine neue Tatsache noch auf etwaiges Verschulden ankommt.“).

Dass statt der Bezugnahme auf Treu und Glauben (§§ 242, 162 BGB analog) auch ein Herstellungsanspruch angewandt werden kann, zeigt sich auch daran, dass für die Beschreibung derselben Problemstellen sogar Formulierungen verwandt werden, die für einen Herstellungsanspruch typisch sind.³³⁸⁹ Die offene Bezugnahme auf einen finanzrechtlichen Herstellungsanspruch ist dem Rückgriff auf den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben hier vorzuziehen, da es sich um ein Rechtsinstitut handelt, das bereits für diese Fälle weiter konkretisiert worden ist und die Voraussetzungen bzw. Ausschlussgründe deutlich(er) macht. Wo das Steuerrecht vorgeblich wegen den §§ 242, 162 BGB so verstanden werden soll, dass bei einer (Beratungs-) Pflichtverletzung das Steuerrechtsverhältnis hergestellt werden muss, wie es heute ohne die Pflichtverletzung bestünde, verbleibt rechtsdogmatisch ein Anwendungsraum für spezielle finanzrechtliche Herstellungsansprüche – selbst wenn ein allgemeiner finanzrechtlicher Herstellungsanspruch grds. nicht steuerrechtlich notwendig erscheint.

Eine Anwendung des Herstellungsanspruchs kommt hingegen nicht in Betracht, wenn der Verwaltung verwehrt werden soll, dem Bürger einen rechtswidrig begründeten Vorteil wieder zu entziehen oder ein rechtswidrig in Aussicht gestellter Vorteil vom Bürger eingeklagt wird, auch wenn die Finanzgerichte hier oftmals die Möglichkeit einer Bindung aus §§ 242, 162 BGB ansprechen.³³⁹⁰ Schließlich wurde für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch bereits herausgearbeitet, dass dem Bürger in diesen Situationen entweder kein rechtlicher Nachteil entstanden ist oder eine Herstellung wegen des Verbots der Besserstellung ausgeschlossen ist, da der rechtswidrig Behandelte sonst besser stünde als bei rechtmäßigen Verwaltungsverhalten.³³⁹¹ In diesen Fällen ist der Bürger regelmäßig auf die Rechtsinstitute der Zusage bzw. Zusicherung (§§ 204 ff. AO), der verbindlichen Auskunft (§ 89 II AO) und u.U. den Vertrauensschutz aus §§ 242, 162 BGB beschränkt.

³³⁸⁹ Vgl. etwa in Bezug auf das Kriterium des „an sich (un)zulässigen“ Amtshandeln: Schmitz, in: Schwarz [Hg.], § 89 AO, Rn. 32 („In solchen Fällen ist der Beteiligte im Rahmen des rechtlich zulässigen so zu stellen, als wäre die finanzbehördliche Pflichtverletzung nicht geschehen [...]“); Wünsch, in: Pahlke/Koenig [Hg.], § 89 AO, Rn. 19 („Verstößt die FB gegen ihre Beratungs- und Auskunftspflicht, ist der Beteiligte im Verfahren so zu stellen, als wenn die FB ihre Pflichten erfüllt hätte. Allerdings kann er nur im Rahmen des rechtlich Zulässigen so gestellt werden, als wäre der Verstoß nicht passiert [...]“).

³³⁹⁰ BFH, Urt. v. 7.7.2004 – X R 24/03 = BFHE 206, 292, 301 f.; FG Hamburg, Urt. v. 17.10.2003 – III 159/03; FG Hamburg, Urt. v. 24.4.2009 – 3 K 6/09; Birk, SteuerR, Rn. 350 ff. m.w.N.; einschränkend: BFH, Urt. v. 22.4.1966 – VI 264/65 = BFHE 86, 148 f. (Leitsatz 2: „Hat eine unrichtige Auskunft des FA einen Stpfl. zu steuerlich ungünstigen Dispositionen veranlaßt, so ist der Stpfl. so zu stellen, als wenn ihm die unrichtige Auskunft nicht erteilt worden wäre. Die Bindung des FA an seine unrichtige Auskunft führt aber nicht dazu, daß dem Stpfl. ein Vorteil gewährt werden muß, der ihm auch bei richtiger Auskunft nicht zugeflossen wäre.“); Olbertz, S. 101.

³³⁹¹ Kap. 1 B.I.2.; II.2.b.aa.

6. *Ausländerrecht?*

Im Zusammenhang mit dem sog. Ausländerrecht – als Oberbegriff u.a. für das AufenthG, StAG, AsylVfG, FreizüG/EU und die AufenthV³³⁹² – wurde ein „ausländerrechtlicher Herstellungsanspruch“³³⁹³ bisher zwar mehrfach angesprochen, aber überwiegend abgelehnt.³³⁹⁴ Das Ausländerrecht böte schlicht „keine Anknüpfungspunkte“³³⁹⁵ für die Begründung eines derartigen Anspruchs.

Bevor diese Aussage kritisch überprüft werden kann, sollten allerdings vorab (als Diskussionsgrundlage) die möglichen Anwendungsbereiche eines ausländerrechtlichen Herstellungsanspruchs herausgearbeitet werden. Unstreitig geht es hierbei nicht um die Konstellation, dass ein Ausländer, der wegen eines hoheitlichen Fehlverhaltens nicht eingebürgert wurde, nachträglich die Ausübung staatsbürgerlicher Rechte begehrt.³³⁹⁶ Ebenso wenig kommt ein ausländerrechtlicher Herstellungsanspruch zur Anwendung, wenn ein wirksamer Verwaltungsakt außer Kraft gesetzt werden soll (bspw. die Erteilung/Verweigerung einer Aufenthaltserlaubnis oder Staatsbürgerschaft, die Ausweisung oder die

³³⁹² Vgl. *Maaßen*, AusländerR, S. VII; *Renner*, in: Renner [Hg.], AuslR, S. XV.

³³⁹³ OVG Hamburg, Beschl. v. 29.10.1993 – Bs IV 174/93; OVG Hamburg, Urt. v. 26.5.1998 – Bs VI 260/96; VG Hamburg, Beschl. v. 12.10.2006 – 10 E 2519/06.

³³⁹⁴ Gegen eine Anwendung des Herstellungsanspruchs: OVG NRW, Beschl. v. 10.4.2013 – 18 E 251/13; OVG NRW, Beschl. v. 20.7.2012 – 17 B 591/12 m.w.N.; OVG NRW, Urt. v. 7.10.1996 – 25 A 2430/94; OVG Hamburg, Urt. v. 26.5.1998 – Bs VI 260/96; OVG Hamburg, Beschl. v. 8.5.1995 – Bs V 42/95; OVG Hamburg, Beschl. v. 29.10.1993 – Bs IV 174/93; VG Ansbach, Urt. v. 2.5.2001 – AN 5 S 01.00348; VG Hamburg, Urt. v. 1.2.2001 – 17 VG 3425/2000; VG Gießen, Urt. v. 18.4.1997 – 10 E 1231/96; wohl auch: VG Hamburg, Urt. v. 12.10.2006 – 10 E 2519/06; *Franßen-de la Cerda*, ZAR 2010, 81, 87 f.; *Funke-Kaiser*, in: Fritz/Vormeier [Hg.], 67. EGL., § 82 AufenthG, Rn. 65; unklar: OVG NRW, Beschl. v. 8.7.2004 – 18 B 1144/04. Offengelassen: BVerwG, Urt. v. 3.5.2007 – 5 C 3/06 = BVerwGE 129, 20, 26; VG Hamburg, Urt. v. 11.3.2010 – 5 E 2266/09. **A.A.** und für eine Anwendung des Herstellungsanspruchs: *Hofmann*, in: Hofmann/Hoffmann [Hg.], § 82 AufenthG, Rn. 26 ff.

³³⁹⁵ OVG Hamburg, Beschl. v. 8.2.1995 – Bs VII 28/95; OVG Hamburg, Beschl. v. 29.10.1993 – Bs IV 174/93; VG Hamburg, Urt. v. 1.2.2001 – 17 VG 3425/2000.

³³⁹⁶ Wenn ein 2003 rechtswidrig nicht eingebürgerter Ausländer nachträglich noch an den Bundestagswahlen von 2005 und 2009 teilnehmen möchte, ist dies kein Anwendungsfall des ausländerrechtlichen Herstellungsanspruchs. Für staatsbürgerliche Rechte – bspw. auch die Aufnahme in ein Beamtenverhältnis nach § 7 I Nr. 1 BBG oder ein ungeminderter Rentenexport nach §§ 110, 113 III SGB VI –, die nachträglich eingefordert werden, ist das jeweilige Fachrecht maßgeblich. Hierbei kommt es entscheidend darauf an, ob nach dem Fachrecht der Vorteil nur Statusdeutschen gewährt werden soll – oder von seinem Regelungszweck ausgehend auch die Personen miteinbezieht, die nur wegen eines hoheitlichen Fehlverhaltens (noch) nicht Statusdeutsche sind. Vgl. ablehnend zur Fiktion eines früheren Erwerbs der deutschen Staatsbürgerschaft als sozialversicherungsrechtliche Voraussetzung im Rentenversicherungsrecht: BSG, Urt. v. 13.5.1980 – 12 RK 18/79 = SozR 2200 § 1233 Nr. 17.

Androhung der Abschiebung).³³⁹⁷ Schließlich kommt die nachträgliche Gewährung von Ausländerrechten aufgrund des starken Gegenwarts- und Zukunftsbezug des Ausländerrechts kaum in Betracht. So hilft einem Ausländer bspw. 2012 eine zeitlich beschränkte Aufenthaltserlaubnis (§ 7 AufenthG), die nachträglich für die Jahre 2010 und 2011 erteilt wird, regelmäßig nicht weiter, da er sich mit dieser weder berechtigt für das Jahr 2012 in der Bundesrepublik aufhält noch nachträglich in der Vergangenheit leben kann. Anders liegt der Fall, wenn bspw. gegenwärtige Vorteile an eine frühere Rechtmäßigkeit des Aufenthalts anknüpfen sollten.³³⁹⁸ Im Wesentlichen verbleiben damit für einen ausländerrechtlichen Herstellungsanspruch die Fallgestaltungen, in denen es um die Fiktion einer anderen Sachlage geht, anhand derer die (ausländer-) rechtliche Beurteilung vorgenommen werden soll, falls diese Sachlage aufgrund eines hoheitlichen Fehlverhaltens – insbesondere der Verletzung von Betreuungspflichten der § 25 VwVfG,³³⁹⁹ § 82 III AufenthG – tatsächlich nicht (mehr) vorliegt.

Denkbar ist ein ausländerrechtlicher Herstellungsanspruch daher u.a., wenn es um die Fiktion einer Erfüllung der Zweijahresfrist aus § 31 AufenthG geht³⁴⁰⁰ oder das Außerachtlassen des Erlöschens einer Niederlassungserlaubnis (§ 9 AufenthG),³⁴⁰¹ die Fiktion der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 7 AufenthG (§ 21 AuslG a.F.),³⁴⁰² die Fiktion der – tatsächlich unterbliebenen – Familienzusammenführung gem. § 17 AuslG a.F.,³⁴⁰³ die Fiktion der rechtzeitigen staatlichen Genehmigung eines Verzichts auf die deutsche Staatsbürgerschaft (§ 26 II StAG)³⁴⁰⁴ oder wenn der zwischenzeitlich eingetretene Tod des aufenthaltsberechtigten Ehepartners im Rahmen der §§ 28 ff. AufenthG ausklammert werden soll (§ 17 ff. AuslG a.F.).³⁴⁰⁵

Soweit ersichtlich geht lediglich *Hofmann* von der allgemeinen Geltung eines ausländerrechtlichen Herstellungsanspruchs aus.³⁴⁰⁶ Ein Herstellungsanspruch sei „vor dem Hintergrund der Grundrechtsbindung der Verwaltung und ihrer

³³⁹⁷ Vgl. Kap. 1 B.III.2.

³³⁹⁸ Vgl. zu einem solchen Fall: *Funke-Kaiser*, in: Fritz/Vormeier [Hg.], 67. EGL., § 82 AufenthG, Rn. 68.

³³⁹⁹ Vgl. *Gutmann*, NJW 2011, 2340, 2340.

³⁴⁰⁰ OVG NRW, Beschl. v. 20.7.2012 – 17 B 591/12 m.w.N.

³⁴⁰¹ VG Hamburg, Urt. v. 11.3.2010 – 5 E 2266/09.

³⁴⁰² VG Ansbach, Urt. v. 2.5.2001 – AN 5 S 01.00348.

³⁴⁰³ OVG Hamburg, Beschl. v. 8.5.1995 – Bs V 42/95.

³⁴⁰⁴ OVG NRW, Urt. v. 7.10.1996 – 25 A 2430/94; VG Gießen, Urt. v. 18.4.1997 – 10 E 1231/96.

³⁴⁰⁵ OVG Hamburg, Beschl. v. 29.10.1993 – Bs IV 174/93; OVG Hamburg, Beschl. v. 8.2.1995 – Bs VII 28/95; OVG Hamburg, Urt. v. 26.5.1998 – Bs VI 260/96; VG Hamburg, Urt. v. 1.2.2001 – 17 VG 3425/2000; VG Hamburg, Urt. v. 13.9.2000 – 17 VG 3426/2000.

³⁴⁰⁶ *Hofmann*, in: Hofmann/Hoffmann [Hg.], § 82 AufenthG, Rn. 26 ff.

Verpflichtung gegenüber den Grundrechtsträgern“³⁴⁰⁷ auch im Ausländerrecht anzuwenden. Wie bereits ausführlich dargestellt worden ist, lässt sich den Grundrechten aber kein allgemeiner Herstellungsanspruch entnehmen,³⁴⁰⁸ so dass dieser Begründungsversuch nicht überzeugt. Der pauschale Hinweis auf Grundrechte reicht als Erklärung nicht aus, warum statt des rechtlichen Nachteils – den der gesetzliche Wortlaut vorgibt – noch der ursprüngliche einfache gesetzliche begründete Vorteil eintreten soll. Eine rechtsdogmatisch tragfähige Begründungsmöglichkeit bieten erst die Wertungen des (einfachen) Fachrechts. Beurteilungsgrundlage für die Frage, ob eine Rechtsfortbildung i.S.e. Herstellungsanspruchs zur Schließung planwidriger Regelungslücken notwendig ist, sind insofern die Rechtsgehalte des Ausländerrechts.

Das Ausländerrecht ist inhaltlich überwiegend besonderes Gefahrenabwehrrecht.³⁴⁰⁹ Insbesondere für das Aufenthaltsrecht des AufenthG liegt das vorrangige Ziel in der Steuerung und Begrenzung des Zuzugs von Ausländern (§ 1 I 1 AufenthG), so dass – anders als bspw. in § 2 II SGB I – nicht davon ausgegangen werden kann, dass dem Gesetzgeber (auch nachträglich noch) an einer größtmöglichen Verweildauer des Ausländers gelegen ist bzw. diese das allgemeine Regelungsziel ist. Der Gesetzgeber formuliert vielmehr – in Übereinstimmung mit internationalem Recht³⁴¹⁰ – eine allgemeine Ausreisepflicht (§ 50 I AufenthG), wenn nicht ausnahmsweise ein Aufenthaltstitel i.S.d. § 4 AufenthG vorliegt (Visum, Erlaubnis zum Aufenthalt/Niederlassung, Daueraufenthalt-EG oder Blaue Karte EU). Den Individualinteressen der Ausländer versucht der Gesetzgeber dabei durch vielfältige Ausnahmeansprüche und Ermessensentscheidungen gerecht zu werden. Dieses in sich stimmige System droht durch die Überstülpung eines Herstellungsanspruchs durchbrochen zu werden. Im Hinblick auf die restriktive Regelungsabsicht liegt die Annahme näher, dass auch bei einem kausalen hoheitlichen Fehlverhalten eine ursprüngliche Berechtigung nicht aufrechterhalten bleiben soll, der Rechtsnachteil eintritt und der Ausländer sein Begehren von nun an auf anderen Grundlagen stützen muss. Ein hoheitliches Fehlverhalten kann aufgrund der zahlreichen Ermessensentscheidungen in diesem System ausreichend im Rahmen der anstehenden Ermessensentscheidungen i.S.d. Folgenbeseitigungslast berücksichtigt werden.³⁴¹¹ Es

³⁴⁰⁷ Hofmann, in: Hofmann/Hoffmann [Hg.], § 82 AufenthG, Rn. 26.

³⁴⁰⁸ Vgl. Kap. 2 B.II.3.a.bb. (3).

³⁴⁰⁹ Vgl. VG Münster, Urt. v. 28.6.2012 – 8 L 256/12; Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, § 38, Rn. 429, § 47, Rn. 530 ff.; Schnapp, NJW 1983, 973, 974 m.w.N.

³⁴¹⁰ Vgl. hierzu: Maaßen, AusländerR, S. 5.

³⁴¹¹ BVerwG, Urt. v. 27.1.1998 – 1 C 28/96 = NVwZ 1998, 745, 746; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 24.11.2005 – 12 S 1695/05; VGH Hessen, Beschl. v. 15.4.1999 –

überzeugt daher, die Vorschriften grds. als ein in sich geschlossenes Regelungssystem von nicht weiter erweiterbaren Ausnahmebestimmungen zu verstehen.³⁴¹² Auch für das Staatsangehörigkeitsgesetz gelingt der Nachweis einer allgemeinen planwidrigen Regelungslücke nicht. Denn auch hier stellen die Ein- und Ausbürgerungsvorschriften (§§ 8 ff., 17 ff. StAG) eng auszulegende Sondervorschriften dar, die mangels erkennbar weitergehendem Regelungsziel – auch wegen eines hoheitlichen Fehlverhaltens – nicht erweiterbar sind. Diesen Umstand macht sich bspw. das VG Gießen bei einer Ablehnung des Herstellungsanspruchs zu Nutze, wenn das Gericht darauf verweist, dass *„im Hinblick auf die allgemeine Formenstrenge des Staatsangehörigkeitsrechts sowie mit Rücksicht auf den Schutzzweck der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nach § 19 RuStAG [§ 19 I StAG] keine rechtliche Grundlage ersichtlich ist, wonach die Genehmigung im Sinne von § 26 Abs. 2 RuStAG [§ 26 II StAG] auch unabhängig von dem Vorliegen der sich aus § 19 RuStAG ergebenden Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Verzichtserklärung bei Minderjährigen zuzulassen sein könnte [...].“*³⁴¹³ Für die anderen Bereiche des Ausländerrechts gelten ähnlich restriktive Regelungsziele. Ein anderes allgemeines Verständnis des Ausländerrechts ist auch im Hinblick auf die berührten Grundrechte der Art. 11 I, 16, 16a I, 2 I, 3 I GG nicht geboten. Insofern scheint das Ausländerrecht tatsächlich *„keine Anknüpfungspunkte“*³⁴¹⁴ für die Begründung eines ausländerrechtlichen Herstellungsanspruchs zu bieten.

Bewusst vereinfacht zusammengefasst: Wo der rechtliche Nachteil zugunsten der Allgemeinheit den gesetzlich gewollten Regelfall bzw. das Ziel darstellt, erscheint das Fehlen einer Regelung, die die rechtlichen (Ausnahme-) Vorteile zugunsten des Individuums erhalten soll, nicht allgemein planwidrig, selbst wenn diese wegen eines hoheitlichen Fehlverhaltens nicht eingetreten sind. Die allgemeine rechtliche Notwendigkeit eines allgemeinen *„ausländerrechtlichen“* Herstellungsanspruchs, um das Ausländerrecht in sich widerspruchsfrei zu halten, kann nicht festgestellt werden.

7 ZU 657/99; VG Stuttgart, Urt. v. 18.6.2010 – 11 K 80/10; VG Ansbach, Urt. v. 21.10.2003 – AN 15 K 03.00913. Auch *Hofmann* versucht mit dem Herstellungsanspruch nur eine Lösung für die Fälle zu erreichen, in denen eine gebundene Entscheidung vorgesehen ist (*Hofmann*, in: Hofmann/Hoffmann [Hg.], § 82 AufenthG, Rn. 25 f.). Aufgrund der restriktiven Ausrichtung des Ausländerrechts liegt hier die Grundannahme allerdings näher, dass dann das Recht nicht bestehen soll.

³⁴¹² Vgl. zur mangelnden Analogiefähigkeit des § 31 AufenthG (§ 19 AuslG a.F.): VG Hamburg, Urt. v. 13.9.2000 – 17 VG 3426/2000.

³⁴¹³ VG Gießen, Urt. v. 18.4.1997 – 10 E 1231/96.

³⁴¹⁴ OVG Hamburg, Beschl. v. 8.2.1995 – Bs VII 28/95; OVG Hamburg, Beschl. v. 29.10.1993 – Bs IV 174/93; VG Hamburg, Urt. v. 1.2.2001 – 17 VG 3425/2000.

Rechtliche Anknüpfungspunkte im Ausländerrecht legt jedoch – wie im Steuerrecht³⁴¹⁵ – die tatsächliche Rechtspraxis der allgemeinen Verwaltungsgerichte offen. Selbst wenn das ursprüngliche Amtshandeln nicht im Ermessen der Verwaltung steht, gehen Rechtsprechung und Literatur in Einzelfällen davon aus, dass bei Rechtsnachteilen, die infolge eines hoheitlichen Fehlverhaltens eingetreten sind, eine Pflicht bestünde, den Zustand herzustellen, der heute ohne das Fehlverhalten gegeben wäre.³⁴¹⁶ Unter Berufung auf einen Folgenbeseitigungsanspruch i.w.S.³⁴¹⁷ oder Treu und Glauben (§§ 242, 162 BGB analog)³⁴¹⁸ soll es u.a. zur Fiktion einer rechtzeitigen Antragstellung/-rücknahme³⁴¹⁹ oder rechtzeitigen Wiedereinreise kommen³⁴²⁰. Rechtswidrig zurückgehaltene Akten gelten als übersandt,³⁴²¹ während das Fortbestehen von Minderjährigkeit³⁴²² oder einer Arbeitnehmereigenschaft³⁴²³ fingiert werden soll, wenn diese Umstände wegen eines rechtswidrigen Verwaltungsverhaltens inzwischen verloren gegangen sind. Einem Ausländer, der rechtswidrig abgeschoben wurde, soll nicht die Unterbrechung des Aufenthaltes entgegengehalten werden können; sein Aufenthalt gilt für die anstehende Verlängerungsentscheidung (fiktiv) als ununterbrochen.³⁴²⁴ Wie *Hofmann* zu Recht anmerkt, unterscheiden sich die Fallgruppen,

³⁴¹⁵ Vgl. Kap. 3 B.III.5.

³⁴¹⁶ Vgl. für einen Überblick: *Hofmann*, in: Hofmann/Hoffmann [Hg.], § 82 AufenthG, Rn. 27 m.w.N.

³⁴¹⁷ VG Hamburg, Beschl. v. 30.7.2007 – 15 AE 396/07; *Funke-Kaiser*, in: Fritz/Vormeier [Hg.], 67. EGL., § 82 AufenthG, Rn. 68; *Franßen-de la Cerda*, ZAR 2010, 81, 88 („Darüber hinaus kann sie [die Verwaltung, Anmerkung des Verfassers] unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben bzw. des Schutzes begründeten Vertrauens aufgrund des allgemeinen Folgenbeseitigungsanspruchs gehalten sein, den betroffenen Ausländer im Rahmen des ihr rechtlich Möglichen verfahrensrechtlich so zu stellen, wie er stünde, wenn ihn die Behörde ordnungsgemäß belehrt hätte. Daher kann z. B. im Einzelfall eine Antragsrücknahme oder die Versäumung einer Frist in Bezug auf einen gestellten Antrag oder eine sonstige Verfahrenshandlung unbeachtlich sein.“); vgl. hierzu: Kap. 3 B.III.1.a.

³⁴¹⁸ OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. 28.2.1995 – 2 M 5/95; VG Hamburg, Urt. v. 11.3.2010 – 5 E 2266/09; VG Oldenburg, Urt. v. 19.11.2010 – 11 B 2917/10 („Nach dem Rechtsgedanken der § 242 BGB kann sich die Behörde auf den Ablauf der Ausschlussfrist des § 51 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG nur dann nicht berufen, wenn sie einen solchen Antrag nicht ordnungsgemäß behandelt hat und dieser Fehler auch ursächlich für das Erlöschen des Aufenthaltstitels gewesen ist [...].“).

³⁴¹⁹ VG Hamburg, Beschl. v. 30.7.2007 – 15 AE 396/07; *Franßen-de la Cerda*, ZAR 2010, 81, 88.

