

	Inhalt	11
bb) Systematische Auslegung .....	108	
cc) Historische Auslegung .....	110	
dd) Teleologische Auslegung .....	114	
ee) Rangfolge und Rechtsfortbildung .....	116	
b) Anwendbarkeit in der Praxis .....	124	
2. Ein Verfahren zur Gewinnung von Argumenten (Die Topik) .....	126	
a) Darstellung.....	126	
b) Anwendbarkeit in der Praxis .....	130	
3. Neue inhaltlich begründete Argumentationselemente (Die strukturierende Rechtslehre).....	132	
a) Darstellung.....	132	
b) Die Anwendbarkeit in der Praxis.....	140	
4. Ein Verfahren zur Entscheidungsfindung (Die Diskurstheorie) .....	141	
a) Darstellung.....	141	
b) Anwendbarkeit in der Praxis .....	148	
5. Weitere Ansätze.....	150	
<b>II. Die Grenzen der Methoden .....</b>	<b>153</b>	
1. Zulässigkeit der Rechtsfortbildung und Lückenfüllung nach der Rechtsordnung .....	153	
a) Recht und Pflicht der Richter zur Lückenfüllung und Rechtsfortbildung? .....	153	
b) Umfang und Grenzen der Lückenfüllung und Rechtsfortbildung .....	163	
2. Zwischenergebnis: Darf es - methodisch betrachtet - Divergenzen geben? .....	173	
3. Der verbleibende Wertungsspielraum.....	179	
a) Die Wertung.....	179	
aa) Die "Stelle" der Wertung.....	179	
bb) Der Inhalt der Wertung.....	184	
b) Lückenfüllung durch "Gerechtigkeit"? .....	189	
c) Allgemeine Ungerechtigkeit als Ausschlußkriterium?.....	207	
d) Nicht auszuschließende Richterindividualität.....	209	
e) Zwischenergebnis .....	214	
<b>III. Die Anwendung der Methoden auf die divergierend beantworteten Rechtsfragen: Gestatten diese Rechtsfragen Divergenzen? .....</b>	<b>215</b>	
1. Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch .....	215	
a) Rückerstattung .....	218	
b) Aufstockung und Umbuchung.....	221	

2. Der Umfang der Beratungspflicht.....	222
a) Vor Erlass des SGB I .....	222
b) Nach Erlass des SGB I.....	224
3. Das Mehrstufenschema.....	227
a) Das Mehrstufenschema für Arbeiter .....	229
b) Die Anwendung des Stufenschemas auf die Angestellten.....	232
c) Zu den Abgrenzungskriterien zwischen den Stufen.....	233
aa) Dauer der Ausbildung .....	233
bb) Lohn.....	235
aaa) Der Lohn in § 1246 Abs. 2 S. 1 RVO .....	235
bbb) Der Lohn in § 1246 Abs. 2 S. 2 RVO .....	238
cc) Weitere Kriterien.....	239
aaa) "Sozialer Abstieg" .....	239
bbb) "Tarifliche Einstufung" .....	242
d) Die Einordnung bestimmter Berufe .....	244
4. Die anderen Rechtsprechungsdivergenzen .....	245
a) Die Zulässigkeitsprüfung durch die Großen Senate.....	245
b) Zur Änderung des Alkoholgrenzwertes der absoluten Fahruntüchtigkeit .....	246
5. Zwischenergebnis .....	246
<b>C. Vereinbarkeit der Divergenzen mit der Rechtsordnung .....</b>	<b>248</b>
I. Die Regelungen im Grundgesetz.....	248
II. Mögliche Einteilungen von Divergenzen.....	250
1. Einteilung der Divergenzen nach den Organen .....	250
2. Einteilung nach den divergierenden Urteilsteilen.....	251
III. Welche Anforderungen stellt die Rechtsordnung an den Umgang mit Divergenzen? .....	254
1. Darf es grundsätzlich Divergenzen geben?.....	254
2. Formelle Anforderungen an zulässige Divergenzen .....	263
a) Von der Rechtsordnung bereitgestellte Verfahren, insbesondere die Vorlage an die Großen Senate .....	263
aa) Regelungen für das Plenum des BVerfG, den Gemeinsamen Senat und die Vereinigten Großen Senate .....	264
bb) Die Großen Senate .....	265
aaa) Identität der Rechtsfrage und Abweichen .....	267
bbb) "Entscheidung" und Ausnahmen .....	270