³⁴²⁰ So wohl: VG Oldenburg, Urt. v. 19.11.2010 – 11 B 2917/10.

³⁴²¹ OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. 28.02.1995 – 2 M 5/95.

³⁴²² BVerwG, Urt. v. 3.6.1997 – I C 23/96 = NVwZ 1997, 1126, 1127.

³⁴²³ VGH Hessen, Urt. v. 10.3.2003 – 12 UE 318/02.

³⁴²⁴ Vgl. BVerwG, Urt. v. 16.7.2002 – I C 8.02 = BVerwGE 116, 378, 389; *Hofmann*, in: Hofmann/Hoffmann [Hg.], § 82 AufenthG, Rn. 27 m.w.N.

Begründungen, Formulierungen und Ergebnisse nicht wesentlich von einem Herstellungsanspruch.³⁴²⁵ Da die Verwaltungsgerichte zumindest für diese Fälle offensichtlich auch eine Ergänzungsnotwendigkeit des Ausländerrechts anerkennen, ist hier eine Anwendung des Herstellungsanspruchs zulässig. Gegen die bisher vorgetragenen Begründungen (Folgenbeseitigungsanspruch i.w.S., Treu und Glauben) können die allgemeinen Argumente zugunsten einer offenen Anwendung des Herstellungsanspruchs wiederholt werden.³⁴²⁶ Auch wenn demnach im restriktiven Ausländerrecht nicht von einem allgemeinen Grundsatz des Herstellungsanspruchs ausgegangen werden kann, bleiben Anwendungsmöglichkeiten für Herstellungsansprüche des Bürgers bei rechtswidrigen Verwaltungsverhalten.

Da die Anwendbarkeit eines Herstellungsanspruchs insofern von den (ausländerrechtlichen) Wertungen des Einzelfalles abhängt, muss genau geprüft werden, ob mit der Fiktion einer anderen Sachlage gegen gesetzgeberische Wertungen verstoßen wird. Rechtlich hergestellt werden nur die Rechte und Pflichten des Betroffenen, die ohne das Fehlverhalten auf ihn anwendbar gewesen wären. Daher darf es nicht zur rechtlichen Bewertung einer reinen Fiktion kommen. Das BSG umschreibt diese Problematik mit der Formulierung, dass keine außerhalb des Rechtsverhältnisses liegenden Tatsachen fingiert werden dürfen.³⁴²⁷ Es dürfen keine Tatsachen fingiert werden, deren Nichtvorliegen die rechtliche Vergleichbarkeit beider Fälle vor dem gesetzlichen Regelungsziel ausschließt. Diese allgemeine Anforderung gilt auch für das Ausländerrecht.

Bspw. setzt das Recht auf Einbürgerung nach § 10 I StAG die Erfüllung einer achtjährigen Aufenthaltsfrist voraus, die bei erfolgreichem Besuch eines Integrationskurses auf sieben Jahre verringert wird (§ 10 III StAG). Da die Fristverkürzung nur wegen des Integrationskurses (und der dort erworbenen Kenntnisse) erfolgt, kann die Fristverkürzung nicht fingiert werden, falls der Kurs – auch wegen eines hoheitlichen Fehlverhaltens – nicht tatsächlich besucht wird. Der Regelungsgrund für eine Verkürzung ist nicht gegeben; bei dem Kursbesuch handelt es sich um einen nicht fingierbaren Umstand. In diese Richtung gehen auch die Ausführungen des OVG Hamburg, wonach ein Herstellungsanspruch ausscheidet, wenn im Rahmen des § 17 AuslG a.F. eine Familienzusammenführung fingiert werden soll, die tatsächlich niemals stattgefunden hat.³⁴²⁸ Falls für einen Ausländer der primäre Einbürgerungsanspruch nach § 8 I StAG nicht entstanden ist, weil die Anspruchsvoraussetzungen tatsächlich nicht erfüllt sind (Handlungsfähigkeit bzw. ge-

³⁴²⁵ Hofmann, in: Hofmann/Hoffmann [Hg.], § 82 AufenthG, Rn. 27 f.

³⁴²⁶ Vgl. Kap. 3 B.III.1.b., c.

³⁴²⁷ Etwa: BSG, Urt. v. 26.9.1989 – 11 Rar 79/89 = BSGE 65, 293, 299; BSG, Urt. v. 21.3.1990 – 7 RAr 36/88 = BSGE 66, 258, 265 f.; BSG, Urt. v. 12.7.1989 – 7 RAr 62/88 = NZA 1990, 76, 77; BSG, Urt. v. 11.11.1982 – 7 RAr 24/80 = AuB 1984, 58, 59; BSG, Urt. v. 12.12.1984 – 7 RAr 74/83 = SozR 4100 § 56 Nr. 18; BSG, Urt. v. 31.1.2006 – B 11a AL 15/05 R m.w.N.; BSG, Urt. v. 11.11.1982 – 7 RAr 16/82 = AuB 1984, 91.

³⁴²⁸ OVG Hamburg, Beschl. v. 8.5.1995 – Bs V 42/95.

setzliche Vertretung, Vorliegen einer eigenen Wohnung/eines eigenen Unterkommens und regelmäßig die Möglichkeit, sich und seine Angehörigen zu ernähren sowie die fehlende Verurteilung wegen einer Straftat), bleibt auch kaum Raum für eine sekundäre Fiktion ihrer Erfüllung, da die tatsächliche Erfüllung sämtlicher Voraussetzungen mit einer Einbürgerung untrennbar verbunden erscheint.

Ebenfalls überzeugend ist in diesem Zusammenhang die Differenzierung des VG Hamburg, das einen Herstellungsanspruch auf erstmalige Aufenthaltserlaubnis der Witwe, die fehlerbedingt nicht mehr zu Lebzeiten des Ehepartners erfolgte, u.a. mit der Begründung ablehnte, dass diese Konstellation wertungsmäßig nicht ausreichend mit dem Fall des § 31 AufenthG (§ 19 AuslG a.F.) vergleichbar sei, der eine solche Aufenthaltserlaubnis nur vorsieht, wenn die Ehe im Bundesgebiet bestand und bereits zu Lebzeiten eine Aufenthaltserlaubnis erteilt worden ist.³⁴²⁹ Wenn der Grund der Einräumung des Aufenthaltsrechtes aus § 31 AufenthG das berechtigte Vertrauen auf den – gleichbleibenden – Fortbestand eines Bleiberechtes ist,³⁴³⁰ erscheint eine Gleichbehandlung beider Fälle im Hinblick auf das gesetzliche Regelungsziel nicht geboten. Überhaupt ist kein Grund ersichtlich, warum ein Ehepartner, dem nur wegen seines Ehegatten ein eigenes Aufenthaltsrecht nach § 30 AufenthG eingeräumt wird, nach dem Tod des Ehegatten erstmalig ein Aufenthaltsrecht erhalten soll. Die Entscheidung erinnert an die durch das BSG geprägte Formel, wonach „*an sich zulässiges*“ Amtshandeln seiner Struktur nach im Wesentlichen gesetzlich vorgesehen sein muss.

IV. Ergebnis

Da außerhalb des Sozialrechts keine allgemeine Grundentscheidung zugunsten einer Herstellung besteht, muss die planwidrige Regelungslücke bzgl. einer nachträglichen Rechtsrestitution immer erst anhand der jeweils einschlägigen Regelungen festgestellt werden. Allgemein muss sich dem Recht entnehmen lassen, dass – entgegen dem Gesetzeswortlaut – statt der Begründung des Nachteils unverändert eine Begründung des Vorteils gewollt ist, zu dem es ohne das staatliche Fehlverhalten gekommen wäre. Der eigentliche sachliche Grund für die Nachteilsbegründung darf wertungsmäßig nicht (auch) im Herstellungsfall passen; vielmehr muss der Bürger, der in seinem subjektiven Recht verletzt wurde, vor dem gesetzlichen Regelungszweck den Personen vergleichbar sein, deren subjektives Recht in einer ähnlichen Situation beachtet worden ist. Sofern sich dies feststellen lässt, erfolgt die Begründung eines Nachteils entgegen dem Schutzzweck eines verletzten subjektiven Rechts planwidrig; der Bürger ist stattdessen in die vorteilhafte Regelung einzubeziehen.

³⁴²⁹ Vgl. VG Hamburg, Urt. v. 13.9.2000 – 17 VG 3426/2000.

³⁴³⁰ In diesem Sinne: VG Hamburg, Urt. v. 13.9.2000 – 17 VG 3426/2000.

So verstanden ist der sozialrechtliche Herstellungsanspruch ein Rechtsinstitut, das nur auf die Regelungen des Sozialrechts zugeschnitten ist. Die sozialrechtsspezifischen Voraussetzungen und Ausschlussgründe des Anspruchs sind nicht auf andere Bereiche des Verwaltungsrechts übertragbar. Für die Begründung weiterer Herstellungsansprüche in anderen Rechtsgebieten kann die sozialrechtliche Ausgestaltung daher nur ein Beispiel bilden.

Die Untersuchung möglicher Anwendungsbereiche eines Herstellungsanspruchs außerhalb des Sozialrechts hat gezeigt, dass das Fachrecht bei vorangegangenem Verwaltungsfehlverhalten oftmals zugunsten der Notwendigkeit einer Rechtsrestitution interpretiert wird. Die darin enthaltene Feststellung der rechtlichen Gebotenheit dieser Restitution wird unterschiedlich begründet (u.a. über Art. 3 I GG, den Grundsatz der Folgenbeseitigungsanspruch oder Treu und Glauben). Wo das Fachrecht aber zugunsten einer entsprechenden Ergänzungsnotwendigkeit ausgelegt wird, ist keine dieser Begründungen überzeugender als die Berufung auf einen entsprechenden Herstellungsanspruch. Allerdings bleibt im Einzelfall immer genau zu prüfen, ob die der Verwirklichung des Vorteils jeweils entgegenstehende Voraussetzung im Wege der Herstellung disponibel ist; d.h. „*an sich zulässiges*“ Amtshandeln darstellt.

C. Kapitelergebnis

Für die Begründung eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruch lassen sich allgemeine sozialrechtliche Wertungen (§§ 2 II SGB I, 44 SGB X) anführen, die allgemein sämtlichen Bereichen des formellen Sozialrechts (§ 68 SGB I) zugrunde liegen. Insofern überzeugt für diese Bereiche die Vorstellung von einer allgemeinen Zulässigkeit des Herstellungsanspruchs, die wiederum nur durch speziellere Strukturprinzipien einzelner Sozialrechtsbereiche ausgeschlossen werden kann. Die für einen Ausschluss bisher vorgetragenen Strukturprinzipien (bspw. das Verbot von Hilfen für die Vergangenheit) überzeugen vielfach nicht.

Dennoch wird der Herstellungsanspruch dadurch nicht zu einem sozialrechtlichen „*Allheilmittel*“.³⁴³¹ Vielmehr ist genau zu prüfen, welche Anspruchsvoraussetzungen im Wege der Herstellung übersprungen werden müssten und ob diese Voraussetzungen in diesem der Herstellung disponibel sind; dies kann immer nur im Einzelfall über das Kriterium des „*an sich zulässigen*“ Amtshandeln überzeugend dargelegt werden.

³⁴³¹ Igl/Welti, SozR, § 76, Rn. 11.

Vergleichbare allgemeine Wertungen fehlen für die anderen Bereiche des Verwaltungsrechts. Es kann insofern nicht von einem Grundsatz der Herstellung ausgegangen werden. Eine Suche lediglich nach besonderen rechtlichen Ausschlussgründen ist daher bereits im Ansatz inhaltlich verfehlt. Da jedoch auch kein unbedingtes allgemeines Verbot jeglicher Herstellung besteht, kommt es für die Begründung weiterer Herstellungsansprüche auf die Regelungen des jeweils betroffene Fachrecht an. Dort wo die Regelungsziele des Gesetzes auch eine Herstellung umfassen, ist diese – beschränkt auf diesen Bereich – anzuwenden.

Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch bietet hierbei nur eine erste Orientierung, die sich von den sozialrechtlichen Besonderheiten trennen muss. Allgemein ist eine Herstellung überall dort angebracht, wo es aufgrund des staatlichen Fehlverhaltens planwidrig zu der Begründung eines Rechtsnachteils, statt zur Einräumung eines Vorteils kommt. Bei genauerer Untersuchung der Behandlung vergleichbarer Probleme durch Rechtsprechung und Literatur in anderen Bereichen des Verwaltungsrechts fällt auf, dass die Lösung oftmals der Anwendung eines Herstellungsanspruchs ähnelt. Die für diese Lösungen gegebenen Begründungen sind demgegenüber entweder unbefriedigend oder laufen inhaltlich ebenfalls auf die Maßgeblichkeit des einschlägigen Fachrechts hinaus. Dort, wo dieses Fachrecht zugunsten einer nachträglichen Rechtsrestitution auszulegen ist, überzeugt deshalb die Anwendung eines entsprechenden Herstellungsanspruchs.

Dies bedeutet allerdings nicht, dass jeder verwaltungsfehlerbedingte Rechtsnachteil über einen Herstellungsanspruch zu korrigieren wäre. Vielmehr kommen von vorneherein nur eingeschränkte Anwendungsbereiche in Betracht, da – anders als im Sozialrecht – kaum allgemeine Wertungen eines Rechtsgebietes eine grundsätzliche Herstellung für das gesamte Rechtsgebiet fordern. Zudem ist immer im Einzelfall die rechtliche Zulässigkeit des begehrten Amtshandelns zu überprüfen, damit der Herstellungsanspruch nicht zur beliebigen, allgemeinen „*Wunderlösung*“ für unvorteilhafte Situationen verkommt.

Die Möglichkeit eines Herstellungsanspruchs sollte allerdings stärker als Lösungsmöglichkeit bei der rechtlichen Beurteilung geeigneter Fälle mitbedacht werden. Das gegenwärtig vorherrschende unreflektierte Ablehnungsdogma gegenüber jeglicher Herstellung, nur weil sie über den Bereich des Sozialrechts hinausgeht, ist unbegründet. Stattdessen ist eine argumentative Auseinandersetzung mit der Möglichkeit einer Herstellung anhand der Besonderheiten der jeweils einschlägigen Regelungen geboten.

4. Kapitel:

Alternative Lösungsmöglichkeiten?

Die Ausführungen haben sich bisher überwiegend mit der Frage beschäftigt, ob bzw. wann die Anwendung eines Herstellungsanspruchs rechtlich zulässig bzw. geboten ist. Abschließend soll jedoch auch untersucht werden, ob es in den zulässigen Anwendungsfällen des Herstellungsanspruchs nicht trotzdem sinnvoller wäre, auf andere Rechtsinstitute zurückzugreifen. Denn der Herstellungsanspruch kann zwar eine zulässige Möglichkeit sein, um eine rechtliche Naturalrestitution in den Herstellungsfällen zu verwirklichen. Er muss deshalb aber nicht zeitgleich auch die (rechtlich bzw. praktisch) sinnvollste Möglichkeit darstellen, um die rechtlich gebotene Lösung zu verwirklichen.

A. Erweiterung des Aufopferungsanspruchs?

Schenke versucht, vorhandene Lücken des Staatshaftungsrechts durch den allgemeinen Aufopferungsgedanken zu schließen.³⁴³² Der richterrechtliche Aufopferungsanspruch könne auf alle einfach-rechtlichen subjektiven Rechtspositionen – über Art. 14 I, 2 II GG hinaus – ausgedehnt werden³⁴³³ und gewähre dem Geschädigten eine Entschädigung in Geld.³⁴³⁴ Für die Lösung der Herstellungsfälle hilft dieser Gedanke nicht weiter. Denn es soll keine Restitution dieser Rechte selbst ermöglicht werden. Eine Entschädigung in Geld für erlittene Rechtsbeeinträchtigungen hat bereits eine völlig andere Zielrichtung als der Herstellungsanspruch.

B. Folgebeseitigungsanspruch i.w.S.?

Statt einer Anwendung des Herstellungsanspruchs wird teilweise eine Ausdehnung des Folgebeseitigungsanspruchs auf die Herstellungsfälle – nach dem Vorbild des Herstellungsanspruchs – vorgeschlagen.³⁴³⁵ Ergebnis dieser Überlegungen ist ein neuartiger (weitreichender) Folgebeseitigungsanspruch. Sinnvoller erscheint es jedoch, den Herstellungsanspruch zusätzlich zum etablierten Fol-

³⁴³² *Schenke*, NJW 1991, 1777 ff.

³⁴³³ *Schenke*, NJW 1991, 1777, 1780 ff., 1786 ff.

³⁴³⁴ *Schenke*, NJW 1991, 1777, 1779 f.

³⁴³⁵ Etwa: *Wallerath*, DÖV 1987, 505, 515; *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, 434 ff.

genbeseitigungsanspruch in das allgemeine Verwaltungsrecht zu übertragen, weil es sich um zwei unterschiedliche Restitutionsansprüche handelt. Ansonsten drohen gesicherte Grenzen des Folgenbeseitigungsanspruchs verloren zu gehen, der bezogen auf Unterlassungspflichten stimmige und überzeugende Ergebnisse liefern kann. Es müsste dann allerdings der Schritt konsequent vollzogen werden, der bislang in Rechtsprechung und Literatur gescheut wird: Die Begrenzung des Folgenbeseitigungsanspruchs auf die Restitution von Unterlassungsansprüchen. Dieser Eingrenzungsschritt erscheint auch überfällig, da die Versuche, den Folgenbeseitigungsanspruch über diese Fälle hinausgehend zu erweitern,³⁴³⁶ bislang nicht in der dann notwendigen Konsequenz verfolgt worden sind.

Andere Autoren haben in Ablehnung jedes verwaltungsrechtlichen Herstellungsanspruchs versucht, zumindest für bestimmte Fälle die Rechtsfolge des Folgenbeseitigungsanspruchs analog §§ 242, 162 BGB zu einem „*Folgenbeseitigungsanspruch i.w.S.*“ zu erweitern.³⁴³⁷ Dieses Rechtsinstitut beinhaltet jedoch kein Mehrwert gegenüber einem Herstellungsanspruch – außer, dass es nicht „*Herstellungsanspruch*“ heißt.³⁴³⁸ Wenn die Rechtsfolge des Folgenbeseitigungsanspruchs (tatsächliche Wiederherstellung des status quo ante) zur rechtlichen Naturalrestitutionspflicht werden soll, sollte offen von dem anderen Anspruch gesprochen werden. Der Herstellungsanspruch ist rechtsdogmatisch weitaus greifbarer/berechenbarer als ein „*Folgenbeseitigungsanspruch i.w.S.*“. Schließlich steht der „*Folgenbeseitigungsanspruch i.w.S.*“ vor denselben rechtlichen Problemstellen,³⁴³⁹ erscheint in seinen Voraussetzungen nicht fassbar³⁴⁴⁰ und wirft gänzlich neue Probleme auf.³⁴⁴¹ Überhaupt läuft die Bezugnahme auf Treu und Glauben an einem entscheidenden Punkt vorbei: Sofern es nicht um

³⁴³⁶ Vgl. hierzu ausführlich: Kap. 1 E.II.2.B.aa. (a), (c).

³⁴³⁷ Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, § 25 VwVfG, Rn. 25; Hermann, in: Bader/Ronellenfötsch [Hg.] § 25 VwVfG, Rn. 23; Ziekow, § 25 VwVfG, Rn. 13; Müller-Grüne, Treu und Glauben im VerwR, S. 105, Fn. 207; wohl auch: Ritgen, in: Knack/Hennecke [Hg.], § 25 VwVfG, Rn. 23; kritisch: Hartmann, Öffentliches Haftungsrecht, S. 213 ff.

³⁴³⁸ Vgl. Kap. 3 B.III.1.b., c.

³⁴³⁹ Insbesondere das Erfordernis des „*an sich zulässigen*“ Amtshandelns oder die Subsidiarität treten in vergleichbarer Weise auch dann auf, wenn sie nicht so bezeichnet werden (vgl. BVerwG, Urt. v. 18.4.1997 – 8 C 38/95 = NJW 1997, 2966, 2969 ff.).

³⁴⁴⁰ So bleibt die Abgrenzung gänzlich nebulös, wann die Geltendmachung eines Nachteils bzw. eines Leistungshindernisses durch den Verwaltungsträger wegen eines vorausgegangenen hoheitlichen Fehlverhaltens möglich (/treumäßig) sein soll – und wann eine Geltendmachung wegen eines hoheitlichen Fehlverhaltens treuwidrig i.S.d. §§ 242, 162 BGB und damit ausgeschlossen ist.

³⁴⁴¹ Wenn der auf tatsächliche Restitution gerichtete Folgenbeseitigungsanspruch erweitert wird, müsste eigentlich auch eine tatsächliche Naturalrestitution geschuldet sein. Die Abgrenzung zum Schadensersatz (insbesondere aus verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen) ist dann kaum noch gegeben.

eine Ermessensentscheidung über den Nachteil geht, hat der rechtsgebundene Verwaltungsträger keinen Einfluss auf den (Nicht-) Eintritt des Nachteils. Der schlichte Hinweis auf Treuwidrigkeit bietet keine Erklärung dafür, warum keine gesetzliche Bindung an die nachteilhafte Bestimmung bestehen und es treuwidrig sein soll, dass der Verwaltungsträger diese anwendet. Der schlichte Verweis auf Treu und Glauben bleibt nichtssagend, wenn er nicht – wie beim Herstellungsanspruch – durch die einschlägigen Wertungen des Fachrechts näher präzisiert wird. Bevor daher ein neuartiges Rechtsinstitut für kaum nachvollziehbare spezielle Einzelfälle geschaffen wird, bietet sich der Rückgriff auf den Herstellungsanspruch an.

C. Treu und Glauben (§§ 242, 162 BGB analog)?

Mehrfach hat diese Ausarbeitung gezeigt, dass die allgemeinen Verwaltungsgerichte dort, wo die Sozialgerichte den Herstellungsanspruch anwenden, vergleichbare Lösungen in ähnlichen Konstellationen über einen Rückgriff auf den Grundsatz von Treu und Glauben (§§ 242, 162 BGB analog) erreichen. Insofern wird in der verwaltungsgerichtlichen Analogie zu §§ 242, 162 BGB vornehmlich eine Lösung gesehen, die dem Herstellungsanspruch „sogar überlegen“³⁴⁴² sei. Wie bereits im Zusammenhang mit dem „*Folgenbeseitigungsanspruch i.w.S.*“ ausgeführt, entfällt diese vermeintliche Überlegenheit jedoch bei genauerer Betrachtung.

Denn der Herstellungsanspruch und §§ 242, 162 BGB stellen gleichermaßen eine sekundäre Reaktion auf dieselbe Situation dar und stehen insofern vor denselben rechtlichen Schwierigkeiten.³⁴⁴³ Wenn unter denselben Voraussetzungen und Ausschlussgründen dieselben Rechtsfolgen erzielt werden, ist das Eingeständnis überfällig, dass es sich materiell-rechtlich längst um dieselbe Grundlage handelt (ob sie nun Herstellungsanspruch oder Treu und Glauben genannt wird).³⁴⁴⁴ In diesem Zusammenhang zeigt sich, dass der Herstellungsanspruch für die Herstellungsfälle inzwischen weitaus treffender ausgestaltet ist als die Generalklausel von Treu und Glauben. Nicht der allgemeine Rückgriff auf Treu und Glauben ist dem konkreter ausgestalteten Herstellungsanspruch überlegen,³⁴⁴⁵ es ist umgekehrt.³⁴⁴⁶

³⁴⁴² Pietzner/Müller, VerwArch. 85 [1994], 603, 621.

³⁴⁴³ Vgl. Kap. 1 E.II.2.d.bb.

³⁴⁴⁴ VG Bremen, Urt. v. 29.6.1995 – 2 A 463/93 = NVwZ-RR 1996, 272, 273.

³⁴⁴⁵ Anders ohne nähere Begründung: VG München, Urt. v. 15.7.2003 – M 5 K 02.4327.

³⁴⁴⁶ So auch: Hattstein, Betreuungspflichten, S. 244.