(1) Vorliegender Vorlagebeschluß an den Großen Senat .....	271
(2) Abweichung von obiter dicta (Zur Zulässigkeit von obiter dicta) .....	271
ccc) Anderer Senat.....	279
(1) "Anderer" Senat.....	279
(2) Nicht mehr bestehendes Gericht .....	281
(3) Abweichung von der eigenen Entscheidung.....	281
ddd) Das Anfrageverfahren.....	282
eee) Besonderheiten.....	284
(1) Frühere Verletzung der Vorlagepflicht .....	284
(2) Der Umfang der Nachforschungspflicht.....	285
(3) Anschluß an den Europäischen Gerichtshof .....	286
(4) Anschluß an den Gemeinsamen Senat (oder den Großen Senat) .....	288
fff) Entzug des gesetzlichen Richters?.....	289
cc) Bedeutung des Ausgleichverfahrens .....	290
b) Folgen der Nichterfüllung der formellen Anforderungen.....	294
c) Zwischenergebnis .....	299
3. Materiale Anforderungen der Rechtsordnung an formell zulässige Divergenzen?.....	299
a) Besondere Anforderungen aus Artikel 3 Abs. 1 GG?.....	300
b) Besondere Anforderungen aus Artikel 20 Abs. 3 GG?.....	309
aa) § 31 Abs. 1 BVerfGG.....	310
bb) Faktische "Bindung" an Präjudizien .....	311
cc) Selbstbindung an Präjudizien durch Richterrecht?.....	314
c) Besondere Anforderungen aus Gründen des Vertrauenschutzes? (Vertrauenschutz als Änderungshemmnis?).....	326
aa) Grundsätze der Rückwirkung von Gesetzen analog? .....	327
bb) Das strafrechtliche Rückwirkungsverbot (Art. 103 Abs. 2 GG)....	330
cc) Ankündigung einer Rechtsprechungsänderung.....	331
aaa) Pflicht zu Vorankündigungen?.....	331
bbb) Zulässigkeit allgemeiner Änderungsankündigungen.....	333
ccc) Extraprozessuale Warnungen .....	335
ddd) Zur inhaltlich bestimmten Vorankündigung.....	336
eee) Zulässigkeit von Ankündigungsabweichungen.....	343
dd) Das Vertrauenschutzprinzip im besonderen.....	344
d) Zwischenergebnis .....	348

e) Notwendigkeit einer besonderen Argumentation für die Abweichung .....	349
aa) Allgemeine Anforderungen an die Argumentation der Begründung .....	349
aaa) Allgemeines.....	349
bbb) Der Umfang der Begründungspflicht .....	354
bb) Die Notwendigkeit einer besonderen Argumentation? .....	355
aaa) Allgemein.....	355
bbb) Abweichungsgründe im besonderen.....	357
(1) Verstreichen von Zeit .....	358
(2) Weitere Gründe als Abweichungsargumente.....	359
f) Folgen der Nichterfüllung der materialen Anforderungen .....	362
aa) Rechtsschutz.....	362
bb) Folgen im Tatsächlichen.....	364
IV. Wie sieht der Umgang mit den Divergenzen in der Praxis aus?.....	366
1. Allgemein .....	366
2. Verfahren bei den in Teil A dargestellten Divergenzen.....	370
a) Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch .....	370
aa) Rückzahlung rechtmäßig geleisteter Beiträge .....	370
aaa) Erfüllung der Vorlagepflichten und der Begründungspflichten .....	370
bbb) Ergebnis.....	373
bb) Aufstockung und Umbuchung.....	374
aaa) Aufstockung .....	374
bbb) Umbuchung .....	377
b) Der Umfang der Beratungspflicht.....	377
c) Das Mehrstufenschema zu § 1246 RVO .....	381
aa) Die Anzahl der Stufen des Schemas für die Arbeiter .....	381
bb) Die Anwendung des Stufenschemas auf die Angestellten .....	383
cc) Zu den Abgrenzungskriterien zwischen den Stufen .....	384
aaa) Einordnung der zweijährigen Ausbildung.....	384
bbb) Lohn .....	386
ccc) Weitere Kriterien.....	390
dd) Die Einordnung bestimmter Berufe.....	393
aaa) Berufskraftfahrer .....	393
bbb) Rangierleiter der Deutschen Bundesbahn.....	394
d) Würdigung der Sozialrechtsprechung.....	394