Diese Erkenntnis scheint sich – zumindest für den sozialrechtlichen Bereich – inzwischen auch in der Rechtsprechung des BVerwG abzuzeichnen. Während das OVG NRW die Anwendung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs noch mit der Begründung abgelehnt hat, dass Treu und Glauben (§§ 242, 162 BGB analog) ausreichen würde,³⁴⁴⁷ hat das BVerwG in demselben Jahr bereits den Herstellungsanspruch im BerRehaG angewandt, ohne überhaupt auf Treu und Glauben (§§ 242, 162 BGB analog) einzugehen.³⁴⁴⁸ Das VG Würzburg beschreitet dabei den richtigen Weg, wenn es formuliert: „Die allgemeinen Rechtsgrundsätze von Treu und Glauben haben, soweit es die Folgen etwaiger Verletzungen von Beratungs- und Hinweispflichten gegenüber Sozialleistungsempfängern betrifft, ihre nähere Ausprägung gerade in den oben genannten, von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zum sozialen Herstellungsanspruch gefunden. Für eine selbständige Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben darüber hinaus bzw. neben diesen genannten Grundsätzen zum sozialen Herstellungsanspruch ist hier kein Raum.“³⁴⁴⁹

D. Lösung über die Wiedereinsetzungsregelungen (§ 32 VwVfG/§ 27 SGB X)?

Für den Teilbereich der Herstellungsfälle, in dem eine Rechtsrestitution über die Fiktion eines fristgerechten Handelns des Bürgers erreicht werden soll, versucht die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit dieses Ergebnis über eine entsprechende Auslegung der Wiedereinsetzungsregelungen (§ 32 VwVfG/§ 27 SGB X) zu erreichen. Diese Konstruktion kommt von vorneherein nicht in Betracht, wenn mehr als die Einhaltung einer Frist fingiert werden muss. Insbesondere sind die §§ 32 VwVfG, 27 SGB X nicht anwendbar, wenn materiellrechtlich keine Frist vorliegt; bspw. weil nur die Zeitspanne zwischen Antragstellung und Leistungsbeginn bestimmt wird.³⁴⁵⁰ Sofern jedoch tatsächlich allein ein Fristversäumnis dem ursprünglich zulässigen Amtshandeln entgegensteht, scheint die Ausbildung eines eigenständigen Herstellungsanspruchs gegenüber §§ 32 VwVfG, 27 SGB X unnötig.

Die zusätzliche Anwendung des Herstellungsanspruchs bleibt aber auch hier sinnvoll, weil die §§ 32 VwVfG, 27 SGB X überhaupt nur mit einigem Ausle-

³⁴⁴⁷ OVG NRW, Urt. v. 14.12.2009 – 12 A 3325/08.

³⁴⁴⁸ BVerwG, Urt. 30.6.2011 – 3 C 36/10 = BVerwGE 140, 103, 108 ff.

³⁴⁴⁹ VG Würzburg, Urt. v. 19.7.2010 – W 3 K 10.204.

³⁴⁵⁰ BVerwG, Urt. 30.6.2011 – 3 C 36/10 = BVerwGE 140, 103, 106 f.; vgl. kritisch zu den konkreten Ausführungen bzgl. § 8 BerRehaG: Kap. 1 B.III.1.b.cc. (1).

gungsgeschick die Herstellungsfälle erfassen. Falls eine (materiell-rechtliche) Frist wegen eines hoheitlichen Fehlverhaltens von dem Bürger nicht eingehalten wurde, liegt regelmäßig ein unverschuldetes Fristversäumnis i.S.d. §§ 32 I VwVfG, 27 I SGB X vor.³⁴⁵¹ Die Zweiwochenfrist der §§ 32 II VwVfG, 27 II SGB X soll dann erst mit der Möglichkeit der Kenntniserlangung des Bürgers von seinen Rechten zu laufen beginnen. Der notwendige Wegfall des Hindernisses läge dabei in der Möglichkeit zur Kenntnisnahme.³⁴⁵² Ein derartiges Verständnis der §§ 32 II VwVfG, 27 II SGB X überzeugt für die Herstellungsfälle allerdings nicht. Der Bürger ist selten tatsächlich an einer fristgerechten Vorname so „*verhindert*“, dass der angeführte Hinderungsgrund ursächlich dafür ist,³⁴⁵³ dass er die Frist nicht einhalten konnte. Das eigentliche Hindernis tritt zudem erst durch den Fristablauf selbst ein, nachdem es tatsächlich/rechtlich nicht mehr möglich ist, bspw. einen entsprechenden Antrag rechtswirksam zu stellen. Bis zum Fristablauf ist der Bürger trotz des Fehlverhaltens nämlich gerade nicht tatsächlich oder rechtlich gehindert, das fragliche Verhalten rechtswirksam vorzunehmen und dadurch die fehlende Anspruchsvoraussetzung noch herbeiführen; er sieht nur keine Veranlassung dazu. Deshalb kann allenfalls die mangelnde subjektive Bereitschaft des Bürgers ein Hindernis i.S.d. §§ 32 VwVfG, 27 SGB X bilden. Selbst wenn dieser Fall in den Anwendungsbereich der Wiedereinsetzung miteingezogen wird,³⁴⁵⁴ ist die Gleichstellung mit den anderen Wiedereinsetzungsfällen nicht unproblematisch. Schließlich weisen diese anderen Fälle die Gemeinsamkeit auf, dass der Bürger subjektiv fristgerecht handeln möchte, aber durch äußere Umstände davon abgehalten wird – während für den Herstellungsfall kein entsprechender subjektiver Wille gegeben ist. Dieser Umstand, dass sich der Bürger letztlich selbst an der Fristwahrung hindert, ist damit für Wiedereinsetzungsfälle (zumindest) untypisch. Bezogen auf die subjektive Unkenntnis als Hindernis wirft dies außerdem die Frage auf, wann sie i.S.d. §§ 32 II VwVfG, 27 II SGB X weggefallen sein soll. Hierzu bereits auf die Möglichkeit zur Kenntnisnahme abzustellen und nicht auf die Kenntnisnahme selbst,³⁴⁵⁵ ist dann inkonsequent. Schließlich läuft die Wiedereinsetzungsfrist auch sonst nicht ab der Möglichkeit des Wegfalls eines Hindernisses, das tatsächlich bestehen bleibt.

³⁴⁵¹ Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs [Hg.], § 32 VwVfG, Rn. 26 m.w.N.

³⁴⁵² Vgl. hierzu insgesamt: BVerwG, Urt. v. 18.4.1997 – 8 C 38/95 = NJW 1997, 2966, 2968 ff.

³⁴⁵³ Vgl. Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs [Hg.], § 32 VwVfG, Rn. 13.

³⁴⁵⁴ Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs [Hg.], § 32 VwVfG, Rn. 26 m.w.N.

³⁴⁵⁵ Vgl. BVerwG, Urt. v. 18.4.1997 – 8 C 38/95 = NJW 1997, 2966, 2968 ff.

Des Weiteren hilft die Wiedereinsetzung in den Herstellungsfällen dem Bürger regelmäßig nicht weiter, wenn nicht zugleich die absolute Jahresfrist von – nur – einem Jahr ab Fristablauf (§§ 32 III VwVfG, 27 III SGB X) erweitert wird. Dies setzt voraus, dass dem Bürger ein fristgerechtes Verhalten infolge „*höherer Gewalt*“ i.S.d. §§ 32 III VwVfG, 27 III SGB X nicht möglich gewesen ist. Mit *höherer Gewalt* sind unstreitig stärkere Anforderungen gemeint als eine bloß verschuldensunabhängige Verursachung i.S.d. §§ 32 I VwVfG, 27 I SGB X.³⁴⁵⁶ Das BVerwG meint, dass diese Voraussetzung auch bei einer durch hoheitliches Fehlverhalten verursachten Unkenntnis gegeben sei.³⁴⁵⁷ Diese Einschätzung kann jedoch nicht für jeden Herstellungsfall überzeugen, weil nicht jedes Verwaltungsfehlverhalten als „*höhere Gewalt*“ betrachtet werden kann. Allgemein soll diese Formulierung in Anlehnung an § 233 I ZPO a.F. Naturereignisse und andere unabwendbare Zufälle umfassen.³⁴⁵⁸ Das BVerwG präzisiert dies für §§ 27 III SGB X, 32 III VwVfG dahingehend, dass das Ereignis zusätzlich einschränkend von außen auf die Sphäre des Bürgers einwirken müsste.³⁴⁵⁹ Die Annahme, dass jegliche fehlerhafte Rechtsanwendung von Verwaltungsträgern seitens des Bürgers nicht nur unverschuldet ist, sondern bereits auch „*höhere Gewalt*“ i.S.d. § 27 III SGB X darstelle, überzeugt an diesen hohen Maßstäben gemessen nicht.

Auf diese Weise wird in die §§ 32 VwVfG, 27 SGB X eine Unterscheidung nach rechtmäßigem und rechtswidrigem hoheitlichen Vorverhalten übernommen, die die Wiedereinsetzungsregelungen überfrachtet. Schließlich ist es für die §§ 32 VwVfG, 27 SGB X gerade typisch, dass sie nicht auf eine solche Ursachenunterscheidung des Fristversäumnisses nach rechtswidrigem Verwaltungsverhalten abzielen. Diese Lösungsversuche sind durchdrungen von der Fehlvorstellung, dass die Wiedereinsetzungsregelungen auch eine abschließende Regelung für die Folgen hoheitlichen Fehlverhaltens enthielten,³⁴⁶⁰ was die Notwendigkeit mit sich bringt, auch diese Fälle durch eine entsprechende Auslegungsanpassung der Wiedereinsetzungsvorschriften doch noch zu fassen. Eine überzeugendere Lösung bietet demgegenüber die Anwendung eines Herstellungsanspruchs.

³⁴⁵⁶ Vgl. BVerwG, Urt. v. 11.5.1979 – 6 C 70/78 = NJW 1980, 1480, 1480 f.; *Kallerhoff*, in: Stelkens/Bonk/Sachs [Hg.], § 32 VwVfG, Rn. 1, 41.

³⁴⁵⁷ Vgl. hierzu insgesamt: BVerwG, Urt. v. 18.4.1997 – 8 C 38/95 = NJW 1997, 2966, 2968 ff.

³⁴⁵⁸ BVerwG, Urt. v. 11.5.1979 – 6 C 70/78 = NJW 1980, 1480, 1480 f.

³⁴⁵⁹ BVerwG, Urt. v. 29.4.2004 – 3 C 27/03 = NVwZ 2004, 995, 996.

³⁴⁶⁰ Hierzu ausführlich: Kap. 1 B.III.1.b.cc. (2); Kap. 2 B.III.3.a.aa.

E. Kapitelergebnis

Die alternativen Lösungsmöglichkeiten, mit denen in den Herstellungsfällen vergleichbare Lösungen erreicht werden können, sind der unmittelbaren Anwendung/Ausbildung eines Herstellungsanspruchs unterlegen. Es existiert demnach keine befriedigende Alternativlösung zu einer offenen Anwendung eines Herstellungsanspruchs, wenn Rechtsnachteile mittels desselben Amtshandelns korrigiert werden sollen, zu dem es ohne ein hoheitliches Fehlverhalten gekommen wäre.

Fazit

Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, dass der sozialrechtliche Herstellungsanspruch per se keine verallgemeinerungsfähige Grundlage besitzt. Insbesondere ist der (sozialrechtliche) Herstellungsanspruch in seiner konkreten Gestalt nicht bereits durch die Verfassung vorgegeben. Die Vorstellung eines allgemeinen oder verwaltungsrechtlichen Herstellungsanspruchs überzeugt daher nicht. Genauso wenig leuchtet allerdings auch die überwiegende Ablehnung jedes Herstellungsanspruchs – außer einem genuin sozialrechtlichen – ein. Ob eine Rechtsfortbildung i.S. eines Herstellungsanspruchs notwendig ist, um ein Rechtsgebiet in sich normativ widerspruchsfrei zu halten, kann nur anhand des konkreten Rechtsgebietes selbst entschieden werden. Neben dem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch sind andere fachrechtsspezifische Herstellungsansprüche denkbar und teilweise auch notwendig. Die eingangs gestellte Frage, ob bei der Begründung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs auf das sozialrechtsspezifische Element verzichtet werden kann, ist daher zu verneinen. Allerdings schließt dies nicht aus, dass andere rechtsbereichsspezifische Elemente ebenfalls die Begründung eines Herstellungsanspruchs fordern. In diesem Sinne ist der (sozialrechtliche) Herstellungsanspruch eingeschränkt verallgemeinerungsfähig.

Bei einem Herstellungsanspruch handelt es sich um einen sekundären Restitutionsanspruch, dessen rechtsdogmatisches Fundament überwiegend auf der Ebene des einfachen Rechts liegt. Insofern entscheidet der (einfache) Gesetzgeber in weitem Maße frei über die Zulässigkeit einer Herstellung. Ein Herstellungsanspruch ist damit nur dort denkbar, wo dem Gesetz entnommen werden kann, dass es statt der Begründung eines Rechtsnachteils (bspw. Verlust von Rechtsansprüchen, Verlust eines Steuervorteils, Nichtversetzung zum Ende eines Schuljahres, Nichternennung zum Beamten auf Probe, etc.), zu denselben Amtshandlungen kommen soll, zu denen es ohne das behördliche Fehlverhalten gekommen wäre.

Aus dem Umstand, dass für dieses Amtshandeln bestimmte Voraussetzungen – wegen des behördlichen Fehlverhaltens – nicht eingehalten sind (bspw. eine frühere Antragstellung oder Geltendmachung seitens des Bürgers), wird vielfach abgeleitet, dass sich der Gesetzgeber dann gegen eine solche Herstellung ausgesprochen habe. Die Herstellung bedeute dann einen unzulässigen Gesetzesverstoß. Diese weitverbreitete Vorstellung konnte einer kritischen Überprüfung nicht standhalten. Zunächst müsste dann auch ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch abgelehnt werden, da auch dieser Anspruch vor derselben Problematik steht. Soweit wollen allerdings nur wenige Stimmen gehen. Des

Weiteren verkennt diese Sichtweise vorschnell, dass sie – einem überholten Gesetzesverständnis folgend – den gesetzlichen Regelungswillen mit dem Gesetzeswortlaut und der Erfüllung der Wortlautvoraussetzungen gleichsetzt. Richtigerweise müsste den gesetzlichen Regelungszweck erforschend gefragt werden, ob dem gesetzgeberischen Willen dadurch entsprochen wird, dass der Bürger so – nachteilhaft – behandelt wird, wie es der Gesetzeswortlaut nahelegt. Oder ob dem Gesetz nicht vielmehr erst dadurch entsprochen wird, dass der Bürger (nachträglich) noch das – vorteilhafte – Amtshandeln erfährt, zu dem es ohne das Fehlverhalten gekommen wäre.

Eine einseitige Fokussierung auf die Gesetzeswortlautgetreue Rechtsanwendung übersieht daher die Tatsache, dass in einem Herstellungsfall diese Gesetzesbestimmungen überhaupt nicht anwendbar wären, wenn eine andere Gesetzesbestimmung (bspw. ein Betreuungsrecht) nicht zuvor seitens der Verwaltung missachtet worden wäre. Der Bürger fiel nicht unter die nachteilhafte Regelung und wird daher ggf. nur planwidrig von ihr erfasst. Andererseits droht eine zu starke Orientierung an einer früheren Rechtsverletzung zu übersehen, dass der Gesetzgeber möglicherweise einen Grund hat, auch den Fall einer Rechtsverletzung mit der nachteilhaften Regelung – planmäßig – zu erfassen. Auch wenn der Bürger ursprünglich vor der nachteilhaften Regelung geschützt werden sollte, will der Gesetzgeber ihn nun doch in die Regelung einbeziehen. Der Herstellungsanspruch versucht, zwischen diesen Rechtsanwendungsgefahren einen praktikablen und nachvollziehbaren Ausgleich zu verwirklichen. Trotz einzelner Abgrenzungsschwierigkeiten wird dies an dem Erfordernis eines „*an sich (un)zulässigen*“ Amtshandelns besonders deutlich.

Den Ausgangspunkt weiterer Überlegungen zur Anwendbarkeit eines Herstellungsanspruchs bildet dabei die Erkenntnis, dass der maßgebliche gesetzgeberische Regelungswille bzgl. eines Einzelfalles nicht mit der gesetzlichen Wortlautlösung übereinstimmen muss, wenn die Möglichkeit dieser Rechtsanwendung gerade durch rechtswidriges Verwaltungsverhalten herbeigeführt wurde. Die Arbeit hat gezeigt, dass erst in Ansehung des betroffenen Regelungszusammenhangs ermittelt werden kann, welche Rechtsfolgen im Einzelfall dem gesetzlichen Regelungszweck entsprechen.

Für den Bereich des Sozialrechts bestätigen allgemeine Regelungsziele die Notwendigkeit einer Korrekturmöglichkeit, um das Sozialrecht in sich widerspruchsfrei zu halten. Hierfür sprechen insbesondere das übergeordnete Ziel der möglichst weitgehenden Verwirklichung der sozialen Rechte des Bürgers (§ 2 II SGB I) und die dementsprechend außergewöhnlich weitreichenden Rücknahmepflichten sogar bei rechtswidrigen Verwaltungsakten (§ 44 SGB X). Es über-

zeugt deshalb, von einer allgemeinen sozialrechtlichen Zulässigkeit des Herstellungsanspruchs ausgehend, zu untersuchen, ob ausnahmsweise die rechtliche Unzulässigkeit einer Herstellung aus fallübergreifenden besonderen Strukturprinzipien einzelner Sozialrechtsbereiche oder den Besonderheiten des Einzelfalles folgt. Die hierfür angeführten Ausschlussbegründungen im Bereich der Sozialhilfe i.w.S. (SGB XII, SGB II), der Kinder- und Jugendhilfe (SGB VIII), der Ausbildungsförderung (BAföG) und des Wohngeldrechts (WoGG) rechtfertigen jedenfalls nicht die Annahme, dass der Gesetzgeber in diesen Bereichen von der allgemeinen sozialrechtlichen Zulässigkeit der Herstellung abgerückt wäre. Für das Unterhaltsvorschussrecht (UVG) überzeugt die Annahme einer Unzulässigkeit hingegen, soweit es sich um sog. Unterhaltsausfallleistungen handelt.

Für andere Bereiche des Verwaltungsrechts existiert keine vergleichbare normative Vorentscheidung zugunsten eines Herstellungsanspruchs. Vielmehr muss untersucht werden, ob sich die normative Notwendigkeit einer Rechtsfortbildung zugunsten eines Herstellungsanspruchs erst aus besonderen Strukturprinzipien einzelner Verwaltungsrechtsbereiche oder den Besonderheiten des Einzelfalles ergibt. Sofern das Bundesverwaltungsgericht mit einer „besehenen“ Ausdehnung des Herstellungsanspruchs auf andere Verwaltungsrechtsbereiche,³⁴⁶¹ eine solche vorsichtige Rechtsfortbildung unter genauer Auslegung der betroffenen Regelungszwecke meint, ist dem Gericht zuzustimmen. Nicht entscheidend ist hingegen, ob die fragliche Rechtsmaterie eine inhaltliche Nähe zum Sozialversicherungsrecht aufweist; insbesondere, ob Zwangsmitgliedschaften oder beitragsfinanzierte Dauerleistungen gegeben sind. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob ein Fall der sozialen Existenzsicherung vorliegt. Ob der Einzelfall Mitleid auslöst oder ein Ergebnis hart erscheint, ist als rein rechtspolitische Erwägung ebenfalls bedeutungslos. Die irgendwie geartete soziale Zielsetzung eines Regelungswerkes kann insofern auch nicht ausreichen. Es bedarf vielmehr konkreter rechtlicher Ansatzpunkte, um einen Herstellungsanspruch rechtsdogmatisch begründen zu können.

Dass keine allgemeine Übereinstimmung aller Verwaltungsrechtsgebiete hinsichtlich der Anwendbarkeit eines Herstellungsanspruchs erzielt werden kann, ist wenig überraschend. Vielmehr ist dies eine Folge der großen inhaltlichen Heterogenität der Verwaltungsrechtsmaterien. Es wäre vielmehr umgekehrt wenig überzeugend, wenn sämtliche Verwaltungsrechtsbereiche trotz ihrer unterschiedlichen Regelungen und Regelungsziele ausgerechnet in der Herstellungsfrage übereinstimmen würden (bspw. das Ausländerrecht und die Regelungen bzgl. der Genehmigung des Betriebs einer Kernkraftanlage).

³⁴⁶¹ Vgl. BVerwG, Urt. v. 30.6.2011 – 3 C 36/10 = BVerwGE 140, 103, 107.

Die nähere exemplarische Untersuchung einzelner Anwendungsmöglichkeiten hat gezeigt, dass Rechtspraxis und Literatur in zahlreichen Fällen, in denen auch ein Herstellungsanspruch in Betracht käme, längst Lösungen befürworten, die an eine Anwendung eines Herstellungsanspruchs erinnern (sowohl im Ergebnis als auch in der Formulierung). Wenn ein Rechtsgebiet aber so ausgelegt wird, dass dieselben Amtshandlungen vorgenommen werden müssen, zu denen es ohne ein behördliches Fehlverhalten gekommen wäre, ist die offene Anwendung eines Herstellungsanspruchs anderen Begründungsversuchen überlegen. Sowohl ein Folgenbeseitigungsanspruch i.w.S., der Rückgriff auf Treu und Glauben (§§ 242, 162 BGB analog), das Rechtsstaatsprinzip oder Art. 3 I GG gelangen zu denselben Problemstellen und müssen erklären, warum statt des Wortlautergebnisses des Gesetzes eine andere Rechtsfolge gefunden werden darf. Die einzige überzeugende Begründung führt zu denselben Überlegungen, die für den Herstellungsanspruch angestellt werden. Allerdings gibt der Herstellungsanspruch diesen Gedankenprozessen eine bereits weiter entwickelte und transparentere Form. Die Angst, offen von einem Herstellungsanspruch zu sprechen, während in anderer Terminologie dieselben Ergebnisse befürwortet werden, ist nicht nachvollziehbar.

Allerdings darf ein Herstellungsanspruch deshalb nicht vorschnell als Allheil-/Wundermittel missverstanden werden, mit dem gefällige Ergebnisse in einer beliebigen Vielzahl von Fällen erreicht werden können. Tatsächlich ist der potenzielle Anwendungsbereich des subsidiären Herstellungsanspruchs weitaus geringer als oftmals befürchtet. Ein Herstellungsanspruch ist nur dort anwendbar, wo nicht über § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG durch Kompensation in Geld ausgleichbare sozialrechtliche Nachteile bestehen, die sich auch nicht im Erlass eines rechtswidrigen, angreifbaren Verwaltungsakt zusammenfassen lassen und die Rechtsvoraussetzungen, die übersprungen werden sollen, im Wege der Herstellung dispositiv sind. Die Bedeutung des Herstellungsanspruchs im Bereich der Eingriffsverwaltung, wo Rechtsnachteile regelmäßig durch einen belastenden Verwaltungsakt begründet werden, ist daher gering.

Für die verbleibenden Fälle sollten die Rechtswissenschaft und die Rechtsprechungspraxis in Zukunft die Möglichkeit eines Herstellungsanspruchs offen diskutieren. Die unbegründete Wiederholung vermeintlicher Dogmen des Verwaltungsrechts trägt nicht zur überzeugenden Lösung der einschlägigen Fälle bei. Ob mit der jüngsten Rechtsprechung des BVerwG tatsächlich bereits eine ernsthaftere Auseinandersetzung mit dem Herstellungsanspruch angestoßen wurde, wird erst die zukünftige Rechtsprechungspraxis zeigen können.

Literaturverzeichnis

- Adolf, Hans-Peter*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, München 1991 (zit.: *Adolf*, Herstellungsanspruch, S.)
- Ahrens, Michael*, Staatshaftungsrecht, Heidelberg 2012 (zit.: *Ahrens*, StHR, Rn.)
- Amberg, Irmgard*, Divergierende höchstrichterliche Rechtsprechung, Berlin 1998 (zit.: *Amberg*, Divergierende Rechtsprechung, S.)
- Ancker, Bernt*, Auskünfte durch die Verwaltung, Pflichtenentstehung und Leistungsstörung, Hamburg 1970 (zit.: *Ancker*, Auskünfte durch die Verwaltung, S.)
- Arndt, Hans-Wolfgang*, Auslegung und Auslegungsrichtlinie – zur Interpretationsmaxime weitgehender Verwirklichung sozialer Rechte in § 2 Abs. 2 SGB-AT, in: SGB 1979, S. 406 ff. (zit.: *Arndt*, SGB 1979, 406, S.)
- Aulehner, Josef*, Grundrechte und Gesetzgebung, Tübingen 2011 (zit.: *Aulehner*, Grundrechte und Gesetzgebung, S.)
- Axer, Peter*, Primär- und Sekundärrechtsschutzes im öffentlichen Recht, in: DVBl. 2001, S. 1322 ff. (zit.: *Axer*, DVBl. 2001, 1322, S.)
- Axler, Heinz*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch – Hinweise für die Praxis in den Arbeitsämtern, in: AuB 1992, S. 193 ff. (zit.: *Axler*, AuB 1992, 193, S.)
- Bach, Markus*, Das Analogieverbot im Verwaltungsrecht, Berlin 2011 (zit.: *Bach*, Das Analogieverbot im Verwaltungsrecht, S.)
- Bachof, Otto*, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, in: JZ 1966, S. 642 ff. (zit.: *Bachof*, JZ 1966, 642, S.)
- Bachof, Otto*, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung – Zugleich eine Untersuchung über den öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch nach Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes, 2. Aufl., Tübingen 1968 (zit.: *Bachof*, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, S.)
- Bachof, Otto*, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Bd. I, Tübingen 1964 (zit.: *Bachof*, Rechtsprechung des BVerwG, S.)
- Bachof, Otto*, Zu Fragen des Folgenbeseitigungsanspruchs, in: DÖV 1971, S. 859 ff. (zit.: *Bachof*, DÖV 1971, 859, S.)
- Bader, Johann/Ronellenfitsch, Michael* [Hrsg.], BeckOK VwVfG, München, Edition 27, Stand: 1.4.2015 (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOK, §, Rn.)