Inhalt	15
e) Rechtsprechungsdivergenzen der anderen Gerichtszweige.....	400
3. Genügen die Urteile den Anforderungen? .....	402
V. Über die möglichen Ursachen von Divergenzen.....	403
<b>D. Ergebnis.....</b>	<b>414</b>
<b>E. Zusammenfassung: "Sich widersprechende höchstrichterliche Entscheidungen" .....</b>	<b>416</b>
ad 1.) Methodische Betrachtung .....	418
ad 2.) Die Schließung des Spielraumes.....	420
ad 3.) Grundsätzliche Zulässigkeit von Divergenzen.....	422
ad 4.) Die Vorlageverfahren.....	423
ad 5.) Allgemeine Regeln der Rechtsordnung für Divergenzen.....	425
a) Pflicht zur Auseinandersetzung .....	425
aa) Art. 3 Abs. 1 GG .....	425
bb) Art. 20 Abs. 3 GG - Bindung an das Richterrecht .....	426
cc) Art. 20 Abs. 3 GG - Vertrauensschutzprinzip .....	427
b) Die Argumentation in den Gründen .....	429
c) Die Konsequenzen einer Verletzung der Regeln .....	430
ad 6.) Ursachen der Divergenzen .....	431
ad 7.) Überprüfung einiger Urteile.....	431
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>433</b>
<b>Rechtsprechungsverzeichnis .....</b>	<b>446</b>
<b>Sachwortverzeichnis .....</b>	<b>458</b>

## **Abkürzungsverzeichnis**

AcP	= Archiv für civilistische Praxis
AöR	= Archiv des öffentlichen Rechts
AP	= Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk des BAG)
ARSP	= Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
AVG	= Angestelltenversicherungsgesetz
BAföG	= Bundesgesetz über individuelle Förderung der Ausbildung
BAG	= Bundesarbeitsgericht
BAGE	= Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	= Der Betriebs-Berater
BBiG	= Berufsbildungsgesetz
BFH	= Bundesfinanzhof
BFHE	= Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des Bundesfinanzhofs
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI. III	= Bundesgesetzblatt Teil 3
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHSt	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BSG	= Bundessozialgericht
BSGE	= Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BSG SozR	= Sozialrecht (Rechtsprechung und Schrifttum bearbeitet von den Richtern des Bundessozialgerichts)
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	= Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	= Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DAngVers	= Die Angestelltenversicherung
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
DRiG	= Deutsches Richtergesetz

DRiZ	= Deutsche Richterzeitung
DStR	= Deutsches Steuerrecht / Deutsche Steuer-Rundschau
DStZ/A	= Deutsche Steuerzeitung (Ausgabe A)
DVBl	= Deutsches Verwaltungsblatt
EWGV	= Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
GemS	= Gemeinsamer Senat
GVG	= Gerichtsverfassungsgesetz
GG	= Grundgesetz
JA	= Juristische Arbeitsblätter
JR	= Juristische Rundschau
JuS	= Juristische Schulung
JZ	= Juristenzeitung
KO	= Konkursordnung
MDR	= Monatsschrift für deutsches Recht
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	= Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	= Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
RdA	= Recht der Arbeit
RGSt	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RKG	= Reichsknappschaftsgesetz
RsprEinhG	= Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes
RVO	= Reichsversicherungsordnung
S	= Senat
SGb	= Die Sozialgerichtsbarkeit
SGB	= Sozialgesetzbuch
SGG	= Sozialgerichtsgesetz
SozVers	= Die Sozialversicherung
StGB	= Strafgesetzbuch
VerwA	= Verwaltungsarchiv
ZfS	= Zentralblatt für Sozialversicherung, Sozialhilfe und Versorgung
ZG	= Zeitschrift für Gesetzgebung
ZRP	= Zeitschrift für Rechtspolitik

ZSR = Zeitschrift für Sozialreform

ZZP = Zeitschrift für Zivilprozeß

Für weitere verwendete Abkürzungen wird auf das "Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache" von Hildebert Kirchner (4. Auflage 1993; Berlin, New York) verwiesen.

## **Einleitung**

Beim Studium von Urteilen höchstrichterlicher Rechtsprechung zeigt sich, daß gleiche Rechtsfragen in Urteilen gelegentlich unterschiedlich beantwortet werden. Daher stellen sich die Fragen: Kommt dies häufig vor? Sind solche Divergenzen zu vermeiden? Welche geschriebenen Regelungen gibt es in der Rechtsordnung bezüglich solcher Divergenzen? Muß eine höchstrichterliche Entscheidung, die von einer anderen (in einer Rechtsfrage) abweicht, besondere Voraussetzungen erfüllen? Erfüllen die im Teil A dargestellten Entscheidungen diese Voraussetzungen?

Zur Untersuchung dieser Fragen werden zunächst beispielhaft in einem ersten Teil der Arbeit einige Rechtsprechungssequenzen vorgestellt, in denen Rechtsfragen divergierend beantwortet werden. Überwiegend wurden sie aus dem Bereich der Sozialgerichtsbarkeit gewählt, denn die Sozialrechtsprechung hat merklichen volkswirtschaftlichen Einfluß. Schon im Einzelfall können wiederkehrende Zahlungen sich zu hohen Summen aufaddieren. Letztlich wird in Deutschland mit den Mitteln des Sozialrechts jährlich etwa eine Billion Deutsche Mark umverteilt<sup>1</sup>.