- Bader, Johann/Ronellenfitsch, Michael* [Hrsg.], *Verwaltungsverfahrensgesetz: VwVfG Kommentar*, München 2010 (zit.: *Bearbeiter*, in: Bader/Ronellenfitsch [Hg.], §, Rn.)
- Badura, Peter*, Eigentumsordnung, in: *Sozialrechtsprechung – Verantwortung für den sozialen Rechtsstaat*, Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts, Bd. II, hrsg. von Zacher, Hans F., Köln 1979, S. 673 ff. (zit.: *Badura*, in: Zacher [Hg.], FS zum 25jährigen Bestehen des BSG, Bd. II, S. 673, S.)
- Badura, Peter*, *Staatsrecht – Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, 5. Aufl., München 2012 (zit.: *Badura*, StaatsR, Kap., Rn.)
- Baldus, Manfred/Grzeszick, Bernd/Wienhues, Sigrid*, *Staatshaftungsrecht – Das Recht der öffentlichen Ersatzleistungen*, 3. Aufl., Heidelberg 2009 (zit.: *Bearbeiter*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, StHR, Rn.)
- Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert* [Hrsg.], *BeckOK BGB*, München, Edition 35, Stand: 1.5.2015 (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOK, §, Rn.)
- Barta, Heinz*, Kausalität im Sozialrecht – Entstehung und Funktion der sogenannten Theorie der wesentlichen Bedingung; Analyse der grundlegenden Judikatur des Reichsversicherungsamtes in Unfallversicherungssachen (1884 – 1914) – Der Weg vom frühen zivilen, industriell/gewerblichen Haftpflichtrecht zur öffentlichrechtlichen Gefährdungshaftung der Arbeiter(unfall)versicherung, Bd. 1 – 2, Berlin 1985 (zit.: *Barta*, Kausalität im Sozialrecht, Bd., S.)
- Battis, Ulrich*, *Bundesbeamtenengesetz: BBG*, 4. Aufl., München 2009 (zit.: *Battis*, §, Rn.)
- Bauer, Michael*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch aus der Sicht der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: *Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch/6. Sozialrechtslehrertagung 23. bis 25. März 1994 in Bayreuth*, hrsg. von Schulin, Bertram für Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes e.V. (SDSRV), Bd. 39, Wiesbaden 1994, S. 59 ff. (zit.: *Bauer*, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 59, S.)
- Baumeister, Arno*, Der Folgenbeseitigungsanspruch unter besonderer Berücksichtigung des Versagungsakts und der Untätigkeit der Verwaltung, Würzburg 1972 (zit.: *Baumeister*, Folgenbeseitigungsanspruch, S.)
- Baur, Jürgen Fritz/Stürner, Rolf*, *Sachenrecht*, 18. Aufl., München 2009 (zit.: *Baur/Stürner*, SachenR, §, Rn.)
- Beaucamp, Guy/Treder, Lutz*, *Methoden und Technik der Rechtsanwendung*, 2. Aufl., Heidelberg 2011 (zit.: *Beaucamp/Treder*, Methoden, Rn.)
- Becker, Ulrich/Kingreen, Thorsten* [Hrsg.], *SGB V – Gesetzliche Krankenversicherung*, 3. Aufl., München 2012 (zit.: *Bearbeiter*, in: Becker/Kingreen [Hg.], §, Rn.)
- Benda, Ernst/Klein, Eckert*, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl., Heidelberg 2011 (zit.: *Benda/Klein*, VerfProzessR, Rn.)

- Bender, Bernd*, Folgenbeseitigungsanspruch auf Wiederherstellung eines rechtswidrig zerstörten Bauwerks?, in: VBIBW 1990, S. 223 ff. (zit.: *Bender*, VBIBW 1990, 223, S.)
- Bender, Bernd*, Staatshaftungsrecht. Auf der Grundlage des Staatshaftungsgesetzes, 3. Aufl., Heidelberg 1984 (zit.: *Bender*, StHR, Rn.)
- Benz, Manfred*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, in: BG 1987, S. 31 ff. (zit.: *Benz*, BG 1987, 31, S.)
- Bergbohm, Carl*, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Berlin 1892 (zit.: *Bergbohm*, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, S.)
- Bertrams, Michael*, Zusammenlegung von Verwaltungs- und Sozialgerichtsbarkeit – jetzt!, in: NJW-Editorial, Heft 6/2006 (zit.: *Bertrams*, NJW-Editorial, Heft 6/2006)
- Bethge, Herbert/Detterbeck, Steffen*, Examensklausur öffentliches Recht – Das folgenschwere Bardepot, in: JURA 1991, S. 550 ff. (zit.: *Bethge/Detterbeck*, JURA 1991, 550, S.)
- Bettermann, Karl August*, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte. Dritter Band / 2. Halbband, hrsg. von Bettermann, Karl August/Nipperdey, Hans Carl/Neumann, Franz, Heidelberg 1959 (zit.: *Bettermann*, in: *Bettermann/Nipperdey/Neumann* [Hg.], HB GR, Bd. III/2, S. 779, S.)
- Bettermann, Karl August*, Die rechtsprechende Gewalt, in: Handbuch des Staatsrechts, Band III: Demokratie – Bundesorgane, hrsg. von Isensee, Josef/Kirchhof, Paul, 3. Aufl., Heidelberg 2005 (zit.: *Bettermann*, in: *Isensee/Kirchhof* [Hg.], HdStR, Bd. III, § 73, Rn.)
- Bettermann, Karl August*, Zur Lehre vom Folgenbeseitigungsanspruch, in: DÖV 1955, S. 528 ff. (zit.: *Bettermann*, DÖV 1955, 528, S.)
- Bieback, Karl-Jürgen*, Besprechung von BSG 11/RA 68/83 v. 13.12.1984, in: SGB 1986, S. 36 ff. (zit.: *Bieback*, SGB 1986, 36, S.)
- Bieback, Karl-Jürgen*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch als Institut staatlicher Haftung für rechtswidriges Verwaltungshandeln, in: DVBl. 1983, S. 159 ff. (zit.: *Bieback*, DVBl. 1983, 159, S.)
- Bieback, Karl-Jürgen*, Grundlagen und Schranken des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs, in: SGB 1990, S. 517 ff. (zit.: *Bieback*, SGB 1990, 517, S.)
- Birk, Dieter*, Steuerrecht, 15. Aufl., Heidelberg 2012 (zit.: *Birk*, SteuerR, Rn.)
- Bleckmann, Albert*, Staatsrecht II – Die Grundrechte, 4. Aufl., Köln 1997 (zit.: *Bleckmann*, StaatsR II, §, Rn.)
- Bley, Helmar/Kreikebohm, Ralf/Marschner, Andreas*, Sozialrecht, 9. Aufl., Köln 2007 (zit.: *Bley/Kreikebohm/Marschner*, SozR, Rn.)

- Boecken, Winfried*, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Organisationsreform der gesetzlichen Rentenversicherung nach Maßgabe der Diskussionsgrundlage der Sozialpartner, in: DRV 1999, S. 714 ff. (zit.: *Boecken*, DRV 1999, 714, S.)
- Bogs, Harald*, Sozialversicherungsrechtlicher Schadensausgleich im Staatshaftungssystem – Zum richterrechtlichen Institut der Herstellung der vollen Versicherungsanwartschaft bei Informationsfehlern der Verwaltung gegenüber Versicherten, in: Sozialrechtsprechung – Verantwortung für den sozialen Rechtsstaat, Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts, Bd. I, hrsg. von Zacher, Hans F., Köln 1979, S. 149 ff. (zit.: *Bogs*, in: Zacher [Hg.], FS zum 25jährigen Bestehen des BSG, Bd. I, 149, S.)
- Borchert, Günter*, Sozialrechtlicher Herstellungsanspruch aufgrund missverständlicher Presseverlautbarungen?, in: NZS 2002, S. 176 ff. (zit.: *Borchert*, NZS 2002, 176, S.)
- Broß, Siegfried*, Zum Anwendungsbereich des Anspruchs auf Folgenbeseitigung, in: VerwArch. 76 (1985), S. 217 ff. (zit.: *Broß*, VerwArch. 76 [1985], 217, S.)
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich*, Allgemeines Schuldrecht, 37. Aufl., München 2013 (zit.: *Brox/Walker*, SchuldR AT, §, Rn.)
- Brugger, Winfried*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch – Wildwuchs oder Baustein im System der Staatshaftung für rechtswidriges Verwaltungshandeln?, in: AöR 112 (1987), S. 389 ff. (zit.: *Brugger*, AöR 112 [1987], 389, S.)
- Brugger, Winfried*, Gestalt und Begründung des Folgenbeseitigungsanspruchs, in: JuS 1999, S. 625 ff. (zit.: *Brugger*, JuS 1999, 625, S.)
- Bühler, Christoph*, Das Grundprinzip des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs in der Rentenversicherung, in: RV 1993, S. 8 ff. (zit.: *Bühler*, RV 1993, 8, S.)
- Bühler, Christoph*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, in: Mitteilungen LVA Württemberg 1984, S. 201 ff. (zit.: *Bühler*, Mitt LVA Württemberg 1984, 201, S.)
- Bumke, Christian*, Der Folgenbeseitigungsanspruch, in: JuS 2005, S. 22 ff. (zit.: *Bumke*, JuS 2005, 22, S.)
- Bydlinski, Franz*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien 1991 (zit.: *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, S.)
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971 (zit.: *Canaris*, Vertrauenshaftung, S.)
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl., Berlin 1983 (zit.: *Canaris*, Feststellung von Lücken, S.)
- Christensen, Ralph*, Richterrecht – rechtsstaatlich oder pragmatisch? Zum Streit um die Sicht des Richterrechts in der strukturierenden Rechtslehre, in: NJW 1989, S. 3194 ff. (zit.: *Christensen*, NJW 1989, 3194, S.)

- Classen, Claus Dieter*, Gesetzesvorbehalt und Dritte Gewalt – Zur demokratischen Legitimation der Rechtsprechung, in: JZ 2003, S. 693 ff. (zit.: *Classen*, JZ 2003, 693, S.)
- Conradis, Wolfgang*, Die Durchbrechung bestandskräftiger belastender Verwaltungsakte – insbesondere § 44 SGB X, in: ASR 2010, S. 249 ff. (zit.: *Conradis*, ASR 2010, 249, S.)
- Creifelds, Carl/Weber, Klaus* [Hrsg.], Rechtswörterbuch, 20. Aufl., München 2011 (zit.: *Creifelds*, Rechtswörterbuch)
- Crome, Malte*, Hartz IV – Rechte erfolgreich durchsetzen: Ein Leitfaden für Sozialberater, 2. Aufl., Freiburg 2013 (zit.: *Crome*, Hartz IV, S.)
- Danwerth, Christopher*, Die prägenden Thesen und Ideen des Georg Jellinek (1851-1911), in: JuS 2011, S. 406 ff. (zit.: *Danwerth*, JuS 2011, 406, S.)
- de Wall, Heinrich*, Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht – Dargestellt anhand der privatrechtlichen Regeln über Rechtsgeschäfte und anhand des Allgemeinen Schuldrechts, Berlin 1999 (zit.: *de Wall*, Anwendbarkeit im Verwaltungsrecht, S.)
- Detterbeck, Steffen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl., München 2012 (zit.: *Detterbeck*, AllgVerwR, Rn.)
- Detterbeck, Steffen/Windthorst, Kay/Sproll, Hans-Dieter*, Staatshaftungsrecht, München 1999 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, StHR, §, Rn.)
- Diener, Klaus*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, in: Mitteilungen LVA Oberfranken 1981, S. 439 ff. (zit.: *Diener*, Mitt LVA Oberfranken 1981, 439, S.)
- Diering, Björn/Timme, Hinnerk/Waschull, Dirk* [Hrsg.], Sozialgesetzbuch X Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz, 2. Aufl., Baden-Baden 2007 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Diering/Timme/Waschull* [Hg.], §, Rn.)
- Dillmann, Franz*, Sozialhilfe und Verfahren – Ein nicht immer harmonisches Paar, in: DVP 2011, S. 90 ff. (zit.: *Dillmann*, DVP 2011, 90, S.)
- Dorn, Christian*, Justizgewähranspruch und Grundgesetz: Ein Beitrag zum Verständnis des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Berlin 2005 (zit.: *Dorn*, Justizgewähranspruch und Grundgesetz, S.)
- Dreier, Horst* [Hrsg.], GG- Kommentar, Band I: Präambel, Art. 1 – 19, 3. Aufl., Tübingen 2013 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Dreier* [Hg.], Bd. I, Art., Rn.)
- Dreier, Horst* [Hrsg.], GG- Kommentar, Band II: Art. 20 – 82, 2. Aufl., Tübingen 2006 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Dreier* [Hg.], Bd. II, Art., Rn.)
- Dreier, Horst* [Hrsg.], GG- Kommentar, Band III: Art. 83 – 146, 2. Aufl., Tübingen 2008 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Dreier* [Hg.], Bd. III, Art., Rn.)
- Dreier, Ralf*, Zum Begriff der „Natur der Sache“, Berlin 1965 (zit.: *Dreier*, Zum Begriff der „Natur der Sache“, S.)

- Durner, Wolfgang*, Grundfälle zum Staatshaftungsrecht [Teil 1], in: JuS 2005, S. 793 ff. (zit.: *Durner*, JuS 2005, 793, S.)
- Durner, Wolfgang*, Grundfälle zum Staatshaftungsrecht [Teil 2], in: JuS 2005, S. 900 ff. (zit.: *Durner*, JuS 2005, 900, S.)
- Durner, Wolfgang*, Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen des Richterrechts, in: JA 2008, S. 7 ff. (zit.: *Durner*, JA 2008, 7, S.)
- Ebel, Friedrich/Thielmann, Georg*, Rechtsgeschichte: Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit, 3. Aufl., Heidelberg 2003 (zit.: *Ebel/Thielmann*, Rechtsgeschichte, Rn.)
- Ebsen, Ingwer*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch – ein Beispiel geglückter richterlicher Rechtsfortbildung?, in: DVBl. 1987, S. 389 ff. (zit.: *Ebsen*, DVBl. 1987, 389, S.)
- Ebsen, Ingwer*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch – eine fortdauernde Herausforderung der Rechtsdogmatik, in: VSSR 1992, S. 149 ff. (zit.: *Ebsen*, VSSR 1992, 149, S.)
- Ebsen, Ingwer*, Gesetzesbindung und ‚Richtigkeit‘ der Entscheidung, Berlin 1974 (zit.: *Ebsen*, Gesetzesbindung und ‚Richtigkeit‘ der Entscheidung, S.)
- Eckert, Lutz*, Leistungsstörungen in verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen, in: DVBl. 1962, S. 11 ff. (zit.: *Eckert*, DVBl. 1962, 11, S.)
- Eichenhofer, Eberhard*, Soziale Rechte im Sozialgesetzbuch, in: SGB 2011, S. 301 ff. (zit.: *Eichenhofer*, SGB 2011, 301, S.)
- Eichenhofer, Eberhard*, Sozialrecht, 6. Aufl., Tübingen 2007 (zit.: *Eichenhofer*, SozR, Rn.)
- Eicher, Wolfgang* [Hrsg.], SGB II – Grundsicherung für Arbeitsuchende, 3. Aufl., München 2013 (zit.: *Bearbeiter*, in: Eicher [Hg.], §, Rn.)
- Eicher, Wolfgang/Spellbrink, Wolfgang* [Hrsg.], SGB II – Grundsicherung für Arbeitsuchende, 2. Aufl., München 2008 (zit.: *Bearbeiter*, in: Eicher/Spellbrink [Hg.], 2. Aufl., §, Rn.)
- von Einem, Hans-Jörg*, Das Verhältnis des § 44 SGB X zu § 839 BGB/Art 34 GG, in: SozVers 1986, S. 281 ff. (zit.: *von Einem*, SozVers 1986, 281, S.)
- von Einem, Hans-Jörg*, Das Verhältnis des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs zur Rücknahme eines Verwaltungsaktes nach § 44 SGB X, in: SozVers 1982, S. 1 ff. (zit.: *von Einem*, SozVers 1982, 1, S.)
- von Einem, Hans-Jörg*, Herstellungsanspruch bei Versäumnis einer Ausschlußfrist?, in: Die Rentenversicherung 1986, S. 134 ff. (zit.: *von Einem*, RV 1986, 134, S.)
- Eisenhardt, Ulrich*, Deutsche Rechtsgeschichte, 5. Aufl., München 2008 (zit.: *Eisenhardt*, Rechtsgeschichte, Rn.)
- Eisenreich, Albrecht/Ludwig, Roland*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, in: SozVers 1995, S. 1 ff. (zit.: *Eisenreich/Ludwig*, SozVers 1995, 1, S.)

- Enders, Christoph*, Abwehr und Beseitigung rechtswidriger hoheitlicher Beeinträchtigungen, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band III: Personal, Finanzen, Kontrolle, Sanktionen, Staatliche Einstandspflichten, hrsg. von Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas, 2. Aufl., München 2013, S. 1171 ff. (zit.: *Enders*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle [Hg.], GrdVwR, Bd. III, § 53, Rn.)
- Epping, Volker*, Grundrechte, 5. Aufl., Heidelberg 2012 (zit.: *Epping*, GR, Rn.)
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian* [Hrsg.], BeckOK Grundgesetz, München, Edition 24, Stand: 1.3.2015 (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOK, Art., Rn.)
- Erbguth, Wilfried*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Baden-Baden 2013 (zit.: *Erbguth*, AllgVerwR, §, Rn.)
- Erichsen, Hans-Uwe*, Rechtsfragen öffentlich-rechtlicher Folgenbeseitigung, VerwArch. 63 (1972), S. 217 ff. (zit.: *Erichsen*, VerwArch. 63 [1972], 217, S.)
- Erichsen, Hans-Uwe/Ehlers, Dirk* [Hrsg.], Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., Berlin 2010 (zit.: *Bearbeiter*, in: Erichsen/Ehlers [Hg.], AllgVerwR, §, Rn.)
- Erlenkämper, Arnold/Fichte, Wolfgang* [Hrsg.], Sozialrecht – Allgemeine Rechtsgrundlagen, Sozialgesetzbücher und sonstige Sozialgesetze, Verfahrensrecht, 6. Aufl., München 2008 (zit.: *Bearbeiter*, in: Erlenkämper/Fichte [Hg.], Kapitel, Unterpunkt, Rn.)
- Faber, Martina*, Folgenbeseitigungsanspruch nach ehrverletzenden Meinungsäußerungen, in: NVwZ 2003, S. 159 ff. (zit.: *Faber*, NVwZ 2003, 159, S.)
- Fehl, Hans-Martin*, Die immaterielle Ausgleichsfunktion der Beschädigtengrundrente gemäß § 31 Bundesversorgungsgesetz, VersR 1983, S. 1008 ff. (zit.: *Fehl*, VersR 1983, 1008, S.)
- Felix, Dagmar*, Einheit der Rechtsordnung, Tübingen 1998 (zit.: *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, S.)
- Fetzer, Thomas/Arndt, Hans-Wolfgang*, Einführung in das Steuerrecht, 4. Aufl., Heidelberg 2012 (zit.: *Fetzer/Arndt*, Einführung in das SteuerR, S.)
- Fiedler, Wilfried*, Der Folgenbeseitigungsanspruch – die „kleine Münze“ des Staatshaftungsrechts? – Zur Problematik des Folgenbeseitigungsanspruchs in der neueren Rechtsprechung, in: NVwZ 1986, S. 969 ff. (zit.: *Fiedler*, NVwZ 1986, 969, S.)
- Fischer, Christian*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, Tübingen 2007 (zit.: *Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, S.)
- Fleiner, Fritz*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, Aalen 1928 (zit.: *Fleiner*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, S.)
- von und zu Franckenstein, Georg*, Der Folgenentschädigungsanspruch – in der verwaltungsgerichtlichen Praxis nur noch eine Frage der Zeit?, in: NVwZ 1999, S. 158 ff. (zit.: *von und zu Franckenstein*, NVwZ 1999, 158, S.)

- Franßen-de la Cerda, Boris*, Die Verpflichtung des Ausländers zur Mitwirkung (§ 82 AufenthG), in: ZAR 2010, S. 81 ff. (zit.: *Franßen-de la Cerda*, ZAR 2010, 81, S.)
- Frenz, Walter/Götzkes, Vera*, Staatshaftung für Gerichtsentscheidungen bei auslegungsbedürftigem Recht, in: EuR 2009, S. 622 ff. (zit.: *Frenz/Götzkes*, EuR 2009, 622, S.)
- Fritz, Roland/Vormeier, Jürgen* [Hrsg.], Gemeinschaftskommentar zum Aufenthaltsgesetz (GK-AufenthG), Loseblatt, Stand: 67. EGL, Köln 2013 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Fritz/Vormeier* [Hg.], 67. EGL., §, Rn.)
- Fröhlich, Heike*, Wirksamkeit der Beitragszahlung – Zahlungsfristen, Fehlversicherung, irrtümliche Pflichtbeitragszahlung, in: Mitteilungen LVA Oberfranken 1994, S. 7 ff. (zit.: *Fröhlich*, Mitt LVA Oberfranken 1994, 7, S.)
- Frohn, Hansgeorg*, Der Herstellungsanspruch – ein sozialrechtliches Ausgleichsinstitut „sui generis“ – (BSG RV 87, 155 ff), in: JURA 1989, S. 523 ff. (zit.: *Frohn*, JURA 1989, 523, S.)
- Frotz, Jeanette*, Die Reichweite des grundrechtlichen Abwehranspruchs – Ein Beitrag zur allgemeinen Grundrechtsdogmatik unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsprozessualen Konsequenzen, Berlin 2006 (zit.: *Frotz*, Reichweite des grundrechtlichen Abwehranspruchs, S.)
- Funk, Winfried*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch aus der Sicht der Sozialgerichtsbarkeit, in: Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch/6. Sozialrechtslehrertagung 23. bis 25. März 1994 in Bayreuth, hrsg. von Schulin, Bertram für Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes e.V. (SDSRV), Bd. 39, Wiesbaden 1994, S. 51 ff. (zit.: *Funk*, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 51, S.)
- Funk, Winfried*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, in: DAngVers 1981, S. 26 ff. (zit.: *Funk*, DAngVers 1981, 26, S.)
- Funk, Winfried*, Die Informationspflichten nach §§ 13 bis 15 SGB 1 – Ein Beitrag aus richterlicher Sicht, in: SGB 1978, S. 45 ff. (zit.: *Funk*, SGB 1978, 45, S.)
- Furtmayr, Heinz*, Die Hinweispflicht des Rentenversicherungsträgers nach § 115 Abs. 6 SGB VI, in: NZS 2000, S. 498 ff. (zit.: *Furtmayr*, NZS 2000, 498, S.)
- Gagel, Alexander* [Begr.]/*Knickrehm, Sabine/Deinert, Olaf* [Hrsg.], SGB II/SGB III – Grundsicherung und Arbeitsförderung, Loseblatt, Stand: 52. EGL, München 2013 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Gagel*, 52. EGL., §, Rn.)
- Gagel, Alexander*, Der Herstellungsanspruch – Seine Bedeutung im Konzept der Korrekturinstrumente nach neuerer Rechtsprechung, in: SGB 2000, S. 517 ff. (zit.: *Gagel*, SGB 2000, 517, S.)
- Gerhardt, Till*, Die Abgrenzung der wichtigsten Anspruchsgrundlagen im Schadensersatzrecht bei Leistungsstörungen, in: JURA 2012, S. 251 ff. (zit.: *Gerhardt*, JURA 2012, 251, S.)

- Gern, Alfons*, Analogie im Verwaltungsrecht, in: DÖV 1985, S. 558 ff. (zit.: *Gern*, DÖV 1985, 558, S.)
- Gernhuber, Joachim* [Begr.]/*Coester-Waltjen, Dagmar*, Familienrecht, 6. Aufl., München 2010 (zit.: *Gernhuber/Coester-Waltjen*, FamR, S.)
- Geserich, Stephan*, Auslegung und Rechtsfortbildung, in: DStR-Beih 2011, S. 59 ff. (zit.: *Geserich*, DStR-Beih 2011, 59, S.)
- Gitter, Wolfgang/Schmitt, Jochem*, Sozialrecht, 5. Aufl., München 2001 (zit.: *Gitter/Schmitt*, SozR, §, Rn.)
- Gitter, Wolfgang*, Möglichkeiten der Fortentwicklung des Rechts der sozialen Sicherheit zwischen Anpassungszwang und Bestandsschutz, in: NZA 1984, S. 137 ff. (zit.: *Gitter*, NZA 1984, 137, S.)
- Goertz, Antje*, Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im Rahmen des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs, Berlin 2007 (zit.: *Goertz*, Herstellungsanspruch, S.)
- Greger, Reinhard*, Haftungsrecht des Straßenverkehrs, 4. Aufl., Berlin 2007 (zit.: *Greger*, Haftungsrecht des Straßenverkehrs, §, Rn.)
- Gretschner, Sabine*, Die „allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts“ und die deutsche Rechtsquellenlehre: eine Untersuchung des Aufopferungs- und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, München 2004 (zit.: *Gretschner*, Die „allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts“, S.)
- Groß, Rolf*, Zum Gegendarstellungsanspruch, in: DVBl. 1981, S. 247 ff. (zit.: *Groß*, DVBl. 1981, 247, S.)
- Groth, Andy/Hohm, Karl-Heinz*, Die Rechtsprechung des BSG zum SGB II, in: NJW 2011, S. 2335 ff. (zit.: *Groth/Hohm*, NJW 2011, 2335, S.)
- Grube, Christian/Wahrendorf, Volker* [Hrsg.], SGB XII – Sozialhilfe mit Asylbewerberleistungsgesetz, 4. Aufl., München 2012 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Grube/Wahrendorf* [Hg.], §, Rn.)
- Grube, Christian*, Die Durchsetzung des Anspruchs auf Sozialhilfe im gerichtlichen Verfahren, in: NVwZ 2002, S. 1458 ff. (zit.: *Grube*, NVwZ 2002, 1458, S.)
- Grube, Christian*, UVG – Unterhaltsvorschussgesetz, München 2009 (zit.: *Grube*, §, Rn.)
- Grzeszick, Bernd*, Rechte und Ansprüche – Eine Rekonstruktion des Staatshaftungsrechts aus den subjektiven öffentlichen Rechten, Berlin 2002 (zit.: *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, S.)
- Günther, Hellmuth*, Die Tatbestände nichtiger, zurücknehmender oder rücknehmbarer Ernennung, in: DÖD 1990, S. 281 ff. (zit.: *Günther*, DÖD 1990, 281, S.)
- Günther, Hellmuth*, Vom Stand des Streits um die Konkurrentenklage, in: ZBR 1983, S. 45 ff. (zit.: *Günther*, ZBR 1983, 45, S.)

- Gusy, Christoph*, Der Antrag im Verwaltungsverfahren, in: BayVBl. 1985, S. 484 ff. (zit.: *Gusy*, BayVBl. 1985, 484, S.)
- Gusy, Christoph*, Richterrecht und Grundgesetz, in: DÖV 1992, S. 461 ff. (zit.: *Gusy*, DÖV 1992, 461, S.)
- Gutmann, Rolf*, Der richtige Antrag im Ausländerrecht, in: NJW 2011, S. 2340 ff. (zit.: *Gutmann*, NJW 2011, 2340, S.)
- Haas, Diether*, System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten, Heidelberg 1955 (zit.: *Haas*, Entschädigungspflichten, S.)
- Häberle, Peter*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30, Berlin 1972, S. 43 ff. (zit.: *Häberle*, VVDStRL 30, 43, S.)
- Hantke, Ulrich*, Rente wegen Amtspflichtverletzung?, in: SGB 1964, S. 168 ff. (zit.: *Hantke*, SGB 1964, 168, S.)
- Hartmann, Bernd*, Öffentliches Haftungsrecht. Ökonomisierung – Europäisierung – Dogmatisierung, Tübingen 2013 (zit.: *Hartmann*, Öffentliches Haftungsrecht, S.)
- Hartmann, Christian*, Gleichbehandlung und Tarifautonomie – Zur Ermittlung der Rechtsfolgen bei Gleichheitsverstößen in Tarifverträgen, Berlin 1994 (zit.: *Hartmann*, Gleichbehandlung und Tarifautonomie, S.)
- Hase, Friedhelm*, Der Herstellungsanspruch bei pflichtwidrig unterlassener Beratung, in: SGB 2001, S. 594 ff. (zit.: *Hase*, SGB 2001, 593, S.)
- Hassemer, Winfried*, Gesetzesbindung und Methodenlehre, in: ZRP 2007, S. 213 ff. (zit.: *Hassemer*, ZRP 2007, 213, S.)
- Hassold, Gerhard*, Strukturen der Gesetzesauslegung, in: Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983, hrsg. von Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm/Diederichsen, Uwe, München 1983, S. 211 ff. (zit.: *Hassold*, in: FS für Larenz, S. 211, S.)
- Hattstein, Ulrich*, Verwaltungsrechtliche Betreuungspflichten, Stuttgart 1999 (zit.: *Hattstein*, Betreuungspflichten, S.)
- Hauck, Karl/Noftz, Wolfgang* [Gesamtherausgeber], Sozialgesetzbuch (SGB), Kommentar, Loseblatt, Stand: 2. EGL. 2014, Berlin 2014 (zit.: *Bearbeiter*, in: Hauck/Noftz [Hg.], 2. EGL. – 2014, §, Rn.)
- Haueisen, Fritz*, Erstattungsansprüche im öffentlichen Recht, in: NJW 1954, S. 977 ff. (zit.: *Haueisen*, NJW 1954, 977, S.)
- Haueisen, Fritz*, Folgenbeseitigung und Amtshaftung, in: DVBl. 1973, S. 739 ff. (zit.: *Haueisen*, DVBl. 1973, 739, S.)
- Haueisen, Fritz*, Zur Bedeutung der Antragsfristen bei öffentlich-rechtlichen Leistungen, in: NJW 1966, S. 1433 ff. (zit.: *Haueisen*, NJW 1966, 1433, S.)

- Haug, Winfried*, Die neuere Entwicklung der vorbeugenden Unterlassungs- und der allgemeinen Beseitigungsklage, in: DÖV 1967, S. 86 ff. (zit.: *Haug*, DÖV 1967, 86, S.)
- Heck, Philipp*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, in: AcP 112 (1914), S. 1 ff. (zit.: *Heck*, AcP 112 [1914], 1, S.)
- Heidemann, Jörg*, Zur Anwendbarkeit der Vierjahresfrist des § 44 Abs. 4 SGB X auf den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch – Bestandsaufnahme der Rechtslage nach derzeitiger höchstrichterlicher Rechtsprechung, in: DRV 2004, S. 532 ff. (zit.: *Heidemann*, DRV 2004, 532, S.)
- Heintzen, Markus*, Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem, VerwArch. 81 (1990), S. 532 ff. (zit.: *Heintzen*, in: VerwArch. 81 [1990], 532, S.)
- Heinz, Dirk*, Die Mehrbedarfzuschläge der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII und der sozialrechtliche Herstellungsanspruch als Instrument der Korrektur fehlgeschlagener Betreuung Hilfebedürftiger, in: Zeitschrift für das Fürsorgewesen 2009, S. 12 ff. (zit.: *Heinz*, Zeitschrift für das Fürsorgewesen 2009, 12, S.)
- Heinz, Dirk*, Zur Funktion oder Dysfunktion der Regelung des § 2 Abs. 2 SGB I bei der Rechtsanwendung auf der Grundlage des Sozialgesetzbuches, in: ZfSH/SGB 2012, S. 9 ff. (zit.: *Heinz*, ZfSH/SGB 2012, 9, S.)
- Heise, Detlef*, Verpflichtungsklage und rechtsverschärfende Änderung der Rechtslage im Baurecht, in: DÖV 1972, S. 271 ff. (zit.: *Heise*, DÖV 1972, 271, S.)
- Helle, Ernst*, Zum Anspruch auf Widerruf amtlicher ehrenkränkender Behauptungen, in: NJW 1961, S. 1157 ff. (zit.: *Helle*, NJW 1961, 1157, S.)
- Hemke, Katja*, Methodik der Analogiebildung im öffentlichen Recht, Berlin 2006 (zit.: *Hemke*, Methodik der Analogiebildung im öffentlichen Recht, S.)
- Henke, Norbert*, Zur Bedeutung des Gesetzesvorbehalts nach § 31 des Allgemeinen Teils des Sozialgesetzbuches, in: DÖV 1977, S. 41 ff. (zit.: *Henke*, DÖV 1977, 41, S.)
- Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Stephan* [Hrsg.], Juris PraxisKommentar BGB, 6. Aufl., Saarbrücken 2012 (zit.: *Bearbeiter*, in: Herberger [Hg.], §, Rn.)
- Herrmann, Klaus*, Neue Risiken bei vorzeitiger Ernennung im beamtenrechtlichen Konkurrenzstreit, in: NJW 2011, S. 653 ff. (zit.: *Herrmann*, NJW 2011, 653, S.)
- Hertwig, Stefan*, Das Verwaltungsrechtsverhältnis der Mitgliedschaft in einer gesetzlichen Krankenkasse, München 1997 (zit.: *Hertwig*, Verwaltungsrechtsverhältnis der Mitgliedschaft, S.)
- Hertwig, Stefan*, Staatshaftungsrecht – Herstellungsanspruch im Sozialrecht, in: JA 1986, S. 388 ff. (zit.: *Hertwig*, JA 1986, 388, S.)
- Heselhaus, Sebastian*, Die Verjährung im Staatshaftungsrecht nach der Schuldrechtsreform, in: DVBl. 2004, S. 411 ff. (zit.: *Heselhaus*, DVBl. 2004, 411, S.)

- Hesse, Konrad*, § 5 Bedeutung der Grundrechte, in: Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. von Benda, Ernst/Maihofer, Werner/Vogel, Hans-Jochen, 2. Aufl., Berlin 1995 (zit.: *Hesse*, in: Benda/Maihofer/Vogel [Hg.], HbVerfR, § 5, Rn.)
- Hillgruber, Christian*, Neue Methodik – Ein Beitrag zur Geschichte der richterlichen Rechtsfortbildung in Deutschland, in: JZ 2008, S. 745 ff. (zit.: *Hillgruber*, JZ 2008, 745, S.)
- Hirsch, Günter*, Zwischenruf – Der Richter wird's schon richten, in: ZRP 2006, S. 161 (zit.: *Hirsch*, ZRP 2006, 161)
- Hirsch, Hans Joachim*, Richterrecht und Gesetzesrecht, in: JR 1966, S. 334 ff. (zit.: *Hirsch*, JR 1966, 334, S.)
- Hoffmann, Michael*, Der Abwehranspruch gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte, Berlin 1969 (zit.: *Hoffmann*, Abwehranspruch gegen Realakte, S.)
- Hoffmann-Becking, Michael*, Folgenbeseitigung bei rechtswidrigen hoheitlichen Tathandlungen?, in: JuS 1972, S. 509 ff. (zit.: *Hoffmann-Becking*, JuS 1972, 509, S.)
- Hofmann, Rainer/Hoffmann, Holger* [Hrsg.], Ausländerrecht – AufenthG FreizügG/EU AsylVfG StAG, Baden-Baden 2008 (zit.: *Bearbeiter*, in: Hofmann/Hoffmann [Hg.], §, Rn.)
- Höfling, Wolfram*, Vom überkommenen Staatshaftungsrecht zum Recht der staatlichen Einstandspflichten, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band III: Personal, Finanzen, Kontrolle, Sanktionen, Staatliche Einstandspflichten, hrsg. von Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Abmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas, 2. Aufl., München 2013, S. 1051 ff. (zit.: *Höfling*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle [Hg.], GrdVwR, Bd. III, § 51, Rn.)
- Höpfner, Clemens*, „Arbeitsrecht und Methode“ – Kölner Konferenz am 1. und 2. 10. 2010, in: NZA-Beil. 2011, S. 97 ff. (zit.: *Höpfner*, NZA-Beil. 2011, 97, S.)
- Höpfner, Clemens*, Vertrauensschutz und Richterrecht – Zur Zulässigkeit rückwirkender Rechtsprechungsänderungen im Zivilrecht, in: RdA 2006, S. 156 ff. (zit.: *Höpfner*, RdA 2006, 156, S.)
- Horn, Norbert*, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 5. Aufl., Heidelberg 2011 (zit.: *Horn*, Einführung in die Rechtswissenschaft, Rn.)
- Hromadka, Wolfgang/Maschmann, Frank*, Arbeitsrecht Band 1 – Individualarbeitsrecht, 5. Aufl., Berlin 2012 (zit.: *Hromadka/Maschmann*, ArbR, Bd., §, Rn.)
- Hübschmann, Walter/Hepp, Ernst/Spitaler, Armin* [Hrsg.], Abgabenordnung – Finanzgerichtsordnung, Loseblatt, Stand: 225. EGL., Köln 2013 (zit.: *Bearbeiter*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler [Hg.], 225. EGL., §, Rn.)
- Hufen, Friedhelm*, Staatsrecht II – Grundrechte, 3. Aufl., München 2011 (zit.: *Hufen*, StaatsR II, §, Rn.)

- Hufen, Friedhelm*, Verwaltungsprozessrecht, 8. Aufl., München 2011 (zit.: *Hufen*, VerwPrR, §, Rn.)
- Husserls, Gerhart*, Recht und Zeit, Frankfurt am Main 1955 (zit.: *Husserls*, Recht und Zeit, S.)
- Hutter, Silvan*, Die Gesetzeslücke im Verwaltungsrecht, Freiburg 1989 (zit.: *Hutter*, Die Gesetzeslücke im Verwaltungsrecht, S.)
- Igl, Gerhard/Welti, Felix*, Sozialrecht, 8. Aufl., Neuwied 2007 (zit.: *Igl/Welti*, SozR, §, Rn.)
- Ipsen, Jörn*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., München 2012 (zit.: *Ipsen*, Allg-VerwR, Rn.)
- Ipsen, Jörn*, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, Baden-Baden 1980 (zit.: *Ipsen*, Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, S.)
- Ipsen, Jörn*, Richterrecht und Verfassung, Berlin 1975 (zit.: *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, S.)
- Ipsen, Jörn*, Staatsrecht II – Grundrechte, 15. Aufl., München 2012 (zit.: *Ipsen*, StaatsR II, Rn.)
- Ivo, Malte*, Die Folgenbeseitigungslast, Berlin 1996 (zit.: *Ivo*, Folgenbeseitigungslast, S.)
- Jahn, Kurt* [Hrsg.], Sozialgesetzbuch für die Praxis – SGB-Kommentar, Loseblatt, Stand: 250. EGL., Freiburg 2013 (zit.: *Bearbeiter*, in: Jahn [Hg.], 250. EGL., §, Rn.)
- Jansen, Guido*, Die betriebliche Mitbestimmung im Arbeitskampf – Zugleich ein Beitrag zum arbeitskampfrechtlichen Paritätsprinzip, Berlin 1999 (zit.: *Jansen*, Die betriebliche Mitbestimmung im Arbeitskampf, S.)
- Jarass, Hans Dieter*, Funktionen und Dimensionen der Grundrechte, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band II: Grundrechte in Deutschland – Allgemeine Lehren I, hrsg. von Merten, Detlef/Papier, Hans Jürgen, Heidelberg 2004 (zit.: *Jarass*, in: Merten/Papier [Hg.], HbdGR, Bd. II, § 38, Rn.)
- Jarass, Hans Dieter*, Sicherung der Rentenfinanzierung und Verfassungsrecht, NZS 1997, S. 545 ff. (zit.: *Jarass*, NZS 1997, 545, S.)
- Jarass, Hans Dieter/Pieroeth, Bodo*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG – Kommentar, 11. Aufl., München 2011 (zit.: *Bearbeiter*, in: Jarass/Pieroeth, Art., Rn.)
- Jauernig, Othmar* [Begr.]/Stürner, Rolf [Hrsg.], Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, 13. Aufl., München 2009 (zit.: *Bearbeiter*, in: Jauernig, §, Rn.)
- Jellinek, Georg*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, Tübingen 1905 (zit.: *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S.)
- Jesch, Dietrich*, Zur Frage des Rechtsweges bei Klagen auf Widerruf dienstlicher Äußerungen, in: DÖV 1961, S. 755 ff. (zit.: *Jesch*, DÖV 1961, 755, S.)

- Jochum, Astrid*, Auskunfts- und Hinweispflichten bei der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben, in: NVwZ 1987, S. 460 ff. (zit.: *Jochum*, NVwZ 1987, 460, S.)
- Kaltenborn, Markus*, Negative Vereinigungsfreiheit als Schutz vor Einbeziehung in die Sozialversicherung?, in: NZS 2001, S. 300 ff. (zit.: *Kaltenborn*, NZS 2001, 300, S.)
- Kamphausen, Peter Wilhelm*, Rechtsprobleme bei Auskünften von Verwaltungsbehörden an den Bürger, Bochum 1983 (zit.: *Kamphausen*, Rechtsprobleme bei Auskünften, S.)
- Katzenstein, Matthias*, Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB: Zu den Grundlagen negatorischer Haftung, in: AcP 211 (2011), S. 58 ff. (zit.: *Katzenstein*, AcP 211 [2011], 58, S.)
- Kellner, Martin*, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die Verjährung im Staatshaftungsrecht, in: NVwZ 2002, S. 395 (zit.: *Kellner*, NVwZ 2002, 395, S.)
- Kelsen, Hans*, Allgemeine Theorie der Normen, 1. Aufl., Wien 1979 (zit.: *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen, S.)
- Kemmler, Iris*, Folgenbeseitigungsanspruch, Herstellungsanspruch und Unterlassungsanspruch, in: JA 2005, S. 908 ff. (zit.: *Kemmler*, JA 2005, 908, S.)
- Kirchhof, Paul*, Der Auftrag des Grundgesetzes an die rechtsprechende Gewalt, in: Richterliche Rechtsfortbildung. Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen – Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, hrsg. von den Hochschullehrern der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg, Heidelberg 1986, S. 11 ff. (zit.: *Kirchhof*, in: Richterliche Rechtsfortbildung, S. 11, S.)
- Kirchhof, Paul*, Steuern, in: Band V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, hrsg. von Isensee, Josef/Kirchhof, Paul, 3. Aufl., Heidelberg 2007 (zit.: *Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof [Hg.], HdStR, Bd. V, § 118, Rn.)
- Kirsch, Andrea*, Beamtenrecht im Examen – ein Überblick über das prüfungsrelevante Wissen und die jüngsten Neuregelungen, in: JURA 2010, S. 487 ff. (zit.: *Kirsch*, JURA 2010, 487, S.)
- Kissel, Otto Rudolf*, Grenzen der rechtsprechenden Gewalt, in: NJW 1982, S. 1777 ff. (zit.: *Kissel*, NJW 1982, 1777, S.)
- Kloepfer, Michael*, Verfassungsrecht, Band II, Grundrechte, München 2010 (zit.: *Kloepfer*, VerfR II, §, Rn.)
- Kluth, Winfried*, Rechtsfragen der verwaltungsrechtlichen Willenserklärung, in: NVwZ 1990, S. 608 ff. (zit.: *Kluth*, NVwZ 1990, 608, S.)
- Knack, Hans Joachim/Hennecke, Hans-Günter* [Hrsg.], Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), 9. Aufl., Köln 2009 (zit.: *Bearbeiter*, in: Knack/Hennecke [Hg.], §, Rn.)

- Knack, Hans-Joachim*, *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)*, 8. Aufl., Köln 2003 (zit.: *Bearbeiter*, in: Knack [Hg.], 8. Aufl. (2003), §, Rn.)
- Knemeyer, Franz-Ludwig*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 10. Aufl., München 2004 (zit.: *Knemeyer*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, §, Rn.)
- von Koch, Friedrich*, Wechselwirkungen von sozialrechtlichen Herstellungsanspruch und Amtshaftungsanspruch bei Auskunfts- und Beratungsfehlern, NZS 1998, S. 167 ff. (zit.: *von Koch*, NZS 1998, 167, S.)
- Köbl, Ursula*, Allgemeine Rechtstheorie – Aspekte der Gesetzesbindung, in: Sozialrechtsprechung – Verantwortung für den sozialen Rechtsstaat, Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts, Bd. II, hrsg. von Zacher, Hans F., Köln 1979, S. 1005 ff. (zit.: *Köbl*, in: Zacher [Hg.], FS zum 25jährigen Bestehen des BSG, Bd. II, S. 1005, S.)
- Köckerbauer, Hans Peter*, Rechtsgrundlagen und Haftungsumfang des Folgenbeseitigungsanspruches, in: JuS 1988, S. 782 ff. (zit.: *Köckerbauer*, JuS 1988, 782, S.)
- Köhler, Gerd Michael*, Die vorgerichtliche Überprüfung dienstlicher Beurteilungen nach bayerischem Recht, in: BayVBl. 1986, S. 712 ff. (zit.: *Köhler*, BayVBl. 1986, 712, S.)
- Kokemoor, Axel*, Sozialrecht, 5. Aufl., München 2010 (zit.: *Kokemoor*, SozR, Rn.)
- Kolter, Jens*, Hinweispflicht des Wahlleiters bei drohender Versäumung der Frist für Wahlvorschläge, in: KommJur 2008, S. 47 ff. (zit.: *Kolter*, KommJur 2008, 47, S.)
- Konzak, Olaf*, Analogie im Verwaltungsrecht, in: NVwZ 1997, S. 872 ff. (zit.: *Konzak*, NVwZ 1997, 872, S.)
- Kopp, Ferdinand Otto/Ramsauer, Ulrich*, *VwVfG – Verwaltungsverfahrensgesetz*, 13. Aufl., München 2012 (zit.: *Bearbeiter*, in: Kopp/Ramsauer, §, Rn.)
- Kopp, Ferdinand Otto/Schenke, Wolf-Rüdiger*, *VwGO – Verwaltungsgerichtsordnung*, 19. Aufl., München 2013 (zit.: *Bearbeiter*, in: Kopp/Schenke, §, Rn.)
- Kraft, Ingo*, Folgenbeseitigung in dreipoligen Rechtsverhältnissen, in: BayVBl. 1992, S. 456 ff. (zit.: *Kraft*, BayVBl. 1992, 456, S.)
- Krahmer, Utz* [Hrsg.], *Sozialgesetzbuch I – Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Baden-Baden 2007 (zit.: *Bearbeiter*, in: Krahmer [Hg.], §, Rn.)
- Kramer, Ernst*, *Juristische Methodenlehre*, 2. Aufl., München 2005 (zit.: *Kramer*, JML, S.)
- Krasney, Otto Ernst*, Fehlerhafte Beratung durch Sozialleistungsträger, in: ZAP 1996 [Fach 18], S. 449 ff. (zit.: *Krasney*, ZAP 1996 [Fach 18], 449, S.)
- Krasney, Otto Ernst*, Zum sozialrechtlichen Herstellungsanspruch in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, in: Arbeit, Recht und Gesellschaft – Festschrift Walter Schwarz zum 65. Geburtstag, hrsg. Schwarz, Walter/Martinek, Oswin, Wien 1991, S. 383 ff. (zit.: *Krasney*, in: FS für Walter Schwarz, S. 383, S.)

Krause, Peter/Sattler, Heinz-Jürgen, Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum SGB I (Allgemeiner Teil) und zum SGB IV (Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung), in: Jahrbuch des Sozialrechts. Dokumentation für das Jahr 2007, Bd. 29, hrsg. von Udsching, Peter/Rolfs, Christian, Berlin 2008, S. 65 ff. (zit.: *Krause/Sattler*, in: Udsching/Rolfs [Hg.], JbSR 2008, 65, S.)