In einem zweiten Teil werden verschiedene methodische Ansätze herangezogen. Damit soll geprüft werden, ob durch strikte methodische Verfahren Divergenzen vermieden werden könnten; unter diesem Aspekt werden auch die anfangs dargestellten Divergenzen untersucht.

In einem dritten Teil wird zunächst dargestellt, welche Forderungen die Rechtsordnung an die entscheidenden Richter stellt, die von einer bereits vorliegenden Entscheidung abweichen wollen. Diese Forderungen sind zum einen in den Vorschriften über die Ausgleichsverfahren<sup>2</sup> und zum anderen in Begründungsregeln vorgegeben. Im Anschluß daran wird untersucht, ob die eingangs vorgestellten Urteile diesen Anforderungen genügen.

---

<sup>1</sup> Vgl. Institut der deutschen Wirtschaft, Zahlen zur wirtschaftlichen Entwicklung der Bundesrepublik Deutschland, Ausgabe 1995, Köln 1995, S. 82.

<sup>2</sup> Diese Bezeichnung ist in Anschluß an Hanack gewählt worden. Vgl. Hanack, Ausgleich, S. 1.

Als Ergebnis wird zusammengefaßt, welche Mindestanforderungen sich aus der Rechtsordnung ergeben, denen ein höchstrichterliches Urteil genügen müßte, das von einem anderen abweichen will. Des weiteren soll festgestellt werden, welche Folgen bei Mißachtung dieser Mindestanforderungen eintreten könnten.

## A. Rechtsprechungsdivergenzen

In einer beispielhaften Auswahl werden Divergenzen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung<sup>1</sup> in Rechtsprechungssequenzen dargestellt. Eine Rechtsprechungssequenz ist eine Folge von Urteilen zu ähnlichen Sachverhaltskonstellationen und Problemen innerhalb eines mehr oder weniger langen Zeitraums von demselben oder auch von verschiedenen Spruchkörpern<sup>2</sup>.

Ausführlich werden Urteilssequenzen des Bundessozialgerichts im Zusammenhang mit dem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch dargestellt. Hin-sichtlich der Rechtsfolgen werden Antworten auf die Fragen "Ist die Rückzahlung rechtmäßig geleisteter Versicherungsbeiträge zulässig?", "Sind die Aufstockung und die Umbuchung zulässige Rechtsfolgen?" geschildert. Im Anschluß daran werden Urteile zur Beratungspflicht des Sozialversicherungsträgers behandelt, denn häufig ist eine Verletzung dieser Pflicht die Voraussetzung für die Geltendmachung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruches. Es handelt sich bei der Beratungspflicht um eine zunächst richterrechtliche Figur, die dann aber in § 14 SGB I<sup>3</sup> positiviert wurde und dennoch parallel weiterhin richterrechtlich begründet wird.

Verhältnismäßig ausführlich wird dann auf Zweifelsfragen zum sog. Mehrstufenschema im Sozialrecht eingegangen. Das Mehrstufenschema wurde zur Konkretisierung der Regelungen zur Berufsunfähigkeit<sup>4</sup> entwickelt, hat aber

---

<sup>1</sup> Unter "höchstrichterlicher Rechtsprechung" sollen Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe des Bundes einschließlich der Entscheidungen der Großen Senate und des Gemeinsamen Senats verstanden werden. (Vgl. dazu Olzen, JZ 1985, 155, 155 f). Abweichende Entscheidungen zu und von dem Bundesverfassungsgericht werden nur am Rande erwähnt.

<sup>2</sup> Im Anschluß an Podlech, Entscheidungssequenz, S. 225. Dort wird vorgeschlagen, Entscheidungssequenzen über Mengen sozialer Probleme zu definieren (S. 226). In der vorliegenden Arbeit werden die Entscheidungssequenzen über konkrete Rechtsfragen formuliert, da sich letztlich diese Rechtsfragen auch auf soziale Probleme beziehen.

<sup>3</sup> Wortlaut siehe Fußnote zu Beginn bei A II 2.

<sup>4</sup> Der Begriff der Berufsunfähigkeit gehöre wegen seiner Auswirkungen auf das wirtschaftliche Schicksal fast der gesamten abhängig arbeitenden Bevölkerung im Versicherungsfall zu den praktisch bedeutsamsten Rechtsbegriffen der gesamten öffentli-