Krause, Peter/Sattler, Heinz-Jürgen, Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum SGB I (Allgemeiner Teil) und zum SGB IV (Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung), in: Jahrbuch des Sozialrechts. Dokumentation für das Jahr 2008, Bd. 30, hrsg. von Udsching, Peter/Rolfs, Christian, Berlin 2009, S. 65 ff. (zit.: *Krause/Sattler*, in: Udsching/Rolfs [Hg.], JbSR 2009, S.)

Krause, Peter/Sattler, Heinz-Jürgen, Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum SGB I (Allgemeiner Teil) und zum SGB IV (Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung), in: Jahrbuch des Sozialrechts. Dokumentation für das Jahr 2009, Bd. 31, hrsg. von Udsching, Peter/Rolfs, Christian, Berlin 2010, S. 71 ff. (zit.: *Krause/Sattler*, in: Udsching/Rolfs [Hg.], JbSR 2010, 71, S.)

Krause, Peter/Sattler, Heinz-Jürgen, Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum SGB I (Allgemeiner Teil) und zum SGB IV (Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung), in: Jahrbuch des Sozialrechts. Dokumentation für das Jahr 2006, Bd. 28, hrsg. von Udsching, Peter/Rolfs, Christian, Berlin 2007, S. 65 ff. (zit.: *Krause/Sattler*, in: Udsching/Rolfs [Hg.], JbSR 2007, 65, S.)

Krause, Peter/Sattler, Heinz-Jürgen, Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum SGB I (Allgemeiner Teil) und zum SGB IV (Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung), in: Jahrbuch des Sozialrechts. Dokumentation für die Jahre 2004/2005, Bd. 27, hrsg. von Udsching, Peter/Rolfs, Christian, Berlin 2006, S. 139 ff. (zit.: *Krause/Sattler*, in: Udsching/Rolfs [Hg.], JbSR 2005/2006, 139, S.)

Krause, Peter/Sattler, Heinz-Jürgen, Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum SGB I (Allgemeiner Teil) und zum SGB IV (Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung), in: Jahrbuch des Sozialrechts. Dokumentation für das Jahr 2000, Bd. 22, hrsg. von Gitter, Wolfgang/Wannagat, Georg, Berlin 2001, S. 125 ff. (zit.: *Krause/Sattler*, in: Gitter/Wannagat [Hg.], JbSR 2001, 125, S.)

Krause, Peter/Sattler, Heinz-Jürgen, Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum SGB I (Allgemeiner Teil) und zum SGB IV (Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung), in: Jahrbuch des Sozialrechts. Dokumentation für das Jahr 2001, Bd. 23, hrsg. von Gitter, Wolfgang/Wannagat, Georg, Berlin 2002, S. 39 ff. (zit.: *Krause/Sattler*, in: Gitter/Wannagat [Hg.], JbSR 2002, 39, S.)

Krause, Peter/Sattler, Heinz-Jürgen, Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum SGB I (Allgemeiner Teil) und zum SGB IV (Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung), in: Jahrbuch des Sozialrechts. Dokumentation für das Jahr 2003, Bd. 25, hrsg. von Gitter, Wolfgang/Wannagat, Georg, Berlin 2004, S. 45 ff. (zit.: *Krause/Sattler*, in: Gitter/Wannagat [Hg.], JbSR 2004, 45, S.)

- Krause, Peter/Sattler, Heinz-Jürgen*, Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum SGB I (Allgemeiner Teil) und zum SGB IV (Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung), in: Jahrbuch des Sozialrechts. Dokumentation für das Jahr 1999, Bd. 21, hrsg. von Gitter, Wolfgang/Wannagat, Georg, Berlin 2000, S. 43 ff. (zit.: *Krause/Sattler*, in: Gitter/Wannagat [Hg.], JbSR 2000, 43, S.)
- Krause, Peter*, Eigentum an subjektiven öffentlichen Rechten – Die Tragweite des Eigentumsschutzes von öffentlich-rechtlichen Leistungsansprüchen am Beispiel der Rentenversicherung, Berlin 1982 (zit.: *Krause*, Eigentum an subjektiven öffentlichen Rechten, S.)
- Krausnick, Daniel*, Grundfälle zu §§ 48, 49 VwVfG (Teil 3), in: JuS 2010, S. 778 ff. (zit.: *Krausnick*, JuS 2010, 778, S.)
- Kreikebohm, Ralf* [Hrsg.], SGB IV – Sozialgesetzbuch Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung, Kommentar, München 2008 (zit.: *Bearbeiter*, in: Kreikebohm [Hg.], §, Rn.)
- Kreikebohm, Ralf* [Hrsg.], SGB VI – Sozialgesetzbuch Gesetzliche Rentenversicherung, Kommentar, 3. Aufl., München 2008 (zit.: *Bearbeiter*, in: Kreikebohm [Hg.], §, Rn.)
- Kreikebohm, Ralf/Spellbrink, Wolfgang/Waltermann, Raimund* [Hrsg.], Kommentar zum Sozialrecht, München 2009 (zit.: *Bearbeiter*, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann [Hg.], §, Rn.)
- Kreßel, Eckhard*, Der Herstellungsanspruch in Vorsorgesystemen, in: NZS 1994, S. 395 ff. (zit.: *Kreßel*, NZS 1994, 395, S.)
- Kreßel, Eckhard*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch in den sozialen Vorsorgesystemen, in: Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch/6. Sozialrechtslehrertagung 23. bis 25. März 1994 in Bayreuth, hrsg. von Schulin, Bertram für Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes e.V. (SDSRV), Bd. 39, Wiesbaden 1994, S. 31 ff. (zit.: *Kreßel*, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 31, S.)
- Kreßel, Eckhard*, Öffentliches Haftungsrecht und sozialrechtlicher Herstellungsanspruch – Zum Rechtsgrund im öffentlichen Haftungsrecht, Frankfurt a.M. 1990 (zit.: *Kreßel*, S.)
- Kreßel, Eckhard*, Zum sozialrechtlichen Herstellungsanspruch, in: SGB 1987, S. 313 ff. (zit.: *Kreßel*, SGB 1987, 313, S.)
- Krey, Volker*, Zur Problematik richterlicher Rechtsfortbildung contra legem – Rechtsfindung contra legem als Verfassungsproblem, in: JZ 1978, S. 465 ff. (zit.: *Krey*, JZ 1978, 465, S.)
- Kriele, Martin*, Richterrecht und Rechtspolitik, in: ZRP 2008, S. 51 ff. (zit.: *Kriele*, ZRP 2008, 51, S.)
- Kunig, Philip*, Das Rechtsstaatsprinzip – Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 1986 (zit.: *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, S.)

- Kunkel, Peter-Christian* [Hrsg.], Sozialgesetzbuch VIII – Kinder- und Jugendhilfe, 4. Aufl., Baden-Baden 2011 (zit.: *Bearbeiter*, in: Kunkel [Hg.], §, Rn.)
- Lackner, Karl*, Zu den Grenzen richterlicher Befugnis, mangelhafte Strafgesetze zu berichtigen, in: Richterliche Rechtsfortbildung. Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen – Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, hrsg. von den Hochschullehrern der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg, Heidelberg 1986, S. 39 ff. (zit.: *Lackner*, in: Richterliche Rechtsfortbildung, S. 39, S.)
- Ladage, Klaus*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch: ein Sonderfall der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Sankt-Augustin 1990 (zit.: *Ladage*, S.)
- Larenz, Karl*, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen, Heidelberg 1965 (zit.: *Larenz*, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen, S.)
- Larenz, Karl*, Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, in: NJW 1965, S. 1 ff. (zit.: *Larenz*, NJW 1965, 1, S.)
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin 1995 (zit.: *Larenz/Canaris*, MRW, S.)
- Laubinger, Hans-Werner*, Der beamtenrechtliche Schadensersatzanspruch, in: VerwArch. 99 (2008), S. 278 ff. (zit.: *Laubinger*, VerwArch. 99 [2008], 278, S.)
- Leitherer, Stefan* [Hrsg.], Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, Loseblatt, Stand: 77. EGL., München 2013 (*Bearbeiter*, in: Kasseler Kommentar, 77. EGL., §, Rn.)
- Lenze, Anne*, Die Gewährleistung des Existenzminimums von Kindern im föderalen System, in: NZS 2010, S. 534 ff. (zit.: *Lenze*, NZS 2010, 534, S.)
- Lindner, Josef Franz*, Buchbesprechung zu Sirin Özfirat-Skubinn, Rechtswidrige Beamtenernennungen, in: DÖV 2012, S. 280 ff. (zit.: *Lindner*, DÖV 2012, 280, S.)
- Lindner, Josef Franz*, Die gleichheitsgebotene Doppelanalogie bei § 79 II BVerfGG, in: NVwZ 2008, S. 170 ff. (zit.: *Lindner*, NVwZ 2008, 170, S.)
- Lippross, Otto-Gerd* [Hrsg.], Basiskommentar Steuerrecht, Loseblatt, Stand: 80. EGL., Köln 2013 (zit.: *Lippross*, 80. EGL., §, Rn.)
- Löcher, Jens*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch in der Rechtsprechung des BSG unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der gesetzlichen Rentenversicherung, in: SozVers 2001, S. 85 ff. (*Löcher*, SozVers 2001, 85, S.)
- Loos, Claus*, Aktuelle Entwicklungen zum SGB II, in: NVwZ 2009, S. 1267 ff. (zit.: *Loos*, NVwZ 2009, 1267, S.)
- Looschelders, Dirk*, Schuldrecht: Schuldrecht AT – Allgemeiner Teil, 8. Aufl., München 2010 (zit.: *Looschelders*, SchuldR AT, Rn.)

- Looschelders, Dirk*, Schuldrecht: Schuldrecht BT – Besonderer Teil, 8. Aufl., München 2013 (zit.: *Looschelders*, SchuldR BT, Rn.)
- Looschelders, Dirk/Roth, Wolfgang*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung – Zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung, Berlin 1996 (zit.: *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, S.)
- Louven, Klaus*, Obliegenheiten im Sozialrecht, in: ZAP 2007 (Fach 18), S. 979 ff. (zit.: *Louven*, ZAP 2007 [Fach 18], 979, S.)
- Löwer, Wolfgang*, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, in: NVwZ 1986, S. 793 ff. (zit.: *Löwer*, NVwZ 1986, 793, S.)
- Löwisch, Manfred*, Arbeitsrecht – Ein Studienbuch, 8. Aufl., Köln 2007 (zit.: *Löwisch*, ArbR, Rn.)
- Lücke, Jörg*, Rechtsstaatsprinzip und Staatshaftungsreform – Zur unmittelbaren Haftung des Staates für die vollziehende, rechtsprechende und gesetzgebende Gewalt, in: AöR 104 (1979), S. 225 ff. (zit.: *Lücke*, AöR 104 [1979], 225, S.)
- Lüdtke, Peter-Bernd*, Betreuungspflicht des Bürgers bei Leistungsanträgen, in: AuB 1976, S. 376 ff. (zit.: *Lüdtke*, AuB 1976, 376, S.)
- Luhmann, Niklas*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, Berlin 1965 (zit.: *Luhmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, S.)
- Maaß, Rainald*, Die besondere Gerichtsentscheidung – Folgenbeseitigung im Verpflichtungsverhältnis bei zwischenzeitlicher Rechtsänderung, in: VR 1985, S. 71 ff. (zit.: *Maaß*, VR 1985, 71, S.)
- Maaß, Rainald*, Zur Rechtsgrundlage des Folgenbeseitigungsanspruches – Überlegungen aus Anlaß von BVerwGE 69, 366 (BVerwG vom 19.7.1984 – 3 C 81/82) = BayVBl 1985, 54 und BGH vom 11.3.1982 – III ZR 174/80 = BGHZ 83, 190, in: BayVBl. 1987, S. 520 ff. (zit.: *Maaß*, BayVBl. 1987, 520, S.)
- Maaßen, Hans-Georg*, Ausländerrecht – Textausgabe mit einer erläuternden Einführung, 19. Aufl., Stuttgart 2009 (zit.: *Maaßen*, AusländerR, S.)
- Maier, Kurt*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch – Auswirkungen der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts auf die Verwaltungstätigkeit der Rentenversicherungsträger, in: SGB 1982, S. 133 ff. (zit.: *Maier*, SGB 1982, 133, S.)
- Maier, Kurt*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch in seinen Auswirkungen auf die gesetzliche Kranken- und Rentenversicherung, in: SozVers 1985, S. 113 ff. (zit.: *Maier*, SozVers 1985, 113, S.)
- von Mangoldt, Hans*, Folgenbeseitigung und Störungsbeseitigung, in: DVBl. 1974, S. 825 ff. (zit.: *von Mangoldt*, DVBl. 1974, 825, S.)

- von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian [Hrsg.], Kommentar zum Grundgesetz: GG, Bd. 1 bis 3, 6. Aufl., München 2010 (zit.: *Bearbeiter*, in: von Mangoldt/Klein/Starck [Hg.], Art., Rn.)
- Manssen, Gerrit*, Staatsrecht II – Grundrechte, 8. Aufl., München 2011 (zit.: *Manssen*, StaatsR II, §, Rn.)
- Marschner, Andreas*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch bei Verletzung der behördlichen Beratungspflicht, in: MDR 1999, S. 341 ff. (*Marschner*, MDR 1999, 341, S.)
- Marschner, Andreas*, Neue Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum sozialrechtlichen Herstellungsanspruch, in: ZfSH/SGB 1997, S. 599 ff. (zit.: *Marschner*, ZfSH/SGB 1997, 599, S.)
- Martens, Joachim*, Die Rechtsprechung zum Verwaltungsverfahrensrecht, in: NVwZ 1986, S. 533 ff. (zit.: *Martens*, NVwZ 1986, 533, S.)
- Martens, Wolfgang*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30, Berlin 1972, S. 7 ff. (zit.: *Martens*, VVDStRL 30, 7, S.)
- Martens, Wolfgang*, Zum Rechtsweg bei Abwehrklagen gegen Beeinträchtigungen aus einem schlicht-hoheitlichen Verwaltungsbereich, in: JR 1972, S. 257 ff. (zit.: *Martens*, JR 1972, 257, S.)
- Maultzsch, Felix*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen, englischen und US-amerikanischen Recht, Tübingen 2010 (zit.: *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, S.)
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter* [Begr.], Grundgesetz, Kommentar, Loseblatt; Stand: 73. EGL., München 2014 (zit.: *Bearbeiter*, in: Maunz/Dürig, 73. EGL., Art., Rn.)
- Maunz, Theodor* [Begr.]/*Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz/Bethge, Herbert* [Hrsg.], Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Loseblatt, 39. EGL., München 2013 (zit.: *Bearbeiter*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge [Hg.], 39. EGL., §, Rn.)
- Maurer, Hartmut*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., München 2011 (zit.: *Maurer*, AllgVerwR, §, Rn.)
- Maurer, Hartmut*, Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz, in: Handbuch des Staatsrechts, Band IV: Aufgaben des Staates, hrsg. von Isensee, Josef/Kirchhof, Paul, 3. Aufl., Heidelberg 2004 (zit.: *Maurer*, in: Isensee/Kirchhof [Hg.], HdStR, Bd. IV, § 79, Rn.)
- Maurer, Hartmut*, Staatsrecht I, 5. Aufl., München 2007 (zit.: *Maurer*, StaatsR, §, Rn.)
- May, Rüdiger*, Der Ausgleich durch eine zulässige Amtshandlung im Rahmen des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs, in: RV 2010, S. 218 ff. (*May*, RV 2010, 218, S.)

- von Maydell, Bernd/Ruland, Franz/Becker, Ulrich* [Hrsg.], Sozialrechtshandbuch (SRH), 5. Aufl., Baden-Baden 2012 (zit.: *Bearbeiter*, in: von Maydell/Ruland/Becker [Hg.], SRH, §, Rn.)
- von Maydell, Bernd*, Die „sozialen Rechte“ im Allgemeinen Teil des Sozialgesetzbuches, in: DVBl. 1976, S. 1 ff. (zit.: *von Maydell*, DVBl. 1976, 1, S.)
- Mazur, Szymon*, Restitution der Folgen nicht gerechtfertigter Eingriffe in Grundrechte – Der Folgenbeseitigungsanspruch, in: ZJS 2011, S. 321 ff. (zit.: *Mazur*, ZJS 2011, 321, S.)
- Meder, Stephan*, Missverstehen und Verstehen: Savignys Grundlegung der juristischen Hermeneutik, Tübingen 2004 (zit.: *Meder*, Missverstehen und Verstehen, S.)
- Meier-Hayoz, Arthur*, Strategische und taktische Aspekte der Fortbildung des Rechts – Zur Frage nach den Grenzen richterlicher Rechtssetzung, in: JZ 1981, S. 417 ff. (zit.: *Meier-Hayoz*, JZ 1981, 417, S.)
- Melin, Patrick*, Gesetzesauslegung in den USA und Deutschland – Historische Entwicklung, moderne Methodendiskussion und die Auswirkungen von Divergenzen für das internationale Einheitskaufrecht (CISG), Tübingen 2005 (zit.: *Melin*, Gesetzesauslegung, S.)
- Menger, Christian-Friedrich*, Über die Identität des Rechtsgrundes der Staatshaftungsklagen und einiger Verwaltungstreitsachen, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht – Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, hrsg. von Bachof, Otto/Drath, Martin/Gönnenwein, Otto/Walz, Ernst, München 1955, S. 347 ff. (zit.: *Menger*, in: FS für Jellinek, S. 347, S.)
- Meyer, Karl-Friedrich*, Effizienz und Qualität durch Konzentration der Fachgerichte, in: NJW-Editorial, Heft 15/2007 (zit.: *Meyer*, NJW-Editorial, Heft 15/2007)
- Meyer, Wolfgang*, Behördliche Betreuungspflichten im Sozialverwaltungsrecht – Anmerkung zur Typik und zur rechtsdogmatischen Grundlegung, in: SGB 1985, S. 57 ff. (zit.: *Meyer*, SGB 1985, 57, S.)
- Meyer-Ladewig, Jens/Keller, Wolfgang/Leitherer, Stephan* [Hrsg.], Sozialgerichtsgesetz: SGG – Kommentar, 10. Aufl., München 2012 (zit.: *Bearbeiter*, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer [Hg.], §, Rn.)
- Meys, Tilman*, Rechtsfortbildung extra legem im Arbeitsrecht – Dargestellt anhand zentraler Entscheidungen des Bundesarbeits- und Bundesverfassungsgerichts, Pieterlen 2009 (zit.: *Meys*, Rechtsfortbildung extra legem im Arbeitsrecht, S.)
- Meysen, Thomas*, Die Haftung aus Verwaltungsrechtsverhältnis – Zugleich ein Beitrag zur Figur des ‚verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses‘, Berlin 2000 (zit.: *Meysen*, Verwaltungsrechtsverhältnis, S.)
- Michael, Lothar/Morlok, Martin*, Grundrechte, 3. Aufl., Baden-Baden 2012 (zit.: *Michael/Morlok*, GR, Rn.)
- Möhle, Andreas*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch und Sozialhilfe, in: ZfSH/SGB 1990, S. 522 ff. (zit.: *Möhle*, ZfSH/SGB 1990, 522, S.)

- Möllers, Christoph*, Nachvollzug ohne Maßstababbildung: richterliche Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: JZ 2009, S. 668 ff. (zit.: *Möllers*, JZ 2009, 668, S.)
- Morlok, Martin*, Allgemeine Elemente der Einstandspflichten für rechtswidriges Staatshandeln, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band III: Personal, Finanzen, Kontrolle, Sanktionen, Staatliche Einstandspflichten, hrsg. von Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas, 2. Aufl., München 2013, S. 1117 ff. (zit.: *Morlok*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle [Hg.], GrdVwR, Bd. III, § 52, Rn.)
- Morlok, Martin*, Erstattung als Rechtmäßigkeitsrestitution – Der Erstattungsanspruch im Zusammenhang der Sekundäransprüche des öffentlichen Rechts, in: Die Verwaltung 25 (1992), S. 373 ff. (zit.: *Morlok*, Verw. 25 [1992], 373, S.)
- Mrozynski, Peter*, Die selbstbeschaffte Sozialleistung, in: SGB 1987, S. 404 ff. (zit.: *Mrozynski*, SGB 1987, 404, S.)
- Mrozynski, Peter*, Die Zukunft des Kenntnisgrundsatzes in der Sozialhilfe, in: ZfSH/SGB 2007, S. 463 ff. (zit.: *Mrozynski*, ZfSH/SGB 2007, 463, S.)
- Mrozynski, Peter*, SGB I – Sozialgesetzbuch Allgemeiner Teil, Kommentar, 4. Aufl., München 2010 (zit.: *Mrozynski*, §, Rn.)
- Muckel, Stefan/Ogorek, Markus*, Sozialrecht, 4. Aufl. München 2011 (zit.: *Muckel/Ogorek*, SozR, §, Rn.)
- Muckel, Stefan*, Effektiver Rechtsschutz bei beamtenrechtlicher Konkurrentenklage, in: JA 2011, S. 479 ff. (zit.: *Muckel*, JA 2011, 479, S.)
- Müller, Friedrich*, Richterrecht – rechtstheoretisch formuliert, in: Richterliche Rechtsfortbildung. Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen – Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, hrsg. von den Hochschullehrern der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg, Heidelberg 1986, S. 65 ff. (zit.: *Müller*, in: Richterliche Rechtsfortbildung, S. 65, S.)
- Müller, Friedrich*, Richterrecht, Berlin 1986 (zit.: *Müller*, Richterrecht, S.)
- Müller, Friedrich/Christensen, Ralph*, Juristische Methodik – Band I: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 10. Aufl., Berlin 2009 (zit.: *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd., S.)
- Müller-Grune, Sven*. Der Grundsatz von Treu und Glauben im Allgemeinen Verwaltungsrecht: Eine Studie zu Herkunft, Anwendungsbereich und Geltungsgrund, Hamburg 2006 (zit.: *Müller-Grune*, Treu und Glauben im VerwR, S.)
- von Münch, Ingo/Kunig, Philip* [Hrsg.], Grundgesetz-Kommentar: GG, Bd. 1 bis 2, 6. Aufl., München 2012 (zit.: *Bearbeiter*, in: von Münch/Kunig [Hg.], Art., Rn.)

- Münder, Johannes* [Hrsg.], Sozialgesetzbuch II – Grundsicherung für Arbeitsuchende, 4. Aufl., Baden-Baden 2011 (zit.: *Bearbeiter*, Münder [Hg.], §, Rn.)
- Münder, Johannes*, Wünsche der Wissenschaft an die sozialgerichtliche Rechtsprechung zur Sozialhilfe, in: SGB 2006, S. 186 ff. (zit.: *Münder*, SGB 2006, 186, S.)
- Münder, Johannes/Meysen, Thomas/Trenczek, Thomas* [Hrsg.], Frankfurter Kommentar SGB VIII, Kinder- und Jugendhilfe, 7. Aufl., Baden-Baden 2013 (zit.: *Bearbeiter*, in: Münder/Meysen/Trenczek [Hg.], §, Rn.)
- Munding, Christoph-David*, Die beamtenrechtliche Konkurrentenklage im Wandel der Rechtsprechung von BVerwG und BVerfG, in: DVBl. 2011, S. 1512 ff. (zit.: *Munding*, DVBl. 2011, 1512, S.)
- Murswiek, Dietrich*, Grundrechte als Teilhaberechte, in: Band V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, hrsg. von Isensee, Josef/Kirchhof, Paul, 3. Aufl., Heidelberg 2007 (zit.: *Murswiek*, in: Isensee/Kirchhof [Hg.], HdStR, Bd. V, § 112, Rn.)
- Musielak, Hans-Joachim* [Hrsg.], Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO, 10. Aufl., München 2013 (zit.: *Bearbeiter*, in: Musielak [Hg.], §, Rn.)
- Muthorst, Olaf*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, München 2011 (zit.: *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, §, Rn.)
- Neumann, Volker*, Die Auslegungszielbestimmung des § 2 Abs. 2 SGB-AT im Kontext der juristischen Methodendiskussion – Zur möglichst weitgehenden Verwirklichung sozialer Rechte, in: SGB 1983, S. 507 ff. (zit.: *Neumann*, SGB 1983, 507, S.)
- Neumann, Volker*, Menschenwürde und Existenzminimum, in: NVwZ 1995, S. 426 ff. (zit.: *Neumann*, NVwZ 1995, 426, S.)
- Neumann, Werner*, Die Entwicklung des Verwaltungsverfahrenrechts, in: NVwZ 2000, S. 1244 ff. (*Neumann*, NVwZ 2000, 1244, S.)
- Niehues, Norbert/Rux, Johannes*, Schul- und Prüfungsrecht, Band 1: Schulrecht, 5. Aufl., München 2013 (zit.: *Niehues/Rux*, SchulR, Rn.)
- Nöcker, Georg*, Allgemeine Auskunfts- und Beratungspflichten der Finanzbehörden, in: AO-StB 2010, S. 305 ff. (zit.: *Nöcker*, AO-StB 2010, 305, S.)
- Noftz, Wolfgang*, Rezension: Gemeinschaftskommentar zum Schwerbehindertengesetz (GK-SchwBG), in: NZS 2000, S. 546 (*Noftz*, NZS 2000, 546, S.)
- Oberfeld, Hans-Christoph*, Anmerkung zu BSG vom 15.05.1984 12 RK 48/82, in: SGB 1985, S. 174 ff. (zit.: *Oberfeld*, SGB 1985, 174, S.)
- Obermayer, Klaus*, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl., Köln 1999 (zit.: *Bearbeiter*, in: Obermayer, §, Rn.)

- Ogorek, Regina*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, Frankfurt am Main 1986 (zit.: *Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, S.)
- Olbertz, Susanne*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch im Verwaltungsrecht: Vom sozialrechtlichen zum verwaltungsrechtlichen Herstellungsanspruch?, Frankfurt a.M. 1995 (zit.: *Olbertz*, S.)
- Oppermann, Bernd*, Unterlassungsanspruch und materielle Gerechtigkeit im Wettbewerbsprozeß – Zur Entstehung und Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen im Wettbewerbsrecht und im gewerblichen Sonderrechtsschutz, Tübingen 1993 (zit.: *Oppermann*, Unterlassungsanspruch und materielle Gerechtigkeit, S.)
- Ossenbühl, Fritz*, Autonome Rechtsetzung der Verwaltung, in: Handbuch des Staatsrechts, Band V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, hrsg. von Isensee, Josef/Kirchhof, Paul, 3. Aufl., Heidelberg 2007 (zit.: *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof [Hg.], HdStR, Bd. V, § 104, Rn.)
- Ossenbühl, Fritz*, Abschied vom enteignungsgleichen Eingriff?, in: NJW 1983, S. 1 ff. (zit.: *Ossenbühl*, NJW 1983, 1, S.)
- Ossenbühl, Fritz*, Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: NJW 1976, S. 2100 ff. (zit.: *Ossenbühl*, NJW 1976, 2100, S.)
- Ossenbühl, Fritz*, Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat, in: Handbuch des Staatsrechts, Band V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, hrsg. von Isensee, Josef/Kirchhof, Paul, 3. Aufl., Heidelberg 2007 (zit.: *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof [Hg.], HdStR, Bd. V, § 100, Rn.)
- Ossenbühl, Fritz*, Öffentliches Recht in der Rechtsprechung des BGH, in: NJW 2000, S. 2945 ff. (zit.: *Ossenbühl*, NJW 2000, 2945, S.)
- Ossenbühl, Fritz*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung in Verfassung, Gesetz und Richterrecht, in: DVBl. 1994, S. 977 ff. (zit.: *Ossenbühl*, DVBl. 1994, 977, S.)
- Ossenbühl, Fritz*, Öffentlichrechtliche Entschädigung in Verfassung, Gesetz und Richterrecht, in: Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch/6. Sozialrechtslehrertagung 23. bis 25. März 1994 in Bayreuth, hrsg. von Schulin, Bertram für Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes e.V. (SDSRV), Bd. 39, Wiesbaden 1994, S. 7 ff. (zit.: *Ossenbühl*, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 7, S.)
- Ossenbühl, Fritz*, Rechtsverordnung, in: Handbuch des Staatsrechts, Band V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, hrsg. von Isensee, Josef/Kirchhof, Paul, 3. Aufl., Heidelberg 2007 (zit.: *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof [Hg.], HdStR, Bd. V, § 103, Rn.)
- Ossenbühl, Fritz/Cornils, Matthias*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., München 2013 (zit.: *Ossenbühl/Cornils*, StHR, S.)
- Ott, Edward*, Gedanken zu Art. 1 ZGB und seiner Anwendung in der Bundesgerichtspraxis, in: SJZ 1987, S. 193 ff. (zit.: *Ott*, SJZ 1987, 193, S.)

- Özfiat-Skubinn, Sirin*, Rechtswidrige Beamtenernennungen, bei denen der Rechtsschutz eines Mitbewerbers vereitelt wird – Wege zur Kompensation. Ein Beitrag zu den Grundlagen und Folgen des Grundsatzes der Ämterstabilität unter besonderer Betrachtung des neuen beamtenrechtlichen Anspruchs auf Wiederherstellung, Berlin 2010 (zit.: *Özfiat-Skubinn*, Beamtenernennungen, S.)
- Pahlke, Armin/Koenig, Ulrich* [Hrsg.], Abgabenordnung: AO, München 2004 (zit.: *Bearbeiter*, in: Pahlke/Koenig [Hg.], §, Rn.)
- Palandt, Otto* [Begr.], Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, Kommentar, 72. Aufl., München 2013 (zit.: *Bearbeiter*, in: Palandt, §, Rn.)
- Papier, Hans-Jürgen*, Die Forderungsverletzung im öffentlichen Recht, Berlin 1970 (zit.: *Papier*, Forderungsverletzung, S.)
- Papier, Hans-Jürgen*, Enteignungsgleiche und enteignende Eingriffe nach der Naßauskiesung-Entscheidung – BGHZ 90, 17 und BGH, NJW 1984, 1876, in: JuS 1985, S. 184 f. (zit.: *Papier*, JuS 1985, 184, S.)
- Papier, Hans-Jürgen*, Grundrechte und Sozialordnung, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band II: Grundrechte in Deutschland – Allgemeine Lehren I, hrsg. von Merten, Detlef/Papier, Hans Jürgen, Heidelberg 2004 (zit.: *Jarass*, in: Merten/Papier [Hg.], HbdGR, Bd. II, § 30, Rn.)
- Papier, Hans-Jürgen*, Öffentlich-rechtlicher Folgenbeseitigungsanspruch bei Nichterfüllung?, in: DÖV 1972, S. 845 ff. (zit.: *Papier*, DÖV 1972, 845, S.)
- Papier, Hans-Jürgen*, Schutz des sozialen Eigentums und Neutralität im Arbeitskampf, in: DVBl. 1986, S. 577 ff. (zit.: *Papier*, DVBl. 1986, 577, S.)
- Papier, Hans-Jürgen*, Schutz des sozialen Eigentums und Neutralität im Arbeitskampf, in: JuS 1975, S. 184 ff. (zit.: *Papier*, JuS 1975, 184, S.)
- Papier, Hans-Jürgen*, Staatshaftung, in: Handbuch des Staatsrechts, Band VIII: Grundrechte: Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit, hrsg. von Isensee, Josef/Kirchhof, Paul, 3. Aufl., Heidelberg 2010 (zit.: *Papier*, in: Isensee/Kirchhof [Hg.], HdStR, Bd. VIII, § 180, Rn.)
- Pickel, Harald*, Die Rücknahme von Verwaltungsakten nach dem SGB X, in: NVwZ 1987, S. 454 ff. (zit.: *Pickel*, NVwZ 1987, 454, S.)
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard*, Grundrechte – Staatsrecht II, 28. Aufl., Heidelberg 2012 (zit.: *Pieroth/Schlink*, GR, Rn.)
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, Kniesel, Michael*, Polizei- und Ordnungsrecht mit Versammlungsrecht, 7. Aufl., München 2012 (zit.: *Pieroth/Schlink/Kniesel*, POR, §, Rn.)
- Pietzko, Gabriele*, Der materiell-rechtliche Folgenbeseitigungsanspruch, Berlin 1994 (zit.: *Pietzko*, FBA, S.)

- Pietzner, Rainer*, Die Bewältigung so genannter Herstellungslagen in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, in: Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch/6. Sozialrechtslehrertagung 23. bis 25. März 1994 in Bayreuth, hrsg. von Schulin, Bertram für Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes e.V. (SDSRV), Bd. 39, Wiesbaden 1994, S. 93 ff. (zit.: *Pietzner*, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 93, S.)
- Pietzner, Rainer/Müller, Judith*, Herstellungsanspruch und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: *VerwArch.* 85 (1994), S. 603 ff. (zit.: *Pietzner/Müller*, *VerwArch.* 85 [1994], 603, S.)
- Plagemann, Hermann* [Hrsg.], Münchener Anwaltshandbuch – Sozialrecht, 4. Aufl., München 2013 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Plagemann* [Hg.], Münchener AnwHB SozR, §, Rn.)
- Plagemann, Hermann*, Anmerkung zu BSG, Urt. v. 18.08.1983 – 11 RA 60/82, in: *SGb* 1984, S. 208 ff. (zit.: *Plagemann*, *SGb* 1984, 208, S.)
- Plagemann, Hermann*, Auswirkungen der Rechtsprechung des BSG auf die tägliche Praxis des im Sozialrecht tätigen Rechtsanwalts, in: *NJW* 1986, S. 2082 ff. (zit.: *Plagemann*, *NJW* 1986, 2082, S.)
- Plagemann, Hermann*, Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Sozialverwaltungsverfahren – Zur Ordnungsfunktion von Fristenregelungen im Sozialrecht, in: *NJW* 1983, S. 2172 ff. (zit.: *Plagemann*, *NJW* 1983, 2172, S.)
- Posser, Herbert/Wolff, Heinrich Amadeus* [Hrsg.], BeckOK VwGO, München, Edition 33, Stand: 1.4.2015 (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOK, §, Rn.)
- Pötters, Stephan/Christensen, Ralph*, Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung und Wortlautgrenze, in: *JZ* 2011, S. 387 ff. (zit.: *Pötters/Christensen*, *JZ* 2011, 387, S.)
- Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd* [Hrsg.], BGB – Kommentar, 8. Aufl., Köln 2013 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Prütting/Wegen/Weinreich* [Hg.], §, Rn.)
- Radbruch, Gustav*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 12. Aufl., Stuttgart 1969 (zit.: *Radbruch*, Einführung in die Rechtswissenschaft, S.)
- Radbruch, Gustav*, Rechtsphilosophie – Studienausgabe, 1. Aufl., Heidelberg 1999 (zit.: *Radbruch*, Rechtsphilosophie – Studienausgabe, S.)
- Raisch, Peter*, Zur Abgrenzung von Gewohnheitsrecht und Richterrecht im Zivil- und Handelsrecht, in: *ZHR* 150 (1986), S. 117 ff. (zit.: *Raisch*, *ZHR* 150 [1986], 117, S.)
- Ramsauer, Ulrich/Stallbaum, Michael/Sternal, Sonja* [Hrsg.], Bundesausbildungsförderungsgesetz: BAföG – mit Härteverordnung, Darlehensverordnung und Teilerlaßverordnung, 4. Aufl., München 2005 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Ramsauer/Stallbaum/Sternal* [Hg.], §, Rn.)
- Rauscher, Thomas/Wax, Peter/Wenzel, Joachim* [Hrsg.], Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO, Bd. 1 bis 4, 4. Aufl., München 2012 (zit.: *Bearbeiter*, in: *MüKo ZPO*, §, Rn.)

- Rechenbach, Peter*, Verfassungsanspruch auf „Gleichbehandlung im Unrecht“?, in: NVwZ 1987, S. 383 ff. (zit.: *Rechenbach*, NVwZ 1987, 383, S.)
- Redeker, Martin*, Was beseitigt der Folgenbeseitigungsanspruch?, in: DÖV 1987, S. 194 ff. (zit.: *Redeker*, DÖV 1987, 194, S.)
- Reimer, Franz*, Das Paragrafengesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, hrsg. von Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas, 2. Aufl., München 2012, S. 585 ff. (zit.: *Reimer*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle [Hg.], GrdVwR, Bd. I, § 9, Rn.)
- Reinhardt, Michael*, Konsistente Rechtsprechung. Grundlegung einer verfassungsrechtlichen Theorie der rechtsgestaltenden Rechtsprechung, Tübingen 1997 (zit.: *Reinhardt*, Konsistente Rechtsprechung, S.)
- Renner, Günter* [Hrsg.], Ausländerrecht: AuslR, 9. Aufl., München 2011 (zit.: *Bearbeiter*, in: Renner [Hg.], AuslR, §, Rn.)
- Rennert, Klaus*, Die Verfassungswidrigkeit „falscher“ Gerichtsentscheidungen, in: NJW 1991, S. 12 ff. (zit.: *Rennert*, NJW 1991, 12, S.)
- Rieble, Volker*, Richterliche Gesetzesbindung und BVerfG, in: NJW 2011, S. 819 ff. (zit.: *Rieble*, NJW 2011, 819, S.)
- Riehle, Eckart*, Keine Hilfe für die Vergangenheit und Selbstbeschaffung im Sozialhilferecht, in: ZfSH/SGB 2004, S. 527 ff. (zit.: *Riehle*, ZfSH/SGB 2004, 527, S.)
- Rixen, Stephan*, Kein Kita-Platz trotz Rechtsanspruch? Zum Aufwendungsersatz bei selbst organisierter Kinderbetreuung, in: NJW 2012, S. 2839 ff. (zit.: *Rixen*, NJW 2012, 2839, S.)
- Rode, Karlheinz*, Zum Wesen der sogenannten „sozialen Rechte“ im Sozialgesetzbuch – Allgemeiner Teil, in: SGB 1977, S. 268 ff. (zit.: *Rode*, SGB 1977, 268, S.)
- Roellecke, Gerd*, Zur Unterscheidung von Rechtsdogmatik und Theorie am Beispiel der Konzepte Hegels und Luhmanns, in: JZ 2011, S. 645 ff. (zit.: *Roellecke*, JZ 2011, 645, S.)
- Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Udsching, Peter* [Hrsg.], BeckOK Sozialrecht, München, 37. Edition, Stand: 01.03.2015 (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOK, §, Rn.)
- Rolfs, Christian*, Die Verjährung von Sozialleistungsansprüchen (§ 45 SGB I) nach der Reform des Verjährungsrechts, in: NZS 2002, S. 169 ff. (zit.: *Rolfs*, NZS 2002, 169, S.)
- Roth, Wolfgang*, Die Obliegenheit zur Inanspruchnahme primären Rechtsschutzes insbesondere bei beamtenrechtlichen Beförderungsstreitigkeiten, in: ZBR 2001, S. 14 ff. (zit.: *Roth*, ZBR 2001, 14, S.)

- Rothe, Friedrich/Blanke, Ernst August* [Hrsg.], Bundesausbildungsförderungsgesetz – Bundesgesetz über die individuelle Förderung der Ausbildung – BAföG, Loseblatt, Stand: 36. EGL, Stuttgart 2013 (zit.: *Bearbeiter*, in: Rothe/Blanke [Hg.], 36. EGL., §, Rn.)
- Rothkegel, Ralf*, Zur Anwendbarkeit von § 44 SGB X im Sozialhilferecht, in: *ZfSH/SGB* 2002, S. 8 ff. (zit.: *Rothkegel*, *ZfSH/SGB* 2002, 8, S.)
- Rüfner, Wolfgang*, Der Folgenbeseitigungsanspruch ein materiellrechtlicher oder ein prozessualer Anspruch? – Eine Betrachtung de lege lata, in: *DVBl.* 1967, S. 186 ff. (zit.: *Rüfner*, *DVBl.* 1967, 186, S.)
- Rüfner, Wolfgang*, Leistungsrechte, in: *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band II: Grundrechte in Deutschland – Allgemeine Lehren I, hrsg. von Merten, Detlef/Papier, Hans Jürgen, Heidelberg 2004 (zit.: *Jarass*, in: Merten/Papier [Hg.], *HbdGR*, Bd. II, § 40, Rn.)
- Rüfner, Wolfgang*, Soziale Grundrechte und soziale Rechte im Sozialgesetzbuch, in: *Kontinuität und Neubeginn. Staat und Recht in Europa zu Beginn des 21. Jahrhunderts. Festschrift für Georg Brunner aus Anlaß seines 65. Geburtstags*, hrsg. von Hofmann, Mahulena/Küpper, Herbert, Baden-Baden 2001, S. 101 ff. (zit.: *Rüfner*, in: *FS für Georg Brunner*, S. 101, S.)
- Rüfner, Wolfgang*, Verwaltungsakt und verwaltungsrechtliches Schuldverhältnis im Sozialrecht, in: *JuS* 1981, S. 259 ff. (zit.: *Rüfner*, *JuS* 1981, 259, S.)
- Rupp, Hans Heinrich*, Der verwaltungsrechtliche (Folgen-)Beseitigungsanspruch, in: *JA* 1979, S. 506 ff. (zit.: *Rupp*, *JA* 1979, 506, S.)
- Rupp, Hans Heinrich*, Widerruf amtlicher ehrenkränkender Behauptungen, in: *NJW* 1961, S. 811 ff. (zit.: *Rupp*, *NJW* 1961, 811, S.)
- Rupp, Hans Heinrich*, Zum Folgenbeseitigungsanspruch, in: *DVBl.* 1972, S. 232 ff. (zit.: *Rupp*, *DVBl.* 1972, 232, S.)
- Rüthers, Bernd*, Geleugneter Richterstaat und vernebelte Richtermacht, in: *NJW* 2005, S. 2759 ff. (zit.: *Rüthers*, *NJW* 2005, 2759, S.)
- Rüthers, Bernd*, Klartext zu den Grenzen des Richterrechts, in: *NJW* 2011, S. 1856 ff. (zit.: *Rüthers*, *NJW* 2011, 1856, S.)
- Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel*, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, 6. Aufl., München 2011 (zit.: *Rüthers/Fischer/Birk*, *RML*, Rn.)
- Sachs, Michael* [Hrsg.], *Grundgesetz: GG*, 5. Aufl., München 2009 (zit.: *Bearbeiter*, in: Sachs [Hg.], *Art.*, Rn.)
- Sachs, Michael*, „Volenti non fit iniuria“ – Zur Bedeutung des Willens des Betroffenen im Verwaltungsrecht, in: *VerwArch.* 76 (1985), S. 398 ff. (zit.: *Sachs*, *VerwArch.* 76 [1985], 398, S.)

- Sachs, Michael*, Verfassungsrecht II – Grundrechte, 2. Aufl., Heidelberg 2003 (zit.: *Sachs*, VerfR II, Kap., Rn.)
- Säcker, Franz-Jürgen*, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit – rechtsquellen- und interpretationstheoretische Bemerkungen zur legislativen und judikativen Konkretisierung des Art. 9 Abs. 3 GG, Düsseldorf 1969 (zit.: *Säcker*, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, S.)
- Säcker, Horst*, Herrschaft der Richter? Zur Bedeutung der dritten Gewalt im Rechtsstaat, München 1978 (zit.: *Säcker*, Herrschaft der Richter?, S.)
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland* [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Bd. 1 bis 11, 5. Aufl., München 2007 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo BGB, §, Rn.)
- Sauer, Heiko*, Staatshaftungsrecht – Eine Systematisierung für die Fallbearbeitung, in: JuS 2012, S. 695 ff. (zit.: *Sauer*, JuS 2012, 695, S.)
- Schäfer, Helmut*, Grundlagen des Rechts: Einführung in das Rechtsdenken, München 1989 (zit.: *Schäfer*, Grundlagen des Rechts, S.)
- Schafhausen, Martin*, Kein Urteil, keine Anmerkung – Neues zum Herstellungsanspruch bei fehlender Arbeitslosmeldung?, in: ASR 2011, S. 126 ff. (zit.: *Schafhausen*, ASR 2011, 126, S.)
- Scheerer, Reinhard*, Zu den Voraussetzungen des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs, in: SGB 1985, S. 300 ff. (zit.: *Scheerer*, SGB 1985, 300, S.)
- Schellhorn, Helmut/Schellhorn, Walter/Hohm, Karl-Heinz/Schneider, Peter* [Hrsg.], SGB XII – Kommentar zum Sozialgesetzbuch XII, 17. Aufl., Köln 2006 (zit.: *Bearbeiter*, in: Schellhorn/Schellhorn/Hohm/Schneider [Hg.], §, Rn.)
- Schenke, Wolf-Rüdiger*, Der Folgenbeseitigungsanspruch bei Verwaltungsakten mit Drittwirkung, in: DVBl. 1990, S. 328 ff. (zit.: *Schenke*, DVBl. 1990, 328, S.)
- Schenke, Wolf-Rüdiger*, Der verfahrensfehlerhafte Verwaltungsakt gemäß § 46 VwVfG, in: DÖV 1986, S. 305 ff. (zit.: *Schenke*, DÖV 1986, 305, S.)
- Schenke, Wolf-Rüdiger*, Die Haftung des Staates bei normativem Unrecht, in: DVBl. 1975, S. 121 ff. (zit.: *Schenke*, DVBl. 1975, 121, S.)
- Schenke, Wolf-Rüdiger*, Folgenbeseitigungsanspruch und mitwirkendes Verschulden – BVerwG, NJW 1989, 2484, in: JuS 1990, S. 370 ff. (zit.: *Schenke*, JuS 1990, 370, S.)
- Schenke, Wolf-Rüdiger*, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl., Heidelberg 2013 (zit.: *Schenke*, POR, §, Rn.)
- Schenke, Wolf-Rüdiger*, Staatshaftung und Aufopferung – Der Anwendungsbereich des Aufopferungsanspruchs, in: NJW 1991, S. 1777 ff. (zit.: *Schenke*, NJW 1991, 1777, S.)

- Schepers, Andreas*, Bundesausbildungsförderungsgesetz, Baden-Baden 2012 (zit.: *Schepers*, §, Rn.)
- Schleeh, Jörg*, Zur Dogmatik der öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigung, in: AöR 92 (1967), S. 58 ff. (zit.: *Schleeh*, AöR 92 [1967], 58, S.)
- Schlegel, Rainer/Voelzke, Thomas* [Hrsg.], juris PraxisKommentar SGB I – SGB I – Sozialgesetzbuch Erstes Buch – Allgemeiner Teil – mit VO (EG) 883/2004, 2. Aufl., München 2012 (zit.: *Bearbeiter*, in: Schlegel/Voelzke [Hg.], §, Rn.)
- Schloer, Bernhard*, Der Folgenbeseitigungsanspruch, in: JA 1992, S. 39 ff. (zit.: *Schloer*, JA 1992, 39, S.)
- Schlüter, Wilfried*, BGB-Familienrecht, 14. Aufl., Heidelberg 2013 (zit.: *Schlüter*, FamR, §, Rn.)
- Schmalz, Dieter*, Methodenlehre für das juristische Studium, 3. Aufl., Baden-Baden 1992 (zit.: *Schmalz*, Methodenlehre, 3. Aufl., Rn.)
- Schmalz, Dieter*, Methodenlehre für das juristische Studium, 4. Aufl., Baden-Baden 1998 (zit.: *Schmalz*, Methodenlehre, Rn.)
- Schmidt, Karsten* [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch: HGB, Bd. 1 bis 7, 2. Aufl., München 2009 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo HGB, §, Rn.)
- Schmidt, Sylvia/Schmidt, Benjamin*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, in: JURA 2005, S. 372 ff. (zit.: *Schmidt/Schmidt*, JURA 2005, 372, S.)
- Schmidt, Walter*, Der verwaltungsrechtliche Beseitigungsanspruch, in: JuS 1969, S. 166 ff. (zit.: *Schmidt*, JuS 1969, 166, S.)
- Schmidt-Aßmann, Eberhard*, Der Rechtsstaat, in: Handbuch des Staatsrechts, Band II: Verfassungsstaat, hrsg. von Isensee, Josef/Kirchhof, Paul, 3. Aufl., Heidelberg 2004 (zit.: *Schmidt-Aßmann*, in: Isensee/Kirchhof [Hg.], HdStR, Bd. II, § 26, Rn.)
- Schmidt-Aßmann, Eberhard/Schoch, Friedrich* [Hrsg.], Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl., Berlin 2008 (zit.: *Bearbeiter*, in: Schmidt-Aßmann/Schoch [Hg.], BesVerwR, Kap., Rn.)
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno* [Begr.]/*Hofmann, Hans/Henneke, Hans-Günter* [Hrsg.], Kommentar zum Grundgesetz (GG), 13. Aufl., Köln 2014 (zit.: *Bearbeiter*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hg.], Art., Rn.)
- Schmidt-De Caluwe, Reimund*, Der Eigentumsschutz sozialer Rechtspositionen – Zu einer funktionsgesteuerten Auslegung des Art 14 I GG, in: JA 1992, S. 129 ff. (zit.: *Schmidt-De Caluwe*, JA 1992, 129, S.)
- Schmidt-De Caluwe, Reimund*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch – Eine Untersuchung der Entstehung und Entwicklung eines besonderen Haftungstatbestandes im Sozialrecht, seines Verhältnisses zum Sozialverfahrens- und Staatshaftungsrecht sowie eine Kritik seiner bisherigen Dogmatik, Berlin 1992 (zit.: *Schmidt-De Caluwe*, S.)

- Schmidt-De Caluwe, Reimund*, Zur Entwicklung und Ausgestaltung der sozialbehördlichen Betreuungspflichten durch die höchstrichterliche Rechtsprechung, in: SGB 1992, S. 487 ff. (zit.: *Schmidt-De Caluwe*, SGB 1992, 487, S.)
- Schmitz, Stefan*, Die Anwendbarkeit des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs im Sozialhilferecht, in: ZfSH/SGB 2006, S. 393 ff. (zit.: *Schmitz*, ZfSH/SGB 2006, 393, S.)
- Schnapp, Friedrich/Meyer, Wolfgang*, Zur Entwicklung von sozialen Rechten in der Sozialgesetzgebung – Eine rechtstheoretische und rechtssystematische Untersuchung, in: DRV 1973, S. 66 ff. (zit.: *Schnapp/Meyer*, DRV 1973, 66, S.)
- Schnapp, Friedrich*, Die Aufklärungs-, Beratungs- und Auskunftspflichten nach dem Sozialgesetzbuch, in: DOK 1977, S. 889 ff. (zit.: *Schnapp*, DOK 1977, 889, S.)
- Schnapp, Friedrich*, Grenzfragen des allgemeinen Ausländerrechts, in: NJW 1983, S. 973 ff. (zit.: *Schnapp*, NJW 1983, 973, S.)
- Schnapp, Friedrich*, Pflichten des Leistungsträgers im sozialrechtlichen Verwaltungsverfahren, in: DAngVers 1978, S. 538 ff. (zit.: *Schnapp*, DAngVers 1978, 538, S.)
- Schnapp, Friedrich*, Verletzung der Beratungspflicht eines Versicherungsträgers und Herstellungsanspruch, in: SGB 1977, S. 307 ff. (zit.: *Schnapp*, SGB 1977, 307, S.)
- Schnath, Matthias*, Das neue Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums – Ein rechtspolitischer Ausblick nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 9.2.2010, in: NZS 2010, S. 297 ff. (zit.: *Schnath*, NZS 2010, 297, S.)
- Schneider, Hans*, Der verfassungsrechtliche Schutz von Renten der Sozialversicherung, Heidelberg 1980 (zit.: *Schneider*, Der verfassungsrechtliche Schutz von Renten der Sozialversicherung, S.)
- Schneider, Tobias*, Folgenbeseitigung im Verwaltungsrecht – Eine Untersuchung zu Rechtsgrund, Tatbestand und Rechtsfolgen des öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruchs, Baden-Baden 1994 (zit.: *Schneider*, Folgenbeseitigung, S.)
- Schnellenbach, Helmut*, Beamtenrecht in der Praxis, 8. Aufl., München 2013 (zit.: *Schnellenbach*, BeamtenR, §, Rn.)
- Schoch, Friedrich*, Der Folgenbeseitigungsanspruch, in: JURA 1993, S. 478 ff. (zit.: *Schoch*, JURA 1993, 478, S.)
- Schoch, Friedrich*, Folgenbeseitigung und Wiedergutmachung im Öffentlichen Recht, in: VerwArch. 79 (1988), S. 1 ff. (zit.: *Schoch*, VerwArch. 79 [1988], 1, S.)
- Schoch, Friedrich/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Pietzner, Rainer* [Begr.], Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO, Loseblatt, 24. EGL., München 2012 (zit.: *Bearbeiter*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner [Hg.], 24. EGL., §, Rn.)

- Schoppmeyer, Heinrich*, Juristische Methode als Lebensaufgabe: Leben, Werk und Wirkungsgeschichte Philipp Hecks, Tübingen 2001 (zit.: *Schoppmeyer*, Juristische Methode als Lebensaufgabe, S.)
- Schröder, Meinhard*, Gesetzesbindung des Richters und Rechtsweggarantie im Mehrebenensystem, Tübingen 2010 (zit.: *Schröder*, Gesetzesbindung des Richters, S.)
- Schulze, Carola*, Das Recht der öffentlichen Ersatzleistungen – Eine Einführung, Berlin 2008 (zit.: *Schulze*, Ersatzleistungen, S.)
- Schulze, Reiner/Dörner, Heinrich/Ebert, Ina/Hoeren, Thomas/Kemper, Rainer/Saenger, Ingo/Schreiber, Klaus/Schulte-Nölke, Hans/Staudinger, Ansgar* [Hrsg.], Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Aufl., Baden-Baden 2012 (zit.: *Bearbeiter*, in: Schulze [Hg.], §, Rn.)
- Schumann, Ekkehard*, Das Rechtsverweigerungsverbot – Historische und methodologische Bemerkungen zur richterlichen Pflicht, das Recht auszulegen, zu ergänzen und fortzubilden, in: ZfP 81 (1968), S. 79 ff. (zit.: *Schumann*, ZfP 81 [1968], 79, S.)
- Schwabe, Jürgen*, Verstoß gegen Eigentumsgarantie durch Untätigbleiben des Gesetzgebers, in: NJW 1971, S. 1657 ff. (zit.: *Schwabe*, NJW 1971, 1657, S.)
- Schwarz, Bernhard* [Hrsg.], Kommentar zur Abgabenordnung: AO, Loseblatt, Freiburg 2009 (zit.: *Bearbeiter*, in: Schwarz [Hg.], §, Rn.)
- Schweiger, Karl*, Der für die verwaltungsgerichtliche Entscheidung maßgebende Zeitpunkt, in: NJW 1966, S. 1899 ff. (zit.: *Schweiger*, NJW 1966, 1899, S.)
- Schwerdtfeger, Gunther*, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung – Grundfallsystematik, Methodik, Fehlerquellen, 14. Aufl., München 2012 (zit.: *Schwerdtfeger*, Öffentliches Recht, Rn.)
- Schwerz, Günter* [Hrsg.], Wohngeldgesetz, 4. Aufl., Baden-Baden 2006 (zit.: *Bearbeiter*, in: Schwerz [Hg.], §, Rn.)
- Seewald, Otfried*, Herstellungsanspruch bei unterlassener Zusammenarbeit, in: SGB 1986, S. 133 ff. (zit.: *Seewald*, SGB 1986, 133, S.)
- Seidl, Otto*, Richterliche Rechtsfortbildung und Verfassungsrecht, in: ZfR 1988, S. 296 ff. (zit.: *Seidl*, ZfR 1988, 296, S.)
- Simons, Lothar*, Leistungsstörungen verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse, Berlin 1967 (zit.: *Simons*, Leistungsstörungen, S.)
- Singer, Reinhard*, Wann ist widersprüchliches Verhalten verboten? Zu den Rechtsfolgen der form- und grundlosen Eigenkündigung eines Arbeitnehmers, in: NZA 1998, S. 1309 ff. (zit.: *Singer*, NZA 1998, 1309, S.)
- Sobota, Katharina*, Das Prinzip Rechtsstaat – Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte, Tübingen 1997 (zit.: *Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat, S.)

- Sodan, Helge/Ziekow, Jan*, Grundkurs Öffentliches Recht, 5. Aufl., München 2012 (zit.: *Sodan/Ziekow*, Grundkurs öffentliches Recht, §, Rn.)
- Soergel, Hans Theodor* [Begr.], Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: BGB, Bd. 1 bis 23, 13. Aufl., Stuttgart 2000 (zit.: *Bearbeiter*, in: Soergel [Hg.], §, Rn.)
- Söllner, Alfred*, Der Richter als Ersatzgesetzgeber, in: Zeitschrift für Gesetzgebung 1995, S. 1 ff. (zit.: *Söllner*, ZG 1995, 1, S.)
- Sollte, Ernst-Lüder*, Zur Konkurrentenklage im Beamtenrecht, in: NJW 1980, S. 1027 ff. (zit.: *Sollte*, NJW 1980, 1027, S.)
- Spanner, Hans*, Gesetzliche Regelung des Folgenbeseitigungsanspruchs?, in: DVBl. 1968, S. 618 ff. (zit.: *Spanner*, DVBl. 1968, 618, S.)
- Staaake, Marco*, Das Ziel der Auslegung, in: JURA 2011, S. 177 ff. (zit.: *Staaake*, JURA 2011, 177, S.)
- von Staudinger, Julius* [Begr.], Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 1 bis 83, 12. Aufl., Berlin 1999 (zit.: *Bearbeiter*, in: Staudinger, §, Rn.)
- Stauf, Wolfgang*, Treu und Glauben – auch im Beamtenrecht, in: DÖD 2004, S. 150 ff. (zit.: *Stauf*, DÖD 2004, 150, S.)
- Stein, Christoph/ Itzel, Peter/Schwall, Karin*, Praxishandbuch des Amts- und Staatshaftungsrechts, 2. Aufl., Heidelberg 2012 (zit.: *Stein/Itzel/Schwall*, Praxishandbuch StHR, Rn.)
- Steinwedel, Ulrich*, Der Anspruch auf Rücknahme rechtswidriger nicht begünstigender Verwaltungsakte: § 44 SGB X, in: Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, hrsg. von von Wulffen, Matthias/Krasney, Otto Ernst, Köln 2004, S. 783 ff. (zit.: *Steinwedel*, in: FS 50 Jahre BSG, S. 783, S.)
- Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael* [Hrsg.], Verwaltungsverfahrensgesetz: VwVfG, Kommentar, 8. Aufl., München 2014 (zit.: *Bearbeiter*, in: Stelkens/Bonk/Sachs [Hg.], §, Rn.)
- Stelkens, Paul*, Der Antrag – Voraussetzung eines Verwaltungsverfahrens und eines Verwaltungsaktes?, in: NuR 1985, S. 213 ff. (zit.: *Stelkens*, NuR 1985, 213, S.)
- Stelkens, Ulrich*, Zum Erfordernis einer Staatshaftung gegenüber juristischen Personen des öffentlichen Rechts – Zugleich zur Frage der Gerechtigkeit im Verwaltungsorganisationsrecht, in: DVBl. 2003, S. 22 ff. (zit.: *Stelkens*, DVBl. 2003, 22, S.)
- Stern, Klaus/Becker, Florian* [Hrsg.], Grundrechte-Kommentar – Die Grundrechte des Grundgesetzes mit ihren europäischen Bezügen, Köln 2009 (zit.: *Bearbeiter*, in: Stern/Becker [Hg.], Art., Rn.)

- Stern, Klaus*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Band I: Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Auflage, München 1984 (zit.: *Stern*, Staatsrecht, Bd. I, S.)
- Stern, Klaus*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Band II: Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung, München 1980 (zit.: *Stern*, Staatsrecht, Bd. II, S.)
- Stern, Klaus*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Band III/1: Allgemeine Lehren der Grundrechte – Grundlagen und Geschichte, nationaler und internationaler Grundrechtskonstitutionalismus, juristische Bedeutung der Grundrechte, Grundrechtsberechtigte, Grundrechtsverpflichtete, München 1988 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Stern*, Staatsrecht, Bd. III/1, S.)
- Tegethoff, Carsten*, Zulässigkeit und Erforderlichkeit der beamtenrechtlichen Konkurrentenklage, in: ZBR 2004, S. 341 ff. (zit.: *Tegethoff*, ZBR 2004, 341, S.)
- Terwey, Franz Josef*, Staatshaftungsrecht – das neue StHG und die gesetzliche Rentenversicherung, in: DRV 1982, S. 191 ff. (zit.: *Terwey*, DRV 1982, 191, S.)
- Terwey, Franz-Josef*, Die rechtliche Betreuung des Bürgers nach dem Sozialgesetzbuch: Zugleich eine Betrachtung der sozialrechtlichen Leistungsbeziehungen unter Obligationen- gesichtspunkten, Mainz 1980 (zit.: *Terwey*, Rechtliche Betreuung nach dem SGB, S.)
- Thieme, Werner*, Anmerkung zu BSG, Urt. v. 15.06.1976 – 11 RA 80/75, in: SGb 1977, S. 121 ff. (zit.: *Thieme*, SGb 1977, 121, S.)
- Thomas, Heinz/Putzo, Hans* [Begr.], Zivilprozessordnung: ZPO, Kommentar, 33. Aufl., München 2012 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Thomas/Putzo* [Hg.], §, Rn.)
- Tilch, Horst/Arloth, Frank* [Hrsg.], Deutsches Rechts-Lexikon, Band I – III und Ergänzungsband, 3. Aufl., München 2001 (zit.: *Tilch*, Deutsches Rechts-Lexikon)
- Timme, Hinnerk*, Anmerkung zu BSG vom 02.02.2006 – B 10 EG 9/05 R, in: SGb 2006, S. 763 ff. (zit.: *Timme*, SGb 2006, 763, S.)
- Tschentscher, Axel*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, Tübingen 2006 (zit.: *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S.)
- Ule, Carl Hermann*, Zur Bedeutung des Rechtsstaatsbegriffs in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, in: DVBl. 1963, S. 475 ff. (zit.: *Ule*, DVBl. 1963, 475, S.)
- Ule, Carl Hermann/Fittschen, D.*, Anmerkung zu BGHZ 41, 264, in: JZ 1965, S. 315 ff. (zit.: *Ule/Fittschen*, JZ 1965, 315, S.)
- Ule, Carl Hermann/Laubinger, Hans-Werner*, Verwaltungsverfahrenrecht, 3. Aufl., Köln 1995 (zit.: *Ule/Laubinger*, §, Rn.)
- Ullrich, Claus/Ulbrich, Thomas*, Das Bevorraten von Ersatzteilen, in: BB 1995, S. 371 ff. (zit.: *Ullrich/Ulbrich*, BB 1995, 371, S.)

- Umbach, Dieter/Clemens, Thomas* [Hrsg.], Grundgesetz, Bd. 1 und 2, Heidelberg 2002 (zit.: *Bearbeiter*, in: Umbach/Clemens [Hg.], §, Rn.)
- Unberath, Hannes*, Die Vertragsverletzung, Tübingen 2007 (zit.: *Unberath*, Vertragsverletzung, S.)
- Vieweg, Klaus/Werner, Almuth*, Sachenrecht, 6. Aufl., München 2013 (zit.: *Vieweg/Werner*, SachenR, §, Rn.)
- Voßkuhle, Andreas/Sydow, Gernot*, Die demokratische Legitimation des Richters, in: JZ 2002, S. 673 ff. (zit.: *Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673, S.)
- Voßkuhle, Andreas/Kaufhold, Ann-Kathrin*, Grundwissen – Öffentliches Recht: Das Rechtsstaatsprinzip, in: JuS 2010, S. 116 ff. (zit.: *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2010, 116, S.)
- Wabnitz, Reinhard Joachim*, Rechtsansprüche gegenüber Trägern der öffentlichen Kinder- und Jugendhilfe nach dem achten Sozialgesetzbuch (SGB VIII), Berlin 2005 (zit.: *Wabnitz*, Rechtsansprüche gegenüber Trägern der öffentlichen Kinder- und Jugendhilfe, S.)
- Wagner, Regine/Knittel, Stefan* [Hrsg.], Krauskopf – Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Bd. 1, Loseblatt, Stand: 83. EGL., München 2013 (zit.: *Bearbeiter*, in: Krauskopf, 83. EGL., §, Rn.)
- Wahl, Rainer*, Abschied von den „Ansprüchen aus Art. 14 GG“, in: Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz, Festschrift für Konrad Redeker zum 70. Geburtstag, hrsg. Bender, Bernd/Breuer, Rüdiger/Ossenbühl, Fritz, Festschrift für Redeker, München 1993, S. 245 ff. (zit.: *Wahl*, in: FS für Redeker, S. 245, S.)
- Wallerath, Maximilian*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch im sozialen Entschädigungsrecht und in den hilfs- und Förderungssystemen, in: Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch/6. Sozialrechtslehrertagung 23. bis 25. März 1994 in Bayreuth, hrsg. von Schulin, Bertram für Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes e.V. (SDSRV), Bd. 39, Wiesbaden 1994, S. 67 ff. (zit.: *Wallerath*, in: Schulin [Hg.], SDSRV, Bd. 39 – 6. Sozialrechtslehrertagung, S. 67, S.)
- Wallerath, Maximilian*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch und die Herrschaft des Rechts – Zur Bewältigung von Herstellungslagen in sozialen Hilfs- und Förderungssystemen, in: DÖV 1994, S. 757 ff. (zit.: *Wallerath*, DÖV 1994, 757, S.)
- Wallerath, Maximilian*, Herstellung und Folgenbeseitigung im Recht der Leistungsverwaltung, in: DÖV 1987, S. 505 ff. (zit.: *Wallerath*, DÖV 1987, 505, S.)
- Wallerath, Maximilian*, Herstellungsanspruch in der Sozialhilfe?, in: NDV 1998, S. 65 ff. (zit.: *Wallerath*, NDV 1998, 65, S.)
- Waltermann, Raimund*, Sozialrecht, 10. Aufl., Heidelberg 2012 (zit.: *Waltermann*, SozR, Rn.)
- Wannagat, Georg*, Das Sozialgesetzbuch, in: RdA 1973, S. 209 ff. (zit.: *Wannagat*, RdA 1973, 209, S.)

- Wannagat, Georg/Eichenhofer, Eberhard* [Hrsg.], Sozialgesetzbuch – Kommentar zum gesamten Recht des Sozialgesetzbuches, Loseblatt, Stand: 112. EGL., Köln 2009 (zit.: *Bearbeiter*, in: Wannagat [Hg.], 112. EGL., §, Rn.)
- Waßer, Ursula*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, in: JA 2001, S. 137 ff. (zit.: *Waßer*, JA 2001, 137, S.)
- Weimar, Robert*, Rechtsfortbildung durch die Verwaltung, in: DÖV 2009, S. 932 ff. (zit.: *Weimar*, DÖV 2009, 932, S.)
- Weinkauff, Herrmann*, Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in: NJW 1960, S. 1689 ff. (zit.: *Weinkauff*, NJW 1960, 1689, S.)
- Wernsmann, Rainer*, Anfängerhausarbeit Öffentliches Recht – Wassertiere in der Waschmittelforschung – Problematische Tierversuche, in: JURA 2001, S. 106 ff. (zit.: *Wernsmann*, JURA 2001, 106, S.)
- Wernsmann, Rainer*, Die beamtenrechtliche Konkurrentenklage – Zum Ausgleich von Ämterstabilität und effektivem Rechtsschutz, in: DVBl. 2005, S. 276 ff. (zit.: *Wernsmann*, DVBl. 2005, 276, S.)
- Wertenbruch, Wilhelm* [Hrsg.], Bochumer Kommentar zum Sozialgesetzbuch, Berlin 1979 (zit.: *Bearbeiter*, in: Wertenbruch [Hg.], §, Rn.)
- Westermann, Harm-Peter* [Hrsg.], Erman – BGB, Handkommentar, Bd. 1 und 2, 13. Aufl., Köln 2011 (zit.: *Bearbeiter*, in: Erman, §, Rn.)
- Weyreuther, Felix*, Die Gesetzesbindung der Verwaltung und ihre Grenzen, in: DVBl. 1964, S. 893 ff. (zit.: *Weyreuther*, DVBl. 1964, 893, S.)
- Weyreuther, Felix*, Empfiehlt es sich, die Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungshandelns gesetzlich zu regeln (Folgenbeseitigung, Folgenentschädigung) – Gutachten für den 47. Deutschen Juristentag, München 1968 (zit.: *Weyreuther*, Gutachten, S.)
- Wieland, Joachim*, Konkurrentenschutz bei Beamtenernennungen, in: Planung – Recht – Rechtsschutz. Festschrift für Willi Blümel zum 70. Geburtstag am 6. Januar 1999, hrsg. von Grupp, Klaus/Ronellenfisch, Michael, Berlin 1999, S. 647 ff. (zit.: *Wieland*, in: FS für Blümel, S. 647, S.)
- Wiesner, Reinhard* [Hrsg.], SGB VIII – Kinder- und Jugendhilfe, 4. Aufl., München 2011 (zit.: *Bearbeiter*, in: Wiesner [Hg.], §, Rn.)
- Wild, Michael*, Grundrechtseingriff durch Unterlassen staatlicher Leistungen? Die Grundrechte als Grenze des Abbaus von Subventionen, in: DÖV 2004, S. 366 ff. (zit.: *Wild*, DÖV 2004, 366, S.)
- Wippermann-Kempf, Silke*, Die Bedeutung des Leistungsantrags im Sozialrecht, Würzburg 2003 (zit.: *Wippermann-Kempf*, Die Bedeutung des Leistungsantrags im Sozialrecht, S.)

- Wittkowski, Bernd*, Die Konkurrentenklage im Beamtenrecht (unter besonderer Berücksichtigung des vorläufigen Rechtsschutzes), in: NJW 1993, S. 817 ff. (zit.: *Wittkowski*, NJW 1993, 817, S.)
- Wittreck, Fabian*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, Tübingen 2006 (zit.: *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S.)
- Wolf, Manfred/Neuner, Jörg*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl., München 2012 (zit.: *Wolf/Neuner*, BGB AT, §, Rn.)
- Wolff, Hans Julius [Begr.]/Bachof, Otto [Fort.]/Stober, Rolf/Kluth, Winfried/Peilert, Andreas/Müller, Martin [Hrsg.]*, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl., München 2010 (zit.: *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR I, §, Rn.)
- Wrobel, Hans*, Verurteilt zur Demokratie. Justiz und Justizpolitik in Deutschland 1945 – 1949, Heidelberg 1989 (zit.: *Wrobel*, Verurteilt zur Demokratie, S.)
- von Wulffen, Matthias [Hg.]*, SGB X – Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz, 7. Aufl., München 2010 (zit.: *Bearbeiter*, in: von Wulffen [Hg.], §, Rn.)
- von Wulffen, Matthias*, 50 Jahre soziale Selbstverwaltung, in: DRV 2003, S. 662 ff. (zit.: *von Wulffen*, DRV 2003, 662, S.)
- Würdinger, Markus/Bergmeister, Felix*, Analogie und Umkehrschluss, in: JURA 2007, S. 15 ff. (zit.: *Würdinger/Bergmeister*, JURA 2007, 15, S.)
- Zacher, Hans*, Einführung in das Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1985 (zit.: *Zacher*, Einführung Sozialrecht, S.)
- Ziekow, Jan*, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 3. Aufl., Stuttgart 2013 (zit.: *Ziekow*, §, Rn.)
- Zimmermann, Ludwig*, Das Hartz-IV-Mandat – Anspruchsgrundlagen Strategien Gebühren, 2. Aufl., Baden-Baden 2011 (zit.: *Zimmermann*, Das Hartz IV Mandat, §, Rn.)
- Zippelius, Reinhold*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl., München 2012 (zit.: *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S.)
- Zitelmann, Ernst*, Lücken im Recht, Berlin 1903 (zit.: *Zitelmann*, Lücken im Recht, S.)

Für die in dieser Arbeit verwandten Abkürzungen wird verwiesen auf:

Kirchner, Hildebert, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache,
7. Aufl., München 2012

Der (sozialrechtliche) Herstellungsanspruch

Kai Grötschel

Die Arbeit beschäftigt sich mit der Frage, inwieweit der sozialrechtliche Herstellungsanspruch verallgemeinerungsfähig ist. Vergleichbare Fallgestaltungen – insbesondere Beratungsfehler – treten sowohl im Sozialrecht als auch in den anderen Bereichen des Verwaltungsrechts auf. Trotz eines praktischen Bedürfnisses, einer entsprechenden sozialgerichtlichen Rechtsprechung und eines Urteils des Bundesverwaltungsgerichts wird die Lösung über einen Herstellungsanspruch dennoch nahezu einheitlich abgelehnt. Dabei ist der richterrechtliche Herstellungsanspruch im Ergebnis nicht weniger überzeugend rechtsdogmatisch begründbar als andere, akzeptiertere Rechtsfortbildungen des Staatshaftungsrechts (insbesondere der Folgenbeseitigungsanspruch oder die Aufopferungsansprüche). Die Verwaltungsgerichtsbarkeit bevorzugt zu Unrecht vermeintlich dogmatisch saubere Lösungen über § 32 VwVfG, Treu und Glauben oder eine erweiterte Folgenbeseitigung.

ISBN 978-3-8405-0127-2

EUR 52,60

